

Direktorin am Amtsgericht

Stellungnahme zur Ausschussdrucksache 18(6)198 zum Änderungsantrag der Fraktionen CDU, CSU und SPD zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung

- Drucksache 18/6985 -

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Der Änderungsantrag soll dazu beitragen, die vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in der Sache Kuppinger geforderte Einführung eines Rechtsbehelfs gegen lang dauernde Verfahren umzusetzen, mit dem nicht nur eine Entschädigung in Geld beantragt werden, sondern wirksam auch eine Beschleunigung der Verfahren vor den (Familien-)Gerichten herbeigeführt werden kann.

Soweit die Regierung in der Sache Kuppinger darauf hingewiesen hatte, dass § 155 FamFG, der die Familiengerichte verpflichtet, Umgangsverfahren vorrangig und beschleunigt durchzuführen, nur eine Empfehlung sei und keine Schnelligkeit auf alle Kosten verlange, behaupte sie (damit) selbst nicht, dass die Vorschrift als wirksamer Rechtsbehelf im Sinne von Art. 13 EMRK dienen könne. Folglich ist - so der EGMR - Art. 13 iVm Art. 8 EMRK verletzt (EGMR (V. Sektion), Urteil vom 15.01.2015 – 62198/11, NJW 2015, 1433 Rn. 138-145 mit Anm. Steinbeiß-Winkelmann). Denn die positive Verpflichtung, angemessene Maßnahmen zur Gewährleistung des Rechts auf Achtung des Familienlebens zu treffen, würde illusorisch, wenn für die Betroffenen nur ein Rechtsbehelf zur Verfügung stünde, mit dem sie nachträglich eine Entschädigung in Geld erhalten können (Rn. 137).

Zur Diskussion steht mithin allein ein präventiver Rechtsbehelf. Der Änderungsantrag der Fraktionen geht darüber hinaus, ist in seiner praktischen Umsetzung schwierig und widerspricht in seiner Ausgestaltung - teilweise - dem Regelungsgefüge des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG).

Im Einzelnen ist aus meiner Sicht Folgendes anzumerken:

Zu § 88 Abs. 3 FamFG-E:

Die in Aussicht genommene Ergänzung des § 88 FamFG soll nach der Entwurfsbegründung der Beschleunigung des Vollstreckungsverfahrens dienen. Die Änderung hat einen flankierenden Charakter. Sie dient nicht der Umsetzung der Entscheidung des EGMR. Denn der Gerichtshof hat gegen das Verfahren als solches nichts eingewandt (Rn. 116, 117), sondern vor dem Hintergrund des § 89 Abs. 3 FamFG, der die Festsetzung eines Ordnungsgeldes bis zu 25.000 Euro ermöglicht, nur den im Instanzenzug festgesetzten Betrag (300 Euro) nicht für zwingend gehalten.

Eine praktische Notwendigkeit für die beabsichtigte Änderung sehe ich nicht, weil die Verfahren in Vollstreckungssachen regelmäßig (nach meinen Erfahrungen) zeitnah entschieden werden. Zum anderen ist bedenken, dass eine schuldhafte Zuwiderhandlung festzustellen (§ 890 ZPO) und die Gewährung rechtlichen Gehörs damit zwingend ist, was zwangsläufig die Dauer eines Verfahrens beeinflusst.

Für den Fall, dass der Beschleunigungsgrundsatz im Vollstreckungsverfahren gleichwohl verankert werden soll, habe ich Zweifel, ob er in § 88 FamFG richtig verortet ist. Denn die genannte Norm betrifft nur die örtliche Zuständigkeit (Keidel-Giers, FamFG, 18. Aufl., § 88 Rn. 4 unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung) und die Unterstützungspflicht des Jugendamtes (Abs. 2). Da sich die Festsetzung eines Ordnungsgeld ganz überwiegend in Umgangsverfahren stellt, könnte alternativ eine Regelung in § 89 FamFG angedacht werden.

