

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 29.01.2003 (**Anlage**) beruht unter dem Aktenzeichen - 1 BvL 20/99 - auf einem Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Korbach vom 16. August 1999 (7 F 10/99 SO, FamRZ 2000, 629). In dem Beschluss heißt es:

*„Die Regelung der §§ 1626a, 1672 BGB ist nach Ansicht des Familiengerichts jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als dem Vater eines nichtehelichen Kindes ausnahmslos - ohne das es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt - immer dann die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge mit der Kindesmutter verwehrt wird, wenn diese ihre Zustimmung hierzu (aus welchen Gründen auch immer) verweigert“.*

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, die unter dem Aktenzeichen - 1 BvR 933/01 - auch zu einer Verfassungsbeschwerde ergangen ist, enthält folgende Feststellungen.

Es ist zulässig, ein Kind außerhalb einer Ehe mit seiner Geburt sorge-rechtlich der Mutter zuzuordnen.

Es ist zulässig, wenn allein die Mutter darüber entscheidet, ob der Vater das gemeinsame Sorgerecht erhalten kann.

Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, es sei zulässig, eine gerichtliche Kontrolle dieser Entscheidung im Einzelfall auszuschließen. An diesem Punkt setzt der strafrechtliche Vorwurf an.

Zur Begründung führten die Richter aus:

*„Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine Mutter (...) sich nur ausnahmsweise und nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, dass sie also die Möglichkeit der Verweigerung einer Sorgeerklärung nicht etwas als Machtposition gegenüber dem Vater mißbraucht. Unter dieser Annahme ist es mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei einem Nicht-zustande-Kommen übereinstimmender Sorgeerklärungen eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen.“<sup>17</sup>*

Gegenstand der Anzeige ist die unterlassene Tatsachenfeststellung zu dieser Annahme.

---

<sup>17</sup> Das bedeutet im Gegenschluss, die Verweigerung aus anderen Gründen ist ein Eingriff in das Elternrecht des Vaters und der Ausschluß einer gerichtlichen Prüfung im Einzelfall, also des Justizgewährungsanspruches, ist nur dann gerechtfertigt, wenn es in keinem Fall zu einer Verweigerung aus solchen anderen Gründen kommt.

## 2. Strafrechtlicher Ansatz

Der § 339 StGB lautet:

*„Ein Richter, ein anderer Amtsträger oder ein Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren bestraft.“*

Die Vorschrift schützt die Geltung der Rechtsordnung vor Angriffen von innen. Sie meint auch die Verfassungsgerichtsbarkeit.

*„Rechtsbeugung bei der Tatsachenfeststellung, insbesondere Sachverhaltsverfälschung, ist keineswegs schon dann anzunehmen, wenn der Rechtsanwender Tatsachen feststellt, die mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen. Vielmehr ist der objektive Tatbestand nur dann erfüllt, wenn unter eindeutigen Verstoß gegen die maßgebliche Verfahrensordnung Beweise erhoben bzw. verwertet werden oder dies unterlassen wird; demgemäß kann die Frage nach einer strafbaren Sachverhaltsverfälschung immer nur auf der Grundlage des jeweiligen Prozessrechtes beantwortet werden“ (MünchKomm-Uebele StGB 2006 zu § 339 Rn. 45).*

## 3. Verfahrensnorm

Die maßgebliche Norm des anzuwendenden Prozeßrechts ist § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG:

*„Das Bundesverfassungsgericht erhebt den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis. Es kann damit außerhalb der mündlichen Verhandlung ein Mitglied des Gerichtes beauftragen oder mit Begrenzung auf bestimmte Tatsachen und Personen ein anderes Gericht darum ersuchen.“*

Damit gilt in den Verfahren des Bundesverfassungsgerichtes der Untersuchungsgrundsatz (vgl. Benda/Klein Verfassungsprozeßrecht 2. Auflage 2001 zu § 26 Rn. 5).

Das Bundesverfassungsgericht hat zu der Frage, ob eine nicht verheiratete Mutter die gemeinsame Sorge immer nur aus Gründen des Kindeswohls verweigert, keinen Beweis erhoben.

