

Robert Schulte-Frohlinde Sorauer Straße 26 10997 Berlin 28.04.2008
[REDACTED]

Amtsgericht Berlin
Tempelhof-Kreuzberg
- Familiengericht -
Hallesches Ufer 62

10963 Berlin

Geschäftsnummer: 138 F 5419/07 – 177 Abl. 9/08

Sofortige Beschwerde

In der Familiensache

Geschwister [REDACTED]

erhebe ich gegen den Beschluß des Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg von Berlin vom 4. April 2008 zu Geschäftszeichen 138 F 5419/07 – 177 Abl. 9/08, hier zugegangen am 17.04.2008, sofortige Beschwerde mit dem Antrag,

unter Abänderung des Beschluß des Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg von Berlin vom 4. April 2008 zu Geschäftszeichen 138 F 5419/07 dem Ablehnungsgesuch stattzugeben.

Ich rege an, wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache das Verfahren dem Beschwerdegericht in der vom Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung zur Entscheidung vorzulegen (§ 568 Satz 2 Nr. 2 ZPO).

Für den Fall, das Beschwerdegericht werde bezüglich der Verpflichtung der Richter zur Offenlegung eines möglichen Ablehnungsgrundes von der im weiteren dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abweichen, beantragt der Beschwerdeführer entsprechend § 574 Abs. 3 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung,

die Rechtsbeschwerde zuzulassen.

Gleiches gilt für den Fall, das Beschwerdegericht werde die Mitgliedschaft einer Richterin in dem Deutschen Juristinnenbund e. V. in einem familienrechtlichen Verfahren mit grundsätzlicher Bedeutung für eine rechtliche Position im Verhältnis von Mann und Frau nicht als Grund zur Besorgnis der Befangenheit ansehen.

Begründung:

I. Zulässigkeit

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§ 46 Abs. 2 Alt. 2 in Verbindung mit § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Der frühere § 6 Abs. 2 FGG a. F. sah vor, daß ein Richter sich in einem familiengerichtlichen Verfahren für befangen erklären „kann“, also selbst entschied, ob in seiner Person ein Grund zur Besorgnis der Befangenheit für eine Partei besteht, und dementsprechend, ob er diesen Grund offenlegt. Die Parteien hatten kein Ablehnungsrecht.

Das Bundesverfassungsgericht hat diese Norm als unvereinbar mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, also dem Recht auf den gesetzlichen Richter, und daher nichtig erklärt (BVerfGE vom 08.02.1967 I 502 2 BvR 235/64). Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG müsse im System der normativen Vorausbestimmung des gesetzlichen Richters Vorsorge dafür getroffen werden, daß im Einzelfall ein Richter, der nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, abgelehnt werden kann.

Es gelten seitdem in ergänzender Anwendung der ZPO in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit für die Ablehnung eines Richters die §§ 42 bis 48 ZPO entsprechend, soweit nicht bereits durch § 621a ZPO die Anwendung gesetzlich angeordnet ist.

Entsprechend § 621 Abs. 1 Nr. 1 ZPO in Verbindung mit § 621 a Abs. 1 Satz 2 ZPO treten in einem Verfahren betreffend das Sorgerecht für die Ausschließung und Ablehnung an die Stelle des § 6 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit kraft gesetzlicher Anordnung die für das zivilprozessuale Verfahren maßgebenden Vorschriften der §§ 41 bis 48 ZPO (Zöller-Philippi 26. Auflage 2007 zu § 621a Rn. 12; B/L/A/H-Albers 61. Auflage 2003 Rn. 4 unter Hinweis auf OLG Brandenburg MDR 2001, 1413).

Damit ist § 46 Abs. 2 Alt. 2 ZPO anwendbar. Gegen den Beschluß, durch den das Ablehnungsgesuch für unbegründet erklärt wird, findet die sofortige Beschwerde statt.

II. Begründetheit

Die Begründung der Entscheidung lautet im Kern, weil die Richterin keine Auskunft über einen möglichen Grund zur Besorgnis der Befangenheit gegeben habe, könne in ihrer Person kein Grund zur Besorgnis der Befangenheit bestehen.

Der Beschluß hat sich demzufolge mit den rechtlichen Fragen nicht auseinandergesetzt.

Diese lauten:

1. Ist ein Richter verpflichtet, einen Umstand offen zu legen, der für eine Partei des Verfahrens geeignet sein könnte, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.
2. Ist in einem familienrechtlichen Verfahren, das grundsätzliche Fragen in dem Verhältnis von Mann und Frau zum Gegenstand hat, die Mitgliedschaft einer Richterin im Deutschen Juristinnenbund e. V. ein Grund, der für den Kläger geeignet sein könnte, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen.