Zu § 155b FamFG-E:

1) Der Änderungsantrag formuliert einen Rechtsbehelf, der im Rahmen einer (Selbst-)Überprüfung des mit der Sache befassten Gerichts dazu beitragen soll, eine zu lange Verfahrensdauer zu erkennen. Er zeigt zudem Maßnahmen auf, wie nach erhobener Rüge zu verfahren ist.

Über eine qualifiziert eingelegte Rüge ist immer durch Beschluss zu entscheiden (Abs. 1). Hält das Gericht die Rüge für begründet, hat es zudem unverzüglich Maßnahmen anzuordnen (Abs. 3). Wird hingegen die Rüge für unbegründet erachtet, hat das Gericht im Beschluss im Einzelnen darzulegen, inwieweit der Verfahrensablauf den Voraussetzungen des § 155 Abs. 1 FamFG (Abs. 4) entspricht.

Hält das Gericht die Rüge für nicht qualifiziert erhoben, soll diese (ausschließlich) als Rüge gemäß § 198 GVG verstanden werden mit der Folge, dass ein Beschluss gemäß § 155b Abs. 1 FamFG-E unterbleibt.

Die beschriebene und nach der (Gesetzes-)Begründung auch beabsichtigte „Doppelfunktion“ wird in aller Regel vom Rügeföhrer nicht gewollt sein, da kompensatorische und präventive Rechtsbehelfe eine unterschiedliche Zielrichtung haben. Außerdem wird die notwendige Klärung des Anliegens, d.h. ob eine einfache Verzögerungsrüge vorliegt, die ggf. als unzulässig zurückzuweisen sein wird, oder ob es sich um eine qualifizierte Einlegung handelt, zu zeitlichen Verzögerungen föhren, die in der Sache nicht vertretbar sind.

Mit Blick auf §§ 28 FamFG erscheint mir die Hinweispflicht (Abs. 2) zudem überflüssig.

Wenig anwenderfreundlich ist die Regelung in Absatz 5. Nach der Begründung zum Entwurf soll dadurch klargestellt werden, dass die Absätze 1 bis 4 „lediglich Modifikationen zu § 198 GVG enthalten“. Die Verknüpfung zum kompensatorischen Rechtsbehelf ist nicht nur schwer verständlich, sondern wird auch nicht konsequent durchgehalten, wie sich der Begründung weiter entnehmen lässt. Denn mit Blick auf den Beschleunigungsgrundsatz des § 155 Abs. 1 FamFG soll für die Wiederholung der Rüge eine deutlich kürzere Frist als die in § 198 Abs. 3 GVG bestimmte geboten sein. All dies lässt sich dem Wortlaut der beabsichtigten Regelung nicht entnehmen.

2) Für problematisch halte ich zudem den **Anwendungsbereich** des § 155b Abs. 1 FamFG-E, der auf § 155 Abs. 1 FamFG verweist. Davon ausgehend sind auch Verfahren gemäß §§ 1666, 1666a BGB einbezogen (Gefährdung des Kindeswohls). Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat den Familiengerichten mit Rücksicht auf die „folgschweren Entwicklungen, die für ein Kind (z.B.) mit der Herausnahme aus der Familie verbunden sind“ immer wieder auf die Agenda geschrieben, den Sachverhalt ausreichend zu ermitteln und zwar auch im einstweiligen Anordnungsverfahren (zuletzt: BVerfG FamRZ 2016, 22 ff.; FamRZ 2015, 2120 ff. zu den zuverlässigen Grundlagen).

Das Spannungsverhältnis zwischen der Pflicht des Gerichts zur Ermittlung von Amts wegen einerseits und der Verzögerungsrüge andererseits wird m.E. nicht hinreichend bedacht und sollte einer Überprüfung unterzogen werden.

