

ARBEITEN ZUR RECHTSVERGLEICHUNG  
Schriftenreihe der Gesellschaft für Rechtsvergleichung  
ISSN 0066-5703

Begründet von Hans Dölle  
Herausgegeben von Ernst von Caemmerer und Hans-Heinrich Jeschek

114

## Das Kindeswohl als Rechtsbegriff

Die richterliche Entscheidung über  
die elterliche Sorge beim Zerfall  
der Familiengemeinschaft

von

Dr. Michael Coester

1983  
ALFRED METZNER VERLAG  
FRANKFURT AM MAIN

60-2937x2 W

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg;  
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft sowie der Gesellschaft  
der Freunde der Universität Augsburg e.V.



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

*Coester, Michael:*

Das Kindeswohl als Rechtsbegriff: D. richterl.  
Entscheidung über d. elterl. Sorge beim Zerfall  
d. Familiengemeinschaft / von Michael Coester.  
– Frankfurt am Main : Metzner, 1982.

(Arbeiten zur Rechtsvergleichung ; 114)

ISBN 3-7875-0214-9

NE: GT

K 86 / 4743

Alle Rechte vorbehalten

© Alfred Metzner Verlag · Frankfurt am Main 1983

Satz: P.W. Textverarbeitung, Frankfurt

Druck und Bindung: Druckerei Adam, Mühlheim

ISBN 3-7875-0214-9

# Vorwort

Die Schrift hat im Wintersemester 1981/82 der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Habilitationsarbeit vorgelegen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis August 1982, teilweise darüber hinaus berücksichtigt, allerdings in einer angesichts der Materialflut unumgänglichen Auswahl. Dank eines Entgegenkommens des Verlags konnte die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 3.11.1982 zum gemeinsamen Sorgerecht noch eingearbeitet werden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Habilitationsvater, Herrn Professor Dr. Hans Jürgen Sonnenberger, für seine verständnisvolle Unterstützung und Förderung, sowie dem Korreferenten Herrn Professor Dr. Hans Schlosser für Anregungen und zusätzlichen Beistand im Habilitationsverfahren.

Der Herausgeberin, der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung, danke ich für die Aufnahme der Arbeit in ihre Reihe „Arbeiten zur Rechtsvergleichung“. Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Arbeit und ihre Veröffentlichung durch Stipendien und einen Druckkostenzuschuß ermöglicht, auch ihr habe ich zu danken. Das gleiche gilt für die Gesellschaft der Freunde der Universität Augsburg e.V., die ebenfalls einen Zuschuß zu den Druckkosten beigesteuert hat.

Augsburg, November 1982

Michael Coester

# Gliederungsübersicht

Einleitung . . . . .	1
Teil A: Länderübersichten . . . . .	9
<u>1. Kapitel:</u> DDR . . . . .	10
<u>2. Kapitel:</u> Schweiz . . . . .	51
<u>3. Kapitel:</u> Vereinigte Staaten von Amerika . . . . .	81
Teil B: Systematische Darstellung . . . . .	133
<u>4. Kapitel:</u> Die Kindeswohl-Klausel als Rechtsprinzip: Zum rechtstheoretischen Grundverständnis der Kindeswohl-Norm . . . . .	134
A. Einführung . . . . .	134
B. Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation . . . . .	135
C. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab . . . . .	143
D. Zusammenfassung . . . . .	173
<u>5. Kapitel:</u> Der sachliche Aussage- und Wirkungsbereich der Kindeswohl-Norm bei Sorgerechts- entscheidungen . . . . .	175
A. Die materielle rechtliche Bedeutung des Kindeswohls im allgemeinen . . . . .	176
B. Der Wille des Kindes . . . . .	255
C. Die Zuständigkeitsverteilung für die Kindeswohl- Konkretisierung zwischen Staat und Eltern. . . . .	283
D. Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen. . . . .	322
<u>6. Kapitel:</u> Die richterliche Konkretisierung des Kindeswohl-Maßstabs im Einzelfall. . . . .	365
A. Rechtstheoretische Fragestellung: Die Konkretisierung des Kindeswohls als Problem der Entscheidungslegitimierung. . . . .	365
B. Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung . . . . .	367
C. Wertfindung . . . . .	381
Literaturverzeichnis . . . . .	488
Sachverzeichnis . . . . .	521

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XX
Einleitung	
<u>I. Die sich aus dem Kindeswohl-Prinzip ergebenden Fragestellungen</u> . . . . .	1
1. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab: Wert- und Rationalitätsproblematik . . . . .	1
2. Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation. . . . .	3
<u>II. Thematische Präzisierung und Methode der Untersuchung</u> . . . . .	4
1. Zur Thematik . . . . .	4
2. Zur Methodik . . . . .	5
<u>Teil A: Länderübersichten</u> . . . . .	9
<u>1. Kapitel: DDR</u> . . . . .	10
A. Materielles Familienrecht . . . . .	10
I. Rechtsgrundlagen . . . . .	10
II. Allgemeines Kindschaftsrecht . . . . .	12
1. Das Verhältnis der Eltern zu Staat und Gesellschaft . . . . .	12
a) Das sozialistische Familienbild . . . . .	12
b) Staatliche und gesellschaftliche Einflußnahme auf die Familien- erziehung. . . . .	14
c) Elternrecht. . . . .	18
2. Das Verhältnis der Eltern zueinander. . . . .	21
3. Das Verhältnis von Eltern und Kindern . . . . .	22
III. Scheidung und Scheidungsfolgen . . . . .	23
1. Scheidung . . . . .	23
a) Scheidungspolitik . . . . .	23
b) Scheidungsvoraussetzungen . . . . .	25
2. Scheidungsfolgen (Überblick) . . . . .	26
IV. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses. . . . .	28
1. Normative Kriterien. . . . .	28
2. Gesellschaftspolitische Funktion des Kindeswohl-Begriffs . . . . .	29

3. Konkretisierung des Kindeswohls im sozialistischen Recht . . . . .	30
a) Politik der SED als Entscheidungsrichtlinie. . . . .	30
b) Erziehungsfunktion des Rechts und Kindeswohl . . . . .	32
c) Die sozialistische Moral als Wertmaßstab für den Richter . . . . .	33
4. Die Bedeutung des übereinstimmenden Elternvorschlags . . . . .	34
5. Entscheidungsalternativen. . . . .	36
a) Übertragung des Erziehungsrechts auf Dritte. . . . .	36
b) Befristete Aussetzung der Entscheidung. . . . .	37
c) Sachliche und personelle Unteilbarkeit des Erziehungsrechts . . . . .	38
d) Nebenbestimmungen zur Erziehungs- rechtszuteilung . . . . .	39
6. Rechtsstellung der Eltern nach der Erziehungsrechtsentscheidung . . . . .	39
7. Die Änderung der Erziehungsrechts- entscheidung . . . . .	41
8. Erziehungsberechtigung bei Getrenntleben. . . . .	43
B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht . . . . .	44
I. Gerichtsorganisation . . . . .	44
1. Institutioneller Aufbau. . . . .	44
2. Sachliches Leitungssystem. . . . .	44
II. Verfahrensrecht . . . . .	45
1. Grundlagen . . . . .	45
2. Funktion und Aufgaben des gerichtlichen Verfahrens. . . . .	46
3. Grundzüge des Scheidungs- und Erziehungsrechtsverfahrens . . . . .	47
2. Kapitel: Schweiz . . . . .	51
A. Materielles Familienrecht . . . . .	51
I. Gesetzgebungszuständigkeit und gesetzliche Grundlagen . . . . .	51
II. Die Bedeutung der Bundesverfassung für das Familienrecht . . . . .	52
III. Allgemeines Kindschaftsrecht . . . . .	52

1. Elternrechte im Verhältnis zum Staat . . . . .	52
2. Das Verhältnis der Eltern zueinander . . . . .	54
3. Das Verhältnis von Eltern und Kindern . . . . .	54
IV. Scheidung und Scheidungsfolgen . . . . .	57
1. Statistischer Hintergrund . . . . .	57
2. Scheidung und Trennung . . . . .	57
a) Scheidung . . . . .	57
b) Ehetrennung . . . . .	58
3. Scheidungsfolgen (Überblick) . . . . .	59
V. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses . . . . .	61
1. Gesetzliche Grundlagen . . . . .	61
2. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab . . . . .	62
3. Bedeutung und Inhalt des Kindeswohls . . . . .	63
a) Allgemeine Aufgabe des Richters . . . . .	63
b) Rechtliche Definition des Kindeswohls . . . . .	64
c) Die richterliche Konkretisierung des Kindeswohls . . . . .	64
4. Die Bedeutung des gemeinsamen Elternvorschlags für den Richter . . . . .	68
5. Die Entscheidungsalternativen . . . . .	69
a) Zuteilung an Dritte . . . . .	69
b) Fortgesetzte gemeinsame elterliche Gewalt . . . . .	70
c) Teilung der elterlichen Gewalt . . . . .	70
d) Nebenbestimmungen . . . . .	70
6. Die Rechtsstellung der Eltern nach der Plazierungsentscheidung . . . . .	72
7. Die Änderung der Sorgeentscheidung . . . . .	73
8. Die elterliche Gewalt bei Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushalts . . . . .	74
B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht . . . . .	75
I. Gerichtsorganisation und Zuständigkeiten . . . . .	75
1. Gerichtssystem . . . . .	75
2. Sachliche Zuständigkeiten . . . . .	76
II. Verfahren . . . . .	77
1. Gesetzgebungszuständigkeit . . . . .	77
2. Einzelne Verfahrensfragen . . . . .	77
a) Oficialmaxime . . . . .	77
b) Freie Beweiswürdigung . . . . .	78
c) Anhörung der Eltern und der Vormundschaftsbehörde . . . . .	78
d) Verbundprinzip . . . . .	79

e) Genehmigungspflicht von Scheidungsvereinbarungen . . . . .	80
f) Sühneverhandlung . . . . .	80
3. Kapitel: Vereinigte Staaten von Amerika . . . . .	81
A. Materielles Familienrecht . . . . .	81
I. Gesetzgebungszuständigkeit . . . . .	81
II. Verfassungsrecht des Bundes . . . . .	82
1. Die Familie als verfassungsrechtliche Institution . . . . .	83
2. Ansatzpunkte verfassungsrechtlicher Kontrolle . . . . .	84
a) Schutz fundamentaler Rechte . . . . .	85
b) Gleichbehandlungsgebot . . . . .	86
III. Allgemeines Kindschaftsrecht . . . . .	88
1. Elternrechte im Verhältnis zum Staat . . . . .	88
2. Das Verhältnis der Eltern zueinander . . . . .	90
3. Das Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .	90
a) Dauer der Unmündigkeit . . . . .	90
b) Elterliches Sorgerecht und Kindesrecht . . . . .	91
IV. Scheidung, Trennung, Scheidungsfolgen . . . . .	93
1. Scheidung . . . . .	93
a) Statistischer Hintergrund . . . . .	93
b) Die rechtlichen Voraussetzungen der Scheidung . . . . .	94
2. Ehetrennung . . . . .	96
3. Scheidungsfolgen (Überblick) . . . . .	96
V. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses . . . . .	98
1. Gesetzesrecht . . . . .	98
2. Die rechtlichen Maßstäbe in ihrer richterrechtlichen Ausgestaltung . . . . .	100
a) Das Verhältnis von Richterrecht und Gesetzesrecht . . . . .	100
b) Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab . . . . .	101
c) Rechtsvermutungen zugunsten eines Elternteils und Chancengleichheit . . . . .	102
3. Die Entscheidungsfindung im Einzelfall . . . . .	105
a) Freiheit und Bindung des Richters . . . . .	105
b) Alternative Lösungsansätze . . . . .	106
4. Die Bedeutung des gemeinsamen Elternvorschlags . . . . .	109
5. Die Entscheidungsalternativen des Richters . . . . .	110
a) Sorgeübertragung auf Dritte . . . . .	110
b) Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach Scheidung . . . . .	112
c) Auflagen, Bedingungen, Nebenbestimmungen . . . . .	115

6. Die Rechtsstellung der Eltern nach der Plazierungsentscheidung . . . . .	117
a) Die Rechtsstellung des Sorgeberechtigten . . . . .	117
b) Nichtsorgeberechtigter Elternteil . . . . .	118
7. Die Änderung der Sorgerechtsentscheidung . . . . .	119
8. Das Sorgerecht bei Trennung von Tisch und Bett und faktischem Getrenntleben . . . . .	121
<b>B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht . . . . .</b>	<b>122</b>
I. Gerichtsaufbau und Zuständigkeiten . . . . .	122
1. Staatengerichte – Bundesgerichte . . . . .	122
2. Die mit Scheidung und Scheidungsfolgen befaßten Staatengerichte . . . . .	123
II. Das Sorgerechtsverfahren . . . . .	124
1. Verfahrensgrundsätze . . . . .	125
a) Scheidungsverbund . . . . .	125
b) Jury . . . . .	125
c) Adversary system . . . . .	126
d) Abweichungen vom adversary system . . . . .	127
(1) Ermittlungen und Entscheidungen von Amts wegen . . . . .	127
(2) Private Kindesanhörung . . . . .	128
(3) Ermittlungen und Bericht der Sozialbehörde . . . . .	128
(4) Streitige Verhandlung und Conciliation Courts . . . . .	129
2. Die Rolle von Sachverständigen . . . . .	129
3. Die Prozeßstellung des Kindes und seine Vertretung . . . . .	131
4. Die Sorgerechtsentscheidung . . . . .	132
<b>Teil B: Systematische Darstellung . . . . .</b>	<b>133</b>
<b>4. Kapitel: <u>Die Kindeswohl-Klausel als Rechtsprinzip: Zum rechts-</u></b> <b><u>theoretischen Grundverständnis der Kindeswohl-Norm</u> . . . . .</b>	<b>134</b>
A. Einführung . . . . .	134
B. Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation . . . . .	135
I. Problemstellung . . . . .	135
II. Die Funktion des Staates gegenüber der Scheidungsfamilie . . . . .	138
1. Diskussionsstand . . . . .	138
2. Stellungnahme . . . . .	140
C. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab . . . . .	143

I.	Die Normqualität des Kindeswohl-Begriffs: Zur Regelungsaufgabe des Gesetzgebers . . . . .	143
1.	Normsetzung und Einzelfallgerechtigkeit . . . . .	143
2.	Einzelne Kriterien für die Regelungsaufgabe des Gesetzgebers . . . . .	146
a)	Stellenwert richterlicher Gestaltung im Rechtssystem . . . . .	146
b)	Gesellschaftliches Wert- und Normensystem . . . . .	149
c)	Stabilisierungseffekt der Rechtsmethodik . . . . .	153
d)	Rechtliches Informationssystem . . . . .	154
e)	Zwischenergebnis . . . . .	155
3.	Schlußfolgerungen für das Recht der Bundesrepublik . . . . .	155
a)	Sachlicher Befund . . . . .	155
b)	Ergebnis . . . . .	159
II.	Die Normfunktion des Kindeswohl-Prinzips . . . . .	162
1.	Verweisungsmodelle . . . . .	163
a)	Verweisung auf außerrechtliche Kindeswohl-Maßstäbe . . . . .	163
b)	Verweisung auf die subjektive richterliche Überzeugung . . . . .	165
2.	Das Kindeswohl als im Einzelfall zu aktualisierender Wertmaßstab . . . . .	167
3.	Abgrenzungen . . . . .	170
a)	Kindeswohl und Billigkeitsprinzip . . . . .	170
b)	Das Kindeswohl als „positiver Standard“ . . . . .	171
c)	Verkürzungen des Normbereichs . . . . .	171
D.	Zusammenfassung . . . . .	173
<b>5. Kapitel: Der sachliche Aussage- und Wirkungsbereich der Kindeswohl-Norm bei Sorgerechtsentscheidungen . . . . .</b>		<b>175</b>
A.	Die materiellrechtliche Bedeutung des Kindeswohls im allgemeinen . . . . .	176
I.	Rechtliche Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls . . . . .	176
1.	Unmittelbare Kriterien für die Sorgerechtsregelung im Recht der Bundesrepublik Deutschland . . . . .	176
a)	Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen . . . . .	176
b)	Die inneren Bindungen des Kindes . . . . .	178
c)	Die positive Beziehung des Kindes zu beiden Eltern . . . . .	181
d)	Sonstige Kriterien . . . . .	182
2.	Wertmaßstäbe der umgebenden Rechtsordnung . . . . .	183
a)	Konturen einer rechtlich vorgezeichneten Erziehung . . . . .	183
aa)	Erziehungsziele im allgemeinen . . . . .	183
bb)	Erziehungsmethoden im allgemeinen . . . . .	186
cc)	Einzelne Erziehungsziele und ihre Konsequenzen für Sorgerechtsentscheidungen . . . . .	189

(1) Selbstentfaltung und Anpassung . . . . .	189
(2) Folgerungen . . . . .	192
(11) Partnerschaftlicher Erziehungsstil . . . . .	192
(22) Demokratische Erziehung . . . . .	196
(33) Förderung individueller Kindesanlagen . . . . .	200
b) Rechtliche Anforderungen an Persönlichkeit und persönliches Verhalten von Eltern . . . . .	202
ii) Die Abgrenzung des Kindesinteresses gegenüber anderen Interessen . . . . .	204
1. Problemstellung . . . . .	204
2. Die Bedeutung des Kindeswohls gegenüber Eltern- und Familieninteressen . . . . .	206
a) Die Interessenabgrenzung im Rahmen der allgemeinen elterlichen Sorge . . . . .	207
aa) Thematische Eingrenzung . . . . .	207
bb) Fremd- oder Eigennützigkeit der elterlichen Sorge . . . . .	209
b) Elterninteressen im Rahmen der richterlichen Sorgerechtsentscheidung . . . . .	214
aa) Der Primat des Kindesinteresses . . . . .	214
bb) Grenzen des Kindeswohl-Primats . . . . .	216
cc) Die Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls . . . . .	218
c) Der Primat des Kindeswohls in Einzelbeispielen . . . . .	219
aa) Kindeswohl und Gleichberechtigungsinteresse der Eltern . . . . .	219
(1) Das Verhältnis von Kindeswohl- und Gleich- berechtigungsgrundsatz im allgemeinen . . . . .	219
(2) Einzelausprägungen des elterlichen Gleichberechtigungsinteresses . . . . .	225
bb) Das Interesse des ehetreuen Elternteils . . . . .	227
cc) Die elterliche Religionsfreiheit . . . . .	229
(1) Problemstellung . . . . .	229
(2) Grundsatz der Staatsneutralität . . . . .	230
(3) Beeinträchtigungen des Kindeswohls . . . . .	232
3. Kindeswohl und Gesellschaftsinteresse . . . . .	235
a) Definition der Gesellschaftsinteressen . . . . .	235
b) Grundsätzliches Verhältnis zum Kindesinteresse . . . . .	236
c) Die besondere Problematik von Gesellschaftsinteressen . . . . .	238
d) Sittliche Maßstäbe in Sorgerechtsentscheidungen . . . . .	242
aa) Fragestellung . . . . .	243
bb) Das Erfordernis der Kindbetroffenheit . . . . .	243
cc) Mittelbare Betroffenheit des Kindes . . . . .	245
dd) Der Stellenwert sittlicher Eindrücke im Rahmen des Gesamtkindeswohls . . . . .	248

e) Ergebnis . . . . .	250
4. Die Bedeutung von Drittinteressen bei ausgewogenen Verhältnissen . . . . .	251
5. Zusammenfassung . . . . .	252
III. Die Beurteilung des Kindeswohls jenseits materiellrechtlicher Wertungen . . . . .	253
1. Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls . . . . .	254
2. Die Bindungen des Richters bei der Kindeswohl- Konkretisierung im übrigen . . . . .	255
<b>B.</b> Der Wille des Kindes . . . . .	255
I. Der Kindeswille als rechtlich beachtlicher Faktor des Kindeswohls . . . . .	255
II. Die beiden Grundfunktionen des Kindeswillens . . . . .	257
III. Der Kindeswille als Ausdruck der inneren Bindung des Kindes an einen Elternteil . . . . .	261
1. Altersgrenzen . . . . .	262
2. Geistige Reife . . . . .	263
3. Der beeinflusste Kindeswille . . . . .	264
IV. Der Kindeswille als Selbstbestimmung . . . . .	266
1. Grundsätzliche Beachtlichkeit kindlicher Selbstbestimmung . . . . .	266
2. Kindliche Selbstbestimmung als formelle Entscheidungskompetenz oder als materielles Kindeswohl-Kriterium . . . . .	271
a) Legislative Gestaltungsmöglichkeiten . . . . .	271
b) Stellungnahme . . . . .	273
3. Einzelfragen . . . . .	277
a) Das Alter des Kindes . . . . .	277
b) Die Begründetheit des Kindeswillens . . . . .	279
c) Das Gewicht des Kindeswillens . . . . .	280
V. Zusammenfassung . . . . .	282
<b>C.</b> Die Zuständigkeitsverteilung für die Kindeswohl-Konkretisierung zwischen Staat und Eltern . . . . .	283
I. Rechtsvergleichender Überblick . . . . .	283
II. Das grundsätzliche Verhältnis von elterlicher und richterlicher Entscheidungszuständigkeit . . . . .	286
1. Die rechtliche Fragestellung . . . . .	286
2. Kindeswohl und Elternvereinbarung . . . . .	287
a) Die Vermutung besserer Kindeswohl-Konkretisierung durch die Eltern . . . . .	287

b) Der Befriedigungsaspekt . . . . .	290
c) Der Verzicht des nicht vorgeschlagenen Elternteils . . . . .	291
3. Die Funktion des Staates bei Sorgerechtsvereinbarungen . . . . .	292
a) Die Elternautonomie als Ausgangspunkt . . . . .	292
b) Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation . . . . .	294
4. Ergebnis . . . . .	297
III. Folgerungen für die richterliche Kontrollaufgabe . . . . .	298
1. Definition der vorrangbegründenden Elterneinigung . . . . .	298
2. Kontrollmaßstab des Richters . . . . .	301
IV. Die äußere Gestaltungsfreiheit der Eltern . . . . .	305
1. Problemstellung . . . . .	305
2. Der Inhalt differenzierender Elternvereinbarungen . . . . .	307
3. Differenzierende Elternvorschläge und unmittelbare Kindesinteressen . . . . .	309
a) Zeitliche Aufteilungen . . . . .	309
b) Sachliche Aufspaltungen . . . . .	311
c) Zwischenbilanz: Der Regelungssachverhalt aus der Sicht des Gesetzgebers . . . . .	312
4. Die Wächterfunktion des Gesetzgebers insbesondere bei Vorschlägen zugunsten gemeinsamen Sorgerechts . . . . .	314
5. Zusammenfassung . . . . .	318
V. Die familienautonome Konfliktlösung: Ausgangspunkt und Ziel staatlicher Reformbestrebungen . . . . .	319
<b>D</b> Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen . . . . .	322
I. Problemstellung . . . . .	322
II Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen aus der Sicht des Kindesinteresses . . . . .	327
1. Die Interessenlage des Kindes . . . . .	327
a) Änderungsfeindliche Interessen des Kindes . . . . .	327
b) Kindesinteressen an einer Änderung . . . . .	330
aa) Kontinuität und Stabilität . . . . .	330
bb) Sonstige Wechselinteressen . . . . .	333
(1) Veränderung der Lebensverhältnisse . . . . .	333
(2) Fehlplazierungen und scheidungsbedingte Veränderungen im Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .	336
(3) Entwicklungsbedingte Wechsel Tendenzen des Kindes . . . . .	337
2. Der Einfluß kindesfremder Gesichtspunkte bei Änderungsanträgen und -entscheidungen . . . . .	339
a) Elterninteressen . . . . .	340

- b) Gesellschaftsinteressen . . . . .
- 3. Zwischenbilanz . . . . .
- III. Das Verhältnis von Staat und nahehehlicher Teilfamilie . . . . .
- 1. Fragestellung . . . . .
- 2. Die Auswirkungen des elterlichen Änderungsstreits . . . . .
- 3. Die Schutzfunktion des Staates bezüglich der  
Änderungsinteressen des Kindes . . . . .
- a) Das psychosoziale Verhältnis zum nichtsorge-  
berechtigten Elternteil . . . . .
- b) Das biologische Eltern-Kind-Verhältnis . . . . .
- aa) Das Recht des biologischen Elternteils . . . . .
- bb) Die Bedeutung der biologischen Beziehung  
für das Kind . . . . .
- IV. Ergebnis . . . . .
- V. Die rechtliche Ausgestaltung der Eingriffsschwelle bei  
Sorgerechtsänderungen . . . . .
- 1. Verfahrensrechtliche Ansätze . . . . .
- a) Ausschließliches Klagerecht des Jugendamtes . . . . .
- b) Richterliche Vorprüfung . . . . .
- c) Kostensanktion . . . . .
- 2. Materiellrechtliche Gestaltung . . . . .
- a) Zeitweiliger Ausschluß der Änderungsmöglichkeit . . . . .
- b) Abstrakte Definition der Eingriffsvoraussetzungen . . . . .
- aa) Bezugnahme auf das allgemeine Kindesschutzrecht . . . . .
- bb) Spezifische Änderungsvoraussetzungen . . . . .

**6. Kapitel: Die richterliche Konkretisierung des Kindeswohl-Maßstabs  
im Einzelfall** . . . . .

- A. Rechtstheoretische Fragestellung: Die Konkretisierung des Kindeswohls als  
Problem der Entscheidungslegitimierung . . . . .
- B. Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung . . . . . 367
- 1. Die Ermittlung des konkreten Sachverhalts . . . . . 368
- 1. Die Verantwortung des Gerichts für die Sachaufklärung . . . . . 368
- a) Der Amtsermittlungsgrundsatz . . . . . 368
- b) Die Verantwortungsfähigkeit des Gerichts . . . . . 370
- 2. Umfang der notwendigen Ermittlungen . . . . . 371
- a) Grundsatz umfassender Sachaufklärung . . . . . 372
- b) Sachaufklärung bei übereinstimmendem Elternvorschlag . . . . . 373
- 3. Die konkrete Situation des Kindes als Ermittlungsthema . . . . . 375

a) Die Leitfunktion des Sachverhalts. . . . .	375
b) Die Individualisierung allgemeiner Seinsinterpretationen. . . . .	376
Die Rechtfertigung tatsächlicher Feststellungen . . . . .	377
1. Problemstellung . . . . .	377
2. Die Rechtfertigung allgemeiner Kindeswohl-Grundsätze im einzelnen . . . . .	379
erfindung . . . . .	381
Einführung . . . . .	381
Grundelemente der Wertkonkretisierung im vom Recht offengelassenen Bereich des Kindeswohls (originäre Wertfindung) . . . . .	382
1. Rationalität . . . . .	382
2. Generalisierbarkeit . . . . .	385
3. Konsens und Konsensfähigkeit . . . . .	388
a) Grundproblematik konsensorientierter Rechtsfindung . . . . .	388
aa) Rechtsidee und Gerechtigkeitskonsens . . . . .	388
bb) Einwände gegen konsensorientiertes Denken . . . . .	392
(1) Der normative Anspruch des objektiven Rechts . . . . .	392
(2) Der materiale Qualitätsvorsprung des Rechts . . . . .	393
(3) Verkürzung richterlicher Verantwortung . . . . .	394
b) Konsens und Konsensfähigkeit als Richtpunkte originärer Wertfindung . . . . .	395
aa) Die Korrektivfunktion allgemeiner Wertvorstellungen . . . . .	395
bb) Kindeswohl-Grundsätze der Wissenschaften . . . . .	398
4. Begründung der Wertfindung . . . . .	399
a) Die Begründung als konstitutives Element der Entscheidungslegitimation . . . . .	399
b) Die legislative Ausgestaltung der Begründungspflicht . . . . .	401
c) Die Begründung speziell bei originären Wertbildungen . . . . .	403
5. Zusammenfassung . . . . .	405
11. Die Übernahme vorstrukturierter Kindeswohl-Kriterien . . . . .	406
1. Methodische Eigenständigkeit der Wertübernahme . . . . .	406
a) Begriff der Wertübernahme . . . . .	406
b) Die grundsätzliche Legitimität von Wertübernahmen . . . . .	407
c) Die Legitimierung von Wertübernahmen im Einzelfall . . . . .	410
2. Wertmaßstäbe der Allgemeinheit . . . . .	411
a) Fragestellung . . . . .	411
b) Die sachliche Legitimationskraft von Allgemeinüberzeugungen . . . . .	412
aa) Sachliche Urteilsfähigkeit der Allgemeinheit . . . . .	413
bb) Die notwendige Konsensdichte . . . . .	416

c)	Der methodische Stellenwert der Allgemeinüberzeugung als Legitimationsfaktor für Wertkonkretisierungen . . . . .	417
3.	Kindeswohl-Kriterien der Wissenschaften . . . . .	419
a)	Problemstellung . . . . .	419
aa)	Thematische Präzisierung . . . . .	419
bb)	Diskussionsstand . . . . .	420
b)	Generelle Leistungsmöglichkeiten und -grenzen der für das Kindes- wohl maßgeblichen Wissenschaften . . . . .	421
aa)	Der sachliche Aussagebereich . . . . .	422
bb)	Die „Wissenschaftlichkeit“ der Ergebnisse . . . . .	423
cc)	Grundsätzliche Bedeutung der Fachwissenschaften für die Kindeswohl-Konkretisierung . . . . .	425
c)	Vorbehalte und Fehlerquellen bei Aussagen zum Kindeswohl . . . . .	426
aa)	Methodische Probleme empirischer Forschungen . . . . .	426
(1)	Die Fragestellung der Untersuchungen . . . . .	426
(2)	Fehlerquellen bei der Ergebnisformulierung . . . . .	427
bb)	Das Problem der Objektivität . . . . .	431
(1)	Die Kulturabhängigkeit humanwissenschaftlicher Erkenntnisse . . . . .	432
(2)	Vorurteile und Ideologien . . . . .	434
d)	Ergebnis . . . . .	437
4.	Kindeswohl-Grundsätze der Rechtsprechung . . . . .	439
a)	Einführung . . . . .	439
b)	Grundlagen sachlicher Legitimationskraft . . . . .	440
aa)	Die sachliche „Richtigkeitsgewähr“ richterlicher Erkenntnisse . . . . .	440
bb)	Das Konsenselement bei richterlichen Kriterien . . . . .	443
c)	Kindeswohl-Kriterien der Rechtspraxis: Schwächen und Vorbehalte . . . . .	446
aa)	Die Unschärfe richterlicher Regeln . . . . .	446
bb)	Vorurteile, mangelnde Kindesorientiertheit . . . . .	448
d)	Ergebnis sowie das Beispiel des Muttergrundsatzes . . . . .	449
IV.	Die richterliche Verantwortung beim konkreten Einsatz von Wertungen . . . . .	452
1.	Die richterliche Kontrollfunktion im allgemeinen . . . . .	452
2.	Kontrolle von Sachverständigengutachten . . . . .	453
a)	Grundsätzliche Problematik der richterlichen Kontrolle . . . . .	453
b)	Maßstäbe der richterlichen Kontrolle . . . . .	456
aa)	Darstellung und Begründung des Erkenntnisprozesses . . . . .	457
bb)	Gründlichkeit der Exploration . . . . .	457
cc)	Wissenschaftliche Abgesicherheit . . . . .	458
dd)	Innere Widerspruchsfreiheit . . . . .	461

ee) Objektivität . . . . .	462
c) Zusammenfassung . . . . .	464
3. Die Individualisierung allgemeiner Kriterien . . . . .	465
a) Grundsatz und Problemstellung . . . . .	465
b) Aktualisierung des Regelsinns . . . . .	467
c) Vermutungen, Erfahrungssätze, „allgemeine Erwägungen“ . . . . .	468
Ⅴ. Wertintegration . . . . .	472
1. Begriff und Problemstellung . . . . .	472
2. Möglichkeiten sachlicher oder methodischer Vorstrukturierung . . . . .	473
3. Rationalität der Wertintegration . . . . .	477
a) Verbleibende Bedeutung des Rationalitätsgebots . . . . .	477
b) Unzulänglichkeiten der Sorgerechtspraxis . . . . .	479
c) Ergebnis . . . . .	482
4. Die Entscheidung bei gleichgelagerten Verhältnissen. . . . .	482
a) Fragestellung . . . . .	482
b) Die Auswirkungen von Entscheidungsregeln auf den Prozeß der Kindeswohl-Konkretisierung . . . . .	484
c) Ergebnis . . . . .	485
aa) Kindeswohl-Kriterien. . . . .	485
bb) Kindeswohlfremde Kriterien . . . . .	487
Lit:raturverzeichnis . . . . .	489
Sacregister . . . . .	521

# Abkürzungsverzeichnis

A.	Atlantic Reporter
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angeführten Ort
A.B.A.	American Bar Association
A.B.A.J.	American Bar Association Journal
Abs.	Absatz
A.c.P.	Archiv für civilistische Praxis
AKF-Berichte	Berichte der Arbeitsgemeinschaft für Katholische Familienbildung e.V., Bonn
Ala.	Alabama
ALR	American Law Reports
Am. J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am. J.L.+Med.	American Journal of Law and Medicine
Am. J. Orthopsych.	American Journal of Orthopsychiatry
Am. J. Psych.	American Journal of Psychiatry
Am. Jur. 2d	American Jurisprudence, 2d Edition
Amtsber.	Amtsbericht des Obergerichts Basel-Land
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Ann.	Annotated
App.	Court of Appeals
App. Div.	Appellate Division
App.G.	Appellationsgericht
Ariz.	Arizona
Ariz. Rev. Stat.	Arizona Revised Statutes
Ark.	Arkansas
Ark. L. Rev.	Arkansas Law Review
Ark. Stat. Ann.	Arkansas Statutes Annotated
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Basel-L.	Basel-Land
Basel-S.	Basel-Stadt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
Bez.Rat	Bezirksrat
BG	Bundesgericht (Schweiz)
BG (mit Ortsnamen)	Bezirksgericht (DDR)

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtshofs, Amtliche Sammlung
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung
Binn.	Binney's Pennsylvania Supreme Court Reports
BJM	Baseler Juristische Mitteilungen
BT-Dricks.	Bundestags-Drucksache
Buff. L.Rev.	Buffalo Law Review
Bull. A.A.P.L.	Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Amtliche Sammlung
By. L.Rev.	Baylor Law Review
Cal.	California
Cal. App.	California Court of Appeals
Cal. Civ.Code	California Civil Code
Cal. L.Rev.	California Law Review
Cal. Rptr.	California Reporter
C.app.	Cour d'appel
C.d. Justice Genève	Cour de Justice Genève
Cent. Code	Central Code
cert.	certiorari (Annahme zur verfassungsgerichtlichen Über- prüfung durch den US-Supreme Court)
Chap.	Chapter
CILSA	The Comparative and International Law Journal of Southern Africa (Pretoria)
Cir.	Circuit
Civ.	Civil
CJS	Corpus Juris Secundum
Colo.	Colorado
Colo. Rev. Stat.	Colorado Revised Statutes
conc. op.	concurring opinion
Conn.	Connecticut
Conn. Gen. Stat. Ann.	Connecticut General Statutes Annotated
C.P.	Common Pleas
Ct.	Court
Cty.	County
cum.	cumulative
Cumb	Cumberland Law Journal

## Abkürzungsverzeichnis

D.	District
DA	Deutschland-Archiv
Daedalus	Proceeding of the American Academy of Arts and Science (Daedalus)
D.C.	District of Columbia
DDR	Deutsche Demokratische Republik
Dela.	Delaware
Dela. Code Ann.	Delaware Code Annotated
Denver L. J.	Denver Law Journal
ders. / dies.	derselbe / dieselbe(n)
DFGT	Deutscher Familiengerichtstag
d.h.	das heißt
Dick. L. Rev.	Dickinson Law Review
diss. op.	dissenting opinion
Dist. Ct.	District Court
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
Dom. Rel. Law.	Domestic Relations Law
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
dtisch.	deutsch
E. D.	East District
Einl.	Einleitung
Einl. Pr. ALR	Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
Eng. Rep.	English Reports
E.R.A.	Equal Rights Amendment
EuRGZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
Extraits	Extraits des Principaux Arrêts, Fribourg
f. / ff.	folgende, fortfolgende
F.	Federal Reporter
Fam. Adv.	Family Advocate
Fam. Code	Family Code
Fam. Coordinator	Family Coordinator
Fam. Ct.	Family Court
Fam. L.	Family Law (England)
Fam. L. Q.	Family Law Quarterly
Fam. L. Sec.	Family Law Section
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
F. Cas.	Federal Cases (1789-1880)
Festschr.	Festschrift
Festschr. Tüb. Jur. Fak.	Festschrift der Tübinger Juristischen Fakultät

FGB	Familiengesetzbuch (DDR)
Fla.	Florida
Fla. Stat. Ann.	Florida Statutes Annotated
FLR	Family Law Reporter
Fn.	Fußnote
FRES	Entscheidungssammlung zum gesamten Bereich von Ehe und Familie
Ga.	Georgia
Ga. Code Ann.	Georgia Code Annotated
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GBL	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
Harv. Cv. Rights – Civ. Lib. L. Rev.	Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review
Harv. Ed. Rev.	Harvard Educational Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Haw. Rev. Stat.	Hawai Revised Statutes
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
Id.	Idaho
Id. Code	Idaho Code
i.d.F.	in der Fassung
Ill.	Illinois
Ill. Rev. Stat.	Illinois Revised Statutes
Ill. Anr. Stat.	Illinois Annotated Statutes
Ind.	Indiana
Ind. Code Ann.	Indiana Code Annotated
Int. Encycl. Comp. L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int. J. L. + Psych.	International Journal of Law and Psychiatry
Iowa Code Ann.	Iowa Code Annotated
i.S.	im Sinne
ISFL	International Society on Family Law
J.	Judge
J. Am. Acad. Child Psych.	Journal of the American Academy of Child Psychiatry
J. Child Psych.	Journal of Child Psychiatry
J. Fam. L.	Journal of Family Law
JH	Jugendhilfe (DDR)

## Abkürzungsverzeichnis

J. Marr. and the Fam.	Journal of Marriage and the Family
Johns.	Johnson's Reports
JT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
Justizdep.	Justizdepartment
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung
Kan.	Kansas
Kan. Stat. Ann.	Kansas Statutes Annotated
KantG	Kantonsgericht
Kap.	Kapitel
KassG	Kassationsgericht
K.B.	King's Bench, English Law Reports
KG	Kammergericht
Ky.	Kentucky
Ky. Rev. Stat.	Kentucky Revised Statutes
La.	Louisiana
La. Civ. Code Ann.	Louisiana Civil Code Annotated
L. + Cont. Prob.	Law and Contemporary Problems
L. Ed.	Lawyers' Edition Supreme Court Reports
L. J.	Law Journal
Lofft's Rep.	Lofft English King's Bench Reports
L. Rev.	Law Review
L. + Soc. Rev.	Law and Society Review
l. Sp.	linke Spalte
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
Mass.	Massachusetts
Mass. Gen. Laws Ann.	Massachusetts General Law Annotated
Md.	Maryland
Md. Ann. Code	Maryland Annotated Code
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Me.	Maine
Me. Rev. Stat.	Maine Revised Statutes
Mich.	Michigan
Mich.Comp.Laws Ann. (MCLA)	Michigan Compiled Laws Annotated
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn.	Minnesota
Minn. Stat. Ann.	Minnesota Statutes Annotates
Miss.	Mississippi

Miss. Code Ann.	Mississippi Code Annotated
Mo.	Missouri
Mo. Ann. Stat.	Missouri Annotated Statutes
Mo. Rev. Stat.	Missouri Revised Statutes
Mont.	Montana
Mont. Co. L. Rep.	Montgomery County Law Reports
Mont. Rev. Code Ann.	Montana Revised Codes Annotated
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
N. / Nr.	Nummer
N.C.	North Carolina
N.C.Gen. Stat.	North Carolina General Statutes
N.C. Central L. J.	North Carolina Central Law Journal
N.D.	North Dakota
N.D.Cent. Code	North Dakota Central Code
N.E.	North Eastern Reporter
Neb.	Nebraska
Neb. Rev. Stat.	Nebraska Revised Statutes
Nev.	Nevada
Nev. Rev. Stat.	Nevada Revised Statutes
N.H.	New Hampshire
N.H. Rev. Stat.	New Hampshire Revised Statutes
NJ	Neue Justiz
N.J.	New Jersey
N.J. Rev. Stat. Ann.	New Jersey Revised Statutes Annotated
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.M.	New Mexico
N.M. Stat. Ann.	New Mexico Statutes Annotated
N.W.	North Western Reporter
N.W.U.L.Rev.	North Western University Law Review
N.Y.	New York
N.Y.L. J.	New York Law Journal
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
N.Y.S.	New York Supplement
OberG	Obergericht (Schweiz)
OG	Oberstes Gericht der DDR
OG-Richtlinie	Richtlinie des Obersten Gerichts der DDR
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
Ohio Rev.Code Ann.	Ohio Revised Code Annotated
Okla.	Oklahoma
Okla. Stat. Ann.	Oklahoma Statutes Annotated
OLG	Oberlandesgericht

## Abkürzungsverzeichnis

OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
Ore.	Oregon
Ore. Rev. Stat.	Oregon Revised Statutes
P.	Pacific Reporter
Pa.	Pennsylvania
Pa. Stat. Ann.	Pennsylvania Statutes Annotated
Proceedings ISFL	Proceedings of the First World Conference of the International Society on Family Law (Hrsg. Bates): The Child and the Law, Vol. I. II (1976)
RebelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens
Rdn.	Randnote
Reg. Ent.	Regierungsentwurf
Reg. Rat.	Regierungsrat
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Schweiz)
Rev.	Review; Revised
R.I.	Rhode Island
R.I. Gen. Laws	Rhode Island General Laws
ROW	Recht in Ost und West
r.Sp.	rechte Spalte
RuG	Recht und Gesellschaft
s.	siehe
S.C.	South Carolina
S.C. Code	South Carolina Code
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D.	South Dakota
S.D. Comp. Laws Ann.	South Dakota Compiled Laws Annotated
S.E.	South Eastern Reporter
sec.	section
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
Sem. Jud.	Semaine Judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
So.	Southern Reporter
South. Cal. Ed.	Southern California Edition
Soz. Erz.	Sozialistische Erziehung
Sup. Ct.	Supreme Court
Sup. Ct. Rev.	Supreme Court Review
Super. Ct.	Superior Court
Suppl.	Supplement
S.W.	South Western Reporter

Sw. L. J.	Southwestern Law Journal
Syracuse L. Rev.	Syracuse Law Review
Schöffe	Der Schöffe (DDR)
StadtBG	Stadtbezirksgericht (DDR)
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Stat.	Statute
StAZ	Das Standesamt
Sten.Bull.	Stenografisches Bulletin
StuR	Staat und Recht
Tex.	Texas
Tex. Civ. App.	Texas Civil Court of Appeals
Tex. Fam. Code	Texas Family Code
Tex. Tech L. Rev.	Texas Tech Law Review
Tenn.	Tennessee
Tenn. Code Ann.	Tennessee Code Annotated
Tit.	Title
u.a.	unter anderem
UCCJA	Uniform Child Custody Jurisdiction Act
U.C.Davis L. Rev.	University of California Davis Law Review
U.Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.Colo. L. Rev.	University of Colorado Law Review
U.J.	Unsere Jugend
ULA	Uniform Laws Annotated
UMDA	Uniform Marriage and Divorce Act
Urb.+ Soc.Change Rev.	The Urban and Social Change Review
U. Rich.L. Rev.	University of Richmond Law Review
U. S.	United States Supreme Court Reports
v.	versus
Va.	Virginia
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
vgl.	vergleiche
Vt.	Vermont
Vt. Stat. Ann.	Vermont Statutes Annotated
Wash.	Washington
Wash. Rev. Code Ann.	Washington Revised Code Annotated
Wheat.	Wheaton's Reports (14-25 U.S.)
Willamette L. J.	Willamette Law Journal

## Abkürzungsverzeichnis

Wisc.	Wisconsin
Wisc. Stat. Ann.	Wisconsin Statutes Annotated
w.N.	weitere Nachweise
W.Va.	West Virginia
Wyo.	Wyoming
Yale L. J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZbernJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt
ZfgesStaatsRW	Zeitschrift für die gesamten Staatsrechtswissenschaften
ZfKinder-Jug.Psych.	Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie
ZfRV	(Öst.) Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfVorm	Zeitschrift für Vormundschaftswesen (Schweiz)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZR	Blätter für Zürcher Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (neue Folge)
zust.	zustimmend
ZvglRW	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

(Zur Zitierweise US-amerikanischer Entscheidungen: Bei Entscheidungen des obersten Gerichtes eines Staates ist nur die Abkürzung des Staatennamens angegeben. Bei Entscheidungen anderer Gerichte sind dem Staatennamen entsprechende Zusätze beigefügt.)

# Einleitung

## I. Die sich aus dem Kindeswohl-Prinzip ergebenden Fragestellungen

### 1. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab: Wert- und Rationalitätsproblematik

Seit *Hedemann* ist die „Flucht in die Generalklauseln“<sup>1</sup> ein immer wiederkehrendes Thema der Zivilrechtstheorie, das auch im Rahmen der Kritik am Kindeswohl-Prinzip aufgegriffen worden ist<sup>2</sup>. Da Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe von Anbeginn zu den Strukturelementen des BGB gehörten und von der Rechtsprechung und Dogmatik im wesentlichen auch „verarbeitet“ worden sind, sind die Ursachen der in jüngerer Zeit zunehmenden Unzufriedenheit mit der Legislative jedoch in einer tieferen Schicht zu suchen. Nicht das Unterlassen weitergehender normativer Ausgestaltung von Tatbeständen steht im Vordergrund, sondern das Fehlen materialer Akzentsetzung überhaupt, verschleiert durch inhaltsleere Formeln, die sich im Verweis auf den Einzelfall erschöpfen. In diesem Zusammenhang ist von gesetzlichen Scheinregelungen die Rede<sup>3</sup>, vom legislativen „Nichtssagenwollen“<sup>4</sup> oder auch davon, daß von einem unfähigen Gesetzgeber „die Billigkeit aufgegriffen wird wie ein Narkotikum“<sup>5</sup>.

Der Vorwurf mangelnden normativen Gehalts wird auch gegen den Gesetzesbegriff Kindeswohl erhoben<sup>6</sup>. Er erschließe sich praktisch allen Deutungsmöglichkeiten<sup>7</sup>, sei nicht mehr als ein abstrakter Formalbegriff<sup>8</sup> und lasse die Entwicklung faßbarer Anweisungen und konkreter Entscheidungshilfen für den Richter nicht zu<sup>9</sup>. Ins Positive gewendet, erscheint dieser Sicht die Sorgerechtsentscheidung am Maß-

1 So der Titel von *Hedemanns* Monographie aus dem Jahre 1933, vgl. auch dort S. 66.

2 *Jayme*, FamRZ 1975, 1; vgl. *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 104 f. („Flucht in die Billigkeit“). Die grundsätzliche Kritik *Hedemanns* ist insbesondere von *Diederichsen* aktualisiert worden, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Karlsruhe 1974.

3 *Fischer*, Weiterbildung S. 22 f.; vgl. auch *Topitsch*, Logik S. 28 („pseudonormative Leerformeln“, allerdings im Zusammenhang mit wissenschaftlicher Begriffsbildung).

4 *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 146.

5 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 105; vgl. auch ders., Festschrift Tüb. Jur. Fak. S. 194.

6 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 299, 316, 317; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 468; *Finger* S. 306; *Hinz*, Kinderschutz S. 32 f.; *Jayme*, FamRZ 1975, 1; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 606; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 398; ders., Festschr. Hinderling S. 146; *Quambusch*, ZBlJR 1974, 140; *Wieacker*, Festschr. Weber S. 440; *Kübn/Münder*, Sozialwissenschaften S. 111.

7 *Dieckmann* a.a.O., S. 299, 316.

8 *Diederichsen* a.a.O. S. 468.

9 *Finger* S. 306. Ähnlich *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 490 für den Fall nicht extrem ungleicher Verhältnisse bei beiden Eltern („ein gutes Stück Willkür“).

stab des Kindeswohls als ein legitimer Fall des „social engineering“, d.h. der regel-freien Vernunft- und Zweckverwirklichung<sup>10</sup>.

Vergleichbare Wertungen des Kindeswohl-Maßstabs finden sich in der US-amerikanischen Diskussion. *Matza* hat die These aufgestellt, Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit durch die Kindeswohl-Klausel sei eine Mystifikation<sup>11</sup>, die richterliche Entscheidungsfindung werde nicht geleitet, sondern eher verschleiert. Der fundierteste und massivste Angriff gegen die Verwendung des Kindeswohl-Begriffs stammt aber von *Mnookin*<sup>12</sup>: Es handele sich um einen Maßstab, dem jede determinierende Wirkung fehle. Seine Anwendung setze voraus, daß der Richter umfassend informiert sei über das, was für das Kind förderlich ist, daß er die weitere Entwicklung vorhersehen könne und daß ihm ein verbindliches Wertsystem zur Verfügung stehe<sup>13</sup> – Voraussetzungen, deren Fehlen das Kindeswohl für Gesetzgeber wie Richter gleichermaßen unpraktikabel mache<sup>14</sup> und auch jede Rationalität der Entscheidung verhindere. Dem Richter komme deshalb eine dem Wirtschaftsfunktionär entsprechende „managerial role“ zu – dort Gewinnmaximierung, hier Kindeswohl-Maximierung in freier Verantwortung<sup>15</sup>, wobei der Manager noch den Vorteil eines definierbaren und meßbaren Handlungsziels habe<sup>16</sup>.

Die Überzeugung von der Inhaltslosigkeit des Kindeswohl-Maßstabs führt in letzter Konsequenz zu Überlegungen, die Sorgeverteilung auch formell aus dem Recht auszulagern und andere Verteilmechanismen zu etablieren – Schiedsgerichte, Losverfahren, Kinderauktion zwischen den Eltern<sup>17</sup>. Neben den Vorteilen der Schnelligkeit und des geringen Aufwands gäben, so argumentiert man, diese Regelungen nicht vor, Gerechtigkeitsverwirklichung zu sein – ein Anspruch, den letztlich auch das gerichtliche Verfahren nicht einlösen könne<sup>18</sup>. Weniger radikal, aber der Tendenz nach ebenfalls Flucht aus allumfassender gerichtlicher Kindes-

10 *Wieacker*, Festschr. Weber S. 440. Der Begriff des "social engineering" wurde – ohne positiven Nachhall – von *Zweigert* in die deutsche Diskussion eingeführt, *Die Zeit* v. 21.2. 1969 (Nr. 8) S. 56; kritisch dazu *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 150.

11 *Delinquency* S. 115. Dieser Ausdruck ist über *Mnookin* (*FamRZ* 1975, 4) auch von der deutschen Literatur übernommen worden, vgl. *Hinz*, *Kindeschutz* S. 32 f.; *Finger* S. 306; *Diederichsen*, Festschr. Beitzke S. 184.

12 39 L.& Cont.Prob. 226 ff. (1975); vgl. auch schon 43 *Harv.Ed.Rev.* 599 ff. (1973), auszugsweise übersetzt in *FamRZ* 1975, 1 ff. Vgl. daneben *Wald*, 27 *Stan.L.Rev.* 985 ff. (1975) für den Bereich des Kindeschutzes; *Oster*, 5 *J.Fam.L.* 21 ff. (1965). Für England: *Bean*, 6 *Fam.L.* 119 ff. (1976).

13 a.a.O. S. 255 ff.; 43 *Harv.Ed.Rev.* 615 ff., 628.

14 a.a.O. S. 264.

15 a.a.O. S. 255, im Anschluß an *L. Fuller*; vgl. auch die Formulierungen „psychologisches Krisenmanagement“ (*Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 146) und "social engineering", (bei Fn. 10).

16 a.a.O. S. 261. Einer derartigen Auffassung neigen auch immerhin vier Richter des US-Supreme Court zu, vgl. *Belotti v. Baird/Hunerwadel v. Baird*, 99 s.Ct. 3035 (1979); *EuGRZ* 1979, 577, 579 (conc. op. J. Powell, Brennan, Marshall und Blackmun: Das Kindeswohl sei keine wirkliche Leitlinie für den Richter, so daß notwendigerweise seine Subjektivität und die Vorurteile der Gesellschaft einfließen müßten).

17 Dazu unten 3. Kap. A.V.3.b).

18 *Mnookin*, 39 L. & Cont.Prob. 190 f. (1975).

wohl-Zuständigkeit sind Ansätze, die die staatliche Regelungskompetenz weitgehend einschränken wollen, etwa durch Institutionalisierung der gemeinsamen Sorge nach Scheidung<sup>19</sup> oder durch eine uneingeschränkte Fortführung der elterlichen Entscheidungsautonomie auch nach Zerfall der Familiengemeinschaft<sup>20</sup>. Vergleichsweise konventionell ist schließlich die Suche nach außerrechtlichen Wertsystemen, die das Kindeswohl komplettieren und damit zu einer subsumtionsfähigen Norm machen<sup>21</sup>.

Aus vorstehendem Überblick über die Kritik am Kindeswohl-Prinzip kristallisiert sich ein thematischer Schwerpunkt der Kindeswohl-Problematik heraus: Die inhaltliche Unbestimmtheit dieses Begriffs und, daraus folgend, die Gefahr subjektivistischer, willkürlicher Handhabung durch die Gerichte, also das Wert- und Rationalitätsproblem.

Demgemäß konzentriert sich das Untersuchungsinteresse auf die rechtlichen Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls sowie auf die rechtstheoretischen, vor allem methodischen Strukturen des Rechtsfindungsprozesses bei Anwendung des Kindeswohl-Begriffs<sup>22</sup>. Die vorstehend skizzierte Kritik am Kindeswohl-Prinzip fordert mit dem Vorwurf, das Kindeswohl sei eine Leerformel, die sich allen Deutungsmöglichkeiten schier grenzenlos öffne<sup>23</sup>, außerdem grundsätzliche Überlegungen zur normativen Qualität des Kindeswohl-Begriffs und seiner Normfunktion heraus<sup>24</sup>.

## 2. Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation

Das Kindeswohl-Prinzip wirft noch ein zweites Grundproblem auf, das nur teilweise mit dem Aspekt der inhaltlichen Unbestimmtheit zusammenhängt. Es wird vor allem von Goldstein artikuliert: „The laws of child placement must be revised to safeguard all families, poor and well-to-do, minority and majority, from state-sponsored interruptions of on-going relationships by well-intentioned people who „know“ what is „best“ and wish to impose their personal, even if professional, preferences on others. The law must hold in check the rescue fantasies of those it empowers to intrude.“<sup>25</sup> Vor die Frage, wie am Maßstab des Kindeswohls zu entscheiden ist, schiebt sich die präjudizielle Frage, ob sich unter dem Aspekt des Kin-

19 So in erster Linie das californische Recht, §§ 4600, 4600.5 Cal.Civ.Code; vgl. im einzelnen unten 3. Kap. A.V.5.b) und 5. Kap. C.IV.3.-5.

20 *Mnookin*, 39 L. & Cont.Prob. 288 (1975); *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 994 ff. (1979); Treitz S. 58 f.

21 Dazu unten 4. Kap. C.II.1.a).

22 Vgl. das 5. und 6. Kapitel.

23 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 299, 316 f.

24 Unten 4. Kap. C.I. und II.

25 1 Int.J.L.& Psych. 113 (1978); vgl. auch *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond S. 7 f.* (dtsh. S. 16); gerade dieses Thema wird aufgenommen und vertieft im zweiten Werk derselben Autoren, *Before the Best Interests of the Child* (1979) S. 13 f., 18 u. passim; vgl. auch *Simitis*, 2. DFGT S. 166 f.: „Im Kindesinteresse konkretisiert sich die interventionistische Politik wohlfahrtsstaatlicher Administration“. Vgl. weiterführend jetzt ders., in: *Diesseits* S. 169 ff.

deswohls eine gerichtliche Entscheidungszuständigkeit überhaupt ergibt. Im Scheidungsrecht scheint diese Frage weniger dringend als im Kindesschutzrecht und wird nur selten aufgeworfen. Dennoch stellt sie sich in gleicher Weise, sowohl im Grundsatz<sup>26</sup> als auch hinsichtlich der *Reichweite* staatlicher Beurteilungskompetenz<sup>27</sup>.

## II. Thematische Präzisierung und Methode der Untersuchung

### 1. Zur Thematik

Nach dem Befund Gernhubers lebt man zwar schon lange mit dem Kindeswohl als *Maxime*, „ohne ihm (aber) wirklich nahegekommen zu sein“<sup>28</sup>. Die vorerwähnte Kritik am Kindeswohl-Prinzip bestätigt diesen Befund. Bemühungen um das Kindeswohl im jüngster Zeit von seiten der Humanwissenschaften<sup>29</sup>, aber auch der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis geben jedoch Anlaß zu der Hoffnung, daß sich an diesem Zustand allmählich etwas ändern wird. Diese Arbeit versteht sich als weiterer Beitrag im Rahmen der allseitigen Versuche, dem Kindeswohl „nahezukommen“.

Nähern kann — und muß — man sich dem Kindeswohl aus verschiedenen Richtungen und auf verschiedenen Wegen. Die Untersuchung von Zenz<sup>30</sup> hat die Frage nach dem Kindesinteressen unmittelbar sachlich aufgegriffen, das verfügbare Erfahrungswissen analysiert und von hier aus Folgerungen für die Rechtsgestaltung gezogen. Frommann<sup>31</sup> stellt die spezifisch verfahrensrechtlichen Implikationen des Kindeswohl-Grundsatzes in den Mittelpunkt seiner Überlegungen. Das interdisziplinäre Forschungsprojekt von Simitis u.a.<sup>32</sup> nahm seinen Ausgangspunkt bei der Analyse von Gerichtsakten und legte einen rechtstatsächlichen, zugleich aber auch wertenden Befund vor. Das gleichfalls interdisziplinäre Werk von Goldstein/Freud/Solnit<sup>33</sup> präsentiert kinderpsychiatrische Grundsätze und zieht daraus rechtliche Folgerungen bis hin zum Gesetzesmodell. Die Arbeit von Treitz<sup>34</sup> schließlich be-

26 Das Zitat *Goldsteins* (bei vorstehender Fn.) könnte beispielsweise unmittelbar zu KG 1.9. 1958, FamRZ 1959, 253 f. in Bezug gesetzt werden.

27 Die vom Kindeswohl vermittelte Eingriffslegitimation wird als materiellrechtliche Frage schwerpunktmäßig im 5. Kap. erörtert, vgl. vor allem dort A.I.2.b), III., C.II.3., D.III. Zur theoretischen Präzisierung 4. Kap. B.

28 Neues Familienrecht S. 91.

29 Von soziologischer Seite *Goode*, *Soziologie der Familie* (1967); ders., *Women in Divorce* (1965). Von psychologischer/psychiatrischer Seite vor allem die Forschungen von *Wallerstein/Kelly*, unter 3. Kap. Fn. 198. Interdisziplinär die beiden Werke von *Goldstein/Freud/Solnit*, oben Fn. 25, und *Simitis* u.a., *Kindeswohl* (1979).

30 *Kindesmißhandlung und Kindesrechte* (1979).

31 *Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger* (Diss. Frankfurt/M. 1977).

32 Oben Fn. 29; ähnlich die Dissertation von *Uffelmann*, *Das Wohl des Kindes* (Diss. Freiburg i. Br. 1977).

33 Oben Fn. 25.

34 *Die Verteilung der elterlichen Gewalt* (1974); mit vergleichbarem Ansatz, wenn auch weitgehend überholt *Riedel*, *Das Recht der Kinder aus geschiedener Ehe* (1960); vgl. auch die Dissertation von *Möbs*, *Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung* (1965).

handelt, das Kindeswohl bei Sorgerechtsentscheidungen aus rechtsdogmatischer, ansatzweise auch aus rechtstheoretischer Sicht, während zweiterer Gesichtspunkt bei den Arbeiten von Mnookin<sup>35</sup> im Vordergrund steht.

Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Analyse von Inhalt und Funktion des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ bei scheidungsbedingten richterlichen Sorgerechtsentscheidungen. Auf einige Implikationen dieser Themenstellung ist näher einzugehen.

Die Eingrenzung des Themas auf die Sorgeverteilung nach Scheidung ist gleichzeitig erste Stufe der Konkretisierung des Kindeswohls. Die Kindesinteressen hängen ebenso untrennbar mit der jeweiligen Lebens- und Entscheidungssituation zusammen wie die Norm mit ihrem Tatbestand. Mangelnde Differenzierung in diesem Punkt mag *eine* der Ursachen für die vorgenannte Kritik am Kindeswohl-Begriff sein. Es ist zwar nicht auszuschließen, daß sich auch generelle Grundzüge eines übergreifenden Kindeswohl-Konzepts feststellen lassen. Diese können jedoch allenfalls das Substrat konkreter Kindeswohl-Analysen für bestimmte Entscheidungssituationen sein, nicht hingegen „in den freien Raum“ konzipiert werden: „Wer alles zu sagen unternimmt, gerät leicht in die Gefahr, unter zunehmender Abstraktion schließlich im Nichts zu enden“<sup>36</sup>.

Zum zweiten geht es nicht um den Inhalt des Kindeswohls schlechthin und insgesamt, sondern (nur) um den Rechtsbegriff „Kindeswohl“. Hieraus folgt, daß die sachlichen Inhalte des Kindeswohls nur insoweit unmittelbarer Untersuchungsgegenstand sind, als sie als Wertungen des *Rechts* erkennbar sind. Zu vom Recht nicht mehr vorgezeichneten Kindeswohl-Kriterien kann der Jurist keine autoritativen Aussagen machen. An die Stelle ihrer sachlichen Erörterung treten für ihn rechtsmethodische Fragen der Heranziehung und Kontrolle anderweitiger Stellungnahmen zum Kindeswohl und das Problem der schöpferischen Entscheidungsfindung in Verantwortung vor dem Recht. Außerrechtliche Sachaussagen zum Kindeswohl erscheinen deshalb nur in paradigmatischer Funktion zum Beleg oder zur Veranschaulichung rechtstheoretischer oder methodischer Erörterungen. Hierdurch bedingt können einzelne Kriterien auch mehrfach, unter verschiedenen Aspekten aufgegriffen werden.

## 2. Zur Methodik

Einige Bemerkungen erfordert der Einsatz der rechtsvergleichenden Methode:

Zunächst ist – unter Anlehnung an eine von Sandrock getroffene Unterscheidung<sup>37</sup> – das Ziel der hier betriebenen Rechtsvergleichung klarzustellen. Es geht nicht um den Aufbau eines jenseits der positiven Rechtsordnung stehenden „Ideal-

35 Oben Fn. 12 sowie Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L.J. 950 ff. (1979).

36 Gernhuber, FamRZ 1973, 231 r.Sp.

37 Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung S. 45 ff., 51 ff.

systems“<sup>38</sup>, das sich den jeweiligen Gesetzgebern als Modell anbietet. Vielmehr wird ausländisches Recht unmittelbar zum Vergleich, als Erkenntnishilfe für die im Recht der Bundesrepublik sinnvolle Rechtsgestaltung herangezogen und nutzbar gemacht<sup>38</sup>. Trotz der Einbeziehung ausländischen Rechts bleibt damit das Recht der Bundesrepublik Ziel und Mittelpunkt der Untersuchung.

Hieraus folgt zweitens, daß der rechtsvergleichenden Methode keine Ausschließlichkeit zukommen kann, sondern daß die rechtsvergleichende Argumentation ergänzend neben die internrechtlich üblichen Erkenntnismethoden tritt. Die These Zweigerts von der Unverträglichkeit der Rechtsvergleichung und Dogmatik kann als vereinzelt geblieben und widerlegt angesehen werden<sup>39</sup>. Die Rechtsvergleichung ist nicht mehr, aber auch nicht weniger als ein „methodischer Partner im Streben nach sozialer Gerechtigkeit“<sup>40</sup>.

Zum Vergleich ausgewertet und herangezogen wurden die Rechte der Schweiz, der USA und der DDR. Die Schweiz vertritt dabei den Typus des traditionell und gesellschaftlich stark eingebundenen Rechts, gleichzeitig geprägt durch einen hohen rechtstheoretischen Reflexionsgrad. Die Rechte der USA sind betont individualistisch; ihrer relativ geringen rechtstheoretischen und traditionellen Verfestigung entspricht eine – insbesondere in Fragen des Kindeswohl – erhebliche innovierende Potenz. Die DDR schließlich bietet ein Modell kollektivistischen Rechts in deutscher Version, das für unser Recht stets ein beachtlicher Prüfstein sein sollte. Dennoch bedarf seine Einbeziehung besonderer Rechtfertigung.

Gelegentlich wird die Auffassung vertreten, der Vergleich freiheitlich-demokratischen mit sozialistischem Recht sei ebenso sinnlos wie der Vergleich von Recht und Politik<sup>41</sup>. Die grundsätzliche Ausscheidung sozialistischen Rechts als inkomparable Größe erscheint jedoch überzogen. Eine Vielzahl zwischenmenschlicher und gesellschaftlicher Ordnungsprobleme stellt sich natur- und sachbedingt in jedem Gemeinschaftsleben, unabhängig von dessen politisch-ideologischer Organisation. Dies gilt in besonderem Maße für das Familienrecht<sup>42</sup>. In der rechtlichen Gestaltung derartiger Probleme ist auch der ausschließlich ideologisch ausgerichtete Gesetzgeber nicht völlig frei. Die Gegebenheiten des Lebens beeinflussen den Inhalt möglicher Regelungen und setzen einen Gestaltungsrahmen<sup>43</sup>, dessen Begrenztheit sozialistische

38 Diese Einsatzmöglichkeit der Rechtsvergleichung wird von *Sandrock* a.a.O. positiv beurteilt, während er der ersteren Alternative skeptisch gegenübersteht.

39 *Zweigert*, Festschr. *Böttcher* S. 443 ff., *Zweigert/Kötz* II S. 2 ff.; dagegen *Dölle* 34 (1970) 403 ff.

40 *Dölle* a.a.O. S. 407; zweifelnd am Wert der Rechtsvergleichung im Familienrecht demgegenüber *Gernbuser*, Neues Familienrecht S. 22 („Übermaß letztlich fruchtlosen Bemühens um fremdes Recht“); vor diesen Zweifeln wird sich jede rechtsvergleichende Arbeit zu legitimieren haben. Für eine Verbindung rechtsvergleichender und rechtsdogmatischer Argumentation vgl. z.B. *Kübler*, Feststellung und Garantie, Tübingen 1967.

41 *Bilinsky*, Das sowjetische Wirtschaftsrecht S. 18; zur Unvergleichbarkeit beider deutschen Rechtsordnungen auch BGH 30.11.1960, BGHZ 34, 134, 144; 28.3.1962, JZ 1963, 511 m. krit. Anm. Beitzke.

42 *Zweigert/Kötz* I S. 38, 358; *Glendon*, The New Family S. 6.

43 *Welzel*, Naturrecht S. 243 f.

Rechtspolitiker immer wieder leidvoll erfahren<sup>44</sup>. Die theoretische Konzeption des Rechts als politisches Zweckinstrument kann dessen wesenseigene Ordnungsfunktion allenfalls ignorieren, nicht aber beseitigen<sup>45</sup>. Die objektive Vergleichbarkeit sozialistischer und freiheitlich-demokratischer Rechte auf dieser Basis spiegelt sich nicht zuletzt in den Bemühungen von DDR-Autoren, angesichts der familienrechtlichen Reformen in der Bundesrepublik gleichlautenden Institutionen des DDR-Rechts (z.B. Gleichberechtigung, Zerrüttungsprinzip) als andersartig und allein wahrhaft fortschrittlich zu kennzeichnen und ihre sozialistische Bedingtheit hervorzuheben<sup>46</sup>.

Andererseits dürfen die Sachzwänge für den Gesetzgeber nicht überbewertet und das Familienrecht etwa als „systemneutral“ angesehen werden<sup>47</sup>. Abgesehen davon, daß es systemneutrale Bereiche für Sozialisten praktisch nicht gibt<sup>48</sup>, zeichnet sich gerade der Bereich der Familie durch einen eigentümlichen Dualismus gefestigter und veränderungsresistenter Sozialstrukturen einerseits, aber auch weltanschaulicher Durchwirksamkeit andererseits aus. Daß die Familie als „kleinste Zelle der Gesellschaft“ (Präambel zum Familiengesetzbuch vom 20.12.1965) der konzentrierten ideologisch-politischen Einflußnahme des sozialistischen Staates ausgesetzt ist<sup>49</sup>, kann von vornherein als sicher unterstellt werden. Insofern erscheint es naiv, wenn unter Hinweis auf die Maßgeblichkeit des „Kindeswohls“ bei Sorgerechtsentscheidungen auch im DDR-Recht schon auf eine ähnliche Rechtslage geschlossen wird<sup>50</sup>. Ein „politisch relativiertes Recht“<sup>51</sup> wie das der DDR ist deshalb zwar grundsätzlich vergleichsfähig<sup>52</sup>, jedoch nur vor dem Hintergrund des ideolo-

44 Vg. z.B. hinsichtlich der Scheidungsquote (1. Kap. A.III.1.) oder der familieninternen Wertmaßstäbe (1. Kap. A.II.1.b.).

45 Nach der Feststellung von *Brunner* S. 2 wächst die Betonung der Ordnungsfunktion mit der Konsolidierung des politischen Systems.

46 Vg. nur zum Zerrüttungsprinzip *Halgasch*, *StuR* 1963, 971 ff., 974.

47 So aber *Zweigert/Kötz* I S. 38, 358 (widersprüchlich aber S. 36, wo familienrechtliche Fragen als „besonders stark mit Wertvorstellungen und Moralgeboten befrachtet“ bezeichnet werden); *Loeber*, *RabelsZ* 26 (1961) 201; insoweit ist auch die These von *Markovits*, 24 *Stu.L.Rev.* 190 f. (1971) mit Vorsicht aufzunehmen, daß gleiche soziale und ökonomische Probleme zu ähnlichen Rechtssystemen in beiden deutschen Staaten führen, unabhängig von unterschiedlichen Ideologien.

48 Man kann allenfalls von mehr oder weniger systembedingten Rechtsgebieten sprechen.

49 *Sinitis*, *SBZ* S. 62 ff.

50 Vg. *Arnold* S. 117; *Drobnig*, *JbOstR* 1967, 174; mißverständlich auch *Brümmer* S. 116. *Schlicht* S. 41 weist zutreffend darauf hin, daß bei gleichem Gesetzeswortlaut vielfach nur die „Worthülle“ gemeinsam sei. Andererseits begeht auch *Schlicht* den Fehler, Recht und Ideologie im DDR-Recht als trennbar und letztere nur als zu mißbilligende Beifügung zu einem im übrigen akzeptablen Gesetz anzusehen, *ROW* 1966, 67; vgl. auch *Familienrecht* S. 57 ff.

51 *Brümmer* S. 8; *Schlicht* S. 30.

52 *Brümmer* S. 160 (m.w.N. in Fn. 1); *Raiser*, *JZ* 1966, 428.

gisch geprägten sozialistischen Rechtsverständnisses sinnvoll erfaßbar und auswertbar<sup>53</sup>.

Die Heranziehung der Rechte der USA, Schweiz und DDR ließ es schließlich angezeigt erscheinen, Übersichten über diese Rechte der systematischen Erörterung voranzustellen. Es handelt sich dabei nicht um Kurzberichte über das hier verfolgte Thema im engeren Sinne. Es soll vielmehr der rechtliche und institutionelle Rahmen vorgestellt werden, innerhalb dessen die Gerichte im Scheidungsfall über das Kindeswohl zu befinden haben. Neben der damit verbundenen Entlastung der systematischen Darstellung ist die Kenntnis der einschlägigen Grundzüge des jeweiligen Rechtssystems Voraussetzung für das Verständnis und die sachgemäße Würdigung der ausländischen Äußerungen zur Kindeswohl-Problematik.

53 *Brunner* S. 8; *Ramm*, SBZ S. 12; *Schlicht* S. 31; *Simitis*, SBZ S. 78. Vgl. generell zur Bedeutung der Ideologie für die Rechtsvergleichung *Constantinesco*, Ideologie als determinierendes Element zur Bildung der Rechtskreise, ZfRV 19 (1978) 161; Grundlegend im übrigen *Zweigert/Puttfarcken*, Zur Vergleichbarkeit analoger Rechtsinstitute in verschiedenen Gesellschaftsordnungen, in: Rechtsvergleichung (Hrsg. *Zweigert/Puttfarcken*), Darmstadt 1978, S. 395 ff., 409 ff.

## Teil A: Länderübersichten

# 1. Kapitel: DDR

## A. Materielles Familienrecht

### I. Rechtsgrundlagen

Das Familienrecht der DDR ist in seiner Grundstruktur dreistufig, wobei die unteren Stufen als Konkretisierung der jeweils höheren angesehen werden können. An erster Stelle steht die Verfassung<sup>1</sup>, die sich in zwei Artikeln unmittelbar mit der Familie befaßt<sup>2</sup>: Art 20 Abs. 2 und 3 betreffen die Gleichberechtigung der Frau sowie die Förderung von Frauen und Jugendlichen in ihrer gesellschaftlichen und beruflichen Entwicklung<sup>3</sup>. Die Grundnorm des Art. 38 definiert die prinzipielle Rolle der Familie in Staat und Gesellschaft (Abs. 1), die Hauptansatzpunkte der Familienförderung (Abs. 2,3) und widmet einen eigenen 4. Absatz der wichtigsten gesellschaftlichen Funktion der Familie, der Kindererziehung<sup>4</sup>.

1 Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 6.4.1968 (GBl I S. 199) i.d.F. vom 7.10.1974 (GBl I, S. 425). Grundlegend hierzu *Mampel*, Verfassung (1982).

2 Der Hinweis im Lehrbuch Familienrecht (S. 28 f.), daß die verfassungsrechtliche Stellung der Familie sich darüber hinaus nur aus der Gesamtheit der Verfassungsbestimmungen ergebe, ist eine nicht für das DDR-Recht typische Selbstverständlichkeit.

3 Art. 20, Abs. 2: „Mann und Frau sind gleichberechtigt und haben die gleiche Rechtsstellung in allen Bereichen des gesellschaftlichen, staatlichen und persönlichen Lebens. Die Förderung der Frau, besonders in der beruflichen Qualifizierung, ist eine gesellschaftliche und staatliche Aufgabe.“

Art. 20, Abs. 3: „Die Jugend wird in ihrer gesellschaftlichen und beruflichen Entwicklung besonders gefördert. Sie hat alle Möglichkeiten, an der Entwicklung der sozialistischen Gesellschaftsordnung verantwortungsbewußt teilzunehmen.“

4 Art. 38: „(1) Ehe, Familie und Mutterschaft stehen unter dem besonderen Schutz des Staates.

Jeder Bürger der Deutschen Demokratischen Republik hat das Recht auf Achtung, Schutz und Förderung seiner Ehe und Familie.

(2) Dieses Recht wird durch die Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie, durch die gesellschaftliche und staatliche Unterstützung der Bürger bei der Festigung und Entwicklung ihrer Ehe und Familie gewährleistet. Kinderreichen Familien, alleinstehenden Müttern und Vätern gilt die Fürsorge und Unterstützung des sozialistischen Staates durch besondere Maßnahmen.

(3) Mutter und Kind genießen den besonderen Schutz des sozialistischen Staates. Schwangerschaftsurlaub, spezielle medizinische Betreuung, materielle und finanzielle Unterstützung bei Geburten und Kindergeld werden gewährt.

(4) Es ist das Recht und die vornehmste Pflicht der Eltern, ihre Kinder zu gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseitig gebildeten Menschen, zu staatsbewußten Bürgern zu erziehen. Die Eltern haben Anspruch auf ein enges und vertrauensvolles Zusammenwirken mit den gesellschaftlichen und staatlichen Erziehungs- und Bildungseinrichtungen.“

Das Familiengesetzbuch (FGB) vom 20.12.1965<sup>5</sup> baut diese Grundsätze aus zu einer familienrechtlichen Grundkonzeption, ohne jedoch immer einen rechtsanwendungsfähigen Konkretisierungsgrad zu erreichen. Die – juristisch gesehen – untechnische Sprache des FGB erklärt sich aus der Funktion des Gesetzes: Es wendet sich nicht nur an die rechtlichen Entscheidungsinstanzen, sondern auch an die gesamte Bevölkerung, um den Bürgern Bedeutung und Inhalt des Familienlebens im Sozialismus klarzumachen und sie auf die sich daraus ergebenden Rechte, vor allem aber auch Pflichten hinzuweisen. Nicht der Konfliktfall steht im Zentrum des Gesetzes, sondern die „Entfaltung der Beziehungen zwischen den Menschen“<sup>6</sup>.

Hauptsächlich den Rechtsanwender betreffen sodann die zu einzelnen Problemkreisen erlassenen Richtlinien des Obersten Gerichts der DDR (OG). Für die in §§ 25, 26 und 45 Abs. 3 FGB generalklauselartig behandelte Sorgerechtsentscheidung entwickelt Richtlinie Nr. 25 vom 25.9.1968<sup>7</sup> ein Entscheidungssystem, das die wichtigsten Kriterien und ihr Gewicht im Einzelfall sowie das richterliche Vorgehen bei der Konkretisierung des Kindeswohls umfaßt.

Die Rechtsnatur der OG-Richtlinien ist umstritten. Nach §§ 20 Abs. 2 und 39 Abs. 1, Satz 1 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27.9.1974<sup>8</sup> können sie erlassen werden, um die einheitlich und wirksame Anwendung und Auslegung der Gesetze zu sichern<sup>9</sup>. Sie ergeben zwar „auf der Grundlage der Gesetze“ (§ 39 Abs. 1, Satz 1 GVG-DDR), sind aber nicht auf deren autoritativ Interpretation beschränkt, sondern können im Rahmen der Gesetze durchaus neues Recht schaffen<sup>10</sup>. Die Richtlinien sind verbindlich für alle Gerichte und werden in der Praxis wie Rechtsnormen behandelt, d.h. als Rechtsgrundlage der Sorgerechtsentscheidung zitiert<sup>11</sup>, im Gesetzblatt verkündet und den Leitsätzen der veröffentlichten Entscheidungen neben den Gesetzen als Rechtsquellen vorangestellt. Diese Umstände rechtfertigen – jedenfalls für die Zwecke dieser Untersuchung – die Behandlung der Richtlinien als formelle Rechtsquelle<sup>12</sup>.

5 GBl 1966 I S. 1. Zu den Vorläufern des Gesetzes, der Eheverordnung vom 24.11.1955 und dem (nicht Gesetz gewordenen) FGB-Entwurf von 1954 vgl. Wassermann, JR 65, 460 f.; Simitis, SBZ S. 54 ff., 62 ff.

6 Lehrbuch Familienrecht S. 85 f.; *Wenik*, Schutz und Förderung S. 15: Das FGB biete den Bürgern selbst Orientierungshilfe, es sei „erzieherischer Ratgeber“.

7 GBl 1968 II S. 847 = NJ 1968, 651; i.d.F. vom 17.12.1975, GBl 1976 I (Nr. 11) 183 = NJ 1976, H. 3, Beil. 1.

8 GBl I S. 457.

9 Vgl. auch Lehrbuch Familienrecht, 1. Aufl. 1972, S. 102, *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 776 f.

10 *Müller-Römer*, ROW 1968, 155, 157, der deshalb treffend von einer „Art Ausführungsgesetzgebung“ spricht.

11 Vgl. *Grandke*, Junge Leute, S. 125.

12 So die wohl h.M. in beiden deutschen Staaten, DDR: *Langner*, NJ 1957, 624 f.; *Latka*, NJ 1965, 327 f.; *Kellner*, Wiss. Zeitschr. 15 (1966) 795; wohl auch *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 776 f.; BRD: *Müller-Römer*, ROW 1968, 157; *Bellon* S. 38 ff., 40; *Mampel*, Die sozialistische Verfassung S. 1086.

Als Akte der Rechtsanwendung hingegen werden die Richtlinien qualifiziert von *Jacobi*, in: Festschrift Apelt S. 210.

Zusätzlich zu diesen zentralen Rechtsgrundlagen ist für Sorgerechtsfragen eine Anzahl von Gesetzen und Verordnungen zu beachten, die sich mit der Familie oder der Jugend unter speziellen Gesichtspunkten befassen<sup>13</sup>.

## II. Allgemeines Kindschaftsrecht

### 1. Das Verhältnis der Eltern zu Staat und Gesellschaft

#### a) *Das sozialistische Familienbild*

Die Familie in der DDR ist „eine stabile Gemeinschaft, die auf der gegenseitigen Liebe, Achtung und Gleichberechtigung aufbaut, die die Mitwirkung bei der Entwicklung sozialistischer Persönlichkeiten zur Hauptaufgabe hat und die bewußte Elternschaft einschließt. Diese Familie hat eine auf die Konsumtion bezogene ökonomische Funktion, die die materielle Basis dieser Gemeinschaftsbeziehungen sichert“<sup>14</sup>.

Diese Bewertung der Familie war im Sozialismus nicht immer vorherrschend. Nach der Oktoberrevolution wurde sie als bürgerliche Institution bekämpft, konnte aber als gesellschaftliche Realität nicht beseitigt werden. Die Festigung des politischen Systems, aber auch die offenbar gewordene Unzulänglichkeit öffentlicher Kindererziehung<sup>15</sup> ermöglichten einen Kurswechsel, der mit dem 17. Parteitag der KPdSU im Jahre 1934 und der Verkündung des Sieges des Sozialismus durch Stalin begann<sup>16</sup>. Die Aufwertung der Familie im offiziellen Leitbild der sozialistischen Ideologie gipfelt in der DDR<sup>17</sup> in einer Darstellungsweise, die den Eindruck vermittelt, daß Ehe und Familie überhaupt erst Errungenschaften des Sozialismus seien. In der Tat wird die sozialistische Familie als „historisch neuer Familientyp“

13 1. Durchführungsbestimmung zum FGB vom 17.2.1966, GBl II S. 180; Verordnung über die Aufgaben und die Arbeitsweise der Organe der Jugendhilfe (Jugendhilfeverordnung) vom 3.3.1966, GBl I S. 97; Gesetz über das einheitliche sozialistische Bildungssystem (Bildungsgesetz) vom 25.2.1965, GBl I S. 83; Gesetz über die Teilnahme der Jugend an der Gestaltung der entwickelten sozialistischen Gesellschaft und über ihre allseitige Förderung in der DDR (Jugendgesetz) vom 28.1.1974, GBl I S. 45; Personenstandsgesetz vom 4.12.1981, GBl I 1981 S. 421.

14 Lehrbuch Familienrecht S. 26.

15 In jüngerer Zeit vgl. *Krebs*, Zur Problematik der Ersetzung der Familienerziehung durch Heimerziehung in den Kinderheimen der DDR, unveröff. Diss., Humboldt-Universität Berlin 1969, zit. im Lehrbuch Familienrecht, S. 200.

16 1944 wurde die freie Ehe in der Sowjetunion endgültig abgeschafft, Erlaß des Präsidiums des Obersten Sowjets der Sowjetunion vom 8.7.1944, StAZ 1949, 51 f.; zur Entwicklung des Familienverständnisses in der Sowjetunion vgl. *Loeber* S. 3 ff.; *Guth* S. 13 ff.; *Bilinsky*, FamRZ 1960, 5.

17 Die DDR hat – entsprechend dem derzeitigen Entwicklungsstand in der UdSSR – von Anfang an eine positive Einstellung zur Familie vertreten, vgl. *Bilinsky*, FamRZ 1960, 1 ff.; *Granzow*, FamRZ 1965, 467.

angesehen<sup>18</sup>, deren Charakteristika, wie sie im Eingangszitat anklingen, im Kontrast zu einem „bürgerlichen“ Familienbild dargestellt werden<sup>19</sup>:

Mangels ökonomischer Zwänge und Anreize wird die Ehe allein durch die Qualität der persönlichen Beziehungen, durch die Liebe der Ehepartner getragen<sup>20</sup>. Die Gleichberechtigung der Frau nicht nur in rechtlicher, sondern auch in wirtschaftlich-gesellschaftlicher Hinsicht ist ebenso Grundpfeiler dieser Gemeinschaft<sup>21</sup> wie die Einheitlichkeit des Familientyps in allen gesellschaftlichen Klassen<sup>22</sup>. Damit sind die Voraussetzungen gegeben für eine optimale Persönlichkeitsentwicklung aller Familienmitglieder, die nicht nur im individuellen Interesse, sondern auch im Interesse der Gesellschaft an tüchtigen, allseitig gebildeten und produktiven Bürgern liegt (vgl. Art. 38 Abs. 4 der Verfassung; §§ 3 Abs. 1, Satz 2 und 42 Abs. 2 FGB)<sup>23</sup>. Diese grundsätzliche Übereinstimmung der Interessen ermöglicht die Integrierung der ehemals isolierten Familie in die Gesellschaft<sup>24</sup>, was sich ausdrückt in umfassender Unterstützung der Familie durch den Staat einerseits, in aktiver Teilnahme der Familie am gesellschaftlichen Leben andererseits. Hierdurch erfährt das Familienleben eine bislang ungekannte Bereicherung und Erweiterung, auch im Hinblick auf die Kindererziehung<sup>25</sup>.

Dieses Familienbild ist in der DDR vor allem in den sechziger Jahren in Zusammenhang mit dem Erlaß des FGB propagiert und durch Aufnahme in das FGB (Präambel, §§ 1 bis 4, 21, 42) sanktioniert worden. Die anfängliche Familienfeind-

- 18 Lehrbuch Familienrecht S. 22, 26; *Grandke*, NJ 1970, 451; dies., StuR 1970, 1767 ff.; dies., JH 1971, 217; dies., NJ 1975, 500.
- 19 Während das ursprüngliche Feindbild von Marx und Engels in Bezug auf den Klassegegner umformuliert wurde (statt Bourgeoisie nun Imperialismus und ein anonymer Finanzkapitalismus, dazu *Fikentscher*, Methoden III S. 574, 576 ff.), muß als „bürgerliche Familie“ nach wie vor das namentlich von Engels und Bebel geprägte Modell erhalten (*Engels*, Ursprung (Werke Bd. 21, S. 27 f., 36 ff.); *Marx/Engels*, Manifest der KP (Werke Bd. 4, S. 46, S. 478); *Bebel*, Die Frau und der Sozialismus, S. 104 ff.): eine rein ökonomisch bedingte Institution, die in zweifacher Hinsicht der Ausbeutung dient, einerseits der Ausbeutung der Arbeiterklasse durch Erhaltung (Vererbung) des Privateigentums, und andererseits der Frau, die in Unterordnung und wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten wird und im wesentlichen zur Produktion zweifelsfrei legitimer Erben bestimmt ist; vgl. Lehrbuch Familienrecht S. 15 ff., 23, 56; *Halgasch*, StuR 1963, 966; *Nathan*, NJ 1961, 628.
- 20 *Benjamin*, NJ 1966, 2; *Berger*, NJ 1954, 502; Ehe und Familie S. 11 f.; *Grandke*, StuR 1970, 1773; *Grandke/Kubrig*, Einheit 1965 (11) 14; *Halgasch*, NJ 1969, 755; Lehrbuch Familienrecht S. 23; *Nathan*, NJ 1961, 628 f.; vgl. auch *Brunner* S. 161; *Drobnig*, JbOstR 1967 II, 181.
- 21 *Grandke*, NJ 1970, 451; StuR 1970, 1770, 1774; Lehrbuch Familienrecht S. 27; vgl. auch *Brunner* S. 162.
- 22 *Grandke*, NJ 1970, 451; StuR 1970, 1773; Lehrbuch Familienrecht S. 25 f.
- 23 Ehe und Familie S. 11; *Halgasch*, NJ 1969, 756; Lehrbuch Familienrecht S. 23 f.; zur Übereinstimmung der Interessen von Gesellschaft und Bürgern insoweit vgl. außerdem *Grandke*, NJ 1970, 451; dies., StuR 1970, 1773 f.; *Halgasch*, StuR 1963, 966 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 25; *Mannschatz*, JH 1968, 2.
- 24 *Ansorg*, Leitfaden S. 23 ff.; *Grandke*, StuR 1970, 1768 f.; *Halgasch*, StuR 1963, 965.
- 25 *Grandke/Kubrig*, Einheit 1965 (11) 14; *Mannschatz*, JH 1968, 2. Grundlegend zur Entwicklung des sozialistischen Familienkonzepts *Busch*, Familienerziehung, S. 27 ff., 52 ff., 63 ff.; vgl. auch *Brümmer*, S. 11 ff.

lichkeit in der Sowjetunion wird nicht nur als Fehlinterpretation von Engels ausgegeben<sup>26</sup>, sondern auch aus der Notwendigkeit erklärt, die verbliebenen Inseln bürgerlichen Bewußtseins zu beseitigen<sup>27</sup>. Da umgekehrt die jetzige Bewertung der Familie durch ihre Unersetzbarkeit vor allem für die Kindererziehung bestimmt ist<sup>28</sup>, kann die Stellung der Familie in der sozialistischen Gesellschaft als durch Notwendigkeiten bedingt angesehen werden. Sie ist nicht vorgezeichnet durch Gesetze der Natur oder der sozialistischen/kommunistischen Ideologie und deshalb in ihrer gegenwärtigen Definition möglicherweise nicht endgültig.

### *b) Staatliche und gesellschaftliche Einflußnahme auf die Familienerziehung*

Die Umfunktionierung der Familie in eine sozialistische Institution und die damit verbundene Abkehr von der Idee der öffentlichen Kindererziehung<sup>29</sup> bedeutete nicht eine Wiedereinräumung elterlicher Erziehungsautonomie. Die marxistische Lehre, wonach nicht die Erbanlagen, sondern allein Umwelteinflüsse den Menschen prägen<sup>30</sup>, lenkt das Augenmerk des sozialistischen Staates konsequenterweise auf die Erziehung der Jugend, wobei immer wieder darauf hingewiesen wird, daß die Gesellschaft von morgen sich aus der Jugend von heute konstituiert. Da die Familie in der DDR offenbar auch heute noch zu einem nicht unerheblichen Teil Hort „überlebter Traditionen“ und nichtsozialistischer Anschauungen ist und sich neuen Einflüssen gegenüber besonders resistent zeigt<sup>31</sup>, kann die sozialistische Ausrichtung

26 Guth S. 16; Loeber S. 11.

27 Grandke, StuR 1970, 1772; vgl. im übrigen Busch, Familienerziehung S. 96 ff.

28 Funke, NJ 1968, 660; Grandke, NJ 1975, 502, Fn. 17; Grandke/Ortb/Rieger/Stolpe, NJ 1979, 346 f.; Göldner, JH 1967, 58, 84; Lehrbuch Familienrecht S. 197 ff., 209; Mannschatz, JH 1968, 4; Naumann, JH 1971, 79; Rohde, Erziehungsrecht S. 18 ff.; Scharnhorst, JH 1970, 65, 66; Weiß, JH 1978, 102 ff.; vgl. Arnold S. 22, 24.

29 Vgl. dazu Marx/Engels, Manifest der KP (Werke Bd. 4 S. 478); Engels, Grundsätze des Kommunismus (Werke Bd. 4 S. 373).

30 Mannschatz, JH 1968, 5 f., insbes. im Hinblick auf Mikrogruppen wie die Familie; Scharnhorst, JH 1970, 66; Hiebsch, Sozialpsychologische Grundlagen der Persönlichkeitsforschung, S. 27 ff.; Hiebsch/Vorweg, Einführung in die marxistische Sozialpsychologie (1967). Allerdings wird der Anlagefaktor im Prinzip durchaus anerkannt, vgl. Schmidt, Allgemeine Entwicklungspsychologie S. 260 ff.

31 Grandke, StuR 1970, 1772; Heinrich/Göldner/Schilde, NJ 1961, 776; Kubrig, JH 1976, 108; Lehrbuch Familienrecht S. 26; Stellungnahme des Verfassungs- und Rechtsausschusses, StuR 1966, 451; Witte, JH 1967, 194; vgl. auch die Befragungen über das Familienleben bei Rohde, Erziehungsrecht S. 128 f., 152 f. Anders neuerdings aber Grandke, NJ 1975, 500, die angesichts der bisher erreichten Erfolge bei der Familienbeeinflussung zweifelt, ob die bisher vertretene These von der Rückständigkeit der Familie zutrifft. Allerdings muß Grandke an gleicher Stelle zugeben, daß die Rollenverteilung innerhalb der Familie noch weitgehend überkommenen Traditionen entspricht; so auch Wenik, Schutz und Förderung S. 22 und die empirische Untersuchung von Kabat vel Job, Geschlechtstypische Einstellungen und Verhaltensweisen bei Jugendlichen, Berlin (Ost) 1979).

der Jugend nur durch intensive öffentliche Einflußnahme gesichert werden<sup>32</sup>. Ein Widerspruch zur „Verinnerlichung“ der sozialistischen Familienbeziehungen<sup>33</sup> wird darin nicht gesehen, da private und Gesellschaftsinteressen im Sozialismus grundsätzlich übereinstimmen<sup>34</sup>. Von diesem Standpunkt aus handelt es sich bei der staatlichen und gesellschaftlichen Einflußnahme nicht um Einmischung, sondern um Hilfe bei der Entwicklung der Persönlichkeit von Kindern und Eltern<sup>35</sup> oder um die Realisierung der potentiellen Interessenübereinstimmung von Familie und Gesellschaft<sup>36</sup>.

Ziel staatlichen Einflusses auf die Familienerziehung ist es, die Entwicklung der Jugend in die „objektiv notwendige Richtung“<sup>37</sup> zu lenken oder – direkter ausgedrückt – die Homogenität öffentlicher und privater Erziehung zu sichern<sup>38</sup>. Als Grundlage dient eine Konzeption, nach der die Erziehung der Jugend gesamtgesellschaftliche Aufgabe ist, in die sich die Familienerziehung als ein Faktor unter anderen einzuordnen hat<sup>39</sup>. Entsprechend ist das elterliche Erziehungsrecht als „staatsbürgerliche Aufgabe“ (§ 42 Abs. 1 FGB), als Verantwortung gegenüber der Gesellschaft ausgestaltet<sup>40</sup>.

Die Beeinflussung der Familienerziehung im konkreten Fall stößt auf die Schwierigkeit, daß die Familie als intime Gemeinschaft äußeren Einwirkungen nur begrenzt zugänglich ist. Das Familienleben kann nur durch deren Mitglieder selbst gestaltet werden, so daß allenfalls mittelbarer Einfluß ausgeübt werden kann, vor allem über

- 32 Ausbau und Vervollkommnung dieser Einflußnahme sind erklärtes (rechts-) politisches Ziel, Lehrbuch Familienrecht S. 386.  
Man gibt zu, daß sich die neuen Familienbeziehungen nicht „im Selbstlauf“ verwirklichen, *Strasberg*, NJ 1973, 43 sowie *Mannschatz*, JH 1968, 8: „die Partei der Arbeiterklasse hat nicht darauf gewartet, daß sich in der Familie sozialistische Beziehungen entwickeln . . . im Gegenteil! Sie hat immer eine aktive Politik der Stabilisierung der sozialistischen Familienverhältnisse betrieben . . . jede Hoffnung auf Selbstlauf lähmt die Initiative und bedeutet, die Entwicklungsgesetze des Sozialismus zu verkennen.“ Vgl. auch den Beschluß des ZK der SED v. 17.10.1979 über die Einwirkung auf die Hausgemeinschaften, unten Fn. 47. Zu Einzelheiten der Einflußnahme *Brümmer* S. 60 ff.
- 33 Vgl. *Drobnig*, JbOstR 1967, 181; *Brunner* S. 161; *Markovits*, 24 Stan.L.Rev. 179 ff. (1971).
- 34 *Walther/Witte*, Einheit 1966, 1280; *Grandke/Orth/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 345; zur Interessenübereinstimmung generell unten Fn. 58, 59 und schon oben Fn. 23.
- 35 *Benjamin*, Schöffe 1966, 34; NJ 1966, 2; Ehe und Familie S. 33; *Kubrig*, JH 1976, 110; *Walther/Witte*, a.a.O.; vgl. *Markovits* a.a.O., S. 184. Reagieren die Eltern allerdings negativ auf die „Hilfe“ der Kollektive, ergibt sich schon daraus ein Eingriffstatbestand für den Staat, *Kräupl*, NJ 1980, 306.
- 36 Lehrbuch Familienrecht S. 33; vgl. dementsprechend *Wenik*, Schutz und Förderung S. 32: „Wahres Glück . . . erfährt man nur in der gesellschaftlichen Offenheit der Familie.“
- 37 Lehrbuch Familienrecht S. 33.
- 38 Ehe und Familie S. 33; Lehrbuch Familienrecht S. 55, 196 ff.
- 39 Vgl. § 3 Abs. 2 FGB sowie das Bildungsgesetz von 1965 (oben Fn. 13); *Göldner*, JH 1967, 58; *Robde*, Erziehungsrecht S. 16; *Walther*, Einheit 1971, 987 f.; dies. NJ 1972, 473; *Walther/Witte*, Einheit 1966, 1280 = JH 1967, 13 f.; *Witte*, JH 1967, 271: die Schule ist Haupterziehungsträger (dazu *Müller-Römer*, Grundrechte S. 191); *Brümmer* S. 37 f., 40 f., 49 f., 115 f.
- 40 *Grandke/Orth/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 345 ff.; *Görner*, JH 1965, 103; *Nathan*, StuR 1954, 576; vgl. *Busch*, Familienerziehung S. 236 ff.

das Bewußtsein der Eltern<sup>41</sup>. Insofern werden die Bürger in erster Linie ausführlich über ihre Aufgaben und Verantwortung belehrt und über die sozialistische Erziehungsweise informiert, und zwar schon im FGB selbst (Präambel, §§ 1 bis 3, 42) sowie in zahllosen Publikationen und gesellschaftlichen Veranstaltungen<sup>42</sup>. Nicht nur das Verhalten gegenüber den Kindern hat sozialistischen Grundsätzen zu entsprechen, sondern die gesamte Lebensführung der Ehegatten selbst, da die faktische Vorbildwirkung der Eltern als ein wesentlicher Bestandteil der kindlichen Sozialisation angesehen wird<sup>43</sup>. Darüber hinaus sind die Eltern angehalten, eng und vertrauensvoll mit den öffentlichen Erziehungsträgern zusammenzuwirken<sup>44</sup>, d.h. mit den Kinderkrippen für Kleinkinder, Kindergärten für Kinder ab drei Jahre<sup>45</sup>, Pionierorganisationen, Schule, FDJ, Familienberatungsstellen und sonstigen „gesellschaftlichen Kräften“.

Hier liegt bereits auch der erste Ansatz zur Kontrolle der elterlichen Erziehungshaltung. Punktuelle Kontrolle wird weiterhin ausgeübt, wenn gerichtliche oder behördliche Entscheidungen bezüglich der Familie zu treffen sind, wobei das Scheidungsverfahren im Mittelpunkt steht. Die Effektivität der Kontrolle wird insoweit durch das verfahrensrechtliche Gebot der umfassenden Aufklärung der Familiensituation gesichert<sup>46</sup>. Generell ist es außerdem Aufgabe der gesellschaftlichen Kollektive, vor allem des Arbeiterkollektivs und der Hausgemeinschaft, die Kindererziehung ihrer Mitglieder zu überwachen<sup>47</sup>. Schließlich müssen die Eltern damit

41 *Grandke*, NJ 1970, 451; dies., *StuR* 1970, 1776, *Kubrig*, JH 1976, 71; Lehrbuch Familienrecht S. 37, 86; *Halgasch*, NJ 1969, 753.

42 § 49 Abs. 1 Satz 2 FGB statuiert insoweit eine Informationspflicht der Eltern. Umgekehrt sind die Richter zu außergerichtlicher, „politischer Massenarbeit“ verpflichtet, vgl. Beschluß des Politbüros des ZK der SED über die Aufgaben der Agitation und Propaganda vom 7.11.1972; *Strasberg*, NJ 1973, 43 f.

43 *Mannschatz*, *Schöffe* 1979, 135 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 16; *Scharnhorst*, JH 1970, 71 ff.; *Witte*, JH 1967, 193 ff., 195, 234 ff.; *Grandke/Ortb/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 345: Die Erziehung erfolgt primär „durch die Gestaltung des familiären Zusammenlebens“.

44 Art. 38 Abs. 4 der Verfassung und § 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 sowie § 42 Abs. 4 FGB. Vgl. *Ansorg*, Leitfaden S. 35; *Grandke/Ortb/Rieger/Stolpe* a.a.O., S. 347 f.; Ehe und Familie S. 33; *Görner*, JH 1965, 104; *Göldner*, JH 1967, 58; Lehrbuch Familienrecht S. 55; *Mannschatz*, NJ 1964, 44; *Nathan*, *StuR* 1954, 576; *Robde*, Erziehungsrecht S. 35 ff.; *Walther*, *Einheit* 1971, 987 f.; *Witte*, JH 1967, 271. Angesichts des weitgehend durchgesetzten Leitbilds der beiderseitigen Berufstätigkeit der Eltern (vgl. die Angaben bei *Brunner* S. 162) ist die Zusammenarbeit mit öffentlichen Erziehungsträgern zumeist praktisch unvermeidbar, vgl. auch unten Fn. 124 und begleitenden Text.

45 Kinderkrippen standen 1975 für etwa 40 % aller Kinder zur Verfügung, Kindergärten für 80 %, Lehrbuch Familienrecht S. 29.

46 Vgl. unten B II.3.

47 *Görner*, JH 1965, 104; *Walther*, *Einheit* 1971, 987 (unter Hinweis auf die Frageaktion „Kollege, wie erziehst du dein Kind?“). Da die ideologische Arbeit der Hausgemeinschaften bislang offenbar unbefriedigend war, erging am 17.10.1979 ein Beschluß des Sekretariats des ZK der SED „Zur weiteren Erhöhung des Niveaus der politischen Massenarbeit in den städtischen Wohngebieten“. Speziell zu gründende „Parteiaktivs“ sollen „ein exaktes Bild der politischen Lage in den Wohnbezirken“ vermitteln, auf die Familien ideologisch einwirken und insbesondere das politische Bewußtsein der Jugendlichen verbessern, vgl. *SZ* v. 26.11.1979 (Nr. 273), S. 4, 7.

rechnen, daß ihre Kinder in Ausbildungsstätten oder Jugendorganisationen über die politische Atmosphäre im Elternhaus und den Anteil der Eltern an ihrer sozialistischen Erziehung befragt werden<sup>48</sup>.

Eine zentrale Funktion bei dem Bemühen des Staates, die Familie „permeabel“<sup>49</sup> zu machen, übernimmt auf rechtstheoretischer und praktischer Ebene die „sozialistische Moral“. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Rechts auf die Familie sind begrenzt. Es muß gewissermaßen vor der Wohnungstür stehenbleiben, nicht nur wegen der Intimität der familiären Gruppe, sondern auch wegen der Vielgestaltigkeit und Komplexität des familiären Lebens<sup>50</sup>. Im familiären Interaktionssystem spielt das Recht allenfalls eine untergeordnete Rolle, so daß der Versuch, die Familie vom Recht her zu begreifen, sein Objekt verfehlt<sup>51</sup>. In dieser Situation bedient sich der sozialistische Staat der Moral als eines subtileren und damit weiterreichenden Steuerungsinstrumentes, wobei mit „Moral“ kein autonomes, ethisches Wertsystem berufen wird, sondern die gleichen gesellschaftlich-staatlichen Werte, die auch hinter den Rechtsnormen stehen: „Die Moral erhält ihre Gerichtetheit von der Politik“<sup>52</sup>. Die Vorzüge der Moral als eines ergänzenden gesellschaftlichen Normensystems im Familienrecht hat insbesondere Nathan<sup>53</sup> klar herausgestellt: Moralische Gebote wenden sich unmittelbar an das Gewissen des Individuums<sup>54</sup>, sie appellieren an das im Sozialismus grundsätzlich einheitliche und von allen Bürgern geteilte moralische Bewußtsein<sup>55</sup>, weshalb sie ohne unmittelbare Sanktion wirken. Dadurch können sie

48 Von derartigen Befragungen wird berichtet bei *Robde*, Erziehungsrecht S. 128 f. (Schulkinder), 152 f. (Junge Pioniere) und *Waltber*, Einheit 1971, 991 (mit konkreten Beispielen aus Aufsätzen, wie: „Meine Eltern sind nicht mit unserer Entwicklung mitgegangen. Die Meinung meiner Eltern, besonders die meines Vaters, stimmte und stimmt noch nicht immer mit den Meinungen der pädagogischen Kräfte überein. In der Öffentlichkeit verhält er sich anders als im Elternhaus. Wenn die öffentlichen Organe nicht solchen Einfluß auf uns genommen hätten, ständen wir heute nicht auf dieser Entwicklungsstufe“). Wird unsocialistisches Erziehungsverhalten der Eltern festgestellt, sind die Lehrer angehalten, „keine Mühe zu scheuen, auf die Eltern – eventuell über deren Arbeitskollektiv – einzuwirken“, *Witte*, JH 1967, 268.

49 *Geiger*, FamRZ 1979, 462.

50 Ehe und Familie S. 17; *Nathan*, StuR 1954, 568; NJ 1961, 626 ff.; Stellungnahme des Verfassungs- und Rechtsausschusses, StuR 1966, 451; *Grandke*, NJ 1975, 503; vgl. auch *Bechtold*, DA 1970, 563 f. Hiermit im Zusammenhang ist das in der DDR-Literatur immer wieder beklagte Faktum zu sehen, daß sich viele Bürger „nach außen“ vorbildlich verhalten, im Privatleben aber oft von sozialistischen Grundsätzen abweichen, vgl. *Goldstein*, Neues Deutschland vom 21.6.1959, S. 5, zit. bei *Nathan*, NJ 1961, 631 Fn. 34; vgl. auch oben Fn 48. Nach *Mitscherlich*, Vaterlose Gesellschaft S. 152, handelt es sich dabei um eine allgemein-menschliche Verhaltensweise. Zu den immanenten Effektivitätsproblemen des Rechts generell vgl. Bd. 3 des Jahrbuchs f. Rechtssoziologie u. Rechtstheorie (1972).

51 *Halgasch*, NJ 1969, 754.

52 *Witte*, JH 1967, 195. Die 10 Gebote der sozialistischen Moral i.d.F. des Parteiprogramms der SED von 1963 sind abgedruckt bei *Roggemann*, in: Die Gesetzgebung der DDR, Bd. 1: Die Verfassung der DDR, S. 27, Fn. 91. Zur Bedeutung der Moral für die richterliche Rechtsfindung vgl. unten IV.3.c).

53 NJ 1961, 626 ff.

54 *Grandke/Kubrig*, Einheit 1965 (11) 15; *Witte*, JH 1967, 194.

55 *Nathan*, NJ 1961, 627; *Witte*, JH 1967, 195.

sachlich differenzierter und umfassender gestaltet werden und tiefer in den familiären Lebensbereich eindringen<sup>56</sup>. Zu dieser größeren Personen- und Sachnähe der Moral gesellt sich der Vorteil unmittelbarer und effektiverer Kontrollmöglichkeit. Während das Recht jedenfalls in der Praxis nur von staatlichen Organen durchgesetzt wird, ist Träger der Moralnormen auch die Gesellschaft, d.h. die gesamte soziale Umwelt der Familie und des Individuums. Von hier aus gewinnt der sozialistische Kollektivismus eine spezifische Bedeutung. Mit Hilfe der Kollektive können die gesellschaftlichen Normen näher an den Einzelnen und seine Familie herangetragen und erzieherisch eingesetzt werden<sup>57</sup>.

### c) Elternrecht

Aus dem vorstehend skizzierten Verhältnis öffentlicher Erziehungsträger zu den Eltern ergibt sich bereits, daß die Qualifikation des elterlichen Erziehungsrechts als „Grundrecht“ in der DDR (Art. 38 Abs. 1, Satz 2, Abs. 4 der Verfassung) andere Bedeutung haben muß als etwa Art. 6 Abs. 2 GG in der Bundesrepublik. Schlüssel zum Verständnis des sozialistischen Grundrechtsbegriffs, der in der DDR erst seit Mitte der sechziger Jahre ansatzweise entwickelt worden ist, ist die Definition der grundsätzlichen Stellung des Individuums in der sozialistischen Gesellschaft. Die gesamte sozialistische Doktrin wird geprägt vom Postulat der Interessenübereinstimmung aller Kräfte der sozialistischen Gesellschaft, insbesondere von Individuum und Kollektiv<sup>58</sup>. Präziser gefaßt, wenngleich kaum ausdrücklich so formuliert, gibt es grundsätzlich keine von den Gesellschaftsinteressen abweichenden Individualinteressen: Das öffentliche Interesse absorbiert das Privatinteresse unter der Kunstfigur der „dialektischen Einheit“<sup>59</sup>. Das Gemeinschaftsinteresse wiederum ist nicht rechtlich definiert und festgelegt, sondern besteht nach Maßgabe der jeweiligen Interpretation durch die sozialistische Parteiführung<sup>60</sup>.

56 Sogar die Entscheidung über die Familiengröße soll mit Normen der Moral vorgezeichnet werden, *Grandke*, NJ 1975, 503. In der Praxis zeigt sich eine Tendenz zur Ein-Kind-Familie, während das sozialistische Leitbild von einer Zwei- bis Drei-Kinder-Familie ausgeht, vgl. *Kubrig*, JH 1976, 109 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 46. Allerdings glaubte auch der 1. Familienbericht der Bundesregierung (BT-Drucks. V/2532, S. 36 f.), nicht ohne ein entsprechendes Leitbild auskommen zu können. Anders der 2. Familienbericht (1975), S. XI.

57 *Nathan*, NJ 1961, 631; vgl. auch *Mannschatz*, NJ 1964, 44; *Halgasch*, StuR 1963, 966; *Göldner*, NJ 1965, 319 spricht davon, daß eine „Atmosphäre der Unduldsamkeit gegenüber bestimmten Erscheinungen“ geschaffen werden solle. Hierin liegt auch der Sinn der Heranziehung „gesellschaftlicher Kräfte“ zur Lösung von Familienkonflikten, vgl. z.B. die Fallschilderungen von *Glowacz* und *Oehmke*, NJ 1960, 493 f.; zur verfahrensrechtlichen Seite dieses Vorgehens vgl. unten B.II.3. bei Fn. 291 ff.; zur Bedeutung der Kollektiverziehung vgl. auch *Busch*, Familienerziehung S. 230 ff. Zum Verhältnis von Moral und Recht unten IV.3.c).

58 *Brunner* S. 36, 75, 86, 88.

59 *Hofmann/Püschel*, StuR 1961, 1896, 1901; *Haney*, StuR 1962, 1070; Lehrbuch Staatsrecht S. 185; vgl. *Müller-Römer*, Grundrechte S. 82; *Jauernig*, JuS 1971, 332.

60 Hierzu näher unten IV.3.a).

Verwirklicht sich die Existenz des Einzelnen legitimerweise nur im Rahmen und als Glied gesellschaftlicher Gebilde, können Grundrechte schon von ihrer Konzeption her nicht der Einräumung eines staatsfreien, gegen öffentliche Eingriffe abgesicherten Privatbereichs dienen<sup>61</sup>. Die Berechtigung, die sie verleihen, ist eine gesellschaftliche, gerichtet auf Teilhabe und Mitwirkung am gesellschaftlichen Entwicklungsprozeß<sup>62</sup>. Die von ihnen gewährte Freiheit beschränkt sich auf die Einsicht in das Notwendige<sup>63</sup> und dessen Verwirklichung, sie besteht nur im Rahmen der Gesellschaftskonformität<sup>64</sup>. Da das, was notwendig ist im Interesse des Gemeinwesens, ausschließlich und mit immer wieder wechselnden Akzenten von der Parteiführung definiert wird, ist deren politische Zielsetzung zutreffend als immanente Grundrechtsschranke bezeichnet worden<sup>65</sup>.

Aus der gesellschaftlichen Natur sozialistischer Grundrechte folgt zwanglos als weiteres Charakteristikum, daß sie gleichzeitig und untrennbar Grundverpflichtungen darstellen<sup>66</sup>: Die Teilnahme am gesellschaftlichen Entwicklungsprozeß ist

- 61 Lehrbuch Staatsrecht S. 185; vgl. *Müller-Römer*, Grundrechte S. 92; *Brümmer* S. 34 f.; *Brunner*, S. 162; *Arnold* S. 18; *Fikentscher*, Methoden III S. 540 f., 584. Zum sozialistischen Rechtsstaatsbegriff vgl. *Sieveking*, Rechtsstaatsbegriff, insb. S. 97 ff.; zum politischen Charakter der Verfassung generell *Poppe*, StuR 1982, 291 ff.
- 62 Vgl. Art. 21 der Verfassung; *Haney*, Sozialistisches Recht und Persönlichkeit S. 135 ff.; Lehrbuch Familienrecht S. 196; Lehrbuch Staatsrecht S. 176, 181 f., 195; vgl. auch *Müller-Römer*, Grundrechte S. 58, 89; *Arnold* S. 18; *Brümmer* S. 35 f. Konsequenterweise wird eine wesentliche Verwirklichungsform der Grundrechte im Kollektiv gesehen, im Rahmen und in den Aktivitäten der gesellschaftlichen Organisationen, Lehrbuch Staatsrecht S. 117.
- 63 *Fikentscher*, Methoden III S. 552. So ist wohl auch der Satz zu verstehen, daß durch Grundrechte „grundlegende gesellschaftliche Prozesse im Interesse ihrer Gestaltung entsprechend den Erfordernissen geregelt werden“, Lehrbuch Familienrecht S. 196.
- 64 *Müller-Römer*, Grundrechte S. 84, 86, 89 f. Dokumentiert wird dieser Umstand durch die Materialien, die in „Unrecht als System“ zusammengestellt sind (Teil I bis IV, Bonn und Berlin 1952 bis 1962). Nur unter dem Aspekt der Systemkonformität erschließt sich der Inhalt der These, die Bedeutung der Familienerziehung nehme im Sozialismus zu, sie gelange hier sogar erst voll zur Entfaltung (*Grandke*, JH 1971, 214; *Grandke/Orth/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 349; *Kuhrig*, JH 1976, 108; *Mannschätz*, JH 1968, 2): Gemeint ist die Intensivierung der sozialistisch-ideologischen Beeinflussung vom frühesten Kindesalter an.
- 65 *Brunner*, JbOstR 1964, 83; *Brunner* S. 88; *Müller-Römer*, Grundrechte S. 83 f.; vgl. auch Lehrbuch Staatsrecht S. 186, 194. Ausführlich zur sozialistische Grundrechtskonzeption *Mampel*, Verfassung Art. 19, Rz. 21 ff., Art. 38 Rz. 4. Es ist ein immer wieder anzutreffender Fehler, daß sozialistische Rechtsinstitutionen vom Begriffs- und Werthorizont freiheitlich-rechtsstaatlicher Ordnungen her interpretiert werden (oben Einl. bei Fn. 50). Fast zwangsläufig folgt die Feststellung, daß die Rechte sich „im Prinzip“ entsprechen und nur die Praxis sich mehr oder weniger planmäßig rechtsbrüchig verhält. So auch *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 270, wonach das elterliche Erziehungs(grund)recht ein gegen den Staat gerichtetes „privates, individuelles Interesse“ der Eltern auch – „in Grundsatz und Theorie“ – im DDR-Recht sei. Auch und gerade in Grundsatz und Theorie ist es dieses nicht.
- 66 Vgl. Art. 38 Abs. 4 der Verfassung; Lehrbuch Staatsrecht S. 190 f.; Marxistische Staats- und Rechtstheorie S. 363 ff.; *Jansen*, Leitfaden S. 148 f.; auch *Müller-Römer*, Grundrechte S. 90 f.; *Brunner* S. 87 f.; *Bellon* S. 73. *Arnold* S. 20; *Busch*, Familienerziehung 109 ff.; *Brümmer* S. 36; *Grandke/Orth/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 346.

Privileg und damit zugleich Verantwortung. Die ausdrückliche Hervorhebung des Pflichtcharakters des elterlichen Erziehungsrechts in Art. 38 Abs. 4 der DDR-Verfassung<sup>67</sup> hat deshalb nur deklaratorische und vor allem erzieherische Funktion. Die Ausrichtung der Eltern an sozialistischer Erziehungsweise und sozialistischem Erziehungsziel wird für so wichtig gehalten<sup>68</sup>, daß ihre Verpflichtung insoweit außer Zweifel zu stellen war.

Bei dieser Grundrechtskonzeption stellt die Einflußnahme des Staates auf die Familienerziehung, wie sie in der Rechtswirklichkeit stattfindet, keinen Verstoß gegen die Verfassung dar. Angesichts dieses eindeutigen Ergebnisses kann der dogmatische Streit, ob die Grundrechte subjektive Rechte oder nur Reflexe objektiven Rechts sind<sup>69</sup>, unberücksichtigt bleiben, zumal auch bei ersterer Qualifikation Rechtsansprüche und Rechtsdurchsetzung *gegen* die Gemeinschaft ausgeschlossen werden<sup>70</sup>.

Die Rechtsposition der Eltern gegenüber Staat und Gesellschaft ist prägnant im Familienrechts-Lehrbuch der DDR zusammengefaßt<sup>71</sup>:

„Es ist ein sozialistisches Grundrecht, das im übereinstimmenden Interesse von Eltern, Kindern und sozialistischer Gesellschaft den Eltern übertragen und verfassungsrechtlich geschützt wird. Es berechtigt und verpflichtet sie, den notwendigen Anteil der Familie bei der Entwicklung ihrer minderjährigen Kinder als künftige Bürger einer sozialistischen Gesellschaft zu sichern, sie in engem Zusammenwirken mit den gesellschaftlichen Erziehungseinrichtungen in diesem Sinne zu erziehen und ihre persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu regeln. Die Eltern haben Anspruch auf staatliche oder gesellschaftliche Unterstützung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Üben sie das Erziehungsrecht jedoch nicht mehr im Interesse ihrer Kinder aus, kann und muß unter gesetzlich festgelegten Voraussetzungen in dieses Grundrecht eingegriffen oder es ganz entzogen werden.“

Auf einen noch kürzeren Nenner gebracht, „hat der sozialistische Staat (mit dem elterlichen Erziehungsrecht) eine Rechtsform geschaffen, durch die er die Erziehung und Entwicklung der Kinder in der Familie wirksam beeinflusst“<sup>72</sup>.

67 Vgl. außerdem § 3 Abs. 1 Satz 2 und § 42 Abs. 1 und 2 FGB sowie BG Fankfurt/Oder 12.5.1967, NJ 1968, 574, 575.

68 Vgl. Nachweise in Fn. 64 sowie *Robde*, Erziehungsrecht S. 17; Programm der SED, Berlin (Ost) 1976, S. 55; Arnold S. 52.

69 In ersterem Sinne Lehrbuch Staatsrecht S. 185 f.; Marxistische Staats- und Rechtstheorie S. 360 ff.; dagegen *Haney*, Sozialistisches Recht und Persönlichkeit S. 270 ff.; vgl. außerdem *Brunner* S. 87; *Mampel*, oben Fn 65.

70 Lehrbuch Staatsrecht a.a.O. Im Grunde erweist sich die Feststellung sozialistischer Autoren als zutreffend, daß die DDR-Verfassung auch bei vergleichbarem Wortlaut *nichts* mit dem Grundgesetz gemeinsam habe, Lehrbuch Familienrecht S. 56 ff.; Lehrbuch Staatsrecht S. 188 f.

71 S. 211 f.; grundlegend auch *Grandke/Stolpe*, StuR 1980, 528 ff.

72 *Robde*, Erziehungsrecht S. 14. Vgl. auch *Mampel*, Verfassung Art. 38 Rz. 29 ff.

## 2. Das Verhältnis der Eltern zueinander

Die Eltern üben das Erziehungsrecht gemeinsam aus (§ 45 Abs. 1 Satz 1 FGB). Diese Regelung, die keinen Vorrang eines Elternteils oder eine Funktionsverteilung bei der Erziehung vorsieht, basiert zum einen auf der völligen Gleichstellung von Mann und Frau, die in der DDR von Anfang an konsequent verfolgt wurde<sup>73</sup>, zum anderen aber auch auf der Erkenntnis, daß erst die gemeinsame Erziehungstätigkeit von Frau und Mann dem Kind optimale Entwicklungsmöglichkeiten bietet<sup>74</sup>. Während mit der weitgehend durchgesetzten Berufstätigkeit auch der Frauen tatsächlich gleiche Ausgangspositionen für die Kindererziehung geschaffen worden sind, ist die Familienwirklichkeit noch überwiegend von traditionellen Rollenverteilungen geprägt: Kaum mehr als 10 % der Väter halten sich für die Erziehung (oder Hausarbeit) zuständig<sup>75</sup>.

Können sich die Eltern über Erziehungsfragen nicht einigen, ist kein staatlicher Stichentscheid vorgesehen<sup>76</sup>. Die Begründung, es entspreche „der Grundtendenz des Gesetzes, jegliches Administrieren und Reglementieren in den Angelegenheiten der Familie zu unterlassen“<sup>77</sup>, hat offensichtlich nur propagandistischen Charakter. Vielmehr paßt die Vorstellung streitender Eltern und obrigkeitlicher Entscheidung nicht zum Dogma der Interessenharmonie, das auch auf die innerfamiliären Beziehungen angewendet wird. Auf dieser Grundlage ist eine Einigung objektiv zu erreichen und deshalb durch sozialistische Eltern pflichtgemäß zu realisieren<sup>78</sup>. Allerdings werden die Eltern auch in dieser Situation nicht allein gelassen. Sie können die Beratung und Hilfe behördlicher und gesellschaftlicher Institutionen in Anspruch nehmen<sup>79</sup>, und wenn die Erziehung und Entwicklung des Kindes durch ihre Uneinigkeit gefährdet ist, greift das Jugendhilfeorgan mit Kinderschutzmahnahmen ein (§ 51 FGB). Da die Nichtinanspruchnahme von Beratung und Hilfe trotz Un-

73 OG 1.12.1950, OGZ 1, 68, 71; 22.11.1952, OGZ 2, 50, 51; 10.9.1964, OGZ 10, 121, 123 f.; 26.11.1964, OGZ 10, 156, 160 f.; 22.1.1970, NJ 1970, 336 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 42 ff. Das Gleichberechtigungsgesetz der BRD von 1957 mit dem Stichentscheid des Vaters bot den DDR-Autoren willkommene Gelegenheit zu sarkastischer Kritik: „erbarmungswürdige Unfähigkeit“, „klägliches Versagen“, *Nathan*, StuR 1954, 583 f. (zum Regierungsentwurf).

74 *Zetkin*, Über Jugenderziehung S. 58 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 42 ff.; demgegenüber sieht *Mirocha*, ZSR 73 (1977) 220 den Vorteil kumulierten elterliche Einflusses dadurch vereitelt, daß die gesamte Erziehung gleichgeschaltet und fremdbestimmt ist.

75 So eine nach einzelnen Funktionen aufgegliederte Tabelle bei *Markovits*, 24 Stan.L.Rev. 138 (1971); vgl. auch OG 22.1.1970, NJ 1970, 336; *Robde*, Erziehungsrecht S. 44; *Walther*, Einheit 1971, 990. Ein Grund hierfür liegt sicherlich darin, daß die berufstätigen Frauen verbreitet nur teilbeschäftigt sind, *Walther* a.a.O.; *Grandke*, NJ 1975, 501 (konsequent für einen Ausbau in Richtung Vollbeschäftigung).

76 *Nathan*, StuR 1954, 582 (ein bedeutsames und kühnes Erziehungsmittel für die Eltern); *Görner*, JH 1975, 104; vgl. *Helwig*, DA 1974, 923.

77 FGB-Kommentar (4. Aufl.) § 45, Anm. 1.4.

78 *Nathan*, StuR 1954, 582; vgl. auch unten Text zu Fn. 159 und 279.

79 § 50 Abs. 2 FGB; *Görner*, JH 1965, 104.

Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 FGB in der Person des anderen Elternteils vorliegen: Mängel in seiner Erziehungsleistung sind durch flankierende Hilfe anderer Erziehungsträger auszugleichen<sup>198</sup>.

Der verbleibende Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 FGB ist schmal, seine Bedeutung in der Praxis gering<sup>199</sup>, zumal die verfahrensrechtliche Konsequenz schwerwiegend ist: Das Verbundprinzip zwingt zu einer Unterbrechung des gesamten Scheidungsverfahrens<sup>200</sup>.

### c) Sachliche und personelle Unteilbarkeit des Erziehungsrechts

Das Erziehungsrecht wird als dialektische Einheit aller elterlichen Rechte und Pflichten verstanden, so daß eine sachliche Aufspaltung nicht in Frage kommt<sup>201</sup>. Eine gesonderte Behandlung der Vermögenssorge verbietet sich schon aus der untergeordneten Bedeutung dieses Teils elterlicher Aufgaben<sup>202</sup>.

Darüber hinaus ist im Scheidungsfall die Zuteilung des Erziehungsrechts an *einen* Elternteil vorgeschrieben (§§ 45 Abs. 3 Satz 1, 25 Abs. 1 Satz 1 FGB)<sup>203</sup>. Die gemeinsame Ausübung des Erziehungsrechts durch beide Eltern bei bestehender Ehe (§ 45 Abs. 1 FGB) fußt auf ihrem ehelichen Zusammenleben<sup>204</sup>; die Beendigung des gemeinsamen Erziehungsrechts bei Scheidung wird als notwendige Konsequenz angesehen<sup>205</sup>. Da dieses Argument offenbar nicht zwingend erscheint, werden zusätzliche rechtspolitische Gründe angeführt: das Kindesinteresse an einer klaren, einheitlichen und streitbeilegenden Entscheidung<sup>206</sup> und die Seltenheit von Fallgestaltungen, in denen gemeinsame Erziehung auch nach der Scheidung erfolgversprechend wäre<sup>207</sup>.

Die Notwendigkeit der Erziehungsrechtszuweisung an einen der beiden Elternteile bedeutet aber nicht, daß die Beziehung der Kinder zum anderen Elternteil abgeschnitten werden soll. Freiwillige Kooperation der geschiedenen Eltern ist möglich und gilt als Ausdruck besonderen Verantwortungsbewußtseins<sup>208</sup>.