Zu 1.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung über die Offenlegungspflicht eines Richters enthält die Zivilprozeßordnung in § 1036 Abs. 1 ZPO für den (Schieds-) Richter im schiedsgerichtlichen Verfahren.

Diese ausdrückliche gesetzliche Regelung ist erforderlich, weil das erste Buch der ZPO auf das Schiedsverfahren nicht anwendbar ist. Insofern das Schiedsgericht an die Stelle des staatlichen Gerichtes tritt, will der Gesetzgeber damit sicher stellen, daß die Schiedsrichter die Anforderungen an die Neutralität des gesetzlichen Richters erfüllen.

Laut § 1036 Abs. 1 ZPO hat ein Schiedsrichter gegenüber den Parteien des Schiedsverfahrens alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können.

Es ist davon auszugehen, daß die Anforderungen des Gesetzes an den Richter des staatlichen Gerichtes nicht geringer sind, als die Anforderungen an einen Schiedsrichter.

„Unabhängig von der in § 48 enthaltenen Einleitungsmodalität für das Ablehnungsverfahren ist das Gericht als Ganzes (d. h. auch die nicht von dem Ablehnungsgrund betroffenen Richter des Kollegialgerichts) in entsprechender Anwendung des § 1036 I verpflichtet, den Parteien bis zum Ende des Verfahrens alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit eines mitwirkenden Richters wecken können, um ihnen damit Gelegenheit zu einer Fremdalehnung zu geben (... so wohl auch BGH NJW 95, 1678...).“ Zöller-Vollkommer 26. Auflage 2007 zu § 48 Rn. 1.

In diesem Sinne auch B/L/H/A-Hartmann 61. Auflage 2003 zu § 48 Rn. 2:

„Der Richter hat daher als Verfahrenspflicht (auch den Parteien gegenüber) den fraglichen Sachverhalt jedenfalls von Amts wegen mitzuteilen, BGH NJW 1995, 1679. Das gilt auch für ein Mitglied des Kollegiums.“

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 15.12.1994 - I ZR 121/92 - (= NJW 1995, 1678) folgendes ausgeführt:

„Als zutreffend erweist sich auch die Auffassung der Revision, die Richterin sei verpflichtet gewesen, den hier in Rede stehenden Umstand gemäß § 48 ZPO anzuzeigen. Eine solche Verpflichtung ist zwar nicht ohne weiteres dem Wortlaut des § 48 ZPO zu entnehmen (...). Die Streichung des § 48 Abs. 2 ZPO a. F.¹ betrifft – jedenfalls unmittelbar – allein den in § 48 ZPO behandelten Fall einer tatsächlich erfolgten Anzeige. Jedoch ergibt sich die Verpflichtung zur Anzeige aus Sinn und Zweck der Vorschrift bzw. ihrer Funktion im Zusammenhang mit dem Gebot des Art. 103 Abs. 1 GG. Die in § 48 ZPO vorgesehene Anzeige bestimmter Gründe durch den Richter dient der Gewährleistung des bereits erwähnten Verfassungsrechts der Parteien, nicht vor einen Richter gestellt zu werden, dem es an der gebotenen Neutralität fehlt (vgl. BVerfGE 21, 139, 145; 89, 28, 36). Dies setzt notwendigerweise voraus, daß eine solche Anzeige nicht im Belieben oder auch nur im Ermessen des Richters steht, sondern zu dessen Pflichten gehört, und zwar nicht nur – wie es bislang allein angenommen worden ist (...) als Dienst- oder Amtspflicht, sondern auch als eine den Verfahrensbeteiligten gegenüber bestehende und damit auch unmittelbar verfahrensrelevante Pflicht; denn die Frage, ob Befangenheitsgründe gegen die Mitwirkung eines Richters sprechen, berührt auch die prozessuale Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten (BVerfGE 89, 28, 36).“

Es ist damit festzustellen, daß gegenüber den Parteien des vorliegenden Verfahrens eine Verpflichtung der Richterin zur Offenlegung besteht. Es steht dabei nicht im Belieben oder auch nur im Ermessen der Richterin zu entscheiden, ob ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen. Das gilt insbesondere, wenn eine Partei einen solchen Grund bezeichnet hat.

Damit gilt folgendes.

Der zur Überprüfung gestellte Beschluß hat die gesetzliche Verpflichtung des Richters verkannt, alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Das Gericht hat im Gegenteil die Verletzung dieser Pflicht zur Rechtfertigung der Zurückweisung des Ablehnungsgesuches verwendet und als vorbildlich bezeichnet.

Der Kläger hatte einen konkreten Grund genannt, der nach seiner Auffassung Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterin begründen kann.

Die Verpflichtung zur Offenlegung entfällt damit nur, wenn dieser Grund unter keinem Gesichtspunkt für den Kläger in diesem Verfahren einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit darstellen kann.

