Robert Schulte-Frohlinde Sorauer Straße 26 10997 Berlin

Kammergericht
- Strafsenate -
Elßholzstraße 30 - 33

10781 Berlin

Klageerzwingungsantrag

In dem Ermittlungsverfahren

der Staatsanwaltschaft Berlin

g e g e n

Frau Brigitte Zypries, geboren am 16.11.1953 in Kassel,
ehemals dienstansässig:
Bundesministerium der Justiz, Mohrenstraße 37, 10117 Berlin;

Herrn Dr. Hans-Jürgen Papier, geboren am 06.07.1943 in Berlin,
ehemals dienstansässig:
Bundesverfassungsgericht, Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe;

Herrn Dr. Wolfgang Hoffmann-Riem, geb.am 04.03.1940 in Hannover,
ehemals dienstansässig:
Bundesverfassungsgericht, Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe;

Frau Dr. Christine Hohmann-Dennhardt, geboren am 30.04.1950 in Leipzig,
dienstansässig:
Bundesverfassungsgericht, Schloßbezirk 3, 76131 Karlsruhe.

wegen Rechtsbeugung

Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft.: **76 Js 411/07**

beantrage ich, Robert Schulte-Frohlinde, wohnhaft Sorauer Straße 26, 10997 Berlin, in eigener Sache als Verletzter durch

gerichtliche Entscheidung,

die Erhebung der Anklage wegen Rechtsbeugung gegen die Beschuldigten – nach Einholung der Genehmigung - anzuordnen.

Hilfsweise,

die allgemein genehmigte Einleitung von Ermittlungen gegen die Beschuldigten in Bezug auf den Tatbestand einer Rechtsbeugung anzuordnen.

Begründung:

Ich hatte bereits mit Schreiben vom 24. April 2007 Strafanzeige wegen Rechtsbeugung gegen die genannten Personen erstattet.

Die Staatsanwaltschaft hat das Verfahren gemäß § 152 Abs. 2, 170 Abs. 2 StPO mit der Begründung eingestellt, der Sachverhalt sei „*unter strafrechtlichen Gesichtspunkten erkennbar nicht strafbar*".

Die Generalstaatsanwaltschaft Berlin hat meine gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde mit Schreiben vom 9. Juli 2007 ohne Rechtshilfebelehrung zurückgewiesen.

Das Kammergericht hat meinen Antrag auf Erzwingung der Einleitung von Ermittlungen (Anklageerzwingung) mit Beschluss vom 24. November 2007 als unzulässig zurückgewiesen.

Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft.:	**76 Js 411/07,**
Aktenzeichen der Generalstaatsanwaltschaft:	**1 Zs 1419/07,**
Aktenzeichen des Kammergerichts	**1 Ws 132/07.**

Ich nehme Bezug auf den Inhalt der Akten, meinen darin enthaltenen Vortrag und die zu diesen Akten gereichten Unterlagen.

Es liegen dazu neue (Rechts-) Tatsachen vor.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat mit Urteil vom 3. Dezember 2009 - 22028/04 - festgestellt, der Ausschluß nicht ehelicher Väter von einer gerichtlichen Überprüfung der Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes durch die Mutter der gemeinsamen Kinder durch § 1626a BGB verstoße gegen die Europäische Menschenrechtskonvention.

Diese Entscheidung ist veröffentlicht.

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat mit Beschluß vom 21. Juli 2010 – 1 BvR 420/09 – festgestellt, der Ausschluß nicht ehelicher Väter von einer gerichtlichen Überprüfung der Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes durch die Mutter der gemeinsamen Kinder mittels § 1626a BGB sei mit dem deutschen Grundgesetz unvereinbar.

Diese Entscheidung ist veröffentlicht.

Diese Feststellung erfolgte anhand einer Umfrage bei Jugendämtern, welche das Bundesministerium der Justiz (BMJ) unter Verantwortung von Frau Brigitte Zypries im Juni 2006 begonnen hatte. Anlaß für diese Untersuchung war mein Ersuchen vom 18. Mai 2006 nach Auskunft über die Erfüllung des Prüfungsauftrages des BVerfG, das ich nach unvollständiger Antwort auf Akteneinsicht umgestellt und mittels Klage nach IFG durchgesetzt habe.

Gegenüber dem Zeitpunkt der ersten Entscheidung des BVerfG vom 29. Januar 2003 hatte sich bis zu dem Zeitpunkt der zweiten Entscheidung des BVerfG vom 21. Juli 2010 weder die Gesetzlage, noch die tatsächliche Grundlage, noch die Rechtsauffassung der Gerichte geändert. Die Möglichkeit zur Vornahme dieser Umfrage bestand sowohl für das BVerfG wie auch für das BMJ bereits im Jahr 2003. Darüber hinaus lagen vergleichbare Untersuchungen zu diesem Zeitpunkt schon vor.

Das BVerfG hat im Jahr 2010 lediglich zum ersten Mal entsprechend dem Grundsatz der Ermittlung von Amts wegen nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG die Tatsachen geprüft, welchen zur Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht nicht ehelicher Väter im Jahr 2003 behauptet worden sind.

Das Ergebnis war die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des Ausschluß nicht ehelicher Väter von der Justizgewährung.