198 BG Frankfurt/Oder 12.5.1967, NJ 1968, 574, 575; BG Halle 25.3.1968, Schöffs 1970, 129, 131; vgl. Arnold S. 68 f.

199 BG Schwerin, 18.8.1972, NJ 1973, 744; Reinwarth, NJ 1968, 658; Robde, NJ 1966, 467.

200 Eberhardt, NJ 1976, 13.

201 Ansorg, Soz.Erz. 1959 (6) 4 ff.; Lieber/Robde, JH 1974, 39; vgl. Arnold S. 56; Wassermeyer S. 39.

202 Arnold S. 56; vgl. oben II.3., bei Fn. 83.

203 RGB-Kommentar § 25, Anm. 1.1., § 45, Anm 1.1.

204 Robde, Erziehungsrecht S. 42, 56 f.

205 Lieber/Robde, JH 1974, 39; Robde, Erziehungsrecht S. 56 f.

206 Grandke, Junge Leute S. 125; Lehrbuch Familienrecht S. 399; Pechmann, JH 1973, 25; Robde, Erziehungsrecht S. 57; vgl. Arnold S. 55.

207 Lehrbuch Familienrecht S. 399.

208 Grandke, Junge Leute S. 125; Pechmann, JH 1973, 23 ff.; Robde, Erziehungsrecht S. 57; Grandke/Orth/Rieger/Stolpe, NJ 1979, 346 f. (hier wird zugleich erstmalig angedeutet, daß die Entscheidung des DDR-Rechts gegen die Fortführung der gemeinsamen Sorge möglicherweise nicht endgültig ist).

#### d) Nebenbestimmungen zur Erziehungsrechtszuteilung

Gerichtliche Nebenbestimmungen – wie Bedingungen, Auflagen oder Erziehungsaufsicht<sup>209</sup> – sind im DDR-Recht nicht zulässig. Sie widersprechen dem Grundsatz der Klarheit und Endgültigkeit der Entscheidung<sup>210</sup> und werden als nicht notwendig angesehen. Der Charakter des Rechts als integrierter Teil der politischen Leitungs- und Erziehungstätigkeit ermöglicht gleichgerichtete und ergänzende Einflußnahmen von Behörden und Institutionen außerhalb der Rechtspflege. Die „Vergesellschaftung des Rechts“ durch seine Verbindung mit Moralnormen<sup>211</sup> führt dazu, daß auch rein gesellschaftliche Kräfte zur Verwirklichung und Durchsetzung des Familienrechts berufen sind<sup>212</sup>. Die erzieherische Einflußnahme auf die Eltern sowie auch die Sicherung der sozialistischen Erziehung der Kinder durch das Gericht sind deshalb eingebettet in flankierende Bestrebungen aller einschlägigen Institutionen bis hin zum „bewußtseinsbildenden Einfluß des sozialistischen Kollektivs“ und anderen Formen gesellschaftlicher Hilfe<sup>213</sup>. Das Gericht ist angehalten, engstens mit diesen Organen (Jugendhilfeorgane; deren ehrenamtliche Mitarbeiter, Familienberatungsstellen; Arbeitskollektive und andere gesellschaftliche Kräfte) zusammenzuarbeiten<sup>214</sup>, insbesondere in den Fällen, in denen das Erziehungsrecht einem Elternteil übertragen werden muß, gegen dessen Eignung Bedenken bestehen<sup>215</sup>.

#### 6. Rechtsstellung der Eltern nach der Erziehungsrechtsentscheidung

Im Prinzip hat der Erziehungsberechtigte uneingeschränkt die Rechtsstellung inne, die vor der Scheidung beide Eltern gemeinsam ausfüllten, vorbehalten des Umgangsrechts des Nichterziehungsberechtigten. Faktisch mag er den Einwirkungen der Jugendhilfeorgane stärker ausgesetzt sein, da das Scheidungsverfahren die Familiensituation offengelegt hat<sup>216</sup>.

Das Erziehungsrecht des anderen Elternteils erlischt mit der Entscheidung<sup>217</sup>, aber seine Elterneinstellung bleibt rechtlich anerkannt<sup>218</sup> – nur verändern sich die daraus fließenden Rechte und Pflichten<sup>219</sup>. Im Vordergrund steht, neben der Unter-

209 Eine Ausnahme stellt die Entscheidung des StadtBG Pankow 16.12.1952, Unrecht als System II, S. 188, 189 dar: Der Vater war republikflüchtig und die Mutter wohl ebenfalls politisch nicht sehr zuverlässig. Das Erziehungsrecht wurde dem Jugendamt übertragen mit der Maßgabe, die Kinder bei der Mutter zu belassen.

210 Vgl. oben Fn. 206.

211 Zutreffend auch die umgekehrte Wendung „Verrechtlichung der Moralgebote“ bei *Bechtold*, DA 1970, 565. Die im Text gewählte Formulierung charakterisiert das Wesentliche des Vorgangs aber besser.

212 *Halgasch*, StuR 1963, 967.

213 *Nathan*, NJ 1961, 631; vgl. *Robde*, Erziehungsrecht, S. 98 ff. = JH 1967, 199.

214 *Robde*, Erziehungsrecht S. 99 f. = JH 1967, 199.

215 *Robde*, Erziehungsrecht S. 137 = JH 1967, 272.

216 Vgl. vorstehend 5.d.

217 *Robde*, Erziehungsrecht S. 56, 63 f.

218 *Peschke*, NJ 1970, 750.

219 *Robde*, Erziehungsrecht S. 64 f.

vitales Interesse haben. Da in unstabilen Ehen außerdem die Hauptfunktion der Familie, die Kindererziehung gefährdet ist, ergibt sich auch aus diesem Gesichtspunkt die Notwendigkeit zu eherhaltenden Aktivitäten von Staat und Gesellschaft<sup>95</sup>. Schließlich fallen auch politisch-ideologische Erwägungen ins Gewicht: Daß die von ökonomischen und gesellschaftlichen Zwängen befreite Gemeinschaft der Ehegatten deshalb auch stabil ist, gehört eigentlich zu den „Gesetzmäßigkeiten“ der sozialistischen Entwicklung<sup>96</sup>.

In dem Dilemma zwischen rechtlich-ideologischer Scheidungsneutralität und rechtspolitischer Unerwünschtheit der Scheidung wurde auf zahlreichen indirekten Wegen versucht, die rechtliche Scheidungsfreiheit zu begrenzen: erschöpfende Sachverhaltsaufklärung zur Ermittlung etwaiger eherhaltender Gesichtspunkte, intensive erzieherische Einflußnahme durch das Gericht sowie auch durch eine Vielzahl „gesellschaftlicher Kräfte“, durch deren Herbeiziehung außerdem ein sozialer Druck auf die scheidungswilligen Ehegatten ausgeübt wurde<sup>97</sup>. Wengleich die hohe Zahl von Klagerücknahmen in Scheidungsverfahren<sup>98</sup> sicherlich zum Teil auf diese Bemühungen zurückzuführen ist, so konnte doch insgesamt die Scheidungsflut nicht eingedämmt werden. Insbesondere in den siebziger Jahren stieg die Scheidungsziffer sprunghaft. 1977 kamen auf 10.000 Einwohner 25,7 Scheidungen<sup>99</sup>, und die Zahl der von Scheidungen betroffenen Kinder wuchs sogar überproportional, da der Anteil kinderloser Ehen an den Scheidungsfällen abnahm<sup>100</sup>.

Mit der Neuordnung des Verfahrensrechts durch die ZPO vom 19.6.1975<sup>101</sup> scheint eine gewisse Resignation eingetreten zu sein. Jedenfalls ist die Scheidung verfahrensrechtlich vereinfacht (§ 50 Ziffer 1 ZPO) und der Beschluß des OG über

95 Beschluß des Plenums des OG vom 15.4.1965, NJ 1965, 309 f.; *Halgasch*, StuR 1963, 971, 977 ff.; Lehrbuch Familienrecht S. 230 f.; *Rohde*, Erziehungsrecht S. 42, 45.

96 Die faktische Unstabilität der Ehen wird deshalb in der DDR als Problem empfunden und – nachdem man sich mittlerweile auf Überreste bürgerlichen Denkens kaum mehr berufen kann – vor allem auf drei Ursachen zurückgeführt: (1) die DDR-Bürger stellen höhere Ansprüche an die Ehe, (2) sie sind von der Vielfältigkeit der Aufgaben im sozialistischen Staat überbelastet, (3) der Wegfall äußeren Zwangs zur Aufrechterhaltung von Ehen verleite zu Scheidungen; vgl. *Grandke*, NJ 1970, 451 f.; *Grandke/Kubrig*, Einheit 1965 (11) 19; *Halgasch*, StuR 1963, 972; *Kubrig*, JH 1976, 108; Lehrbuch Familienrecht S. 369 f., 373 ff.; *Jung*, NJ 1980, 486, 487.

97 Vgl. die (inzwischen aufgehobenen) Beschlüsse des Plenums des OG vom 15.4.1965 und 24.6.1970, NJ 1965, 309 ff. und NJ 1970, 445 ff.; dazu im einzelnen unten B II.3.

98 Vgl. unten Fn. 278.

99 Absolut waren es 43.034 Scheidungen, gegenüber 27.407 Scheidungen im Jahre 1970, Statistisches Jahrbuch der DDR 1978, S. 349 ff.

100 Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 37.

101 GBl I S. 533.

die eheerhaltende Tätigkeit der Gerichte<sup>102</sup> aufgehoben worden<sup>103</sup>. Wie auch bei der Geburtenpolitik versucht man nun, statt ineffektiver moralischer Appelle die sozialen und ökonomischen Bedingungen für die Familie zu verbessern, insbesondere in bezug auf Wohnung und Arbeitszeit<sup>104</sup>. Im übrigen haben Grandke/Orth/Rieger neuestens eine theoretisch-ideologische Konzeption vorgelegt, die das Zusammentreffen hoher Scheidungsziffern und sozialistischer Gesellschaftsverhältnisse erklärt oder doch zumindest ideologisch tolerierbar erscheinen läßt: Die Liebe als entscheidendes Bestandskriterium einer Ehe sei nicht unmittelbare Funktion der gesellschaftlichen Verhältnisse. Diese könnten nur die Grundlage schaffen und Hindernisse beseitigen. Ob sich aber darauf Liebe zweier Menschen zueinander entfalte und Bestand habe, hänge von einer Vielzahl anderer, komplexer Bedingungen ab. Im Ergebnis sei „der Eintritt des Sinnverlustes von Ehen als eine dem Prozeß der Familienentwicklung . . . innewohnende Erscheinung zu betrachten“<sup>105</sup>.

### b) Scheidungsvoraussetzungen

Die Zerrüttung der Familienbeziehung ist der einzige Scheidungsgrund. Die Ehe muß „ihren Sinn für die Ehegatten, die Kinder und damit auch für die Gesellschaft verloren“ haben (§ 24 Abs. 1 FGB). Der Sinnverlust für die Familienmitglieder impliziert den für die Gesellschaft<sup>106</sup>, so daß der letztere Zusatz eigentlich überflüssig ist<sup>107</sup>.

Das Konzept der Ehezerrüttung wird – im Ergebnis zur Recht – von dem gleichnamigen Prinzip in der Bundesrepublik abgegrenzt: Dem „subjektivistisch-wertneutralen“ Zerrüttungsbegriff trete derjenige des DDR-Rechts als „objektives, moralisch-wertendes“ Prinzip entgegen<sup>108</sup>. In der Tat liegt nichts ferner, als das Zerrüttungsprinzip der DDR mit einem „Rückzug des Staates aus dem Familienrecht“ in

102 Vgl. oben Fn. 97; aufgehoben durch Beschluß des Plenums des OG vom 17.12.1975, NJ 1976, H. 3, Beil. 1.

103 1976 war daraufhin ein erneuter Sprung der Scheidungsziffer (von 41.632 auf 44.803) zu beobachten, Statistisches Jahrbuch a.a.O., S. 349. Die Pflicht der Gerichte zur Erhaltung von Ehen besteht allerdings nach wie vor und wird betont von Eberhardt, NJ 1977, 634 f.; Peper, NJ 1976, 516 ff.; vgl. auch unten Text zu Fn. 273. Für Stellungnahmen zur neuen Praxis vgl. weiterhin Lehrbuch Familienrecht S. 422; Grandke, NJ 1975, 502 (das Gleichberechtigungsprinzip führe zur wachsenden Eigenverantwortung der Ehegatten, diese wiederum verlange Anerkennung der übereinstimmenden Scheidungsbegehren).

104 Nach einer jetzt von Wenik (Schutz und Förderung S. 30) veröffentlichten Statistik für das Jahr 1972 besaßen Scheidungspaare keine gemeinsame Wohnung: Ehedauer bis zu 1 Jahr = 40 %; 1-2 Jahre = 32 %; 2-3 Jahre = 24 %. Verbesserungen hier wie auf dem Arbeitssektor haben die Geburtenquote neuerdings positiv beeinflusst: „Auto des Jahres“ 1976 war der Kinderwagen.

105 NJ 1980, 399 ff., 400; vor diesem Hintergrund können die Autoren die Ehen in der DDR als relativ „stabil“ einstufen.

106 FGB-Kommentar § 24, Anm. 1.4.; Grandke, JH 1971, 216; Kubrig, JH 1976, 70; vgl. Helwig, DA 1974, 927.

107 Halgasch, StuR 1963, 973, Fn. 54.

108 Ehe und Familie S. 28 f.; Halgasch, StuR 1963, 974 ff., 980; Heiland, NJ 1954, 596; vgl. Coester, FamRZ 1977, 218 m.w.N. in Fn. 27.

Verbindung zu bringen, wie es mit Blick auf westlich-demokratische Rechtsordnungen geschehen ist<sup>109</sup>. Der sozialistische Staat ist nicht neutral gegenüber dem Verhalten der Ehepartner<sup>110</sup>, sondern setzt das Zerrüttungsprinzip ein als Instrument zur Aufdeckung der gesamten Entwicklung und Situation der Ehe (§ 24 Abs. 2 Satz 1 FGB)<sup>111</sup> und unterwirft das Verhalten der Beteiligten sodann einer strengen Beurteilung am Maßstab der sozialistischen Moral<sup>112</sup>. Da das moralische Element bereits in den Zerrüttungsbegriff projiziert wird, weist man jede Verbindung auch mit dem „bürgerlichen Verschuldensprinzip“ zurück<sup>113</sup>. Insgesamt nicht zu Unrecht wird das Scheidungsrecht der DDR als „Leitungselement des Staates“ bezeichnet<sup>114</sup>.

Gemäß § 24 Abs. 2 Satz 2 FGB „ist besonders zu prüfen, ob die Interessen minderjähriger Kinder der Scheidung entgegenstehen und ob die Scheidung für einen Ehegatten eine unzumutbare Härte darstellen würde“. Die Kinderklausel hebt nur hervor, daß der Sinnverlust der Ehe *auch* für die Kinder eingetreten sein muß<sup>115</sup>, sie stellt deshalb keine Ausnahme vom Zerrüttungsprinzip des Abs.1 dar. Die Härteklausel hingegen verläßt zumindest teilweise den Boden des Zerrüttungsprinzips, auch wenn versucht wird, sie als dessen Ausfluß zu kennzeichnen<sup>116</sup>.

## 2. Scheidungsfolgen (Überblick)

Die rechtlichen Folgen der Scheidung sind in §§ 25 bis 34, 39 bis 41 FGB geregelt: die Entscheidung über das Erziehungsrecht (§§ 25, 26), das Umgangsrecht des nicht-erziehungsberechtigten Elternteils (§ 27), der Ehegattenunterhalt (§§ 29 bis 33), Familienwohnung (§ 34), Hausrat und Ehegattenvermögen (§§ 39 bis 41)<sup>117</sup> sowie die Regelung über die Fortführung des Familiennamens (§ 28). Für den Kindesunterhalt ist dem Grundsatz nach bereits in § 19 gesorgt für alle Fälle, in denen das Kind nicht mit beiden Eltern zusammen in einem Haushalt lebt<sup>118</sup>.

109 *Glendon*, 62 Va.L.Rev. 665 f., 683 (1976); dies., *State, Law and Family*, S. 320 ff.

110 OG 15.1.1974, NJ 1974, 341, 342; BG Leipzig 29.6.1972, 655, 565; BG Neubrandenburg 18.8.1967, NJ 1968, 575; *Ansorg*, Leitfaden S. 139; *Krüger*, NJ 1965, 380.

111 § 24 Abs. 2 Satz 1 FGB; Beschluß des Plenums des OG vom 15.4.1965 und 24.6.1970, oben Fn. 97; OG 1.12.1950, NJ 1951, 223; vgl. *Helwig*, DA 1974, 928; *Markovits*, 24 *Stan.L.Rev.* 180 (1971).

112 Vgl. Nachweise in Fn. 108.

113 *Halgasch*, *StuR* 1963, 971 f., 977; *Nathan*, NJ 1954, 361; *Ehe und Familie* S. 28 f.

114 *Lehrbuch Familienrecht* S. 386.

115 FGB-Kommentar § 24, Anm. 1.3.; im einzelnen Bericht des Präsidiums des OG vom 13. 12.1972, NJ 1973, 37. Häufig wird deshalb die Bezeichnung „Familienscheidung“ verwendet, vgl. *Mannschatz*, NJ 1964, 43. Zur Anwendung der Kinderklausel in der Praxis BG Dresden 10.9.1976, NJ 1977, 185; BG Halle 11.11.1963, *Schöffe* 1964, 251.

116 FGB-Kommentar (4. Aufl.) § 24, Anm. 2.5., vgl. OG 12.8.1965, NJ 1966, 26. Rechtsvergleichend zum Scheidungsrecht der DDR *Magnus*, ZRP 1975, 57 f., 59, 61.

117 Dazu OG-Richtlinie Nr. 24 vom 22.3.1967, GBl II S. 180.

118 Die Höhe wird vom Scheidungsgericht bestimmt, § 25 Abs. 1 Satz 3 und 4 FGB. Die Unterhaltsgrundsätze sind konkretisiert in der OG-Richtlinie Nr. 18 vom 11.4.1965, GBl II S. 313, vgl. dazu Beschluß des Präsidiums des OG vom 21.9.1966, NJ 1966, 635; OG 6.12.1977, NJ 1978, 130.

Die Zahlung von Ehegattenunterhalt nach Scheidung widerspricht im Grundsatz der sozialistischen Ehe- und Familienauffassung. Die sozialistische Ehe soll gerade kein Versorgungsinstitut für die in Abhängigkeit gehaltene Frau sein<sup>119</sup>, und die wirtschaftliche Selbständigkeit der Frau wird als Grundvoraussetzung für ihre Gleichberechtigung in der sozialen Wirklichkeit angesehen. Die grundsätzliche Versagung von Unterhalt nach der Scheidung ist nicht zuletzt ein effektives Druckmittel, die angestrebte Eingliederung der Frau in den Produktionsprozeß zu beschleunigen<sup>120</sup>. Zur Vermeidung von Härten im Einzelfall gestattet § 24 Abs. 1 FGB die Anordnung von Unterhaltszahlungen, wenn ein Ehegatte vorübergehend nicht voll erwerbsfähig ist. Die Unterhaltsperiode ist auf zwei Jahre begrenzt. In Ausnahmefällen kann auch auf unbefristeten Unterhalt entschieden werden (§ 24 Abs. 2 FGB)<sup>121</sup>. Die Erziehung minderjähriger Kinder ist *ein* Gesichtspunkt, der die zeitlich begrenzte Unterhaltsberechtigung auslösen kann<sup>122</sup>. Allerdings springt seit 1972 der Sozialversicherungsträger weitgehend für den erziehungsbedingten Erwerbsausfall ein<sup>123</sup>, so daß die Unabhängigkeit vom anderen Ehegatten auch insoweit erhöht ist. Zu beachten ist, daß die Existenz erziehungsbedürftiger Kinder für sich allein noch keinen Unterhaltsanspruch begründet bzw. die Erwerbspflicht aufhebt. Der Erziehungsberechtigte ist gehalten, das Angebot staatlicher Unterbringungsmöglichkeiten (Kinderkrippen, Kindergärten, Kinderhorte in den Schulen etc.) zu nutzen und kann sich nicht auf Kosten des anderen Elternteils oder des Staates dafür entscheiden, das Kind ganztägig persönlich zu betreuen<sup>124</sup>. Nur das Fehlen von Krippenplätzen oder Belastungen durch eine größere Kinderzahl begründen befristete Unterhaltszahlungen<sup>125</sup>; Es wurde als *Maxime* für die Entscheidung über alle

119 Lehrbuch Familienrecht S. 20 ff.

120 Lehrbuch Familienrecht S. 320, 410 ff.; vgl. Müller-Römer, Grundrechte S. 186. Heute sind ca. 81 % aller Frauen in der DDR berufstätig, Lehrbuch Familienrecht S. 409. Eine unmittelbare rechtliche Arbeitspflicht besteht zwar nicht, vgl. Ehe und Familie S. 15, wohl aber ein faktischer Zwang jedenfalls außerhalb einer funktionierenden Ehe, Simitis, SBZ S. 59 f. (mit Belegen aus der Rechtsprechung); Lieser, Gleichberechtigung S. 120 ff.

121 Im Jahr 1973 erzielten 8 % der geschiedenen Frauen einen Unterhaltsanspruch zugebilligt, davon 9 % unbefristet, Bericht des Präsidiums des OG vom 26.3.1975, NJ 1975, 293; Kubrig, JH 1976, 108; Strasberg, NJ 1975, 297. Von Unterhalt für geschiedene Männer wird nichts berichtet.

122 § 29 Abs. 1 FGB; OG 30.9.1965, NJ 1966, 28; 19.1.1971, NJ 1971, 210; nach dem Bericht des Präsidiums des OG vom 26.3.1975 (NJ 1975, 292) begründet die Kindererziehung 50 % aller positiven Unterhaltsentscheidungen.

123 5. VO über die Verbesserung der Leistungen der Sozialversicherung vom 10.5.1972 (GBl II S. 307) und die dazu ergangene erste Durchführungsbestimmung vom 10.5.1972 (§§ 4-12, GBl II S. 308).

124 OG 24.9.1959, NJ 1960, 71; FGB-Kommentar § 29, Anm. 1.1.2.; umgekehrt steht es dem Erziehungsberechtigten aber auch nicht frei, sich allein dem Beruf zu widmen unter Vernachlässigung der Familie (OG-Richtlinie Nr. 9 vom 1.7.1957, NJ 1957, 441, 443; OG vom 8.9.1958, NJ 1959, 248): berufliche und familiäre Pflichten sind vielmehr miteinander zu verbinden, Simitis, SBZ S. 63 f.

125 Vgl. OG 30.9.1965, NJ 1966, 28. In diesen Fällen ist es allerdings sogar Pflicht der Gerichte, die Interessen der Frauen zu wahren, da sonst auch die Kinder nachteilig betroffen wären, Bericht des Präsidiums des OG 26.3.1975, NJ 1975, 293; Strasberg, NJ 1975, 296 ff.; ders., NJ 1973, 45.

Scheidungsfolgen (auch Hausrat, Vermögen und Ehwohnung) bezeichnet, daß die nachteiligen Veränderungen für die Kinder minimal zu halten seien<sup>126</sup>. Das Postulat der Berufstätigkeit auch alleinstehender Elternteile mit kleinen Kindern schränkt diese Maxime aus gesellschaftspolitischen Gründen ein.

## IV. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses

### 1. Normative Kriterien

Das FGB selbst verwendet nicht den Begriff des Kindeswohls, sondern bezeichnet als Maßstab für die Erziehungsrechtsentscheidung „die Sicherung der weiteren Erziehung und Entwicklung der Kinder“ (§ 25 Abs. 1 Satz 2). Doch wird diese Bestimmung allgemein so verstanden, daß das Kindeswohl die Richtschnur der Entscheidung sein solle<sup>127</sup>. Darüber hinaus nennt das Gesetz einige beachtliche Einzelkriterien: den Elternvorschlag (§ 25 Abs. 2 Satz 1) sowie den erzieherischen Einfluß der Eltern, das Verhältnis der Kinder zu den Eltern, deren Lebensverhältnisse und die Umstände der Ehescheidung (§ 25 Abs. 2 Satz 2). Diese Aufzählung ist weder erschöpfend noch ist das Gewicht der Kriterien für den Einzelfall bindend vorgeschrieben<sup>128</sup>. Eine weitere normative Konkretisierung bringt die OG-Richtlinie Nr. 25<sup>129</sup>, zum einen durch eine ins einzelne gehende Interpretation der schon im Gesetz aufgeführten Gesichtspunkte, zum anderen durch deren Ergänzung. So wird zusätzlich die Vorbildlichkeit des elterlichen Verhaltens hervorgehoben (Ziffer 8 der Richtlinie), die Bedeutung des „Geschwisterkollektivs“ (Ziffer 12) und der persönlichen Wahrnehmung des Erziehungsrechts durch die Eltern (Ziffer 13). Von zentraler Wichtigkeit ist die Erläuterung dessen, was mit der „Sicherung der weiteren Erziehung und Entwicklung der Kinder“ gemeint ist. Das Erziehungsrecht soll grundsätzlich dem Elternteil überlassen werden, der die beste Gewähr für die Verwirklichung des sozialistischen Erziehungsziels bietet (Ziffer 1).

Stets bleibt aber auch nach der OG-Richtlinie Nr. 25 die konkrete Interessenkonstellation der übergreifende, die einzelnen Kriterien relativierende Maßstab. Erst der Einzelfall entscheidet über Beachtlichkeit und Gewicht der normativ vorgege-

126 *Robde*, Erziehungsrecht S. 175; dies., JH 1967, 314.

127 OG Nr. 25, Ziff. 3; OG 12.9.1972, NJ 1973, 55, 57; Bezirksgericht Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511, 512; StadtG Groß-Berlin 18.11.1968, NJ 1969, 653, 654; *Funke*, NJ 1968, 660; *Grandke*, JH 1971, 214; dies., Junge Leute S. 123; Lehrbuch Familienrecht S. 237, 400; *Lieber/Robde*, JH 1974, 34; *Robde*, JH 1967, 312; vgl. *Arnold* S. 118, *Eechtbold*, ROW 1969, 13; *Hoffmann*, FamRZ 1965, 26. Ebenso die Interpretation des früheren § 9 Abs. 2 EheVO, OG 17.9.1957, NJ 1958, (11) 10; *Ansorg*, Soz.Erz. 1959 (1) 5, (3) 5, (6) 4, (11) 10; *Dillhöfer*, Schöffe 1957, 88; *Jansen*, Leitfaden S. 150.

128 OG-Richtlinie 25, Ziff. 2; *Robde*, Erziehungsrecht, S. 89.

129 oben Fn. 7.

benen Kindeswohl-Elemente (Ziffer 2). Schwerpunktmäßige Bedeutung schon auf genereller Ebene wird allerdings dem erzieherischen Einfluß der Eltern und der Bindung zwischen Kindern und Eltern beigemessen<sup>130</sup>.

## 2. Gesellschaftspolitische Funktion des Kindeswohl-Begriffs

Funktion und Inhalt des Kindeswohls werden durch Eigenheiten des sozialistischen Systems bestimmt.

Im Mittelpunkt der sozialistischen Gesellschaft steht nicht das Individuum, sondern das Kollektiv<sup>131</sup>. Hieraus folgt, daß das Kindeswohl nicht individualistisch verstanden wird. Vielmehr dient dem Kindesinteresse, was seiner Eingliederung ins Kollektiv und seiner Entfaltung im Rahmen des Kollektivs förderlich ist<sup>132</sup>, vor allem zunächst Konformität mit gesellschaftlichen Werten und Zielen. Im übrigen ist die ideale sozialistische Persönlichkeit bis ins Detail entworfen, sie bildet den Richtpunkt aller Einwirkungen auf das Kind sowohl durch die Eltern als auch durch die richterliche Entscheidung<sup>133</sup>. Wesentliches Element der sozialistischen Erziehung, das begleitend zu allen anderen, eher neutral wirkenden Eigenschaften zu beachten ist<sup>134</sup>, ist die politisch-ideologische Beeinflussung der Kinder zugunsten einer Parteinahme für den Sozialismus. Ohne eine entsprechende politisch-erzieherische Grundhaltung der Eltern gibt es keine gute Erziehung in der DDR, auch wenn die Erziehungsinhalte – wie Fleiß, Ordnung, Ehrlichkeit etc. – sonst übereinstimmen<sup>135</sup>. In jüngerer Zeit verstärkte sich der Druck auf die Gerichte und Behörden, den politischen Aspekt bei der Erziehungsrechtsentscheidung stärker zu beachten<sup>136</sup>.

Die generelle inhaltliche Definition des Kindeswohls reduziert die Fragestellung bei Erziehungsrechtsentscheidungen darauf, welcher der beiden Elternteile geeigneter ist, das entworfene Menschenbild im Kind zu verwirklichen (OG-Richtlinie Nr. 25, Ziffer 1). Unter diesem Aspekt ist für eine Rechtsvermutung zugunsten eines Eltern-

130 OG 4.7.1968, 538, 539; 30.9.1980, NJ 1981, 183; *Robde*, Erziehungsrecht S. 104 ff., 119 ff. = JH 1967, 200 ff., 238 ff.

131 *Nathan* NJ 1961, 631; Lehrbuch Staatsrecht S. 181 ff.

132 *Peschke*, NJ 1970, 750; *Scharnborst*, JH 1970, 69; *Weiß*, JH 1978, 104 f.

133 Im einzelnen unten 4. Kap., C.I.2.a); II.2.

134 Vgl. oben Text zu Fn. 91.

135 *Benjamin*, NJ 1966, 2; *Mannschatz*, NJ 1964, 44; *Robde*, Erziehungsrecht S. 33 f. (immerhin liege in einer derartigen Erziehung ein brauchbarer Anfang).

136 OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 30.1.1969, NJ 1969, 574 f.; *Hanschmann*, NJ 1969, 775; Lehrbuch Familienrecht S. 85; *Mannschatz*, Schöffe 1979, 135 f., *Riedel/Luck*, NJ 1970, 322, 323; *Walther*, Einheit 1971, 992; *Weiß*, JH 1978, 103; *Weiß/Händler*, JH 1972, 245 ff. *Witte*, JH 1967, 193 ff.; vgl. auch *Markovits*, 24 Stan.L.Rev. 197 (1971); *Brümmer* S. 45 (unter Hinweis auf unveröffentlichte Dissertationen zu diesem Thema).

teils, etwa der Mutter, kein Raum<sup>137</sup>. Eine tatsächliche enge Mutter-Kind-Beziehung gewinnt aber unter dem Aspekt des erzieherischen Einflusses Bedeutung<sup>138</sup>.

### 3. Konkretisierung des Kindeswohls im sozialistischen Recht

#### a) Politik der SED als Entscheidungsrichtlinie

Die allegemeine marxistische und sozialistische Rechtstheorie ist wiederholt erörtert worden<sup>139</sup> und bedarf deshalb keiner erneuten Darstellung. Die sozialistische Grundauffassung vom Recht ist hier nur insoweit von Interesse, als sie für das Verständnis des Rechts der Sorgeverteilung nach Scheidung notwendig ist.

Die inhaltliche Ausfüllung des Kindeswohlbegriffs durch das sozialistische Erziehungsziel wird ergänzt durch eine Instrumentalisierung des allgemeinen Rechtsbegriffs: Das Recht hat keinen Wert an sich, sondern ist ein Leitungsinstrument in der Hand des Staates zur Durchsetzung, Sicherung und Vollendung der sozialistischen Revolution<sup>140</sup>. Mit dieser in der DDR ganz herrschenden Auffassung wird der

- 137 In der DDR wird dieses Ergebnis zumeist mit dem Hinweis auf die Gleichberechtigung begründet. Nach der älteren Rechtsprechung allerdings wurde die Mutter bevorzugt, solange gegen ihre Eignung keine schwerwiegenden Bedenken bestanden, OG 29.10.1957, NJ 1958, 141, 142; BG Erfurt 6.9.1957, NJ 1957, 664; BG Suhl 28.8.1956, Schöffe 1957, 95 f.; weitere unveröff. Urteile bei *Robde*, Erziehungsrecht S. 62. Während die Kreisgerichte bis in jüngere Zeit hieran festhielten (so die erstinstanzlichen Entscheidungen in OG 19.1.1971, NJ 1971, 467; OG 2.2.1971, NJ 1971, 405), ist das OG in einer Serie von Urteilen nach und nach vom Muttervorrang abgerückt: 6.12.1962, 1 ZzF 68/69 (zit. in der folgenden Entscheidung); 28.11.1963, JH 1964, 77, 78 f.; 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 22.1.1970, NJ 1970, 336 f.; 12.9.1972, NJ 1973, 55, 56; sowie endgültig und grundlegend in der Entscheidung 6.3. 1973, NJ 1973, 298, 299. Vgl. danach OG 7.5.1974, NJ 1975, 23 f.; sowie FGB-Kommentar § 25, Anm. 1.1.; Mannschatz, NJ 1964, Rohde, Erziehungsrecht S. 61 ff.
- 138 OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 30.9.1975, NJ 1976, 60, 61 f.; BG Leipzig 20.12.1976, NJ 1977, 218 f.
- 139 *Reich*, Marxistische und Sozialistische Rechtstheorie (mit umfassenden Literaturnachweisen); *Fikentscher*, Methoden III S. 567 ff.; *Brunner* S. 1 ff.; *Müller-Römer*, Grundrechte S. 25 ff. Aus der sozialistischen Literatur vgl. Marxistisch-Leninistische Staats- und Rechtstheorie, Lehrbuch, Berlin (Ost) 1975; Marxistische Staats- und Rechtstheorie, Bd. 1-4, Köln 1974-1976.
- 140 § 3 GVG 1974: „Die Rechtsprechung und die damit verbundene Tätigkeit der Gerichte haben zur Lösung der Aufgaben der sozialistischen Staatsmacht bei der Gestaltung der entwickelten sozialistischen Gesellschaft beizutragen . . .“.
- Ulbricht*, StuR 1968, 1730, 1755; ders. NJ 1968, 648 f.; Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967, NJ 1967, 689; *Gramann/Zachäus*, StuR 1973, 886; *Grandke*, JH 1971, 210; *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 777; *Hejbal/Robde*, NJ 1973, 320; *Klenner* S. 66. Vgl. auch *Böckenförde* S. 66 f.; *Brunner* S. 1 f.; *Bellon* S. 20 f.; *Ebel* S. 10, 321; *Fikentscher*, Methoden III S. 540 f., 584; *Jauernig*, JuS 1971, 333; *Müller-Römer*, Grundrechte S. 48 f., 57 f.; *Schlicht* S. 30. Bezeichnend auch die Überschrift zum 2. Kapitel im Lehrbuch Familienrecht (S. 58): „Das Familienrecht der DDR als komplexes Leitungsinstrument zur gesellschaftlichen und staatlichen Einflußnahme auf die Entwicklung der Familie“.

rechtsfunktionalistische<sup>141</sup> Ansatz der stalinistischen Ära fortgesetzt<sup>142</sup>. Der von Marx gezeigte Klassencharakter des Rechts wird zugunsten der Arbeiterklasse positiv nutzbar gemacht und die Vision vom Absterben des Staates und damit des Rechts<sup>143</sup> wird bis zur Endphase des Weltkommunismus hinausgeschoben, wenn nicht gar überhaupt in Frage gestellt<sup>144</sup>. Die Funktion des Rechts als Instrument zur Förderung des Sozialismus verbindet sich mit seiner Ordnungsfunktion zu einer dialektischen Einheit im Begriff der „Sozialistischen Gesetzlichkeit“<sup>145</sup>. Obwohl mit der Konsolidierung des politischen Systems die Aspekte der Ordnung, Bewahrung und Rechtssicherheit an Gewicht gewinnen<sup>146</sup>, behält doch die Parteilichkeit zugunsten des Sozialismus ihre führende und entscheidende Rolle<sup>147</sup>. „Recht“ kann danach nur sein, was dem Sozialismus dient; es geht nicht um eine individuelle oder ideale Gerechtigkeit, sondern um die diesbezügliche Zweckmäßigkeit der zu treffenden Entscheidung<sup>148</sup>. Eine Konkretisierung des Kindeswohls im Einzelfall, die sich an der individuellen, allgemein-menschlichen Situation des Kindes orientiert und nicht darauf gerichtet ist, auch dieses Kind dem sozialistischen Menschenbild anzupassen, verfehlt nicht nur das sozialistische Erziehungsziel, sondern die Funktion des sozialistischen Rechts überhaupt<sup>149</sup>.

- 141 Formalisierung von *Fikentscher*, Methoden III S. 572 ff., im Gegensatz zum rechtskritischen oder nihilistischen Standpunkt, der das Recht nur als Unterdrückungsinstrument der bürgerlichen Klasse sieht und deshalb abschaffen will (a.a.O. S. 569 ff.).
- 142 Wegweisend *Vysinskij*, Karl Marx über Staat und Recht, in: Sowjetische Beiträge zu Staats- und Rechtslehre, S. 7 ff.; ders., Grundaufgaben der Wissenschaft vom sozialistischen Sowjetrecht, a.a.O. S. 50 ff.; ders., Zur Lage an der theoretischen Rechtsfront, in: *Reich* (Hrsg.), Rechtslehre S. 113. Das Recht als Teil des Überbaus ist in der ursprünglichen *Marx'schen* Lehre noch bloße Funktion der ökonomischen Basis (Kritik der politischen Ökonomie, Vorwort, *Marx/Engels*, Werke Bd. 13, S. 8 f.; vgl. *Reich* a.a.O., S. 12 f.; *Ebel* S. 3 f.) Die Notwendigkeit einer Revolution von oben im vorindustriellen Rußland zwang dazu, dem „Überbau“ Staat und Recht eine aktive Rolle zuzumessen, vgl. *Ramm*, Marxismus I, 1. f. Heute ist die Lehre von der gegenseitigen Beeinflussung von Überbau und Basis in den sozialistischen Ländern fest verankert. Ist die Staatsführung berufen, die Revolution durchzusetzen, bietet sich das Recht als Instrument von selbst an.
- 143 Zur Absterbelehre vgl. *Engels*, Anti-Dühring (*Marx/Engels*, Werke Bd. 20, S. 262); *Pasukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus S. 33 ff.; *Müller-Römer*, Grundrechte S. 39, 46. Für die DDR vgl. noch unten Fn. 162.
- 144 Einigkeit soll die Bedeutung des Rechts im Sozialismus ständig zunehmen, vgl. *Reich* a.a.O. S. 15, andererseits beruft man sich zur Legitimation der Moralnormen im DDR-Recht auf die moralisch-erzieherische Funktion von Recht und Gerichten schon jetzt auf den Absterbeprozess des Rechts, *Ulbricht*, NJ 1968, 648 f.; ders., StUR 1968, 1730, 1755
- 145 Vgl. Abschnitt IV, Art. 86 ff. der Verfassung; *Benjamin*, NJ 1958, 365 ff.; Lehrbuch Staatsrecht S. 457 ff.; vgl. *Brunner* S. 2 f.; *Sievekings*, Rechtsstaatsbegriff S. 109 f.; *Schroeder*, in: Das Parlament, Beilage, 3 (1980), S. 3 ff.
- 146 *Brunner* S. 2; *Roggemann*, Verfassung S. 66.
- 147 Unparteiliche Rechtsanwendung ist unmarxistisch und revisionistisch, *Ulbricht*, NJ 1968, 649; grundlegend *Teerdanzev*, in: Beiträge zur Rechtsmethodologie, S. 9 ff.
- 148 *Müller-Römer*, Grundrechte S. 50; *Jauernig*, JuS 1971, 333. Hierin liegt eine Bestätigung der These von Kriele, daß Parteilichkeit und Gerechtigkeit einander ausschließen (Kriterien der Gerechtigkeit S. 73).
- 149 Vgl. *Iofmann*, FamRZ 1965, 26; im einzelnen unten 4. Kap., C.II.2.

Die Frage nach der materiellen Rechtsquelle kann unter diesen Umständen sinnvollerweise nur dahin gehen, wer die Ziele und Notwendigkeiten im sozialistischen Staat zu definieren befugt ist. Das Erkenntnismonopol der Parteiführung insoweit berechtigt zu der Kurzformel, daß in der DDR das Recht „ein Instrument der SED zur Durchsetzung ihrer Politik ist“<sup>150</sup>. Die Parteibeschlüsse sind oberste und unmittelbare Rechtsquelle<sup>151</sup>. Hierin ist impliziert, daß der Grundsatz der Gewaltenteilung in der DDR nicht gilt. Da im Sozialismus wegen der grundsätzlichen Übereinstimmung der Interessen alle „an einem Strang“ ziehen, entspricht das Prinzip der Gewaltenteilung im Sinne des „demokratischen Zentralismus“ besser den sozialistischen Verhältnissen<sup>152</sup>. Die Rechtspflege bildet in diesem System einen „untrennbaren, organischen Bestandteil“ der Staatsführung<sup>153</sup>. Das politische Wert- und Zwecksystem bindet die Rechtsfindung unmittelbar und beeinflusst noch vor den rechtlichen Spezialregelungen, vor allem aber über deren Auslegung, die Konkretisierung des Kindeswohls<sup>154</sup>.

#### *b) Erziehungsfunktion des Rechts und Kindeswohl*

Das bedeutet nicht, daß dem Recht nicht eine spezifische Funktion zukäme im Rahmen der staatlichen Steuerung und Organisation. Neben der Gestaltung und Organisation der Basis im Sinne der sozialistischen Lehre sieht die SED die Hauptaufgabe bei der Weiterentwicklung des sozialistischen Staates darin, auf das *Bewußtsein* der Bürger einzuwirken mit dem Ziel der Verinnerlichung sozialistischer Denkweise und Lebensführung<sup>155</sup>. Das Recht übernimmt bei der Bewußtseinsbeeinflussung eine wichtige Maßstabs- und Leitungsfunktion. Es begnügt sich nicht mit der *Reaktion* auf Konfliktfälle, sondern nimmt jeden Konfliktfall primär als Ausgangs-

150 Brunner S. 2; deutlich Rieg, StuR 1973, 425 mit der Gleichsetzung von Machtverwirklichung und Rechtsverwirklichung. Gründe der Staatspolitik rechtfertigen im Einzelfall auch ein Beiseiteschieben materieller Rechtsgrundsätze, vgl. OG 9.7.1959 – 1 ZzF 18/59 – zit. bei Heinrich/Göldner/Schilde, NJ 1961, 779, wo einer sonst im DDR-Recht nicht möglichen Klage auf Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft stattgegeben wird zugunsten eines in die DDR übergesiedelten Ehemannes gegen seine in der Bundesrepublik zurückgebliebene Frau.

Zur führenden Rolle der SED vgl. unten 4. Kap. C.1.2.a).

151 Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967, NJ 1967, 689; Brunner S. 8; Müller-Römer, Grundrechte S. 56.

152 Das Prinzip ist niedergelegt in Art. 47 Abs. 2 der Verfassung; zum Inhalt vgl. Lehrbuch Staatsrecht S. 40 f., 137 f., 260.; Müller-Römer, ROW 1968, 151; Mampel, Das Recht in Mitteldeutschland S. 98 ff.

153 Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967, NJ 1967, 689.

154 Hoffmann, FamRZ 1965, 28. Die politische Zweckmäßigkeit ist anerkanntes Auslegungskriterium im DDR-Recht, Brunner S. 5; Müller-Römer, Grundrechte S. 52, 82, 207, 209 f.; für das sowjetische Recht vgl. Marxistische Staats- und Rechtstheorie S. 327 ff.

155 Für Marx bestimmte noch vorrangig das Sein das Bewußtsein, Zur Kritik der politischen Ökonomie, Vorwort, Marx/Engels, Werke Bd. 13, S. 8 f.

punkt einer intensiven Erziehungstätigkeit<sup>156</sup>. In einem Gemeinwesen, das auf der prinzipiellen Übereinstimmung aller Interessen aufbaut, indizieren Konflikte Unvollständigkeiten und Fehler in der sozialistischen Entwicklung<sup>157</sup>. Die Konfliktentscheidung ist hier nur in zweiter Linie Aufgabe der Rechtsanwendung. Im Vordergrund steht „die Entfaltung der Beziehung zwischen den Menschen“<sup>158</sup>, d.h. die Auflösung des Konflikts durch Überzeugung der Eltern von den Kindesinteressen und Herbeiführung einer einverständlichen Regelung<sup>159</sup>. Neben der erzieherischen Einflußnahme auf die Beteiligten liefert der Fall außerdem Anschauungsmaterial für die Öffentlichkeit und dient damit gleichzeitig der Erziehung der Allgemeinheit<sup>160</sup>. Wenn auch bei der Entscheidung die Sicherung der Kindeserziehung im Mittelpunkt steht, so hat die Rechtsanwendung doch auch diese erzieherischen Effekte auf die Öffentlichkeit zu berücksichtigen. Die Verwirklichung des Kindeswohls kann deshalb als *einziges* Anliegen der Erziehungsrechtsentscheidung nur vom sozialistischen Standpunkt aus bezeichnet werden, für den die Interessen des Kindes letztlich mit denen der Eltern und Gesellschaft übereinstimmen.

### c) Die sozialistische Moral als Wertmaßstab für den Richter

In der Erziehungsfunktion des sozialistischen Rechts liegt sein wesentlicher Berührungspunkt mit der sozialistischen Moral. Auf den instrumentalen Einsatz der Moral zur differenzierteren Ausgestaltung und „Verlängerung“ der Reichweite gesellschaftlich-staatlicher Wertmaßstäbe wurde bereits hingewiesen<sup>161</sup>. Durch die Verquickung moralischer und rechtlicher Elemente in der Familienrechtsordnung wird außerdem der erzieherische Charakter des Rechts verstärkt<sup>162</sup>. Im Prozeß vermag die Moral zu erreichen, was dem Recht versagt bleiben muß, z.B. die Beurteilung

156 Benjamin, Schöffe 1966, 34, Heinrich/Göldner/Schilde, NJ 1961, 777, 818; Grandke, NJ 1970, 452; Grandke/Orth/Rieger, NJ 1980, 400 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 46, 58 ff., 85, 427 ff.; Nathan, StuR 1954, 568 f.; ders., NJ 1961, 627; Ranke, JH 1965, 100; Ulbricht, NJ 1968, 648. Vgl. auch § 3 GVG, der es zur Aufgabe der Rechtsprechung erklärt, „das sozialistische Staats- und Rechtsbewußtsein der Bürger zu festigen und ihre gesellschaftliche Aktivität, Wachsamkeit und Unduldsamkeit gegen jegliche Rechtsverletzungen zu erhöhen.“ Nach Brümmer (S. 117) spiegelt das Recht von vornherein „nicht den Ist-Zustand, sondern den Soll-Zustand der Gesellschaft wider.“

157 Brunner S. 179.

158 Lehrbuch Familienrecht S. 86.

159 Reinwarth, NJ 1968, 657; grundlegend zur Konfliktbeseitigung Kietz/Mühlmann, Konfliktsachen und Aufgaben der Zivil- und Familienrechtspflege, Berlin (Ost) 1969; vgl. Brunner S. 179 f., 184. Zur prozessualen Seite der gerichtlichen Einflußnahme unten B.II.3., bei Fn. 279 ff.

160 Ansgor, Leitfaden S. 11; Häusler, NJ 1963, 683; Krüger, NJ 1975, 380; Lehrbuch Familienrecht S. 3; Nathan, StuR 1954, 567; Strasberg, NJ 1973, 43; vgl. Bechtold, DA 1970, 563 f.

161 Vgl. oben bei Fn. 49 ff.; dazu auch Schlicht, ROW 1966, 61 f.

162 Die Betonung der Moral als Basis sowie neben und ergänzend zum Recht stößt auf keine ideologischen Schwierigkeiten, da die völlige Ersetzung des Rechts durch die Moral zu den klassischen marxistischen Thesen gehört, oben Fn. 143 und Nathan, NJ 1961, 630 f.; Grandke/Kubrig, Einheit 1965 (11) 15. In den bürgerlichen Gesellschaften soll demgegen-

und Verurteilung ehelichen Fehlverhaltens im Rahmen des Zerrüttungsprinzips<sup>163</sup>. Moral und Recht werden als zwei sich deckende Kreise definiert, wobei die Moral umfassender ist<sup>164</sup>. Zwischen beiden Normensystemen besteht eine Wechselbeziehung, die die gemeinsame Grenze verschwimmen läßt<sup>165</sup>. Einerseits ist das Recht kraft seiner erzieherischen Funktion ein wichtiges Element zur Herausbildung und Festigung des moralischen Bewußtseins der Bürger<sup>166</sup>. Andererseits ist es aus den übereinstimmenden Moralauffassungen aller Werktätigen hervorgegangen und wird in seiner Interpretation und Anwendung von der sozialistischen Moral beeinflusst<sup>167</sup>.

Der Richter muß demnach bei Erziehungsrechtsentscheidungen die Grundsätze der sozialistischen Moral beachten. Da die Kinder selbst in der Regel an den Moralgeboten noch nicht gemessen werden können, konzentriert sich die moralische Komponente der Erziehungsrechtsentscheidung auf die Beurteilung der Eltern. Der Einfluß der sozialistischen Moral bewirkt deshalb als Nebeneffekt eine Akzentverlagerung vom Kindeswohl auf das Elternverhalten, und es bedarf vermittelnder Argumentation, um die moralische Beurteilung der Eltern mit dem Kindeswohl in Beziehung zu setzen<sup>168</sup>.

#### 4. Die Bedeutung des übereinstimmenden Elternvorschlags

Die Einigung der Eltern über die Erziehungsrechtsfrage wird nicht nur aus ideologischen<sup>169</sup>, sondern auch tatsächlichen Gründen begrüßt: Ihre Sachkunde fällt erheblich ins Gewicht<sup>170</sup>, und auf Vereinbarung beruhende Entscheidungen versprechen größere Stabilität<sup>171</sup>. Der Prozentsatz der Verfahren, in denen im Zeitpunkt der Entscheidung ein gemeinsamer Elternvorschlag vorliegt, wird zwischen 86 % und 90 % beziffert<sup>172</sup>.

über die Moral absterben, wodurch das Recht als Unterdrückungselement der kapitalistischen Minderheit bloßgestellt wird, *Nathan*, NJ 1961, 627 ff., insbes. 629.

Zur Verflechtung des FGB mit der sozialistischen Moral allgemein vgl. *Benjamin*, NJ 1966, 1; Ehe und Familie S. 17; *Halgasch*, StuR 1963, 975; *Grandke*, StuR 1965, 1056; *Nathan*, StuR 1954, 568; ders., NJ 1961, 626 ff.; vgl. auch *Arnold* S. 24; *Bechtold*, DA 1970, 563 f.; *Schlicht*, ROW 1966, 61.

163 Vgl. oben III.1.b.

164 *Nathan*, NJ 1961, 627.

165 Rechtsnormen und Moralnormen sind „untrennbar verschmolzen“, *Grandke*, StuR 1965, 1056.

166 *Benjamin*, NJ 1954, 352; *Jansen*, Leitfaden S. 21, 76 ff.; Lehrbuch Familienrecht S. 91; *Nathan*, StuR 1954, 567 ff. 580; *Ranke*, JH 1965, 100; *Ulbricht*, NJ 1968, 648.

167 *Nathan*, NJ 1961, 626 f.; *Halgasch*, StuR 1963, 967.

168 Vgl. unten 5. Kap. A.III.3.d).

169 Vgl. oben bei Fn. 159.

170 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 4; OG 4.7.1968, NJ 1968, 538; *Robde*, Erziehungsrecht S. 94 f. = JH 1967, 198.

171 *Hanschmann*, NJ 1969, 775; *Reinwarth*, NJ 1968, 657; *Robde*, NJ 1968, 662 (zum Umgangsrecht); vgl. *Hoffmann*, FamRZ 1965, 26.

172 *Reinwarth*, NJ 1968, 657; *Robde*, JH 1968, 366; vgl. *Arnold* S. 56.

Der rechtlichen Gestaltung nach ist den Eltern allerdings nicht einmal eine kontrollunterworfenen Regelungsautonomie eingeräumt: Das Gericht entscheidet allein und in freier Verantwortung. Der Vorstoß der OG-Richterin Rohde, den Eltern eine Vergleichsbefugnis einzuräumen mit Bestätigungspflicht durch die Gerichte<sup>173</sup>, ist offensichtlich nicht auf breitere Zustimmung gestoßen<sup>174</sup>. Als Begründung werden die Fehlermöglichkeiten elterlicher Vereinbarungen angeführt<sup>175</sup>.

Die Bedeutung des übereinstimmenden Elternvorschlags verlagert sich damit ins Faktische, ohne dadurch aber wesentlich an Gewicht zu verlieren<sup>176</sup>. Ein gemeinsamer Elternvorschlag beeinflusst das Ausmaß der vom Gericht anzustellenden Ermittlungen und deshalb indirekt um so stärker die Entscheidung, je mehr die Ermittlungen reduziert werden. Die Routinekontrolle beschränkt sich auf die Anhörung der Parteien, in der ihre Motive für die vorgeschlagene Regelung<sup>177</sup> und die bisherige Erziehungssituation zur Sprache kommen. Ergeben sich hieraus keine Mängel des vorgeschlagenen Elternteils oder sonstige Bedenken, so bleibt es dabei: Die Vereinbarung wird Grundlage der gerichtlichen Entscheidung<sup>178</sup>. Eine rechtliche Schranke für weitere Nachforschungen oder sogar die Einholung von Gutachten besteht allerdings nicht<sup>179</sup>.

Bei offenkundigen Mängeln oder Bedenken schreitet das Gericht zur vollen Sachaufklärung, womit der Elternvorschlag praktisch an Bedeutung verliert. Hält das Gericht den anderen Elternteil für besser geeignet, versucht es – gegebenenfalls unter Hinzuziehung gesellschaftlicher Kräfte – diesen zu überzeugen, daß die Erziehungsübernahme durch ihn im Interesse des Kindes und der Gesellschaft liege. Zeigt sich der Elternteil unbeeinflussbar, gibt letztlich doch die Elternvereinbarung den Ausschlag – nicht aus Gründen der Elternautonomie, sondern weil die bessere Eignung des nicht vorgeschlagenen Elternteils durch seine unzugängliche Haltung wieder in Frage gestellt ist<sup>180</sup>.

Mangels einer rechtlich konstitutiven Wirkung der Elternvereinbarung stellt sich nicht das Problem ihrer Widerruflichkeit. Weicht ein Elternteil vom vorher Verein-

173 *Robde*, Erziehungsrecht S. 94 ff.

174 Schon in der auszugsweisen Veröffentlichung der Dissertation von *Robde* in JH 1967, 197 ff. fehlt die entsprechende Passage; zur h.M. seit der EheVO 1955 *Jansen*, Leitfaden 112 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 398 ff.

175 Lehrbuch Familienrecht a.a.O.; vgl. *Mühlmann*, NJ 1972, 637; *Reinwarth*, NJ 1968, 658.

176 In nur weniger als 0,2 % aller Fälle wurde vom gemeinsamen Elternvorschlag abgewichen, *Reinwarth*, NJ 1968, 657. Im Gegenteil wird die oft kritiklose Übernahme der Elternvorschläge durch die Gerichte gerügt, *Reinwarth* a.a.O. S. 658. Mißverständlich deshalb *Gebring* S. 112 und *Granzow*, FamRZ 1965, 468, die den Elternvorschlag als unverbindlich oder bedeutungslos bezeichnen.

177 OG 1.1.9.1966, NJ 1966, 734; 4.7.1968, NJ 1968, 538; *Ansorg*, Leitfaden S. 49; *Robde*, Erziehungsrecht S. 93 = JH 1967, 198. Deshalb sind die Elternvorschläge in den vorbereitenden Schriftsätzen auch zu begründen, OG 1.9.1966 und 4.7.1968, a.a.O.

178 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 4; OG 4.7.1968, NJ 1968, 538 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 81, 83, 93 f.; JH 1967, 198; JH 1968, 366.

179 *Reinwarth*, NJ 1968, 656.

180 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 5; *Robde*, Erziehungsrecht S. 98 f. = JH 1967, 199. Vgl. zum ganzen *Arnold* S. 56 ff.

barten ab, ist hinreichender Anlaß für eine volle Sachprüfung gegeben, das Gericht entscheidet eigenverantwortlich zwischen zwei das Erziehungsrecht beantragenden Eltern<sup>181</sup>.

## 5. Entscheidungsalternativen

### a) Übertragung des Erziehungsrechts auf Dritte

Hält das Scheidungsgericht beide Eltern für erziehungsungeeignet, kann es nicht von sich aus das Erziehungsrecht Dritten übertragen. Aus Gründen der Verfahrensökonomie ist es allerdings zuständig, die Entziehung des Erziehungsrechts gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 FGB auszusprechen<sup>182</sup>, ohne daß es – wie in sonstigen Entzugsfällen (§ 51 Abs. 1 Satz 2 FGB) – einer Klage des Organs der Jugendhilfe bedürfte (§ 26 Abs. 1 FGB).

Die Entziehung kommt nur in Betracht, wenn in der Person beider Elternteile die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 51 Abs. 1 Satz 1 FGB erfüllt sind: (1) eine schwere Verletzung elementarer Erziehungspflichten, wobei sich der Schwerpunkt dieser Pflichten mit zunehmendem Alter des Kindes von der physischen Betreuung auf die geistige und staatsbürgerliche Erziehung verlagert<sup>183</sup>; (2) ein diesbezügliches Verschulden der Eltern, das auch in dolus eventualis oder grober Gleichgültigkeit liegen kann<sup>184</sup>; (3) eine objektive Entwicklungsgefährdung des Kindes<sup>185</sup>.

Die weiteren Schritte ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen über den Wegfall des oder der Erziehungsberechtigten (§§ 45 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2, 47 Abs. 3 FGB). Es ist Sache des Jugendhilfeorgans über die künftige Erziehungssituation des Kindes zu entscheiden. Hierbei eröffnet das FGB zwei grundsätzliche Alternativen: Der Kreis der Personen, die Inhaber des originären Erziehungsrechts sein können, wurde um die Großeltern des Kindes (und, nach Wiederverheiratung des Alleinerziehungsberechtigten, den Stiefelternteil) erweitert (§§ 45 Abs. 2 Satz 2, 47 Abs. 3 Satz 1 FGB). Sie sind primär zu berücksichtigen<sup>186</sup> und haben nach der Übertragung dieselbe Rechtsstellung wie Eltern<sup>187</sup>. Die bisherigen verwandtschaftlichen oder erbrechtlichen Beziehungen werden aber nicht verändert<sup>188</sup>. Erst subsidiär kommt die Plazierung bei Dritten in Frage, unter Vormundschaft des Jugendhilfeorgans. Die Unterbringung in einer Familie wird der Heimunterbringung vorgezogen, wobei im Interesse dauerhafter Beziehungen generell die Adoption des Kindes durch die Pflegeeltern in Aussicht genommen ist<sup>189</sup>.

Mit der generellen Regelung für den Wegfall des Erziehungsberechtigten wird auch der Fall erfaßt, daß der nach Scheidung allein erziehungsberechtigte Elternteil stirbt. Das Jugendhilfeorgan hat hier aus dem Kreis der potentiellen Erziehungsträger nach den allgemeinen Maßstäben

181 OG 7.5.1974, NJ 1975, 23, 24.

182 FGB-Kommentar § 26, Anm. 1. Nach § 9 EheVO war nicht einmal dies möglich, OG 29.10.1957, NJ 1958, 141.

183 FGB-Kommentar § 51, Anm. 1.2

184 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 32; OG 1.8.1968, NJ 1968, 540.

185 Vgl. zum ganzen OG-Richtlinie Nr. 25, Abschn. D; FGB-Kommentar zu § 51; Lehrbuch Familienrecht S. 295 ff.; Arnold S. 41 ff.

186 FGB-Kommentar § 88, Anm. 1.

187 *Robde*, Erziehungsrecht S. 54.

188 FGB-Kommentar § 45, Anm. 2.3.

189 FGB-Kommentar § 51, Anm. 4, § 66 Anm. 1.

des § 25 FGB denjenigen auszuwählen, der unter dem Blickwinkel des Kindeswohls am geeignetsten ist. Zu diesem Kreis können neben dem bislang nicht erziehungsberechtigten Elternteil die Großeltern und der Stiefelternanteil des Kindes gehören. Ein rechtlicher Vorrang gebührt dem überlebenden Elternteil nur gegenüber dem Stiefelternanteil<sup>190</sup>, während er gegenüber den Großeltern nur bei gleichgelagerten Verhältnissen vorzuziehen ist<sup>191</sup>.

Allerdings ist seine Zustimmung erforderlich, wenn an seiner Statt der Stiefelternanteil (§ 47, Abs. 3 Satz 3 FGB) oder die Großeltern<sup>192</sup> das Erziehungsrecht bekommen sollen. Seine Zustimmung kann ersetzt werden durch gerichtliches Urteil unter der gleichen Voraussetzung wie eine Zustimmung der Eltern zur Adoption ihrer Kinder<sup>193</sup>.

Die stärkere Verwurzelung des Kindes beim Stiefelternanteil genügt zur Zustimmungsersetzung<sup>194</sup>.

### b) Befristete Aussetzung der Entscheidung

Eine Sonderregelung trifft das FGB für den Fall, daß beide Eltern im Zeitpunkt der Scheidungsverhandlung ungeeignet sind, das Erziehungsrecht zu übernehmen, ohne daß schwere schuldhaftes Versäumnisse ihrerseits vorlägen (§ 26 Abs. 2 FGB). Das Gericht kann dann die endgültige Erziehungsrechtsentscheidung für die Dauer von einem Jahr aussetzen und den Eltern für diesen Zeitraum das Erziehungsrecht entziehen. Das Jugendhilfeorgan ordnet für die Übergangszeit eine Vormundschaft an<sup>195</sup>.

Es ist für die Praxis nicht einfach, den legitimen Anwendungsbereich dieser Bestimmung zu erkennen, die eingebettet ist zwischen dem dauernden Entzug des Erziehungsrechts (§ 26 Abs. 1 FGB) einerseits und der schwierigen Entscheidung bei beideseits fehlerhaften, aber gerade noch akzeptablen Eltern. Zum Tatbestand gehört die *Zerrüttungsbedingtheit* und der voraussichtlich vorübergehende Charakter der Erziehungsschwäche<sup>196</sup>. Bedenken gegen die Erziehungseignung, die auf allgemeinen Fehlverhalten beruhen, sind durch positive Einwirkung des Jugendhilfeorgans und Unterstützung des künftig Alleinerziehungsberechtigten auszuräumen.

Die Aussetzung gemäß § 26 Abs. 2 FGB darf nicht als Druckmittel zur Verhaltensänderung und nicht zur Umgehung einer problematischen, aber möglichen Erziehungsübertragung eingesetzt werden<sup>197</sup>. Scheidet ein Elternteil von vornherein als dauernd ungeeignet aus, ist für die Aussetzung auch dann kein Raum, wenn die

190 Ehe und Familie S. 34; Lehrbuch Familienrecht S. 239; vgl. *Arnold* S. 85.

191 Lehrbuch Familienrecht S. 238.

192 § 45 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 47 Abs. 3 Satz 3 analog, vgl. FGB-Kommentar § 45, Anm. 3.4.

193 § 70 Abs. 1 FGB; Lehrbuch Familienrecht S. 239; im einzelnen FGB-Kommentar § 47, Anm. 3.3. und § 70, Anm. 1.

194 BG Dresden 31.3.1970, NJ 1970, 749; vgl. zum ganzen Lehrbuch Familienrecht S. 237 ff.; *Walther/Funke*, NJ 1965, 245; *Arnold* S. 84 ff.

195 § 26 Abs. 2 Satz 2, § 88 FGB; BG Frankfurt/Oder 12.5.1967, NJ 1968, 574, 575; *Wentzel*, JH 1968, 121; im einzelnen OG-Richtlinie Nr. 25, Ziffer 15-22; *Arnold* S. 68 ff.

196 *Robde*, NJ 1966, 467; FGB-Kommentar § 26, Anm. 2.1.

197 BG Falle 25.3.1968, Schöffe 1970, 129, 130 f.; *Reinwarth*, NJ 1968, 658; *Robde*, NJ 1966 467; *Wentzel*, JH 1968, 11. Vgl. demgegenüber KrG Eisenach 23.9.1966, NJ 1966, 735, wo ausgesetzt wurde, um eine Verhaltensänderung beim potentiellen Erziehungsberechtigten herbeizuführen.

Tatbestandsvoraussetzungen des § 26 Abs. 2 FGB in der Person des anderen Elternteils vorliegen: Mängel in seiner Erziehungsleistung sind durch flankierende Hilfe anderer Erziehungssträger auszugleichen<sup>198</sup>.

Der verbleibende Anwendungsbereich des § 26 Abs. 2 FGB ist schmal, seine Bedeutung in der Praxis gering<sup>199</sup>, zumal die verfahrensrechtliche Konsequenz schwerwiegend ist: Das Verbundprinzip zwingt zu einer Unterbrechung des gesamten Scheidungsverfahrens<sup>200</sup>.

### c) Sachliche und personelle Unteilbarkeit des Erziehungsrechts

Das Erziehungsrecht wird als dialektische Einheit aller elterlichen Rechte und Pflichten verstanden, so daß eine sachliche Aufspaltung nicht in Frage kommt<sup>201</sup>. Eine gesonderte Behandlung der Vermögenssorge verbietet sich schon aus der untergeordneten Bedeutung dieses Teils elterlicher Aufgaben<sup>202</sup>.

Darüber hinaus ist im Scheidungsfall die Zuteilung des Erziehungsrechts an *einen* Elternteil vorgeschrieben (§§ 45 Abs. 3 Satz 1, 25 Abs. 1 Satz 1 FGB)<sup>203</sup>. Die gemeinsame Ausübung des Erziehungsrechts durch beide Eltern bei bestehender Ehe (§ 45 Abs. 1 FGB) fußt auf ihrem ehelichen Zusammenleben<sup>204</sup>; die Beendigung des gemeinsamen Erziehungsrechts bei Scheidung wird als notwendige Konsequenz angesehen<sup>205</sup>. Da dieses Argument offenbar nicht zwingend erscheint, werden zusätzliche rechtspolitische Gründe angeführt: das Kindesinteresse an einer klaren, einheitlichen und streitbeilegenden Entscheidung<sup>206</sup> und die Seltenheit von Fallgestaltungen, in denen gemeinsame Erziehung auch nach der Scheidung erfolgreich wäre<sup>207</sup>.

Die Notwendigkeit der Erziehungsrechtszuweisung an einen der beiden Elternteile bedeutet aber nicht, daß die Beziehung der Kinder zum anderen Elternteil abgeschnitten werden soll. Freiwillige Kooperation der geschiedenen Eltern ist möglich und gilt als Ausdruck besonderen Verantwortungsbewußtseins<sup>208</sup>.

198 BG Frankfurt/Oder 12.5.1967, NJ 1968, 574, 575; BG Halle 25.3.1968, Schöffe 1970, 129, 131; vgl. *Arnold* S. 68 f.

199 BG Schwerin, 18.8.1972, NJ 1973, 744; *Reinwarth*, NJ 1968, 658; *Robde*, NJ 1966, 467.

200 *Eberhardt*, NJ 1976, 13.

201 *Ansorg*, *Soz.Erz.* 1959 (6) 4 ff.; *Lieber/Robde*, JH 1974, 39; vgl. *Arnold* S. 56; *Wassermeyer* S. 39.

202 *Arnold* S. 56; vgl. oben II.3., bei Fn. 83.

203 RGB-Kommentar § 25, Anm. 1.1., § 45, Anm 1.1.

204 *Robde*, Erziehungsrecht S. 42, 56 f.

205 *Lieber/Robde*, JH 1974, 39; *Robde*, Erziehungsrecht S. 56 f.

206 *Grandke*, *Junge Leute* S. 125; *Lehrbuch Familienrecht* S. 399; *Pechmann*, JH 1973, 25; *Robde*, Erziehungsrecht S. 57; vgl. *Arnold* S. 55.

207 *Lehrbuch Familienrecht* S. 399.

208 *Grandke*, *Junge Leute* S. 125; *Pechmann*, JH 1973, 23 ff.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 57; *Grandke/Orth/Rieger/Stolpe*, NJ 1979, 346 f. (hier wird zugleich erstmalig angedeutet, daß die Entscheidung des DDR-Rechts gegen die Fortführung der gemeinsamen Sorge möglicherweise nicht endgültig ist).

*d) Nebenbestimmungen zur Erziehungsrechtszuteilung*

Gerichtliche Nebenbestimmungen – wie Bedingungen, Auflagen oder Erziehungsaufsicht<sup>209</sup> – sind im DDR-Recht nicht zulässig. Sie widersprechen dem Grundsatz der Klarheit und Endgültigkeit der Entscheidung<sup>210</sup> und werden als nicht notwendig angesehen. Der Charakter des Rechts als integrierter Teil der politischen Leitungs- und Erziehungstätigkeit ermöglicht gleichgerichtete und ergänzende Einflußnahmen von Behörden und Institutionen außerhalb der Rechtspflege. Die „Vergesellschaftung des Rechts“ durch seine Verbindung mit Moralnormen<sup>211</sup> führt dazu, daß auch rein gesellschaftliche Kräfte zur Verwirklichung und Durchsetzung des Familienrechts berufen sind<sup>212</sup>. Die erzieherische Einflußnahme auf die Eltern sowie auch die Sicherung der sozialistischen Erziehung der Kinder durch das Gericht sind deshalb eingebettet in flankierende Bestrebungen aller einschlägigen Institutionen bis hin zum „bewußtseinsbildenden Einfluß des sozialistischen Kollektivs“ und anderen Formen gesellschaftlicher Hilfe<sup>213</sup>. Das Gericht ist angehalten, engstens mit diesen Organen (Jugendhilfeorgane; deren ehrenamtliche Mitarbeiter, Familienberatungsstellen; Arbeitskollektive und andere gesellschaftliche Kräfte) zusammenzuarbeiten<sup>214</sup>, insbesondere in den Fällen, in denen das Erziehungsrecht einem Elternteil übertragen werden muß, gegen dessen Eignung Bedenken bestehen<sup>215</sup>.

**6. Rechtsstellung der Eltern nach der Erziehungsrechtsentscheidung**

Im Prinzip hat der Erziehungsberechtigte uneingeschränkt die Rechtsstellung inne, die vor der Scheidung beide Eltern gemeinsam ausfüllten, vorbehalten des Umgangsrechts des Nichterziehungsberechtigten. Faktisch mag er den Einwirkungen der Jugendhilfeorgane stärker ausgesetzt sein, da das Scheidungsverfahren die Familiensituation offengelegt hat<sup>216</sup>.

Das Erziehungsrecht des anderen Elternteils erlischt mit der Entscheidung<sup>217</sup>, aber seine Elterneinstellung bleibt rechtlich anerkannt<sup>218</sup> – nur verändern sich die daraus fließenden Rechte und Pflichten<sup>219</sup>. Im Vordergrund steht, neben der Unter-

209 Eine Ausnahme stellt die Entscheidung des StadtBG Pankow 16.12.1952, Unrecht als System II, S. 188, 189 dar: Der Vater war republikflüchtig und die Mutter wohl ebenfalls politisch nicht sehr zuverlässig. Das Erziehungsrecht wurde dem Jugendamt übertragen mit der Maßgabe, die Kinder bei der Mutter zu belassen.

210 Vgl. oben Fn. 206.

211 Zutreffend auch die umgekehrte Wendung „Verrechtlichung der Moralgebote“ bei *Bechtbold*, DA 1970, 565. Die im Text gewählte Formulierung charakterisiert das Wesentliche des Vorgangs aber besser.

212 *Halgasch*, StuR 1963, 967.

213 *Nathan*, NJ 1961, 631; vgl. *Robde*, Erziehungsrecht, S. 98 ff. = JH 1967, 199.

214 *Robde*, Erziehungsrecht S. 99 f. = JH 1967, 199.

215 *Robde*, Erziehungsrecht S. 137 = JH 1967, 272.

216 Vgl. vorstehend 5.d.

217 *Robde*, Erziehungsrecht S. 56, 63 f.

218 *Peschke*, NJ 1970, 750.

219 *Robde*, Erziehungsrecht S. 64 f.

haltungspflicht die Umgangsbefugnis. Sie dient nicht nur den Interessen des Kindes, sondern auch denen des nichterziehungsberechtigten Elternteils<sup>220</sup>. Der Befugnis entspricht zunächst keine Rechtspflicht, den Umgang tatsächlich zu pflegen<sup>221</sup>, wohl aber bleibt die elterliche moralische Mitverantwortung für das Kind bestehen<sup>222</sup>. Umgekehrt wird die Umgangsbefugnis nicht als subjektives Recht des Erziehungsberechtigten verstanden, sondern als ein „Recht neuer Art“, das in besonderem Maße von der freiwilligen Beachtung durch die Beteiligten abhängt<sup>223</sup>. In der Diskussion zum FGB-Entwurf herrschte Streit über die Grundfrage, ob der Staat oder der Erziehungsberechtigte über die Ausübung des Umgangsrechts entscheiden sollte<sup>224</sup>. Das Gesetz selbst (§ 27 FGB) und die spätere Literatur lassen die Antwort weitgehend im unklaren<sup>225</sup>, da sowohl die eine wie die andere Lösung als unbefriedigend empfunden wird. Dem Grundsatz nach gilt das Freiwilligkeitsprinzip: Die Einigung der Eltern über das Umgangsrecht ist die Voraussetzung seiner Ausübbarkeit<sup>226</sup>. Dieser Grundsatz wird jedoch sogleich weitgehend zurückgenommen. Es soll nicht im Belieben des Erziehungsberechtigten stehen, über die Umgangsbefugnis zu entscheiden<sup>227</sup>, gleichzeitig will man aber die Alternative der staatlichen Entscheidung vermeiden. So wird auf das Zustandekommen der Einigung intensiver Druck ausgeübt; es soll eine *Pflicht* zur Einigung bestehen<sup>228</sup>, und schon das Scheidungsgericht wirkt auf die Parteien zugunsten einer Vereinbarung ein (§ 27 Abs. 1 Satz 3 FGB)<sup>229</sup>. Auch die Jugendhilfeorgane können über Bera-

220 Lehrbuch Familienrecht S. 406, Fn. 62; FGB-Kommentar § 27, Anm. 1.1. (auf Grund der allseitigen Interessenübereinstimmung dient sie letztlich auch den Interessen des Erziehungsberechtigten).

221 *Robde*, Erziehungsrecht S. 66; *Lieber/Liebig*, JH 1973, 20.

222 *Hanschmann*, NJ 1969, 775; vgl. *Pechmann*, JH 1973, 25; *Robde*, JH 1973, 48.

223 Lehrbuch Familienrecht S. 407; *Robde*, Erziehungsrecht, S. 66.

224 Für ein staatliches Entscheidungsrecht: *Beyer*, NJ 1964, 48 f.; dagegen *Borkmann/Daute*, NJ 1964, 267 f.; *Dittmann*, NJ 1964m 49; *Händler*, NJ 1964, 50 f.; *Krause*, NJ 1964, 269.

225 Vgl. *Grandke*, Junge Leute S. 129; *Robde*, Erziehungsrecht S. 67 f.; hieraus erklärt sich, daß *Funke* (JH 1967, 111ff.) die Diskussion auch nach dem Erlaß des FGB praktisch fortsetzt. Man gibt offen zu, daß das Umgangsproblem einen „neuralgischen Punkt“ darstellt, Lehrbuch Familienrecht S. 408.

226 *Lieber/Liebig*, JH 1973, 20; *Robde*, NJ 1968, 662.

227 *Grandke*, Junge Leute S. 129; Lehrbuch Familienrecht S. 407.

228 *Robde*, Erziehungsrecht S. 67 f.; NJ 1968, 662; *Lieber/Liebig*, JH 1973, 20.

229 Dazu OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 14; Richtlinie Nr. 5 des zentralen Jugendhilfe-Ausschusses vom 2.5.1973, JH 1973, 213; Lehrbuch Familienrecht S. 426; *Robde*, Erziehungsrecht S. 67; dies., JH 1973, 48; *Schönfeldt*, NJ 1971, 394 ff.; *Hanschmann*, NJ 1969, 775. Für die Aushöhlung des Einigungsprinzips bietet die Interpretation des § 27 Abs. 1 Satz 3 FGB ein schlagendes Beispiel. Das Gesetz lautet: „Auf diese Einigung soll in geeigneten Fällen bereits im Scheidungsverfahren hingewirkt werden“. Im Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 40 wird daraus: „Nach § 27 Abs. 1 Satz 3 FGB hat das Gericht in allen geeigneten Fällen auf die Ausgestaltung der Umgangsbefugnis durch eine *Regelung* hinzuwirken“ (Hervorhebung vom Verfasser). Das Einigungsprinzip wirkt nur insoweit, als eine *grundsätzliche* Übereinstimmung der Eltern über das Recht zum Umgang Voraussetzung der gerichtlichen Regelung ist (Bericht a.a.O.).

tung und Hilfe eine gleitende Skala von Beeinflussungsmaßnahmen ergreifen<sup>230</sup>. Zur Abwehr schikanöser Weigerungen durch den Erziehungsberechtigten wählen Gesetz und Literatur Formulierungen, die die Umgangsbefugnis als rechtlich gebotene Selbstverständlichkeit erscheinen lassen<sup>231</sup>. Schließlich wird auch moralischer Druck eingesetzt, indem die Einigung als Kennzeichen sozialistischer Persönlichkeitsentwicklung und der Streit über das Umgangsrecht als kleinbürgerliches Verhalten dargestellt wird<sup>232</sup>.

Dem Staat, konkret dem Jugendhilfeorgan, ist Entscheidungsbefugnis ausdrücklich nur für den *Ausschluß* des Umgangsrechts verliehen (§ 27 Abs. 2 Satz 2 FGB)<sup>233</sup> – eine Regelung, die die Kompetenzverteilung zwischen Erziehungsberechtigtem und Staat kaum verdeutlicht. Für die Kernfrage, was geschehen soll, wenn sich der Erziehungsberechtigte hartnäckig, aber ohne plausible Gründe weigert, den Umgang zu gestatten, finden sich widersprüchliche Stellungnahmen: Das Jugendhilfeorgan könne den Umgang nicht regeln<sup>234</sup>; es sei eine Änderung der Sorgeverteilung zu erwägen<sup>235</sup>; ausnahmsweise sei eine Regelung durch das Jugendhilfeorgan zu treffen<sup>236</sup>. Letztere Aussage dürfte der Praxis entsprechen, da sie in Publikationen mit offiziellem Einschlag vertreten wird<sup>237</sup>.

## 7. Die Änderung der Erziehungsrechtsentscheidung

§ 48 Abs. 1 FGB gestattet die Änderung von Erziehungsrechtsentscheidungen, wenn sie „zur Sicherung der weiteren Erziehung und Entwicklung des Kindes unabweisbar“ ist. Hierin kommt die rechtspolitische Unerwünschtheit von häufigen Un-

230 *Robde*, Erziehungsrecht S. 67; *Lieber/Liebig*, JH 1973, 21; vgl. *Grandke*, Junge Leute S. 126.

231 Vgl. oben Fn. 225.

232 Lehrbuch Familienrecht S. 406, 408. Konsequenterweise tritt an die Stelle der juristischen Sanktion eine „empfindliche gesellschaftliche Reaktion“, a.a.O., 407; vgl. auch oben Fn. 57 und begleitenden Text. Es drängt sich auf, eine Parallele zu ziehen zur Austragung von Meinungsverschiedenheiten bei bestehender Ehe (oben bei Fn. 78 bis 80): Auch dort versucht man, ohne Entscheidungskompetenz eines Elternteils oder des Staates auszukommen.

233 *Lieber/Liebig*, JH 1973, 21 f.; die Verweigerung des Umgangs durch den Erziehungsberechtigten ist noch kein Grund zum Ausschluß des Umgangsrechts, *Grandke*, Junge Leute, S. 129.

234 *Lieber/Liebig*, JH 1973, 21.

235 *Funke*, JH 1967, 11; zurückhaltend Lehrbuch Familienrecht S. 408: Änderung nur bei zusätzlichen Umständen.

236 Ehe und Familie S. 30 f.; FGB-Kommentar § 27, Anm. 3.2., 4. Aufl., unklarer jetzt die 5. Aufl. Anm. 2.1.; Lehrbuch Familienrecht S. 408, wo aber darauf hingewiesen wird, daß ein staatliches Einschreiten (über § 50 FGB) nicht schon allein durch die Ablehnung seitens des Erziehungsberechtigten begründet ist, sondern nur bei zusätzlicher Gefährdung des Kindeswohls.

237 „Ehe und Familie“ wird herausgegeben vom Ministerium der Justiz der DDR; desgl. der FGB-Kommentar. Das Lehrbuch Familienrecht ist offiziell als Ausbildungsmaterial anerkannt vom Ministerium für Hoch- und Fachschulwesen.

Vgl. zum ganzen die etwas abweichende Darstellung bei *Arnold*, S. 71 ff. und die Richtlinie Nr. 5 des Zentralen Jugendhilfeausschusses v. 2.5.1973, JH 1973, 213.

terbrechungen der Kindesentwicklung zum Ausdruck. Die Stetigkeit der Lebensverhältnisse des Kindes nach der Scheidung zu sichern, ist vorrangige Aufgabe der Erziehungsrechtsentscheidung<sup>238</sup>. In der Tat sind Änderungsprozesse in der DDR relativ selten<sup>239</sup>.

Sachlicher Leitpunkt ist wie bei der Erstentscheidung das Wohl des Kindes<sup>240</sup>. Die Voraussetzungen werden in zwei Grundsätzen zusammengefaßt: (1) Der bisherige Erziehungsberechtigte kommt seinen Aufgaben (verschuldet oder unverschuldet) nicht mehr nach, und (2) ein geeigneter Erziehungsberechtigter steht als Alternative bereit<sup>241</sup>. Änderungsvereinbarungen sind unzulässig<sup>242</sup>.

Die Unzuträglichkeit der bisherigen Erziehungssituation ist also wesentliche Voraussetzung für eine Änderung. Verwirklicht der Erziehungsberechtigte die Entzugsvoraussetzungen des § 51 FGB, tritt § 48 FGB hinter dieser Vorschrift zurück<sup>243</sup>. Unerheblich ist, ob die Probleme beim Erziehungsberechtigten auf neue Umstände zurückzuführen sind. Die Korrektur von unrichtigen Erstentscheidungen gehört neben der Anpassung an veränderte Verhältnisse zum Funktionsbereich des § 48 FGB<sup>244</sup>.

Im Licht dieser Voraussetzungen sind drei typische Fallgruppen zu unterscheiden, in denen eine Änderung möglich ist: Das Kind lebt bereits seit längerem beim nichterziehungsberechtigten Elternteil<sup>245</sup>; die Erstverteilung hat sich als Fehldisposition erwiesen<sup>246</sup>, oder Veränderungen beim Erziehungsberechtigten zwingen zu einer Änderung<sup>247</sup>.

238 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 23; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; Lehrbuch Familienrecht S. 240; *Rohde*, NJ 1966, 467; vgl. *Arnold* S. 79. In erster Linie ist deshalb zu versuchen, die Verhältnisse beim bisher Erziehungsberechtigten zu verbessern, *Kübne* JH 1966m 212; dies., JH 1967, 244.

239 *Hanschmann*, NJ 1969, 775 (13 % aller Erziehungsrechtsentscheidungen); *Reinwarth*, NJ 1968, 659 (300 Fälle jährlich).

240 BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511, f.; StadtG Groß-Berlin 18.11.1968, NJ 1969, 653, 654; FGB-Kommentar § 48, Anm. 1.2.; Lehrbuch Familienrecht S. 241; *Rohde*, NJ 1966, 468. Das Gesetz selbst erwähnt den Begriff Kindeswohl nicht.

241 Lehrbuch Familienrecht S. 241.

242 BG Leipzig 9.8.1966, NJ 1966, 736; StadtG Groß-Berlin 11.8.1968, NJ 1969, 653; *Krüger*, NJ 1966, 133; *Reinwarth*, NJ 1968, 659; vgl. *Arnold* S. 82, der aber zu Unrecht *Rohde* (Erziehungsrecht S. 95) für die gegenteilige Ansicht zitiert.

243 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 27; *Ansorg*, JH 1968, 285 f.; *Kübne*, JH 1967, 244; Lehrbuch Familienrecht S. 241, 243; a.A.: *Wolfram*, JH 1968, 187.

244 BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; FGB-Kommentar § 48, Anm. 1.2.2.; Lehrbuch Familienrecht S. 241; *Rohde*, JH 1968, 367; *Arnold* S. 57, 81.

245 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 25; im einzelnen unten 5. Kap. D.II.1.b)aa).

246 BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; KrG Erfurt-Süd 6.9.1966, NJ 1966, 735; ähnl. KrG Eisenach 19.9.1966, JH 1967, 124 f.

247 Hierher gehört auch der Fall, daß der Erziehungsberechtigte aus der DDR flüchtet, vgl. *Müller-Römer*, Grundrechte S. 190. Nimmt er das Kind mit, begnügen sich die DDR-Gerichte mit einer Beendigung der Unterhaltspflichtung des in der DDR verbliebenen, nicht erziehungsberechtigten Elternteils, vgl. OG 1.8.1958, NJ 1958, 685; anders aber bei Erstentscheidungen, in denen der in der DDR verbliebene Elternteil das Erziehungsrecht auch für in der Bundesrepublik lebende Kinder zugesprochen bekommt, vgl. unten 5. Kap. A.I.2.a) cc) (2) (22).

Besondere Aufmerksamkeit widmet man schon bei der Erstentscheidung dem Verhältnis des Kindes zum künftigen neuen Ehegatten des potentiellen Erziehungsberechtigten, da dieser begrenzt in die Elternfunktion einrückt (§ 47 FGB) und da Spannungen im Verhältnis Kind-Stiefelternteil häufige Quelle von Änderungsentscheidungen sind<sup>248</sup>.

Eine Besonderheit gilt bezüglich des künftigen Erziehungsberechtigten: Es kommt nicht nur der andere Elternteil, sondern ein erweiterter Kreis potentieller Erziehungsberechtigter, insbesondere auch die Großeltern in Betracht<sup>249</sup>. Hierin liegt ein Systemwiderspruch zu §§ 25, 26 FGB: Bei der Erstentscheidung müssen bei beiden Eltern die Entzugsvoraussetzungen vorliegen, ehe die Großeltern als Erziehungsberechtigte (vom Jugendhilfeorgan) bestimmt werden können; später genügen nur die allgemeinen Änderungsvoraussetzungen des § 48 FGB.

Der Schutz bestehender Erziehungsverhältnisse wird schließlich auch mit verfahrensrechtlichen Mitteln verfolgt. Klageberechtigt ist nicht derjenige, der das Erziehungsrecht anstrebt, sondern das Referat Jugendhilfe (§ 48 Abs. 2 FGB; § 18 Abs. 1 Ziffer e JHVO)<sup>250</sup>.

## 8. Erziehungsberechtigung bei Getrenntleben

Das DDR-Recht kennt nur die faktische Ehetrennung, eine vom sozialistischen Standpunkt zu mißbilligende Lebensform: Entweder ist die Ehe noch sinnvoll, so daß eine Pflicht zum Zusammenleben besteht, oder sie ist sinnlos geworden – dann sollte sie geschieden werden<sup>251</sup>. Eine staatliche Entscheidung über das Erziehungsrecht ist nur vorgesehen, wenn die Eltern sich nicht einigen können und ein Elternteil Klage erhebt (§ 45 Abs. 4 FGB). Das Gericht hat sodann eine doppelte Funktion. Einerseits sind die Kinder von den Auswirkungen des elterlichen Zerwürfnisses abzuschirmen, darüber hinaus hat das Gericht zu versuchen, auf die Erhaltung der Ehe und die Wiederherstellung des ehelichen Zusammenlebens einzuwirken<sup>252</sup>. Von hier aus ist es angezeigt, die beiderseitige Beteiligung der Eltern an der Kindeserziehung so weit wie möglich zu erhalten<sup>253</sup>, was aber offensichtlich einer sorgsam Abwägung mit der Abschirmungsfunktion bedarf. Bei Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens entfällt eine gerichtliche Regelung ohne weiteres<sup>254</sup>.

248 Im einzelnen unten 5. Kap. D.II.1. b) bb) (1).

249 FGB-Kommentar § 48, Anm. 1.3.; *Kübne*, JH 1967, 126 und 242; Lehrbuch Familienrecht S. 241; *Robde*, NJ 1966, 467 f.

250 Vgl. unten 5. Kap. D.IV.1.a).

251 Ehe und Familie, S. 26.

252 FGB-Kommentar § 45, Anm. 4; *Robde*, Erziehungsrecht, S. 49 f.

253 *Robde*, Erziehungsrecht S. 50.

254 FGB-Kommentar § 45, Anm. 4; vgl. zum ganzen auch die Darstellung bei *Arnold* S. 77 f.

# B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht

## I. Gerichtsorganisation

### 1. Institutioneller Aufbau

Das Gerichtssystem der DDR ist einfach und übersichtlich geordnet. An der Spitze eines dreistufigen Gerichtsaufbaus steht das OG, darunter die Bezirksgerichte sowie das Stadtgericht von Groß-Berlin und auf unterster Ebene die Kreisgerichte bzw. Stadtbezirksgerichte<sup>255</sup>. Familiengerichte gibt es nicht, wohl aber auf Familiensachen spezialisierte Kammern bzw. Senate. Grundsätzlich entscheidet ein Richterkollegium: beim Kreisgericht ein Berufsrichter mit zwei Schöffen, bei den Instanzgerichten drei Berufsrichter.

### 2. Sachliches Leitungssystem

Die richterliche Unabhängigkeit ist zwar in Art. 96 Abs. 1 Satz 1 DDR-Verfassung garantiert, besteht aber jedenfalls nicht in dem Sinne, der dieser Institution im freiheitlichen Rechtsstaat beigemessen wird. Der Instrumentalisierung des Rechtsbegriffs entspricht ein Verständnis der Rechtsprechung als Instrument der Arbeiterklasse<sup>256</sup>. Die sachliche Organisation der Rechtspflege folgt dem den ganzen Staatsaufbau beherrschenden Prinzip des „demokratischen Zentralismus“, ist also durch ein straffes und lückenloses Leitungs- und Kontrollsystem gekennzeichnet<sup>257</sup>. „Die Leitung der Rechtsprechung ist ein untrennbarer, organischer Bestandteil der wissenschaftlichen Führung der Gesellschaft durch den sozialistischen Staat“, heißt es unmißverständlich im Beschluß des Plenums des OG zur weiteren Vervollkommnung der Leitungstätigkeit der Gerichte vom 18.10.1967<sup>258</sup>. Als ein Teil der einheitlichen Staatsmacht hat auch die Rechtsprechung die allgemeinen politischen Ziele des Staates zu verfolgen, und zwar einerseits durch den Schutz vorhandener sozialistischer Strukturen, aber auch durch Förderung und Hinwirkung auf die Weiterentwicklung des sozialistischen Gesellschaftssystems<sup>259</sup>. Die gerichtliche „Leitungspyramide von oben nach unten“<sup>260</sup> ist deshalb nicht nur eine Frage der

255 Vgl. Brunner S. 64 f.

256 Grandke, JH 1971, 212.

257 OG 15.11.1960, NJ 1961, 104 m. Anm. von Erler; Toeplitz, NJ 1967, 694; vgl. Brunner S. 65 f.; Müller-Römer, ROW 1968, 151 f.; Sieveking, Rechtsstaatsbegriff S. 108 f.

258 NJ 1967, 689.

259 Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967, NJ 1967, 689; Toeplitz, NJ 1967, 692. Vgl. Adelaida, DRiZ 1981; 11 ff.

260 Toeplitz a.a.O., S. 694.

strukturellen Konformität mit der übrigen Staatsorganisation, sondern eine sachliche Konsequenz aus der politischen Zweckorientierung der Rechtspflege<sup>261</sup>.

Auch der Inhalt der Leitungstätigkeit ist durch die instrumentale Funktion der Rechtsprechung insoweit vorgezeichnet, als er sowohl die fachliche als auch die politisch-ideologische Führung umfaßt<sup>262</sup>. Generell hat die Leitung der Gerichte dreierlei Aufgaben: (1) Befähigung der Gerichte zur Umsetzung der in den Dokumenten der Partei- und Staatsführung gestellten Aufgaben; (2) Leistung eines wirksamen Beitrags zur Lösung politischer, ideologischer und ökonomischer Grundfragen der gesellschaftlichen Entwicklung; (3) Sicherung einer „einheitlichen, gesetzlichen, gerechten, vorbeugenden und gesellschaftlich mobilisierenden Rechtsprechung“<sup>263</sup>.

Zur Erfüllung dieser Aufgaben steht dem OG als obersten Leitungsorgan (§§ 39 Abs. 1, 42 Abs. 1 GVG; Art. 93 Abs. 2, 3 DDR-Verfassung)<sup>264</sup> ein breites Instrumentarium zur Verfügung, aus dem die Kompetenz zum Erlaß bindender Richtlinien und Beschlüsse (§§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 GVG, sog. „Leitungsdokumente“) sowie die Kassation von Urteilen aller Gerichte hervorzuheben sind<sup>265</sup>. In dem auf diese Weise vorgezeichneten Rahmen stehen auch den Bezirksgerichten Leitungsbefugnisse gegenüber den Kreisgerichten zu (§§ 29 Abs. 2, 34 Abs. 1 GVG), sie können allerdings keine Richtlinien oder generelle Beschlüsse erlassen.

Daß das Prinzip des demokratischen Zentralismus auch strikte Verbindlichkeit der Weisungen „von oben“ impliziert, hat das OG in einem Falle der Unbotmäßigkeit unterer Richter mit Schärfe betont<sup>266</sup>.

## II. Verfahrensrecht

### 1. Grundlagen

Die ZPO von 1975<sup>267</sup> hat auch das bisher gesondert geregelte Familienverfahren integriert und damit die Familienverfahrensordnung von 1966 abgelöst. Die angestrebte Einheitlichkeit des Verfahrens für alle Zivil-, Familien- und Arbeitsrechtsachen konnte jedoch für das familienrechtliche Verfahren nicht voll durchgehalten werden. Neben zahlreichen Sonderbestimmungen erhält das Scheidungsverfahren vor allem durch die differenzierte Ausgestaltung des Aussöhnungsverfahrens (§§ 48 bis 51 ZPO) eine besondere Prägung.

261 *Jauernig*, JuS 1971, 333;

262 Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967, NJ 1967, 689; *Toeplitz*, NJ 1967, 694.

263 Beschluß des Plenums des OG vom 18.10.1967 a.a.O.

264 Das OG ist seinerseits der Volkskammer bzw. dem Staatsrat verantwortlich und rechen-schaftspflichtig, § 36 Abs. 2 GVG.

265 Zu den Richtlinien vgl. oben Text zu Fn. 8-12; zum Leitungsinstrumentarium allgemein *Brunner* S. 65.

266 Urt. v. 15.11.1960, NJ 1961, 104.

267 GBl I S. 533.

Die ZPO ist nicht die einzige Quelle des Familienverfahrensrechts. Ausgehend von der dialektischen Einheit von materiellem und prozessuellem Recht<sup>268</sup> enthalten schon das FGB und die OG-Richtlinie Nr. 25 wichtige verfahrensrechtliche Bestimmungen, insbesondere zur Ermittlungstätigkeit des Gerichts und zur Rolle des Jugendhilfeorgans im Prozeß.

## 2. Funktion und Aufgaben des gerichtlichen Verfahrens

„Die Gerichte haben die Aufgabe, die sozialistische Staats- und Gesellschaftsordnung zu schützen, gesetzlich garantierte Rechte und Interessen zu wahren und durchzusetzen sowie durch eine hohe Wirksamkeit des gerichtlichen Verfahrens dazu beizutragen, sozialistische Beziehungen im gesellschaftlichen Zusammenleben der Bürger zu fördern“ (§ 2 Abs. 1 ZPO). Primäre Aufgabe des Verfahrensrechts ist es, den spezifischen Beitrag der Gerichte zur Weiterentwicklung des Sozialismus zu ermöglichen und sicherzustellen. Die aktive Förderung sozialistischer Gesellschaftsbeziehungen wird neben den eher traditionellen Aufgaben des Staats- und Rechtsschutzes besonders hervorgehoben. Das Gesetz selbst zeigt die Wege auf, in denen die Gerichte insoweit aktiv zu werden haben: Ermittlung der Ursachen und Lösungen der aufgetretenen Konflikte (§§ 2 Abs. 4, Abs. 1 ZPO), Einwirkung auf das Bewußtsein der Beteiligten und der Öffentlichkeit (§§ 2 Abs. 4, 4 Abs. 1 ZPO)<sup>269</sup> und allgemeine Mißstandskritik (§ 2 Abs. 4 ZPO). Die gesellschaftliche Wirksamkeit im Sinne der Problemüberwindung und Bewußtseinsförderung ist maßgebliches Leitkriterium für alle gerichtlichen Maßnahmen insbesondere auch bei Erziehungsrechtsentscheidungen<sup>270</sup>. Die gerichtlichen Bemühungen sind dabei eingebettet in gleichgerichtete Aktivitäten staatlicher und gesellschaftlicher Organe, mit denen die Gerichte eng zusammenwirken sollen<sup>271</sup>. Da die Gerichte integrierter Teil des demokratisch-zentralistischen Staatsaufbaues und Machtsystems sind, stellt sich der Zivilprozeß als „spezifische Form staatlicher Leitungstätigkeit“ dar<sup>272</sup>.

Übertragen auf das Scheidungsverfahren werden die in § 2 Abs. 1 ZPO genannten Aufgaben wie folgt konkretisiert: (1) Schutz der Ehe, konkret und als Institution<sup>273</sup>; (2) Schutz berechtigter Individualinteressen, insbesondere – sowohl im Erziehungsrechtsverfahren als auch schon bei der Scheidungsfrage selbst – Schutz des Kindesinteresses<sup>274</sup> (3) erzieherische Einflußnahme, vor allem auf die Beteiligten; (4)

268 *Halgasch*, *StuR* 1963, 978.

269 Vgl. oben IV.3.b. sowie speziell zum prozessualen Vorgehen: *Kietz/Mühlmann* S. 129 ff., 156 ff.; *Helwig*, *DA* 1974, 928 f.

270 *OG-Richtlinie* Nr. 25, Ziff. 1; *Lehrbuch Familienrecht* S. 422 f.; *Strasberg*, *NJ* 1973, 43; vgl. oben A.IV.3.b.

271 Vgl. § 4, Abs. 1 ZPO; *Lehrbuch Familienrecht* S. 422 f.; siehe auch oben A.IV.5.d.

272 *Kietz*, *StuR* 1976, 57; vgl. *Brunner*, S. 179.

273 *Halgasch*, *StuR* 1963, 978 f.; *Lehrbuch Familienrecht* S. 420 ff. (unter Abgrenzung gegen den institutionellen Eheschutz in der Bundesrepublik).

274 *Lehrbuch Familienrecht* S. 425 f.

Sammlung und Auswertung von Informationen für die gesellschaftliche Praxis und Familienförderung<sup>275</sup>. Diese Aufgaben stehen nicht nebeneinander, sondern bilden eine komplexe Einheit<sup>276</sup>. In ihrem materiellrechtlichen Aspekt bereits erörtert wurden die Erziehungsfunktion und die Aufgabe zukunftsgerichteter Konfliktbeseitigung, deren Erfolg sich am offenkundigsten in der Einigung der Parteien manifestiert<sup>277</sup>. Hierdurch wird der gesamte Verfahrensablauf geprägt: Im Rahmen des primär gebotenen Eheschutzes wird die Aussöhnung der Ehegatten favorisiert, was zu einer beachtlichen Anzahl von Klagerücknahmen geführt hat<sup>278</sup>. Kann die Ehe nicht gerettet werden, konzentriert sich die Einflußnahme auf die Folgeprobleme, darunter in erster Linie auf die verantwortungsbewußte Gestaltung der Eltern-Kind-Beziehungen durch die Parteien selbst in Form eines übereinstimmenden Vorschlags über das Erziehungsrecht und einer einvernehmlichen Umgangsregelung.

Hervorzuheben ist, daß die Maßnahmen des Gerichts zur Konfliktlösung und seine erzieherische Einflußnahme nicht auf die Prozeßparteien beschränkt sind. Zum einen kann es auf staatliche und gesellschaftliche Organe einwirken, damit diese konkrete Störungsquellen beseitigen (z.B. Wohnungs- oder Arbeitsprobleme, Kindergartenplatz). Sind ehewidrige Beziehungen zu Dritten Anlaß des Scheidungsverfahrens, kann das Gericht auch den Ehestörer persönlich vorladen<sup>279</sup> oder — wenn es sich um einen Arbeitskollegen eines Ehegatten handelt — die Betriebsleitung zu Maßnahmen auffordern, die geeignet sind, die ehewidrigen Beziehungen im Betrieb zu beenden<sup>280</sup>.

### 3. Grundzüge des Scheidungs- und Erziehungsrechtsverfahrens

Ein Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit gibt es in der DDR nicht. Die grundsätzliche Streitigkeit des Prozesses über Scheidung und Erziehungsrecht, der dem Verbundprinzip unterliegt (§ 13 Abs. 1 ZPO), wird allerdings durch die Offizialmaxime, durch das auf Konfliktlösung und Einigung zielende Bemühen der Gerichte und durch die Aussöhnungsverhandlung abgeschwächt. Die Offizialmaxime äußert sich in einer weitgehenden Beschränkung der Parteidisposition und im Untersuchungs-

275 Vgl. zum ganzen Lehrbuch Familienrecht S. 420 ff.

276 Lehrbuch Familienrecht S. 429.

277 Vgl. oben Fn. 157; grundlegend *Kietz/Mühlmann*, insbes. S. 129 ff.; vgl. *Brunner* S. 184; *Jauernig*, JuS 1971, 332 f.

278 Laut Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972 (NJ 1973, 37 f.) betrug der Anteil der Klagerücknahmen 26 % (gegenüber 4 % Klageabweisungen); vgl. *Strasberg*, NJ 1973, 44; *Robde*, JH 1973, 47. Mit der Rücknahme der Scheidungsklage ist die eheerhaltende Tätigkeit der staatlichen Organe nicht abgeschlossen, sondern setzt sich in Gestalt einer Folgebetreuung fort, Bericht des Präsidiums des StadtG Groß-Berlin vom 25.10.1972, NJ 1972, 713, 715; *Petrick*, Schöffe 1977, 40.

279 *Eberhardt*, NJ 1977, 635.

280 *Pieper*, NJ 1976, 517.

grundsatz<sup>281</sup>. Die fehlende Dispositionsbefugnis über das Erziehungsrecht hat sich bereits auf materiellrechtlicher Ebene daran gezeigt, daß der Einigung der Eltern *rechtlich* nur das Gewicht übereinstimmender, aber unverbindlicher Vorschläge zukommt<sup>282</sup>. Darüber hinaus entscheidet das Gericht in Scheidungsprozessen über das Erziehungsrecht auch ohne einen diesbezüglichen Antrag der Parteien (§ 13 Abs. 1 ZPO).

Der Untersuchungsgrundsatz ist in §§ 2, Abs. 2 und 54 Abs. 1 ZPO festgelegt. Er drückt das Erfordernis aus, „die objektive Wahrheit mit allen in den Gesetzen den Gerichten zur Verfügung gestellten Mitteln . . . zu erforschen“<sup>283</sup>, und zwar – entgegen einer kritisierten Praxis der Gerichte<sup>284</sup> – auch und insbesondere in bezug auf die Situation und Bedürfnisse der Kinder<sup>285</sup>. Neben der objektiven Wahrheit dient die Untersuchung allerdings auch einem gesellschaftspolitischen Zweck, der Offenlegung und Beeinflussung unsozialistischer Verhältnisse und Verhaltensweisen<sup>286</sup>. Vor allem das OG legt großen Wert auf gründliche und umfassende Ermittlungen<sup>287</sup>, die allein eine wirksame Einflußnahme auf die Konfliktursachen ermöglichen.

In einem gewissen Spannungsverhältnis dazu steht der weitere Grundsatz einer konzentrierten und zügigen Verfahrensgestaltung (§ 2 Abs. 2 ZPO). Man ist sich jedoch einig, daß dieser Gesichtspunkt die sachgerechte Ermittlungstätigkeit des Gerichts nicht einschränken darf<sup>288</sup>. Der Beschleunigungsgrundsatz wirkt sich aber beispielsweise dann aus, wenn die Einwirkungen des Gerichts zugunsten einer Umgangsvereinbarung (§ 27 Abs. 1 Satz 3 FGB) noch keinen Erfolg hatten, das Verfahren aber im übrigen entscheidungsreif ist<sup>289</sup>. Außerdem werden Fragen des Erziehungs- und Umgangsrechts bereits in der Aussöhnungsverhandlung erörtert.

Besondere Hervorhebung verdient die bereits mehrfach angesprochene Zusammenarbeit des Gerichts mit staatlichen und gesellschaftlichen Organen (§§ 4, 5, 6 sowie 43 Abs. 2 ZPO). Die Rolle des Organs der Jugendhilfe bei der Entscheidung über das Erziehungsrecht ist in § 25 Abs. 2 Satz 3, 4 und Abs. 3, 26 Abs. 2 Satz 3, 48 Abs. 2 FGB sowie in der OG-Richtlinie Nr. 25<sup>290</sup> festgelegt. Problematisch hingegen ist die Heranziehung „gesellschaftlicher Kräfte“, die eine doppelte Funk-

281 Zu den Maximen des Eheprozesses generell Lehrbuch Familienrecht S. 430 ff.; *Brunner*, S. 184 ff.

282 Vgl. oben A.IV.4.

283 *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 778; vgl. auch den inzwischen aufgehobenen Beschluß des Plenums des OG vom 15.4.1965, NJ 1965, 310.

284 Bericht des Präsidiums des StadtG Groß-Berlin vom 25.10.1972, NJ 1972, 714; Lehrbuch Familienrecht S. 426, Fn. 91.

285 Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 39 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 425 f.

286 *Strasberg*, NJ 1973, 43.

287 OG 4.7.1968, NJ 1968, 538, 539; 6.3.1973, NJ 1973, 298, 299; 19.11.1974, NJ 1975, 121.

288 *Latka*, NJ 1973, 47; *Strasberg*, NJ 1973, 44; ähnlich Lehrbuch Familienrecht S. 429.

289 *Robde*, JH 1973, 48.

290 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 3, 5, 20-22; weitere in Betracht kommende staatliche Organe sind im Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 41 aufgeführt.

tion hat: erzieherischer Einfluß auf die Parteien und Erziehung der Öffentlichkeit anhand eines konkreten Beispiels. Wichtigste gesellschaftliche Kräfte sind insoweit die Arbeitskollektive<sup>291</sup>, Gewerkschaften, Wohngemeinschaften sowie die Vertreter der Massenorganisationen. Im Hinblick auf die Scheidung selbst fällt den gesellschaftlichen Kräften die Aufgabe zu, auf die Parteien zugunsten einer Aussöhnung einzuwirken, insbesondere Fehlverhalten eines Ehegatten (Alkohol, Liebschaften) zu korrigieren<sup>292</sup> und objektive Ursachen von Eheproblemen (z.B. Arbeitsüberlastung) zu beseitigen. Im Zusammenhang mit der Frage des Erziehungsrechts ergeben sich vor allem drei Funktionen: die Beseitigung objektiver Schwierigkeiten für den Alleinerziehungsberechtigten, Erziehung und Beruf miteinander zu vereinbaren; der Ausgleich und die Kontrolle von persönlichen Erziehungsschwächen dieses Elternteils, und – schon im Verfahren selbst – die Einwirkung auf einen Elternteil, der zwar für geeigneter befunden wird, aber nicht bereit ist, das Erziehungsrecht zu übernehmen<sup>293</sup>. Der Einsatz gesellschaftlicher Kräfte wurde gerade im Kindesinteresse für sinnvoll gehalten<sup>294</sup>. Die Einschätzung seines Werts für das gerichtliche Verfahren war indessen Schwankungen unterworfen. Anfänglicher Übereifer unterer Gerichte mußte vom OG, auch durch Publikationen seiner Richter, gedämpft und in sachangemessene, differenzierte Bahnen gelenkt werden<sup>295</sup>. Die Neufassung des Beschlusses über die erzieherische Tätigkeit der Gerichte zur Erhaltung von Ehen<sup>296</sup> vom 24.6.1970<sup>297</sup> brachte dagegen eine stärkere Betonung der gesellschaftlichen Kräfte, ist aber inzwischen aufgehoben worden<sup>298</sup>. Dennoch spielen die gesellschaftlichen Kräfte in der Diskussion und Praxis weiterhin eine beachtliche Rolle<sup>299</sup>. Ihre Beteiligung steht aus ideologischen Gründen auch nicht ohne weiteres zur Dis-

291 Görner, JH 1965, 104; Halgasch, StuR 1963, 966; Lehrbuch Familienrecht, S. 50; Walther, Einheit 1971, 987; Wenik, Schutz und Förderung S. 14.

292 Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1973, NJ 1973, 37; Pieper, NJ 1976, 517. Die gesellschaftlichen Kräfte können auch schon vor dem gerichtlichen Termin zur gemeinsamen Problemerkörterung mit Richtern, Schöffen und den Parteien herangezogen werden, vgl. Bericht des Präsidiums des StadtG Groß-Berlin vom 25.10.1972, NJ 1972, 713; Glowacz, NJ 1960, 493. Zur wichtigen Aufgabe der gesellschaftlichen Kräfte bei der Lösung von Konflikten allgemein vgl. Kietz/Mühlmann S. 21 ff.

293 Robde, Erziehungsrecht S. 85, 98 ff.; dies., JH 1967, 199; vgl. oben A.IV.4.

294 Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 41; Bericht des Präsidiums des BG Leipzig vom 26.1.1972, NJ 1972, 712 f.

295 Beschluß des Plenums des OG vom 15.4.1965, NJ 1965, 310 f.; OG 11.7.1963, NJ 1963, 697; Bericht des Präsidiums des StadtG Groß-Berlin vom 25.10.1972, 714; Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 41; Heinrich/Göldner/Schilde, NJ 1961, 778; Göldner, NJ 1965, 316; Grandke/Kubrig, Einheit 1965 (11) 19; vgl. Markovits, 24 Stan.L.Rev. 180 ff. (1971).

296 Beschluß des Plenums des OG vom 15.4.1965, NJ 1965, 309 ff.

297 NJ 1970, 445.

298 Beschluß des Plenums des OG vom 17.12.1975, NJ 1976, Beil. 1 zu H. 3.

299 Vgl. Eberhard, NJ 1977, 634 f.; Pieper, NJ 1976, 517; eingeschränkt Lehrbuch Familienrecht S. 435 ff., offenbar unter dem Einfluß Grandkes, vgl. auch Grandke/Kubrig, Einheit 1965 (11) 19. Von einer Bedeutungslosigkeit der gesellschaftlichen Kräfte kann man jedenfalls – entgegen Brunner S. 169 – auch nach dem Erlaß der ZPO nicht sprechen. Praktisch unerheblich wird lediglich die in § 43 Abs. 2 Ziff. 3 ZPO vorgesehene Möglichkeit bleiben, die Verhandlung in die Öffentlichkeit (den Betrieb, das Wohnhaus etc.) zu

position, wobei auf ihre Funktion bei der Durchsetzung von Moralnormen<sup>300</sup> und die Absterbetheorie zu verweisen ist, nach der die gesellschaftlichen Organisationen nach und nach den Staat ablösen<sup>301</sup>.

Als Besonderheit für Scheidungsprozesse sieht die ZPO schließlich ein zweistufiges Verfahren vor: die Aussöhnungsverhandlung und das streitige Verfahren. Die Aussöhnungsverhandlung ist entbehrlich nur in gesetzlich umschriebenen Sonderfällen (§ 50 ZPO), vor allem bei beiderseitigem Scheidungsbegehren kinderloser Ehegatten. Zwei Institutionen gestatten dem Gericht eine Intensivierung seiner Aussöhnungsbemühungen, die insbesondere im Interesse von Kindern angezeigt sein kann<sup>302</sup>: Die Aussöhnungsverhandlung kann wiederholt (§ 48 Abs. 3, 4 ZPO)<sup>303</sup> oder das Scheidungsverfahren für die Dauer bis zu einem Jahr ausgesetzt werden (§ 49 ZPO)<sup>304</sup>. In beiden Fällen ist die flankierende Einflußnahme gesellschaftlicher Kräfte zu erwägen<sup>305</sup>.

Sonderregelungen für die Entscheidung über das Erziehungsrecht bestehen nicht abgesehen von den Bestimmungen des FGB und der OG-Richtlinie Nr. 25 über die Einbeziehung des Jugendhilfeorgans und die Aussetzung der Erziehungsrechtsentscheidung gemäß § 26 Abs. 2 FGB<sup>306</sup>. Ermittlungen und Verhandlungen über das Erziehungsrecht erfolgen nicht in einem gesonderten Verfahrensteil im Rahmen des Scheidungsverbands, sondern als integrierter Teil des Scheidungsverfahrens. Die Entscheidung des Gerichts ergeht unmittelbar im Anschluß an die mündliche Verhandlung.

verlagern (vgl. auch Beschluß des Präsidiums des OG vom 15.4.1965, NJ 1965, Ziff. 7 Beschluß vom 24.6.1970, NJ 1970, Ziff. 3.8.). Derartige Praktiken sind – entgegen Lehrbuch Familienrecht S. 437, Fn 110 – vorgekommen (vgl. Oehmke, NJ 1960, 494; BG Gera vom Oktober 1960, Zit. bei *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 778: „Der Senat verhandelte am . . . in Anwesenheit von Vertretern des Rates der Gemeinde, der Nationalen Front, des DFD, der LPG und anderer Massenorganisationen in dem Wohnort der Parteien.“ Kritisch dazu *Heinrich/Göldner/Schilde* a.a.O.: „Es gewinnt danach den Anschein, als habe das Bezirksgericht das ganze Dorf am Ehestreit der Parteien beteiligt.“). Der Zweifel am Sinn dieses Verfahrens scheint aber zu überwiegen, vgl. außerdem *Göldner*, NJ 1965, 317 sowie – mit ungewöhnlich scharfer Kritik am OG – Lehrbuch Familienrecht S. 437, Fn. 110.

300 Vgl. oben Text zu Fn. 57.

301 Oben Fn. 143.

302 Bericht des Präsidiums des OG vom 13.12.1972, NJ 1973, 39.

303 Dazu *Eberhardt*, NJ 1977, 634 f.

304 Dazu *Pieper*, NJ 1976, 516 f.; *Hugot*, NJ 1973, 47 ff.

305 § 49 Abs. 1 Ziff. 3 ZPO; *Eberhardt* a.a.O.; *Hugot* a.a.O.; *Pieper* a.a.O.; *Strasberg*, NJ 1973, 44.

306 Vgl. oben A.IV.5.b.

## 2. Kapitel: Schweiz

### A. Matrielles Familienrecht

#### I. Gesetzgebungszuständigkeit und gesetzliche Grundlagen

Der Erfaß privatrechtlicher Gesetze fällt in die ausschließliche Zuständigkeit des Bundes Grundlage der Bundeskompetenz ist Art. 64 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung vom 29.5.1874 (BV)<sup>1</sup>. Verwirklicht wurde die Zivilrechtsvereinheitlichung durch die Kodifizierung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10.12.1907, in Kraft seit 1.1.1912<sup>2</sup>. Das Familienrecht ist im 2. Teil des ZGB (Art. 90-456) geregelt. Gesetzliche Reformen sind 1973 im Adoptionsrecht<sup>3</sup> und 1976 im Kindschaftsrecht<sup>4</sup> erfolgt. Weitere Teilreformen werden vorbereitet, vor allem im Ehe- und Ehescheidungsrecht sowie im Vormundschaftsrecht. Nicht erneuerungsbedürftig erscheinen hingegen die Bestimmungen, die sich mit der Frage der elterlichen Gewalt<sup>5</sup> im Falle der Scheidung oder Trennung der Eltern befassen (Art. 297 Abs. 2 und 3; 145; 156; 157; 170 ZGB): Diese Regelungen des ZGB haben sich nach Schweizer Auffassung auch im Hinblick auf die gegenwärtige und voraussehbare Gesellschaftsentwicklung bewährt<sup>6</sup>.

1 Art 64 Abs. 1 vom 29.5.1874 und 1.7.1905, Abs. 2 angefügt auf Grund Volksabstimmung vom 13.11.1898 (Erwahrungsbeschl. v. 21.12.1898). Zur Geschichte der Schweizer Privatrechtsvereinheitlichung *Liver*, Berner Kommentar I/1, Einl., Rdn. 9-59; *Tuor-Schnyder* S. -5.

2 Da Gesetz ist im wesentlichen das Werk *Eugen Hubers*, der aufbauen konnte auf der weitgehend abgeschlossenen Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Kantone, zahlreichen kantonalen Kodifikationen und vor allem auf umfassenden eigenen, kantonal-vergleichenden und geschichtlichen Forschungen, in: „System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts“, 4 Bände, Basel 1886-1893.

3 Geetz v. 30.6.1972, in Kraft seit 1.4.1973.

4 Geetz v. 25.6.1976, in Kraft seit 1.1.1978 (BBl 1976 II 995); für einen Überblick über den Inhalt der Reform vgl. die Beiträge von *Hausbeer*, *Hegnauer*, *Kaufmann* und *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht, St. Gallen 1977. Zur geplanten Reform des Vormundschaftsrechts *Müller*, ZBJR 1980, 698 ff.

5 Mai hat sich nicht entschließen können, diese Bezeichnung durch eine andere Formulierung zu ersetzen. Der Begriff „elterliche Sorge“ wurde abgelehnt, weil er sprachlich unbestimmt sei und die rechtliche Entscheidungs- und Vertretungszuständigkeit der Eltern nicht hinreichend zum Ausdruck bringe, Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 194 II S. 69; *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 144 ff. Erwogen, aber verworfen wurden außerdem die Ausdrücke „Autorität“, „Erziehungsrecht“, „elterliche Rechte und Pflichten“ sowie „elterliche Leitung“, vgl. Bundesrat a.a.O., S. 69 f.

6 *Hüderling*, SJZ 71 (1975) 261 r. Sp., *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 59.

Zuden noch diskutierten Reformen im übrigen vgl. Botschaft des Bundesrats v. 11.7.1979, BE 1979 II S. 1191; *Näf-Hofmann*, Partnerschaft als Leitbild der Ehe (1980); *Hegnauer*, SJ: 76 (1980) 69 ff.

## II. Die Bedeutung der Bundesverfassung für das Familienrecht

Die Schweizer Bundesverfassung behandelt die Familie nur beiläufig. Vereinzelt Bestimmungen berühren Teilaspekte von Ehe und Familie<sup>7</sup>, und nur im Interpretationswege kann hieraus geschlossen werden, daß die „Familie als Gemeinschaft . . . der Fürsorge des Bundesgesetzgebers allgemein empfohlen“ ist<sup>8</sup>. Abgesehen von Art. 49 Abs. 3 BV, der die Religionserziehung der Kinder betrifft, ist zum Status der Eltern, der Kinder und ihrem Verhältnis zueinander nichts ausgesagt. Die Ortung der Position von Eltern und Kindern im Verfassungsgefüge wird erst neuerdings versucht<sup>9</sup>, entsprechende Interpretationen können aber mangels hinreichend konkreter Anhaltspunkte in der Verfassung selbst wohl nicht als geltendes Verfassungsrecht angesehen werden. Die Rechtsprechung verleiht dem Recht der Eltern auf Erziehung ihrer Kinder mittelbar verfassungsrechtlichen Rang, indem sie es als Ausfluß des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsrechts der Eltern bezeichnet<sup>10</sup>. Das Fehlen expliziter verfassungsrechtlicher Regelung mag vor dem Hintergrund eines breiten Konsenses der Allgemeinheit über Bedeutung und Gestaltung von Ehe und Familie erklärbar sein<sup>11</sup>.

## III. Allgemeines Kindschaftsrecht

### 1. Elternrechte im Verhältnis zum Staat

Die Pflege und Erziehung der Kinder obliegt primär den leiblichen Eltern. Das Recht räumt ihnen einen Vorrang gegenüber Dritten ein, selbst wenn diese im konkreten Falle besser geeignet wären<sup>12</sup>, und gewährt den Eltern im Grundsatz Autonomie in der Ausübung ihrer Elternfunktion sowohl nach Inhalt der Erziehung wie nach den Erziehungsmitteln<sup>13</sup>. Die Begründung für diese Rechtsposition der Eltern ist unterschiedlich. Teils spricht man von einem natürlichen, dem Staat vorgegebenen Recht<sup>14</sup>, teils wird das Kindesinteresse an der Betreuung durch seine

7 Z.B. Art. 34 quinquies; 34 sexies Abs. 2b; 54 Abs. 1 BV.

8 *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 175 f.

9 *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 186 ff.; vgl. ders., Grundrechte im Wandel, 3. Aufl. Bern 1982; *Müller*, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982.

10 Im einzelnen unten bei Fn. 16.

11 *Huber*, Erläuterungen I 237; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 224; Botschaft d. Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 5 ff.; *Jorio* S. 78.

12 BG 30.9.1914, BGE 40 II 440, 444; 11.12.1956, BGE 82 II 473, 474 f.; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 16 f.; 25.9.1970, BGE 96 II 69, 77 f.

13 Vgl. Art. 301-303 n.F. ZGB; *Egger* Art. 273, Rdn. 6; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 198 f.; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 62 f.

14 Botschaft d. Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 70; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 373, Rdn. 4; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 198; *Schulthess* S. 1; vgl. aber BG 20.3.1941, BGE 67 II 64, 67, wo natürliches Eltern-Kind-Verhältnis und das Rechtsverhältnis der elterlichen Gewalt unterschieden werden.

leiblichen Eltern als Rechtfertigung herangezogen<sup>15</sup>. Jedenfalls im Verhältnis zum Staat ist aber durchaus auch ein subjektives Recht der Eltern selbst auf ihre Kinder anerkannt, als Ausfluß oder Korrelat ihrer verfassungsrechtlichen Persönlichkeits- und Freiheitsrechte<sup>16</sup>. Auch pragmatische Aspekte werden zur Begründung des Freiheitsraums der Eltern in der Erziehung ihrer Kinder herangezogen: In aller Regel könne die Gesellschaft keine bessere Alternative anbieten<sup>17</sup>, und eine Durchnormierung des Eltern-Kind-Verhältnisses würde sehr schnell die Grenzen des Rechts offenlegen<sup>18</sup>. Außerdem glaubt man die Eltern noch weitgehend eingebunden in einen sittlichen und sozialen Rahmen, der eine Kontrolle durch das Recht im Normalfall überflüssig mache<sup>19</sup>.

Die grundsätzliche Anerkennung der Elternautonomie bedeutet aber keine Freiheit *vom* Recht, sondern allenfalls *im* Recht. Nicht nur dem Kind, sondern auch Staat und Gesellschaft gegenüber werden die Eltern in Pflicht genommen dadurch, daß man ihre Rechtsstellung als *Amt* im Rahmen der öffentlichen Ordnung definiert<sup>20</sup> und die Elternverantwortung auch gegenüber der Allgemeinheit bestehen läßt<sup>21</sup>. Von dieser Position aus rechtfertigt sich eine, wenn auch zurückhaltende, Leitbildfunktion insbesondere des neuen Kindesrechts (Art. 301 bis 303 ZGB). Verfehlen die Eltern ihre Erziehungsaufgabe, greift der Staat darüber hinaus in seiner Eigenschaft als Obervormund<sup>22</sup> ein, soweit das Wohl des Kindes objektiv gefährdet ist. Der Abgrenzung von elterlicher und staatlicher Verantwortung für die Kinder versuchen Art. 307 ff. ZGB nach den Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gestaffelt Rechnung zu tragen<sup>23</sup>. Die Maßnahmen reichen von Auskunftspflicht über Ermahnungen, Weisungen, Ernennung eines Erziehungsbei-

- 15 *Jorio* S. 69 f.; vgl. auch BG 25.9.1970, BGE 96 II 69, 77 f.; Botschaft d. Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 5 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 275, Rdn. 24; *Haffter* S. 63. Das Kindeswohl als Legitimation des Elternrechts wird auch betont, wenn man mit *Hegnauer* (ZSR 90 (1971) 5 ff.) neben der leiblichen die „geistig-soziale Elternschaft“ als zweiten Grund des Kindesverhältnisses hervorhebt, vgl. auch *Hegnauer*, Grundriß S. 24.
- 16 BG 7.6.1923, BGE 49 II 149, 151; 20.3.1941, BGE 67 II 9, 11 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 5 und 11; Art. 275, Rdn. 25 (Korrelat zur Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit); *Jorio* S. 69 (Elterninteresse aber zweitrangig nach dem Kindeswohl). *Lüdentz* (AcP 78 (1978) 269) hält die Hervorhebung der elterlichen Eigenberechtigung für realistischer als ihre Ablehnung. Vgl. auch OberG Zürich v. 30.8.1973, SJZ 66 (1970) 280; *Egger* Art. 273, Rdn. 7.
- 17 BG 25.9.1970, BGE 96 II 69, 77 f.; vgl. *Jorio* S. 69 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 16: Elternliebe als beste Garantie für das Kindeswohl.
- 18 *Hanisch*, FamRZ 1975, 7.
- 19 *Huber*, Erläuterungen I 237; Botschaft d. Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 7; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 275, Rdn. 22 f.; *Tuor/Schnyder* S. 242. Vgl. dazu unten 4. Kap. C.I.2.b).
- 20 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 10; ähnl. *Jorio* S. 69.
- 21 *Egger* Art. 273, Rdn. 6; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 199; *Landolt* S. 35.
- 22 *Egger* Art. 273, Rdn. 6.
- 23 Vgl. *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 79 ff. (Sie spricht – in gleichem Sinne – vom „Proportionalitätsprinzip“ und vom „Subsidiaritätsprinzip“, S. 81 f.); *Jorio* S. 79 ff., 307 ff.; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 68 ff.; *Henkel*, Die Anordnung von Kinderschutzmaßnahmen (1977); ders., Die elterliche Gewalt, in: Das neue Kindesrecht, Bern 1978, S. 99 ff.

stands oder Ergänzungspflegers bis hin zur Entziehung der Personensorge oder der gesamten elterlichen Gewalt, wobei die Eingriffsschwelle durch das Erfordernis der Erfolg- oder Aussichtslosigkeit der jeweils weniger einschneidenden Maßnahme konkretisiert wird. Mißstände sind vorzugsweise *mit*, nicht anstelle oder gegen die Eltern zu beheben<sup>24</sup>.

Die gesetzlichen Ermächtigungsnormen für richterliche oder behördliche Eingriffe in die Elternautonomie sind relativ weit formuliert, entsprechend dem Richterbild und der stärkeren Betonung des sozialen Elements im schweizerischen Zivilrecht<sup>25</sup>. Dennoch wurden in der Praxis keine Mißbräuche festgestellt<sup>26</sup>. Im Gegenteil findet sich gelegentlich die Auffassung, den Elternrechten würde in der Praxis zuviel Gewicht beigemessen<sup>27</sup>.