#### 4. Tatsachenfeststellung

Laut § 81 BVerfGG entscheidet das Bundesverfassungsgericht in einem Verfahren nach Artikel 100 Abs. 1 GG, §§ 80 ff. BVerfGG, nur über die vorgelegte Rechtsfrage.

Diese Vorschrift schränkt aber lediglich den Gegenstand der Entscheidung ein, nicht die Anwendung der allgemeinen Verfahrensvorschriften der §§ 17 ff. BVerfGG auf die Prüfung dieses Gegenstandes. Das vorlegende Gericht hatte dem Bundesverfassungsgericht ausweislich der Urteilsbegründung dargelegt, dass es dem Antrag auf Zuweisung der gemeinsamen Sorge stattgeben würde, wenn die gesetzliche Regelung dies nicht ausschliesse. Die Prüfung des BVerfG beschränkte sich also in Bezug auf den Vorlagebeschluss auf die Frage, ob der Ausschluss einer gerichtlichen Prüfung im Einzelfall verfassungsgemäß war. In diesem Rahmen hatte das BVerfG nach der maßgeblichen Verfahrensnorm des § 26 BVerfGG den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis zu erheben.

Das Bundesverfassungsgericht hat den Ausschluß einer gerichtlichen Kontrolle im Einzelfall so begründet:

*„Der Gesetzgeber durfte davon ausgehen, dass eine Mutter (...) sich nur ausnahmsweise und nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer gemeinsamen Sorge verweigert, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe hat, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, dass sei also die Möglichkeit der Verweigerung einer Sorgeerklärung nicht etwas als Machtposition gegenüber dem Vater mißbraucht.*

Unter dieser Annahme ist es mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber *davon abgesehen hat*, bei einem Nicht-zustande-Kommen übereinstimmender Sorgeerklärungen eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen.“

Der Justizgewährungsanspruch beruht aber auf der Tatsache, dass sich das Verhalten der Menschen an ihren persönlichen Interessen orientiert, in der Durchsetzung dieser Interessen gegenüber den Interessen anderer der Staat das Gewaltmonopol an sich gezogen hat und dafür Justiz gewährt, die von den Interessen Einzelner unabhängig ist. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Begründung hingegen fest, der Staat könne diese Justizgewährung für eine erste bestimmte Personengruppe in zulässiger Weise ausschließen, weil der Staat als Gesetzgeber annehmen dürfe, eine zweite bestimmte Personengruppe werde gegenüber der ersten Gruppe immer abstrahiert von ihren Interessen (allein am Kindeswohl orientiert) handeln.

Die Begründung des BVerfG zum Ausschluß der Justizgewährung widerspricht damit den Grundvoraussetzungen des Justizgewährungsanspruches. Sie ist also nicht geeignet, die Verweigerung der Rechtsverwirklichung zu begründen.

Diese Begründung wäre nur tragfähig, wenn tatsächlich erwiesen ist, dass - abweichend von dem Verhalten der Menschen im allgemeinen - nicht verheiratete Mütter die gemeinsame Sorge in keinem Fall aus eigenen Interessen, sondern nur aus Gründen des Kindeswohls verweigern. Die Richter des Bundesverfassungsgerichtes haben zu dieser Behauptung des Gesetzgebers jedoch keinen Beweis erhoben.

Zur Begründung, warum kein Beweis erhoben worden ist, führte das BVerfG aus, es könne kein Beweis erhoben werden. Es würden keine gesicherten Erkenntnisse darüber vorliegen, ob es eine beachtliche<sup>18</sup> Zahl von Fällen gibt, in denen es nicht zu einer gemeinsamen Sorge kommt, und welche Gründe dafür maßgeblich sind. Den nicht miteinander verheirateten Eltern sei erst am 1. Juli 1998 die Möglichkeit der gemeinsamen Sorgetragung eröffnet worden. Der bis zur Entscheidung des Gerichtes verstrichene Zeitraum sei zu kurz, um schon tragfähige Aussagen über die Wirkung der gesetzlichen Neuregelung machen zu können.

