

Ingeborg Rakete-Dombek
Rechtsanwältin und Notarin
Fachanwältin für Familienrecht
Kanzlei Betz Dombek Rakete

Tempelhofer Ufer 31
10963 Berlin
Tel. 030/264 94 7-0
E-Mail: RAe@robe.org

**Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
am Mittwoch, dem 13. Februar 2008
FGG – Reformgesetz, Teil II: familiengerichtliches Verfahren
BT-Drucks. 16/6308**

Für ein Mitglied der Expertenkommission, das an der Erarbeitung des Entwurfs beratend teilgenommen hat, erübrigt es sich von vorneherein, die Notwendigkeit der Reform zu begründen und die Vorzüge des Entwurfs hervorzuheben. Sie sind deutlich erkennbar und bereits vielfach herausgestellt. Die nachfolgende Stellungnahme soll sich daher auf die anwaltliche Sicht der Praxis beschränken, wobei auf die Stellungnahmen des Familienrechtsausschusses des Deutschen Anwaltsvereins und des Ausschusses Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer – die weit ausführlicher sind – zunächst Bezug genommen wird. Die folgenden Teilaspekte im geplanten Familienverfahren sollen daneben lediglich nochmals wie folgt hervorgehoben werden:

I. Wegfall des § 630 ZPO:

In dem ursprünglichen Entwurf für das Gesetz war ein vereinfachtes Scheidungsverfahren lediglich für kinderlose Ehen vorgesehen. Man ist davon ausgegangen, dass hierdurch gleichzeitig § 630 Abs. 1, Abs. 3 ZPO obsolet werde. Stattdessen sollte § 135 FGG-RG die Eheleute zu einer Einigung führen.

Unabhängig davon, dass bereits seinerzeit die Schutzvorschrift des § 630 ZPO auch für alle Ehegatten **mit** gemeinsamen Kindern ohne weitere Begründung entfallen wäre, ist die Wiederaufnahme der Vorschrift, nachdem das vereinfachte Scheidungsverfahren für kinderlose Ehen in allen Fraktionen keine Zustimmung gefunden hat, nicht ausreichend bedacht worden.

Durch den Wegfall der Vorschrift des § 630 ZPO ist nach dem vorliegenden Entwurf eine Einigung über die Folgesachen keine Voraussetzung für eine einverständliche Scheidung nach § 1566 Abs. 1 BGB mehr. Es soll vielmehr lediglich eine einjährige Trennungszeit genügen, um die Ehescheidung beantragen zu können.

Bisher gab es zwei Möglichkeiten, einen Ehescheidungsantrag nach einem Jahr Trennungszeit zu begründen:

- a) einverständlich, indem eine Einigung über die Folgesachen gem. § 630 ZPO dem Gericht bei Einreichung des Ehescheidungsantrags bereits vorgelegt wurde
- b) „streitig“, indem zum Scheitern der Ehe substantiiert vorgetragen wurde.

Tatsächlich scheint die Vorschrift von vielen Familiengerichten nicht befolgt worden zu sein. In der überwiegenden Anzahl der OLG-Bezirke genügte es vielmehr, auf das Trennungsjahr zu verweisen. Dies verstößt deutlich gegen die Systematik des Gesetzes und vor allem gegen den Schutzzgedanken

des § 630 ZPO und bedeutet im Grunde eine - gegenüber der zuvor vorgesehenen „vereinfachten“ Ehescheidung – sogar eine deutlich verschärfte „Scheidung Light“.

Hierbei ist zunächst zu beachten, dass weder der unparteiliche Richter noch der unparteiliche Notar derartige Einigungen widerstreitender Interessen der Parteien sachgerecht herbeiführen kann. Beide können zwar versuchen, den Schwächeren zu stützen und zu belehren, eine Aufklärung über dessen (einseitige) Rechte und darüber, worauf er möglicherweise verzichtet, erfolgt jedoch in der Praxis nicht. Die Gefahr, befangen zu erscheinen, will schließlich von beiden Berufsgruppen vermieden werden. Die Ehe ist zudem ein Vertrag zu gesetzlichen Bedingungen, den die Ehegatten - jedenfalls in der Regel - nie gelesen haben. Sie kennen deshalb die Folgen der Ehescheidung nicht. Ist eine Partei jedoch über ihre Rechte und Ansprüche parteilich durch ihren Anwalt im vertraulichen Gespräch aufgeklärt, kann sie selbstbewusst entscheiden, welche dieser Rechte sie tatsächlich (mit Aussicht auf Erfolg) in Anspruch nehmen will und welche nicht, oder nur in geringerem Umfang. Einigungen und Vergleiche sind so im Vorfeld möglich, ohne einseitig auf Ansprüche ohne eine erforderliche Kompensation zu verzichten.