¹ Der frühere § 48 Abs. 2 ZPO lautete: „Die Entscheidung ergeht ohne rechtliches Gehör der Parteien.“

Das Gericht hatte damit zunächst darüber zu entscheiden, ob in diesem Verfahren die Mitgliedschaft der Richterin in dem Deutschen Juristinnenbund e. V. für den Kläger einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit darstellen kann.

Zu 2.

Das Familiengericht ist mit seinem Beschluß vom 4. April 2008 nicht auf den möglichen Grund für die Ablehnung des Richters eingegangen, hat dafür aber quasi den Kläger wegen der Geltendmachung dieses Ablehnungsgrundes als befangen erklärt.

Rechtlich kommt es darauf an, ob die Mitgliedschaft der Richterin im Deutschen Juristinnenbund e. V. für den Kläger einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit darstellen würde.

Der Kläger hat dabei nicht darzulegen, daß die Richterin im Falle der Mitgliedschaft tatsächlich befangen ist, sondern ob die hierbei zu unterstellende Mitgliedschaft im DJB Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterin in Bezug auf die Entscheidung des Rechtsstreit begründen kann.

Der Kläger hat dargelegt, daß der Deutsche Juristinnenbund e. V. Männer wegen ihres Geschlechtes grundsätzlich ausschließt. Und zwar sowohl nach dem Wortlaut der Satzung als auch nach seiner praktischen Handhabung.

Durch diesen Ausschluß bringt die Vereinigung zum Ausdruck, die Interessen von Frauen in einem Gegensatz zu Männern zu vertreten.

Wenn die Richterin sich einer Vereinigung von Juristen angeschlossen hat, die einseitig die Interessen des weiblichen Teils der Bevölkerung gegenüber dem männlichen Teil vertritt, liegt nach Auffassung des Klägers ein Grund zur Besorgnis der Befangenheit in Bezug auf die grundsätzliche Frage vor, über die in diesem Verfahren zu entscheiden ist.

Der DJB zielt neben der Gesetzgebung auch auf eine Beeinflussung der Rechtsprechung. Man kann das an einem neueren Beispiel verdeutlichen.

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Urteil vom 1. April 2008 (1 BvR 1620/04) entschieden, im Falle der Durchsetzung des Rechtes eines Kindes auf Umgang mit seinem Vater sei in jedem Einzelfall das Kindeswohl zu prüfen. Ob es also dem Kinde nützt, wenn der Umgang mit dem Vater entgegen dessen Willen nur zwangsweise zustande kommt. Das Bundesverfassungsgericht hat mit diesem Urteil über den seltenen Ausnahmefall entschieden, daß eine Mutter den Umgang des Kindes mit seinem Vater erzwingen wollte.

Der DJB hat zu dieser Entscheidung am 9. April 2008 eine Pressemitteilung veröffentlicht, die auf der Internetseite des Vereins einsehbar ist. Demnach sollen die Gerichte nunmehr umgekehrt auch im Falle der Durchsetzung des Umgangsrechtes des Vaters mit dem Kind („Umgangsrechtes eines Elternteiles mit dem Kind“) in jedem Einzelfall immer vorab prüfen, ob der erzwungene Umgang dem Kindeswohl nutzt.

Die Besonderheit liegt in der Prüfung der Auswirkungen auf das Kindeswohl vorab, also vor der Prüfung der sonstigen Voraussetzungen der zwangsweisen Durchsetzung.

Der Gesetzgeber hat die Berücksichtigung des Kindeswohls in § 1697 a BGB gesetzlich geregelt. Das Gericht hat unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten diejenige Entscheidung zu treffen, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Das Gericht hat also zunächst von Amts wegen die tatsächlichen Gegebenheiten zu ermitteln und die berechtigten Interessen der Beteiligten festzustellen. Auf dieser Grundlage ist dann über den Fall unter Berücksichtigung des Kindeswohls zu entscheiden.

In dem Verständnis des DJB hätten die Richter zukünftig vorab zu prüfen, ob die zwangsweise Durchsetzung des Umganges des Vaters mit dem Kind gegen den Willen der allein sorgeberechtigten Mutter dem Kindeswohl entspricht. Also ohne überhaupt die tatsächlichen Umstände ermittelt und die berechtigten Interessen der Beteiligten festgestellt werden. Womit es auf das Verhalten der allein sorgeberechtigten Mutter nicht mehr ankommt.

Kindeswohl wird dabei verstanden als das Wohl der Mutter, bei dem sich das Kind auf Grund deren alleinigen Sorgerechtes befindet. Mittels des Begriffs Kindeswohl wird also in gesetzwidriger Weise in das Familienrecht generell eine Zustimmung der Kindesmutter im Sinne des § 1672 Abs. 1 BGB hineingelesen.