Demnach war der Ausschluß des Justizgewährungsanspruches nicht durch tatsächliche Feststellungen gerechtfertigt. Die Entscheidung geht von lediglich behaupteten Umständen aus, die einem Beweis aber grundsätzlich zugänglich waren. Wenn dieser Beweis (noch) nicht möglich war, ist die Einschränkung des Grundrechtes durch eine gesetzliche Regelung ohne tatsächliche Grundlage ergangen (was hier nicht zu beurteilen ist).

Die Richter des BVerfG verwenden zur Begründung der Entscheidung ohne tatsächliche Feststellungen einige juristische Formeln, für deren Aussage aber im wesentlichen ihr formaler, nicht ihr inhaltlicher Wahrheitswert von Bedeutung ist. Das Gericht spricht von einer „vertretbaren Einschätzung“ und einer „Annahme“, von welcher „der Gesetzgeber ausgehen durfte.“ Das Gericht spricht von einer „gesetzlichen Typisierung“ und „prognostischen Annahmen“.

Diese Begriffe ersetzen keine Tatsachenfeststellung.

---

<sup>18</sup> Der Hinweis auf eine „beachtliche Zahl“ ist nicht nachvollziehbar. Der Anspruch des Einzelnen auf Justizgewährung ist nicht von der Zahl der Betroffenen abhängig.

## 5. Gesetzliche Typisierung

Eine „gesetzliche Typisierung“ als Methode der Tatsachenfeststellung gibt es nicht.

Das Verfahrensrecht des BVerfG kennt das Prinzip der normativen Vergewisserung. Dabei handelt es sich aber nicht um eine fiktive Tatsache kraft gesetzlicher Anordnung, sondern eine Regelung im Grundgesetz, die eine vorweggenommene Feststellung eines Teiles des entscheidungserheblichen Sachverhaltes durch den Gesetzgeber ermöglicht, die auf Sorgfalt, Willkürfreiheit und Nachvollziehbarkeit verfassungsgerichtlich kontrolliert wird.

Das Prinzip der normativen Vergewisserung ist in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zu dem neu geschaffenen Artikel 16 a Abs. 3 GG angewandt worden. Durch diese Verfassungsnorm ist es dem Gesetzgeber mit dem Zweck einer Entlastung der Gerichte ermöglicht worden, Staaten zu definieren, bei denen es gewährleistet erscheint, dass dort keine politische Verfolgung oder unmenschliche Behandlung stattfindet.

Damit hat der Gesetzgeber nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes in der Form einer antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung einen Teil des Verfahrens vorweggenommen, der zuvor Gegenstand des behördlichen und gerichtlichen Verfahrens war. Im Hinblick auf die Tatsachenermittlung stehe dem Gesetzgeber dabei ein weiter Spielraum zu, der lediglich auf Sorgfalt, Willkürfreiheit und Nachvollziehbarkeit verfassungsgerichtlich kontrolliert wird (Benda/Klein Verfassungsprozessrecht 2. Auflage 2001 zu § 26 Rn. 4 unter Hinweis auf BVerfGE 94, 115, 133).

Dies solle nicht etwas eine Absenkung des Aufklärungsniveaus bedeuten, sondern lediglich eine Verschiebung der Aufgabenverteilung von den Gerichten auf den Gesetzgeber (BVerfGE 94, 115 (133): „Arbeitsteilung“). Dem Gesetzgeber wird ein „Ausschnitt aus der von Art. 16 a Abs. 1 GG geforderten Prüfung übertragen“ und zwar in Form einer antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung (Umbach / Clemens / Dollinger Bundesverfassungsgerichtsgesetz 2. Auflage 2005 § 14 Rn. 266 unter Hinweis auf BVerfGE 94, 115, 133, 141 ff.).

Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor. Das Grundgesetz enthält, anders als in Artikel 16 a Abs. 3 GG, in Bezug auf das Elternrecht in Artikel 6 keinen Vorbehalt für eine normative Vergewisserung des Gesetzgebers. Abgesehen davon hat der Gesetzgeber gerade keine antizipierte Tatsachenfeststellung vorgenommen, die folgerichtig auch durch das BVerfG nicht geprüft werden konnte.