## 2. Das Verhältnis der Eltern zueinander

Das bis 1978 geltende Recht kannte zwar das Konzept der gemeinsamen elterlichen Gewalt, behielt dem Vater aber den Stichentscheid vor (Art. 274 Abs. 2 a.F. ZGB)<sup>28</sup>. Die Kindesrechtsreform hat im elterlichen Bereich die Gleichberechtigung vervollkommen<sup>29</sup>. Beide Eltern sind Träger des Elternrechts und üben die elterliche Gewalt gemeinsam aus (Art. 297 Abs. 1 ZGB). Aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergibt sich die Pflicht, „für die Kinder gemeinsam zu sorgen“ (Art. 159 Abs. 2 ZGB), das heißt vor allem, sich über die Kindesversorgung und -erziehung zu einigen<sup>30</sup>. Eine staatliche Schlichtungsinstanz für Meinungsverschiedenheiten steht nicht bereit.

24 So wird es verständlich, wenn *Jorio* (S. 80 ff.) das Kindesschutzrecht als „Aufwertung der elterlichen Gewalt“ sieht. Allerdings steht für den Gesetzgeber nicht die elterliche Rechtsmacht im Vordergrund, sondern der Gesichtspunkt effektiver Hilfe für die Kinder, vgl. *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 80 f., 93.

25 *Liver*, Berner Kommentar I/1, Einl. Rdn. 92 ff.; zum Richterbild des ZGB vgl. auch unten V.3.c).

26 *Liver*, Berner Kommentar I/1, Einl. Rdn. 101 f.; *Landolt* S. 33 Fn. 64.

27 *Hegnauer*, ZSR 90 (1971) 13.

28 Vgl. *Jorio* 110 f.; *Tuor/Schnyder* 243 f.

29 Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 1, 71 f.; *Hegnauer*, Festschr. *Guldener* S. 144 f.; *Hegnauer*, in: Das neue Kindesrecht S. 73 f.; *Jorio* S. 190 ff.; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 56.

30 *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 56; *Jorio* S. 110 f.; Die Pflicht zum gemeinsamen Zusammenwirken ergibt sich *nicht* aus Art. 272 ZGB („Eltern und Kinder sind einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert“) – diese Bestimmung erfaßt nicht das Verhältnis der Elternteile zueinander mit Bezug auf die Kinder, *Tuor/Schnyder*, Suppl. S. 39. Noch geltendes Recht, aber für das Eltern-Kind-Verhältnis unbeachtlich, sind die eherechtlichen Bestimmungen der Art. 160, 161 ZGB, wonach dem Ehemann die Führungsrolle in der Familiengemeinschaft zugewiesen wird: Im Hinblick auf die bevorstehende Reform auch des Eherechtes hat die Kindesrechtsreform diese Bestimmungen nicht miterfaßt. Sie gelten aber als überholt (Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 72; *Jorio* S. 110) und treten gegenüber den Sonderregelungen über die elterliche Gewalt zurück.

Gemeinsam ist auch die Vertretung Dritten gegenüber (Art. 304 Abs. 1 ZGB). Gutgläubige Dritte dürfen jedoch davon ausgehen, daß jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem anderen handelt (Art. 304 Abs. 2 ZGB)<sup>31</sup>.

### 3. Das Verhältnis von Eltern und Kindern

Für die Dauer ihrer Unmündigkeit, d.h. bis zur Vollendung des zwanzigsten Lebensjahres, stehen die Kinder unter elterlicher Gewalt (Art. 296 Abs. 1, 14 Abs. 1 ZGB)<sup>32</sup>. Die Rechtsposition der Eltern gegenüber ihren Kindern stellt sich anders dar als gegenüber Staat und Gesellschaft. Schon vor der Kindesrechtsreform von 1976 hat man die Verantwortungs- und Pflichtengebundenheit der Eltern betont und dem Elternrecht im Verhältnis zum Kind eingennützigem Gehalt abgesprochen<sup>33</sup>. Das Gesetz trug dem nur unvollkommen Rechnung: Der Verpflichtung des Kindes zu „Gehorsam und Ehrerbietung“ (Art. 275 Abs. 1 a.F. ZGB) standen die Erziehungsrechte der Eltern gegenüber (Art. 275 Abs. 2 bis 277 a.F. ZGB), wobei ihre Pflichtgebundenheit und die selbständige Position der Kinder im Gesetzeswortlaut nur angedeutet waren. Diese Regelung wurde angesichts veränderter Auffassungen in der Gesellschaft als zu autoritär empfunden<sup>34</sup>. Der Reform lag das Verständnis zugrunde, daß das Eltern-Kind-Verhältnis nicht mehr als „Einbahnverkehr von oben nach unten“<sup>35</sup> gesehen werden könne und daß neue Akzente zugunsten des Kindes gesetzt werden müßten<sup>36</sup>. Zwar sind nach wie vor die Kinder den Eltern Gehorsam schuldig (Art. 301 Abs. 2 1. Hs. ZGB), aber im selben Satz wird die korrespondierende Pflicht der Eltern statuiert, auf die freie Persönlichkeitsentfaltung des Kindes und seine Meinung Rücksicht zu nehmen (Art. 301 Abs. 2 2. Hs. ZGB). Die „körperliche, geistige und sittliche Entfaltung“ der Kinder ist gesetzliches Leitbild der Erziehung (Art. 302 Abs. 1 ZGB). Die Eltern haben „soweit

31 Auch insoweit sind die vom Vorrang des Ehemannes beherrschten Vertretungsregeln des Eherechts (Art. 162 ff. ZGB) nicht anwendbar, vgl. vorstehend Fn. 30.

32 Eine vorgezogene Volljährigkeitserklärung für Jugendliche ab 18 Jahre sieht Art. 15 ZGB vor. Der Grundsatz „Heirat macht mündig“ (Art. 14 Abs. 2 ZGB) hat Bedeutung nur für Mädchen, da die Ehemündigkeit selbst für männliche Jugendliche mit dem Mündigkeitsalter zusammenfällt, für Mädchen aber schon mit dem 18. Lebensjahr eintritt, Art. 96 Abs. 1 ZGB.

Der neue Art. 277 Abs. 2 ZGB sieht einen Unterhaltsanspruch volljähriger Kinder, die noch in einer Ausbildung stehen, gegen ihre Eltern vor. Konsequenzen für ein entsprechend fortdauerndes elterliches Bestimmungsrecht sind bislang nicht gezogen worden. Vgl. BG 5.10.1978, BGE 104 II 293.

33 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 7, 19.

34 *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 147.

35 *Duss-v. Werdt*, Schweiz. Z. f. Gemeinnützigkeit 1972, 283, übernommen in Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 76.

36 *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977, S. 61; *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 147.

möglich“ dem Kind eine seinen Fähigkeiten und Neigungen entsprechende Ausbildung zu verschaffen (Art. 302 Abs. 2 ZGB)<sup>37</sup> und sind in der gesamte Ausübung ihrer elterlichen Gewalt an das Kindeswohl gebunden (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Das gesetzliche Züchtigungsrecht des Art. 278 a.F. ZGB findet sich im neuen Recht nicht mehr, gilt aber fortan als im allgemeinen Erziehungsrecht inbegriffen<sup>38</sup>.

Für die elterliche Berechtigung den Kindern gegenüber kommt damit deutlicher als zuvor zum Ausdruck, daß die elterliche Gewalt kein Herrschaftsrecht über Personen, sondern ein Bündel von Befugnissen ist, die den Eltern zur Erfüllung ihrer Pflichten und im Kindesinteresse verliehen sind<sup>39</sup>. Nicht ganz eindeutig ist demgegenüber die Rechtsstellung des Kindes. Es hat ein *Recht* auf Persönlichkeitsentfaltung und auf angemessene Erziehung<sup>40</sup>, und vereinzelt wird sogar von einer verfassungsrechtlichen Rechtsposition gesprochen, mit unmittelbarem Grundrechtsschutz der Kinder gegenüber den Eltern<sup>41</sup>. Daraus aber eine Tendenz zur individualistischen Polarisierung innerhalb der Familie zu folgern, hieße das Selbstverständnis des schweizerischen Rechts verfehlen. Das Gesetz bemüht sich in Art. 301 ff. ZGB offensichtlich um gegenseitige Ausgewogenheit von Berechtigungen und Pflichten, und der im wesentlichen unveränderte Art. 272 ZGB<sup>42</sup> setzt den Individualrechten das Gemeinschaftsinteresse der Familie als Grenze: „Eltern und Kindern sind einander allen Beistand, alle Rücksicht und Achtung schuldig, die das Wohl der Gemeinschaft erfordert“<sup>43</sup>. Konstituierendes Element des Gemeinschaftsinteresses sind neben den rechtlich geschützten Interessen der Kinder aber auch die Individualinteressen der Eltern, so daß die Einstellung des schweizerischen Rechts von Hegnauer wohl zutreffend mit der Formulierung widergegeben ist, die elterliche Gewalt sei ein Rechtsinstitut, „das über den Schutz des Kindes hinaus der Entfaltung der Persönlichkeit von Eltern und Kindern dient“<sup>44</sup>.

37 Zur Fortdauer der Unterhaltspflicht über den Eintritt der Volljährigkeit hinaus oben Fn. 32.

38 *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977, S. 63; *Hegnauer*, Grundriß S. 135; *Hegnauer*, in: Das neue Kindesrecht S. 74; eine Grenze hat bislang schon das Strafrecht gesetzt durch das Verbot körperlicher oder seelischer Schädigungen der Kinder, BG 15.5.1959, BGE 85 IV 125, 127 ff.

39 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 7, 19; *Jorio* S. 68; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 199 f.

40 *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 62 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 6; Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 70; vgl. *Farner*, ZBlJR 1980, 690 ff.

41 *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 186 ff., 201.

42 Art. 271 a.F. ZGB; zu Art. 272 ZGB und § 1618a BGB im einzelnen *Hegnauer*, ZBlJR 1980, 865 ff.

43 So ist auch für *Saladin* (Festschr. Hinderling S. 211 f.) die Anerkennung eines Kindesrechts nicht gleichbedeutend mit seiner Geltendmachung und Durchsetzung durch das Kind selbst.

44 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 11.

## IV. Scheidung und Scheidungsfolgen

### 1. Statistischer Hintergrund

Die absinken der Scheidungszahlen der Schweiz wirken im Vergleich zu anderen Ländern nicht. Im Jahre 1977 wurden 10.474 Scheidungen verzeichnet, von denen 10.817 in der betroffen waren<sup>45</sup>. Der Vergleich mit den Vorjahren und den Heiratsziffern weist jedoch eine kontinuierlich wachsende Scheidungstendenz seit 1930 aus mit einem dramatischen Anstieg ab Mitte der sechziger Jahre. Seit 1966 hat sich die Scheidungszahl mehr als verdoppelt, und während in jenem Jahr das Verhältnis von Eheschließungen zu Scheidungen noch knapp 10 : 1 betrug, kam 1977 schon auf jede dritte Heirat eine Scheidung. Sinkende Eheschließungszahlen und zunehmende Scheidungen haben der Schweiz seit 1976 erstmalig eine negative Ehebilanz eingebracht, d. h. die Zahl der Ehen insgesamt nimmt von Jahr zu Jahr ab.

Wenn auch etwa 40 % der geschiedenen Ehen kinderlos sind, so ergeben sich doch entsprechend negative Werte für die „Sozialwaisen“<sup>46</sup>. Gemessen an den jährlichen Geburtenraten wurden 1975 schon 12,1 % der Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen, und jedes 7. Kind in der Schweiz wächst in einer unvollständigen Familie auf<sup>47</sup>. Im Zeitpunkt der Scheidung ist etwa ein Drittel der Kinder bis zu 5 Jahre alt, über die Hälfte ist unter 10 Jahren und 3/4 aller Kinder sind unter 16 Jahren alt<sup>48</sup>.

### 2. Scheidung und Trennung

#### a) Scheidung

Die in der letzten erfolgreichen Revision des Schweizer Familienrechts zielt nicht in erster Linie auf das Ehescheidungsrecht. Wenn es auch unter dem Eindruck der Scheidungsreformen in anderen Staaten zu einer Gesamtüberprüfung dieses Rechtsgebietes kommt, so werden doch eher nur Akzentverschiebungen anstelle umwälzender Änderungen erwartet<sup>49</sup>. Die Grundkonzeption des überkommenen schweizerischen Ehescheidungsrechts verträgt sich mit den heutigen gesellschaftlichen Anschauungen besser als die anderer Länder, und eine flexible Rechtsprechung sorgt für notwendige Anpassung im Rahmen des insoweit Spielraum lassenden Gesetzes<sup>50</sup>. Die Scheidungsbestimmungen des ZGB fußen sowohl auf dem Verschuldungs- als

45 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1978, Basel 1978, S. 45, auch zu den folgenden Daten.

46 Bericht des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 7.

47 *Habeer*, in: Das neue Kindesrecht S. 35.

48 *Jor* S. 260.

49 *VgHinderling*, Ehescheidungsrecht, Ergänzungsbd. 1981, Vorwort III-VI.

50 *VgZ.B.* BG 10.7.1958, BGE 84 II 335; 20.4.1967, BGE 98 II 156, 158 ff.

auch auf dem Zerrüttungsprinzip<sup>51</sup>. Verschuldenstatbestände sind in Art. 137 bis 140 ZGB normiert: Ehebruch (Art. 137), ehewidrige Angriffe (Art. 138), böswilliges Verlassen (Art. 140) und unehrenhaftes oder strafbares Verhalten (Art. 139).

Neben Geisteskrankheit (Art. 141 ZGB) ist genereller Zerrüttungstatbestand vor allem Art. 142 Abs. 1 ZGB, mit einer wichtigen Einschränkung wiederum unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens: Der an der Zerrüttung vorwiegend oder allein Schuldige hat kein Klagerecht (Art. 142 Abs. 2 ZGB), es sei denn, der andere Ehegatte willigt in die Scheidung ein<sup>52</sup> oder widersetzt sich rechtsmißbräuchlich<sup>53</sup>.

Objektive Zerrüttung ist außerdem kumulative Scheidungsvoraussetzung bei den meisten Verschuldenstatbeständen<sup>54</sup>, da es dort darauf ankommt, daß die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft dem anderen Ehegatten nicht mehr zugemutet werden kann<sup>55</sup>. Obwohl hinsichtlich der Zumutbarkeitsprüfung von hoher Verantwortung der Richter und strengen Maßstäben die Rede ist<sup>56</sup>, wird doch die Abweisung einer Scheidungsklage mehr und mehr zur Ausnahme. Die Statistik weist für 1977 nur noch 0,5 % Klageabweisungen nach<sup>57</sup>. Dies zeigt, daß auch das Vorhandensein minderjähriger Kinder, das im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen ist<sup>58</sup>, in der Praxis keine wesentliche Scheidungsbarriere darstellt.

Von den Verschuldenstatbeständen spielt der Ehebruch die größte Rolle. Insgesamt aber bewegt sich die Tendenz zum allgemeinen Zerrüttungsgrund des Art. 142, der im Jahr 1977 die Grundlage schon für ca. 80 % der ausgesprochenen Scheidungen abgab<sup>59</sup>.

### b) Ehetrennung

Die Voraussetzungen des selbständigen Rechtsinstituts der Trennung sind dieselben wie die der Scheidung. Die Ehetrennung ist vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf religiöse Überzeugungen und zur Wahrung etwaiger Versöhnungschancen zugelassen

51 Vgl. die Darstellungen bei *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 1 ff. (und Ergänzungsbd. 1981); ders., SJZ 71 (1975) 253 ff.; ders., Festschr. Rheinstein II S. 993 ff.; *Bühler*, Berner Kommentar Art. 137 bis 144; *Egger* Art. 137 bis 144; *Tuor/Schnyder* S. 148 ff.; *Keller*, Eherecht S. 209 ff.; *Deschenaux/Tercier* S. 93 ff.; *Magnus*, ZRP 1975, 57, 59, 61.

52 BG 10.7.1958, BGE 84 II 335; *Bühler*, Berner Kommentar Art. 142 Rdn. 132 ff.; *Tuor/Schnyder* S. 153; kritisch aus dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung Keller, Eherecht S. 212.

53 *Tuor/Schnyder* S. 153; vgl. Art. 2 ZGB. Die Verbindung von Zerrüttungs- und Schuldprinzip führt immer wieder zu Spannungen, *Hausheer*, ZbernJV 116 (1980) 93 („Quadratur des Zirkels“).

54 Es handelt sich deshalb um „relative“ Scheidungsgründe, vgl. *Tuor/Schnyder* S. 149. Auch Ehebruch (Art. 137 ZGB) ist vom Bundesgericht als relativer Scheidungsgrund deklariert worden. BG 20.4.1967, BGE 98 II 156, 161.

55 Unabhängig hiervon, also „absolute“ Scheidungsgründe sind nur die Verlassung (Art. 140 ZGB) sowie die Tatbestandsvariante „Nachstellung nach dem Leben“ in Art. 138 Abs. 1 ZGB; *Hinderling*, Festschr. Rheinstein II S. 994 ff.

56 *Tuor/Schnyder* S. 152.

57 Statistisches Jahrbuch der Schweiz 1978, Basel 1978, S. 44.

58 BG 5.7.1948, BGE 74 II 65, 66.

59 Statistisches Jahrbuch a.a.O.; vgl. auch *Hinderling*, Festschr. Rheinstein II S. 995.

worden<sup>60</sup>. Der klagende Ehegatte kann sich von vornherein auf einen Trennungsantrag beschränken (Art. 146 Abs. 2 ZGB), der Richter kann aber auch bei beantragter Scheidung nur auf Trennung erkennen, wenn konkrete Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten besteht (Art. 146 Abs. 3 ZGB)<sup>61</sup>. Die Trennung ist auf bestimmte oder unbestimmte Zeit auszusprechen und kann nach Ablauf von drei Jahren in eine Scheidung umgewandelt werden (Art. 148 ZGB).

Die nur faktische Aufhebung des gemeinsamen Haushalts wird zu gerechtfertigtem Getrenntleben in zwei Fällen: Während der Rechtshängigkeit eines Scheidungs- oder Ehetrennungsprozesses (Art. 170 Abs. 2 ZGB) oder bei einer Gefährdung eines Ehegatten durch das eheliche Zusammenleben (Art. 170 Abs. 1 ZGB)<sup>62</sup>. Nur der letztere Fall bedarf hier der Erörterung. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts nach Art. 170 Abs. 1 ZGB gehört zum eigenwilligen Schweizer Rechtsinstitut des Eheschutzes (Art. 169 bis 176 ZGB), in der gesetzlichen Systematik ein Untertitel zu den allgemeinen *Ebewirkungen* (Art. 159 ff. ZGB). Schon hieraus wird deutlich, daß Zweck des Instituts nicht die Auseinandersetzung der Ehegatten ist, sondern die Bewahrung einer gefährdeten Gemeinschaft – selbst wenn hierzu vorübergehend eine Familientrennung notwendig erscheint. Aus Art. 169 Abs. 1 ZGB<sup>63</sup> ergibt sich eine doppelte Funktion des Eheschutzrechts: Schutz der ehelichen Gemeinschaft und Schutz der Persönlichkeit eines Ehegatten<sup>64</sup>. Die Aufhebung des gemeinsamen Haushalts als eine der gesetzlichen Schutzmaßnahmen kann richterlich angeordnet werden (Art. 169 Abs. 2 i.V.m. Art. 170 Abs. 1 ZGB), sie ist aber auch ohne eine solche Anordnung gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen des Art. 170 Abs. 1 ZGB vorliegen<sup>65</sup>.

### 3. Scheidungsfolgen (Überblick)

Neben der notwendig werdenden Neuordnung der elterlichen Gewalt hat der Schweizer Richter über Wartefristen für neue Eheschließungen (Art. 150 ZGB) so-

60 BG 3.5.1932, BGE 58 II 93, 95; *Tuor/Schnyder* S. 153.

61 Auch die Trennungsklagen weisen eine steigende Tendenz auf, machten im Jahr 1977 aber nur ca. 6 % (insgesamt 543) der Scheidungsklagen aus. Die Möglichkeit des Art. 146 Abs. 3 ZGB wurde von den Gerichten in 32 Fällen aktualisiert (gegenüber 10.474 Scheidungen), Statistisches Jahrbuch a.a.O., S. 44.

62 Art. 170 Abs. 1 ZGB: „Wird die Gesundheit, der gute Ruf oder das wirtschaftliche Auskommen eines Ehegatten durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet, so ist er für so lange, als diese Gefährdung dauert, berechtigt, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben.“

63 Die Bestimmung lautet: „Ist ein Ehegatte gegenüber der Gemeinschaft pflichtvergessen oder bringt seine Handlungsweise den anderen in Gefahr, Schande oder Schaden, so kann dieser den Richter um Hilfe angehen.“

64 *Huber*, Erläuterungen S. 159; *Egger* Art. 143 Rdn. 3; *A. Bübler*, Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushalts S. 9ff.; *Jorio* S. 268. Eine dem Eheschutzverfahren entsprechende Institution wurde für das deutsche Recht erwogen, aber abgelehnt, Ehrechtskomm. 1971, S. 46. Die geplante Ehrechtsreform in der Schweiz wird in diesem Punkt kaum Veränderungen bringen. *Näf-Hofmann/Näf-Hofmann*, Partnerschaft S. 31 ff.; vgl. *Rolf Graf*, Das Eheschutzrecht nach Art. 169-172 ZGB, Diss. Basel 1978.

65 *Tuor/Schnyder* S. 175; vgl. BG 13.9.1960, BGE 86 II 303, 306 f.

wie über die vermögensrechtlichen Konsequenzen der Scheidung zu entscheiden. Stärker als in der Scheidungsfrage selbst steht hier das Schulselement im Vordergrund.

Die Auferlegung eines Eheverbots ist zwingend, setzt aber die Feststellung eines „schuldigen Ehegatten“ voraus. Das Verbot wird als Strafe im Interesse der Öffentlichkeit angesehen<sup>66</sup> und ist deshalb bei beiderseitigem Verschulden beiden Teilen proportional aufzuerlegen<sup>67</sup>. Aus der Notwendigkeit einer *erheblichen* Verletzung *wichtiger* ehelicher Pflichten<sup>68</sup> ergibt sich jedoch eine gewisse Beweglichkeit des Richters, und bei einer Scheidung auf Grund Zerrüttung kann er von Schuldern absehen<sup>69</sup>. Liegt eine Neuverheiratung des Elternteils, dem die Kinder zugewiesen wurden, in deren Interesse, so hat demgegenüber das öffentliche Strafinteresse zurückzutreten<sup>70</sup>.

Grundlage der vermögensrechtlichen Folgeregelung ist die güterrechtliche Auseinandersetzung der zumeist im gesetzlichen Güterstand der Güterverbindung (Art. 178 ZGB)<sup>71</sup> lebenden Ehegatten (Art. 154, 155 ZGB). Die so erreichte Vermögensverteilung unterliegt ausgleichender Korrektur durch Entschädigungs- und Unterhaltsrechte<sup>72</sup>. Art 151 Abs. 1 ZGB gibt dem schuldlosen Teil einen deliktsrechtlichen Anspruch gegen seinen schuldigen Partner auf Entschädigung für scheidungsbedingte Beeinträchtigungen von Vermögensrechten oder Anwartschaften. Hierzu gehört der Verlust güterrechtlicher Vorteile, aber auch der eheliche Unterhaltsanspruch gem. Art. 160, 161 ZGB. Bleibt auch dann noch eine „große Bedürftigkeit“ auf seiten eines schuldlosen Teils bestehen, so gewährt ihm Art. 152 ZGB einen Anspruch auf Deckung des Notbedarfs gegen den leistungsfähigen Ehegatten, unabhängig von dessen Verschulden an der Scheidung. In beiden Fällen muß der Anspruchsteller seine eigene Erwerbskraft einsetzen, ist hierzu aber nicht verpflichtet, wenn er ihm zugewiesene minderjährige Kinder zu betreuen hat<sup>73</sup>. Liegt in dem

66 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 114; *Keller*, Eherecht S. 222; *Deschenaux/Tercier* S. 106 f.; *Bühler/Spühler*, Berner Kommentar Art. 150 Rdn. 4, 32.

67 BG 26.4.1945, BGE 71 II 49, 53; 4.3.1948, BGE 74 II 7 f.; *Keller*, Eherecht S. 222.

68 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 114; *Deschenaux/Tercier* S. 107; *Bühler/Spühler*, Berner Kommentar Art. 150 Rdn. 31.

69 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 116 m.w.N.

70 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 115.

71 Zur geplanten Reform des Ehegüterrechts siehe Referate (*Stocker, Deschenaux*) und Verhandlung des Schweizer Juristenvereins in ZSR 76 (1957); *Piotet*, Le futur régime matrimonial légal suisse, ZSR 95 (1976) 459 ff.; vgl. *Spitzer*, in: Probleme und Ziele S. 149 ff., 173 ff.; zum bisherigen Recht *Keller*, Eherecht S. 104 ff.

72 Vgl. generell *Deschenaux/Tercier* S. 108 ff.; *Keller*, Eherecht S. 224 ff., sowie die Kommentierung bei *Bühler/Spühler*, Berner Kommentar Art. 154, 155.

Die Regeln über die vermögensrechtliche Auseinandersetzung gelten auch für die Ehetrennung, wenn auch mit Einschränkungen, BG 10.7.1969, BGE 95 II 71 ff.; *Frank*, SJZ 66 (1970) 248 ff.

73 Zum ganzen *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 126 ff.; S. 128, 133 f.; *Bühler/Spühler*, Berner Kommentar Art. 151 Rdn. 32 ff., 38, 42.

scheidungsursächlichen Verhalten eines Ehegatten gleichzeitig eine schwere Verletzung der Persönlichkeit des anderen, so kann der Richter die Zahlung einer Genugtuung unabhängig von der Bedürftigkeit anordnen (Art. 151 Abs. 2 ZGB)<sup>74</sup>.

## V. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses

Das Schweizer Recht geht von der auch heute nicht in Frage gestellten Prämisse aus, daß das Auseinanderbrechen der Familiengemeinschaft eine rechtliche Anpassung der Eltern-Kind-Beziehungen an die neuen Lebensverhältnisse erfordert<sup>75</sup>. Im Vergleich zu anderen Folgeproblemen wird dies als die wichtigste, aber auch als die schwierigste Aufgabe des Richters bezeichnet<sup>76</sup>. Wichtig ist die Neuordnung, weil die Eltern für die Entwicklung des Kindes eine existentielle Bedeutung haben<sup>77</sup>, weil die Eltern-Kind-Beziehung eine „Grundsituation des menschlichen Lebens“ darstellt<sup>78</sup>. Schwierig ist sie wegen der Intimität der betroffenen Beziehungen und der Verflechtung von natürlichen und sozialen Gegebenheiten, seelischen Kräften und sittlichen Anschauungen<sup>79</sup>.

### 1. Gesetzliche Grundlagen

Nach der Scheidung steht die elterliche Gewalt demjenigen Elternteil zu, dem die Kinder anvertraut werden (Art. 297 Abs. 3 ZGB). Diese Vorschrift konkretisiert die „nötigen Verfügungen“, zu denen der Scheidungsrichter im Hinblick auf die Eltern-Kind-Beziehungen durch Art. 156 Abs. 1 ZGB ermächtigt wird<sup>80</sup>, indem sie

74 Im einzelnen BG 25.1.1945, BGE 71 II 7,11; 3.12.1954, BGE 80 II 193. Art. 151 Abs. 2 ZGB wird als Anwendungsfall des Art. 28 Abs. 2 ZGB angesehen, *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 131. Zum Verhältnis der Ansprüche auf Entschädigung, auf Genugtuung und wegen Bedürftigkeit s. *Keller*, *Ehrecht* S. 234; *Deschenaux/Tercier* S. 117 f.

75 Vgl. Art. 156 Abs. 1 ZGB: „nötige Verfügungen“; Justizdpt. Basel-S. 31.12.1959, BJM 1960, 72, 74.; *Meyer*, *ZfVorm* 1962, 82; *Schulthess* S. 67 f.; vgl. auch *Hegnauer*, *Festschr. Guldener* S. 150; *Hausheer*, in: *Das neue Kindesrecht* S. 19.

76 Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 5 f.; BG 25.(.1970, BGE 96 II 69, 77 f.; *Hegnauer*, *Berner Kommentar* Art. 273, Rdn. 24 f.

77 *Bühler*, *ZSR* 74 (1955) 404 a; *Deschenaux/Tercier* S. 122; *Thalmann-Antenen* S. 39; *Stahelin*, Vorwort bei *Haffter* S. 7.

78 *Hegnauer*, *Festschr. Guldener* S. 150.

79 *Hegnauer* a.a.O.

80 Art. 156 ZGB: „Über die Gestaltung der Elternrechte und der persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern trifft der Richter bei Scheidung oder Trennung die nötigen Verfügungen nach Anhörung der Eltern und nötigenfalls der Vormundschaftsbehörde.

Der persönliche Verkehr des Ehegatten mit den Kindern, die ihm entzogen werden, und der Beitrag, den er an die Kosten ihres Unterhalts zu entrichten hat, werden nach den Bestimmungen über die Wirkungen des Kindesverhältnisses geregelt.“

den Grundtyp richterlicher Maßnahmen herausstellt<sup>81</sup>. Auch für die Folgezeit bleibt dem Scheidungsrichter die Zuständigkeit und Befugnis vorbehalten, Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse mit „erforderlichen Anordnungen“ Rechnung zu tragen (Art. 157 ZGB).

Obwohl sich diese Regelung nach Schweizer Auffassung bewährt hat und nicht Gegenstand der Reformüberlegungen war<sup>82</sup>, wird nicht ausgeschlossen, daß die Kindesrechtsreform (und möglicherweise die künftige Eherechts- und Scheidungsreform) „Fernwirkungen“ auf die Sorgerechtsentscheidung nach Art. 156 Abs. 1, 297 Abs. 3 ZGB haben werden<sup>83</sup>.

## 2. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

Daß der Richter „die nötigen Verfügungen“ (Art. 156 Abs. 1 ZGB) unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses zu treffen hat, ist als Grundprinzip einhellige Meinung. Die Maßgeblichkeit des Kindeswohls kam schon in den Vorberatungen zum ZGB zum Ausdruck<sup>84</sup> und entsprach den Regelungen einer Gruppe von Kantonen<sup>85</sup>. Eine Aufnahme des Kindeswohlprinzips in das Gesetz unterblieb jedoch, weil man es als vom richterlichen Ermessen mitumfaßt ansah und die richterliche Entscheidungsfreiheit nicht beschränken wollte<sup>86</sup>. Das Bundesgericht hat dementsprechend die Vorrangigkeit des Kindeswohls bei Entscheidungen nach Art. 156 Abs. 1 ZGB frühzeitig und beständig hervorgehoben<sup>87</sup>, und die Kindesrechtsreform von 1976 hat das Kindeswohl als zentrales Kriterium nun auch gesetzlich jedenfalls in den allgemeinen Bestimmungen über die elterliche Gewalt (Art. 301 Abs. 1 ZGB) und im Kindesschutzrecht (Art. 307 Abs. 1 ZGB) anerkannt<sup>88</sup>. Seine zumindest primäre Maßgeblichkeit ist nicht nur gesicherter Bestandteil des Schweizer Rechts, sondern gehört zum (internen wie externen) ordre public der Schweiz<sup>89</sup>.

81 Damit ist der Kreis der „nötigen Verfügungen“ jedoch nicht erschöpft, vgl. unten 5.

82 Oben Fn. 6.

83 *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 79 Fn. 24; vgl. auch *Jorio* S. 280; BG 3.9.1981, EuGRZ 1981, 578.

84 *Egger* Art. 156, Rdn. 4 m.w.N.; *Landolt* S. 31 f.

85 Nachweise bei *Landolt* S. 25.

86 Sten. Bull. d. Bundesversammlung Bd. 15 (1905), S. 633 ff., 64 ff., 1079; *Huber*, Erläuterungen S. 147; *Landolt* S. 32.

87 BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 37 f.; 6.11.1912, BGE 38 II 439, 440; 23.6.1927, BGE 53 II 189, 195; 6.3.1936, BGE 62 II 10, 11.

88 Vgl. *Hinderling*, SJZ 71 (1975) 261; *Deschenaux/Tercier* S. 121; zur allgemeinen Bedeutung des Kindesinteresses im Schweizer Recht vgl. *Liver*, Berner Kommentar I/1, Einleitung Rdn. 102; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273 Rdn. 7.

89 BG 5.11.1960, BGE 86 II 323, 334; 12.7.1961, BGE 87 I 194; 13.5.1970, BGE 96 I 387, 391; OberG Basel-Land 11.3.1975, BJM 1975, 240 243; OberG Zürich 12.3.1968, ZR 67 N 117; C. d. Justice Genève 28.11.1947, Sem. Jud. 70 (1948) 404, 408; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht Zusatzband 1981, S. 43; *Egger* Art. 156 Rdn. 2. Gleiches gilt übrigens auch in der Bundesrepublik, BGH 5.2.1975, FamRZ 1975, 273, 276 r. Sp.

Lediglich mit Bezug auf die *Geltungskraft* des Kindeswohlgrundsatzes sind Nuancierungen in der Diskussion feststellbar, je nach dem, ob ihm ausschließliche<sup>90</sup>, entscheidende<sup>91</sup> oder nur erstrangige<sup>92</sup> Verbindlichkeit beigelegt wird. Damit ist die Frage berührt, inwieweit neben dem Kindeswohl – oder dieses möglicherweise sogar einschränkend – andere Gesichtspunkte zu beachten sind, vornehmlich das Interesse der Eltern<sup>93</sup> oder die Scheidungsschuld.

Obwohl alle anderen Scheidungsfolgen vom Verschulden an der Familienzerüttung beeinflusst werden, besteht für die Regelung der elterlichen Gewalt im Grundsatz Einigkeit, daß die Scheidungsschuld als selbständiger Gesichtspunkt gegenüber dem Kindeswohl keine Rolle spielt<sup>94</sup>. Allerdings kann sich auch hier eine Bedeutung „in zweiter Linie“ ergeben<sup>95</sup>. Das offenbare Verschulden eines Ehegatten darf jedoch in keinem Fall von einer gewissenhaften Kindeswohl-Prüfung abhalten<sup>96</sup>.

### 3. Bedeutung und Inhalt des Kindeswohls

#### a) Allgemeine Aufgabe des Richters

Die Erfolgchancen des Richters, „aus den Trümmern einer zerbrochenen Ehe wenigstens für die Kinder die Bausteine zu einer konstruktiven Lösung herauszuarbeiten“<sup>97</sup>, werden eher nüchtern beurteilt. Mit der Familiengemeinschaft sind auch die Grundlagen eines ideal verstandenen Kindeswohls zerfallen, und der Rahmen des Möglichen beschränkt den Richter in der Regel auf die Suche nach dem geringsten unter mehreren Übeln<sup>98</sup>. Hinzu kommt die Erkenntnis, daß richterliche Maßnahmen das Kindeswohl nur partiell beeinflussen und deshalb nicht insgesamt sicherstellen können<sup>99</sup>.

90 C.app. Fribourg 6.10.1969, Extraits 1969, 3, 4; C.d. Justice Genève 28.11.1947 Sem.Jud. 70 (1948) 404, 406; 28.10.1955, Sem.Jud. 79 (1957) 262, 267; GesamtoberG Zürich 8.2.1922, ZR 21 N. 122; OberG Zürich 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 281 r. Sp. (zurückhaltend); *Tuor/Schnyder* S. 160; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 153; *Landolt* S. 31, 34; *Schulthess* S. 68; *Gygax* S. 12, 16; *Vontobel* S. 68; *Hauser*, SJZ 35 (1939) 262.

91 OberG Aargau 14.3.1952, SJZ 51 (1955) 58; Egger Art. 156, Rdn. 4; *Michel* S. 16; *Tbalmann-Antenen* S. 39.

92 Vgl. die Bundesgerichtsentscheidungen in Fn. 87; außerdem OberG Zürich 11.5.1918, ZR 17 N. 179; *Keller*, Eherecht S. 205, 223; *Schulthess* S. 69; *Morf*, ZfVorm 1963, 122.

93 Im einzelnen unten 5. Kap. A. II.1.

94 BG 6.11.1912, BGE 38 II 439, 440; ohne Datum 1913, BGE 39 II 173, 176; C.app. Fribourg 6.10.1969, Extraits 1969, 3, 4 f.; C.d. Justice Genève 28.10.1955, Sem.Jud. 79 (1957) 262, 266 f.; OberG Zürich 11.9.1920, SJZ 21 (1924/25) 58; 17.2.1964, ZR 63 N. 117.

95 Einzelheiten unten 5. Kap. A. II.2.b)bb) sowie 3.d) und 4.

96 C.d. Justice Genève 2.2.1962, Sem.Jud. 85 (1963) 153, 155 f.; *Barde*, ZSR 74 (1955) 536 a, 537 a; *Schulthess* S. 69.

97 *Bübler*, ZSR 74 (1955) 404 a.

98 *Michel* S. 18; *Landolt* S. 31; Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 8.

99 *Meyer*, ZfVorm 1962, 82; Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 8.

### b) Rechtliche Definition des Kindeswohls

Nach Art. 302 Abs. 1 ZGB haben die Eltern die „körperliche, geistige und sittliche Entfaltung“ des Kindes zu fördern und zu schützen. Hierin wird eine gesetzliche Definition dessen gesehen, was man sich unter dem Wohl des Kindes vorzustellen habe<sup>100</sup>. Nähere Aussagen hängen von einem bestimmten Menschenbild ab. Dieses vorzuzeichnen ist aber grundsätzlich nicht Sache des Schweizer Rechts<sup>101</sup>. Eine grundlegende verbindliche Weichenstellung läßt sich der Rechtsordnung dennoch entnehmen: Eigenwert, Freiheit und Selbstbestimmung der Person als fundamentale Rechtswerte des Schweizer Rechts<sup>102</sup> haben zugunsten des Kindes in Art. 301, 302 ZGB genügend Niederschlag gefunden, um Selbständigkeit und Mündigkeit als rechtlich vorgegebenes Erziehungsziel erscheinen zu lassen<sup>103</sup>.

### c) Die richterliche Konkretisierung des Kindeswohls

Da das positive Recht dem Richter nur Hinweise oder Richtlinien an die Hand gibt, mit denen ein aktueller Fall auf der Basis des Kindeswohls noch nicht entschieden werden kann, muß er selbst die notwendige weitere Aufgliederung und Konkretisierung des Kindeswohlmaßstabs vornehmen. Art. 156 Abs. 1 ZGB wird übereinstimmend dahin interpretiert, daß dem Richter insoweit *Ermessensfreiheit* zustehe<sup>104</sup>. Das ZGB befaßt sich in Art. 4 ausdrücklich mit richterlichen Ermessensentscheidungen im Zivilrecht<sup>105</sup>, zu denen Art. 156 Abs. 1 ZGB als typischer Anwendungsfall gehört. In methodischer Hinsicht kann für die Sorgerechtsentscheidung deshalb auf eine relativ breite allgemeine Diskussion zurückgegriffen werden.

100 Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 77; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 70; *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 147.

101 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 275, Rdn. 22; *Hegnauer*, Grundriß S. 137; Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 77.

102 *Germann*, Methoden S. 27, 168.

103 Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 76 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 8; ders., Festschr. Guldener S. 150; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 199; *Jonio* S. 64, 67; *Schultbess* S. 1; *Duss-v.Werd*, Schweiz.Z.f.Gemeinnützigkeit 1972, 283.

104 Die Einstufung als Ermessensentscheidung hatte einige kantonale Rechte als Vorbild (vgl. *Landolt* S. 19, 25 f. m.w.N.) und entspricht dem Vorschlag *E. Hubers* im Nationalrat, Sten.Bull. Bd. 15 (1905) S. 633 ff., 644., 1079; vgl. auch *Huber*, Erläuterungen S. 147; BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 37 f.; 6.11.1912, BGE 38 II 439, 440; Justizdpt. Basel-Stadt 31.12.1959, BJM 1960, 72, 75; *Egger* Art. 156, Rdn. 3; *Deschenaux/Tercier* S. 121; *Michel* S. 17; *Germann*, Methoden S. 222, 252. Für *Gygax*, S. 12 ist die Ermessensfreiheit des Richters Korrelat zum Kindeswohlprinzip.

Nach *Landolt*, S. 33 ist in Art. 156 Abs. 1 ZGB ein, „Vertrauensvotum des Gesetzgebers an den Richter“ zu sehen. Als Ermessensfrage wird im übrigen auch bei den Scheidungsvoraussetzungen die Zumutbarkeit der Ehefortsetzung bei der Zerrüttungsklage (Art. 142 Abs. 1 ZGB) eingestuft, *Hinderling*, Festschr. Rheinstein II S. 994.

105 Art. 4 ZGB: „Wo das Gesetz den Richter auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat er seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen.“

Was richterliches Ermessen im Sinne von Art. 4 ZGB bedeutet, kann nur im Vergleich mit der richterlichen Rechtsfortbildung nach Art. 1 ZGB bestimmt werden<sup>106</sup>. In beiden Fällen steht der Richter vor einem gesetzlich nicht oder nicht durchnormierten Raum, für den er das Recht kraft gesetzlichen Auftrags selbst schaffen muß. Verschieden ist aber die Methode der Rechtsfindung und – was oft nicht deutlich genug gesehen wird – das Produkt selbst, das „neue Recht“. Im Normalfall hat der Richter legislatorisch gemäß Art. 1 ZGB vorzugehen, d.h. er muß den Teppich des Rechts, der einen konkreten Fall nicht deckt, im Einklang mit der bisherigen Struktur um eine weitere Masche ergänzen und sodann den Fall unter die neue Norm subsumieren<sup>107</sup>. Art. 4 ZGB trifft eine Sonderregelung für die Bereiche, die sich gesetzlicher, notwendig genereller Normierung entziehen, da sich dort die Kriterien der Gerechtigkeit hinreichend erst aus der Anschauung eines jeden Sachverhalts ergeben<sup>108</sup>. Hier findet der Richter das Recht in kasuistischer Methode, d.h. unmittelbar aus und nur für den zu entscheidenden Fall<sup>109</sup>.

Diese Gegenüberstellung von Regelentscheid und Einzelfallentscheid ist zur systematischen Klärung notwendig, trifft aber nicht die Realität der richterlichen Rechtsfindung. Einerseits erfolgt auch die Normbildung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB im Hinblick auf den Einzelfall und ist oft von dessen spezifischen Gerechtigkeitsaspekten geprägt<sup>110</sup>. Andererseits wird das richterliche Ermessen des Art. 4 ZGB betont, daß es im Rahmen und im Einklang mit der Rechtsordnung auszuüben sei<sup>111</sup>, unter Zugrundelegung objektiver Maßstäbe und Grundsätze<sup>112</sup> und, wenn möglich, sogar

106 Der auch in der deutschen Literatur häufig zitierte Artikel 1 ZGB lautet: „Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält.

Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde.

Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

107 Zur richterlichen Rechtsschöpfung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951; ders., Berner Kommentar Art. 1 ZGB; ders., Festschr. Germann S. 149 ff.; ders., Festschr. Guldener S. 189 ff.; *Germann*, Methoden S. 111 ff.; *Gmür*, Anwendung des Rechts S. 128 ff.; *Liver*, Rechtsquelle S. 73 ff.; *Tuor/Schnyder* S. 29 ff.; *Fikentscher*, Methoden III S. 760 ff.

108 *Germann*, Methoden S. 357 ff., 363; *Meier-Hayoz*, Festschr. Germann S. 155.

109 *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 13, 18; ders., Festschr. Germann S. 154 ff.; *Germann*, Methoden S. 218, zur kasuistischen Methode im einzelnen S. 354. Zum Ermessensbegriff neuestens *Rhinow* S. 58 ff. (R. sieht das eigentliche Wesen des Ermessens in der rechtsorganisatorischen Zuweisung der Konkretisierungskompetenz an den Tatrichter).

110 *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 20.

111 BG 3.6.1960, BGE 86 I 187, 200; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 14, 42, 48, 49; ders., Der Richter als Gesetzgeber S. 96; *Germann*, Methoden S. 218 f.; *Landolt* S. 33.

112 BG 3.6.1960, BGE 86 I 187, 200; 15.9.1961, BGE 87 I 459, 462 f.; 13.12.1961, BGE 87 I 515, 517; 20.11.1963, BGE 89 I 464, 474; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber S. 64, 98, 116; ders., Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 19, 49; *Gmür*, Anwendung des Rechts S. 116; *Egger* Art. 156, Rdn. 3; *Germann*, Methoden S. 222 ff., 355 ff.; *Rhinow* S. 15, 68 f.

auf Grund richterlicher Regeln, wie sie auch Art. 1 Abs. 2 ZGB vorsieht<sup>113</sup>. Die Grenzen zwischen beiden Methoden verschwimmen also, es bleibt ein Unterschied nur im Ausgangspunkt und im Schwergewicht<sup>114</sup>: Der generalisierende Aspekt des Rechts ist in Art. 1 Abs. 2 ZGB angesprochen, während Art. 4 ZGB die Individualgerechtigkeit zum Ausgangspunkt nimmt.

Die Qualifizierung der Sorgerechtsentscheidung als Ermessensentscheidung hat demnach vor allem dreierlei Bedeutung. In erster Linie ist der Richter angewiesen, die individuellen Besonderheiten eines jeden Falles zu berücksichtigen und nicht aus dem Blickwinkel einer generellen Norm einzelne Umstände von vornherein auszuklammern oder in bestimmter Weise zu bewerten<sup>115</sup>. Hieraus ergeben sich auch Konsequenzen für die richterliche Ermittlungspflicht<sup>116</sup>. Die Entscheidung ist auf den Umständen des Einzelfalles aufzubauen und nicht auf vorgefertigten Lösungsschemen<sup>117</sup>. Zweitens ist die Entscheidung aber auch eine Rechtsentscheidung im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung und im Einklang mit den Grundwerten des Schweizer Rechts<sup>118</sup>. Subjektive Wertungen oder Rechtsgefühl dürfen die Ermessensausübung nicht leiten<sup>119</sup>. Soweit das objektive Recht die notwendigen Maßstäbe nicht bereitstellt, hat der Richter auch hier der „bewährten Lehre und Überlieferung“ (Art. 1 Abs. 3 ZGB) zu folgen<sup>120</sup> sowie hilfsweise die übrigen anerkannten Erkenntnisquellen zu befragen<sup>121</sup>. Schließlich muß der Richter auch bei Ermessensentscheidungen sein Augenmerk auf das Typische und Grundsätzliche richten und für den Einzelfall Regeln entwickeln, die jedenfalls im Prinzip verallgemeinerungsfähig sind<sup>122</sup>. Dies folgt nicht zuletzt aus dem Postulat der rechtlichen Gleichbe-

113 Dazu im einzelnen unten 6. Kap. C.I.2.

114 *Germann*, Methoden S. 220, 356.

115 *Deschenaux/Tercier* S. 121; *Egger* Art. 156 Rdn. 4; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber S. 116; *ders.*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 46 f.; *Michel* S. 17; *Landolt* S. 34; *Germann*, Methoden S. 219 f.

116 Vgl. unten 6. Kap. B.I.2.a).

117 *Egger* Art. 156, Rdn. 4; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 17; vgl. *Germann*, Methoden S. 364 f.

118 Vgl. Nachweise in Fn. 111, insbes. *Germann*, Methoden S. 218 f., 361.

119 BG 3.6.1960, BGE 86 I 187, 200; 15.9.1961, BGE 87 I 459, 462 f.; 13.12.1961, BGE 87 I 515, 517; 20.11.1963, BGE 89 I 464, 474; *Germann*, Methoden S. 159, 162, 219, 222 Fn. 226, 253, 359, 361, 369 f.; *Merz*, in: Ermessensfreiheit S. 124 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 13, 14, 49; *ders.*, Richter S. 116; *Gmür*, Anwendung S. 116; speziell zur Sorgerechtsentscheidung *Egger* Art. 156 Rdn. 3; *Gygax* S. 12; *Landolt* S. 33.

120 *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 53: „Lehre und Überlieferung zu den einzelnen Billigkeitsfällen weisen namentlich auf die bei der Entscheidung zu beachtenden Faktoren hin, enthalten typische Fallgruppen und stellen sogar – sich gegenseitig befruchtend – Richtlinien und Regeln auf.“

121 Hierzu rechnet *Meier-Hayoz* (im Berner Kommentar Art. 1) die Rechtsvergleichung (Rdn. 355 f.), die Rechtsgeschichte (Rdn. 390 ff.), gesetzliche Reformvorhaben (Rdn. 395 f.), die Natur der Sache (Rdn. 307 ff.), allgemeine Rechtsgrundsätze (Rdn. 405 ff.) sowie schließlich sogar Rechtssprichwörter (Rdn. 414 ff.); vgl. hierzu auch *Germann*, Methoden S. 159 ff.

122 *Germann*, Methoden S. 26, 221 f., 356, 364; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 21, 47 ff.; *ders.*, Festschr. *Germann* S. 154 f.; *Rhinow* S. 15, 68 f.; vgl. *Egger* Art. 156 Rdn. 3; *Landolt* S. 33.

handlung (Art. 4 BV)<sup>123</sup>. In diesem Sinne werden auch konkretisierende Einzelsätze zum Kindeswohl, die in früheren Entscheidungen gefunden worden sind, als „Regeln“ bezeichnet und dem neuen Fall gegenübergestellt, sofern sie nach Aussage und Formulierung Geltungsanspruch über einen Einzelfall hinaus erheben. Als wichtigste Beispiele sind der Vorrang der Mutter bei kleineren Kindern zu nennen<sup>124</sup>, die Zweitrangigkeit der Scheidungsschuld<sup>125</sup>, das Fehlen einer notwendigen Verbindung von Eheverfehlung und Erziehungseignung<sup>126</sup> sowie die grundsätzliche Bedeutung stabiler Lebensverhältnisse für die Entwicklung des Kindes<sup>127</sup>. Doch darf bei aller Generalisierung die Einzelfallorientiertheit nicht verloren gehen, so daß die Regeln im Rahmen des Art. 4 ZGB nicht Richterrechtssätzen gleichgestellt werden können, die nach Art. 1 Abs. 2 ZGB gebildet wurden. Diese gehören der Konzeption nach zum objektiven Recht<sup>128</sup>, während Ermessensregeln immer nur vorbehaltlich ihrer Angemessenheit für künftige Fälle „gelten“ können<sup>129</sup>. Sie werden

- 123 *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 21, 51; *Germann*, Methoden S. 221, 252 f., 356; *Landolt* S. 32 f.; vgl. auch die in Fn. 112 zitierten Entscheidungen des Bundesgerichts.
- 124 BG 8.10.1953, BGE 79 II 241 ff.; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 16 f.; 10.9.1959, BGE 85 II 226, 231; App.G. Basel-Stadt 10.9.1963, BJM 1963, 259; C.d. Justice Genève 2.2.1962, Sem.Jud. 85 (1963) 153, 155; App. Kammer Zürich 27.2.1913, ZR 13 N. 60; OberG Zürich 3.7.1940, ZR 43 N. 146; 17.11.1943, ZR 43 N. 143; 17.11.1955, ZR 56 N. 22; 25.6.1958 ZR 58 N. 54; 30.1.1961, ZR 64 N. 88; 17.2.1964 ZR 63 N. 117 (Sub. 3.); KassG Zürich 26.11.1968, SJZ 65 (1969) 224, 225 (der Mutternvorrang soll durch Gerichtsgebrauch sogar zu einer „gewohnheitsrechtlichen Norm“ geworden sein; das Kassationsgericht beruft sich auf einen unveröffentlichten Bundesgerichtsentscheid vom 7.2.1963; vgl. auch unten Fn. 129); *Hinderling*, Ehescheidungsrecht, Zusatzband 1981, S. 96 f. Einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für den Mutternvorrang bei Kleinkindern bot Art. 326 Abs. 2 a.F. ZGB: War die elterliche Gewalt für ein nichteheliches Kind eigentlich dem Vater zuzuweisen, konnte sie dennoch „bis zu einem bestimmten Alter“ der Mutter vorbehalten werden. Im neuen Kindesrecht fehlt eine entsprechende Bestimmung, vgl. Art. 298 Abs. 2 ZGB.
- 125 Vgl. die Nachweise oben in Fn. 94 bis 96.
- 126 OberG Zürich 28.3.1973, SJZ 70 (1974) 282, 283; *Jorio* S. 296 ff.
- 127 BG 11.10.1917, BGE 43 II 473, 578; 13.11.1953, BGE 79 II 344; 5.6.1964, ZR 63 N. 117 (S. 281); 25.1.1968, BGE 94 II 1, 3 ff.; 6.6.1974, BGE 100 II 76, 78; OberG Aargau 10.9.1959, SJZ 56 (1960) 90, 92 r. Sp. (Minderheitsvotum); C.d. Justice Genève 10.3.1961, Sem.Jud. 84 (1962) 255, 256; 8.11.1963, Sem.Jud. 87 (1965) 44, 45 f., 48; App. Kammer Zürich 8.7.1911, ZR 11 N. 102; OberG Zürich 17.11.1955, ZR 56 N. 22; 30.1.1961, ZR 64 N. 88; 10.10.1961, ZR 64 N. 81; 12.3.1968, ZR 67 N. 117. Gesetzlichen Niederschlag hat das Kontinuitätsprinzip in Art. 310 Abs. 3 ZGB gefunden.
- 128 Zur Präjudiziendiskussion in der Schweiz unten 6. Kap. C.II.3. (Fn. 135). Das Gesetz selbst verweist den Richter im gesetzefreien Raum auf die „Überlieferung“ (Art. 1 Abs. 3 ZGB), d.h. auf die einschlägigen richterrechtlichen Erkenntnisse. Vgl. *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1, Rdn. 474 ff.; *ders.*, Der Richter als Gesetzgeber S. 205; *ders.*, ZSR 78 (1959) 97; *Germann*, Methoden S. 171 ff., 192, 236 ff., 262 ff., 269 ff.; *ders.*, Präjudizien, passim; *Liver*, Rechtsquelle S. 69 ff.; *Merz*, ZberNJV 91 (1955) 301 ff.; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 436 ff.
- 129 *Germann*, Methoden S. 224, 355; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 54, 17; *Egger* Art. 156 Rdn. 3 und Art. 4, Rdn. 4, 11, 13. Vgl. aber KassG Zürich 26.11.1968, SJZ 65 (1969), 224, 225: Die durchgängige Anerkennung eines Mutternvorrangs bei der Sorgeverteilung lasse diesen zum „klaren Recht“ werden, dessen Verletzung die Revision begründet (Art. 344 Ziffer 9 Züricher ZPO (alt), jetzt

deshalb, soweit dieser Unterschied gesehen wird<sup>130</sup>, eher als „Ermessensfaktoren“<sup>131</sup> oder „Richtlinien für den sinngemäßen Gebrauch des Ermessens“<sup>132</sup> bezeichnet.

Kaum erörtert ist die dadurch nahegelegte Frage, ob sich die beiden Methoden freier richterlicher Rechtsfindung trotz ihrer gegenseitigen Beeinflussung und Durchdringung, in einer gegebenen Entscheidungssituation wie der des Art. 156 Abs. 1 ZGB im Grundsatz ausschließen oder ob der Scheidungsrichter *neben* Ermessensregeln auch gesetzeseergänzende Normen im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB aufstellen kann. Im allgemeinen scheint man davon auszugehen, daß eine Normbildung nach Art. 1 Abs. 2 ZGB im Rahmen von Ermessensentscheidungen nicht in Betracht kommt. Die Auffassung von Germann, wonach die legislatorische Methode soweit wie möglich den Vorzug verdiene<sup>133</sup>, könnte allerdings zugunsten der Kumulierung beider Methoden in Ermessensfällen interpretiert werden. Nach Hegnauer stellt die Maßgeblichkeit des *Kindeswohls* in Art. 156 Abs. 1 ZGB einen Richterrechtssatz im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB dar, während z.B. die Vermutung zugunsten der Mutter, deren Angemessenheit zunehmend in Zweifel gezogen werde, nur als Ermessensregel angesehen werden könne<sup>134</sup>. Das Kriterium für die Zuordnung einzelner Regeln zu Art. 4 oder Art. 1 Abs. 2 ZGB bleibt offen, obwohl die Zuordnung für die Begründung und Rechtsqualität der Regel bedeutungsvoll ist.

#### 4. Die Bedeutung des gemeinsamen Elternvorschlags für den Richter

Aus Art. 158 Ziffer 5 ZGB ergibt sich, daß die Eltern in einer Scheidungsvereinbarung die Zuteilung der Kinder regeln dürfen, daß diese Vereinbarung aber der richterlichen Genehmigung bedarf<sup>135</sup>. Die elterliche Sachnähe und Interessiertheit sollen für die Sorgerechtsentscheidung nutzbar gemacht<sup>136</sup>, aber Gefahren des Mißbrauchs elterlicher Konkretisierungszuständigkeit abgewehrt werden<sup>137</sup>. Die Vereinbarung der Eltern ist ein bis zur richterlichen Genehmigung schwebend

§ 281 Ziffer 3 Züricher ZPO vom 13.6.1976). Diese Entscheidung ist jedoch vereinzelt geblieben. Auch in der allgemeinen Präjudiziendiskussion wird die *Verbindlichkeit* richterrechtlicher Erkenntnisse nahezu einhellig abgelehnt, vgl. unten 6. Kap. A.II.1.

130 Oft begnügt man sich mit der Feststellung, daß der Richter auch im Rahmen von Ermessensentscheidungen allgemeine Regeln zugrunde zu legen habe, oben Fn. 113.

131 Egger, Art. 156 Rdn. 3.

132 Germann, Methoden S. 222, 354 f.

133 Methoden S. 224; vgl. auch S. 356, 364.

134 So Hegnauer in einem Gespräch mit dem Verfasser vom 23.5.1979. In diesem Einzelpunkt abweichend, in der Konzeption aber ähnlich KassG Zürich vom 26.11.1968 (vgl. oben Fn. 135), wonach Ermessensregeln bei Bewährung und allgemeiner Anerkennung offenbar zu Richterrecht im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB werden können.

135 Hinderling, Ehescheidungsrecht S. 184; Egger Art. 158 Rdn. 12 ff.; Schultness S. 71 ff.

136 Landolt S. 78; Barde, ZSR 74 (1955) 538 a.

137 Hinderling, Ehescheidungsrecht S. 185; Bübler, ZSR 74 (1955) 405a; Hauser, SJZ 35 (1939) 260; Gyax S. 15. Aus diesem Grund können die Eltern auch nicht eine schiedsgerichtliche Regelung vereinbaren, *Comment*, in: Probleme und Ziele S. 81.

unwirksamer<sup>138</sup>, die Parteien im Innenverhältnis aber grundsätzlich bindender Vertrag. Praktisch kommt dieser Bindung wenig Bedeutung zu, da im Prozeß abweichende Anträge zulässig sind<sup>139</sup>. Die genehmigte Vereinbarung geht im Scheidungsurteil auf, nur dieses ist Rechtstitel für die Neuordnung der elterlichen Gewalt<sup>140</sup>. Nach überwiegender Auffassung wird durch die Elternvereinbarung eine besondere Eingriffsschwelle für den Richter nicht gesetzt: Das Kindeswohl bleibt uneingeschränkter Prüfungsmaßstab<sup>141</sup>.

In der Praxis findet bei Vorliegen einer elterlichen Platzierungsvereinbarung in aller Regel keine richterliche Überprüfung des Kindeswohls statt<sup>142</sup>.

## 5. Die Entscheidungsalternativen

### a) Zuteilung an Dritte

Mit der Zuweisung der elterlichen Gewalt an einen Elternteil (Art. 297 Abs. 3 ZGB) sind die „nötigen Verfügungen“, die der Richter nach Art. 156 Abs. 1 ZGB treffen kann, nicht ausgeschöpft. Daß auch die Zuweisung der Kinder an Dritte unter Umständen „nötig“ sein kann, ist unbestritten<sup>143</sup>. Bezüglich der Voraussetzungen lassen sich jedoch gewisse Schwankungen in der Rechtsprechung feststellen. Nach Inkrafttreten des ZGB galt der festgefügte richterliche Grundsatz, daß die Eingriffsschwelle für den Richter dieselbe sei wie bei Bestehen der Ehe für den Entzug der elterlichen Gewalt (Art. 285 a.F. ZGB; jetzt Art. 311, 310 ZGB)<sup>144</sup>. Später senkte das Bundesgericht jedoch die rechtlichen Eingriffsvoraussetzungen für die Scheidungssituation, unter Hinweis auf die erleichterte staatliche Eingriffsmöglichkeit und die erhöhten Anforderungen an die Ausübung elterlicher Gewalt in der unvoll-

138 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 186 f.; *Comment*, in: Probleme und Ziele S. 95; *Michel* S. 23; *Schultbess* S. 72 f.

139 BG 28.6.1934, BGE 60 II 169, 171; *Tuor/Schnyder* S. 163; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 185 ff.; *Michel* S. 23.

140 BG 28.6.1934, BGE 60 II 169, 170 ff.; 8.5.1969 BGE 95 II 385, 387; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 187; *Tuor/Schnyder* S. 163; *Comment*, in: Probleme und Ziele S. 96; *Landolt* S. 80; *Michel* S. 23.

141 BG 28.6.1934, BGE 60 II 169, 171; *Hauser*, SJZ 35 (1939) 260; *Bühler*, SJZ 74 (1955) 405a; *Schultbess* S. 72; *Tuor/Schnyder* S. 163; *Egger* Art. 156, Rdn. 14; *Landolt* S. 80; *Michel* S. 22; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 185. Den beiden letzteren Autoren zufolge hat die Elternvereinbarung für den Richter nur die Bedeutung übereinstimmender Parteianträge.

142 Zur Bedeutung des Elternvorschlags für den Schweizer Richter im einzelnen vgl. unten 5. Kap. C.I. und III.2.

143 BG 2.7.1914, BGE 40 II 313, 315 f.; 30.9.1914, BGE 40 II 440, 444.

144 BG 30.9.1914, BGE 40 II 440, 444; 24.9.1936, BGE 62 II 203 f.; OberG Aargau 10.9.1959, SJZ 56 (1960) 90 f.; C.d. Justice Genève 28.11.1947, Sem.Jud. 70 (1948) 404, 406; 28.10.1955, Sem.Jud. 79 (1957) 262, 264 f.; Bez.Rat. Hinwil 15.10.1952, ZfVorm 1954, 132, 134; OberG Zürich 15.12.1945, ZR 48 N. 47; 8.1.1947, ZR 46 N. 5; 14.1.1948, ZR 50 Nr. 146.

ständigen Familie<sup>145</sup>. Von dieser Position scheint sich das Bundesgericht nunmehr zurückzuziehen. In einer Entscheidung vom 25.9.1970 hält es zwar daran fest, daß es aus tatsächlichen Gründen in Scheidungsfällen häufiger zu einem Entzug der elterlichen Gewalt bei beiden Elternteilen kommen könne, setzt die rechtliche Eingriffssperre aber wieder gleich mit derjenigen bei bestehender Ehe<sup>146</sup>.

### b) Fortgesetzte gemeinsame elterliche Gewalt

Gewissermaßen das Gegenteil zum Entzug der elterlichen Gewalt bei beiden Elternteilen, d.h. die Belassung zur gemeinsamen Ausübung kann der Richter auch dann nicht anordnen, wenn beide Elternteile es beantragen<sup>147</sup>. Diese Auffassung wird z.T. auf Art. 297 Abs. 3 ZGB (früher Art. 274 Abs. 3 ZGB) gestützt<sup>148</sup> und ist in den Beratungen zum neuen Kindesrecht bekräftigt worden: Der Antrag des Nationalrats Condrau, dem Richter in Art. 297 ZGB auch diese Gestaltungsmöglichkeit offenzulassen, wurde mit großer Mehrheit abgelehnt<sup>149</sup>.

### c) Teilung der elterlichen Gewalt

Ähnliche rechtspolitische Bedenken führen überwiegend auch zur Ablehnung von Teilungen der elterlichen Gewalt, gleich ob die Aufteilung eine zeitliche ist<sup>150</sup>, ob einzelne Befugnisse, wie etwa die Vermögenssorge, dem im übrigen nichtsorgeberechtigten Elternteil vorbehalten<sup>151</sup> oder ob Inhaberschaft des Rechts und Personensorge (Obhut) aufgespalten werden<sup>152</sup>. Über die rechtliche Zulässigkeit solcher Lösungen in Ausnahmefällen besteht allerdings keine Klarheit<sup>153</sup>.

145 BG 3.12.1959, SJZ 59 (1963) 364; 12.7.1962, SJZ 59 (1963) 365; KantG Graubünden 15./16.2.1962, SJZ 59 (1963) 363.

146 BG 25.9.1970, BGE 96 II 69, 74 f., 77: Das Gericht weist darauf hin, daß die leiblichen Eltern trotz aller etwaigen Mängel für das Kind in der Regel unersetzlich seien. Vgl. auch *Hinderling*, Ehescheidungsrecht, Zusatzband 1981, S. 93 ff.

147 BG 11.12.1956, BGE 82 II 473, 474; *Hegnauer*, Grundriß S. 25, 132 f.; *Descbenaux/Tercier* S. 120; *Schultbess* S. 62 ff.; *Tuor/Schnyder* S. 160; *Michel* S. 13; *Jorio* S. 58 f., 261, 263; *Frischkopf* S. 97 (aber theoretisch möglich).

148 BG 11.12.1956 a.a.O.; *Jorio* S. 280, Fn. 35.

149 Sten.Bull. Nationalrat 1975, S. 1777 ff.; vgl. dazu auch *Jorio* S. 58 f.

150 BG 5.7.1948, J.T. 1949, 6; 25.1.1968, BGE 94 II 1, 5; *Egger* Art. 156 Rdn. 16; *Barde*, ZSR 1974 (1955) 539a; *Landolt* S. 343 f.; *Comment*, in: Probleme und Ziele S. 79 f.; *Jorio* S. 288.

151 Trib.cant. Valais 7.6.1978, SJZ 76 (1980) 149, 150; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 26; *Schultbess* S. 63 ff.; *Jorio* S. 66.

152 BG 10.12.1943, Sem.Jud. 66 (1944) 343; 25.1.1968, BGE 94 II 1, 2; *Schultbess* S. 62; *Jorio* S. 39 f., 288 f.; *Barde*, ZSR (1955), 540a, 541a (formule hybride).

153 Die ablehnenden Stimmen sind zumeist mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründet; bejahend in Ausnahmefällen OberG Zürich 4.11.1963, ZR 64 N. 90 (Abtrennung der Vermögenssorge); 17.5.1930, ZR 30 N. 142; *Egger* Art. 156, Rdn. 9; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 156, Fn. 3 (alle zur Aufteilung von Obhut und elterlicher Gewalt, unentschieden insoweit C.app. Fribourg 6.10.1969, Extraits 1969, 3, 4); OberG Zürich 4.10.1940, ZR 43 N. 140; 23.10.1940, ZR 43 N. 141 (zeitliche Aufteilung).

## d) Nebenbestimmungen

Der Richter übt im Rahmen des Art. 156 Abs. 1 ZGB vormundschaftliche Funktionen aus<sup>154</sup> und darf seine Plazierungsentscheidung mit den ihm notwendig erscheinenden Zusatzbestimmungen verbinden. Auch wenn ihm gelegentlich „beliebige Einschränkungen und Auflagen“ zugestanden werden<sup>155</sup>, so haben sich derartige Anordnungen doch unter dem Gesichtspunkt des Kindesschutzes zu rechtfertigen und an dessen Voraussetzungen auszurichten<sup>156</sup>. Die herkömmliche Praxis verfährt allerdings recht großzügig mit Zusatzbestimmungen, und erst in neuerer Zeit finden sich Entscheidungen, die Auflagen oder Bedingungen an der grundsätzlich freien Rechtsposition des Sorgeberechtigten messen<sup>157</sup>.

Während bedingte Sorgeübertragungen, vor allem solche auflösender Natur, generell zu vermeiden sind<sup>158</sup>, können demjenigen Elternteil, dem die Kinder zugeteilt werden, alle dem Richter unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls notwendig erscheinenden Auflagen für die Ausübung der elterlichen Gewalt gemacht werden<sup>159</sup>. In der Praxis wichtigste Beschränkung ist die Anordnung einer *Erziehungsaufsicht*. Ursprünglich von der Rechtsprechung entwickelt<sup>160</sup>, ist die Erziehungsaufsicht nunmehr in Art. 307 ZGB gesetzlich anerkannt. In Scheidungsfällen wird sie vom Richter angeordnet und von der Vormundschaftsbehörde ausgeübt<sup>161</sup>. Sie wird als minus gegenüber der Entziehung der elterlichen Gewalt angesehen und soll die Zuweisung an einen Elternteil auch dann ermöglichen, wenn erhebliche Bedenken gegen seine Erziehungseignung bestehen<sup>162</sup>. Art. 307 Abs. 1 ZGB setzt voraus, daß das Kindeswohl *gefährdet* ist; das Bundesgericht forderte sogar eine

154 Egger Art. 156 Rdn. 9.

155 Reg.Rat St. Gallen 23.8.1955, SJZ 54 (1958) 312; *Liesch*, ZfVorm 1961, 83.

156 OberG Zürich 8.1.1947, ZR 46 N. 5; Egger Art. 156 Rdn. 9; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 37, Art. 283 Rdn. 179 ff.; *Michel* S. 15; *Sträuli/Messmer* § 202 Rdn. 25.

157 OberG Zürich 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 282; BG 19.9.1975, BGE 101 II 200, 202 f.

158 Egger Art. 156 Rdn. 16; *Michel* S. 15; *Landolt*, S. 45 ff.; vgl. auch BG 19.9.1975, BGE 101 II 200, 202 f.

159 OberG Zürich 8.1.1947, ZR 46 N. 5 (S. 18); 30.8.1947, ZR 48 N. 46 (Berufsausbildung des Kindes); C.app. Ticino 29.5.1962, Rep. 95 (1962) 159 ff. (Mitspracherecht beider Großmütter bei der Erziehung); Egger Art. 156 Rdn. 9 (Unterbringung bei Dritten); *Michel* S. 15; vgl. auch Nachweise in Fn. 155.

160 BG 11.12.1956, BGE 82 II 473, 477; 21.11.1958, ZR 59 N. 112; 25.9.1970, BGE 96 II 69, 78; 9.3.1972, unveröffentlicht, zit. bei *Hinderling*, Ehescheidungsrecht Suppl. 1973, S. 53; Reg.Rat St. Gallen 23.8.1955, SJZ 54 (1958) 312; C.d. Justice Genève 16.9.1960, Sem.Jud. 84(1962) 61, 63 f.; OberG Zürich 30.8.1947, ZR 48 N. 46.

161 Die Anordnungsbefugnis des Scheidungsrichters war früher bestritten, vgl. *Spitzer*, ZfVorm 1948, 44 ff.; *Schultze*, ZfVorm 1950, 50 f.; Bez.Rat Hinwil 15.10.1952, ZfVorm 1954, 132, 134; zum jetzigen Recht vgl. *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 84 f.

162 *Tuor/Schnyder* S. 160 sowie die Rechtsprechungsnachweise in Fn. 160.

„erhebliche Gefährdung“<sup>163</sup>. Die kantonsgerichtliche Praxis setzt der Sache nach die Eingriffsschwelle jedoch häufig niedriger an<sup>164</sup>.

## 6. Die Rechtsstellung der Eltern nach der Plazierungsentscheidung

Mit der Zuweisung des Kindes wird der sorgeberechtigte Elternteil alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt. Seine Rechtsstellung ist im Grundsatz unbeschränkt<sup>165</sup>, auch vertragliche Verpflichtungen zu einer bestimmten Erziehung sind nicht bindend<sup>166</sup>. Allerdings kann, wie zuvor dargestellt, die Kinderzuweisung mit Auflagen verknüpft sein<sup>167</sup>, und der Erziehungsberechtigte muß die Ausübung des Verkehrsrechts durch den anderen Elternteil dulden. Im Bereich der Vermögenssorge ist er außerdem der Vormundschaftsbehörde inventarpflichtig (Art. 318 Abs. 2, Abs. 3 ZGB).

Der nichtsorgeberechtigte Elternteil verliert die elterliche Gewalt, nicht nur das Recht zu ihrer Ausübung<sup>168</sup>. Er hat keine Mitspracherechte bei der künftigen Erziehung und keinen Anspruch, daß der Erziehungsberechtigte durch Auflagen gebunden werde<sup>169</sup>. Allerdings hat er ein „natürliches Recht“<sup>170</sup> auf Verkehr mit dem Kind (Art. 156 Abs. 2 ZGB). Der Umfang des Verkehrs wird vom Scheidungsgericht nach dessen Ermessen bestimmt, während die Vormundschaftsbehörde die Einzelheiten regeln kann<sup>171</sup>. Im Konfliktfall mit dem Kindesinteresse wird das Verkehrsrecht eingeschränkt<sup>172</sup>, notfalls bis zum völligen Ausschluß<sup>173</sup>. Die subjektive Ein-

163 BG 27.8.1969, BGE 95 II 509, 513; ebenso OberG Zürich 23.8.1973, SJZ 70 (1974) 282; 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 282; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 283 Rdn. 180.

164 AppG Basel-Stadt 10.9.1963, BJM 1963, 259 f.; OberG Zürich 20.9.1954, ZR 54 N. 168; 11.2.1948, ZR 50 N. 143 (Erziehungsaufsicht zur Sicherung des Verkehrsrechts; dagegen Bez.Rat Hinwil 15.10.1952, ZfVorm 1954, 132, 134); C.d. Justice Genève 16.9.1960, Sem.Jud. 84 (1962) 61, 63 f. (Erziehungsaufsicht wegen des Verdachts, daß die sonst gut geeignete sorgeberechtigte Mutter einen Liebhaber hat; dagegen OberG Zürich 23.8.1973, SJZ 70 (1974) 282). *Hinderling*, Ehescheidungsrecht Suppl. 1973 S. 53 warnt vor einer Aushöhlung der elterlichen Gewalt durch die Erziehungsaufsicht; *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 84 f. kritisiert die gelegentliche Praxis, eine Erziehungsaufsicht ohne sachliche Notwendigkeit dann anzuordnen, wenn sie von den Eltern vereinbart ist.

165 BG 23.11.1923, BGE 49 I 506, 510; 8.5.1969, BGE 95 II 385, 387; OberG Zürich 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 282; *Barde*, ZSR 74 (1955) 542a; *Deschenaux/Tercier* S. 121 f.; *Egger* Art. 156 Rdn. 8; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 54 f.; *Landolt* S. 34 f.

166 OberG Zürich 22.4.1942, ZR 41 N. 98.

167 Vgl. vorstehend 5.d).

168 BG 24.11.1921, BGE 47 II 380, 382 f.; Justizdirektion Zürich 10.10.1925, SJZ 22 (1925/26) 153; *Egger* Art. 156 Rdn. 8; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 36; *Keller*, Eherecht S. 223; *Schultbess* S. 64 ff.

169 OberG Zürich 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 282.

170 BG 8.5.1969, BGE 95 II 385, 387 f.; *Tuor/Schnyder* S. 160.

171 BG 7.2.1974, BGE 100 II 4.

172 BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 36.

173 BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 81:

Das Verkehrsrecht muß in klarem Widerspruch zum Kindeswohl stehen und keine vermittelnde Regelung möglich sein.

stellung des Kindes ist beachtlich, ein Entscheidungsrecht, etwa ab dem 14. Lebensjahr, steht ihm aber nicht zu<sup>174</sup>.

## 7. Die Änderung der Sorgeentscheidung

Der Richter bleibt zuständig, auf Antrag der Eltern oder der Vormundschaftsbehörde die ursprüngliche Sorgeentscheidung abzuändern, wenn sie die Verhältnisse „infolge von Heirat, Wegzug, Tod eines der Elternteile oder aus anderen Gründen“ geändert haben (Art. 157 ZGB). Auch hier entscheidet er nach richterlichem Ermessen<sup>175</sup>. Das Kindeswohlprinzip verhindert, daß die erste Entscheidung in materielle Rechtskraft erwächst<sup>176</sup>. Für die richterliche Abänderung spielt es keine Rolle, ob die Erstentscheidung auf einer Elternvereinbarung beruhte oder nicht<sup>177</sup>. Umgekehrt müssen auch Änderungsvereinbarungen der Eltern analog Art. 158 Ziffer 5 ZGB vom Richter sanktioniert werden<sup>178</sup>.

Im Interesse stabiler Lebensverhältnisse für das Kind soll von der Änderungsbeugnis zurückhaltender Gebrauch gemacht werden, bloße Zweckmäßigkeitserwägungen reichen nicht aus<sup>179</sup>. Die gesetzlichen Beispiele sind weder erschöpfend noch zwingend<sup>180</sup> und z.T. obsolet. „Heirat“ korrespondierte mit Art. 286 a.F. ZGB, der vom generellen Mißtrauen gegen den neuen Ehegatten und Stiefelternteil getragen war. Der Wegfall dieser Bestimmung im Zuge der Kindesrechtsreform muß auch zu einer neuen Interpretation des Art. 157 ZGB führen<sup>181</sup>. Der „Wegzug“ des sorgeberechtigten Elternteils wird, sofern nicht konkrete Gefährdungen des Kindeswohls zu befürchten sind, im allgemeinen nicht als Änderungsgrund angesehen, vor allem nicht unter dem Gesichtspunkt des Verkehrsrechts-Schutzes<sup>182</sup>.

Mit dem „Tod eines der Eltern“ ist schließlich eine Besonderheit des schweizerischen Rechts angesprochen. Bei verheirateten Eltern wird der überlebende Teil kraft Gesetzes alleiniger Inhaber der elterlichen Gewalt (Art. 297 Abs. 3 1. Art. ZGB). Diese Regelung gilt für geschiedene Eltern nicht. Der Tod des Sorgeberechtigten

174 BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 82 ff.

175 BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 38.

176 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 166; *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 98.

177 BG 8.5.1969, BGE 95 II 385, 387.

178 BG 22.11.1935, BGE 61 II 225, 228.

179 BG 22.6.1939, ZR 40 N. 1 (S. 5 f); 19.2.1959, BGE 85 II 12, 15; 8.5.1969, BGE 95 II 385, 389; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 166; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 405a, 406a.

Zu den Voraussetzungen im einzelnen unten 5. Kap.D.I.

180 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 166.

181 *Jorio* S. 301; zur Kritik am alten Recht *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 286 Rdn. 24 ff.; eine Diskriminierung des Stiefelternteils würde auch der Politik des neuen Artikel 299 ZGB zuwiderlaufen, der dem Stiefelternteil Mitwirkungsrechte und -pflichten bei der Ausübung der elterlichen Gewalt einräumt, dazu *Hegnauer*, Grundriß S. 129 f.

182 BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 36; 29.3.1926, Sem.Jud. 48 (1926) 417; 10.12.1943, Sem.Jud. 66 (1944) 343; 8.5.1969, BGE 95 II 385, 387; 19.9.1975, BGE 101 II 200, 202.

läßt den einzigen Träger der elterlichen Gewalt wegfallen<sup>183</sup>, und der bislang nicht sorgeberechtigte Elternteil kann nur durch Antrag und richterlichen Änderungsentcheid gemäß Art. 157 ZGB neuer Inhaber der elterlichen Gewalt werden<sup>184</sup>. Hierauf hat er allerdings einen Anspruch, sofern nicht in seiner Person die Voraussetzungen für eine Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 311 ZGB) vorliegen<sup>185</sup>.

## 8. Die elterliche Gewalt bei Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushalts

Eine Entscheidung über das Schicksal der Kinder kann auch notwendig werden, wenn sich die Eltern nur rechtlich oder faktisch trennen. Art. 297 Abs. 2 ZGB sieht nunmehr vor, daß der Richter in jedem dieser Fälle ebenfalls die elterliche Gewalt (von Amts wegen) auf einen Elternteil übertragen kann.

Für die Ehetrennung war früher streitig, ob nur die Obhut oder die elterliche Gewalt als solche geregelt werden konnte<sup>186</sup>. Unter dem neuen Recht soll er sich auf die Zuweisung nur der Obhut in den eher seltenen Fällen beschränken, in denen konkrete Aussicht auf Wiedervereinigung der Ehegatten besteht<sup>187</sup>.

Mit „Aufhebung des gemeinsamen Haushalts“ ist in Art. 297 Abs. 2 ZGB sowohl die entsprechende Eheschutzmaßnahme nach Art. 170 Abs. 1 ZGB gemeint<sup>188</sup> als auch die faktische Trennung der Ehegatten während des Scheidungsprozesses (Art. 170 Abs. 2 ZGB), die auch Grundlage einer einstweiligen Anordnung des Scheidungsrichters gemäß Art. 145 ZGB sein kann<sup>189</sup>. Wengleich der Richter in beiden

183 BG 20.3.1947, BGE 67 II 64, 68; OberG Luzern 9.11.1965, SJZ 63 (1967) 206; anders früher BG 24.11.1921, BGE 47 II 380, 382 f.; 1.3.1935, BGE 61 II 24, 27 f., wonach die Vormundschaftsbehörde automatisch Trägerin der elterlichen Gewalt wurde. Nunmehr ist für die Übergangszeit dem Kind ein Vormund zu bestellen, C.d. Justice Genève 3.2.1953, Sem.Jud. 76 (1954) 174, 175.

184 Vgl. Nachweise in Fn. 183; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 43.

185 C.d. Justice Genève 3.2.1953, Sem.Jud. 76 (1954) 174, 177; vgl. BG 11.12.1956, BGE 82 II 473, 474 f. Ausländische Regelungen, die einen automatischen Übergang auf den überlebenden geschiedenen Ehegatten vorsehen, verstoßen gegen den Schweizer ordre public, BG 5.11.1960, BGE 86 II 323, 333 f.

186 Nur die Obhut: Justizdirektion Zürich 10.10.1925, SJZ 22 (1925/26) 153; Gesamtoberg Zürich 8.2.1922, ZR 21 N. 122; OberG Zürich 3.10.1957, ZR 58 N. 144; 28.11.1960, ZR 64 N. 95; *Egger* Art. 156, Rdn. 11; fakultativ auch die volle elterliche Gewalt: *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 30., 32 f. mit weiteren Nachweisen zum Streitstand; *Schultbess* S. 61; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 151; Frank, SJZ 66 (1970) 251.

187 *Jorio* S. 264 f.; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 60; Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 S. 71.

188 Vgl. oben IV.2.c); vor der Kindesrechtsreform war eine Entscheidung über die elterliche Gewalt in diesem Fall nicht zulässig, vgl. *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 30; *Lemp*, Berner Kommentar Art. 170 Rdn. 15, *Egger* Art. 170, Rdn. 6.

189 *Jorio* S. 273; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 60. Nach Art. 145 ZGB kann der Scheidungsrichter für die Dauer des Prozesses alle „nötigen vorsorglichen Maßregeln“ treffen zur Versorgung der Kinder; er ist dabei an Anträge nicht gebunden, *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 283 Rdn. 166 ff.; *Barde*, ZSR 74 (1955) 471a. Art. 145 ZGB ist entsprechend auch im Änderungsverfahren (Art. 157 ZGB) anwendbar, BG 5.1.1963, BGE 89 II 12, 15 f.

Fällen über die gesamte elterliche Gewalt entscheiden kann, so wird doch im Hinblick auf den einstweiligen oder vorübergehenden Charakter der Platzierung empfohlen, im Regelfall nur die Obhut einem Elternteil allein zuzuweisen<sup>190</sup>.

In sachlicher Hinsicht gilt in allen Fällen der Maßstab des Art. 156 ZGB<sup>191</sup>, auch hier entscheidet der Richter nach seinem Ermessen (Art. 4 ZGB)<sup>192</sup>.

## B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht

### I. Gerichtsorganisation und Zuständigkeiten

#### 1. Gerichtssystem

Bestand und Organisation der Bundesgerichte wird durch die Bundesverfassung und Bundesrecht bestimmt, während die Kantone jeweils ihr eigenes Gerichtssystem regeln. Einziges Zivilgericht des Bundes und gleichzeitig oberste Rechtsmittelinstanz für alle Kantonsgerichte ist das Bundesgericht in Lausanne<sup>193</sup>. Auf kantonaler Ebene findet sich regelmäßig ein zweistufiger Instanzenzug, mit divergierenden Gerichtsbezeichnungen von Kanton zu Kanton<sup>194</sup>. Vereinzelt gibt es außerdem eine kantonale Revisionsinstanz (Kassationsgericht)<sup>195</sup>. Die Gerichte sind besetzt mit gewählten Richtern, die zumeist nicht – im Prinzip nicht einmal am Bundesgericht<sup>196</sup> – Juristen sein müssen. Wahlgremien (Volks- oder Parlamentswahl) und Amtszeit variieren<sup>197</sup>. Wiederwahl nach Ablauf der Amtszeit entspricht der Regel<sup>198</sup>. In den

190 Einstweilige Anordnung: *Bühler*, Berner Kommentar Art. 145 Rdn. 200; *Egger* Art. 145 Rdn. 13, Art. 156 Rdn. 12; *Jorio* S. 274 f.; *Keller*, Eherecht S. 205; *Barde*, ZSR 74 (1955) 472a, 473a. Eheschutz: *Jorio* S. 268 ff.; *Tuor/Schnyder*, Suppl. 1977 S. 60.

191 *Egger* Art. 145 Rdn. 11; *Keller*, Eherecht S. 205; *Sträuli/Messmer* § 202, Rdn. 32; *Bühler*, Berner Kommentar Art. 145 Rdn. 206 f.

192 *Bühler*, Berner Kommentar Art. 145 Rdn. 210; *Egger* Art. 145 Rdn. 11. Eine der möglichen und in der Praxis gelegentlich getroffenen Anordnungen für die Dauer des Scheidungsprozesses ist die zeitweilige Unterbringung der Kinder bei Dritten, um sie aus dem Ehestreit herauszuhalten, vgl. *Haffter* S. 44, 50; *Hauser*, SJZ 35 (1939) 262; *Barde*, ZSR 74 (1955) 471a; *Egger* Art. 156 Rdn. 9; vgl. auch C.d. Justice Genève 28.10.1955, Sem. Jud. 79 (1957) 262, 268.

193 Art. 106-114 Bundesverfassung (BV) und Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (Organisationsgesetz).

194 1. Instanz: Bezirksgericht, Amtsgericht, Landgericht, Zivilgericht oder Kantonsgericht; 2. Instanz: Obergericht, Kantonsgericht, Appellationsgericht, sowie die jeweils entsprechenden französischen oder italienischen Bezeichnungen in den Kantonen mit diesen Amtssprachen.

195 Z.B. in Zürich, Schaffhausen, Appenzell-Innerrhoden, St. Gallen. Vgl. zum ganzen *Guldener*, Zivilprozessrecht S. 7 ff., 17.

196 Art. 2 Organisationsgesetz.

197 Im einzelnen *Guldener*, Zivilprozessrecht S. 10; die Amtszeit der Bundesrichter beträgt 6 Jahre, Art. 5 Organisationsgesetz.

198 *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser vom 23.5.1979.

unteren Instanzen überwiegt auch heute noch das Laienelement. Der Grund hierfür mag zu suchen sein in der traditionellen Volksnähe staatlicher Institutionen, in weitgehend ungebrochenem Vertrauen in den gesunden Menschenverstand<sup>199</sup> sowie in einem geschichtlich verankerten Mißtrauen gegen Fachjuristen<sup>200</sup>. Speziell ausgebildete *Familienrichter* gibt es in der Schweiz – wohl auch aus diesen Gründen<sup>201</sup> – nicht

## 2. Sachliche Zuständigkeiten

Scheidung und Scheidungsfolgen werden in erster Instanz vor dem kantonalen Eingangsgericht verhandelt, das für Familiensachen in der Regel als Kollegialgericht tagt<sup>202</sup>. Berufung erfolgt zum übergeordneten Kantonsgericht. Soweit in dem Kanton ein Kassationsgericht besteht<sup>203</sup>, kann in Ausnahmefällen der Rechtsstreit an dieses Gericht weitergezogen werden<sup>204</sup>. Unabhängig davon ist bezüglich der Sorgerechtsregelung auch stets die letztinstanzliche Zuständigkeit des Bundesgerichts gegeben<sup>205</sup>, dessen Kontrolle allerdings auf die richtige Anwendung von Bundesrecht beschränkt ist<sup>206</sup>.

Besonders geregelt ist die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen dem Scheidungsrichter und der Vormundschaftsbehörde, der nach Art. 307 ff. ZGB alle Kindeschutzmaßnahmen zugewiesen sind, einschließlich der Entziehung der elterlichen Gewalt (Art. 311, 312 ZGB). Unsicherheiten und entsprechende Diskussionen unter dem alten Recht<sup>207</sup> veranlaßten den Gesetzgeber von 1976 zur gesetzlichen Klarstellung in Art. 315 und 315a ZGB: Soweit die Vormundschaftsbehörde nicht schon ein Kindeschutzverfahren eingeleitet hat, geht mit der Eröffnung des Scheidungsverfahrens die Zuständigkeit hierzu grundsätzlich auf den Scheidungsrichter über, vorbehaltlich einer Eilzuständigkeit der Vormundschaftsbehörde.

Dieser obliegt im übrigen die Vollziehung der richterlichen Schutzmaßnahmen; zu ihrer Abänderung auf Grund veränderter Umstände ist die Vormundschaftsbehörde jedoch nur insoweit befugt, als „die Stellung des anderen (Eltern-

199 *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 12; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 448.

200 Vgl. dazu *Liver*, Berner Kommentar 1/1, Einl. Rdn. 21, 145, 146; ders., Zivilgesetzbuch S. 106.

201 So wendet sich *Bübler* (ZSR 74 (1955) 416a) gegen spezialisierte Scheidungsrichter und betont den gesunden Menschenverstand.

202 Der Einzelrichter entscheidet in Genf, Tessin, Wallis, Neuenburg, vgl. *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 19.

203 Vgl. oben Fn. 195.

204 Vor allem mit der Rüge, daß kantonales Prozeßrecht verletzt worden sei, vgl. KassG Zürich 24.3.1939, ZR 40 N. 1 (S. 2).

205 Art. 44 Organisationsgesetz; vgl. *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 234 f.; *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 465.

206 Art. 43 Organisationsgesetz; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 217 f.

207 Vgl. BG 5.1.1963, BGE 89 II 12, 14 f.; Bez.Rat *Hinwil* 15.10.1952, ZfVorm 1954, 132, 133 f.; *Spitzer*, ZfVorm 1948, 41, 44 ff.; *Schultze*, ZfVorm 1950, 90 f.; *Liesch*, ZfVorm 1961, 83 f., 87; *Morf*, ZfVorm 1963, 123 ff.

teils) nicht unmittelbar berührt wird“ (Art. 315a Abs. 3 ZGB). Die Vormundschaftsbehörde ist demnach nicht zu einer Übertragung der elterlichen Gewalt vom Sorgberechtigten auf den anderen Elternteil befugt, wohl aber zu kinderschützenden Beschränkungen der Rechtsstellung des Sorgberechtigten<sup>208</sup>.

## II. Verfahren

### 1. Gesetzgebungszuständigkeit

Abgesehen vom Verfahren vor dem Bundesgericht ist das Prozeßrecht grundsätzlich den Kantonen vorbehalten<sup>209</sup>. Dennoch werden wichtige Verfahrensprinzipien vom Bundesrecht vorweggenommen, und zwar auf zweierlei Wegen: Zum Teil enthält das ZGB selbst Bestimmungen über das Scheidungs- und Sorgerechtsverfahren (vor allem in Art. 156, 158, 145 ZGB), z.T. wird das Gebot einer bestimmten Verfahrensgestaltung aber auch aus dem materiellen Bundesprivatrecht gefolgert<sup>210</sup>. Unter dem Aspekt der „richtigen Rechtsverwirklichung“<sup>211</sup> wird hier dem Bundesgesetzgeber bzw. dem Richter als Ersatzgesetzgeber<sup>212</sup> eine „implied power“ zur privatrechtskonformen Verfahrensregelung zugestanden<sup>213</sup> – offenbar mit zunehmender Tendenz<sup>214</sup>. Den Kantonen steht es allerdings frei, die bundesrechtlich vorgegebenen Verfahrensgrundsätze auszugestalten oder auszubauen.

### 2. Einzelne Verfahrensfragen

#### a) *Offizialmaxime*

Das Sorgerechtsverfahren wird zwar in allen Kantonen der streitigen Gerichtsbarkeit zugerechnet<sup>215</sup>, es gelten jedoch wesentliche Besonderheiten.

208 *Näf-Hofmann*, in: Das neue Kindesrecht S. 101 ff.; Botschaft des Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 87; *Jorio* S. 357; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht, Zusatzband 1981, S. 124 ff.

209 Art. 64 Abs. 3 BV, Art. 158 S. 1 ZGB; vgl. *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 56 f.; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 203 ff. und Suppl. 1973 S. 78 ff.; ders., SJZ 71 (1975) 261 f.; *Landolt* S. 96.

210 Vgl. unten 2.

211 *Bühler*, ZSR 74 (1955) 398a.

212 Vgl. dazu oben A.V.3.c).

213 *Walder-Bohner* S. 202; *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 6 f., 59 f., 70 f.; *Landolt* S. 97; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 398a.

214 *Walder-Bohner* S. 201 f., auch zu der verfassungsrechtlichen Problematik einer derartigen Ausweitung der Bundeskompetenz.

215 *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 469; *Kaufmann*, Festschr. Guldener S. 152 f.; *Sträuli/Messmer* § 202 Rdn. 1.

Art. 158 Ziffer 1 und 3 ZGB normieren für das Scheidungsverfahren eine „eingeschränkte Officialmaxime“<sup>216</sup>, die von den meisten Kantonsrechten übernommen und ausgeweitet wird<sup>217</sup>. Die Officialmaxime ist nicht nur als tragender Grundpfeiler des Scheidungs-, insbesondere auch des Sorgerechtsverfahrens anerkannt<sup>218</sup>, sie wurde im Hinblick auf ausländische Sorgerechtsentscheidungen sogar zum Bestandteil des schweizerischen ordre public erklärt<sup>219</sup>. Sie wird als verfahrensrechtliche Entsprechung zur Ermessensfreiheit des Richters bei der Sorgeentscheidung angesehen<sup>220</sup>.

Wesentliche Konsequenzen der Officialmaxime sind die richterliche Untersuchungs- und Entscheidungspflicht<sup>221</sup>, die Zulässigkeit von Rechtsmitteln in Sorgerechtsfragen auch ohne Beschwerde<sup>222</sup> und die Ungebundenheit des Richters an Parteierklärungen und Anträge<sup>223</sup>.

### b) Freie Beweiswürdigung

Als Korrelat zur Officialmaxime ist in Art. 158 Ziffer 4 ZGB der Grundsatz der freien Beweiswürdigung festgelegt. Dieser Grundsatz ist auch verletzt, wenn das Gericht die in Frage kommenden Beweismittel von vornherein einschränkt, z.B. durch generelle Ablehnung der Kindesanhörung<sup>224</sup>.

### c) Anhörung der Eltern und der Vormundschaftsbehörde

Die in Erfüllung der Officialmaxime anzustellenden Ermittlungen werden z.T. in Art. 156 Abs. 1 ZGB aufgeführt: Anhörung der Eltern<sup>225</sup> sowie „nötigenfalls“ der

216 Bübler, ZSR 74 (1955) 323a; Walder-Bobner S. 202.

217 Walder-Bobner S. 203 f.; Guldener, Zivilprozeßrecht S. 469; Bübler ZSR 74 (1955) 327a; Sträuli/Messmer § 202 Rdn. 26, § 200 Rdn. 26; vgl. allgemein Walder, Die Officialmaxime, Zürich 1973.

218 BG 25.9.1970, BGE 96 II 69, 73; OberG Zürich 26.10.1949, ZR 50 N. 149; 13.9.1951, ZR 56 N. 25; Guldener, Zivilprozeßrecht S. 460; Sträuli/Messmer § 55 Rdn. 20, § 196 Rdn. 32; Hinderling, Ehescheidungsrecht S. 165, 180; ders., SJZ 67 (1971) 262 I. Sp., Keller, Ehescheidungsrecht S. 223; Bübler, ZSR 74 (1955) 405a; Landolt S. 98 f.; Michel S. 17; Tuor/Schnyder S. 163.

219 OberG Basel-Land 11.3.1975, BJM 1975, 240, 243.

220 Michel S. 17; vgl. auch Meier-Hayoz, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 28 ff.

221 Art. 158 Ziffer 1 ZGB; BG 14.4.1921, BGE 47 II 15, 18; Egger Art. 156 Rdn. 13.

222 Hinderling, Ehescheidungsrecht S. 217; Sträuli/Messmer § 200 Rdn. 26.

223 Zur Entscheidungspflicht von Amts wegen AppG Basel-Stadt 18.3.1958, BJM 1958, 193, 195; Guldener, Zivilprozeßrecht S. 129, 460; für einstweilige Anordnungen Barde, ZSR 74 (1955) 471a. Streitig hingegen ist die Bedeutung von Parteianträgen in der Berufungsinstanz: Darf die Kinderzuteilung überprüft werden, auch wenn insoweit kein Rechtsmittel eingelegt worden ist? Bejahend C.d. Justice Genève 11.1.1946, Sem.Jud. 68 (1946) 497, 499 f.; Hinderling, Ehescheidungsrecht S. 234 (bei „offensichtlich unrichtiger Lösung“ der Vorinstanz); ablehnend BG 25.9.1970, BGE 96 II 69, 73; OberG Zürich 23.10.1950, ZR 50 N. 157; Sträuli/Messmer § 200 Rdn. 27. Eine Ausnahme wiederum von letzterer Auffassung soll gelten, wenn mehrere Kinder vorhanden sind, aber nur wegen eines Teils von ihnen Berufung eingelegt worden ist, Sträuli/Messmer a.a.O.

224 BG 1.3.1951, BGE 77 II 18, 23.

225 Dazu Egger Art. 156 Rdn. 14.

Vormundschaftsbehörde. Die Rolle der Vormundschaftsbehörde bei der gerichtlichen Sachverhaltsermittlung ist damit nicht verbindlich umschrieben. Sie muß zwar in jedem Fall benachrichtigt werden<sup>226</sup>, ihre Anhörung steht jedoch im Ermessen des Gerichts<sup>227</sup>. Die Nichtanhörung stellt nur dann einen Verfahrensfehler dar, wenn gleichzeitig die richterliche Aufklärungspflicht verletzt ist<sup>228</sup>. Das Verfahrensrecht von Basel-Stadt gesteht der Vormundschaftsbehörde das Recht zu, als Nebenintervenientin im Kindesinteresse aufzutreten<sup>229</sup>. Die Pflicht des Gerichts, Anträge und Stellungnahmen der Vormundschaftsbehörde zu beachten, ergibt sich aber auch schon ohne eine derartige Bestimmung aus der bundesrechtlichen Officialmaxime<sup>230</sup> sowie im Änderungsverfahren unmittelbar aus Art. 157 ZGB<sup>231</sup>.

#### d) Verbundprinzip

„Scheidung und Kinderzuteilung sind der Natur der Sache nach miteinander so eng verknüpft, daß die Scheidung nicht ausgesprochen werden darf, ohne daß gleichzeitig über die Gestaltung der Elternrechte der geschiedenen Ehegatten eine Verfügung getroffen wird“<sup>232</sup>. Gesetzlicher Anknüpfungspunkt für das Verbundprinzip ist der Art. 156 Abs. 1 ZGB, wonach der Richter „bei Scheidung oder Trennung die nötigen Verfügungen“ trifft, sowie Regelungen in einigen Kantonsprozeßordnungen<sup>233</sup>.

Im Grundsatz gilt der Scheidungsverbund auch für die Rechtsmittelinstanz: Entweder es werden dort alle Fragen entschieden oder es wird wegen *aller* Fragen zurückverwiesen<sup>234</sup>. Dieser Grundsatz kann allerdings nicht durchgehalten werden, wenn nur einzelne Aspekte der Familienauflösung weitergezogen werden. Inwieweit die nichtangefochtenen Teile der erstinstanzlichen Entscheidung in Rechtskraft erwachsen, bestimmen die Kantonsrechte, und zwar in unterschiedlicher Wei-

226 *Deschenaux/Tercier* S. 122; vgl. auch § 28 Abs. 1 des baselstädtischen Einführungsgesetzes, unten Fn. 229.

227 BG 27.8.1969, BGE 95 II 509, 513 f.; *Gygax* S. 14.

228 BG 28.5.1914, BGE 40 II 305, 310; die Praxis verhält sich zurückhaltend, was häufig kritisiert wird, vgl. *Egger* Art. 156 Rdn. 15; *Hauser*, SJZ 35 (1939) 262; *Michel* S. 18 ff.; *Gygax* S. 14.

229 § 28 Abs. 2 des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum ZGB, in: Gesamtausgabe der Baseler Gesetzessammlung Band II, Basel 1961, S. 971 ff., 978 f.; dazu AppG Basel-Stadt 18.3.1958, BJM 1958, 193. Zur Funktion der Vormundschaftsbehörde als Interessenvertreter des Kindes siehe auch *Michel* S. 19 f.

230 AppG Basel-Stadt a.a.O., S. 195; *Hinderling* Ehescheidungsrecht S. 164; *Bübler*, ZSR 74 (1955) 417a.

231 BG 1.3.1935, BGE 61 II 25, 26 ff.; einschränkend *Morf*, ZfVorm 1963, 121 ff.

232 BG 1.3.1951, BGE 77 II 18, 20; vgl. weiter BG 6.7.1951, Sem.Jud. 73 (1951) 610; 4.2.1954, BGE 80 II 5, 8 f.; 12.12.1955, BGE 81 II 313, 315; 22.5.1969, BGE 95 II 65; *Hinderling*, Ehescheidungsgesetz S. 224; ders., SJZ 67 (1971) 291; *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 470; *Sträuli/Messmer* § 202, Rdn. 20, 25; *Bübler*, ZSR (1955) 398a, 403a (auch gemeinsame *Verhandlung* von Scheidung und Nebenfolgen).

233 Z.B. § 202 Abs. 1 der Züricher Zivilprozeßordnung vom 13.6.1976; weitere Nachweise bei *Bübler*, ZSR 74 (1955) 393a.

234 BG 22.5.1958, BGE 84 II 145 f.

se<sup>235</sup>. Ist der Verbund durch Teilrechtskraft beispielsweise der Scheidung selbst ohnehin aufgelöst, kann auch über die Folgesachen isoliert entschieden werden<sup>236</sup>.

Eine Sorgeentscheidung im Rahmen des Scheidungsverfahrens kommt dann nicht in Betracht, wenn die Frage der elterlichen Gewalt bereits vorher nicht nur vorläufig geregelt worden ist<sup>237</sup>.

#### e) *Genehmigungspflicht von Scheidungsvereinbarungen*

Die von Art. 158 Ziffer 5 ZGB statuierte Genehmigungspflicht von Scheidungsvereinbarungen hat entgegen dem Wortlaut der Vorschrift primär materiellrechtliche Bedeutung<sup>238</sup>. Sie entspricht dem Stil des Art. 156 ZGB, wonach richterliche Kompetenzen gemäß ihrer prozessualen Ausübungsform statuiert, nicht aber dem materiellrechtlichen Gehalt nach festgelegt werden.

#### f) *Sühneverhandlung*

Kantonsrechtlich ist allgemein eine Sühneverhandlung vorgeschrieben mit dem Ziel einer Versöhnung der Eheleute<sup>239</sup>. Die Förderung einverständlicher und kindesorientierter Auseinandersetzungsverträge ist nicht Gegenstand der Sühneverhandlungen. Diese Funktion wird allenfalls im Einzelfall von der Vormundschaftsbehörde wahrgenommen<sup>240</sup>.

235 *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 231; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 398a m.w.N.

236 BG 10.9.1959, BGE 85 II 226, 232 f.

237 Z.B. Entzug der elterlichen Gewalt durch die Vormundschaftsbehörde gemäß Art. 311 ZGB, Trib.cant. Valais 28.1.1972, SJZ 70 (1974) 269; *Egger* Art. 156 Rdn. 13; *Jorio* S. 358 f., oder durch eine anzuerkennende ausländische Entscheidung, C.d. Justice Genève 8.11.1963, Sem.Jud. 87 (1965) 44, 47.

238 *Walder-Bobner* S. 203; zu prozeßrechtlichen Implikationen BG 29.6.1976, BGE 102 II 65, 68 f.

239 *Guldener*, Zivilprozeßrecht S. 468; *Sträuli/Messmer*, § 202 Rdn. 5.

240 So *Michel* S. 21.

# 3. Kapitel: Vereinigte Staaten von Amerika

## A. Materielles Familienrecht

### I. Gesetzgebungszuständigkeit

Die Verfassung der Vereinigten Staaten weist den Einzelstaaten generelle Gesetzgebungszuständigkeit zu, soweit nicht für einzelne Bereiche ausdrückliche Bundeszuständigkeit begründet ist oder die Verfassung selbst materielle Vorschriften enthält (10. Amendment). Da das Familienrecht im Katalog der Bundeszuständigkeiten (Art. I, sec. 8) nicht erwähnt ist, wird es traditionell der ausschließlichen legislativen Gewalt der Staaten zugerechnet<sup>1</sup>. Diese Zuständigkeit umfaßt nicht nur gesetzliche Regelungen der Einzelstaaten, sondern auch – der historischen Eigenart des anglo-amerikanischen Rechtssystems entsprechend<sup>2</sup> – die richterrechtlichen Regeln des common law, wie sie von den Gerichten des jeweiligen Staates übernommen und weiterentwickelt worden sind.

Ob es neben dem common law der einzelnen Staaten ein “federal common law” gibt, ist theoretisch noch umstritten. Die Praxis allerdings erlebt ein stilles, aber unaufhaltsames Wachsen bundesrichterlichen Regelungswerks, nicht nur in Ausfüllung von Bundeskompetenzen<sup>3</sup>, sondern auch auf Gebieten, die – wie das Familienrecht – grundsätzlich der Kompetenz der Staaten unterstehen. Derartiges “federal family law” legitimiert sich als „Verfassungsinterpretation“ und beschränkt die legislative Gestaltungsfreiheit der Einzelstaaten in zunehmendem Maße<sup>4</sup>, vergleichbar einer Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes.

Auch auf einer anderen Ebene wächst Bundesrecht heran und beeinflusst, wenn nicht unmittelbar das Familienrecht selbst, so doch um so nachhaltiger die Rechts-

1 *Labine v. Vincent*, 401 U.S. 532, 538 f. (1971); *Boddie v. Connecticut*, 401 U.S. 371, 389 f. (1970) (dissenting opinion J. Black).

2 Vgl. *Zweigert/Kötz* I S. 227 ff.; *David/Grasmann* S. 381 ff.; *Fikentscher*, *Methoden* II S. 58 ff., 256 ff.; *Hay* S. 4 ff.; *Farnsworth* S. 45 ff.

3 So ist ein umfassendes Wirtschafts- und Arbeitsrecht des Bundes erwachsen aus seiner Zuständigkeit, den “interstate commerce” zu regeln (Art. I, sec. 8, Ziff. 3 U.S.-Constitution). Hierher gehören die Wettbewerbsgesetzgebung (vor allem *Sherman Act*, *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act*) und das gesetzliche wie auch bundesrichterliche Arbeitsrecht, vgl. *Textile Workers Union v. Lincoln Mills*, 353 U.S. 448, 456 (1957); *Hay* S. 175 ff., *Coester*, *RdA* 1976, 282.

4 *Krause*, *Family Law* S. 5 (§ 1.4); vgl. unten II.

wirklichkeit für die Familie: das Sozialrecht. Eine Koordinierung mit dem Familienrecht der Einzelstaaten von der einen oder anderen Seite steht praktisch noch aus<sup>5</sup>.

*Nicht* um Bundesrecht handelt es sich bei den verschiedenen familienrechtlichen "Uniform Laws". Sie stellen Gesetzesmodelle dar, die im Interesse einheitlicher und rationaler Gesetzgebung auf Bundesebene ausgearbeitet und den Staaten zur Übernahme angeboten werden<sup>6</sup>. Sie haben normative Kraft nur, wenn und soweit sie vom Gesetzgeber eines Einzelstaates als internes Recht erlassen worden sind<sup>7</sup>.

Die Kompetenzverteilung zwischen Einzelstaaten und Bund läßt sich zusammenfassend so beschreiben, daß das Familienrecht prinzipiell und schwerpunktmäßig Staatenrecht ist, daß aber das Bundesrecht wesentliche Beschränkungen oder Ergänzungen enthalten kann. Es gibt also kein „US-amerikanisches Familienrecht“, sondern über 51 Familienrechtssysteme innerhalb der USA<sup>8</sup>. Trotz des Vereinheitlichungseffektes, der mit der Entwicklung eines "constitutional family law"<sup>9</sup> durch den US-Supreme Court verbunden ist, haben die Einzelstaaten gerade im Recht der Scheidung und der Scheidungsfolgen noch genügend Gestaltungsfreiheit, um das Familienrecht als ein rechtspolitisches Experimentierfeld erscheinen zu lassen mit einer breiten Skala von rechtlichen Lösungsansätzen.

## II. Verfassungsrecht des Bundes

Der Wortlaut der Verfassung enthält keine Aussage zur Familie oder zu irgendwelchen familienrechtlichen Problemen. Die geschriebene Verfassung kennt neben den Trägern der Staatsgewalt nur das Individuum, so daß die Fortentwicklung der Verfassung durch richterliche Interpretation notwendig über die Individualrechtsklausel

5 Kritisch *Krause* a.a.O. S. 6 ff. (§ 1.6). Gelegentlich kommt es zu unbefriedigenden Gestaltungen, z.B. wenn die Berechtigung zu bundesrechtlichen Beihilfen zum Kindesunterhalt (Aid to Families with Dependent Children, AFDC-Programm) davon abhängig gemacht wird, daß der Vater die Familie verlassen hat: Zerrüttung in mittellosen Familien wird damit induziert, vgl. *Krause*, a.a.O.; *Fraiberg* S. 119 ff.

6 Vgl. *Blumenwitz*, Einführung S. 50. Für Sorgerechtsverfahren sind vor allem von Bedeutung der "Uniform Marriage and Divorce Act" (UMDA) und der "Uniform Child Custody Jurisdiction Act" (UCCJA); für Text und Übernehmerstaaten dieser und anderer familienrechtlicher Gesetzesvorschläge vgl. 9 ULA (1973).

7 Es kann auch vorkommen, daß ein Staatengericht dem Gesetzgeber vorgreift und einen "Uniform Act" zur "State policy" kraft Richterrecht erklärt, *Petition of Gibling*, 232 N. W. 2d 214, 221 f. (Minn. 1975) bezügl. des UCCJA.

8 Außer dem 50 Einzelstaaten der District of Columbia (Washington); auch die teilautonomen Territorien Guam, Puerto Rico, Virgin Islands und Canal Zone haben zum Teil eigenes Recht.

9 *Krause*, Family Law S. 6 (§ 1.4).

seln zu erfolgen hatte. Das Thema der familienrechtsbezogenen Entscheidungen des US-Supreme Court ist folglich die Abgrenzung von Individualrechten und staatlicher Reglementierung<sup>10</sup>, nicht das Spannungsfeld zwischen Staat, Familie und Individuum.

## 1. Die Familie als verfassungsrechtliche Institution

Der US-Supreme Court hat bisher noch nicht eindeutig zu der Frage Stellung genommen, ob die Familie als Gemeinschaft eine verfassungsrechtlich geschützte Position hat, die gegenüber Individualrechten einerseits und Staatsfunktionen andererseits abzugrenzen wäre. Die Bedeutung von Ehe und Familie ist zwar in verschiedenen Zusammenhängen hervorgehoben worden<sup>11</sup>, allerdings nicht als unmittelbare Grundlage eines Schutzanspruchs der Familiengemeinschaft. Gelegentlich schien der US-Supreme Court einen absolut geschützten Familienbereich anzuerkennen<sup>12</sup>, doch handelte es sich, wie die Ergebnisse der Entscheidungen zeigen, nur um rhetorische Wendungen<sup>13</sup>. Soweit das Gericht in jüngster Zeit Gesetze für verfassungswidrig erklärt hat, die in die Familie eingriffen, ist nicht klar geworden, ob die Rechte von Individuen geschützt wurden, die zusätzlich – und mehr zufällig – ehelich miteinander verbunden waren, oder ob spezifische Gemeinschaftsrechte auf dem Spiel standen.

Die Fälle zum Problem des persönlichen Intimbereichs machen den Mangel eines familienrechtlichen Konzepts des Verfassungsrechts besonders deutlich. Die Ausgangsentscheidung, betreffend ein gesetzliches Verbot für Eheleute, Empfängnisverhütungsmittel zu verwenden, legte starkes Gewicht auf den Schutz der ehelichen Gemeinschaft<sup>14</sup>. Dieser Aspekt wurde diskreditiert in einer Folgeentscheidung, in der in ähnlichem Zusammenhang nicht verheiratete Personen betroffen waren<sup>15</sup>. Dem vergleichbar erörtert der US-Supreme Court auch im Zusammenhang mit der Abtreibungsfrage kaum die Dimension der Familiengemeinschaft, sondern stellt allein auf das Persönlichkeitsrecht der Schwangeren ab, sowohl im Verhältnis zum Ehemann als auch, wenn sie minderjährig ist, zu den Eltern<sup>16</sup>. In *Doe v. Commonwealth* schließlich

10 *Tribe* S. 985 ff.; *Krause*, *Family Law* S. 16 (§ 2.1). Es ist zu vermuten, daß insoweit Ideenwelt der französischen Revolution („Il n'y a que l'individu et l'état“, vgl. *Müller-Freienfels*, in: *Die Institution der Ehe* S. 130) über die US-amerikanische Verfassung bis heute fortwirkt.

11 *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925): Elterliches Erziehungsrecht; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923): Schulwahl; *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965): Empfängnisverhütung; *Moore v. City of East Cleveland*, 97 S.Ct. 1932 (1977): Einflußnahme auf Familiengröße in Bebauungsplänen.

12 *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944); vgl. auch dissenting opinion J. Harlan in *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497, 551 (1961).

13 Vgl. *Tribe* S. 986 f.

14 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485 f. (1965).

15 *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 453 (1972): "If the right of privacy means anything, it is the right of the *individual*, married or single, to be free from unwarranted governmental intrusion . . ."

16 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 153; 35 L.Ed.2d 147 (1973); *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 53, 72 ff.; 49 L.Ed.2d 788 (1976); dazu *Coester-Waltjen/Coester*, *ZBJR* 1976, 459 ff.

hatte die Vorinstanz die Frage, ob eine Ehegemeinschaft mehr Schutz beanspruchen könne als mehrere unverheiratete Individuen, in Mehrheitsmeinung und Dissent ausdrücklich zur Debatte gestellt<sup>17</sup>. Der US-Supreme Court nahm die Diskussion dennoch nicht auf, sondern bestätigte ohne Begründung die Mehrheitsentscheidung, die den Staatseingriff damit gerechtfertigt hatte, daß die Beteiligten unverheiratet waren<sup>18</sup>.

Auch aus den Entscheidungen zum Elternrecht<sup>19</sup> läßt sich zwingend ein Schutz der Familiengemeinschaft herleiten, da es den Elternteilen auch ohne Eheschließung und unabhängig voneinander zusteht<sup>20</sup>. Die verfassungsrechtliche Abgrenzung des Elternrechts zu den Persönlichkeitsrechten des Kindes steht noch aus. Die insoweit erst beginnende Diskussion<sup>21</sup> konzentriert sich weitgehend auf den Konflikt von Individualrechten, so daß die verfassungsrechtliche „Entdeckung“ der Familie als Gemeinschaft<sup>22</sup> in diesem Zusammenhang kaum zu erwarten ist<sup>23</sup>. Demgegenüber wird die Ignorierung des Gemeinschaftsaspekts in der bisherigen Fortbildung des familienbezogenen Verfassungsrechts oder jedenfalls seine Zurücksetzung gegenüber Individualrechten zunehmend als unbefriedigend empfunden<sup>24</sup>.

## 2. Ansatzpunkte verfassungsrechtlicher Kontrolle

Zum Verständnis der familienrechtlichen Entscheidungen des US-Supreme Court ist ein kurzer Blick auf die Rechtsmaßstäbe, an denen einzelstaatliches Recht gemessen wird, unerläßlich. Zwei Verfassungsklauseln sind von zentraler Bedeutung.

- 17 Doe v. Commonwealth's Attorney for City of Richmond, 403 F.Supp. 1199 (E.D.Va. 1975) (Sodomie-Fall).
- 18 425 U.S. 901; 47 L.Ed.2d 751 (1976).
- 19 Dazu unten III.1.
- 20 Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972); Rothstein v. Lutheran Social Services, 405 U.S. 1051; 31 L.Ed.2d 786 (1972); Rothstein v. Lutheran Social Services, 207 N.W.2d 826 (1973); Vanderlaan v. Vanderlaan, 405 U.S. 1051; 31 L.Ed.2d 787 (1972).
- 21 Vgl. unten III.3.b).
- 22 Krause, Family Law S. 21 \*§ 2.3).
- 23 Vgl. Planned Parenthood of Missouri v. Danforth, 428 U.S. 52; 59 L.Ed.2d 788; 2 FLR 3039, 3046 (1976): Abtreibungsentscheidung der Minderjährigen ohne Zustimmung der Eltern. Bemerkenswert auch Hansen v. Hansen, 5 FLR 2516 f. (Colo.Dist.Ct. 1979): Schadenersatzklage eines (volljährigen) Kindes gegen seine Eltern wegen schlechter Erziehungsleistung ("malparenting"); das Gericht wies die Klage ab, aber erst nach sachlicher Überprüfung der Erziehung.
- 24 Tribe S. 985 ff.; Glendon, 23 Am.J.Comp.L. 3,32 f. (1975) The New Family S. 37 f., 118 ff., Krause, Family Law, Cases S. 305 ff.; ders., Family Law S. 25 ff. (§ 2.4); Novak, 10 Urb. + Social Change Rev. 3 ff. (1977); implizit auch Goldstein/Freud/Solmit, Before S. 7 ff. und passim; vgl. generell Nisbet, Community and Power (The Quest for Community), New York 1962; Burt, Sup.Ct.Rev. 1979, 331, 349 ff., 393 ff. (mit dem Nachweis, daß diese Tendenz sowohl von den Konservativen als auch den liberalen Richtern des US-Supreme Court verfolgt wird, wenn auch aus unterschiedlichen Gründen, a.a.O. S. 332 ff., 345 ff.). Eine groß angelegte Bestandsaufnahme der verfassungsrechtlichen Situation der Familie versucht der Beitrag (ohne Autor) Developments, 93 Harv.L.Rev. 1156 ff. (1980).

die Garantien eines "due process of law" des 5. und 14. Amendments<sup>25</sup> und die Garantie der "equal protection of the laws" des 14. Amendments<sup>26</sup>. Die Klauseln sind teilweise deckungsgleich: Die Due Process Clause hat nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung, sondern schützt auch gegen die Verletzung fundamentaler Bürgerrechte ohne hinreichende Legitimation des Staatseingriffs<sup>27</sup>. Und die Equal Protection Clause enthält über das Gebot der Gleichbehandlung hinaus die Gewähr von "protection" eben jener fundamentalen Rechte, die auch die Due Process Clause schützt<sup>28</sup>. Wesentlich für die verfassungsrechtliche Kontrolle ist daher zum einen die Einstufung von Rechtspositionen als „fundamental“, womit diesen Rechten der Schutz sowohl der Due Process Clause als auch der Equal Protection Clause zuteil wird. Zum anderen geht es darum, Ungleichbehandlungen zu erkennen und sie unter dem Blickwinkel der Equal Protection Clause auf ihre Legitimität zu prüfen.

### a) Schutz fundamentaler Rechte

Die Einstufung als „fundamental“ bedeutet nicht, daß das entsprechende Recht dem gesetzlichen Eingriff völlig entzogen wäre. Nur muß der Einzelstaat nachweisen, daß der Eingriff durch zwingende rechtspolitische Notwendigkeit (compelling state interest) gerechtfertigt ist<sup>29</sup>. Als fundamental in diesem Sinne wurden z.B. eingestuft das Recht zu heiraten<sup>30</sup>, sich fortzupflanzen<sup>31</sup>, die eigenen Kinder auf-

25 5. Amendment: "No person shall be . . . deprived of life, liberty, or property, without due process of law . . ."; ebenso das 14. Amendment, vgl. folgende Fußnote.

26 14. Amendment, sec. 1 S. 2: "No State shall . . . deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

Das 14. Amendment bindet nur die Einzelstaaten, das 5. Amendment nur den Bund. Das Gebot des "due process" wendet sich ausdrücklich an beide Staatsgewalten, im Gegensatz zur "equal protection clause". Über den Wortlaut der Verfassung hinaus wird letztere Klausel aber auch gegen den Bund eingesetzt, vgl. *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497, 550; 98 L.Ed. 884 (1954); *Forkosch* S. 337 m.w.N.; *Tribe* S. 272.

27 "Substantive due process" im Gegensatz zu "procedural due process", vgl. *Forkosch* S. 335; *Tribe* S. 421 ff., 886 f.; *Tribe* propagiert noch eine dritte Seite der Due Process Clause, den "structural due process", der sich auf eine rationale Rechtsorganisation bezieht, a.a.O. S. 1137 ff.; ders., 10 *Harv.Civ.Rights-Civ.Lib.L.Rev.* 269 ff. (1976).

28 *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942); *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618; 22 L.Ed.2d 600 (1969); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 17; 36 L.Ed.2d 16 (1973).

29 *Skinner v. Oklahoma a.a.O.*, S. 541; *Shapiro v. Thompson a.a.O.*, S. 627. Diese "judicial strict scrutiny" überstehen, wie die Rechtsprechung des US-Supreme Court zeigt, nur die wenigsten Regelungen, *Gunther*, 86 *Harv.L.Rev.* 8 (1972): "strict in theory and fatal in fact".

30 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 12 (1967), gegen das Verbot rassischer Mischehen; vgl. auch *Redhail v. Zablocki*, 418 F.Supp. 1061 (E.D.Wisc. 1976).

31 *Skinner v. Oklahoma a.a.O.*, S. 541.

zuziehen<sup>32</sup>, das Recht auf Freizügigkeit<sup>33</sup> sowie das Recht auf Privatsphäre<sup>34</sup>. Ein fundamentales Recht auf Familienintegrität wurde zwar in *Prince v. Massachusetts* formuliert<sup>35</sup>, aber nicht realisiert<sup>36</sup>.

### b) Gleichbehandlungsgebot

Welche Konsequenzen aus dem Gleichbehandlungsgebot konkret zu ziehen sind, gehört mit zu den zentralen Streitpunkten der US-amerikanischen Rechtsdiskussion. Auf familienrechtlichem Gebiet geht es vor allem um die Gleichberechtigung der Geschlechter. Versuche aus jüngster Zeit, im Rahmen einer „Kindesemanzipation“ („children’s lib“<sup>37</sup>) generell auch alle Sonderregelungen für Minderjährige als *prima facie* diskriminierend einzustufen<sup>38</sup>, haben bislang keinen Widerhall in der Rechtsprechung gefunden<sup>39</sup>.

Aus dem Gebot der „equal protection“ wird für das Verhältnis von Mann und Frau kein genereller, Art. 3 Abs. 2 GG entsprechender Gleichberechtigungsgrundsatz gefolgert.

Hieraus ergibt sich die rechtspolitische Bedeutung des Equal Rights Amendment (ERA), dessen Ratifizierung vorerst gescheitert ist<sup>40</sup>. Würde es Bestandteil der Bundesverfassung, müßte sich jede nach Geschlechtszugehörigkeit differenzierende Norm positiv als sachlich begründet legitimieren<sup>41</sup>. Allerdings haben bereits 17 Staatenverfassungen eine Gleichberechtigungsklausel entsprechend dem ERA aufgenommen, so daß für den Bereich dieser Staaten vom Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter auszugehen ist<sup>42</sup>.

32 *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651; 31 L.Ed.2d 551 (1972); vgl. *Alsager v. District Court of Polk County, Iowa*, 406 F.Supp. 10, 16 (S.D.Iowa 1975). Dieses Recht umfaßt nicht das Recht auf ausschließliche Erziehung und Leitung der Kinder, vgl. unten III.1. Gegenpol wäre ein fundamentales Recht der Kinder auf Betreuung durch den psychologischen Elternteil, so *Muench/Levy*, 13 Fam.L.Q. 181 (1979).

33 *Shapiro v. Thompson*, 394 U.S. 618, 627 (1969); vgl. die Diskussion bei *Tribe* S. 1003 f.; dieses Recht hat u.a. Bedeutung für Familiensozialhilfe und für die Bewegungsfreiheit des geschiedenen, Sorgerechtigten Elternteils, vgl. unten VI.5.c.

34 Vgl. oben, Text zu Fn. 14.

35 321 U.S. 158, 166 (1944).

36 In jenem Fall wurde ein Eingriff in das elterliche Direktionsrecht gerade aufrechterhalten. Für ein fundamentales Recht auf Privatheit für alle intimen persönlichen Dauerbeziehungen vor allem *Tribe* S. 989 f.

37 *Krause*, Family Law, S. 179; (§ 17.1.); ders., Family Law, Cases, Vorwort S. XIII; *Farson* S. 27.

38 *Rodbam*, in: *Rethinking Childhood* S. 406 ff.; vgl. die ausgewogene Diskussion bei *Tribe* S. 1077 ff.; und unten bei Fn. 83, 84.

39 Zur Rechtsposition der Kinder aber unten III.3.b).

40 Auch eine Verlängerung der Ratifikationsfrist bis zum 30.6.1982 hatte nicht die erforderliche Mehrheit von 38 Staaten gebracht, dazu *Coester-Waltjen*, ZRP 1982, 217. Allerdings wurden bereits neue ERA-Entwürfe vorgelegt.

41 Vgl. *Coester-Waltjen*, JZ 1976, 262 f.

42 Nachweise und Diskussion bei *Kurtz*, 11 Fam.L.Q. 101 (1978); vgl. auch *Note*, 81 Dick.

In Anwendung der Equal Protection Clause unterschied der US-Supreme Court zunächst zwei Kontrollstandards. Knüpfte das Staatengesetz an ein mutmaßlich unsachliches Differenzierungskriterium an ("suspect classification", z.B. Rasse<sup>43</sup>, Nationalität<sup>44</sup>, wurde es strenger Rationalitätskontrolle unterworfen<sup>45</sup>. Ansonsten genügte es, wenn das Gesetz irgendein legitimes rechtspolitisches Ziel verfolgte und die vorgesehene Klassifizierung insoweit nicht irrational war<sup>46</sup>. Dieses zweistufige Prüfungsverfahren reflektierte das Spannungsverhältnis zwischen verfassungsrechtlichem Individualschutz einerseits und der Staatenautonomie gegenüber dem Bund andererseits. Dem Streit über die Einstufung von Differenzierungen nach der Geschlechtszugehörigkeit<sup>47</sup> ist das Gericht inzwischen durch Einführung eines dritten, mittleren Standards ausgewichen<sup>48</sup>, der sich zu dem Grundsatz verfestigt hat: "Classifications by gender must serve important governmental objectives and must be substantially related to achievement of those objectives"<sup>49</sup>.

