

Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/6985

Stellungnahme zur Ausschussdrucksache 18(6)198

A. Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drs. 18/6985

Der vorgeschlagene Gesetzentwurf wird grundsätzlich begrüßt. Dabei soll aus Sicht der Praxis unter Berücksichtigung der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung auf die nachfolgenden Punkte hingewiesen werden.

I.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (Drs. 438/15) ist am 16.9. 2015 beschlossen und unter dem 25.9. 2015 dem Bundesrat übersandt worden. Ihm ging der Referentenentwurf des Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 29.5. 2015 voraus. Der mit der Stellungnahme des Bundesrates und der Gegenäußerung der Bundesregierung aktuelle Gesetzentwurf vom 9.12 2015 (**Drs. 18/6985**) umfasst fünf Vorhaben:

1. Anhörungspflicht der Parteien vor Ernennung des Sachverständigen gem. § 404 II ZPO-E
2. Anzeigepflicht des Sachverständigen betreffend die Fristeinhaltung und Mitteilungspflicht des Sachverständigen in Bezug auf seine Unparteilichkeit gem. § 407 a I, II ZPO-E
3. Obligatorische Fristsetzung bei schriftlichen Sachverständigengutachten und Erhöhung der Obergrenze des Ordnungsgeldes von 1.000 € auf 5.000 € gem. § 411 I, II ZPO-E
4. Ausschluss der Anschlussbeschwerde betreffend den Scheidungsausspruch, falls nur der Versorgungsträger die Beschwerde eingelegt hat gem. § 145 III FamFG-E
5. Berufsqualifikation der Sachverständigen in Kindschaftssachen (§ 151 Nrn. 1 – 3 FamFG) gem. § 163 I FamFG-E

II.

Bewertung des Entwurfs

Alle fünf Vorhaben sind dem Grunde nach zu begrüßen. Seit langem besteht ein dringender Handlungsbedarf. Bei aller prognostischer Zurückhaltung dürfte eine Qualitätsverbesserung zu erwarten sein.

1.

Anhörungspflicht der Parteien vor Ernennung des Sachverständigen gem. § 404 II ZPO-E

Art. 103 I GG gebietet, dass sowohl die gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrensrechts als auch das gerichtliche Verfahren im Einzelfall ein Maß an rechtlichem Gehör eröffnet, dass dem Erfordernis eines wirkungsvollen Rechtsschutzes auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gerecht wird und den Beteiligten die Möglichkeiten gibt, sich im Prozess mit tatsächlichen und rechtlichen Argumenten zu behaupten (vgl. BVerfGE 55,1,6; 60,305,310; 74,228,233).

Insbesondere haben die Beteiligten einen Anspruch darauf, sich vor Erlass der gerichtlichen Entscheidung zu dem zu Grunde liegenden Sachverhalt zu äußern. Dem entspricht die Verpflichtung der Gerichte, Anträge und Ausführungen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 67,31,41; 86,133,146). So umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör grds. auch die Anhörung gerichtlich ernannter Sachverständiger (BVerfG, Beschl. v. 3.2. 1998, 1 BvR 909/94, NJW 1998, 2273; Beschl. v. 17.1. 2012, 1 BvR 2228/10).

Zu Recht führt die Begründung auf S. 13 des Entwurfs (Drs. 18/6985) den verfassungsrechtlichen Grundsatz des rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG an. Die Regelung des § 404 ZPO sieht zwar bisher keine Pflicht vor, die Parteien vorab anzuhören, wer als Sachverständiger gewählt werden soll. Die Beteiligung der Parteien am Auswahlverfahren wird der Praxis aber schon jetzt von Praktikern dringend empfohlen und wird in der Praxis vielfach so durchgeführt (vgl. nur Musielak/Voit/Huber, ZPO, 12. Aufl., § 404 Rdnr. 5).

Dabei wissen die erfahrenen Praktiker, wie sie die Beteiligten am Auswahlverfahren beteiligen können ohne dass es zu Verfahrensverzögerungen kommen muss.