3) Der **Begründungszwang** des § 155b Abs. 3 und 4 FamFG-E ist ebenfalls nicht frei von Bedenken. Denn das Gericht soll das Ergebnis seiner Prüfung offen legen und aktenkundig machen sowie im Fall der unbegründet erhobenen Rüge in seinem Beschluss darlegen, inwieweit das Verfahren den Anforderungen des § 155 Abs. 1 FamFG entspricht. Ausweislich der Begründung zum Entwurf soll damit eine bessere „Akzeptanz“ erreicht werden. Gerade die beschriebene Akzeptanz bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass das Gericht sich einem Rechtfertigungszwang ausgesetzt sieht, den ich unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten (Art. 97 GG) für problematisch halte. Denn es wird in den Zuordnungskonflikten (§ 1671 BGB), aber auch in Umgangsverfahren (§§ 1684 ff. BGB) auf das Gericht eine Diskussion mit den Beteiligten zukommen, wie das Verfahren „richtig“ zu führen ist.

Hinzu kommt, dass die Begründungspflicht nicht unterschiedslos für alle Verfahren Geltung haben kann und sollte, insbesondere nicht in denjenigen Verfahren, die eine Gefährdung des Kindeswohls zum Gegenstand haben.

Zusätzlich zu den vorstehenden Gesichtspunkten werden Befangenheitssituationen geschaffen, die ihrerseits ein weiteres Verfahren auslösen und damit den Beschleunigungsgrundsatz gleichsam aushebeln.

Zu § 155c FamFG-E:

1) Verfahrensrechtlich sehe ich in Bezug auf die Regelung des § 155b Abs. 3 Satz 2 FamFG-E Wertungswidersprüche zum geltenden Recht. Wird die Verzögerungsrüge beim Oberlandesgericht, also im Beschwerdeverfahren erhoben (§ 155c Abs. 2 Nr. 2 lit a) FamFG-E), hat das Gericht, sofern es die Rüge für begründet hält, den Erlass einer einstweiligen Anordnung zu prüfen. Dies sieht das geltende Recht allerdings nicht vor, wenn es sich beim Ausgangsverfahren um ein Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz handelt (§ 50 Abs. 1 FamFG).

Für den Fall, dass das verzögerte Verfahren den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung in Umgangsachen betrifft, wird zu bedenken sein, dass die vorgesehene Regelung die Entscheidungskompetenz des Oberlandesgericht über die (Verzögerungs-)Beschwerde eröffnet, obwohl die Entscheidung in der Sache unanfechtbar ist (§ 57 Abs. 1 S. 1 FamFG).

2) Systemfremd bleibt die Regelung außerdem mit Rücksicht auf die Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs (BGH). Zur Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde verweise ich auf § 70 Abs. 1 und 2 FamFG. Danach ist die Rechtsbeschwerde unter bestimmten Voraussetzungen zuzulassen, während sie zulassungsfrei nur in Verfahren eingelegt werden kann, die hier nicht einschlägig sind. In der Praxis werden die Kindschaftssachen gemäß § 155 Abs. 1 FamFG aber regelmäßig im Tatsächlichen

umfassend aufzuklären sein, so dass eine Zulassung der Rechtsbeschwerde eher selten ist. Bestätigt wird diese Annahme durch die zahlreichen Verfahren, die durch das BVerfG oder durch den EGMR beschieden werden. Sollte die Verzögerungsrüge nun in einem Verfahren erhoben werden, welches beim BGH anhängig ist, wären „Umstände“ aus denen sich die unangemessene Verfahrensdauer ergibt (§ 155b Abs. 1 FamFG-E), darzulegen. Damit ist zwangsläufig eine trichterliche Komponente implementiert, die im System der Rechtsmittel so nicht vorgesehen ist (s.a. Guhling NZFam Editorial Heft 1/2016).

Schließlich wird mit § 155c FamFG-E - unabhängig von der Untätigkeitsbeschwerde (Abs. 3) - die Anfechtung einer Zwischenentscheidung geregelt, was unter verfahrensrechtlichen Aspekten problematisch ist, aber aus Gründen der Vollständigkeit nicht unerwähnt bleiben darf.

