



FamFG §158

Bestellung eines Verfahrensbeistandes

Prüfpflicht des Gerichtes bei Bestellung

Quellen:

Bundesministerium der Justiz

Bundesgesetzblatt

Jarass/Piroth zum Grundgesetz

Palandt 2012 zum Bürgerliches Gesetzbuch

Dr. Nikola A. Korritz

Keidel/Englhardt zum FamFG

Die Arbeitsgemeinschaft Familienrecht ^{mo} publiziert in unregelmäßigen Abständen Scripte zur Diskussionsgrundlage in Arbeitskreisen der Landkreise oder politischen Parteien.

Die Scripte enthalten in der Regel keine vollständigen Ausarbeitungen und bieten deshalb natürlich Raum für Gegenargumentationen. Diesen verschließen wir uns nicht und bieten den Dialog in sozialpolitischen / rechtspolitischen Arbeitsgruppen oder auf sonstigen politischen Veranstaltungen an.

Uns ist bekannt, dass die Darstellung eines „IST“ - Zustandes in der Regel von den betroffenen Professionen bestritten wird. Dies ist normal, der Gegenbeweis nur schwer anzutreten weil hinter verschlossenen Türen verhandelt wird. Auch wir achten die Privatsphäre einer privaten Person. Oft stehen aber jene Privatpersonen auch in öffentlichen Runden als Gesprächspartner zur Verfügung.

Wenn Sie Interesse haben, fragen Sie einfach an, auch dann wenn Sie nicht in unserem Sprengel ansässig sind.

Arbeitsgemeinschaft Familienrecht ^{mo}

Postfach 1120

85541 Kirchheim

Telefon: +49 89 904 809 43

Telefax: +49 89 904 809 45

Mail: einlauf@arge-famR.org

Download der Scripte zur freien Vervielfältigung unter:

www.arge-famr.org

Zitiervorschlag: AGFamR ^{mo} FamFG 158/4

Vorwort:

Die Geschichte des Verfahrensbeistandes ist eine Geschichte voller Missverständnisse. Wir wollen mit diesem kurzen Aufsatz ein wenig dazu beitragen, dieses Missverständnis aufzuklären. Grundlage für den Aufsatz ist die geübte Praxis dutzender Verfahrensbeistände, der Kommentarliteratur und verschiedener Ausbildungsunterlagen.

Bei der Betrachtung möchten wir auf den in der Literatur wenig ausgeführten Punkt der Prüfpflicht eingehen.

Prüfpflicht vor Bestellung

Ein Missverständnis ist sicher, dass in FamFG §158 die Bestellung eines Verfahrensbeistandes im automatischen Verfahren vorgesehen ist. Die Bestellung bedarf stets einer Prüfung durch die RichterIn. Der Wortlaut des Gesetzes drängt der RichterIn die Prüfung in Bezug auf Bestellung an sich und der Person (Auswahl) des Verfahrensbeistandes förmlich auf: „soweit es zur Wahrnehmung seiner Interessen erforderlich ist“ und „in der Regel“ zeigen in FamFG §158 Abs. 1 u. 2. deutlich auf, dass es sich zunächst um eine Vermutung handelt, dass der Verfahrensbeistand notwendig ist weil z. B. die Eltern tatsächlich nicht in der Lage sind, die Interessen des Kindes pflichtgemäß zu vertreten. Nur eine Prüfung durch die RichterIn kann die Vermutung der Notwendigkeit belegen oder eben widerlegen.

Hat die Prüfung ergeben, dass ein Verfahrensbeistand nicht notwendig ist, muss sich die RichterIn schriftlich im Endbeschluss äußern.

Nun gibt es jedoch Verfahrensvarianten, die objektiv gesehen keine Bestellung notwendig machen. Bei der Beauftragung handelt es sich um eine Zwischenentscheidung, es gibt kein ordentliches Rechtsmittel. Die Verfahrensbeisteherin wird man auch nicht wieder los. Doch muss man bezahlen?

Zunächst muss man darauf hinweisen, dass die bisherige Rechtsprechung davon ausgeht, dass ein Verfahrensbeistand immer bezahlt werden muss. Es reicht die Beauftragung. Staatsanwaltlich ausgedrückt: „Aus der Kommentarliteratur ist ersichtlich, dass die Vergütung nicht mit einer Tätigkeit einhergehen muss“. Fälle, die von dieser Rechtsmeinung abrücken, sind selten.