A. Zulässigkeit

1. Begründung der Zurückweisung

Das Kammergericht (KG) hat meinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen den ablehnenden Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft Berlin mit Beschluß vom 02.11.2007 als unzulässig verworfen (- 1 Ws 132/07 -).

Der Klageerzwingungsantrag sei unzulässig, weil ich als Beschwerdeführer durch die von mir behauptete Straftat nicht im Sinne von § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO verletzt sei. Bei den von mir bezeichneten Entscheidungen des BVerfG sei ich nicht Verfahrensbeteiligter gewesen, was jedoch für den Tatbestand der Rechtsbeugung erforderlich gewesen wäre, um die Verletzteneigenschaft zu begründen (unter Hinweis auf OLG Karlsruhe NStZ-RR 2001, 112). Der Umstand, daß ich – wie jeder Bundesbürger – den Gesetzen unterworfen bin, die Gegenstand der verfassungsrechtlichen Entscheidungen gewesen seien, vermittle mir ebenfalls keine Verletzteneigenschaft.

2. Keine Sperrwirkung

Die Zurückweisung des Antrags auf Anklageerzwingung als unzulässig entfaltet keine Sperrwirkung.

Das KG hat in diesem Beschluß zugleich festgestellt, die Frist des § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO habe wegen unterbliebener Belehrung in der Entscheidung der Generalstaatsanwaltschaft nicht zu laufen begonnen.

Ich erhebe daher erneut Antrag auf Erzwingung der Anklage, bzw. zunächst der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.

3. Neue Tatsache

Ich hatte mit Schriftsatz vom 15.04.2007 bei dem Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg beantragt, die gemeinsame Sorge für meine Kinder festzustellen, jedenfalls das Verfahren in Anwendung des Artikels 100 Abs. 1 GG auszusetzen und entsprechend § 80 Abs. 1 BVerfGG eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes über die entscheidungserhebliche Rechtsfrage einzuholen, ob der § 1626a BGB nach Maßgabe der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 – 1 BvL 20/99, 1 BvR 933701 – geeignet ist, mein Menschenrecht zu wahren, das in Artikel 6 Abs. 2 des Grundgesetzes im Range einer Verfassungsnorm normiert sei.

Das Amtsgericht Tempelhof-Kreuzberg hat die Anträge mit Beschluß vom 16.07.2008 - 138 F 5419/07 - als unzulässig zurückgewiesen.

Der 17. Senat des Kammergerichts hat meine gegen diese Entscheidung gerichtete Beschwerde mit Beschluß vom 28.07.2009 - 17 UF 82/08 – als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung führt das Kammergericht aus:

„Da die Eltern keine gemeinsame Sorgerechtserklärung abgegeben haben, steht die elterliche Sorge allein der Kindesmutter zu (§ 1626a BGB). An der Verfassungsgemäßheit dieser Vorschrift bestehen für den Senat aus den vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 29. Januar 2003 (NJW 2003, 955 ff.) dargelegten Gründen keine Zweifel."

Beweis: Beschluß vom 28.07.2009
als **Anlage K 1** in Kopie anbei

- 17 UF 82/08 -

Das KG hat mir die Justizgewährung, also eine wie auch immer geartete Entscheidung eines Gerichtes in der Sache (über eine mögliche Verletzung meines Elternrechtes aus Artikel 6 GG) verweigert.

Das geschah der Begründung des KG zufolge ausdrücklich auf Grund des Urteils des BVerfG vom 29.01.2003, das mit bindender Wirkung für alle Gerichte festgestellt habe, es sei verfassungsgemäß die gerichtliche Prüfung im Einzelfall auszuschließen, weil der Gesetzgeber habe davon ausgehen dürfen, nur in schwerwiegenden Fällen einer Gefährdung des Kindeswohls werde eine Mutter keine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben, also niemals Anlaß zu einer begründeten Klage auf gemeinsame Sorge geben.

Soweit das KG sich in dieser Entscheidung zu dem möglichen Ergebnis eines Klageverfahrens äußert, ist das nach der Feststellung des Gerichtes, die Durchführung eines solchen Verfahrens sei nicht zulässig, unbeachtlich. Die Verweigerung eines rechtsstaatlichen Verfahrens als unzulässig kann (zumindest in einem Rechtsstaat) nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, das Ergebnis eines solchen Verfahrens stünde schon fest.

Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des Ausschluß der Justizgewährung durch § 1626a BGB war damit entscheidend für die Entscheidung einer Rechtssache, an der ich als Verfahrensbeteiligter in eigenem Recht beteiligt war.

Die Entscheidungen des BVerfG binden alle Gerichte (§31 Abs. 1 BVerfGG). Auf Grund dieser Bindung hat das KG meine Klage als unzulässig behandelt. Der Ausweitung der Wirkung eines gerichtlichen Verfahrens auf die Entscheidung anderer gerichtlicher Verfahren folgend, sind die Richter des BVerfG damit auch Richter bei der Entscheidung dieser Rechtssache.

Die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit des § 1626 a BGB betrifft mich daher als Verfahrensbeteiligter in eigenen Rechten. Eine Beugung des Rechts in dem betreffenden Verfahren des BVerfG oder der dazu erfolgten Tatsachenfeststellung betrifft mich damit in eigenen Rechten.