Auch wenn aber § 630 ZPO bereits bisher durch die Gerichte offenbar umgangen wurde, kam der Vorschrift doch in der Praxis und von der damaligen Intention des Gesetzgebers her eine erhebliche Schutzwirkung zu. In den Gerichtsbezirken, in denen § 630 ZPO streng angewandt wird (Berlin), wird bspw. Prozesskostenhilfe nicht bewilligt, es sei denn, die Einigung wird vorgelegt, oder aber zum Scheitern der Ehe substantiiert vorgetragen. Formelhafte Begründungen werden hierbei nicht als ausreichend akzeptiert.

In Berlin hat sich seither eine gesicherte „Kultur“ von Bemühungen der beteiligten Anwälte, vor Einreichung eines so genannten „streitigen“ Scheidungsantrages, Anstrengungen dahingehend zu unternehmen, bereits außergerichtlich alle erforderlichen Folgesachen zu klären, etabliert. Auf diese Kultur sollte auch in Zukunft nicht verzichtet werden, jedenfalls nicht lediglich deshalb, weil es viele Gerichtsbezirke gibt, in denen die Regelung schon bisher umgangen wird. Es sollte vielmehr verstärkt auf die Einhaltung der Vorschrift geachtet werden. Sie bedarf der Erhaltung und Bekräftigung.

Dabei ist zu bedenken, dass die meisten Parteien bereits sehr früh, nämlich im unmittelbarem Zusammenhang mit der Trennung anwaltliche Beratung einholen. Nur mit dem Erhalt von § 630 ZPO bzw. mit dessen Bekräftigung und einer Übung, die die Anwaltschaft hier mit einbezieht, kann Einfluss darauf genommen werden, dass das gerichtliche Verfahren möglichst einvernehmlich durchgeführt wird.

Zum Scheitern der Ehe Einzelheiten vorzutragen, fördert die Einigungsbereitschaft der Parteien nicht. Sie fürchten zu Recht, dass dies mit dem „Waschen schmutziger Wäsche“ und dem Begründen eines Verschuldens an dem Scheitern der Ehe durch den anderen Partner assoziiert wird und lehnen dies deshalb überwiegend ab, auch wenn ihr Vortrag zum Scheitern nachvollziehbar und berechtigt ist. Es ist ihnen peinlich, beispielsweise vorzutragen, dass der andere Alkoholiker ist, sie es aber dennoch sehr lange in dieser Ehe ausgehalten haben.

Gleichzeitig ist zu befürchten, dass Folgesachen streitig anhängig gemacht werden, weil rechtzeitige Einigungsbemühungen unterblieben sind, das Verfahren aber – nach Einreichung des „streitigen“ Ehescheidungsantrags - dennoch seinen Fortgang nimmt. Jeder kennt die Antragstellung in einer Folgesache erst im Ehescheidungstermin, der eigentlich alles beenden soll. Das ist es, was zu einer Mehrbelastung der Gerichte führt. Bleiben Folgesachen aber ungeklärt, ist zu befürchten, dass auch noch nach Rechtskraft der Ehescheidung isolierte Verfahren zum nachehelichen Unterhalt und

Hausrat gerichtlich anhängig gemacht werden, was überflüssig wäre, bliebe § 630 ZPO erhalten und würde beachtet.

In der hiesigen Praxis werden daher anwaltliche Bemühungen um eine Einigung regelmäßig lange vor der Anrufung des Gerichts und sofort nach Übernahme des Mandats unternommen. Es ist üblich, so genannte Vierergespräche (beide Anwälte und beide Parteien) zu führen, um eine Einigung über alle Folgesachen zu erreichen. Wir gehen dabei davon aus, dass die Parteien mit Rechtskraft der Scheidung endgültig in allen Bereichen auseinander kommen wollen und das Bedürfnis, alle Folgesachen bereits bis dahin geregelt zu haben, ein Grundbedürfnis ist.

Gerade für die Kinder ist es förderlich, die Eltern frühzeitig zu bewegen, sich über die Höhe des Kindesunterhaltes sowie den Aufenthalt des Kindes und das Umgangsrecht des Elternteils, bei dem das Kind seinen Aufenthalt nicht hat, Gedanken zu machen, dies zu erproben und in einer Einigung kindeswohlentsprechend miteinander zu vereinbaren.

Erst wenn diese Bemühungen gescheitert sind, werden die Gerichte angerufen. Erst wenn sie erfolgreich waren, wird der Ehescheidungsantrag – einverständlich – eingereicht.

