

# ZU 3: DIE ÄNDERUNG DER PERSONENSORGE FÜR MINDERJÄHRIGE im Spanischen Recht

## DIE BEGRIFFLICHKEITEN:

### La patria potestad/ die elterliche Sorge

#### 1. Spanisches Recht:

##### 1.1 Derecho común:

Eine Schwierigkeit im spanischen Recht stellt die oftmalige Verwendung der Begriffe „*patria potestad*“ und „*guarda y custodia*“ als Synonyme dar, die von vielen Rechtsanwendern verwechselt werden. Dabei handelt es sich bei dem Begriff *patria potestad* um den Oberbegriff, der mit dem deutschen Begriff der *elterlichen Sorge* verglichen werden kann. Die Rechte und Pflichten, die sich unter dem Begriff *guarda y custodia* zusammengefasst sind, sind ein Teil dieser *patria potestad*, und würden im deutschen Recht wohl unter den Begriff der *Personensorge* fallen, da dieser unter anderem das Recht bzw. die Pflicht verbürgt, seine Kinder zu pflegen, zu erziehen und zu beaufsichtigen. So wird dieser Begriff auch oftmals als *Personensorgerecht* oder „*Obhutsrecht*“ in Deutsche übersetzt. Das deutsche Recht kennt den Begriff des „*Obhutsrecht*“ (vgl. frz. *droit de garde*) nicht, jedoch fallen die mit dem *Obhutsrecht* verbundenen Aspekte, insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht unter die *Personensorge*.

Schwierig wird auch ein genauer Vergleich, da einige Rechte bzw. Pflichten, die im spanischen Recht unter den Oberbegriff *patria potestad* gezählt werden, im deutschen Recht unter die *Personensorge* subsumiert werden.

So ist es im Fall einer Trennung oder Scheidung generell so, dass beide Elternteile die *elterliche Sorge* (*patria potestad*) ausüben, jedoch das *Personensorgerecht* (*guarda y custodia*) normalerweise nur einem Elternteil zugesprochen wird (meist der Mutter). Teilweise kann jedoch mittlerweile eine Tendenz der Gerichte in Richtung erkannt werden, dass diese ein gemeinsames Personensorgerecht aussprechen, soweit dieses zugunsten des minderjährigen Kindes geschieht. Bei dem geteilten Personensorgerecht lebt das Kind für eine gewisse Zeit bei dem einen Elternteil, gefolgt von einer Zeit bei dem anderen Elternteil. Voraussetzung für ein solches Lebensmodell ist jedoch die lokale Nähe der Wohnsitze der beiden Elternteile, sowie eine gewisse Kommunikation zwischen ihnen. Hierzu wurden mittlerweile zahlreiche Modelle entwickelt, die ein solches Zusammenleben ermöglichen sollen und an die jeweiligen Familienverhältnisse angepasst sind.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> So etwa das Nestmodell (*custodia compartida tipo nido/Vivienda-nido*), bei dem die Kinder einen festen und konstanten Wohnsitz haben und die Eltern abwechselnd dort das Personensorgerecht ausüben, oder das Wechselmodell (*custodia compartida con domicilio rotatorio*), bei dem die Kinder sich abwechselnd in den jeweiligen Wohnsitzen der Mutter oder des Vaters aufhalten; siehe hierzu auch Text Nr. 6 „*Dedicación anterior a los menores como criterio para otorgar la guarda compartida y atribución de la vivienda habitual*“/ „Die der Trennung vorausgegangene Widmung gegenüber den Minderjährigen als Kriterium für die Erteilung des geteilten (Personen-)sorgerechts und für die Zuteilung des ständigen Wohnsitzes“.