Ein Mehrgewinn an Transparenz ist es allemal. Bekanntlich führt mehr Transparenz im Verfahren zu einer höheren Akzeptanz der Sachentscheidung.

Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass das Gericht den Anregungen der Parteien nachzugehen hat, wer als Sachverständiger ausgewählt werden soll (BGHZ 131,76,80).

Es scheint demnach nur noch eine Frage der Zeit zu sein, wann das Bundesverfassungsgericht das Anhörungsrecht der Parteien bei der Auswahlentscheidung einfordern wird.

Die im aktuellen Entwurf (Drs. 18/6985) vorgesehene Anhörungspflicht ist aus guten Gründen in eine Sollvorschrift abgeändert worden. Dabei sollte es bleiben. Ausnahmen sind ausreichend berücksichtigt, insbesondere für den einstweiligen

Rechtsschutz und für Verfahren in Kindschaftssachen. Der Gesetzgeber ist gut beraten, an dem Anhörungsrecht festzuhalten und diese Entscheidung nicht dem Bundesverfassungsgericht zu überlassen. Die von der Bundesregierung in Aussicht genommene Abweichungsbefugnis für die Sozialgerichtsbarkeit ist im Hinblick auf das abweichende Verfahren sachgerecht.

2.

Anzeigepflicht des Sachverständigen betreffend die Fristeinhaltung und Mitteilungspflicht des Sachverständigen in Bezug auf seine Unparteilichkeit gem. § 407 a I, II ZPO-E

Die Prüfungspflicht in § 407 a I ZPO-E dient der Forderung, gesetzte Fristen konsequent zu überwachen und durch Kommunikation eine realistische Frist zu bestimmen. Die Einhaltung realistischer Fristen wird der Beschleunigung dienen (vgl. Keders/Walter, NJW, 2013, 1697, 1701). Natürlich dürfte es auch Sachverständige geben, die mit Blick auf die Fristenproblematik versuchen werden, Gutachtaufträge zu vermeiden. Aus Sicht der Praxis dürfte es dann aber besser sein, davon frühzeitig zu erfahren, um darauf entweder durch eine Fristverlängerung oder durch Austausch des Sachverständigen zu reagieren.

Die Mitteilungspflicht in Bezug auf die Unparteilichkeit entspricht im Wesentlichen der Empfehlung des Petitionsausschusses des Deutschen Bundestages vom Frühjahr 2013. Die Umsetzung dieser Empfehlung dürfte gutem parlamentarischen Brauch entsprechen. Zu mehr Transparenz im Verfahren und zu einer höheren Akzeptanz in der Sache dürfte die Umsetzung allemal führen (Lüblinghoff, DRiZ 2015, 194,195; 2014, 135).

Auch wenn § 407 a II ZPO-E im Grunde nur das regelt, was in § 8a I JVEG bestimmt und im Auftragsschreiben an den Sachverständigen enthalten ist, so hebt der Entwurf (Drs. 18/6985) auf S. 14 der Begründung zu Recht darauf ab, dass der Sachverständige sich in einem frühen Stadium seiner Unparteilichkeit zu vergewissern oder aber etwaige Gründe mitzuteilen hat.

3.

Obligatorische Fristsetzung bei schriftlichen Sachverständigengutachten und Erhöhung der Obergrenze des Ordnungsgeldes von 1.000 € auf 5.000 € gem. § 411 I, II ZPO-E

Die effektive Beschleunigung der Erstattung schriftlicher Gutachten ist zu begrüßen.

Die neuen Regelungen unterstützen die Forderung der Praxis, die gesetzten Fristen konsequent zu überwachen. Die obligatorischen Fristsetzungen und die konsequente Einhaltung realistischer Fristen sind für eine zügige Beweiserhebung notwendig.

Der 70. Deutsche Juristentag (DJT) hat sich für eine Reform des Sachverständigenrechts in diesem Sinne ausgesprochen, um die Beweisgewinnung zu beschleunigen (Beschlüsse des 70. DJT, Hannover 2014, S.6, Ziffer 17a).

