

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Vorentwurf eines Europäischen Übereinkommens über den Umgang
mit Kindern (Stand: März 2001)

erarbeitet vom

Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RAInuNin Ingeborg **Rakete-Dombek**, Berlin, Vorsitzende
RAIn Ulrike **Börger**, Bonn
RAuN Sven **Fröhlich**, Offenbach
RAIn Brigitte **Hörster**, Augsburg
RA Dr. Hans-Georg **Mähler**, München
RAIn Karin **Meyer-Götz**, Dresden
RAInuNin Frauke **Reckmann-Fiedler**, Berlin

RAIn Dr. Elisabeth **Giwer**, BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Bundesnotarkammer
Deutscher Anwaltverein e. V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Familiengerichtstag e. V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
Redaktionen der NJW, FamRZ, FuR, FPR

Juli 2001

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt grundsätzlich den Vorentwurf eines Europäischen Übereinkommens über den Umgang mit Kindern, hält diesen jedoch in Einzelheiten noch für erörterungswürdig.

Ein wesentliches Interesse der Rechtsanwaltschaft ist die Erleichterung der Rechtsanwendung im zusammenwachsenden Europa, insbesondere durch eine Vereinheitlichung der anzuwendenden Normen. Bereits jetzt ist die Rechtslage durch die Normenkonkurrenz unterschiedlicher Übereinkommen erschwert (vgl. Rieck, FPR 2001, S. 183 ff. zur internationalen Kindesentführung). Dies gilt insbesondere für die derzeitige parallele Arbeit auf dem Gebiet des Umgangsrechts des Europarates einerseits und der Europäischen Kommission andererseits. Die Bundesrechtsanwaltskammer ist daher der Auffassung, dass auf die Harmonisierung aller auf dem Gebiete des internationalen Umgangsrechts ergehenden Normen unbedingt geachtet werden muss. Nur dann können die in Art. 1 festgelegten Ziele des Übereinkommens, die seitens der Bundesrechtsanwaltskammer unterstützt werden, erreicht werden.

Zu dem Entwurf im Einzelnen:

1. Der Begriff der „Umgangsentscheidung“ in Art. 2 b)

Der Begriff der Umgangsentscheidung des Entwurfs geht über die Definition im deutschen Recht, wonach ausschließlich gerichtlich gebilligte Umgangsvereinbarungen vollstreckbar sind, hinaus. Der Entwurf bezieht Mediationsvereinbarungen, privatschriftliche Vereinbarungen sowie notarielle Vereinbarungen – soweit sie nach anderen Rechtsordnungen vollstreckbar sind – mit ein. Nach Ansicht der Bundesrechtsanwaltskammer ist es daher dringend erforderlich, auch im deutschen Recht ein vereinfachtes Verfahren zur Billigung und Anerkennung von Vereinbarungen zwischen den Beteiligten zu installieren, das auch aus außergerichtlichen und notariellen Vereinbarungen eine Vollstreckung ermöglicht. Bisher ist die Praxis offenbar in der Bundesrepublik uneinheitlich: teilweise billigen die Familiengerichte derartige Vereinbarungen nach kurzer Prü-

fung auch ohne dass zuvor ein entsprechendes Verfahren bei dem Gericht anhängig war, teilweise – und wohl überwiegend – nicht.

Da Vereinbarungen über das Umgangsrecht grundsätzlich die elterliche Verantwortung erhöhen und dem Kindeswohl eher entsprechen als ein zuvor eingeleitetes Streitiges Verfahren, muss zur Umsetzung des Entwurfs eine vereinfachte Regelung zur Anerkennung außergerichtlicher Vereinbarungen geschaffen werden, auch um eine Belastung der Gerichte zu vermeiden. Um eine Vereinheitlichung in Europa zu erreichen, müssten die Bürger in der Bundesrepublik daher vermehrt Streitige Verfahren anhängig machen. Insoweit ist nach dem Übereinkommen die Befugnis, privatrechtliche Umgangsvereinbarungen zu bestätigen, gem. Art. 2 b) einer Justizbehörde zugewiesen, die jedoch mit diesem Aufgabenkreis hier nicht existiert.

Es wäre auch zu erwägen festzulegen, dass Vereinbarungen über das Umgangsrecht, die von beiden Seiten von zugelassenen Vertretern abgeschlossen werden, von diesen mit einer gemeinsamen Vollstreckungsklausel versehen werden können. Einer staatlichen Genehmigung durch eine besondere Justizbehörde bedürfte es dann nicht.