Ich behaupte wohlgemerkt keine Rechtsbeugung durch die gesetzliche Regelung des § 1626a BGB, sondern durch die Verhinderung des Zugangs in eine gerichtliche Prüfung dieser Norm, mit der ihre Verfassungswidrigkeit hätte festgestellt werden können. Mit dieser Feststellung wäre mir der Weg in eine gerichtliche Prüfung der Verweigerung des gemeinsamen Sorgerechtes für meine Kinder anhand von Tatsachen eröffnet worden.

Die Instanzgerichte haben mir diese Prüfung von Tatsachen verweigert, weil sie auf Grund des § 31 Abs. 1 BVerfGG an die Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 gebunden waren. Das BVerfG hat in diesem Verfahren unter Verletzung des Amtsermittlungsgrundsatzes nach § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG die Prüfung von Tatsachenbehauptungen verweigert, die zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs behauptet worden sind.

Das BVerfG hat statt dessen den Gesetzgeber zu einer nachträglichen Prüfung der Tatsachen verpflichtet, die das Gericht zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs unterstellt hat. Der Gesetzgeber wiederum ist dieser Verpflichtung zur Prüfung der behaupteten Tatsachen ebenfalls nicht nachgekommen, sondern hat sechs Jahre später erklärt, er habe nie die Absicht gehabt, diese zu prüfen. Das BVerfG wiederum hat auch auf erneute Verfassungsbeschwerde die von ihm selbst dem Gesetzgeber übertragene Verpflichtung zur Ermittlung der Tatsachen nicht überprüft. Inzwischen haben die Instanzgerichte alle Klagen als unzulässig abgewiesen, weil das BVerfG gemäß den Verfahrensvorschriften des BVerfGG die Verfassungsmäßigkeit des Ausschluß von einer gerichtlichen Prüfung von Tatsachen für eine bestimmte Personengruppe durch einfachgesetzliche Regelung festgestellt habe.

B. Begründetheit

1. Richter

Das Tatbestandsmerkmal Richter ist in Bezug auf Richter des BVerfG gegeben. Zweifelhaft könnte die Eigenschaft der ehemaligen Bundesministerin der Justiz als Amtsträger sein, der mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache betraut ist.

Der § 11 Nr. 2 StGB definiert als Amtsträger denjenigen, der nach deutschem Recht

a. Beamter oder Richter ist,
b. In einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis steht oder
c. Sonst dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag <u>Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform</u> wahrzunehmen.

Das Verwaltungsgericht Berlin (VG Berlin) hat mit Urteil vom 17.12.2009 - VG 2 A 109.08 - die Bundesrepublik Deutschland (BRD) verurteilt, mir Einsicht in die vollständigen Akten (Tatsachen und Bewertungen) des BMJ zum Thema Prüfungsauftrag gemäß dem Urteil des BVerfG vom 29.01.2003 zu gewähren. Dazu heißt es in der Begründung auf Seite 7 in Absatz 3 auszugsweise:

„Das Bundesministerium der Justiz hat im Zusammenhang mit dem durch das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 29. Januar 2003 erteilten Prüfungsauftrag als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 IFG gehandelt, denn es hat öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben erfüllt; (...)."

<u>Beweis</u>: Urteil des Verwaltungsgerichts Berlin vom 17.12.2009
- VG 2 A 109.08 -
als **Anlage K 2** in Kopie anbei

Die BRD hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Auf Grund der Hinweise des Oberverwaltungsgerichtes Berlin-Brandenburg (OVG Berlin) in der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2010 hat sich die BRD verpflichtet, mir Einsicht in alle bei dem BMJ vorhandenen originalen Unterlagen zu dem Thema Sorgerecht bei nicht verheirateten Eltern gemäß dem Prüfungsauftrag in der Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 2003 zu gewähren.

Ausgenommen blieben die Entscheidungsvorlagen an die damalige Bundesministerin der Justiz Frau Zypries und deren darauf beruhende Entscheidungen über die Erfüllung des Prüfungsauftrages des BVerfG. Insoweit hat das BMJ die Berufung mit folgender Begründung aufrecht erhalten:

„Es werde daran festgehalten, dass insoweit ein Schutzraum für die politisch verantwortliche Ministerin zugebilligt werden müsse."

Das OVG Berlin hat die insoweit aufrecht erhaltene Berufung der BRD gegen das Urteil des VG Berlin mit Urteil vom 05.10.2010 zurückgewiesen.

Beweis: Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 05.10.2010
- OVG 12 B 6.10 -
als **Anlage K 3** in Kopie anbei

Die vollständig begründete Entscheidung liegt noch nicht vor und wird nachgereicht.

Das BMJ, bzw. die verantwortliche Ministerin hat demzufolge als Amtsträger im Sinne des § 339 in Verbindung mit § 12 Nr. 2 StGB gehandelt, bzw. durch Unterlassung gehandelt.

Die durch den Amtsträger vorzunehmende Handlung bestand in der Prüfung lediglich behaupteter Tatsachen, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 29.01.2003 zugrunde gelegt hat.

Diese Prüfung war nach ausdrücklicher Feststellung des BVerfG entscheidend für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 1626a BGB.

Es handelt sich dabei nicht um eine sogenannte „Appellentscheidung" des BVerfG. Appellentscheidungen des BVerfG können ergehen, wenn sich eine Regelung auf Grund gegenwärtig festgestellter Tatsachen als verfassungsgemäß erweist, auf Grund einer Entwicklung sich die tatsächlichen Verhältnisse aber dahingehend ändern, daß eine bis dahin (noch) verfassungsgemäße Regelung verfassungswidrig zu werden droht (vgl. Gerontas „Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitserklärung als Ausdruck der funktionellen Grenzen des Bundesverfassungsgerichtes" in Deutsches Verwaltungsblatt 1982, S. 486).