Das Prinzip der normativen Vergewisserung wirft aber schon die Frage auf, inwieweit damit auch die strafrechtliche Verantwortung des Richters für die ordnungsgemäße Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes auf den Gesetzgeber übergeht. Eine bewußte Verfälschung dieser antizipierten Tatsachen- und Beweiswürdigung durch den Gesetzgeber ist immerhin vorstellbar und kann sich auf das Urteil entscheidend auswirken.

## 6. Annahme

Die Richter des BVerfG haben zur Begründung ihrer Entscheidung den Begriff einer Annahme des Gesetzgebers verwendet.

In der Begründung heißt es:

*„Unter dieser Annahme ist es mit Art. 6 Abs. 2 GG vereinbar, dass der Gesetzgeber davon abgesehen hat, bei einem Nicht-zustande-Kommen übereinstimmender Sorgeerklärungen eine gerichtliche Einzelfallprüfung zuzulassen.“*

Eine Annahme zur Grundlage der Entscheidung zu machen, bedeutet schlicht eine Tatsachenbehauptung des Gesetzgebers ohne Beweiserhebung als erwiesene Tatsache zu behandeln. Das ist unter der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes keine zulässige Tatsachenfeststellung des Gerichtes, sondern eine Tatsachenunterstellung.

## 7. Prognose

Die Richter des BVerfG haben zur Begründung ihrer Entscheidung den Begriff einer Prognose verwendet. Die Basis einer validen Prognose bilden Fakten, die mit formalisierten Methoden zur Erstellung von Datenmaterial erhoben werden. Auf diesen Grundlagen können dann mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit Voraussagen für die Zukunft gemacht und Entscheidungen getroffen werden. Eine Prognose ist eine Aussage über zukünftige Entwicklungen auf Grund gegenwärtiger Tatsachen.

*„Schränkt der Gesetzgeber Grundrechte ein und ist dieser Eingriff nur unter der Voraussetzung der Richtigkeit der Prognose rechtmäßig, so wird die Prognose Teil der Schrankenargumentation. Sie verfassungsgerichtlicher Kontrolle zu entziehen, ist prinzipiell ebensowenig an-gänglich wie der Verzicht auf die Nachprüfung, ob als gegenwärtig behauptete Umstände, die zur Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen herangezogen werden, tatsächlich vorliegen“ (Umbach / Clemens / Dollinger Bundesverfassungsgerichtsgesetz 2. Auflage 2005 § 14 Rn. 264).*

Das Bundesverfassungsgericht hat seine verfahrensrechtlichen Methoden der verfassungsrechtlichen Kontrolle einer „echten“ Prognose mit einem Urteil zur Mitbestimmung kategorisiert (vgl. BVerfGE 50, 290, Urteil v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78 - ).

Zu einer verfassungsrechtlichen Kontrolle der Prognose ist es hier jedoch nicht gekommen, da bereits nach eigenem Befinden des Gerichtes keine Feststellung zu gegenwärtigen Tatsachen möglich war, auf deren Grundlage eine Prognose über die wahrscheinliche zukünftige Entwicklung dieser Tatsachen, geschweige denn eine Kontrolle dieser Prognose durch das Bundesverfassungsgericht, möglich gewesen wäre.

Die Richter des Bundesverfassungsgerichtes haben es vielmehr dem Gesetzgeber überlassen, nachträglich die tatsächlichen Gründe für die bereits seit viereinhalb Jahren in Kraft gesetzte gesetzliche Regelung zu finden. Diese Vorgehensweise ist als „prognostische Annahme“ bezeichnet worden.

## **8. Prognostische Annahme**

Das Bundesverfassungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung den Begriff einer „prognostischen Annahme“ verwendet. Auf den ersten Blick handelt es sich dabei um eine Tautologie. Gemeint ist offenbar die zukünftige Bestätigung lediglich behaupteter, gegenwärtiger Tatsachen (Annahme oder Hypothese).