Auch der Kläger hatte mit Schriftsatz vom 17. August 2007 zu Geschäftsnummer 138 F 5594/07 - ohne Zustimmung der Mutter - einen Antrag auf Festsetzung eines Zwangsgeldes wegen Umgangsverweigerung gegen die Beklagte gestellt. Diesen Antrag hat das Gericht in Person der hier abgelehnten Richterin allerdings bis heute nicht bearbeitet.

Aber einmal angenommen, das Familiengericht würde über diesen Antrag entscheiden, so würde über diesen Antrag das Mitglied einer Juristenvereinigung entscheiden, die Männer grundsätzlich ausschließt und fordert, die Gerichte müßten nunmehr in jedem Einzelfall gegenüber einem Mann vorab prüfen, ob das mögliche Ergebnis des Verfahrens, die streitige Durchsetzung des Umgang mittels eines Zwangsgeldes gegen die allein sorgeberechtigte Mutter, dem Kindeswohl förderlich ist. Ob also dadurch die Kindesmutter belastet und damit das Kindeswohl gefährdet wird.

Dem Kläger würde damit in gesetzeswidriger Weise die Möglichkeit genommen, die Verweigerung des Umgangs durch die Beklagte auf Willkür gerichtlich prüfen zu lassen und sein Recht auf Umgang mit den Kindern, bzw. mittelbar das Recht der Kinder auf den Umgang mit dem Vater, durchzusetzen.

Der Kläger hat damit dargelegt, wie die Mitgliedschaft einer Richterin in dem DJB in einem konkreten Fall Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit der Richterin bei der Entscheidung begründen könnte.

Vergleichbares gilt für das hier zugrunde liegende Verfahren zur Feststellung des gemeinsamen Sorgerechtes. So könnte eine Richterin, die Mitglied im DJB ist, sich auch in diesem Verfahren auf den Standpunkt stellen, es müsse vorab das Kindeswohl geprüft werden. Das Gericht müsse also nur dann die tatsächlichen Gegebenheiten ermitteln und die berechtigten Interessen der Beteiligten feststellen, wenn sich das mögliche Ergebnis des Verfahrens, die gemeinsame Sorge, nicht negativ auf das Kindeswohl auswirke. Die negative Auswirkung könnte dann bereits aus der Tatsache der Klageerhebung ohne Zustimmung der Mutter, also der streitigen Auseinandersetzungen zwischen den Eltern abgeleitet werden. Ermittlungen zu den tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere zu dem Verursacher der streitigen Auseinandersetzungen, würden unterbleiben.

Das mag als Beispiel dienen, wie die Mitgliedschaft der Richterin in dem DJB Mißtrauen des Klägers gegen die Unparteilichkeit bei der Entscheidung des Rechtsstreits begründet. Der DJB verweigert Männern die Aufnahme und versucht die Rechtsprechung zu Lasten der Männer zu beeinflussen. Das ist als ihm Lobbyverband unbenommen. Aber nicht als Juristenbund, in dem die zur Entscheidung berufene Einzelrichterin (ggf.) Mitglied geworden ist.

Der Kläger weist abschließend darauf hin, daß er keine Auseinandersetzung mit dem Deutschen Juristinnenbund e. V. führt. Der Kläger hat lediglich praktisch dargelegt, wie der Deutsche Juristinnenbund e. V. die Regelungen seiner Satzung umsetzt, und Männern wegen ihres Geschlechtes die Aufnahme verweigert.

3. Tatsachen

Auf Grund der Verweigerung einer Auskunft über die Mitgliedschaft in dem DJB kann der Kläger eine solche Mitgliedschaft nicht als Tatsache vortragen. Die Verpflichtung des Richters zur Offenlegung solcher Tatsachen soll es den Parteien des Verfahrens aber gerade ermöglichen, einen Ablehnungsgrund zu prüfen und gegebenenfalls geltend zu machen.

4. Verweigerung der Auskunft

Der Kläger hat zur Begründung seines Ablehnungsgesuches auch die Verweigerung der Offenlegung einer Mitgliedschaft im DJB herangezogen, da hier die Verkennung wesentlicher Verfahrensrechte des Klägers durch die Richterin zum Ausdruck gekommen ist.

Selbst wenn also eine mögliche Mitgliedschaft im DJB aus Sicht des Klägers nach Auffassung des Beschwerdegerichtes keinen Grund zur Besorgnis der Befangenheit darstellen würde, besteht die Verweigerung der Auskunft als zu berücksichtigender Ablehnungsgrund fort.

Einfache und beglaubigte Abschrift anbei.

R. Schulte-Frohlinde
Rechtsanwalt