2. Der Begriff der „faktischen Familienbeziehung“ in Art. 2 d) und Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2

Der Entwurf erweitert den Kreis der nach deutschem Recht aus § 1685 BGB Umgangsberechtigten. Nach deutschem Recht haben z. B. bisher mit dem Elternteil nicht verheiratete Lebenspartner nur unter den engen Voraussetzungen des § 1666 BGB ein Recht auf Umgang. § 1685 BGB wäre daher zu ändern.

Soweit der Entwurf den Personenkreis der Umgangsberechtigten auf Lehrer, Tagesmütter, Pfarrer etc. erweitert, zieht die Bundesrechtsanwaltskammer eine Änderung der in der Bundesrepublik geltenden engeren Gesetze derzeit nicht in Betracht und hält diese Erweiterung im Hinblick auf das Kindeswohl und die mögliche Ausuferung von Umgangsstreitigkeiten durch eine Inanspruchnahme des Umgangsrechts durch weitere Personen nicht für erforderlich. Sollte dies im

Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte jedoch erforderlich sein, wäre eine Regelung allenfalls dahin zu treffen, dass derartige Personen – mit vorheriger Genehmigung des Familiengerichts, das zunächst zu prüfen hätte, ob es sich wirklich um einen Antragsberechtigten mit faktischer familiärer Bindung handelt (Filtersystem für derartige Anträge) – um Umgang nachsuchen können, die Bewilligung jedoch dem Wohl des Kindes dienen muss, damit Umgangskonkurrenzen innerhalb eines unüberschaubaren Personenkreises um die „Mangelware Kind“ vermieden werden.

3. Anhörungs- und Auskunftsrecht des Kindes, Art. 6 Abs. 1

Das Gericht hat dem hinreichend verständigen Kind bereits vor der Anhörung Auskünfte zu erteilen. Diese Informationen sind sowohl von der Form her, als auch inhaltlich dem Alter und dem Verständigungshorizont des Kindes anzupassen. Bei kleineren „hinreichend verständigen“ Kindern erfolgt dies mündlich im Rahmen bzw. vor der Anhörung des Kindes. Bei älteren Kindern sollte dies schriftlich erfolgen.

Hintergrund des Verfahrens ist regelmäßig ein Umgangsstreit, bei dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt bei einem verfahrensbeteiligten Elternteil hat. Erfahrungsgemäß kann von diesem Elternteil nicht erwartet werden, dass er das Kind objektiv und unter Hintanstellung seiner eigenen Vorstellungen vom Kindeswohl über die häufig gegensätzlichen Interessen des anderen den Umgang begehrenden Verfahrensbeteiligten informiert.

In Bezug auf diese eigenen Rechte des Kindes könnte nach innerstaatlichem Recht darüber diskutiert werden, ob von der hier existierenden Institution des Verfahrenspflegers Gebrauch gemacht werden könnte. Diese Aufgaben könnten ggf. einem zu bestellenden Verfahrenspfleger übertragen werden. Insoweit müsste der Katalog, der dessen Aufgaben in § 50 FGG definiert, erweitert werden. Dem entspricht auch die Möglichkeit der Behörde, dieses Anhörungsrecht durch andere Personen ausführen zu lassen.

4. Förderung von Einigungen durch das Gericht, Art. 7 b)

Diese Regelung entspricht auch den hiesigen Zielen derartiger Verfahren, wie sie in § 52 FGG niedergelegt sind. Zusätzlich erwähnt der Entwurf jedoch die Familienmediation. Insoweit wäre § 52 Abs. 1 FGG zu ergänzen.

5. Allgemeine Förderung einverständlicher Regelungen, Art. 8 Abs. 1

Diese Förderungspflicht sollte noch stärker im deutschen Recht, beispielsweise durch eine deutlichere Formulierung von § 18 Abs. 2 SGB VIII, implementiert werden. In jedem Fall sollte eine einverständliche Regelung Vorrang vor einer gerichtlichen haben und nur unter den Voraussetzungen des § 1666 BGB von dem Gericht nicht akzeptiert werden dürfen.

6. Abänderung einer Umgangsentscheidung, Art. 9

Die Schwelle, eine Abänderung von Entscheidungen zu erlangen, ist im Entwurf niedriger als in § 1696 BGB. Dies sollte eingehend geprüft werden. Nach dem Entwurf ist eine Abänderung relativ leicht dann zu erlangen, wenn die Umgangsregelung nicht mehr dem Wohl des Kindes entspricht. Der Begriff des Kindeswohls wird jeweils individuell durch den die Abänderung Begehrenden dargestellt und definiert. Art. 9 enthält keinerlei objektive Kriterien, unter denen die Abänderung zulässig sein soll. Dies könnte zu einer erhöhten Antragstellung und zu einer Umgehung der Ziele des Entwurfs, den Umgang zu fördern, führen.