Die außergerichtliche Beratung durch zwei Anwälte ist (in Berlin) – außergerichtlich – daher die Regel. Die Durchführung des Ehescheidungsverfahrens ist sodann ein formaler Akt. Gerade im Hinblick darauf, dass das FGG-RG die (ständig kritisierte) Struktur, dass der Anwaltszwang nur für den Antragsteller vorgesehen ist, beibehalten will, kann auf § 630 ZPO, auf die parteiliche Beratung jedes der Ehegatten zur Herbeiführung einer Einigung zuvor nicht verzichtet werden. Folgerichtig wäre es allerdings, den Anwaltszwang für beide Parteien einzuführen, ebenso wie schließlich auch eine gerichtliche Mediation nur dann durchgeführt werden kann, wenn jede der Parteien anwaltlich vertreten ist.

Die anwaltliche Vergütung für diese außergerichtlichen Einigungsbemühungen ist durch die Beratungshilfe allerdings nicht ausreichend gewährleistet. Insoweit wird auf die entsprechende Empfehlung des 17. DFGT (Deutscher Familiengerichtstag 2007) unter VIII. 1. verwiesen.

Die Einhaltung von § 630 ZPO wirkt im Ergebnis Streitvermeidend und führt dadurch zu einer deutlichen Entlastung der Gerichte. Gegen den ersatzlosen Wegfall der Vorschrift des § 630 Abs. 1 Satz 2 ZPO bestehen daher erhebliche Bedenken. Auf die entsprechende Empfehlung des 17. DFGT (Deutscher Familiengerichtstag 2007) unter D II. wird verwiesen.

II. Verfahrenskostenhilfe §§ 76 ff FGG-RG

Es bestehen weiter Bedenken dagegen, der bedürftigen Partei auch dann keinen eigenen Rechtsanwalt beizuordnen, wenn die andere Partei bereits anwaltlich vertreten ist (Verletzung des Gebots der Waffengleichheit). Dies beruht gleichermaßen auf der Auffassung, der Richter sei in der Lage, die Interessen der Parteien gleichzeitig zu beachten und wahrzunehmen, da er zur Amtsermittlung verpflichtet sei. Familienanwälte auf beiden Seiten seien daher überflüssig.

„Selbst in den Gerichtszweigen, in denen die Richter zur Amtsermittlung verpflichtet sind, können Gerichte Anwälte nicht ersetzen. Wenig berechtigt dazu, Prozesskostenhilfe mit der Begründung abzulehnen, der Prozess sei so einfach, dass ihn jeder auch ohne anwaltlichen Beistand führen könne. Ob der Fall so einfach ist und oder nicht, wird sich erst erweisen, wenn ein Anwalt seinem Mandanten gut zugehört, dessen Interessen begriffen und vor Gericht artikuliert hat. Das Recht auf Zugang zur Justiz muss letztlich auch das Recht auf einen fachkundigen Rechtsbeistand umfassen....Kein Rechtsstaat, kein garantierter Zugang zum Recht für den Bürger ist denkbar ohne

den mit Rechten und Pflichten ausgestatteten Anwalt als Sachwalter des Mandanten und als Gegenspieler von Gericht, Staatsanwalt und anderen staatlichen Einrichtungen.“ (Renate Jaeger, Richterin am EGMR, NJW 2004, 1).

Der gleichwohl verbreiteten, allerdings unrichtigen Auffassung, eine neutrale Person (Notar oder Richter) könne für jede der Parteien deren (zum anderen Partner widerstreitende) Interessen ausreichend berücksichtigen und wahrnehmen, muss daher offenbar weiterhin entgegengetreten werden. Die Familienanwälte haben diese Position bezogen auf die sog. „vereinfachte“ Ehescheidung und alle anderen Versuche, eine „Scheidung Light“ zu etablieren, verteidigen können, weil jeder, der selbst von einem Ehescheidungsverfahren betroffen war, sehr genau den Wert einer parteilichen und vertraulichen Beratung und Interessenwahrnehmung im Gegensatz zu einer lediglich unparteilichen Position zu schätzen weiß.

Die Notwendigkeit parteilicher, anwaltlicher Vertretung sollte daher daneben auch für den sensiblen und gefährlichen Bereich des nunmehr erheblich aufgewerteten und nahezu zum „Hauptsacheverfahren“ ausgestalteten einstweiligen Anordnungsverfahrens – zumindest in Unterhaltssachen § 246 ff FGG-RG gelten, dessen Auswirkungen für jeden Beteiligten durchaus erheblich und schwer abänderbar sind. Soweit ersichtlich ist ein Anwaltszwang, obwohl in der Mehrheit der Fälle Unterhaltsfälle betroffen sind, bisher nicht vorgesehen. Dies steht mit der Einführung des Anwaltszwangs in isolierten Unterhaltssachen nicht im Einklang und dient der Entlastung der Gerichte daher nicht.

