



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Familienrecht

erarbeitet vom Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RAin	Ulrike Börger , Bonn, Vorsitzende (Berichterstatlerin)
RAin	Brigitte Hörster , Augsburg
RAin	Karin Meyer-Götz , Dresden
RAinuNin	Frauke Reeckmann-Fiedler , Berlin
RAin	Gabriele Küch , Hannover
RAuN	Sven Fröhlich , Offenbach
RA	Jan Christoph Berndt , Halle
RAin	Julia von Seltmann , BRAK, Berlin

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Justizminister/Justizsenatoren der Länder
Familienminister/Familiensenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein e. V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Familiengerichtstag e. V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
Redaktionen der NJW, FamRZ, FuR, FÜR, ZFE

April 2004
BRAK-Stellungnahme-Nr. 16/2004

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äußert sich zu dem Entwurf wie folgt:

1. Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt uneingeschränkt das Vorhaben, alle Ausführungsvorschriften zum internationalen Familienrecht in einem einzigen Gesetz zusammenzufassen. Dies erleichtert den Rechtsanwendern den Umgang und erhöht Transparenz und Akzeptanz der europarechtlichen Bestimmungen.
2. Inhaltlich bestätigt die Bundesrechtsanwaltskammer allerdings nach nochmaliger intensiver Beratung die Bedenken in Bezug auf die vorgesehenen Änderungen der Vollstreckungsregelungen.

Diese Bedenken sind ausführlich bereits formuliert worden in der Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes und zur Änderung des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes. Eine **Kopie** der im Mai 2003 übersandten Stellungnahme ist beigefügt. In Einzelfragen ist den vorgetragenen Bedenken in dem Entwurf Rechnung getragen (hierzu unten 3).

Die verbleibenden Bedenken werden noch einmal wie folgt zusammengefasst:

- a) Es bestehen grundsätzliche Bedenken gegen die durch die Einführung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft als Zwangsmittel beabsichtigte "Kriminalisierung" von Eltern oder anderen unmittelbar involvierten Familienangehörigen der betroffenen Kinder. Diese Personen handeln in aller Regel aus ihrer Sicht zum Wohle des Kindes. Wenn beide Elternteile erziehungsgerecht sind und um den Verbleib des Kindes streiten, sind die Entscheidungskriterien häufig "hauchdünn" und damit fast beliebig. Aufgrund der psychosozialen Verstrickung und der psychologischen Ausnahmesituation, in der sich die Beteiligten in der Regel befinden, wäre es unangemessen, mit Ordnungsgeld oder gar Ordnungshaft zu reagieren, selbst wenn die von Seiten des Gerichts auferlegte Handlungs- oder Duldungsverpflichtung längst erfüllt ist.

Es existiert im Übrigen bereits eine strafrechtliche Sanktion der Kindesentziehung (§ 235 StGB), so dass krasse Fälle angemessen geahndet werden können.

- b) Der Entwurf unterscheidet nicht hinreichend zwischen der Durchsetzung von Entscheidungen, die in einem normalen Erkenntnisverfahren um Sorge- und Umgangsrecht ergangen sind und solchen, die in einem Eilverfahren mit entsprechend verkürzter Erkenntnis- und Aufklärungsmöglichkeit ergangen sind, insbesondere also in Verfahren nach dem HKÜ und Verfahren der einstweiligen Anordnung. Insbesondere die Gerichtsentscheidungen nach dem HKÜ ergehen in aller Regel (Ausnahmen nur nach Artikel 13 HKÜ) ohne Berücksichtigung materiell-rechtlicher Erwägungen. In diesen Verfahren wirkt sich besonders ungünstig und erschwerend aus, dass mindestens einer der Elternteile in aller Regel den Nachteil der Ortsferne und der Ausländereigenschaft hat. In den Hauptsacheverfahren kann dieser Nachteil eher durch Einarbeitung in das Recht des Gerichtsortes und die Hinzuziehung einheimischer Berater aufgefangen werden.
- c) Besonders problematisch erscheint aus den angeführten Gründen die vorgesehene Regelung, dass noch für einen Zeitraum von 6 Monaten nach Wirksamkeit einer zu vollziehenden Anordnung die Beweislast umgedreht und im Wege eines Anscheinsbeweises angeordnet werden soll, dass nur ausnahmsweise von einer Verurteilung zu einem Ordnungsmittel abgesehen werden kann (§ 46 Abs. 3 des Entwurfs).