Die Bewahrung traditioneller Rollenverteilung in der Familie gilt unter diesem Standard noch nicht als legitimer Gesetzeszweck<sup>50</sup>. Der bei Sorgerechtsentscheidungen praktisch bedeutsame Muttervorrang für Kleinkinder ist noch nicht höchstrichterlicher Prüfung unterzogen worden. Die Auffassungen der Staatengerichte differie-

L.Rev. 788 f. (1977) für Pennsylvania. Speziell für Sorgerechtsentscheidungen: *Avner/Green*, 8 FLR 4029 f. (1982).

- 43 *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1, 11 (1967); im Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen: *Beazley v. Davis*, 545 P.2d 206 (Nev. 1976); *Lucas v. Kreischer*, 299 A.2d 243 (Pa. 1973); *Myers v. Myers*, 360 A.2d 587, 591 f. (Pa. 1976); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1340 ff. (1980).
- 44 *Oyama v. California*, 332 U.S. 633, 644 ff. (1948).
- 45 Vgl. oben Fn. 29 und begleitenden Text. Der Druck der Emanzipationsbewegungen der Frauen sowie rassischer und anderer Minderheiten, neuerdings sogar der Väter und Kinder, hat bewirkt, daß die Rechtsprechung in der Realität oft weitaus „radikaler“ ist als in der Bundesrepublik Deutschland, vgl. *Coester-Waltjen*, JZ 1976, 257 ff. Einschneidend z.B. das Recht auf Wiedergutmachung von Diskriminierungen in der Vergangenheit (vgl. jetzt aber *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265; 57 L.Ed. 750 (1978), mit erheblichen Vorbehalten); skurril eher die Namensänderung von Frau Cooperman in Frau Cooperperson, In re Cooperman, 4 FLR 2114 (N.Y.Sup.Ct. 1977), abgelehnt noch in 3 FLR 2017 (N.Y.Sup.Ct. 1976).
- 46 *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U.S. 1, 17; 36 L.Ed.2d 16 (1973); *Lehnhausen v. Lake Shore Auto Parts*, 410 U.S. 356, 364 (1973).
- 47 In *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973) hielten vier Richter die Geschlechtszugehörigkeit für eine "suspect classification" (S. 682), während vier weitere Richter diese Frage offenließen, drei davon im Hinblick auf das derzeit laufende Ratifikationsverfahren des ERA (S. 691 f.). Zur Diskussion im übrigen *Coester-Waltjen*, JZ 1976, 257 ff.
- 48 *Gomez v. Perez*, 409 U.S. 535, 538 (1973); *New Jersey Welfare Rights Organisation v. Cahill*, 411 U.S. 619, 621 (1973); *Frontiero v. Richardson a.a.O.*, S. 688 ff.; *Reed v. Reed*, 404 U.S. 71, 76 (1971); *Weinberger v. Wiesenfeld*, 420 U.S. 636, 645 ff. (1975); *Stanton v. Stanton* 421 U.S. 7, 14 f. (1975).  
Vgl. im einzelnen *Nowak*, 62 Georgia L.J. 1071 ff. (1974); *Gunther*, 86 Harv.L.Rev. 18 ff. (1972); *Tribe* S. 1063 ff.
- 49 *Califano v. Webster*, 430 U.S. 313, 316 f. (1977); *Orr v. Orr*, 47 U.S. Law Week 4224, 4227 (1979).
- 50 *Frontiero v. Richardson a.a.O.*, S. 684: "romantic paternalism"; *Stanton v. Stanton a.a.O.*, S. 10; *Orr v. Orr a.a.O.*; *Califano v. Webster a.a.O.*, S. 317.

ren. Selbst das ERA würde, wie die Gerichtsentscheidungen aus Staaten mit verfassungsrechtlichem Gleichberechtigungsprinzip zeigen, nicht schon per se Klarheit schaffen<sup>51</sup>.

### III. Allgemeines Kindschaftsrecht

#### 1. Elternrechte im Verhältnis zum Staat

Der Vorrang des elterlichen Sorgerechts gegenüber Staat oder Gesellschaft ist ein allgemein anerkannter und immer wieder bestätigter Grundsatz<sup>52</sup>. Gelegentlich wird das Elternrecht unmittelbar aus dem Naturrecht hergeleitet oder aus anderen überkonstitutionellen Quellen<sup>53</sup>, es hat aber auch gesicherten verfassungsrechtlichen<sup>54</sup> Stellenwert<sup>55</sup> und ist Bestandteil des einzelstaatlichen common law<sup>56</sup>. In neueren Familiengesetzen finden sich auch erstmalig Bestimmungen, die das elterliche Sorgerecht generell, d.h. nicht nur im Hinblick auf bestimmte Krisensituationen definieren<sup>57</sup>. Das Elternrecht ist jedoch nicht absolut. Die amerikanischen Staaten haben im Anschluß an das englische common law die Doktrin des „*parens patriae*“ übernommen, die dem Staat (in England der Krone) eine subsidäre Schutzfunktion für

51 Zum ganzen unten bei Fn. 164 ff.

52 *Mnookin*, Child, Family and State, Vorwort S. XXI f.; ders., 39 L.+Cont.Prob. 266 ff. (1975); *Goldstein*, 1. Int.J. of Law and Psych. 109 ff. (1978); ders., 86 Yale L.J. 646 ff. (1977); *Glendon*, 62 Virginia L.Rev. 713 f. (1976); *Howe*, 10 Urb.+Soc.Change Rev. 15 (1977); grundsätzlich kritisch jetzt *Note*, 88 Yale L.J. 198 ff. (1979) (mit Blick auf Institutionalisierung von Kindern).

53 *Behn v. Timmons*, 3 FLR 2470 (Fla.App. 1977); *Simpson v. Rast*, 258 So.2d 233 (Miss. 1972); *Osterholt v. Osterholt*, 114 N.W.2d 734 (Nebr. 1962); *Kees v. Fallen*, 31 ALR3d 1182, 1185 (Miss. 1968); *Turner v. Pannick*, 540 R2d 1051, 1055 (Alaska 1975) (concurring opinion Dimond); *Leavall*, 2 Ga.L.Rev. 164 (1968) m.w.N. Häufig wird das Sprichwort zitiert: "blood is thicker than water", kritisch dazu *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 56 (1969); *Coyne*, in: The Rights of Children · S. 196; *Foster*, 12 Willamette L.J. 554 (1976); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 426, Fn. 14 (1965).

54 Wenn nicht anders vermerkt, ist mit „Verfassung“ immer die amerikanische Bundesverfassung gemeint.

55 *Belotti v. Baird/Hunerwadel v. Baird*, 99 S.Ct. 3035 ff. (1979); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651; 31 L.Ed.2d 551 (1972); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 485; 14 L.Ed.2d 510 (1965) (concurring opinion Goldberg); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 214; 32 L.Ed.2d 15 (1972); vgl. auch *Alsager v. District Court of Polk County, Iowa*, 406 F.Supp. 10, 16 (S.D.Iowa 1975) und 545 F.2d 1137 (8th Cir. 1976); *Matter of J., S. and C.*, 324 A.2d 90 (N.J. 1974) (unter Berufung auf das 1., 9. und 14. Amendment); vgl. *Burt*, 39 L.+Cont.Prob. 118 ff. (1975).

56 Vgl. 31 ALR3d 1196 f. (1970); *Glendon*, 23 Am.J.Comp.L. 20 f. (1975).

57 Vgl. Texas Fam.Code §§ 12.04 und 11.03. 11.04, in Kraft seit 1.1.1974 i.d.F. vom 1.9.1975.

Kinder und andere Schutzbedürftige zuweist<sup>58</sup>. In seiner Eigenschaft als *parens patriae* tritt der Staat hauptsächlich in drei Zusammenhängen an die Familie heran: Erstens generell, z.B. durch Einführung von Impf- und Schulpflichten<sup>59</sup>, zweitens durch Eingriffe in das elterliche Sorgerecht bei Verletzung von Minimalanforderungen an Kindesfürsorge und -erziehung<sup>60</sup> und drittens als Wächter des Kindeswohls bei Familienauflösungen, insbesondere durch Scheidung<sup>61</sup>.

Maßstab und Grenzen des staatlichen Funktionsbereichs im zweiten und dritten Fall sind vom Gesetz oder Richterrecht nicht exakt umschrieben. Beide Bereiche werden beherrscht von den Generalklauseln des Kindeswohls (*best interests of the child*)<sup>62</sup> und des Vorrangs der biologischen Eltern, wobei sich die Leitfunktion dieser Prinzipien im Fall ihres Konfliktes weitgehend aufhebt<sup>63</sup>. Diese Grundsätze sind aus richterrechtlicher Tradition entstanden und in neuere gesetzliche Regelungen übernommen worden. Die Grenzziehung im einzelnen obliegt den Gerichten. Die Gesamtheit des Entscheidungsmaterials füllt das Spektrum zwischen den Extremen eines absoluten Elternrechts und der völligen Ignorierung des Elternrechts so weitgehend aus<sup>64</sup>, daß von einer gesicherten *Substanz* des Elternrechts trotz seiner institutionellen Anerkennung nur in beschränktem Maße die Rede sein kann<sup>65</sup>.

58 *Finlay v. Finlay*, 148 N.E. 624, 626; 40 ALR 937 (1925); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U. L.Rev. 423 ff. (1965); *Mnookin*, 43 Harv.Ed.Rev. 599 ff. (1973); ders., 39 L.+Cont.Prob. 240 ff. (1975) m.w.N.; *Brosky/Alford*, 81 Dick.L.Rev. 683 ff. (1977); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1201 f. (1980). Für England vgl. *Eyre v. Shaftesbury*, [1722] 24 Eng.Rep.659.

59 *Krause*, Family Law S. 188 ff. (§ 17.9); zur Abgrenzung von Schulpflicht und Elternrecht grundlegend *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925): Recht auf Besuch von Privatschulen; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923): elterlicher Einfluß auf den Unterrichtsinhalt, jüngst ausgedehnt auf schulischen Aufklärungsunterricht, vgl. *Medeiros v. Kiyosaki*, 478 P.2d 314 (Hawai 1970), und vor allem *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972): Recht der Mitglieder einer Sekte, die streng abgeschlossen und unter Ablehnung moderner Zivilisation lebt (Amish Community), die Kinder vorzeitig aus der Schule zu nehmen, um sie nicht den verderblichen Einflüssen moderner Bildung auszusetzen und die Kinder damit zu verlieren, dazu *Tribe* S. 856, 862.

60 Als Grundtypen dieses Fehlverhaltens werden regelmäßig genannt *abuse*, *neglect*, *abandonment*, vgl. *Wald*, 27 Stan.L.Rev. 985 ff. (1975); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 240 ff. (1975); *Krause*, Family Law S. 232 ff. (§ 20.1 ff).

61 Der Hinweis auf die *parens-patriae*-Funktion findet sich in nahezu jeder Sorgeentscheidung, vgl. z.B. *Finlay v. Finlay*, 148 N.E. 624, 626; 40 ALR 937 (N.Y. 1925); *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 (Sup.Ct. 1976).

62 Vgl. unten V.2.b).

63 *Clark* S. 584 ff., 591 ff.; vgl. unten V.5.a). In einigen Staaten entscheidet ein freier Kindeswohl-Maßstab auch zwischen nicht verheirateten Eltern, In re *Miroslava P.*, 6 FLR 2399 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Ferenc v. Hayner*, 6 FLR 2616 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Stevens v. Leone*, 6 FLR 2542 (Conn.Super.Ct. 1980).

64 Vgl. 31 ALR 3d 1187, 1196 ff. (1970); *Kleinfeld*, 4 Fam.L.Q. 320 ff., 409 ff. (1970) ders., 5 Fam.L.Q. 64 ff. (1971); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 240 ff. (1975); *Wald*, 27 Stan.L.Rev. 985 ff. (1975).

65 Vgl. *Hansen v. Hansen*, oben Fn. 23. Einen fundamentalen Vorstoß zugunsten elterlicher Autonomie und Familienintegrität haben jetzt *Goldstein/Freud/Solmit* in ihrem Buch "Before the best interests of the child" (1979) unternommen, wohl als Ausdruck der generellen Abwehrbewegung gegen die „Verrechtlichung“ des gesellschaftlichen Lebens in den

## 2. Das Verhältnis der Eltern zueinander

Direkte Regulierungen des Verhältnisses der Ehegatten und Eltern zueinander in der intakten Familie entsprechen nicht der Tradition des anglo-amerikanischen Rechts. Ob hierin ein grundlegend unterschiedlicher Ansatz im Vergleich zum kontinental-europäischen Recht zu sehen ist<sup>66</sup>, mag dahinstehen, denn die herrschenden sozialen Vorstellungen über die Rollenverteilung in der Familie prägten das Recht auch im anglo-amerikanischen Bereich. Sie bildeten die Grundlage für richterliche Entscheidungen bei Familienzusammenbrüchen, und diese richterliche übernommenen Wertungen stellten damit gleichzeitig einen rechtlichen Verhaltenskodex für die intakte Familie zur Verfügung<sup>67</sup>. Ein rechtlicher Entscheidungsvorrang eines Elternteils in intakten Familien bestand allerdings nicht, und ein unmittelbares Einschreiten oberhalb der Gefährdungsgrenze für das Kind wurde abgelehnt<sup>68</sup>. Das bedeutete, daß das aufkommende Gleichberechtigungsprinzip insoweit dem bestehenden Recht ohne Änderungen eingepaßt werden konnte. Wenn in modernen Gesetzen wie z.B. dem Texas Family Code<sup>69</sup> die elterlichen Rechte und Pflichten definiert werden, findet sich keine Unterscheidung zwischen den Elternteilen. Solche Gesetze werden dahingehend interpretiert, daß die Eltern gleichermaßen berechtigt und verpflichtet seien<sup>70</sup>. Eine Schlichtungs- oder Entscheidungsfunktion der Gerichte ist nicht vorgesehen<sup>71</sup>.

## 3. Das Eltern-Kind-Verhältnis

### a) Dauer der Unmündigkeit

Das Volljährigkeitsalter ist in den meisten Staaten auf 18 (oder 19) Jahre herabgesetzt worden<sup>72</sup>. Hierdurch hat die vom englischen Recht übernommene Institution der "emancipation"<sup>73</sup> weitgehend ihre Bedeutung verloren. "Emancipation" bedeu-

USA, vgl. *Chambers*, The Legalization of the Family, 26 Law Quadrangle Notes 22 (Ann Arbor, Mich. Nr. 7/1982). Dem folgt nun offenbar auch der US-Supreme-Court, indem er den Art. 6 Abs. 2, 3 GG, § 1666 BGB ähnliche Grundsätze aufstellte, *Santosky v. Santosky*, 8 FLR 3023 ff. (1982); s. dazu noch unten Fn. 86.

66 So *Glendon*, 23 Am.J.Comp.L. 4 f. (1975); *Rheinstein/Glendon*, Int.Encycl.Comp.L. IV/4, N. 27.

67 *Clark* S. 181.

68 *Glendon* a.a.O., S. 20 f. m.w.N.; vgl. auch *Parker v. Stage*, 4 FLR 2103 (N.Y. 1977).

69 § 12.04 Tex.Fam.Code, Vernon's Tex.Codes Ann., Family Bd. 2.

70 *Harrington v. State*, 547 S.W.2d 621 (Tex.App. 1977); *Barefoot v. Barefoot*, 566 S.W.2d 105 (Tex.App. 1978); *Rheinstein/Glendon*, Int.Encycl.Comp.L. IV/4, N. 27.

71 *People ex.rel. Sisson v. Sisson*, 2 N.E.2d 660, 661 (N.Y. 1936); *Kilgrow v. Kilgrow*, 107 So.2d 885, 888 (Ala. 1959); vgl. *Rheinstein/Glendon* a.a.O.; zu den diesbezüglichen Auswirkungen der Kindesrechtsdiskussion vgl. aber unten Fn. 91.

72 Vgl. Überblick bei *Bergmann/Ferid*, Int. Ehe- und Kindschaftsrecht, USA, Hinweisblatt (59. Lieferung).

73 *Krause*, Family Law S. 182 ff. (§ 17.3); *Clark* S. 240 ff., 505.

tete die rechtliche Anerkennung einer faktisch vollzogenen Lösung des minderjährigen Kindes von den Eltern und seiner neuerworbenen Selbständigkeit. Vor allem unterhalts- und vertragsrechtlich wurde das emanzipierte Kind wie ein Volljähriger behandelt. Angesichts einer oft bis zum 18. Lebensjahr ausgedehnten Schulpflicht und des Verbots von Kinderarbeit haben Kinder heute praktisch keine Chance, von der formal fortbestehenden Möglichkeit der "emancipation" Gebrauch zu machen<sup>74</sup>.

Mehr Bedeutung für die Gegenwart und Zukunft hat hingegen der Gedanke einer "reverse emancipation"<sup>75</sup>, d.h. die teilweise Wiedereinbindung des formal volljährig gewordenen Kindes in die Abhängigkeiten des Eltern-Kind-Verhältnisses, soweit das „Kind“ wegen fortdauernder Ausbildung auf Unterstützung der Eltern angewiesen ist<sup>76</sup>.

Es kommt auch vor, daß Volljährige, die sich extremen Sekten angeschlossen haben, wieder unter die „Vormundschaft“ ihrer Eltern gestellt werden<sup>77</sup>.

### b) Elterliches Sorgerecht und Kindesrecht

Traditionell war mit dem Begriff der Minderjährigkeit die Vorstellung verbunden, daß der Minderjährige nicht selbstverantwortlich Entscheidungen treffen könne<sup>78</sup>. Dementsprechend ist das elterliche Bestimmungsrecht in seiner Konzeption allumfassend<sup>79</sup>. Die elterliche "custody" umfaßt sowohl die rechtliche Entscheidungskompetenz für alle das Kind betreffenden Fragen als auch die tatsächliche, persönliche Betreuung und Erziehung der Kinder<sup>80</sup>. Die Entdeckung jedoch, daß die Persönlichkeitsrechte der Verfassung nicht unterscheiden zwischen Erwachsenen und

74 *Marks*, 39 L.+Cont.Prob. 86 ff. (1975); vgl. aber *Parker v. Stage*, 4 FLR 2103 (N.Y. 1977): Tochter zieht mit ihrem Freund zusammen und emanzipiert sich dadurch.

75 *Krause*, Family Law S. 212 (§ 18.5).

76 Vgl. *Krause*, Family Law S. 209 ff. (§ 18.5). Die publizierten Fälle unterstellen überwiegend ein Junktim zwischen elterlichem Bestimmungsrecht und Unterhaltspflicht und lassen letztere entfallen, wenn die Lebensführung des Kindes den elterlichen Vorstellungen nicht entspricht, vgl. *Riegler v. Riegler*, 532 S.W.2d 734 (Ark. 1974); *Roe v. Doe*, 324 N.Y.S.2d 71; 272 N.E.2d 567, 573 (1971); *Parker v. Stage*, 4 FLR 2103 (N.Y. 1977); vgl. auch *Carlson v. Carlson*, 4 FLR 2777 (Utah 1978); *Ross v. Ross*, 5 FLR 3111 (N.J. Super Ct. 1979).

77 Dazu unten 5. Kap. Fn. 320.

78 *Jeremy Bentham*, Theory of Legislation, S. 248; *Goldstein*, 86 Yale L.J. 645 (1977); ders., 1 Int.J.L.+Psych. 110 (1978): "Indeed in the eyes of the law, to be a *child* is to be at risk, dependent and without capacity or authority to decide free of parental control what is "best" for oneself. To be an *adult* is to be perceived in law as free to take risks, as independent and with the capacity and authority to decide to do what is "best" for oneself without regard to parental wishes. Therefore, to be an *adult who is parent* is to be presumed by law to have the capacity, authority and responsibility to determine and to do what is "good" for one's children, what is "best" for the entire family" (fast gleichlautend übernommen in *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 7).

79 *Clark* S. 573.

80 27B CJS, Divorce § 308, S. 439: Der Begriff custody "includes in its meaning every element to provision for the physical, moral, and mental well-being of the children, and implies that the person having custody has immediate personal care and control of the children".

Minderjährigen<sup>81</sup>, hat eine Diskussion über die Rechte von Kindern in Gang gesetzt, die tiefer ansetzt als bei der Gewährung von Teilmündigkeiten für begrenzte Lebensbereiche<sup>82</sup>. Extreme Vertreter der "children's lib" fordern die Abschaffung des Minderjährigenstatus überhaupt und seine Ersetzung durch eine Vermutung der Mündigkeit, die nur im Einzelfall und sachlich begrenzt widerlegbar sein sollte<sup>83</sup>. Aber auch von gemäßigter Seite wird erwogen, Minderjährigkeit zur "semi-suspect-classification" im Sinne der Equal Protection Clause zu erklären, mit der Maßgabe, daß die Vermutung der Inkompetenz jedenfalls *widerlegbar* sein müsse<sup>84</sup>. Eine Differenzierung zwischen der Inhaberschaft von Rechten und der Fähigkeit zu ihrer autonomen Ausübung scheidet für diese Auffassungen aus. Der Gedanke des Schutzes der Kindesrechte durch Dritte ist diskreditiert durch die tatsächliche Behandlung von Kindern durch die staatlichen Organe<sup>85</sup> und wird, auch die Eltern umfassend, generell damit beiseite geschoben, daß die Erwachsenenwelt erfahrungsgemäß *nicht* im Interesse von Kindern handele<sup>86</sup>. Außerdem führt der individualistische Ausgangspunkt der Verfassungsrechtsprechung<sup>87</sup> dazu, daß die Feststellung einer geschützten Rechtsposition des Minderjährigen im Spannungsverhältnis zwischen Kind und Eltern nahezu automatisch die Wahrnehmung dieses Rechts durch das Kind selbst (oder einen Kindesanwalt) impliziert, wenn das Kind zur Äußerung eines eigenen Willens in der Lage ist<sup>88</sup>. Demgegenüber sind die Bemühungen einer anderen breiten Bewegung zugunsten der Kinder nicht auf die Konfrontation von Kindesrechten mit Rechten von Eltern und Gesellschaft gerichtet, sondern auf eine Verbesserung des Kindesschutzes. Überkommene sowie neu formulierte Kindesinteressen werden als „Recht des Kindes“ bezeichnet, gelegentlich in "Bills of Rights"

81 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 243; 32 L.Ed.2d 15 (1972), dissenting opinion J. Douglas: "Children are "persons" within the meaning of the Bill of Rights"; vgl. auch *In re Gault*, 387 U.S. 1, 13 (1967); *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. 503, 511 (1969).

82 Grundlegend mit umfassenden Nachweisen *Wald*, 12 U.C. Davis L.Rev. 255 ff. (1979); vgl. auch *Hansen v. Hansen*, oben Fn. 23; *Crouch*, 6 FLR 4023 ff. (1980); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1350 ff. (1980).

83 *Holt*, *Escape from Childhood*, New York 1974; *Farson*, *Birtherights*, New York 1974; *Coigney*, *Children are People Too*, New York 1975.

84 *Tribe*, S. 1080 ff.

85 Vgl. die Sachverhalte und richterliche Kritik *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967); *Kent v. United States*, 383 U.S. 451 (1966); *Alsager v. District Court of Polk Cty., Iowa*, 406 F.Supp. 10 (S.D.Iowa 1975); 545 F.2d 1137 (8th Cir. 1976); vgl. die Diskussion bei *Burt*, *Sup.Ct.Rev.* 1979, 345 ff.

86 *Tribe* S. 1077; auch *Wald a.a.O.*, S. 256 Fn. 5 hält den Kindesschutz für unzureichend. Dagegen nachdrücklich *Goldstein*, 1 Int.J.L. and Psych. 109 ff. (1978). Kritisch von diesem Standpunkt aus die dissenting opinion mehrerer Richter in *Santosky v. Santosky*, oben Fn. 65, S. 3034.

87 Vgl. oben II.

88 *Belotti v. Baird/Hunerwadel v. Baird*, 99 S.Ct. 3035 (1979); *Planned Parenthood of Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52; 49 L.Ed.2d 788 (1976): Abtreibung ohne Zustimmung der Eltern; *Matter of Smith*, 295 A.2d 238 (Md.App. 1972): keine Abtreibung ohne Zustimmung des Kindes; *A.L. v. G.R.H.*, 325 N.E.2d 501 (Ind.App. 1975): keine Sterilisierung ohne Zustimmung des Kindes.

oder einer "Magna Charta for Children"<sup>89</sup>, und die Wahrung dieser Rechte wird primär von den Eltern erwartet<sup>90</sup>. Aber auch die Einschaltung der Gerichte als Schlichtungsinstanz bei Eltern-Kind-Konflikten wird als Lösungsmöglichkeit angesehen<sup>91</sup>.

## IV. Scheidung, Trennung, Scheidungsfolgen

### 1. Scheidung

#### a) Statistischer Hintergrund

Die Scheidungsrate in den USA ist relativ hoch, sie betrug 4,6 Scheidungen pro tausend Einwohner im Jahr 1974<sup>92</sup>. In anderen Formulierungen wird das Ausmaß der Scheidungen plastischer. Im Jahr 1975 hat die Zahl der Scheidungen die Millionenengrenze pro Jahr überschritten<sup>93</sup>; in einem Ballungsgebiet wie Los Angeles werden vom Scheidungsgericht pro Woche tausend Ehen geschieden<sup>94</sup>; man rechnet damit, daß 60 bis 80 % der heute geschlossenen Ehen durch Scheidung oder dauernde Trennung enden werden<sup>95</sup>; jedes Jahr werden über eine Million Kinder von der Scheidung ihrer Eltern betroffen<sup>96</sup>, und etwa 5 Millionen minderjähriger Kinder,

89 United Nations Declaration of the Rights of the Child, General Assembly Resolution 1386 (XIV) vom 20. November 1959, in: Official Records of the General Assembly, 14th Session, Supp. 16 (1960) S. 19, Principle 6; *Foster*, 1 Bull.A.A.P.L. 199 (1973); derartige Formulierungen von Kindesrechten werden auch von Gerichten vorgenommen, vgl. *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 (Sup.Ct. 1976) sowie die Grundsätze des Family Court, Milwaukee Cty./Wisc., in: *Krause*, Family Law S. 258 ff.; ders., Family Law, Cases S. 1033.

90 *Goldstein*, oben Fn. 86; *Wald*, 12 U.C.Davis L.Rev. 276 ff. (1979). Vgl. *Santosky v. Santosky*, oben Fn. 65.

91 *Belotti v. Baird/Hunerwadel v. Baird*, 99 S.Ct. 3035 ff. (1979); *Belotti v. Baird*. 428 U.S. 132, 147 (1976) für Abtreibungsfragen; weitere Nachweise bei *Wald*, 12 U.C. Davis L.Rev. 278 Fn. 93 (1979); *Wald* selbst wendet sich gegen die Einschaltung der Gerichte unter Hinweis auf die mangelnde Qualifikation von Richtern oder Sachverständigen, innerfamiliäre Fragen zu entscheiden, und mit der Warnung, das Familienleben nicht mit formalisierten Streitverfahren zu belasten; so auch 4 Richter des US-Supreme Court in einem Sondervotum zur erstzitierten Entscheidung.

92 U.S. Department of Commerce, Bureau of the Census, Statistical Abstract of the United States (96th Ed. 1975), S. 51 (Nr. 67); die Scheidungsrate ist in den letzten Jahren und Jahrzehnten kontinuierlich angestiegen.

93 U.S. Bureau of the Census a.a.O., 1976, S. 68; allein im Jahr 1975 waren 4 Mill. Menschen von Scheidungsverfahren betroffen, *Johnson*, 9 Fam.L.Q. 595 (1975).

94 *A. Magnus*, in: Conciliation Courts S. 116; *Judge Markey* a.a.O., S. 19 (50.000 bis 60.000 Scheidungen im Jahr); *Judge McIsaac*, a.a.O., S. 63. Scheidungssachen machen 50 % aller Zivilrechtsstreitigkeiten in den USA aus, *S. Katz*, in: 6 FLR 2113 (1979).

95 *K. Decious*, in: Conciliation Courts S. 45; Der Tendenz folgend wird im Jahr 2000 die Hälfte der Gesamtbevölkerung von Scheidungen betroffen sein, *Johnson*, 9 Fam.L.Q. 595 (1975), während es 1945 noch 25 % waren, *Davis*, 10 L.+Cont.Prob. 718 (1944).

96 *Mnookin*, Child, Family and State S. 626; *Howe*, 10 Urb.+Soc.Change Rev. 17 (1977).

d.h. über 7 % aller amerikanischen Kinder leben gegenwärtig in scheidungsbedingt unvollständigen Familien<sup>97</sup>.

Es wäre voreilig, aus diesen Zahlen zu schließen, daß die Institution der Ehe unpopulär geworden wäre<sup>98</sup>. Nach kurzer Zeit sind die meisten geschiedenen Eheleute mit neuen Partnern verheiratet<sup>99</sup>. Die Vorstellung von der Ehe als Gemeinschaft auf Lebenszeit scheint allerdings im Rückgang begriffen. Eine verlässliche Begründung für die Scheidungsanfälligkeit amerikanischer Familien ist noch nicht gefunden worden. Wahrscheinlich spielen – neben allgemeinen familiensoziologischen Erklärungen<sup>100</sup> – verschiedenste Faktoren eine Rolle, u.a. niedriges Eheschließungsalter, Heirat nach kurzer Bekanntschaft<sup>101</sup>, verbreitete Armut<sup>102</sup> sowie familienfeindliche Sozialhilfeprogramme<sup>103</sup>, familienfeindliche Beschäftigungspolitik der großen Konzerne und wachsende ökonomische Selbständigkeit der Frauen. Zur Unterminierung eines ernsthaften Eheverständnisses mag auch die Bereitschaft einiger Staaten beigegeben haben, aus wirtschaftspolitischen Gründen mit de facto einseitigen Scheidungsmöglichkeiten einen „Scheidungs-tourismus“ zu ermuntern<sup>104</sup>.

#### b) Die rechtlichen Voraussetzungen der Scheidung

Das traditionelle Scheidungsrecht der Staaten war schuldorientiert. Neben Ehebruch und Verlassen kannten die meisten Gesetze „cruelty“ als Scheidungsgrund. Dieser Begriff wurde im Laufe der Zeit so weit interpretiert, daß er als Generalklausel für jegliches ehewidriges Verhalten herangezogen werden konnte<sup>105</sup> und in

97 *Drinan*, in: *The Rights of Children* S. 41; *Glendon*, 62 Va.L.Rev. 713 f. (1976) (unter Ein-schluß sonstiger Teilfamilien sind es 12 Mill.); 10 % aller Familien, d.h. 6,3 Mill. der ameri-kanischen Familien sind „unvollständig“, *Brandwein/Brown/Fox*, 36 J.Marr. and the Fam. 498, 510 (1974); *Brandwein*, 10 Urb.+Soc. Change Rev. 21 (1977). Weiteres Statistisches Material bei *Bruch*, StAZ 1980, 9 f. Nach neuesten Daten des U.S.-Bureau of the Census wird die Hälfte der heute geborenen Kinder wesentliche Teile der Kindheit nur mit einem Elternteil erleben, 6 FLR 2083 (1979).

98 Vgl. *Krause*, Family Law, Cases, Vorwort S. XIII: "Only homosexuals and priests still want to marry".

99 Vgl. *Glendon*, 62 Va.L.Rev. 688 (1976): "Americans like marriage so much that they do it over and over again". Zu den Folgen dieser "subsequent polygamy" für die Kinder vgl. dies., *The New Family*, 116.

100 *König*, Sociological Introduction, Int. Encyclopedia of Comp.Law IV/1 (1974), Nr. 99 ff.

101 Vgl. das Interview mit einem siebenjährigen Scheidungskind, *Kelly/Wallerstein*, 46 Am.J. Orthopsych. 23 (1976): Das Kind über seine Eltern: "They only knew each other two days and they should have known each other at least nine days before getting married!"

102 *Brandwein*, 10 Urb.+Soc.Change Rev. 22 (1977) weist darauf hin, daß wirtschaftliche Not sowohl Ursache als auch Folge der Scheidung ist.

103 *Krause*, Family Law S. 6 ff. (§ 1.6).

104 Vor allem Nevada und Mexiko, vgl. *Blake*, *The Road to Reno*, New York 1962; *Jayme*, Nevada-Ehen deutscher Touristen, StAZ 1982, 208 f.; zu den kollisionsrechtlichen Problemen vgl. *Cramton/Currie/Kay*, Conflict of Laws, 2. Aufl. 1975, S. 752 ff.; *Gamillscheg*, Internationales Privatrecht, Band II (Staudinger) 1973, § 328 ZPO, Rdn. 344 ff.

Zur Situation der Familien in den USA im allgemeinen *Reiss/Hoffman*, *The American Family (Dying or Developing)*, New York, 1979.

105 Vgl. *Clark* S. 341 ff., zu den anderen Scheidungsgründen S. 327 ff.; *Krause*, Family Law S. 275 ff. (§§ 22.2 ff.).

der Tat die Basis für die meisten Scheidungsklagen abgab<sup>106</sup>. Das Schuldsystem wurde in der Gerichtspraxis der meisten Staaten zunehmend ausgehöhlt durch die Tolerierung von Konventionalscheidungen, d.h. durch die Hinnahme bloßer Parteibehauptungen für die Wirklichkeit<sup>107</sup>. Schon vor den ersten gesetzlichen Reformen war daher die einverständliche Scheidung weitgehend praktiziertes Recht<sup>108</sup>. Die zu Ende der 60er Jahre einsetzenden Reformen brachten recht unterschiedliche Lösungen. New York lockerte 1966 sein bis dahin äußerst striktes Scheidungsrecht, und nach einer weiteren Reform 1968 gibt es neben der Scheidung auf Grund schuldhafter Eheverfehlungen auch die einverständliche Scheidung, allerdings mit einjähriger Wartefrist<sup>109</sup>. Der californische Family Law Act von 1969<sup>110</sup> brach als erstes Gesetz vollständig mit dem Schuldsystem. „Irreconcilable differences“ (§ 4506 (1)) sind der Schlüsselbegriff eines ausschließlich auf Zerrüttung aufbauenden Systems, die Berücksichtigung von Eheverfehlungen ist ausdrücklich ausgeschlossen (§ 4509)<sup>111</sup>. Eine Wartefrist besteht nur indirekt insofern, als die endgültige Eheauflösung erst 6 Monate nach Antragstellung erfolgen darf (§§ 4514, 4553). De jure hat der Staat auch unter diesem Gesetz noch eine Kontrollfunktion: Der Richter muß entscheiden, ob „irreconcilable differences“ vorliegen (§ 4508)<sup>112</sup>. Für eine eng umschriebene Gruppe von Fällen gibt es darüber hinaus die einverständliche Scheidung durch Registrierung bei Gericht<sup>113</sup>.

Ähnliche Gesetze haben in etwa 15 Staaten das traditionelle Scheidungsrecht ersetzt, z.T. beeinflusst durch den Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA), der

106 *Jacobson*, American Marriage and Divorce (1959) S. 122, zitiert nach *Clark* S. 341 Fn. 4: 50 bis 60 % aller Scheidungen wurden auf „Cruelty“ gestützt.

107 Die Unwürdigkeit der einstudierten Theaterstücke vor dem Richter wurde nicht zuletzt von der Anwaltschaft kritisiert, *Kay*, 56 Cal.L.Rev. 1205, 1219 f. (1968). Für konkrete Auszüge aus typischen Scheidungsverfahren vgl. The Report of the California Governor's Commission on the Family (Sacramento 1966), S. 119 f. Fn. 23; *Foote/Levy/Sanders* S. 683 ff.; *Virtue*, Family Cases S. 86 f.: „... the number of cruel spouses in Chicago, both male and female, who strike their marriage partners in the face exactly twice, without provocation, leaving visible marks, is remarkable“. Vgl. auch *v. Busekist*, Familiengericht S. 106 ff.

108 *Krause*, Family Law S. 295 (§§ 24.2., 24.3.), S. 297 (24.3.), S. 302 f. (§ 24.7.).

109 § 170 Dom.Rel.Law i.d.F. von 1976; zum ganzen *Rheinstein*, Marriage Stability S. 352 ff. Im Jahr 1980 trat eine grundlegende Neuordnung der vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen in Kraft, vgl. Bericht in FLR 2556 f. (1980) (Gesetz v. 3.6.1980, in Kraft seit 19.7.1980).

110 Cal.Civil Code, Part 5, §§ 4000 ff.

111 Eine Ausnahme gilt für kindesbezogenes Fehlverhalten; dazu unten 5. Kap. Fn. 281.

112 Nach *Krause*, Family Law S. 297 (§ 24.3) ist diese Funktion in der Praxis bedeutungslos; stattdessen sei de facto nunmehr die *einseitige* Scheidung eröffnet.

113 „Summary Dissolution“, §§ 4550 ff. Cal.Civ.Code. Wesentliche Voraussetzungen sind: Kinderlosigkeit, Ehedauer nicht über zwei Jahre, kein Grundbesitz oder wesentliches Vermögen, keine Unterhaltsansprüche; die Sechsmonatsfrist gilt auch hier, § 4553 Cal. Civ.Code. Auch in den sonstigen Fällen der einverständlichen Scheidung sind die Parteien in der Regel vom persönlichen Erscheinen entbunden – es genügen eidesstattliche Erklärungen (affidavits), vgl. eine 1980er Gesetzesergänzung, 6 FLR 2717 (1980). Ähnlich jetzt auch das Recht von Colorado, 8 FLR 2443 (1982).

weitgehend nach dem Vorbild des californischen Rechts konzipiert ist<sup>114</sup>. Die Mehrzahl der Staaten ist mit der Reform nicht so weit gegangen, sondern hat das Zerrüttungsprinzip kombiniert mit den herkömmlichen Schuldgründen<sup>115</sup>. Die Erfahrung in diesen Staaten zeigt, daß das alte System durchaus Vorteile hat für Scheidungswillige: keine Wartefristen sowie günstigere Scheidungsfolgen für die siegreiche Partei<sup>116</sup>. In einem Staat wie Massachusetts, in dem die Scheidung auf Grund Zerrüttung mit langen Wartefristen verbunden ist<sup>117</sup>, wählten in den ersten Monaten nach der Reform 1975 nur 10 % die neue Alternative<sup>118</sup>.

## 2. Ehetrennung

Etwa die Hälfte der Staaten stellt neben der Scheidung die Möglichkeit einer rechtlichen Ehetrennung („divorce a mensa et thoro“ oder „legal separation“) zur Verfügung. Zusätzlich und in den übrigen Staaten regeln Separate Maintenance Statutes die Konsequenzen faktischer Trennung. In den rechtlichen Voraussetzungen unterscheiden sich Scheidungen und Ehetrennung in der Regel nicht<sup>119</sup>. Auch die Auseinandersetzung der Ehegatten erfolgt, von der Aufrechterhaltung des Ehebandes abgesehen, gleichermaßen umfassend, während die Separate Maintenance Statutes nur Unterhaltsfragen betreffen<sup>120</sup>.

## 3. Scheidungsfolgen (Überblick)

Nicht nur die Scheidung selbst, sondern auch die Frage der Kinderzuteilung sind Gegenstand intensiver rechtspolitischer Diskussion und gesetzgeberischer Reformbemühungen. Für die vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung hingegen sind allenfalls Ansätze einer grundlegenden Neuorientierung zu erkennen. Unterhaltsrechtlich dominieren noch die aus vergangenem Scheidungsrecht und Sozialstrukturen erwachsenen Konzeptionen<sup>121</sup>, vor allem die fraglose Fortführung des Ehegattenunterhalts auch nach der Ehe und die schematische Zuordnung von Unterhalts-

114 Text in 9 ULA 459 ff. (1973); zur Entstehungsgeschichte *Rheinstein*, Marriage Stability S. 385 ff.

115 *Krause*, Family Law S. 302 (§ 24.6); einen aktuellen Überblick geben *Freed/Foster*, 6 FLR 4043 ff. (1980) sowie eine tabellarische Synopsis in FLR, Reference File 400 (Stand: 20.7.1982).

116 *Krause* a.a.O.

117 Mass.Gen.Laws Ann., Chap. 208, §§ 1 ff. (1975).

118 Vgl. Bericht in 2 FLR 2429 (1976).

119 Vgl. Cal.Civ.Code §§ 4506, 4508.

120 Vgl. im einzelnen *Clark* S. 192 ff.; *Krause*, Family Law S. 316 ff. (§§ 26.1 bis 26.3). Zu sorgerechtlichen Konsequenzen siehe unten A.V.8.

121 Vgl. zum ganzen *Krause*, Family Law S. 329 ff. (§§ 28.1. ff.), S. 355 ff. (§§ 30.1 ff.), S. 361 ff. (§§ 31.1. ff.).

pflicht zum Mann und Unterhaltsberechtigung zur Frau<sup>122</sup>. Rechtliche Grundlage traditioneller Unterhaltsregelungen sind vage Generalklauseln, die den Richter im wesentlichen auf Recht und Billigkeit verweisen. Sie erlauben spektakuläre Zuwendungen an Frauen von Millionären ebenso wie punitive Unterhaltsbeschränkungen oder Versagungen bei moralischen Verfehlungen der Frau<sup>123</sup> oder als „Sanktion“ gegen die Emanzipationsbewegung der Frauen<sup>124</sup>. Der UMDA, als Beispiel für gesetzliche Reformbestrebungen, beseitigt demgegenüber das Unterhaltsmonopol der Frau, führt die Bedürftigkeit als alleinige Grundlage und Begrenzung des Unterhaltsanspruchs ein und erklärt Schuldenerwägung für unmaßgeblich<sup>125</sup>.

Kindesunterhalt und Ehegattenunterhalt werden häufig nicht getrennt zugesprochen, sondern – wenn die Frau die Kinder erhält – in einer pauschalen Unterhaltssumme verbunden. Unabhängig davon ist anerkannt, daß die Kinderbetreuung auch einen eigenen Unterhaltsanspruch des Sorgeberechtigten begründen kann<sup>126</sup>.

Gleichermaßen vage Billigkeitsklauseln wie beim Unterhalt beherrschen auch die ehedüterrechtliche Auseinandersetzung. In den meisten Staaten gilt das common-law-Prinzip der Gütertrennung, während 8 Staaten, darunter Californien, dem „community property system“ folgen<sup>127</sup>. In den ersteren Staaten bestehen Unklarheiten vor allem in der Umschreibung des Vermögens, das einem Güterausgleich generell unterliegen soll, bedingt durch das Spannungsverhältnis zwischen Rechtstitel und Billigkeitspostulat. In den meisten Community-property-Staaten verhindert wiederum ein Verweis auf Billigkeit eine klar vorhersehbare Güterverteilung<sup>128</sup>. Allgemein als unbefriedigend empfunden wird schließlich eine mangelnde Differenzierung und Koordinierung von güterrechtlicher und unterhaltsrechtlicher Auseinandersetzung in Gesetzen und Gerichtspraxis<sup>129</sup>.

122 Statt aller *Murphey v. Murphey*, 206 S.E.2d 458 (Ga. 1974); vgl. *andererseits* aber *Thaler v. Thaler*, 391 N.Y.S.2d 331 (1977); *Abel v. Abel*, Circ.Ct. Jefferson Cty., Ala. (Okt. 1976), unveröffentlicht, zit. bei *Krause*, Family Law S. 330; *Barnhard v. Barnhard*, 477 S.W.2d 845 (Ark. 1972); *Moezie v. Moezie*, Super.Ct.D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250, 253. Zu diesem neuen Trend *Note*, 27 Ark.L.Rev. 157 ff. (1974).

123 Vgl. Beispiele bei *Krause*, Family Law S. 330 ff. (§§ 28.2 bis 28.4).

124 *Krause*, Family Law S. 332 (§ 28.2).

125 Sec. 308, 9 ULA 493 (1973). Für New York oben Fn. 109.

126 *Clark* S. 441; *Krause*, Family Law S. 368 (§ 31.2).

127 Außerdem Arizona, Idaho, Louisiana, Nevada, New Mexico, Puerto Rico, Texas; vgl. *Ferid/Firsching*, Int. Erbrecht, USA, Grundzüge D VII, Rdn. 89 f. S. 53 ff.

128 *Krause*, Family Law S. 346 ff. (§§ 29.1 ff.), *Clark* S. 449 ff.; auch bezüglich aller vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung vgl. die in Fn. 115 bezeichnete Tabelle.

129 *Krause*, Family Law S. 355 ff. (§§ 30.1 ff.); *Clark* S. 449 ff. (§ 14.8); *Foote/Levy/Sanders* S. 913. Eine grundlegende Neuorientierung in den vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen bietet ansatzweise *Krause* a.a.O., S. 361 ff. (Kap. 31). Zu den vermögensrechtlichen Folgen der Scheidung in Californien *Bruch*, StAZ 1980, 10 ff.; zum neuen Gesetz in New York *Deschamps v. Deschamps*, 6 FLR 2767 (Sup.Ct. 1980); *Cooper v. Cooper*, 6 FLR 2770 (Sup.Ct. 1980); *Goding v. Goding*, 6 FLR 2862 (Sup.Ct. 1980); *Glasser v. Glasser*, 6 FLR 1885 (Sup.Ct. 1980).

## V. Die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses

Die Entscheidung über die Neugestaltung der Beziehungen von Eltern und Kindern in der Scheidungsfamilie wird verbreitet als die schwierigste und verantwortungsvollste Aufgabe bezeichnet, die einem Richter obliegen kann<sup>130</sup>. In der Praxis sind die Kinder oft der Hauptstreitpunkt, und mit der Lösung der Sorgerechtsfrage regeln sich die übrigen Scheidungsfolgen zumeist ohne größere Differenzen: Unterhalt, aber auch eheliches Vermögen, das in vielen Fällen hauptsächlich aus dem Familienheim besteht und regelmäßig dem Sorgerechtigten zugesprochen wird<sup>131</sup>. Die für die Sorgerechtsentscheidung geltenden Rechtsmaßstäbe ergeben sich aus einer Zusammenschau von Gesetzes- und Richterrecht in den einzelnen Staaten. Zur Erleichterung einer typenmäßigen Erfassung der einzelnen Sorgerechtsregelungen im Rahmen eines Überblicks werden jedoch im folgenden gesetzliche und richterliche Recht getrennt dargestellt.

### 1. Gesetzesrecht

Die am häufigsten anzutreffende gesetzliche Gestaltung ist die Anweisung an den Richter, seine Entscheidung allein oder vorrangig am Kindeswohl auszurichten<sup>132</sup>. Einige dieser Gesetze, vor allem diejenigen, die nach dem Vorbild des UMDA formuliert worden sind, stellen eine Liste von Faktoren bereit, die der Richter im Rah-

130 Oft zitiert wird die Feststellung des Richters *Botein* (Trial Judge S. 273): "The judge agonizes more about reaching the right result in a contested custody issue than about any other type of decision he renders". Vgl. außerdem *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 942 (N.Y.Fam.Ct. 1972); *Hild v. Hild*, 157 A.2d 422 (Md. 1960); *Varney v. Trout*, 23 S.W.2d 944 (Ky. 1932); *Warnecke v. Warnecke*, 182 P.2d 699, 700 (Wash. 1947); *Smith v. Smith*, 386 P.2d 900; 4 ALR 3d 1383, 1386 f. (Utah 1963); *Veazey v. Veazey*, 3 F.L.R 2285, 2286 (Alaska 1977); *Moezie v. Moezie*, Super.Ct.D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250; *Ernst v. Flynn*, 129 N.W.2d 430, 435 (Mich. 1964, diss.op.Black); *Katz*. When Parents Fail S. 146 f.; *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 423 (1965); *Ellsworth/Levy*, 4 L.+ Soc.Rev. 206 ("... comes close to overwhelming human powers of prediction and judgement").

131 *Kit Decious*, in: *Conciliation Courts* S. 36; *Donald King*, ebenda S. 10; *Glendon*, *The New Family* S. 84 f.

132 Wenn nicht anders vermerkt, verwenden die Gesetze die Formulierung "best interests of the child": Alaska Stat. § 09.55.205 (Supp. 1977); Ariz.Rev.Stat. § 25-332 (1965); Cal. Civ.Code § 4600; Colo.Rev.Stat. § 14-10-124 (1973); Dela.Code Ann.Tit. 13, § 722 (Supp. 1977); D.C.Code § 16-914 (1973 und Supp. IV 1977); Fla.Stat. Ann. § 61.13 (2) (West Supp. 1978); Haw.Rev.Stat. § 571-46 (1976); Ill. Ann. Stat. Chap. 40, § 19 (Smith-Hurd Supp. 1978, "benefit of the children"); Ind.Code Ann. § 31-1-11.5-21 (Burns Supp. 1977); Kan.Stat. Ann. § 60-1610 (Supp. 1977); Ky.Rev.Stat. § 403.270 (1) (1978); Mass.Gen.Laws Ann.Chap. 208, § 31 (West Supp. 1977/78, "happiness and welfare of the children"); Mich.Comp.Laws Ann. § 722.23, 722.25 (Supp. 1978/79); Minn.Stat. Ann. § 518.17 (2) (West.Supp. 1978); Mo. Ann. Stat. § 452.375 (1977); Mont.Rev. Codes Ann. § 48-332 (Supp. 1977); Nev.Rev.Stat. § 125. 140 (1975, "present comfort and future well-being of such children"); N.H.Rev.Stat. Ann. § 458.17 (Supp. 1975, "benefit of the children"); N.J.Rev.Stat. Ann. § 9.2-4 (1976, "happiness and welfare of the children");

men der Kindeswohl-Prüfung zu beachten hat<sup>133</sup>, allen voran Michigan und Minnesota<sup>134</sup>. Außerdem wird die Maßgeblichkeit des Kindeswohls in vielen Staaten mit einem ausdrücklichen Gleichbehandlungsgebot verbunden: Mutter oder Vater sollen nicht schon auf Grund ihrer Geschlechtszugehörigkeit unterschiedlich bewertet werden<sup>135</sup>.

Andere Gesetze erklären neben dem Kindeswohl die Eignung der Eltern, vor allem in Hinblick auf ihr eheliches Verhalten, für maßgeblich<sup>136</sup>. Eine dritte Gruppe von Gesetzen enthält keinen Hinweis auf das Kindeswohl. Zum Teil wird einem der Eltern ein Vorrang eingeräumt<sup>137</sup> oder es werden andere Maßstäbe oder Gesichtspunkte genannt<sup>138</sup>. Überwiegend aber wird der Richter nur darauf verwiesen, angemessen und gerecht zu unterscheiden<sup>139</sup>, und vereinzelt wird ihm überhaupt keine

N.Y.Dom.Rel.Law § 240 (McKinney 1977); N.C.Gen.Stat. § 50-13.2 (Supp. 1977); Ohio Rev.Code Ann. § 3109.03 (Page 1953 and Supp. 1976); Okla.Stat.Ann.Tit. 30, § 11 (West 1976); Ore.Rev.Stat. § 107.137 (Supp. 1977); S.C.Code §§ 20-3-160, 21-21-10 (1976); S.D.Comp.Laws Ann. § 30-27-19 (1) (1976); Tenn.Code Ann. § 36-828 (Supp. 1977); Tex.Fam.Code Ann. § 14.07 (Vernon 1975); Vt.Stat.Ann.Tit. 15, § 557 (1974); Wash.Rev.Code Ann. § 26.09.190 (Supp. 1976); Wisc.Stat.Ann. §§ 246.15, 247.24 (3) (West Supp. 1977/78); Wyo.Stat. § 20-2-113 (Supp. 1977): "most expedient and beneficial for the well-being of the children".

- 133 Arizona, Colorado, Delaware, District of Columbia, Florida, Illinois, Indiana, Kentucky, Missouri, Montana, Nebraska, Ohio, Vermont, Washington; Fundstellen vgl. vorstehende Fußnote.
- 134 Oben Fn. 132; zu Michigan vgl. *Benedek/Benedek*, 42 Am.J.Orthopsych. 825 (1972); *Watson*, Legal Medicine Annual 1973, 489, Text des Gesetzes unten 4. Kap. Fn. 38.
- 135 So (mit Stand vom Juli 1982) etwa drei Viertel aller Gesetze; von den in Fn. 132 aufgeführten Staaten Alaska, Californien, Delaware, District of Columbia, Florida, Indiana, Kansas, Kentucky, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, New York, Ohio, Oregon, South Carolina, Wisconsin, Wyoming. Das Gleichberechtigungsgebot gilt nur bei Abwesenheit von Eheverfehlungen in Massachusetts, New Jersey, Washington. Eine Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot gilt bei gleichwertigen Verhältnissen in Oklahoma und South Dakota. Das Diskriminierungsverbot ist die einzige gesetzliche Richtlinie für die Sorgerechtsentscheidung in Maryland (Md.Ann.Code Art. 72 A, § 1 (Supp. 1977). Verfassungsrechtliche Equal Rights Amendments der Einzelstaaten sind in dieser Zusammenstellung nicht berücksichtigt (dazu oben Fn. 42), bilden aber regelmäßig den Hintergrund der gesetzlichen Spezialregelungen.
- 136 Conn.Gen.Stat.Ann. § 46-42 (West Supp. 1978); Pa.Stat.Ann.Tit. 48, § 92 (Purdon 1972); Utah Code Ann. § 30-3-10 (Supp. 1977); La.Civ.Code Ann.Art. 157 (A) (West Supp. 1977: primär Scheidungsschuld mit Kindeswohl als Korrektiv); Ga. Code Ann. § 30-127 (Supp. 1978).
- 137 Ala.Code Tit. 30, § 3-1 (1975): Vorrang des Vaters, wenn die Kinder über sieben Jahre alt sind und die Mutter die Familie verlassen hat, implizit Vorrang der Mutter für Kinder unter sieben Jahre; ähnlich auch ein in Montana bis 1976 geltendes Gesetz (Mont.Rev. Codes Ann. § 91-4513 (1947). Ein Vorrang der Mutter für kleinere Kinder wird in den Gesetzen von Oklahoma und South Dakota für den Fall statuiert, daß vom Standpunkt des Kindeswohls aus beide Eltern gleichwertig sind, vgl. Fn. 135, 132.
- 138 Ala.Code Tit. 30, § 3-1 (1975: Eignung und Moral der Eltern sowie Alter und Geschlecht des Kindes); Ga.Code Ann. § 30-127 (Supp. 1978: Scheidungsschuld); Md.Ann.Code Art. 72 A, § 1 (Supp. 1977: nur Diskriminierungsverbot).
- 139 Id.Code § 32-705 (1947, "necessary or proper"); ebenso N.D.Cent.Code § 14-05-22 (1971); Iowa Code Ann. § 598.21 (West Supp. 1977/78, "as shall be justified"); Miss. Code Ann. § 93-5-23 (1972, "as may seem equitable and just"); N.M.Stat.Ann. § 22-7-6 (Supp. 1975, "as may seem just and proper"); Vt.Stat.Ann.Tit. 15, § 292 (1974, "as it seems expedient"); ebenso W.Va.Code Ann. § 48-2-15 (1976).

Richtlinie an die Hand gegeben<sup>140</sup>. In einigen Staaten schließlich ist dem Kind von einem festgesetzten Alter ab das Recht eingeräumt, sich den Elternteil, dem es zugewiesen werden möchte, selbst auszusuchen<sup>141</sup>. Ein Recht der Eltern, durch Vereinbarung die Plazierung ihrer Kinder selbst zu bestimmen, ist – soweit ersichtlich – nur in einem Gesetz statuiert<sup>142</sup>.

## 2. Die rechtlichen Maßstäbe in ihrer richterrechtlichen Ausgestaltung

### a) Das Verhältnis von Richterrecht und Gesetzesrecht

Die Vereinigten Staaten gehören zum Rechtskreis des common law, in dem Richterrecht die primäre Rechtsquelle darstellt. Trotz des ständigen Vordringens von Gesetzesrecht, gerade auch im Familienrecht, hat der Richter seine dominierende Position im wesentlichen halten können. Recht ist nur, was die Gerichte einer jurisdiction für Recht befunden haben. Ein Gesetz, das noch nicht angewendet worden ist, befindet sich deshalb in einer Art Schwebezustand bis zu seiner Transformation in verbindliche Rechtsregeln durch Richterspruch<sup>143</sup>. Nicht das Gesetz ist sodann unmittelbare Rechtsquelle, sondern der Präzedenzfall<sup>144</sup>. Das bedeutet nicht, daß das Gesetz für den Richter unverbindlich wäre, aber mangels einer gesicherten Interpretationslehre, einer das Verhältnis von Richter- und Gesetzesrecht umfassenden Rechtstheorie<sup>145</sup> und unter Einwirkung des überkommenen, wenn auch im Schwinden begriffenen Grundsatzes, daß Gesetze, die in das common law eingreifen, so eng wie möglich auszulegen seien<sup>146</sup>, hat der Richter eine wesentlich freiere Stellung gegenüber dem Gesetz als in den kontinental-europäischen Rechtsordnungen<sup>147</sup>. So ist es möglich, daß in einem Staat, dessen Gesetz die Schuld an der Scheidung maßgeblich sein läßt für die Zuteilung der Kinder, der geltende (richterliche)

140 Ark.Stat. Ann. § 34-1211 (1947); Me.Rev.Stat.Tit. 19 § 752 (Supp. 1977/78); R.I.Gen. Laws § 15-5-16 (1956).

141 Tex.Fam.Code § 14.07; Ga.Code Ann. § 30-127 (jeweils ab 14 Jahre); Miss.Code Ann. § 1263.5 (Supp. 1966) (ab 12 Jahren, bei gleichwertigen und geeigneten Verhältnissen); Ohio Rev.Code Ann. § 3109.04 (Page Supp. 1976), vgl. Siegel/Hurley, 11 Fam.L.Q. 26 ff. (1977). Nicht berücksichtigt sind hier diejenigen Gesetze, die einzelne Faktoren des Kindeswohls aufzählen und dabei regelmäßig auch die Beachtung des Willens reiferer Kinder verlangen, vgl. oben Fn. 133, 134. Zur Auslegung und Bedeutung dieser Gesetze unten 5. Kap. B.IV.2.

142 Indiana Dissolution Act, Ind.Code § 31-1-11.5-10(a).

143 So ist es für Jones – im Rahmen einer Besprechung der einzelnen Custody Statutes (16 J.Fam.L. 701 ff. (1977/78)) – eine offene Frage, ob bei neuen, noch nicht angewandten Gesetzen die Staatengerichte dem Gesetz folgen werden.

144 Farnsworth, S. 75 f.; Fikentscher, Methoden II S. 262 f.; Hay S. 9; Zweigert/Kötz I S. 227 ff., David/Grasman S. 381 ff.

145 Fikentscher, Methoden II S. 262.

146 Hay S. 9; Fikentscher, Methoden II S. 268 f.; Farnsworth S. 77; vgl. Pound, 21 Harv.L. Rev. 383 ff. (1908); J. Pollock, Essays in Jurisprudence and Ethics, London 1882, S. 85.

147 Farnsworth, S. 77: “. . . it is within the power of the court through interpretation to give free rein to the statute or to hobble it.”

Rechtsmaßstab das Kindeswohl ist, ohne Rücksicht auf die Scheidungsschuld<sup>148</sup>. Und wenn der Gesetzgeber eine gefestigte Regel der Gerichte, wie den Vorrang der Mutter bei der Zuweisung kleiner Kinder, aufheben will, so mag ihm das wegen der Ausweichtaktik der Gerichte durch restriktive Interpretation erst bei der dritten Neufassung und Verdeutlichung der Gesetze gelingen<sup>149</sup>. Die Richter selbst scheinen von einer funktionalen Zuständigkeitsverteilung auszugehen: Die Evolution und Anpassung des Rechts im Wandel der Zeiten ist Sache der Gerichte, während das Setzen neuer Impulse und rechtspolitische Neuorientierungen, wie sie für Sorgerechtsfragen etwa von Goldstein/Freud/Solnit vorgeschlagen wurden, vom Gesetzgeber auszugehen haben<sup>150</sup>.

### b) Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

Im Gegensatz zu der uneinheitlichen Formulierung der Gesetze ist den Gerichten *aller* Staaten das Kindeswohl maßgeblicher Entscheidungsgesichtspunkt, unabhängig davon, ob das Gesetz vom Richter eine „angemessene“ Entscheidung verlangt<sup>151</sup>, ob es ihm gar keine Richtlinien gibt<sup>152</sup>, oder ob es andere Gesichtspunkte allein<sup>153</sup> oder vorrangig<sup>154</sup> als Maßstab vorschreibt.

Die amerikanischen Gerichte haben den absoluten Vorrang des Vaters im älteren englischen Recht<sup>155</sup> nie voll übernommen und frühzeitig die Wahrung des Kindes-

148 Ga.Code Ann. § 30-127 (Supp. 1978) sowie Todd v. Todd, 215 S.E.2d 4,5 (Ga. 1975); Ridgon v. Ridgon, 151 S.E.2d 712, 713 f. (Ga. 1966).

149 So wurde in Maryland das erste Gesetz (Md.Code Art. 72 A, sec. 1) ignoriert; die Anfügung eines Equal Rights Amendments an die Verfassung (Art. 46 Md. Constitution) führte immerhin zur Beschränkung des Mutter-Vorrangs auf gleichgelagerte Verhältnisse (Cooke v. Cooke, 70 ALR 3d 255; 319 A.2d 841, 844 (Md.App. 1974)), und erst eine 1974er Gesetzesänderung zwang die Gerichte zur Übernahme der gesetzlich verfolgten Politik, McAndrew v. McAndrew, 382 A.2d 1081; 4 FLR 2287 (Md.App. 1978).

150 Beyond the Best Interests (1973), passim; vgl. Gardebring v. Rizzo, 4 FLR 3115, 3117 (N.D. 1978); Jordana v. Corley, 220 N.W.2d 515, 523 (N.D. 1974); Gordon v. Gordon, 577 P.2d 1271; 4 FLR 2253, 2254 (Okla. 1978).

151 Vgl. oben Fn. 139; dazu Olson v. Olson, 276 P. 34, 35 (Id. 1929); Annest v. Annest, 532 P.2d 571, 572 f. (Id. 1975); In re Marriage of Bowen, 219 N.W.2d 683, 688 (Iowa 1974); Yates v. Yates, 284 So.2d 46, 47 (Miss. 1973); Gholson v. Gholson, 483 P.2d 1313, 1314 (N.M. 1971); DeForest v. DeForest, 228; N.W.2d 919, 923 (N.D. 1975); Lafko v. Lafko, 256 A.2d 166, 172 (Vt. 1969); Funkhouser v. Funkhouser, 216 S.E.2d 570, 573 (W.Va. 1975).

152 Vgl. oben Fn. 140; dazu Qualls v. Qualls, 465 S.W.2d 110, 111 (Ark. 1971); Buzzell v. Buzzell, 235 A.2d 828, 832 (Me. 1967); Zinni v. Zinni, 238 A.2d 373, 375 (R.I. 1968).

153 Georgia, vgl. oben Fn. 148.

154 Louisiana: Sharpe v. Sharpe, 328 So.2d 893, 894 (La.App. 1976).

155 Vgl. Ex Parte Skinner, 9 Moore 278, 27 Rev.R. 710 (Ch. 1824); Rex v. Greenhill, 4 Ad.+ El. 624; 111 Eng.Rep. 922 (K.B. 1836); Andrews v. Salt, 8 Ch.App. 622 (1873); King v. DeManneville, 102 Eng.Rep. 1054 (1800); Blackstone, Commentaries on the Law of England, Bd. 1, S. 453; vgl. aber auch Blisset's Case. Loft's Rep. 748 (1773), und den berühmten Fall Shelley v. Westbrook, 37 Eng.Rep. 850 (Ch. 1817), in dem das Gericht dem Dichter Shelley wegen seiner atheistischen Publikationen seine zwei Kinder verweigerte (nach dem Tod seiner Frau).

wohls als richterliche Aufgabe im Streit der Eltern bezeichnet<sup>156</sup>. Es kann davon ausgegangen werden, daß diejenigen Gesetze, die das Kindeswohl nicht erwähnen, sich vor dem Hintergrund dieser gefestigten Tradition des common law verstehen<sup>157</sup>.

Funktion und Gewicht des Kindeswohls bei der Sorgeverteilung im einzelnen werden mit den verschiedensten Formulierungen umschrieben, die teils die Vorrangigkeit des Kindeswohls betonen<sup>158</sup>, teils seine letzte oder alleinige Maßgeblichkeit<sup>159</sup>, teils aber auch seine richtungsweisende Funktion für die richterliche Entscheidungsfindung<sup>160</sup>. Einige Gerichte haben den Begriff des Kindeswohls zugunsten der „am wenigsten schädlichen Alternative“ für das Kind aufgegeben<sup>161</sup>.

### c) Rechtsvermutungen zugunsten eines Elternteils und Chancengleichheit

Nicht nur in Ausfüllung des Kindeswohl-Grundsatzes, sondern als selbständiges Rechtsprinzip neben dem Kindeswohl werden Rechtsvermutungen zugunsten eines Elternteils angewandt. Der Vater hat danach eine bevorzugte Ausgangsposition bei älteren Kindern, insbesondere Söhnen, bei denen Erziehung und Vorbereitung auf das Berufsleben im Vordergrund stehen und die ein „männliches Identifikations-

156 Zu den frühesten amerikanischen Entscheidungen gehören *Commonwealth v. Addicks*, 5 Binn. 519 (Pa. 1813); In re *Waldron*, 13 Johns. 417, 418 (N.Y. 1816); *US v. Green*, 26 F.Cas. 30, 31 (Circ.Ct.D.R.I. 1824); *Chapsky v. Wood*, 26 Kan. 650 (1881); die Gerichtspraxis zitiert als Leitentscheidung gerne *Finlay v. Finlay*, 240 N.Y. 429; 40 ALR 937; 148 N.E. 624, 626 (1925), eine von Judge Cardozo verfaßte Entscheidung. Zu der frühen amerikanischen Rechtsprechung vgl. weiterhin *Foster/Freed*, 39 N.Y.U. L.Rev. 423 ff. (1965); *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 321 ff., 326 ff. (1978); *Kurtz*, 11 Fam.L.Q. 135 ff. (1978); *Brosky/Alford*, 81 Dick.L.Rev. 683 ff. (1977); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 233 ff. (1975); *Leavall*, 2 Ga.L.Rev. 165 ff. (1968). In diesem Punkt unrichtig deshalb *Neubaus*, FamRZ 1980, 1089.

157 Gelegentlich bezeichnen die Gerichte die Maßgeblichkeit des Kindeswohls sogar als Axiom, *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960); *Davis v. Davis*, 159 S.W.2d 999, 1001 (Ky. 1942).

158 "Paramount": *Simons v. Simons*, 374 A.2d 1040; 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977); *Kminek v. Kminek*, 325 N.E.2d 741, 746 (Ill.App. 1975); *Davis v. Davis*, 354 S.W.2d 526, 528 (Mo.App. 1962); *Cooke v. Cooke*, 319 A.2d 841, 843; 70 ALR 3d 255 (Md.App. 1974); *Salk v. Salk* 393 N.Y.S.2d 841, 843 (Sup.Ct. 1975); *Marcus v. Marcus*, 320 N.E.2d 581, 586 (Ill.App. 1974); vgl. auch – jeweils m.w.N. – 23 ALR 3d 16 (1969) und 27B CJS, Divorce § 309, S. 450. "Primary": *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960); *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 214 (Sup.Ct. 1976). "Chief consideration": 24 Am.Jur.2d § 783 (S. 890).

159 "Ultimate Standard": *Boroff v. Boroff*, 3 FLR 2286, 2287 (Neb. 1977); 23 ALR 3d 6, 16 (1969). "Overriding consideration": *Marcus v. Marcus*, 320 N.E.2d 581, 586 (Ill.App. 1974). "Of controlling importance": *Thurman v. Thurman*, 245 P.2d 810; 32 ALR 2d 996, 1003 (1952). "Cardinal principle": *Cooke v. Cooke*, 319 A.2d 841, 843; 70 ALR 3d 255 (Md.App. 1974). "Sole Matter": *Warnecke v. Warnecke*, 182 P.2d 699, 700 (Wash. 1947).

160 Beliebt ist die Bezeichnung als "polarstar", vgl. *Thurman v. Thurman a.a.O.*, S. 1004; *Marcus v. Marcus a.a.O.*; w.N. 23 ALR 3d 23 (1969). In *Re Walker*, 39 Cal.Rptr. 243, 247 (1964) verwendet das Gericht die Bezeichnung "leitmotiv".

161 *DeForest v. DeForest*, 228 N.W.2d 919, 923 (N.D. 1975); In re *J.S.R.*, 3 FLR 2499 (D. C.App. 1977), im Anschluß an *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond* S. 53 ff. (deutsch S. 49 ff.).

objekt“ brauchen<sup>162</sup>. Kleinere Kinder und Töchter im heranwachsenden Alter gehören demgegenüber im allgemeinen zur Mutter (tender years doctrine)<sup>163</sup>.

Der Vermutung zugunsten des Vaters kommt praktisch wenig Bedeutung zu, während der Muttervorrang die Entscheidungspraxis lange beherrscht hat. In jüngster Zeit ist eine zunehmende Erosion der tender years doctrine zu beobachten, die auf drei Ursachen zurückzuführen ist: die richterliche Anerkennung gewandelter Sozialstrukturen, fachwissenschaftliche Erkenntnisse sowie das Vordringen des Gleichberechtigungsprinzips in den Verfassungen, einfachen Gesetzen und Gerichtsentscheidungen<sup>164</sup>. Heute sind im wesentlichen vier typische Rechtsgestaltungen zu unterscheiden<sup>165</sup>: (1) In einer schnell wachsenden Zahl von Staaten ist jede Rechtsvermutung zugunsten eines Elternteils abgeschafft, beide Eltern haben de jure die gleichen Ausgangschancen, und an die Stelle früherer Vorrangregeln ist ein ausdrückliches Gleichbehandlungsgebot getreten<sup>166</sup>; (2) der Vorrang der Mutter (ausnahmsweise auch des Vaters) gewinnt nur dann Bedeutung, wenn der Richter

162 So das Gesetzesrecht von Montana bis 1976 (Mont.Rev. Codes Ann. § 91-4515 (1947) und Cal.Civ.Code § 138 (2) bis 1969, vgl. auch das noch geltende Gesetz von Alabama (Ala. Code Tit. 30, § 3-1 (1975)). Zum früheren Recht von Arizona vgl. Ward v. Ward, 353 P.2d 895, 900 f. (1960). Zum richterrechtlichen Vater-Vorrang vgl. Smith v. Smith, 3 FLR 2692 (N.Y.Fam.Ct. 1977); Jordana v. Corley, 220 N.W.2d 515, 521 (N.D. 1974); Davis v. Davis 354 S.W.2d 526, 531 (Mo.App. 1962); Lutker v. Lutker, 230 S.W.2d 177, 180 (Mo.App. 1950); Park v. Park, 6 FLR 2748 (Okla.App. 1980).

163 Die tender years doctrine wird häufig bis zum 14. Lebensjahr angewendet, vgl. allgemein 24 Am.Jur.2d § 785, S. 892 f.; 70 ALR 3d 262 ff. (1976); 27B CJS, Divorce, § 308, S. 441 ff.

164 Zu den Verfassungen vgl. oben Fn. 40-42; zum einfachen Gesetzesrecht oben Fn. 135. Ob der Mutter-Vorrang das Gleichberechtigungsprinzip verletzt, wird von den Gerichten nicht einheitlich beantwortet. Gleichberechtigungswidrig: Watts v. Watts, 350 N.Y.S.2d 285 (Fam.Ct. 1973); McAndrew v. McAndrew, 283 A.2d 1081; 4 FLR 2287 (Md.App. 1978); Spriggs v. Carson, 368 A.2d 635 (Pa.Super.Ct. 1977); McGowan v. McGowan, 3 FLR 2579 (Pa.Super.Ct. 1977); Lough v. Charney, 3 FLR 2777 (Pa.Super.Ct. 1977); Erwin v. Erwin, 505 S.W.2d 370 (Tex.Civ.App. 1974). Gleichberechtigungskonform: Tyler v. Thompson, 276 So.2d 610 (Ala.App. 1973); Cooke v. Cooke, 319 A.2d 841; 70 ALR 3d 255 (Md.App. 1974); Whatley v. Whatley, 312 So.2d 149 (La. 1975); Davis v. Davis, 235 N.W.2d 836 (Minn. 1975), cert.denied 96 S.Ct. 3160 (1975); Del Pozzo v. Del Pozzo, 309 A.2d 151 (N.H. 1973); Arends v. Arends, 517 P.2d 1019 (Utah 1974); Cox v. Cox, 532 P.2d 994 (Utah 1975); Scolman v. Scolman, 226 N.W.2d 388 (Wisc. 1975); Clark v. Clark, 3 FLR 2418; 235 S.E.2d 266 (Va. 1977); Harper v. Harper, 3 FLR 2125; 229 S.E.2d 875 (Va. 1976).

165 Einen Überblick geben *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 343 ff. (1978); *Jones*, 16 J.Fam.L. 701 ff. (1977/78). Das Fallrecht gestattet nicht immer eine klare Zuordnung zu einer der vier Gruppen, vor allem zu Gruppe 3 oder 4.

166 Hier nur jene Staaten, in denen es noch keine ausdrückliche gesetzliche Gleichstellung gibt (vgl. oben Fn. 135): *Buzzell v. Buzzell*, 235 A.2d 828, 832 (Me. 1967); *Markegard v. Markegard*, 6 FLR 2886 (Mont. 1980); *Knight, v. Knight*, 241 N.W.2d 360, 362 f (Neb. 1976) (vgl. auch *Boroff v. Boroff*, 3 FLR 2286, 2287 (Neb. 1977)); *Watts v. Watts*, 350 N.Y.S.2d 285, 287 ff. (Fam.Ct. 1973); *Lafko v. Lafko*, 256 A.2d 166, 172 (Vt. 1969).

die Platzierungsalternativen bei beiden Elternteilen für gleichwertig befunden hat<sup>167</sup>; (3) die Mutter wird als der geeignetere Elternteil vermutet, aber der Vater kann diese Vermutung widerlegen<sup>168</sup>; (4) der Mutter gebührt grundsätzlich der Vorrang bei der Kindeszuweisung, es sei denn, der Vater weist nach, daß sie „unfit“ sei, d.h. daß in ihrer Person die Voraussetzungen zum Entzug des elterlichen Sorgerechts vorliegen<sup>169</sup>.

Soweit die tender years doctrine in der einen oder anderen Form gilt, kann sie innerhalb des betreffenden Staates verbindliches Richterrecht darstellen<sup>170</sup>, aber auch nur eine tatsächliche Vermutung<sup>171</sup>. Die Aufhebung des Grundsatzes durch das oberste Staatengericht bedeutet im ersteren Fall eine Rechtsänderung, die in allen noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren, auch in zweiter Instanz zu beachten ist<sup>172</sup>.

Insgesamt zeichnet sich ab, daß geschlechtsbezogene Vorrangregeln vom funktionalen Vorrang des „primary caretaker“ (Hauptbezugsperson) abgelöst werden<sup>172a</sup>.

- 167 Davis v. Davis, 235 N.W.2d 836, 839 (Minn. 1975), cert. denied 426 U.S. 943 (1976); Shannon v. Shannon, 550 S.W.2d 601, 603 f. (Mo.App. 1977); Yager v. Yager, 159 N.W.2d 125, 127 (S.D. 1968) (vgl. aber Gesetz von 1979, 5 FLR 2545 (1979); Arends v. Arends, 517 P.2d 1019, 1021 (Utah 1974); McCreery v. McCreery, 3 FLR 3181 f. (Va. 1977); Johnson v. Johnson, 254 N.W.2d 198, 204 (Wisc. 1977); Jeffries v. Jeffries, 5 FLR 2543 (WVa. 1979); Jones v. Jones, 5 FLR 2366 (Ky.App. 1979); Park v. Park, 6 FLR 2748 (Okla.App. 1980). Die Existenz eines gesetzlichen Gleichbehandlungsgebots (oben bei Fn. 135) schließt diesen Grundsatz nicht aus, z.B. Durette v. Durette, 8 FLR 2300 (Va. 1982); Brown v. Brown, 8 FLR, 2261 (Fla.App. 1982).
- 168 Wambles v. Coppage, 333 So.2d 829, 835 (Ala. 1976); Eviston v. Eviston, 507 S.W.2d 153 (Ky. 1974) (ein Gleichberechtigungsgesetz von 1977 hat den Muttervorrang nicht beseitigt, vgl. Jones v. Jones, vorstehende Fn.); Gillespie v. Gillespie, 6 FLR 2106 f. (Mo. App. 1979); Mayer v. Mayer, 376 A.2d 214, 217 f. (N.J.Super.Ct. 1977); Gholson v. Gholson, 483 P.2d 1313, 1314 (N.M.1971) (Mutter-Vorrang ergibt sich aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls); Zinni v. Zinni, 238 A.2d 373, 375 (R.I. 1968); Simons v. Simons, 211 S.E.2d 555, 559 (S.C. 1975) (abschwächend aber Jones v. Ard, 219 S.E.2d 358, 359 f. (S.C. 1975)); Barstad v. Barstad, 444 P.2d 691, 693 (Wash. 1968); Butcher v. Butcher, 363 P.2d 923, 925 (Wyo. 1961); Atkinson v. Atkinson, 6 FLR 2387, 2388 (Ill.App. 1980) (beschränkt auf Mädchen).
- 169 Weber v. Weber, 508 S.W.2d 725, 730 (Ark. 1974); Sharpe v. Sharpe, 328 So.2d 893, 894 (La.App. 1976); Case v. Stolpe, 300 So.2d 802, 804 (Miss. 1974); Del Pozzo v. Del Pozzo, 309 A.2d 151, 152 (N.H. 1973) (aber Gleichberechtigungsgesetz von 1975); Irwin v. Irwin, 416 P.2d 853, 858 (Okla. 1966) (aber Gleichberechtigungsgesetz von 1980, 6 FLR 2842 (1980)). Zur Verteidigung der tender years doctrine jüngstens Klaff, 70, Cal.L. Rev. 335 ff. (1982).
- 170 Vgl. Moore v. Moore, 4 FLR 2301, 2302 (Ky.App. 1978): "The tender years presumption is both bad law and bad policy. But it is the law in Kentucky and it must be applied in this case." S. auch Schall v. Schall, 380 A.2d 478, 479 f. (Pa.Super.Ct. 1977).
- 171 Harper v. Harper, 3 FLR 2125 (Va. 1976), wohl in Umgehung eines gesetzlichen Gleichbehandlungsgebots.
- 172 Schall v. Schall a.a.O.
- 172a Garstka v. McCoy, 178 S.E.2d 357 (W.Va. 1981) (mit einer detaillierten Liste von Indikatoren, wer die Hauptbezugsperson sei); Jordan v. Jordan, 8 FLR 2596 (Pa.Super.Ct. 1982).

### 3. Die Entscheidungsfindung im Einzelfall

#### a) Freiheit und Bindung des Richters

Über diese rechtlichen Leitlinien hinaus weisen Richterecht und implizit auch die Gesetze dem Richter einen weiten Verantwortungs- und Entscheidungsspielraum zu (discretion). Der Begriff der discretion ist vieldeutig. In der Regel wird mit ihm der Freiraum des erstinstanzlichen Richters gegenüber den kontrollierenden Instanzen bezeichnet<sup>173</sup> und daraus ohne weiteres auf eine entsprechende materiell-rechtliche Ungebundenheit im Sinne eines freien Ermessens geschlossen<sup>174</sup>. Dies entspricht vor allem auch dem Selbstverständnis vieler Richter, die sich gelegentlich sogar offen auf ihre Intuition zur Begründung einer Sorgerechtsentscheidung berufen<sup>175</sup>. Nur vereinzelt finden sich Ansätze, die die Rechts- und Pflichtengebundenheit des Richters generell auch bei Ausfüllung weiter Generalklauseln<sup>176</sup> wie der des Kindeswohls zum Ausdruck bringen: entweder durch die Forderung nach inhaltlicher Objektivität und Rationalität<sup>177</sup> oder nach Legitimierung der Entscheidung durch Sachaufklärung und abwägende Begründung<sup>178</sup>. In diese Richtung zielen auch diejenigen Gesetze, die durch eine Liste von Faktoren den Richter zu umfassender Aufklärung und Prüfung des Kindeswohls veranlassen wollen<sup>179</sup>. Eine effektive Einschränkung des richterlichen Entscheidungsspielraums innerhalb des vorgezeichneten rechtlichen Rahmens wird hierdurch aber nicht erreicht<sup>180</sup>, denn die Bewertung der Faktoren im Einzelfall und ihre Abwägung gegeneinander bleibt

173 vgl. dazu unten 4. Kap. Fn. 167.

174 Vgl. *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 231 (1975); *Raz*, 81 Yale L.J. 843 ff. (1972).

175 *Casale v. Casale*, 3 FLR 2221 (Ky. 1977); *McAndrew v. McAndrew*, 4 FLR 2287 (Md.App. 1978); (so in beiden Fällen die Vorinstanzen); vgl. auch *Matter of J., S. and C.*, 324 A.2d 90 (N.J.Super.Ct. 1974). Diese Entscheidungen müssen in dem Zusammenhang gesehen werden, daß den Gerichten in der Regel keine Begründungspflicht obliegt (vgl. *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 253 f (1975)). Kritisch zur kaum verdeckten richterlichen Subjektivität in der Entscheidungspraxis *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 423 (1965); *Oster*, 5 J.Fam.L. 23 ff., 37 (1965); *Derdeyn*, 133 Am.J.Psych. 1371 (1976); *Rodham*, in: *Rethinking Childhood* S. 408 ff.; *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 249 ff. (1975).

176 *Dworkin*, 35 U.Chi. L.Rev. 32 ff. (1967) und 81 Yale L.J. 879 ff. (1972); *Llewellyn*, *Common Law* S. 217 ff.

177 In *Re J.S.R.*, 3 FLR 2499 (D.C.App. 1977): Pflicht des Richters "to make an informed and rational judgement, free of bias and favor, as to the least detrimental of the available alternatives"; vgl. auch *McKinnies v. Florida*, 315 So.2d 211, 213 (Fla.App. 1975).

178 *Schall v. Schall*, 380 A.2d 478, 479 (Pa.Super.Ct. 1977); *DeForest v. DeForest*, 228 N.W. 2d 919 (N.D. 1975); vgl. auch *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 41 f. (1977).

179 Vgl. oben Fn. 133, 134.

180 *Krause*, *Family Laws* S. 252, § 21.1.

stets dem Richter überlassen<sup>181</sup>. Eine Bindung besteht teilweise nur insoweit, als er alle gesetzlichen Faktoren aufzuklären und zu erörtern hat<sup>182</sup>.

Andere, nicht Kindeswohlbezogene gesetzliche Kriterien, wie vor allem die Scheidungsschuld oder die moralische Eignung der Eltern, werden dadurch relativiert und ermessensabhängig, daß das Kindeswohl richterrechtlich zum vorrangigen und ausschlaggebenden Kriterium erhoben worden ist.

Schließlich versagt auch weitgehend das im common-law-Bereich primäre Bindungsinstrument für den Richter, die Präjudizienbindung. Die Gerichte betonen die Personenbezogenheit und Individualität jedes einzelnen Sachverhalts<sup>183</sup>, so daß die Bindung an einen Präzedenzfall praktisch ausscheidet<sup>184</sup>. Nur generelle, fallunabhängige Rechtsregeln wie etwa der Vorrang der Mutter bei gleichwertigen Verhältnissen können präjudizielle Bindungswirkung entfalten. Selbst insoweit eröffnet jedoch die Berufung auf Besonderheiten des konkreten Falles einen bequemen und kaum kontrollierbaren Ausweg für den späteren Richter.

### b) Alternative Lösungsansätze

Die Ungebundenheit der Richter bei Sorgerechtsentscheidungen wird in der wissenschaftlichen Literatur zumeist als unbefriedigend empfunden<sup>185</sup>, wiewohl nur wenige Entscheidungen die subjektive Voreingenommenheit des Gerichts so deutlich hervortreten lassen wie der Paradedfall *Painter v. Bannister*<sup>186</sup>, in dem einem gesicherten, konventionellen und heimatverbundenen Lebensstil der Vorzug gegeben

181 Anschaulich *Feldman v. Feldman*, 222 N.W.2d 2 (Mich. 1974).

182 So in Michigan (Lewis v. Lewis, 3 FLR 2434 (Mich.App. 1977 m.w.N.) und im District of Columbia (Sec. 108, 109 Marriage and Divorce Act vom 6.4.1977; kritisch dazu *Kucik*, 3 FLR 2356 (1977); in Illinois hingegen braucht der Richter nur auf die gesetzlichen Faktoren einzugehen, die im Sachverhalt konkret angezeigt sind, *Drury v. Drury*, 5 FLR 2026 (Ill.App. 1978); *Atkinson v. Atkinson*, 6 FLR 2387, 2388 (Ill.App. 1980); In re *Allen*, 6 FLR 2415 (Ill.App. 1980).

183 "Each case must be decided on its own particular facts": *Gardiner v. Willis*, 34 So.2d 609, 611 (Ala. 1953); *Graichen v. Graichen*, 121 N.W. 2d 737, 742 (Wisc. 1963); *Marriage of Bowen*, 219 N.W.2d 683, 688 (Iowa 1974); *Davis v. Davis*, 354 S.W.2d 526, 528 (Mo. App. 1962); *Cook v. Cook*, 319 A.2d 841, 844; 70 ALR 3d 255 (Md.App. 1974); *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977); *Nadler v. Superior Court*, 63 Cal.Rptr. 352, 354 (Cal.App. 1967); *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 214 (Sup. Ct. 1976); w.N. in 27B CJS Divorce § 308, S. 402 Fn. 99 (pocket part 1978).

184 *Nye v. Nye*, 99 N.E.2d 574, 576 (Ill.App. 1951); *Harris v. Gillihan*, 287 S.W.2d 569, 570 (Ark. 1956); *Clark S. 573; Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 253 f. (1975).

185 *Mnookin*, 14 J.Child Psych. 180 (1975); weitere Nachweise in den folgenden Fußnoten. Allein *Katz* (When Parents Fail S. 147, sowie im Gespräch mit dem Verfasser vom 3.3. 1979) macht aus der Not eine Tugend und hält die Subjektivität des Richters durch die Kindeswohl-Norm unmittelbar für berufen; dazu 4. Kap. C.II.1.b).

186 140 N.W.2d 152 (Iowa 1966).

wurde gegenüber einer freiheitlich-kreativen, stimulierenden, aber unkonventionellen und wenig stabilen Umgebung für das Kind<sup>187</sup>.

Die Unzufriedenheit mit der gerichtlichen Praxis hat zu sehr verschiedenen Lösungsansätzen geführt. Zum Teil versucht man, den Entscheidungsmaßstab für den Richter rechtstheoretisch und dogmatisch so weit wie möglich zu präzisieren<sup>188</sup>. Der typisch: Sorgerechtsfall anlässlich einer Scheidung, d.h. die Entscheidungsalternative zwischen zwei Elternteilen, die beide grundsätzlich geeignet und dem Kind wechselseitig verbunden sind, hat sich allerdings bisher genereller Erfassung weitgehend verschlossen<sup>189</sup>. Von anderer Seite erhofft man sich eine Einschränkung des richterlichen Ermessensspielraums durch Aufwertung des Kindes als selbständige Prozesspartei mit eigenem Anwalt, wodurch die *parens-patriae*-Funktion des Gerichts überflüssig würde<sup>190</sup>. Die sonstigen Vorschläge zielen darauf ab, die Entscheidungskompetenz des Richters zu beschränken oder gar zu beseitigen. Soweit Dritte an seine Stelle treten sollen, wird Entscheidung durch Schiedsrichter ins

187 Ein Vater hatte – nach dem Unfalltod seiner Frau seinen derzeit dreijährigen Sohn Mark zu seinen Schwiegereltern auf das Land in Pflege gegeben. Neuverheiratet, verlangte er nach 1 1/2 Jahren seinen Sohn wieder heraus, was von den Großeltern des Kindes jedoch verweigert wurde. Zwei weitere Jahre später entschied der Supreme Court von Iowa zugunsten der Großeltern, nachdem es deren Lebensstil mit dem des Vaters verglichen hatte: Beim Vater "Mark would have more freedom of contact and thought with an opportunity to develop his individual talents", es wäre "more exciting and challenging in many respects, but romantic, impractical and unstable" (154 r.Sp.); es wäre "unconventional, arty, bohemian, and probably intellectually stimulating" (156 l.Sp.); das Heim der Großeltern hingegen "provides Mark with a stable, dependable, conventional, middleclass, middlewest background", es biete eine "solid foundation and secure atmosphere" (154 r.Sp.).

Diese Entscheidung ist auf nahezu einhellige Kritik gestoßen, vgl. *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 88 (1969); *Leavall*, 2 *Ga.L.Rev.* 162 f. (1968) m.w.N.; *Levine*, 1 *Fam.L.Q.* 3 ff. (1967); *Okpaku*, 29 *Rutgers L.Rev.* 1149 (1976); *Comment*, 81 *Dick.L.Rev.* 743 f., 750 (1977); *Comment*, 44 *Denver L.J.* 142 f. (1967); *Kay/Philips*, 54 *Cal.L.Rev.* 720 ff. (1966); *Mnookin*, 39 *L.+Cont.Prob.* 283 (1975); *Krause*, *Family Law, Cases S.* 1057; *Foster/Freed*, 11 *Fam.L.Q.* 331 (1978).

Der Vater gab sich mit dieser Entscheidung nicht zufrieden. Er schrieb ein Buch "Mark, I love you" und erreichte zwei Jahre später, anlässlich eines Besuches des Kindes bei ihm in Californien, die Zuweisung des Sorgerechts durch ein dortiges Gericht (In re Painter, Super.C.: Santa Cruz Cty. Nr. 22077 vom 28.8.1968).

188 *Mnookin*, 43 *Harv.Ed.Rev.* 599 ff. (1973) (z.T. abgedruckt in *FamRZ* 1975, 1 ff.); *Mnookin*, 39 *L.+Cont.Prob.* 226 ff. (1975); *Wald*, 27 *Stan.L.Rev.* 985 ff. (1975).

189 *Mnookin*, 39 *L.+Cont.Prob.* 283 ff. (1975).

190 Vor allen *Note*, 87 *Yale L.J.* 1135 ff. (1978); vgl. auch *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 58, 66 f., 77 (1969); *Shepherd*, 8 *U.Rich.L.Rev.* 168, 178 (1974); *Holz*, 16 *J.Fam.L.* 739 ff. (1977-78); *Coyne*, in: *The Rights of Children S.* 210 f.; *Foster*, 1 *Bull.Am.Acad. of Psych. + Law* 199 (1973); *Comment*, 6 *U.C.Davis L.Rev.* 349 ff. (1973); *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond S.* 65 ff. (deutsch S. 58 ff.). Für das Jugendstrafrecht In re Gault, 387 *U.S.* 1, 21 (1967). Skeptisch hinsichtlich dieser Funktion des Kindesanwalts *Mlyniec*, 16 *J.Fam.L.* 13 ff (1977-78); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 *L.+Soc.Rev.* 686 *Fn.* 19 (1974); *Dembitz*, 83 *Yale L.J.* 1312 (1974).

Auge gefaßt<sup>191</sup> oder durch ein besonderes Komitee, das auch die Durchführung der Sorge- und Verkehrsrechtsregelung überwacht<sup>192</sup>, oder es wird gefordert, Sachverständige unmittelbar an der Entscheidung zu beteiligen<sup>193</sup>. Aber auch die Eltern werden als alternative Entscheidungsinstanz zum Richter hervorgehoben<sup>194</sup>. So hat sich der Schwerpunkt der Tätigkeit der californischen Conciliation Courts darauf verlagert, die Eltern durch Aufklärung, Beratung und Vermittlung zu tragfähigen Vereinbarungen über das Schicksal der Kinder nach der Scheidung zu bringen. Die derart zustande gekommenen Vereinbarungen werden vom Gericht ohne inhaltliche Kontrolle genehmigt<sup>195</sup>. Auch sonst konzentriert sich das wissenschaftliche Interesse zunehmend auf versöhnliche, außerjudizielle Lösung von Familienkonflikten<sup>196</sup>. In Parallele hierzu sind materiellrechtliche Reformvorschläge zu sehen, wonach intensive Kooperation der Eltern in der einen oder der anderen Form auch nach der Scheidung die Regel sein soll, so daß der Sorgerechtsentscheidung, sofern sie überhaupt noch notwendig wird, ihre inhaltliche und praktische Bedeutung genommen würde<sup>197</sup>.

In Ergänzung zur juristischen Diskussion bemühen sich schließlich die anthropologischen Wissenschaften in verstärktem Maße um die Aufklärung der psychologischen, biologischen und sozialen Implikationen der Scheidung für das Kind und

- 191 *Judge King*, in: Conciliation Courts S. 11 f.; *Sheets v. Sheets*, 254 N.Y.S.2d 320; 18 ALR 3d 1257 ff. (App.Div. 1964); *Masterson v. Masterson*, 60 S.W. 301 (Ky. 1901). Die Zulassung von Schiedsgerichten für Sorgerechtsverfahren ist von den New Yorker Gerichten nach dem *Sheets*-Fall weitgehend wieder eingeschränkt worden, vgl. *Agur v. Agur*, 298 N.Y.S.2d 772 ff., 776 ff. (App.Div. 1969); *Nestel v. Nestel*, 331 N.Y.S.2d 241, 243 f. (App.Div. 1972). Gänzlich ablehnend *Wertlake v. Wertlake*, 318 A.2d 446 (N.J. Supcr.Ct. 1974); *Lindley*, Separation Agreements § 29-15 f; *Wheeler* S. 91.
- 192 *Kubie*, 73 Yale L.J. 1197 ff. (1964) = in: *The Rights of Children* S. 212 ff. (1973); vgl. auch *Note*, 73 Yale L.J. 1201 ff. (1964); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 67 (1969). Gegenüber beiden vorgenannten Vorschlägen aus praktischen Erwägungen skeptisch *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 289 (1975).
- 193 Zumeist im Rahmen eines „Großen Familiengerichts“, vgl. *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1311 ff. (1974).
- 194 *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 288 (1975); *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 995 f.(1979); *Goldstein/Freud/Solmit*, Before S. 24, 31 ff.; vgl. generell auch *Goldstein*, 1 Int.J.L.+Psych. 109 ff. (1978); *Marschall/Gatz*, 7 N.C. Central L.J. 50 ff. (1975); *Howe*, 10 Urb.+Soc. Change Rev. 20 (1977).
- 195 Vgl. die Berichte der Leiter der Conciliation Courts vor dem californischen Senate Committee on Judiciary, in: Conciliation Courts S. 46 (*Weiss*), 52 (*O'Neill*), 59 (*McIsaac*), 124 (*Hawley*), 132 (*Bergstrom*); *Bruch*, StAZ 1980, 17; *O'Neill* im Gespräch mit dem Verfasser vom 6.4.1979.
- 196 Vgl. das Thema der 4. Weltkonferenz der International Society on Family Law in Cambridge (Mass.): "Towards Alternative Methods of Resolving Disputes within the Family"; Bericht über weitere Tagungen in 8 FLR 2444 (1982).
- 197 Insbesondere *Miller*, 13 Fam.L.Q. 359 ff. (1970); zum Konzept der joint/divided/alternating/split/shared custody oder des dual parenting vgl. unten 5.b).

damit die Bereitstellung von empirisch abgesichertem Erkenntnismaterial, das den Richter bei seiner Rechtsfindung leitet und seinen Interpretationsspielraum einengt<sup>198</sup>.

Während all diese Ansätze davon ausgehen, daß richterliche Beliebigkeit zugunsten sch- und rechtsgebundener Entscheidungsfindung zurückgedrängt werden könne ist ein letzter, durchaus ernsthaft erwogener Vorschlag eher aus Resignation erwachsen: Bei beiderseitiger grundsätzlicher Eignung der Eltern solle das Los gezogen werden. Diese Entscheidung sei ebenso willkürlich wie die des Richters, stelle sich aber wenigstens nicht als Verwirklichung von Recht und Gerechtigkeit dar<sup>199</sup>.

#### 4. Die Bedeutung des gemeinsamen Elternvorschlags

Die elterliche Vereinbarung über die Platzierung der Kinder nach der Scheidung steht nicht im Vordergrund der juristischen Diskussion<sup>200</sup>, über ihr rechtliches Gewicht finden sich höchst divergierende Äußerungen. Vor allem aus den veröffentlichten Gerichtsentscheidungen ergibt sich der Eindruck, daß die elterliche Einigung allenfalls ein Faktor im Rahmen des alleinherrschenden Kindeswohl-Maßstabs und in keine Weise bindend für den Richter sei<sup>201</sup>. Man zweifelt an der Fähigkeit und dem Willen der in Scheidung liegenden Eltern, allein das Kindeswohl als Leitlinie für ihre Vereinbarung zu nehmen<sup>202</sup>, und betont die *parens-patriae*-Funktion des Staats, die im Scheidungsfall oft als „protective custody of the court“ bezeichnet

198 Vor allem das Children of Divorce Project in Marin County von J.S. Wallerstein und J.B. Kelly, vgl. Wallerstein/Kelly, in: *The Child in His Family* S. 479 ff.; Wallerstein/Kelly, 1 J.Am.Acad.Child Psych. 600 ff. (1975); Wallerstein/Kelly, 46 Am.J.Orthopsych. 256 ff. (1976); Kelly/Wallerstein, 46 Am.J.Orthopsych. 20 ff. (1976); Wallerstein/Kelly, 47 Am.J.Orthopsych. 4 ff. (1977); Kelly/Wallerstein, 47 Am.J.Orthopsych. 23 ff. (1977); Wallerstein/Kelly, *Surviving the Breakup* (New York 1980). Eine Untersuchung dieser beiden Forscher über die Auswirkungen der joint custody hat begonnen. Vgl. außerdem die Forschungen von Hetherington, *Developmental Psychology* 1 (1972); Hetherington/Cox/Cox, 25 Fam.Coordinator 417 ff. (1976); dies., in: Stevens/Matthews, *Mother-Child, Father-Child Relations* (1977). Weitere empirische Untersuchungen wurden vom Institute for Child Study der University of Maryland durchgeführt, vgl. 3 FLR 2745 (1977).

199 S. wohl erstmalig Goldstein/Freud/Solmit, *Beyond* S. 153 Fn. 12 (deutsch S. 142 Fn. 68); vgl. weiterhin Mnookin, 39 L.+Cont.Prob. 289 ff. (1975); Mlyniec, 16 J.Fam.L. 15 (1977-78); D. Chambers, Gespräch mit dem Verfasser vom 8.3.1979.

200 Vgl. aber neuerdings die in Fn. 194 zitierten Veröffentlichungen.

201 Agur v. Agur, 298 N.Y.S.2d 772, 777 (App.Div. 1969); Buchanan v. Buchanan, 197 S.E. 4:6 (Va. 1938); Bastian v. Bastian, 160 N.E.2d 133; 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959); DeBry v. DeBry, 496 P.2d 92, 93 f. (Utah 1972); Dokos v. Dokos, 232 N.E.2d 518 (Ill.App. 1967); Leach v. Leach, 296 P.2d 1078, 1080 (Kan. 1956); Mullen v. Mullen, 41 S.E.2d 349, 354 (Va. 1948); Tighe v. Moore, 151 So.2d 910, 917 (Miss. 1963); Williams v. Williams, 296 A.2d 870, 871 (Pa.Super.Ct. 1972); vgl. weiter 66 ALR 2d 1432 ff. (1959); 73 ALR 2d 1444 (1960); 24 Am.Jur.2d § 790, S. 897.

202 Ford v. Ford, 371 U.S. 187, 193 (1962); ähnlich auch Freed/Foster, 4 FLR 4039 (sub.C.); Bodenheimer, 23 Stan.L.Rev. 721 f. (1971); Watson, 21 Syracuse L.Rev. 57 ff. (1969); Note, 87 Yale L.J. 1134 (1978).

wird<sup>203</sup>. Allerdings soll der Richter die Elternvereinbarung nicht leichthin übergehen, sondern ihr erhebliches Gewicht beilegen<sup>204</sup>. Letztlich steht aber auch diese Frage im richterlichen Ermessen<sup>205</sup>, und wenn die Gerichte in eine sachliche Prüfung des Kindeswohls einsteigen, ist ein eigener Stellenwert der Elternvereinbarung in den Entscheidungen und ihren Begründungen regelmäßig nicht zu erkennen<sup>206</sup>.

De facto sind Elternvereinbarungen dennoch die vorherrschende Determinante in der Sorgerechtspraxis. In etwa 90 % aller Scheidungen mit Kindern legen die Eltern eine Vereinbarung über das Schicksal der Kinder vor<sup>207</sup>, und diese Vereinbarungen werden in aller Regel „rubber-stamped“, d.h. ohne Sachprüfung der gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt<sup>208</sup>. Zu Abweichungen von der Elternvereinbarung kann es ausnahmsweise dann kommen, wenn der vorgeschlagene Elternteil offensichtlich nicht die Minimalanforderungen erfüllt, die im allgemeinen Kindeschutzrecht für den Entzug des elterlichen Sorgerechts gelten, oder wenn ein Verteilungsmodus gewählt worden ist, der vom Gericht generell mißbilligt wird – beispielsweise eine alternierende Plazierung des Kindes bei beiden Eltern<sup>209</sup>.

## 5. Die Ehescheidungsalternativen des Richters

### a) Sorgeübertragung auf Dritte

Im typischen Sorgerechtsstreit nach Scheidung hat der Richter seine Wahl zwischen den beiden leiblichen Eltern zu treffen. Aber häufig werden die Kinder der Scheidungsfamilie bereits seit längerem von „Dritten“, d.h. Großeltern, sonstigen Verwandten oder Pflegeeltern betreut, so daß sich für den Richter die weitere Alternative eröffnet, die Kinder in dieser Umgebung zu belassen. Gelegentlich muß er auch zwischen leiblichem und Stiefelternanteil entscheiden. In diesen Fällen gilt die Maxime

203 Williams v. Williams, 134 S.E.2d 227, 230 (N.C. 1964); State v. Duncan, 21 S.F.2d 822, 824 f. (N.C. 1942); Zuccarello v. Zuccarello, 186 S.E.2d 651 (N.C. 1972); vgl. auch Illinois National Bank v. United States, 173 F.Supp. 475, 489 (S.D.Ill. 1959) betr. Unterhaltsvereinbarungen.

204 Flanagan v. Flanagan, 247 P.2d 212 (Ore. 1952); Laurance v. Laurance, 258 F.2d 784, 787 (Ore. 1953); Tufts v. Tufts, 209 S.W.2d 821, 822 (Ky. 1948); Dokos v. Dokos, 232 N.E.2d 508, 512 (Ill.App. 1967); Kminek v. Kminek, 325 N.E.2d 741, 745 (Ill.App. 1975); vgl. auch 27B CJS Divorce § 308, S. 477.

205 Howard v. Greenway, 154, S.E.2d 367, 368 (Ga. 1967); 27B CJS Divorce § 308, S. 477; 24 Am.Jur.2d § 790, S. 897.

206 Nur ausnahmsweise finden sich Äußerungen wie bei Kminek v. Kminek, 325 N.E.2d 741, 745 (Ill.App. 1975): Zwar sei die Vereinbarung der Eltern für das Gericht nicht verbindlich, werde aber übernommen "when consistent with the welfare of the children". "Such an agreement has probative value and is persuasive in determining the best interests of the children." (Ähnlich schon Dokos v. Dokos, 232 N.E.2d 508, 512 (Ill.App. 1967).

207 Mlyniec, 16 J.Fam.L. 5 (1977-78); Goode, After Divorce S. 313; Foster und Freed, Gespräch mit dem Verfasser vom 26.2.1979.

208 Im einzelnen unten 5. Kap., bei Fn. 585, 586.

209 Tighe v. Moore, 151 So.2d 910, 917 (Miss. 1963); Calder v. Woolverton, 375 N.Y.S.2d 150 ff. (App.Div. 1976). Diese Kontrollfunktion des Gerichts gegenüber elterlichen Vereinbarungen wird als "watchdog-doctrine" bezeichnet.

der „best interests of the child“ nicht uneingeschränkt: Den biologischen Eltern gebührt grundsätzlich der Vorrang (parental rights doctrine)<sup>210</sup>. Zum Teil wird dieser Grundsatz aus dem Kindesinteresse begründet, da eine Rechtsvermutung dafür spreche, daß das Kindeswohl am besten bei den leiblichen Eltern gewahrt sei<sup>211</sup>. Diese Vermutung ist aber nach überwiegender Auffassung nicht frei widerlegbar<sup>212</sup>, sondern nur durch den Nachweis auszuräumen, daß die Eltern „unfit“ seien<sup>213</sup>. Eine gewisse Lockerung dieser Begrenzung ist dann zu beobachten, wenn das Kind eine starke Tendenz zur Pflegeperson zeigt<sup>214</sup>. Eine generelle Schwächung erfährt der Elternvorrang vor allem durch das Konzept der psychologischen Eltern-Kind-Beziehung<sup>215</sup>. Vor allem die New Yorker Gerichte tragen gewachsenen menschlichen Bindungen des Kindes zu Dritten Rechnung durch eine Aufwertung der psychologischen Eltern neben den leiblichen Eltern. Deren Vorrang bleibt im Prinzip bestehen, hat aber unter zweierlei Voraussetzungen zu weichen: Es müssen außergewöhnliche Umstände vorliegen, und das Kindeswohl muß die Zuweisung an den Dritten eindeutig erfordern<sup>216</sup>. Dabei wird ein „außergewöhnlicher Umstand“

- 210 Santosky v. Santosky, 8 FLR 3023 ff. (US.-Supr.Ct. 1982); Ellerbe v. Hooks, 6 FLR 2740 ff. (Pa. 1980); Hust. v. Hust, 6 FLR 2742 (N.D. 1980); Nielsen v. Nielsen, 6 FLR 2909 ff. (Neb. 1980); Bennett v. Jeffreys, 387 N.Y.S.2d 821, 356 N.E.2d 277 (N.Y. 1976); Basinger v. Basinger, 515 P.2d 1102 (Kan. 1973); Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y. Sup.Ct. 1977); Payne v. Jones, 415 S.W.2d 57, 59 (Ark. 1967); Robertson v. Robertson, 164 P.2d 52,56 (Cal.App. 1945); Stamper v. Stamper, 3 FLR 2541 (Mich.Cir.Ct., Wayne Cty. 1977); Turner v. Pannick, 540 P.2d 1051, 1055 (conc.opinion Dimond; Alaska 1975); vgl. *Ellsworth/Levy*, 4 L.+Soc.Rev. 204 (1969); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 282 (1975); speziell zum Streit zwischen Eltern und Großeltern vgl. 31 ALR 3d 1187 (1970).
- 211 Behn v. Timmons, 3 FLR 2470 (Fla.App. 1977); Stevens v. Stevens, 5 FLR 2254 (Mich. App. 1978); 24 Am.Jur.2d § 789, S. 896 f.; 31 ALR 3d 1196 f. (1970); *Weinman*, 10. L.+Cont.Prob. 729 (1944).
- 212 Abweichend Stevens v. Stevens a.a.O.: Elternvorrang als reiner Ausdruck des Kindeswohls, durch andere Kindeswohlaspekte aufhebbar. Vgl. oben Fn. 65.
- 213 Bennett v. Jeffreys, a.a.O.; Robertson v. Robertson, a.a.O.; In re Wallshein, 3 FLR 2644 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Marshall v. Marshall, 3 FLR 2065 (Okla. 1976); Chandler v. Chandler, 535 S.W.2d 71, 72 (Ky. 1975); 24 Am.Jur.2d § 789, S. 896 f.
- Als Grenzfall, in dem die elterliche fitness noch bejaht wurde, gilt Stamper v. Stamper (oben Fn. 210): Die Mutter war während der Ehe ein lesbisches Verhältnis mit einem Teenager eingegangen; später begann sie ein neues Verhältnis mit einer Nonne, während der Vater mit dem Teenager zusammenzog; kritisch zur Bejahung der Elterneignung *Foster/Freed* 180 N.Y.L.J. 124, 11.1978 (Nr. 99) S. 7 f. (1978).
- 214 Marcus v. Marcus, 248 N.E.2d 800 (Ill. 1969); vgl. 4 ALR 3d 1438 f. (§ 15) (1965); anders aber Waslie v. Waslie, 152 N.W.2d 755, 757 ff. (Minn. 1967).
- 215 Vor allem vertreten von *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 17 ff. (deutsch S. 23 f.); zuvor schon *Note*, 73 Yale L.J. 151 ff. (1963), allerdings ebenfalls auf *Anna Freud* aufbauend. Vgl. auch *Muench/Levy*, 13 Fam.L.Q. 129 ff., 181 (1979).
- 216 Bennett v. Jeffreys, 387 N.Y.S.2d 821; 356 N.E.2d 277 (N.Y. 1976); Bennett v. Marrow, 3 FLR 2741 (N.Y.Fam.Ct. 1977); Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y.Sup.Ct. 1977) m.w.N. (hier ging es um den Scheidungsstreit von Vater und Stiefmutter, in dem letztere die Kinder zugewiesen bekam. Die leibliche Mutter und erste Ehefrau des Vaters war verstorben); *Velasquez v. Jankowski*, 5 FLR 2088, 2089 (N.Y.Sup.Ct. 1978); In re Agnes

schon in längerem Aufwachsen des Kindes beim Dritten gesehen. Ist hieraus eine psychologische Bindung entstanden, die der zum leiblichen Elternteil eindeutig überlegen ist, so ist die Sorgeübertragung auf den Dritten gerechtfertigt<sup>217</sup>.

### b) *Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach Scheidung*

Grundsätzlich hat der Richter im Scheidungsfall *einem* Elternteil das elterliche Sorgerecht zuzuweisen<sup>218</sup>, und zwar in seiner Gesamtheit. Eine Trennung von Sorgerecht und Personensorge ist regelmäßig nicht zulässig, auch wenn die Eltern dies vereinbart haben<sup>219</sup>. Es können auch nicht Einzelaspekte des Sorgerechts wie z.B. die Schulwahl oder Religionserziehung dem im übrigen nichtsorgeberechtigten Elternteil vorbehalten werden<sup>220</sup>. Diese Grundsätze weichen in neuerer Zeit zunehmend einer Tendenz, die Verantwortungs- und Erziehungsfunktion *beider* Eltern auch nach der Scheidung nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Das Konzept der fortdauernden Eltern-Kooperation oder zumindest Elternverantwortung hat vor allem drei – recht verschiedene – Wurzeln: die wissenschaftliche Erkenntnis, daß das Kind *beide* Eltern zu einer gesunden Entwicklung brauche<sup>221</sup>; die aktive amerikanische Vaterrechtsbewegung<sup>222</sup> und die Unzufriedenheit mit richterlicher Allmacht und Subjektivität, mit der über Eltern-Sein oder Nicht-Sein entschieden wird<sup>223</sup>. Die nahezu unbegrenzte Vielfalt an rechtlichen und tatsächlichen Gestaltungsmöglichkeiten spiegelt sich in der keineswegs einheitlichen Terminologie:

- H., 5 FLR 2986, 2987 (N.Y.Fam.Ct. 1979); Dickson v. Lascaris, 6 FLR 2591 (N.Y.App. Div. 1980); für andere Staaten vgl. (mit gleicher Tendenz) In re B.G., 523 P.2d 244, 258 (Cal. 1974); Hoy v. Willis, 5 FLR 2276 (N.J.App. 1978); Palermo v. Palermo, 5 FLR 2349 (N.J.App. 1979) (wie oben Doe v. Doe); vgl. die grundlegende Abwägung in Smith v. Organization of Foster Families, 431 U.S. 816 (1977). Zustimmung *Foster/Freed*, 39 N.Y. U. L.Rev. 437 (1965); *Foster*, 12 Willamette L.J. 546 ff. (1976) (allerdings zur Vorsicht mahnend unter Hinweis auf Painter v. Bannister (vgl. oben Fn. 186, 187)); ablehnend: *Ellsworth/Levy*, 4 L.+Soc.Rev. 204 ff. (1969); differenzierend *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 282 f. (1975): Wenn sowohl leibliche Eltern als auch Dritte eine psychologische Beziehung zum Kind haben, sollen die leiblichen Eltern den Vorrang haben; besteht eine psychologische Beziehung nur zum Dritten, so ist diesem das Kind zuzuweisen.
- 217 Dieses Konzept ist nicht so revolutionär, wie es oft gesehen wird: der Sache nach ebenso schon Chapsky v. Wood, 26 Kan. 650, 653 f. (1881). Eine interessante Ausprägung findet es in einem neuen Gesetz von Oregon (berichtet in 6 FLR 2251 (1980)): Das Gericht kann bei Scheidung das Sorgerecht für *alle* Kinder der Eheleute, nicht nur die gemeinsamen regeln.
- 218 Marriage of Pergament, 559 P.2d 942, 943 (Ore.App. 1977); Saviers v. Saviers, 438 P.2d 268, 274 (Id. 1968); *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 12 (1978); 27B CJS Divorce § 308, S. 448.
- 219 Wells v. Wells, 261 P.2d 971, 973 f. (Wash. 1953).
- 220 Selby v. Selby, 124 N.E.2d 772, 773 f. (Ohio App. 1952).
- 221 Dazu im einzelnen unten 5. Kap.A.I.1.c), bei Fn. 26.
- 222 Vgl. *Freed/Foster*, 6 FLR 4044 (1980) und unten 5. Kap. Fn. 752.
- 223 *Haddad* meint, das Scheidungsgericht habe nicht nur einen ex-husband, sondern auch einen ex-father aus ihm gemacht (The Disposable Parent S. 3) und bezeichnet die herkömmliche Sorgeverteilung als "civil death of one parent" (5 FLR 2144 r.Sp. (1978)). Nicht gesehen wird, daß joint custody zwar Staatsabwehr bei der Sorgerechtsentscheidung bedeutet, für den Fall elterlichen Erziehungsstreits aber bisher unbekannt richterliche Entscheidungskompetenzen eröffnet, vgl. oben bei Fn. 66 und Asch v. Asch, 5 FLR 2299 (N.J.App.Div. 1978).

Neben die herkömmliche „sole custody“ tritt die joint, divided, alternating, rotating, split, shared oder custody<sup>224</sup> oder das Konzept des dual parenting<sup>225</sup>. Während das Gesetzrecht keines Staates den neuen Gestaltungsformen entgegensteht<sup>226</sup>, werden sie in mehr als der Hälfte aller Staaten ausdrücklich zugelassen<sup>227</sup>. Eine gesetzliche Vermutung zugunsten der joint custody, wie sie die Vaterrechtsbewegung anstrebt, ist in den Gesetzgebungsgremien zumeist abgelehnt worden, zuerst in Californien aber mit Wirkung vom 1.1.1980 geltendes Recht<sup>228</sup>. In den anderen

- 224 Zu Terminologie vgl. *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 10 f. (1978); im folgenden wird die Bezeichnung joint custody als Oberbegriff verwandt. Auszuschneiden ist „split custody“, soweit damit (wie meistens) die Trennung von Geschwistern bezeichnet wird.
- 225 *Bruch*, 1 Fam.Adv. 22 f. (1978); dies., 79 Mich.L.Rev. 708, 725 ff. (1981).
- 226 9:ALR 2d 697, 700; *Foster/Freed* 180 N.Y.L.J. 24.11.1978 (Nr. 99) S. 2 (1978). Insofern, nicht jedoch im übrigen zutreffend die Darstellung bei *Fehmel*, FamRZ 1980, 758 Ff.14 (vgl. unten Fn. 227 und 228).
- 227 Zum Beispiel N.C. Gen.Stat. § 50-13.2 (b) (Supp. 1975: “if clearly in the best interest of the child”); Iowa Code Ann. § 598.21 (Supp. 1978-79: “where justified”); Wisc.Stat. Ann. § 47.24 (1) (b) (Supp. 1978-79: “if the parties so agree and if the court finds that a joint custody arrangement would be in the best interest of the child”); Ore.Rev.Stat. § 107.105 (Supp. 1978: das Gericht mag das Sorgerecht einem Elternteil oder beiden zuweisen “as it may deem just and proper”); ähnlich Kansas, 5 FLR 2902 (1979), 6 FLR 2755 (1980) (nur bei Elternvereinbarung); Connecticut, 6 FLR 2557 (1980); Louisiana, 8 FLR 2605 (1982); Idaho, 8 FLR 2443 (1982); Rev.Stat.Sec. 125.132 ff.; Mont.Stat.Sec. 40-4-223 (1); Ohio Stat.Sec. 3109.04 (A) (D); *Überblicke* in 8 FLR 2506 f. (1982) und FLR, Reference File, Tabelle (oben Fn. 115).
- 228 Die wesentlichen Partien des Cal.Civ.Code lauten: “§ 4600 (a) . . .  
(b) Custody should be awarded in the following order of preference according to the best interests of the child:  
(1) To both parents jointly pursuant to Section 4600.5 or to either parent. In making an order for custody to either parent, the court shall consider, among other factors, which parent is more likely to allow the child or children frequent and continuing contact with the noncustodial parent, and shall not prefer a parent as custodian because of that parent’s sex. The court, in its discretion, may require the parents to submit to the court a plan for the implementation of the custody order.  
(c) . . .  
400.5. (a) There shall be a presumption, affecting the burden of proof, that joint custody is in the best interests of a minor child where the parents have agreed to an award of joint custody or so agree in open court at a hearing for the purpose of determining the custody of the minor child or children of the marriage. If the court declines to enter an order awarding joint custody pursuant to this subdivision, the court shall state in its decision the reasons for denial of an award of joint custody.  
(b) Upon the application of either parent, joint custody may be awarded in the discretion of the court in other cases. For the purpose of assisting the court in making a determination whether an award of joint custody is appropriate under this subdivision, the court may direct that an investigation be conducted pursuant to the provisions of Section 4602. If the court declines to enter an order awarding joint custody pursuant to this subdivision, the court shall state in its decision the reasons for denial of an award of joint custody.  
(c) For the purposes of this section, “joint custody” means an order awarding custody of the minor child or children to both parents and providing that physical custody shall be shared by the parents in such a way as to assure the child or children of frequent and continuing contact with both parents; provided, however, that such order may award joint legal custody without awarding joint physical custody.  
(d) Any order for joint custody may be modified or terminated upon the petition of one or both parents or on the court’s own motion if it is shown that the best interests of the

Staaten öffnen die Gerichte sich nur zögernd, aber doch zunehmend der Forderung nach beiderseitigem Sorgerecht nach der Scheidung<sup>229</sup> und ordnen joint custody gelegentlich selbst dann an, wenn eine entsprechende Elternvereinbarung nicht vorliegt<sup>230</sup>. In der Literatur halten sich vorsichtige Bejahung<sup>231</sup> und zurückhaltende

child require modification or termination of the order. The court shall state in its decision the reasons for modification or termination of the joint custody order if either parent opposes the modification or termination order.

(c) Any order for the custody of the minor child or children of a marriage entered by a court in this state or any other state may, subject to the jurisdictional requirements set forth in Sections 5152 and 5163 be modified at any time to an order of joint custody in accordance with the provisions of this section."

Dem californischen Modell sind bis Mitte 1982 acht weitere Staaten gefolgt: Idaho, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Hampshire, New Mexico, Florida.

Abgelehnt wurden entsprechende Gesetzesvorschläge in Oregon, Massachusetts, Pennsylvania. Für eine derartige Vermutung *Stack*, Social Forces, 511 ff., 515 (1976); *Ware*, 4 New West (Nr. 5, South.Cal.Ed.) 42 ff. (1979); dagegen *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 Nr. (90) S. 392 f.; 22.12.1978, S. 5 (1978) sowie die New Yorker Richter *Kassal* und *Shea* in 5 FLR 2144 (1978).

- 229 *Koester v. Koester*, 5 FLR 2132 (Id. 1978); *Starkeson v. Starkeson*, 5 FLR 2403 f. (N.H. 1979); *R. v. R.* 4 FLR 2043 (N.Y.Fam.Ct. 1977); *Krois v. Kois*, 4 FLR 2018 f. (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Perotti v. Perotti*, 355 N.Y.S.2d 68, 72 f. (N.Y.Sup.Ct. 1974); *Banks v. Banks*, 4 FLR 2652, 2653 (N.Y.Sup.Ct. 1978); *Kelly v. Kelly*, 171 P.2d 95 (Cal.App. 1946); *Childers v. O'Neal*, 476 S.W.2d 799 (Ark. 1972); *Roth v. Roth* 3 FLR 2678 (Ill.App. 1977); *Schilleman*, v. *Schilleman*, 232 N.W.2d 737 (Mich.App. 1975); *Stamper v. Stamper*, 3 FLR 2541 (Mich.Cir.Ct. 1977); *Mason v. Zolonsky*, 103 N.W.2d 752, 755 (Iowa 1960); *Flanagan v. Flanagan*, 247 P.2d 212 (Ore. 1952); *Johnson v. Johnson*, 564 P.2d 71; 3 FLR 2501, 2502 (Alaska 1977). Für New York vgl. weiterhin die beiden zurückhaltenden Leitentscheidungen *Dodd v. Dodd*, 403 N.Y.S.2d 401; 4 FLR 2302 (Sup.Ct. 1978) und *Braiman v. Braiman*, 407 N.Y.S.2d 449; 378 N.E.2d 1019; 4 FLR 2522 (N.Y. 1978).

Für das Jahr 1979 beobachtet *Boshey*, Annual Survey S. 72 einen Trendschwung fort von joint-custody-Anordnungen. Dem entspricht *Lumbra v. Lumbra*, 5 FLR 2169 (Vt. 1978: Rechtsvermutung gegen joint custody); ähnlich *Moninger v. Moninger*, 5 FLR 2424 (Neb. 1979); *Korshak v. Korshak*, 8 FLR 2269 (Vt. 1982). Insgesamt aber ist der Trend ungebrochen.

- 230 Von den vorgenannten Entscheidungen vgl. *Koester v. Koester*; *R. v. R.*; *Krois v. Krois*; *Stamper v. Stamper*; *Kelly v. Kelly*; *Banks v. Banks*; *Schilleman v. Schilleman*; darüber hinaus *Cebrynski v. Cebrynski*, 4 FLR 2676 (Ill.App. 1978) (joint custody zwischen Mutter und Stiefmutter nach dem Tod des sorgeberechtigten Vaters!); *Fuhrman v. Fuhrman*, 254 N.W.2d 97 (N.D. 1977) (1. Instanz); *Gillespie v. Gillespie*, 6 FLR 2106 f. (Mo.App. 1979); *In re Domingo*, 5 FLR 2912, 2913 (N.Y.Fam.Ct. 1979) (unverheiratete Eltern!) *Church v. Church*, 8 FLR 2252 (Mich.Cir.Ct. 1982); *In re Wesley J. K.*, 8 FLR 2484 (Pa. Super.Ct. 1982). Nicht selten sollen derartige joint custody Anordnungen beiderseitige Schwächen oder Handicaps des grundsätzlich besser geeigneten Elternteils ausgleichen, *Adler v. Adler*, 5 FLR 2613 f. (N.Y.Sup.Ct. 1979); *In re Levin*, 6 FLR 2427, 2428 (Cal. App. 1980), sowie oben *R. v. R.*, *Stamper v. Stamper*, *Banks v. Banks*. Gegen die Anordnung von joint custody ohne Elternvereinbarung *Dodd v. Dodd*, a.a.O. 2303 f.; *Braiman v. Braiman* a.a.O., 2523; *Fuhrman v. Fuhrman* a.a.O. 100; *Burham v. Burham*, 5 FLR 2956 (Iowa 1979); *Beck v. Beck*, 6 FLR 2334 f. (N.J.App.Div. 1980); *Bienvenue v. Bienvenue*, 6 FLR 2460 f. (Fla.App. 1980); vgl. auch die aufhebende Rechtsmittelentscheidung in *Banks v. Banks*, 5 FLR 2453 (N.Y.App.Div. 1979); *Bliss v. Ach*, 8 FLR 2215 (N.Y.App. Div. 1982); *Mastropole v. Mastropole*, 8 FLR 2091 (N.J.App. 1981). Zur Thematik 5. Kap. A.II.2.c)aa) (bei Fn. 267 ff.) und C.IV.

- 231 *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 10 ff. 13 (1978); *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 22.12.1978, S. 7; *Note*, 8 J.Fam.L. 58, 68 (1968); vgl. auch *Kassal*, 5 FLR 2144 (1978); *Wallerstein*, Ge-

Skepsis etwa die Waage<sup>232</sup>. Die Diskussion hat sich von der Grundsatzfrage zu den einzelnen Voraussetzungen verlagert, die für das Funktionieren der joint custody in der einen oder anderen Form notwendig sind.

Zusammenfassend kann jedenfalls festgehalten werden, daß der Richter im Grundsatz befugt ist, das Sorgerecht auch beiden Elternteilen gemeinsam oder im Wechsel zu übertragen und den Modus der tatsächlichen Sorgeausübung zu regeln<sup>233</sup>.

### c) Auflagen, Bedingungen, Nebenbestimmungen

Der den Gerichten gesetzlich zugestandene weite Ermessensspielraum bezüglich der Neugestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses umfaßt grundsätzlich auch Einschränkungen oder Zusatzbestimmungen für den Sorgerechtigten. Bedingte Sorgeübertragungen, seien sie aufschiebend – etwa durch Zuweisung zunächst zur Probe<sup>234</sup> – oder auflösend bedingt<sup>235</sup>, sind selten. Sie dienen in der Regel der erzieherischen Einwirkung auf den bedingt Sorgerechtigten. Häufiger begegnen gerichtliche Auflagen, vor allem in zwei typischen Formen<sup>236</sup>: Der sorgerechtigte Elternteil wird

sprach mit dem Verfasser vom 13.3.1979; *Miller*, 13 Fam.L.Q. 347 ff., insb. 359 ff. (1979); *Ricci*, Association of Family Conciliation Courts, Juni 1980, in: 6 FLR 2620 (1980); *Folberg/Grabam*, 12 U.C.Davis L.Rev. 553 ff. (1979); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1324 ff., 1329 ff. (1980).