Unabhängig von der (falschen) Bezeichnung als Prognose bedeutet das in der Wirklichkeit, der Gesetzgeber behauptete zur Begründung einer gesetzlichen Regelung Tatsachen. Die Überprüfung dieser Tatsachen durch das Gericht wiederum wird durch die Erwartung des Gesetzgebers ersetzt, diese Behauptung würde sich später bewahrheiten. Das ist aber keine Prognose. Vielmehr ersetzt die spätere Prüfung dieser Behauptung die nach der anzuwendenden Verfahrensnorm durch die Richter des Bundesverfassungsgerichtes in dem Verfahren vorzunehmende Tatsachenfeststellung.

So heißt es in der Begründung:

*„Da der Gesetzgeber Regelungen getroffen hat, die nur bei Richtigkeit seiner prognostischen Annahmen das Elternrecht des Vaters eines nichtehelichen Kindes aus Art. 6 Abs. 2 GG wahren, ist er verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Prämissen auch vor der Wirklichkeit Bestand haben.“<sup>19</sup>*

Das Gericht hat damit zugleich klar gestellt, dass die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes aus Gründen, die nicht vom Kindeswohl getragen sind, einen Verstoss gegen das Elternrecht des Vaters aus Artikel 6 Abs. 2 GG darstellen.

Und das Gericht hat klar gestellt, dass die Ermittlung dieses Sachverhaltes für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Regelung entscheidend ist.

### **III. Kleine Anfrage**

Der Antragsteller hat die Ergebnisse seines Auskunftsersuchens an das Bundesministerium der Justiz veröffentlicht.

Im Ergebnis hat die Bundestagsfraktion der Partei Bündnis 90/Die Grünen, (zu welcher der Antragsteller keine besondere Beziehung hat) unter dem Datum des 27. Juni 2007 eine kleine Anfrage an die Bundesregierung gerichtet.

**Beweis:** BT-Drucks. 16/5852  
als **Anlage K 26** in Kopie

Die Bundesregierung hat die kleine Anfrage unter dem Datum des 11. Juli 2007 beantwortet und bestätigt mit ihrer Antwort die hier vorgetragenen Tatsachen. Die Antwort wurde namens der Bundesregierung mit Schreiben des Bundesministeriums der Justiz vom 12. Juli 2007 übermittelt.

**Beweis:** BT-Drucks. 16/6078  
als **Anlage K 27** in Kopie

---

<sup>19</sup> Eine Prämisse ist ein Sachverhalt, welcher noch nicht nachgewiesen ist, aber vorerst als richtig erachtet wird.



Das Bundesministerium der Justiz ist parallel zu der Beantwortung der kleinen Anfrage an die Öffentlichkeit getreten. Einem Artikel der Neuen Ruhr Zeitung vom 24.07.2007 zufolge, sollen nach einer nicht näher definierten „Umfrage“ des Bundesjustizministeriums die nichtehelichen Eltern als Hauptgrund für die Ablehnung des gemeinsamen Sorgerechtes nennen, dass eine Beziehung zwischen den Eltern nie bestanden habe und eine friedliche Verständigung der Eltern nicht möglich sei.

**Beweis:** Artikel der NRZ vom 24.07.2007  
als **Anlage K 28** in Kopie

Das Bundesministerium der Justiz unter Verantwortung der Beschuldigten Zypries ist demnach entschlossen, auch weiterhin die Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen durch eine geeignete rechtstatsächliche Untersuchung zu vermeiden.

Sollte dem Antragsteller diesbezüglich vorgehalten werden, hier nach Hörensagen vorzutragen, ist festzustellen, dass Ermittlungen der Staatsanwaltschaft zu dem Vorsatz gerade unterblieben sind. Der Antragsteller hat seine Möglichkeiten der Akteneinsicht bei dem Bundesministerium der Justiz ausgeschöpft. Der Hinweis auf Zeitungsmeldungen macht jedoch deutlich, wie es um den Anspruch auf Justizgewährung der Betroffenen steht. Es ist jeder Kontrolle entzogen, ob das Bundesministerium der Justiz jemals und wenn ja in geeigneter Weise den entscheidungserheblichen Sachverhalt feststellen wird. Das Bundesministerium der Justiz scheint dieser Meldung nach vielmehr nach Gründen zu suchen, diese Untersuchungen auf Grund von neuen Annahmen („Umfrage“) über die Gründe fehlender Sorgerechtserklärungen weiterhin nicht anstellen zu müssen.

