

# KINDESWOHL IST KINDERRECHT

Evangelische Akademie Bad Boll 06. bis 08. Februar 2004

## *Die Standards des Verfahrenspflegers und seine Haftung*

*Rudolf von Bracken, Rechtsanwalt, Hamburg*

Einleitung:

Wem ist Verfahrenspflegschaft verpflichtet, wo steht sie in der Hierarchie der Werte und Normen:

Naturrecht  
Menschenrechte, Grundrechte  
Gesetz  
Staat  
Jugendwohlfahrt, Kinderschutz  
Jugendamt  
Familie  
Kind  
„Anwalt“

Eine offene Frage! Ich meine, die ist auch offen zu halten, in jedem einzelnen Fall sollte die Gesamtheit dieser Bezugspunkte präsent sein. Verfahrenspflegschaft ist von ihrer Aufgabenstellung her am Kind orientiert und bezieht sich im übrigen auf alle anderen o.g. Stellen. Die unterste Stufe, „Anwalt“, bedeutet eine reine Ausführungsfunktion von Weisungen des Mandanten, wie es die Berufsordnung den Rechtsanwälten vorschreibt. Das ist das sozusagen biologische „Sprachrohr“ in der Karikatur der Kostenrechtsprechung.

### **I. Rechtsqualität, Verbindlichkeit von Standards**

§ 50 FGG enthält die rechtliche Zuordnung des Verfahrenspflegers zur Pflęgschaft. Das ist die gesetzliche Vertretung von Minderjährigen in Teilbereichen des Sorgerechts, die nicht von den Eltern wahrgenommen werden (können). Es handelt sich um die gesetzliche Vertretung von Kindern in Gerichtsverfahren, die sie betreffen.

Inhaltlich gibt das Gesetz die Wahrnehmung der Interessen des Kindes vor. Was die Interessen sind, ist nicht weiter konkretisiert und seitdem heftig umstritten.

Verbindliches hat das Bundesverfassungsgericht aus den Grundrechten der Kinder abgeleitet, auf den Punkt gebracht zuletzt in seinem Kammerbeschluss 1 BvR 1354/03 vom 20.08.2003, FamRZ 2004, 86 f, Heft 2:

- a. Das Kind darf nicht „zum bloßen Verfahrensobjekt“ werden
- b. Das Kind muss seine Grundrechte auf Familie und Erhalt und Ausbau seiner familiären Beziehungen selbstbestimmt ausüben können (Artikel 6 Abs. 2, S. 2, 2 Abs. 1 GG)
- c. Dies hat der Verfahrenspfleger zu unterstützen.

Standards für Verfahrenspfleger gibt es in verbindlicher Form nicht. Die von der Bundesarbeitsgemeinschaft verabschiedeten Standards werden von

der (Kosten-) Rechtsprechung nicht als verbindlich anerkannt, insbesondere nicht für die von den gerichtlichen Bezirksrevisoren (auftragsgemäß und legitimerweise) verteidigte Staatskasse. So ist die Rechtsprechung heillos zerstritten über solche wesentlichen Fragen, ob der Verfahrenspfleger überhaupt berechtigt ist, nach dem Kind gegenüber anderen Stellen als dem Gericht aufzutreten, insbesondere außergerichtliche Verhandlungen zu führen und beim Jugendamt etwa auf Erziehungskonferenzen für die Kindesinteressen einzutreten.

Vor der Frage nach der Haftung ist die Frage zu stellen: Haftung wofür?

Der Verfahrenspfleger haftet dafür, dass er seine Aufgabe richtig ausübt. Daraus leiten wir ab:

Der Verfahrenspfleger haftet dafür, dass er die Interessen des Kindes erkennt, formuliert und umfassend in dem gerichtlichen Streit vertritt.

Damit gebietet seine Aufgabe, sein Amt, das vom ihm für erforderlich Gehaltene zu tun, den dem Gericht vorgelegten Streit aus der Interessenlage des Kindes heraus zu beeinflussen. Der bestmögliche Erfolg ist die Erledigung im Kindesinteresse, auf der Basis des Kindeswohls (Kriterium der Gerichtsentscheidung, § 1697 a BGB), und eine Beilegung des Streits ohne Streitentscheidung, in der die Kindesinteressen in schließlicher Einigkeit mit den Bezugspersonen verwirklicht sind.

Was der Verfahrenspfleger für erforderlich hält, bestimmt er nach seinen fachlichen Maßstäben, die professionelle zu sein haben. Dies muss eine authentische Ermittlung der Kindesinteressen gewährleisten. Diese erkannten Interessen sind jedenfalls in das familiengerichtliche Streitverfahren einzubringen, dort als solche deutlich zu machen.