7. Die Abänderungsregel des Art. 16

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist der Ansicht, dass die Ziele des Entwurfs dann ins Leere gehen, wenn jederzeit eine Abänderung der Bedingungen des Umgangs, bereits bei der Anerkennung der Vollstreckbarkeit von Umgangsentscheidungen, möglich ist. Die Regelung des Art. 16 ist auslegungsbedürftig und -fähig. Sie birgt die Gefahr, dass die beteiligten Staaten, insbesondere aufgrund der Anhörung des Kindes nach Art. 6 und der Kindeswohlprüfung nach

Art. 9, über Gebühr von der Abänderungsmöglichkeit Gebrauch machen. Folge könnte ein Misstrauen der beteiligten Staaten untereinander sein, das die Ziele des Entwurfs konterkarieren würde. Um den genannten Risiken zu begegnen, sollte Art. 16 daher präzisiert werden.

8. Sicherungen der Rückgabe

Die Sicherungen der Rückgabe durch „undertakings“, „safe harbour orders“, „mirror orders“ und ähnliche, unserer Rechtsordnung bisher nicht bekannte, Regelungsmechanismen wird von der Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, sofern im deutschen Recht eine entsprechende Grundlage für deren Wirksamwerden geschaffen wird (vgl. Carl, FPR 2001, S. 211). Derartige Vereinbarungen haben insbesondere präventiven Charakter. Sie verhindern eine „Alles-oder-Nichts-Entscheidung“ und tragen dem wesentlichen Gedanken Rechnung, dass eigenverantwortlich getroffene Konfliktlösungsstrategien am ehesten akzeptiert und auch eingehalten werden.

Erforderlich ist es jedoch, zunächst die deutschen Gerichte mit diesen Instituten bekannt und vertraut zu machen und Möglichkeiten der Durchsetzung zu schaffen, sowie das Vertrauen der zur Kooperation verpflichteten Justizbehörden untereinander durch geeignete Maßnahmen zu fördern.

Erheblichen Diskussionsbedarf löst allerdings die Forderung nach Sicherung der Rückgabe durch Bereitstellung finanzieller Garantien aus. Dies würde einen durch unsere Rechtsordnung - bisher jedenfalls - nicht gedeckten Sanktionscharakter in das Familienrecht transportieren. Bisher gehen wir davon aus, dass selbst Elternteile, die das Kind nicht zurückgeben, zunächst subjektiv davon ausgehen, dies entspreche dem Wohl des Kindes. Eine Kriminalisierung dieser Elternteile, wie sie offenbar in den angelsächsischen Rechtsordnungen häufig als erforderlich angesehen wird, sollte von deutscher Seite nicht unterstützt werden.

Die Bereitstellung und ggf. der Verfall von finanziellen Garantien dürfte auch den Sicherungszweck in der überwiegenden Anzahl der Fälle nicht erreichen,

da dieser nur mit Garantien von erheblichem finanziellen Gewicht erreicht werden dürfte.

Auch eine Meldepflicht bei der zuständigen Polizeibehörde unterstreicht zwar diesen Sanktionscharakter, wäre aber bei Vorliegen einer greifbaren Gefahr einer Entführung noch hinnehmbar. Eine generelle Meldepflicht könnte daneben die Schwierigkeiten hinsichtlich der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltes des Kindes beseitigen helfen. Auch die Passhinterlegung und die Unterrichtung der jeweiligen Konsularbehörde begegnet daher keinen erheblichen Bedenken. Für eine Hinterlegung des Passes bei dem eigenen Konsulat spricht, dass damit gleichzeitig dokumentiert wäre, dass dieser nicht abhanden gekommen ist, so dass der Versuch, einen Zweitpass zu erhalten, scheitern dürfte.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Entwurf viele der aktuellen Diskussion entsprechende Regelungen enthält. Die Bundesrechtsanwaltskammer hält Nachbesserungen im deutschen Recht im Falle der Ratifizierung für erforderlich. Auf eine Einheitlichkeit und Harmonisierung der vorhandenen Regelungen und Entwürfe auf dem Gebiete des Umgangsrechts ist vordringlich zu achten.