III. §§ 135, 156, 165 FGG-RG

Die Regelungen sind weder geeignet, den bisherigen § 630 ZPO zu ersetzen, noch die Einigungsbereitschaft hoch konflikthafter Parteien zu erhöhen. Diese sind häufig nicht in der Lage oder sogar nicht geeignet, in einer Mediation zusammen zu kommen, unabhängig von den Fällen, in denen Gewalterfahrungen oder ähnliche, eine Mediation ausschließende Erlebnisse vorliegen. Mediation ist in streitigen Kindschaftssachen – nicht in Bezug auf wirtschaftliche Auseinandersetzungen von Familienangehörigen – immer noch höchst umstritten.

Der „Einigungszwang“ zieht sich durch den gesamten Entwurf, allerdings gepaart mit z. T. rigiden Maßnahmen, sofern den gerichtlichen Ansinnen nicht entsprochen wird (Kostenfolgen, Ordnungsgeld, etc.). Diese Widersprüchlichkeit (Zuckerbrot und Peitsche) des Entwurf und damit der Aufgabenzuweisung an die Gerichte ist augenfällig und kann nur bedeuten, dass eine Einigung – um welchen Preis auch immer – als einzig wünschenswertes Ziel betrachtet wird. Kommt sie nicht zustande, wird die Partei, die als dafür verantwortlich angesehen wird, abgestraft. Dass sinnvolle Beratung auf dem Prinzip der Freiwilligkeit beruht, scheint dabei vergessen. Das Experiment „Cochemer Modell“ beruht auf einer „verordneten Kooperation“. Hierbei handelt es sich eindeutig um einen massiven Eingriff in Elternrechte, der das „Wächteramt“ des Staates deutlich überspannen dürfte.

Zunächst ist für die Beteiligten schon unklar, wer alles „vermitteln“ und auf eine Einigung hinwirken darf und wo man sich eigentlich hinwenden soll. An das Jugendamt, das Gericht, die gerichtliche Mediation, den Sachverständigen, den Verfahrensbeistand, die freien Träger und privaten Anbieter

Daneben ist unklar, wer die Kosten trägt, unabhängig davon, woher angesichts der Überlastung der Gerichte und Jugendämter die Kapazitäten hierfür plötzlich herkommen sollen.

Der Entwurf übernimmt „Elemente“ des Cochemer Modells, das sich bereits heftiger Kritik ausgesetzt sieht, ohne über gesicherte Forschungsergebnisse darüber zu verfügen, ob die Mittel dieser

(örtlich beschränkten) Praxis oder aber auch der Beratung und Mediation überhaupt geeignet sind, konflikthafte Elternbeziehungen zu befrieden. Die Probleme und Verläufe von Paarbeziehungen, zumal mit Kindern, sind zu komplex, als dass „Allheilmittel“ als schnelle Lösungen ohne Prüfung anderer Alternativen, ohne gesicherte und profunde Forschungsergebnisse in ein Gesetz übernommen werden sollten. Unabhängig davon, dass der Markt der freien Anbieter (Mediation, Streitvermittlung, Verfahrenspfleger) im Hinblick auf deren Qualifikation ungeklärt ist. Er wächst gleichwohl oder gerade deshalb ständig. Wo gibt es schon einen Bereich, in dem Dienstleistungen in wachsendem Umfang staatlich vergütet werden und hierfür nicht einmal eine fundierte Ausbildung nachgewiesen werden muss?

Vermittlung und eine Einigung der Eltern sind ebenso wenig ein eigener Wert an sich. Häufig fehlt es am Blick auf den jeweiligen Inhalt der „Einigung“ vor allem unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls. Einigungen können „faule Kompromisse“ sein, die nicht nachhaltig sind, weil sie unter Druck zustande kommen. Sie können den Schwächeren – gerade wenn es um die Kinder geht – benachteiligen. Ob diese Einigungen dem Kindeswohl entsprechen, steht keineswegs im Mittelpunkt. Kindschaftsverfahren sind heute „elternzentrierte“ Verfahren. Es sind die Eltern, die alle Aufmerksamkeit auf sich ziehen. Sie reklamieren zunehmend ihre „Rechte am Kind“ (Aufenthalt), an der „Zeit des Kindes“ (Umgang). Diese Verfügungsbedürfnisse über die Kinder werden akribisch und bürokratisch nach den zur Verfügung stehenden Möglichkeiten und der Zeit der Erwachsenen (durch das Gericht) verteilt. Kinder werden auf diese Weise zum Objekt fremdbestimmter Handlungsabläufe. Die Überbewertung der Elternrechte führt derzeit dazu, dass ein (auch nur zeitlicher) Ausschluss des Umgangs beispielsweise nicht erreicht wird, auch wenn dies erforderlich wäre. Kinder müssen ihren Elternteil sogar im Gefängnis besuchen. Ob dies den Bedürfnissen und Bindungen des Kindes wirklich entspricht, wird zunehmend weniger beachtet. Hauptsache die Eltern erlangen ihr Recht und beenden ihren Streit.