Diese Reformbestrebungen können nur unterstützt werden.

4.

Ausschluss der Anschlussbeschwerde betreffend den Scheidungsausspruch, falls nur der Versorgungsträger die Beschwerde eingelegt hat gem. § 145 III FamFG-E

Mit dieser Änderung soll die Problematik von Doppelehen beherrscht werden. Dazu kann es kommen, wenn die erfolgte Ehescheidung versehentlich einem Versorgungsträger nicht bekannt gegeben worden ist. In solchen Fällen kann und konnte es geschehen, dass die Scheidung – trotz des erteilten Rechtskraftzeugnisses – selbst Jahre später noch nicht rechtskräftig geworden ist. Diese Situation kann und konnte im Abstammungs- und Erbrecht auch noch Jahre später zu ungewollten Folgen und Schwierigkeiten führen.

Die Ergänzung eines Abs. 3 des § 145 FamFG in Art. 2 des Entwurfes ist gelungen. Die Unsicherheit um die Rechtskraft von Ehescheidungen und die damit verbundenen Folgen und Schwierigkeiten, insbesondere im Abstammungs- und Erbrecht dürften damit zumindest eingedämmt werden. Die bisherige gesetzliche Regelung und die ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung haben die Frage zum Eintritt der Rechtskraft der Ehescheidung nicht einheitlich beurteilt (vgl. nur OLG Hamm, Beschl. vom 7.9. 2010 – 15 W 111/10 - Rpfleger 2011, 87 und BGH, Beschl. vom 5.12. 2012 – I ZB 48/12 - NJW-RR 2013, 751).

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass ein vergleichbarer Entwurf bisher nicht erfolgreich umgesetzt werden konnte. Der mit der Umsetzung der Richtlinie 2011/99/EU verbundene Gesetzentwurf ist damals vom Deutschen Bundestag gestrichen und einstweilen zurückgestellt worden.

Käme es jetzt zu der geplanten Änderung, wäre das gerade aus Gründen der Rechtssicherheit zu begrüßen.

5.

Berufsqualifikation der Sachverständigen in Kindschaftssachen (§ 151 Nrn. 1 – 3 FamFG) gem. § 163 I FamFG-E

Die Neufassung wird zu einer echten Qualifikationsverbesserung in der Begutachtung führen. Wieder und wieder ist auf fehlerhafte Gutachten hingewiesen und ein Handeln des Gesetzgebers gefordert worden. (Geyer, FAZ v. 3.11. 2014; Lüblinghoff DRiZ 2014,358; 2015,52; 194). Die Befunde von Wissenschaftlern im Bereich der familiengerichtlichen Begutachtung sind

alarmierend (Stürmer / Salewski, DRiZ 2014, 282). Empfehlungen allein würden nach Ansicht der gerichtlichen Praxis nicht ausreichen, um die vielfach beschriebenen groben Missstände zu reduzieren. Die Fehlentwicklungen können nur mit einer Gesetzesänderung wirksam eingedämmt werden.

Die Fallzahlen von bis zu 10.000 Gutachten im Jahr weisen auf die erhebliche praktische Relevanz bei den Gerichten hin. Die mangelnde Qualifikation der familienpsychologischen Gutachter ist in der Praxis ein Problem, das keinesfalls zu vernachlässigen ist. Nach Erfahrungen der familiengerichtlichen Praxis weisen bis zu 10 Prozent der Gutachter keine hinreichende berufliche Qualifikation auf. Das bedeutet: Jahr für Jahr können bis zu 1.000 familienpsychologische Gutachten fehlerhaft sein. Eine Zahl, die die hohe Dringlichkeit einer Gesetzesänderung unterstreicht.

Bedenken bestehen, ob allein das Studium der Pädagogik oder der Sozialpädagogik Veranlassung bietet, in den beruflichen Kreis der familienpsychologischen Gutachter aufgenommen zu werden (vgl. auch Kannegießer, NZFam 2015, 620, 622).