- 232 *Bodenheimer*, 11 Fam.L.Q. 84 f. (1977); *dies.*, 65 Cal.L.Rev. 1011 f. (1977); *dies.*, 1 Fam. Adv. 19 (1978); *Bruch*, 1 Fam. Adv. 41 (1978); *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 340 f. (1978); vgl. auch *Judge Shea*, in: 5 FLR 2144; *Watson*, Gespräch mit dem Verfasser vom 9.3.1979.
- 233 Vgl. auch die Darstellung bei *Bruch*, StAZ 1980, 16 f.; neueste Darstellungen und Überblicke bei *Miller*, 13 Fam.L.Q. 347 ff. (1979); *Freed/Foster*, 6 FLR 4044 (1980); *Freed und Nolan-Malsack*, in: 6 FLR 2788 ff. (1980).
- 234 *Marriage of Bowen*, 219 N.W.2d 683, 686 (Iowa 1974) (einjährige Probezeit vom Trial Court durchgeführt); *Tavoletti v. Tavoletti*, 198 A.2d 427, 429 (Pa.Super.Ct. 1964); *McLay v. McLay*, 91 N.W.2d 824 ff. (Mich. 1958); *Berman v. Berman*, 5 FLR 2002 (Mich. App. 1978) (gegen probeweise Zuteilung der Kinder, da hierdurch die Voraussetzungen für eine Änderung der Sorgerechtsentscheidung unterlaufen würden); ebenso *Carroll v. Carroll*, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1978) (gegen "temporary experiments"; "the legal system should not operate to cause more chaos"). Vgl. allgemein 24 Am.Jur. § 809, S. 918 ff.; *Johnson*, 3 FLR 4005 (1977).
- 235 *Tavoletti v. Tavoletti a.a.O.* (wegen eines Verhältnisses mit einem verheirateten Mann erhält die Mutter nur "partial custody", d.h. zwei Tage pro Woche; sollte sie das Verhältnis aufgeben, stellt das Gericht eine Änderung zu ihren Gunsten in Aussicht, sollte sie es nicht aufgeben, sei auch die partial custody in Frage gestellt); *Doe v. Doe*, 13 Cumb. 9, 10 (Pa. C.P. 1962) (die Mutter bekommt die ehelichen Kinder nicht, da sie schwanger ist mit einem außerehelich gezeugten Kind; sollte die Mutter dieses Kind zur Adoption freigeben, wäre eine Entscheidung zu ihren Gunsten möglich, da "the result of the mother's moral lapse (would not) be constantly present"); gegen derartige Bedingungen *Dubocq v. Dubocq*, 3 FLR 2027 (Fla.App. 1976); *Meier v. Meier*, 5 FLR 2159, 2160 (Ore.App. 1978) (auflösende Bedingung der Auswanderung nach Canada).
- 236 Untypisch das Gebot an die sorgerechtigte Mutter, (a) kontinuierlich an Elternberatungen teilzunehmen und (b) jedes Mal das Haus zu verlassen, wenn der Vater an festgesetzten Tagen die Kinder besucht: *Banks v. Banks*, 4 FLR 2652, 2653 (N.Y.Sup.Ct. 1978); vgl. auch die Auflage, das Kind – wenn immer notwendig – medizinisch behandeln zu lassen, obwohl die Religion der sorgerechtigten Mutter derartige Behandlungen verbietet, *Gluckstern v. Gluckstern*, 155 N.Y.S.2d 504, 508 ff., 512 (Sup.Ct. 1955) und 153 N.Y.S. 2d 184 (App.Div. 1956).

in der Fortführung eines Liebesverhältnisses beschränkt<sup>237</sup> oder es wird ihm untersagt, ohne Genehmigung des Gerichts oder des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind aus der Region oder dem Staat wegzuziehen, in dem die Familie bisher gelebt hat<sup>238</sup>. Ein derartiges Umzugsverbot wird in einigen Staaten routinemäßig in die Sorgerechtsentscheidung aufgenommen<sup>239</sup>. Die Frage, ob die Umzugsverbote gegen die verfassungsrechtliche Garantie der Freizügigkeit verstoßen<sup>240</sup>, ist nach wie vor offen<sup>241</sup>. Das Fallmaterial weist im übrigen einen unsymmetrischen Einsatz gerichtlicher Auflagen aus: Sie richten sich fast ausschließlich gegen sorgeberechtigte Mütter<sup>242</sup>.

Gelegentlich ordnen die Gerichte auch eine Erziehungsaufsicht an<sup>243</sup>. § 408 Abs. 2 UMDA will diese Befugnis auf alle Fälle begrenzen, in denen das Kindeswohl andernfalls gefährdet oder erheblich beeinträchtigt wäre<sup>244</sup>.

- 237 *Marriage of Ellenwood*, 533 p.2d 259, 261 (Ore.App. 1975); *Saviers v. Saviers*, 438 P.2d 268 (Id. 1968); *A. v. A.*, 514 P.2d 358 (Ore.App. 1973). *Gegen* derartige, von der Vorinstanz angeordnete Auflagen *Selby v. Selby*, 124 N.E.2d 772, 773 (Ohio App. 1952); *Marriage of Walter*, 557 P.2d 57; 3 FLR 2242 (Ore.App. 1976); *In re Wellman*, 6 FLR 2544 (Cal.App. 1980).
- 238 *Ayers v. Ayers*, 62 P.2d 1358 f. (Wash 1936); *Banks v. Banks*, 4 FLR 2652, 2653 (N.Y. Sup.Ct. 1978); *Strahl v. Strahl*, 5 FLR 2494 (N.Y.App.Div. 1979); *Drury v. Drury*, 5 FLR 2026 (Ill.App. 1964); *Hossak v. Hossak*, 126 N.W.2d 166, 170 (Neb. 1964); *Ryan v. Ryan*, 219 N.W.2d 912 (Minn. 1974) (gestützt auf Minn.Stat. § 518.175); *Temple v. Temple*, 4 FLR 2034 (Ill.App. 1977); *Spotts v. Spotts*, 197 N.W.2d 370, 371 (Iowa 1972); *Wallace v. Wallace*, 358 N.E.2d 1369, 1371 (Ohio App. 1974); *Warner v. Warner* 40 A.2d 886 (Pa. Super.Ct. 1945); *Wells v. Wells*, 261 P.2d 971, 973 (Wash. 1953); *Groh v. Groh*, 8 FLR 2528 (Wisc.App. 1982); vgl. allgemein 27B CJS, *Divorce* § 317, S. 554 f.
- 239 Im einzelnen unten 5. Kap., bei Fn. 892 ff. *Ablehnend* demgegenüber *Heard v. Vegas*, 213 S.E.2d 873, 874 f. (Ga. 1975) (auch nicht auf Grund elterlicher Vereinbarung); *Tandy v. Tandy*, 2 FLR 2757 (Ill.App. 1976); *Burns v. Burns*, 276 P.2d 308, 311 (Kan. 1954) (Verstoß gegen Auflage kein Grund zur Sorgeänderung).
- 240 Zur verfassungsrechtlichen Qualität dieses Rechts oben Fn. 33.
- 241 *Bejahend* *Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 20 f. (1948); dies., 65 Cal.L.Rev. 1008 f. (1977); *Comment*, 6 U.C.Davis L.Rev. 193 f. (1973); *Comment*, 81 Dick.L.Rev. 746 (1977).
- 242 Vgl. *Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 19 f. (1978). Eine Ausnahme bildet *A. v. A.*, 514 P.2d 358, 360 (Ore.App. 1973) (dem sorgeberechtigten, homosexuellen Vater wird untersagt, in der Familienwohnung mit einem anderen Mann zusammenzuleben).
- 243 *A. v. A. a.a.O.*; *Hall v. Hall*, 132 N.W.2d 217 (Neb. 1964); *Greenfield v. Greenfield*, 4 FLR 2136 (Neb. 1977); *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 952 f. (Fam.Ct. 1972); *Marriage of Bowen*, 219 N.W.2d 683, 689 a.E. (Iowa 1974).
- 244 § 408, Abs. 2 UMDA: "(b) If both parents or all contestants agree to the order, or if the court finds, that in the absence of the order the child's physical health would be endangered or his emotional development significantly impaired, the court may order the (local probation or welfare department, court social service agency) to exercise continuing supervision over the case to assure that the custodial or visitation terms of the decree are carried out." Vgl. dazu auch die Anmerkung der Commissioners in 9 ULA 510 f. (1973).

## 6. Die Rechtsstellung der Eltern nach der Plazierungsentscheidung

### a) Die Rechtsstellung des Sorgerechtigten

Grundsätzlich steht dem sorgeberechtigten Elternteil der gleiche Freiheitsraum in der Kindeserziehung und im Privatleben zu wie den Eltern während bestehender Ehe<sup>245</sup>. Vertragliche Bindungen werden zwar immer wieder in Scheidungsvereinbarungen oder Eheverträge<sup>246</sup> aufgenommen, vor allem bezüglich der religiösen Erziehung der Kinder, sind gerichtlich aber nicht durchsetzbar<sup>247</sup>.

In Wirklichkeit ist – wie sich soeben gezeigt hat – die Rechtsstellung des Sorgerechtigten jedoch in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt<sup>248</sup>. Er muß das Umgangsrecht des anderen Elternteils dulden und, wenn er ein von sozialen Normen abweichendes Leben führt, mit gerichtlichen Auflagen oder einer Erziehungsaufsicht rechnen<sup>249</sup>. Die Kontrolle durch den Umgangsberechtigten und das Damoklesschwert der Sorgerechtsänderung<sup>250</sup> gehören zu den Lebensbedingungen der nachehelichen Teilfamilie. Rechtspolitisch sind zwei völlig entgegengesetzte Strömungen zu beobachten. Einerseits fordert man den weitgehenden Abbau von Beschränkungen und Kontrollen für den sorgeberechtigten Elternteil<sup>251</sup>. Die Tendenz zur elterlichen Kooperation nach der Scheidung hingegen (joint custody oder ähnliche Modelle) führt zu einer noch stärkeren Verflechtung der geschiedenen Ehegatten, so daß von Autonomie der Teilfamilie keine Rede mehr sein kann.

245 Kindeserziehung: Jenks v. Jenks, 385 S.W.2d 370 (Mo.App. 1964); Privatleben: Jarrett v. Jarrett, 4 FLR 2813, 2814 (Ill.App. 1978); Randall v. Christian, Dist.Ct.Nev. (1973); in: Krause, Family Law, Cases S. 1081 (Geschlechtsumwandlung der sorgeberechtigten Mutter in einen Mann). Vgl. auch 27B CJS, Divorce § 316 (S. 513); § 317 (S. 553 f.); 24 Am.Jur. 2d S. 903 f.; UMDA § 408, 409.

246 Es besteht ein Trend in den USA, vor Eheschließung elaborierte Verträge über die künftige Ehegestaltung und die beiderseitigen Rechte und Pflichten abzuschließen, wobei auch schon das mögliche Scheitern der Ehe miteinbezogen wird, vgl. (mit Vertragsentwurf) Sberesky/Mannes, A radical guide to wedlock, Saturday Revue vom 29. Juli 1972, S. 33.

247 Hehman v. Hehman, 178 N.Y.S.2d 328 (Sup.Ct. 1958); Miles v. Liebolt, 230 N.Y.S.2d 342 (Sup.Ct. 1962); Stanton v. Stanton, 100 S.E.2d 289; 66 ALR 2d 1401, 1408 (Ga. 1957); Heard v. Vegas, 213 S.E.2d 873 (Ga. 1975); vgl. 66 ALR 2d 1432 ff. (1959). Zum Religionsbestimmungsrecht des Sorgerechtigten Harris v. Harris, 3 FLR 2414 (Miss. 1977); O'Neill v. O'Neill, 255 N.Y.S.2d 776, 778 f. (Sup.Ct. 1965); 27B CJS, Divorce § 316, 317, S. 513, 553 f.; 66 ALR 2d 1413, 1428 m.w.N. (1959); der Freiheit, zwischen den Religionen zu wählen, entspricht aber nicht immer die Freiheit, von religiöser Erziehung ganz abzusehen, Murphy v. Murphy, 124 A.2d 891, 893 f. (Conn. 1956), vgl. auch 27B CJS a.a.O.; 66 ALR 2d 1416 (1959). Vgl. 5. Kap. A.II.2.c) cc) (2).

248 Mnookin, 39 L.+Cont.Prob. 233 (1975).

249 Vgl. oben Fn. 237, 243.

250 Watson, 21 Syracuse L.Rev. 63 (1969).

251 Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 37 ff., 99 ff. (deutsch 37 ff., 83); Goldstein, Int.J. L.+Psych. 116, 117, 130 (1978); Hunter/Polikoff, 25 Buff.L.Rev. 691 ff. (1976); Gozansky, 12 Willamette L.J. 525 (1976).

b) Nichtsorgeberechtigter Elternteil

Dem nichtsorgeberechtigten Elternteil verbleibt das Recht zum Umgang mit dem Kinde<sup>252</sup>. Dieses Recht kann ihm nur im Ausnahmefall entzogen werden, wenn die Ausübung zu einer ernstlichen Gefährdung des Kindeswohls führen würde<sup>253</sup>. Ein korrespondierendes Recht des Kindes bzw. eine Umgangspflicht des nichtsorgeberechtigten Elternteils wird zwar gefordert<sup>254</sup>, ist aber nirgends geltendes Recht. Im Regelfall beschränkt sich der Tenor der gerichtlichen Sorgerechtsentscheidung auf die Zuerkennung des Rechts auf „reasonable visitation“, die Ausfüllung im einzelnen bleibt den Parteien überlassen<sup>255</sup>. Nur im Streitfall spezifiziert das Gericht die Besuchszeiten und sonstigen Bedingungen. Die Besuchszeiten werden oft so großzügig bemessen, daß die Grenzen zur joint (oder hier besser: divided oder alternating) custody verschwimmen<sup>256</sup>. Auch in rechtlicher Hinsicht wird die Verwandtschaft beider Institutionen deutlich: Eine „Aufwertung“ der Umgangsberechtigung zur Sorge-Mitberechtigung wird gelegentlich als Sanktion eingesetzt, wenn der sorgeberechtigte Elternteil den Kontakt des Kindes mit dem anderen Elternteil behindert<sup>257</sup>, sie wird aber auch generell aus Gleichberechtigungsgründen gefordert<sup>258</sup>.

Umstritten ist der Zusammenhang von Umgangsrecht und Unterhaltsverpflichtung. Überwiegend wird eine do-ut-des-Verbindung bejaht, zumeist zugunsten der Aussetzung von Unterhaltszahlungen bei Verweigerungen des Umgangsrechts<sup>259</sup>, aber auch umgekehrt<sup>260</sup>.

252 *Brittain v. Brittain*, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977); 24 Am.Jur.2d § 796 ff., S. 904 ff.; vgl. § 407 UMDA. Im Gegensatz zur h.M., die primär das elterliche Recht betont, wird das Verkehrsrecht allein auf das Kindeswohl zurückgeführt in *Merluzzi v. Hotze*, 3 FLR 2490 (N.Y.App.Div. 1977).

253 § 407 Abs. 1 UMDA; vgl. *Merluzzi v. Hotze a.a.O.*; *Brittain v. Brittain a.a.O.*

254 Vgl. *Bruch*, 1 Fam.Adv. 25 ff. (1978), die aus der Verkehrspflicht das Konzept des dual parenting entwickelt; *Wallerstein* (in: *Conciliation Courts* S. 84) weist auf die grundlegende Bedeutung des fortbestehenden Kontaktes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil für das Kindeswohl hin; in *Comiskey v. Comiskey*, 366 N.E.2d 87; 3 FLR 2432 (Del.App. 1978) vertritt das Gericht die Auffassung, daß die Nichtausübung des Verkehrsrechts ein Verlassen (desertion) des Kindes begründen könne. Gegen eine Verkehrspflicht *Commissioners'* Anmerkung zu § 407 UMDA, 9 ULA 509 (1973).

255 *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 22.12.1978, S. 6 (1978).

256 Vgl. *Patrick v. Patrick*, 117 N.W.2d 256 (Wisc. 1962) (2 Monate pro Jahr); *Dodd v. Dodd*, 4 FLR 2302, 2304 (N.Y.Sup.Ct. 1978); *Andrews v. Geyer*, 104 S.E.2d 747m 751 (Va. 1958); *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) S. 388 (1978); *Note*, 42 Mo.L.Rev. 136 (1977); 92 ALR 2d 743 ff. (1963).

257 *Guess v. Guess*, 274 P.2d 369 (Okla. 1954); *Heltsley v. Heltsley*, 242 S.W.2d 973 (Ky. 1951); *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895 (Ariz. 1960); vgl. auch 371 P.2d 1022 (Ariz. 1962); *Scott v. Scott*, 368 A.2d 288 (Pa.Super.Ct. 1976).

258 Vgl. die Forderungen der Vaterrechtsbewegung nach joint custody, dagegen *Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 19 ff. (1978); *Foster/Freed*, 180 M.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) S. 382 ff. (1978).

259 *Anderson v. Anderson*, 291 N.W. 508, 509 (Minn. 1940); *Ryan v. Ryan*, 219 N.W.2d 912 (Minn. 1974); *Peterson v. Peterson*, 530 P.2d 821; 1 FLR 2208 (Utah 1975); *Goodwin v. Fayerman*, 3 FLR 2173 (N.Y.Fam.Ct. 1977); *C.J.S. v. E.K.*, 3 FLR 2414 (N.Y.Fam.Ct. 1977). Gegen einen derartigen Zusammenhang *Comiskey v. Comiskey*, 366 N.E.2d 87; 3 FLR 2432 (Ill.App. 1978).

260 *Goade v. Goade*, 145 P.2d 886 (Wash. 1944).

## 7. Die Änderung der Sorgerechtsentscheidung

Ein erheblicher Prozentsatz der publizierten Sorgerechtsprozesse betrifft die Änderung bisheriger Ordnungen. Hierfür gibt es zwei Hauptursachen: Die materiellrechtliche Änderungshürde ist praktisch nicht sehr hoch, und mangels zwischenstaatlicher Anerkennungsregeln<sup>261</sup> konnte der nichtsorgeberechtigte Elternteil in einem anderen Staat die Sorgerechtsfrage mit guter Aussicht auf Erfolg erneut gerichtlich aufrollen, wenn nur das Kind in diesem Staat anwesend war<sup>262</sup>.

261 Halvey v. Halvey, 330 U.S. 610; 91 L.Ed. 1133, 1136 (1947). Abhilfe soll jetzt der Uniform Child Custody Jurisdiction Act (UCCJA) von 1968, 9 ULA 99 ff. (1973) schaffen durch einheitliche Zuständigkeitsregeln, zwischenstaatliche Kooperation und gegenseitige Anerkennung von Entscheidungen, vgl. dazu *Bodenheimer*, 46 U.Colo.L.Rev. 495, 501 (1973); dies., 11 Fam.L.Q. 83 ff. (1977); dies. 65 Cal.L.Rev. 1978 ff. (1977); dies., 1 Fam.Adv. 20 f. (1978); dies., 14 Fam.L.Q. 203 ff. (1981); *Katz*, Child Snatching (1981) *Coester*, Fam RZ 1982, 441 f.); *Hüßtege*, Der Uniform Child Custody Jurisdiction Act (1982). Der UCCJA ist in fast allen Staaten übernommen worden. Er findet auch auf internationaler Ebene Anwendung, vgl. *Miller v. Superior Court of Los Angeles County*, 5 FLR 2228 (Cal. 1978) (Australien); *Woodhouse v. District Court*, 5 FLR 2253 (Colo. 1978) (England). Ergänzend wurde der (bundesrechtliche) Parental Kidnapping Prevention Act 1980 erlassen. Zu Kindesentführungen unten 5. Kap. Fn. 351, 827.

262 Zur "seize-and-run"-Praxis in Sorgerechtssachen *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1246 f. (1980). Die Situation wird durch einen hypothetischen Sorgerechtsfall eindrucksvoll beschrieben, den *B. Bodenheimer* als „recht typisch“ bezeichnet (46 U.Colo.L.Rev. 496 f.): "Mr. and Mrs. Green obtain a marriage dissolution in a nonfault state. They have two children, three and six years old. Since Mrs. Green is pursuing an accelerated college program to prepare herself for medical school, they agree that the father is to have custody of the children. The Court, as it usually does when the parties agree, accepts their decision and incorporates it into the divorce decree. Both parents continue to live in the same town, and the children visit the mother occasionally, when she has time.

Three years later the scene has changed. Mrs. Green has remarried and no longer has ambitions to pursue a medical career. She runs a business with her new husband, and they live on the adjoining property. She returns to the original divorce court, which has continuing jurisdiction, now ready and eager to take over the care of the children. Many courts in the past, and a sizable number of courts today, would modify the custody decree and turn the children over to the mother under such circumstances.

Suppose custody is changed. The children make the move to another part of the city, away from their friends, their school, and the accustomed life with their father. When their first weekend visit in their father's home is drawing to a close, the children refuse to leave and the father consents to keep them. The case goes back to court a third time. The father is cited for contempt of court for violating the visitation provisions of the decree. The children are returned to the mother.

The next round begins a month later when the father petitions for modification of the decree. The older child, a girl now age nine, is able to convey to the judge in chambers her strong desire to live in her father's home, which she considers the only home she knows. The younger child echoes these wishes. The court thereupon returns the children to the father.

A year later, the mother and her new husband move to another state where her parents live. The children come for a summer visit. At this time the grandparents convince the mother that it was unwise for her to give up the children at the time of divorce, causing her to feel guilty about the past. As a result, she petitions for custody in a court of the distant state. Mr. Green manages to appear at the hearing and pleads the out-of-state decree awarding custody to him. The court, however, is swayed by a mass of local evidence of the mother's character and the character of the grandparents who are long-time local

Grundlage der gerichtlichen Änderungskompetenz ist der in allen Staaten anerkannte Grundsatz, daß Sorgerechtsentscheidungen nicht in materielle Rechtskraft erwachsen, sondern daß das Gericht „continuing jurisdiction“ behält<sup>263</sup>. Das Konzept der continuing jurisdiction und das Leitprinzip des Kindeswohls führen in der Praxis häufig zu der Auffassung, daß die beste Kindesplatzierung eine ständig offene Frage sei: „... an order of child custody is an unique and delicate matter. It is never final, but is considered temporary in nature, subject to constant review and modification“<sup>264</sup>. Folgerichtig wird vertreten, daß eine Sorgerechtsänderung im Ermessen des Richters stehe<sup>265</sup>.

Dieser traditionelle Ansatz weicht zunehmend einer gesetzlichen oder richterrechtlichen Beschränkung der Änderungsmöglichkeit. Vor allem dem UMDA (§ 409) kommt insoweit eine Leitfunktion zu: Er sieht eine zweijährige Änderungssperre vor und setzt auch für die Zeit danach die Eingriffsgrenze hoch an („ernstliche Kindesgefährdung“)<sup>266</sup>.

Die überwiegende Praxis verfolgt einen mittleren Weg: Es muß eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten und die Änderung vom Kindeswohl gefordert sein<sup>267</sup>. Neben neuen können zumeist auch bisher unberücksichtigte Tatsachen herangezogen werden<sup>268</sup>. Das Postulat neuer Gesichtspunkte ist aber keine

residents for more than a generation. Custody is consequently awarded to the mother. This turn of events almost invariably leads to extra-legal reprisals. The father, enraged by the cold reception he was given in the other state, finds ways to snatch the children and bring them home. This is the beginning of a new round of court proceedings, more child snatchings, and possibly arrest warrants for child stealing by both parents. This is not an unusual story. It happens every day.”

263 Vgl. 27B CJS, Divorce § 316, S. 510 ff.; 24 Am.Jur.2d §§ 812 ff., S. 923 ff.; 4 ALR 3d 1309 ff. (§ 10); S. 1318 ff. (§ 16); *Hüftstege* S. 61 f., 108 ff. zur Rechtslage nach dem UCCJA.

264 *Friedman v. Friedman*, 307 A.2d 292, 295 (Pa.Super.Ct. 1973).

265 *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 522 (N.D. 1974); *Schuermann v. Schuermann*, 6 FLR 2346 (N.W. 1980); *Simons v. Simons*, 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977); 27B CJS, Divorce § 317 (1), S. 529 f.

266 9 ULA 511 (1973); sehr strikt auch die New Yorker Gerichte: Der bisherige Sorgeberechtigte muß schlechthin ungeeignet oder zumindest erheblich weniger geeignet sein als der die Änderung begehrende Elternteil, *Nowak v. Nowak*, 5 FLR 2116 (N.Y.App.Div. 1978); *Werneburg v. Werneburg*, 6 FLR 2280 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Bornt v. Janse*, 6 FLR 2293 (N.Y.Fam.Ct. 1980).

267 *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d 720, 721 f. (Ill.App. 1965); *A. v. A.*, 514 P.2d 358, 360 (Ore.App. 1973); *Woodward v. Woodward*, 228 N.W.2d 74 (Iowa 1975); *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960); 371 P.2d 1022 (Ariz. 1962); *Gonyea v. Gonyea*, 375 P.2d 808, 809 f. (Ore. 1962); *McKenny v. McKenny*, 5 FLR 2012 (Tex.App. 1978); *Forde v. Sommers*, 3 FLR 3113 (N.H. 1977); *R. v. R.*, 4 FLR 2043 (N.Y.Fam.Ct. 1977); *Greisamer v. Greisamer*, 3 FLR 2024 (Ore. 1976); vgl. CJS, Divorce § 316 ff., S. 510 ff., § 317 (2), S. 536 ff.

268 *Boggs v. Boggs*, 5 FLR 2057 (Ill.App. 1978); *Buchele v. Tuel*, 6 FLR 2058, 2059 (Neb. 1979); *Newsome v. Newsome*, 5 FLR 2907, 2908 (N.C.App. 1979); *Simons v. Simons*, 374 A.2d 1040; 3 FLR 2288 (Conn. 1977); § 409 Abs. 2 UMDA; vgl. *Halvey v. Halvey*, 91 L.Ed. 1133, 1135 (1947); *a.A. LaMarca v. LaMarca*, 6 FLR 2027, 2028 (Ill.App. 1979: stets nachträgliche Veränderungen notwendig).

effektive Beschränkung von Änderungsbegehren; letztlich maßgeblich ist die Kindeswohl-Bewertung des Gerichts, und eine für erforderlich gehaltene Änderung scheitert nie am Fehlen veränderter Umstände<sup>269</sup>.

Unerheblich ist, ob die Erstentscheidung auf einer Vereinbarung der Eltern beruhte<sup>270</sup>. Änderungsvereinbarungen der Eltern können zwar berücksichtigt werden, binden das Gericht aber nicht<sup>271</sup>.

Die sachlichen Gesichtspunkte, die zugunsten einer Änderung vorgebracht werden können, sind nicht begrenzt. Die Bewertung auch typischer Sachverhaltselemente – wie z.B. Neuheirat eines der Elternteile<sup>272</sup>, auf Änderung gerichteter Kindeswille<sup>273</sup>, Umgangsrechtsverweigerung<sup>274</sup>, Aufhetzung des Kindes durch den Sorgberechtigten<sup>275</sup> oder schädliche Auswirkungen der bisherigen Platzierung<sup>276</sup> – ist so uneinheitlich, daß sich allgemeine Grundsätze nicht entwickelt haben<sup>277</sup>.

## 8. Das Sorgerecht bei Trennung von Tisch und Bett und faktischem Getrenntleben

Die gesetzlichen Ermächtigungen für den Richter, bei Scheidung über das Sorgerecht und die Platzierung der Kinder zu entscheiden, gelten regelmäßig auch für die

- 269 So ausdrücklich *Urquhart v. Urquhart*, 16 Cal.Rptr. 469, 471 (Cal.App. 1961); *Simons v. Simons*, 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977); *Poesy v. Bunney*, 3 FLR 2361 (Id. 1977); *Gonyea v. Gonyea*, 375 P.2d 808, 810 (Ore. 1962). Restriktiv demgegenüber *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960), wo das Erfordernis neuer Fakten aus dem Prinzip der res judicata abgeleitet wird.
- 270 *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d 720 (Ill.App. 1965); *King v. King*, 131 N.W.2d 357, 359 Wisc. 1964; vgl. 73 ALR 2d 1444 ff. (1960); 92 ALR 2d 737 (1963); 24 Am. Jur. § 825, S. 937 f.; 27B CJS, Divorce § 317 (2), S. 557.
- 271 *Bastian v. Bastian*, 160 N.E.2d 133; 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959); *Cone v. Righetti*, 240 P.2d 541 (Ariz. 1952); 27B CJS, Divorce § 317 (2), S. 558, § 308, S. 476.
- 272 Vgl. *Smith v. Smith*, 3 FLR 2443 (Utah 1977); 27B CJS, Divorce § 317 (2), S. 553; 43 ALR 2d 363 (1955). Die Person des künftigen Stiefelternteils gilt als wichtiger Gesichtspunkt des Kindeswohls, *Buchele v. Tuel*, 6 FLR 2058, 2059 (Neb. 1979).
- 273 Wo dem Kind ein gesetzliches Wahlrecht zwischen den Eltern eingeräumt ist (Ga., Tex.), gilt dies auch für Änderungsentscheidungen, vgl. *Adams v. Adams*, 135 S.E.2d 428 (Ga. 1964); *Froug v. Harper*, 140 S.E.2d 844 (Ga. 1965); *Lamb v. Lamb*, 198 S.E.2d 171 (Ga. 1973). Im übrigen ist das Gewicht des Kindeswunsches bei Änderungsbegehren in den einzelnen Staaten unterschiedlich: Teils wird er als wichtiger Gesichtspunkt berücksichtigt, *Poesy v. Bunney*, 3 FLR 2361, 2362 (Id. 1977); *Lacy v. Lacy*, 553 P.2d 928; 2 FLR 2757 (Alaska 1976), zum Teil begründet der Wunsch des Kindes allein die Änderungsentscheidung, *Shoup v. Shoup*, 4 FLR 2651 (Pa.Super.Ct. 1978); *Graichen v. Graichen*, 121 N.W.2d 737 (Wisc. 1963); *Dailey v. Dailey*, 64 N.E.2d 246, 247 (Ohio 1945), zum Teil genügt der Kindeswille allein aber auch nicht für eine Änderung, *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d 720, 722 (Ill.App. 1965); *Elble v. Elble*, 241 N.E. 2d 74 (Iowa 1975). *Woodward v. Woodward*, 228 N.W.2d 74 (Iowa 1975). Zur Thematik vgl. unten 5. Kap. bei Fn. 864.
- 274 *Brittain v. Brittain*, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977); gegen eine Änderung *Pamela J.K. v. Roger D.J.*, 6 FLR 2572, 2573 f. (Pa.Super.Ct. 1980).
- 275 *Thurman v. Thurman*, 245 P.2d 810; 32 ALR 2d 996 (Id. 1952); vgl. auch 32 ALR 2d 1009 (1953).
- 276 *Gonyea v. Gonyea*, 375 P.2d 808 (Ore. 1962) für das Fehlschlagen von joint custody agreements; vgl. 92 ALR 2d 736 ff. (1963).
- 277 Im einzelnen unten 5. Kap., Fn. 907 und D.IV.1.c), 2.a).

Scheidung von Tisch und Bett<sup>278</sup>. Findet nur ein Verfahren unter den Separate Maintenance Statutes<sup>279</sup> statt, dann kann der Richter, neben der Hauptfrage des Unterhalts, auch hier über die Zuteilung der Kinder entscheiden, entweder kraft ausdrücklicher Ermächtigung in den Statutes oder auf Grund der allgemeinen „equity jurisdiction“ der Gerichte zum Schutz der Kinder<sup>280</sup>. Aber auch außerhalb jeglichen Eheverfahrens ist es für getrenntlebende Eheleute möglich, die Sorgerechtsfrage vom Richter entscheiden zu lassen. Neuere Gesetze sehen diese Kompetenz ausdrücklich vor<sup>281</sup>; sonst steht der Weg über das habeas-corpus-Verfahren oder ähnliche Verfahren offen<sup>282</sup>. Die Trennung als solche beeinflusst das gemeinsame elterliche Sorgerecht noch nicht<sup>283</sup>.

Materiellrechtlich gilt in jedem Fall der Grundsatz des Kindeswohls wie bei der Scheidung<sup>284</sup>. Sollte in einem späteren Scheidungsverfahren die Sorgerechtsfrage erneut zu entscheiden sein, hat die Zuteilung für die Trennungszeit nicht nur tatsächliches Gewicht. Es ist entschieden worden, daß der Scheidungsrichter eine abweichende Zuteilung nur unter den Voraussetzungen vornehmen kann, die für die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen gelten<sup>285</sup>.

## B. Gerichtsorganisation und Verfahrensrecht

### I. Gerichtsaufbau und Zuständigkeiten

#### 1. Staatengerichte – Bundesgerichte

Jeder Einzelstaat stellt einen drei- oder zweigliederigen Instanzenzug bereit<sup>286</sup>, in dem grundsätzlich alle Fragen einzelstaatlichen Rechts zu verhandeln sind. Daneben besteht auf allen Ebenen die Organisation der Bundesgerichte, die – neben rein bundesrechtlichen Fragen – konkurrierend für Rechtsstreite auf der Grundlage von Staatenrecht zuständig sein können. Im nichtvermögensrechtlichen Bereich des Familienrechts kommt hier vor allem die fakultative Zuständigkeit auf Grund einer

278 *Clark S. 199 m.w.N.*; vgl. z.B. *Mich.Comp.L. Ann. § 552.7 und 552.15*. Sie haben z.T. sogar Geltung für die Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, vgl. *Dosek v. Dosek*, 8 FLR 2530 f. (Conn.Super.Ct. 1982).

279 Vgl. oben IV.2.

280 *Clark S. 199; Murphy v. Murphy*, 134 S.E.2d 148, 151 (N.C. 1964); diese Zuständigkeit ist im Zusammenhang mit der *parens-patriae*-Funktion des Staates zu sehen.

281 Z.B. *Cal.Civ.Code § 4603; UMDA § 401 (d) (1) (ii)*; vgl. *Bruch*, 65 *Cal.L.Rev.* 1031 f. Fn. 50 (1977).

282 Vgl. unten B.II.6.

283 *Bruch*, 65 *Cal.L.Rev.* 1031 (1977); *Kay/Philips*, 54 *Cal.L.Rev.* 726 f. (1966).

284 Vgl. *Cal.Civ.Code § 4603, Satz 2,3; UMDA § 402*.

285 *Greisamer v. Greisamer*, 3 FLR 2024 (Ore. 1976).

286 *Blumenwitz*, Einführung S. 29 ff.

„diversity of citizenship“ in Betracht (Art. III, sec. 2 (1) US-Verfassung). Obwohl sich diese Zuständigkeit grundsätzlich auf alle Zivilrechtsbereiche bezieht<sup>287</sup>, zeigen die Bundesgerichte traditionell Zurückhaltung in familienrechtlichen Fällen<sup>288</sup>. Die historischen Gründe dafür sind heute weggefallen und die bundesrichterliche Selbstbeschränkung scheint in zunehmender Erosion begriffen<sup>289</sup>. Die Furcht vor divergierenden Entscheidungen von Staatengerichten und Bundesgerichten in Familiensachen ist jedoch die Ursache dafür, das bundesgerichtliche Familienrechts-, insbesondere Sorgerechtsentscheidungen nach wie vor eine seltene Ausnahme darstellen<sup>290</sup>.

## 2. Die mit Scheidung und Scheidungsfolgen befaßten Staatengerichte

Zusammensetzung, Organisation und Besetzung der Gerichte und etwaiger zugeordneter Institutionen variiert stark von Staat zu Staat, und sogar auf lokaler Ebene (counties) besteht erhebliche Experimentierfreiheit. Generelle Aussagen lassen sich deshalb nur begrenzt treffen. Trotz extensiver Diskussion über Familiengerichte findet sich bislang nirgends der Typ des „Großen Familiengerichts“, dessen Richterbank neben Juristen auch Fachwissenschaftler verschiedener Provenienz aufweist. Ansätze zur institutionellen Einbeziehung außerjuristischer Fachkräfte sowie die Bezeichnung „Familiengericht“ sind vereinzelt anzutreffen, haben die Praxis aber noch nicht zu breiteren Reformen anregen können<sup>291</sup>.

Die Scheidung und ihre Folgen werden in aller Regel vor dem erstinstanzlichen Gericht: allgemeiner Zuständigkeit verhandelt und allein vom Richter entschieden. So verhält es sich im Prinzip auch in New York: Der dortige Family Court ist nicht für die Scheidung selbst zuständig, und der (erstinstanzliche) Supreme Court entscheidet mit der Scheidung in der Regel auch deren Folgen. Nur auf Grund ausdrücklicher Zuweisung durch den Supreme Court wird der Family Court zur Regelung des Sorgerechts nach Scheidung zuständig<sup>292</sup>.

287 28 U.S.C. § 1332.

288 Barber v. Barber, 62 U.S. 582, 16 L.Ed. 226 (1859); vgl. Solomon v. Solomon, 516 F.2d 1018, 1022 f. (3d Cir. 1975); Kilduff v. Kilduff, 5 FLR 2858 (US-Dist.Ct.So.N.Y. 1979); Clerk S. 286; Krause, Family Law S. 6 (§ 1.5).

289 Spindel v. Spindel, 283 F.Supp. 797 (E.D.N.Y. 1968); Phillips etc. v. Rosenstiel, 490 F.2d 509 (2d Cir. 1973); Carr v. Wiseup, 263 F.2d 157 (3d Cir. 1959); diss. opinion Gibbons in Solomon v. Solomon, a.a.O., S. 1027 ff.

290 Vg. Solomon v. Solomon (Fn. 302); Abdul-Rahman Omar Adra v. Clift, 195 F.Supp. 857, 865 (D.Md. 1961). Diese Aussage bezieht sich nur auf die mit den Staatengerichten konkurrierenden Bundesgerichte, nicht auf den US-Supreme Court (dazu oben A.I., II.2.).

291 Einen Überblick geben Foster, 41 N.Y.U. L.Rev. 353 ff. (1966); v. Busekist, Das Familiengericht in den Vereinigten Staaten von Amerika (1970); vgl. auch Kay/Philips, 54 Cal.L. Rev. 724 (1966); Kay, 56 Cal.L. Rev. 1205 ff. (1968). Die Richterschaft ist geteilter Meinung über die Einführung von Familiengerichten, vgl. Johnson, 3 FLR 4007 (1977).

292 § 652 Fam.Court Act von 1962 (McKinney's Bd. 29A Teil 1), § 251 N.Y. Domestic Relations Law (McKinney's Bd. 14); Ramirez v. Ramirez, 331 N.Y.S.2d 793 (App.Div. 1978). Im übrigen unterliegt der Family Court von New York wegen seiner unpersönlichen, inhumanen Atmosphäre scharfer Kritik, Paulsen, 54 Cal.L.Rev. 694 ff. (1966); insoweit unterscheidet er sich nicht von den Juvenile Courts, vgl. die Kritik in Kent v. United States, 383 U.S. 451 ff. (1966); Polier, Introduction S. XVII ff.

Die Richter selbst sind keine Familienrechtsspezialisten und wollen es überwiegend auch nicht werden<sup>293</sup>. Das (unbeliebte) Familienrechtsdezernat wird oft den jüngeren oder mißliebigen Richtern zugewiesen<sup>294</sup>, die zudem in kurzen Perioden wechseln<sup>295</sup>. Außerjuristische Expertise wird von den Sachverständigen erwartet<sup>296</sup> oder von den häufig dem Gericht angeschlossenen behördlichen Institutionen<sup>297</sup>. Nicht „Gericht“ sind die vor allem in Californien eingeführten Conciliation Courts, deren Funktion sich heute – de facto oder offiziell – von der Aussöhnung der Eheleute auf die vereinbarungstragende Auflösung zerrütteter Familien verlagert hat<sup>298</sup>. Verweisungen an den Conciliation Court erfolgen durch den Scheidungsrichter oder schon durch Anwälte vor Stellung des Scheidungsantrags. Das Personal dieser Conciliation Courts ist durchgehend qualifiziert<sup>299</sup> und erfahren und erreicht die erstrebte versöhnliche Auflösung und Neuarrangierung in 50 bis 90 % der zugewiesenen Fälle<sup>300</sup>.

## II. Das Sorgerechtsverfahren

Stärker noch als im materiellen Recht wirkt sich die Gesetzgebungsautonomie der Staaten im Verfahrensrecht aus. Zur Vielfalt der Verfahren und Institutionen trägt der Umstand bei, daß jeder Staat die vom alten englischen Recht überkommenen

293 *Johnson*, 3 FLR 4007 (1977).

294 *Johnson* a.a.O.; *Polier*, Introduction S. XVII, *B. Bodenheimer*, Gespräch mit dem Verfasser vom 25.4.1979. Hier setzt auch die Kritik an der mangelnden Qualifikation und Prestige der Familienrichter ein, vgl. *Fraiberg* S. 76.

295 In Californien verwalten die Richter das Familienrechtsdezernat im Durchschnitt für 6 Monate, vereinzelt – z.B. in Santa Clara County – wechseln sie im Rotationsystem jeden Monat.

296 Vgl. unten II.2.

297 Vgl. unten II.1.d) (3).

298 Vgl. Chairman *Smith* vom Senate Committee on Judiciary, Conciliation Courts, S. 1; *K. Decious*, Conciliation Courts S. 32. Die gesetzliche Grundlage der Conciliation Courts, § 1730 Cal.Civ.Code, nennt noch die Aussöhnung der Eheleute als Hauptzweck des Verfahrens. Insoweit war eine Effektivität der Conciliation Courts jedoch nicht nachweisbar, *Maddi*, 13 J.Fam.L. 495 ff., 509, 550 ff. (1973-74).

299 Obwohl gesetzlich keine Mindeststandards festgelegt sind, vgl. *W. Weiss*, Präsident des Far West Chapter of the Association of Family Conciliation Courts, in: Conciliation Courts S. 51 f.

300 Vgl. die Angaben der Leiter einzelner Conciliation Courts: *Markey* (Los Angeles), Conciliation Courts S. 20: 50 %; *Bergstrom* (Fresno Cty.), Conciliation Courts S. 142: 90 %; *O'Neill* (Alameda Cty.), Gespräch mit dem Verfasser vom 6.4.1979: bis zu 90 %; *King* (San Francisco), Conciliation Courts S. 10: von 4500 Verfahren jährlich gelangen nur ca. 20 zur streitigen mündlichen Verhandlung. Conciliation Courts gibt es in 16 von 50 californischen Counties sowie in einigen Counties anderer Staaten. Z. T. wird in der Tätigkeit der Conciliation Courts die einzig wirkliche und sinnvolle Hilfe für die betroffenen Familien gesehen, *B. Bodenheimer*, 46 U.Colo.L.Rev. 506 ff. (1975); *Foster*, 41 N.Y.U. L.Rev. 380 f. (1966); es finden sich aber auch skeptische Stellungnahmen, *Maddi*, 13 J.Fam.L. 495 ff. (1974); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 289 (1975); *L. Weitzman*, Co-Director, California Divorce Law Research Project, Gespräch mit dem Verfasser vom 29.3.1979.

Verfahrensstrukturen für seine Bedürfnisse und entsprechend dem jeweiligen Reformeifer weiterentwickelt hat. Auch hier greifen Gesetzes- und Richterrecht ineinander. Die zuvor erwähnte organisatorische Experimentierfreiheit auf lokaler Ebene, die einsatzfreudigen Richtern breite Wirkungsmöglichkeiten eröffnet<sup>301</sup>, wirkt sich zwangsläufig auch auf die Vielfalt verfahrensrechtlicher Gestaltung aus.

## 1. Verfahrensgrundsätze

### a) Scheidungsverbund

Die Zuteilung der Kinder wird als Scheidungsfolge regelmäßig im Scheidungsprozeß selbst geregelt. Sofern nicht gesetzlich ausdrücklich angeordnet<sup>302</sup>, ist der Verbund beider Rechtsfragen aber nicht vorgeschrieben<sup>303</sup>. Die Zuständigkeit der Scheidungsgerichte zur späteren Sorgerechtsregelung ist in den meisten Staaten gesetzlich begründet<sup>304</sup>.

### b) Jury

Das amerikanische Recht hat vom englischen Recht die Institution der Jury auch für Zivilprozesse übernommen<sup>305</sup>. Die in den meisten Staaten abgeschaffte Unterscheidung zwischen law und equity<sup>306</sup> wirkt aber insofern noch nach, als der Jury-Prozeß nur für solche Rechtsstreite zur Verfügung steht, die nach alter Einteilung „at law“ geführt wurden<sup>307</sup>. Da custody-Verfahren grundsätzlich zur equity

301 Zu den bekanntesten Beispielen gehören:

- a) Judge *Alexander* gründete und organisierte den Domestic Relations Court in Toledo/Ohio, der für das beste Familiengericht in den USA gehalten wird, vgl. *Kay/Philips*, 54 Cal.L.Rev. 724 (1966); v. *Busekist*, Familiengericht S. 142 ff.;
- b) Judge *King* in San Francisco kreierte das Office of Family Court Services, einen Conciliation Court, der den für Scheidungen zuständigen Superior Court von San Francisco von weit über 90 % der Sorgerechtsverfahren entlastet, vgl. *Donald King*, Conciliation Courts S. 6 ff.;
- c) *Robert L. Hunter*, Presiding Judge of the Divorce Division of the Circuit Court of Cook Cty./Ill. schuf, gestützt auf Ill.Rev.Stat. Chapter 40, § 30 (1975), einen Divorce Conciliation Service, an den das Scheidungsgericht die Sorgerechtsfragen verweist, vgl. *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 252 (1977);
- d) Judge *Robert W. Hansen* vom Supreme Court in Wisconsin setzte die Zulassung und Institutionalisierung von Kindesanwälten in Sorgerechtsverfahren durch, vgl. *Hansen*, 4 J.Fam.L. 181 ff. (1964); *ders.*, 6 J.Fam.L. 1 (1966); *Wendland v. Wendland*, 138 N.W.2d 185 (Wisc. 1965).

302 Z.B. in Cal.Civ.Code § 4454.

303 24 Am.Jur. § 780, S. 886 f.; 27B CJS, Divorce § 308, S. 440; vgl. § 552.16 Mich.Comp.L. Ann. (1978).

304 24 Am.Jur. a.a.O.

305 Vgl. *Hay*, Einführung S. 49 f.; grundlegend zur englischen Jury *Radbruch*, Der Geist des englischen Rechts S. 64 ff.

306 Vgl. hierzu grundsätzlich *Zweigert/Kötz* S. 235 ff.; *Farnsworth*, S. 90 ff.; *Clark* S. 379.

307 *Green*, Civil Procedure S. 349 f.; *Farnsworth* S. 92; *Note*, 16 Sw.L.J. 508 (1962).

gehört<sup>308</sup>, kann es den Jury-Prozeß hier nur kraft konstitutiver gesetzlicher Bestimmung geben. Als einziger Staat hat Texas die Jury fakultativ auch für Sorgerechtsstreite zugelassen<sup>309</sup>. Mehrere jüngere Gesetzesänderungen haben die Zuständigkeit zwischen Richter und Jury dergestalt abgegrenzt, daß die Jury verbindlich<sup>310</sup> über die Person des künftigen Sorgeberechtigten entscheidet<sup>311</sup>, während der Richter die Rechte und Pflichten der Eltern, vor allem im Umgangsrecht, im einzelnen ausgestalten kann<sup>312</sup>.

### c) *Adversary system*

Grundprinzip des amerikanischen Zivilprozesses ist das *adversary system*, d.h. die streitige Austragung rechtlicher Konflikte vor einem schiedsrichterlich über die Auseinandersetzung wachenden Richter. Auch für den Sorgerechtsstreit ist keine andere Verfahrensart vorgesehen. Das *Adversary system* umschließt Dispositions- und Verhandlungsmaxime. Die Parteien bestimmen, was Verhandlungsgegenstand ist<sup>313</sup>, welche Beweismittel benutzt werden und wie das Verfahren abläuft; sie bringen die Beweismittel – einschließlich Zeugen und Sachverständige – bei und führen primär die Vernehmung durch. Sie sind die Herren des Verfahrens und überwachen sich gegenseitig. Der Richter ist passiv und wird in der Regel erst tätig, wenn eine Partei einen Verfahrensverstoß rügt<sup>314</sup>. Diese Verfahrensstruktur ist mit der Doktrin, daß der Staat als *parens patriae* für das Wohl und den Schutz der beteiligten Kinder zu sorgen habe<sup>315</sup>, kaum zu vereinbaren. Ohne grundsätzliche Aufgabe des *adversary*

308 *Clark* S. 572; *Welch v. Welch*, 369 S.W.2d 434, 436 (Tex.App. 1963).

309 Erstmals in Artikel 4639 (a) *Vernon's Ann.Civ.Stat.* (1961), jetzt § 11.13 *Tex.Fam.Code* (*Vernon's Tex.Code Ann.*, Fam. 2).

310 *Welch v. Welch*, 369 S.W.2d 434, 437 (Tex.App. 1963); *In re Y.*, 516 S.W.2d 199, 205 (Tex.App. 1974).

311 Der texanische *Fam.Code* hat die Begriffe *custody* und *visitation* abgeschafft und spricht stattdessen vom Sorgeberechtigten als "managing conservator" und vom Verkehrsberechtigten als "possessory conservator", vgl. §§ 14.02-14.04 *Tex.Fam.Code*.

312 § 11.13 (b) *Tex.Fam.Code i.d.F.* von 1975, in Bestätigung von *In re Y.*, 516 S.W.2d 199, 204 f. (Tex.App. 1974). Zur richterlichen Gestaltungsfreiheit im einzelnen vgl. *Smith*, 8 *Tex.Tech L.Rev.* 44 (1976-77); noch offen ist die Abgrenzung zwischen dem Bestimmungsrecht der Jury und dem Ausgestaltungsrecht des Richters: Wie weit kann der Richter das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils ausdehnen, ohne daß der Sache nach eine *joint custody* und damit ein Eingriff in die Bestimmung des Sorgeberechtigten durch die Jury vorliegt? Sicher scheint nur, daß man bei einer hälftigen Aufteilung der tatsächlichen Personensorge nicht mehr von Verkehrsrecht sprechen kann, sondern eine "alternate managing conservatorship" vorliegt, *Comment*, 30 *Baylor L.Rev.* 90 f. (1978). Insgesamt scheint die Einschaltung einer Jury das Verfahren wesentlich zu komplizieren, vgl. *Ripley v. Ripley*, 5 FLR 2248 (Tex.App. 1979).

313 Gelegentlich wird es sogar akzeptiert, wenn die Parteien den Rechtsstreit auf eine einzelne Anspruchsgrundlage begrenzen oder von einer bestimmten Rechtsfrage abhängig machen. *Orr v. Orr*, 47 *U.S.Law Week* 4224, 4226 (1979); dagegen nachdrücklich die dissenting opinions von *Rehnquist*, S. 4231 und *Powell*, S. 4232.

314 Vgl. allgemein *McCormick*, § 2, S. 1 ff.; *Fleming* S. 4 f.; *Cohn*, *RebelsZ* (1972) 155 ff.; ders., *Festschrift Schwinger* S. 201 ff.

315 Vgl. oben Fn. 58.

system werden deshalb für das Sorgerechtsverfahren wesentliche Ausnahmen zugelassen (unten d), unter Berufung teils unmittelbar auf die Schutzfunktion des Gerichts<sup>316</sup>, teils auf den Equity-Charakter des Verfahrens<sup>317</sup>. Das Ergebnis ist nach nahezu einhelliger Auffassung ein Verfahren, das die Vorzüge des adversary system aufgegeben hat, ohne diejenigen eines nichtstreitigen Officialverfahrens einzutauschen<sup>318</sup>. Offen bleibt die Richtung einer Reform – Wiedererrichtung eines „true adversary system“<sup>319</sup> oder seine gänzliche Abschaffung für Sorgerechtsverfahren<sup>320</sup>.

#### d) Abweichung vom adversary system

##### (1) Ermittlungen und Entscheidungen von Amts wegen

Der Grundsatz der Parteiherrschaft wird in der Praxis vielfach nicht streng durchgeführt. Die Kinderzuteilung im Scheidungsprozeß ist nicht abhängig von Parteianträgen<sup>321</sup>, und die Gerichte holte oft von Amts wegen diejenigen Beweise ein, die ihnen zur Wahrheitsermittlung notwendig erscheinen<sup>322</sup>. Der Supreme Court von New York<sup>323</sup> begründete die gerichtliche Berufung von zwei Obergutachtern offen

316 Vgl. *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 32 (1977).

317 Vgl. *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 248 (1977); *Gozansky*, 12 Willamette L.J. 512 (1976).

318 Schilderungen des typischen Ablaufs von Scheidungsverfahren wirken zynisch, vgl. Judge Simonson, in: *Krause*, Family Law S. 286 ff. (§ 23.2); *Judge King*, in: Conciliation Courts S. 5 ff.: "It seems to me that the best that could be said about such a trial is that if the differences between the parties weren't irreconcilable before it's started, they certainly are when it's over with, and probably will be permanent . . .". Verständige Richter bemühen sich für ihren Bereich um eine Verbesserung des Verfahrens, vgl. oben Fn. 301; *Judge B. Deal* vom Superior Court Alameda Cty., Cal. vermeidet z.B. soweit wie möglich den Erlaß von Anordnungen ohne mündliche Verhandlung, Gespräch mit dem Verfasser vom 6.4.1979.

319 Diesen Ansatz wählen Gerichte, wenn sie prozessuale Mißstände abschaffen, vgl. In re Gault, 387 U.S. 1, 18 ff. (1967): "Procedure is to law what "scientific method" is to science" (S. 21). Die Gerichte von Massachusetts ordern für die gerichtliche Genehmigung der Einstellung von lebensverlängernden Maßnahmen bei Kranken die Ernennung eines Anwalts für den Patienten, damit ein echtes adversary proceeding stattfinden kann, vgl. Superintendent v. Saikewicz, 370 N.E.2d 417 ff. (Mass. 1977); Lane v. Candura, 376 N.E.2d 1232 (Mass.App. 1978); Matter of Dinnerstein, 380 N.E.2d 134 (Mass.App. 1978); es wurde gefordert, daß dieser Anwalt auf Grund des adversary system immer diejenige Position zu vertreten hat, die bisher im Prozeß nicht besetzt ist – selbst wenn es sich um den Tod seines Klienten handelt, *Baron*, 4 Am.J.L.+Med. 111 ff. (1978). Für die Verbesserung des adversary system vgl. auch *Foster/Freed*, 39 N.Y.U. L.Rev. 615 ff., 622 (1965); *Fisher*, 5 FLR 2143 (1978).

320 *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 846 (Sup.Ct. 1975); *Comment*, 6 U.C.Davis L.Rev. 349 ff. (1973); *Ellsworth/Levy*, 4 L.+Soc.Rev. 210 ff. (1969); *Foster*, 41 N.Y.U. L.Rev. 381 (1966); *King*, in: Conciliation Courts S. 3 ff., *Schüller*, 26 DePaul L.Rev. 247, 257 f. (1977); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 58 (1969).

321 27B CJS, Divorce § 315, S. 492.

322 *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 846 (Sup.Ct. 1975); vgl. auch *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 248 (1977) unter Hinweis auf eine gesetzliche Ermächtigung in Illinois, medizinische Untersuchungen anzuordnen, Ill.Sup.Ct. Rule 215 (d), Ill.Rev.Stat. Chapter 110A (1975); *Gozansky*, 12 Willamette L.J. 512 (1976).

323 Das erstinstanzliche Gericht in New York.

aus dem „interest of justice“ und dem Umstand, daß das adversary system keine neutralen Informationen liefere<sup>324</sup>.

## (2) Private Kindesanhörung

In diesem Zusammenhang wird es auch überwiegend für zulässig gehalten, daß der Richter die beteiligten Kinder von Amts wegen und privat (in chambers) anhört<sup>325</sup>. Konflikten dieses aus dem Kindeswohl begründeten Vorgehens mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (due process)<sup>326</sup> wird durch die Forderung Rechnung getragen, daß entweder die Eltern zustimmen müßten<sup>327</sup> oder das Ergebnis der Anhörung in der mündlichen Verhandlung offenzulegen sei<sup>328</sup>.

## (3) Ermittlungen und Bericht der Sozialbehörde

Ähnliche Regeln gelten für die Anordnung und Verwertung behördlicher Untersuchungsberichte.

Die mit den Gerichten kooperierenden Institutionen differieren in Aufbau, Bezeichnung<sup>329</sup> und Leistungsfähigkeit ebenso wie in ihrem Funktionsbereich. Die dort angestellten Fachleute, generell „social worker“ genannt, können vollausgebildete Psychologen, Psychiater, Pädagogen oder Soziologen sein, sie haben möglicherweise auch nur eine solide praktisch-theoretische Ausbildung (Master of Social Work), oft genug jedoch keine formale Ausbildung durchlaufen<sup>330</sup>. Welche Qualifikationsanforderungen gestellt werden, ist im allgemeinen gesetzlich nicht festgelegt.

Die Einholung von Berichten dieser Behörden erfolgt von Amts wegen nach richterlichem Ermessen<sup>331</sup>. Die Verwertbarkeit des Berichts setzt voraus, daß die Parteien der Verwertung zugestimmt haben<sup>332</sup> oder daß er den Parteien in der

324 Salk v. Salk a.a.O.

325 99 ALR 2d 954 ff. (1965); 24 Am.Jur.2d § 794, S. 901.

326 Rea v. Rea, 245 P.2d 884; 35 ALR 2d 612 (Ore. 1952); 99 ALR 2d 955 (1965).

327 Oakes v. Oakes, 195 N.E.2d 840; 99 ALR 2d 949, 953 f. (Ill.App. 1964); 99 ALR 2d 962 ff. (1965).

328 Seniuta v. Seniuta, 334 N.E.2d 261 (Ill.App. 1975) in Erweiterung von Oakes v. Oakes a.a.O.; Callen v. Gill, 81 A.2d 495, 498 (N.J. 1951); Jenkins v. Jenkins, 269 P.2d 908, 910 f. (Cal.App. 1954); Duncan v. Duncan, 528 S.W.2d 806 (Mo.App. 1975): Recht der Anwälte auf Anwesenheit; Gardiner v. Willis, 64 So.2d 609, 611 f. (Ala. 1953); vgl. Schiller, 26 DePaul L.Rev. 251 f. (1977); King, in: Conciliation Courts S. 17; Smith, 8 Fam.L.Q. 148 (1975). Anna Freud gibt Hinweise auf die psychologischen Probleme, die der Richter bei der Unterhaltung mit Kindern zu beachten hat, in: Goldstein/Katz S. 261.

329 Die üblichen Bezeichnungen sind „welfare agency“ oder „office/department of public welfare“; die entsprechende Behörde in Michigan heißt „friend of the court“, §§ 552.251 ff. Mich.Comp.L. Ann., vgl. dazu Benedek/Benedek, 42 Am.J.Orthopsych. 830 ff. (1972).

330 Sehr kritisch hinsichtlich der Qualifikation der social worker Fraiberg S. 76; Katz, When Parents Fail S. 145; Mlyniec, 16 J.Fam.L. 2 (1977-78).

331 Schiller, 26 DePaul L.Rev. 248 (1977) für Illinois; Gozansky, 12 Willamette L.J. 521 (1976) m.w.N.; 35 ALR 2d 632 ff. (§ 3) (1954).

332 Rea v. Rea, 245 P.2d 884; 35 ALR 2d 612 ff. (Ore. 1952); Gozansky, 12 Willamette L.J. 517 ff. (1976).

mündlichen Verhandlung offenbart wird<sup>333</sup>. Außerdem muß der Verfasser des Berichts als Zeuge zur Verfügung stehen<sup>334</sup>. Über die Bedeutung des Berichts für die richterliche Entscheidung finden sich divergierende Stellungnahmen. Eine rechtliche Bindung besteht nicht<sup>335</sup>, und formell verhindert das Gebot des Beweises vom Hörensagen (hearsay rule<sup>336</sup>) die Beachtung oft wesentlicher Ermittlungen des social worker<sup>337</sup>. Praktisch wird der Bericht aber als wichtiges Erkenntnismittel angesehen<sup>338</sup> und oft zur Grundlage der richterlichen Entscheidung gemacht<sup>339</sup>.

#### (4) Streitige Verhandlung und Conciliation Courts

Die vorerwähnten Einbrüche der Officialmaxime in das adversary system beschränken sich auf die Herbeischaffung des notwendigen Tatsachenmaterials. Die mündliche Verhandlung selbst ist – auch soweit von Amts wegen herangezogene Beweismittel betroffen sind – uneingeschränkt streitig. Sowohl gerichtlich bestellte Sachverständige als auch Sozialarbeiter unterliegen Verhör und Kreuzverhör, nur für das privat angehörte Kind wird eine Ausnahme gemacht.

Der einzige Ansatz, die oft destruktiven Auswirkungen der nicht selten mehrere Tage dauernden Verhandlungen auf die beteiligten Familienmitglieder zu vermeiden, besteht in dem Versuch, durch Einschaltung von Conciliation Courts oder jedenfalls von Sozialarbeitern als Schlichter möglichst alle streitigen Fragen vorab einer einverständlichen Regelung zuzuführen<sup>340</sup>.

## 2. Die Rolle von Sachverständigen

Es entspricht dem Prinzip des adversary system, daß die Gutachter in der Regel von den Parteien gestellt werden. Aus Paritätsgründen treten deshalb oft mehrere Sach-

333 *Fewel v. Fewel*, 144 P.2d 592 (Cal. 1943); *Gozansky a.a.O.*, S. 513 ff.; 35 ALR 2d 634 ff. (1954).

334 35 ALR 2d 637 ff. (1954); *Gozansky a.a.O.*

335 *Fewel v. Fewel*, 144 P.2d 592 (Cal. 1943); *Rea v. Rea*, 245 P.2d 884; 35 ALR 2d 612, 625 (Ore. 1952); *Gluckstern v. Gluckstern*, 155 N.Y.S.2d 504, 506 (Sup.Ct. 1956); *Fritschler v. Fritschler*, 208 N.W.2d 336, 339 (Wisc. 1973).

336 Vgl. *McCormick/Elliott/Sutton* S. 544 ff.

337 Vgl. *Fuhrman v. Fuhrman*, 254 N.W.2d 97, 99 f. (N.D. 1977).

338 *Smith v. Smith*, 3 FLR 2692, 2693 (N.Y.Fam.Ct. 1977); *Gluckstern v. Gluckstern*, 155 N.Y.S.2d 504, 506 (Sup.Ct. 1956); In re *Tweeten*, 3 FLR 2500 (Mont. 1977); *Kramer v. Kramer*, 4 FLR 2522 (Mont. 1978); *Haugen v. Haugen*, 4 FLR 2319 (Wisc. 1978); *Simons v. Simons*, 374 A.2d 1040; 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977); *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 249 (1977); *Holz*, 16 J.Fam.L. 742 (1977-78); *Wilkerson/Kroeker* S. 275 ff.

339 So *Katz*, When Parents Fail S. 145 (kritisch).

340 Zu Conciliation Courts oben bei Fn. 195, 298, 301. In Californien ist außerdem ein pflichtgemäßes Schlichtungsverfahren in der Sorgerechtsfrage eingeführt worden, mit Sozialarbeitern als Schlichter, § 4607 Cal.Civ.Code; dazu *Groner*, 8 FLR 4059 ff. (1982). In dem Film „Kramer gegen Kramer“ wurden die negativen Aspekte des herkömmlichen Verfahrens einem breiten Publikum veranschaulicht. Ein getreues Bild des *New Yorker* Verfahrens zeichnet er allerdings nicht, vgl. die Kritik von Praktikern in 6 FLR 4011 ff. (1980).

verständige in einem Sorgerechtsverfahren auf<sup>341</sup>. Ob sie neutrale Stellungnahmen abzugeben haben oder offen die Seite der Partei vertreten sollen, die sie berufen hat, ist umstritten. Skepsis gegenüber verböglicher Objektivität, aber auch der Glaube an den Ausgleich widerstreitender Positionen im Prozeß stehen hinter der Vorstellung, daß sich aus der Gegenüberstellung parteilicher Sachverständiger im Kreuzverhör am besten die objektive Wahrheit ergebe<sup>342</sup>.

Die Gerichte ernennen in jüngerer Zeit zunehmend von Amts wegen Sachverständige, allein oder zusätzlich zu Parteigutachtern<sup>343</sup>. Die Neutralitätspflicht gerichtlich bestellter Sachverständiger steht zwar außer Zweifel, ihre Funktion im Rahmen eines adversary proceeding ist aber gänzlich unklar<sup>344</sup>. Der Richter ist an die Stellungnahmen der Gutachter, die grundsätzlich mündlich abgegeben werden, nicht gebunden<sup>345</sup>. Man schätzt sie jedoch als wichtige Erkenntnisquelle<sup>346</sup>. Dennoch ist die Beurteilung der Sachverständigen im allgemeinen belastet durch ihre ungeklärte Rolle im Prozeß, durch zu hoch geschraubte Erwartungen einerseits und mangelnde Qualifikationen vieler Gutachter andererseits sowie durch Zweifel an der generellen Leistungsfähigkeit der Fachwissenschaften, die statt der erhofften „hard facts“ nur „soft sciences“ bieten<sup>347</sup>.

341 Vgl. *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Merluzzi v. Hotze*, 3 FLR 2490 (N.Y. App.Div. 1977); *Lee v. Lee*, 4 FLR 2124 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841 (Sup.Ct. 1975); In re *Sinisa T.* 4 FLR 2790 (N.Y.Fam.Ct. 1978); *Bowler v. Bowler*, 88 N.W.2d 505 (1958); *Matter of J.S. and C.*, 324 A.2d 90 (N.J.Super.Ct. 1974).

342 *Davidson*, in: *Readings in Law and Psychiatry S.* 231 ff.; *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L. Rev. 1344 (1965); *Cavers*, 63 Mich.L.Rev. 1326 (1965); bemerkenswert in diesem Zusammenhang auch der Ruf nach dem „one-armed-scientist“, der nicht jeder Sachaussage eine weitere folgen läßt mit der Floskel „on the other hand“, so Senator Muskie, zit. bei *Martin*, 75 Mich.L.Rev. 1090 (1977); *Sheresky*, 5 FLR 2143 (1978). Der Glaube an das adversary system ist in den USA so stark, daß man sogar erwägt, es zur Ermittlung naturwissenschaftlicher Fakten und Erkenntnisse im Rahmen eines „science court“ einzusetzen, vgl. *Martin*, 75 Mich.L.Rev. 1058 ff. (1977); *The Science Court Experiment: An Interim Report*, 193 Science 653 ff. (1976).

*Gegen die Parteilichkeit von Sachverständigen Kay/Philips*, 54 Cal.L.Rev. 723 (1966); *Note*, 73 Yale L.J. 165 Fn. 61.

343 *Marcus v. Marcus*, 320 N.E.2d 581, 584 (Ill.App. 1974); *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2101 f. (N.Y.Sup.Ct. 1977); In re *Sinisa T.*, 4 FLR 2790, 2791 (N.Y.Fam.Ct. 1978); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 846 (Sup.Ct. 1975).

344 *Cavers*, 63 Mich.L.Rev. 1326 (1965). Die Sachverständigen selbst fühlen sich als unparteiliche Gutachter keineswegs immer wohl und fürchten, daß das Gericht ihnen die Verantwortung für die Entscheidung zuschieben will, vgl. *L. Terr*, *Kinderpsychiaterin in San Francisco*, Gespräch mit dem Verfasser vom 27.3.1979.

345 *Marcus v. Marcus*, 320 N.E.2d 581, 584 (Ill.App. 1974); *Gardebring v. Rizzo*, 4 FLR 3115, 3117 (N.D. 1978).

346 *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 946 (N.Y.Fam.Ct. 1972); In re *Sinisa T.*, 4 FLR 2790, 2791 (N.Y.Fam.Ct. 1978); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 847 (Sup.Ct. 1975).

347 Kritisch äußern sich *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 43 (1978); *Krause*, *Family Law*, Cases S. 1041; *Fraiberg S.* 76; *Foster*, 12 *Willamette L.J.* 550 (1976); *Wheeler S.* 93; *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.+Soc.Rev. 681 (1974); *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 76 (1969); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 264, 287 (1975); *Ellsworth/Levy*, 4 L.+Soc.Rev. 169 ff., 218 (1969); *Okpaku*, 29 *Rutgers L.Rev.* 1142 ff. (1976). Demgegenüber werden Leistungsfähigkeit und Grenzen der psychologischen Wissenschaften realistisch und ausgewogen dargestellt von *Goldstein*, 73 *Yale L.J.* 1053 ff. (1968); *Diamond/Louisell*, 63 *Mich.L.Rev.* 1340 ff. (1965).

### 3. Die Prozeßstellung des Kindes und seine Vertretung

Grundsätzlich ist das Kind nicht Prozeßpartei und kann nicht selbst Anträge stellen<sup>348</sup>. Seine Interessen werden von den Eltern vertreten<sup>349</sup> und – wo diese streiten – vom Gericht in seiner *parens-patriae*-Funktion gewahrt. Auch hierin liegt eine Ausnahme vom *adversary system*, das die gleichberechtigte Einbringung aller beteiligten Interessen in den kontradiktorischen Prozeß voraussetzt. Die Auffassung, daß das Kindeswohl besser durch obrigkeitliche Fürsorge gewahrt werde, ist für den Bereich des Jugendstrafrechts im Fall *Gault* nachhaltig diskreditiert worden<sup>350</sup>. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung sowie der Kindesrechtsdiskussion wachsen die Zweifel am bisherigen Konzept auch in Sorgerechtsverfahren<sup>351</sup>. Die volle Beteiligung der Kinder wie Parteien, wie sie in *Doe v. Doe* durchgeführt wurde<sup>352</sup>, kann jedoch vorerst nur als vereinzelt Experiment angesehen werden.

Auf breiter Front hingegen wird der *Kindesanwalt* eingeführt, um den wichtigsten beteiligten Interessen angemessen prozessualen Ausdruck zu verleihen<sup>353</sup>. Die Bezeichnungen für den Kindesanwalt sind unterschiedlich; um volle anwaltliche Vertretung handelt es sich aber zumeist auch in den Staaten, in denen von einem Prozeßpfleger (*guardian ad litem*) die Rede ist<sup>354</sup>. Die Ernennung eines Kindesanwalts liegt in der Regel im Ermessen des Richters<sup>355</sup>. Obwohl der Kindesanwalt das Funktionieren des *adversary system* fördern soll<sup>356</sup>, versteht man ihn nicht als Ablösung, sondern nur als Ergänzung der richterlichen Schutzfunktion für das Kind<sup>357</sup>. Um den Anwälten ihre ungewohnte Rolle zu erleichtern, wurden verschiedentlich Aufgabenkataloge zusammengestellt<sup>358</sup>. Vor allem das Verhältnis zum

348 27B CJS, Divorce § 317 (5), S. 565; *Thomasson v. Angel*, 74 So.2d 295, 296 (Fla. 1954); *Mnookin*, Child, Family and State S. 644.

349 Dies betont nachdrücklich *Goldstein*, 1 Int.J.L.+Psych. 109 ff. (1978).

350 *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

351 Grundlegende Erörterung in *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1221 ff. (1980).

352 4 FLR 2100 (N.Y.Sup.Ct. 1977).

353 Z.T. angeregt durch den UMDA (§ 310) ist der Kindesanwalt in zahlreichen Staaten gesetzlich zugelassen, vgl. Nachweise in *Note*, 87 Yale L.J. 1127 f. (Fn. 8); außerdem Diskussionen und Berichte in 6 FLR 2113 ff. (1979); 6 FLR 2133 ff. (1980).

354 Alaska: *Lacy v. Lacy*, 553 P.2d 928; 2 FLR 2757 (1976); *Veazey v. Veazey*, 3 FLR 2285 (1977); Wisconsin: *Holz*, 16 J.Fam.L. 741 (1978).

355 Verbindlich ist die Ernennung nur in Missouri (Mo.Rev.Stat. § 453.020 (Suppl. 1976) und in Wisconsin (Wisc.Stat. Ann. § 247.045, West Suppl. 1977-78). Auch im übrigen muß ein Kindesanwalt angehört werden, wenn er einmal ernannt worden ist. *Kramer v. Kramer*, 4 FLR 2522 (Mont. 1978).

356 *Coyne*, in: *The Rights of Children* S. 210 f.; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 66, 77 (1969); *Foster/Freed*, Gespräch mit dem Verfasser vom 26.2.1979.

357 *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 253 (1977); *Note*, 87 Yale L.J. 1185 (1978).

358 *Schiller* a.a.O., S. 254; *Hansen*, 6 J.Fam.L. 5 ff. (1966); *Holz*, 16 J.Fam.L. 743 (1978); *Simonson*, 16 A.B.A., Fam.L.Sec., Newsletter Nr. 2 (1975), S. 11; *Note*, 87 Yale L.J. 1186 f. (1978); *Veazey v. Veazey*, 3 FLR 2285, 2286 (Alaska 1977).

Kind ist problematisch<sup>359</sup>, obwohl – oder gerade weil – der Anwalt nach überwiegender Auffassung nicht an den erklärten Kindeswillen gebunden ist<sup>360</sup>.

Die Beurteilung des Kindesanwalts unter dem Aspekt des Kindeswohls ist nicht einheitlich. Zum größeren Teil sieht man in dieser Institution einen Ausweg aus den bisherigen prozessualen Widersprüchlichkeiten und eine bessere Gewähr für die Verwirklichung des Kindeswohls<sup>361</sup>, auf der Gegenseite erwartet man von der bloßen Vermehrung der am Sorgerechtsverfahren beteiligten Personen keinen Fortschritt, sondern eher Komplikationen bei der Konkretisierung des Kindeswohls<sup>362</sup>.

#### 4. Die Sorgerechtsentscheidung

Die Entscheidung wird vom Richter mündlich verkündet. Eine Begründung braucht er in der Regel auch dann nicht zu schreiben, wenn Berufung eingelegt wird: Es genügen die tatsächlichen Feststellungen (findings of fact) und die rechtlichen Schlussfolgerungen (conclusions of law)<sup>363</sup>. Selbst dieser Feststellung entledigen sich manche Richter, indem sie sich von den Anwälten Urteilsentwürfe vorlegen lassen<sup>364</sup>. Dies schließt jedoch nicht aus, daß führende erstinstanzliche Gerichte, wie z.B. der Supreme Court oder der Family Court von New York ihre Entscheidungen eingehend begründen und damit unter Umständen die Rechtsentwicklung maßgeblich beeinflussen<sup>365</sup>.

359 Vgl. die in 87 Yale L.J. 1160 ff. (1978) wiedergegebenen Interviews mit Kindesanwälten in Connecticut.

360 *Veazey v. Veazey*, 3 FLR 2285, 2286 (Alaska 1977); *Simonson* a.a.O.; *Coyne*, in: *The Rights of Children* S. 211; *Goldstein*, 1. Int.J.L.+Psych. 125 (1978); *Goldstein/Freud/Solmit*, Before S. 117 ff.

361 *Bersoff*, 15 J.Fam.L. 27 ff. (1976-77); *Freed/Foster*, 6 Fam.L.Q. 355 ff. (1972); *Iansen*, 4 J.Fam.L. 181 ff. (1964); *ders.*, 6 J.Fam.L. 1 ff. (1966); *Kleinfeld*, 4 Fam.L.Q. 320 (1970); *Comment*, 6 U.C.Davis L.Rev. 349 ff. (1973); *Fayne*, 3 FLR 2121 (1977); *Coyne*, in: *The Rights of Children* S. 210 f.; *Holz*, 16 J.Fam.L. 739 ff. (1977-78); *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 65 ff. (deutsch 58 ff.); *dies.*, Before S. 111 ff., 115; *Goldstein*, 1 Int.J.L.+Psych. 127 (1978) (nur für streitige Fälle, sonst äußerst zurückhaltend); *Leavall*, 2 Ga.L.Rev. 184, 190 f. (1968).

362 *Ellsworth/Levy*, 4 L.+Soc.Rev. 214 f. (1969); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.+Soc.Rev. 686 Fn. 19 (1974); *Brosky/Alford*, 81 Dick.L.Rev. 693 ff. (1977); *Mlyniec*, 16 J.Fam.L. 2 ff. (1977-78); *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1312 (1974); *Mnookin*, Child, Family and State S. 644; *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1348 ff. (1980).

363 *Dawson*, Oracles S. 87; *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 253 f. (1975); kritisch *Oster*, 5 J.Fam.L. 37 (1965).

364 *Green*, Civil Procedure S. 186. Fehlen jegliche Feststellungen, ist dies dennoch kein Aufhebungsgrund, wenn sie vom Berufungsgericht nachgeholt werden können, *Arcarese v. Monachino*, 397 N.Y.S.2d 284, 286 (App.Div. 1977).

365 Vgl. z.B. *Watts v. Watts*, 350 N.Y.S.2d 285 (Fam.Ct. 1973); *Dodd v. Dodd*, 4 FLR 2302; 403 N.Y.S.2d 401 (Sup.Ct. 1978).

## Teil B: Systematische Darstellung

# 4. Kapitel: Die Kindeswohl-Klausel als Rechtsprinzip: Zum rechtstheoretischen Grundverständnis der Kindeswohl-Norm

## A. Einführung

Wenn der Eindruck entsteht, daß in der Diskussion zum Kindeswohl-Begriff Uneinigkeit über nahezu alle wesentlichen Fragen herrscht, so liegt dies nicht zuletzt daran, daß das Vorverständnis der theoretischen Grundstruktur und Funktion dieses Rechtsbegriffs entweder nicht reflektiert oder jedenfalls nicht offengelegt wird. So kann es beispielsweise zu Unsicherheiten darüber kommen, ob der Kindeswohl-Begriff des § 1671 Abs. 2 BGB derselbe ist wie in § 1671 Abs. 3 BGB<sup>1</sup>; ob eben dieser Kindeswohl-Begriff das entscheidende Bestandskriterium für die nach Scheidung neukonstituierte Teilfamilie Sorgeberechtigter-Kind ist (§ 1696 BGB); ob es sich beim „Kindeswohl“ überhaupt um einen Rechtsbegriff mit normativem Gehalt oder aber um legislatives „Nichtsagenwollen“ handelt<sup>2</sup>; oder ob schließlich der Kindeswohl-Begriff gebietet, dem kindlichen „Wohl“ als Idealzustand vollständiger Interessenbefriedigung und -wahrung nachzuspüren, entweder als Richter im Einzelfall oder schon generell in der Suche nach ausfüllenden Sachkriterien der Seins- oder Sollensebene.

Es erweist sich deshalb als sinnvoll und sogar notwendig, das den folgenden Konkretisierungsbemühungen zugrunde liegende dogmatische und rechtstheoretische Vorverständnis in einem vorgeschalteten Kapitel offenzulegen und zumindest ansatzweise zu begründen.

↳ Ausgangspunkt ist dabei die bereits angedeutete Unterscheidung zweier Grundfunktionen des Kindeswohl-Begriffs im Regulationssystem des Rechts der Sorgeverteilung nach Scheidung: die Funktion als Eingriffslegitimation und die als Entscheidungsmaßstab. Als Entscheidungsmaßstab lenkt der Kindeswohl-Begriff den Blick auf den sachlichen Inhalt der Kindesinteressen sowie auf deren Verhältnis zu anderen Gesichtspunkten, die für die Entscheidung bedeutungsvoll sein könnten. Als Eingriffslegitimation lenkt er den Blick auf die Hürden, die staatlichen Interventionen im Familienbereich entgegenstehen, sowie auf die besonderen Kindesinteressen, die eine Intervention rechtfertigen könnten.

In beiderlei Hinsicht sind vertiefende Bemerkungen notwendig, um die hier vertretene Position deutlich zu machen. Das Kindeswohl in seiner Funktion als Ein-

<sup>1</sup> Vgl. *Diederichsen*, NJW 1980, 8 r. Sp.

<sup>2</sup> Oben Einl. I.1.

griffslegitimation hat im Recht der Sorgeverteilung bei Elternscheidung nur unzureichend Ausdruck gefunden und wird auch in der juristischen Diskussion stiefmütterlich behandelt. Es ist deshalb näher zu erläutern, welche Bedeutung diese Funktion des Kindeswohls im Grundsatz und für die weiteren Konkretisierungsansätze hat (unten B.). Soweit das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab in einer gegebenen Beurteilungssituation fungiert, erscheinen angesichts der vorzufindenden Stellungnahme zwei Probleme erörterungsbedürftig. Die vielfach geäußerten Zweifel an der grundsätzlichen Aussagekraft und Normqualität des Kindeswohls führen zu Überlegungen über Regelungsaufgabe und Regelungsmöglichkeiten des Normsetzers in diesem Bereich (unten C.I.). Unmittelbar verknüpft hiermit ist die abschließende Frage nach der grundsätzlichen rechtstheoretischen Funktion einer inhaltlich weitgehend offenen Kindeswohl-Norm (unten C.II.).

## B. Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation

↳ Frage, ob gerade d. Entsch. Legitimation ist  
 → Hinweis für staatl. Interventionen

### I. Problemstellung

In der Diskussion finden sich gelegentlich Ansätze, die eine Forderung nach staatlicher Zurückhaltung *ausschließlich* aus dem Kindesinteresse begründen<sup>3</sup>. Sie spiegeln das Bemühen um Kindesorientiertheit nach einer langen Herrschaftsphase des Elternrechts wider und sind auch sachlich wertvoll, da die Kindesinteressen tatsächlich auf Abwehr staatlicher Intervention gerichtet sein können<sup>4</sup>. Sie verschleiern allerdings die juristische Fragestellung. Das Kindeswohl als Rechtsmaßstab entscheidet noch nicht über die Eingriffslegitimation des Staates.

Am Maßstab des Kindeswohls *beurteilen* läßt sich das gesamte Familienleben, bis in kleinste Dinge hinein. Nur würde die Objektivität und Akzeptabilität der Beurteilung zunehmend fraglich. Ob aber das Gericht am Maßstab des Kindeswohls die Familiensituation und die Beteiligten beurteilen und gegebenenfalls eingreifen *darf*, ist eine Frage der Abgrenzung von Privatbereich und Staat.

Diese Abgrenzung ist das Ergebnis eines komplexen, von jeder Gesellschaftsordnung für jeden generellen Sachverhalt eigens vorzunehmenden Abwägungsprozesses. Wesentliche Gesichtspunkte sind hierbei zunächst zwar ebenfalls die Kindesinteressen interventionsfreundlicher und -feindlicher Art. Daneben kommt aber auch dem elterlichen Recht *an dem Kind* und auf vorrangige Interpretation der Kindesinteressen Stellenwert zu. Hinzu tritt das die Summe der Einzelinteressen übersteigende spezifische Interesse der *Familiengemeinschaft an Privatheit*

3 Vgl. Lüderitz, FamRZ 1975, 607 (Elternvorschlag); Simitis, 2 DFGT S. 173 ff. (Änderung).

4 Dazu näher Goldstein/Freud/Solnit, Before S. 7 ff.

und Selbstregulierung, kurz: das Integritätsinteresse der Familie<sup>5</sup>. Alle vorgenannten Gesichtspunkte erhalten konkrete Bedeutung und Gewicht schließlich erst im Rahmen der jeweiligen Gesellschaftsverfassung, die Rang und Wirkungsfeld privater, individueller wie familialer Interessen gegenüber den öffentlichen Interessen und Staatsfunktionen festlegt.

Das Ergebnis dieser Abwägung kann mehr oder weniger spezifiziert von der Legislative festgeschrieben werden. So finden sich für die *allgemeine* Zuordnung von Familie und Staat in beiden deutschen Rechtsordnungen wesentlich genauere, wenngleich sachlich gegensätzliche Bestimmungen als im positiven Recht der Schweiz oder der US-amerikanischen Staaten. In der Bundesrepublik verschmelzen alle obigen Gesichtspunkte zu folgender verfassungsrechtlicher Grundwertung: *Vorgegeben* ist der autonome Familienbereich (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG); nur das Interesse und die Verantwortung auch der übergreifenden Gemeinschaft für die Kinder rechtfertigen staatliche Interventionen in Form von Kontrolle<sup>6</sup> und gegebenenfalls regelnden Eingriffen (Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG)<sup>7</sup>. Das Kindesschutzrecht des BGB (§§ 1666, 1666a) repräsentiert die einfachgesetzliche Konkretisierung dieser allgemeinen Demarkationslinie zwischen Familie und Staat<sup>8</sup>. Während also die Familienautonomie in ihrem positiven Bestand nicht allein auf dem Kindeswohl, sondern auf der vorgenannten komplexen Interessenkonstellation basiert, sind staatliche Interventionen allein aus dem Kindeswohl zu rechtfertigen. Fehlt diese Rechtfertigung, sind nicht nur die im Autonomiekonzept integrierten Kindesinteressen verletzt, sondern zusätzlich das Eltern- und Familiengemeinschaftsinteresse.

Für den Fall des Zerbrechens der Familiengemeinschaft schreibt das positive Recht der Bundesrepublik diese Konzeption nur bruchstückhaft fort. Unmittelbare verfassungsrechtliche Aussagen fehlen; die mittelbare Bedeutung von Art. 6 GG ist

5 Goldstein/Freud/Solmit, Before S. 9.

6 Unter „Eingriff“ wird nicht nur die positive staatliche Regelung verstanden, sondern schon die richterliche Beurteilung der Familiensituation im Hinblick auf eine (auch nur potentiell) zu treffende Regelung. Goldstein/Freud/Solmit, Before S. 19 ff. wollen drei Stadien des „Eingriffs“ (intrusion) unterscheiden: (1) die Untersuchung und Aufklärung der Familiensituation durch staatliche Organe; (2) die richterliche Beurteilung des Sachverhalts unter dem Aspekt eines möglichen Eingriffs; (3) die regelnde Maßnahme selbst (“invocation, adjudication, and disposition”, a.a.O. S. 21). Die Absonderung der ersten Stufe ist aus der traditionellen Rolle des anglo-amerikanischen Richters zu verstehen, der lediglich “umpire”, neutraler Beobachter eines von anderen vorgelegten Streitstoffes ist (vgl. das adversary system, oben 3. Kap. B.II.1.c) Im deutschen Recht kommt dem Stadium der “invocation” keine eigenständige Bedeutung zu.

7 Aus der ständigen Rechtsprechung des BVerfG vgl. Entscheidungen vom 20.10.1954, BVerfGE 4, 52, 56; 10.3.1958, BVerfGE 7, 320, 323; 29.7.1968, BVerfGE 24, 119, 135 ff.; 15.6.1971, BVerfGE 31, 194, 204 f. = FamRZ 1971, 421; vgl. Literaturnachweise und Darstellung bei Schmitt Glaeser, Erziehungsrecht S. 35 ff. Überhöhungen in das „Natürliche“ (dazu Ossenbühl, DÖV 1977, 806; Habscheid, Das elterliche Sorgerecht S. 7) wird hier nicht nachgegangen; sie besagen im Bereich sozialer Regulierung noch weniger als sonst.

8 Nach Ossenbühl a.a.O. steht den Eltern diesseits der Kindesschutzgrenze der „Interpretationsprimat“ für das Kindeswohl zu.

klar nur für die Einstufung elterlicher Sorgerechtsvereinbarungen und auch dort nur dem Grundsatz nach<sup>9</sup>. § 1671 BGB stimmt mit den gesetzlichen Regelungen der anderen Rechtsordnungen insoweit überein, als er die Frage nach der staatlichen Eingriffslegitimation schlicht verdrängt. Axiomatisch wird die richterliche Regelungskompetenz an die Spitze gestellt (Abs. 1); anderwärts meint man sogar, hiermit genügend zur generellen Problemlösung beigetragen zu haben (Art. 156 ZGB sowie einige US-amerikanischen Rechte<sup>10</sup>). Vom Kindeswohl ist erst die Rede, wenn es um den Entscheidungsmaßstab für den Richter geht (§ 1671 Abs. 2 BGB). Diese Konzeption muß zu Spannungen führen, da anschließend auch in Zusammenhängen, in denen sich die Frage nach der staatlichen Eingriffslegitimation geradezu aufdrängt (Elternvereinbarung, § 1671 Abs. 3 BGB; Änderung, § 1696 BGB), der gleiche Kindeswohl-Begriff verwendet wird<sup>11</sup>.

Wesentlich ist demgegenüber die Erkenntnis, daß der Kindeswohl-Grundsatz nicht erst als Entscheidungsmaßstab von § 1671 Abs. 2 BGB rechtlich berufen wird, sondern bereits als Ausfluß von Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG auch die grundsätzliche Frage der Entscheidungskompetenz (Eingriffslegitimation) beherrscht (§ 1671 Abs. 1 BGB). Die Notwendigkeit der Legitimierung staatlicher Intervention auch im Scheidungsfall ist offenkundig, wo im Sachverhalt Restbestände derjenigen Voraussetzungen begegnen, die generell die Familienautonomie begründen: Elternvereinbarung, äußerlich intakte (Teil-) Familie. Ob und inwieweit die begründungslose Inanspruchnahme staatlicher Regelungskompetenz durch §§ 1671 Abs. 1 mit Abs. 3 S. 1, 1696 BGB für diese Situationen gerechtfertigt ist, ist nicht mehr Frage eines der Konkretisierung vorgelagerten Grundverständnisses des Kindeswohl-Begriffs, sondern sachlicher Hauptpunkt seiner Konkretisierung selbst. Die Erörterung wird insoweit deshalb an späterer Stelle weitergeführt<sup>12</sup>. Festzuhalten bleibt hier nur die Grunderkenntnis: Wo das Kindeswohl auch als Eingriffslegitimation fungiert, hat man sich nicht nur mit interventionsfeindlichen Kindesinteressen, sondern auch mit dem Aspekt der Familienautonomie auseinanderzusetzen.

Voraussetzung jeglicher Erörterung des Kindeswohl-Begriffs auch in seiner Funktion als Entscheidungsmaßstab ist jedoch die Prüfung, ob staatliche Intervention in der Grundsituation des Familienzusammenbruchs, der auch in bezug auf das Sorgerecht streitigen Trennung und Scheidung, gerechtfertigt ist, ob also § 1671 Abs. 1 BGB und die ihm entsprechenden Regelungen ausländischer Rechte im Ergebnis zutreffende Antworten auf die Eingriffsproblematik darstellen. Die Frage ist dahin zu präzisieren, daß es um die Legitimation staatlichen Eingriffs oberhalb der Mindestschutzgrenze geht, die den Verantwortungsbereich von Staat und Familie generell absteckt (§ 1666 BGB). Tritt der Staat als „*parens patriae*“, als „Ober-

9 Vgl. nur BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424; *Diederichsen*, NJW 1980, 8; *Schwab*, Handbuch Rdn. 167, 169. Im einzelnen unten 5. Kap. C.

10 Oben 3. Kap. Fn. 139, 140.

11 Vgl. demgegenüber § 1672 BGB, bei dem der Eingriffsgesichtspunkt im Vordergrund steht.

12 Unten 5. Kap. C. und D.

vormund“ neben die streitenden Eltern in die Familie ein und – wenn ja – kommt ihm dieselbe Rechtsposition zu, die vorher die Eltern gemeinsam innehatten, oder hat er eine beschränktere Regelungsbefugnis?

## II. Die Funktion des Staates gegenüber der Scheidungsfamilie

### 1. Diskussionsstand

Das Zerbrechen der Familiengemeinschaft, spätestens der Elternehe erschüttert das Fundament, auf dem die generelle Zuordnung von Familie und Staat beruht (Art. 6 GG). Welche Folgerungen daraus jedoch für das Verhältnis von Staat und Familie zu ziehen sind, wird selten grundsätzlich erörtert. Überwiegend folgt man fraglos dem Gesetz und unterstellt als mehr oder weniger selbstverständlich, daß die Scheidung den Staat in seiner Wächterfunktion auf den Plan rufe und daß die Gerichte deshalb das zur Wahrung des Kindeswohls Notwendige veranlassen dürfen<sup>13</sup>. Ein Bezug zum allgemeinen Kindesschutzrecht wird nicht hergestellt, offensichtlich soll es sich um eine Wächterfunktion mit eigenen Grundsätzen handeln. Eine modifizierte, für den streitigen Sorgerechtsfall im Ergebnis aber übereinstimmende Auffassung vertreten Goldstein/Freud/Solnit<sup>14</sup>. Demnach soll die Trennung oder Scheidung der Eltern noch nicht als solche zur staatlichen Intervention berechtigen. Letztere werde aber konstitutiv durch den elterlichen Sorgerechtsstreit ausgelöst: Die Eltern „verzichteten“ auf ihren Autonomieanspruch, sie selbst öffneten den Familienbereich und setzten das Kind der direkten Regulierung durch den Staat aus<sup>15</sup>. Als Folge gehe die normalerweise den Eltern obliegende Schutzfunktion für das Kind auf den Staat über, dieser dürfe am Maßstab des von ihm interpretierten Kindeswohls den künftigen Inhaber der elterlichen Sorge bestimmen.

Eine Gegenposition wurde vor allem von *Mnookin* entwickelt<sup>16</sup>. In Scheidungsfällen komme dem Staat nicht eine „child-protection-function“, sondern nur eine „private-dispute-settlement-function“ (im folgenden: Schlichtungsfunktion) zu. Diese Funktion verändere nicht die allgemeine Grenzziehung zwischen Staat und Familie, es gehe nur um Gerechtigkeit und Effizienz bei der Lösung privater Kon-

13 BVerfG 22.10.1981, NJW 1982, 983 (zu § 1672 BGB); 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424; BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61; KG 4.1.1979, FamRZ 1979, 539, 540: „Bei Auflösung der Ehe erscheint das Kindeswohl aber stets gefährdet“. BG 20.4.1967, BGE 93 II 156, 158 f.; *Finlay v. Finlay*, 148 N.E. 624, 625 (N.Y. 1925); *Ford v. Ford*, 371 U.S. 187, 193 (1962); Lehrbuch Familienrecht S. 398. Besonders plastisch Art. 156 Abs. 1 ZGB.

14 *Before S. 24*, 31 ff.; ähnlich *Sonja Goldstein*, *Children and Divorce* (1982).

15 A.a.O., S. 24, 32; *Fehmel*, FamRZ 1980, 759 ff. argumentiert ähnlich für den Elternstreit, ist bei Elternvereinbarungen aber weniger radikal, vgl. unten Fn. 19.

16 39 L.&Cont.Prob. 229 ff., insbesondere 234, 248 f., 265 ff., 282, 288 (1975).

flikte<sup>17</sup>. Schutz des Kindesinteresses sei dadurch nicht ausgeschlossen, ergebe sich aber nur mittelbar aus dem Gebot proportionaler Berücksichtigung aller beteiligten Privatinteressen<sup>18</sup>. Der Unterschied dieser Auffassung zu Goldstein/Freud/Solnit liegt darin, daß sich elterliche Autonomie bis in das Stadium der Streitschlichtung fortsetzt und ein unmittelbarer Schutzzugriff auf das Kind auch im Streitfall nicht eröffnet ist<sup>19</sup>.

Nicht eindeutig einzuordnen ist schließlich als dritte Version die in der Schweiz gelegentlich hervorgehobene Ordnungsfunktion des Rechts bei Scheidungen<sup>20</sup>. Zum Teil soll sie neben der staatlichen Schutzfunktion bestehen<sup>21</sup>, zum Teil aber auch das staatliche Handeln ausschließlich legitimieren<sup>22</sup>. Mit der Ordnungsfunktion könnte mehreres gemeint sein: Zum einen die Notwendigkeit eines staatlichen Akts, der das bisherige Rechts- und Pflichtengefüge im Eltern-Kind-Verhältnis offiziell ändert, wobei Inhalt und materielle Grundsätze der Änderung offenbleiben<sup>23</sup>. Eine derartige Sicht bliebe die Erklärung schuldig, worauf gerade die *Notwendigkeit* der Neuordnung beruht — als Axiom kann sie nicht akzeptiert werden.

Es gibt Rechtsordnungen, die in Scheidungsfällen eine Neuordnung nicht automatisch vorsehen, sondern nur bei aktuellem Bedarf, wie z.B. die UdSSR<sup>24</sup>. Auch die Praxis des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung kann jedenfalls dann kaum noch als „Regelung“ aufgefaßt werden, wenn für diese Gestaltung eine Rechtsvermutung spricht<sup>25</sup>.

- 17 A.a.O. S. 265. Ähnlich wohl auch *Treitz* S. 64, der das staatliche Handeln auch in Scheidungsfällen an die Schranke des allgemeinen Kindesschutzrechtes gebunden hält; vgl. auch *Comment*, 81 *Dick.L.Rev.* 737 ff. (1977). Nicht hier einzuordnen ist *Simitis* (2. DFGT, S. 178 f.), der die „eigentliche Funktion“ der Sorgerechtsregelung in der *Konfliktlösung* sieht. Wo Eltern nicht streiten, gebe es keinen Konflikt, der Staat sei funktionslos. Obwohl dies auf eine Schlichtungsfunktion im *Mnookin'schen* Sinne hindeutet, geht aus den anschließenden Ausführungen von *Simitis* für den Fall des Elternstreits hervor, daß sich der staatliche Eingriff aus dem Schutz des Kindes legitimiere. Nicht ohne gewissen Widerspruch zu obiger Äußerung zeigt sich aus dem Gesamtzusammenhang (insbesondere S. 165 f., 176), daß *Simitis* den „Konflikt“ nicht formal als Elternstreit begreift, sondern als materialen Auseinanderfall von Elterninteressen und Kindesinteressen.
- 18 A.a.O. S. 229. Im Ergebnis ähnlich *Developments*, 93 *Harv.L.Rev.* 1198 ff., 1323 ff., 1326 (1980): Ausgangspunkt ist zwar grundsätzlich die Schutzfunktion des Staates (*parens patriae*), die aber in Scheidungsfällen gegenüber der Elternautonomie regelmäßig nicht durchgreift.
- 19 Bei Elternvereinbarungen hingegen kommen *Mnookin* und *Goldstein/Freud/Solnit* im wesentlichen zum selben Ergebnis, vgl. unten 5. Kap. C.II.3.b). Zu *Mnookins* Ansatz vgl. unten 5. Kap. Fn. 975.
- 20 *Hausheer*, in: *Kindesrecht* S. 19; *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser v. 23.5.1979; *Schulthess* S. 67 f.; für die Bundesrepublik *Göppinger*, Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern S. 61 und BVerfG 15.6.1971, *FamRZ* 1971, 421, 424; 5.11.1980, *NJW* 1981, 217, 218.
- 21 *Hausheer* a.a.O.: vorrangig; *Hegnauer* a.a.O.: sekundär; in zweiterem Sinne offenbar auch das BVerfG 5.11.1980, a.a.O.
- 22 *Schulthess* a.a.O.
- 23 So wohl *Hegnauer* a.a.O.; *Göppinger* a.a.O.
- 24 Art. 14 Abs. 6, 18 Abs. 7 des Familiengesetzes vom 27.6.1968, in: *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, UdSSR, S. 42, 43.
- 25 Vgl. oben 3. Kap. Fn. 228.

„Ordnungsfunktion“ könnte aber auch eine etatistische Sicht der Rolle des Staates bei Scheidungen bedeuten, entsprechend der Konzeption des Art. 156 ZGB: Die Familiengemeinschaft ist zerbrochen, es ist „Unordnung“ entstanden, so daß es nunmehr Sache der Gerichte ist, alles sachlich und formell Nötige zu entscheiden und zu regeln, gewissermaßen kraft „implied powers“ der äußerlichen Ordnungsaufgabe. Der Kinderschutz fügt sich als „nötig“ in dieses Konzept als materiale Richtlinie und Bindung für den Richter ein, so daß kein wesentlicher Unterschied zu einer pauschal definierten staatlichen Wächterfunktion besteht.

Soweit schließlich – nach Schulthess<sup>26</sup> – die Ordnungsfunktion als einzige Rechtfertigung staatlichen Eingreifens in Frage kommt, liegt es nahe, sie als Schlichtungsfunktion im Sinne Mnookins zu verstehen.

## 2. Stellungnahme

Mnookins These gibt einer allgemeinen staatsfeindlichen Tendenz im Familienrecht rechtstheoretischen Ausdruck, wie sie in der grundsätzlichen Kritik am Kindeswohlmaßstab angeklungen ist<sup>27</sup>. Man fürchtet das richterliche Hineinregieren in die Familie und warnt vor einer „Verstaatlichung“ und „Verrechtlichung“ des Kindeswohls durch die Aufstellung eines „fortschreitend verfeinerten Verhaltenskodex“<sup>28</sup>. Auch zweifelt man an der Leistungsfähigkeit des staatlichen, insbesondere des justizellen Apparates bei der Wahrung kindlicher Interessen<sup>29</sup>.

Unabhängig von der Berechtigung dieser Skepsis wird man aber für den streitigen Sorgerechtsfall differenzieren müssen. Die staatliche Zurückhaltung bei intakten Familien beruht auf der Erwartung, daß die Eltern die Interessen des Kindes schützen und fördern und gewissermaßen als „Schild“ das Kind vor schädlichen Außeninflüssen bewahren<sup>30</sup>. Zerbricht nun aber die elterliche Gemeinschaft, weicht sie Streit und der Verfolgung von eigenen Interessen, entfällt nicht nur dieser allgemeine Schutz für das Kind, sondern es läuft konkret Gefahr, schädigenden Einflüssen von den streitenden Eltern selbst ausgesetzt zu sein. Es ist zwar unabweisbar, daß dem Staat in dieser Situation eine konfliktbeilegende Schlichtungsfunktion zukommt oder auch eine in diesem Sinne verstandene Ordnungsfunktion. Ihn aber damit auf die allgemeine Eingriffs- und Beurteilungsgrenze gegenüber dem Familien- und Privatbereich zu verweisen, wird der Situation nicht gerecht. Zum einen wird das elementare Schutzbedürfnis des Kindes verkannt, dem nicht dadurch Rechnung getragen werden kann, daß es als privatrechtliches Interesse eines Konfliktbeteiligten neben anderen Interessen in die Waagschale geworfen wird. Zum zweiten

26 Oben Fn. 20. Vgl. auch BVerfG 3.11.1982 (unten 5. Kap. Fn. 739), sub B.II.

27 Oben Einl. I.1.

28 *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, *Jenseits des Kindeswohls* S. 103 ff.

29 Vor allem *Goldstein/Freud/Solnit*, *Before* S. 11 f.; vgl. auch unten 5. Kap. C.V.

30 Zu letzterem besonders *Goldstein*, 1 *Int.J.L./Psych.* 110 ff., 117 (1978), sowie *Goldstein/Freud/Solnit*, *Before* S. 5: „protective shell of the family“.

kommt hinzu, daß dem zur Entscheidung berufenen Richter das hierfür notwendige Instrumentarium an Maßstäben weitgehend vorenthalten wird. Die durchschnittliche Scheidungsfamilie weist keine Tatbestände auf, die mit Kriterien des allgemeinen Kindesschutzrechts erfaßbar wären. Der Richter müßte regeln, dürfte aber nichts beurteilen, was die rechtlichen und gesellschaftlichen Minimalstandards nicht verletzt. Dieses Dilemma sieht auch Mnookin. Nach seiner Konzeption steht der Richter, abgesehen von einigen fundamentalen Grundregeln, die im normalen Scheidungsfall nicht weiterhelfen, ohne Beurteilungskriterien da<sup>31</sup>. Dennoch scheut Mnookin den Schritt zur Vorverlagerung der richterlichen Beurteilung „in die Familie hinein“, da er hierbei keine materiellrechtlichen oder methodischen Absicherungen für möglich hält<sup>32</sup>. Der Ausweg soll in der Aufwertung und Forcierung von Elternvereinbarungen liegen<sup>33</sup>. Hiermit wird man aber nicht alle Streitfälle beilegen können; außerdem verlieren Elternvereinbarungen um so mehr an Wert für das Kindeswohl, je gezwungener sie zustande kommen<sup>34</sup>. Die Idee, hilfswise das Los entscheiden zu lassen, verfolgt Mnookin nur deshalb nicht weiter, weil er ihre Realisierungschancen bezweifelt<sup>35</sup>.

Insgesamt ist die Konzeption einer lediglich schlichtenden Funktion des Staates und der Versuch, die Beurteilungsgrenzen des allgemeinen Kindesschutzrechts auch für den Scheidungsrichter aufrecht zu erhalten, nicht weiterführend. Die Reduzierung des Familienkonflikts auf einen privatrechtlichen Interessenstreit klammert letztlich das Kind aus<sup>36</sup> und opfert seine Interessen einer Familienautonomie, die wegen Zerfalls der Familie und elterlichen Streits funktionsunfähig geworden ist. Das aus dem Streit seiner Eltern resultierende Schutzbedürfnis des Kindes impliziert vielmehr die Vorverlagerung der rechtlichen Beurteilung der Familiensituation über die durch die allgemeine staatliche Wächterfunktion gezogenen Grenzen hinaus. Im Streit der sich scheidenden Eltern wird nicht nur ihr persönliches Recht auf das Kind funktionslos<sup>37</sup>, sondern auch der Abwehranspruch der Familie gegen recht-

31 39 L.&Cont.Prob. 283 (1975); vgl. auch *Mlyniec*, 16 J.Fam.L. 14 (1977-78).

32 Allerdings untersucht *Mnookin*, von seinem Ansatz aus inkonsequenterweise, eine Reihe von gängigen Kindeswohl-Kriterien (a.a.O. S. 284 ff.), die eindeutig über die Grenzen des allgemeinen Kindesschutzrechts hinausgehen, und verwirft sie nur aus sachlichen, kindeswohlorientierten Erwägungen.

33 A.a.O. S. 288: Entweder strikte Bindung der Scheidung an eine Sorgerechtsvereinbarung oder extrem hohe Gebühren für streitige Entscheidungen; vgl. auch *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 994 ff. (1979).

34 Sowohl die Vermutung, daß die Eltern das Kindesinteresse verwirklichen wollen, als auch der Wert einer Einigung an sich werden fraglich, dazu unten 5. Kap. C.II.2.a), b); vgl. auch *Bruch*, StAZ 1980, 16.

35 A.a.O. S. 290 f.; vgl. auch oben 3. Kap. bei Fn. 199 und *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1337 f. (1980).

36 Vor allem, wenn man – wie *Mnookin*, *Children, Family and Law* S. 644 – die Institution des Kindesanzwalts ablehnt; ebenso *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1323 ff. und (zum Kindesanzwalt) 1348 ff. (1980).

37 *Schwab*, Handbuch Rdn. 167, 169; *Gernhuber*, Familienrecht S. 46, 857; vgl. unten 5. Kap. A.II.2.b)aa); anders: *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1327 f., 1343 f. (1980), dazu unten 5. Kap. Fn. 419.

liche Bewertung oberhalb der Mindestschutzgrenze. Soweit das Recht Kriterien des Kindeswohls nennt (etwa Bindungen des Kindes, Kindeswille<sup>38</sup>), gehören diese stets zu jenem „Normalbereich“ des Familienlebens, der staatliche Kindesschutzmaßnahmen nicht auslöst<sup>39</sup>. Die sachgerechte Antwort lautet also: Wächterfunktion des Staates, aber nicht im Sinne staatlicher Minimalkontrolle (§ 1666 BGB), sondern als spezifisch ausgestaltete, situationsbedingte Form des Kindesschutzes<sup>40</sup>. Hier liegt auch die sachliche Rechtfertigung für eine formal definierte Ordnungsfunktion i.S. einer „Regelungsnotwendigkeit“.

Das Kindeswohl ist dabei jedoch nicht nur Legitimationsgrundlage für staatliche Intervention, sondern bezeichnet gleichzeitig deren Grenzen. Nicht nur das „Ob“, sondern auch die *Intensität* des staatlichen Dazwischentretenens hängt vom Kindeswohl ab<sup>41</sup>. Der Eingriffsaspekt begleitet die Kindeswohl-Prüfung also auch dort, wo sie der Gewinnung sachlicher Maßstäbe zur Entscheidung im Einzelfall gilt. Wie weit das Kindeswohl richterliche Beurteilung im Familienbereich trägt, wird im einzelnen

38 § 1671 Abs. 2, 2. Hs. BGB. Das wohl ausführlichste Gesetz hat der Child Custody Act von 1970 in Michigan gebracht, § 722.23 Mich. Comp.L. Ann., Suppl. 1977-78 zu Bd. 37: Das Gesetz nennt als Kriterien:

“(a) The love, affection and other emotional ties existing between the competing parties and the child.

(b) The capacity and disposition of competing parties to give the child love, affection and guidance and continuation of the educating and raising of the child in its religion or creed, if any.

(c) The capacity and disposition of competing parties to provide the child with food, clothing, medical care or other remedial care recognized and permitted under the laws of this state in lieu of medical care, and other material needs.

(d) The length of time the child has lived in a stable, satisfactory environment and the desirability of maintaining continuity.

(e) The permanence, as a family unit, of the existing or proposed custodial home.

(f) The moral fitness of the competing parties.

(g) The mental and physical health of the competing parties.

(h) The home, school and community record of the child.

(i) The reasonable preference of the child, if the court deems the child to be of sufficient age to express preference.

(j) Any other factor considered by the court to be relevant to a particular child custody dispute.”

39 Ein weiterer Hinweis ergibt sich aus § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB: Die Eingriffsschwelle der „Erforderlichkeit“ bei gemeinsamem Elternevorschlag ist, bei aller Unschärfe im einzelnen, deutlich niedriger als die Gefährdungsschwelle des § 1666 BGB (gegenteiliger Ansicht nur *Treitz* S. 58; widersprüchlich *Strätz*, FamRZ 1975, 542 f.; ders., AFK-Berichte 1978, S. 19; dagegen wiederum *Gernhuber*, Familienrecht S. 866 Fn. 1; *Frommann* S. 93). Ist daher selbst bei elterlicher Einigung die Beurteilungsgrenze des Rechts gegenüber der intakten Familie vorverlagert (deutlich OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; vgl. BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113), dann besteht bei Fehlen der Einigung nicht einmal zu entsprechender Zurückhaltung bei der Rechtsbeurteilung Anlaß und Möglichkeit.

40 So offensichtlich auch das BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; 81, NJW 1981, 1771, FamRZ 1981, 745; 3.11.1982 (unten 5. Kap. Fn. 739) sub B.II., sowie die Entscheidungen oben Fn. 13. Für das Sorgerecht in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vgl. BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 433.

41 *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 19 ff., 23 ff.; vgl. auch BVerfG a.a.O.

bei der Abgrenzung des Kindesinteresses von Eltern- und Gesellschaftsinteressen als Kriterium bei der Sorgerechtsentscheidung zu prüfen sein<sup>42</sup>. Festzuhalten ist hier nur eins: Die Suche nach kurzen, griffigen Formeln, die gleichzeitig den Staat weitgehend aus der Familie heraushalten, das Kindesinteresse verwirklichen und auch gegen die Eltern nicht ungerecht sein sollen<sup>43</sup>, ist illusorisch. Eine Konzentrierung beispielsweise auf das „Wer“ im Gegensatz zum „Wie“ der elterlichen Sorgerechtsausübung, wie sie Goldstein<sup>44</sup> dem Richter nahelegt, ist praktisch nicht durchführbar, da ohne inhaltliche Vorstellungen bezüglich der Sorgeausübung über die Person des Sorgeinhabers nicht entschieden werden kann. Das „Hineingehen des Richters in die Familie“ muß als Konsequenz ihrer Auflösung akzeptiert werden, wenn man nicht auf Einzelfallgerechtigkeit verzichten will. Innerhalb des bestehenden Rechtssystems kann dann nach Möglichkeiten der Objektivierung und Rationalisierung der notwendigen richterlichen Beurteilung gesucht werden.

## C. Das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab

### I. Die Normqualität des Kindeswohl-Begriffs: Zur Regelungsaufgabe des Gesetzgebers

#### 1. Normsetzung und Einzelfallgerechtigkeit

Im Ausgangspunkt steht die Entscheidung des Gesetzgebers (oder richterlichen Normsetzers) zugunsten einer dem Einzelfall angepaßten Gerechtigkeit. Die dem Gesetzgeber aufgetragene Gerechtigkeitsverwirklichung ist generell gekennzeichnet von dem Spannungsverhältnis zwischen individueller Sachgerechtigkeit und Gleichgerechtigkeit<sup>45</sup>, so daß es im Prinzip dem legislativen Ermessen überlassen bleiben muß, auf welche Komponente der Gerechtigkeit in einem gegebenen Regelungszusammenhang vorrangig Gewicht gelegt wird. Die Platzierung der Kinder nach Scheidung ihrer Eltern kann auf die eine oder andere Weise geregelt werden. Ältere Gesetze bevorzugten generelle Zuteilungskriterien wie Alter und Geschlecht des Kindes oder die Scheidungsschuld, allenfalls verbunden mit einer Korrekturmöglichkeit im

42 Unten 5. Kap. A.II.

43 Vgl. aber Goldstein, 1 Int.J.L.&Psych. 114 (1978); Ellsworth/Levy, 4 L.&Soc.Rev. 203 (1969).

44 A.a.O.; ebenso Goldstein/Freud/Solnit, Beyond (2. Aufl.) S. 114; vgl. auch dies., Before S. 33; Schmitt Glaeser, DÖV 1978, 634.

45 Henkel, Rechtsphilosophie S. 323 ff., 345 ff.; ders., Recht und Individualität, S. 16 ff.; Fikentscher, Methoden IV S. 189 ff.; Canaris, Systemdenken S. 17, 83, 85, 151 ff.; Larenz, Festschr. Schima 255 f.; Wieacker, Präzisierung S. 10; Germann, Methoden S. 165; Tribe, 39 L.&Cont.Prob. 10 ff. (1975).

Einzelfall<sup>46</sup>, während moderne Gesetze, offenbar einem internationalen Trend folgend<sup>47</sup>, die Gerechtigkeitsverwirklichung im Einzelfall in den Vordergrund stellen. Da es bei der Sorgerechtsentscheidung um das persönliche Schicksal der beteiligten Menschen geht und das, was „gerecht“ ist, wesentlich von ihren Persönlichkeiten abhängt<sup>48</sup>, ist der letztere Ansatz vom Gerechtigkeitsideal her gesehen zumindest vertretbar und demonstriert noch nicht eine Scheu vor der Übernahme gesetzgeberischer Verantwortung.

Das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit bei der Sorgeverteilung birgt nun aber erhebliche Probleme und Beschränkungen für die legislative Gestaltung in sich, zum Teil auch für die Entscheidungsfindung überhaupt. So sind Generalisierungen und Typisierungen im menschlich-personalen Bereich wegen der Verschiedenheit der Individuen und Situationen nur in geringem Maße und unter Vorbehalt möglich<sup>49</sup>. Die für eine Regelung notwendige „Sachkenntnis“, d.h. hier das Wissen vom Menschen, den Bedingungen und Gesetzmäßigkeiten seiner Entwicklung und Verhaltensweisen, ist begrenzt und nur in engen Kernbereichen so abgesichert, daß es legislative Entscheidungen zu tragen vermöchte<sup>50</sup>. Außerdem ist nicht nach Beurteilungskriterien für einen abgeschlossenen Sachverhalt, sondern nach Kriterien für die zutreffende Beurteilung künftiger Verhältnisse und Entwicklungen zu suchen. Prognoseentscheidungen sind dem Rechtsanwender zwar auch anderweitig auferlegt<sup>51</sup>, aber das Recht selbst liefert insoweit kein Rüstzeug<sup>52</sup>. Zusammen mit den oben ge-

46 § 1635 S. 1, 2. Hs. BGB in seiner ursprünglichen Fassung; einzelne Schweizer Kantone vor Erlaß des ZGB, vgl. *Egger* § 156 Rdn. 1; *Landolt* S. 16 ff. (ausführlich). Das alte englische Recht ließ auch bei Scheidung die väterliche Gewalt durchgreifen, vgl. *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 322 ff. (1978), oben 3. Kap. Fn. 155. Heute begegnet eine derartige Lösung z.B. noch im islamischen Recht, das – bei alleiniger väterlicher Gewalt – die Personensorge der Mutter zuweist für Knaben bis zum 7., Mädchen bis zum 9. Lebensjahr (hadanah); eine derartige Regelung verstößt als solche nicht gegen den deutschen ordre public, BGH 18.6.1970, FamRZ 1970, 550, 551 ff.; OLG Zweibrücken 13.9.1974, FamRZ 1975, 197, wird aber im praktischen Ergebnis von den Gerichten mittels des Kindeswohl-Prinzips unterlaufen, vgl. OLG Zweibrücken a.a.O., S. 76 f., gleichermaßen in den USA, *Abdul-Rahman Omar Adra v. Clift*, 195 F. Supp. 857, 866 (Dist.Ct.Md. 1961).

47 *Giesen*, ZvglRW 70 (1968) 4 ff.; zum Trend innerhalb der US-amerikanischen Rechte *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 227 (1975); vgl. auch *Esser*, Grundsatz S. 335 f.; *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 39.

48 Das gilt auch für die DDR, wengleich mit wesentlich anderer Bedeutung als in westlich Rechtsordnungen, vgl. unten II.2., insb. bei Fn. 188.

49 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 85; *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 1. *Simitis*, 2. DFGT S. 181; vgl. *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 250 f. im Anschluß an *L. Full Interaction between Law and its Social Context* (1971) S. 8, zit. ebenda.

50 Zur Bedeutung anthropologischer Wissenschaften für die Konkretisierung des Kindeswohls unten 6. Kap. C.III.3.

51 § 1 Abs. 1 KartG; Straufaussetzung zur Bewährung und auch Gnadenentscheidungen lege ferenda, vgl. Südd. Zeitung v. 21./22.10.1979 (Nr. 243), S. 1.

52 *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 49 (dtsh. S. 46); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. S. 2 ff. (1975); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 73 (1969). *Winter* (Rechtstheorie 1 (1971) 17 weist zutreffend darauf hin, daß es sich bei Prognoseurteilen nicht um die Vorauskünftiger Fakten handelt, sondern um die Behauptung vorhandener Gesetzmäßigkeit

nannten Schwierigkeiten, den unzählbaren „Variablen“ bei der Entwicklung menschlicher Persönlichkeiten und Beziehungen und deren Interdependenz<sup>53</sup> ergibt sich, daß Sachgerechtigkeit, bei allen Schwierigkeiten ihrer Verwirklichung überhaupt, eher noch bei Abstellen auf den jeweiligen Einzelfall zu erreichen ist, daß sich aber Einzelfallgerechtigkeit und generelle Normen im Bereich der Sorgerechtsregelung weitgehend ausschließen<sup>54</sup>.

Anderes kann gelten, wenn sich dem Gesetzgeber die Frage nach Sachgerechtigkeit nicht unmittelbar stellt, sondern zunächst zu beurteilen ist, ob das staatliche Recht oder Private zur Verwirklichung sachgerechter Lösungen berufen sind. Ob für diese Abgrenzung eine schlichte Generalklausel wie das „Kindeswohl“ genügt, wird bei der Problematik von Elternvereinbarungen und Sorgerechtsänderungen zu prüfen sein.

Dennoch besteht Übereinstimmung, daß die Entscheidung zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit den Normsetzer von seiner Regelungsaufgabe nicht schlechthin entbindet. Grenzenlose, nicht von generellen Kriterien geleitete Einzelfallgerechtigkeit ist in der Tat eine Mystifikation; was sich in einer derartigen Entscheidung verwirklicht, ist weniger Gerechtigkeit als „dumpfe Emotion“<sup>55</sup>. Es gibt bei der Sorgerechtsentscheidung Grundfragen, deren Beantwortung der Einzelfallbeurteilung vorgelagert ist und die von so erheblicher rechtspolitischer Bedeutung sind, daß ihre Regelung durch generelle Normen als Gebot der Gleichgerechtigkeit erscheint: Die grundsätzliche Zuordnung der Interessen der Familienmitglieder, die Rolle des

(besser: Wahrscheinlichkeiten) sozial- oder naturwissenschaftlicher Art, die die künftige Entwicklung bewirken. Vgl. auch BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 252: Eine Zukunftsprognose könne niemals „richtig“ sein.

Selbst wenn man die Prognoseentscheidung auf gegenwärtige Gesetzmäßigkeiten im vorstehenden Sinne reduziert, scheitern Prognosen regelmäßig an der Komplexität der Sachverhalte, s. folgende Fn. Außerdem fehlen weitgehend systematische empirische Analysen von Sorgerechtsentscheidungen und ihren Auswirkungen, *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 43 (1978).

Eine andere Beurteilung juristischer Prognostizierbarkeit muß sich zwangsläufig aus dem Gewißheitsanspruch sozialistischer Systeme ergeben, vgl. *Safarov*, Die juristische Prognostizierung, in: Beiträge S. 41 ff.

53 *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L./Soc.Rev. 673 (1974); *A. Skolnick*, Environment S. 378 f.; besonders eindrucksvoll die Studien von *J. Macfarlane*, 7 Vita Humana 115 ff. (1964), über deren Ergebnisse auch *Mnookin*, FamRZ 1975, 3 berichtet hat. Vgl. noch unten 6. Kap. bei Fn. 324 ff., 341, 342.

54 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231; ders., Familienrecht S. 12 f. (allerdings kritisch zu einem Übermaß „offener“ Tatbestände im Familienrecht); *Treitz* S. 167; *Lempp*, ZBlJR 1974, 124; *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. S. 282 ff. (1975).

Nach Auffassung des *BVerfG* darf der Gesetzgeber dann Generalklauseln verwenden (unter dem Blickwinkel des Art. 20 Abs. 3 GB), wenn die Komplexität der Lebenswirklichkeit und der maßgeblichen Anschauungen sowie fortgesetzter Wandel von Fakten und Anschauungen eine detaillierte gesetzliche Regelung unmöglich macht, Beschl. v. 10.11.1981, EuGRZ 1982, 193, 195 (zu § 1246 Abs. 2 S. 2 RVO).

55 *Gernhuber*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 196, s. auch S. 194 ff., 210; vgl. auch *Rupp*, ZRP 1978, 152; *Zippelius*, NJW 1967, 2234; *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln S. 75: „... sentimentales Verteilen von Milde und Härte nach ungesicherten Maßstäben“; *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417 ff.

öffentlichen Interesses, die Aufteilung der Konkretisierungszuständigkeit auf Staat, Eltern und Kind sowie das Elternrecht im Verhältnis zu Dritten. Das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit steht einer Normierung dieser Fragen nicht entgegen, sondern fordert sie sogar, denn konkret-individuelle Gerechtigkeit kann nur innerhalb eines vorgegebenen Rahmens allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellungen entfaltet werden. Darüber hinaus wird dem Rechtsanwender das Eingehen auf die Individualität eines Falles praktisch erst recht möglich, wenn der Ballast genereller rechtspolitischer Grundfragen von ihm genommen ist<sup>56</sup>.

Will der Normsetzer also nicht den Vorwurf der „Flucht in die Billigkeit“<sup>57</sup> auf sich ziehen, muß er den Rahmen bestimmen, innerhalb dessen der Richter sich um Einzelfallgerechtigkeit zu bemühen hat<sup>58</sup>.

## 2. Einzelne Kriterien für die Regelungsaufgabe des Gesetzgebers

### a) Stellenwert richterlicher Gestaltung im Rechtssystem

Hierzu gehört zunächst der grundsätzliche Stellenwert, den eine Staats- und Gesellschaftsverfassung der schöpferischen Kraft ihrer Funktionsträger, hier der Richter, zuerkennt. Im autoritären Staat, sei es Preußen oder die DDR, ist für individuelle Gestaltungsfreiheit wenig Raum<sup>59</sup>. Der Sozialismus ist keine Idee, die mehrere Spielarten zuließe, sondern eine auf „historischen Gesetzmäßigkeiten“ beruhende gesellschaftliche Entwicklung. Was dem Sozialismus dient, ist deshalb nicht der politisch-kreativen Gestaltung überlassen, sondern Frage der „wissenschaftlichen Erkenntnis“ des historisch Notwendigen<sup>60</sup>. Die Präsentation sozialistischer Vorstellungen als „wissenschaftliche Gesetze“ impliziert, daß es idealiter nur *eine* „richtige“ Antwort auf alle offenen Fragen geben kann, die aus dem marxistisch-leninistischen Lehrsystem abzuleiten ist. Die Erkenntnis des Richtigen ist aber nur den fortschrittlichsten Mitgliedern der sozialistischen Gesellschaft zugänglich, einer Elite, die sich in der staatstragenden Partei, insbesondere deren Führung konsti-

56 Vgl. entsprechend zur Übernahme genereller Kriterien im außerrechtlichen Bereich unten 6. Kap. C.III.1.b).

57 *Gembuber*, Neues Familienrecht S. 104.

58 *Simitis*, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls S. 100; *Hassenstein*, Kindeswohl S. 39.

59 Für Preußen vgl. das Auslegungsverbot in § 46 Einl. Pr.ALR sowie die detaillierten Normierungen bezüglich des familiären Intimbereichs, dargestellt bei *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 118; ders., in: Die Institution der Ehe S. 129 f.; ähnlich Teil I, Kap. 6, § 12 des Kur-Bayerischen Landrechts von 1756.

60 Lehrbuch Staatsrecht S. 40, 107, 110; Lehrbuch Familienrecht S. 33. Nicht alle sozialistischen Autoren machen es sich mit dem Wissenschaftsbegriff allerdings so einfach wie *Witte* (JH 1967, 270), der die sozialistische Kindererziehung als wissenschaftliche Notwendigkeit darstellen will: „Nur der handelt moralisch gut, der dem Wahren dient. Wahr ist, daß der Sozialismus siegt, und moralisch gut handelt derjenige, der sich aktiv für den Sieg des Sozialismus einsetzt. Die moralische Entscheidung des Kindes für das Gute beruht demnach in wissenschaftlichen Erkenntnissen“.

tuiert<sup>61</sup>. Hieraus folgt die Notwendigkeit, die von der Parteiführung erkannten politischen Erfordernisse in einem straffen und effektiven Leitungssystem „nach unten“ zu übertragen und durchzusetzen<sup>62</sup>. Spontaneität und Autonomie sind deshalb nicht nur bei den Bürgern im allgemeinen<sup>63</sup>, sondern auch bei den Richtern unerwünscht.