Die Bundesregierung teilt in ihrer Antwort auf die kleine Anfrage unter anderem zu Punkt 15 mit, die überwiegende Zahl der Rechtsordnungen in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union ordne den Eltern das Sorgerecht gemeinsam zu, und zwar kraft Gesetzes und unabhängig vom Personenstand der Eltern. Die anderen Mitgliedsländer, welche die gemeinsame Sorge – wie Deutschland – an Sorgeerklärungen bzw. eine Elternvereinbarung knüpfen, räumen den Gerichten die Möglichkeit ein, die gemeinsame Sorge nach einer Kindeswohlprüfung anzuordnen.

Das ist insofern nicht überraschend, als vermutlich auch in diesen Ländern ein Anspruch auf Justizgewährung verfassungsrechtlich verankert ist. In Deutschland scheint bei der Justizgewährung aber, mit den Worten von Frau Richterin Renate Jaeger, eine „nationale Eigenheit“ zu bestehen.

Soweit das Bundesministerium der Justiz unter Punkt 9 seiner Antwort auf die kleine Anfrage mitteilt, die Jugendämter seien verpflichtet, beide Eltern zu beraten und auf die Möglichkeit gemeinsamer Sorge hinzuweisen, wird dieses Argument gerne als ausreichender Rechtsschutz für die nichtehelichen Väter dargestellt. Allerdings gibt es dazu ebenfalls, wie das BMJ dort auch selbst mitteilt, keine rechtstatsächlichen Untersuchungen. Die Realität sieht auch hier anders aus.

So ist gegenüber dem Antragsteller in einem Berufungsverfahren vor dem Kammergericht Berlin von der Kindesmutter unbestritten folgendes vorgebracht worden:

*„Daß ich diese Sorgerechtsentscheidung verantwortungslos allein bestimmt habe, ist ebenfalls nicht richtig. Ich habe mich hierzu mehrmals, u. a. Juli 04 beim Jugendamt Berlin Kreuzberg beraten lassen. Von einer Sorgerechtsänderung wurde dringend abgeraten.“*

**Beweis:** Beiziehung der Akten  
zu Geschäftsnummer 17 UF 28/06  
Zeugnis des Herrn RiKG Brodowski,  
Zeugnis der Frau RiKG Krüger,  
Zeugnis der Frau RiKG Wiese,  
zu laden über das Kammergericht Berlin,  
Elßholzstraße 30 – 33, 10781 Berlin.

Zu dem Antragsteller selbst hat das Jugendamt zu keiner Zeit Kontakt zwecks Beratung in Hinsicht auf ein gemeinsames Sorgerecht aufgenommen.

#### **IV. Begründung der Generalstaatsanwaltschaft**

Auf Grund der kurzen Frist kann die Begründung des Antrages nur summarisch erfolgen. Der Antragsteller hat um Wiedereinsetzung in die Frist gebeten.

Die Generalstaatsanwaltschaft hat ihre Entscheidung im Grundsatz folgendermaßen begründet. Die Richter sind nicht Gesetzgeber. Die Beschuldigte Zypries ist nicht Richter.

In Erwartung einer solchen Begründung hat der Antragsteller die Anzeige sowohl gegen die Richter des Bundesverfassungsgerichtes als auch gegen die Beschuldigte Frau Zypries gerichtet.

Täter des Sonderdeliktes können auch (weisungsgebundene) Amtsträger sein. Entscheidend ist die prozessuale Funktion, die sie in dem konkreten Rechtsfall einnehmen. Der Begriff ist aus der Sicht des geschützten Rechtsgutes zu bilden. Da Tathandlung auch die unterlassene Sachverhaltsfeststellung oder die Sachverhaltsverfälschung sein kann, wenn sie nur entscheidungserheblich ist, führt die Verpflichtung zur Ermittlung des Sachverhaltes in die Entscheidung des Rechtsstreits durch den damit betrauten Amtsträger. Sei es auch als Teilnehmer der Richter, welche die Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes entgegen dem einschlägigen Verfahrensrecht auf diesen Amtsträger übertragen haben.