Ob es ausreicht, die Aufhebung der Festsetzung anzuordnen, wenn "nachträglich eine genügende Entschuldigung" erfolgt, erscheint zumindest in dem Fall der Anordnung einer Ordnungshaft problematisch, zumal die Beschwerde gegen die Festsetzung von Ordnungshaft nach § 46 Abs. 5 des Entwurfs keine aufschiebende Wirkung haben soll.

- d) Die Reform des FGG ist innerstaatlich in Angriff genommen. Von daher erscheint es unangebracht, Vor-Festlegungen durch die Installation von Ordnungsgeld und Ordnungshaft in international-rechtlichen Fällen vorzusehen, ehe die Beratungen in der nationalen Gesetzgebung abgeschlossen sind.

Dass § 33 FGG überarbeitungsbedürftig ist, ist nicht von der Hand zu weisen und bei den Reformvorschlägen für die FGG-Reform berücksichtigt.

- e) Als weniger einschneidende Sanktion für die Nichtbefolgung von Gerichtsentscheidungen sollte in Erwägung gezogen werden, Schadensersatzverpflichtungen vorzusehen.

Auch der in § 46 Abs. 1 letzter Satz vorgezeichnete Weg, den Beteiligten die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, kann für sich genommen schon abschreckende Wirkung entfalten. Hier sollte in Erwägung gezogen werden, in die Kosten des Verfahrens auch ausdrücklich die den Beteiligten entstehenden Anwaltskosten einzu beziehen, zumal die Kostenerstattungsverpflichtungen nicht in allen Mitgliedsstaaten gleich geregelt sind.

3. Zu begrüßen ist, dass der Entwurf nicht mehr die in § 6 Abs. 3 des Diskussionsentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes vorgesehene Ermächtigung an die Gerichte beinhaltet, neben Ordnungsgeld und Ordnungshaft „auch jede andere geeignete Anordnung“ zu erlassen.

Zu begrüßen ist auch, dass nicht mehr, wie in dem Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes in § 8 vorgesehen, alle Entscheidungen grundsätzlich vor Eintritt der Rechtskraft sofort vollziehbar sein sollen. Durch § 42 Abs. 3 des Referentenentwurfs wird die Entscheidung über die sofortige Vollziehbarkeit in HKÜ-Verfahren dem Oberlandesgericht überantwortet, bei dem eine Beschwerde anhängig zu machen ist. Ähnliches gilt für die übrigen Verfahren nach den allgemeinen Regeln über die Beschwerde in Unterabschnitt 2 (§ 27 Abs. 2 des Referentenentwurfs).

* * *

1 Anlage:

- Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom Mai 2003 zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes und zur Änderung des Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes

Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

**zum Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Sorgerechts-
übereinkommens-Ausführungsgesetzes und zur Änderung des Anerken-
nungs- und Vollstreckungsausführungsgesetzes**

erarbeitet vom

Ausschuss Familienrecht der Bundesrechtsanwaltskammer

Mitglieder:

RAInuNin Ingeborg **Rakete-Dombek**, Berlin, Vorsitzende
RAIn Ulrike **Börger**, Bonn, Berichterstatterin
RAuN Sven **Fröhlich**, Offenbach
RAIn Brigitte **Hörster**, Augsburg
RA Dr. Hans-Georg **Mähler**, München
RAIn Karin **Meyer-Götz**, Dresden
RAInuNin Frauke **Reeckmann-Fiedler**, Berlin
RAIn Julia **von Seltmann**, 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
Rechtsanwaltskammern
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Wirtschaftsprüferkammer
Deutscher Notarverein
Deutscher Anwaltverein e. V.
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Steuerberaterverband
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Familiengerichtstag e. V.
Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
Redaktionen der NJW, FamRZ, FuR, FÜR, ZFE

Mai 2003

Grundsätzlich begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die Zielsetzung der Schaffung größerer Effektivität in der Umsetzung gerichtlicher Entscheidungen im internationalen Rechtsverkehr

I. §§ 6 a und 6 c des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes

Die Vorschläge zu einer Ergänzung des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes durch die vorgesehenen §§ 6 a und 6 c (Aussetzung der Verfahren nur im Einvernehmen mit allen Verfahrensbeteiligten, Prozessförderungspflicht, einstweilige Umgangsregelungen und Vermittlungsverfahren) werden uneingeschränkt begrüßt.

II. § 6 b des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes zur „Durchsetzung gerichtlicher Anordnungen“

Erhebliche Bedenken bestehen allerdings gegen den Vorschlag für einen § 6 b des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes zur "Durchsetzung gerichtlicher Anordnungen".