Diese Aussage scheint der Feststellung von Tumanow zu widersprechen, auch im Sozialismus gebe es „richterliches Ermessen“ und „die Möglichkeit des Richters zu einem aktiven Verhalten“ nehme mit einer Konsolidierung des sozialistischen Systems sogar zu<sup>64</sup>. Die genaue Analyse des Beitrags von Tumanow, der sich kritisch mit der Konzeption des „Richterrechts“ in der Bundesrepublik auseinandersetzt, zeigt jedoch, daß hier die Freiheit des sozialistischen Richters nicht anders verstanden wird als die Freiheit von Bürgern in sozialistischen Systemen generell. Richterrecht in der Bundesrepublik ist nach Auffassung Tumanows Instrument in der Hand herrschender Kreise der „Monopolbourgeoisie“, das die Relativierung und Aushöhlung all jener Ansätze der Legislative ermögliche, die in Richtung auf Demokratie und Sozialisierung zielten<sup>65</sup>. Hierzu eigene sich das Richterrecht, weil die Richterschaft überwiegend zum reaktionären Flügel des politischen Spektrums, also selbst zu den „herrschenden Kreisen“ gehöre<sup>66</sup>. Folgerichtig lehnt Tumanow richterliche Gestaltungsfreiheit für das Recht der Bundesrepublik ab. Ebenso folgerichtig aber erscheint vor diesem Hintergrund die „Wiederzulassung“ richterlicher Freiheit in sozialistischen Systemen proportional zu deren faktischer und rechtlicher Durchsetzung: Richterrecht ist sachbedingt ein wichtiger Einfluß- und Machtfaktor; ihm ist deshalb, aber auch nur dann Raum zugewähren, wenn seine Gleichschaltung mit dem sozialistischen Wertesystem sichergestellt ist. Die Freiheit des Richters im Konzept Tumanows ist deshalb gebunden an die effektive Verwirklichung sozialistischer

61 Statut der SED vom 21.5.1976, Präambel Abs. 1, 4, 5, 9; *Gramann/Zachäus*, *StuR* 1973, 886; *Brunner* S. 2; *Müller-Römer*, *Grundrechte* S. 34 f., 42 f., 48 f., 56, 83 f. Vgl. in diesem Zusammenhang die typenmäßige Beschreibung kommunistischer Denker bei *Fikentscher* III S. 627 („Spökenkieker“).

62 Zur Organisation der Leitung im Rechtswesen vgl. 1. Kap. B.1.2.

63 Die Überwindung der Spontaneität ist vorrangiges Ziel der Familienbeeinflussung, *Grandke*, *StuR* 1970, 1776; *Lehrbuch Familienrecht*, S. 36, 46. Die Furcht vor spontanen Reaktionen der Bevölkerung zeigt sich im Zusammenhang mit dem Streik vom 17. Juni 1953, dazu *Müller-Römer*, *Grundrechte* S. 168.

Die Notwendigkeit vertikaler Leitung auch des privaten Lebens ist so sehr Bestandteil sozialistischer Denkweise, daß das Verständnis für autonome Selbstregulierung im Familienbereich fehlt. Im Lehrbuch *Familienrecht* (S. 22, Fn. 13) wird das 1. EheRG der Bundesrepublik vom 15.6.1976 kritisiert, weil es das patriarchalische Leitbild und das Bild der Hausfrauenehe ersatzlos aufhebe: „Damit fehlt sowohl eine Orientierung der Gesellschaft als auch der Ehepartner auf notwendige Aktivitäten, die im Interesse der beruflichen Entwicklung der Frau und Mutter notwendig sind.“

64 *NJ* 1980, 32 sowie Fn. 19.

65 A.a.O. S. 28 f.; demnach sehe sich der Gesetzgeber zu Zugeständnissen an das Volk gezwungen, die aber via Richterrecht verdeckt wieder zurückgenommen würden.

66 A.a.O. S. 30.

Inhalte, richterliches Ermessen ist „genau so weit frei, wie es für die exakte Einhaltung der Forderungen des Gesetzes notwendig ist“<sup>67</sup>.

Die Entscheidung zugunsten von Einzelfallgerechtigkeit wird in der DDR demgemäß verbunden mit dem Bemühen, den Bereich des generell Vorgebbaren erschöpfend auszuloten, um den Ermessensbereich des Richters möglichst auf die Tatsachenwürdigung im Einzelfall zu beschränken. Dazu gehört der vollständige Entwurf eines sozialistischen Menschenbildes, das die soziale Funktion des Menschen in den Mittelpunkt stellt, von daher aber auch weitgehende Konsequenzen für seine individuelle Beschaffenheit zieht: So setzt beispielsweise kollektives Leben und Schaffen gesellschaftliche Aufgeschlossenheit und Arbeitsfreude beim Individuum voraus<sup>68</sup>. Im übrigen wird die Geschlossenheit des Wertsystems, soweit generelle Steuerung versagt, ergänzt durch das auch den Gerichten gegenüber bestehende Monopol der SED-Führung auf Interpretation und Konkretisierung der sozialistischen Lehre<sup>69</sup>. Außerdem ist es Aufgabe der normsetzenden Instanzen, die Wertkonformität durch Regeln soweit wie möglich zu gewährleisten. Entsprechend wurde auch der individualitätsgeprägte Bereich der Sorgerechtsentscheidung durch Typisierungen und Gruppenbildungen so weit wie möglich vorstrukturiert<sup>70</sup>, um die Auswirkungen der sozialistischen Lehre bis hin zu Detailfragen deutlich zu machen.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die legislative Gestaltung im wertgeschlossenen, autoritären System tendenziell umfassend ist und daß richterliche Rechtsschöpfung im Einzelfall als komplementärer Regelungsmechanismus des Rechts keinen eigenen Stellenwert hat, sondern allenfalls gebundener Ausdruck politisch-ideologischer Steuerung durch die Staatsführung ist.

In wertoffenen freiheitlichen Gesellschaftsordnungen ist heute demgegenüber im Grundsatz allgemein anerkannt, daß die Rechtsprechung konstitutives Element bei der Bildung und Fortbildung des Rechts ist<sup>71</sup>. In den USA gelten die Gerichte ohnehin als die primären Normsetzer<sup>72</sup>. Aber auch in Kodexsystemen wie der Schweiz oder der Bundesrepublik wird dem Richterrecht zunehmend eine eigenständige Rolle neben dem Gesetzesrecht zugewiesen, es legitimiert sich nicht ausschließlich aus der Interpretationsbedürftigkeit der Gesetze und den Grenzen gesetzgeberischer

67 A.a.O. S. 32 Fn. 19.

68 Zum sozialistischen Persönlichkeitsbild vgl. über die einschlägigen Bestimmungen der DDR-Verfassung und des FGB hinaus *Marx* in der 6. Feuerbach-These: Mensch als Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse, *Marx/Engels*, Werke 3 (1958) S. 534; *Eichhorn*, Von der Entwicklung des sozialistischen Menschen, Berlin (-Ost) 1964; *Haney*, Sozialistisches Recht und Persönlichkeit, Berlin (-Ost) 1967; *Robde*, Erziehungsrecht S. 8 ff. Zum Verhältnis von sozialistischem Menschenbild und Erziehungsleitbild oben 1. Kap. A.IV.2.

69 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.3.a) und – zum Leitungs- und Kontrollsystem der Gerichte – oben 1. Kap. B.I.2.

70 Vgl. OG-Richtlinie Nr. 25; schriftstellerische Vorläufer waren die Erörterungen von *Robde*, JH 1967, 197 ff. und *Kühne*, JH 1967, 242 ff.

71 Statt aller *Fikentscher*, Methoden IV S. 220 ff., 313 f., *Larenz*, Methodenlehre S. 128 ff., 154 ff., 424; für die Schweiz neuestens *Rbinow* S. 17 ff., 124 ff.; weitere Nachweise unten Fn. 171, 189.

72 Zum Verhältnis des Richterrechts zum rapide anwachsenden Gesetzesrecht in den USA vgl. oben 3. Kap. A.V.2.a).

Gestaltungsfähigkeit<sup>73</sup>. Wenn auch die Abgrenzung der Rechtsbildungsfaktoren Gesetz und Richterrecht im einzelnen noch unklar ist<sup>74</sup>, so wird doch im Ergebnis eingeräumt, was der Schweizer Gesetzgeber in Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 ZGB offen akzeptiert hat: Schöpferische richterliche Rechtskonkretisierung und Rechtsfortbildung sind von vornherein komplementäre Elemente beim (ständig neu zu leistenden) Aufbau der objektiven Rechtsordnung<sup>75</sup>. Die völlige Ausschöpfung des Bereichs des Regelbaren ist deshalb nicht das maßgebliche Kriterium für die Frage, ob ein Gesetzgeber seiner Verantwortung genügt hat. Es *kann* legitim sein, wenn richterlicher Rechtskonkretisierung im gesetzlichen Regelungsplan konstitutiver Stellenwert eingeräumt wird. Über die angemessene Mitte zwischen perfektionistischem Regelungseifer und verantwortungsscheuer Abstinenz des Gesetzgebers wird für einzelne Rechtsbereiche häufig Streit bestehen. Die Minimalverantwortung des Gesetzgebers, um die es hier allein geht, scheint hingegen von Gernhuber treffend dahin umschrieben zu sein, daß er den „Prozeß der Formierung“ der Gerechtigkeit zumindest „in Gang zu setzen“ habe<sup>76</sup>.

#### b) Gesellschaftliches Wert- und Normensystem

Die unterschiedliche Bewertung ähnlicher rechtlicher Gestaltungen in den einzelnen Rechtsordnungen lenkt das Augenmerk auf weitere Faktoren, die für die gesetzgeberische Regelungspflicht bedeutungsvoll sind.

73 Vgl. *Germann*, Methoden S. 234; der grundsätzliche Primat des Gesetzgebers bleibt jedoch unangezweifelt, *Larenz*, Methodenlehre S. 330, 361, 418 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 36.

74 Trotz generell abgelehnter Präjudizienbindung (dazu noch unten 6. Kap. C.II.3.a)aa) wird die Möglichkeit bejaht, daß *rechtspolitische Grundsatzentscheidungen* der Zivilgerichte rechtliche Bindungswirkung – beschränkt auf den Grundsatz – entfalten, vgl. dazu BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1223, 1225 f. (1226: „*Recht* im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG“); *Esser*, ZvGRW 75 (1976) 78 ff.; *Larenz*, Festschrift Schima S. 263. Begründen läßt sich das nur damit, daß die Gerichte hier die ureigene Funktion des Gesetzgebers übernehmen und fehlende Bindung die Rechtssicherheit auf das schwerste beeinträchtigen würde (zu letzterem *Esser* und *Larenz* a.a.O., vgl. auch *Coing*, JuS 1975, 280; zum Postulat der Rechtssicherheit auch beim Richterrecht allgemein *Baur*, Festschr. Weitnauer S. 247 ff.; *Esser*, Grundsatz und Norm S. 277; *Larenz*, Rechtsfortbildung S. 2; *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 79; *Zweigert*, in: *Studium generale* 1954, 384). Bemerkenswerterweise sehen US-amerikanische Gerichte hier eine *Grenze* legitimer richterlicher Rechtsschöpfung, vgl. oben 3. Kap. Fn. 150; für die Schweiz insoweit *Liver*, Rechtsquelle S. 74. Theoretisch soll es eine solche Grenze auch im deutschen Recht geben, BGH, Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. S. 34, 51 f.; *Esser*, ZvGRW 75 (1976) 80 f., 128; *Fischer*, Weiterbildung S. 32 f., so daß drei Arten rechtspolitischer Entscheidungen zu trennen wären: (1) Ein nicht justiziables, rein politisches Reservat des Gesetzgeber; (2) Grundsatzentscheidungen der Zivilgerichte mit Bindungswirkung; (3) sonstige gerichtliche Rechtsschöpfungen ohne Bindungswirkung. Wie man hier genauer abgrenzen soll, bleibt offen.

75 Zum Schweizer Recht näher unten b); zum Aufbau der Rechtsordnung als stets unabgeschlossene Aufgabe aller um das Recht Bemühten *Canaris*, Systemdenken S. 61 ff.; *Larenz*, Methodenlehre S. 361 f.

76 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 104; an anderer Stelle (Familienrecht S. 12) postuliert *Gernhuber*, daß die Legislative sich nicht Aufgaben entziehen dürfe, die sie „ohne Verlust an Sachgerechtigkeit erfüllen könnte“.

Vergleicht man das Schweizer Recht mit jenen Gesetzen in den USA, deren Inhalt über Art. 156 ZGB nicht oder kaum hinausgeht<sup>77</sup>, so fällt auf, daß die amerikanische Klage über die Unbestimmtheit und Aussagelosigkeit der Zuteilungsmaßstäbe keine Entsprechung in der Schweizer Diskussion hat. In der Schweiz ist man mit dem ergänzenden richterrechtlichen Verweis auf das Kindeswohl im wesentlichen zufrieden<sup>78</sup>, in den USA nicht, obwohl in einem vom Richterrecht geprägten Rechtssystem die Tolerierung gesetzlich kaum gebundener richterlicher Entscheidungsmacht eher zu erwarten gewesen wäre. Die Suche nach Erklärungen führt an die Grundlagen der Rechts- und Gesellschaftssysteme.

Die Schweizer Kodifikation hat nie in gleicher Weise Perfektion angestrebt wie das BGB. Sie war von vornherein „auf Lücke“ angelegt (vgl. Art. 1 und 4 ZGB), teils aus realistischer Einschätzung der gesetzgeberischen Gestaltungsmöglichkeiten, aber auch im Vertrauen auf eine weitgehende Homogenität des Richtigkeitsempfindens in der Bevölkerung und Richterschaft<sup>79</sup>. Art. 156 ZGB ist konkreter Ausdruck des in die Richter gesetzten Vertrauens, daß sie nicht subjektive Willkür, sondern konsensgetragene Wertvorstellungen verwirklichen würden<sup>80</sup>. Ein offenbar noch immer ausreichender Vorrat an inhaltlichen Konsensen in der Gesellschaft läßt das Schweizer System funktionieren, obwohl der dem Scheidungsrichter vorgegebene normative Rahmen auch nach seiner richterrechtlichen Ergänzung offener ist als die Regelung des § 1671 BGB.

Der US-amerikanische Richter kann demgegenüber nur sehr begrenzt auf gesicherte Wertmaßstäbe zurückgreifen. Das Kindeswohl-Prinzip war so lange kaum streitig, als die Praxis die große Mehrheit aller Fälle mit allgemein anerkannten Regeln löste, vor allem dem Vorrang der Mutter für Kinder bis zur Pubertät<sup>81</sup> oder dem Vorrang des schuldlos geschiedenen Elternteils<sup>82</sup>. Beide, zumeist als Konkretisierung des Kindeswohls verstandene Regeln sind heute uneffektiv geworden, in erster Linie auf Grund des Vordringens von Zerrüttungsprinzip und Gleichberechtigung. Der Richter ist auf die ursprüngliche Kindeswohl-Klausel zurückgeworfen. Neue, vergleichbar griffige Entscheidungskriterien sind noch nicht gefunden<sup>83</sup>, und die inhaltlichen Wertübereinstimmungen der Allgemeinheit, der Experten oder der

77 Vgl. oben 3. Kap. A.V.1.; Fn. 137 ff.

78 *Hinderling*, SJZ 71 (1975) 261; *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser v. 23.5.1979.

79 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 275 Rdn. 22 f.; *Huber*, Erläuterungen S. 142 f.; *Liver*, Das Schweizerische ZGB S. 85 ff., 106 ff., 116; *ders.*, Rechtsquelle S. 73 f.; *ders.*, Berner Kommentar, Einleitungsband, Einl. Rdn. 155; *Meier-Hayoz*, Richter S. 114; *ders.*, ZSR 78 (1959) 95 f.; *ders.*, Berner Kommentar, Art. 1, Rdn. 35; vgl. *Rümelin*, Die Bedeutung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs, Tübingen 1908.

80 *Landolt* S. 33; vgl. auch *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4, Rdn. 39.

81 Vgl. oben 3. Kap. A.V.2.c).

82 Vgl. oben 3. Kap. A.V.1., Fn. 136.

83 Im Mittelpunkt der Diskussion steht gegenwärtig die „psychologische Bezugsperson“, dazu unten 5. Kap. A.I.1. (bei Fn. 14-23); 6. Kap. bei Fn. 365 ff.; vgl. auch oben 3. Kap. Fn. 215 ff.

Juristen als Leitpunkte und Legitimation für die Entscheidungsfindung reichen weit weniger aus als in der relativ homogenen Schweizer Gesellschaft<sup>84</sup>.

Dieser Vergleich läßt das Vorhandensein eines gesellschaftlichen Normensystems oder zumindest allgemeiner Wertkonsense als wichtigen Faktor bei der rechtlichen Gestaltung hervortreten<sup>85</sup>. Die jeweiligen Konsequenzen im einzelnen sind jedoch nicht eindeutig.

Nach der Auffassung von Tribe<sup>86</sup> besteht in Zeiten verfallender Wertkonsense und verbreiteter Unsicherheit über materiale Orientierungen die Pflicht des Gesetzgebers, offene, auf den Einzelfall abstellende Normen statt fester Regeln zu verwenden. Inhaltlich offenes Recht erlaube einen freien und rationalen Auseinandersetzungsprozeß und die Entwicklung neuer Wertübereinstimmungen, während starre Regeln notwendige Erfahrungssammlung verhinderten<sup>87</sup>. Zu Regeln könne, ja müsse der Gesetzgeber zurückkehren, wenn sich neue, tragfähige Wertüberzeugungen gebildet hätten<sup>88</sup>. Tribe nennt als Beispiel für Gebiete, auf denen die Wertmaßstäbe gegenwärtig im Fluß seien, die Rollenverteilung der Geschlechter und das Elternrecht nicht verheirateter Eltern. Die Sorgerechtsverteilung nach Scheidung wäre nicht ungeeignet als weiteres, zum Teil allerdings von der Rollendiskussion schon unmittelbar betroffenes Beispiel. Demgegenüber sind nach der Auffassung von Simitis<sup>89</sup> Generalklauseln im Familienrecht nur dann akzeptabel, wenn ein komplementäres Regelungssystem der Gesellschaft, insbesondere ausfüllende Wertkonsense vorhanden sind. Fehle es hieran, müsse das Recht spezifizierter sein, d.h. den Weg der Entscheidungsfindung nachvollziehbar und kontrollierbar vorzeichnen<sup>90</sup>.

Für Tribe ist offensichtlich die inhaltliche Richtigkeit des Rechts vorrangiger Gesichtspunkt, während bei Simitis die strukturelle Rechtmäßigkeit der Entscheidung im Sinne ihrer Objektivität und Rationalität im Vordergrund steht. Trotz der Gegensätzlichkeit ihrer Ergebnisse enthalten beide Auffassungen richtige Aspekte.

84 Die beliebte Bezeichnung der USA als gesellschaftlicher „melting pot“ trifft nur z.T. die Realität, ist z.T. aber eher Wunschtraum geblieben. Allerdings wird auch in der Schweiz die Erosion festgefügteter Wertübereinstimmungen beobachtet, *Merz*, ZSR 92 (1973) 340 (noch zweifelnd); Bericht über die Lage der Familie in der Schweiz, Bern 1978, S. 42; *Ringeling/Svilar* (Hrsg.), Familie im Wandel, Bern 1980; *Weibel-Spirig*, Herderkorrespondenz 1979, 128 ff.

85 *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 25 ff.; ders., in: Die Institution der Ehe S. 125; *Liver*, ZSR 80 (1961) II 194; *Kübler*, JZ 1969, 646; *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 48 ff.; *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 8 ff., 19 ff. (1975). Vgl. grundsätzlich (und interdisziplinär) *Horst Reinecke*, Sicherheit durch Verhaltensnormen im Wandel der Gesellschaft, Göttingen 1981.

86 A.a.O., ähnlich in 10 Harv.Civ.R.-Civ.Lib.L.Rev. 269 ff. (1975); Constitutional Law S. 1077 ff.

87 A.a.O. S. 25 ff., 30, 37.

88 A.a.O. S. 25 f.; ähnlich wie *Tribe* schon *Esser*, Grundsatz S. 335; ders., Vorverständnis S. 175; *Germann*, Methoden S. 364 f.; *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 33 ff., 37.

89 *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 47 ff.

90 A.a.O. S. 49; vgl. *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 126 f.

Zugunsten Tribe ist festzustellen, daß offenes Recht in Zeiten des Wertewandels nicht nur eine Frage der demokratiepolitischen Zweckmäßigkeit ist, sondern in gewissem Ausmaß eine alternativlose Lösung für einen Gesetzgeber, der nicht bewußt sachwidrige oder willkürliche Regelungen statuieren will. Das sieht auch Simitis, der deshalb in dieser Situation weitgehende Restriktion des Familienrechts zugunsten familiärer Selbstregulierung fordert<sup>91</sup>. Dieser Ansatz ist bedeutungsvoll für die Fragenkreise der Sorgerechtsvereinbarung der Eltern und der Sorgerechtsänderung<sup>92</sup>. Für die Grundsituation des streitigen Sorgerechtsfalles bei Scheidung führt er jedoch nicht weiter – hier *muß* staatlich neu geordnet werden<sup>93</sup>. Erweist sich rechtlicher Eingriff als unvermeidbar, bietet Simitis zweierlei an: den Rückgriff auf fachwissenschaftliche Erkenntnisse und die Bindung an Rationalität<sup>94</sup>. Allerdings warnt schon Simitis selbst vor einer Überschätzung des wissenschaftlichen Beitrages zur Konkretisierung des Kindeswohls<sup>95</sup>. Er liefert aber auch keine Spezifizierung von Inhalt und Funktion des verwendeten Rationalitätsbegriffs<sup>96</sup>. Seine Forderung nach exaktem Recht bei gesellschaftlicher Wertungsgewißheit drückt deshalb theoretisch zwar Wünschenswertes aus, ist aber praktisch nur begrenzt realisierbar.

Umgekehrt ist Tribe entgegenzuhalten, daß die Auflösung des Rechts zugunsten eines offenen Diskussionsforums, zugunsten ungehinderten *consensus-reaching* den Eingriffscharakter der konkreten Entscheidung ignoriert. Die Legitimierung staatlichen Eingriffs als *Rechtsentscheidung* ist in Rechtsstaaten unverzichtbar<sup>97</sup>. Die Beantwortung genereller rechtspolitischer Grundsatzfragen, die den sachlichen Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen abstecken<sup>98</sup>, bleibt auch und gerade in Zeiten des Wertumbruchs möglich und notwendig. Die Kritik an der Handhabung des Kindeswohl-Begriffs in der US-amerikanischen Rechtspraxis zeigt, daß man verbreitet nicht den Eindruck hat, es finde ein rationaler, zu sachgerechten neuen Lösungen führender Diskussionsprozeß statt, sondern eher, daß unbegrenzte Beliebigkeit herrsche.

Als Ergebnis ist festzuhalten: In Zeiten des Wertewandels findet der Gesetzgeber zwar weniger verlässlichen Boden für Regelungen vor, ist aber eher verpflichtet, den Bereich des noch Regelbaren auszuschöpfen und Orientierungsdaten für den Rechtsanwender zu setzen. Andererseits ist die Entlastungsfunktion eines etablierten gesellschaftlichen Wertgefüges, wie das Beispiel der Schweiz zeigt, unbestreitbar.

91 A. a. O. S. 51 f.

92 Dazu unten 5. Kap. C. II. und D.

93 Vgl. oben B. II. 2.

94 A. a. O. S. 55 ff.

95 Vgl. auch Simitis, 2. DFGT S. 180 f.

96 Zum Rationalitätsbegriff näher unten 6. Kap. C. II. 1.

97 Gemeint ist hier nicht die oben erörterte (B.) Legitimation, daß eingegriffen werden darf, sondern die *Rechtsqualität* des grundsätzlich zulässigen Eingriffs, vgl. BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218 r. Sp.

98 Oben I., bei Fn. 55 ff.

## c) Stabilisierungseffekt der Rechtsmethodik

Die vorgenannte These von Tribe sowie der Vergleich des schweizerischen und des US-amerikanischen Rechts lenken das Augenmerk auf einen weiteren Faktor, der für die Beurteilung der Regelungsverpflichtung eines konkreten Gesetzgebers bedeutsam ist: den aktuellen Stabilisierungseffekt der Rechtsmethodik für die Rechtsfindung im Einzelfall. Die Auflösung normativer Strukturen zugunsten offener rechtspolitischer Diskussion oder auch schlicht der Einsatz von Generalklauseln sind unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und materialen Gerechtigkeit nur dann sinnvoll und überhaupt erträglich, wenn formale und methodische Sicherungen gewährleisten, daß die Entscheidungsfindung sachorientiert bleibt und konzeptionell zum Aufbau neuer Rechtsstrukturen geeignet ist<sup>99</sup>. Während sich das Schweizer Recht durch eine ausgereifte Methodik der Rechtsfindung auszeichnet, die den Richter hinführt insbesondere zu Objektivität, Rationalität, Regelhaftigkeit und erkennbaren Wertübereinstimmungen<sup>100</sup>, sind die traditionellen methodischen Bindungen des Richters im US-amerikanischen Recht im Bereich der Sorgerechtsverteilung teilweise wirkungslos. Zwar entspricht der common-law-Richter im allgemeinen keineswegs dem „Richterkönig“ der Freirechtsschule<sup>101</sup>, sondern ist methodisch eingebunden in ein System bindender Präjudizien und – in deren Abwesenheit – der rechtspolitischen Vernunft (reason) verantwortlich<sup>102</sup>. Eine Präjudizienbindung wird in den USA jedoch unter Hinweis auf die Individualität jedes Sorgerechtsfalles abgelehnt: „Each case stands on its own facts“<sup>103</sup>. Eine Ausnahme gilt nur für wenige generelle Grundsätze, vor allem die Maßgeblichkeit des Kindeswohls, soweit sie nicht schon gesetzlich festgelegt ist<sup>104</sup>. Aber auch die „reason“ erfüllt ihre Disziplinierungsaufgabe nur begrenzt. Gesetzliche Generalklauseln können den Rechtsfindungsvorgang dadurch stören, daß sie eine Scheinlegitimation für Ent-

99 Zur „originären Wertfindung“ oder „Rechtsneubildung“ vgl. unten 6. Kap. C.1., so auch Tribe selbst, 39 L.&Cont.Prob. 23 ff., 36 (1975); vgl. auch Esser, Vorverständnis S. 9 ff., und passim.

100 Vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB, der allerdings keine Rechtsbindung normiert; BG 3.6.1960, BGE 86 I 187, 200; 15.9.1961, BGE 87 I 459, 462 f.; 13.12.1961, BGE 87 I 515; Meier-Hayoz, Richter S. 116; ders., Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 13 f., 49; Gmür, Anwendung S. 116; Egger, Art. 156 Rdn. 3; Gygax S. 12; Landolt S. 33; vgl. auch allgemein Germann, Methoden S. 111 ff., 219; Hinderling, Festschr. Rheinstein S. 994. Zur Schweizer Methodenlehre neuerdings auch Rhinow, Rechtsetzung und Methodik (1979) und Ott, Die Methode der Rechtsanwendung (1979).

101 Vgl. Ernst Fuchs, Schreibjustiz und Richterkönigtum (1907); zur Freirechtsschule statt aller Kaufmann, Rechtsphilosophie S. 252 1 ff.

102 Abraham, The Judicial Process S. 329 ff.; Farnsworth, Introduction S. 48 ff.; David/Grasmann, Einführung Nr. 353 ff. (S. 404 f.); Radbruch, Geist S. 41; Fikentscher, Methoden II S. 472 f.; Hattenbauer, ZRP 1978, 85. Inwieweit diese methodische Bindung effektiv war, steht auf einem anderen Blatt, vgl. Allen, Law in the Making, 7. Aufl. Oxford 1964, S. 161 ff., 356 ff.; Cross, Precedent in English Law, 2. Aufl. Oxford 1968, S. 175 ff.; Cardozo, Nature S. 116; Fikentscher, Methoden II S. 95 ff.

103 Vgl. oben 3. Kap. Fn. 183.

104 Vgl. oben 3. Kap. A.V.3.a).

scheidungen liefern und den Richter vom Zwang vernunftorientierter Rechtfertigung des Ergebnisses befreien<sup>105</sup>. US-amerikanische Richter haben zwar inzwischen jahrzehntelange Erfahrungen mit punktuellen, oft sehr detaillierten Gesetzen. Die Generalklausel als typisches Gestaltungselement von Kodexrechten ist für sie hingegen eine relativ neue Erscheinung, es gibt kaum rechtstheoretisches Erfahrungswissen, das den Weg zu ihrer jeweiligen Bewältigung wiese. Um so größer ist die Gefahr des Einbruchs subjektivistischer Elemente in die richterliche Entscheidung.

#### d) Rechtliches Informationssystem

Die Rechtsvergleichung lenkt die Aufmerksamkeit schließlich noch auf einen weiteren Gesichtspunkt, der für die Effektivität der Kindeswohl-Norm, also für ihre normative Steuerungsfunktion von Bedeutung ist: die Sicherstellung der notwendigen Sachaufklärung. Die empirischen Gegebenheiten (Seinsstrukturen) sind schon für den Schöpfer genereller Normen unüberschreitbare Grenze und inhaltliche Leitlinie seiner Regelungstätigkeit<sup>106</sup>. Der Verweis auf die Individualgerechtigkeit verlagert die maßgebliche faktische Basis einer noch zu vollendenden Gerechtigkeit in den jeweiligen Einzelfall. Die Interessen eines bestimmten Kindes können nur dann geschützt und gefördert werden, wenn seine tatsächliche Situation dem Richter bekannt ist. In den US-amerikanischen Rechten zeigt nun das Informationssystem gerade bei der Sorgerechtsentscheidung konzeptionelle Schwächen. Das adversary system liefert schon deshalb nicht die für die Konkretisierung des Kindeswohls notwendigen Informationen, weil der Träger des wichtigsten Interesses, das Kind, im Prozeß nicht vertreten ist<sup>107</sup>. Ansätze zur Amtsaufklärung sind vorhanden, aber nicht die Regel, nur punktuell und überdies umstritten<sup>108</sup>. Gesetzliche Kataloge über inhaltliche Kriterien des Kindeswohls in einigen Staaten verstärken und lenken die Amtsermittlungen – dies wirkungsvoll aber nur dann, wenn der Richter auch verpflichtet ist, zu allen Punkten Feststellungen zu treffen<sup>109</sup>. Umgekehrt setzt sich aber auch der Trend zum Kindesanwalt fort<sup>110</sup>, womit verbreitet angestrebt wird, die Funktionsbedingungen des adversary system wieder herzustellen.

Hier scheint der Gesetzgeber aufgerufen, das Informationssystem zumindest der Konzeption nach so auszugestalten, daß die zur Anwendung des Kindeswohl-Maßstabs erforderlichen Sachverhaltskenntnisse ohne prozessuale Schwierigkeiten erlangt werden können und überdies kein Zweifel besteht, wem die Verantwortung für die Sachaufklärung obliegt.

105 Vgl. Dawson, RabelsZ 41 (1977) 442 f.; Coester, ZRP 1978, 176. Hier liegt der Kern der These von Matza, daß das Kindeswohl die richterliche Entscheidung nicht leite, sondern eher verschleierte, oben Einl., I.; vgl. weiter unten 3.a), bei Fn. 130.

106 Welzel, Naturrecht S. 244 f.; Fikentscher, Methoden IV S. 192 f.

107 Vgl. oben 3. Kap. B.II.1.c), 3. sowie Mnookin, 39 L.&Cont.Prob. 254 f. (1975).

108 Vgl. oben 3. Kap. B.II.1.d) (1).

109 Vgl. oben 3. Kap. A.V.3.a), Fn. 179-182.

110 Oben 3. Kap. B.II.3.

Ob umgekehrt ein pauschaler Verweis auf die *Offizialmaxime* genügt, um die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Anwendung des Kindeswohl-Maßstabs verfahrensrechtlich sicherzustellen, muß angesichts des Umstands zweifelhaft erscheinen, daß der von Obergerichten wohl am häufigsten gerügte Mangel erstinstanzlicher Entscheidungen unzureichende Sachaufklärung betrifft – selbst wenn sich das Verfahren über viele Monate oder gar Jahre hingezogen hatte<sup>111</sup>.

#### e) *Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis kann damit festgehalten werden: Die gesetzgeberische Weichenstellung zugunsten der Einzelfallgerechtigkeit bei Sorgerechtsentscheidungen ist legitim, entbindet die Legislative aber nicht von der Normierung des generellen Rahmens und der grundsätzlichen Interessenbewertung für die Entscheidungsfindung im Einzelfall. Zu den Ansatzpunkten gesetzgeberischer Aktivitäten gehört auch die Sicherung effektiver Sachaufklärung als Voraussetzung sinnvoller Anwendung des Kindeswohl-Prinzips. Die Intensität notwendiger materiellrechtlicher Vorstrukturierung wird im übrigen davon beeinflusst, in welchem Ausmaß auf eine gesicherte Rechtsmethodik insbesondere im Hinblick auf die Konkretisierung unbestimmter und offener Rechtsbegriffe sowie auf intersubjektive, rechtliche oder außerrechtliche Wertmaßstäbe zurückgegriffen werden kann.

### 3. **Schlußfolgerungen für das Recht der Bundesrepublik**

#### a) *Sachlicher Befund*

Die Regelung des § 1671 BGB ist etwa in der Mitte anzusiedeln zwischen dem Versuch detaillierter Vorzeichnung der richterlichen Entscheidung in der DDR (§ 25 FGB mit OG-Richtlinie Nr. 25) und solchen Gesetzen, die nicht einmal das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab aufführen, sondern den Richter nur auf das „Nötige“ verweisen<sup>112</sup>. Richtet man das Augenmerk auf die Regelungsinhalte, die sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut ergeben, dann zeigt ein Überblick, daß zwar

111 Nur als Beispiele seien genannt: BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446; 15.2.1978, FamRZ 1978, 405; BayObLG 4.12.1962, FamRZ 1963, 141; 17.2.1967, FamRZ 1967, 402; 28.2.1974, FamRZ 1975, 223; KG 30.11.1967, FamRZ 1968, 263; OLG Düsseldorf 14.11.1967, FamRZ 1968, 89; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70; OLG Saarbrücken 7.12.1977, FamRZ 1978, 832; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827. OG 20.5.1965, NJ 1965, 585; 1.9.1966, NJ 1966, 734; 4.7.1968, NJ 1968, 538; 22.1.1970, NJ 1970, 336; 2.2.1971, NJ 1971, 405; 3.8.1971, NJ 1971, 627; 12.9.1972, NJ 1973, 55; 6.3.1973, NJ 1973, 298; 30.4.1974, NJ 1974, 440; 7.5.1974, NJ 1975, 23; 19.11.1974, NJ 1975, 121; 15.4.1975, NJ 1975, 555; 4.5.1976, NJ 1976, 529. BG 28.5.1914, BGE 40 II 305; C.d. Justice Genève 11.1.1946, Sem.Jud. 68 (1946) 497. Vgl. auch Bowler v. Bowler, 74 ALR 2d 1068 (Mich. 1959); Burns v. Burns 276 P.2d 308, 311 (Kan. 1954); Forrester v. Forrester, 5 FLR 2047 (Pa.Super.Ct. 1978).

112 Art. 156 Abs. 1 ZGB sowie die Gesetze einiger US-Staaten, vgl. oben Fn. 77.

kaum eine Frage „durchnormiert“ ist (Ausnahme: § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB), daß aber zu den wichtigsten Fragen Regelungsansätze vorhanden sind, denen normativer Gehalt nicht völlig abgesprochen werden kann. Das an die Spitze gestellte Kindeswohl-Prinzip enthält neben dem Grundsatz der Einzelfallgerechtigkeit die Hervorhebung des Kindesinteresses gegenüber allen anderen Gesichtspunkten, auch wenn die Abgrenzung im einzelnen offen geblieben ist<sup>113</sup>. Ein Ansatz für die Verteilung der Konkretisierungszuständigkeit zwischen Eltern und Staat findet sich in § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB. Die Rolle des Kindes hierbei ist in Abs. 3 S. 2 angesprochen, im übrigen dürfen angesichts intensiver Reformdiskussionen auch aus dem Schweigen des Gesetzes normative Wertungen gefolgert werden<sup>114</sup>. Inhalt und Grenzen des Kindeswohls schließlich sind partiell angesprochen in Abs. 2, 2. Hs., Abs. 4 und 5, S. 1, wobei letztere Bestimmung gleichzeitig das Gewicht des Elternrechts gegenüber Kindern und Dritten regelt. Für die Ermittlung des zur Beurteilung des Kindeswohls notwendigen Sachverhalts konkretisieren §§ 50a Abs. 1, S. 2 und 50b FG die generelle Amtsermittlungspflicht (§ 12 FG) in bezug auf die Anhörung der Eltern und des Kindes<sup>115</sup>.

Aus diesem Überblick wird deutlich, daß eine Kritik am Kindeswohl-Prinzip vom Ansatz her fehl geht, wenn der positivrechtliche Rahmen, innerhalb dessen das Kindeswohl zu verwirklichen ist, ignoriert wird. Die Frage, ob eine isolierte Kindeswohl-Klausel den Ansprüchen an normative Steuerung genügen würde, stellt sich für das Recht der Bundesrepublik nicht. Hinzu kommt, daß die normative Dichte des § 1671 BGB nicht unwesentlich angereichert wird durch seine Einbettung in das nähere und fernere System der Rechtsordnung: das Kindschaftsrecht, das allgemeine Familienrecht und das Verfassungsrecht. Auch bei skeptischer Beurteilung der Möglichkeiten, aus der Verfassung konkrete Entscheidungsrichtlinien zu gewinnen<sup>116</sup>, bietet das Grundgesetz doch einen Wertfundus, der so ergiebig in

113 Das Spektrum der Deutungsmöglichkeiten ist allerdings weit, vgl. einerseits *Zenz*, AcP 173 (1973) 541 (über andere Interessen enthalte das Gesetz keine Aussage), andererseits *Mnookin*, 43 Harv.Ed.Rev. 614 f. (1973) (die Berücksichtigung anderer Interessen sei ausgeschlossen). Im einzelnen unten 5. Kap. A.II.

114 § 1671 Abs. 3 S. 1 des Reg.Ent. BT-Drucks. 7/2060, und des Fraktionentwurfs, BT-Drucks. 8/111 sah noch eine weitgehende Selbstbestimmung des 14-jährigen Kindes vor. Zur überwiegend kritischen Diskussion: *Becker*, Festschr. Bosch S. 54 f.; *Beitzke*, ZBlJR 1973, 123 f.; *Boxdorfer*, RdJ 1974, 263; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 318; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 464 f.; *Finger* S. 308 f.; *Gernhuber*, Neues Familienrecht 92 f.; ders., FamRZ 1973, 231; *Juristinnenbund*, Neues Elterliches Sorgerecht, § 1671 Alternativentwurf, S. 19; *Knöpfel*, FamRZ 1977, 609; *Lempp*, ZBlJR 131 f., 138; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608 f.; *Ramm*, JZ 1973, 179 f.; *Strätz*, FamRZ 1975, 546 f., 549; *Zenz*, StAZ 1973, 267 ff.; *dies.*, in: Familienrechtsreform S. 169 ff.; im einzelnen unten 5. Kap. B.I.

115 Zur Auslegung des Gesetzes im einzelnen unten 5. Kapitel.

116 Zur Skepsis nötigen immer wiederkehrende Versuche, einzelnen Verfassungsnormen ein verfassungsexternes Wertsystem zu inkorporieren und andere Verfassungsartikel dagegen zurücktreten zu lassen – z.B. das Gleichberechtigungsgebot gegenüber einem auf tradierte Rollenverteilungen in der Familie festgeschriebenen Art. 6 GG. Neuerdings leitet *Lecheler* (FamRZ 1979, 6 f.) die *Verfassungswidrigkeit* der Einrichtung von Kinderkrippen, mit denen Frauen Berufstätigkeit und Emanzipation ermöglicht werden solle, aus Art. 6 GG

der Schweiz und den USA nicht vorhanden ist und zu dessen Erschließung eine relativ entwickelte Interpretationslehre beitragen kann<sup>117</sup>. Selbst wenn es zuträfe, daß die konsensgetragenen gesellschaftlichen Wertüberzeugungen in der Bundesrepublik weitgehend zerfallen sind und der verbliebene Konsenssockel hinsichtlich der Kindererziehung auf Grundsätze der physischen Betreuung<sup>118</sup> beschränkt ist<sup>119</sup>, bietet der Gesamtzusammenhang des Rechts soviel an positiver wie negativer Wertsetzung, daß von einer Orientierungslosigkeit des Richters nicht die Rede sein kann. Eine rechtliche Wertentscheidung zwischen einem konservativ-stabilen und einem anregend-kreativen, doch labilen Erziehungsmilieu<sup>120</sup> vermag zwar auch der deutsche Richter nicht zu treffen. Es gibt aber genügend andere Kindeswohl-Kriterien, die eine Regelung des Sorgerechts auch unter Ausklammerung dieses Aspekts noch ermöglichen<sup>121</sup>.

Zum Verständnis der deutschen Kritik am Kindeswohl-Prinzip ist allerdings zu beachten, daß es die Entwürfe zur Scheidungs- und Sorgerechtsreform zu Beginn der 70er Jahre waren, die die Diskussion im wesentlichen auslösten. Mit dem Wegfall des Schuldvorzugs (§ 1671 Abs. 3 S. 1 a.F. BGB) und der geplanten (aber nicht Gesetz gewordenen) Herabstufung des gemeinsamen Elternvorschlags war das bisherige Wertgefüge bei Sorgerechtsentscheidungen zum Teil aufgelöst, und der Streit um die kindlichen Selbstbestimmungsrechte auch im Rahmen des § 1671 BGB brachte zusätzliche Verunsicherung. Die Parallele zur US-amerikanischen Situation ist unübersehbar; allerdings steht der deutsche Scheidungsrichter auch nach den Re-

her – eine Auffassung, die vom „Natürlichen Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie“ (Titel der Monographie von Ziegler, Heidelberg 1958) weniger entfernt ist als es den Anschein haben mag (kritisch zu Ziegler/Welzel, *Naturrecht* S. 224 Fn. 35; H. Krüger, *AcP* 158 (1959) 47 ff.; Mikat, *FamRZ* 1960, 305 ff.; zust. hingegen Utz, *FamRZ* 1958, 413, und wohl auch Bosch, *FamRZ* 1959, 409).

Gegen eine Überstrapazierung der Verfassung auch Gernhuber, *Neues Familienrecht* S. 40 ff., insb. 44, sowie Simitis, in: Goldstein/Freud/Solnit, *Jenseits des Kindeswohls* S. 108; Lüderitz, *AcP* 178 (1978) 270. Andererseits steht der Rückgriff auf verfassungsrechtliche Wertmaßstäbe nicht im Ermessen der Gerichte; sie sind bei Anwendung von Generalklauseln nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu verpflichtet, zuletzt *Entsch. v. 28.2.1980*, *NJW* 1980, 692, 695; 5.11.1980, *NJW* 1981, 217, 218.

117 Hesse, *Grundzüge* S. 20 ff. m.w.N. in Fn. 1; ders., *EuGRZ* 1978, 432, 437 f.; Lüderitz, *AcP* 178 (1978) 270; vgl. auch Beitzke, *FamRZ* 1979, 12; Meessen, *NJW* 1979, 834. Zum Vergleich der amerikanischen und deutschen Verfassungsrechtslehre Blumenwitz, *EuGRZ* 1979, 420.

118 Es sollte nicht übersehen werden, daß auch hier jenseits banaler Allgemeinplätze wie Gesundheit oder Hygiene praktisch jede Einzelmaßnahme im Streit ist.

119 Gernhuber, *FamRZ* 1973, 231. Generell zum schwindenden Konsens Wieacker, *Festschr. Weber* S. 437; Zippelius, *Festschr. Maunz* S. 520; Raz, 81 *Yale L.J.* 850 (1972); A. Skolnick, 39 *L.&Cont.Prob.* 40 (1975); Wilkerson/Kroecker S. 276; optimistisch demgegenüber Beitzke, *FamRZ* 1979, 12; Sträling, *AFK-Bericht* 1978, 47; Hegnauer, *Gespräch mit dem Verfasser v. 23.5.1979*. Grundlegend zum heutigen Wertewandel und den Folgen für Recht und Gesellschaft Reiner Schmidt, *Verfolgung des Glücks*, *SZ* 15./16.11.1980.

120 Painter v. Bannister, 140, 140 *N.W.2d* 152, 154 ff. (Iowa 1966); Mnookin, 43 *Harv.Ed. Rev.* 618 (1973); ders., 39 *L.&Cont.Prob.* 260 (1976); vgl. oben 3. Kap. A.V.3.B).

121 Vgl. OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, *FamRZ* 1978, 261, 262.

formen ungleich besser da als viele seiner amerikanischen Kollegen. Die Sorgerechtsreform hat im Ergebnis für das Recht der Sorgeverteilung zahlreiche neue Wertakzente gesetzt, nicht nur in § 1671 BGB, sondern auch in den allgemeinen Bestimmungen über das Eltern-Kind-Verhältnis<sup>122</sup>, so daß eher ein Gewinn an normativer Dichte zu verzeichnen ist.

In methodischer Hinsicht schließlich kann man in der Bundesrepublik auf jahrzehntelange Erfahrungen mit Generalklauseln aufbauen, die an Konkrettheit dem Kindeswohl-Maßstab wenig oder nichts voraushaben, sowie auf einem eingespielten, gegenseitig akzeptierten und sich gegenseitig befruchtenden Bemühen um Rechtskonkretisierung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft<sup>123</sup>, um das US-amerikanische Beobachter das deutsche Recht beneiden<sup>124</sup>. In den USA fehlt es zwar weder auf seiten der Rechtsprechung noch der Wissenschaft an hochqualifizierten Leistungen, wie beispielsweise die Arbeiten von Mnookin zum Kindeswohl zeigen<sup>125</sup> oder richtungweisende Sorgerechtsentscheidungen wie Braiman<sup>126</sup> oder Dodd<sup>127</sup>. Wohl aber erfolgt die Beachtung rechtswissenschaftlicher Erkenntnisse durch die Judikatur nur sporadisch.

Die Ursachen hierfür mögen vielfältig sein. Die Publikationen begnügen sich oft mit der Zusammenstellung und Erörterung des Fallmaterials; der Literaturmarkt ist ungleich größer und unübersichtlicher als in der Bundesrepublik<sup>128</sup>; die Richter werden aus „gestandenen“ Praktikerkreisen gewählt, und schließlich wirkt eine historisch bedingte Scheu vor einer Verwissenschaftlichung des Rechts nach<sup>129</sup>.

Umgekehrt ist die Einstellung der Wissenschaftler den Richtern gegenüber auf familienrechtlichem Gebiet eher von Mißtrauen geprägt, so daß ihnen nicht gemeinsames Bemühen um das Recht, sondern eine Begrenzung richterlicher Willkür als

122 Dazu unten 5. Kap. A.1.2.

123 Nur als Beispiele sind zu nennen *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB (1956); *K. Simitis*, Gute Sitten und ordre public, Marburg 1960; *Schrickner*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß (1970); *Sonnenberger*, Verkehrssitten im Schuldvertrag (1970); *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971).

124 *Dawson*, *Oracles* S. 505; ders., *RabelsZ* 41 (1977) 453 f., 455; vgl. auch *v. Caemmerer*, in: *Peble/Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung S. 30.

125 Oben Fn. 120 und Fn. 33.

126 407 N.Y.S.2d 449; 378 N.E.2d 1019 (N.Y. 1978).

127 403 N.Y.S.2d 401 (Sup.Ct. 1978).

128 *Dawson*, *RabelsZ* 41 (1977) 456.

129 *Dawson*, *Oracles* S. 85; *Farnsworth*, Introduction S. 16. Egalitäres Pathos beherrschte die Zeit vor dem Bürgerkrieg; es beruhte z.T. auf der Ablehnung des elitären englischen Justizsystems: Das Praktizieren von Recht sollte Sache von Jedermann sein. Dieses Ideal lebt fort in der Institution der Jury: "a government of the people, by the people and for the people", *Boeing Co. v. Shipman*, 411 F.2d 365, 378 (5th Cir. 1969, diss.op. Rives). Ironischerweise dürfte diese Haltung dazu beigetragen haben, daß die USA heutzutage "perhaps the most complicated legal structure that has ever been devised and made effective in man's effort to govern himself" haben, *Griswold*, Law and Lawyers in the United States, *The Common Law Under Stress* (1964) S. 3; auch *Gilmore* beklagt die Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit des US-amerikanischen Rechts, 70 *Yale L.J.* 1037 ff. (1961); vgl. auch schon *Holmes*, 10 *Harv.L.Rev.* 476 (1897): "We have too little theory in the law rather than too much . . .".

vorrangiges Gebot erscheint<sup>130</sup>. Wenngleich auch in der Bundesrepublik gerade Sorgerechtsentscheidungen gelegentlich viel von dem vermissen lassen, was mit „Richterkunst“ bezeichnet wird, so ist doch im großen und ganzen das Bemühen um objektive, sachgemäße Rechtsprechung unverkennbar. Zu generellem Mißtrauen jedenfalls besteht kein Anlaß.

Vor allem Gernhubers Denken scheint von derartigem Mißtrauen geprägt<sup>131</sup>. Die Aporie dieser Position wird aber bei Gernhuber selbst deutlich: Der Richter darf sich nur an festgefügtten „Standards“ orientieren, auch bei Aussagen aus dem wissenschaftlichen Bereich<sup>132</sup>. Standards stehen für das Kindeswohl aber kaum zur Verfügung, es herrscht Meinungsvielfalt<sup>133</sup>. Wertmaßstäbe unterhalb von Standards darf der Richter jedoch (jedenfalls bei § 1666 BGB) nicht heranziehen<sup>134</sup>. Andererseits besteht Entscheidungspflicht: Was bleibt zur legitimen Orientierung für den Richter?

### b) Ergebnis

Eine zusammenfassende Bewertung des für Sorgerechtsentscheidung nach Scheidung maßgeblichen Rechts in der Bundesrepublik unter dem Aspekt seiner normativen Qualität führt zu der Anerkennung, daß die Formierung der Gerechtigkeit bereits auf genereller Ebene jedenfalls soweit in Gang gesetzt worden ist<sup>135</sup>, daß dem Gesetz eine rahmensetzende und richtungsweisende Funktion nicht abgesprochen werden kann<sup>136</sup>. Ob die generelle Vorstrukturierung in Einzelfragen aussagekräftiger sein sollte, etwa in der Abwägung von Kindes- und Elterninteresse oder in der Definition der Ausgangsposition von Mutter und Vater, kann hier ebenso dahinstehen wie der Umstand, daß sie schon zu weit gegangen ist, nämlich durch den Ausschluß gemeinsamer Sorgerechtsausübung nach Scheidung (§ 1671 Abs. 4 S. 1 BGB)<sup>137</sup>.

130 Nach M. Wald (Stanford University) spielt das „feeling for the judiciary“ in den einzelnen Rechtsordnungen eine wichtige, aber selten beachtete Rolle. Sein Inhalt für die USA laufe darauf hinaus, daß die Richter in Kindeswohlfragen (vorbehaltlich weniger Ausnahmen) „just incompetent“ seien (Gespräch mit dem Verfasser v. 8.4.1979; mit ähnlicher Tendenz zahlreiche andere Hochschullehrer, mit denen der Verfasser im Frühjahr 1979 Kontakt aufgenommen hat). Vgl. auch die Feststellung von Wieacker, Festschr. Weber S. 430, wonach in den USA eine „selbstbewußte Routine unreflektierter Richtermacht den Intellektuellen der Universitäten vielleicht gerechteren Anlaß zu gereiztem Einspruch gibt als unsere Rechtsprechung . . .“

131 Vgl. FamRZ 1973, 234 f.; *Mnookin*, oben bei Fn. 31 ff.

132 A.a.O. S. 232 f.

133 A.a.O. S. 230 f.

134 A.a.O. S. 234.

135 Formulierung in Anlehnung an Gernhuber, Neues Familienrecht S. 104.

136 So BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; Lüderitz, FamRZ 1975, 613. Auch für das US-amerikanische Recht fehlen entsprechende Bewertungen nicht. In re J.S.R., 3 FLR 2499 (D.C.App. 1977); Seymour v. Seymour, 6 FLR 2575 (Conn. 1980); Crahan v. N.R., 581 S.W.2d 272, 275 (Tex.App. 1979); der US-Supreme Court hat die Behauptung, die Kindeswohl-Norm verstoße wegen ihrer Vagheit gegen die Verfassung (Bowen v. Bowen, 6 FLR 2559 (Tex.App. 1980)), durch Sachentscheidung (aber ohne Begründung) zurückgewiesen. 6 FLR 2923 (1980); zur verfassungsrechtlichen „void-of-vagueness-doctrine“ vgl. Developments, 93 Harv.L.Rev. 1231 ff. (1980) (im Hinblick auf das Kindesschutzrecht).

137 Dazu unten 5. Kap. C.IV., insb. 4.

Fest steht, daß der Gesetzgeber nicht eine ursprüngliche ihn treffende Verantwortung einfach an den Richter weitergereicht hat, wie das Bild von der „Flucht in die Generalklauseln“ suggeriert. Seine Regelungsverpflichtung beurteilt sich im Spannungsverhältnis zweier zuvor erörterter Postulate: Der Pflicht, in Abwesenheit stabilisierender Hilfssysteme der Gesellschaft oder der Wissenschaften Orientierungsdaten zu setzen, die den Entscheidungsprozeß kanalisieren und leiten, und auf der Gegenseite dem Gebot, nicht mit autoritärem „fiat“ die Entwicklung neuer Erkenntnisse und Erfahrungen auf Gebieten abzuschneiden, die durch Unsicherheit über das sachlich Richtige und die maßgeblichen Werte geprägt sind. In letzterer Hinsicht ist eine gewisse Zurückhaltung nicht nur unter dem Aspekt allgemeinen Werte- und Strukturwandels im Familienbereich angemessen<sup>138</sup>, sondern auch im Hinblick auf den unausgereiften Wissensstand von der Situation und den Bedürfnissen der Scheidungskinder<sup>139</sup>.

Es ist bereits an dieser Stelle darauf hinzuweisen, daß die Grundfragen, die Goode bereits 1956 formuliert hat, auch heute noch ohne gültige Antwort sind: „(1) Sind die nachteiligen Wirkungen, die die Scheidung auf das Kind hat, größer als diejenige, die sich bei einem *fortgesetzten häuslichen Konflikt* ergeben? (2) Wenn es zur Scheidung kommt und wir ihre Auswirkungen messen – was ist wichtiger: die Scheidung selbst oder ihre Nachwirkungen oder der *Konflikt*, der zur Scheidung führte? (3) Welche Arten der Scheidung oder des Ehekonfliktes wirken sich in *welcher Weise* oder in welchem Maße auf das Kind aus?“<sup>140</sup>.

Die Normierung sachgerechter genereller Verteilungsrichtlinien über den Stand des § 1671 BGB hinaus erscheint gegenwärtig deshalb mit hohem Fehlerrisiko belastet. Wie schon v. Hippel festgestellt hat, tut man aber bei Ungewißheit über das positiv Richtige „gut daran, die betreffenden Lebensverhältnisse in bescheidener Weise vorerst kasuistisch zu pflegen und abzuwarten, wann aus der Fülle sorgsam erarbeiteter Einzelregelungen die tragenden Richtlinien endlich zusammenschießen“<sup>141</sup>.

138 Vgl. das BVerfG (oben Fn. 54).

Eindrucksvoll zum Strukturwandel in den USA der Befund des Statistischen Bundesamtes (Bureau of the Census, Vorbericht in 6 FLR 2083 (1980) über die Veränderungen zwischen 1970 und 1978. Es haben zugenommen: (1) Teilfamilien mit der Mutter = 50 % (insgesamt 8 Millionen); (2) alleinstehende Männer = 79,4 %; (3) unverheiratete Paare = über 100 %; (4) Berufstätigkeit beider Eltern in intakten Familien = jetzt insgesamt in 50 % der Familien. Für weitere Zahlen im Scheidungszusammenhang oben 3. Kap. A.IV.1.a). Entsprechende Wandlungen dürften auch in der Bundesrepublik vor sich gehen bzw. bevorstehen, s. den vergleichenden Befund von *Rheinstein/Glendon*, Int. Encycl. Comp. L. IV/4, N.1., 226, sowie die grundlegende Monographie von *Glendon*, State, Law and Family (1977), insb. S. 304 ff. Vgl. das Fazit *Gernhubers* zum Familienrecht der Bundesrepublik (Neues Familienrecht S. 140): „Es ist die Gesetzgebung einer Epoche, die das alte Sozialmodell nicht bewahren und ein neues (noch?) nicht entwickeln konnte . . .“.

139 Vgl. unten 6. Kap. C.III.3.

140 *Goode*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar II S. 114 = Women in Divorce S. 309; wie im Text auch *Bruch*, 79 Mich.L.Rev. 709 Fn. 3 (1981) in einer Besprechung von *Wallerstein/Kelly*, Surviving the Breakup (1980).

141 Richtlinie S. 189. Auch nach Auffassung von *Garstka* (in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 130) ergibt sich ein legitimer Einsatzbereich von Generalklauseln, wenn „die zu regelnden Sachverhalte noch ziemlich im Dunkeln liegen.“

Wesentlich ist schließlich noch die Erkenntnis, daß das Kernstück des Kindeswohls, die Verwirklichung der Individualgerechtigkeit, von vornherein nicht in die legislative, sondern die richterliche Verantwortung fällt. Diese „eigentümliche Verschränkung legislativer und richterlicher Tätigkeit“<sup>142</sup> ist als sachbedingt zu akzeptieren<sup>143</sup>. Eine legislative Normierung des Kindeswohl-Maßstabs bis hin zur Subsumtionsfähigkeit wäre gar nicht möglich<sup>144</sup>, ist in wertoffenen Gesellschaften mit unabhängiger Richterschaft auch nicht anzustreben und überdies mit der gesetzlichen Entscheidung für Einzelfallgerechtigkeit unvereinbar<sup>145</sup>. Die Kritik an der Kindeswohl-Klausel zeigt demgegenüber gelegentlich überraschende Anklänge eines deterministischen Rechtsverständnisses, das sonst im Prinzip als allgemein überwunden gelten kann<sup>146</sup>. Eine konsequente Kritik am Kindeswohl-Prinzip müßte seine Untauglichkeit für pluralistische Gesellschaftsordnungen behaupten und die Rückkehr zu generellen, die Sorgeverteilung determinierenden Maßstäben fordern, die nicht am konkreten, sondern allenfalls einem statistischen Kindeswohl ausgerichtet sein könnten. Soweit ist bisher kaum jemand gegangen<sup>147</sup>.

142 *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, Jenseits des Kindeswohls S. 100.

143 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; „Die Zurückhaltung unserer Gesetze ist kein Ausdruck des Versagens, sondern der Einsicht“; *Seymour v. Seymour*, 6 FLR 2575 (Conn. 1980).

144 Ähnlich *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231, 233; *Lempp*, ZBlJR 1974, 124; *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 619; *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, Jenseits des Kindeswohls, S. 100; *Happe*, Festschr. Stutte S. 216; vgl. BVerfG 10.11.1981 (oben Fn. 54).

Ob das syllogistische Modell in der Spielart der Positivisten, also unter Ausscheidung jeglicher richterlicher Wertung überhaupt jemals zutreffend war, interessiert in diesem Zusammenhang nicht. Zur Notwendigkeit des Richterrechts in pluralistisch-demokratischen Rechtsordnungen allgemein *Kübler*, DRiZ 1969, 382 f.; *Esser*, Vorverständnis S. 199 Fn. 22; *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 40 f.

145 *Gernhuber*, Familienrecht S. 709, 867; vgl. *Canaris*, Systemdenken S. 134 („funktionswidrig“) sowie oben bei Fn. 54.

146 Zu letzterem Nachweise unten Fn. 171; *Mnookin* (39 L.&Cont.Prob. 255 ff. (1975)) versäumt es, seinen Befund der „indeterminacy“ des Kindeswohls (übernommen in *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1231, 1337 ff. (1980)) theoretisch zu relativieren und ermöglicht damit deterministische Mißverständnisse. Im übrigen macht man sich aber auch in den USA keine Illusionen über die Möglichkeiten legislativer Steuerung richterlicher Entscheidungen, *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) 387; *Jones*, 16 J.Fam.L. 702, 735 (1978); *Wilkerson/Kroeker* S. 282 f.; allgemein-rechtstheoretisch *Radin*, 11 A.B.A.J. 357 ff. (1925); *Hutcheson*, 14 Cornell L.Q. 285 ff.; *Llewellyn*, Common Law S. 185 ff., 216.

147 Vgl. aber *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 203 (1969), die – ausgehend von nahezu völligem Fehlen wissenschaftlicher Konkretisierungsmöglichkeit – den Regelfall der Mutter-Zuweisung zum Gesetz erheben wollen. Hierdurch werde geringerer Schaden angerichtet als durch eine offene Kindeswohl-Norm.

Will man demgegenüber nicht eine sichere Quote ungerechter Entscheidungen in Kauf nehmen, sondern verfolgt das Ideal der Gerechtigkeit prinzipiell für jeden Fall, dann sind generelle Regeln kein Ausweg: Der Normsetzer steht vor denselben, und zusätzlichen, Problemen wie der Richter im Einzelfall, dazu *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 264 (1975): „An overly ambitious and indeterminate principle may result in fewer decisions that reflect what is known to be desirable. But rules may result in some conspicuously bad decisions that could be avoided by a more discretionary standard. What balance should be struck?“ Vgl. auch die Problemerkörterung bei *Treitz* S. 175 f.

Im Ergebnis ist festzustellen, daß der Kindeswohl-Grundsatz im Recht der Bundesrepublik nicht Leerformel, sondern *Rechtsprinzip* ist. Die Entfaltung und Aufbereitung der Wertungsmaßstäbe des objektiven Rechts für die Sorgerechtsfrage stellt sich damit als erste Aufgabe bei der Konkretisierung des Kindeswohl-Prinzips<sup>148</sup>.

## II. Die Normfunktion des Kindeswohl-Prinzips

Nach den bisherigen Feststellungen handelt es sich bei der Kindeswohl-Klausel um eine Rechtsnorm, deren Inhalt vom objektiven Recht allerdings nicht voll durchgezeichnet ist. Die normative Unabgeschlossenheit drückt sich in Bezeichnung aus wie Generalklausel<sup>149</sup>, Standard<sup>150</sup>, Maxime<sup>151</sup> oder Leitmotiv<sup>152</sup>. Die Vorstellung „offenen“ Rechts stößt jedoch vielerorts und nicht zuletzt bei denjenigen, die sich von nichtjuristischer Seite um das Kindeswohl bemühen, auf Unverständnis. Von hier aus erklären sich Versuche, aus der Kindeswohl-Norm eine Verweisung auf externe Wertungs- und Kriteriensysteme herauszulesen und sie somit inhaltlich gewissermaßen zu vollenden<sup>153</sup>. Gleichzeitig wäre damit das methodische Problem des Transfers außerrechtlicher Werte in das Rechtssystem gelöst<sup>154</sup>. Welche Wege eine Konkretisierung des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ zu gehen hat, wird deshalb entscheidend vom funktionalen Grundverständnis der Kindeswohl-Norm beeinflusst. Ein sich durch Verweisung sachlich kompletierendes Regelungssystem würde keine methodischen Fragen aufwerfen, die Analyse könnte sich auf die Regelungsinhalte konzentrieren. Eine offene Norm hingegen lenkt das Augenmerk *zusätzlich* auf den Prozeß der Normvollendung im jeweiligen Einzelfall. Mit anderen Worten, die Generalklausel-Problematik wäre für die Anwendung des Kindeswohl-Grundsatzes umzusetzen und zu konkretisieren.

148 Unten 5. Kapitel.

149 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 315; *Jayme*, FamRZ 1975, 1.

150 So vorwiegend die US-amerikanische Diskussion, vgl. In re J.S.R., 3 FLR 2499 (D.C.App. 1977); *Oster*, 5 J.Fam.L. 21 (1965); Commissioners' Note zu § 408 UMDA (9 ULA 510 f. (1973)); für das deutsche Recht *Lüderitz*, FamRZ 1975, 606 f.

151 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 91.

152 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 90; In re Walker, 39 Cal.Rptr. 243, 247 (App. 1964); vgl. auch die in den USA gerne gebrauchte Wendung vom „Polarstern“.

153 Gemeint ist ein positivistischer Verweisungsbegriff (vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, § 242 Anm. 1 c; *Staudinger/Weber*, § 242 Anm. 139). Die grundsätzliche Kritik an einem derartigen Verständnis gesetzlicher Verweisungen soll hier ausgeklammert bleiben, vgl. dazu *Esser*, Grundsatz S. 139: Vorpositive Prinzipien „erhalten ihre legislative Bedeutung durch den institutionellen Auftrag an die Rechtsprechung, nicht durch eine materielle Rezeption im positiven Gesetz oder einen delegierenden Hinweis darin. Indessen kann eine solche Verweisung den Umfang des Rechtsbildungsauftrags klarstellen“.

154 Dazu im Zusammenhang mit der Kindeswohl-Problematik grundlegend *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 24 ff.

## 1. Verweismodelle

## a) Verweisung auf außerrechtliche Kindeswohl-Maßstäbe

Es gibt Normen des objektiven Rechts, die außerrechtliche Normen oder Wertmaßstäbe unmittelbar in Bezug nehmen, etwa die „guten Sitten“ (§§ 138, 826 BGB), Verkehrssitten oder Handelsbräuche (§§ 157, 242 BGB, 346 HGB)<sup>155</sup> oder, in zunehmendem Maße, bestimmte technische Regelungssysteme<sup>156</sup>. Schon vom Wortlaut her kann § 1671 BGB diesen Normen nicht ohne weiteres zur Seite gestellt werden. Der Verweisungscharakter der Kindeswohl-Klausel ergäbe sich allenfalls indirekt aus dem Umstand, daß der Begriff „Kindeswohl“ nicht nur rechtliche Aspekte umfaßt, sondern die komplexe Existenz des Kindes. Über die grundsätzliche Beachtlichkeit außerrechtlicher Vorstellungen zum Kindeswohl, etwa der Allgemeinheit oder der Wissenschaften, besteht deshalb Einigkeit<sup>157</sup>. Es liegt darüber hinaus nahe, die Kindeswohl-Norm nicht nur als Öffnungsklausel zu verstehen, die das Eindringen außerrechtlicher Werte passiv duldet<sup>158</sup>, sondern als eine Norm, die die außerrechtlichen Inhalte des Kindeswohls konstitutiv in sich aufnimmt<sup>159</sup>.

Allerdings ergibt sich gerade aus der Komplexität des Kindeswohl-Begriffs, daß die in Bezug genommenen Sachgebiete außerordentlich heterogen sind. Sie betreffen den rein physischen Bereich, Seelisch-Emotionales, Ethisches und Religiöses bis hin zu solchen Gesichtspunkten, die sich aus der sozialen Natur des Menschen ergeben – kurz, die Kindeswohl-Norm beruft die Totalität aller potentiell relevanten Gesichtspunkte. Eine von Fachwissenschaftlern gelegentlich beanspruchte Alleinständigkeit ihrer Disziplin<sup>160</sup> ist mit der prinzipiellen Umfassendheit des Kindes-

155 Dazu *Sonnenberger*, Verkehrssitten, insbes. S. 109 ff. (Rdn. 82 ff.).

156 Dazu *Marburger*, Regeln der Technik (1979).

157 *Boxdorfer*, RdJ 1972, 261, 265; *D. Brüggemann*, in: Familienrechtsreform S. 113; *Buschmann*, RdJ 1977, 284; *Dieckmann*, RdJ 1977, 284; *Hartweg/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 24; *Hassenstein*, in: Familienrechtsreform S. 231; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 397 ff.; ders., Ehe und Recht S. 220; ders., in: Proceedings ISFL II S. 609 f., 612; *Simitis*, 2. DFGT S. 181; *Happe*, Festschr. Stutte S. 216; OberG Zürich 30.1.1961, ZR 64 N. 88; 10.10.1961, ZR 64 N. 81; *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 150; vgl. auch *Meier-Hayoz*, in: Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 401; *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 627 (1965); *Katz*, Parents S. 146; *Podell/Peck/First*, 46 Marq.L.Rev. 68 (1972). In der DDR betont man, der zentralen Rolle des Erziehungsdenkens entsprechend, die Bedeutung der Pädagogik, *Borkmann/Daute*, NJ 1964, 268; *Halgasch*, NJ 1969, 754; *Mannschatz*, NJ 1964, 43 ff.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 5 (plus Psychologie).

158 Vgl. den Begriff der „Porosität“ von Generalklauseln bei *Kilian*, in: *Koch*, Juristische Methodenlehre S. 278 f.; *Koch*, Die juristische Methode S. 45 ff.; oder auch die „Fensterfunktion“ bei *Rütbers*, Auslegung S. 262, 408, 436.

159 Das Gesetz ist – wie es die Rechtssoziologen ausdrücken – „lernbereit“, *Lubmann*, Rechtssoziologie Bd. 1, S. 40 ff.; zust. *Teubner*, Generalklauseln S. 21. Zur rechtstheoretischen Fragestellung bei „Verweisungsnormen“ *Hopt*, JZ 1975, 344.

160 *Arndt/Schweitzer*, ZBlJR 1974, 210; *Faessler/Fijn van Draat*, in: Familienrechtsreform S. 150; *Kühn*, Selbstbestimmungsrecht S. 407; wohl auch *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jugendpsych. 1 (1973) 27; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 57 (1969); von juristischer Seite vgl. auch *Staff*, RuG 1971, 26 f.; *Schwerdtner*, AcP 173 (1973) S. 249. Hierher gehört auch die Absolutsetzung der psychischen Bezugsverhältnisse, dazu unten 5. Kap. A.I.1.b).

wohl-Begriffs unvereinbar<sup>161</sup>. Es bliebe somit nur ein Verständnis der Kindeswohl-Norm als Verweisungsklausel auf das gesamte Aussagenmaterial, das zu dieser Thematik vorfindbar ist. Offen bliebe die Qualität der in Bezug genommenen Maßstäbe, die sie tragenden Kreise und die Integration der unkoordinierten, oft widersprüchlichen Grundsätze. Es braucht deshalb nicht darauf eingegangen zu werden, ob die Vorstellung eines schlicht rezipierenden Verweises mit dem heutigen rechtstheoretischen Erkenntnisstand überhaupt noch vereinbar ist. Selbst für Gesetzesbestimmungen, die ausdrücklich auf relativ abgegrenzte und identifizierbare Regelungssysteme verweisen, wurde ein Funktionswandel hin zur offenen Generalklausel konstatiert, die nicht „angewendet“ wird, sondern den Richter zur verantwortlichen Ordnung der sozialen Verhältnisse, zu rechtsschöpferischer Gestaltung beruft<sup>162</sup>. Insbesondere Teubner hat herausgearbeitet, daß in der Interpretation von Generalklauseln als Verweisungsnormen eine Verkürzung ihrer normativen Funktion liegt<sup>163</sup>. Die empirische Komponente soll hier lediglich an die Stelle der sonst einseitig betonten regelnden („operativen“) Komponente treten, das Grundkonzept bleibt positivistisch<sup>164</sup>.

161 Wenn Lempp (Proceedings ISFL II S. 213) meint, daß die juristische Sicht das Kindeswohl oft verfälsche, verkennt er, daß die Diskussion um den Rechtsbegriff „Kindeswohl“ geht. Wie im Text Gernhuber, FamRZ 173, 236; Müller-Freienfels, Proceedings ISFL II S. 610, 612 ff.; Mnookin, 39 L.&Cont.Prob. 258 f. (1975); Simitis, 2. DFGT S. 180 f.

In einer Besprechung von Goldstein/Freud/Solnit, Beyond the Best Interests of the Child, bezeichnen Katkin/Bullington/Levine (8 L.&Soc.Rev. 686, Fn. 19 (1974)) es als bemerkenswert, daß wissenschaftliche Vorschläge zur Bewältigung des Kindeswohl-Problems (auch von seiten der Rechtswissenschaft) stets – wie zufällig – der jeweiligen Fachdisziplin des Autors eine gesteigerte Rolle bei der Problemlösung zuweisen. Diese sei die einzige, die mit Sicherheit von den neuen Vorschlägen profitiere.

Das bedeutet nicht, daß nicht pointierte Stellungnahmen von wissenschaftlicher Seite zum Kindeswohl nützlich und dem allgemeinen Erkenntnisstand förderlich sein könnten, wie z.B. das vorgenannte Werk von Goldstein/Freud/Solnit. Gleiches gilt für juristische Konkretisierungsversuche, die die Erkenntnisse eines Wissenschaftszweiges für die Sorgerechtsentscheidung auszuloten und fruchtbar zu machen suchen (Batt, 12 Willamette L.J. 491 ff. (1976) bezüglich entwicklungspsychologischer Erkenntnisse). Nur dürfen diese Interpretationen nicht mit dem Anspruch einhergehen, das juristische Kindeswohl-Konzept insgesamt zu repräsentieren (Batt a.a.O., S. 491 grenzt sich insoweit sorgfältig ab).

162 Teubner, Standards S. 56 ff.; vgl. Sonnenberger, Verkehrssitten S. 110 (Rdn. 84). Anders in Einzelfällen bei Verweisungen auf technische Normenkomplexe, Marburger, Regeln der Technik S. 379 ff. (S. 385: zu unterscheiden seien „normergänzende“ und „normkonkretisierende“ Verweisungen); die Existenz formulierter Regelwerke erlaubt dort andere Verweisungstechniken.

163 Generalklauseln S. 15 f.; vgl. auch schon Standards, S. 38 57 ff., 99 ff., 106 ff.

164 Teubner entwickelt a.a.O. (Generalklauseln S. 13 ff.) eine modelltheoretische Konzeption, die die Konkretisierung von Generalklauseln („nicht-scientifische sozio-normative Modelle“, S. 15) im sich gegenseitig durchdringenden Bezugsfeld von Sub-Modellen (empirischer, prospektiver und operativer Natur) anzusiedeln sucht. Dazu Lüderssen, Juristische Allgemeinbegriffe S. 56 ff.; T. Raiser, Einführung, in: Generalklauseln S. 11 f.

Für die Kindeswohl-Klausel jedenfalls kommt die inhaltliche Auffüllung durch außerrechtliche Aussagen in positivistischem Sinne schon aus den vorerwähnten sachlichen Gründen nicht in Betracht<sup>165</sup>.

*b) Verweisung auf die subjektive richterliche Überzeugung*

Vereinzelte ist man in den USA der Auffassung, daß die subjektiven Wertvorstellungen des Richters nicht nur de facto in Sorgerechtsentscheidungen einfließen, sondern als notwendige Ergänzung von der Kindeswohl-Norm in Bezug genommen werden<sup>166</sup>. Schon innerhalb der USA wird dieser Auffassung überwiegend jedoch nicht gefolgt. Auch bei einem breiten Ermessensspielraum des Gerichts<sup>167</sup> erwartet man Objektivität der richterlichen Entscheidung, und die Verwirklichung persönlicher Wertmaßstäbe in Sorgerechtsentscheidungen wird – wie die heftige öffentliche Reaktion auf den Fall *Painter v. Bannister* zeigt<sup>168</sup> – als illegitim empfunden<sup>169</sup>. In Einzelfällen stellen Richter ihre persönlichen Ansichten bewußt zurück, wenn sie den Eindruck haben, daß diese einer sachgerechten Entscheidung zuwiderlaufen<sup>170</sup>.

In der Bundesrepublik ist zwar das Element persönlicher Wertung in richterlichen Entscheidungen seit langem erkannt, insbesondere durch die Übertragung hermeneu-

165 *Simitis*, 2 DFGT S. 180 f.: „An die Stelle der mangelnden juristischen Subsumtion tritt keine psychologisch oder soziologisch determinierte Ableitung“. Ebenso *Kübn/Münder*, Sozialwissenschaften S. 99. Negativ insoweit allerdings *Simitis'* Einschätzung der *Rechtspraxis*: Hier wirke das „Kindeswohl“ als „Vehikel der Kompetenzverlagerung“, in: *Diesseits* S. 170 f.

166 *Katz*, *Parents* S. 59; ders., Gespräch mit dem Verfasser v. 3.3.1979; vgl. *Matter of J.S.&C.* (N.J. Super.Ct. 1974), in: *Krause*, *Family Law, Cases* S. 1062; die Vorinstanz in *Casale v. Casale*, 3 FLR 2221 (Ky. 1977). In kritischem Sinn auch *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 231, 291 (1975); *L. Fuller*, *Interaction Between Law and its Social Context*, S. 11, zit. bei *Mnookin* a.a.O., S. 255. Für ein allgemein-rechtstheoretisches Konzept in diesem Sinn *Radin*, 11 A.B.A.J. 262 (1925).

167 Der Begriff „discretion“ wird regelmäßig recht undifferenziert gebraucht. Er umfaßt sowohl die eingeschränkte Überprüfbarkeit erstinstanzlicher Erkenntnisse (tattrichterliches Ermessen, vgl. BayObLG 9.12.1958, FamRZ 1959, 122; *Rhinow* S. 67 ff., 70, 178 f. sieht hierin den eigentlichen Kern des Ermessensbegriffs) als auch den richterlichen Freiraum innerhalb des materiellen Rechts, fehlende methodische Bindung und sich rein faktisch ergebende Spielräume, etwa aus einem unzureichenden Informationssystem, vgl. *Note*, 87 Yale L.J. 1135 f. (1978); *Jones*, 16 J.Fam.L. 702, 735 (1978); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L. Rev. 438 ff. (1965); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 253 ff. (1975). Differenzierend demgegenüber *Dworkin*, 35 U.Chi.L.Rev. 32 f. (1967); *ders.*, 81 Yale L.J. 879 (1972).

168 Dazu oben 3. Kap. A.V.3.b).

169 *Casale v. Casale*, 3 FLR 2221 (Ky. 1977); *Foster/Freed* a.a.o., S. 438; *Oster*, 5 J.Fam.L. 21 ff. (1965); *Weinman* 10 L.&Cont.Prob. 721 (1944); *Comment*, 81 Dick.L.Rev. 737, 742 (1977); *Fain*, 3 FLR 2121 f (1977); 27B CJS, *Divorce* § 317 (1), S. 529 f.; vgl. allgemein *Dworkin*, 81 Yale L.J. 879 ff., 881 (1972); *Raz*, 81 Yale L.J. 847 (1972); *Llewellyn*, *Common Law* S. 185 ff., 216.

170 *Randall v. Christian* (Dist.Ct.Nev. 1973), in: *Krause*, *Family Law, Cases* S. 1081; *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 523 ff. (N.D. 1974), conc.op. Vogel.

tischer Lehren auf den Rechtsfindungsprozeß<sup>171</sup>. Auch wird dem schöpferischen Beitrag der Gerichte bei der Ausbildung der Rechtsordnung durchaus konstitutiver, komplementärer Stellenwert zuerkannt<sup>172</sup>. Dennoch besteht ein prinzipieller Unterschied zwischen rechtsschöpfender und subjektivistischer Entscheidungsfindung. Die privaten Wertmaßstäbe des Richters sind mit seiner Berufung zu rechtsschöpfender Tätigkeit nicht in Bezug genommen<sup>173</sup>. Wo der Richter Wertungsfreiräume hat, handelt er nach „objektiviertem richterlichen Ermessen“<sup>174</sup>. Damit ist darauf hingewiesen, daß sich die richterliche Rechtsfindung der rationalen Nachprüfung zu öffnen und intersubjektiv anerkennungsfähig zu sein hat. Hierin stimmen nahezu alle modernen methodischen Theorien, trotz ihrer sonstigen Divergenzen, überein<sup>175</sup>. Selbst für jene Sorgerechtsfälle, in denen die Abwägung unter dem Gesichts-

171 *Bülow*, Gesetz und Richteramts (1885); *Reichel*, Gesetz und Richterspruch (1915); *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung (1929); *Engisch*, Einführung S. 125 f., 135 f., *Esser*, Grundsatz S. 256 ff.; *ders.*, Vorverständnis, passim; *Fikentscher*, Methoden IV S. 615; *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 311 f., *Larenz*, Methodenlehre S. 281; *Merz*, ZSR 92 (1973) 336; *Rupp*, NJW 1973, 1773 f.; *Zippelius*, Wertungsprobleme S. 196; *ders.*, NJW 1967, 2231, 2233; *ders.*, Methodenlehre S. 22. Die Geschichte und die Überwindung syllogistischen Denkens wird umfassend bei *Rhinow* (S. 17 ff.) dargestellt; vgl. auch *Eckhold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung S. 1 f. m.w.N.

172 Oben bei Fn. 71 ff.

173 Anders nur *Heck*, AcP 112 (1914) 238 f., 292, 297: Die richterliche Subjektivität rangiert als Wertquelle unmittelbar hinter dem Gesetz und noch vor den herrschenden Wertüberzeugungen der Allgemeinheit. Vgl. auch die extremere Spielart der Freirechtsschule, dazu *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte S. 580.

In diesem Zusammenhang wäre auch *Esser* zu nennen, wenn die Darstellung seiner Rechtsfindungstheorie durch *Fikentscher*, Methoden III S. 385 f.) und *H.J. Wolff* (ZfgesStaatsRW 120 (1964) 758 ff.) zuträfe: Demnach ersetze *Esser* (Grundsatz S. 256 ff., 261 f.) die Wertungsfrage pauschal durch eine „Theorie vom volitiven Akt“; das Gerichtsurteil sei bei ihm nicht kognitiv, sondern dezisionistisch. Eine derartige Interpretation von *Essers* Ausführungen ist schwer nachvollziehbar, es sei denn, man setzt „kognitiv“ mit „ablesen aus dem Gesetz“ und „volitiv“ mit „willkürlich“ gleich. *Esser* hat der Theorie von der Rechts„erkenntnis“ neue Dimensionen durch die Übernahme hermeneutischer Lehren eröffnet und wird nicht müde darauf hinzuweisen, daß die richterliche Rechtsfindung dem gesamten Rechtssystem verantwortlich, objektiv und methodisch gebunden sein müsse, Grundsatz S. 262 ff. mit den anschließenden Kap. XIII, XIV, XV; vgl. auch Vorverständnis S. 8 ff., 24, 82 f., 165, 174, 187 f., 190 und passim. Dies hebt auch *Larenz*, Methodenlehre S. 136 f. bei der Darstellung von *Esser* hervor.

174 BGH, Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. S. 53. Zum Ermessensbegriff im Zivilrecht *Rittner*, in: Ermessensfreiheit S. 21 ff., 26 f.; *Esser*, ebenda S. 7; im Zusammenhang mit der Kindeswohl-Konkretisierung *Gembuber*, FamRZ 1973, 232 ff.; *Buschmann*, RdJ 1977, 283. Die Gerichte befassen sich eher mit der Frage, ob der Tatrichter bei der Bestimmung des Kindeswohls einen *Beurteilungsspielraum* hat, BayObLG 5.12.1961, FamRZ 1962, 169, 170 (Ja); OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255, 256 (Nein); OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316 (offengelassen).

175 Vgl. Nachweise oben Fn. 171; außerdem *Gembuber*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 196; *Fikentscher*, Methoden IV S. 209 Fn. 145; *Haverkate*, ZRP 1978, 90; *Rupp*, ZRP 1978, 152; *Sonnenberger*, Verkehrsregeln S. 239 f. (N, 183); in diesem Sinne will auch *Essers* These verstanden sein, daß die Subjektivität des Richters generell Teil der ratio legis sei. Vorverständnis S. 24, 165; deutlich i.S. von *Gebundenheit* der Richter auch in: Ermessensfreiheit S. 12, 15 f.

punkt des Kindeswohls mit einem non liquet endet, rekuriert man nicht auf die richterliche Institution, sondern sucht nach objektiven Ersatzregeln<sup>176</sup>.

Auf diesem Standpunkt steht auch das Schweizer Recht, das die Sorgerechtsentscheidung als Ermessensausübung im Sinne des Art. 4 ZGB kennzeichnet. Art. 1 und 4 ZGB unterscheiden sich nur in der *Methode* der Entscheidungsfindung, nicht aber in dem Grundpostulat, daß der Richter *Recht* zu sprechen hat<sup>177</sup>. Mit letzterem sind aber subjektivistische Ansätze, wie sie sich mit den Begriffen Billigkeit, Rechtsgefühl oder Willkür verbinden, unvereinbar<sup>178</sup>.

Die Berufung der persönlichen Vorstellung des Richters als komplementäres Wertesystem zur Kindeswohl-Norm erscheint als vorschnelle und zu „billige“ Antwort auf das Wertproblem.

Sie stellt sich nicht den Problemen, die sich aus der faktischen Existenz und – in Restbeständen – aus der Unvermeidbarkeit des volitiven Elements ergeben, sondern kapituliert schlechthin vor ihnen<sup>179</sup>. Die im Recht der Sorgeverteilung nahe liegende, euphemistische Bezugnahme auf die „salomonische Weisheit“ vermag diese Kapitulation nur unzureichend zu bemänteln<sup>180</sup>. Konsequenterweise tauchen im Gefolge dieser Auffassung Überlegungen auf, die Rechtsförmigkeit des Entscheidungsprozesses überhaupt zu beseitigen (Schieds- oder Losverfahren)<sup>181</sup>.

## 2. Das Kindeswohl als im Einzelfall zu aktualisierender Wertmaßstab

Generelle Gewißheit über den Inhalt des Kindeswohls kann nach alledem nicht durch Rezeption eines bereitstehenden Arsenal ausfüllender Maßstäbe der Seins- und Sollensebene erreicht werden. Bei der Anwendung der Kindeswohl-Norm sind derartige Vorstellungen, abgesehen von allgemein-rechtstheoretischen Einwänden gegen ein positivistisches Rechtsverständnis, in besonderem Maße verfehlt. Generelle Entwürfe menschlichen Seins und Sinns passen nicht in das Konzept freiheitlich-pluralistischer Ordnungen, wie sie in der Bundesrepublik und anderen west-

176 Vgl. Coester, FamRZ 1977, 221 f. und unten 5. Kap. A.II.4.; 6. Kap. C.V.4. Wenn in der rechtsmethodischen Diskussion dem „Rechtsgefühl“ positiver Stellenwert beigemessen wird, so doch regelmäßig nur in der Form als Judiz, als „hunch“ für intersubjektives Gerechtigkeitsempfinden, Zippelius, Festschr. Bruns S. 8; vgl. ders., Festschr. Larenz S. 300; Riezler, Das Rechtsgefühl S. 190; Bibler, Rechtsgefühl S. 99, 142 ff. Weitergehend aber wohl M. Rebbinder, JZ 1982, 1 ff.; H.A. Hesse, JZ 1982, 274 ff.

177 Meier-Hayoz, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 13. Zum zivilrechtlichen Ermessensbegriff in der Schweiz vgl. oben 2. Kap. A.IV.4.c)cc).

178 Vgl. oben bei Fn. 79, 80.

179 Man denkt an eine Umkehrung des Morgenstern'schen Fehlschlusses: Das, was ist, müsse wohl auch sein dürfen. Zu Morgenstern Fikentscher, Methoden III S. 603 f. Fn. 288.

180 Simitis, in: Simitis/Zenz, Seminar I S. 5 ff.: „... die Aufgabe der Rechtsordnung besteht gerade darin, die Entscheidung aus dem Zufall salomonischer Weiheit in die Gewißheit eines rational nachprüfbaren Prozesses überzuführen.“ Kritisch zu Salomos Entscheidung Kelsen, Was ist Gerechtigkeit?, S. 3.

181 Dazu oben bei Fn. 35.

lichen Staaten bestehen. Ein – unterschiedlich breiter – Sockel verbindlicher Wertsetzungen fehlt nicht<sup>182</sup>, wohl aber die Durchzeichnung eines staatlich gewünschten Menschenbildes und die Formulierung hierauf aufbauender detaillierter Erziehungsziele<sup>183</sup>.

Ganz anders die Situation in der DDR. Da in der DDR gerade bei der Persönlichkeitsbildung nichts dem Zufall oder „Selbstlauf“ überlassen bleibt<sup>184</sup>, bezeichnet der Begriff Kindeswohl nicht das jeweilige kindliche Individuum als Maßstab der Sorgerechtsentscheidung, sondern das Idealbild des sozialistischen Menschen. Die Konkretisierung dieses Ideals ist nicht dem Richter überlassen<sup>185</sup>, vielmehr ist das sozialistische Menschenbild detailliert inhaltlich vorgezeichnet. Das „sozialistische Erziehungsziel“ ist nichts anderes als die Umsetzung des fertigen Bildes in konkrete Erziehungspostulate<sup>186</sup>. Man könnte deshalb geneigt sein zu sagen, daß sich der Rechtsbegriff Kindeswohl im DDR-Recht durch Verweis auf ein externes Wertesystem inhaltlich auffüllt. Doch ist damit die Situation noch nicht genau getroffen. Im Zentrum des Rechtssystems steht nicht der Kindeswohl-Begriff, den es zu konkretisieren gälte, sondern die „sozialistische Persönlichkeit“ und die hierauf ausgerichtete „Sicherung der weiteren Erziehung und Entwicklung des Kindes“ (§ 25 Abs. 1 S. 2, § 48 Abs. 1 FGB). Die Zielgerichtetheit der richterlichen Entscheidungstätigkeit (wie auch der elterlichen Erziehung) im Hinblick auf das im Gesetz angesprochene Entwicklungsziel (Art. 38 Abs. 4 S. 1 DDR-Verfassung; §§ 3 Abs. 1 S. 2, 5 Abs. 2, 42 Abs. 2 und 3 FGB) drückt sich schon in der Formulierung „Erziehungsrecht“ anstelle „Sorgerecht“ aus<sup>187</sup>. Das Wort „Kindeswohl“ taucht erst in der zweiten Linie normativer Programmierung, der OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 3 auf, und auch dort nur eher beiläufig. Der Begriff Kindeswohl ist deshalb nur ein zusammenfassendes Synonym für alle vorgegebenen Persönlichkeitsmerkmale, eigener normativer Gehalt kommt ihm nicht zu. Einzelfallgerechtigkeit meint in

182 *Fikentscher* drückt dies mit dem Begriff „Grundrechtsdemokratie“ aus, *Methoden IV* S. 201, 393 f., 402 f., 609 ff., 617 ff.

183 2. Familienbericht, S. VIII (vgl. aber ebenda S. 12 ff.); 3. Familienbericht, BT-Drucks. 8/3120, S. 9; BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; BGH 2.7.1974, FamRZ 1974, 595, 597; *Gembuber*, FamRZ 1973, 231 ff.; *Lecheler*, FamRZ 1979, 4; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Coester-Waltjen*, in: Familienrechtsreform S. 75.

184 Vgl. oben 1. Kap. A.II.1.b) und in diesem Kapitel B.II.1.

185 Oben 1.2.a).

186 Zum Menschenbild und Erziehungsziel in der DDR vgl. Art. 38 Abs. 4 der Verfassung sowie § 3 Abs. 1 Satz 2, 42 Abs. 2 und 3 FGB; vgl. *Görner*, JH 1965, 193; *Halgasch*, NJ 1969, 756; außerdem *Schlicht* S. 151; *Arnold* S. 22. Zu den Grundsätzen der sozialistischen Erziehung vgl. *Makarenko*, Werke Band IV, V, Berlin (Ost) 1974, 1975; *Robde*, Erziehungsrecht S. 12 f., 30 ff.; *Scharnhorst*, JH 1970, 69 ff.; *Weiß*, JH 1978, 102 ff. Nach *Busch* (Familienerziehung S. 158) bildet das sozialistische Menschenbild den umfassenden Oberbegriff; es hat eine Orientierungsfunktion für die Erziehung, während das Erziehungsziel die Grundsätze möglichst konkret und handhabbar „umsetzen“ soll. Im übrigen gilt das Erziehungsziel für alle privaten und öffentlichen Erziehungsräume gleichermaßen, vgl. Bildungsgesetz vom 25.2.1965, GBl I, 83, § 1.

187 Vgl. oben 1. Kap. A.II.3.

einer derartigen Rechtsordnung nicht mehr als die möglichst effektive und zu diesem Zweck auf das Individuum zugeschnittene Umsetzung und Verwirklichung der sozialistischen Erziehungsziele<sup>188</sup>.

In wertoffenen, freiheitlichen Gesellschaftsordnungen ist das Individuum hingegen der Ausgangspunkt staatlicher Regelstätigkeit (Art. 1 GG). Der Rechtsbegriff Kindeswohl bedeutet deshalb nicht die Deduktion von einer menschlichen Sollbeschaffenheit, sondern die induktive Gewinnung von Gerechtigkeitskriterien aus dem Kind heraus. Insofern kann die Kindeswohl-Klausel – im Gegensatz zum DDR-Recht – als heuristisches Prinzip bezeichnet werden, das gerichtet ist auf das Auffinden und wechselseitige Zuordnen von wesentlichen Seinselementen und Wertmaßstäben innerhalb des allgemeinen Rahmens des Rechts. Anders gewendet geht es für den Richter darum, das im allgemeinen bleibende vorgegebene Netz von Seinsdeutungen und Wertsetzungen fertig zu knüpfen unter den Anforderungen und im Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall, also auch immer wieder aufs Neue<sup>189</sup>. Die zentrale Verantwortung und Schwierigkeit für den Richter liegt dabei weniger in der Auswahl genereller, im konkreten Fall zu verwirklichender Werte (etwa Leistungsorientiertheit gegen emotionale Geborgenheit)<sup>190</sup>, sondern in der Herausschälung eines maßgeblichen Tatbestandes aus dem Rohsachverhalt bei gleichzeitigem Aufbau eines korrespondierenden Wertsystems primär für diesen Fall. Das „Hin- und

188 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 1; OG 17.9.1957, NJ 1958, 34, 34; 25.8.1958, NJ 1958, 684, 685; 30.1.1969, NJ 1969, 574 f.; 30.4.1974, NJ 1974, 440, 441; StadtG Groß-Berlin 20.2.1967, NJ 1968, 380; 30.7.1972, NJ 1973, 743; BG Dresden 31.3.1970, NJ 1970, 749, 750; StadtBG Pankow 16.12.1952, Unrecht als System II, 188, 189; *Ansorg*, Leitfaden S. 35; *Grandke*, NJ 1970, 451; Lehrbuch Familienrecht S. 400; *Mühlberger/Schröder*, NJ 1968, 235; *Reinwarth*, NJ 1968, 657; *Robde*, Erziehungsrecht S. 60 f., 88; dies., JH 1967, 197; *Weiß*, JH 1978, 193; vgl. auch *Hoffmann*, FamRZ 1965, 26, 28; *Schlicht*, ROW 1966, 16; *Simitis*, SBZ S. 63, 73; *Wassermeyer* S. 74 ff.

Kindeswohlinterpretationen, die nicht Ausfluß des sozialistischen Erziehungsziels und Menschenbildes sind, sind unzulässig, *Ansorg*, Soz.Erz. 1959 (1) 5; *Funke*, NJ 1968, 660. Vgl. auch oben 1. Kap. A.IV.3.a).

189 Zu dieser methodischen Grundfunktion von Generalklauseln im allgemeinen *Wieacker*, Präzisierung S. 15 f. (eine „erst in foro zu aktualisierende Hinweisung auf Erfahrung, Regeln, Maximen“, „Richtlinien, die . . . weiterverweisen auf einen erst zu findenden Sinn, und zwar . . . auf sachbezogene, daher orientierungskräftige Richtungen“); *ders.*, Festschr. Weber 423 („Aktualisierung des hypothetischen Normbefehls in einer gegebenen Lage“, „Aktualisierung eines Potentiellen“, „des (gesetzlichen) Regelungsplans“); *Larenz*, Methodenlehre S. 203 (ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstab); ähnlich *Diederichsen*, FamRZ 1978, 467; *Rüthers*, Auslegung S. 473 f.; generell zur Rechtsbildung *Welzel*, Naturrecht S. 244 f. („Versuche, die empirischen Daten einer sich wandelnden Welt als Konstitutionselemente eines übergreifenden Sinnzusammenhangs menschlichen Daseins zu verstehen und in diesen einzugliedern“ im Rahmen der Seinsstrukturen, des Gewissens und der Vernunft).

Zum rechtsschöpferischen Auftrag der Generalklauseln an die Gerichte *Ipsen*, Richterrecht S. 63 ff. („gesetzeskonkretisierendes Richterrecht“); *Engisch*, Einführung S. 135.; *Henkel*, Recht und Individualität S. 29 ff.; *Kruse*, Richterrecht S. 7. Speziell zum Kindeswohl jetzt *Simitis*, in: Diesseits S. 194 f.

190 Vgl. OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262.

Herwandern des Blicks“ zwischen Sachverhalt und Norm<sup>191</sup> dient nicht erst der Normanwendung oder interpretierenden Konkretisierung, sondern schon der konstitutiven Normvollendung und der Normbildung<sup>192</sup>.

Soweit der Inhalt der Kindeswohl-Norm nicht vom Recht selbst vorgezeichnet wird, enthält sie deshalb den Auftrag an den Richter zu Rechtsschöpfung für den Einzelfall. Die drei Elemente Recht, Schöpfung und Einzelfall bezeichnen gleichzeitig das Koordinatensystem, innerhalb dessen dieser Auftrag zu verwirklichen ist, sie sind sich gegenseitig zugleich inhaltliche Leitlinie und Begrenzung<sup>193</sup>. Die methodische Konkretisierung des Rechtsfindungsprozesses im Einzelfall stellt sich damit als zweite Grundaufgabe bei der Konkretisierung der Kindeswohl-Norm neben der Entfaltung der rechtlich maßgebenden Wertsetzungen<sup>194</sup>.

### 3. Abgrenzung

Einige Abgrenzungen ergeben sich schon an dieser Stelle. Sie betreffen die grundsätzliche Balance zwischen dem individuellen und dem generellen Aspekt der Gerechtigkeit.

#### a) Kindeswohl und Billigkeitsprinzip

Unbegrenzte Billigkeit, die als Utopie oder zumindest als systemverträglich eingestuft wird<sup>195</sup>, ist durch die Kindeswohl-Norm nicht gefordert. Sie findet ihre Grenze am Postulat der *gerechten* Entscheidung. Die Kriterien des Gerechten ergeben sich aber, was weithin unstreitig ist, nicht schon vollständig aus der zu regeln-

191 *Engisch*, Logische Studien S. 15; *Esser*, Vorverständnis S. 40 ff., 153; *Fikentscher*, Methoden IV S. 197, 385; *Hassemer*, Tatbestand und Typus S. 14, 109, 118; *Larenz*, Methodenlehre S. 185, 213 ff., 265; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 398; *Wieacker*, Festschr. Weber S. 432 f.; *Kriele*, Kriterien, S. 31 ff., 102 verlagert den Schwerpunkt auf die Tatsachenfeststellung; vgl. demgegenüber ders., Rechtsgewinnung S. 163, 197 ff., 203 ff., insb. 204: „Zu Anfang steht die Normhypothese . . .“; dazu noch unten 6. Kap. B.I.3.a).

192 Das Bild, das *Fikentscher* für die Bildung von „Fallnormen“ verwendet, kann auch hier herangezogen werden. *Fikentscher* spricht von einer „hermeneutischen Verdichtung von Norm und Fall“ (Methoden IV S. 198), der Prozeß der Normgewinnung sei eine „hermeneutische Spirale“ (Methoden IV S. 201).

193 *Engisch* stellt in seiner grundlegenden Analyse des Konkretisierungsgedankens (Die Idee der Konkretisierung (1953)) vor allem drei Tendenzen heraus, die auch bei der Kindeswohl-Konkretisierung begegnen: Die Hinwendung zum Wirklichen oder Realen (S. 85 ff., 96 ff., 120 ff.; dazu in dieser Untersuchung unten 6. Kap. B.); zum Individuellen und Spezifischen (S. 178 ff., zum „Spezifischen“ insbesondere 219 ff. und 146 ff.; vgl. in dieser Untersuchung unten 6. Kap. B.I.3., C.IV.3.) sowie schließlich zum Generellen, Typischen (S. 222 f., 237 ff.; dazu unten 6. Kap. C.II.2., III.1.b). Bei *Engisch* steht die Generalklauselproblematik nicht im Vordergrund. Sie bedingt eine zusätzliche Konzentrierung auf das *rechtsschöpferische* Element bei der Konkretisierung, wie es die in Fn. 171 Genannten betonen.

194 Unten 6. Kapitel.

195 *Gembuber*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 194, 210; *Canaris*, Systemdenken S. 83.

den Materie, sondern erfordern die Einbindung des Einzelfalls in den externen und übergreifenden Kontext normativer und intersubjektiver Wertstrukturen. Gerechtmäßig kann nur sein, was potentiell auch in anderen, vergleichbaren Fällen als gerecht bewertet würde<sup>196</sup>.

b) *Das Kindeswohl als „positiver Standard“*

Darüber hinaus verlangt das Gesetz nicht die Aufklärung des nicht Erkennbaren. Es wird immer wieder darauf hingewiesen, daß eine „perfekte“ Kindeswohl-Entscheidung an den Grenzen menschlicher Erkenntnismöglichkeiten scheitert<sup>197</sup>. Auch wenn die Gesetzessprache gelegentlich Nuancierungen verwendet, die die praktischen Differenzierungsmöglichkeiten übersteigen<sup>198</sup>, so fehlt es doch bisher an einer Begründung, warum der Rechtsbegriff Kindeswohl in perfektionistischem und damit utopischem Sinne verstanden und deshalb verworfen werden müsse. „Kindeswohl“ ist kein theoretisch subsumtionsfähiger Idealzustand, sondern die rechtliche Anweisung an den Richter, unter Ausschöpfung vorhandener Erkenntnismöglichkeiten eine den Kindesinteressen im konkreten Fall möglichst dienliche Rechtsentscheidung zu treffen. Die Interpretation der gesetzlichen Kindeswohl-Norm als „positiver Standard“<sup>199</sup>, der seine Erfüllbarkeit impliziert, versperrt den Weg zu einem Verständnis des Gesetzes als Generalklausel und zu einer Konzeption richterlicher Verantwortung, bei der das schöpferische und gestalterische Element akzeptiert und methodisch gebunden wird<sup>200</sup>.

c) *Verkürzung des Normbereiches*

Nichts anderes gälte im Prinzip für eine Kindeswohl-Norm, die nur „negativer Standard“ sein wollte, d.h. auf die Vermeidung zweifelsfrei disqualifizierter Verhaltensweisen, Entwicklungen und Zustände gerichtet wäre<sup>201</sup>. In diesem Fall bestände lediglich die zusätzliche Gefahr, daß der Bereich des Erkennbaren und intersubjektiv Abgesicherten festgeschrieben und von vornherein zu eng gezogen wird<sup>202</sup>.

196 Dazu noch unten 6. Kap. C.II.2.

197 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 91; *ders.*, Familienrecht S. 13; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 257 ff. (1975).

198 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231.

199 *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607 unter gleichzeitiger Kritik des so verstandenen Gesetzes. Kritisch zu unerfüllbaren „positiven Richtlinien“ generell schon v. *Hippel*, Richtlinie S. 188.

200 Zum Funktionswandel auch ausdrücklicher gesetzlicher Verweisungsklauseln oben Fn. 162. Zum Konkretisierungsansatz von *Lüderitz* anschließend unten c).

201 Hierauf müßte sich nach *Lüderitz* a.a.O. eine Kindeswohl-Norm gegenwärtig beschränken. Zum Begriff des negativen Standards *Strache* S. 69; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 232.

202 Diese Gefahr besteht nicht, wenn das „Kindeswohl“ nur ins Negative gewendet und nach der „am wenigsten schädlichen Alternative“ gefragt wird, *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 53 ff. (dtsh. 49 ff.); zuerst wohl *Note*, 73 Yale L.J. 157 Fn. 29 (1963). Andererseits ist mit dieser Formulierung in der Sache keine Erleichterung für den Richter erreicht, *BayObLG* 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 318; *Finger* S. 306 f.; *Foster*, 12 Willamette L.J. 550 (1976); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 670 (1974); *Mnookin*, 14 J.Child Psych. 182 (1975).

Damit ist die Grenze angesprochen, die umgekehrt das Individualitätsprinzip generellen Kindeswohl-Konkretisierungen setzt. Die Ablehnung eines „totalen“, utopischen Kindeswohl-Begriffs impliziert die Notwendigkeit, in der Praxis mit einem am Ideal gemessen „verkürzten“ Kindeswohl auszukommen<sup>203</sup>. Nur ein derart realistischer Kindeswohl-Begriff liegt dem Gesetz zugrunde. Verkürzungen über das Notwendige hinaus aber, die auf genereller Ebene abschneiden, was im Einzelfall möglicherweise noch erkenn- und verwertbar gewesen wäre, sind mit einem Gesetz nicht vereinbar, das seinerseits auf generelle Strukturierung zugunsten des Einzelfalls weitgehend verzichtet hat<sup>204</sup>. Es steht deshalb nicht in der Entscheidungskompetenz der Rechtsprechung oder Wissenschaft, das individualistische Kindeswohl-Prinzip wegen seiner hohen „sozialen Kosten“ durch eine Verteilungsregel zu ersetzen, die einen Häufigkeitstypus (z.B. Mutter-Zuweisung) zum verbindlichen Modell erhebt<sup>205</sup>. Aber auch der differenzierte Vorschlag von Lüderitz, anstelle eines nicht erkennbaren Gesamt-Kindeswohls wenige und einfach erkennbare *Indikatoren* für das Kindeswohl zu verwenden<sup>206</sup>, verkürzt das Kindeswohl in unzulässiger Weise<sup>207</sup>. Das BGB geht diesen Weg nur bezüglich des übereinstimmenden

203 Vgl. *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231; *ders.*, Neues Familienrecht S. 7; *ders.*, Festschr. Tüb. Jur.Fak. S. 196; *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36; vgl. auch *Zippelius*, Festschr. Larenz S. 295 f.

Rechtstheoretisch spricht man von einer „Reduzierung von Komplexität“, die erst die Operationalität des Rechtssystems gewährleistet, *Lubmann*, Rechtssoziologie Bd. 1, S. 31 ff.; *Esser*, Vorverständnis 20, 144, 198, 205; vgl. *Fikentscher*, Methoden III, S. 397 ff.

204 *Gesetzliche* Einschränkungen des Prinzips der Einzelfallgerechtigkeit liegen im Ermessen des Gesetzgebers und sind grundsätzlich für den Richter verbindlich, vgl. oben I.1. Sie können allerdings gegen verfassungsrechtliche Positionen des Kindes oder der Eltern verstoßen, unten 5. Kap. B.IV.1., 4.

205 So *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 203 (1969).

206 FamRZ 1975, 607 ff.: Übereinstimmender Elternvorschlag, Kindeswille, tatsächliche Lage vor der Trennung. Auch an diesem Konzept wird deutlich, daß *Lüderitz* von einer funktional verstandenen, auf Gestaltung und Normkonkretisierung durch den Richter zielenden Kindeswohl-Norm nichts erwartet. Er erörtert diese Möglichkeit gar nicht.

Nicht erkennbar ist, inwieweit *Lüderitz* von rechtstheoretischen Konzepten beeinflusst wurde, nach denen das Anspruchsniveau des Rechts bezüglich Wirklichkeitstreue und Information generell herabzusetzen ist („bounded rationality“), vgl. *Teubner*, Generalklauseln S. 25 f., 34. Ersatzkriterien und „Stoppregeln für die Informationssuche“ (*Teubner* a.a.O. S. 25) bestimmen danach die konkrete Rechtsfindung. Hintergrund dieser Lehren ist ein übersteigerter, unrealistischer Rationalitätsbegriff. Wer die Rationalitätsanforderung auf die richterlichen Leistungsmöglichkeiten abstimmt, braucht nicht zu schnell in eine Ersatzrationalität zu flüchten (nach *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 256 ff. (1975) kann die Kindeswohl-Formel jedoch selbst derart reduzierten Rationalitätsansprüchen nicht genügen). Zum Rationalitätsbegriff bei der Kindeswohl-Konkretisierung unten 6. Kap. C.II.1.

207 Im rechtstechnischen Ansatz verschieden, im praktischen Ergebnis aber vergleichbar ist der Vorschlag von *Kolbosser* (S. 111 ff., 126), die Amtsermittlungspflicht des Gerichts einzuschränken und im wesentlichen den (pflichtgemäßen) Tatsachenvortrag der Parteien als Entscheidungsgrundlage genügen zu lassen. Ähnlich bei Vorliegen eines gemeinsamen Elternvorschlags § 405 UMDA, vgl. *Commissioners' Note* a.a.O. (9 ULA 508 (1973)). Reduzierung justizieller Einmischung in Familienangelegenheiten auch hier, aber ebenfalls auf Kosten des Kindeswohls; kritisch deshalb *Frommann* S. 97, der auch das Indikatoren-Modell von *Lüderitz* ablehnt, S. 178 Fn. 2.

Elternvorschlags. Im übrigen ist das individuelle Kindeswohl uneingeschränkter Entscheidungsmaßstab geblieben, es kann nicht generell zum Korrektiv fester Regeln zurückgestuft werden<sup>208</sup>. Vereinfachung und Beschleunigung der Rechtsfindung sind legitime Ziele rechtlicher Gestaltungsvorschläge und auch generell vom Interesse der betroffenen Kinder gefordert. Soweit aber das individualistische Kindeswohl-Prinzip rechtlich vorgegeben ist, können diese Ziele nur im Rahmen, nicht auf Kosten des Kindesinteresses im Einzelfall verfolgt werden<sup>209</sup>.

## D. Zusammenfassung

Der Rechtsbegriff Kindeswohl hat im Regelungssystem des Rechts der Sorgeverteilung zwei Funktionen: Er ist die Legitimationsgrundlage für staatliche Eingriffe in die Familie (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG; § 1671 Abs. 1 BGB); darüber hinaus ist er dem zur Entscheidung berufenen Richter als sachlicher Maßstab vorgegeben.

Im streitigen Sorgerechtsfall legitimiert das Kindeswohl die staatliche Intervention stets, ohne daß es auf den Einzelfall ankäme. Wie weit diese Legitimation richterliche Beurteilung im Familienbereich trägt, hängt von der sachlichen Definition der Kindesinteressen ab. Diese Frage sowie schon die Frage nach dem „Ob“ der Intervention gegenüber Elternvereinbarungen und bei Sorgerechtsänderungen werden im folgenden Kapitel erörtert.

Als entscheidungslegitimierender Maßstab ist die Kindeswohl-Klausel keine „pseudonormative Leerformel“, sondern – jedenfalls im Rechtssystem der Bundesrepublik – eine Rechtsnorm mit grundsätzlich erschließungsfähigem und bedürftigem Inhalt<sup>210</sup>. Andererseits stellt das Kindeswohl kein durchnormiertes, in sich geschlossenes Wertprinzip dar. Es handelt sich um „offenes“ Recht, um einen wertausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriff. Die Zuständigkeit zur Normvollendung liegt beim Richter, dem sich diese Aufgabe in jedem Einzelfall neu stellt. Die Wertoffenheit des Kindeswohl-Begriffs folgt aus der Wertoffenheit des gesellschaftlich-rechtlichen Systems. Die Frage nach dem Kindeswohl berührt die persönliche und soziale

208 Die Praxis tendiert gelegentlich dazu, dieses Ergebnis dennoch durch Vermutungen oder Erfahrungssätze zu erreichen, dazu unten 6. Kap. C.IV.3.c).

209 Hier die angemessene Balance zu finden, gehört zu den Hauptproblemen einer Konkretisierung des Kindeswohls. Für den hier beschrittenen Weg vgl. unten 6. Kap. C.III.1.; zum Beschleunigungsproblem bei der Sachaufklärung 6. Kap. B.I.1.b), bei Fn. 31-34. Es ist aber auch darauf hinzuweisen, daß Langwierigkeit der Verfahren und Prinzip der Individualgerechtigkeit nur begrenzt zusammenhängen: In den langjährigen Verfahren ist es in aller Regel nicht die gründliche Erforschung der konkreten Situation des Kindes, die für die Verzögerung ursächlich ist, sondern mangelhafte Sachaufklärung, die zu Rückverweisen führt, vgl. oben Fn. 111.

210 Anderer Auffassung aus dem Kreis der Kindeswohl-Kritiker ausdrücklich *Diederichsen*, FamRZ 1978, 468; *ders.*, Festschr. Beitzke S. 184; *ders.*, Festschr. Wieacker S. 326.

Existenz des Menschen, für die eine detaillierte Wertordnung in der Bundesrepublik nicht vorgegeben ist. Entscheidet sich das Recht in diesem Bereich für Individualgerechtigkeit, müssen Gewißheitsdefizite hingenommen werden<sup>211</sup>.

Je größer die Werthomogenität einer Gesellschaft, desto geringere Probleme hat man mit dem Kindeswohl-Begriff. Es kann nicht ausgeschlossen werden, daß manche Kritik am Kindeswohl-Prinzip in der Bundesrepublik oder den USA auch von einer kritischen Einstellung zum Pluralismus beeinflusst ist<sup>212</sup>.

Eine rechtswissenschaftliche Konkretisierung des Kindeswohls muß – entsprechend dem Normaufbau – zweistufig sein: Neben die Analyse des objektiven Rechts tritt das Bemühen, den Prozeß der Normvollendung im Einzelfall methodisch zu strukturieren. Diesen Aufgaben wird in den folgenden beiden Kapiteln nachgegangen.

211 Von dieser Position aus erweist sich die Kritik *Mnookins* am Kindeswohl-Prinzip unter dem Aspekt der "indeterminacy" (oben Fn. 146; ähnlich auch *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607) als konzeptionell verfehlt: „Der Wertbegriff ist sonach untrennbar mit der Indetermination . . . verbunden“ und damit Kennzeichen pluralistischer Gesellschaftsordnung, *Fikentscher*, Methoden III S. 425 f. Auch bei *Simitis* (in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 48 ff., 56) finden sich überzogene Gewißheitsansprüche.

212 Nach *Gernhuber* (Neues Familienrecht S. 140) leben wir in „einer Epoche, die sich dem Pluralismus verschrieb, ohne in dessen geistigen Grundlagen und in seinen Folgerungen wirklich heimisch zu sein“; vgl. auch *Fikentscher*, Methoden IV S. 623. Der gesetzgebenden „Flucht aus der Verantwortung“ steht als Gegenpol somit die „Flucht aus dem Pluralismus“ gegenüber.

## 5. Kapitel: Der sachliche Aussage- und Wirkungsbereich der Kindeswohl-Norm bei Sorgerechtsentscheidungen

Thema dieses Kapitels sind die generellen materiellrechtlichen Strukturen des Kindeswohl-Begriffs sowohl als Entscheidungsmaßstab wie als Eingriffslegitimation. Zum allgemeingültigen Fundament gehören zunächst die rechtlichen Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls, sodann das Verhältnis der Kindesinteressen zu elterlichen und gesellschaftlichen Interessen (unten A.). Beide Aspekte betreffen primär die entscheidungsleitende Funktion des Kindeswohls. Die gewonnenen Ergebnisse liefern jedoch gleichzeitig die Beurteilungsbasis für die Eingriffsproblematik. Wie im vorangegangenen Kapitel festgestellt wurde, ist mit der generellen Bejahung staatlicher Intervention im streitigen Sorgerechtsfall der Eingriffsaspekt noch nicht vollständig erledigt. *Wie weit* der Staat in die Familie tritt, welche Beurteilungskriterien legitim sind, kann erst die ins Einzelne gehende Auslegung des Kindeswohl-Begriffs erweisen.

Als eigenständiger Abschnitt wird anschließend die Bedeutung des Kindeswillens für Sorgerechtsentscheidungen diskutiert (unten B.). Beim Kindeswillen ist nicht von vornherein klar, ob es sich um einen Faktor im Rahmen des richterlichen Kindeswohl-Maßstabs handelt oder um eine Verlagerung der Entscheidungszuständigkeit auf das Kind, gegebenenfalls unter dem Vorbehalt, daß der Richter unter Berufung auf das *Kindeswohl* im Einzelfall eingreifen und abweichend regeln kann.

Beim übereinstimmenden Elternvorschlag und bei Sorgerechtsänderungen hingegen schiebt sich die Eingriffsproblematik deutlich vor die unmittelbare Frage nach der dem Kindeswohl objektiv am besten entsprechenden Platzierung. Im Vordergrund steht die präjudizielle Frage, ob und inwieweit das Wirkungsfeld der „offenen“ richterlichen Kindeswohl-Abwägung zugunsten familiärer Selbstregulierung eingeschränkt ist (unten C. und D.).

## A. Die materielle Bedeutung des Kindeswohls im allgemeinen

### I. Rechtliche Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls

#### 1. Unmittelbare Kriterien für die Sorgerechtsregelung im Recht der Bundesrepublik Deutschland

Naturgemäß beginnt die Interpretation des Gesetzeswortlauts bei dem Begriff „Wohl des Kindes“ als beherrschendem Leitpunkt. An Versuchen, diesen Begriff in seiner Gesamtheit definitorisch zu erfassen, hat es nicht gefehlt<sup>1</sup>. Häufig findet sich auch an Stelle eigener Definitionen der Hinweis auf § 1 Abs. 1 JWG: „Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“<sup>2</sup>. Derartige Umschreibungen setzen bestenfalls neue Unbekannte an die Stelle des Kindeswohls, als Beitrag zur Konkretisierung des Kindeswohl-Inhalts sind sie deshalb zu Recht zurückgewiesen worden<sup>3</sup>. Sie können allerdings – wie insbesondere die Formulierung von Müller-Freienfels<sup>4</sup> – als Klarstellung nützlich sein, daß das Gesetz mit dem Begriff Kindeswohl alle Daseinsaspekte und Bedürfnisse des Kindes ohne sachliche und dogmatische Verengung in Bezug nimmt.

Die Gesetzesauslegung führt aber auch auf konkrete Einzelaspekte des Kindeswohl-Begriffs.

##### a) *Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen*

Der Gesichtspunkt der *Kontinuität und Stabilität von Erziehungsverhältnissen* hat in § 1671 Abs. 2, 2. Hs. und Abs. 4 S. 1 BGB Hervorhebung gefunden. Als weitere Stütze im Gesetz könnte auf Abs. 3 hingewiesen werden: Von der Zustimmung aller Familienmitglieder getragene Plazierungsentscheidungen bieten die beste Ge-

1 Dölle, Familienrecht II S. 150 (Sorge „für die körperliche, geistige, seelische und sittliche Ausbildung des Kindes in einer seinen Fähigkeiten, Anlagen und sonstigen Verhältnissen entsprechenden Weise dadurch . . . , daß man es psychisch beeinflusst und lenkt . . . , seine Persönlichkeit entwickelt und es zu einem Lebensberuf tüchtig macht“); Müller-Freienfels, Ehe und Recht S. 219 („ganz allgemein und unschematisch, was konkret im ganzen am besten den Interessen des Kindes in jeder Beziehung dient“); Schwerdtner, AcP 173 (1973) 249 („Zulassung des freien, lustbetonten, emanzipierten, glücklichen neuen Menschen“); OGH 17.6.1948, NJW 1948, 583 („das wohlverstandene Interesse des minderjährigen Kindes ist dasjenige Interesse, das bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände dem Wohl des Kindes objektiv am besten entspricht“); Ell, ZBlJR 1980, 321 f. („Glücksfähigkeit des Menschen“, d.h., „Vermögen, sich seiner eigenen Existenz, seines eigenen Wesens und allgemein seines Lebens erfreuen zu können.“); ähnl. ders., Trennung S. 26.

2 Vgl. nur Palandt/Diederichsen § 1671, Anm. 3; Dölle, Familienrecht II S. 293; Happe, Festschr. Stutte S. 215; dagegen Ell a.a.O.

3 Gernhuber, FamRZ 1973, 231; Lüderitz, FamRZ 1975, 606; Lempp, ZBlJR 1974, 124. Materielle Folgerungen aus § 1 JWG ziehen demgegenüber Boxdorfer, RdJ 1974, 263; Riedel S. 39; dagegen wiederum Treitz S. 63 f.

4 Oben Fn. 1.

währ für eine Stabilisierung der nahehelichen Familiensituation<sup>5</sup>. Außerhalb des Rechts der Sorgerverteilung sind noch §§ 1632 Abs. 4, 1666 a Abs. 1 BGB und § 5 S. 2 RelKEG<sup>6</sup> als Belegstellen dafür anzuführen, daß Kontinuität und Stabilität des Eltern-Kind-Verhältnisses in der Wertordnung des objektiven Rechts einen positiven Rang einnehmen<sup>7</sup>.

Inhaltlich werden die Aspekte der Kontinuität und Stabilität nicht immer deutlich genug unterschieden. Während ersterer auf die *Bewahrung* aktuell bestehender Bindungen und Erziehungsverhältnisse zielt, also retrospektiv ist, bezieht sich der Stabilitätsgrundsatz vor allem auf die Zeit *nach* der Erstentscheidung und fordert ungestörte, gleichmäßige Erziehungsverhältnisse. Er stellt sich als eigenständiger Teilaspekt des Kontinuitätsgedankens, gewissermaßen als seine zukunftsgerichtete Variante dar und wird regelmäßig nicht besonders hervorgehoben<sup>8</sup>. Seine Bedeutung entfaltet sich in erster Linie bei Fragen der Ausgestaltung von Sorgerechtsentscheidungen und ihrer etwaigen Änderung, so daß auf ihn in den entsprechenden Sachzusammenhängen zurückzukommen sein wird<sup>9</sup>.

Auch bezüglich der Funktion des Kontinuitätsgrundsatzes selbst ist zu differenzieren. Offenkundig ist seine Aussage, daß die möglichst ununterbrochene Fortführung der Lebensverhältnisse des Kindes grundsätzlich dessen Wohl dient. Insoweit handelt es sich um ein materielles Kindeswohl-Kriterium. Darüber hinaus kann der Kontinuität aber auch eine nur instrumentale Hilfsfunktion zukommen für die Erkenntnis eines anderen materiellen Kriteriums, und zwar dann, wenn kontinuierliche Bezugsverhältnisse in der Vergangenheit als Indikator für die seelischen Bindungen des Kindes genommen werden<sup>10</sup>. In dieser Funktion tritt der Kontinuitätsgrundsatz in Konkurrenz zu anderen Erkenntnishilfen, wie dem Mutternvorrang oder dem erklärten Willen des Kindes. Die Abgrenzungsproblematik im einzelnen wird an späterer Stelle erörtert<sup>11</sup>.

5 Unten B.IV.1., bei Fn. 506 ff.; C.II.2.b).

6 Zu letzterem *Beitzke*, FamRZ 1979, 10; *Gernhuber*, Familienrecht S. 709. Das Prinzip der zeitlichen Unteilbarkeit der Sorgerechtszuweisung, das *Gernhuber* (a.a.O.) ebenfalls als Beleg anführt, ist nicht Gesetzesrecht, sondern richterrechtliche Folgerung aus dem gesetzlichen Kontinuitätsprinzip. Gleiches gälte im übrigen, wenn man die richterrechtliche Reizschwelle für Sorgerechtsänderungen als Beleg anführen wollte: § 1696 BGB ist insoweit aussageelos.

7 BT-Drucks. 8/2788, S. 40, 61 f.; *Beitzke* a.a.O.; *Gernhuber* a.a.O.; noch deutlicher als in § 1671 BGB hat der Kontinuitätsgrundsatz in einigen US-amerikanischen Gesetzen Niederschlag gefunden, vgl. z.B. das Gesetz von Michigan (oben 4. Kap., Fn. 38), Ziffer a), b), d), e).

8 Vgl. aber BGH 16.10.1951, BGHZ 3, 220, 227 (zur sachlichen Unteilbarkeit der elterlichen Sorge); BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40 (Erziehung ist „das Aufbauen von Verhaltenskonstanten“), so auch *Palandt/Diederichsen* § 1671, Anm. 3 b (Grundsatz der „Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Erziehung“).

9 Unten D.II.1,2; zu beiden Aspekten jetzt auch BVerfG-3.11.1982 (unten Fn. 739), sub B.III.1.

10 Zu letzterem Kriterium sogleich unten b).

11 Unten B.II, bei Fn. 446 ff.

Als materielles Kindeswohl-Kriterium ist das Kontinuitätsinteresse zwar vom Gesetz anerkannt, offen bleibt jedoch sein Gewicht im Einzelfall und sein Stellenwert gegenüber anderen Faktoren<sup>12</sup>. Allerdings verbieten sich nach der Gesetzesänderung doch generelle Herabstufungen des Kontinuitätsbedürfnisses, die ihm praktisch maßgebliche Wirkungsmöglichkeiten nehmen. Hierzu gehört die zum Stereotyp erstartete Wendung, daß „normale“ oder kleinere Kinder „erfahrungsgemäß“ die seelischen Erschütterungen, die durch einen Plazierungswechsel verursacht werden, schnell und ohne nachhaltige Beeinträchtigung ihres Wohls überwinden<sup>13</sup>.

*b) Die inneren Bindungen des Kindes*

§ 1671 Abs. 2, 2. Hs. BGB enthält aber noch eine weitere Sachaussage. Nicht nur die *Beständigkeit* von Bindungsverhältnissen ist ein Kindeswohl-Faktor, sondern die *psychosoziale Bindung selbst* wird zu einem erstrangigen Entscheidungskriterium. Das Gesetz baut dabei auf einem Grundkonsens der Humanwissenschaften, insbesondere der Entwicklungspsychologie über die Bedeutung eines tragfähigen Bezugsverhältnisses zu mindestens einem Erwachsenen auf, wie er jüngstens von Goldstein/Freud/Solnit mit großer Breitenwirkung auch für den Rechtsbereich umgesetzt worden ist<sup>14</sup>. Das Kind braucht diese Beziehung zur gesunden Persönlichkeitsent-

12 Illustrativ für die sich bei verantwortlicher Abwägung ergebenden Probleme OLG Hamm 15.11.1979, FamRZ 1980, 487 f.

13 BGH 25.6.1952, BHZ 6, 342, 347; 18.6.1970, FamRZ 1970, 550, 552 f.; BayObLG 21.2.1969, FamRZ 1969, 341, 344; 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366; KG 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 100; 8.1.1968, FamRZ 1968, 264, 266; OLG Köln 14.4.1972, FamRZ 1972, 647; OLG Hamburg 30.10.1958, FamRz 1959, 255. Differenzierter noch BGH 3.7.1951, NJW 1951, 879, 881. Gegen diesen „Erfahrungssatz“ *Simitis*, 2. DFGT S. 173 ff. (Gerade kleine Kinder seien besonders trennungsempfindlich); *Simitis u.a.*, Kindeswohl S. 265 ff.; *Lange*, RdJ 1971, 361 (Anpassungsfähigkeit besteht, aber jeder Wechsel hinterläßt ein Trauma; Schäden treten erst später und verdeckt auf); AG Bonn 23.3.1979, FRES 1,18 (S. 107 ff.: falscher Rückschluß aus der besonderen Wehrlosigkeit jüngerer Kinder); OLG Frankfurt/M. 10.2.1982, FamRZ 1982, 531. Vor allem *Goldstein/Freud/Solnit* haben dem Kontinuitätsgesichtspunkt Nachdruck verschafft, *Beyond* S. 18 f., 31 ff., 40 ff., 49 ff., 105 f. (dtsh. 23, 33 ff., 39, 46 f., 87). Zum Argument des „Normalkindes“ vgl. noch unten 6. Kap. bei Fn. 61, 82, 84, 492-494, 634-637; zur Berufung auf die richterliche „Erfahrung“ unten 6. Kap. B.II.2.