Wünschbar sind verbindliche Standards, die es aber (siehe oben) noch nicht gibt. Gleichwohl können sie gewichtige Anhaltspunkte für den sich heranbildenden fachlichen Konsens der Berufsträger geben, sind deswegen keineswegs unbeachtlich.

Aber es ist festzuhalten: Wo keine allgemeinverbindlichen Standards gelten, gibt es keine sichere Haftungsgrundlage!

Nachfolgend mein Versuch, eine normative Orientierung für Verpflichtungen des Verfahrenspflegers zu finden. Denn im rechtsfreien Raum bewegt sich Verfahrenspflegschaft sicher nicht, ein Verfahrenspfleger kann nicht machen, was er oder sie will!

## **II. Die Bindung an das Mandat**

Der Verfahrenspfleger ist den Interessen des Kindes verpflichtet, also nicht den Interessen anderer Verfahrensbeteiligter, zu denen ich neben dem Jugendamt, den Eltern auch das Gericht selbst zähle. Ein Verfahrenspfleger, der es unterlässt,

- a. die Kindesinteressen darzustellen
- b. sich für die Kindesinteressen einzusetzen, diese gegenüber anderen Interessen zu vertreten,
- c. oder etwa Vereinbarungen trifft oder Entscheidungen hinnimmt gegen die Interessen des Kindes,

verletzt sein Mandat und macht sich haftbar.

### **III. Betroffenheit des Kindes in seinen Rechten**

Die Rechte des Kindes sind seine Grundrechte auf Förderung und Erziehung vornehmlich durch seine eigenen Eltern, auf Ausübung des staatlichen Wächteramtes darüber, dass Gefahren und Schädigungen seines Wohls abgewendet werden, notfalls gegenüber seinen Eltern, und bestehen im Anspruch auf Menschenwürde, Respekt seiner Autonomie und Erhalt der gewachsenen Bindungen zu den wichtigen Bezugspersonen. Der Verfahrenspfleger hat seine Aufgabe als Garant der Berücksichtigung dieser Rechte, auch und gerade im Konflikt mit den Rechten anderer Beteiligter, insbesondere der Eltern im Streit untereinander oder mit dem Jugendamt.

Werden die Rechte des Kindes nicht hinreichend berücksichtigt, trifft den Verfahrenspfleger die Haftung, wenn er sie nicht richtig ermittelt und geltend gemacht hat. Der Verfahrenspfleger hat unmittelbar die Aufgabe, der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Erwachsenen (Eltern, Institutionen und weitere Beteiligte) Zweckmäßigkeiten und eigene Interessen unter sich "auf dem Rücken des Kindes" ausmachen. Er muss dem Gericht für sein Entscheidungskriterium des Kindeswohls (§ 1697 a BGB) die Kindesinteressen präsent halten.

Der Schutz des Kindeswohls gehört zum Interesse des Kindes. Wird das Kindeswohl ohne sorgfältige Ermittlung der Kindesinteressen definiert, ist das zum einen ein gewichtiges Indiz für die objektive Fehlerhaftigkeit der Bestimmung, zum anderen aber der Beweis für das Versagen des Verfahrenspflegers vor seiner Aufgabe. Damit ist das Kind in seinen Rechten betroffen, die zu schützen der Verfahrenspfleger die verfahrensrechtliche Aufgabe hat.

### **IV. Haftungssysteme zwischen Staatshaftung und Anwaltshaftung**

Der Staat haftet für die Richtigkeit des Verhaltens seiner (den Staat vertretenden hoheitlich tätigen) Beamten (Artikel 34 GG, § 839 BGB). Der Rechtsanwalt haftet für die richtige Ausübung der unabhängigen Beratung und Vertretung von Mandanten in ihren Rechtsangelegenheiten (§ 1 BerufsordnungRechtsAnwälte). Richter sind nach dem Grundgesetz unabhängig und beanspruchen zur Aufrechterhaltung ihrer Unabhängigkeit auch die praktische Freizeichnung von allen Haftungsrisiken für fehlerhafte Entscheidungen, was ihnen die Rechtsprechung gewährt.

Die Einordnung der Haftung des Verfahrenspflegers ist schwierig. Dieser ist zum einen keinerlei Weisungen von irgendeiner Seite unterlegen, also auch nicht vom Gericht, unterliegt keiner fachlichen Aufsicht wie etwa

Vormund oder Pfleger. Im Gegensatz zum Rechtsanwalt ist der Verfahrenspfleger auch nicht Weisungen “des Mandanten”, also des Kindes, unterworfen. Er ist sogar niemanden rechenschaftspflichtig, auch nicht dem Kind.