Diese Bestimmung sieht vor, bei Zuwiderhandlungen gegen Entscheidungen über die Rückgabe eines Kindes oder die Wiederherstellung des Sorgerechtsverhältnisses bzw. gegen für vorläufig vollstreckbar erklärte Entscheidungen über das Sorgerecht oder das Recht zum persönlichen Umgang den Verpflichteten zu Ordnungsgeld oder gar zu Ordnungshaft zu verurteilen, letzteres in Fällen, "*in denen die Verurteilung zu einem Ordnungsgeld keinen Erfolg verspricht*".

Der Entwurf sieht verschärfend vor, dass eine Beschwerde keine aufschiebende Wirkung haben soll und bei Zuwiderhandlungen innerhalb eines Zeitraums von 6 Monaten nach Wirksamwerden der Entscheidung oder nach ihrer Vollstreckbarerklärung im Wege eines Anscheinsbeweises davon auszugehen sein soll, dass der Verpflichtete Zuwiderhandlungen zu vertreten hat. Dementsprechend soll von einer Verurteilung zu einem Ordnungsmittel nur abgesehen werden, wenn ernsthafte Zweifel am Vertretenmüssen des Verpflichteten bestehen oder Gründe dafür vorliegen, dass die getroffene Anordnung abzusetzen wäre.

Schließlich wird die Bestimmung auch noch dadurch ergänzt, dass das Gericht neben Ordnungshaft und Ordnungsgeld "auch jede andere geeignete Anordnung" treffen darf.

Gegen die vorgesehene Regelung sprechen verschiedene Gründe:

- 1. Ordnungsgeld und Ordnungshaft haben Sanktionscharakter und können dementsprechend auch verhängt werden, wenn die in der zu vollziehenden gerichtlichen Entscheidung auferlegte Handlungs- oder Duldungsverpflichtung längst erfüllt ist.**

Die angeführten Gründe für eine mögliche "Kriminalisierung" der streitenden Elternteile vermögen nicht zu überzeugen.

Eltern, die um das Sorgerecht oder das Umgangsrecht streiten, handeln in aller Regel subjektiv in der festen Überzeugung, das Beste für ihr Kind zu wollen und zu tun. Sie berufen sich fast immer auf altruistische, nicht egoistische Erwägungen. Jeder Praktiker weiß, wie schwierig und gelegentlich auch fragwürdig Entscheidungen zum Sorgerecht und zum Umgangsrecht sind. Ob sie richtig oder falsch von Seiten der Gerichte getroffen worden sind, wird sich oft gar nicht, häufig erst nach Jahren verifizieren lassen. Entscheidungen sind um so schwieriger und fragwürdiger, desto engagierter und erziehungsgerechter beide Elternteile sind. Wenn grundsätzlich beide Elternteile keine gravierenden Mängel in der Erziehungseignung aufweisen, also beide Elternteile grundsätzlich "gute" Elternteile sind und das Familiengericht wegen des Streites der Eltern sich für einen der beiden Elternteile entscheiden muss, werden die Entscheidungskriterien zwangsläufig "hauchdünn" und damit fast beliebig.

In der Regel befinden sich die beteiligten Personen in einer psychosozialen Verstrickung und in einer psychologischen Ausnahmesituation, der mit Mitteln der Justiz ohnehin nur sehr unzureichend Rechnung getragen werden kann. Von daher erscheint es unangemessen, hier das Mittel einer Ordnungshaft einsetzen zu können, beispielsweise mit der Begründung, dem betreffenden Vater oder der betreffenden Mutter gehe es nicht ums Geld, Geld spiele keine Rolle, so dass nur eine Inhaftierung den notwendigen Druck erzeugen könne.

2. Speziell für den Bereich der Zwangsmittel unterscheidet der Entwurf nicht hinreichend zwischen Verfahren nach dem HKÜ und solchen Entscheidungen, die in einem normalen Erkenntnisverfahren zum Sorgerecht oder zum Umgangsrecht ergangen sind.

§ 6 b des Entwurfs soll nach Art. 1 sowohl in dem Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetz als auch nach Art. 2 in dem Anerkennungs- und Vollstreckungsausführungsgesetz gelten, gilt also in gleicher Weise für HKÜ-Verfahren wie für die Durchsetzung von Entscheidungen auf dem Gebiet des Sorgerechts und des Umgangsrechts, die in anderen Vertragsstaaten im Erkenntnisverfahren ergangen sind.