Eine vergleichbare Problematik, zu der bereits Entscheidungen vorliegen, stellt sich im Bereich der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben und bei kommunalen Mandatsträgern in Bezug auf eine Privilegierung von der Bestechlichkeit als Amtsträger. Der Bundesgerichtshof stellt auf die Bestellung zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (BGH Urteil vom 26.10.2006 – 5 StR 70/06 -, NStZ 2007, 211-212), und bei dem kommunalen Amtsträger auf die Betrauung mit konkreten Verwaltungsaufgaben ab, die über die Mandatstätigkeit hinaus gehen (BGH Urteil vom 09.05.2006 – 5 StR 453/05 -, BGHSt 51, 44-64).

Die Täterqualität kann also durchaus durch die Übertragung einer Aufgabe entstehen.

Kommt man zu dem Ergebnis, das Gericht habe die Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes nicht auf den Gesetzgeber übertragen können, so haben die Richter gegen die maßgebliche Verfahrensnorm verstossen. Statt festzustellen, dass die gesetzliche Regelung ohne tatsächliche Grundlage ist, womit dem einzelnen Betroffenen die Klage zumindest bis zu einer fundierten gesetzlichen Neuregelung offen steht, wurde dem Gesetzgeber eine nachträgliche Tatsachenermittlung zugestanden. Auf diese Weise kann aber die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes nicht aufgehoben werden, wenn zugleich die Klage vor den ordentlichen Gerichten ausgeschlossen bleiben soll.

Die Kontrollüberlegung zu der Frage der Täterqualität lautet, ob die strafrechtliche Verantwortung für die Leitung des Verfahrens dadurch entfallen kann, dass der oder die Richter die Feststellung des für die Rechtssache entscheidenden Sachverhaltes auf einen Dritten delegiert, der nicht Richter im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist.

Die Begründung der Generalstaatsanwaltschaft verkennt dem gegenüber das Problem des Falles. Es handelt sich hier nach der Behauptung des Antragstellers um die Verweigerung der Justizgewährung und nicht eine Frage der Gesetzgebung. Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Entscheidung selbst fest, dass die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes aus anderen Gründen als dem Kindeswohl, einen Eingriff in das Elternrecht des Vaters gemäß Art. 6 GG darstellt. Die tatsächlichen Feststellungen zu dieser Frage sind damit entscheidend.

Das Bundesverfassungsgericht steht nicht über, sondern innerhalb der Verfassung. Entweder das Bundesverfassungsgericht erhebt den zur Entscheidung in der Sache erforderlichen Beweis oder diese Verpflichtung ist auf den Gesetzgeber übergegangen. Andernfalls haben die Beschuldigten ein juristisches Niemandsland geschaffen. Denn auch die beschuldigten Richter haben in ihrer späteren Entscheidung keinen Ansatz mehr unternommen, die nachträgliche Sachverhaltsfeststellung durch den Gesetzgeber zu überprüfen.

Es würde dann folgendes gelten. Die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes aus anderen Gründen als dem Kindeswohl wäre ein Eingriff in das in der Verfassung verankerte Elternrecht des Vaters. Der Vater ist durch ein einfaches Gesetz gehindert, die Verweigerung aus anderen Gründen als dem Kindeswohl (und damit den Eingriff in sein Elternrecht) durch die ordentlichen Gerichte feststellen zu lassen. Die verfassungsrechtliche Überprüfung stellt fest, dieser Ausschluss von der Überprüfung der Gründe für die Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes durch ein ordentliches Gericht sei auf Grund einer Annahme des Gesetzgebers zulässig. Das BVerfG unternimmt keine Feststellung zu den tatsächlichen Grundlagen dieser Annahme, sondern erklärt seinerseits, der Gesetzgeber müsse nachträglich die Tatsachen ermitteln, welche diese Annahme rechtfertigen. Das Bundesministerium der Justiz unterläßt diese Feststellung. Und hat offenbar weiterhin keine Absicht, eine geeignete Tatsachenfeststellung vorzunehmen. Denn diese könnte nach der Feststellung des Bundesverfassungsgerichtes zu dem Ergebnis der Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung führen.

Die Betroffenen können weder vor einem einfachen Gericht klagen, noch Verfassungsbeschwerde erheben.

Die Generalstaatsanwaltschaft kommt dabei zu der Feststellung:

*„Wenn das Gericht – wie vorliegend – rechtliche Hinweise gibt, in welchen Fällen eine Vereinbarkeit mit den grundgesetzlichen Regelungen noch oder nicht mehr gegeben sei, ist dies seine ureigenste Befugnis und kein Eingriff in die Gesetzgebung.“*

Die Generalstaatsanwaltschaft unterscheidet hier nicht ausreichend zwischen der Frage der Vereinbarkeit, welche das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung beantwortet hat, und der Frage der Sachverhaltsermittlung.

Diese Auffassung ist abgesehen davon nicht zutreffend. Das Bundesverfassungsgericht hat im Bereich der Normenkontrolle, hier der konkreten Normenkontrolle, nach § 78 BVerfGG die Möglichkeit, eine beanstandete Norm für mit der Verfassung vereinbar, teilweise nichtig oder für nichtig zu erklären.

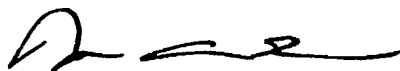
Wenn die Generalstaatsanwaltschaft von einem „rechtlichen Hinweis“ spricht, nimmt es hingegen unausgesprochen die sogenannten „Appellentscheidungen“ des Bundesverfassungsgerichtes in Bezug. Diesen Sonderfall der Vereinbarkeitserklärung hat das Bundesverfassungsgericht selbst geschaffen. Seine Voraussetzungen liegen gleichwohl nicht vor. Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgericht können ergehen, wenn auf Grund einer Entwicklung sich die tatsächlichen Verhältnisse dahingehend ändern, dass eine bis dahin verfassungsgemäße Regelung verfassungswidrig zu werden droht (vgl. Gerontas „Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitserklärung als Ausdruck der funktionalen Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes“ in Deutsches Verwaltungsblatt 1982, S. 486).

In dem vorliegenden Fall stellt das Gericht nicht fest, eine (weitere) Veränderung der ursprünglich tatsächlich bestehenden Verhältnisse könne zu einer Verfassungswidrigkeit führen. Das Gericht stellt vielmehr fest, dass keine Feststellungen zu den tatsächlichen Verhältnissen getroffen sind und die erstmalige Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse, die zur Begründung der zur Prüfung gestellten Norm lediglich angenommen worden sind, bei einem bestimmten Ergebnis zur Verfassungswidrigkeit führt.

Diese Feststellung hat das Bundesministerium der Justiz, das für rechtstat-sächliche Untersuchungen zuständig ist, bewußt unterlassen.

Die Problematik einer Abgrenzung der Rechtsbeugung zum Rechtsbruch stellt sich dabei in dem vorliegenden Fall nicht. Wenn die Voraussetzungen der Norm des § 339 StGB im Übrigen vorliegen, liegt hier ein vollständiger Ausschluß des Rechtsschutzes vor.

Auch die Dauer dieses Ausschlusses über einen Zeitraum von mehreren Jahren, dürfte angesichts der strafrechtlichen Erwägungen zu dem sogenannten „Schill-Fall“ (BGHSt 47, 105-119 – 5 StR 92/01 - ), in dem der Bundesgerichtshof zwei Tage der Verzögerung der Rechtsgewährung für den Tatbestand der Rechtsbeugung als ausreichend ansah, kein strafrechtliches Hindernis darstellen. Das Bundesministerium der Justiz hat die Untersuchungen über einen Zeitraum von dreieinhalb Jahren überhaupt nicht und danach in ungeeigneter Form begonnen. Da bereits die gesetzliche Regelung des Jahres 1998 nur auf einer Annahme beruhte, hätte die Untersuchung aber unerzöglich nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Januar 2003 begonnen werden müssen.



R. Schulte-Frohlinde  
Rechtsanwalt