Die gesetzliche Haftungsgrundlage:

Es gibt keine vertragliche Beziehung, also keine Vertragshaftung. Ein gesetzliches Schuldverhältnis kann nur entstehen durch verbindliche Standards, das ist fraglich. Aber der Verfahrenspfleger handelt in einem besonderen staatlichen bzw. „öffentlichen“ (durch das Gericht erfolgten) Auftrag, dessen Inhalt in § 50 FGG gesetzlich – völlig unzureichend, s.o. - definiert ist.

Dann folgt aus der Verletzung dieser durch Auftrag vermittelten Pflichten die Haftung. Verletzt sind diese Pflichten, wenn die Interessen des Kindes (§ 50 Abs. 1 FGG) vorwerfbar nicht vertreten werden.

Aus der subjektiven Rechtstellung des Kindes, die der Verfahrenspfleger zu schützen hat, erwächst diesem dann das Recht, den Verfahrenspfleger bei fehlerhafter Auftragsausführung haftpflichtig zu machen, wenn dem Kind Schaden daraus entstanden ist. Für die Geltendmachung und Durchsetzung sind die gesetzlichen Vertreter verantwortlich.

## **V. Richtigkeitspielraum und Handlungsfreiheit**

Da die Verfahrenspflegschaft mit Menschen und ihren Konflikten zu tun hat, damit Legitimität und Wahrheitsmöglichkeit verschiedener und untereinander auch unvereinbarer Haltungen in Rechnung stellt, gibt es selten von vornherein ein “richtig” oder “falsch”. Ein verantwortlich handelnder Verfahrenspfleger bewegt sich immer zwischen verschiedenen Optionen seines Verhaltens, die eher in ihrer Zielrichtung verbindlich sind als darin, was jetzt konkret getan werden kann oder muss. Es ist gerade die Aufgabe des Verfahrenspflegers, die verschiedenen Optionen in ihrer Umfassendheit und nebeneinander zu sehen, zu gewichten und sich konkret zu entscheiden. Da muss ihm ein erheblicher Handlungsspielraum anerkannt werden, der nicht durch ein “Hinterher-Besserwissen” sozusagen rückwirkend annulliert werden darf. Untervertretbar und im haftungsrechtlichen Sinne falsch sind dann Handlungen und Entscheidungen, die sich nicht der oben beschriebenen Zielausrichtung unterordnen lassen, ihnen möglicherweise sogar entgegenwirken.

## **VI. Vorsatz, Fahrlässigkeit**

Nach dem allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Haftungsmaßstab haftet der Verfahrenspfleger dafür, mit Absicht oder aus grober Nachlässigkeit (unter Außerachtlassung jeglicher Sorgfalt) ein Schaden verursacht, auch nur mitverursacht zu haben, § 276 BGB.

## **VII. Der Verletzungsschaden lässt sich unterteilen in**

- a. Vertretung falscher Interessen und
- b. falsche Vertretung der Interessen des Kindes

Wenn der Verfahrenspfleger Interessen vertritt, die *nicht diejenigen des Kindes* sind, muss von vorsätzlicher Haftung ausgegangen werden. Ob eine solche Interessenkollision bewusst oder unbewusst geschieht (Vereinnahmung durch Jugendamt, Gericht) muss außer Betracht bleiben. Die Unabhängigkeit des Verfahrenspflegers von den Institutionen ist sein oberstes Gut und gibt ihm die Freiheit für die Erfüllung seiner Aufgabe, ausschließlich die Interessen des Kindes zu vertreten. In einem solchen Fall wäre dem Verfahrenspfleger der Vorwurf zu machen, die Interessen des Kindes *zu verraten*. Dann hat das Kind niemanden mehr, der ihn im Verfahren hilft.

Die *falsche* Interessenvertretung ist unprofessionelles Handeln, unzumutbares Verhalten (etwa Antragstellung) aus übertriebener Gewichtung gegenläufiger Interessen. Inwieweit da ein Haftungsvorwurf entstehen kann, ist im Einzelfall aus einer Sichtweise ex ante (sich in die Entscheidungslage zurückversetzend) zu beurteilen. Im Zweifel wird der Verfahrenspfleger in unübersichtlichen Fällen dann von dem Haftungsvorwurf entlastet werden, wenn er eine klare Interessendarstellung des Kindes vorgelegt hatte und seine anschließende Positionierung aus der Interessensicht des Kindes vertretbar war. Entsprechendes gilt bei im Nachhinein als falsch erkannter Übernahme von Positionen der Eltern in ihrer Eigenschaft als wichtige Bezugspersonen.