Zweck des Verfahrensbeistandes

Ein wesentlicher Gedanke bei der Einführung des Verfahrensbeistandes war der effektive Schutz vor Willkür durch rechtliches Gehör. Dabei ist nicht nur die Willkür der widerstrebenden Eltern gemeint, die eigene Interessen in einem Verfahren verfolgen. Die Willkür kann auch vom Staat ausgehen, einerseits direkt bei Inobhutnahme durch das Jugendamt oder indirekt, in dem die Eltern oder ein Elternteil kein faires Verfahren erhält.

In allen drei letzteren Fällen ist die staatliche Entscheidung nicht mehr Tatsachen geschuldet sondern der Willkür. Damit verliert auch das Kind das Grundrecht auf ein faires Verfahren und wird Spielball des Verfahrens. Dieser Grundgedanke soll die weiteren Ausführungen begleiten. Dabei möchten wir besonders die Fallgruppe

„Trennung und Scheidung“, Gemeinsame Sorge nicht verheiratete Eltern und den in diesem Kontext zu regelnden Umgang betrachten.

Verfahrensstellung:

Im Gegensatz zum Jugendamt ist der Verfahrensbeistand Verfahrensbeteiligter im Sinne FamFG §7. Um als Verfahrensbeistand der Willkür wirksam begegnen zu können, bedarf es dieser Stellung. Damit kann er jederzeit Rechtsmittel einlegen um das Kind zu schützen. Dies gilt sowohl bei Verfahrensfehlern der Richterin als auch als Verteidigung gegen Anträge vom Jugendamt, sofern es sich um Beteiligung wegen eines eigenen Antrages des Amtes handelt.

Risiko bei Bestellung des Verfahrensbeistandes:

Fehlende Haftung bei Betätigung:¹

Damit der Verfahrensbeistand effektiv gegen (staatliche) Willkür vorgehen kann, ist er anderes als die Sachverständige keine Gehilfin der Richterin. Damit entfällt auch die Wahrheitspflicht vergleichbar einem Zeugen, dem die Sachverständige zuzuordnen ist.

Einer hoheitlichen Aufgabe ist die Tätigkeit auch nicht zuzuordnen, dagegen sprechen verschiedene Indizien. Zum einen ist es keine hoheitliche Aufgabe die Interessen eines Kindes zu vertreten, dies würde in den geschützten Bereich der Familie und vor allem der Eltern eingreifen. Zum anderen ist es nicht die hoheitliche Aufgabe, vor hoheitlicher Willkür zu schützen. Der Gedanke verbietet sich von selbst. Die gemeine Amtshaftung scheidet also aus.

Im Unterschied zum Jugendamt ist die Tätigkeit auch nicht mit einem klaren Aufgabenregelwerk wie z.B. dem SGB VIII definiert.

Eine Mandantschaft kommt auch nicht zustande, da keine Rechtsbeziehung besteht.

Durch diese Stellung reduziert sich die Haftung für die Handlungen des Verfahrensbeistandes gegen Null. Es scheint auch nahezu unmöglich, Haftungsansprüche geltend zu machen, weil dann die Kausalität des Handelns für einen Schaden nachzuweisen wäre. In der Praxis sind die Eltern, als gesetzliche Vertreter, zudem mit dem Familienverfahren beschäftigt. Die Richterin ist dem Verfahrensbeistand nicht weisungsbefugt und ist nicht Partei. Sie kann also die Haftungsansprüche auch nicht geltend machen.

Strafverfolgung:

Ebenso scheidet die entscheidenden Straftaten aus, wie uneidliche Falschaussage oder Verrat persönlicher Geheimnisse (strittig). Betrug, Verleumdung, üble Nachrede und Beleidigung scheitert regelmäßig an der Stellung als „Verfahrensbeteiligte“ und der Stellung an sich. Die Verfahrensbeisteherin gehört in

¹ Ausführlich: Zur Frage der Haftung des VB – Dr. Nikola A. Korritz, FPR 2012,568

der Regel nicht den notwendigen Personengruppen an. Übrig bleiben nur wenige Delikte wie Diebstahl etc.

Besonders der Geheimnisverrat, die falsche Aussage und der Betrug darf kurz betrachtet werden: Stellungnahmen des Verfahrensbeistandes enthalten Angaben über den Lebensraum des Kindes und alles Mögliche aus dem Initimbereich der Familie, der Elternteile und dem geschützten Bereich der Wohnung.