In seiner Entscheidung vom 29.01.2003 hat das BVerfG jedoch nicht festgestellt, eine (weitere) Veränderung der gegenwärtig tatsächlich bestehenden und festgestellten Verhältnisse könne zu einer Verfassungswidrigkeit führen. Das Gericht stellt vielmehr fest, daß keine Feststellungen zu den tat-

sächlichen Verhältnissen getroffen sind (womit der Eingriff in ein Grundrecht eigentlich nicht gerechtfertigt ist). und die erstmalige Feststellung der tatsächlichen Verhältnisse, die zur Begründung der zur Prüfung gestellten Norm lediglich angenommen worden sind, bei einem bestimmten Ergebnis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit führe. Diese (einmalige) Vorgehensweise ist als prognostische Annahme bezeichnet worden, also die bloße Behauptung von Tatsachen, deren zukünftige (rückwirkende) Bestätigung prognostiziert wird. Insofern das BVerfG sich damit für diese Entscheidung einmalig abweichende Verfahrensregeln geschaffen hat, handelt es sich streng genommen auch um die Bildung eines Sondergerichts. Diese Vorgehensweise stellt den Grundsatz der Amtsermittlung auf den Kopf. Wenn die zur Rechtfertigung eines Eingriffs behaupteten Tatsachen in einem Verfahren vor dem BVerfG nicht festgestellt werden können, ist der Eingriff rechtswidrig, wie es - sieben Jahre später - schließlich auch das BVerfG selbst festgestellt hat, nachdem es durch den EGMR gezwungen war, sich mit den Tatsachen, man könnte auch sagen mit der Realität und der Wahrheit, zu befassen.

Die Vorgehensweise des BVerfG widerspricht der Grundvoraussetzung des Justizgewährungsanspruchs, wonach 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 BVerfG stellt in der Begründung hingegen fest, der Staat könne diese Justizgewährung für eine erste bestimmte Personengruppe in zulässiger Weise ausschließen, weil der Staat als Gesetzgeber unterstellen dürfe, eine zweite bestimmte Personengruppe werde gegenüber der ersten Gruppe immer abstrahiert von ihren Interessen handeln.

Die dabei angenommene Unterstellung, diese erste Gruppe werde immer abstrahiert von ihren Interessen handeln, widersprach und widerspricht abgesehen davon auch der täglichen praktischen Erfahrung der Familiengerichte.

Dabei gab es nicht einmal die durch das BVerfG unterstellte Annahme des Gesetzgebers:

"*Das Überraschende ist nun allerdings, das sich für diese vom Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber unterstellte Prämisse und Motivation nirgendwo ein Anhaltspunkt findet: in der amtlichen Begründung wird man vergeblich danach suchen*"

(Willutzki "Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern" Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe 2010, 86, 87).

2. Leitung einer Rechtssache

Das BVerfG hat die BRD mit seiner Entscheidung vom 29.01.2003 zur Prüfung der angeblichen Annahme verpflichtet, die es dieser Entscheidung zugrunde gelegt hat.

Das haben, wie bereits dargelegt, das VG Berlin und das OVG Berlin festgestellt.

Das hat aber mittlerweile auch das BVerfG selbst klar gestellt.

Der erste Senat des BVerfG hat mit Beschluß vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 – in Randnummer 60 festgestellt, er habe die BRD mit seiner Entscheidung vom 29.01.2003 zur Prüfung der Annahme verpflichtet, die der Entscheidung zugrunde gelegt worden ist:

„Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber in seiner Entscheidung vom 29. Januar 2003 zugestanden, dass er bei seiner Regelung der gemeinsamen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern davon ausgehen konnte, Eltern würden die eingeführte Möglichkeit gemeinsamer Sorgetragung in Zukunft in der Regel nutzen und Mütter sich nur dann dem Wunsch des Vaters nach einer Beteiligung an der Sorge verweigern, wenn sie dafür schwerwiegende Gründe haben, die von der Wahrung des Kindeswohls getragen werden, Mütter also die Möglichkeit, die Sorgeerklärung zu verweigern, nicht als Machtposition gegenüber dem Vater missbrauchen würden (vgl. BVerfGE 107, 150 <177>).

Das Bundesverfassungsgericht hat aber darauf hingewiesen, dass sich § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB als unvereinbar mit dem Elternrecht des Vaters aus Art. 6 Abs. 2 GG erweisen würde, wenn sich die Annahmen des Gesetzgebers nicht bestätigten, sich vielmehr herausstellen sollte, dass es in größerer Zahl aus Gründen, die nicht vom Kindeswohl getragen sind, nicht zur gemeinsamen Sorgetragung von Eltern nichtehelicher Kinder kommt (vgl. BVerfGE 107, 150 <178 f.>).

Deshalb hat es den Gesetzgeber verpflichtet, die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Annahmen vor der Wirklichkeit Bestand haben. Denn sollte dies nicht der Fall sein, müsse der Gesetzgeber Vätern nichtehelicher Kinder einen Zugang zur gemeinsamen Sorge eröffnen, der ihrem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung des Kindeswohls ausreichend Rechnung trägt (vgl. BVerfGE 107, 150 <180 f.>).