Ergebnis: Der Verfahrenspfleger haftet, wenn er die Kindesinteressen zugunsten anderer Interessen verrät. Dem Parteiverrat des Rechtsanwalts entspricht der *Interessenverrat* des Verfahrenspflegers.

## VIII. Schaden des Kindes

Es kann also nur um einen Schadensersatzanspruch *des Kindes* gehen. Anderen ist der Verfahrenspfleger nicht verpflichtet!

Geschütztes und verletzbares Rechtsgut sind die absolut geschützten Rechte des Kindes nach den Definitionen des BVerfG und den Kinderrechtskonventionen von UN und Europarat:

Menschenwürde, wachsende Selbstbestimmung  
 Körperliche, persönliche Integrität  
 Beziehungsschutz in der biologisch-rechtlichen Familie  
 gewachsene Beziehungen (soziale Familie)  
 Erziehung und Förderung

In den Zuordnungsstreitigkeiten besteht der Schaden des Kindes darin, entgegen seinen Interessen einem anderen Elternteil oder einer anderen Bezugskonstellation sorgerechtlich zugeordnet zu werden. Darin können sich Gefahren verwirklichen, z.B. darin, Vernachlässigung oder Gewaltausübung ausgesetzt zu sein, mit der Folge von seelischem, körperlichem und Gesundheitsschaden bis hin zum Tode. Ähnlich ist es bei Besuchsregelungen, etwa wenn das Kind aus Angst vor erlebten

Verhaltensweisen sein gegenläufiges Interesse geäußert oder sonst wie zu erkennen gegeben hat (Aufklärungsaufgabe des Verfahrenspflegers!), und eine Besuchsregelung begleitet oder unbegleitet, geschützt oder ungeschützt, doch erzwungen wird. Die schlimmsten Fälle sind primäre oder auch nur sekundäre Traumatisierungen in Missbrauchsfällen durch den Täter und die Wiederbegegnung mit ihm, empfunden als Auslieferung.

## **IX. Schadensersatz**

Der Regelfall des Schadensersatzes, die Wiederherstellung des vorher gewesenen Zustandes (§ 249 BGB) ist naturgemäß ausgeschlossen, im Regelfall kann es nur um "billigen Ausgleich" durch Schmerzensgeld gehen (§§ 251, 253 BGB). Ansonsten sind Unterhaltsschäden denkbar (Unterhaltsleistungen, Dispositionen).

## **X. Rück- und Ausblick**

Die bisherigen Mühen insbesondere der BAG, aus dem mageren Gesetzesauftrag verbindliche Standards zu entwickeln, hatten keinen Erfolg, weil sie sich nicht durchsetzen konnten. Es ist nicht verwunderlich, dass die für die Justizkasse Verantwortlichen (Gerichtsrevisoren) den offenen Interpretationsspielraum ausnutzen zur weitestmöglichen Abwehr von Ansprüchen gegen den Fiskus und so eine teilweise unerträglich restriktive Rechtsprechung zur Vergütung von Verfahrenspfleger herbeiführen.

Meine eigenen Vorschläge habe ich 1999 in Heft 6 der KindPrax ohne spürbare Resonanz in Thesenform veröffentlicht.<sup>1</sup> Ich nutze die Gelegenheit, sie erneut zur Diskussion zu stellen.

Die Unklarheit über fachliche Standards beseitigt nicht die Gefahr der Haftung, sondern ist die Gefahr! Denn die Rechtsprechung zur Berufshaftung ist nicht gehindert, Richterrecht zu schaffen, wie es mein Berufsstand der Rechtsanwälte teilweise leidvoll erfahren hat. Und sie wird es in den entsprechenden Fällen mit regelmäßig tragischem Verlauf tun müssen, da wird im nachhinein nach Verantwortlichkeit gefragt - und gesucht!

Was ich damit meine: Das Zeitfenster einer berufsständische Selbstbestimmung für die eigenen fachlichen Maßstäbe kann sich schon beim nächsten schlimmen Fall durch ein Haftungsurteil schließen.

Bad Boll, den 07. Februar 2004

*Rudolf von Bracken* ©

---

<sup>1</sup> 10 Thesen zu der Position und den Aufgaben der Verfahrenspflegschaft nach § 50 FGG

*Kindschaftsrechtliche Praxis 1999 Heft 6 (1999 183ff.)  
Bundesanzeiger-Verlag*