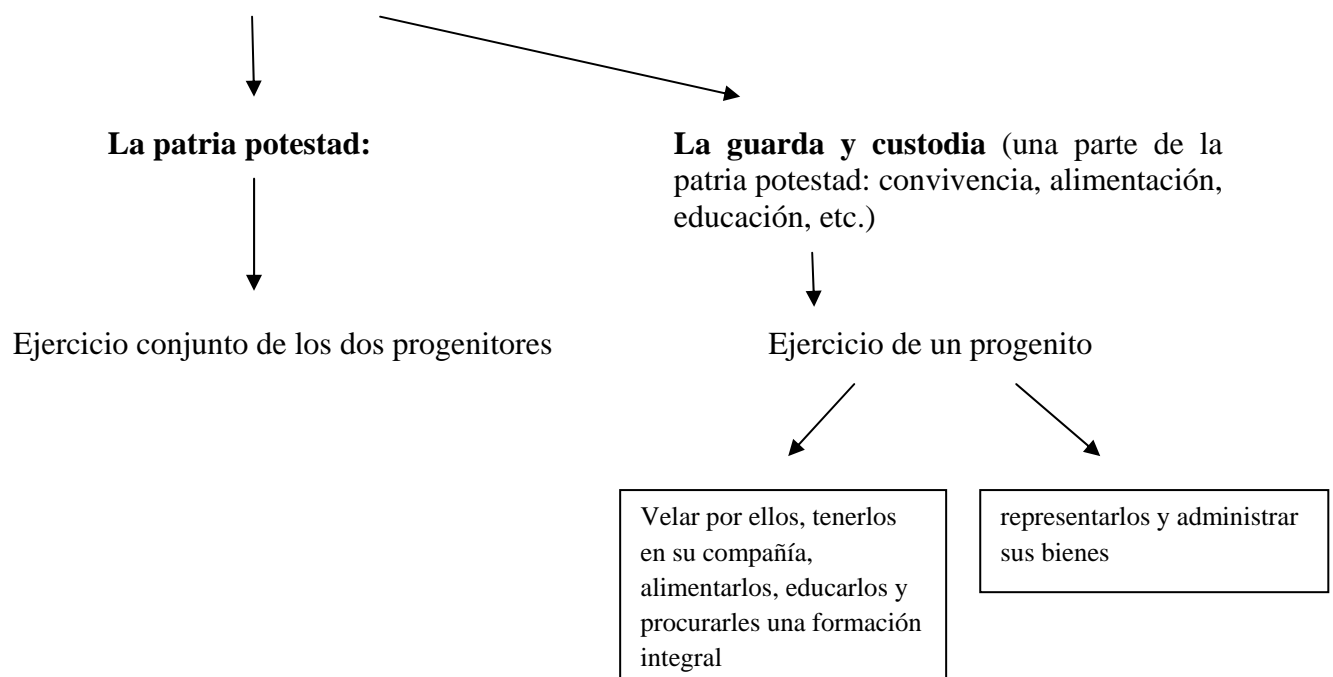
Die „väterliche Gewalt“ steht entgegen dem Wortsinn Vater und Mutter zu, Art. 156 CC. Seit der Reform von 1981 (Ley 30/1981, de 7 de julio „ley de divorcio“) üben beide Elternteile die *patria potestad* gemeinschaftlich aus. Auch im spanischen Recht handelt es sich hierbei, wie im deutschen Recht bei der *elterlichen Sorge* i.S.d. §1626 BGB, gleichzeitig um ein Recht und eine Pflicht, die vor allem die Betreuung, Erziehung und Pflege der Kinder umfasst. Gemäß Art. 154 CC umfasst die *patria potestad* im Einzelnen

(1) zu dem Schutz der Kinder wachsam zu sein, sie zu begleiten, zu unterhalten, zu erziehen und für eine Berufsausbildung zu sorgen und

(2) sie zu vertreten und ihren Besitz zu verwalten.

Es gilt somit auch hier die im deutschen Recht vorgenommene Zweiteilung in Personen- und Vermögenssorge.

Bei gemeinsamen Sorgerecht:



## 1.2 Spanisches Foralrecht:

### **Katalonien** (Código Civil Catalán): *potestad parental*

*Grundsatz:* bei Getrenntleben der Eltern, können diese die Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts (hier: „*potestad parental*“) vereinbaren, Art. 236-11 Abs. 1 Halbsatz 1 Código Civil Catalán. Alternativ können sie vereinbaren, das gesamte Sorgerecht bzw. einen Teil dessen einem Elternteil zu übertragen, Art. 236-11 Abs. 1 Halbsatz 2 CC catalán. Demnach richtet sich das Sorgerecht bei getrenntlebenden Eltern vornehmlich nach deren Vereinbarungen.