Falls dies nicht zu bejahen ist, wird man dies erst Recht nicht über das Kriterium der Geeignetheit annehmen können. Das Kriterium der Geeignetheit dient dazu, so auch die Begründung auf S. 17 (Drs. 18/6985), innerhalb der jeweiligen Berufsgruppe eine Einschränkung vorzunehmen.

Es wäre daher konsequent die Berufsgruppen der Pädagogen und der Sozialpädagogen nicht in § 163 I FamFG-E aufzunehmen. Ansonsten würden nur falsche, nicht zu erfüllende Erwartungen geweckt. Nach meinen Informationen kann der Bedarf an Gutachtern durch die anderen Berufsgruppen gedeckt werden.

B.

Ausschussdrucksache 18(6)197

I.

Der Änderungsantrag dient der Umsetzung des Urteils des EGMR vom 15. Januar 2015 im Verfahren Kuppinger(II) ./ Deutschland (Beschwerde Nr. 62198/11). In diesem Urteil hat der EGMR unter anderem eine Verletzung von Art. 13 i.V.m. Art. 8 EMRK festgestellt, weil die deutsche Rechtsordnung keinen wirksamen Rechtsbehelf i.S.d. Art. 13 EMRK zur Verfahrensbeschleunigung in einem Umgangsverfahren vorsieht.

Der in den §§ 198 ff. GVG als Folge einer Verzögerungsrüge eröffnete kompensatorische Rechtsbehelf, der für den Fall einer unangemessen langen Verfahrensdauer eine nachträgliche Entschädigung in Geld vorsieht, genügt nach dem Urteil des EGMR in bestimmten Verfahren, in denen es um das Recht auf Umgang mit einem (jungen) Kind geht, nicht den Anforderungen, die sich aus Art. 13 (Recht auf wirksame Beschwerde) i.V.m. Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) ergeben. Zur Begründung hat der Gerichtshof angeführt, dass die positive Verpflichtung der Vertragsstaaten gem. Art. 8 EMRK illusorisch werde, wenn der Beschwerdeführer bei überlanger Verfahrensdauer nur eine nachträgliche finanzielle Entschädigung erhalte, ohne zugleich eine schnellere Entscheidung durch die mit dem Fall befassten Gericht erwirken zu können.

Der Gesetzentwurf ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden. Der Entwurf sieht eine anfechtbare Zwischenentscheidung vor. Zu Bedenken ist, dass die in § 155 c

FamFG-E vorgesehene Verzögerungsbeschwerde selbst zu einer weiteren Verfahrensverzögerung führen könnte. Zudem wäre insbesondere am BGH ein Senat mit der Beschwerde befasst, der keine Spezialisierung im Familienrecht aufweist. Beidem könnte nur entgegengewirkt werden, wenn der Rechtsbehelf analog einem Ablehnungsgesuch gem. §§ 6 FamFG, 45 ZPO geregelt würde.

II. Bewertung des Änderungsantrags

Der Diskussionsentwurf dient der Umsetzung des Urteils des EGMR vom 15. Januar 2015 (Beschwerde Nr. 62198/11). Er ist dem Grunde nach nicht zu beanstanden.

Die Anwendung wird aus Sicht der gerichtlichen Praxis dazu führen können, dass sich Umgangsverfahren gerade von sogenannten Hochkonfliktparteien weiter verzögern und der Grundsatz der Spezialisierung in Familiensachen nicht gewahrt sein könnte.

Dem könnte dadurch begegnet werden, dass das in § 155 c FamFG-E vorgesehene Beschwerdegericht analog §§ 6 FamFG, 45 ZPO geregelt wird. Bei den Familiengerichten würde dann ein anderer Familienrichter entscheiden, bei den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof, der Senat, dem die Spruchgruppe angehört, aber ohne dessen Mitwirkung.

Mit einer solchen Regelung wird das Recht auf eine wirksame Beschwerde auch in Kindschaftssachen hinreichend gewahrt ohne die Vorteile der Beschleunigung und der Spezialisierung aufzugeben.

Hamm, den 9. März 2016

Joachim Lüblinghoff
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht