



Stellungnahme

15. Juni 2012

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Prozesskostenhilfe- und Beratungshilferechts

Die Stellungnahme wurde erstellt von den Mitgliedern des Vorstands des Deutschen Familiengerichtstags e.V. Rechtsanwältin Monika Clausius und Rechtsanwalt Dr. Mathias Grandel unter Mitarbeit von Richter am Oberlandesgericht Michael Trieb.

Der gesetzgeberischen Zielsetzung, die missbräuchliche Inanspruchnahme von Prozesskostenhilfe und Beratungshilfe zu verhindern, ohne den Zugang zum Recht zu beeinträchtigen, ist zuzustimmen.

Nicht allen hierzu im Referentenentwurf für den Bereich der PKH und der Beratungshilfe vorgesehenen Maßnahmen kann jedoch in der vorliegenden Form zugestimmt werden.

Prozesskostenhilfe

§ 114 Abs. 2 ZPO-E (Mutwilligkeit)

Nach der vorgesehenen Legaldefinition soll eine Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung auch dann mutwillig sein, wenn eine ausreichend bemittelte Person davon absehen würde, obwohl eine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht. Auf die sich hieraus ergebenden Bedenken hat die BRAK bereits in ihrer Stellungnahme im Jahr 2006 verwiesen (27/2006) und hier konkret unter Inbezugnahme jener Sachverhalte, in denen allein wegen einer – aus ex ante Sicht zum Zeitpunkt der Entscheidung über den PKH-Antrag - risikobehafteten Vollstreckung die PKH versagt wird.

Gerade in Unterhaltsverfahren kann diese Handhabung beim Unterhaltsschuldner ein falsches Signal setzen bzw. eine strafrechtliche Verfolgung gem. § 170 StGB erschweren, da in den letztgenannten Verfahren regelmäßig darauf abgestellt wird, ob eine Unterhaltstitulierung existiert.

Die Koppelung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit der Frage der Wirtschaftlichkeit eines beabsichtigten gerichtlichen Verfahrens muss zudem aus verfassungsrechtlichen Aspekten kritisch hinterfragt werden, da die Rechtsschutzgarantie und der Rechtsschutzanspruch einen Zugang zum Recht auch dann erfordern, wenn andere als wirtschaftliche Gründe die Rechtsverfolgung gebieten.

Den bereits seitens der BRAK geäußerten Bedenken, dass den Gerichten für die vorzunehmende Abwägung bei der zu treffenden Ermessensentscheidung im Rahmen der Prüfung einer Mutwilligkeit keine ausreichend präzisen Kriterien vorgegeben werden, hat der Gesetzgeber bislang nicht abgeholfen. Die Formulierung des § 114 Abs. 2 ZPO-E schafft vielmehr einen Zustand der Unsicherheit, wobei der Nutzen der beabsichtigten Legaldefinition ohnehin fraglich ist, da der Begriff der Mutwilligkeit höchststrichterlich geklärt ist.

§ 115 Abs. 2, 3 ZPO-E (Verlängerung der Ratenzahlungsdauer / Ratenhöhe)

Die Verlängerung der Ratenzahlungsdauer von derzeit 48 auf 72 Monate ist grundsätzlich zu akzeptieren.

Auch die gesetzgeberische Erwägung, dass ein Antragsteller sein vorhandenes Einkommen künftig in weitaus stärkerem Maß als bislang für die Verfahrensführung einzusetzen hat, ist isoliert betrachtet grundsätzlich vertretbar. An dieser Stelle ist allerdings eine Gesamtschau der im Referentenentwurf vorgesehenen Maßnahmen geboten.

Von den Antragstellern wird nach dem Entwurf nicht nur eine deutlich höhere Ratenzahlung als bislang erwartet, es werden zudem auch die eigenen Erwerbsfreibeträge bzw. jener der Ehegatten / Lebenspartner deutlich reduziert. Im Zusammenwirken dieser Maßnahmen ergibt sich für den jeweiligen Antragsteller durchaus das Risiko, dass letztlich in sein Existenzminimum eingegriffen wird, d.h. ein seitens des Gesetzgebers gerade abgelehntes Ergebnis entsteht.

§ 117 Abs. 3 ZPO-E (Einwilligung in Auskunftserteilung)

Es erscheint unverhältnismäßig, vom Antragsteller bereits bei Antragstellung die Einwilligung in Maßnahmen nach § 118 Abs. 2 S. 3 ZPO-E zu verlangen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen ein Antragsteller, der die Auskunft vollständig erteilt und alle erforderlichen Belege vorlegt, im Vorhinein durch eine „Blankoeinwilligung“ einem gravierenden Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen zustimmen soll. Wenn das Gericht die Voraussetzungen des § 118 Abs. 2 S. 3 ZPO-E für gegeben erachtet, kann es im Einzelfall die Einwilligung verlangen. Es erscheint notwendig, dass vom Gericht dabei auch dargelegt wird, warum es die Auskunft bei Dritten für erforderlich hält, ebenso, bei welcher Stelle welche Auskunft erholt werden soll. Dann obliegt es dem Antragsteller zu entscheiden, ob er zustimmt, ggf. weitere Unterlagen vorlegt, die die Anfrage überflüssig machen oder seinen Antrag zurücknimmt oder die Einwilligung verweigert und die Zurückweisung seines Antrages in Kauf nimmt. Im letzteren Fall kann er dann durch Beschwerdeeinlegung incidenter auch überprüfen lassen, ob die Versagung der PKH mit der Begründung, er habe die Einwilligung zur Erholung erforderlicher Informationen nicht erteilt, rechtmäßig war.

Eine Notwendigkeit und Rechtfertigung für eine „Blankoeinwilligung“ bei Antragstellung zum Eingriff in das informationelle Recht auf Selbstbestimmung besteht nicht.

§ 118 Abs. 1, S. 1, Abs. 2, S. 1, 3, 4 ZPO-E (Stellungnahme des Gegners, Überprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Aufforderung zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung)

Die in § 118 ZPO-E vorgesehenen Veränderungen stellen gegenüber der bislang geltenden Rechtslage keine wesentliche Neuerung dar.

Bereits nach der derzeit bestehenden Regelung des § 118 Abs. 1, S. 1 ZPO erhält der jeweilige Antragsgegner im PKH-Prüfungsverfahren die Gelegenheit zur Stellungnahme, verbunden mit der Möglichkeit, auch zu der Kostenarmut des Antragstellers auszuführen. Hier zeigen allerdings die Erfahrungen in der Praxis, dass auch bei konkreten Hinweisen auf eine fehlende oder selbst verschuldete Kostenarmut (z.B. ein Kapitalverbrauch für angebliche Anschaffungen von Haushaltsgegenständen angesichts einer zu erwartenden gerichtlichen Auseinandersetzung) diesen Hinweisen entweder überhaupt nicht oder nur sehr zögerlich nachgegangen wird. Ursächlich hierfür ist ein eindeutiger Zeitmangel bei den Gerichten, so dass, um die eigentlichen Verfahren in vertretbarem zeitlichen Rahmen bearbeiten zu können, diese „Nebenfragen“ stillschweigend ausgeblendet werden. Es erscheint daher sehr fraglich, ob der seitens des Gesetzgebers mit der geplanten Maßnahme verfolgte Zweck tatsächlich auf diesem Weg erreicht werden kann, zumal der Antragsteller bereits bei Unterzeichnung der Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse die Vollständigkeit und Richtigkeit der dort gemachten Angaben bestätigt.

§ 118 Abs. 2 S. 2 ZPO-E (mündliche Erörterung der pers. und wirtsch. Verhältnisse)

Bereits die Notwendigkeit eines solchen Termins zur mündlichen Verhandlung muss in Frage gestellt werden. Von einem Verfahrensbeteiligten, der um positive Entscheidung seines Antrages auf PKH nachsucht, ist in seinem eigenen Interesse zu erwarten, dass er die hierzu notwendige Erklärung über seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse einschließlich der zur Glaubhaftmachung erforderlichen Belege in geordneter Form zusammenträgt, wobei gegenwärtig diese Arbeit – einschließlich wiederholter Anmahnungen und Hilfestellungen bereits pro bono von der Anwaltschaft geleistet wird. Bei etwaigen Dokumentationslücken sieht bereits § 118 Abs. 3 ZPO-E vor, dass das Gericht dem Antragsteller eine Erledigungsfrist setzen und sodann, bei nach wie vor unzureichender Darlegung, den PKH-Antrag ablehnen kann. Eines zusätzlichen Termins zur mündlichen Erörterung bedarf es daher nicht.

§ 118 Abs. 2, S. 3, 4 ZPO-E (Einholung von Auskünften)

Bedenklich erscheint, dass den Antragsteller nicht mitgeteilt zu werden braucht, ob, wann und bei welcher Stelle in welchen Umfang Informationen eingeholt werden sollen. Es erscheint wegen der Schwere des Eingriffs dringend geboten, den Antragsteller vor Durchführung der Anfrage zu informieren. Dieser mag dann entscheiden, ob er es zulässt oder seinen PKH Antrag zurücknimmt. Das genügt zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks der Verhinderung von Missbrauch der PKH durch fehlerhafte Angaben. Auf die oben zum Ausdruck gebrachten Bedenken zur vorgesehenen Blankoeinwilligung wird Bezug genommen.

Es fehlt eine hinreichende Klarstellung des Merkmals „erforderlich“. Erforderlich erscheint eine Auskunft nur, wenn der Antragsteller keine vollständigen Angaben im Formblatt gemacht hat, notwendige Belege fehlen und Nachfragen des Gerichts vom Antragsteller nicht oder unzureichend beantwortet oder verlangte Urkunden nicht vollständig nachgereicht worden sind. Diese Hürde ist aber wohl nicht gemeint, weil das Gericht dann nach § 118 Abs. 3 ZPO-E ohnehin schon den Antrag auf PKH ablehnen muss. Es erscheint aber nicht angebracht, einen so schwerwiegenden Eingriff in grundgesetzlich geschützte Rechte wie die Erholung von Auskünften bei Finanzämtern, Arbeitgebern und Sozialversicherungsträgern zuzulassen, wenn Lücken oder Unklarheiten noch durch Nachfrage beim Antragsteller geklärt werden können. Ein allgemeines, diffuses Überprüfungsinteresse rechtfertigt eine Maßnahme nach § 118 Abs. 2 S. 3, 4 ZPO-E nicht.

Hinzu kommt, dass auch der Prozessgegner unter bestimmten Voraussetzungen gem. § 117 Abs. 2 ZPO ein Einsichtsrecht hat. Das betrifft insbesondere Unterhalts- und Zugewinnsachen. Die inhaltlichen und zeitlichen Grenzen der materiell rechtlichen Auskunftsansprüche werden aufgeweicht, wenn über § 118 Abs. 2 ZPO-E umfangreich erholte Informationen Dritten zugänglich werden.

§ 118 Abs. 3, S. 2 ZPO-E (Ablehnung der PKH)

Gem. § 118 Abs. 3 S. 2 ZPO-E lehnt das Gericht die PKH ab, wenn der Antragsteller im Antrag nicht die Einwilligung gem. § 118 Abs. 2 S. 3 ZPO-E erteilt hat und die Auskunft erforderlich ist.

Hier gilt das Gleiche wie zu § 118 Abs. 2 S. 3, 4 ZPO-E. Erforderlich ist die Auskunft bei den in § 118 Abs. 2 ZPO-E genannten Stellen nicht, wenn nicht zuvor durch Nachfrage beim Antragsteller eine Klärung herbeigeführt werden kann. Die Subsidiarität der Informationserholung bei Dritten und der Versagung der PKH gegenüber der Möglichkeit der Nachfrage beim Antragsteller selbst, kommt im Entwurf nicht hinreichend zum Ausdruck, erscheint jedoch notwendig, um unverhältnismäßige Auskunftsanfragen zu vermeiden.

§ 120 a Abs. 2 i.V.m. § 124 ZPO-E (Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse)

Abzulehnen ist die neu eingeführte Informationspflicht aus § 120 a Abs. 2 ZPO-E
Der Antragsteller muss von sich aus unverzüglich mitteilen, wenn

- sich seine wirtschaftlichen Verhältnisse wesentlich verbessern,
- sich seine Anschrift ändert.

Eine Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse soll schon vorliegen, wenn das Bruttoeinkommen um mehr als 100,00 € höher wird als das, das der Entscheidung zugrunde gelegt wurde.

Die Regelung ist angesichts der dramatischen Sanktion, dass nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 ZPO-E die Bewilligung aufgehoben werden soll, wenn die Informationspflichten verletzt werden, zu unpräzise gefasst.

Wie soll festgestellt werden, ob sich ein Bruttoeinkommen erhöht hat? Kommt es auf einen aktuellen Monat an oder auf einen Jahresdurchschnitt? Wenn es auf das durchschnittliche Einkommen ankommt, kann das immer erst im Nachhinein festgestellt werden. Auf welchen Zeitraum kommt es an, auf das Kalenderjahr oder die jeweils 12 letzten Monate seit der Entscheidung über die PKH?

Muss es bereits mitgeteilt werden, wenn in einem Monat eine Jubiläumsprämie bezahlt wird oder Urlaubs- oder Weihnachtsgeld? Bei schwankenden Einkünften z.B. bei Einkünften aus Provisionen, bei variierendem Einkommen aus Überstunden, Schichtzulagen oder bei Saisonarbeit bleibt unklar, wann die Pflicht zur Mitteilung eintreten soll. Sollen dann monatlich die Gehaltsbescheinigungen an das Gericht übersandt werden?

Der rechtsunkundige Bürger wird schon erhebliche Probleme haben, aus dem Beschluss zur PKH die notwendigen Vergleichsdaten zu übernehmen.

Wann sollen wesentliche Verbesserungen der Vermögensverhältnisse vorliegen? Wie soll der rechtsunkundige Bürger die richtige Bewertung treffen?

Die Erfahrung in der Praxis ist, dass Antragsteller häufig schon erhebliche Schwierigkeiten mit der Beantwortung der Fragen im Formblatt zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen haben. In der Praxis wird z.B. schon häufig die Frage nach Bankkonten mit „Nein“ beantwortet, weil ein Girokonto fälschlicherweise nicht unter „Bankkonten“ subsumiert wird. Dem liegt i.d.R. kein böser Wille, sondern Unbeholfenheit zugrunde.

Eine regelmäßige engmaschige Überprüfung der Einkommens- und Vermögensverhältnisse, zu der die Verfahrensbeteiligten seitens des Gerichts aufgefordert werden, ist sinnvoller und auch ausreichend.

Die Regelung des § 120a Abs. 2 – 4 ZPO-E sind deutlich zu weitgehend. Sie schaffen einen Sanktionstatbestand, der auf Rechtsunsicherheit gründet.

Noch weitgehender ist, dass sogar das Vergessen der Mitteilung einer geänderten Anschrift nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 ZPO-E zur Aufhebung der Bewilligung führen soll. Das ist dann der Fall, wenn die Anschrift absichtlich oder aus grober Nachlässigkeit unrichtig oder nicht unverzüglich mitgeteilt wird. Die Praxis zeigt, dass relativ häufig das Ummelden beim Einwohnermeldeamt vergessen wird, ebenso die Mitteilung der neuen Adresse an Versicherungen, Behörden u.a. Das beruht aber in aller Regel nicht auf Schädigungsabsicht, sondern auf Schlamperei oder Unbeholfenheit. Die Regelung des § 124 Nr. 4 ZPO-E ist daher zu weitgehend, wenn es um Missbrauchsabwehr gehen soll.

§ 120 a Abs. 3 ZPO-E (Verwendung der durch die Rechtsverteidigung erlangten Vermögenswerte)

Ausdrücklich zu begrüßen ist die in **§ 120 a Abs. 3 ZPO-E** vorgesehene Maßnahme, wonach aus der Rechtsverfolgung oder -verteidigung erlangte Vermögenswerte

einzusetzen sind. Dies gilt zweifelsohne im Familienrecht für eine Vielzahl von Güterrechtsverfahren.

Bedenken bestehen, wie in diesem Zusammenhang Nachzahlungen auf Unterhalt zu bewerten sind. Während langdauernder Unterhaltsverfahren laufen größere Nachzahlungsforderungen auf. Diese sind nicht mit vermögensrechtlichen Ausgleichszahlungen gleichzusetzen. Ihnen liegt i.d.R. ein entsprechender vorangegangener Verzicht auf Lebensunterhalt zugrunde, oft überbrückt mit finanziellen Hilfen durch Verwandte und Freunde. Es wäre eine gesetzgeberische Klarstellung wünschenswert, dass insoweit eine differenzierte Betrachtung vorzunehmen ist.

§ 124 Abs. 2 ZPO-E (teilweise Aufhebung der Bewilligung bei erfolglosem oder mutwilligem Beweisantritt)

Diese Maßnahme ist kritisch zu bewerten. Im Rahmen der im PKH-Prüfungsverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung ist für das Gericht bereits erkennbar, ob eine beabsichtigte Rechtsverfolgung oder -verteidigung einschließlich der angebotenen Beweismittel Aussicht auf Erfolg bietet und auch nicht als mutwillig zu bewerten ist. Die zur Begründung im Gesetzesentwurf in Bezug genommene Entscheidung des OLG Hamm (FamRZ 1992, 455) bestätigt gerade diese Einschätzung.

Wird einem Verfahrensbeteiligten PKH bewilligt nach gerichtlicher Vorprüfung, so wird hierdurch auch ein Vertrauenstatbestand dahingehend begründet, dass im Rahmen des weiteren Verfahrensablaufs nicht mit einer zusätzlichen Kostenbelastung gerechnet werden muss.

§ 113 Abs. 1 S. 1 FamFG-E (Anwaltsbeordnung in Scheidungsverfahren)

Der Entwurf sieht die Änderung der Anwaltsbeordnung in Scheidungssachen vor. § 113 FamFG soll dahingehend geändert werden, dass in Ehesachen und Familienstreitsachen statt der §§ 76 – 96 nur noch die §§ 80 – 96 nicht anwendbar sein sollen. Es würde dann in allen Ehesachen und Familienstreitsachen § 78 Abs. 2 FamFG gelten, demzufolge die Beordnung eines Anwalts in Verfahren ohne Anwaltszwang nur erfolgt, wenn wegen der Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage die Vertretung erforderlich erscheint.

Theoretisch ist die Beschränkung der Beordnung nicht nur in Scheidungsverfahren anwendbar, sondern auch in Verfahren der einstweiligen Anordnung in Familienstreitsachen. Unklar ist, ob § 78 Abs. 2 FamFG-E auch in Unterhaltssachen wegen Kindesunterhalt (auch Hauptsacheverfahren) gelten soll, wenn das Kind durch einen Beistand nach § 234 FamFG vertreten werden könnte (§ 114 Abs. 4 Nr. 2 FamFG). Die Begründung spricht auf S. 33 nur von Ehescheidungsverfahren und lässt die Erweiterung auf die Familienstreitsachen unerwähnt.

Die insoweit vorgesehene Änderung ist nicht vertretbar. Es ergibt sich vielmehr die Einschätzung, dass seitens des Gesetzgebers, nachdem die Überlegungen zur sog. „Scheidung-light“ nicht durchgesetzt werden konnten, nunmehr mittelbar auf diesem Weg ein neuer Vorstoß erfolgen soll. Sämtliche bereits in der damaligen Diskussion vorgetragene Einwände sind auch aktuell gültig.

Ein einfaches Scheidungsverfahren gibt es nicht.

Das ergibt sich bereits aus den Tücken des von Amts wegen durchzuführenden Versorgungsausgleichs.

Dabei gilt es zu beachten, dass

- der Gesetzgeber ausdrücklich im Versorgungsausgleich den Abschluss vertraglicher Vereinbarungen fördern wollte, die allerdings eine beiderseitige anwaltliche Vertretung voraussetzen;
- die Durchführung des Versorgungsausgleichs bei einer Ehedauer von bis zu drei Jahren eines Antrages bedarf. Dazu besteht zwar kein Anwaltszwang, der Ehegatte muss es aber wissen und weiß ohne anwaltliche Unterstützung i.d.R. nichts von der Antragspflicht.
- auch VKH-Berechtigte durchaus eine betriebliche oder sonstige zusätzliche Altersvorsorge unterhalten und nicht für jeden Verfahrensbeteiligten Begriffe wie etwa die „interne“ oder „externe Teilung“ oder „Zielversorgungen“ zum täglichen Sprachgebrauch gehören;
- trotz des im Versorgungsausgleich geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes die konkrete Beratung zur Wahl einer Zielversorgung nicht zum Aufgabenbereich des Richters gehört.
- Die Wahl der Zielversorgung bei der externen Teilung bedarf gem. § 15 Abs. 3 VersAusglG der Zustimmung des Ausgleichspflichtigen, wenn für ihn steuerliche Nachteile entstehen. Ob solche steuerlichen Nachteile entstehen, ist eine schwierig zu klärende Frage, die dem betroffenen Ehegatten gar nicht bewusst ist. Es ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Altersvorsorge-Zertifizierungsgesetzes vorliegen. Es sind die steuerlichen Unterschiede beim externen Ausgleich zwischen einer Direktzusage und einer Direktversicherung abzuklären (s. zum Problemumfang Schmid/Bührer FamRZ 2010, 1608 ff). Dies bedarf umfangreicher anwaltlicher Aufklärung und Beratung. Sonst kann der Ehegatte die Frage des Gerichts, ob er der Wahl der Zielversorgung zustimmt, nicht verantwortlich beantworten.
- Es kann ein Fall des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit nach § 27 VersAusglG vorliegen. Um das zu wissen und beurteilen zu können, ist anwaltlicher Beistand erforderlich. Es muss umfangreich dazu vorgetragen werden, damit das Gericht überhaupt in die Prüfung eintreten kann. Dazu bedarf es anwaltlicher Unterstützung.

All diese Umstände sind bei der Entscheidung über die VKH dem Gericht noch gar nicht bekannt und können daher noch gar nicht in die Beurteilung der Notwendigkeit einer Anwaltsbeordnung einfließen.

Zum Umfang der anwaltlichen Vertretung und Beratung in Scheidungssachen gehört auch die Frage, inwieweit Folgesachen sinnvollerweise im Verbund anhängig gemacht werden.

Wir die Anwaltsbeordnung in Scheidungsverfahren wie vorgeschlagen eingeschränkt, wird dies zur Folge haben, dass wegen fehlender anwaltlicher Beratung und Unterstützung die entsprechenden Verfahren (nachehelicher Unterhalt, Zugewinnausgleich u.a.) nicht mehr im Verbund anhängig gemacht werden mit den

Vorteilen der Gebührendegression bei zunehmenden Streitwerten, sondern als isolierte Verfahren nach der Scheidung. Dafür scheiden dann auch vorrangige Ansprüche auf Verfahrenskostenvorschuss, die es gegen den geschiedenen Ehegatten nicht mehr gibt, aus. Um so mehr wird auf Verfahrenskostenhilfe für isolierte Verfahren, die zudem teurer sind, zurückgegriffen werden müssen. Einer Einsparung von Kosten bei der Scheidung stehen um so höhere VKH-Kosten für die Nachfolgeverfahren gegenüber.

Der Anwalt wird im Scheidungsverfahren auch darüber aufklären, dass mit Rechtskraft der Scheidung die Mitversicherung eines Ehegatten in der Krankenversicherung des anderen endet oder wann Zugewinnausgleichsansprüche verjähren. Wer macht das, wenn man dem Ehegatten dadurch, dass man Ihnen die Beiordnung eines Anwalts versagt, den Eindruck vermittelt, er bräuchte keinen Anwalt, weil es keine juristischen Fragen zu klären gebe?

Die im Entwurf vorgesehene Ausweitung des § 78 Abs. 2 FamFG auf Familienstreitsachen ist unbegründet und abzulehnen. Diese Verfahren machen generell eine anwaltliche Vertretung erforderlich. Eine Verschärfung gegenüber § 121 Abs. 2 ZPO ist nicht gerechtfertigt.

Die Neuregelung in § 113 Abs. 1 FamFG-E verletzt den Grundsatz der Waffengleichheit zwischen dem „reichen“ und dem „armen“ Verfahrensbeteiligten.

Bei der Gelegenheit erscheint es auch sinnvoll, § 78 Abs. 2 FamFG redaktionell an die Auslegung durch die Rspr. des BGH anzupassen und das Wort „und“ durch „oder“ zu ersetzen (BGH FamRZ 2010, 1427).

Beratungshilfe

§ 1 BerHG-E (Mutwilligkeit)

Die in Abs. 1 Nr. 3 BerHG-E vorgesehene restriktivere Handhabung und weitergehende Prüfung ist nicht zu beanstanden.

Allerdings wird durch die in Abs. 3 vorgesehene Definition des Begriffs der Mutwilligkeit der Zugang zum Recht weitgehend verhindert. Es ist nicht erkennbar, auf welcher Grundlage ein Rechtssuchender, dem die rechtliche Lage gänzlich unbekannt ist, seine Meinungsbildung dazu treffen kann, ob er möglicherweise ein gerichtliches Verfahren einleiten soll bzw. eine an ihn herangetragene Forderung berechtigt ist oder ignoriert werden kann. Erst eine qualifizierte Beratung bzw. eine hierauf aufbauende außergerichtliche Korrespondenz kann dazu eine angemessene Hilfestellung geben. Fraglich erscheint weitergehend, auf welcher Basis die Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers bewertet werden sollen. Es ist kaum davon auszugehen, dass ein Rechtspfleger dies verlässlich im Rahmen des zwangsläufig kurzen Gespräches mit dem Rechtssuchenden in Erfahrung bringen kann. Erst recht ist nicht davon auszugehen, dass der Antragsteller selbst etwaige persönliche Einschränkungen von sich aus offenlegt.

§ 2 Abs. 1, S. 2 BerHG-E (Erforderlichkeit der Vertretung)

Die Kostenübernahme für eine Vertretung soll erst erfolgen, wenn der Antragsteller nach der Beratung seine Rechte nicht selbst wahrnehmen kann. Im Zusammenhang mit der in § 6 Abs. 1 BerHG vorgesehenen Pflicht der Antragstellung vor der Beratung selbst, würde dies bedeuten, dass zunächst eine Entscheidung über die Bewilligung der Beratungshilfe für die Beratung als solche erfolgt und erst wenn diese Beratung in Anspruch genommen wurde, eine zweite Entscheidung darüber getroffen wird, ob nun auch die Vertretung kostenmäßig abgedeckt ist. Es ist nicht erkennbar, wie dies konkret in der Praxis abgewickelt werden soll, d.h. ob der Antragsteller möglicherweise zweimal bei einem Rechtspfleger vorstellig werden muss und insbesondere mit oder ohne schriftliche Ausführungen des beratenden Anwalts zu dem Schwierigkeitsgrad der rechtlichen Frage.

Das ist in der Anwaltspraxis nicht durchführbar und benachteiligt die arme Partei gegenüber der reichen Partei. Oftmals ist schnelles Handeln erforderlich. Es kann dem Betroffenen und dem Anwalt nicht zugemutet werden, dass er seinen Mandanten wieder wegschicken muss, obwohl dringender Handlungsbedarf besteht.

§ 6 Abs. 1 BerHG-E (Antragstellung vor Gewährung der Beratung)

Eine Antragstellung vor Inanspruchnahme der Beratungshilfe ist abzulehnen. Viele Mandanten werden erst vom Anwalt im Laufe des Beratungsgesprächs darüber aufgeklärt, dass sie die Möglichkeit haben, Beratungshilfe zu beantragen. Die Angaben, aus denen sich die Annahme rechtfertigt, es könnte Aussicht auf Bewilligung der Beratungshilfe bestehen, lassen sich oft erst im Rahmen der laufenden Beratung ermitteln, wenn die entsprechenden Sachverhalte besprochen werden. Bei einer Erstberatung in einer familienrechtlichen Angelegenheit treten die finanziellen Verhältnisse erst zu Tage, wenn die Einkommenssituation zur Beurteilung des Unterhalts besprochen werden. Da ist die Beratung jedoch bereits in vollem Gang. Es bestünde nach dem Entwurf kein Anspruch mehr, wenn nicht besondere Eilbedürftigkeit der Beratung dargetan werden kann. Eine Beratung beim Anwalt wäre nicht mehr möglich, außer der Anwalt würde pro bono arbeiten oder die Partei würde sich das Geld für die Beratung doch noch selbst beschaffen können. Das ist aus den genannten Gründen nicht hinnehmbar und verletzt das Prinzip der Waffengleichheit mit der reichen Partei. Der Verweis auf eine Beratungsstelle trägt nicht, weil es das Prinzip der freien Anwaltswahl zu wahren gilt.

Der Anwalt müsste vor jeder Besprechung zunächst in jedem Fall den potenziellen neuen Mandanten damit konfrontieren, dass er dessen Bedürftigkeit zu klären habe. Liegt ein Beratungshilfefall vor, müsste er den Mandanten sofort wieder wegschicken. Das ist weder der Partei noch dem Anwalt zumutbar.

Man kann sich auch des Eindrucks nicht erwehren, dass hinter der geplanten Regelung nicht der Gedanke der Missbrauchsbekämpfung steckt, sondern das Ziel der Vermeidung der Beauftragung von Anwälten. Schon heute ist aus der Anwaltspraxis die Erfahrung zu machen, dass die Gerichte Beratungshilfe in Familiensachen für eine anwaltliche

Beratung zu verweigern versuchen, indem der Antragsteller in rechtswidriger Weise an Jugendämter oder Rechtsantragsstellen bei Gericht verwiesen wird. Im Entwurf ist auch die Rede davon, dass der Rechtspfleger die Beratung selbst durchführen könne. Es besteht die Gefahr, dass diese Versuche stark zunehmen werden, wenn vor der Antragstellung kein Anwalt mehr eingeschaltet war, der korrigierend tätig werden kann, wenn ihm sein Mandant von der Ablehnung der Beratungshilfe berichtet.

Es ist auch kein Grund ersichtlich, Beratungsstellen besser zu behandeln als Rechtsanwälte. Die Argumentation im Entwurf (S. 58), es würden die Gerichte entlastet, wenn der Rechtssuchende zur Beratungsstelle geht und nicht zum Anwalt, ist nicht nachvollziehbar und offenbart eine merkwürdige Einschätzung des anwaltlichen Berufsbildes. Warum eine Beratung im Rahmen einer Beratungshilfe „an einer zentralen Örtlichkeit zur Verfügung“ (S. 58) stehen muss, erschließt sich ebenso wenig. Rechtsanwälte sind überall sowohl flächendeckend wie zentral vorzufinden. Das offenbare Ziel des Entwurfs der „Anwaltsverhinderung“ steht offenbar in starkem Widerspruch zur Meinung der Rechtssuchenden. Im Entwurf heißt es dazu an derselben Stelle: „ Könnten auch diese Beratungsstellen nur bei vorab erteiltem Beratungshilfeschein aufgesucht werden, stünde zu befürchten, dass sie nicht mehr in Anspruch genommen würden, weil der jeweilige Rechtssuchende direkt in die Kanzlei zu einem Rechtsanwalt ginge.“ Die Schlechterstellung der anwaltlichen Beratung gegenüber Beratungsstellen ist sachlich nicht gerechtfertigt.

§ 7 Abs. 1 BerHG-E (Erinnerung gegen den Aufhebungsbeschluss)

Die in § 6 a BerHG-E vorgesehene Möglichkeit der nachträglichen Aufhebung der Beratungshilfe ist nicht zielführend. Es erscheint ausreichend, dem Anwalt zunächst die rechtliche Möglichkeit einzuräumen, mit seinem Mandanten eine Vereinbarung treffen zu können, die beinhaltet, dass von der Abrechnung der Beratungshilfegebühren gegenüber der Staatskasse abgesehen wird und der Mandant eine vereinbarte Gebühr für die Beratung und die weitere Tätigkeit bzw. für die außergerichtliche Tätigkeit die Geschäftsgebühr bezahlt. Ein gesetzliches Verbot, in diesen Fällen zusätzlich die Beratungshilfegebühr abzurechnen, erscheint ausreichend. Das würde dem Anwalt auch ersparen, gegen seinen eigenen Mandanten einen Aufhebungsantrag bei Gericht stellen zu müssen. Wenn eine Vereinbarung mit seinem Mandanten nicht möglich ist, ist zusätzlich die Möglichkeit des Aufhebungsantrages sinnvoll.

Zweckmäßig ist es sogar, die Möglichkeit zu eröffnen, dass der Anwalt mit seinem Mandanten auch nach Abrechnung der Beratungshilfegebühr eine Gebührenvereinbarung treffen kann, verbunden mit der gesetzlichen Regelung, dass dann die bereits bezogenen Beratungshilfegebühr an die Staatskasse zurückzubezahlen ist.

Problematisch erscheint auch der praktische Ablauf der Erinnerung gegen einen solchen Beschluss. Beantragt etwa der bislang beratende Anwalt die Aufhebung der Bewilligung gem. § 6 a Abs. 2 BerHG-E, so dürfte es bei dem Mandanten auf Unverständnis stoßen,

dass er sich dann für ein etwaiges Erinnerungsverfahren um eine neue anwaltliche Vertretung bemühen muss.

§ 12 Abs. 3, 4 BerHG-E (Öffentliche Rechtsberatung)

Bei der Einrichtung öffentlicher Beratungsstellen ist im Interesse des Rechtssuchenden darauf hinzuweisen, dass gerade in der ersten Korrespondenz die Weichen grundlegend für ein Mandat gestellt werden. Es bedarf daher einer zeitlich umfassenden Anhörung und Beratung eines Mandanten, in welcher mit ihm auch sein eigenes Verhalten im weiteren Verfahrensablauf abgestimmt wird. Zur sachgerechten Beratung eines Mandanten bedarf es daher einer fundierten Kenntnis der spezialisierten familienrechtlichen Materie. Ein effektiver Rechtsschutz des Rechtssuchenden ist nur dann gewährleistet, wenn er in einer öffentlichen Beratungsstelle auf eine entsprechend qualifizierte Beratungsperson trifft. Ist das nicht gesichert so lehrt es leider auch die aktuelle Erfahrung, kann ein gleicher Zugang zum Recht sowohl für den Rechtssuchenden mit geringem Einkommen und einem „Selbstzahler“ nicht gewährleistet werden.

Unterschiedliche Behandlung der selbstgenutzten Immobilie zur Lebensversicherung bei den Anforderungen zur Vermögensverwertung:

Der Entwurf befasst sich nicht mit der unterschiedlichen Behandlung der selbstgenutzten Immobilie und einer Lebensversicherung bei der Beurteilung der Bedürftigkeit des Antragstellers.

Während die selbstbewohnte Immobilie des Antragstellers in aller Regel als Schonvermögen betrachtet wird, muss der Antragsteller eine Kapitallebensversicherung, die die geringfügigen Schonbeträge übersteigt, einsetzen. Ihm wird zugemutet, dass er sie kündigt auch wenn es wirtschaftlich unvernünftig ist und den Rückkaufwert zur Prozessfinanzierung einsetzt.

Die Privilegierung des Immobilienvermögens erscheint nicht (mehr) gerechtfertigt. Sie ist historisch bedingt und hatte den Immobilienerhalt zur Zielsetzung.

Die Lebensversicherung hat als Altersvorsorge eine hohe Bedeutung erlangt, die der des Schutzes der Immobilie gleichkommt. Muss sie gekündigt werden, bringt das nicht nur unwirtschaftliche Verluste mit sich, sondern hat oftmals eine erhebliche Gefährdung der Altersvorsorge zur Folge. Im Unterhaltsrecht werden Ratenzahlungen auf Immobiliendarlehen und Beiträge zur Lebensversicherung gleich behandelt. Beide können in bestimmten Grenzen als Altersvorsorgeleistungen einkommensmindernd in Abzug gebracht werden.

Es erscheint daher erwägenswert, die Angemessenheit der weitgehenden Privilegierung der selbstbewohnten Immobilie in Frage zu stellen. Nicht verständlich ist es, wenn die eine Partei trotz eines erheblichen Immobilienvermögens PKH bewilligt erhält, während sie der anderen Partei mit der Begründung versagt wird, sie könne ja ihre Lebensversicherung mit einem Rückkaufwert von 6.000,- € auflösen und verwerten.

Eine Überprüfung, ob die Privilegierung des Immobilienvermögens noch gerechtfertigt ist, erscheint notwendig. Eine verschärfte Obliegenheit zur Verwertung oder Beleihung oder

der Ansatz höherer Raten bei der PKH würde mehr zur Senkung der PKH Kosten beitragen als die im Entwurf vorgesehenen verfahrensrechtlichen Änderungen.