**Aragón:** im aragonischen Foralrecht wird nicht der Begriff *patria potestad* verwendet, sondern „*autoridad familiar*“ (bzw. *el deber de crianza y educación de los hijos menores*). Gemäß Art. 71 des Código del Derecho Foral de Aragón steht es den Eltern grundsätzlich frei, das Sorgerecht (*autoridad familiar*) mittels eines öffentlichen Dokuments vereinbaren. Erfolgt dies nicht, wird das Sorgerecht je nach sozialem und familiärem Brauch gemeinsam oder

allein ausgeübt. Im Falle von Meinungsverschiedenheiten, kann jeder Elternteil das Gericht anrufen. An dieser Regelung ändert sich auch bei einer Trennung oder Scheidung nichts. Artikel 80 des CC de Aragón beschäftigt sich mit *guarda y custodia de los hijos*.<sup>2</sup>

**Navarra:** Se trata , en efecto, de una norma más flexible que la del final del párrafo 2.º del artículo 156 del Código civil. Por ello, en nuestro Derecho se puede reconducir a ella la solución a los casos de separación de los progenitores no casados que no convivan y de los casados separados de hecho, si unos y otros no han pactado su propia solución; los que estén divorciados o separados judicialmente lo tendrán resuelto en el convenio regulador (artículos 81, 86, y 90 A, del Código civil), o en la resolución judicial (artículo 103, 1.0 del mismo Código). Pues lo cierto es que el Fuero Nuevo no tiene una norma semejante a la del párrafo 5.º del artículo 156 del Código.

## 2. Deutsches Recht:

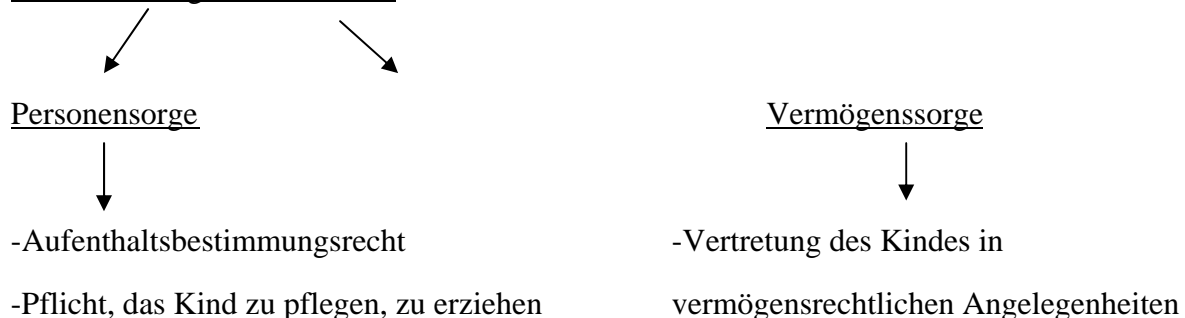
Im BGB wurde bereits durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.7.1979 der historisch überkommene Begriff der „*elterlichen Gewalt*“, der sprachlich an die römisch-rechtliche *patria potestas* erinnerte, durch den der „*elterlichen Sorge*“ ersetzt, womit klargestellt werden sollte, dass das Eltern-Kind-Verhältnis nicht als Gewaltverhältnis, sondern als Sorgeverhältnis verstanden wird. Gemäß § 1626 Absatz 1 Satz 1 BGB versteht man unter der *elterlichen Sorge* die Pflicht und das Recht der Eltern, für ihre minderjährigen Kinder zu sorgen, wobei dieses Sorgerecht umfassend ist: Sie ist auf Wahrung und Förderung der körperlichen, geistigen, seelischen, sozialen und wirtschaftlichen Interessen des Kindes gerichtet. Die *elterliche Sorge* ist mit Bestimmungsbefugnissen ausgestattet, die auch von Dritten zu achten sind. Die wichtigsten davon sind die gesetzliche Vertretung sowie die Bestimmungsbefugnisse über Aufenthalt und Umgang des Kindes.

Aus rechtstechnischen Gründen unterscheidet das Gesetz zwei große Felder der *elterlichen Sorge*, § 1626 I 2 BGB:

1. *Die Personensorge*: das Recht, für die Person des Kindes zu sorgen
2. *Die Vermögenssorge*: die Sorge für das Vermögen des Kindes

Umgangssprachlich wird kurz von „*Sorgerecht*“ gesprochen.