14 *Beyond the Best Interests* S. 17 ff. (dtsh. 17 ff.); ein Vorläufer war *Note*, 73 Yale L.J. 157 ff. (1963) (offensichtlich unter dem Einfluß von *A. Freud*); *Goldstein*, Proceedings ISFL II S. 595 ff. *Grundlegend* waren die Forschungen von *Spitz*, Vom Säugling zum Kleinkind (1972) und *Bowlby*, Attachment and Loss (3 Bände), London 1969-1973; ders., *Maternal Care and Mental Health*, Genf 1952; dazu unten 6. Kap. bei Fn. 354 ff. Vgl. auch 2. Familienbericht S. IX, XVII und 44 f. (Sachverständigenkommission); OLG Hamm 29.1.1980, FamRZ 1980, 485, 486; AG Bonn 23.3.1979 = FRES 1,18 (S. 110 ff.); *Arntzen*, Elterliche Sorge S. 67; *Dellian*, RuG 1974, 75 f.; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 301, 316, 326; *Ell*, ZBlJR 1980, 322 f.; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236; ders. Neues Familienrecht S. 52 f.; *Hassenstein*, Der Begriff des Kindeswohls S. 35, 39; ders., Verhaltensbiologie S. 108 ff., 397 ff.; *Lange*, RdJ 1971, 267 ff.; *Lempp*, NJW 1963, 1661; *ders.*, NJW 1972, 315 f.; *ders.*, ZBlJR 1974, 127 ff.; *ders.*, Proceedings ISFL I S. 216 ff.; *Simon*, FamRZ 1972, 487; *Wuppermann*, RuG 1974, 72; *Zenz*, AcP 173 (1973) 539; *Hegnauer*, ZSR 90 (1971) 5 ff.; *ders.*, Grundriß S. 24; *Hinderling* (Supp.

wicklung, umgekehrt ist aber auch seine effektive Leitung und Erziehung durch den Elternteil seines Vertrauens am ehesten gewährleistet<sup>15</sup>. Im Verhältnis der Eltern zueinander ist das Konzept der „psychologischen Elternschaft“ von der Hypothek befreit, sich gegenüber der „biologischen Elternschaft“ legitimieren und durchsetzen zu müssen<sup>16</sup>. In den USA ist es deshalb schon als Ersatzformel für den weggefallenen Vorrang des schuldlosen Elternteils und den stark an Boden verlierenden Mutter-Vorrang begrüßt worden<sup>17</sup>. Andererseits ergibt sich gerade im Verhältnis zwischen den Eltern die Schwierigkeit, daß regelmäßig *beide* Eltern eine

1973), S. 51; *Saladin*, FS Hinderling S. 186 f.; Appellationskammer Zürich 8.7.1911, ZR 11 N. 102.

Zur These von der „zweiten, sozio-kulturellen Geburt“ *König*, Int. Encyclopedia of Comp. Law IV/1 S. 42 f., Nr. 66, 76; *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 614; *ders.*, Festschr. Hinderling S. 112; *Goode*, Soziologie S. 23; *Claessens*, Familie und Wertsystem S. 79 f.; vgl. auch *Frank*, Grenzen der Adoption, S. 228 ff. Die psychosoziale Elternschaft ist im übrigen schon längst ein konstitutives Element des BGB und des Art. 6 GG, BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; *Simon*, FamRZ 1972, 486 f. Auch amerikanische Gesetze nennen die psychologische Eltern-Kind-Beziehung als wesentlichen Zuteilungsfaktor bei Sorgerechtsentscheidungen, § 722.23 (a) Mich.Comp.L. Ann.; § 402 (3) UMDA; vgl. auch *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 950 (Fam.C. 1972); *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y.Sup.Ct. 1977); In re *Sinisa T.*, 4 FLR 2791 f. (N.Y.Sup.Ct.1978).

- 15 Diesen „Nutzeffekt“ der positiven Eltern-Kind-Bindung hebt vor allem das erziehungsorientierte DDR-Recht hervor, FGB-Kommentar § 25 Anm. 2.1.2, 2.1.3.; BG Postdam 2.8.1968, NJ 1969, 511 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 401; *Peschke*, NJ 1970, 750; *Robde*, JH 1967, 201 = Erziehungsrecht S. 106 f. Im Prinzip gilt dieser Gesichtspunkt aber für jede Erziehung.
- 16 Vgl. die Erörterungen in BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584 ff.; *Hegnauer*, ZSR 90 (1971) 5 ff.; *Dellian*, RuG 1974, 75 f.; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 300 f., 326; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 235 ff.; *ders.*, Neues Familienrecht S. 52 f.; *Lempp*, NJW 1972, 315 ff.; *ders.*, ZBlJR 1974, 127 ff.; *ders.*, Proceedings ISFL II S. 216 ff., 226 f.; *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 26 ff.; *Wuppermann*, RuG 1974, 72; *Zenz*, AcP 193 (1973) 539. Um eine Standortbestimmung der „geistig-sozialen“ Elternschaft im geltenden Schweizer Recht bemüht sich *Jorio* S. 92 ff.; vgl. *Frank* (Fn. 14). In der jüngsten US-amerikanischen Rechtsprechung, vor allem in New York wird der psychologischen Elternschaft auch gegenüber leiblichen Eltern oft eine dominierende Rolle beigemessen, vgl. oben 3. Kap. Fn. 216. Für deutsche Entscheidungen in dieser Richtung vgl. OLG Karlsruhe 15.8.1974, Justiz 1975, 29; LG Waldshut 31.1.1973, Justiz 1973, 139. Es dürfte dennoch überzogen sein, den Geburtenrückgang auf die drohende Anerkennung der psychologischen Elternschaft zurückzuführen, so *Wuppermann*, FamRZ 1976, 300. Der Konflikt zwischen psychosozialer und biologischer Elternschaft begleitet die menschliche Gesellschaft von ihren Ursprüngen an, vgl. die Entscheidung *Salomos*, 1. Kön. 3, 16-28; *Klabund*, Der Kreidekreis (1924) und die „Erwiderung“ von *Brecht*, Der kaukasische Kreidekreis, beide Stücke zurückgehend auf eine alte chinesische Vorlage (Anm. zu Der kaukasische Kreidekreis, in: *B. Brecht*, Gesammelte Werke Bd. 5, Frankfurt/M. (Suhrkamp) 1967).
- 17 Neben den Nachweisen oben Fn. 14 vgl. *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 523 f. (N.D. 1974, conc.op. Vogel: Ersatz für „Eignung“ der Eltern); In re *Sinisa T.*, 4 FLR 2791 (N.Y.Fam.Ct. 1978); *Bennett v. Marrow*, 3 FLR 2741 (N.Y.Fam.Ct. 1977); *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287, 2288 (Pa.Super.Ct. 1977); *Marr. of Ellenwood*, 532 P.2d 259, 262 (Ore. 1975); *Moezie v. Moezie*, Super.Ct.D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 251, 252; *Goldstein*, Proceedings ISFL II S. 595 ff.; *Westman/Hanson*, in: *Readings* S. 535 ff. (1975). Für die Bundesrepublik vgl. *Lempp* und *Ell*, oben Fn. 14; *Klußmann*, Das Kind S. 24 ff.

psychosoziale Bindung zum Kind, wenn auch möglicherweise unterschiedlicher Art, haben<sup>18</sup>. Es ist deshalb fraglich, wie weit das Kriterium der psychosozialen Bindung in der Praxis trägt. Bestehen erhebliche, zweifelsfrei erkennbare Unterschiede in den Bindungsverhältnissen des Kindes, dann favorisiert das Gesetz den „Bezug-Elternteil“. Ist dessen Verhältnis zum Kind intensiv und vertrauensvoll, ein entsprechendes Verhältnis des Kindes zum anderen Elternteil praktisch nicht vorhanden, so ist kaum vorstellbar, daß Gesichtspunkte diesseits der Gefährdungsgrenze des allgemeinen Kindesschutzrechts zu einer Zuweisung an zweiten Elternteil führen könnten<sup>19</sup>. Bestehen solche Unterschiede hingegen nicht, wird das Kriterium der psychosozialen Bindung entweder funktionslos oder wirkt fort als Verweisung des Richters auf den Sachverständigen. Abgesehen von den praktischen Schwierigkeiten, die sich hieraus für die Rechtsfindung ergeben, ist bezweifelt worden, daß die Psychologie oder Psychiatrie in der Lage sind, von zwei tragfähigen Beziehungen zu den Eltern die für das Kind stärkere und wertvollere mit genügender Sicherheit zu identifizieren<sup>20</sup>. Gleichzeitig ist zu bedenken, daß der Bindungsgesichtspunkt erheblich an Bedeutung als Zuteilungskriterium verliert, wenn das Kind zu beiden Eltern eine Beziehung hat<sup>21</sup>. Temporäre Vorsprünge eines Elternteils, selbst wenn sie hinreichend sicher erkennbar wären, können außerdem im scheidungsbedingten Umbruch der Familiensituation leicht verloren gehen<sup>22</sup>. Das zukünftige Kindeswohl ist aber der entscheidende Gesichtspunkt für den Richter. Der zurückhaltenden Formulierung in § 1671 Abs. 2, 2. Hs. BGB kann deshalb

18 Nach Feststellung der OG-Richterin *Rohde* ist eine beiderseitige Bindung des Kindes geradezu typisch für die streitigen und damit erst schwierigen Sorgerechtsfälle, NJ 1979, 513; ähnlich *Seymour v. Seymour*, 6 FLR 2575, 2576 (Conn. 1980).

19 Zur Konsequenz für Sorgerechtsänderungen unten D IV.2.b)bb). Überzogen und verfehlt daher der Grundsatz des OG, bei kleineren Kindern sei die innere Bindung kein besonders beachtlicher Umstand, 17.7.1979, NJ 1979, 513 m.zust.Anm. *Rohde*. Die regelmäßig beiderseitige Bindung des Kindes (vorstehende Fn.) trägt diesen Grundsatz noch nicht. Auch sind innere Bindung und geistige Reife verschiedene, nicht verknüpfte Größen (gegen *Rohde* a.a.O. S. 514), vgl. unten B.III.2.

20 *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 679 (1974); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 286 f. (1975); ders., *Children, Family and Law* S. 478; *Mlyniec*, 16 J.Fam.L. 14 (1977-78); *Note*, 87 Yale L.J. 1126 f. (1978); *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 218 Fn. 231 (1969); *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 316 f.; *Finger* S. 306; *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 490. Vgl. auch *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975). Auch Kinderpsychiater sind gelegentlich zurückhaltend, *Ell*, *Trennung* S. 86 ff.; *ders.*, ZBJR 1982, 76 ff.; *Lempp*, Proceedings ISFL II S. 214; vgl. auch *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1977). OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; BG Leipzig 20.12.1976, NJ 1976, 218 f. Optimistisch demgegenüber *Westman/Hanson*, in: *Readings* S. 535; *Podell/Peck/First*, 56 Marquette L.Rev. 68 (1963); *Klußmann*, *Das Kind* S. 71. Zweifelhaft der Versuch amerikanischer Gerichte, durch das Addieren von Betreuungsquantitäten den "primary caretaker" herauszufinden, vgl. oben 3. Kap. Fn. 172a.

21 Insoweit zutreffend das OG der DDR, oben Fn. 19; *Seymour v. Seymour*, 6 FLR 2575, 2576 (Conn. 1980).

22 Dazu unten D.II.1.b)bb).

entnommen werden, daß nur deutliche Niveauunterschiede vom Gesetz als beachtlicher Entscheidungsfaktor hervorgehoben werden<sup>23</sup>.

Darüber hinaus kann die Hervorhebung der Kindesbindungen als gesetzliche Bestätigung des allgemein anerkannten Grundsatzes gewertet werden, daß persönliche Elemente des Kindeswohls den Vorrang haben sollen vor materiellen Elementen<sup>24</sup>.

### c) Die positive Beziehung des Kindes zu beiden Eltern

§ 1634 BGB, insbesondere die „Wohlverhaltensklausel“ in Abs. 1 Satz 2 implizieren den Grundsatz, daß eine positive Beziehung zu *beiden* Elternteilen auch nach der Scheidung dem Kindeswohl förderlich ist<sup>25</sup>. Dieser Grundsatz ist jüngst vor allem durch die Forschung von Wallerstein/Kelly empirisch untermauert und in das Licht des Interesses gerückt worden. Die Gestaltung des Kontakts zu beiden Eltern, insbesondere zum nichtsorgeberechtigten Teil, erwies sich bei den Untersuchungen in Californien als die *zentrale, ausschlaggebende* Variante bei der psychischen Ent-

23 Zurückhaltend in diesem Sinne OLG Hamm 12.6.1979, FamRZ 1979, 853, 854; OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141 f. Überzeugend weist OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm. 1979, 130, 131 f. eine Sachverständigen-Empfehlung zurück, die bei beiderseitiger Kind-Eltern-Bindung die Mutter dennoch als „überlegen“ bezeichnete. Stattdessen betont das OLG die *grundsätzlich gute Bindung* zu beiden Eltern und läßt dann den Gesichtspunkt der *Kontinuität* entscheiden. Vgl. Finger S. 306: „Wer will ein intensives Eindringen in persönliche Bereiche von Eltern und Kindern, wo schon aus praktischen Gründen die jeweiligen Auswirkungen dürftig sein müssen?“; ähnlich Treitz S. 182. Zum sachlichen Verhältnis von psychosozialer Elternschaft und traditionellem Muttervorrang vgl. unten 6. Kap. bei Fn. 365 ff.; inwieweit für die Entscheidung zwischen den Eltern die Bindung an Dritte eine Rolle spielen kann (vgl. § 1671 Abs. 2 BGB: „insbesondere“), ist noch eine offene Frage, zum neuen Recht OLG Hamm 29.1.1980, FamRZ 1980, 485, 486 einerseits, OLG Hamm 15.11.1979, FamRZ 1980, 487 f. andererseits (Großmutter-Fälle).

24 Gernhuber versteht diesen Grundsatz als Ausfluß schon des Kindeswohl-Begriffes, FamRZ 1973, 230. Zum Konsens im übrigen vgl. BGH 3.7.1951, BGHZ 3, 52, 59; 7.7.1952, NJW 1952, 1254, 1255; KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829; OLG Köln 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 182; LG Hof 28.2.1969, DAVorm 1969, 282, 283; Boxdorfer, RdJ 1974, 263; Schwab, Handbuch Rdn. 204; Schwoerer, FamRZ 1958, 437; Treitz S. 72 f. Nicht überzeugend die These Jülkenbecks, Festschr. König S. 439, daß „gesellschaftliche Normen“ im Gegensatz zur Rechtsprechung materiellen Kriterien den Vorrang einräumen. Vgl. jetzt BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 219. Für die USA vgl. Dempsey v. Dempsey, 6 FLR 2567, 2561 (Mich.App. 1980); Comiskey v. Comiskey, 3 FLR 2432 (Ill.App. 1977); Brashear v. Brashear, 228 P.2d 243, 245 (Id. 1951); Oster, 5 J.Fam.L. 35 f. (1965); Watson, 21 Syracuse L.Rev. 67 f. (1969).

Schweiz: Gyax S. 12 Fn. 19.

In der DDR sind vermögensrechtliche Aspekte im Familienrecht ohnehin von untergeordneter Bedeutung; speziell für die Sorgeverteilung: Grandke, NJ 1970, 451; Robde, JH 1967, 313 f. = Erziehungsrecht S. 168 ff.

Eine gewisse materielle Basis ist allerdings Voraussetzung personaler Entfaltung, Calhoun v. Calhoun, 3 FLR 2234 (Ky. 1977); Jones v. Jones, 5 FLR 2366 (Ky.App.1979); vgl. auch 2. Familienbericht S. 47 f.

25 Vgl. Diederichsen, NJW 1980, 9; Fehmel, FamRZ 1980, 760; so im Prinzip auch Goldstein/Freud/Solnit, Beyond (2. Aufl.) S. 16. Ähnlich Neubaus, Ehe und Kindschaft S. 252.

wicklung der Scheidungskinder<sup>26</sup>. Ob und welche Konsequenzen hieraus de lege ferenda zu ziehen sind, muß derzeit offen bleiben. Zwei Folgerungen, die vereinzelt in den USA begegnen, können jedoch de lege lata auch für die Sorgerechtsfrage in der Bundesrepublik Geltung beanspruchen. Erstens hat der Richter die Bereitschaft beider Eltern zu prüfen, das Kind in einem positiven Verhältnis auch zum anderen Teil aufwachsen zu lassen, und gegebenenfalls denjenigen Elternteil zu bevorzugen, der insoweit die größte Gewähr bietet<sup>27</sup>. Zweitens dürften richterliche Entscheidungsgrundsätze die Parteien nicht zwingen oder dazu verleiten, sich vor und während des Prozesses in ihrer Elterneigenschaft gegenseitig herabzusetzen mit dem Ziel, die Untauglichkeit des anderen in der Entscheidung feststellen zu lassen<sup>28</sup>. An dieser Forderung wird sich die Tendenz vieler Gerichte zu moralisierenden Beurteilung der elterlichen Persönlichkeiten messen lassen müssen<sup>29</sup>, aber auch eine stereotype Bevorzugung der Mutter, solange nicht grobe Disqualifikationstatbestände nachgewiesen sind<sup>30</sup>. Ins Positive gewendet, erweist sich das Postulat der Befriedigung der Eltern-Kind-Beziehungen als rechtliches Gebot<sup>31</sup>.

#### d) Sonstige Kriterien

Weitere Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls sind die *Haltung der Eltern und des Kindes* zur nahehelichen Gestaltung der Familienbeziehungen. Beide Gesichtspunkte, sowohl die Elternvereinbarung als auch der Kindeswille, haben nicht nur fundamentale Bedeutung für die Sorgerechtsentscheidung, sondern übersteigen

26 Wallerstein/Kelly, 47 Am.J.Orthopsych. 4 ff. (1977); dies., Surviving the Breakup S. 307 ff.; Wallerstein, Gespräch mit dem Verfasser vom 13.3.1979; Hetherington/Cox/Cox, 25 Fam.Coordinator 417 ff. (1976); dies., in: Reiss/Hoffman, The American Family S. 139 ff.; Institute for Child Study, University of Maryland, 3 FLR 2745 (1977); Greif, 49 Amer. J. Orthopsych. 316 (1979); vgl. auch Roman/Haddad, The Disposable Parent, N.Y. 1978; Ware, 4 New West (Nr. 5, South.Cal.Ed.) 42 ff. (1979); Steffen, ZBJR 1979, 130, 152; Hillstrom, 8 FLR 4015 ff. (1982).

27 Dodd v. Dodd, 4 FLR 2302, 2304 (N.Y.Sup.Ct. 1978); Burham v. Burham, 5 FLR 2956 (Iowa 1979); Seymour v. Seymour, 6 FLR 2575, 2576 (Conn. 1980); andeutungsweise OLG Hamm 15.11.1979, FamRZ 1980, 487. So ausdrücklich auch § 4600 (b) (1) Cal. Civ.Code, und nahezu alle Staatengesetze, die den Richter ausdrücklich zur Anordnung von joint custody ermächtigt haben, oben 3. Kap. Fn. 227. Nur bei sonst gleichgelagerten Verhältnissen: Goldstein/Freud/Solnit, Beyond (2. Aufl.) S. 118.

28 Schuermann v. Schuermann, 6 FLR 2346 (N.M. 1980); wegweisend die Prozeßführung in eigener Sache des Kinderpsychiaters Salk, der seinen Anwalt instruierte, entgegen der üblichen Praxis die Mutter nicht als erziehungsungeeignet hinzustellen, Solomon, in: 5 FLR 2701 (1970) (Salk gewann dennoch das Sorgerecht, 393 N.Y.S.2d 841 (Sup.Ct. 1975); zu diesem Fall noch unten 6. Kap. Fn. 600, 602).

29 Vgl. unten III.3.d); 6. Kap. Fn. 201, 582, 583.

30 Vgl. 6. Kap. bei Fn. 594. Aus dem gleichen Grund abzulehnen die Empfehlung von Schwab, Handbuch Rdn. 201, im Rahmen der „Elterneignung“ vorrangig auf die Negative abzustellen.

31 Positivrechtlicher Ausdruck auch hierfür ist § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB. Zur Befriedigungsfunktion von Entscheidungsbegründungen unten 6. Kap. bei Fn. 201. Vgl. auch in diesem Kapitel bei Fn. 291, 292, 690 ff.

funktional die Rolle objektiver Kindeswohl-Kriterien für den Richter. Sie werden deshalb in gesonderten Abschnitten erörtert<sup>32</sup>.

### 3. Wertmaßstäbe der umgebenden Rechtsordnung

Der quantitative und qualitative Deckungsbereich von Wertmaßstäben des objektiven Rechts hängt von der rechtlichen und politischen Grundordnung einer Gesellschaft, insbesondere der Abgrenzung des Einflßbereiches von Individuum, Familie und Staat ab. Wertoffene, freiheitlich-individualistische Ordnungen können kein rechtlich durchgezeichnetes Menschen- und Familienbild bieten wie das Recht der DDR<sup>33</sup>. Die Umsetzung allgemeiner Wertungen des Rechts in Zuteilungskriterien für die Sorgerechtsentscheidung, in der DDR durch die OG-Richtlinie Nr. 25 schon auf genereller Ebene weitgehend vorgezeichnet, ist in den westlichen Rechtsordnungen Sache richterlicher Interpretation und rechtswissenschaftlichen Bemühens<sup>34</sup>. Dieser Aufgabe soll im folgenden nachgegangen werden.

#### a) Konturen einer rechtlich vorgezeichneten Erziehung

##### aa) Erziehungsziele im allgemeinen

Die Diskussion über Erziehungsziele gilt in der Bundesrepublik als Sakrileg<sup>35</sup>. Die Festlegung von Erziehungszielen könne nicht ideologiefrei und unbeeinflußt von Zeitströmungen erfolgen<sup>36</sup>, sie sei durch das Grundgesetz ausgeschlossen<sup>37</sup>. Der Eindruck totalitärer Gängelung von Individuum und Familie wirkt aus jüngerer Vergangenheit fort und wird durch das Beispiel der DDR wachgehalten: „Der entworfene Mensch . . . ist . . . schreckende Vision“<sup>38</sup>. Entsprechend wurde eine überraschende Zurückhaltung der Rechtsprechung beobachtet, soweit bei Sorgerechtsentscheidungen Erziehungsfragen eine Rolle spielten<sup>39</sup>. Ausgangspunkt dieser Einstellung ist die nirgends ernsthaft angezweifelte Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts: „Für eine staatlich gelenkte Erziehung ist in einer Gesellschaftsordnung, die – wie in der Bundesrepublik Deutschland – durch eine freiheitlich-demokratische Grundordnung geprägt ist, kein Raum“<sup>40</sup>.

Soweit es darum geht, Erziehungsziele aus dem *Recht*, insbesondere der Verfassung zu gewinnen, kann diese Zurückhaltung für die Frage der Sorgerechtsent-

32 Unten B. und C.

33 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.2.

34 Vgl. oben 4. Kap. C.I.2.a).

35 Zenz, AcP 173 (1973) 541.

36 Lempp, ZBlJR 1974, 124.

37 Mikat, ZBlJR 1976, 79; Vogel, ZBlJR 1976, 86; BT-Drucks. 7/2060, S. 15; pointiert Schmitt Glaeser, Erziehungsrecht, insb. S. 14, 33, 42, 58 f.

38 Gernhuber, FamRZ 1973, 231 1.Sp.

39 Lüderitz, FamRZ 1975, 606; vgl. dazu noch unten bb), bei Fn. 60 ff.

40 BVerwG 31.3.1977, FamRZ 1977, 541, 542. Entsprechend für die USA Prince v. Massachusetts, 321 U.S. 158, 166 (1944); In re Wellman, 6 FLR 2544 (Cal.App. 1980).

scheidung jedoch nicht mit einem Hinweis auf den elterlichen Konkretisierungsprimat begründet werden. Die Scheidungssituation bedingt, wie festgestellt wurde<sup>41</sup>, eine generelle Vorverlagerung staatlicher Beurteilung der Familie.

Die zweite Quelle des Unbehagens über rechtliche Erziehungsziele ist die Vorstellung, daß in einer freiheitlich-pluralistischen Verfassungsordnung materiale Werte nicht vorgegeben seien und folglich aus ihr nicht abgeleitet werden könnten<sup>42</sup>. Die Formulierung materialer Erziehungsziele stellt sich von diesem Standpunkt aus als der Versuch dar, Bindung nicht offengelegter Zielrichtung und Provenienz in ein wertoffenes System hineinzutragen mit dem vorgeblichen Anspruch, es handle sich um systemimmanente Wertungen<sup>43</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, daß Wertoffenheit nicht mit Wertfreiheit gleichgesetzt werden kann. Daß das Grundgesetz neben organisatorischen Regelungen nicht nur Abgrenzungsnormen für den staatlichen und privaten Bereich enthält, sondern auch materiale Wertsetzungen als Grundlage des Gemeinwesens, ist im Verfassungsrecht heute unbestritten<sup>44</sup>. Auch das methodisch-philosophische Werk von Fikentscher betont den einer Grundrechtsdemokratie eigentümlichen Dualismus materialer, verbindlicher Grundwerte und „offener“ Tageswerte<sup>45</sup>. Die Formulierung von Erziehungszielen, die lediglich eine Umsetzung grundgesetzlicher Werte für den Bereich der Familie bedeuten, kann deshalb nicht gegen die Verfassung verstoßen<sup>46</sup>. Ihre Formulierung als nicht unmittelbar sanktionsbewehrte Leitbilder hat der Gesetzgeber sogar als seine Pflicht angesehen<sup>47</sup>. So erscheint beispielsweise das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen (§ 1631 Abs. 2 BGB) als unvermittelte Übertragung von Art. 1 GG in das Familienrecht.

41 Oben 4. Kap. B.II.2.

42 *Becker*, MDR 1973, 631; *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 316 f.; *Finger* S. 306; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 230 f., 233; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *ders.*, AcP 178 (1978) 274; *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 37 ff.

43 Verfassungsinterpretation kann insofern die gleichen Fehlenden aufweisen wie die Naturrechtsargumentation oder die Argumentation aus „Institutionen“, vgl. *Welzel*, Naturrecht S. 241 ff.; *Wolf/Lüke/Hax* S. 257 ff., Diese Gefahr besteht immer, wo Bestimmtes aus Unbestimmtem abgeleitet werden soll. Die Furcht vor staatlicher Indoktrination und Instrumentalisierung der Kinder wird deutlich bei *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 329; *Dieckerichsen*, FamRZ 1978, 468; *ders.*, Festschr. Beitzke S. 184 f.; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236, 238 f.; *Giesen*, FamRZ 1977, 594 ff.; *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond* S. 7 f. (dtsh. S. 16); *Strätz*, FamRZ 1975, 541 ff.

*Beitzke*, FamRz 1979, 12 hält diese Befürchtung in der gegenwärtigen Situation der Bundesrepublik für überzogen.

44 Vgl. nur BVerfG 15.1.1958, BVerfGE 7,198, 205; 29.7.1959, BVerfGE 10, 59, 81; 24.2.1971, BVerfGE 30, 173, 193; *Hesse*, Grundzüge S. 13 f., 127 ff. (kritisch allerdings zum Postulat eines „Wertsystems“ im Sinne des BVerfG).

45 Methoden IV S. 201, 392 ff., 401 ff., 473, 616 ff., 625, 673 und öfter; zustimmend *Roth*, FamRZ 1979, 979. Vgl. in diesem Sinne auch *H. Schlosser*, Wertorientierte Jurisprudenz, unveröff. Vortrag vom 6.11.1980 zur 10-Jahresfeier der Universität Augsburg.

46 *Beitzke*, FamRZ 1979, 12; vgl. auch *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 270: „... seine (des Grundgesetzes) Wertentscheidungen prägen die Konkretisierung von Generalklauseln geltenden Rechts und sind selbstverständliche Leitlinie einer künftigen Gesetzgebung“; *Mün-der*, Kindererziehung S. 39 ff.; *ders.*, JuS 1976, 77.

47 BT-Drucks. 8/2788, S. 34; anders die Minderheit des Rechtsausschusses a.a.O.

Dabei stellt sich in der Scheidungssituation *nicht* das Problem der Gleichschaltung des Familienlebens mit den das gesellschaftliche und politische Leben beherrschenden Wertmaßstäben<sup>48</sup>. Die den Verfassungsnormen entsprechende Unbestimmtheit daraus abgeleiteter Erziehungsziele erlaubt eine große Bandbreite des Verhaltens. Wo aber in den Randbereichen Unterschiede zwischen den Eltern objektiv erkennbar werden, darf der Familienrichter den im Hinblick auf verfassungsrechtlich vorgegebene Erziehungsziele „besseren“ Elternteil dem nur „grundsätzlich geeigneten“ Elternteil vorziehen.

Die Auswertung der allgemeinen Rechtsordnung zur Gewinnung von Kindeswohl-Kriterien für die Sorgerechtsentscheidung schließt also die Gewinnung von Erziehungszielen aus der Verfassung ein. Dies wird in der Literatur auch zunehmend erkannt. Allerdings hat die Scheu vor materialen Wertaussagen im Bereich der Kindererziehung dazu geführt, daß unabweisbare Folgerungen aus verfassungsrechtlichen Wertsetzungen als „formale Erziehungsziele“ bezeichnet werden, wie z.B. die Erziehung zu Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit<sup>49</sup>. „Formal“ sind diese Ziele nicht schon deshalb, weil sie selbstverständlich sind<sup>50</sup>; nur „formal“ sind sie auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß die Verhaltensmuster des Individuums im einzelnen nicht vorgezeichnet sind<sup>51</sup>. Die Grenzen rechtlicher Erziehungsziele folgen ebenfalls aus der Verfassung, die materiale Bindung nur dort und soweit vorsieht, wie zur Wahrung der Wertoffenheit im übrigen erforderlich ist<sup>52</sup>. Der Grundsatz „in dubio pro libertate“ führt zur Zurückweisung aller Erziehungsmaßstäbe, deren Ableitung aus dem objektiven Recht, insbesondere der Verfassung nicht mehr offenkundig ist.

48 Aus prinzipiellen Gründen ist hier Zurückhaltung angebracht (*Lüderitz*, AcP 178 (1978) 274). Wer mit den in der Familie praktizierten Lebensformen und Werten nicht zufrieden ist, ist leicht verleitet, die „Privatheit“ der Familie aufbrechen zu wollen, z.B. *Dabrendorf*, Gesellschaft und Freiheit S. 124, 327 ff.; vorsichtiger die Sachverständigenkommission zum 2. Familienbericht, S. 62 f. (kritisch zum „Familismus“, für Überwindung der „gesellschaftlichen Isolierung von Familien“, S. 63). Daß damit aber die grundsätzliche Manipulierbarkeit der Familie und letztlich auch des Individuums für totalitäre Bestrebungen hergestellt wird, zeigt deutlich genug die Familienrechtspolitik der DDR (das sieht auch *Dabrendorf* a.a.O. S. 344, 458, zieht aber keine Konsequenzen). Ebenso belegen die Schwierigkeiten dieses Regimes mit dem Familienbereich den Wert und das Beharrungsvermögen familiärer Privatheit (oben I. Kap. A.II.1.b), insb. Fn. 31). Der schmale Grat zwischen Grundrechtsschutz für Kinder und Familienautonomie ist noch nicht gesichert definiert und wird wohl ständig neu erarbeitet werden müssen, vgl. *Reuter*, Kindesgrundrecht, insbesondere S. 74 ff.

49 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; ders., Familienrecht S. 709; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 272, 275; *Simon*, JuS 1979, 753.

50 So *Gernhuber*, Familienrecht S. 709. Was dem Recht selbstverständlich ist, ist nicht notwendig den Eltern selbstverständlich, vgl. zu § 1631 Abs. 2 BGB *Diederichsen*, NJW 1980, 3. Ist ein Ziel oder eine Verhaltensweise aber nicht allen Eltern selbstverständlich, bedeutet ihre Normierung eine materielle Steuerung des Elternverhaltens.

51 So *Lüderitz* a.a.O., zur Selbstverantwortlichkeit sogleich unten cc) (1). Kritisch zur Bezeichnung als „formales“ Erziehungsziel auch *Diederichsen*, NJW 1980, 2 Fn. 37; *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, S. 8 ff., 50 f.

52 *Fikentscher*, Methoden IV S. 394, 401 ff., 617 ff.

bb) Erziehungsmethoden im allgemeinen

Mehr noch als für Erziehungsziele wird für die Methode der elterlichen Erziehung der Grundsatz verfochten, daß es sich um einen vom Recht auszusparenden Bereich handele<sup>53</sup>. Rechtlichem Zugriff unterliege allenfalls das „Ob“, nicht das „Wie“ einer Erziehung<sup>54</sup>. Dem entspricht die anglo-amerikanische Einstellung, die den Gerichten für den Bereich der intakten Familie grundsätzlich die Regelungszuständigkeit abspricht<sup>55</sup>.

Es wurde bereits an früherer Stelle dargelegt, daß der Scheidungsrichter nicht über die Person des künftigen Sorgeberechtigten entscheiden kann, ohne auf das „Wie“ der jeweiligen Erziehungsverhältnisse sachlich einzugehen<sup>56</sup>. In der Bundesrepublik wird obiger Ansatz auch nicht durchgehalten. Der Gesetzgeber ist von ihm vor allem mit dem neuen § 1626 Abs. 2 S. 2 BGB abgewichen<sup>57</sup> und vereinzelt wurde dieses Vorgehen auch unter verfassungsrechtlichem Aspekt gebilligt<sup>58</sup>. Die Praxis hat der Erziehungsfreiheit stets nur halbherzig Tribut gezollt. Es ist zwar einerseits richtig, daß die Gerichte sich ungern grundsätzlich zu Erziehungsfragen äußern, auch nicht im Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen bei Scheidung der Eltern<sup>59</sup>. Andererseits finden sich doch wichtige Einbruchsstellen richterlichen Erziehungsverständnisses, etwa über das generelle Kindeswohl-Kriterium der „besseren erzieherischen Eignung“<sup>60</sup> eines Elternteils oder auch in der Rollenbewertung von Mutter und Vater. Dem Kleinkind ist demnach mit Nachsicht und Wärme zu begegnen, wozu die Mutter „natur- und geschlechtsbedingt“ prädestiniert sei<sup>61</sup>, während älteren Kindern, insbesondere Jungen, strenger und leistungsbezogener gegenübergetreten werden müsse — regelmäßig eine Domäne des Vaters<sup>62</sup>. Jede Zurückhaltung fällt schließlich, wenn es um die Durchsetzung der Rechte des nicht-sorgeberechtigten Elternteils geht: Hier wird dem Sorgeberechtigten von der Rechtsprechung angesonnen, einen dem persönlichen Umgang entgegenstehenden Kindes-

53 Vor allem *Schmitt Glaeser*, DÖV 1978, 634; ders., Erziehungsrecht S. 14, 33, 42; *Diederichsen*, NJW 1980, 2 f.; BT-Drucks. 8/2788, 34; vgl. auch die betont neutrale Haltung des OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262.

54 *Schmitt Glaeser*, DÖV 1978, 634.

55 Oben 3. Kap. bei Fn. 66.

56 Oben 4. Kap. B.II.2., bei Fn. 44.

57 So auch der objektive Befund von *Diederichsen* a.a.O.

58 *Beitzke*, FamRZ 1979, 10, 12. *Schmitt Glaeser* hält diese Bestimmung für verfassungswidrig, Erziehungsrecht S. 58.

59 *Lüderitz*, FamRZ 1975, 606; vgl. OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262.

60 Statt aller BGH 4.5.1957, FamRZ 1957, 252, 253.

61 OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; I. Sp.; zum Muttervorrang unten 6. Kap. C.III.4.d).

62 LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281, 282; vgl. auch OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; OLG Frankfurt/M. 6.6.1977 a.a.O.; im einzelnen unten 6. Kap. bei Fn. 272 ff., 380 ff.

willen notfalls mit Gewalt zu brechen, auch wenn dies seinem Erziehungsstil grundsätzlich widerspricht<sup>63</sup>.

Hieraus ergibt sich die Vermutung, daß Erziehungsstil und -methoden nicht einen eigenständigen, absolut geschützten Autonomiebereich darstellen, sondern daß das Verhältnis von Recht und elterlicher Erziehung insgesamt anderen Abgrenzungskriterien unterliegt. Die Argumentation von Diederichsen<sup>64</sup> erhellt die Zusammenhänge. Diederichsen begrüßt das Leitbild der partnerschaftlichen Erziehung in § 1626 Abs. 2 BGB vom pädagogischen Standpunkt, hegt aber verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die elterliche Erziehungsfreiheit<sup>65</sup>. Dringe das Recht erst einmal in den Erziehungsbereich ein, könnten angesichts wechselnder pädagogischer Lehren später auch staatliche Erziehungskonzeptionen nicht mehr abgewehrt werden, die heute negativ eingestuft würden<sup>66</sup>. Anders bewertet Diederichsen hingegen § 1631 Abs. 2 BGB<sup>67</sup>. Der Ausschluß entwürdigender Erziehungsmaßnahmen sei aus dem Erziehungsziel der Selbständigkeit und Eigenverantwortlichkeit des Jugendlichen gerechtfertigt: „Der Teufelskreis sich ewig reproduzierender Gewalttätigkeit läßt sich nur durch die *Ächtung eines auf Gewalt zurückgreifenden Erziehungsstiles* . . . durchbrechen“<sup>68</sup>.

Hier billigt Diederichsen also die Regelung von Einzelinhalten der Erziehung. Wo liegt der maßgebliche Unterschied zum Leitbild der partnerschaftlichen Erziehung? Offensichtlich nicht in der Differenzierung von Erziehungszielen und -methoden, sondern nur in der Abgesichertheit des Regelungsinhalts im objektiven Recht und gesellschaftlichen Konsens, insbesondere seiner Herleitung aus Grundwerten der Verfassung<sup>69</sup>. Sind Alternativen im Lichte der Grundwerte noch diskutierbar, wird eine rechtliche Festlegung nicht nur von diesen Grundwerten, sondern auch von den herrschenden pädagogischen Überzeugungen getragen und damit zweifelhaft. Können umgekehrt an einem Ableitungszusammenhang keine ernsthaften Zweifel bestehen, ist auch das „Wie“ der Erziehung dem rechtlichen Zugriff ausgesetzt<sup>70</sup>. Zwischen Erziehungszielen und Erziehungsmethoden besteht insoweit kein qualitativer Un-

63 OLG Düsseldorf 5.3.1969, FamRZ 1969, 665; LG Mannheim 12.11.1971, NJW 1972, 950, 951; vgl. auch LG München I 17.2.1971, FamRZ 1971, 311 f.; KG 12.5.1969, FamRZ 1970, 93. Die Problematik eines Konflikts mit elterlichen Erziehungsgrundsätzen wird von *Gernhuber* gesehen, FamRZ 1973, 241. Ob diese Rechtsprechung nach der Sorgerechtsreform aufrecht erhalten werden könnte, erscheint zweifelhaft.

64 NJW 1980, 2 f.

65 In Gesetzesmaterialien S. 3/44 f. hält *Diederichsen* diese Bestimmung noch für „ebenso unschädlich wie unnütz“.

66 Ebenso *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 14.

67 A.a.O. S. 3.

68 *Diederichsen* a.a.O., Hervorhebungen im Original.

69 Im Prinzip ebenso *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht, S. 9, 42 f.; vgl. *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 16. Dementsprechend zögerte *Diederichsen* nicht, einen Katalog weiterer Erziehungsrichtlinien zur Aufnahme in das Gesetz zu empfehlen, die er für gesichert hielt, in: Gesetzesmaterialien S. 3/51.

70 Ähnlich auch *Beitzke*, FamRZ 1979, 10, 12; zur „partnerschaftlichen Erziehung“ vgl. weiter unten cc) (2) (11).

terschied. Es wäre auch verfehlt, den zwingenden Zusammenhang zwischen Erziehungszielen und bestimmten elterlichen Verhaltensweisen jedenfalls in einem Kernbereich zu leugnen<sup>71</sup>. Der Umstand, daß dieser Zusammenhang auch in der DDR betont wird und zur Rechtfertigung des detaillierten Entwurfs einer „sozialistischen Erziehung“ dient<sup>72</sup>, kann daran nichts ändern. Der wesentliche Schritt ist die Anerkennung, daß in einer Gesellschaftsordnung materiale Grundwerte für die menschliche Persönlichkeit gelten. Ausgestaltung und Inhalt dieser Werte bestimmen sodann die rechtlichen Konsequenzen für Erziehungsziele *und* Erziehungsmethoden. In der Bundesrepublik ist es nicht die Tabuisierung des Erziehungsbereichs, der staatliche Indoktrination verhindert, sondern der freiheitliche Charakter des Persönlichkeitsbildes des Grundgesetzes. Umgekehrt ergibt sich der totalitäre Zugriff auf das Familienleben in der DDR als notwendige Konsequenz aus der gesellschaftlich-politischen Grundordnung. Die bloße Tatsache, daß das Recht dort wie hier auch Erziehungsmethoden regelt, ist für die Alternative freiheitlich/totalitär unmaßgeblich. Sollten sich aber die *Grundwerte* unserer Gesellschaft ändern, errichtet auch eine bis dahin strikt aufrecht erhaltene Familienautonomie kein Bollwerk gegen totalitäre Einflüsse<sup>73</sup>.

Speziell für die Scheidungssituation ist schließlich nochmals auf den Unterschied in der Fragestellung hinzuweisen, der bei intakten und zerbrechenden Familiengemeinschaften besteht<sup>74</sup>. Welchen Beurteilungsbereich der gesetzliche Verweis auf das „Kindeswohl“ dem Richter eröffnet, ist nicht pauschal zu beantworten<sup>75</sup>, sondern aus dem jeweiligen systematischen Zusammenhang. Rechtliche Regeln für Erziehung und Familienleben, die beanspruchen, die staatliche Toleranzgrenze im Sinne des allgemeinen Kindesschutzrechts zu konkretisieren, haben ungleich zurückhaltender zu sein als Richtigkeitsmodelle, die – neben ihrer Appellfunktion an die Familienmitglieder – als Entscheidungsmaßstab nur dort Bedeutung haben wollen, wo *zwischen den Elternteilen* eine Entscheidung zu treffen ist<sup>76</sup>.

71 *Beitzke* a.a.O.: „Unabweisbarer“ Zusammenhang.

72 *Scharnhorst*, JH 1970, 70; *Walther*, NJ 1972, 474. Zu den Inhalten der sozialistischen Erziehung ausführlich *Walther*, Einheit, 1971, 986 ff.; *Walther/Funke*, NJ 1965, 241 ff.; *Walther/Witte*, Einheit 1966 (H. 10) 1279 ff.; *Weiß*, JH 1978, 102 ff.; *Mannschatz*, Einführung in die sozialistische Familienerziehung (1961); *Busch*, Familienerziehung (1972).

73 Dies sollte spätestens seit den Untersuchungen von *Rütbers*, Auslegung, insbesondere S. 431 ff., kein Streitpunkt mehr sein; vgl. auch *Happe*, Festschr. Stutte S. 207.

74 Vgl. oben 4. Kap. B.II.2.

75 So implizit BT-Drucks. 7/2060, S. 16.

76 Von diesem Unterschied geht offenbar auch *Diederichsen* aus, da er § 1626 Abs. 2 BGB (nur) dann für verfassungsrechtlich unbedenklich hält, wenn Zuwiderhandlungen der Eltern jedenfalls keine Maßnahmen nach § 1666 BGB auslösen können (NJW 1980, 3). Zu diesem Ergebnis führt allerdings nicht erst die verfassungskonforme Auslegung, sondern schon Wortlaut und Vergleich der Vorschrift mit § 1618 a BGB einerseits und § 1631 Abs. 2 BGB andererseits sowie die Begründung des letzten Gesetzentwurfs durch den Rechtsausschuß, BT-Drucks. 8/2788, S. 34, 45, der offensichtlich von der undifferenzierten genteiligen Äußerung in BT-Drucks. 7/2060, S. 16 abrücken wollte.

Im Sinne des Textes auch *Klußmann*, Das Kind (S. 72 f.), der bei sonst gleichgelagerten Verhältnissen dem Richter die Beurteilung der jeweiligen elterlichen Erziehung gestatten will.

## cc) Einzelne Erziehungsziele und ihre Konsequenzen für Sorgerechtsentscheidungen

*(1) Selbstentfaltung und Anpassung*

Das am häufigsten genannte Erziehungsziel bezieht sich auf die Fähigkeit des heranwachsenden Menschen, sein Leben in eigener Initiative und eigener Verantwortlichkeit selbst zu lenken. Diese Fähigkeit findet in verschiedenen Nuancierungen Ausdruck in Formulierungen wie Selbständigkeit, Selbstverantwortlichkeit, Selbstbestimmungsfähigkeit, Mündigkeit und Ähnlichem<sup>77</sup>. Hergeleitet wird dieses Erziehungsziel aus dem den Grundrechten zugrunde liegenden Menschenbild, vor allem Art. 1 und 2 GG<sup>78</sup>, aber auch aus § 1 JWG oder dem Konzept der Volljährigkeit<sup>79</sup>. Weitere gesetzliche Anhaltspunkte liefern seit dem 1.1.1980 die §§ 1626 Abs. 2, 1631 Abs. 2, 1631 a, 1671 Abs. 3 S. 2 BGB.

Die grundsätzliche Bedeutung dieses Erziehungsziels erschließt sich aus einem Vergleich mit dem DDR-Recht. Auch in der DDR soll die Erziehung einen selbstverantwortlichen, darüber hinaus schöpferischen, aktiven und entscheidungsfreudigen Menschen hervorbringen<sup>80</sup>. Vorrangige Bedeutung kommt diesem Ziel aber nicht zu. Das positive Recht nennt es nicht ausdrücklich – angesichts der sonstigen Neigung zu erschöpfenden, perfektionistischen Beschreibungen sozialistischer Eigenschaften sicherlich ein erster Hinweis<sup>81</sup>. Deutlich tritt dafür die Einbindung des Individuums in das gesellschaftliche Kollektiv, in dessen Wirken und Zielsetzungen hervor. Wo sein Denken angesprochen wird, steht die Staatsbewußtheit an erster Stelle ( Art. 38 Abs. 4 S. 1 DDR-Verfassung; §§ 3 Abs. 1 S. 2, 42 Abs. 2 FGB; §§ 1 Abs. 2 S. 3, 15 Abs. 2-5 Bildungsgesetz); wo er kreativ wird, handelt es sich um ein „Mitgestalten“ der sozialistischen Gesellschaft (§ 42 Abs. 2 S. 1 FGB; § 1 Abs. 2 S. 1 und 3 Bildungsgesetz); seine Arbeit ist wertvoll als die eines „guten Staatsbürgers“ (§ 1 Abs. 2 S. 3 Bildungsgesetz), und „Verantwortung“ ist unter diesen Umständen nicht Selbstverantwortung, sondern Verantwortung der Gesell-

77 BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; BGH 2.7.1974, FamRZ 1974, 595, 597; BT-Drucks. 8/2788, S. 34; *Beitzke*, FamRZ 1979, 10; *Coester-Waltjen*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 75; dies., ZRP 1977, 180; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 317; Geiger, FamRZ 1979, 459; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; ders., Familienrecht S. 722; *Kramer*, JZ 1974, 91 f.; *Henrich*, The Chuo L.Rev. 88 (1981), S. 18; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 273 ff.; *Zenz*, StAZ 1973, 261; dies., AcP 173 (1973) 543 f.; dies., in: Familienrechtsreform S. 169; Zöller, FamRZ 1978, 8. Für die Schweiz Art. 301 Abs. 2, 302 Abs. 1 und 2 ZGB; weitere Nachweise oben 2. Kap. Fn. 103.

78 BVerfG 29.7.1968 a.a.O.

79 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 273 f.

80 *Scharnhorst*, JH 1970, 70, in Abgrenzung zum „angepaßten Untertan“, dem angeblichen Erziehungsziel des „Imperialismus“.

81 Die gesetzlichen Formulierungen können auch nicht als Synonyme für „Selbstverantwortlichkeit“ genommen werden, vgl. Art. 38 Abs. 4 DDR-Verfassung: „... zu gesunden und lebensfrohen, tüchtigen und allseitig gebildeten Menschen, zu staatsbewußten Bürgern ...“; § 3 Abs. 1 S. 2 FGB fügt hinzu: „... zu aktiven Erbauern des Sozialismus ...“; § 42 Abs. 2 S. 1 FGB: „... zu geistig und moralisch hochstehenden ... Persönlichkeiten“; ähnlich auch § 1 Abs. 1 Bildungsgesetz.

schaft gegenüber (§ 1 Abs. 2 S. 3 Bildungsgesetz). Im Zentrum der Rechtsprechung und der Literaturdiskussion über Erziehungsziele steht folgerichtig auch nicht die Selbstbestimmungsfähigkeit des Individuums, sondern seine *sozialistische* Denk- und Handlungsweise<sup>82</sup>. Auch die „privaten“ Tugenden, die das Gesetz als Erziehungsziel hervorhebt, sind nicht auf individuelle Selbstenfaltung, sondern auf soziale Anpassung gerichtet: Bescheidenheit, Ehrlichkeit, Hilfsbereitschaft und Achtung vor dem Alter (§ 42 Abs. 3 S. 1 FGB). Außerdem gilt eine Erziehung, die *nur* auf derartige Tugenden gerichtet ist, als mangelhaft, weil ihr das entscheidende Element fehlt, die Beeinflussung im Sinne des Sozialismus<sup>83</sup>.

Entfaltung der Persönlichkeit, Selbstbestimmungsfähigkeit und Verantwortlichkeit im Rechtssystem der DDR ist deshalb stets nur Entfaltung in Richtung auf inhaltlich vorgegebene Eigenschaften, Entscheidung für als „richtig“ bereits Feststehendes und bewußte Konformität. Selbst wenn man untestellt, daß dem Einzelnen Entfaltungs- und Entscheidungsfreiheit bleibt, so doch nur in einem eng begrenzten Rahmen und auch dort tendenziell gebunden. Absoluter Primat kommt der Anpassung an die Gesellschaft zu, die Fähigkeit zur individuellen Entscheidung und Gestaltung hat nur marginale Bedeutung.

In dieser Gewichtsverteilung liegt der wesentliche Unterschied zu freiheitlich-wertoffenen Systemen. Der Freiraum des einzelnen ist Ausgangspunkt rechtlicher Rahmensetzung. Er findet seine Grenze nur an der Freiheit anderer und an der gesellschaftlichen Ordnung (Art. 2 Abs. 1 GG), die aber ihrerseits verfassungskonform, d.h. wertoffen gestaltet sein muß. Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverantwortlichkeit des Individuums erlangen hier eine systemtragende Bedeutung. Die Inhalte der Selbstbestimmung bleiben – in den Grenzen des Art. 2 Abs. 1 GG – offen<sup>84</sup>. Dennoch handelt es sich nicht nur um ein „formales“ Erziehungsziel<sup>85</sup>, denn im Bekenntnis zur Selbstbestimmungsfähigkeit und verantwortlichen Bereitschaft zur Selbständigkeit liegt eine materiale Wertentscheidung, die bestimmte,

82 OG 25.8.1958, NJ 1958, 684, 685; 30.1.1969, NJ 1969, 574; 30.4.1974, NJ 1974, 440, 441; BG Dresden 31.3.1970, NJ 1970, 749, 750, m. Anm. *Peschke*; StadtG Groß-Berlin 20.2.1967, NJ 1968, 380; 3.7.1972, NJ 1973, 743. BG Suhl 28.8.1956, Schöffe 1957, 95 f.; KrG Stralsund 14.10.1958, ROW 1959, 81, 82; *Ansorg*, Leitfaden S. 35, 147; *Grandke*, NJ 1970, 451; *Halgasch*, NJ 1969, 756; *Mannschatz*, NJ 1964, 44; *Mühlberger/Schröder*, NJ 1968, 235; *Reinwarth*, NJ 1968, 657; *Weiß*, JH 1978, 104 f.; *Witte*, JH 1967, 193 ff., 234 ff., 266 f.; *Scharnhorst*, JH 1970, 69 f.; *Walther/Witte*, Einheit 1966 (H. 10) 1284 f.; vgl. auch *Schlicht*, ROW 1966, 61, 66; *Wassermeyer* S. 45 ff.

83 *Scharnhorst*, JH 1970, 70; vgl. auch *Mannschatz*, NJ 1964, 44. Für individuelle Selbstbestimmung besteht in der DDR kein Bedürfnis, da die Fremdbestimmung durch sozialistische Gesetzmäßigkeiten, Erfordernisse und Grundsätze, personell vertreten durch die mit einem Erkenntnismonopol ausgestattete Parteiführung (oben 1. Kap. A.IV.3.a); 4. Kap. C.I.2.a), den Einzelnen bis in privateste Lebensbereiche und rund um die Uhr begleitet.

84 Zurückzuweisen sind deshalb alle Versuche, insbesondere den Begriff der „Mündigkeit“ ideologisch zu binden und nur denen vorzubehalten, die eine bestimmte Richtigkeitsauffassung teilen, vgl. etwa *Dürr*, Erziehung in der Familie S. 122 ff. und die Kritik an *Wietbölder* bei *Fikentscher*, Methoden III S. 617 ff.

85 Dazu oben bei Fn. 49 ff.

keineswegs nur theoretische Alternativen ausschließt: den „Untertan“, den „Anpassungsartisten“<sup>86</sup> oder den kollektivierten Menschen<sup>87</sup>.

Es wäre allerdings verfehlt, das Erziehungsziel der Selbständigkeit entfalten zu wollen ohne Berücksichtigung seines Gegenpols, der sozialen Anpassung oder auch „Sozialfähigkeit“<sup>88</sup>. Auch in freiheitlich-pluralistischen Ordnungen ist das autarke, isolierte Individuum weder Ideal noch Realität<sup>89</sup>. Der Mensch als soziales Wesen braucht die Gemeinschaft, so daß seine Fähigkeit zur Koexistenz mit anderen ein individuelles Lebensbedürfnis darstellt. Umgekehrt besteht ein Interesse der Gesellschaft an gemeinschaftserhaltenden und -fördernden Mitgliedern. Beide Interessen sind untrennbar miteinander verflochten, einen Gegensatz zu konstruieren wäre verfehlt.

Die angemessene Gewichtung von Gesellschafts- und Individualinteresse kann an dieser Stelle dahinstehen<sup>90</sup>, hier kommt es nur darauf an, daß *auch* die Fähigkeit zur Anpassung und sozialen Koexistenz ein rechtliches Erziehungsziel ist. Dies wird in der Literatur kaum erwähnt, die Diskussion kreist fast ausschließlich um das Ziel der Selbstbestimmungsfähigkeit<sup>91</sup>. Die soziale Dimension der menschlichen Existenz findet jedoch im Grundgesetz deutlich Beachtung (vor allem Art. 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 und 2, 6, 8, 9), und auch das Familienrecht läßt die sozialen Grenzen freier Kindheitsentfaltung nicht unerwähnt (§§ 1618 a, 1626 Abs. 2 BGB: „verantwortungsbewußt“, „Einvernehmen“). Ähnlich ist die Situation im Schweizer Recht<sup>92</sup>). Im US-amerikanischen Recht wird das Anpassungselement der Erziehung häufig sogar *vorrangig* betont<sup>93</sup>.

Es handelt sich dabei jedoch um keinen prinzipiellen Unterschied, sondern nur eine Frage unterschiedlicher Akzentsetzung. Vergleichende soziologische Untersuchungen haben ergeben,

86 Nach *Scharnborst*, JH 1970, 70 angeblich westliches Erziehungsleitbild. *Mitscherlich*,

Vaterlose Gesellschaft S. 234, spricht kritisch vom „anpassungsgeschmeidigen“ Menschen.

87 *Fikentscher*, Methoden IV S. 393: Im Sozialismus wird der einzelne „zum Fellachen, die es nur in der Mehrzahl gibt“; *Hesse*, Grundzüge S. 49: „Wesenloses Partikel moderner Masse“.

88 Die soziologischen und psychologischen Termini „Sozialisation“ und „Sozialität“ werden bewußt vermieden, um Mißverständnissen vorzubeugen. Zu vorstehenden Begriffen *König*, Int. Encyclopedia of Comp. Law IV/1 Nr. 77; S. 13.

89 *Maunz/Durig*, Art. 2 Abs. 1 Rdn. 4: Art. 2 GG garantiert keine „Robinsonfreiheit“; *Hesse*, Grundzüge S. 49 f.

90 Dazu unten II.3.

91 Den Dualismus von Selbstbestimmungsfähigkeit und Anpassung als Erziehungsziele stellt *Deißler* heraus, ZBJR 1973, 244 f.; vgl. auch den Hinweis bei *Diederichsen*, NJW 1980, 3: Wer autoritäre Erziehung verbiete, müsse konsequenterweise auch „argumentationsloses Nachgeben“ verbieten.

92 Auf die Anpassungspflicht des Kindes weisen deutlich Art. 272, 301 Abs. 2, 1. Hs. ZGB hin; als Erziehungsziel wird die Anpassung nicht erörtert.

93 *Anderson v. Anderson*, 191 A. 534 (Conn. 1937); *Warnecke v. Warnecke*, 182 P.2d 699, 700 (Wash. 1947); *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152, 154 f. (Iowa 1966); *Wilner v. Wilner*, 266 N.E.2d 918 (Ill.App. 1971); *Anagnostopoulos v. Anagnostopoulos*, 317 N.E.2d 681, 684 (Ill.App. 1974); *Moezie v. Moezie*, Super.Ct.D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250, 251 f. (“a well adjusted individual in our society”); *Schiller*, 26 DePaul L.Rev. 246 (1977); vgl. auch *Katz*, Parents S. 146.

daß das Erziehungsverhalten US-amerikanischer Eltern im Durchschnitt freiheitlicher ist als das deutsche (und, wie man vermuten darf, das schweizerische), in dem Anpassung traditionell das primäre Erziehungsziel darstellte<sup>94</sup>). Betont wird jeweils derjenige Aspekt der Erziehung, der nicht selbstverständlich, aber förderungsbedürftig erscheint: Hier die Persönlichkeitsentfaltung und Selbständigkeit des Kindes, in den USA, deren Gesellschaft ein Integrationsdefizit zu bekämpfen hat, die Konformität.

Im Ergebnis zeigt sich, daß der Gemeinschaftsfähigkeit und der durch sie in einem gewissen Grade geforderten Anpassung auch in freiheitlichen, individualistischen Systemen ein gesicherter Stellenwert in der Erziehung zukommt. Extremes Erziehungsverhalten, das durch dieses Erziehungsziel ausgeschlossen wird (dauernde Isolation der Kinder<sup>95</sup>, Erziehung zum Anarchismus), löst regelmäßig auch Kinderschutzmaßnahmen bei intakten Familien aus.

Im übrigen ist bei Folgerungen aus den Erziehungszielen stets die Polarität, aber auch die Untrennbarkeit von Selbständigkeit und Gemeinschaftsfähigkeit zu beachten: Selbständigkeit besteht innerhalb der Gemeinschaft, und freiheitlich-pluralistische Gemeinschaften erfordern selbstbestimmungsfähige Individuen. Insofern kann man von *einem* komplexen Erziehungsziel sprechen, in dem dem Teilaspekt der Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverantwortung erstrangige Bedeutung zukommt, in dem aber auch dem Teilaspekt der Gemeinschaftsfähigkeit angemessener Stellenwert einzuräumen ist.

## (2) Folgerungen

### (11) Partnerschaftlicher Erziehungsstil

Selbstbestimmungsfähigkeit entsteht nicht von selbst durch Erreichung des Volljährigkeitsalters, sie muß „eingeübt“ werden<sup>96</sup>. Vorgezogene Teilmündigkeiten erfüllen diese Funktion nur begrenzt, da sie für den jeweiligen Bereich schon eingetretene Mündigkeit voraussetzen. Das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18.11.1979 hat deshalb das Leitbild der partnerschaftlichen Erziehung aufgestellt (§ 1626 Abs. 2 BGB; vgl. auch § 1631 Abs. 1 BGB)<sup>97</sup>. Dem Gesetzeswortlaut können drei Grundelemente der partnerschaftlichen Erziehung entnommen werden: Die Eltern erörtern mit dem Kind ihre Entscheidungen, sie suchen einvernehmliche Lösungen, sie räumen dem Kind eigene Entscheidungsfrei-

94 *Thomae*, Elterliches Erziehungsverhalten S. 5 ff.; 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 63 m.w.N. (spezifisch autoritäres Erziehungsverhalten deutscher Eltern konnte allerdings, Vorurteilen zum Trotz, nicht nachgewiesen werden). Das Erziehungsziel der Selbstverantwortlichkeit und Selbständigkeit erfreut sich aber wachsender Wertschätzung bei deutschen Eltern, EMNID-Informationen 1/2 (1972) S. A 10 (1969 bejahten 45 % der befragten Eltern dieses Erziehungsziel).

95 Vgl. AG Bonn 11.1.1979, FRES 1 (1979) Nr. 0003, S. 14; Quiner v. Quiner, 59 Cal.Rptr. 503 (Cal.App. 1963: strikte Begrenzung auf Sektenangehörige).

96 *Kramer*, JZ 1974, 91 f.; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 275; *Batt*, 12 Willamette L.J. 500 (1976); *Rossi*, 93 Daedalus 623 (1964); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 71 (1969).

97 Positiv schon der 1. Familienbericht, BT-Drucks. V/2532, S. 49.

heiten ein – jede Stufe unter dem Vorbehalt der Altersangemessenheit<sup>98</sup>. Ausgeschlossen ist damit der autoritäre, ausschließlich auf Befehl und Unterordnung aufbauende Erziehungsstil<sup>99</sup>. Während dieser in aller Regel nicht geeignet ist, Selbständigkeit und Selbstverantwortlichkeit zu fördern, kann der partnerschaftliche Erziehungsstil durchaus das notwendige Maß an Gemeinschaftsfähigkeit und Anpassung vermitteln<sup>100</sup>. Diederichsens Befürchtung, bei wechselnder pädagogischer Konzeption könnte in Zukunft möglicherweise auch die autoritäre Erziehung gesetzlich vorgeschrieben werden, hat deshalb keine reale Grundlage<sup>101</sup>.

Die theoretisch klare Entscheidung zugunsten partnerschaftlicher Erziehung wird jedoch im konkreten Sorgerechtsfall oft nicht mit gleicher Klarheit auf den einen oder anderen Elternteil weisen, auch wenn sich im Erziehungsstil erkennbare Unterschiede zeigen. Wie soll der Richter entscheiden, wenn bei einem freiheitlich erziehenden Elternteil ein „Fehlbedarf an Leistungsdenken und Anpassung“ besteht, der andere Elternteil diese Aspekte zwar abdeckt, aber autoritär erzieht?<sup>102</sup> Ein *nur* gewährender und gewährenlassender Elternteil schadet der Kindesentwicklung nicht weniger als ein anderer, der das Kind autoritär erzieht<sup>103</sup>. Partnerschaft-

98 Nicht ganz so differenziert Art. 301 Abs. 1 und 2 ZGB: Die Eltern sollen auf die Meinung der Kinder in wichtigen Angelegenheiten „Rücksicht“ nehmen und vorhandene Entscheidungsreife des Kindes respektieren. Vgl. dazu Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1976, BBl 1974 II 76; *Duss-v. Werdt*, Schw.Z.f.Gemeinnützigkeit 1972, 283.

Auch in der DDR betont man den partnerschaftlichen Erziehungsstil, *Güldner* JH 1967, 83 f.; *Scharnhorst*, JH 1970, 70 f.; *Witte*, JH 1967, 196, 234, 268, 269. Der moderne totalitäre Staat begnügt sich nicht mit Untertanen, sein Ziel ist die Bewußtseinsformung (vgl. oben 1. Kap. A.II.1.b), IV.3.c)), was Mitwirkung des zu Erziehenden voraussetzt. Deutlich insoweit KG 25.3.1952, NJ 1953, 90, 91 (zur Gewaltanwendung). Zur Bedeutung des partnerschaftlichen Elements in der DDR oben 1. Kap. A.II.3.

99 *Diederichsen*, NJW 1980, 3; *Lempp*, ZBJR 1977, 510. Anderer Ansicht *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 51: Auch der „Weg des absoluten Gehorsams“ könne zum „ganzen Mann“ führen.

100 Darüber, daß „partnerschaftlich“ und „antiautoritär“ verschiedene Erziehungskonzepte sind, sollte Einigkeit bestehen. Dennoch kommen immer wieder Verwechslungen vor, vgl. *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 280; wohl auch *Geiger*, FamRZ 1979, 457, für den „Erziehung in Freiheit“ gleichbedeutend ist mit der Abwesenheit sittlich-ethischer Maßstäbe und Vorbildgebung. Die Publikationen von *A.S. Neill*, der von „antiautoritär“ spricht, aber „nicht autoritär“ meint (z.B. Theorie und Praxis der antiautoritären Erziehung, Reinbek 1969), haben hieran vermutlich wesentlichen Anteil. Man hat deshalb vorgeschlagen, den auch leitenden und grenzensetzenden, aber nicht autoritären Erziehungsstil „autoritativ“ zu nennen, *Thomae*, Elterliches Erziehungsverhalten S. 66 m.w.N.

101 A.a.O. Auch sein Hinweis auf die „Effektivität“ der autoritären Erziehung „in Not- und Aufbauzeiten“ überzeugt nicht. Für die *Persönlichkeitsbildung* ist die autoritäre Erziehung auch dann nicht effektiv, und im übrigen fehlt es an Belegen, daß konkrete Aufbauleistungen, etwa nach dem 2. Weltkrieg, bei partnerschaftlichen Erziehungsstrukturen nicht erreicht worden wären.

102 In Anlehnung an OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262. Unbefriedigend dort, daß das Gericht der „gefühlbetonter und ungebundeneren Erziehung“ durch die Mutter (gegenüber einem strengen, gefühlsarmen Vater) einen „*voraussichtlichen* Fehlbedarf an Leistungsdenken und Anpassung“ (Hervorhebung vom Verfasser) zugeordnet hat. Denkschablonen des Gerichts oder von Sachverständigen dürfen nicht zum Prokrustes-Bett für elterliche Erziehungskonzeptionen werden.

103 Vgl. *Diederichsen*, NJW 1980, 3.

liche Erziehung im Sinne von § 1626 Abs. 2 BGB gewinnt ihre Definition und entscheidungskräftige Konturen stets nur in enger Zuordnung zum Erziehungsziel der Selbstverantwortlichkeit und Gemeinschaftsfähigkeit. Sind insoweit Defizite zu besorgen, ergibt sich aus der Tatsache partnerschaftlichen Erziehungsstils durch einen Elternteil für sich allein noch kein positives Zuteilungskriterium.

Von erheblicher praktischer Bedeutung wird die Frage sein, ob und welche Konsequenzen aus dem Gebot der partnerschaftlichen Erziehung gegen einen Elternteil gezogen werden können, in dessen Erziehungsstil *körperliche Züchtigung* ein konstitutives Element darstellt. Entgegen zahlreichen Forderungen in der juristischen, psychologischen und pädagogischen Literatur<sup>104</sup> normiert das Sorgerechtsreformgesetz kein allgemeines Gewaltverbot, sondern beschränkt sich in § 1631 Abs. 2 BGB auf den Ausschluß entwürdigender Erziehungsmaßnahmen<sup>105</sup>. Die Literatur folgert hieraus übereinstimmend, daß das Sorgerecht grundsätzlich auch ein Züchtigungsrecht umfaßt, welches inhaltlich allerdings gebunden ist an Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das Erziehungsziel der Selbstverantwortlichkeit<sup>106</sup>. Damit steht fest, daß Züchtigungen in diesem Rahmen keine Kinderschutzmaßnahmen gegen sorgeberechtigte Eltern auslösen können. Für die Entscheidung, wer von beiden Eltern das Sorgerecht nach Scheidung erhalten solle, gelten jedoch andere Maßstäbe<sup>107</sup>. Die Frage ist, ob das Recht über die relativ klare Abgrenzung der elterlichen Rechtsmacht hinaus eine materiale Wertung, genauer Abwertung der körperlichen Züchtigung enthält. Zunächst ist offenkundig, daß Gewalt in einem Konzept der partnerschaftlichen, auf Einsicht und Einvernehmen zielenden Erziehung keine positive Funktion hat. Die Änderung der Be-

104 *Diederichsen*, NW 1980, 3; *ders.*, Festschr. Beitzke S. 186; *Baer*, ZBlJR 1977, 527; *Becker*, ZBlJR 1974, 20 f.; *ders.*, MDR 1973, 633; *Coester-Waltjen*, ZRP 1977, 180; *dies.*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 74; Juristinnenbund, ebenda S. 30 ff.; *Lempp*, ZBlJR 1974, 135; *ders.*, ZBlJR 1977, 516; *Petri*, ZRP 1976, 64; *Quambusch*, ZBlJR 1974, 146; *ders.*, Persönlichkeit S. 61 ff.; *Thomas*, ZRP 1977, 189; *Kühn*, Selbstbestimmungsrecht S. 365 ff.

105 Positiv hierzu vor allem *Diederichsen*, NJW 1980, 3.

106 *Diederichsen* a.a.O.; *Jauernig/Schlechtriem* §§ 1631 ff., Anm. 2 a; *Gernhuber*, Familienrecht S. 730 f.; vgl. *Torche*, ZBlJR 1978, 428: Zulässig „in gesunder Form“ (ein merkwürdiger Ausdruck für Gewaltanwendung gegen Menschen).

Die Rechtslage ist vergleichbar in der Schweiz, Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BB1 1974 II 76 f.; *Duss-v. Werdt*, Schwz.Z.f.Gemeinnützigkeit 1972, 283; *Hegnauer*, Kindesrecht S. 74.

In den USA hingegen gewährt das Recht den Eltern (und den Lehrern) weitere Züchtigungsbefugnisse, vgl. Model Penal Code § 3.08; Restatement 2d of Torts, §§ 147, 150-155; zur Züchtigung in der Schule *Baker v. Owen*, 423 U.S. 907 (1975); *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977, gegen 4 Dissents); im einzelnen die Darstellung bei *Mnookin*, Children, Family and Law S. 280 ff., 289 ff.

Demgegenüber hat das Recht der DDR frühzeitig eine kompromißlose Haltung bezogen. Körperliche Züchtigungen als Erziehungsmittel sind nicht vereinbar mit dem sozialistischen Erziehungsstil, KG 25.3.1952, NJ 1953, 90, 91, m.Anm. *Nathan*, der auf den qualitativen Unterschied zwischen bewußter, planmäßiger Züchtigung und Entgleisungen aus Nervosität und Unbeherrschtheit hinweist; *Kutschke*, Schöffe 1959, 9; *Rohde*, JH 1967, 311 = Erziehungsrecht S. 159; *Schamhorst*, JH 1970, 70 f.; vgl. *Wassermeyer* S. 42, und oben Fn. 98.

107 Oben 4. Kap. B.II.2.

zeichnung „elterliche Gewalt“ in „elterliche Sorge“ sollte jedenfalls *auch* besagen, daß körperliche Züchtigungen nicht notwendiger Bestandteil der Erziehung sind<sup>108</sup>. Die zurückhaltende Fassung des § 1631 Abs. 2 BGB beruht auf der Erkenntnis, daß gegenwärtig vielen Eltern von ihrer Persönlichkeit, ihrer eigenen Erziehung und ihren pädagogischen Fähigkeiten her eine gewaltfreie Erziehung noch gar nicht möglich ist<sup>109</sup>. Ein begrenztes Züchtigungsrecht wird deshalb *geduldet*, in der Hoffnung und Erwartung, „daß sich mit einer Verstärkung des allgemeinen Bewußtseins zu einer angstfreien, auf unangemessene Repression verzichtenden Erziehung die Vielfalt darauf abzielender pädagogischer Erkenntnisse auf breiter Ebene langfristig durchsetzen würden“<sup>110</sup>. In der sachlichen Bewertung erscheint damit körperliche Züchtigung nicht als notwendige Fortsetzung einer gebilligten Erziehung, sondern als unerwünschter Zusammenbruch innerfamiliärer Kommunikation

108 BT-Drucks. 8/2788, S. 36. Damit ist nicht gesagt, daß bei zutreffendem Verständnis die Institution der „elterlichen Gewalt“ irgendetwas mit Gewaltanwendung zu tun hatte. Eine derartige Verbindungslinie beruht auf einem simplifizierenden Mißverständnis, vgl. Mot. IV S. 724; *Ballerstedt*, Festschr. Flume S. 276; *Diederichsen*, NJW 1980, 1 f.; zur Etymologie *Edlbacher*, StAZ 1978, 117; für die Schweiz, wo der Begriff der elterlichen Gewalt fortgilt, *Hegnauer*, Festschr. Guldener S. 144 und Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II 69. Es ist dennoch legitim, auch Mißverständnisse ausschließen zu wollen.

109 BT-Drucks. 8/2788, S. 35 (r.Sp.) deutet an, daß ein gegenwärtiges Gewaltverbot auch schichtendiskriminierend wirken würde, vgl. auch *Thomas*, ZRP 1977, 184; *Giesen*, Festschr. Beitzke S. 220 f.; 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 67; *Diederichsen*, NJW 1980, 3. Man denkt unwillkürlich an *Solon*, der auf die Frage, ob er seinen Bürgern die denkbar besten Gesetze gegeben habe, antwortete: „Die besten schlechterdings nun freilich nicht, aber doch die besten, deren sie fähig waren“ (zit. nach *Radbruch*, Festschr. Laun S. 163). Diesem Problem ist noch nicht dadurch begegnet, daß die *Möglichkeit* gewaltfreier Erziehung theoretisch nachgewiesen ist, so aber *Lempp*, ZBlJR 1974, 135 unter Hinweis auf seine Ausführungen in: *Wege zum Menschen* 23 (1971) 193 ff. Selbst der gebildete Leser findet dort jedenfalls kein in der Praxis sicher leitendes Konzept gewaltloser Erziehung.

Falsch scheint es demgegenüber zu sein, schon den partnerschaftlichen Erziehungsstil selbst für schichtenbegrenzt zu halten, so *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 14 f.; *Palandt/Diederichsen* § 1626 Anm. 5a).

110 BT-Drucks. 8/2788, S. 35 (r.Sp.); vgl. auch *Gernhuber*, Familienrecht S. 730 f.: Das Züchtigungsrecht bestehe in einem Rahmen, „der steter Verengung durch neue Verhaltensweisen in der Kindeserziehung zugänglich ist.“ Auch in der DDR sieht man, daß zur Verwirklichung des Prinzips der Gewaltfreiheit in der Familie ein langer Lernprozeß notwendig ist, KG 25.3.1952, NJ 1953, 90, 91. In der Erziehungspraxis sind Schläge offenbar nach wie vor häufig, vgl. die Ergebnisse von Kinderbefragungen bei *Robde*, JH 1967, 203.

Daß andererseits ein solcher Lernprozeß bei uns tatsächlich stattfindet, zeigt der Vergleich mit der ungleich züchtigungsfreudigeren Einstellung noch vor wenigen Jahren, vgl. BGH 25.9.1952, NJW 1953, 1440; OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534; *Dölle*, Familienrecht II S. 150 f. Für den heutigen Stand des Bewußtseins: MünchKomm/Hinz § 1631, Anm. 19; *Gernhuber*, Familienrecht S. 730 Fn. 3; *Schwerdtner*, AcP 173 (1973) 240 Fn. 60. Schon zu seiner Zeit deutlich außerhalb der gesellschaftlichen Standards das abschreckende Werk von *Hävernick*, „Schläge“ als Strafe, Hamburg 1964.

Die deutsche Bundesregierung und der Deutsche Kinderschutzbund verfolgen einen „Dreistufenplan“: (1) § 1631 Abs. 2 BGB; (2) Langjährige Aufklärung der Bevölkerung; (3) Gewaltverbot, vgl. Bericht in SZ v. 4.9.1980 (Nr. 204), S. 4.

und Verständigung im Sinne partnerschaftlicher Erziehung<sup>111</sup>. Getragen wird die Anwendung von Gewalt auch nicht durch den Gesichtspunkt notwendiger Einpassung. Das Erziehungsziel der Gemeinschaftsfähigkeit fordert nicht äußere Konformität und Unterwerfung, sondern die Fähigkeit und Bereitschaft zu sozialer Kooperation. Auch diese wird durch gewaltfreie Erziehung besser vermittelt.

Es ist deshalb legitim, wenn der Familienrichter die Fähigkeit eines Elternteils, im Gegensatz zum anderen Elternteil die Erziehung im wesentlichen gewaltfrei zu gestalten, als Faktor zu seinen Gunsten in die Gesamtabwägung zum Kindeswohl einbringt. Die Entscheidungspraxis stimmt zum Teil damit bereits überein<sup>112</sup>.

Auch ohne Rückgriff auf ein allgemeines Leitbild der Gewaltfreiheit sind Züchtigungen durch einen Elternteil im übrigen dann als negativer Faktor zu bewerten, wenn sie das Züchtigungsrecht überschreiten, insbesondere nur Abreaktion elterlicher Aggressionen (etwa unter Alkoholeinfluß) sind<sup>113</sup>.

## (22) Demokratische Erziehung

Das Element der Demokratie wird in zweierlei Form mit der Erziehung in Verbindung gebracht, als Forderung nach demokratischem Erziehungsstil<sup>114</sup> und als Erziehungsziel: Die Kinder sollen zu „Demokraten“ erzogen werden<sup>115</sup>. Auch insofern kann man sich darauf berufen, allein Grundwerte der Verfassung in die Familie

111 Der Hinweis auf den Gesichtspunkt notwendiger Selbsthilfe der Eltern (*Gernhuber*, Familienrecht S. 730) kann auch nur für den gegenwärtigen Stand der Erziehungsfähigkeit, nicht aber im Prinzip ein Züchtigungsrecht legitimieren. Unhaltbar die Gleichsetzung von gewaltfreier mit „antiautoritärer“ Erziehung, vgl. oben Fn. 100.

112 OLG Hamm 29.8.1977, FamRZ 1977, 744, 745; LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; Brittain v. Brittain, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977); King v. Demo, 5 FLR 2569 (N.C.App. 1979); Schiele v. Sager, 4 FLR 2083 (Mont. 1977); vgl. auch BayObLG 17.2.1967, FamRZ 1967, 402, 405; KG 3.9.1959, FamRZ 1959, 508, 509. In der DDR ist dies wegen des generellen Gewaltverbots selbstverständlich, vgl. OG 4.7.1968, NJ 1968, 538, 540; 19.11.1974, NJ 1975, 121, 122; BG Magdeburg 1.8.1966, NJ 1966, 573. Vgl. auch den bei *Sbatter*, Irish Family Law, 2. Aufl. Dublin 1981, S. 196 wiedergegebenen Fall J.O'C. v. M.O'C (1975) ("civilized human beings have long since abandoned this barbaric practice", Sorgerecht zum nichtschlagenden Vater).

113 OLG Hamm 29.8.1977 a.a.O.; LG Berlin 18.11.1968 a.a.O.; zum Element der Aggression in elterlichen Züchtigungen *Mitscherlich*, Vaterlose Gesellschaft S. 209; *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 206 (Fn. 17): "exploitation of the inequality between adult and child". Nur in der Wahl zwischen einem züchtigenden und einem nichtzüchtigenden Elternteil kann gegenwärtig die konzeptionsimmanente Widersprüchlichkeit des Züchtigungsrechts gelöst werden: Die systematische, planmäßige Züchtigung als Bestandteil der Erziehung ist heute „mehr oder weniger ein Anachronismus“ (*Thomas*, ZRP 1977, 184), die Züchtigung aus Unbeherrschtheit und Nervosität die Regel. Vor strafrechtlichen Sanktionen geschützt werden soll zweitens, „gerechtfertigt“ ist aber andererseits nur die „erzieherische“ Züchtigung, *Thomas* a.a.O. m.w.N. Der Familienrichter braucht sich um diese Ungereimtheiten nicht zu kümmern, er bevorzugt den nichtzüchtigenden Elternteil.

114 *Fieseler*, ZfF 1979, 193; *Lempp*, ZBlJR 1971, 136 f.; *Mitscherlich*, Vaterlose Gesellschaft S. 212 ff.

115 *Geiger*, FamRZ 1979, 459; *Saladin*, Festschr. Hinderling S. 199; ähnlich *Dabrendorf*, Gesellschaft und Demokratie S. 329 ff.; *Kniger/Breetzke/Nowak*, Einleitung Rdnr. 204; *Lempp*, ZBlJR 1974, 137; *Mitscherlich*, Vaterlose Gesellschaft S. 289.

umzusetzen. Die Frage ist nur, ob das Grundgesetz selbst diese Umsetzung gebietet oder auch nur erlaubt.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der *Inhalt* des Begriffs „Demokratie“ höchst unbestimmt ist und unterschiedlichsten Deutungen unterliegt<sup>116</sup>. Das Grundgesetz regelt die Demokratie als ein *Verfahren*, das auf die Willensbildung im gesellschaftlich-politischen Raum zugeschnitten ist. Die spezifischen Gehalte des Demokratiedenkens<sup>117</sup> passen schon konzeptionell nicht für den privaten, insbesondere den Familienbereich<sup>118</sup>. Soweit das Demokratieprinzip Mindestgrundlagen in der Beschaffenheit von Individuen voraussetzt, sind diese in den persönlichkeitsbezogenen Grundrechten formuliert. Was hieraus für die Erziehung folgt, ist bereits in den Erziehungszielen der Selbstverantwortlichkeit, Selbstbestimmungsfähigkeit und Gemeinschaftsfähigkeit sowie im Leitbild des partnerschaftlichen Erziehungsstils erfaßt. Der darüber hinauschießende Gehalt des Demokratiedenkens ist familienfremd; ihn an die Familie herantragen zu wollen, bedeutet die Instrumentalisierung der Familie im Dienst des politischen Gemeinwesens<sup>119</sup>. Die Ordnung des politischen Gemeinwesens ist dem Einzelnen nicht, wie insbesondere in der DDR, als Bewußtseinsinhalt vorgeschrieben<sup>120</sup>.

In einer bestimmten Situation kann sie dennoch für die Sorgerechtsentscheidung Bedeutung erlangen, wenn nämlich die Eltern in verschiedenen Rechtsordnungen leben und unter der einen die Verwirklichung der im Erziehungsziel zum Ausdruck kommenden Grundwerte für die Persönlichkeit nicht erfolgen kann. Als Beispiel sollen die Fälle dienen, in denen ein Elternteil in der DDR lebt und die Sorgerechtsentscheidung praktisch auch darüber entscheidet, unter welchem Gesellschaftssystem das Kind aufwachsen soll<sup>121</sup>. Von Seiten der DDR besteht über die ausschlaggebende Bedeutung der politischen Gesamtordnung kein Zweifel. Ein in

116 Hesse, Grundzüge S. 52 m.w.N.

117 Dazu Hesse a.a.O., S. 57 ff.

118 Das erkennt im Prinzip auch *Dabrendorf*, Gesellschaft und Demokratie S. 159.

119 Hier liegt die Ursache des Unbehagens, das *Diederichsen* zu der Bemerkung veranlaßt, der Ausdruck „demokratischer Erziehung“ sei „zu ideologisch“, NJW 1980, 2 Fn. 18.

120 Totalitäre Systeme legen vorrangigen Wert darauf, daß der Einzelne ein „staatsbewußter Bürger“, ein gesellschaftlich „tüchtiger“ Mensch ist (Art. 38 Abs. 4 DDR-Verfassung, § 3 Abs. 1 S. 2 FGB), oder – je nach Sprachgebrauch – ein „wertvolles Glied der Volksgemeinschaft“, ein „tüchtiger Volksgenosse“ (*Freisler*, Ehescheidungsrecht S. 257, m. Zitaten v. *Eben-Servaes*, ZdAkad. für Dt. Recht 1936, 11). Die unreflektierte Übertragung dieses Denkens auf freiheitlich-pluralistische Rechtsordnungen (*Geiger*, FamRZ 1979, 459: Erziehung zu „tüchtigen Gliedern der Gesellschaft, zu Demokraten“) ist zurückzuweisen, ebenso entsprechende Assoziationen in § 1 Abs. 1 JWG („gesellschaftliche Tüchtigkeit“).

121 Die Fragestellung ist auch hier auf den Konflikt zweier Elternteile bei Scheidung einzugrenzen. Es geht weder um eine Beurteilung der Eingriffsmöglichkeiten nach § 1666 BGB (so in OLG Düsseldorf 8.6.1964, 456; KG 8.1.1965, FamRZ 1965, 448; *Reuter/Säcker*, NJW 1965, 2037), noch soll untersucht werden, ob der Wille eines in der Bundesrepublik lebenden Kindes unter dem Gesichtspunkt der Grundrechtsmündigkeit das Elternrecht aufheben kann; dazu *Reuter/Säcker* a.a.O.; *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 181 f.; *Klein* S. 26 ff.; offen gelassen in OLG Düsseldorf 12.7.1967, FamRZ 1968, 43, 44 f.; für die USA *Bergstrom v. Bergstrom*, 6 FLR 2798 (N.D. 1980).

der Bundesrepublik lebender Elternteil ist als potentieller Sorgerechtsinhaber absolut disqualifiziert, weil die Verwirklichung des sozialistischen Erziehungsziels bei ihm nicht gesichert ist<sup>122</sup>. Entsprechende Stellungnahmen von Gerichten der Bundesrepublik sind nicht bekannt. Entweder wird der Aspekt der politischen Verhältnisse in den Entscheidungsbegründungen nicht erwähnt<sup>123</sup> oder man spricht ihm maßgebliche Bedeutung ab<sup>124</sup>.

Der offenbare Versuch der Gerichte, politische Neutralität zu wahren<sup>125</sup>, verkennt den Umstand, daß die Sorgerechtsentscheidung in einer derartigen Situation unausweichlich auch eine politische Entscheidung ist, unabhängig vom Ergebnis<sup>126</sup>. Verfehlt wäre auch eine Auffassung, daß das Grundgesetz Neutralität gebiete. In der Anerkennung materialer Grundwerte, wie sie in den oben erörterten Erziehungszielen ihren Niederschlag gefunden haben, liegt gleichzeitig die Entscheidung gegen Gesellschaftsordnungen und Menschenbilder, die freier Persönlichkeitsentfaltung und Selbstbestimmung keinen wesentlichen Stellenwert einräumen<sup>127</sup>. Die Erkenntnis, daß auch eine freiheitliche Demokratie „wehrhaft“ sein darf, also Grundrechtsdemokratie und nicht amorpher Pluralismus ist<sup>128</sup>, ist im Grundsatz keine politische Entscheidung, sondern eine Frage der Verwirklichung des Verfassungsrechts. Stellt der Familienrichter, der am Maßstab des Kindeswohls zwischen zwei Eltern zu entscheiden hat, fest, daß das Kind bei einem Elternteil selbstbestimmte, selbstverantwortliche Lebensführung weder lernen noch später als Erwachsener ausüben kann, sondern auf geistige Inhalte festgelegt wird und erheblichen Freiheitsbe-

122 OG 25.8.1958, 684 f.; StadtBG Pankow 16.12.1952, Unrecht als System II S. 188, 189 KrG Hoyerswerda 24.3.1960, Unrecht als System IV S. 192; KrG Pasewalk 1.7.1960, Unrecht als System IV, S. 94, 195; KrG Delitzsch 25.10.1961, IzRspr. 1962-63, Nr. 8 (S. 29: „Ernste Gefahr für alle Kinder“ in „Westzonenstaat“); KrG Schönbeck/Elbe 7.11.1961, Unrecht als System IV S. 195.

123 BayObLG 18.11.1952, NJW 1953, 626; 9.12.1958, FamRZ 1959, 122.

124 OLG Düsseldorf 8.6.1964, FamRZ 1964, 456, 457; 12.7.1967, FamRZ 1968, 43 (im Ergebnis offen gelassen); KG 17.8.1950 – 1 W 1507/50 –; 21.9.1951 – 1 W 1527/51 –, beide Urteile berichtet bei Schubert, JR 1952, 98 f.; so auch Reuter, Kindesgrundrechte S. 235 f.; Klein S. 43 f.; Schubert a.a.O., S. 99 (Schubert und die von ihm berichtete KG-Entscheidungen gehen allerdings von der Fallgestaltung aus, daß dem nichtschuldigen DDR-Elternteil ein Vorrang (§ 74 EheG) zusteht. Die politischen Verhältnisse sollen demgegenüber als „allgemeine Erwägungen“ unbeachtlich sein. Die Interessen des Kindes gehen in derartigen Argumentationen unter).

125 KG 21.9.1951 a.a.O. hoffte noch, durch eigene Neutralität auch die der DDR-Gerichte zu erhalten. Dieser Irrtum, der auf Unkenntnis der marxistisch-leninistischen Ideologie beruht, ist durch die spätere Praxis der DDR-Gerichte widerlegt.

126 Im übrigen ist der Mythos des „unpolitischen Rechts“ seit langem zerfallen, vgl. nur Rütters, Auslegung S. 431 ff. und Fikentscher, Methoden III S. 619: „Ein Jurist, der sich weigert, die politische Dimension des Rechts zu sehen, macht die Begründung seiner Entscheidungen lückenhaft. . . . Seine vorgegebene unpolitische Haltung ist für sich genommen ein Politikum“.

127 Vgl. oben (1). Daß dies in der DDR der Fall ist, ergibt sich ebenfalls aus der vorangegangenen Erörterung; insoweit übereinstimmend Reuter/Säcker, NJW 1965, 2040; Klein S. 43.

128 Fikentscher, Methoden III S. 632: „Der Demokrat braucht nur intolerant zu sein gegen den Intoleranten. Der Marxist aber muß . . . intolerant auch gegen den Toleranten sein.“

schränkungen unterliegt, dann gebietet ihm die Kindeswohl-Norm, diesen Umstand zu Lasten dieses Elternteils zu berücksichtigen. Auf die Unterscheidung zwischen einer nur ablehnenden und einer aktiv kämpferischen, aggressiven Haltung zum Grundgesetz, wie sie das Bundesverfassungsgericht im KPD-Urteil<sup>129</sup> für den Problembereich des Parteienverbots getroffen hat, kommt es im Elternstreit nicht an<sup>130</sup>. Eine derartige Wertung legen die Gerichte nicht selten auch unausgesprochen zugrunde<sup>131</sup>. Es besteht für sie jedoch kein Anlaß, eine der eindeutigsten Wertungen zum Kindeswohl, die das objektive Recht erhält, in den Bereich des Vorurteils und der Illegitimität abzudrängen<sup>132</sup>.

Die unmittelbare Ableitung dieses Kriteriums aus dem Erziehungsziel des Grundgesetzes verdeutlicht seinen Inhalt und seine Grenzen. Es erlaubt Intoleranz gegenüber freiheitswidrigen Extremen, findet seine Grenze aber am weiten Toleranzbereich, der wertoffene Ordnungen kennzeichnet. Insbesondere legitimiert es nicht jene chauvinistische, in allen Staaten gelegentlich anzutreffende Einstellungen der Gerichte, wonach das Wohl eines Kindes nur im eigenen Land gesichert sei<sup>133</sup>.

129 BVerfG 17.8.1956, BVerfGE 5,85, 141.

130 So aber *Klein* S. 43 f. Fragwürdig auch seine Auffassung, das Kind würde in der DDR zwar zu einer ablehnenden Haltung erzogen, nicht voraussagbar aber sei seine kämpferische und aggressive Einstellung. Die Menschenwürde verbiete es, „eine bestimmte geistig-politische Einstellung eines Menschen für die Zukunft zu unterstellen“ (a.a.O.). Hier werden die Realitäten in mehrfacher Hinsicht verkannt: Das marxistisch-leninistische Ziel der Weltrevolution, die aktuelle Aggressivität sozialistischer Staaten und der Zwang zur Konformität, die dem einzelnen gar keine Wahl seiner geistig-politischen Einstellung läßt.

131 Daß gelegentlich vom Ergebnis her argumentiert wurde, wird vor allem dort deutlich, wo einzelne Kriterien des Kindeswohls ganz unproportional im Vergleich zum üblichen Einsatz in der Rspr. „aufgebläht“ wurden, z.B. OLG Düsseldorf 8.6.1964, FamRZ 1964, 456, 457 (Fall des § 1681 BGB; der überlebende, in der DDR wohnende Vater bekommt die zwei Kinder nicht, weil ihn seine vorausgegangenen Unterhaltspflichtverletzungen, vor allem nach erfolglosem Herausverlangen, als Sorgeberechtigten disqualifizieren, § 1666 BGB). Zur sonstigen Bewertung von Unterhaltspflichtverletzungen vgl. OLG Düsseldorf 14.11.1967, FamRZ 1968, 89, 90 (die verwitwete Mutter verlangt das Kind mit Erfolg von den Großeltern heraus; ihre Einstellung der Unterhaltszahlungen seit Stellung des Herausgabeverlangens sei gerechtfertigt, da sie Aufenthalts- und Unterhaltsgewährung bestimmen dürfe, § 1612 Abs. 2 BGB).

132 So im Ergebnis auch *Dölle*, Familienrecht II, S. 293, 298; Reimann v. Reimann, 39 N.Y.S. 2d 485 (Sup.Ct. 1942; gegen Nazi-Vater); Portnoy v. Strasser, 104 N.E.2d 895 (N.Y.1952; kommunistische Mutter bekommt nur ausnahmsweise Sorgerecht, da ihre politischen Aktivitäten weit zurückliegen); *Oster*, 5 J.Fam.L. 38 (1965).

133 Vor allem US-amerikanische Gerichte lassen hier manchmal jede gebotene Zurückhaltung fallen, *Domico v. Domico*, 172 S.E.2d 805 (W.Va. 1970: Kindesentführung von Deutschland in die USA; kritisch zur Voreingenommenheit des Gerichts Dissent Calhoun S. 810 ff.); *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 (Sup.Ct. 1976: Sorgerechtsfall USA/Australien; das Gericht führt aus: "nowhere in the world today is the right of citizenship of greater worth to an individual than it is in this country. It would be difficult to exaggerate its value and importance. This court will jealously guard this treasured birthright of the child" (z.T. übernommen aus einem Staatsangehörigkeitsfall von 1943, *Schneidermann v. US*, 320 U.S. 118, 122). Für die Bundesrepublik vgl. BayObLG 18.3.1964, FamRZ 1964, 454, 455 (Vorinstanzen; Frankreich); 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 368, 370 (Schweiz); OLG München 15.8.1977, FamRZ 1977, 749 f. (Saudi-Arabien). Weitere Nachweise bei *Hübstege* S. 19. Wohltuend „leidenschaftslos“ (*Gernhuber*, Familienrecht S. 869 Fn. 10)

(33) Förderung individueller Kindesanlagen

Das Individuum ist in freiheitlich-demokratischen Ordnungen zwar nicht das Maß aller Dinge, wohl aber Mittelpunkt und Ausgangspunkt rechtlicher Wertsetzung<sup>134</sup>. Die freiheitliche, individualbezogene Natur des aus dem Grundgesetz folgenden Erziehungsstils hebt es ab von all jenen materialen Zielen, die von außen an das Kind herangetragen werden. Die Persönlichkeit des Kindes ist zu „entfalten“. Hiergegen verstößt eine Erziehung, die an das Kind Rollenbilder, Verhaltensmuster und Anforderungen heranträgt, die sich nicht an der Persönlichkeit und Leistungsfähigkeit des Kindes selbst orientieren, sondern das Kind nach einem von außen vorgegebenen Bilde formen wollen<sup>135</sup>. Selbstwertgefühl und Selbständigkeit können sich dabei kaum ausbilden<sup>136</sup>. Dieser Grundsatz hat in § 1631 a BGB Niederschlag gefunden, aber auch in § 1626 Abs. 2 BGB, wonach der Reifegrad des Kindes Maßstab für das elterliche Erziehungsverhalten ist. Noch deutlicher drückt sich das Schweizer ZGB in Art. 301 Abs. 2, 302 Abs. 1 und 2 aus.

Praktisch wichtigster Anwendungsbereich ist die Ausbildung des Kindes. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, daß die Verweigerung kindesangemessener Ausbildung in schweren Fällen sogar staatliche Kinderschutzmaßnahmen auslösen kann<sup>137</sup>. Um so eher ist sie also im Streit zwischen den Eltern zu berücksichtigen. Problematischer ist die umgekehrte Situation, die Belastung des Kindes mit hohen

dagegen OberG Zürich 30.1.1961, ZR 64 N. 88 („... auch Schweizer im Ausland (können) in geordneten Verhältnissen aufwachsen und glückliche Menschen werden“); vgl. auch Presutti v. Presutti, 6 FLR 2795 ff. (Conn. 1980); Lang v. Lang 193 N.E.2d 763, 771 (N.Y.App.Div. 1959: Rückentführung von New York in die Schweiz; der Schweizer Vater bekommt die Sorge für das entführte und das noch in New York befindliche Kind). Ein Grenzfall ist AG Bonn 11.1.1979, FRES 1 (1979) Nr. 0003, S. 14: Der spanische Vater hatte die 13-jährige Tochter weitgehend im Hause gehalten und Kontakte mit Gleichaltrigen dadurch wesentlich erschwert. Dies war mit ein Grund für die Übertragung auf die in der Bundesrepublik lebende Mutter.

Zur Problematik bei Auswanderungen vgl. unten Fn. 883.

134 BVerfG 16.1.1957, BVerfGE 6,32, 41; 15.1.1958, BVerfGE 7,198, 205; 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1223.

135 In einer Elternumfrage von 1962/63 nannten noch 95 % der Eltern Erziehungsziele, die gesellschaftliche Normen ausdrückten, nur 7 % (auch) Ziele, die auf Entwicklung der kindlichen Individualität ausgerichtet waren, *Junker*, Die Lage der Mütter S. 465.

136 In der DDR dominiert deutlich das vordefinierte Menschenbild. Zwar wird noch grob differenziert zwischen der Erziehung von Kleinkindern (Schwerpunkt: Betreuung, Formung des Grundcharakters) und älteren Kindern (Schwerpunkt: Bewußtseinsentwicklung, geistige, gesellschaftliche, politisch-ideologische Aspekte), OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 7; OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 30.1.1969, NJ 1969, 574, 575; *Robde*, JH 1967, 272 ff. = Erziehungsrecht S. 139 ff. Großer Wert wird aber auf die Feststellung gelegt, daß die Erziehung zum staatsbewußten sozialistischen Bürger gar nicht früh genug, auch schon bei Kleinkindern einzusetzen habe, *Walther/Witte*, Einheit 1966 (H. 10) 1284 f.

137 § 1631 a Abs. 2 BGB; dazu BT-Drucks. 8/2788, S. 37, 50; zuvor schon OLG Karlsruhe 18.12.1973, FamRZ 1974, 662; BG 12.7.1960, BGE 86 II 213 (Eltern, die das Kind in die Rolle des ungelerten Arbeiters zwingen wollen, wird die elterliche Gewalt entzogen). Das Recht auf Dummheit, das der Erwachsene dem Staat gegenüber in Anspruch nehmen kann (*Fikentscher*, Methoden III S. 607, 621 f.), erstreckt sich nicht auf das Recht der Eltern, ihre Kinder dumm zu halten.

Qualifikationserwartungen. „Höhere Bildung“ wurde als Erziehungsziel postuliert<sup>138</sup>, und der 3. Familienbericht erwartet vom Einzelnen die „Bereitschaft und Fähigkeit zum lebenslangen Lernen“<sup>139</sup>. Es ist auch nicht zu verkennen, daß das Erziehungsziel der Selbstbestimmungsfähigkeit eine gewisse intellektuelle und bildungsmäßige Kompetenz voraussetzt<sup>140</sup>. Das Gebot, die konkreten Erziehungsmaßstäbe an der Individualität des Kindes auszurichten, setzt elterlichem Ehrgeiz jedoch eine deutliche Grenze. Das Verbot der Überforderung folgt aus der Achtung der Persönlichkeit des Kindes<sup>141</sup>. Außerdem ist Überforderung ein sicheres Indiz dafür, daß nicht Kindesentfaltung, sondern Anpassung an kindesfremde Standards Leitbild der elterlichen Erziehung ist<sup>142</sup>.

Schwierigkeiten bereitet nicht dieser rechtliche Grundsatz, sondern seine Anwendung im konkreten Fall, d.h. die Erkenntnisprobleme, die Begriffe wie „kindesangemessen“, „kindgerecht“ aufwerfen. Maßstab ist die gesamte Persönlichkeit des Kindes, und der Richter ist schlecht gerüstet, bei unterschiedlichen elterlichen Konkretisierungen Partei zu ergreifen. Pädagogische und psychologische Sachverständige können ihm helfen, die Erkenntnisbasis zu erweitern, aber auch gegenüber ihrem Votum sollte die intime Personenkenntnis der Eltern, die aus jahrelangem familiärem Zusammenleben erwachsen ist, nicht beiseitegeschoben werden. Dies gilt im Prinzip auch dort, wo die Eltern in Einzelfolgerungen divergieren. Die „Kindgerechtheit“ der Erziehung kann für Familienfremde nur als „negativer Standard“ zum Beurteilungskriterium zwischen den Eltern werden, entsprechend der Fassung des § 1631 a BGB: „Offensichtliche“ Rücksichtslosigkeit eines Elternteils in bezug auf das Kind ist vom Familienrichter zu beachten. Im Sorgerechtsstreit der sich scheidenden Eltern kann es allerdings nicht darauf ankommen, ob zusätzlich die Eingriffsschwelle des § 1631 a Abs. 2 BGB erreicht ist<sup>143</sup>.

Die Angemessenheit von Erziehung und Ausbildung jenseits der dargelegten Rechtsmaßstäbe gehört also zu einem Beurteilungsbereich, der dem Richter auch im streitigen Sorgerechtsfall nicht voll zugänglich wird. Er ist nicht „dritter Elternteil“, sondern bleibt Staatsorgan.

138 *Gernhuber*, Familienrecht S. 709 unter Berufung auf allgemeinen Konsens.

139 BT-Drucks. 8/3120, S. 10.

140 Vgl. die Aufgliederung des komplexen Erziehungsziels durch die Sachverständigenkommission, 2. Familienbericht S. 14. Skeptisch dazu *Finger* S. 252. In der Tat muß man sich hüten, durch zu elaborierte Entfaltung des Erziehungsziels sein Hauptmerkmal, die Wertoffenheit, zu beeinträchtigen.

141 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 334; Familienrecht S. 709 (*Gernhuber* verweist als Beispiel auf § 1619 BGB).

142 Die Betonung des Bildungselements lenkt tendenziell von Kindesinteressen zu Gesellschaftsinteressen über. Verbreiteter elterlicher Fehler ist auch die Wahl der Ausbildung nach traditionellen Familienstandards, nicht nach Veranlagung des Kindes; ablehnend dazu schon BayObLG 19.7.1951, BayObLG 1951, 500, 506; vgl. auch den Sachverhalt in BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 1. Sp.

143 Vgl. grundsätzlich oben 4. Kap. B.II.2.

*b) Rechtliche Anforderungen an Persönlichkeit und persönliches Verhalten von Eltern*

Im sozialistischen Recht ist das der Kindeserziehung vorgegebene Entwicklungsziel nur die konkretisierende Ableitung aus einem allgemeinen Menschenbild, das die geistigen, moralischen und gesellschaftlichen Eigenschaften des sozialistischen Bürgers sowie seine daraus folgenden Verhaltensweisen inhaltlich detailliert beschreibt<sup>144</sup>. Die Entwicklung auf dieses Menschenbild hin ist nicht nur Heranwachsenden vorgegeben, sondern moralische und rechtliche Pflicht jedes Bürgers, gleich welchen Alters<sup>145</sup>. Für *Eltern* führt der Zusammenhang von Erziehungsziel und Menschenbild zu einer doppelten Verpflichtung auf sozialistisches Bewußtsein und Verhaltensweisen: Neben die Eigenverpflichtung tritt das Gebot, das Erziehungsziel durch *Vorbildlichkeit* zu fördern (§ 42 Abs. 2 S. 2 FGB; OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 8)<sup>146</sup>. Von Eltern ist deshalb in besonderem Maße gefordert, „daß sie nach der Vervollkommnung ihrer eigenen Persönlichkeit streben“<sup>147</sup>.

In der Bundesrepublik gibt es kein dem Erziehungsziel entsprechendes „Leitbild der Persönlichkeit“ für Erwachsene. Zwar geht das Grundgesetz unverkennbar von einem bestimmten Menschenbild aus<sup>148</sup>, das auch die Grundlagen der rechtlichen Anforderungen an die elterliche Erziehung ist. Rechtliche Anforderungen an die Erwachsenen selbst werden damit jedoch nicht gestellt. Das Grundgesetz unterstellt seine Beschaffenheit im Sinne des Menschenbildes und gebietet den öffentlichen Instanzen, das Individuum als würdevolles, selbstbestimmungsfähiges und selbstverantwortliches Wesen zu behandeln, zu respektieren und zu schützen.

Privatrechtliche Verhaltensanforderungen<sup>149</sup> ergeben sich aus dem Eherecht (§ 1353 Abs. 1 BGB). Sie erfassen zwar, im Wesen der ehelichen Gemeinschaft entsprechend, auch den höchstpersönlichen Bereich eines Ehegatten, verpflichten aber nur gegenüber dem Partner<sup>150</sup>. Die *Elternrolle* ist – jedenfalls soweit leibliche Eltern betroffen sind – weder im Erwerb noch in ihrem Bestand an persönliche Qualifikationen gebunden<sup>151</sup>, wenn man von den Minimalanforderungen unter dem Ge-

144 *Busch*, Familienerziehung S. 158; zum sozialistischen Menschenbild oben 4. Kap. C.I.2.a), insb. Fn. 68.

145 *Robde*, Erziehungsrecht S. 7: Die „bewußte Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit“ in der Gesellschaft ist ein „objektives gesellschaftliches Erfordernis“. Der umfassen den Volkserziehung dient vor allem das Bildungsgesetz v. 25.2.1965, das für Jugendliche und Erwachsene gleichermaßen gilt (vgl. § 1 Abs. 2 S. 3: „Das sozialistische Bildungssystem befähigt sie, als gute Staatsbürger . . . ständig weiter zu lernen“; s. auch §§ 35 ff., 66 ff.) und neben fachlicher und allgemeiner Bildung der Fortbildung i.S. des sozialistischen Menschenbildes zentrale Bedeutung einräumt, vgl. vor allem § 5 Abs. 2-5.

146 Zur Bedeutung der „politisch-erzieherischen Grundhaltung“ der Eltern, auch für ihren persönlichen Lebensbereich, oben 1. Kap. A.II.1.b).

147 *Robde*, Erziehungsrecht S. 13.

148 Dazu *Hesse*, Grundzüge S. 49 f.

149 Schon nicht mehr: Bewußtseinsanforderungen, wie etwa das Gebot, den Ehegatten zu lieben, *Gernhuber*, Familienrecht S. 169.

150 *Palandt/Diederichsen*, § 1353, Anm. 2. b) ee).

151 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 25 f. („Ungelerntenrolle“); kritisch *Biermann*, Kindeszüchtigung S. 14 (für Eltern-Ausbildung).

sichtspunkt des Kindesschutzes absieht. Für das elterliche *Erziehungsverhalten* können, wie oben erörtert, grundsätzliche Zielsetzungen und einige, weiten Spielraum lassende Maßstäbe für ihr kindgerichtetes Verhalten aus der Rechtsordnung entnommen werden. Postuliert man einen hiervon theoretisch wie praktisch abtrennbaren Persönlichkeitsbereich der Eltern, so wäre festzustellen, daß insoweit die allgemeine Persönlichkeitsfreiheit der Erwachsenen unberührt ist.

Dies erscheint jedoch problematisch angesichts der allgemein geteilten Erkenntnis, daß „Erziehung“ ein komplexer Vorgang ist, der das gesamte Interaktionsfeld zwischen Eltern und Kindern abdeckt und von allen Familienmitgliedern den „ganzen Menschen“ fordert<sup>152</sup>. „Erziehung“ könnte deshalb allenfalls aufgeteilt werden in direkte und indirekte Einwirkungen auf das Kind. Schon offen muß bleiben, welche Art der Einwirkung für die Entwicklung und Prägung des Kindes bedeutsamer ist.

Hieraus ergibt sich, daß die rechtlichen Zielsetzungen für die Entwicklung des Kindes auf den Persönlichkeitsbereich der Eltern „durchschlagen“ können. Zwar fordert das Recht auch unter diesem Gesichtspunkt von Eltern nicht, sich persönlich dem Menschenbild des Grundgesetzes anzupassen oder sich in entsprechender Weise zu verhalten. Die Maßgabe an den Familienrichter, in Scheidungsfällen zwischen den Eltern nach dem Kindeswohl zu entscheiden, impliziert aber, daß sich die Eltern im Prinzip eine Beurteilung ihrer Persönlichkeit und ihres persönlichen Verhaltens daraufhin gefallen lassen müssen, inwieweit die daraus folgenden Einflüsse auf das Kind den Kindesinteressen förderlich oder hinderlich sind<sup>153</sup>. Positive Maßstäbe stellt das Recht allerdings insoweit nicht auf. Es fällt mit in die Konkretisierungsaufgabe des Richters, die Bedeutung der rechtlichen Aussagen zum Kindeswohl für die Persönlichkeit und das persönliche, nicht unmittelbar kindgerichtete Verhalten der Eltern zu entfalten. Wenig sinnvoll erscheint es, dabei danach zu entscheiden, ob einzelne richterliche Interpretationen noch als Ableitung aus dem Recht durchgehen können oder ob sie nur gesellschaftliche Wertungen ihrer Zeit konkretisieren, zumal weder die Kindeswohl-Norm selbst noch die generalklauselartigen Erziehungsziele isoliert von ihrem herrschenden gesellschaftlichen Verständnis gesehen werden können<sup>154</sup>. In einem Kernbereich sind plausible rechtliche

152 *Walther/Witte*, Einheit 1966 (H. 10) 1282 f.; *Mannschatz*, Schöffe 1979, 135; *Lempp*, ZBlJR 1974, 134; 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 29 f.

153 Dieser Grundsatz wird von der Rechtsprechung mit dem generalklauselartigen Kriterium der „Eignung der Eltern zur Sorgeausübung“ praktiziert, vgl. nur BGH 4.5.1957, FamRZ 1957, 252, 253; BayObLG 9.12.1958, FamRZ 1959, 122, 125; 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45; *Egger* Art. 156 Rdn. 6; 23 ALR3d 16 f., 23 (1969); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L. Rev. 427 ff. (1965); In re *Lillie B.*, 6 FLR 2846 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Blee v. Blee*, 5 FLR 2493 (N.Y.Sup.Ct. 1979); *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 507, 510 (N.Y.App.Div. 1974).

154 Dazu unten 6. Kap. C.II.3., insb. b)aa).

Folgerungen möglich<sup>155</sup>, im übrigen verschwimmen die Konturen. In den Mittelpunkt des Interesses rückt vielmehr die Frage nach den sachlichen und methodischen *Grenzen* richterlicher Persönlichkeitsbeurteilung. Diese Frage betrifft nicht mehr den vom objektiven Recht vorgegebenen sachlichen Inhalt des Kindeswohls, der hier das Thema ist, und ist deshalb an späterer Stelle wieder aufzunehmen<sup>156</sup>.

## II. Die Abgrenzung des Kindesinteresses gegenüber anderen Interessen

### 1. Problemstellung

Der rechtliche Gehalt der Kindeswohl-Norm erschöpft sich nicht in punktuellen Aussagen zum sachlichen Inhalt des Kindeswohls. Von grundlegender Bedeutung ist darüber hinaus der rechtliche Stellenwert des Kindesinteresses im Vergleich zu anderen, bei der Sorgerechtsfrage beteiligten Interessen.

Das Kindeswohl-Prinzip setzt dem Richter, der über die personale Zuordnung in der Nachscheidungsfamilie zu entscheiden hat, eines der beteiligten Interessen zum Maßstab<sup>157</sup>. Über die Beachtlichkeit anderer Interessen enthält es keine ausdrückliche Aussage<sup>158</sup>. Eine Abgrenzung von Kindesinteresse einerseits, Eltern- und Familieninteresse andererseits war im allgemeinen Kindschaftsrecht so lange entbehrlich, als das Konkretisierungsmonopol der Eltern bis hin zur Kindesschutzgrenze unangezweifelt galt. Die Bestimmungen der Eltern repräsentierten das Kindeswohl, unabhängig davon, welche Motivationen und Interessen in sie eingeflossen waren<sup>159</sup>. Unter dem Aspekt der Kindesrechte hat das Konkretisierungsmonopol der Eltern Beschränkungen hinnehmen müssen, und für die Sorgerechtsverteilung nach Scheidung hat es nie bestanden: Im Elternstreit um das Kind hebt sich ein elterliches Bestimmungsrecht ohnehin auf, aber auch der Elternvereinbarung über das nahehe-

155 Etwa die negative Bewertung eines Elternteils, der selbst extrem unselbständig und seiner eigenen Mutter hörig ist, OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318. Bei Gewalttätigkeiten gegen den anderen Ehegatten kann auf die mangelnde Eignung des Elternteils geschlossen werden, die Fähigkeit zur sozialen Koexistenz zu vermitteln, BayObLG 9.12.1958, FamRZ 1959, 122, 125 (in concreto allerdings nicht entscheidungstragend); ähnlich OLG Düsseldorf 6.9.1973, FamRZ 1974, 99 und KG 14.11.1969, FamRZ 1970, 39, 40 für den Fall der eigensüchtigen Kindesentführung durch einen Elternteil: Es bestünden Zweifel, ob er dem Kind die gebührende Achtung vor den Belangen anderer vermitteln könne.

156 Unten II.2.c)cc) und III.

157 Darüber, daß das Kindeswohl nichts anderes meint als das (wohlverstandene) Kindesinteresse, besteht Einigkeit, *Gernhuber*, FamRZ 1973, 230; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 606 f. Im englischen Sprachbereich ist ohnehin von den "best interests" des Kindes die Rede.

158 Kritisch deshalb vor allem *Mnookin*, 43 Harv.Ed.Rev. 614 f. (1973) = FamRZ 1975, 2; vgl. auch *Zenz*, AcP 173 (1973) 541; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 230, 235, 238, 242; *Die-drichsen*, FamRZ 1978, 468; *Bruns*, FamRZ 1979, 280 f.

159 *Simitis*, in: Goldstein/Freud/Solnit, *Jenseits des Kindeswohls* S. 102.

liche Sorgerecht wird in aller Regel keine absolute Bindungswirkung für die Gerichte zugestanden<sup>160</sup>.

Das bedeutet, daß das Kindeswohl zu einer von der elterlichen Konkretisierung unabhängigen, als objektiv bestimmbar vorzustellenden Größe wird<sup>161</sup>. In diesem Fall ist die Möglichkeit, daß die Gesamtinteressenlage der Familie bereits als integrativer Teil der Kindeswohl-Konkretisierung berücksichtigt ist, ausgeschlossen. Folgerichtig stellt sich die Frage nach dem Verhältnis des „objektiven“, „reinen“ Kindeswohls zu den Interessen der übrigen Familienmitglieder und zu dem spezifischen Gemeinschaftsinteresse der Familie<sup>162</sup>. Die Konkretisierung des Kindeswohls durch die Gerichte als staatliche Organe lenkt das Augenmerk darüber hinaus auf die Abgrenzung von Kindesinteresse und Gesellschaftsinteresse<sup>163</sup>.

Es entspricht dem schlichten Verweis auf das Kindeswohl in § 1671 Abs. 2 BGB, daß die herrschende Meinung in der Bundesrepublik kindesfremde Interessen bei der Sorgerechtsentscheidung de lege lata für grundsätzlich unbeachtlich hält<sup>164</sup>. Andere lassen die Berücksichtigung von Elterninteressen so lange zu, als sie nicht in Widerspruch zum Kindeswohl treten<sup>165</sup>, oder dann, wenn unter dem Gesichtspunkt des Kindeswohls gleichgelagerte Verhältnisse bestehen<sup>166</sup>. In der Schweiz dominiert hingegen die Auffassung, daß auch Elterninteressen eine Rolle spielen, allerdings erst „in zweiter Linie“<sup>167</sup>. Die grundsätzliche Beachtlichkeit anderer Interessen drückt sich auch in den meisten Attributen aus, mit denen sie Maßgeblichkeit des Kindeswohls in den USA verdeutlicht wird: Das Kindeswohl ist demnach „para-

160 Unten C.I., III.2.

161 *Lüderitz*, AcP 178 (178) 267; *Simitis*, 2. DFGT S. 166 f.; ders., in: *Goldstein/Freud/Solmit*, Jenseits des Kindeswohls S. 102 ff.

162 In der Diskussion zu den Sorgerechtsentwürfen vor allem unter den Stichworten Eigen-nützigkeit/Fremdnützigkeit der elterlichen Sorge, dazu insbesondere *Gernhuber*, FamRZ 1962, 89 ff.; *ders.*, Familienrecht S. 707 f.; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 267 ff.; für die Schweiz *Hegnauer*, Grundriß S. 129.

163 Vgl. *Simitis*, 2. DFGT, S. 166 f.; „... die staatliche verdrängt die elterliche Gewalt, im Kindesinteresse konkretisiert sich die interventionistische Politik wohlfahrtsstaatlicher Administration“.

164 BayObLG 18.11.1952, NJW 1953, 626; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828 f.; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 133; *Palandt/Diederichsen* § 1671, Anm. 3; *Krüger/Breetzke/Nowak* § 1671, Anm. 1; *Lempp*, NJW 1972, 316, 318; *Möbs* S. 91; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 212 f.

165 BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446-447; *Schwöerer*, FamRZ 1958, 437, 439; *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solmit*, Jenseits des Kindeswohls S. 109. So auch die h.M. in der DDR, OG 3.8.1971, NJ 1971, 627, 628; *Robde*, JH 1967, 312 = Erziehungsrecht S. 162f.; *dies.*, NJ 1968, 366; *Mannschatz*, NJ 1964, 45; *Beyer*, NJ 1964, 48.

166 Dazu ausführlich unten 4.; 6. Kap. C.IV.4.

167 BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 37 f.; 23.6.1927, BGE 53 II 189, 195; 2.7.1959, BGE 85 II 153, 167; *Egger* Art. 156, Anm. 14; Art. 273 Anm. 7; *Gyfax* S. 16; *Vontobel* S. 9 A.A. (allein Kindesinteresse) *C.App. Fribourg* 6.10.1969, Extraits 1969, 3, 4 f.; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 153. Möglicherweise seit der Kindesrechtsreform auch das BG (3.9.1981, EuGRZ 1981, 578) (zum Umgangsrecht).

mount“, „primary“ oder „chief consideration“<sup>168</sup>. Gerade dort zeigt sich aber, was für die Gerichtspraxis generell gilt: Die den Entscheidungsbegründungen vorangestellten abstrakten Grundsätze zur Bedeutung des Kindeswohls geben kaum Auskunft über die tatsächliche Zuordnung von Kindes- und anderen Interessen in Sorgerechtsentscheidungen<sup>169</sup>. Die Frage wird selten offen angesprochen, aber es ist zu vermuten, daß Eltern- und Gesellschaftsinteressen auf Sorgerechtsentscheidungen einen stärkeren Einfluß ausüben, als es die Begründung erkennen lassen<sup>170</sup>. Das Problem der verdeckten Einbringung von Drittinteressen wird kaum zu lösen sein. Dennoch erscheint es sinnvoll, der grundsätzlichen Frage nach der Abgrenzbarkeit und Abgrenzung von Kindesinteressen zu anderen Interessen nachzugehen, um den Spielraum pflichtgetreuer Sorgerechtsentscheidungen deutlicher zu konturieren. In materiellrechtlicher Hinsicht geht es letztlich um die Prüfung, ob das Kindeswohl-Prinzip jenen „Kardinalfehler“ verkörpert, den schon v. Hippel bei rechtlichen und philosophischen Systemen kritisiert: „. . . daß sie Interessen, die unter Umständen wertvoll sein mögen, ohne hinreichende Rücksicht auf die wirklich vorhandenen äußeren und inneren Umstände und Bedingungen sich vorsetzen und durch solche Verabsolutierung zugleich einzelne Werte aus der Kette des Lebens allzu früh und im Übermaß herausreißen“<sup>171</sup>. Der Kritik an einer individualistischen Konzeption des Rechts<sup>172</sup> sollte die genaue Prüfung vorgeschaltet sein, ob und inwieweit eine entsprechende Interpretation des Rechts wirklich geboten ist.

## 2. Die Bedeutung des Kindeswohls gegenüber Eltern- und Familieninteressen

In der Fragestellung wird nicht immer klar genug unterschieden zwischen der grundsätzlichen Zuordnung der familiären Interessen im Rahmen der elterlichen Sorge allgemein und besonderen Situationen, in denen staatliche Organe am Maßstab des Kindeswohls familiengestaltende Entscheidungen treffen. Es drängt sich die Vermutung auf, daß im weiteren Fall andere Abgrenzungsregeln zu gelten haben als bei der rein innerfamiliären Entscheidungsbildung. Andererseits kann

168 Vgl. oben 3. Kap. A.V.2.b). In der Rspr. u. Lehre finden sich im übrigen Stellungnahmen in allen Schattierungen von „ausschließlicher Gesichtspunkt“ (Finlay v. Finlay, 148 N.E. 624, 626 (N.Y. 1925) bis „gleichrangig mit Elterninteressen“ (Halvey v. Halvey, 91 L.Ed. 1133, 1135 (1947)).

169 Vgl. nur Warnecke v. Warnecke, 182 P.2d 699 (Wash. 1947: Kindeswohl als alleiniger Gesichtspunkt (S. 700); Gefühle und Interessen der Eltern sind zu beachten (S. 705 f.)); Halvey v. Halvey, 91 L.Ed. 1133, 1135 (1947: Einerseits soll das Kindeswohl „chief consideration“ sein, an anderer Stelle sind Elterninteressen *gleichmaßen* (equally) beachtlich).

170 *Mnookin* kritisiert deshalb das Kindeswohl-Prinzip, da es zu Unehrlichkeit zwingt, 43 Harv.Ed.Rev. 614 f. (1973).

171 Richtlinie S. 188.

172 Vgl. *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 39: „Die sich in den beiden richtungsweisenden Elementen des gegenwärtigen Familienrechts, der Gleichberechtigung und dem Kindeswohl, manifestierende emanzipatorische Tendenz ist Ausdruck einer zutiefst individualistischen Konzeption.“ Für die USA vgl. oben 3. Kap. A.II.1.

der generellen rechtlichen Gestaltung im Rahmen der elterlichen Sorge präjudizielle Wirkung zukommen, wenn sich herausstellen sollte, daß es sich wirklich um eine von allein eigennützigen Elementen „gereinigte“ Rechtsmacht der Eltern handelt. Daß der auf das Kindeswohl verwiesene *Richter* dann befugt sein sollte, Elterninteressen zu berücksichtigen, wäre widersinnig.

a) *Die Interessenabgrenzung im Rahmen der allgemeinen elterlichen Sorge*

aa) Thematische Eingrenzung

Zunächst bedarf es einer präzisierenden Eingrenzung des Diskussionsfeldes, um den verbreiteten Mißverständnissen bezüglich der „Fremd- oder Eigennützigkeit“ der elterlichen Sorge vorzubeugen. Eine erste Differenzierung sondert das Verhältnis Eltern-Kind von dem Verhältnis Eltern-Dritte. Dritten, auch dem Staat gegenüber enthält die elterliche Sorge ein eigennütziges Element, das ernsthaft nicht bestritten, sondern fast universal anerkannt wird: Das Recht der Eltern auf die Erziehung und Gemeinschaft mit ihren Kindern auch dann, wenn Dritte von den äußeren und persönlichen Bedingungen her besser geeignet erscheinen<sup>173</sup>. Zwar wendet sich dieses Recht auch gegen die Kinder (das elterliche Eigeninteresse führt zur Vorenthaltung „besserer“ Eltern für die Kinder<sup>174</sup>, betrifft insoweit aber eine punktuell begrenzte Sondersituation und findet seinen Schwerpunkt in der Abwehr von Kindeswegnahmen durch den Staat oder Dritte (Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 GG). Streiten sich die Eltern um die elterliche Sorge für ihre Kinder, so heben sich ihre

173 Zumeist betont für die leiblichen Eltern (vgl. aber folgende Fn.), BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; BT-Drucks. 8/2788, S. 44; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 300 f., 326; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236 ff.; *ders.*, Familienrecht S. 708; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 267 ff.; AG Mönchengladbach 7.8.1980, FamRZ 1981, 84 f.

BG 7.6.1923, BGE 49 II 149, 151 f.; 20.3.1971, BGE 67 II 9, 12; 25.9.1970, BGE 96 II 69, 77 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273 Rdn. 5; *Egger* Art. 273 Rdn. 7; vgl. aber die vereinzelt gebliebene Abweichung in BG 22.6.1939, ZR 40 N. 1 (S. 6).

*Behn v. Timmons*, 3 FLR 2470 (Fla.App. 1970); *Bennett v. Jeffreys*, 356 N.E.2d 277 ff. (N.Y. 1976); *Pierce v. Yerkovich*, 363 N.Y.S.2d 403, 413 f. (Fam.Ct. 1974); vgl. auch oben 3. Kap. A.III.1., V.5.a).

Auch im sozialistischen Recht honoriert man – mangels befriedigender Alternativen – das Eigeninteresse der natürlichen Eltern (oben 1. Kap. A.II.1.a), b)), stellt aber die *Elternfunktion* deutlich gegenüber der Abstammung in den Vordergrund. Die Institution des *Umgangsrechts* nach Scheidung ist deutliche Manifestation des anerkannten elterlichen Eigeninteresses am Kind, BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 425. Das DDR-Recht beschränkt die Anerkennung auf diejenigen nichtsorgeberechtigten Elternteile, die auch in psychologisch-sozialem Sinn Eltern für das Kind sind; das Umgangsrecht dient nur der Erhaltung, nicht der Herstellung einer Beziehung zum biologischen Elternteil, *Funke*, JH 1967, 113 f.