Es ist jedoch ein Irrtum zu glauben, dass alleine eine schnelle Beendigung eines Streits, schon dem Kindeswohl dienen könnte. Ebenso wie es umgekehrt ein Irrtum ist, jeden Streit der Eltern als Kindeswohlgefährdung anzusehen und den Eltern deshalb mit dem Entzug der elterliche Sorge zu drohen, nur damit sie mit dem Streiten aufhören.

Es wäre sicher äußerst interessant, diese Grundsätze auf „intakte“ Ehen zu übertragen. Das ganze Verfahren wird jedoch zum unheilvollen „Deal“, allerdings verziert mit der Aura der gerichtlichen Billigung und dem Gedanken, nur das Beste für die Familie zu wollen. So mag Erziehung früher funktioniert haben, so hat aber eine gerichtliche Entscheidungsfindung nicht zu funktionieren.

IV. Beschleunigungselemente

b) Schnelle Terminierung und vorläufige Regelung in Kindschaftssachen §§ 155, 156 Abs. 3 FGG-RG

Die dringend erforderliche Beschleunigung der Kinderverfahren ist zu unterstützen, allerdings ist sie bestimmt kein Selbstzweck. Sinnvolle und eingehende Beratung steht außerdem einer Beschleunigung oft entgegen. Es fehlt daher die Möglichkeit der Aussetzung von Verfahren, in denen sich eine Beratung als sinnvoll erweisen könnte. Soweit derzeit „Modelle“ angelehnt an das Cochemer Modell allerorten initiiert werden, ist das Engagement der Beteiligten, die gute und schnelle Lösungen damit versuchen anzustreben, zu begrüßen. Es fragt sich aber, welchen Sachverhalt das Gericht prüfen will, wenn Anträge ohne jede Begründung eingereicht werden und eine Erwiderung möglichst unterbleiben soll. Ist das wirklich noch richterliche Tätigkeit? Kann das Gericht hierbei einen Kindeswohlgefährdenden Sachverhalt tatsächlich erkennen? Ist das Ziel nicht auch hierbei ausschließlich eine „Einigung“ der Eltern, unabhängig von den (nicht erwünschten und

daher nicht vorgetragenen) Vorgängen der Vergangenheit, die zur Einleitung des Verfahrens geführt haben und der Qualität der Einigung sowie deren Bestand in der Zukunft?

Offenbar wird mit diesen Modellen schon heute eine eigene Verfahrensordnung kreiert, an der „Gleichgesinnte“ teilhaben können, ohne dass es eine gesetzliche Grundlage hierfür gäbe. Gerichte sollten aber – statt (ungelernte) Sozialarbeit zu leisten – zumindest jederzeit in der Lage sein, eine Entscheidung zu treffen. Das geht nicht aufgrund einer leeren Akte, also ohne Sachverhalt, ohne Jugendamtsbericht und lediglich aufgrund stundenlanger Anhörung der Parteien. Die Verfahren nach diesen in der ganzen Bundesrepublik entstehenden „Modellen“ sind so ausgestaltet, dass eine gerichtliche Entscheidung gerade vermieden werden soll. Das mag eine gelegentlich nützliche schnelle Intervention in einfachen Streitfällen bedeuten, kann allerdings nicht in jedem dieser Fälle richtig sein.

Schriftliche Äußerungen scheinen überhaupt *des Teufels*: Das Jugendamt, so wird befürchtet, könne Formulierungen wählen, durch die ein Elternteil sich verletzt fühlen könnte, ebenso die Anwälte. Vergessen wird dabei, dass das Jugendamt selbst entscheidet, in welcher Form es eine Stellungnahme abgibt. Auch die Anwälte sind frei darin, vorzutragen, was sie für erheblich halten. Die gewünschte „schriftliche Enthaltensamkeit“ wird sich nicht verordnen lassen.