### Elterliche Sorge, § 1626 BGB



<sup>2</sup> Bezüglich der aragonischen autoridad familiar gibt es ein interessantes Urteil des Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 2a) vom 4. November 2008, in dem das Gericht die Entscheidung über die Wahl des Studiums des Kindes als Teil der autoridad familiar betrachtet, und nicht unter die guarda y custodia (in diesem Fall des Vaters) fasst. Demzufolge hat die Entscheidung von beiden Elternteilen übereinstimmend zu erfolgen, unabhängig davon, wer das das Personensorgerecht (guarda y custodia) ausübt.

**Hinweis:** Der in internationalen Rechtstexten, und vor allem im EU-Kontext verwendete Begriff der „*elterlichen Verantwortung*“ ist weiter als der der „*elterlichen Sorge*“ im deutschen Recht. (vgl. etwa die Verordnung (EG) Nr. 2201/2003), da die *elterliche Sorge* nur die Rechte und Pflichten der Eltern, nicht aber die Dritter (beispielsweise eines Vormunds) bezeichnet.

### **La guarda - la custodia - la guarda y custodia/ die Personensorge**

**Beachte:** im spanischen Recht werden die Begriffe „*custodia*“, „*guarda*“ und „*guarda y custodia*“ als Synonyme verwendet.  
(vgl. <http://iate.europa.eu/FindTermsByLilId.do?lilId=773368&langId=es>).

Unter diesen Begriffen kann eine praktische “Inobhutnahme” des Kindes verstanden werden, (das praktische Zusammenleben des Kindes mit einem Elternteil) die alle Aspekte des täglichen Lebens umfasst, wie etwa die Ernährung, unmittelbare Pflege, Trost, etc. und somit mit den in § 1687 I S. 2 erwähnten Angelegenheiten des täglichen Lebens übereinstimmen, die auch nach deutschem Recht bei Getrenntleben der Eltern von dem Elternteil geregelt werden, bei dem sich das Kind für gewöhnlich aufhält.

Hierunter werden diejenigen Rechte und Pflichten verstanden, die mit der Sorge für die Person des Kindes verbunden sind, insbesondere das Recht auf die Bestimmung des Aufenthaltsortes des Kindes und kann somit mit der *Personensorge* des § 1626 I S. 2 BGB verglichen werden. Es handelt sich um einen Teilbereich der *elterlichen Sorge* /*patria potestad*.

Dahingehen fallen unter den Begriff der *patria potestad* all diejenigen Entscheidungen in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung sind, wie etwa die Wahl der Ausbildung, Entscheidungen bezüglich der Gesundheit, religiöse Ausrichtung, Wechsel des Wohnsitzes, der Schule, etc. und umfasst somit eine allgemeine Verantwortung gegenüber dem Kind bzgl. Entscheidungen, die das Wohl des Kindes berühren. Inhaltlich ist dies mit dem in § 1687 I S. 1 BGB Gesagten übereinstimmend.

---

# DIE ELTERLICHE SORGE (PATRIA POTESTAD) IM FALLE EINER TRENNUNG/SCHIEDUNG

## 1. Deutsches Recht:

*Grundsatz:* **gemeinsames Sorgerecht** (elterliche Sorge), wenn dieses auch vorher bestand (Regelfall, in §§ 1626 ff vorausgesetzt, Umkehrschluss aus §1626a BGB)

Somit auch keine (automatische) Sorgerechtsänderung bei Wohnsitzwechsel des Elternteils, bei dem das minderjährige Kind lebt (Aufenthaltsbestimmungsrecht als Bestandteil der Personensorge, als Teil der elterlichen Sorge, gem. §1626 BGB)

Das Gesetz geht davon aus, dass die Sorge für das Kind eine gemeinsame Pflicht und ein gemeinsames Recht der Eltern ist § 1626 I BGB und bleibt. Sie besteht deshalb grundsätzlich auch dann fort, wenn sich die Eltern trennen oder sich scheiden lassen. Unabhängig davon, ob die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern miteinander verheiratet sind oder nicht, findet eine gerichtliche Entscheidung über die elterliche Sorge nur statt, wenn die Eltern sich trennen oder ein Elternteil das beantragt, § 1671 I BGB.