Die Besonderheit der Verfahren nach dem HKÜ besteht darin, dass grundsätzlich ohne materiell-rechtliche Überprüfung der Sorgerechtssituation selbst die Jurisdiktion des ursprünglich mit der Sache befassten bzw. zuständigen Gerichts durchgesetzt werden soll, also ein Kind auf schnellstem Wege zurückgeführt werden soll, das Subjekt eines Erkenntnisverfahrens ist und widerrechtlich aus dem Gerichtsbezirk entfernt worden ist. In solchen Fällen geht es also – entgegen der Begründung des Entwurfs – nicht darum, dass eine Anordnung zu vollziehen sei, die in einem vorangegangenen Erkenntnisverfahren getroffen ist und auf intensiver Prüfung und Beurteilung beruht (vgl. Blatt 21 der Begründung). Vielmehr handelt es sich gerade bei den HKÜ-Verfahren um solche, die oft in wenigen Tagen mit der entsprechenden Hektik abgewickelt werden und in denen in der Regel einer der beiden Elternteile den Nachteil der Ortsferne und der Ausländereigenschaft hat.

Materiell-rechtliche Erwägungen werden in den HKÜ-Verfahren nur ausnahmsweise berücksichtigt, wobei zu Recht betont wird, dass der Art. 13 HKÜ in den entsprechenden Verfahren lediglich Ausnahmecharakter haben soll.

Entscheidungen, die in einem HKÜ-Verfahren in der Regel ohne materiell-rechtliche Prüfung der Sorgerechtsfrage selbst oder mit nur beschränkter Würdigung in großer Eile ergehen, können schlechterdings keine Grundlage dafür bieten, mit dem Mittel von Ordnungsgeld und Ordnungshaft gegen die Eltern vorzugehen, insbesondere dann nicht, wenn eine Herausgabebeanordnung schon durchgesetzt ist.

Erst recht ist es hier nicht vertretbar, noch für einen Zeitraum von 6 Monaten nach einer solchen Entscheidung die Beweislast umzudrehen und im Wege eines Anscheinsbeweises anzuordnen, dass nur ausnahmsweise von einer Verurteilung zu einem Ordnungsmittel abgesehen werden kann.

- 3. Die bisherige Problematik in den HKÜ-Verfahren ist ganz wesentlich dadurch entschärft worden, dass Spezialzuständigkeiten mit der entsprechenden Konzentration der Verfahren an einigen wenigen Gerichten eingerichtet worden sind.**

Die beteiligte zentrale Behörde wickelt die Verfahren kompetent und effektiv ab; es gibt inzwischen auch eine spezialisierte Anwaltschaft. Von daher besteht kein Anlass zu der Annahme, dass mit zunehmender Erfahrung und Routine der Beteiligten sich die Verfahren nicht insgesamt ausreichend effektiv abwickeln lassen, ohne dass es einer solchen nicht systemgerechten strafrechtlichen Sanktionierung bedarf.

- 4. Auch vor dem Hintergrund, dass die Entscheidungen grundsätzlich vor Eintritt der Rechtskraft sofort vollziehbar sein sollen, wie sich aus der vorgesehenen Änderung des § 8 des Sorgerechtsübereinkommens-Ausführungsgesetzes ergibt, ergeben sich Bedenken gegen die Verschärfung der Zwangsmittel.**
- 5. Der Entwurf sieht vor, dass eine Neuregelung der Zwangsmittel außerhalb der an sich beabsichtigten FGG-Reform bereits beabsichtigt sei. Hiergegen bestehen grundsätzliche Bedenken im Interesse der Einheitlichkeit der Rechtsordnung.**
- 6. Es erscheint auch zweifelhaft, ob die in § 6 Abs. 3 vorgesehene Ermächtigung ausreichend bestimmt ist, neben Ordnungsgeld und Ordnungshaft „auch jede andere geeignete Anordnung“ zu erlassen, offenbar auch gegen nicht am Verfahren beteiligte Personen.**

Wenn überhaupt vor einer Reform des FGG über die Änderung der Bestimmungen zur Durchsetzung entsprechender Entscheidungen auf dem Gebiet des Sorgerechts und des Umgangsrechts nachgedacht wird, müsste eine Verschärfung auf jeden Fall auf Fälle beschränkt bleiben, in denen es um die Durchsetzung von Entscheidungen geht, die im ordentlichen Erkenntnisverfahren ergangen und rechtskräftig geworden sind.

Dabei soll selbstverständlich nicht verkannt werden, dass insbesondere das Unterlaufen von Entscheidungen zum Umgangsrecht ein immer währendes Ärgernis ist. Dem müssen die Gerichte aber mit Zwangsgeld und Zwangshaft begegnen, gegebenenfalls auch auf dem jetzt von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg, dass Umgangsrechtsvereitelungen auch Schadensersatzverpflichtungen mit sich bringen können. Die Kriminalisierung der Eltern ist in einer familiären Konfliktsituation nicht der richtige Weg.

* * *