Inzwischen liegt hinreichendes Datenmaterial vor, aus dem sich ergibt, dass sich die damaligen Annahmen des Gesetzgebers nicht als zutreffend erwiesen haben.

Dies betrifft zum einen die Anzahl der von Eltern nichtehelicher Kinder begründeten gemeinsamen Sorgetragungen. Den statistischen Erhebungen ist zu entnehmen, dass sich lediglich knapp über die Hälfte der Eltern darauf verständigen, entsprechende Sorgeerklärungen abzugeben (vgl. Statistisches Bundesamt 2009, Statistisches Jahrbuch 2009, Tab. 2.23). Eine gemeinsame Sorge wird in relevantem Umfang auch dann nicht begründet, wenn die Eltern zusammenleben (vgl. BTDrucks 16/10047, S. 11 f.).

Zum anderen hat sich die Vermutung des Gesetzgebers - wie auch die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme ausführt - nicht bestätigt, dass die Ab-

lehnung einer gemeinsamen Sorgetragung seitens der Mütter in aller Regel von Gründen getragen wird, die sich am Kindeswohl orientieren. Die hierzu durchgeführten Befragungen von Institutionen und Experten, die aufgrund ständiger Befassung mit der Sorgetragung von Eltern nichtehelicher Kinder über Erfahrungen zur Motivation von Müttern verfügen, die einer gemeinsamen Sorge nicht zustimmen, aber auch die bisher vorliegenden Ergebnisse der Befragungen von Müttern lassen erkennen, dass neben Kindeswohlerwägungen häufig auch persönliche Wünsche der Mütter zu deren Ablehnung einer gemeinsamen Sorge mit dem Vater des Kindes führen. So wurde oftmals als Begründung angegeben, man wolle die Alleinsorge behalten, um allein über die Angelegenheiten des Kindes entscheiden zu können, wolle sich also nicht mit dem Vater darauf verständigen müssen oder nichts mit dem Vater zu tun haben (vgl. BTDrucks 16/10047, S. 12 ff.).

Wenn sich aber damit die Annahme des Gesetzgebers nicht bestätigt, vielmehr davon auszugehen ist, dass in nicht unbeträchtlicher Zahl Mütter allein deshalb die Zustimmung zur gemeinsamen Sorge verweigern, weil sie ihr angestammtes Sorgerecht nicht mit dem Vater ihres Kindes teilen wollen, hängt der Zugang zur Sorgetragung von Vätern nichtehelicher Kinder in nicht zu vernachlässigender Zahl vom dominierenden Willen der Mutter ab und bleibt verschlossen, wenn sie hierzu nicht bereit ist, ohne dass damit feststeht, ob eine gemeinsame Sorge der Eltern dem Kindeswohl zu- oder abträglich ist.

Dass Vätern bei Weigerung der Mutter, einer gemeinsamen Sorge zuzustimmen, gesetzlich nicht die Möglichkeit eingeräumt ist, gerichtlich überprüfen zu lassen, ob eine gemeinsame Sorgetragung in ihrem Einzelfall nicht doch aus Kindeswohlgründen angezeigt sein könnte, beeinträchtigt deshalb das Elternrecht des Vaters gegenüber dem der Mutter in unverhältnismäßiger und damit nicht gerechtfertigter Weise."

Beweis: Urteil des BVerfG vom 21.07.2010
- 1 BvR 420/09 - (veröffentlicht)

3. Möglichkeit der Prüfung

Die Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 war entscheidend für die Entscheidung des KG vom 28.07.2009 in meinem Fall, die ausdrücklich darauf Bezug nimmt.

Die Überprüfung der Tatsachenbehauptungen, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 29.01.2003 zugrunde gelegt hat, war entscheidend für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit des § 1626a BGB

Diese Feststellung erfolgte auf Grund einer Tatsachenfeststellung, die in einer Umfrage bei Jugendämtern und Rechtsanwälten bestand. Der Fragebogen des BMJ ist als **Anlage K 21** meines Antrages vom 17.08.2007 bei den Akten.

Eine vergleichbare Umfrage mit vergleichbarem Ergebnis war bereits vor der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 möglich.

Ich nehme Bezug auf meinen Anklageerzwingungsantrag vom 17.08.2007, dort die Seiten 13 bis 19 nebst Anlagen.

Durch die Einsicht in die Akten des BMJ zu meinem Informationsbegehren ist der ursprüngliche Inhalt der an mich versandten Auskunftsschreiben bekannt geworden.

In dem als **Anlage K 16** meines Antrags vom 17.08.2007 vorgelegten Schreiben des BMJ vom 16.06.2006 hieß es:

„Die Prozentzahlen allein sind jedoch wenig aussagekräftig. Zunächst geben sie keinen Aufschluß darüber, wie viele Eltern zusammenleben und dennoch keine Sorgerechtserklärung abgeben. Darüber hinaus kann die Nichtabgabe von Sorgeerklärungen auf ganz unterschiedlichen Motiven beruhen.“

Damit erklärte das BMJ bis zu diesem Zeitpunkt nichts unternommen zu haben, um die Tatsachenunterstellung in der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 zu überprüfen.