Auch wenn nach einer Trennung oder Scheidung der Eltern das gemeinsame Sorgerecht bestehen bleibt, hat der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind mit Einwilligung des anderen befindet, in allen Fragen des täglichen Lebens ein Alleinentscheidungsrecht, § 1687 I S.2, 3 BGB. Nur in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, ist ein gegenseitiges Einvernehmen beider Eltern erforderlich, so etwa bei einem Umzug. Das auch nach der Trennung fortbestehende gemeinsame elterliche Sorgerecht hat damit auch rechtlich eine andere Qualität als ein gemeinsames Sorgerecht bei einem Zusammenleben der Eltern. Es handelt sich quasi um eine Alleinsorge mit einer Mitbestimmung des anderen Teils in wichtigen Angelegenheiten.

*Alleiniges Sorgerecht:* Voraussetzung für die Ausübung **des alleinigen Sorgerechts** (entweder insgesamt oder nur für einen Teil der elterlichen Sorge) ist ein Antrag beim Familiengericht eines Elternteils, gem. § 1671 BGB

*Ausnahme:* § 1666 Gefährdung des Kindeswohls

## 2. Spanisches Recht (derecho común):

*Grundsatz:* Im Falle einer Trennung übt grundsätzlich **derjenige Elternteil** das Sorgerecht aus, **der mit dem Kind zusammenlebt bzw. die Obhut über das Kind hat**, Art. 156 Abs. 5 Satz 1 Código Civil.

Bezüglich dieser gesetzlichen Regelung gibt es jedoch auch Stimmen aus der Literatur, die vertreten, dass Art. 156 CC nur auf nichteheliche Kinder anzuwenden ist, und, dass ansonsten Art. 92 CC gilt, nach dem die Ausübung des gemeinsamen Sorgerechts nach der Trennung weitergeführt wird. Jedoch ist dieser Streit unbeachtlich, da Art. 108 CC, der aus der Reform von 1981 stammt, die frühere Unterscheidung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern aufhebt.

*Gemeinsames Sorgerecht:* **das gemeinsame Sorgerecht** wird den Eltern nur dann zugesprochen, wenn der andere Elternteil (bei dem das Kind nicht lebt) die gemeinsame

Ausübung der elterlichen Sorge oder die Aufteilung der Aufgaben, die mit ihrer Ausübung zusammenhängen, vor Gericht beantragt, Art. 156 Abs. 5 Satz 2 CC

---

## **DIE PERSONENSORGE (GUARDA Y CUSTODIA) IM FALLE EINER TRENNUNG/SCHIEDUNG**

### **Spanisches Recht**

**Guardia y custodia:** richtet sich in Spanien nach Art. 92 CC, der durch das Gesetz Nr. 15/2005 vom 8. Juli geändert wurde. Hierbei handelt es sich um die Rechte und Pflichten, die aus dem Zusammenleben mit dem Kind entstehen. Aus diesem Grund darf hier nicht der Begriff „*Sorgerecht*“ im Sinne der *elterlichen Sorge* (s.oben) verwendet werden. Es kann am ehesten mit dem Aufenthaltsbestimmungsrecht als Teil der *Personensorge* aus dem deutschen Recht verglichen werden, welches gemäß § 1687 I S. 2 BGB die Regelung von Angelegenheiten des täglichen Lebens umfasst. Dieses Recht wird gemeinsam ausgeübt, wenn die Eltern dieses in gegenseitigem Einvernehmen vereinbart haben (Art. 92 Abs.5 CC) oder dies durch ein Gericht festgelegt wird. Voraussetzung für diese Regelung ist jedoch zumeist das gegenseitige Einverständnis der Eltern. Abgesehen von diesen Fällen ist eine nicht vereinbarte, gemeinsame *Personensorge* eher die Ausnahme, dass unter bestimmten Voraussetzungen durchgesetzt wird. In der Praxis wird die gemeinsame Personensorge vor allem in einvernehmlichen Scheidungsverfahren beantragt. Oftmals wird es den Eltern seitens des Gerichts zugesprochen, wenn sich die Kinder abwechselnd bei dem einen und dem anderen Elternteil aufhalten. (Wechselmodell, oder auch Nestmodell)