3) Der Diskussionsentwurf regelt im Übrigen eine **Untätigkeitsbeschwerde** (Abs. 3), die an die Verzögerungsrüge anknüpft, sofern nicht gemäß § 155b Abs. 1 FamFG-E über diese Rüge eine Entscheidung innerhalb eines Monats ergeht.

Die eingangs angeführten Bedenken zur „Doppelfunktion“ der Rüge werden hier virulent. Genügt die Verzögerungsrüge nicht den Form- und Begründungserfordernissen des § 155b FamFG-E, ist sie - ohne Entscheidung - zu den Akten zu nehmen. Nach dem Wortlaut des § 155c Abs. 3 FamFG-E wäre in diesen Fallkonstellationen aber die Untätigkeitsbeschwerde eröffnet, was mit Blick auf die notwendige Aktenversendung und Entscheidung durch das Beschwerdegericht erneut eine Verzögerung des Verfahrens bewirkt statt sie zu verhindern.

Fazit:

Der Entwurf wird der Forderung des EGMR nach einem wirksamen präventiven Rechtsbehelf nicht gerecht. Er ist in der Sache zu komplex und damit ineffizient. Im Übrigen zeigt er „Wertungswidersprüche“ zum geltenden Recht auf, die es zu beachten gilt.

In der einschlägigen Fachpresse sind Regelungsvorschläge bislang wenig diskutiert worden. Die Problematik der Verzögerungsrüge wird sich nach meiner Erfahrung nahezu ausschließlich in der ersten Instanz stellen. Ich halte daher zumindest für diskussionswürdig eine Regelung, die z.B. an den Fristsetzungsantrag nach § 91 des Österreichischen Gerichtsorganisationsgesetzes anknüpft (vgl. auch Weber, Der EGMR als Motor der effektiven Durchsetzung von Umgangsrechten, NZFam 2015, 337 ff. 340 und Peschel-Gutzeit, Noch immer keine Untätigkeitsbeschwerde in Kindschaftssachen - Erneute Kritik des EGMR, ZRP 2015, 170 ff.). Die genannte Vorschrift ist vom EGMR in einer älteren Entscheidung als wirksamer Rechtsbehelf angesehen worden (EGMR, Urteil vom 30.01.2001 – 23459/94, ECHR 2001-I, S. 176 Rn. 25 – zitiert nach dem Fundstellenverzeichnis des EGMR).

Um eine vergleichbare Regelung könnte § 155 FamFG „angereichert“ werden (zur Änderung dieser Vorschrift: Steinbeiß-Winkelmann a.a.O.).

Ergänzende Anmerkung zur Drucksache 18/6985:

Die in Aussicht genommene Regelung zu § 407a Abs. 2 ZPO-E sollte sprachlich überarbeitet werden, da auch § 407a Abs.1 ZPO mit den Worten beginnt „ Der Sachverständige hat unverzüglich zu prüfen ...“.

Außerdem wird zu bedenken gegeben, dass die Ergänzung in Abs. 1 um die Worte „sowie innerhalb der vom Gericht gesetzten Frist“ , in der Fläche nicht zu einer Beschleunigung der Verfahren führen wird, sondern in der Praxis die Frist schon bei der Bestellung „angemessen verlängert“ wird, um den/die Sachverständige(n) zur Übernahme des Auftrags zu bewegen. Denn die Bereitschaft für das Gericht zu arbeiten wird mit Blick auf die angedachten Sanktionen abnehmen, da der Sachverständige gleich unter mehreren Aspekten Gefahr läuft, seinen Vergütungsanspruch zu verlieren (§ 407a Abs. 2 ZPO-E i.V.m. § 8a JVEG einerseits und § 411 Abs. 2 Satz 4 ZPO-E andererseits).

Brigitte Meyer-Wehage