Im Entwurf enthielt dieses Schreiben aber noch folgenden Absatz:

„Erste Befragungen von Jugendämtern zur Motivlage der Mütter haben ergeben, dass Mütter die gemeinsame Sorge zum Teil auch aus folgenden Gründen ablehnen: Sie wollen die Sorgebefugnisse allein wahrnehmen, sie wollen die gemeinsame Sorge von weiteren Zugeständnissen abhängig machen, sie wollen nichts mehr mit dem Vater zu tun haben, sie wollen im Falle einer Trennung nicht Gefahr laufen, vielleicht selbst die elterliche Sorge zu verlieren, sie wollen den ‚einfacheren Weg' gehen oder sich am Vater rächen (Finger StAZ 2003, S. 255 ff., 228 FN 25; Fink, Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern, 2004, S. 144 ff).“

Dieser Absatz ist auf Weisung aus dem Entwurf gestrichen worden und war in der an mich versendeten Fassung (**Anlage K 16** meines Antrags vom 17.08.2007) nicht mehr enthalten.

Beweis: Entwurf des Schreibens des BMJ vom 16.06.2006
(im Rahmen einer Verfügung)
als **Anlage K 4** in Kopie anbei

Dem BMJ war demnach bekannt, daß die der Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 zugrunde gelegte Tatsachenunterstellung tatsächlich nicht zutreffend ist.

Diese Erkenntnisquelle standen auch den Richtern des BVerfG zur Verfügung.

Sie unterscheiden sich quantitativ, qualitativ und im Ergebnis nicht von der im Juni 2006 begonnenen Umfrage des BMJ, die das BVerfG seiner Entscheidung vom 21.07.2010 – 1 BvR 420/09 – ausdrücklich unter Hinweis auf die Zusammenfassung des Ergebnisses in BT-Drucks. 16/10047 zugrunde gelegt hat, obwohl diese Studie im Ergebnis durch das BMJ als ungenügend erachtet wurde. Dort heißt es auf Seite 12:

„Im Ergebnis wurden von den Teilnehmern sowohl kindeswohlorientierte Gründe als auch kindeswohlferne Gründe genannt. Am häufigsten nannten die Teilnehmer die Motive ‚Die Mutter möchte die Alleinsorge behalten, um allein entscheiden zu können (‚einfacherer Weg') und ‚Die Mutter möchte nichts mehr mit dem Vater zu tun haben und lehnt daher jeden Kontakt auch in Angelegenheiten des Kindes ab'."

Beweis: BT-Drucks. 16/10047 Seite 1 und 8 - 14
als **Anlage K 5** in Kopie anbei

Herr Dr. Peter Finger hatte bereits im Zeitraum 2000 / 2001 eine vergleichbare Umfrage durchgeführt, deren Ergebnisse in die gleiche Richtung wiesen. Er hat als Dozent der Universität Frankfurt am Main bei hessischen Jugendämtern nach der Zahl der registrierten Geburten, der Zahl der Sorgeerklärungen und den Beweggründen der Mütter für die Verweigerung der Sorgeerklärungen gefragt. Dabei sind ihm die Motive genannt worden, die das BMJ aus seinem Antwortschreiben benannt, aber dann herausgestrichen hatte („*Sie wollen die Sorgebefugnisse allein wahrnehmen, sie wollen die gemeinsame Sorge von weiteren Zugeständnissen abhängig machen, sie wollen nichts mehr mit dem Vater zu tun haben, sie wollen im Falle einer Trennung nicht Gefahr laufen, vielleicht selbst die elterliche Sorge zu verlieren, sie wollen den ‚einfacheren Weg' gehen oder sich am Vater rächen*"). Herr Dr. Finger hat seine Ergebnisse im August 2003 veröffentlicht. Die ihm genannten Motive finden sich auf Seite 228 in der Fußnote 25.

Beweis: Finger „Sorgeerklärungen – eine Umfrage bei hessischen Standes –und Jugendämtern"
Das Standesamt (StAZ) 2003, 225, 228 (Fn. 25)
als **Anlage K 6** in Kopie anbei

Diese Untersuchung ist detailliert dargestellt in einer Promotionsschrift von Frau Sandra Fink „Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern" Europäische Hochschulschriften im Verlag Peter Lang 2004. Aus dieser Schrift lege ich auszugsweise das Deckblatt und die Seiten 136 bis 147 vor. Ausgangspunkt war eine schriftlich und telefonisch durchgeführte Befragung von 400 Jugendämtern in Deutschland. Auf Seite 146 werden die durch die Mütter behaupteten Hauptgründe für eine Ablehnung der gemeinsamen Sorgetragung nach Angabe der einzelnen Jugendämter genannt. Bereits diese führen zu dem Ergebnis:

„Die gegebenen Antworten legen die Vermutung nahe, dass bei der Motivlage der Mütter nicht nur Kindeswohlerwägungen, sondern auch andere Faktoren eine Rolle spielen. (...) Die Umfrage hat ergeben, dass die gesetzgeberische Vermutung, in dem Willen der Mutter manifestiere sich notwen-

dig und stets das Interesse des Kindes, vor der Realität nicht so uneingeschränkt bestehen kann."

Beweis: Fink „Die Verwirklichung des Kindeswohls im Sorgerecht für nichtverheiratete Eltern" 2004;
auszugsweise Deckblatt und Seiten 136 bis 147
als **Anlage K 7** in Kopie anbei

Vergleichbare Ergebnisse hat das BVerfG, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die im Juni 2006 begonnene Umfrage des BMJ (**Anlage K 5**), in seiner Entscheidung vom 21.07.2010 für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit genügen lassen:

„(...) lassen erkennen, dass neben Kindeswohlerwägungen häufig auch persönliche Wünsche der Mütter zu deren Ablehnung einer gemeinsamen Sorge mit dem Vater des Kindes führen. So wurde oftmals als Begründung angegeben, man wolle die Alleinsorge behalten, um allein über die Angelegenheiten des Kindes entscheiden zu können, wolle sich also nicht mit dem Vater darauf verständigen müssen oder nichts mit dem Vater zu tun haben."

4. Unterlassen der Prüfung

a. Widerspruchsbescheid

Das BMJ hat am 20.08.2008 einen Widerspruchsbescheid zu meinem Antrag auf Akteneinsicht nach IFG erlassen. Der Bescheid enthält folgenden Absatz:

„Ihre Auffassung, das Bundesministerium der Justiz sei hier durch das Bundesverfassungsgericht als Behörde verpflichtet, einen rechtlich festgelegten Auftrag auszuführen, teile ich nicht. Das Bundesverfassungsgericht hat keinen solchen Auftrag erteilt."

Beweis: Widerspruchsbescheid des BMJ vom 20.08.2008
als **Anlage K 8** in Kopie anbei

Die Akteneinsicht in die Verwaltungsakte des BMJ ergab später, daß der Widerspruchsbescheid im Entwurf auf Seite 3 noch folgenden Absatz enthielt:

„Im vorliegenden Fall ist die vom BMJ durchgeführte Umfrage ein Beitrag zur Erfüllung des Prüfauftrages des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Januar 2003 (BVerfGE 107, 150 ff., 179 f.).(...) Die Verfassungsmäßigkeit der Regelung hängt danach von einer Prognose ab. Aus diesem Grunde hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, die tatsächlichen Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob seine Annahme auch vor der Wirklichkeit Bestand hat."

Beweis: Entwurf Widerspruchsbescheid vom 20.08.2008
als **Anlage K 9** in Kopie anbei

b. Klageverfahren

Das BMJ hat in dem Klageverfahren auf Gewährung von Akteneinsicht mit Schriftsatz vom 30.01.2009 erklärt, das BMJ prüfe selbstverständlich nicht ob die Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 auf einer richtigen Tatsachengrundlage ergangen sei.

Beweis: Schriftsatz des BMJ vom 30.01.2009 (darin Seite 3)
- VG 2 A 109.08 -
als **Anlage K 10** in Kopie anbei

Wie bereits mit meinem Anklageerzwingungsantrag vom 17.08.2007 und dessen **Anlage K 23** dargelegt, hat der erste Senat des BVerfG in Person der Richter Papier, Hohmann-Denhardt und Hoffmann-Riem mit Beschluß vom 19. Juni 2006 – 1 BvR 578/05 – eine weitere Verfassungsbeschwerde in Bezug auf § 1626 a BGB nicht zur Entscheidung angenommen

Das BVerfG hat also keine Prüfung der vom ihnen selbst dem Gesetzgeber übertragenen Feststellung des entscheidungserheblichen Sachverhaltes zugelassen. Diese Entscheidung ist einstimmig durch drei Richter getroffen worden, die bereits an der Entscheidung des BVerfG über das Sorgerecht vom 29.01.2003 (- 1 BvL 20/99 - und - 1 BvR 933/01 -) beteiligt waren.

Hätte das BVerfG die von ihm selbst angenommene Tatsachenunterstellung des Gesetzgebers zu diesem Zeitpunkt überprüft, hätte das BVerfG festgestellt, daß der Gesetzgeber in den dreieinhalb Jahren seit der Entscheidung vom 29.01.2003 nichts unternommen hatte, die angebliche prognostische Annahme (Tatsachenunterstellung) zu überprüfen. Wie dargelegt hat das BMJ dazu weitere drei Jahre später mit Schriftsatz vom 30.01.2009 vor dem VG Berlin erklärt, es habe niemals die Absicht gehabt, diese Tatsachenunterstellung zu überprüfen.

Es ist also davon auszugehen, daß auf eine Nachfrage des BVerfG im Juni 2006 durch das BMJ die gleiche Auskunft erteilt worden wäre und die Verfassungsbeschwerde, die das BVerfG mit Beschluß vom 19.06.2006 – 1 BvR 578/05 – nicht zur Entscheidung angenommen hat, ebenso wie die der Entscheidung vom 29.01.2003 zugrunde liegende Beschwerde, zulässig und begründet war.

5. Menschenrechtsverletzung

Der EGMR hat mit Urteil vom 03.12.2009 entschieden, die Verweigerung der Justizgewährung durch die Regelung des deutschen Gesetzgebers in § 1626a BGB verletze das Menschenrecht der nicht ehelichen Väter.