### **Spanisches Foralrecht:**

Der Unterschied zwischen spanischem Allgemeinrecht (derecho común) und Foralrecht:

Das Ley Foral 3/2011 vom 17. März von Navarra zeigt deutlich die Absicht der spanischen Foralrechte auf, die eine gemeinsame Personensorge (*guarda y custodia*) als allgemeine oder zumindest als bevorzugende Regelung aufstellen. So besagt das Gesetz, dass die momentan im Código Civil aufgestellte Regelung zwar eine gemeinsame Personensorge zulässt, dieses jedoch in der Praxis die Ausnahme darstellt für die Fälle in denen die Eltern keine derartige Vereinbarung getroffen haben. Das Foralrecht hingegen soll dies korrigieren, indem die aktuelle soziale Wirklichkeit Beachtung findet, in der Hinsicht, dass eine Entscheidung über die Personensorge der Kinder in Hinblick auf das Wohl des Kindes und die Gleichheit der Eltern getroffen werden soll, wenn die Eltern keine Vereinbarungen darüber getroffen haben.<sup>3</sup> Die gemeinsame Personensorge wird in Aragón, Katalonien, Valencia und Navarra als vorrangig behandelt.

**Katalonien:** Aus der neuen Regelung des Sorgerechts im katalanischen Zivilgesetzbuch (das zweite Buch des Código Civil Catalán trat am 1. Januar 2011 in Kraft) folgt, dass die Personensorge soweit wie möglich gemeinsam ausgeübt wird. Sobald eine alleinige Personensorge jedoch eher dem Kindeswohl entspricht, ist dieses auszuüben.

*Alleinige Personensorge:* in Ermangelung einer Vereinbarung, sowie bei Uneinigkeit der Eltern bezüglich einer alleinigen Personensorge gegenüber dem Kind, entscheidet das

---

<sup>3</sup> vgl. LEY FORAL 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, z.B. in BOLETÍN N° 60 - 28 de marzo de 2011.

Gericht. (vgl. artículo: <http://www.diariojuridico.com/la-regulacion-de-la-guarda-y-custodia-en-el-derecho-civil-catalan/>) Im Falle einer Trennung oder Scheidung sind die Eltern verpflichtet, dem Richter einen „Elternschaftsplan“ („plan de parentalidad“) vorzulegen, in dem die jeweilige zukünftige Beteiligung der Elternteile an der Sorge und Erziehung der Kinder darzulegen ist.

**Aragón:** (Código del Derecho Foral de Aragón)

Grundsatz: beide Elternteile können einzeln oder allein das gemeinsame oder alleinige Sorgerecht vor Gericht beantragen, Art. 80 Absatz 1

Hierbei hat der Richter sich vornehmlich für eine gemeinsame Personensorge zu entscheiden, es sei denn eine alleinige Personensorge ist für das Wohl des Kindes geeigneter, Art. 80 Abs. 2. Hierbei muss immer der Einzelfall betrachtet werden.

**Valencia:** <http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/revista62/art1.pdf>

**Navarra:** Art. 3 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, BON N.º 60 de 28 de marzo de 2011

-----  
**Baskenland:**

[http://www.eldiario.es/norte/euskadi/custodia-compartida-permitira-divorciarse-nadie\\_0\\_252324935.html](http://www.eldiario.es/norte/euskadi/custodia-compartida-permitira-divorciarse-nadie_0_252324935.html)

<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201404-guarda-y-custodia-y-atribucion-de-la-vivienda-familiar.html>

Noch nicht abschließend geregelt

**Deutsches Recht:**

Auch bei Fortbestehen der **gemeinsamen elterlichen Sorge** ist der Elternteil, in dessen Obhut sich das Kind mit Einwilligung des anderen befindet, nach § 1687 I S.2, 3 BGB befugt, in allen Angelegenheiten des täglichen Lebens **allein** zu entscheiden. Demnach wird entsprechend dem spanischen Recht (derecho común) meist für eine alleinige Personensorge entschieden, wobei dem Elternteil, dem das aus der Personensorge folgende Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht zusteht, das Umgangsrecht besitzt.

Kompetente Ansprechpartner - Ihre Fachanwälte und Abogados der Kanzlei Dr. Artz, López & Col.- stehen Ihnen mit Rat und Tat zur Seite.