Die Erwartung der Bevölkerung an ein Gericht ist, wenn sie es schon anrufen, nicht Beratung, sondern richtigerweise, eine möglichst zügige gerichtliche Entscheidung des Konflikts. Die Erfahrung von Parteien, die vor einer Anrufung des Gerichts bereits Beratungen und Mediationen, Paartherapien, Elterngespräche, Vierergespräche mit den Anwälten, etc., erfolglos absolviert haben und nun auf ein Gericht treffen, das sie erneut in eine Beratung/Mediation „abschieben“ will, ist durchaus frustrierend. Die dahinter stehende Haltung, das Gericht kann es besser, beruht ausschließlich darauf, dass das Gericht über tatsächliche Macht verfügt. Ohne die Drohung mit dieser Macht (Entzug der elterlichen Sorge, etc.), würden die Parteien sich derartigen erneuten Vermittlungsbemühungen sicher häufiger entziehen.

Nicht bedacht wurde, dass auch einstweilige Anordnungsverfahren betreffend den Unterhalt äußerst eilbedürftig weil existentiell von Bedeutung, sind. In der derzeitigen Praxis dauern sie ebenso lange, wie das Hauptsacheverfahren. Häufig wird beides dann erst gleichzeitig terminiert. Auch diesen Verfahren sollte daher das besondere Beschleunigungsgebot zu gute kommen.

b) Fristsetzung für den Sachverständigen § 163 Abs. 1 FGG-RG

Die Erfahrung zeigt, dass – gute, also auch sehr beschäftigte - Sachverständige häufig beauftragt werden. Nachfragen erfolgen erst spät, oder nur auf Anregung der Anwälte. Durch die Bestimmung einer Frist könnte erreicht werden, dass der zu beauftragende Sachverständige vor einer Annahme des Gutachtauftrags bereits prüft, ob er überhaupt in der Lage sein wird, das Begutachtungsverfahren einigermaßen zeitgerecht zu erledigen. Immer wieder machen wir die Erfahrung, dass Sachverständige Gutachtaufträge zwar annehmen, aber wegen Arbeitsüberlastung nicht erledigen. Werden Gutachtaufträge aber nach 6 oder mehr Monaten wegen Nichterledigung schließlich zurückgegeben, nimmt das Verfahren, vor allem aber das betroffene Kind Schaden.

Dass Zwischenberichte abgefordert werden können, oder auf begründeten Hinweis des beauftragten Sachverständigen Verlängerungen der Abgabefrist möglich sind, ist durch die Vorschrift keineswegs ausgeschlossen. Schon bisher konnte das Gericht eine Frist zur Erledigung setzen. In den meisten Fällen wurde dies aber nicht getan, oder nicht ernst genommen. So konnten sich Elternteile auch wegen einer langen Dauer des Begutachtungsverfahrens Vorteile (Kontinuität) verschaffen, die sie bei einer schnellen Begutachtung möglicherweise nicht hätten erreichen können. Kritisch ist häufig

der Beginn der Arbeit an dem Gutachten. Zwischen Beauftragung und erster Untersuchungshandlung vergeht zu viel Zeit. Auch die Verzögerung des Verfahrens wegen der Erstellung eines Sachverständigengutachtens kann zu erfolgreichen Untätigkeitsbeschwerden führen, wie KG FamRZ 2005, 729 ausführt:

„In einem Sorgerechtsverfahren über die Übertragung des alleinigen Sorgerechts ist von einer überlangen und damit unzumutbaren Verfahrensdauer auszugehen, wenn allein die Erstellung des psychologischen Sachverständigengutachten fast ein Jahr in Anspruch nimmt, ohne dass der Richter den Sachverständigen auf die besondere Eilbedürftigkeit solcher Verfahren hingewiesen oder versucht hat, diesen mit der Androhung von Ordnungsmitteln zur beschleunigten Erstattung des Gutachtens anzuhalten.“

Auch das OLG Karlsruhe hat einer Untätigkeitsbeschwerde stattgegeben (FamRZ 2004, 53) und die erste Instanz angewiesen, dem Sachverständigen kurze und gerichtlich zu kontrollierende Fristen zu setzen.