Beweis: Urteil des EGMR vom 03.12.2009
- 22028/04 – (veröffentlicht)

Nachdem der EGMR am 03.12.2009 so entschieden hatte, hat der 16. Senat des KG mit Beschluß vom 03.05.2010 – 16 UF 191/09 – ein bei ihm anhängiges Verfahren zu § 1672 Abs. 1 BGB gemäß Artikel 100 Abs. 1 GG ausgesetzt um eine Entscheidung des BVerfG zur Frage einzuholen, ob § 1672 Abs. 1 BGB mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Das BVerfG habe zwar in seiner Entscheidung vom 23. April 2003 - 1 BvR 1248/99 - (FamRZ 2003, 1448 f) unter Bezugnahme auf die Entscheidung vom 29. Januar 2003 - 1 BvL 20/99 u. 1 BvR 933/01 - (FamRZ 2003, 285 ff.) auch die Vorschrift des § 1672 Abs. 1 BGB für verfassungsgemäß erachtet und Verstöße gegen Art. 6 Abs. 2, 5, Art. 3 Abs. 1 GG verneint, weil der Gesetzgeber habe davon ausgehen dürfen, nur in schwerwiegenden Fällen werde eine Mutter keine gemeinsame Sorgeerklärung abgeben.

An dieser Auffassung könne nach Auffassung des 16. Senats angesichts der Entscheidung des EGMR (V. Sektion) vom 3. Dezember 2009 - 22028/04 - (NJW 2010, 501 ff., zu verfassungsrechtlichen Bedenken siehe schon: Staudinger/Coester, BGB, 2009, § 1672 Rn. 9 f.) nicht festgehalten werden. Der 16. Senat des KG teilt in der Begründung dieser Entscheidung mit, es widerspreche seiner praktischen Erfahrung als Gericht, typischerweise davon auszugehen, daß konfliktfreie nichteheliche Lebenspartnerschaften gemeinsame Sorgeerklärungen abgeben und deshalb bei fehlender gemeinsamer Sorgeerklärung eine Entscheidung über die elterliche Sorge nach Trennung mit dem Kindeswohl typischerweise nicht vereinbar wäre.

Beweis: Vorlagebeschluß des 16. Senats des Kammergerichts
vom 03.05.2010 - 16 UF 191/09 -
veröffentlicht in:
www.gerichtsentscheidungen.berlin-brandenburg.de

6. Schlußbemerkung

Mit der bereits dargelegten Entscheidung des OVG Berlin vom 05.10.2010 steht fest, daß jedermann Anspruch auf Einsicht in die Akten des BMJ über die Erfüllung des Prüfungsauftrages des BVerfG gemäß Entscheidung vom 29.01.2003 hat, und zwar - insoweit vorbehaltlich dem Ergebnis der angekündigten Revision der BRD - einschließlich der darin enthaltenen Ministervorlagen und Entscheidungen der ehemaligen Bundesministerin der Justiz.

Auch die Staatsanwaltschaft kann damit wie jedermann diese Unterlagen einsehen.

Soweit das BMJ in Bezug auf die Entscheidungsvorlagen und Entscheidungen der damaligen Bundesministerin der Justiz über die Prüfung oder Unterlassung der Prüfung der tatsächlichen Grundlagen für die Entscheidung des BVerfG vom 29.01.2003 die Revision einlegen sollte und diese Rechtsfrage damit weiter streitig bleibt, rege ich die Einsichtnahme dieser Unterlagen unter Anwendung der besonderen Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaften an.

Mit dieser Anregung verfolge ich keine außerhalb der Ziele eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens liegenden Zwecke. Die zivil- und verfassungsrechtlichen Fragen sind durch das BVerfG bereits entschieden.

Nachdem bereits auf Grund des Urteils des VG Berlin eine eingeschränkte Akteneinsicht stattfand, führe ich auf Grund des Ergebnisses des Berufungsverfahrens gegenwärtig eine weitere Einsichtnahme in die originalen Akten des BMJ durch, von der aber weiterhin die Ministervorlagen und Entscheidungen ausgenommen sind, weil das BMJ entschlossen ist, diesbezüglich die Revision durchzuführen. Dazu hat am 17.11.2010 ein erster Termin zur Sichtung der vorhandenen Akten in der Registratur des BMJ stattgefunden, an den sich am 17.01.2011 ein Termin zur eigentlichen Akteneinsicht anschließen soll.

Ich füge als

Anlage K 11

eine Kopie des mir im Zuge der eingeschränkten Akteneinsicht übergebenen Aktenplans des Referat I.A.2 (Kindschaftsrecht) im BMJ bei.

Die wesentlichen Akten werden unter dem Aktenzeichen 3473/7 unter dem Oberbegriff Weiterentwicklung des Kindschaftsrechts geführt.

Ministervorlagen befinden sich nach Angaben des BMJ (zumindest) in der Akte mit dem Zeichen (I A 2 -) 3473/7 – 5, darin in den Bänden 1, 4, 5, 6, 7, 14, 20, 21.

Daneben besteht noch eine Akte 3473/6-5 unter der Bezeichnung Kindschaftsrecht nach der Reform, in die ich aber erst am 17.01.2011 Einsicht nehmen werde.

Soweit es für die Zulässigkeit oder die Begründetheit des Antrages an rechtlichen oder tatsächlichen Darlegungen fehlt, bitte ich um einen entsprechenden Hinweis und vor einer abschließenden Entscheidung um Gelegenheit zu einer ergänzenden Stellungnahme zu der Rechtsauffassung des Kammergerichtes und Gehör.

Zwei Abschriften anbei.

R. Schulte-Frohlinde
Rechtsanwalt