Es handelt sich dabei um Daten und Informationen die der Verfahrensbeisteherin sonstwie zur Kenntnis gekommen sind und die Person des Kindes, die Eltern und sonstige betreffen. Darunter befinden sich auch Informationen über den einen, die vom anderen mitgeteilt wurden. Darunter können sich auch Geheimnisse befinden, die eben dem anderen anvertraut wurden. Diese Konstellation kommt besonders bei widerstreitenden Eltern vor. Viele Stellungnahmen haben den Charakter eines Wissensberichtes, dabei haben die Eltern im Verfahren nahezu keine Möglichkeit, sich der Verfahrensbeisteherin zu verweigern ohne in Misskredit zu geraten.

Qualität der Rechtspflege und Beschlussfindung:

Werden Unwahrheiten und unrichtige Tatsachenbehauptungen durch den Verfahrensbeistand in das Verfahren eingebracht, bleibt nur das ordinäre Bestreiten. Im Gegensatz zu den Behauptungen des anderen Elternteils ist jedoch die Verfahrensbeisteherin eher glaubwürdig, weil sie ja kein (Rechtsschutz-) Interesse hat zu lügen. Regelmäßig kommt es dann zur Beweislastumkehr, also zur subjektiven Beweislast. Ein Elternteil muss dann beweisen, dass der Vortrag der Verfahrensbeisteherin unrichtig ist.

Problematisch ist zudem das Einbringen von Vermutungen, Einschätzungen und Prognosen. Diese überschreiten nicht selten die Grenzen zur üblen Nachrede oder Beleidigung. Einem Zeugen würde niemals zugestanden werden, Vermutungen anzustellen oder seine Meinung zu äußern. Dies unterstreicht den Charakter der Beteiligtenstellung, aber auch das Risiko der unsachgemäßen staatlichen Entscheidung.²

Dabei ist es unbeachtlich, ob die Verfahrensbeisteherin mutwillig abwegige Prognosen, Einschätzungen oder Vermutungen in das Verfahren einbringt oder einfach nur einem Irrtum oder einer Täuschung erlegen ist. Ihre Stellung allein sorgt dafür, dass die Richterin mehr glaubt als den Elternteilen. Den Beteiligten wird sehr wohl zugestanden, zu lügen und ihre Meinung kundzutun, auch dann wenn sie ehrverletzend ist. Es bleibt auf jeden Fall folgenlos.

Bei dem Betrachten des Betrugers entfallen schon einige Tatbestandsmerkmale, vor allem das Erregen eines Irrtums. Gerade die Untätigkeit wird der Richterin augenscheinlich, sie kann jedoch die Verfahrensbeisteherin jedoch offenbar nicht entpflichten. Dabei ist mit Untätigkeit nicht Regungslosigkeit gemeint, sondern eine Tätigkeit, die sich nicht mit den Interessen des Kindes beschäftigt.

² Thomas Fischer, StGB 58. Auflage RN 2 vor §153-162

In der Zusammenfassung kann man feststellen, dass ein Verfahrensbeistand nahezu ungeniert in die Familie eindringen kann, unendlich viel Schaden anrichten kann und derzeit praktisch nie zur Rechenschaft gezogen wird weil die Voraussetzungen dafür fehlen. Letztlich wird der Verfahrensbeistand nach FamFG §158 auch als „böses Monster“ und „freilaufende Termine“ bezeichnet, weil trotzdem immer zu bezahlen ist. Noch dazu von den Familien.

Prüfung:

Das Verfahren, in welchem die Elternteile die widerstreitenden Parteien sind, ist nicht zwingend davon geprägt, dass die Eltern nicht die Interessen des Kindes vertreten. Beide Elternteile vertreten das Kind. Ob ein Elternteil nicht die (objektiven) Interessen des Kindes verfolgt, obliegt der Richterin. Es obliegt auch den Eltern zunächst, die Interessen des Kindes festzulegen und die Rechte, also die objektiven Interessen, des Kindes zu schützen und einzufordern. Dabei ist es nur natürlich, dass dabei die Eltern unterschiedlicher Meinung sind, was das Beste für das Kind ist.

Die Richterin ist bei der Prüfung, ob eine Verfahrensbeisteherin gezwungen eine Abwägung durchzuführen, ob der Einsatz einer Verfahrensbeisteherin und dem damit verbundenen Risiken nicht ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Elternrechte und auch in die Rechte des Kindes darstellt. Sie muss abwägen, ob die Bestellung tatsächlich zu einem auf Tatsachen basierenden Beschluss führen kann.

Der Bundesgesetzgeber hat sich die eine frühestmögliche Bestellung gewünscht. Dies ist sicher bei der Inobhutnahme durch das Jugendamt indiziert.

Bei Umgangsanträgen (BGB §1684), der gemeinsamen Sorge nichtverheirateter Eltern oder Aufenthaltsbestimmungsrecht (BGB §1671) ist es nicht generell obligat, eine Verfahrensbeisteherin zu bestellen. Gerade hier erscheint es fragwürdig, zu vermuten, eine weitere Person könne durch Meinungsäußerungen tatsächlich ein auf Tatsachen basierten Beschluss herbeiführen.

Neben Jugendamt und Sachverständige hat dann auch noch die Verfahrensbeisteherin eine Meinung und definiert die Interessen des Kindes in eigener Verantwortung. Während Jugendamt und Sachverständiger einen klar umrissenen gesetzlichen Auftrag haben, sitzt de facto ein dritter Elternteil am Richtertisch. Betrachtet man die übliche Arbeitsweise der Jugendämter bei der Mitwirkung im Sinne des FamFG §162(1) sitzen dann 2 völlige Fremde als zusätzliche Eltern am Tische der Richterin.

Möglichkeiten des Verfahrensbeistandes:

Es ist auch berechtigt, die ungeprüfte Notwendigkeit der Bestellung in Frage zu stellen, wenn man die Möglichkeiten der Verfahrensbeisteherin betrachtet. Gerade bei kleinen Kindern beschränkt sich die Informationsaufnahme das Kind betreffend durch Gespräche mit der Person, in deren Obhut sich das Kind befindet. Auch bei Kindern im mittleren Alter beschränkt sich die Informationsbeschaffung regelmäßig auf Gespräche mit allen anderen, nur nicht mit dem Kinde selbst. Es handelt sich dann also um Hörensagen und nicht um wahre Tatsachen. Oft kann der

Hausbesuch nicht einmal sicherstellen, dass er im gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes und nicht z.B. in der Nachbarwohnung stattfindet.

Dies alles kann aber nicht im Interesse des Kindes sein. Das Kind hat eine eigene Sichtweise, diese kann nicht durch den Verfahrensbeistand ersetzt werden, welche aus dem Gesagten entsteht.

Problematisch ist die Arbeitsweise dann, wenn die Verfahrensbeisteherin das Kind nicht gesehen hat, oder nur kurz z.B. bei einer Anhörung. Völlig unzulässig sind Weitergaben und Bewertung von Informationen aus dem persönlichen Umfeld des Kindes oder das Gesagte des Kindes. Ein Hinweis auf die Unzulässigkeit ergibt sich aus der Stellung des Kindes. Das Kind ist Grundrechtsträger. Dies umfasst auch die informationelle Selbstbestimmung aus Artikel 2 Abs. 1 mit Artikel 1 Abs 1 des Grundgesetzes. Eine Rechtsanwältin als Vertretung des Kindes würde niemals unaufgefordert umfangreich aus dem augenscheinlichen Umfeld und Lebensraum berichten und dies bewerten.

Dies käme dann einer Ermittlungstätigkeit für das Gericht gleich, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt.

Gründe gegen eine Bestellung

Es gibt also gute Gründe, das Risiko der (Weiter-) Bestellung einer Verfahrensbeisteherin zu unterlassen. Dabei umfasst die Prüfung sowohl die Bestellung an sich als auch die Person der Verfahrensbeisteherin.

Eine Bestellung ist sicher zu unterlassen, wenn der Antrag an sich keine beweisbaren Tatsachenbehauptungen enthält. Der Antrag wird abzuweisen sein bzw. die Verfahrensführung der RichterIn wird auf Beweiserbringung auszulegen sein. Diese Beweise muss jedoch die Partei aufbringen, welche die Behauptung aufstellt. Der Verfahrensbeistand ist nicht dafür zu missbrauchen, die Beweise zu beschaffen oder die Behauptungen zu widerlegen.

Bei der Auswahl der Person muss sicher berücksichtigt werden, ob sie in Vorverfahren tatsächlich die Interessen des Kindes vertreten hat. Dies ist immer dann zu verneinen, wenn die Leistung der Verfahrensbeisteherin aus dem Zitieren und Wiederholen von Gesagtem Dritter, Vierter und dem Verweis auf Einlassungen des Jugendamtes oder Sachverständigen besteht. Dies deutet auf fehlende persönliche Beschäftigung mit dem Kinde hin. Das kann nicht im Interesse des Kindes sein, weil die Interessenvertretung nicht auf Tatsachen, sondern auf Hörensagen gründet.

Ein Prüfkriterium dürfte auch sein, ob die Verfahrensbeisteherin das Kind belegbar darauf hingewiesen hat, dass es sich nicht gegenüber Jugendamt, RichterIn oder Sachverständigen zu den Eltern (positionierend) äußern muss oder sonst Informationen preisgeben muss (Recht auf Zeugnisverweigerung).

Wird auch bei der Prüfung ersichtlich, dass die Verfahrensbeisteherin keine oder nur in großen Zeitabständen, Gespräche mit dem Kinde geführt hat, ist die

Notwendigkeit der Bestellung ebenso zu verneinen. Gleiches gilt bei fehlender Teilnahme an den Gerichtsterminen oder Kindesanhörungen durch die RichterIn.

Ergibt die Prüfung, dass die Verfahrensbeisteherin ohne Zustimmung aus dem persönlichen Lebensraum, also Wohnung und sozialem Umfeld berichtet und bewertet oder gar die Erziehungsleistung konotiert, ist sie nicht weiter zu bestellen, weil sie die Stellung der Eltern und deren informationelle Selbstbestimmung missachtet und die Rechte der Eltern auf Erziehung und Fürsorge missachtet. Dies führt zu einer Entrechtung der Eltern und einer Aufhebung der Autonomie der Familie.

Gleiches gilt auch, wenn die Verfahrensbeisteherin Gespräche mit Personen führt, die nicht Eltern sind und nicht im Beschluss zur Bestellung namentlich aufgeführt sind. Denkbar sind Betreuungspersonen in Kindertagesstätten oder Lehrkräfte³. Auch dies deutet auf eine Missachtung der Eltern und deren Persönlichkeitsrechte hin.

Folgen und Heilung

Innerhalb des Verfahrens wird man sich nicht gegen eine Bestellung einer Verfahrensbeisteherin wegen fehlender Prüfung wehren können. Dafür steht der Weg im Kostenrecht über die Erinnerung (Gerichtskostengesetz §66) bei vorliegender Gerichtskostenrechnung offen. Dabei liegt es nahe, dass das Erstgericht als Auftraggeber der Verfahrensbeisteherin der Erinnerung nicht abhilft, und damit die Beschwerde notwendig wird.

Dieser Weg ist insbesondere dann ratsam, wenn zwischen Bestellung und Beschluss ohne mündliche Verhandlung nur wenige Tage liegen. Eine wirksame Betätigung im Umfang des FamFG §158 Abs.4 Satz 1 und 2 ist dann nahezu ausgeschlossen.

Gleiches gilt für offensichtlich unzulässige Anträge und unzulässige Anträge im Beschwerdeverfahren und das Kostenrecht betreffende Anträge. Dies sind dann zwar eigenständige zweite Rechtszüge, betreffen aber das Kind nicht. Dabei ist bisher unklar, ob das Gericht des zweiten Rechtszuges die Anträge nicht schon missbräuchlich ausgereicht hat. Vieles deutet darauf hin, weil eine Prüfung ergeben hätte, dass eine Vertretung der Interessen des Kindes ausgeschlossen ist.

Zudem berechtigt der bloße Empfang eines Antrages und der Bestellung nicht zwingend zur Betätigung, wenn kein klarer Arbeitsauftrag formuliert ist⁴.

Vorstehendes ist natürlich auch auf den Teilbereich der Vergütung der „Erweiterten Aufgaben“ anzuwenden. Es liegt nahe, dass eine Prüfung unterlassen wurde, wenn die Leistung „Erweiterte Aufgabe der Gespräche mit den Eltern“ in einer Kostensache vergeben wurde.

³ Bundesministerium der Justiz 3800 II R5 40/2013 vom 05.03.2013

⁴ Keidel/Englhardt zu §158 FamFG RN 38