V. Bemühungen um ein Einvernehmen durch weitere Personen

a) des Sachverständigen § 163 Abs. 2 FGG-RG

Die Vorschrift, wonach nun auch der Sachverständige auf ein Einvernehmen hinwirken soll, ist abzulehnen. Der Sachverständige begibt sich in eine Rolle, die seinen wahren Auftrag gefährden könnte. Zeigt sich ein Elternteil für dessen Bemühungen um ein Einvernehmen nicht zugänglich, wird dieser Elternteil befürchten, dass der Sachverständige ihm Eignungsmängel attestiert. Er wird ihn als befangen erleben und befürchten, dass ihm dies zum Nachteil gereicht. Forensische Sachverständige im familienrechtlichen Verfahren sind nicht für derartige Einigungsbemühungen ausgebildet. Es wird auf die Empfehlungen des Vorstandes des Deutschen Familiengerichtstages daher Bezug genommen, wonach der Sachverständige nicht mit der Herstellung des Einvernehmens, sondern mit der Erarbeitung einer kindgerechten Empfehlung zu beauftragen ist (D. III. c). Dass jede Sachverständigentätigkeit in einer Familie eine Intervention ist, die eine Veränderung im Familien-Setting bewirkt, ist eine Binsenweisheit. Hieraus eine gesonderte gesetzliche Aufgabe zu konstruieren, ist lediglich dem Kostenrecht geschuldet, das ein lösungsorientiertes Arbeiten des Sachverständigen nicht vergüten will.

b) des Verfahrensbeistandes § 158 Abs. 4 S. 3 FGG-RG

Hier gilt nahezu Gleiches. Erschwerend kommt jedoch hinzu, dass Kindschaftsverfahren schon heute zu elternzentriert ablaufen. Es werden nur die Eltern wahrgenommen, weil diese lauthals streiten. Alle Bemühungen konzentrieren sich daher auf sie als „Störer“, das Kindeswohl gerät zunehmend aus dem Blickfeld. Die Sicht des Kindes im Konflikt der Eltern zur Sprache zu bringen, ist jedoch vorrangige Aufgabe des Verfahrensbeistandes, nicht die Vermittlung unter den Eltern. Bei einer Installation dieser Vorschrift wäre daher zu befürchten, dass auch der Verfahrensbeistand den Hauptteil seiner Zeit in Gespräche mit den Eltern investiert, die im Mittelpunkt seiner Bemühungen stünden. Ob Verfahrensbeistände, deren Qualifikation häufig nicht feststeht, über ausreichende Kompetenz insoweit verfügen, darf daneben bezweifelt werden.

Die Regelung im Übrigen ist zu begrüßen und dient der Klarheit. Allerdings sollte die Auswahl und Bestellung sowie die Aufhebung der Bestellung eines Verfahrensbeistandes isoliert anfechtbar sein. Die bisherige Rechtsprechung und deren Übernahme in den Entwurf begegnet in der Bevölkerung heftigem Unverständnis und erheblicher Gegenwehr, die dem Auftrag des Verfahrensbeistandes nicht förderlich ist.

Die Anhörung des Kindes durch das Gericht sollte gleichwohl – allerdings auch im Vermittlungsverfahren gem. § 165 FGG-RG - in jedem Falle stattfinden. Die Regelungen über die Art und Weise, in der die Anhörung durchzuführen ist, werden begrüßt. Nur die Anhörung des Kindes führt zu einer notwendigen, verstärkten Partizipation der betroffenen Kinder in einem sie massiv berührenden Verfahren. Eine Anhörung wird keinesfalls obsolet, weil ein Verfahrensbeistand bestellt wurde. Die Gerichte sollten vielmehr ihre Rolle und Bedeutung in der Wahrnehmung aller Beteiligten, vor allem der der Kinder, nicht unterschätzen und verantwortungsbewusst wahrnehmen. Hierzu gehört auch die Anhörung des im Verfahren betroffenen Kindes. Andernfalls würde das „elternorientierte Modell“ im Kindschaftsverfahren weiterhin befördert. Beispielsweise wird schon heute ausschließlich darauf geachtet, dass das Kind Umgang zu beiden Elternteilen hat. Wie es dem Kind allerdings dabei konkret aus seiner Sicht geht, ist zu oft zweitrangig.

VI. Verschärfte Amtsermittlung in Familienstreitsachen, Auskunftspflichten, §§ 235, 236 FGG-RG

Der Anwaltszwang soll nun auch in isolierten Unterhaltsverfahren eingeführt werden. Dies dient der Abwicklung der komplizierten Unterhaltsverfahren, da die Materie von den Parteien zunehmend nicht mehr durchschaubar ist. Dies muss allerdings auch und gerade für die einstweiligen Anordnungsverfahren bezüglich des Unterhalts einschließlich der Eilverfahren wegen eines Prozesskostenvorschusses gelten. Es ist dort jedoch nicht vorgesehen.

Wenn aber Anwälte im Verfahren tätig sind, ist die Amtsermittlung in einem erweiterten Umfang überflüssig. Sie verletzt den in den Familienstreitsachen herrschenden Beibringungsgrundsatz. Eine Mischung aus Beweislastregeln nach der ZPO und ausgeweiteten Amtsermittlungsmöglichkeiten des Gerichts (die bereits zuvor bestanden, aber von den Gerichten nie wahrgenommen wurden) im Streitverfahren, versehen mit weiteren Druckmitteln, wie Kostenfolgen bei Nichtbefolgung, führt zu einander entgegengesetzten Verfahrensregeln und führt zur Regelunklarheit im Verfahren.

Eine Auskunft des Finanzamtes (worüber?) ersetzt die geschlossene Aufstellung des Unterhaltspflichtigen über Einnahmen und Ausgaben nicht, ebenso wenig wie die Vorlage der Bilanz oder der Gewinnermittlung. Von dem Finanzamt erhält man auch keinen sicheren Hinweis auf das vorhandene Vermögen, vor allem, wenn es verschleiert wird. Verschleiert wird es allerdings vorrangig vor dem Finanzamt.

Die Steuerbehörde wird uns auch nicht weiterhelfen können, wenn wir ermitteln müssen, welche Einnahmen oder Ausgaben unterhaltsrechtlich - nicht lediglich steuerlich - relevant sind.

Die erhoffte „Durchschlagskraft“ der Regelung scheint daher ungeklärt, vor allem, da die Gerichte der hiermit verbundenen Mehrbelastung ausweichen werden, wie sie schon bisher § 643 Abs. 1 ZPO nicht angewandt haben.

Zur eidesstattlichen Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einer erteilten Auskunft:
Die bisher mögliche Drohung mit einem Antrag auf Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung ist durchaus wirksam, auch im Zugewinnausgleichsverfahren. Die Tatsache, dass selten ein entsprechender Antrag gestellt wird, spricht gerade nicht für eine Abschaffung. Die Drohung, Anträge in dieser Stufe stellen zu wollen, führt in der Regel zu außergerichtlichen Nachbesserungen der zuvor erteilten mangelhaften Auskünfte. Aus der Tatsache, dass gerichtliche Verfahren nicht anhängig gemacht werden, kann keinesfalls auf eine überflüssige gesetzliche Regelung geschlossen werden. Gesetzliche Regelungen entfalten bekanntermaßen auch im außergerichtlichen Bereich Wirkung, so dass es einer gerichtlichen Durchsetzung in der Folge nicht mehr in jedem Fall bedarf.

VII. Rechtsbehelfsbelehrung § 39 FGG-RG

Es wird ausdrücklich begrüßt, dass das Familienrecht nun mit einer derartigen Regelung im Bereich des Zivilrechts vorangeht. Es handelt sich schlicht um eine längst überfällige, zeitgemäße und verbraucherfreundliche Regelung.

VIII. Das „Große Familiengericht“ § 266 FGG-RG

Hierzu ist bereits alles seit Jahren gesagt. Die Einrichtung ist erforderlich, wird seit langem gefordert und dient der Vereinheitlichung der fachkundigen Rechtsprechung.

IX. Zusammenfassung

Das FGG-RG enthält zahlreiche lange geforderte und positive Regelungen. Zweifel bleiben an der Umsetzung bestehen, wenn nicht gleichzeitig weitere Richterstellen und vor allem eine Aufstockung des sog. „Unterbaus“ (Rechtspfleger, Kanzleikräften, etc.) folgen sollten. Die (Mehr-)Aufgaben durch das Gesetz sind immens, wenn sie sorgfältig erledigt werden sollen, zumal in angemessener Zeit.

Dies gilt gleichermaßen für die Tätigkeit der Jugendämter, die zukünftig erheblich schneller und öfter tätig werden müssen. Die Teilnahme an (frühen) Gerichtsterminen kostet Zeit und verlangt ausreichendes Personal.

Nimmt man die Aussicht auf die weiter geplanten umfangreichen Reformen im Familienrecht noch hinzu, so sind Befürchtungen, das alles könnte in einen unausweichlichen „Kollaps“ führen, keineswegs ganz von der Hand zu weisen.

Wenn die derzeit so beliebten Attribute „vereinfacht“ und/oder „beschleunigt“ auch in der Realität angekommen sind, werden wir erst feststellen können, ob die Justiz sich an diesen Aufträgen messen lassen kann. Untätigkeitsbeschwerden in Umgangs- oder Sorgerechtsachen erweisen sich bereits nach 14 Monaten – 18 Monaten Verfahrensdauer als erfolgreich. Derzeit beträgt die Dauer von Kindschaftsverfahren durchschnittlich bereits mindestens 7 Monate.

Berlin, den 08. Februar 2008

Ingeborg Rakete-Dombek