174 Insoweit, aber auch nur insoweit ist es gerechtfertigt, von dem Denkmodell einer Kollision zwischen Elternrechten und Kindesrechten auszugehen, vgl. *H. Krüger*, FamRZ 1956, 329; *Dürig*, in: *Maunz/Dürig/Herzog* Art. 19 Abs. 3, Anm. 22, sowie die Diskussion bei *Schwerdtner*, AcP 73 (1973) 227 ff.; *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, *Jenseits des Kindeswohls* S. 107 ff.; *Zenz*, AcP 173 (1973) 536 ff. Der Versuch, auch den Vorrang der leiblichen Eltern *allein* aus dem Kindesinteresse zu erklären (*Simitis* a.a.O., S. 108), verfehlt solange die Rechtsrealität, als Dritten in der Regel schon der Nachweis verschlossen ist, daß sie besser erziehungsgeeignet seien als die leiblichen Eltern (Besonderheiten bei

diesbezüglichen Rechte grundsätzlich gegeneinander auf<sup>175</sup>, sie sind für die Sorgerechtsfrage funktionslos<sup>176</sup>.

Die zweite Differenzierung betrifft den auch im sonstigen Recht geläufigen Unterschied zwischen (äußerer) Rechtsmacht und (innerer) Gestaltungsbefugnis. Auch wenn man unterstellt, daß den Eltern Befugnisse nur verliehen sind, um ihren Sorgerechtsverpflichtungen dem Kind gegenüber nachkommen zu können<sup>177</sup>, so geht das Recht doch nicht den Weg, die Handlungsmacht der Eltern in ihrem materialen Bestand konkret an das Merkmal der Pflichterfüllung zu binden<sup>178</sup>. Vielmehr räumt das Recht den Eltern die Konkretisierungszuständigkeit für die im Einzelfall „pflichtgemäße Sorge innerhalb eines Vertretbarkeitsrahmens ein. Da dieser Rahmen nur generell definiert werden kann (Kindesschutzrecht, Grundrechtsverwirklichung für Kinder), schöpft ihn das Institut der elterlichen Sorge als *Rechtsmacht* voll aus: Staatseingriffe finden erst bei Rahmenüberschreitungen statt<sup>179</sup>. Im Prinzip hat das

Pflegeeltern und Adoptionen sind auszuklammern), vgl. die vorsichtigeren Formulierungen des BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 574, 575, die sich auf den Hinweis beschränken, daß das Vorrecht der biologischen Eltern *auch* und *in der Regel* dem Interesse des Kindes entspricht. Im Grunde geht es aber nicht so sehr um ein Eigeninteresse der *leiblichen* Eltern als der „Eltern“ schlechthin: Sind Dritte erst einmal in die Elternrolle voll eingewiesen (Adoption), genießt die psychosoziale Elternschaft gleiches Elternrecht. Die biologischen Eltern haben nur einen Startvorsprung, der in der Regel durch Übernahme und Wahrnehmung der Elternfunktion perpetuiert wird, durch Auseinanderfall von biologischer und psychosozialer Elternschaft aber verloren gehen kann, BVerfG a. a. O.

175 *Gernhuber*, Familienrecht S. 46, 857; vgl. aber unten bei Fn. 621 (für Sorgerechtsvereinbarungen).

176 Vgl. aber noch unten c)aa).

177 Vgl. Nachweise unten Fn. 180.

178 So aber wohl *Simitis*, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls S. 108 f.; Elternrechte müssen sich „permanent von den Kindesinteressen her legitimieren“, unter Hinweis auf die Rechtsfigur des „droit-fonction“ im französischen Recht, dazu (für die elterliche Sorge) *Planiol/Ripert/Savatier*, Traité pratique de droit civil français, 2. Aufl. Bd. 1, Nr. 299. Der Parallelbegriff „droit devoir“, der für das Schweizer Recht geprägt wurde (*Jonio* S. 69 Fn. 11), intendiert allerdings *keine* totale Funktionalisierung der elterlichen Sorge, er bezeichnet das „Persönlichkeitsrecht auf Ausübung eines Pflichtverhältnisses“. Auch der „funktionsbestimmte Rechtsbegriff“ von *Larenz* (Methodenlehre S. 466 ff.) dient nicht dazu, eine institutionalisierte Rechtsmacht zu relativieren; seine Aufgaben liegen auf dem Gebiet der Rechtsfortbildung und der Rechtsinterpretation im Hinblick auf Stabilisierung und Sinnverwirklichung des Rechts. Andere, *Simitis* nabekommende Äußerungen, insbesondere die von *Gernhuber* (FamRZ 1962, 92, FamRZ 1973, 236 ff.; Familienrecht S. 19, 708) zielen wohl nicht auf die Funktionalisierung der elterlichen *Rechtsmacht* als vielmehr auf ihre Bindung im „Innenverhältnis“; zur Problemstellung sehr deutlich *Zenz*, AcP 173 (1973) 536 ff.

Die im Text vertretene, ganz herrschende Meinung erscheint bei Sorgerechtsänderungen in ihr Gegenteil verkehrt, unten D.I., III.; dort soll es für staatliche Eingriffe genügen, wenn der Sorgerechtigte das Kindeswohl „verkennt“ und eine „willkürlich erscheinende Maßnahme“ trifft, OLG München 6.2.1981, 389, 390 f.

179 Vgl. BVerfG 29.7.1959, NJW 1959, 1483, 1484. Um Mißverständnissen vorzubeugen: Die Rede ist nicht von der Unterscheidung zwischen elterlicher Vertretungsmacht (§ 1626 Abs. 2 BGB) und Handlungen im Eltern-Kind-Verhältnis ohne „Außenwirkungen“ (dazu generell *Gernhuber*, Familienrecht S. 719 ff.). Es geht um den Unterschied zwischen Handlungen und Entscheidungen, die die Eltern vornehmen *können*, ohne Staatseingriffe befürchten zu müssen, und solchen, die sie unter dem Aspekt innerer Pflichtbindung vornehmen *dürfen*. Deutlich jetzt auch BVerfG 3.11.1982, unten Fn. 739, sub B.I.1.

Sorgerechtsgesetz vom 18.7.1979 hieran nichts geändert, wenngleich neben Verengungen des Vertretbarkeitsrahmens (§§ 1631 a Abs. 2, 1631 b, 1666 BGB) auch Leitlinien für die inhaltliche Konkretisierung der Elternpflicht gegeben werden. Letztere berühren nicht die Rechtsmacht der Eltern, solange nicht Staatseingriffe in die elterliche Sorge als Sanktion drohen. Sie weisen vielmehr auf die innere Dimension der elterlichen Sorge hin, auf die inhaltliche Ausübungsbindung formal überschießender Rechtsmacht. *Hier* ist der legitime Platz für eine Diskussion über Fremd- oder Eigennützigkeit der elterlichen Sorge.

bb) Fremd- oder Eigennützigkeit der elterlichen Sorge

In der Bundesrepublik ist die These von der Fremdnützigkeit der elterlichen Sorge fast Allgemeingut geworden<sup>180</sup>, sie wird auch in der Schweiz vertreten<sup>181</sup>. Nicht immer soll damit allerdings gesagt sein, daß Eltern nicht auch eigene Interessen verfolgen dürfen<sup>182</sup>. Da dieser Punkt selten ausdrücklich angesprochen wird und „Fremdnützigkeit“ offenbar elterliche Eigeninteressen nicht notwendig ausschließt, ist der wirkliche Meinungsstand schwer erkennbar. Im Hinblick auf die geschichtliche Entwicklung ist es wahrscheinlich, daß die starke Hervorhebung des Kindesinteresses defizitär bedingt ist. Dem Patriarchat folge zuerst die „Entdeckung“ der Persönlichkeit der Frau, dann die des Kindes, und zwar an letzter Stelle die des ehelichen Kindes, das bislang vom Schild der Elternautonomie verdeckt war<sup>183</sup>. Wie bei der rechtlichen Gleichstellung der Frau ist das Recht dabei nicht nur Reaktion auf gesellschaftliche Veränderungen, sondern auch ihr Initiator und Motor<sup>184</sup>. Insbesondere die Leitbilder des neuen Kindesrechts zeichnen nicht in erster Linie

Ebenfalls nicht identisch damit ist *Gernhubers* Unterscheidung (und wohl Gleichsetzung) von „Du darfst“ (i.e.: für das Kind sorgen) und „Du sollst“ (i.e.: sein Wohl verwirklichen) (Familienrecht S. 19, 708). Gemeint ist damit die Innenbindung elterlicher Rechtsmacht an das Kindesinteresse, jedes abweichende Handeln ist pflichtwidrig – aber wohl nicht notwendig jenseits elterlicher Handlungsmacht dem Staat gegenüber (§ 1666 BGB). Parallel zu der hier verfolgten Unterscheidung *Hesse*, Grundzüge S. 179 mit seiner Differenzierung zwischen den verfassungsmäßigen *Handlungsauftrag* an den Gesetzgeber und der *Kontrolle* des Gesetzgebers durch die Gerichte.

- 180 BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; 3.11.1982 a.a.O.; BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447; BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652; OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; BT-Drucks. 8/111 S. 13; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 298 ff.; *Gernhuber*, FamRZ 1962, 90; ders., Familienrecht S. 707 f.; *Knöpfel*, FamRZ 1977, 703; MünchKomm/Hinz, § 1626 Anm. 5; *Neubaus*, FamRZ 1972, 279; *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, Jenseits des Kindeswohls S. 108.
- 181 *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273 Rdn. 6.; ders., Grundriß S. 129; *Schultbess* S. 2.
- 182 Vgl. *Gernhuber*, Familienrecht S. 708; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 273 Rdn. 11.
- 183 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 329; *Gernhuber*, FamRZ 1962, 89; *Simitis*, 2. DFGT S. 164; *Wuppermann*, FamRZ 300; *Zenz*, AcP 173 (1973) 257 f.
- 184 Zur Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau BVerfG 20.3.1963, BVerfGE 15,337, 345; 31.5.1978, EuGRZ 1978, 296, 297.

die Familienpraxis nach, sondern geben Impulse für ihre Veränderung<sup>185</sup>. Wo aber verändert werden soll, wird nicht das Selbstverständliche, Überkommene betont, sondern das Neue, Ungewohnte<sup>186</sup>.

Richtet man den Blick auf die Situation der Familie, so zeigt sich, daß die Interessen eines einzelnen Kindes weniger deutlich hervortreten, als es die These von der ausschließlichen Herrschaft des Kindeswohls suggeriert. Die Interessenlage innerhalb der Familie ist komplex und gekennzeichnet durch eine starke Interdependenz der Einzelinteressen<sup>187</sup>.

Zum einen sind die Interessen der Familienmitglieder weitgehend miteinander verflochten, sie können ganz, teilweise oder in Randbereichen übereinstimmen oder voneinander abhängen.

So meint Lüderitz, daß das Interesse des Kindes an seiner Entwicklung zur Selbstbestimmungsfähigkeit auch dem Elterninteresse entspreche, nicht überlang mit unselbständigen Kindern belastet zu sein<sup>188</sup>. Nimmt auch der bisher haushaltsführende Elternteil eine Berufstätigkeit auf zu Zwecken der Selbstentfaltung oder der Befriedigung von Konsumwünschen, so hat das Kind zwar einen Quantitätsverlust an elterlicher Betreuungsleistung zu erwarten, andererseits wird es aber möglicherweise freiere, stimulierendere Zuwendung dieses Elternteils erfahren<sup>189</sup> und von der Steigerung des Haushaltsbudgets profitieren. Der Kindergartenbesuch des über dreijährigen Kindes schließlich vermittelt ihm wertvolle Sozialerfahrung, verschafft aber auch dem betreuenden Elternteil Freiraum für sich selbst oder für die jüngeren Geschwister.

Neben diesem Gesichtspunkt der Verflochtenheit besteht aber noch eine gemeinschaftsspezifische *Abhängigkeit* der Einzelinteressen voneinander. Am Glück der Eltern hat auch das Kind Anteil, elterliches Unglück oder Unzufriedenheit wirkt

185 Die Mehrheit des Rechtsausschusses versucht, diesen Umstand angesichts der Einwände der Opposition herunterzuspielen, BT-Drucks. 8/2788, S. 31 f., 34. Offen hingegen Diederichsen, NJW 1980, 3 (zur Züchtigungspraxis); vgl. auch 2. Familienbericht, S. 37 zur partnerschaftlichen Erziehung: Nur 17-19 % der Eltern beteiligten 1973 die Kinder an Entscheidungen über Freizeitgestaltung, Schulwahl oder Berufswahl.

186 Vor dem Hintergrund der US-amerikanischen Rechtspraxis erklären sich unter diesem Aspekt manche Übertreibungen *grundsätzlich* wichtiger Gedanken bei *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond (Kontinuität); Before (Elternrecht).

187 *Bruns*, FamRZ 1979, 280 f.; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 230, 235, 238, 242; *ders.*, Neues Familienrecht S. 129; *Lange*, FamRZ 1972, 235; *Simitis*, 2. DFGT S. 167 f.

188 AcP 178 (1978) 274 f. Generell trifft dies nur für das „wohlverstandene“ Elterninteresse zu. Aktuell gibt es viele Eltern, die sich aus Anpassung und Unterordnung der Kinder mehr Effektivität im sozialen und beruflichen Leben ihrer Kinder erwarten, (vgl. dazu auch *Diederichsen*, NJW 1980, 3; oben Fn. 101, oder auch solche Eltern, die die Abhängigkeit der Kinder von ihnen aus persönlichen Gründen prolongieren wollen.

189 *Lehr*, Die Rolle der Mutter S. 48, 87, 109 ff., 120; *Thomae*, im SDR „Pro und Contra“ v. 9.5.1974, abgedr. bei *Lehr* a.a.O., S. XV f.; *Lehr*, ZBlJR 1975, 419; *Krüger/Breetzke/Nowak*, Einleitung Rdn. 115; *Röper*, FamRZ 1976, 513 f.; StadtG Groß-Berlin 9.3.1966, NJ 1966, 317 318; *Grandke*, JH 1971, 212; *dies.*, NJ 1975, 500 f.; Ehe und Familie S. 14; *Rossi*, 93 Daedalus 615 ff., 625 ff. (1964); *dies.*, 106 Daedalus 22 (1977) Gegen mütterliche Berufstätigkeit vor allem *Giesen*, Festschr. Beitzke S. 225 ff.; *ders.*, Ehe S. 15 ff. (allerdings nicht speziell gegen die mütterliche, sondern die Berufstätigkeit des kinderbetreuenden Elternteils, und auch nur bei der gegenwärtigen Struktur der Arbeitswelt, a.a.O. S. 54); *Hassenstein*, Verhaltensbiologie S. 74 ff., 430 f., differenzierend aus soziologischer Sicht *Goode*, Soziologie S. 142 ff. (schichtenabhängig).

sich unmittelbar auch auf das Eltern-Kind-Verhältnis aus – vor allem dann, wenn die Eltern das Gefühl haben, ihrem Kind übermäßig viel „opfern“ zu müssen. Die schicksalshafte Verknüpfung von Individualinteressen aller Familienmitglieder zu einem spezifischen „Familieninteresse“ kommt in dem sozialpsychologischen Begriff der „Familiendynamik“ zum Ausdruck<sup>190</sup>.

Die Interdependenz der familiären Interessen und die gemeinschaftsbedingte Notwendigkeit des Zurücksteckens einzelner Ansprüche hatte im BGB nur rudimentäre Beachtung gefunden (z.B. §§ 1649 Abs. 2, 1957 Abs. 3 BGB). Die gesetzliche Systematik folgte der Denkweise des Privatrechts und kannte nur „familiale Teilsysteme“<sup>191</sup> (das Verhältnis der Eltern zueinander, das Verhältnis von Eltern und Kindern), in denen die Regelung gegenseitiger Rechte und Pflichten im Vordergrund stand. Ein solcher Ansatz geht zwar über das von der Konzeption her rein individualistische Rechtssystem der USA hinaus, wo man sich erst mühen muß, zwischen dem isolierten Individuum und dem Staat Rechtsstrukturen zwischenmenschlicher Gemeinschaft zu entdecken<sup>192</sup>. Die Familie als Gesamtgemeinschaft hat aber kaum privatrechtlichen Stellenwert. Die Generalklausel des § 1618 a BGB hat hier einen wesentlichen Fortschritt gebracht. Allerdings ist auch sie dem traditionellen Rechte-Pflichten-Denken verhaftet und erfaßt nicht die spezifische *Dynamik* des Familienlebens. Diese läßt sich zwar nicht rechtlich *regeln*, aber ihre rechtliche *Anerkennung* hilft doch über Interpretationsschwierigkeiten hinweg, wie sie jetzt im Spannungsfeld von Kindesinteresse, Elterninteresse und Familieninteresse durch traditionell privatrechtliches Denken begegnen<sup>193</sup>. Subtrahiert man von § 5 Abs. 2 FGB den von sozialistischer Rechtsauffassung geprägten Gehalt, trifft diese Vorschrift am ehesten das Richtige. Die Familie findet „ihre Erfüllung im gemeinsamen Zusammenleben, in der Erziehung der Kinder und in der gemeinsamen Entwicklung der Eltern und Kinder“<sup>194</sup>.

Die These von der strikten Fremdnützigkeit der elterlichen Sorge geht von der realitätsfremden Annahme aus, daß Entscheidungen in Ausübung des Sorgerechts nur das Kind betreffen. In Wirklichkeit sind in aller Regel auch die übrigen Familienmitglieder berührt, und man kann nur Interessenschwerpunkte unterscheiden, die sich auf einer gleitenden Skala von (nahezu) reiner Kindbetroffenheit (Heilbehandlung, Berufswahl) über typische Gemeinschaftsentscheidungen (Familienur-

190 *Simitis*, 2. DFGT S. 167 f.; vgl. auch *Lempp*, ZBlJR 1974, 128; *Lempp/Röcker*, ZfKinderJug.Psych. 1 (1973) 27; *Fthenakis*, Elterntrennung S. 93 ff., 96. Diese Familiendynamik ist für *Simitis* der Angelpunkt für staatliche Intervention unter dem Aspekt des Kindeswohls, in: *Diesseits* S. 180 f., 194 f.

191 Vgl. 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 30 zu den „Teilsystemen familiärer Kommunikation“.

192 Oben 3. Kap. A.II.1.

193 Das wird übersehen, wenn Leitbilder und Programmvorschriften im Familienrecht für „völlig überflüssige Platttheiten“ gehalten werden, so *Bosch*, FamRZ 1973, 506. Zu § 1353 Abs. 1 ist derartige Kritik nie laut geworden.

194 Die „Familiengemeinschaft“ ist in die Gesetzssystematik ausdrücklich aufgenommen, vgl. 1. Kapitel: „Eheschließung und Familiengemeinschaft“.

laub) bis hin zu überwiegenden Betroffenheit anderer Kinder oder der Eltern (beruflicher Aufstieg, der einen Umzug erforderlich macht) bewegen können. Es verbietet sich offensichtlich, dieser Gestaltungsvielfalt mit einer Einheitsformel wie der alleinigen Maßgeblichkeit des Kindeswohls gegenüberzutreten. Das Gewicht des auf dem Spiel stehenden Kindesinteresse, das Ausmaß seiner Betroffenheit und der entsprechende Vergleich mit den Interessen der anderen Familienmitglieder können nicht unbeachtlich sein. Im allgemeinen wird man sagen dürfen, daß die Interessen einbußen, die ein gleichberechtigter, gleich starker Partner der Gemeinschaft hinnehmen würde, sofern er verständig und kooperationswillig ist, auch die Eltern als treuhänderische Wähler der Kindesinteressen dem Kinde zumuten können<sup>195</sup>. Dies führt zum „rigor des Kindeswohls“<sup>196</sup>, wenn schwerwiegende persönliche Interessen des Kindes im Vordergrund stehen. Im übrigen würde es sich aber allgemeinem Verständnis entziehen, wenn eine komplexe personale Intimgemeinschaft nach dem Gesetz nur eines der sie konstituierenden Interessen leben sollte<sup>197</sup>. Gerade dem Recht wäre dieses Konzept wesensfremd, gehört doch zu seinen Grundelementen

195 Daß das Kind nicht freiwillig Mitglied der Familiengemeinschaft ist, spielt dabei keine Rolle. An die Stelle der Freiwilligkeit tritt sein überragendes Interesse am Aufwachsen in der Familie (BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 585 a. Sp.: „Erlebnis einer harmonischen und lebensstüchtigen Familiengemeinschaft schlechthin unersetzlich“).

196 Gernhuber, FamRZ 1973, 242.

197 Die Realität des täglichen Familienlebens ist *Kompromiß*. Im Schrifttum wird häufiger betont, daß heutzutage Kinder eine nicht zu unterschätzende *Belastung* für die Eltern darstellen (3. Familienbericht, BT-Drucks. 8/3120; S. 30 (Sachverständigenkommission); Dieckmann, AcP 178 (1978) 301; Geiger, FamRZ 1973, 226; Lüderitz, AcP 178 (1978) 267). Wird diese Last durch unproportionale Hervorhebung der Kindesinteressen erschwert, wirkt sich das nicht nur auf die Geburtenrate, sondern auch konkret auf die Kinder aus, nicht zuletzt dadurch, daß sich in Scheidungssituationen die „schlechteste aller Alternativen“ verwirklicht: Die Eltern streiten nicht *um* das Kind, sondern weil *keiner* das Kind haben will, vgl. die langjährige New Yorker Familienrichterin J. Wise Polier, in: The Rights of Children, Introduction; dies., Gespräch mit dem Verfasser vom 26.2.1979; Krause, Family Law, Cases S. 1072 f.; ders., Family Law S. 251 (§ 21.1); Newsweek v. 11.2.1980, (The Children of Divorce), S. 59. Außerdem ist die *eigene* Lebensverwirklichung der Eltern ein wesentlicher Sozialisationsfaktor für die Kinder, Lempp, in: Die Zeit vom 7.3.1980 (Nr. 11/80, S. 16); Mitscherlich, Vaterlose Gesellschaft, insbesondere S. 180, 191 f.; Marks, 39 L.&Cont.Prob. 86 (1975). Marks hebt pointiert die Leere einer Konzeption heraus, in der Kindererziehung die einzige Sinnerfüllung des Lebens von Erwachsenen sein soll: „Childhood was to be a time to be prepared for adulthood, and adulthood was to be a time to prepare children“; vgl. insoweit auch Rossi, 93 Daedalus 615 ff., (1964) und vorstehend Fn. 189.

Nicht übergangen werden sollte schließlich der soziologische Befund, daß die Kinderphase („Familienzyklus“) verheirateter Eltern im Durchschnitt nur die Hälfte des Lebens der Eltern seit der Heirat ausmacht, König, Materialien S. 280 f.; ders., Introduction S. 43 f., Nr. 67 f. (Man muß heute hinzufügen „höchstens“, denn König rechnet im Durchschnitt mit drei bis vier Kindern, während es in der Bundesrepublik 1980 nur etwa 1,5 Kinder waren, Lempp a.a.O.). Das Interesse eines Elternteils am „Eigenleben“ wird im Hinblick auf die kinderlosen Jahrzehnte unabweisbar, auch in wirtschaftlicher Hinsicht, Derleder/Derleder, FamRZ 1977, 589; Simitis, in: Simitis/Zenz, Seminar I S. 46 f.; Pross, in: Die Institution der Ehe S. 79 ff., 85.

die „proportionale Berücksichtigung anerkannter Schutzgüter und Werte“<sup>198</sup>. Nicht zuletzt wäre damit auch den wohlverstandenen Interessen des Kindes selbst nicht gedient, dessen Entwicklung im Bereich der Gemeinschaftsfähigkeit ein gravierendes Defizit aufweisen müßte<sup>199</sup>. Wird der für das Kind notwendige und angemessene Schonraum hochstilisiert zu einer „Glasglocke“, die alle Zwänge und Kompromißnotwendigkeiten des normalen Erwachsenendaseins abschirmt, kann der Eintritt in dieses Dasein zu einem frustrierenden, traumatischen Erlebnis werden<sup>200</sup>.

Abseits jener Entscheidungen für das Kind, die eine strikte Ausrichtung am Kindeswohl verlangen, kann es demnach nur elterliche Pflicht und Aufgabe sein, „jedem das Seine“ zu geben, das heißt jeweils für bestimmte Situationen die beteiligten Interessen unter Berücksichtigung ihres Gewichts und ihrer Betroffenheit optimal zu integrieren<sup>201</sup>. Daraus folgt, daß die Eltern *auch* eigene und spezifische Gemeinschaftsinteressen berücksichtigen dürfen und daß sie sogar unter Umständen legitimerweise das Kindesinteresse hinter anderen Interessen zurückstellen dürfen – sofern die Interdependenz der Interessensituation überhaupt derart klare Linien erkennen läßt<sup>202</sup>. Das Pflichtelement der elterlichen Sorge bedeutet nur, daß – in Abwandlung der These von Simitis<sup>203</sup> – die Eltern ihre *Entscheidungen* permanent vor den Kindesinteressen legitimieren müssen, nicht im Hinblick auf einen absoluten

198 *Esser*, Vorverständnis S. 66; im Hinblick auf das Kindeswohl ähnlich *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 610.

199 *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 21 (dtsh. S. 25): Ein Kind, das nicht an Gegenseitigkeit und Sozialgebundenheit gewöhnt wird, erleidet Entwicklungsfehler; *Geiger*, FamRZ 1973, 226.

200 Es wurde beobachtet, daß die Krise vieler amerikanischer Jugendlicher auf einer zu wohlgemeinten Kindererziehung beruhte: Ihnen wurde die ganze Kindheit über erzählt, daß sie einzigartige, stolze und autonome Persönlichkeiten seien, denen die Welt zu Füßen liege. Als Erwachsene fanden sie sich dann "ruled by impersonal organizations and machineries too intricate to understand", *E. Erikson*, Identity, Youth and Crisis S. 114; vgl. *Marks*, 39 L.&Cont.Prob. 86 (1975) sowie – zum Konzept der „Kindheit“ generell – *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 38 ff., 71 ff. (1975).

201 Tendenziell übereinstimmend *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 263 ff.; *Quambusch*, Persönlichkeit S. 44 ff.; *Henrich*, The Chuo L.Rev. 28 (1981) 17 f. Zutreffend *Bosch*, FamRZ 1973, 506: Es gehe darum „die Situation eines richtigen *Gegenüber* und *Miteinander* zu schaffen sowie ständig auszubauen“ (Hervorhebungen im Original). Es erscheint nicht abwegig, auf das „Prinzip der praktischen Konkordanz“ für die gegenseitige Zuordnung von Verfassungsgrundsätzen zu verweisen, vgl. *Hesse*, Grundzüge S. 28 f., 134 f.; entsprechend *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 54: Das Grundrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG sei weder Eltern- noch Kindesrecht, sondern „ein Familienrecht, dessen Wahrnehmung den Eltern als den natürlichen Vorständen der Familie zur eigenen Verantwortung übertragen ist“.

202 Wenige Beispiele mögen genügen: Familienurlaub in den Bergen, obwohl Urlaub am Meer kindgerechter wäre; berufsbedingter Umzug an einen anderen Ort, weil dem erwerbstätigen Elternteil die bisherige Stelle nicht gefällt; Entschluß zur Ehescheidung, obwohl die Ehezerüttung nicht derart auf das Kind durchschlägt, daß die Trennung für das Kind eine Wohltat bedeutet (vgl. § 1568 BGB, der in Abs. 1 das Kindesinteresse als (kaum je wirksames) Korrektiv berücksichtigt, in Abs. 2 ganz beiseite schiebt).

Ganz unübersehbar wird die Grenze des individuellen Interesses schließlich im Vergleich mit den Interessen anderer Kinder der Familie. Dieser Gesichtspunkt wird regelmäßig nicht erörtert, wenn vom Primat des Kindeswohls die Rede ist.

203 Oben Fn. 178.

Vorrang, sondern auf angemessene, kindzentrierte Würdigung der Kindesinteressen und ihre angemessene Berücksichtigung bei der Entscheidungsbildung<sup>204</sup>. Die Forderung einer totalen inhaltlichen Bindung der elterlichen Sorge an das Kindeswohl ist angesichts des faktischen Nachholbedarfs an kindorientiertem Denken verständlich. Das *Recht* muß sich aber vor utopischen Verzeichnungen hüten.

### b) Elterninteressen im Rahmen der richterlichen Sorgerechtsentscheidung

#### aa) Der Primat des Kindesinteresses

Auszugehen ist von dem klaren und uneingeschränkten Gebot des Gesetzes an den Richter, nach dem Kindeswohl zu entscheiden. Eine gleichermaßen eindeutige Weisung an die Eltern fehlt bei der allgemeinen Regelung der elterlichen Sorge, und sie findet sich auch für den Scheidungsfall so kompromißlos nicht in den Regelungen anderer Rechtsordnungen<sup>205</sup>. Des weiteren steht fest, daß dem Richter nicht die Aufgabe der Interessenintegration zukommen kann, wie sie von den Eltern in der intakten Familie wahrzunehmen ist. Hierfür sind Außenstehende erstens schlecht geeignet und zweitens ist die bisherige Familiengemeinschaft zerfallen. Der Richter hat nur die Zusammensetzung einer neuen Gemeinschaft, der Teilfamilie nach Scheidung zu bestimmen.

Für die alleinige Maßgeblichkeit des Kindeswohls, wie sie der Gesetzeswortlaut suggeriert, werden verschiedene Gründe vorgebracht: Das Kind sei der schwächste Teil und deshalb vom Recht zu schützen<sup>206</sup>, seinen Interessen gebühre bei der Sorgerechtsentscheidung Vorrang, nachdem die Elterninteressen in der Scheidungsfrage selbst dominiert hätten<sup>207</sup>. Gelegentlich wird auch schlicht Sachgerechtigkeit mit Kindgerechtigkeit gleichgesetzt<sup>208</sup>. Zwingend für die *ausschließliche* Beachtlichkeit des Kindeswohls sind diese Gründe nicht. Der Gesichtspunkt einer „Bestrafung“ der in der Scheidungsfrage „eigennützig“ Eltern ist, sofern er mit einer Rolle spielt, überdies unangebracht<sup>209</sup>.

Wesentlich für die Beurteilung erscheint in Anlehnung an die Erörterung zur allgemeinen elterlichen Sorge, daß die Sorgerechtsregelung eine Lebensfrage von zentraler persönlicher Bedeutung für das Kind entscheidend beeinflusst, nämlich die

204 Vgl. auch *Hegnauer*, Berner Kommentar, Art. 273 Rdn 11; *Krause*, Family Law, Cases S. 520; *Strauss/Strauss*, 74 Col.L.Rev. 1000 f. (1974).

205 Richterrechtliche Grundsätze (Schweiz, USA) beschränken sich auf die *Vorrangigkeit* des Kindeswohls (oben Fn. 167, 168), und auch die Gesetze amerikanischer Staaten lassen in der Regel Raum für andere Erwägungen, vgl. § 240 S. 1 des Domestic Relations Law von New York: Entscheidung nach den Umständen des Falles, der Parteien und dem Kindeswohl.

206 *Lempp*, NJW 1972, 319.

207 *Briegleb*, ZBlJR 1971, 38; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 213 f.; ähnlich wohl *Die-drichsen*, NJW 1980, 8.

208 *Arnold* S. 117 f.

209 Vgl. in diesem Zusammenhang nur *Haffter* S. 36 mit einem Zitat von *Wittels*: „Um der Kinder willen nebeneinander unglücklich sein, ist ein Betrug, und nicht einmal ein frommer.“

Frage, mit welchem Elternteil es künftig eine Familiengemeinschaft bilden und wer seine weitere persönliche Entwicklung primär lenken und prägen wird. Die elterlichen Interessen sind dem nicht gleichwertig. Dabei ist zu unterscheiden zwischen dem generellen Interesse der Eltern an der Gemeinschaft mit ihrem Kind und solchen Interessen, die sich auf besondere Umstände stützen. Das generelle Interesse der Eltern ist zwar schwerwiegend, bleibt aber hinter dem des Kindes zurück. Wenn auch das Kind für das Glück und die persönliche Entwicklung der Eltern eine nicht zu unterschätzende Rolle spielt, so ist doch umgekehrt die Bedeutung der Eltern für das Kind ungleich größer, da es bei ihm, altersbedingt in unterschiedlichem Maße, noch um den Aufbau der Grundelemente seiner Persönlichkeit geht<sup>210</sup> und außerdem die Leitungsbefugnis der Eltern hinzutritt. Im übrigen kann das generelle Interesse der Eltern bei der Sorgerechtsentscheidung nur in einem engen Rahmen wirksam werden, da es grundsätzlich die beiden Eltern gleichermaßen vorhanden ist. Es weist nicht auf einen der Elternteile, sondern auf ihre gleichmäßige „Befriedigung“ durch Teilung des Streitgegenstandes: Trennung von Geschwistergruppen oder Aufspaltung der elterlichen Sorge für ein Kind<sup>211</sup>.

Denkbar ist darüber hinaus ein *besonderes* Interesse an der Zuweisung des Kindes in der Person eines Elternteils. Um welche Elterninteressen es sich dabei konkret handeln kann, zeigt ein Blick auf die Rechtsprechung: Ein labiler Elternteil braucht das Kind als psychische Stütze<sup>212</sup> oder ein kranker Teil zur Pflege<sup>213</sup>, der Vater wünscht sich den Sohn als Unternehmensnachfolger<sup>214</sup> oder deshalb, weil er der letzte Nachkomme des väterlichen Geschlechtes ist<sup>215</sup>; ein Elternteil hat besonders große Opfer für das Kind gebracht<sup>216</sup>. Erhebliche Bedeutung wurde dem Interesse des ehetreuen Elternteils beigemessen, nicht auch noch die Kinder zu verlieren<sup>217</sup>.

210 *Hassenstein*, Kindeswohl S. 34 (zu pointiert insoweit, als nicht *nur* beim Kind die weitere Entwicklung betroffen ist. Auch die Persönlichkeit von Erwachsenen entwickelt sich fort, allerdings in einem durch die bisherige Prägung verengten Spielraum). Ähnlich wie im Text BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218 sub I.

211 Dazu unten c)aa) (2).

212 OLG Köln 23.2.1970, FamRZ 1971, 186, 187 f.; BayObLG 26.11.1976, FamRZ 1976, 534 f. (ablehnend); OberG Zürich 17.11.1955, ZR 56 N. 22; Doe v. Doe, 4 FLR 2100 f. (N.Y. Sup.Ct. 1977); Bowler v. Bowler, 74 ALR2d 1068, 1973 (Mich. 1959) (ablehnend); *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 154.

213 *Schwoerer*, FamRZ 1958, 439.

214 OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255, 256 („natürliches Recht“ des Vaters); vgl. auch die bei *Uffelmann* S. 104 berichteten Fälle der Amtsgerichte Lahr und Offenburg.

215 BayObLG 18.11.1952, NJW 1953, 626 (ablehnend).

216 OG 3.8.1971, NJ 1971, 627, 628; *Rohde*, JH 1967, 312; ähnlich in Erziehungsrecht S. 163.

217 § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB; zu diesem Zweck des Gesetzes BGH 23.2.1951, NJW 1951, 440; 3.7.1951, NJW 1951, 879, 880; 25.6.1952, BGHZ 6,342, 344; 4.5.1957, FamRZ 1957, 252, 253; restriktiv insoweit aber BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447. BG 11.10.1917, BGE 43 II 473, 477; 23.6.1927, BGE 54 II 189, 195; 5.6.1964, ZR 63 N. 117 (S. 281). Warnecke v. Warnecke, 182 P.2d 629, 705 f. (Wash. 1947); vgl. w.N. in 24 AmJur2d § 788, S. 895 Fn. 4. *Rohde*, JH 1967, 312; ähnlich in Erziehungsrecht S. 162. Sonst wird in der DDR bei Eheverfahrungen nicht das Interesse des anderen Elternteils in den Mittelpunkt gestellt, sondern die sozialistische Moral.

Seit der Reform des Scheidungsrechts in der Bundesrepublik rücken außerdem unterhaltsrechtliche Interessen in das Blickfeld, und zwar in zweierlei Hinsicht: Die Betreuung von Kindern begründet einen Unterhaltsanspruch des Sorgeberechtigten auch für seine Person, d.h. er ist nicht zur Erwerbstätigkeit verpflichtet (§ 1570 BGB)<sup>218</sup>. Nach Auffassung des BGH kann darüber hinaus das Interesse des ehetreuen Teils, nicht an den die Gemeinschaft aufkündigenden Partner Unterhalt gem. §§ 1570, 1579 Abs. 2 BGB zahlen zu müssen, schon bei der Sorgerechtsentscheidung beachtlich sein<sup>219</sup>.

Stellt man dem das Interesse des von der Auflösung seiner Familie betroffenen Kindes gegenüber, in seinem bislang aufgebauten Bindungen nicht über das unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt und demjenigen Elternteil zugewiesen zu werden, der für seine Entwicklung die besseren Bedingungen bietet, dann wird offenbar, daß die besonderen Interessen eines Elternteils nicht schwer genug wiegen, um unter der Herrschaft des Kindeswohl-Maßstabs *Einbußen* des Kindesinteresses rechtfertigen zu können<sup>220</sup>. Wird das existentielle Interesse des Kindes an der Person des künftigen Sorgeberechtigten zurückgestellt zugunsten der vorgenannten Interessen, wird das Kind unverkennbar zurückgestuft zu einem Objekt der Interessenbefriedigung oder zu einem Sanktionsinstrument. Die Bandbreite vertretbarer Kindeswohl-Interpretation ist sicherlich groß, sie erstreckt sich aber schon nach allgemeinen Auslegungsregeln nicht auf Deutungsmöglichkeiten, die die unmißverständlich zum Ausdruck gebrachte Intention des Gesetzgebers unterlaufen<sup>221</sup>. Es ist also von einem grundsätzlichen Primat des Kindeswohls auszugehen.

#### bb) Grenzen des Kindeswohl-Primats

Wird nach der verbleibenden Rolle von Elterninteressen gefragt, so muß auch hier die Verflochtenheit und gegenseitige Abhängigkeit von Eltern- und Kindesinteressen berücksichtigt werden. Wenn z.B. die Freude am Kind einem Elternteil eine wertvolle Stütze für das eigene seelische Gleichgewicht bedeutet, *kann* als Kehrseite auf eine hohe Zuwendungsqualität und ein intensives Eltern-Kind-Verhältnis geschlossen werden<sup>222</sup>. Und wenn die Mutter ernsthaft mit Selbstmord droht, falls ihr die Kinder nicht zugewiesen werden, ist zu berücksichtigen, daß ein solcher Selbstmord

218 Dazu *Derleder/Derleder*, FamRZ 1977, 587 ff.

219 23.4.1980, NJW 1980, 1686, 1688 l. Sp.

220 Vgl. OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202 (die Rückstellung des Kindeswohls hinter elterliche Interessen mache das Kind „zum bloßen Mittel und Objekt“ eines zum Selbstzweck erhobenen Elternrechts); ähnlich OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828 f.; BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447.

221 *Larenz*, Methodenlehre S. 309; *Meier-Hayoz*, Richter S. 42.

222 Doe v. Doe, 4 FLR 2100 (N.Y. Sup.Ct. 1977). Je älter die Kinder sind, desto eher wird sich aber die Gefahr aufdrängen, daß der Elternteil das Kind übermäßig bindet, *Watson*, Psychiatrie S. 264 f.; *Haffter* S. 93.

auch die Kinder seelisch erheblich belasten kann<sup>223</sup>. Aus der Interdependenz der Interessenlage von Eltern und Kindern ergibt sich, daß mit der Verfolgung einzelner Kindesinteressen in aller Regel auch Elterninteressen verwirklicht werden<sup>224</sup>. Besonders deutlich zeigt sich dies am Kontinuitätsgrundsatz: Die Bewahrung einer engen psychologischen Bindung des Kindes an einen Elternteil bedeutet in der Realität fast immer den Schutz einer *gegenseitigen* Bindung, d.h. auch der des Elternteils an das Kind<sup>225</sup>. Der Primat des Kindeswohls erfordert nicht, diesen Umstand zu ignorieren. Das Postulat, *ausschließlich* Kindesinteressen zu beachten, ist unerfüllbar und kann deshalb dem Gesetz nicht unterstellt werden<sup>226</sup>. Es beruht letztlich doch auf einer Sicht der Familie als Bündelung von Individuen und Einzelinteressen, die zwar faktisch schwer, theoretisch aber jederzeit exakt trennbar seien, und wird damit der Erkenntnis einer spezifischen Familiendynamik nicht gerecht<sup>227</sup>. Seine Konsequenz ist nicht die Förderung des Kindeswohls in der Entscheidungspraxis, sondern allenfalls die Unredlichkeit der Entscheidungsbegründungen<sup>228</sup>.

Im Grundsatz erweist sich deshalb die jedenfalls auf internationaler Ebene herrschende Meinung als richtig, wonach Elterninteressen *auch* berücksichtigt werden können<sup>229</sup>. Die Grenze der Berücksichtigungsfähigkeit hat der BGH zutreffend so interpretiert, „daß die Interessen der Eltern da zurückstehen müssen, wo sie mit den Interessen des Kindes in Widerspruch treten“<sup>230</sup>.

223 OLG Köln 23.2.1970, FamRZ 1971, 186, 187 f. Andererseits erscheint die Erziehungseignung der Mutter in ungünstigem Licht, vgl. auch OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 532. In *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 520 (N.D. 1974) wird die Selbstmorddrohung der Mutter als Erpressungsversuch (auch den Kindern gegenüber) negativ bewertet.

In der Problematik ähnlich lag ein tragischer Fall, den das New Yorker Familiengericht zu entscheiden hatte (R. v. R., 4 FLR 2043, 2044 (1977)): Die Mutter hatte zwei (jetzt 10- und 14-jährige) Kinder nach der Scheidung sechs Jahre lang gut und liebevoll aufgezogen. Dann stellten sich bei ihr Phasen geistiger Verwirrung ein. Die Kinder wollten deshalb zum Vater, hatten aber Schuldgefühle gegenüber der Mutter. Das Gericht ordnete „joint custody“ an, mit der Personensorge schwerpunktmäßig beim Vater. Indem es der Mutter die rechtliche Elternrolle beließ, schonte es *auch* die Kinder bezüglich ihrer Schuldgefühle. Zu Selbstmorddrohungen im Rahmen des § 1666 BGB *Neubaus*, Ehe und Kindschaft S. 249.

224 Dies wurde besonders deutlich ausgesprochen in *Dempsey v. Dempsey*, 6 FLR 2567, 2568 (Mich.App. 1980): Die zweitrangige Bedeutung der wirtschaftlichen Verhältnisse für das Kind ist gleichzeitig ein Postulat aus dem Gleichberechtigungsinteresse der bislang nur haushaltsführenden Mutter (aus anderen Gründen aufhebend, insoweit aber zustimmend der Supreme Court von Michigan, 6 FLR 2940 (1980)).

225 Vgl. *Simitis*, 2. DFGT S. 167 f.

226 Übertrieben auch die These von *Krüger/Breetzke/Nowak*, § 1671 Anm. 1, die Sorgerechtsentscheidung sei kein Gerechtigkeitsausgleich, sondern ein „vom Kindeswohl bestimmter Akt der Rechtsprechung“. Der Gerechtigkeit ist jeder Akt der Rechtsprechung verpflichtet, und die Gerechtigkeit verbietet Eingriffe in Interessen, die nicht durch den Schutz anderer Interessen legitimiert sind.

227 Vgl. oben Fn. 190.

228 *Mnookin*, 43 Harv.Ed.Rev. 614 f. (1973).

229 Nachweise oben Fn. 165 ff.

230 BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447; BVerfG 3.11.1982 (unten Fn. 739) sub B.III.2.

cc) Die Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls

Die Effektivität dieser theoretischen Begrenzung ist allerdings zweifelhaft. Immerhin lenkt die Berücksichtigungsfähigkeit von Elterninteressen die Aufmerksamkeit des Richters auch auf die Situation der Eltern, und die Verflochtenheit der Interessenlage läßt leicht den Blick und die Maßstäbe dafür verschwimmen, welches Interesse im Einzelfall wirklich die Entscheidung motiviert. Diese Gefahr wiegt schwer angesichts einer Justiz, die tendenziell mehr auf Erwachsene schaut als auf die scheidungsbedingten Kinder – teils aus Gewohnheit, teils, weil man von Kindern wenig versteht, zum Teil aber auch aus einer Position moralischer Selbstgewißheit heraus<sup>231</sup>. Der Versuch, den Primat des Kindeswohls weiter zu konkretisieren, führt zur Unterscheidung von zwei funktionalen Geboten für die Rechtsfindung: der Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls.

Die Leitfunktion des Kindeswohls verpflichtet den Richter, kindzentriert zu denken und jeden Gesichtspunkt, auch etwaige Elterninteressen, von der Situation des Kindes her zu bewerten<sup>232</sup>. Wird hiermit ernst gemacht, erscheinen viele Sachverhaltsumstände in modifiziertem Licht, und es ist der Blick für die Beurteilung eröffnet, welches Interesse das Kind an der Erfüllung eines geltend gemachten Elterninteresses hat. In *Moezie v. Moezie* veranschaulicht das Gericht die Bedeutung der Leitfunktion für den Richter folgendermaßen: „He has no assurances that his decision is the ‘right’ one, but where he conscientiously places the best interest of the child as his paramount concern he has fulfilled his obligation“<sup>233</sup>. Es muß als geradezu frappierend bezeichnet werden, welche Argumentationsdichte und Überzeugungskraft solche (nicht häufigen) Entscheidungen erreichen, die nicht von generellen Regeln und den Interessen Erwachsener ausgehen, sondern die das konkrete Interesse des betroffenen Kindes tatsächlich zum beherrschenden Leitpunkt der Überlegungen nehmen<sup>234</sup>. Diese Entscheidungen beweisen, daß das Kindeswohl eine „Leerformel“ nur dann ist, wenn man die Position des „Kindes“ in ihr nicht mit der individuellen Persönlichkeit des scheidungsbedingten Kindes besetzt. Es mag sein, daß es diese Erkenntnis ist, die in jüngster Zeit zu einer merk-

231 *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, *Jenseits des Kindeswohls* S. 103 ff.; *Simitis* u.a., *Kindeswohl* S. 271 ff., 289 ff.; *Foster/Freed*, 39 N.Y.U. L.Rev. 627 (1965); *dies.*, 11 Fam.L.Q. 328 (1977-78); *Westman/Hanson*, in: *Readings* S. 535 (1975).

232 Vgl. BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 I. Sp.: „Unter *Voranstellung des allein maßgeblichen Kindeswohls* hat das FamG . . . die Verhältnisse beider Eltern zu prüfen und *gegenseinander abzuwägen* . . .“ (Hervorhebungen vom Verfasser); ebenso OLG Hamm 17.1.1980, FamRZ 1980, 484; 14.1.1980, FamRZ 1980, 488, 489; 15.11.1979, FamRZ 1980, 487.

233 Super.Ct. D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250, 251.

234 OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827; *Dodd v. Dodd*, 4 FLR 2302 (N.Y.Sup.Ct. 1978); *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100 (N.Y. Sup.Ct. 1977); vgl. auch solche Entscheidungen, die starke Fremdinteressen dennoch dem Kindeswohl unterordnen, BayObLG 6.6.1977, FamRZ 1977, 850; *Randall v. Christian*, Nev. (1973), in: *Krause*, *Family Law, Cases* S. 1081; *Johnson v. Arledge*, 527 S.W.2d 917, 920 (Ark. 1975); *McKenny v. McKenny*, 5 FLR 2012 (Tex. 1978).

lichen Hinwendung der Gerichte zu kindesorientierter Betrachtung geführt hat<sup>235</sup>. Die bisherige Leitfunktion des Kindeswohls war hingegen eher negativ<sup>236</sup>.

Die *Sperrfunktion* des Kindeswohls wehrt jeden Gesichtspunkt ab, der mit dem Kindesinteresse nicht vereinbar ist – entweder weil er zu einer unangemessenen Zurücksetzung der Kindesinteressen führt oder weil er mit dem Kindeswohl praktisch nichts zu tun hat und seine Berücksichtigung deshalb die Gesamtabwägung zwangsläufig kindeswohlwidrig beeinflussen müßte<sup>237</sup>. Darüber hinaus läßt die Sperrfunktion die Berücksichtigung von Elterninteressen, auch soweit sie mit dem Kindesinteresse zusammenfallen, nur in *dem* Ausmaße zu, als das *gemeinsame* Interesse reicht – sie verbietet also eine Berücksichtigung „überschießenden“ Elterninteresses, das mit dem Kindeswohl nichts mehr zu tun hat<sup>238</sup>.

Leit- und Sperrfunktion bezeichnen nicht voneinander unabhängige Wirkungen der Kindeswohl-Norm, sondern sind nur verschiedenen Aspekte eines einheitlichen Grundsatzes, des Primats des Kindeswohls. Die Leitfunktion repräsentiert seine positiv-selektive Tendenz, die Sperrfunktion zieht die negativ-aussondernden Konsequenzen.

Dieser Ansatz soll im folgenden sowohl am Beispiel des elterlichen Gleichberechtigungsinteresses als auch eines typischen Sonderinteresses (des ehetreuen Elternteils) erläutert werden.

### c) Der Primat des Kindeswohls in Einzelbeispielen

#### aa) Kindeswohl und Gleichberechtigungsinteresse der Eltern

##### (1) Das Verhältnis von Kindeswohl- und Gleichberechtigungsgrundsatz im allgemeinen

Seit der Entscheidung des BVerfG vom 29.7.1959<sup>239</sup> steht grundsätzlich außer Streit, daß das Gleichberechtigungsgebot auch im Verhältnis der Eltern zueinander

235 Eine derartige Tendenz wurde auch von *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 34 beobachtet, sie gilt auch für die US-amerikanischen Gerichte.

236 Beispiele für elternorientierte Argumentationen bei *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 264 ff., die im übrigen nachweisen, daß § 1634 BGB noch weitaus stärker ein Hort elternrechtsorientierten Denkens ist, a.a.O. S. 49 f., 110 ff., 114 ff., 264 ff. Bemerkenswert insoweit *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 323, der ein Vetorecht des (14-jährigen) Kindes gegen den Umgang ablehnt: Sperre sich das Kind nur hartnäckig genug, verliere „der Umgangsberechtigte ohnehin bald die Lust; denn es geht um seine Freizeit“(!). Werbe er das Kind aber ab und werde die Sorgezuweisung zu seinen Gunsten geändert, sei das für den bisherigen Sorgeberechtigten hart – „auch wegen des Unterhaltsrechts“ (a.a.O. Fn. 81). *Vom Kind* her gesehen wäre eher die Frage eines *Umgangsrechts des Kindes* zu erörtern; zu den *Kindesinteressen* bei Sorgerechtsänderungen unten D.II.1

237 Zur Situation der „gleichgelagerten Verhältnisse“ unten 4.

238 Schwerpunktmäßige Bedeutung gewinnt das Gebot (nur) proportionaler Berücksichtigung von Drittinteressen bei den Gesellschaftsinteressen, vgl. deshalb ausführlich unten 3.c) bei Fn. 354-356 und d)dd).

239 BVerfGE 10,59 = NJW 1959, 1483.

gilt<sup>240</sup>. Rechtliche Differenzierungen können demnach nicht mehr mit dem schlichten Hinweis auf die Geschlechtsunterschiede der Eltern begründet werden, sie bedürfen einer sachlichen Grundlage<sup>241</sup>. Im Bereich der allgemeinen elterlichen Sorge bei bestehender Ehegemeinschaft hat das Bundesverfassungsgericht vorhandene biologische und funktionale Unterschiede zwischen den Eltern für ungenügend erachtet, um als Basis für eine rechtliche Ungleichbehandlung von Vater und Mutter dienen zu können<sup>242</sup>. Diese Wertung ist nicht notwendig präjudiziell für die Sorgerechtsfrage nach Scheidung. Hier geht es nicht um die Gleichwertigkeit der Eltern im Nebeneinander, sondern in der Abwägung gegeneinander. Das Problem, ob das Kind einen Elternteil mehr braucht als den anderen, stellt sich dem Recht bei fortbestehender Familiengemeinschaft nicht.

Den sachlichen Grundlagen elterlicher Gleichwertigkeit oder Verschiedenheit nach Scheidung ist an dieser Stelle nicht nachzugehen. Bei der Abgrenzung des Kindeswohls gegenüber Drittinteressen ist nur nach dem legitimen Wirkungsfeld des Gleichberechtigungsarguments bei einer dem Primat des Kindeswohls unterworfenen Sorgerechtsentscheidung zu fragen. Zu einer Erörterung geben verschiedene Äußerungen Anlaß, die dem Gleichberechtigungsgrundsatz ein eingeständiges Gewicht gegenüber dem Kindeswohl einräumen wollen. So wendet sich Diederichsen gegen einen – von der Praxis oft unterstellten – generellen Vorrang der Mutter für kleinere Kinder und fordert die Durchsetzung der Gleichberechtigung auch in der Sorgerechtsfrage<sup>243</sup>. Diederichsen begründet diese Forderung aber nicht nur aus dem Kindeswohl, sondern fährt fort: „Auch auf die Gefahr hin, daß die Mutter-Kind-Beziehung die anthropologisch wichtigere ist und mehr als sonst Korrekturen der Sorgerechtsentscheidungen gemäß § 1696 BGB vorgenommen werden müssen, gilt es, in diesem Bereich die umgekehrte Gleichberechtigung zu verwirklichen“<sup>244</sup>. Praktische Konsequenzen aus dieser Einstellung hat die Rechtsprechung vereinzelt bereits vorher bei der Frage gezogen, ob eine Berufstätigkeit des Vaters und die daraus folgende Notwendigkeit einer Drittbetreuung des Kindes während er Arbeitszeit als Faktor *gegen* den Vater einzusetzen sind. Demnach soll dieser Gesichtspunkt unbeachtlich sein, weil sonst Väter praktisch nie das Sorgerecht erhal-

240 NJW 1959, 1484; BVerfG 31.5.1978, EuGRZ 1978, 296 f.; LG Bremen 16.12.1976, FamRZ 1977, 402, 404; VG Karlsruhe – V 135/77 –, in: Südd. Zeitung v. 25.10.1978 (Nr. 246, S. 6); weitere Nachweise bei *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 317 ff. Für die DDR *Grandke*, NJ 1975, 500 und oben 1. Kap. A.II.2. Schweiz: Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 1, 71 f.; USA: Oben 3. Kap. A.III.2.

241 Zum Prüfungsstandard des BVerfG vgl. die Entscheidungen v. 23.10.1951, BVerfGE 1, 14, 52; 19.7.1972, BVerfGE 33, 367, 384; 23.4.1974, BVerfGE 37, 121, 129. Zum insoweit strengeren US-amerikanischen Recht oben 3. Kap. A.II.2.b).

242 29.7.1959, NJW 1959, 1483, 1484. Kritisch zur grundsätzlichen Beachtung „funktionaler Unterschiede“ (zuletzt BVerfG 13.11.1979, EuGRZ 1980, 85, 86 f.) *Baur*, JZ 1959, 443 f.; *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 319.

243 NJW 1980, 9; *Palandt/Diederichsen* § 1671, Anm. 3.

244 A.a.O., 1. Sp. Beifällig *Schlosshauer-Selbach*, SJZ 78 (1982) 74. Die Formulierung „umgekehrte Gleichberechtigung“ ist in sich unlogisch. Richtig zu diesem Punkt *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 318 („umfassendes Differenzierungsverbot“).

ten könnten<sup>245</sup>. In anderem Zusammenhang, aber mit gleicher Tendenz taucht das Gleichberechtigungsargument schließlich bei Gernhuber auf. Ausgehend von einem generellen Vorrang der Mutter für Kleinkinder sieht er die Gefahr einer „nur schwer erträglichen dauerhaften Benachteiligung der Väter“, wenn bei Alterwerden der Kinder und Wegfall der Vorrangvoraussetzungen nicht die Möglichkeit eines Wechsels *ohne* Erreichung der Änderungsvoraussetzungen (§ 1696 BGB) eröffnet werde<sup>246</sup>.

Die ersten beiden Äußerungen übersehen, daß das Gleichberechtigungsprinzip die materiellen Rechtsinhalte nicht unmittelbar berührt. Er statuiert nur die rechtsethische Forderung, daß das Recht, welchen Inhalt es auch immer haben möge, zwischen den Rechtsunterworfenen nur dann differenzieren dürfe, wenn hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich ist<sup>247</sup>. Die bloße Geschlechtszugehörigkeit scheidet nach Art. 3 Abs. 2 GG als sachlicher Grund aus. Würde hieraus das Gebot folgen, Väter und Mütter bei der Sorgeverteilung als gleichberechtigt zu behandeln, so wäre damit doch nicht mehr gesagt, als daß die Rechte beider Eltern am Kind in ihrem Verhältnis zueinander gleichen Rang haben müssen. Es handelt sich nur um das vergleichende In-Beziehung-Setzen der Rechte zweier Elternteile, das die sachliche Zuordnung von *Elternrecht und Kindeswohl* nicht im Grundsatz verändern kann. Anders gewendet: Gleichberechtigung meint Elternrecht, und diesem ist gegenüber dem Kindesinteresse nur ein geringer Spielraum eröffnet.

Das Gleichberechtigungsprinzip erhält konkreten normativen Gehalt immer erst im Hinblick auf einen bestimmten Regelungssachverhalt und die hierfür als wesentlich erachteten Tatbestandsmerkmale<sup>248</sup>. Der Primat des Kindeswohls hat daher *Ausgangspunkt* der Gleichberechtigungsdiskussion in der Sorgerechtsfrage zu sein. Kraft seiner Leitfunktion bestimmt das Kindeswohl, ob und was als „sachlicher Grund“ für eine Differenzierung zwischen den Eltern gelten kann. *Gegen* das Kindeswohl kann der Gleichberechtigungsgrundsatz keine Wirkung entfalten, er kann also nicht gleichstellen, was unter dem Aspekt der Kindesinteressen nicht gleichwertig ist<sup>249</sup>. Unterstellt man mit der herrschenden Rechtsprechung, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kind förderlicher ist als eine

245 OLG Stuttgart 23.7.1956, FamRZ 1957, 27; KG 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 511; OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 575; LG Waldshut 31.1.1973, Justiz 1973, 139; AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597 (vgl. aber unten Fn. 251). Vgl. auch Bay ObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534; *Diederichsen*, a.a.O.; möglicherweise auch *Schwab*, Handbuch Rdn. 206 mit Fn. 20. Ähnlich dem Grundsatz, nicht aber dem Ergebnis nach OLG Hamm 15.11.1979, FamRZ 1980, 487 f. Zur parallelen Argumentation in der DDR mit dem Ziel, die beiderseitige Berufstätigkeit zu fördern, unten bei Fn. 252 f.

246 Familienrecht S. 859.

247 Hierin liegt allerdings schon für sich genommen ein erheblicher Gerechtigkeitswert; anders aber *Esser*, JZ 1953, 525; *Kriele*, Kriterien S. 92 ff.

248 *Hesse*, Grundzüge S. 176 f.; *Kriele*, Kriterien S. 74.

249 Gegen *Diederichsen*, oben Fn. 243; BVerfG 5.11.1980, FamRZ 1981, 124, 126 f.; 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434 f.; LG Bremen 16.12.1976, FamRZ 1977, 402, 404; *Wuppermann*, RdJ 1971, 115; wie im Text *Bienvenu v. Bienvenu* 6 FLR 2460 f. (Fla.App. 1980); Für die Aufgabenverteilung in der Ehegemeinschaft nach § 1356 BGB BVerfG 12.3.1975, BVerfGE 39, 169, 183; 31.5.1978, EuGRZ 1978, 296, 297.

Drittbetreuung<sup>250</sup>, wird man hinnehmen müssen, daß Väter auf Grund der traditionellen und immer noch vorherrschenden Rollenverteilung oft mit einem Handicap in die Kindeswohl-Abwägung gehen<sup>251</sup>.

Wo vom Kindeswohl her gesehen Ungleiches gleich behandelt wird, herrscht nicht mehr das Kindeswohl-Prinzip, sondern es werden Gruppen- oder Gesellschaftsinteressen durchgesetzt. Dies zeigt deutlich das Recht der DDR: In der DDR gehört es zum offiziellen Menschenbild, daß die Bürger produktiv sowie gesellschaftlich aktiv sind und sich ständig weiterbilden (§ 1 Abs. 2 Bildungsgesetz). Die aus derartigen Aktivitäten folgenden Betreuungsmängel für Kinder dürfen deshalb aus gesellschaftspolitischen Gründen nicht ins Gewicht fallen, ebenso nicht die durch überwiegende Betreuung eines weniger aktiven Elternteils hervorgerufene starke Bindung des Kindes an diesen Elternteil. Es komme nur darauf an, daß jeder Elternteil das im Rahmen seiner sonstigen Aufgaben *Mögliche* zur Kindererziehung beigesteuert habe<sup>252</sup>.

Die Nachordnung des Kindes hinter das Interesse an der Vergesellschaftung der Erwachsenen, auch wenn sie Eltern sind, ist offenkundig. Für Sozialisten liegt hierin dennoch keine Verletzung der Kindesinteressen, da Kindes-, Eltern- und Gesellschaftsinteressen letztlich identisch seien<sup>253</sup>.

- 250 BVerfG 14.7.1981, FamRZ 1981, 745, 7549 (II.1.); BayObLG 9.3.1951, 330, 335; KG 2.10.1973, FamRZ 1974, 142, 144; 29.11.1977, FamRZ 1978, 829 f.; OLG Frankfurt/M. 19.3.1954, FamRZ 1954, 21, 23; OLG Hamm 13.9.1977, FamRZ 1978, 262, 264; OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; BG 19.10.1939, BGE II 129, 132; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 15, 16 f.; 10.9.1959, BGE 85 II 226, 231; Robertson v. Robertson, 164 P.2d 52, 55 f. (Cal.App. 1945); In re Alderson, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); In re Lehr 4 FLR 2782 (Ore.App. 1978); Lyckburg v. Lyckburg, 140 So.2d 487 (La.App. 1962); Lines v. Lines, 451 P.2d 914 (Wash. 1969); Wilner v. Wilner, 226 N.E.2d 918, 923 (Ill.App. 1971); Myers v. Myers, 360 A.2d 587, 591 f. (Pa. 1976); einschränkend Salk v. Salk, 393 N.Y.S.2d 841, 844 (Sup.Ct. 1975); gänzlich anders die DDR-Rechtsprechung aus gesellschaftspolitischen Gründen, dazu sogleich Fn. 252. Auf *gesetzlicher* Ebene vgl. das Gesetz über den Mutterschaftsurlaub vom 25.6.1979, BGBl I S. 797; dazu *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 318 f.
- 251 So jetzt auch BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 219; vgl. KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; OLG Oldenburg 2.3.1965, FamRZ 1965, 335; OLG Köln 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 183; OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; LG Karlsruhe 9.8.1973, DAVorm 1974, 625, 626; 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283; Gluckstern v. Gluckstern 155 N.Y.S.2d 504, 507 (Sup.Ct. 1956); In re Alderson, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); vgl. auch OLG Hamm 13.9.1977, FamRZ 1978, 262, 264 f.; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 609; *Treitz* S. 72. Im Hinblick auf den hohen Prozentsatz berufstätiger alleinstehender Mütter sowie die Vielfalt anderer maßgeblicher Faktoren ist es jedoch weit überzogen, davon zu sprechen, daß die Väter „praktisch nie“ das Sorgerecht erhalten könnten, so aber OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 575; OLG Stuttgart 23.7.1956, FamRZ 57.27; LG Waldshut 31.3.1973, Justiz 1973, 139. In „Hausmann“-Fällen kommt der Betreuungsvorrang selbstverständlich dem *Vater* zu, *Hammert v. Hammert*, 239 So.2d 778, 780 (Ala. App. 1970); *Klußmann*, Das Kind S. 29. Allerdings sollte man die Quantität der Betreuungszeit nicht zum ausschlaggebenden Faktor hochstilisieren: Angemessen relativierend OLG Frankfurt/M. 10.2.1982, FamRZ 1982, 531 f.; AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597 f.; *Ell*, ZBlJR 1982, 78 ff.; vgl. unten 6. Kap. bei Fn. 346, 351.
- 252 OG 28.11.1962, JH 1964, 77, 78 f.; 25.1.1968, NJ 1968, 411, 412; 2.2.1971, NJ 1971, 405, 406; 3.8.1971, NJ 1971, 627, 628; 30.4.1974, NJ 1974, 440, 441; 30.9.1975, NJ 1976, 60, 61 f.; StadtG Groß-Berlin 9.3.1966, NJ 1966, 317, 318 (der Mutter wird das Sorgerecht zugewiesen, *obwohl sie nicht* berufstätig ist); BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1971, 629; Lehrbuch Familienrecht S. 27 ff.; *Grandke*, NJ 1975, 501 (der vielfach praktizierte Kompromiß einer Teilzeitarbeit von Müttern wird aus gesellschaftspolitischen Gründen für unbefriedigend gehalten). Zur Berufstätigkeit von Frauen und Müttern in beiden deutschen Staaten vgl. *Helwig*, Zwischen Familie und Beruf (1974), insbes. S. 102 ff.
- 253 Oben 1. Kap. Fn. 24, 58, 59.

Wo hingegen die Bewertung von tatsächlichen Umständen aus der Sicht des Kindesinteresses keinen Vorteil zugunsten des einen oder anderen Elternteils ergibt, hindert die Sperrfunktion des Kindeswohls eine Entfaltung des Gleichberechtigungsgrundsatzes nicht. Das Kindeswohl *fordert* in der Regel sogar seine Durchsetzung, da Differenzierungen zwischen den Eltern, die nicht aus dem Kindeswohl begründet sind, die freie Entfaltungsmöglichkeit der Kindesinteressen einschränken<sup>254</sup>. Unzulässig ist demnach die im Grundsatz unterschiedliche Bewertung mütterlicher und väterlicher Berufstätigkeit<sup>255</sup> oder der unsymmetrische Einsatz moralischer Mißbilligung zu Lasten der Mutter<sup>256</sup>.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich auch die für den Juristen maßgebliche Fragestellung bezüglich des umstrittenen Vorrangs der Mutter bei kleineren Kindern. Lassen sich sachliche Gründe für eine unterschiedliche Qualifizierung mütterlicher und väterlicher Betreuungs- und Erziehungsleistung finden, hat der Vater ein Recht

254 Vgl. den früheren Vorrang des an der Scheidung nicht schuldigen Teils, dazu noch unten bb).

255 Dies ist nicht nur der Fall bei einer Nichtbeachtung der väterlichen Berufstätigkeit. Umgekehrt wird gelegentlich auch die Berufstätigkeit der Mutter stärker als negativer Faktor bewertet als die des Vaters, vgl. BayObLG 17.7.1964, FamRZ 1964, 523, 524; die erstinstanzliche Entscheidung in BG 19.2.1959, BGE 85 II 12, 15. Kritisch dazu *Gabler*, 8 Fam.L.Q. 78 (1974); 98 ALR2d 939 f.; vgl. auch *Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975); *Rossi*, 93 Daedalus 615 ff. (1964), die darauf hinweist, daß die Rolle der Mutter als ausschließliche Kindesbetreuerin erst im Gefolge des Industriezeitalters entstand; dies., 106 Daedalus 22 (1977).

Zutreffend demgegenüber *Lüderitz*, FamRZ 1975, 609: Bei Berufstätigkeit der Mutter bekomme der Vater eine gleiche Zuteilungschance, für beide Eltern müßten dann gleiche Maßstäbe gelten. Ebenso BGH 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe 15.12.1967, FamRZ 1968, 94, 95; OLG Stuttgart 13.12.1974, FamRZ 1975, 221, 222; 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 132 ff.; *Sistrunk v. Sistrunk*, 245 So.2d 845, 847 f. (Miss. 1971); *McCreery v. McCreery* 3 FLR 3181, 3182 f. (Va. 1977); *Chastain v. Chastain*, 8 FLR 2261 (Mo.App. 1982). *Moezie v. Moezie*, Super. Ct.D.C. (1973); in: *Davidson/Ginsburg/Kay* 250, 254; *Logue v. Logue*, 166 A.2d 60, 62 (Pa.Super.Ct. 1960); AppG Tessin 17.8.1978, SJZ 76 (1980) 349. Zur Thematik vgl. auch noch unten Fn. 358; 6 Kap. bei Fn. 351.

Eine Spielart unterschiedlicher Einstufung mütterlicher und väterlicher Berufstätigkeit zeigt sich in der US-amerikanischen Rechtsprechung, wenn es um „trifftige Gründe“ für die Aufhebung eines Wegzugsverbots für den Sorgeberechtigten geht (entsprechend in der Bundesrepublik bei Auswanderungen, dazu im einzelnen unten B.II.2.a), bei Fn. 873 ff.). Berufliche Veränderung wird bei Vätern immer, bei Müttern oft nicht als Grund akzeptiert, *Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 20 (1978).

256 *Brown v. Brown*, 3 FLR 2697 (Va. 1977); zweifelhaft ist auch, ob das OLG Hamm (1.12.1972), FamRZ 1973, 148: sorgeberechtigte Mutter in mittleren Jahren mit 20-jährigem Freund) auch bei umgekehrter Konstellation die Sorgezuteilung geändert hätte. Dagegen *Ackermann v. Ackermann*, 205 A.2d 49, 51 (Pa.Super.Ct.); *Limbach*, NJW 1980, 874. Ausdruck desselben patriarchalischen, keineswegs sittlichen Denkens ist die Ansicht, daß Sittenkonformität für Mädchen besonders wichtig sei, andeutungsweise OLG Karlsruhe 20.2.1976 – 11 W 200/75 – (S. 6 f.).

auf Chancengleichheit<sup>257</sup>, das Kind ein rechtlich geschütztes Interesse an einer unvoreingenommenen Abwägung beider potentieller Teilfamilien am Maßstab seines Wohls<sup>258</sup>. Gibt es aber hinreichende Anhaltspunkte für eine grundsätzlich bessere Qualifikation der Mutter, wehrt die Sperrfunktion des Kindeswohls jedes Gleichberechtigungsdenken ab<sup>259</sup>.

Der Diskussionsrahmen wird weiter eingegrenzt durch bisherige Erkenntnisse des Bundesverfassungsgerichts:

- (1) Die traditionelle Rollenverteilung von Mann und Frau in der Familie scheidet als sachliche Begründung aus<sup>260</sup>;
- (2) natur- und geschlechtsbedingte Unterschiede führen nicht *notwendig* zu einer Differenzierung, sondern nur, wenn sie sich als *wesentlich* für den Regelungssachverhalt erweisen<sup>261</sup>;

257 So auch pointiert für die Frage des „Elternurlaubs“ anstelle des Mutterschaftsurlaubs *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 317 f. Nicht in Widerspruch dazu BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434: Der in § 1705 statuierte Vorrang der nichtehelichen Mutter könne nur beanstandet werden, wenn die These von der besonderen Mutter-Kind-Bindung *nachweislich* falsch wäre. Dort geht es um die *verfassungsgerichtliche Kontrolle* einer Entscheidung zwischen beiden Eltern, die *gesetzlich vor* der Geburt des Kindes getroffen werden *muß*, um das Kind zu schützen.

258 Ein weiterer, rechtlich durchaus beachtlicher Aspekt ist nur anzudeuten: Sind Männer und Frauen als grundsätzlich gleichwertig bei der Kindererziehung anzusehen, haben sie nicht nur gleiches Recht, sondern auch gleiche *Pflicht* zur Übernahme des Sorgerechts. Ein unbegründeter Muttersvorrang eröffnet den Vätern einen bequemen Weg aus der Verantwortung für die Betreuung und Erziehung des Kindes, die insbesondere in der Teilfamilie *auch* mit erheblichen Opfern und Belastungen verbunden ist (an diesem Punkt setzt das Konzept des „dual parenting“ von *Bruch*, 1 Fam.Adv. 22 ff. (1978) ein: Die In-Pflichtnahme des nichtsorgeberechtigten Elternteils zur Entlastung des Sorgeberechtigten; vgl. auch *Hetherington/Cox/Cox*, in: *Reiss/Hoffman*, The American Family S. 120, 141 (Forderung nach gesellschaftlichen Unterstützungssystemen)). Diese Belastung ohne Nachweis sachlicher Fundiertheit als „Frauensache“ abzutun und der Mutter ein gleiches Recht auf Persönlichkeitsentfaltung unter Hinweis auf Art. 6 GG abzuspochen (*Lecheler*, FamRZ 1979, 6 f.; Ehrengleichung der ev. Kirche Deutschlands, FamRZ 1954, 232; kritisch *Gernhuber*, Neues Familienrecht 40 ff.) ist unzulässig und zeugt von einer tiefen Verwurzelung im patriarchalischen Denken.

259 Der gegenwärtige Stand der anthropologischen Diskussion vermittelt keine Gewißheit über die richtige Antwort. Eine Ausnahme mag gelten für die Wahl zwischen den Eltern *im Moment der Geburt*, wie sie das Gesetz vorsorgend in § 1705 BGB zur Verfügung stellt, BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 435.) Grundlegend die Erörterung von *Rossi*, 93 Daedalus 607 ff. (1964); und dies., 106 Daedalus 1 ff. (1977), zunächst aus rationalistischer, dann aus „biosozialer“ Perspektive. Aus juristisch-philosophischer Sicht vor allem *Mikat*, FamRZ 1960, 301 ff. Zu den Konsequenzen für die Rechtspraxis unten 6. Kap. bei Fn. 276, 393, 518; für die verhaltensbiologische Sicht vgl. noch unten Fn. 451, für die Entwicklungspsychologie 6. Kap. bei Fn. 354 ff.

260 BVerfG 29.7.1959, NJW 1959, 1483, 1484; 31.5.1978, EuGRZ 1978, 296, 297; 13.11.1979, EuGRZ 1980, 85, 86 f.; vgl. VG Karlsruhe – V 135/77 –, in: Südd. Zeitung v. 25.10.1978 (Nr. 246, S. 6).

Kritisch zur traditionellen Aufgabenverteilung in der Familie *Giesen*, FamRZ 1977, 598 („ärgertliche und vermessene Selbstverständlichkeit“ väterlicher Einstellung; vgl. demgegenüber aber *ders.*, Festschr. Beitzke S. 225 ff.); *Gernert*, UJ 1978, 405 ff. spricht euphorisch vom „neuen Vater“; für die DDR *Grandke/Kubrig*, Einheit 1965 (H. 11) 18; *Grandke*, NJ 1975, 500 f.; *Robde*, JH 1967, 239 f. = Erziehungsrecht S. 123 ff.

261 BVerfG 29.7.1959 a.a.O.; vgl. OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262.

(3) das Recht darf nicht von typischen Verhältnissen ausgehen, wenn die tatsächlichen Verhältnisse ohnehin aufgeklärt werden müssen oder leicht aufzuklären sind<sup>262</sup>.

Von hier aus ergibt sich schließlich auch die Antwort auf Gernhubers Forderung, den väterlichen Gleichberechtigungsinteressen im Wandel der Kindesentwicklung Rechnung zu tragen<sup>263</sup>. Wäre die Zurückstellung des Vaters bei Kleinkindern gerechtfertigt, konkretisiert die vom Recht bereitgestellte Möglichkeit zu Sorgerechtsänderungen verbindlich die Abgrenzung von Kindesinteresse und Elternrecht im Wandel der Zeit. *Gegen* die dort definierten Kindesinteressen kann sich das Recht des Vaters nicht durchsetzen. Man könnte allenfalls die Änderungsvoraussetzungen selbst als nicht Kindeswohlentsprechend kritisieren<sup>264</sup>.

(2) Einzelausprägungen des elterlichen Gleichberechtigungsinteresses

Es wurde bereits erwähnt, daß dem generellen Interesse der Eltern an Gemeinschaft mit ihren Kindern nur durch Geschwisterteilung oder Aufspaltung der Sorge für ein Kind nachgekommen werden kann. Gelegentlich entscheiden die Gerichte auch ohne entsprechende elterliche Vereinbarung in diesem Sinne<sup>265</sup>.

Für die Geschwisteraufteilung ergibt die Beurteilung aus der Position des Kindes (Leitfunktion), daß der Gerechtigkeitsausgleich zwischen den Eltern (jeder Elternteil soll „etwas“ bekommen) für das Kind einen ausschließlich negativen Aspekt hat: Es verliert die Gemeinschaft mit Geschwistern und gewinnt nichts. Damit wird die Sperrfunktion des Kindeswohls wirksam, d.h. der Gesichtspunkt ausgleichender Gerechtigkeit zwischen den Eltern kann Geschwistertrennungen nicht rechtfertigen. Anders wäre beispielsweise zu urteilen, wenn der im Prinzip besser geeignete Elternteil mit einer größeren Kinderschar allein nicht fertig wird und deshalb die Geschwister getrennt werden. Dem Interesse des besser geeigneten Elternteils, nicht überfordert zu werden, entspricht das Interesse der Kinder an einem erziehungsfähigen, zeitlich wie nervlich zuwendungsfähigen Elternteil. Als Konsequenz wird das Interesse des anderen Elternteils, ebenfalls ein Kind zu bekommen, nicht

262 BVerfG 13.11.1979, EuGRZ 1980, 85, 86 f.; bahnbrechend in den USA Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972) betreffend nichteheliche Väter.

263 Oben bei Fn. 246.

264 Dies meint wohl auch *Gernhuber a.a.O.*, da für ihn Kindesinteressen und Änderungsvoraussetzungen zwei verschiedene Größen sind. Dazu ausführlich unten D.II.

265 Zur Geschwisteraufteilung: In re Dow, 5 FLR 2012 (Ill.App. 1978); die erste Instanz in OG 15.4.1975, NJ 1975, 555, 556; dagegen *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 320; *Gernhuber*, Familienrecht S. 867; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 401; *Treitz* S. 66; *Klußmann*, Das Kind S. 39.

Zur zeitlichen Aufteilung in Form der alternierenden oder gemeinsamen Sorge jetzt § 4600.5 (b) Cal.Civ. Code (oben 3. Kap. Fn. 228, 230 und dort A.V.5.b); zu *Elternvorschlägen* mit derartigen Inhalten vgl. unten C.IV.

von der Sperrfunktion des Kindeswohls ausgeschlossen. Geschwisteraufteilung aus dieser komplexen Erwägung heraus können deshalb zulässig sein<sup>266</sup>.

Geht es um periodische Aufspaltungen der tatsächlichen Sorge für ein einzelnes Kind (bei wechselndem oder gemeinsamem Sorgerecht)<sup>267</sup>, so entspricht dem Wunsch jedes Elternteils, „etwas“ zu bekommen, das Interesse des Kindes am Kontakt mit *beiden* Eltern<sup>268</sup>. Allerdings dient diesem Interesse schon das Institut des Umgangsrechts (§ 1634 BGB)<sup>269</sup>. Sobald die zeitlichen Intervalle bei alternierender Sorge den üblichen Rahmen von Umgangsregelungen überschreiten, gewinnt das Kind zwar die Chance, zwei „volle“ Elternteile zu behalten, läuft aber umgekehrt Gefahr, *keinen* vollen Elternteil zu bekommen und überdies in der für seine Entwicklung wesentlichen Kontinuität der Lebensumstände empfindlich gestört zu werden<sup>270</sup>. Angesichts der Tatsache, daß sich bei der hier unterstellten Sachverhaltsgestaltung die Eltern nicht einmal zu einer Einigung über die gemeinsame Sorgerechtsausübung zusammengefunden haben, scheint die positive Chance des Kindes unreal, die Gefährdung des Kindes hingegen als höchstwahrscheinlich. Bei einer solchen Interessenlage muß dem Richter oder dem Gesetzgeber die Legitimation abgesprochen werden, zugunsten elterlicher Interessen Experimente mit dem Kind zuzulassen<sup>271</sup>.

§ 4600.5 (b) Cal.Civ.Code, der „joint custody“ auch bei nur einseitigem Elternantrag favorisiert<sup>272</sup>, erscheint deshalb als verfehlt. Das Gesetz präsentiert sich zwar als Konkretisierung der Kindesinteressen, verdankt seinen Erlaß aber nicht zuletzt dem massiven Druck der californischen Vaterrechtsbewegung<sup>273</sup>. Da zur Beurteilung der Kindesinteressen bei joint-custody-Arrangements verlässliche Erfahrungswerte noch fehlen<sup>274</sup>, liegt die Vermutung nahe, daß eher

266 Vgl. *Roussey v. Roussey*, 123 A.2d 354 (Md. 1956) (eine entsprechende Regelung der 1. Instanz wurde allerdings aufgehoben, weil die besser geeignete Mutter sich selbst *nicht* überlastet fühlte). Der Konflikt zwischen den Interessen der einzelnen *Kinder* (wer kommt zum weniger geeigneten Elternteil?) ist nicht abstrakt lösbar. Konkret werden sich aber in der Regel rationale Gesichtspunkte finden (Kindeswille, Alter der Kinder etc.).

267 Zu anderen Formen der zeitlichen Aufteilung *Gernhuber*, Familienrecht S. 858 f. sowie unten C.IV.2.

268 Oben A.I.1.c); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1329 ff. (1980).

269 BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424; BGH 13.12.1968, FamRZ 1969, 148, 149; BT-Drucks. 8/2788, S. 53.

270 *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 64 (1969): Ein Kind, das immer hin- und hergeschoben wird, hat keine Basis, auf der es seine Persönlichkeit entfalten kann.

271 *Schwab*, Handbuch Rdn. 187; *Dodd v. Dodd*, 4 FLR 2302, 2303 f. (N.Y.Sup.Ct. 1978); vgl. OLG Karlsruhe 9.5.1980, FamRZ 1980, 1154, 1155; *B. Bodenheimer* in einem Brief vom 7.5.1979 an mehrere Abgeordnete der kalifornischen gesetzgebenden Versammlung. Für einen nicht verallgemeinerungsfähigen Ausnahmefall s. oben R. v. R. (Fn. 223). Aufgespalten wurde dort im wesentlichen nur die rechtliche Sorge, während die tatsächliche Sorge nur dann der Mutter zufiel, wenn der Vater beruflich abwesend war.

272 Oben 3. Kap. Fn. 228; noch weitergehend *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1329 ff. (1980): Vermutung zugunsten joint custody auch in streitigen Fällen (im einzelnen unklar, vor allem in der Abgrenzung zum Umgangsrecht).

273 Vgl. ausführlich unten C.IV.4. im Zusammenhang mit Elternvereinbarungen.

274 Kritisch insoweit *B. Bodenheimer* a.a.O.

das Gleichberechtigungsinteresse der Väter eine Leitfunktion bei der Gesetzesänderung ausgeübt hat<sup>275</sup>.

bb) Das Interesse des ehetreuen Elternteils

Als weiteres Beispiel soll das besondere Interesse des ehetreuen Elternteils dienen, nicht zusätzlich zum Ehepartner, der durch Ehwidrigkeit die Gemeinschaft zerstört hat, auch noch die Kinder zu verlieren<sup>276</sup>. Die Aufhebung des Vorrangs in § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB hat an der materiellen Interessenlage nichts verändert, und die Situation des ehetreuen Elternteils wird jedenfalls in extremen Fällen (offenkundig überwiegende Schuld des anderen Teils, neue Verbindung mit dem Ehebruchspartner<sup>277</sup>) ihren Eindruck auf die Gerichte nicht verfehlen. Da dem Kindeswohl bei der Beurteilung im Rahmen der Sorgerechtsentscheidung die Leitfunktion zukommt, ist jedoch auch hier danach zu fragen, wie sich die Eheverfehlungen des anderen Elternteils aus der Sicht des Kindes darstellen: Haben sie unmittelbar zu Beeinträchtigungen der Betreuung und Erziehung des Kindes geführt?<sup>278</sup> Ist das Kind in seinem Loyalitätsgefühl zum ehetreuen Elternteil verletzt worden<sup>279</sup> oder ist es kompromittierenden Situationen ausgesetzt worden?<sup>280</sup>

Die Sperrfunktion des Kindeswohls verbietet eine Berücksichtigung von Eheverfehlungen, die keine derartigen Auswirkungen auf das Kind gehabt haben und deshalb tendenziell zu einer nicht am Kindeswohl orientierten Sorgerechtsentscheidung führen<sup>281</sup>. Unzulässig ist insbesondere die pauschale Verknüpfung von Eheverfeh-

275 Bezeichnend Developments a.a.O., wo das Elternrecht in der Argumentation nicht dem Kindeswohl folgt, sondern das Verhältnis eher umgekehrt ist.

276 Vgl. oben Fn. 217. *Nicht* erörtert wird an dieser Stelle die moralisch-sittliche Bewertung der Eltern, dazu unten III.

277 Die besondere Härte, daß gerade die „Nebenbuhlerin“ praktisch auch die Kinder bekommen würde, wird insbesondere von den Schweizer Gerichten anerkannt, vgl. BG 11.10.1977, BG 43 II 473, 477; 23.6.1927, BGE 53 II 189, 195; 5.6.1964, ZR 63 N. 117 (S. 281).

278 Cutler v. Cutler, 3 FLR 2287, 2288 (Pa.Super.Ct. 1977); Puttick v. Puttick, 5 FLR 2091 (N.Y.Sup.Ct. 1978); Swain v. Swain, 6 FLR 2030 (Md.App. 1979).

279 In OLG Stuttgart 15.12.1975, FamRZ 1976, 282 hatte z.B. der Vater schon vor der Scheidung dem Kind gegenüber seine bereits im Hause lebende Ehebruchspartnerin als „Mama“ bezeichnet.

280 Es kommt vor, daß das Kind mehr oder weniger unmittelbar Zeuge des ehewidrigen Verkehrs ist, BGH 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG 17.2.1967, FamRZ 1967, 402, 405; Shroul v. Shroul, 356 P.2d 935, 937 (Ore. 1960); Jones v. Jones, 175 N.W.2d 389 (Iowa 1970); Greenfield v. Greenfield, 4 FLR 2136 (Neb. 1977); DeFranco v. De Franco, 5 FLR 2199, 2200 (Ill.App. 1978).

281 Der UMDA und die ihm folgenden Gesetze US-amerikanischer Staaten normieren ausdrücklich: "The court shall not consider conduct of a proposed custodian that does not affect his relationship to the child" (§ 402 Abs. 2 UMDA); vgl. auch Commissioners' Note in 9 ULA 505 (1973), § 4509 Cal.Civ.Code und die moderne Tendenz der US-amerikanischen Rechtspraxis, Saunders v. Saunders, 400 N.Y.S.2d 588, 589 (App.Div. 1977); Moore v. Moore, 4 FLR 2301, 2302 (Ky.App. 1978); J.B. v. A.B., 4 FLR 2307, 2308 (W.Va. 1978); Davis v. Davis, 3 FLR 2396, 2397 (Md. 1977); Bonjour v. Bonjour, 3 FLR 2616 (Alaska 1977); Kester v. Kester, 4 FLR 2023 (S.D.1977); zur traditionellen Behandlung von Eheverfehlungen in Sorgerechtsentscheidungen 23 ALR3d 29 ff. (1969).

lungen und mangelnder Erziehungseignung<sup>282</sup> oder auch nur die Aufstellung einer diesbezüglichen Vermutung<sup>283</sup>. Auch allgemeine „Umsetzungstopoi“ wie der Hinweis auf das elterliche Vorbild oder die Zerstörung der Familiengemeinschaft erweitern den Kreis Kindeswohlrelevanter Tatbestände nicht<sup>284</sup>.

Gleiches gilt für die Berücksichtigung des Schuldgedankens, wenn sie nicht im Interesse des ehetreuen Teils an den Kindern selbst, sondern im Rahmen seiner vermögensrechtlichen Interessen erfolgt. Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 23.4.1980 dem Verschuldensprinzip auf unterhaltsrechtlicher Ebene wieder Wirkungsmöglichkeiten eröffnet<sup>285</sup>. Nach Auffassung des BGH sind Rückwirkungen auf die Sorgerechtsentscheidung selbst nicht ausgeschlossen: „Bei dieser Entscheidung wird das Gericht allerdings im Rahmen des Kindeswohls auch die Belange des unterhaltspflichtigen Elternteils im Auge behalten dürfen“<sup>286</sup>. Im Klartext bedeutet dies, daß das Interesse des ehetreuen Teils, an den anderen keinen Unterhalt zahlen zu müssen, für die Entscheidung über das Schicksal der Kinder beachtlich sein soll<sup>287</sup>. Der BGH stellt von vornherein nicht auf die Auswirkungen des ehewidrigen Verhaltens auf die Kinder ab<sup>288</sup>, sondern bringt das Elterninteresse *als solches unmittelbar* ein. „Im Rahmen des Kindeswohls“ erscheint insoweit als salvatorische Klausel und bedeutet sachlich einen Rückfall auf die alte Regel, daß der Vorrang des schuldlosen Teils gelte, „solange das Interesse des Kindes es verträgt“, also praktisch bis zur Gefährdungsgrenze<sup>289</sup>. Sowohl Leit- als auch Sperrfunktion des Kindeswohls sind außer acht gelassen<sup>290</sup>.

In diese Richtung tendiert auch die Rechtsprechung in der BRD, BGH 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG 6.7.1977, 650, 652 f.; 18.10.1976, FamRZ 1977, 751; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132 f.; aus der neueren Literatur *Finger* S. 307; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 309 f.; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 293. Anders noch *Bosch*, FamRZ 1977, 575, 577 (gravierende Schuld schlage stets auf Sorgeverteilung durch).

Zum Recht der DDR vgl. demgegenüber *Coester*, FamRZ 1977, 219 ff. Für die Schweiz BG 6.11.1912, BGE 38 II 439, 440; 25.9.1970, BGE 96 II 69, 76 f.; OberG Zürich 28.3.1973, SJZ 70 (1974) 282, 283; *Barde*, ZSR 74 (1955) 536 a; *Deschenaux/Tercier* S. 122; *Gygax* S. 12; *Jorio* S. 296; *Haffter* S. 100.

282 Dies ist heute weitgehend unstrittig, vgl. statt aller *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 342 ff. sowie die vorstehenden Nachweise.

283 So *Kemper*, ZBlJR 1977, 413 f. (abschreckend vor allem insoweit, als der *Sozialarbeiter des Jugendamts* folgerichtig angehalten wird, seine Nachforschungen auf ehewidriges Verhalten der Eltern zu erstrecken).

284 Dazu ausführlicher *Coester*, FamRZ 1977, 221; zust. *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 309 f.; zum Gesichtspunkt des elterlichen Vorbilds noch unten 3.d)cc); zur Verknüpfung von Ehezerstörung und Elterneignung vgl. die Argumentation von *Steffen*, ZBlJR 1979, 129.

285 NJW 1980, 1686; dazu *Diederichsen*, NJW 1980, 1672 ff.

286 A.a.O. S. 1688 1. Sp.; vgl in diesem Zusammenhang OLG Hamm 16.9.1980, NJW 1981, 59.

287 Vgl. auch oben bei Fn. 218, 219.

288 Der BGH setzt „Ehetreue“ und Ausharren in der Familiengemeinschaft schlicht gleich (a.a.O. S. 1687). An die Stelle der ohnehin problematischen Schuldfeststellung tritt damit das noch ungenauere Indiz des „Verlassens“, kritisch *Diederichsen* a.a.O. S. 1673; *Limbach*, NJW 1980, 873 f.; dies., 4. DFGT S. 44, 48 ff.; *Derleder*, JZ 1980, 577; *Rebe*, ZBlJR 1981, 78 ff.. Die Bedeutung des „Verlassens“ ist aber ambivalent, nicht nur im Hinblick auf die Eheschuld, sondern auch im Hinblick auf das Kindesinteresse. Differenzierter jetzt BGH 20.5.1981, FamRZ 1981, 752, 753.

289 BGH 7.7.1952, NJW 1952, 1254.

290 Zu Kindeswohlfeindlichen Implikationen der BGH-Entscheidung auch in anderer Hinsicht *Diederichsen* a.a.O. S. 1674. Dennoch im Sinne des BGH, nur noch unreflektierter, BVerfG 14.7.1981, NJW 1981, 1771, 1793.

Dieser Grundsatz ist darüber hinaus aus dem generellen Befriedigungsinteresse des Kindes gefordert. Die öffentliche Austragung der gegenseitigen Vorwürfe der Ehegatten zerstört letzte Reste an Gemeinsamkeit, auf die das Kind dringend angewiesen wäre<sup>291</sup>. Würde dem durch das Zerrüttungsprinzip ausgeklammerten Schulden in der Sorgerechtsfrage Spielraum gewährt, wäre die Scheidungsreform nicht nur sinnlos, sondern bedeutete durch die Verlagerung des Streitschwerpunkts auf die Sorgerechtsfrage eine generelle Verschlechterung des Kindessituation<sup>292</sup>.

Wer hier auf die mögliche Tragik in der Person des ehetreuen Elternteils hinweist, sollte auch eine mögliche Tragik in sein Bewußtsein aufnehmen, die darin liegt, daß ein Kind in seiner psychosozialen Bindungswelt gestört wird oder daß ihm bessere Entwicklungsmöglichkeiten vorenthalten werden, um dem Interesse seiner Eltern zu genügen<sup>293</sup>.

Kommt der Richter hingegen bei kindesorientierter Betrachtung zu dem Ergebnis, daß der ehetreue Elternteil die bessere Platzierungsalternative bietet, dann ist es ihm durch den Primat des Kindeswohls nicht verwehrt, auf das Elterninteresse als zusätzliches Argument für seine Entscheidung hinzuweisen.

## cc) Die elterliche Religionsfreiheit

### (1) Problemstellung

Es ist bereits festgestellt worden, daß das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Eltern, insbesondere ihr Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung und auf Freiheit von staatlichen Bewertungen und Eingriffen der *kindeswohlorientierten* Beurteilung des Richters keine Grenze setzt<sup>294</sup>. Die enge Verknüpfung und die Intimität des Lebens in der Familie lassen eine klare Trennung der Elternrolle und der persönlichen Lebensgestaltung kaum zu. Soweit die Kinder betroffen sind, können deshalb *im Prinzip* auch die privatesten Lebensbereiche der Eltern, z.B. ihr Sexualleben von Bedeutung sein<sup>295</sup>. Eine andere Auffassung wird weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur auch nur diskutiert. Im Verhältnis der Eltern zueinander weicht ihr Recht auf Privatheit deshalb dem Interesse des Kindes an der für es am günstigsten Platzierungsalternative.

Es erscheint hingegen nicht zweifelsfrei, ob diese Abgrenzung auch für solche Interessen der Eltern gilt, die unter *besonderem* positivrechtlichen Schutz stehen. Wegen ihrer besonderen Bedeutung für Sorgerechtsentscheidungen soll die Problematik am Beispiel der Religionsfreiheit erörtert werden. Sollte es sich ergeben, daß die Religionsfreiheit keine materielle Einschränkung des Kindeswohls rechtfertigen kann, wäre die Antwort repräsentativ für alle anderen Rechtspositionen der Eltern,

291 Vgl. oben II.2.c).

292 Vgl. *Glendon*, State, Law and Family S. 273; *Wheeler* S. 25; *Coester*, FamRZ 1977, 221 f.

293 Zur Situation der „gleichgelagerten Verhältnisse“ unten 4.; 6. Kap. C.V.4.

294 Oben I.2.b).

295 Vgl. unten bei Fn. 368.

da die Religionsfreiheit höchstmöglichen Schutz im System des Grundgesetzes genießt<sup>296</sup>.

## (2) Grundsatz des Staatsneutralität

Die rechtliche Ausgangssituation ist in den drei freiheitlich-demokratischen Rechtsordnungen im wesentlichen gleich<sup>297</sup>: Die Freiheit des religiösen Bekenntnisses ist verfassungsrechtlich garantiert<sup>298</sup>, die religiöse Erziehung der Kinder fällt in den allgemeinen Rechts- und Pflichtenkreis der elterlichen Sorge<sup>299</sup> und vertragliche Bindungen des oder der Sorgerechtigten sind unwirksam<sup>300</sup>. Einigkeit besteht in der Sorgerechtspraxis auch über den Grundsatz, daß es nicht Sache des Richters ist, bei unterschiedlichem Bekenntnis der Eltern über die Religionen *als solche* zu urteilen: „Bekenntnisse sind nicht in ihrer besonderen Eignung für das Kindeswohl abzuwägen“<sup>301</sup>. Das Gebot staatlicher Neutralität wird auch gegenüber kleineren religiösen Vereinigungen und Sekten betont<sup>302</sup>.

Eine *Beschränkung des Kindeswohl-Prinzips* könnte in der grundsätzlichen Neutralität der Gerichte nur dann gesehen werden, wenn die Abwägung der Religionen nach ihrem inneren Wert für das Kindeswohl etwas erbringen würde. Für eine solche Abwägung fehlt es jedoch an der Grundvoraussetzung, an staatlich anerkannten

296 Vergleichbar stark aufgebaut wurde das öffentliche und private Interesse an der Nichtdiskriminierung körperlich Behinderter (Elternteil im Rollstuhl) als potentieller Gegenpol zum Kindesinteresse, In re Carney, 5 FLR 2807, 2808 (Cal. 1979). Durch Interpretation der Kindesinteressen wurde jedoch eine echte Kollision vermieden, so daß der Primat des Kindeswohls unangetastet blieb, vgl. In re Levin, 6 FLR 2427, 2428 (Cal.App. 1980).

297 Im politischen System der DDR ist die Religion ein negativer Faktor. Religiöse Kindererziehung disqualifiziert deshalb einen Elternteil bei der Sorgerechtsentscheidung, KreisG Stralsund 14.10.1958, ROW 1959, 81.

298 Art. 4 Abs. 1 und 2 GG; Art. 49 Abs. 1, 2 Schweizer Bundesverfassung; US-Constitution, 1. Amendment.

299 § 2 Abs. 1 RelKEG; Palandt/Diederichsen, § 1 RelKEG, Anm. 2, § 2, Anm. 1 (Anhang zu § 1631 BGB); Art. 303 Abs. 1 ZGB; BG 13.11.1953, BGE 79 II 344, 345; Ackerman v. Ackerman, 205 A.2d 49, 51 f. (Pa. 1964); 66 ALR2d 1413, 1428 ff. (1959).

300 § 4 RelKEG; Art. 303 Abs. 2 ZGB; Stanton v. Stanton, 66 ALR2d 1401, 1408 (Ga. 1957) sowie Anm. ebenda, S. 1432 ff.

301 BayObLG 15.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45; vgl. auch Robards v. Barlow, 5 FLR 2224, 2225 (Mich. 1978); Ripley v. Ripley, 5 FLR 2248, 2249 (Tex.App. 1979). Ob Religionsgemeinschaft des Kindes mit einem Elternteil ein beachtlicher Zuteilungsfaktor ist, wird hingegen in der Bundesrepublik unterschiedlich beantwortet; nicht maßgeblich: BayObLG 29.5.1951, BayObLGZ 1951, 421, 422 f.; 10.8.1961, FamRZ 1962, 32, 34; Finger S. 310; Treitz S. 67 f.; wichtiger Faktor: LG Bad-Kreuznach 12.11.1956, NJW 1957, 915; Möbs S. 87, 93 ff.; Müller-Freienfels, JZ 1959, 344 Fn. 78; Staudinger/Schwöerer, § 1671 Anm. 96; für die Schweiz Egger, Art. 156 Anm. 5. Eine *Abspaltung* der Religionserziehung zugunsten des sonst nichtsorgerechtigten Elternteils kommt allerdings nicht in Frage, BayObLG 28.12.1962, FamRZ 1963, 192; 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 44.

302 BayObLG 26.5.1959, FamRZ 1963, 195, 196; 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45; AG Lahr – X 251/63 –, bei: Uffelman S. 104 f.; Waites v. Waites, 4 FLR 2465, 2466 (Mo. 1978); Robertson v. Robertson, 575 P.2d 1092, 1093 (Wash.App. 1978); Johnson v. Johnson, 3 FLR 2501, 2502 (Alaska 1977); Harris v. Harris, 3 FLR 2414 f. (Miss. 1977); Gluckstern v. Gluckstern, 155 N.Y.S.2d 504, 508 ff. (Sup.Ct. 1956); Quiner v. Quiner, 59 Cal. Rptr. 503 ff. (1967).

oder anererkennungsfähigen Maßstäben für das Wahre und Richtige. Art. 4 GG statuiert nicht die Toleranz eines konfessionell festgelegten Gemeinwesens, sondern erklärt die Religionsneutralität zum Strukturprinzip auch des Staates selbst<sup>303</sup>. Der Richter kann deshalb nicht objektiv beurteilen, welche der in Frage stehenden Religionen „besser“ sei und damit auch „besser“ für das geistige Wohl des Kindes. Das Kindesinteresse steckt nicht zurück am religiösen Freiheitsrecht der Eltern, es *gibt* vielmehr kein feststellbares Kindesinteresse zugunsten der einen oder anderen Religion. Die Religionen als solche sind kindeswohlneutrale Gesichtspunkte, ähnlich wie der grundsätzliche Charakter eines Elternteils. Von diesem Standpunkt aus ist die grundsätzliche Nichtbeachtung des Inhalts von Religionen nicht nur Ausfluß der Glaubensfreiheit, sondern auch des Gebots kindeszentrierter Sorgerechtsentscheidungen.

Besonderer Prüfung bedarf im Rahmen des allgemeinen Neutralitätsgrundsatzes noch die These, daß die Neutralität sich auf die Religionen untereinander (Parität) beschränke, daß die *Religiosität* indessen höher zu bewerten sei als Nichtreligiosität. Nicht neutral in diesem Sinne sind viele US-amerikanische Gerichte. Läßt es ein Elternteil an einer religiösen Unterweisung der Kinder überhaupt fehlen, bekommt der andere Elternteil das Sorgerecht<sup>304</sup>. Gleiches Vorgehen verlangt Giesen<sup>305</sup> von den Gerichten der Bundesrepublik: Neutralität bedeute nicht Indifferenz, so daß der auf christlichen Grundsätzen aufbauende Staat über seine Gerichte für eine nachhaltige Erziehung der Kinder in „einem“ religiösen Glauben eintreten dürfe<sup>306</sup>. Diese Auffassung hängt vom sachlichen Ausdehnungsbereich des Prinzips der Neutralität und Nichtidentifikation ab. Eine grundsätzliche Entscheidung für Religiosität ist Art. 4 GG fremd, geschützt ist auch die negative Glaubensfreiheit<sup>307</sup>. Der Staat selbst baut in seiner objektiven Ordnung zwar auf den Werten „christlich-abendländischer“ Kultur auf<sup>308</sup>, ist aber kein „religiöser“ Staat in dem Sinne, daß über die Blankettklausel „religiös“ alles das staatlich zu bevorzugen wäre, was sich

303 BVerfG 29.7.1959, BVerfGE 10,59, 84; 14.12.1965, BVerfGE 19,206, 216; Hesse, Grundzüge S. 158; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 4 Anm. 21.

304 Ahlman v. Ahlman, 4 FLR 2677 (Neb. 1978); Dean v. Dean, 3 FLR 2293 (N.C.App. 1977). Digby v. Digby, 4 FLR 2604, 2605 (Ark. 1978); Moore v. Smith, 499 S.W.2d 634, 637 (Ark. 1973) Herron v. Herron, 141 N.W.2d 562, 567 (Iowa 1966); 27B CJS, Divorce § 1317, S. 553 f.; vgl. auch Robards v. Barlow, 5 FLR 2224, 2225 (Mich. 1978); Zum älteren englischen Recht insoweit Bates, CILSA 7 (1974) 331 f.; Giesen, Zvgl.RW 70 (1968) 8.

305 Giesen a.a.O. S. 8 f.

306 Nicht klar ist, wieweit Giesen seine These gegenüber Sekten und „exotischen“ Religionen aufrecht erhalten würde.

307 BVerfG 8.11.1960, BVerfGE 12,1,3 f.; 16.10.1968, BVerfGE 24,236, 246; Hesse, Grundzüge S. 157 ff.; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 4 Anm. 67, 77, 78; für die Schweiz Saladin, Festschr. Hinderling S. 207; für die USA Torcaso v. Watkins, 367 U.S. 488, 495 (1961); Welker v. Welker, 129 N.W.2d 134, 137 f. (Wisc. 1964); Bonjour v. Bonjour, 5 FLR 2533, 2534 (Alaska 1979).

308 BVerfG 27.5.1960, BVerfGE 10,340, 343; Maunz/Dürig/Herzog, Art. 6 Anm. 17.

im Gegensatz zu anderen Weltanschauungen als „Religion“ präsentiert<sup>309</sup>. Auch für die Abwägung unter dem Aspekt Religion – Nichtreligion fehlt es deshalb an staatlichen Kriterien, es gilt das gleiche wie im Verhältnis der Religionen zueinander. Eine Bevorzugung des religiösen Elternteils ist deshalb unzulässig<sup>310</sup>.

### (3) Beeinträchtigungen des Kindeswohls

Staatliche Neutralität in Religionsfragen und die elterliche Glaubensfreiheit können im Einzelfall jedoch mit der Verantwortung des Staates für das Wohlergehen und dem Grundrechtsschutz der Kinder kollidieren. So findet auch die religiöse Kindeserziehung eine Grenze an den allgemeinen Kindeschutzvorschriften<sup>311</sup>. Ein Teil der Rechtsprechung hält diese Grenze auch dann für maßgeblich, wenn bei Scheidungen zwischen religionsverschiedenen Elternteilen zu wählen ist: Auswirkungen der Religionslehren oder -ausübung auf das sonstige Wohl des Kindes seien erst dann zu berücksichtigen, wenn sie eine Gefährdung des Kindes bedeuteten<sup>312</sup>.

In differenzierter Form folgt dieser Auffassung der Supreme Court von Maine<sup>313</sup>. Das Gericht fordert ein dreistufiges Prüfungsverfahren: Zunächst sei der Religionsaspekt insgesamt auszuklammern und der im übrigen geeignetere Elternteil zu bestimmen<sup>314</sup>. Nur wenn sich aus der Religion *dieses* Elternteils Probleme ergäben, müsse der Religionsaspekt einbezogen werden. Aber auch hier sei vorab die Eingangsfrage zu beantworten, ob das Kindeswohl eine *Eingriffs-legitimation* bezüglich der Religionsfreiheit liefere. Diese bestehe nur bei unmittelbarer Gefahr erheblicher Art für das Kind. Erst bei Bejahung dieser Frage sei in einem delikaten Abwägungsprozess zwischen Kindesinteresse und Religionsfreiheit des Elternteils einzutreten, wobei eine Lösung im Sinne praktischer Konkordanz anzustreben sei.

Überwiegend unterscheidet man in Scheidungsfällen jedoch zwischen der Religion als solcher und den konkreten Lebensbedingungen, die das Kind bei dem einen oder anderen Elternteil vorfindet. Das „geistliche“ Kindeswohl bleibt außer Be-

309 Zu Neutralität auch gegenüber nichtreligiösen Weltanschauungen *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 4 Anm. 67; zur Nichtidentifikation *Herbert Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S. 178 ff. In den USA verbietet die establishment clause (US-Constitution, 1. Amendment) staatliche Parteinarbeit oder auch nur Förderungen von Religionen, vgl. *Bonjour v. Bonjour* a.a.O.

310 So auch kritische Stimmen in den USA, *Bonjour v. Bonjour* a.a.O.; *Welker v. Welker*, 129 N.W.2d 134, 138 f. (Wisc. 1964); 66 ALR2d 1416 Fn. 15; *Comment*, 81 Dick.L.Rev. 738 f. (1977); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1338 f. (1980). Vgl. *Neubaus*, Ehe und Kinderschaft S. 265.

Vom *Kindeswohl* her gesehen steht in westlichen Zivilisationen heutzutage nicht die Alternative Religion – Nichtreligion im Vordergrund, sondern der Schutz der Kinder vor den Folgen extravaganten und unvernünftigen Glaubens, der durch Dritte oder ihre Eltern an sie herangetragen wird, *Bates*, CILSA 7 (1974) 338. Im einzelnen unten (3).

311 § 3 Abs. 1, 7 RelKEG; *Palandt/Diederichsen*, § 1 RelKEG, Anm. 2 (Anhang zu § 1631 BGB); In re D.L.E., 8 FLR 2437 f. (Colo. 1982).

312 BayObLG 28.12.1962, FamRZ 1963, 192 ff.; AG Lahr – X 251/63 –, berichtet bei Uffelmann S. 104 f.; *Quiner v. Quiner*, 59 Cal.Rptr. 503 (Cal.App. 1967); *Harris v. Harris*, 3 FLR 2414 f. (Miss. 1974: Zu den Ritualen einer Sekte gehörte es, daß Schlangen herumgereicht wurden; das genügte dem Gericht nicht als Kindesgefährdung).

313 *Osier v. Osier*, 6 FLR 2292 f. (Me. 1980) (Zeugen Jehovas).

314 So auch *Blonsky v. Blonsky*, 6 FLR 2545, 2547 (Ill.App. 1980).

tracht. Beeinträchtigungen des Kindeswohls im körperlichen, geistigen oder seelischen Bereich jedoch werden nach allgemeinen Maßstäben festgestellt und negativ gegen einen Elternteil verwertet, auch wenn dieser sie als Gebot oder Konsequenz seiner Religion bezeichnet<sup>315</sup>. Im einzelnen kann das Kind seelisch betroffen sein von der Art der religiösen Erziehung bei einem Elternteil, etwa durch schroffen, das Kind verwirrenden Wechsel seines Bekenntnisses<sup>316</sup> oder durch geistige Überforderung sonstiger Art<sup>317</sup>. Es können aber auch seine allgemeinen Entwicklungsmöglichkeiten und Lebensbedingungen beeinträchtigt sein, vor allem, wenn ein Elternteil einer Sekte angehört, die das Leben ihrer Mitglieder einem strikten Verhaltenskodex unterwirft. Dabei können sich Betreuungsmängel für das Kind ergeben<sup>318</sup>, physische Überforderungen durch dauerndes Herumschleppen bei religiös motivierten Aktivitäten<sup>319</sup> oder auch ernsthafte Einschränkungen der für die Kindesentwicklung notwendigen Lebenseindrücke<sup>320</sup>.

315 BayObLG 26.5.1959, FamRZ 1963, 195, 196; 10.8.1961, FamRZ 1962, 32; für die USA vgl. die Nachweise in 66 ALR2d 1412 Fn. 10-12, 1427 ff. (1959); Ripley v. Ripley, 5 FLR 2248, 2249 (Tex.App. 1979); Bonjour v. Bonjour, 5 FLR 2533, 2534 (Alaska 1979); Developments, 93 Harv.L.Rev. 1339 f. (1980).

316 OLG Freiburg 15.12.1949, JR 1950, 370; BayObLG 29.5.1951, BayObLGZ 1951, 421, 423. Nach Robards v. Barlow, 5 FLR 2224, 2225 (Mich. 1978) soll dies vor allem bei älteren Kindern schädlich sein.

317 BayObLG 26.5.1959, FamRZ 1963, 195, 196; 28.12.1962, FamRZ 1963, 192, 195 (Bekanntmachen eines zehnjährigen Kindes mit beiden Religionen); vgl. dagegen aber BayObLG 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 54 (entsprechende elterliche Toleranz ist *positiv* zu bewerten), ebenso *Treitz* S. 69; vgl. auch *Robertson v. Robertson*, 575 P.2d 1092, 1093 (Wash.App. 1978: Einführung des Kindes in die Religion des Umgangsberechtigten ist vom Sorgeberechtigten hinzunehmen).

318 *Derr v. Derr*, 25 A.2d 769 (Pa. 1942).

319 *Kaufman v. Kaufman*, 69 Mont.Co.L.Rep. 292, 295 (Pa. 1953); vgl. auch *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 174 (1944: Mitnahme des Kindes beim Straßenverkauf von religiöser Literatur löst Kindesschutzgrenze aus).

320 Vgl. *Quiner v. Quiner*, 59 Cal.Rptr. 503 (Cal.App. 1967): Die Sekte der Mutter verbot u.a. jeglichen Kontakt mit Nichtmitgliedern, den Besitz von Spielzeug und Büchern (außer der Bibel) sowie Fernsehen. Auch mit dem Vater durfte das Kind keinen Kontakt haben. Dennoch wurde der Mutter mangels „aktueller Gefährdung“ das (fünfjährige) Kind zugewiesen. Kritisch *Coyne* in: *The Rights of Children* S. 198, 211. Andere Sekten, etwa die Amish people in Wisconsin, lehnen die *Bildung* der Kinder über einem Grundniveau ab, vgl. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972: Kindesschutzgrenze nicht erreicht), dagegen *Tribe*, *Constitutional Law* S. 857, 883 f. unter Hinweis auf die Rechte der Kinder. In vielen Sekten ist auch ein strikt autoritärer Erziehungsstil vorherrschend, vgl. den Bericht über die Hutterer von *Michael Holzach* in *GEO* (1979), S. 74 ff.; *ders.*, *Das vergessene Volk* (1979).

Gar nicht zu erwähnen jene berüchtigten Sekten, denen Gehirnwäsche ihrer Mitglieder vorgeworfen wird, etwa die "Unification Church" ("Moonies") oder die Hare Krishna Sekte. In den USA mehren sich die Fälle, in denen *volljährige* Kinder durch Gerichtsbeschluss wieder unter die Vormundschaft ihrer Eltern gestellt werden, um „deprogrammiert“ zu werden, vgl. die Nachweise bei *Tribe* a.a.O. S. 884. Die – hier nicht zum Thema gehörende – Grenze zwischen Toleranz und Freiheitsschutz ist delikant, vgl. *New York Times v. 16.2.1977*, S. 25 Sp. 1: Auch Jesus wäre – zu seiner Zeit – ein Kandidat für "Deprogramming" gewesen.

In all diesen Fällen besteht kein Zweifel, daß das elterliche Verhalten das Kindesinteresse negativ berührt und deshalb an und für sich in eine kindesorientierte Beurteilung einbezogen werden müßte. Üben die Gerichte dennoch weitgehende Zurückhaltung bis hin zur Kindesschutzgrenze<sup>321</sup>, dann findet der Sache nach der Primat des Kindeswohls eine materielle Grenze an der Religionsfreiheit der Eltern. Das Recht der Eltern, Kinder in der von ihnen zu bestimmenden Religion zu erziehen, hebt sich zwar im Scheidungsfall ebenso gegeneinander auf wie das allgemeine Recht der leiblichen Eltern auf ihr Kind. Das Problem liegt nur darin, daß an seine Stelle das Recht auf grundsätzliche Chancengleichheit tritt<sup>322</sup> und der Gesichtspunkt der Religion hieran nicht von vornherein etwas ändern darf. Dem trägt auch die überwiegende Rechtsprechung Rechnung, aber nur insoweit, als sie die Religionszugehörigkeit als solche für unbeachtlich erklärt. Nun gewährt Art. 4 GG aber nicht nur Schutz gegen unmittelbare Eingriffe in Glauben und Glaubensbetätigung, sondern verbietet auch mittelbaren Zwang zu Gunsten oder zu Ungunsten eines religiösen Bekenntnisses<sup>323</sup>. Es könnte deshalb argumentiert werden, daß insbesondere das Sektenmitglied mittelbarem Zwang dadurch ausgesetzt ist, daß es gegenüber einem andersgläubigen Ehegatten im Scheidungsfall nur dann Aussicht auf sein Kind hat, wenn es seiner Religion entsagt oder deren Geboten im Hinblick auf die Kindererziehung, aber auch zum Teil auf die eigene Lebensführung nicht nachkommt.

Dieser Einwand ist aus der Sicht des Elternrechts zutreffend. Das Gebot der Kindeszentriertheit bei Sorgerechtsentscheidungen erlaubt jedoch nicht, an diesem Punkt stehen zu bleiben. Das Grundrecht des Art. 4 GG ist zwar durch Gesetz nicht beschränkbar, also auch nicht durch § 1671 BGB, wohl aber stößt es verfassungsimmanent auf die Grundrechtsposition des Kindes<sup>324</sup>. Die eigene Glaubensfreiheit des Elternteils gibt ihm nicht die Befugnis, das *Kind* zum Instrument und Objekt seiner religiösen Lebensführung unter Zurückstellung von dessen grundrechtlich geschützten Interessen zu machen. Aus der Sicht des Kindes stehen im Scheidungsfall zwei Elternteile zur Wahl, so daß *Elternrechte*, seien sie auf Art. 6 Abs. 2 oder Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG gegründet<sup>325</sup>, zurücktreten und dem Interesse des Kindes vollen Entfaltungsraum eröffnen. Hat das Gericht zwischen religionsverschiedenen Elternteilen zu entscheiden, ist die Konzentrierung auf das Recht des Kindes, sich im Sinne des Grundgesetzes zu einem freien, selbstverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Menschen entwickeln zu können, nicht nur ein Gebot des Kindeswohls, sondern auch der einzige Weg, staatliche Neutralität zwischen den Eltern und ihren Religionen zu wahren.

321 Oben Fn. 312.

322 Vgl. oben bei Fn. 254.

323 Hesse, Grundzüge S. 157.

324 BVerfG 19.10.1971, BVerfGE 32,98, 107 f.; 11.4.1972, BVerfGE 33,23, 29; 8.2.1977, BVerfGE 44,37, 49 f.

325 BVerfG 16.10.1968, BVerfGE 24,236,246 nennt die religiöse Erziehung auch als Bestandteil der geschützten Religionsausübung.

Die elterliche Glaubensfreiheit setzt der Kindeswohl-Beurteilung deshalb keine absolute oder dem Kindesschutzrecht entsprechende Grenze. Es gilt die für Entscheidungen zwischen den Eltern typische vorverlagerte Beurteilungsgrenze des Rechts<sup>326</sup>.

### 3. Kindeswohl und Gesellschaftsinteresse

#### a) Definition der Gesellschaftsinteressen

Das Interesse der organisierten Gesellschaft an den Kindern ihrer Mitglieder, an der „jungen Generation“ wird in Ost und West anerkannt und ist Grundlage der rechtlichen Ordnung zwischen Familie und Staat<sup>327</sup>. Das Gesellschaftsinteresse beschränkt sich nicht auf den Schutz und die Förderung von Rechten und Interessen der unmündigen Kinder, es begegnet auch in der Form gesellschaftlicher Eigeninteressen. Neben der physischen Reproduktion der Gesellschaft, der sich primär die staatliche Geburtenpolitik annimmt, geht es auch um die Kontinuität der jeweils herrschenden staatlichen Grundordnung<sup>328</sup>, die nur gewährleistet erscheint, wenn die Voraussetzungen dieser Ordnung im Kind angelegt werden: Es sollen „tüchtige Volksgenossen“, „tüchtige Sozialisten“, „tüchtige Demokraten“ heranwachsen<sup>329</sup>. Darüber hinaus könnte die Gesellschaft Interesse an einer gewissen Homogenität mit den ordnungstragenden Normen und Standards im Familien- und Privatbereich haben<sup>330</sup>. So wurde für die DDR festgestellt, daß bei der Sorgerechtsentscheidung *auch* der erzieherische Einfluß der Entscheidung auf die Öffent-

326 Oben 4. Kap. B.II.2.

327 Vgl. Art. 6 GG; § 1 Abs. 1 JWG („gesellschaftliche Tüchtigkeit“); BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584 (Erziehungsziel ist die „eigenverantwortliche Persönlichkeit innerhalb der sozialen Gemeinschaft“, Hervorhebung vom Verfasser); 2. Familienbericht S. VI, VII, IX ff.; Dölle, Familienrecht II, S. 136. In der Schweiz zählt das Kindeswohl deshalb zum *ordre public* (oben 2. Kap. Fn. 69), die elterliche Gewalt wird als „Amt“ oder „Dienst“ im Rahmen der öffentlichen Ordnung angesehen, Hegnauer, Berner Kommentar Art. 273, Rdn. 10; Botschaft des Bundesrats v. 5.6.1974, BBl 1974 II S. 70 (im neuen Kindesrecht noch stärker betont); gegen eine derartige Einstufung für die BRD Reuter, Kindesgrundrechte S. 91 ff.; Gernhuber, Familienrecht S. 707 f. Für die USA: Weinman, 10 L.&Cont. Prob. 728 (1944); Finlay v. Finlay, 148 N.E.624, 626 (N.Y. 1925); Wilkerson/Kroeker S. 275 ff.; vgl. auch die Motive für den gegen Kindesentführungen gerichteten UCCJA, 9 ULA 99 f. (1973, Commissioners' Prefatory Note); Krause, Family Law § 2.4 (S. 25 ff.). Für die DDR vgl. Art. 38 Abs. 4 der Verfassung; FGB-Präambel, S. 1 und §§ 3 Abs. 1 und 2, 42 Abs. 1 und 2 FGB.

328 Howe, 10 Urb./Soc.Change Rev. 15 (1977): "To assure continuity of an ordered society of productive, contributing members".

329 Vgl. oben Fn. 115.

330 Claessens, Familie und Wertsystem S. 173 ff., 177 ff.; Dieckmann, AcP 178 (1978) 300 nennt Staat, gesellschaftliche Gruppen, Schulen, Kirchen und Eltern „Wettbewerber um das Bewußtsein“ der Kinder, es gehe ihnen um „Marktanteile am Bewußtsein der Heranwachsenden“ (299). Zur Bedeutung der Werthomogenität für die rechtliche Ordnungsaufgabe oben 4. Kap. C.I.2.b).

lichkeit ein zu beachtender Gesichtspunkt ist<sup>331</sup>. Nicht unwesentlich ist schließlich auch ein materielles Interesse: Als Erwachsene sollen die Kinder nicht nur sich selbst wirtschaftlich tragen, sondern produktiv die Einlösung des „Generationenvertrags“ ermöglichen<sup>332</sup>.

Die Zweiteilung in Eigeninteresse der Gesellschaft und „Fremdinteresse“, d.h. dem Interesse am Wohlergehen des Kindes als solchem, wird diagonal durchzogen von einer weiteren Unterscheidung, der zwischen rechtlichen und schlichten Gesellschaftsinteressen. Der Staat hat viele materielle Belange der übergreifenden Gemeinschaft positivrechtlich normiert, andere – wie die vorstehenden Beispiele zeigen – verbleiben im politischen oder rein gesellschaftlichen Bereich. Das erwähnte Homogenitätsinteresse z.B. kann rechtliche oder nur gesellschaftliche Qualität haben, je nachdem, um welche Art Norm es sich handelt. Die Abgrenzungsproblematik zum Kindeswohl besteht für rechtliche wie außerrechtliche Gesellschaftsinteressen. Im ersteren Fall geht es um die Interpretation des inneren Rechtssystems, im zweiten Fall um den Raum, den die Kindeswohl-Norm anderen Erwägungen im richterlichen Konkretisierungsakt läßt. Der Stellenwert des Kindesinteresses ist in beiden Fällen prinzipiell derselbe, unterschiedlich ist nur das legitime Eigengewicht der Gesellschaftsinteressen.

#### *b) Grundsätzliches Verhältnis zum Kindesinteresse*

Die Interessen der Gesellschaft können nicht von vornherein und prinzipiell als kindeswohlwidrig eingestuft werden. Das Kind ist nicht nur Mitglied der Familie, sondern auch der übergreifenden Gesellschaft. Als soziales Wesen ist es in vielfältiger Weise auf die Gesellschaft angewiesen, erst indirekt über seine Eltern, mit dem Hinaustreten aus dem Familienbereich, spätestens ab Einschulung zunehmend auch direkt. Als Erwachsener lebt es in einem gegenseitigen Beziehungsgeflecht mit und in der Gesellschaft und profitiert von deren Leistungen und Garantien für das Individuum. Das Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Staat und Einzelnen bzw. Familie wird vor allem in der DDR betont, offensichtlich zur Rechtfertigung der weitgehenden Bindungen und Beschränkungen, die das Recht dem Einzelnen auferlegt<sup>333</sup>. Aber auch unabhängig von derartigen Staatseingriffen besteht die Interdependenz der Interessen auch in anderen Gesellschaftsordnungen – sie bezeichnet eine Grundsituation des Einzelnen in der Gemeinschaft<sup>334</sup>.

331 Oben 1. Kap. B.II.2.

332 *Spiro*, Proceedings ISFL II S. 520; zum entsprechenden Elternterminus *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 274 f.

333 Präambel zum FGB, Abs. 2, 3 und 4; Lehrbuch Familienrecht S 15; *Ansorg*, Leitfaden S. 9; *Halgasch*, NJ 1969, 753. Vgl. aber auch für die Schweiz *Germann*, Methoden S. 166.

334 *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 16. Nicht weiterführend deshalb die Unterscheidung in *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1198 ff., 1326 (1980): Handele der Staat als *parens patriae*, sei er auf den Schutz von Individuen beschränkt. Weitergehende Ziele dürfte er nur unter dem Aspekt der *police power* verfolgen.

Damit ist nicht gesagt, daß auch der weiteren These des sozialistischen Rechts gefolgt werden müßte, wonach zwischen Einzelem, Familie und Gesellschaft eine grundsätzliche *Interessenidentität* bestehe<sup>335</sup>. Der Inhalt dieses einheitlichen Interesses ist nicht eine offenkundige Gegebenheit, sondern unterliegt der Bestimmung und Interpretation durch die Parteiführung, also durch die „Gesellschaft“. Daraus folgt: Das gesellschaftlich vorgezeichnete Interesse gilt als Interesse aller, Individuum und Familie haben sich anzupassen<sup>336</sup>. Der dialektische Kunstgriff der *Interessenidentität* erlaubt es den Sozialisten, dennoch ohne dogmatische Widersprüchlichkeit vom Primat des Kindeswohls zu sprechen<sup>337</sup>.

In freiheitlichen Rechtsordnungen ist nicht die Gesellschaft dem Einzelnen Maßstab, sondern der Einzelne Mittelpunkt der rechtlichen und gesellschaftlichen Ordnung. Der Primat des Kindeswohls in § 1671 Abs. 2 BGB gilt auch gegenüber Gesellschaftsinteressen, er ist insoweit unmittelbarer Ausfluß der verfassungsrechtlichen Zuordnung von Individuum und Staat. *Interessenidentität* besteht deshalb nur zum Teil in dem Sinne, daß das Interesse des Kindes an der Entfaltung seiner Persönlichkeit zur Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverantwortlichkeit<sup>338</sup> das beherrschende gesellschaftliche Interesse in bezug auf das Kind ist: „Das Wohl des Kindes (bildet) den Richtpunkt für den Auftrag des Staates gem. Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG“<sup>339</sup>. Es gibt kein Eigenrecht der Gesellschaft am Kind, das sich nicht vor dem Kindesinteresse zu legitimieren hätte<sup>340</sup>. Ebenso wie das Kind nicht Objekt elterlicher Rechte und Interessen ist, ist es auch nicht Objekt der Gesellschaftspolitik i.S. des „tüchtigen Demokraten“ oder anderer von außen an es herangetragenener Persönlichkeitsinhalte, soweit sie die Grundstruktur des prinzipiell offenen verfassungsrechtlichen Menschenbildes überschreiten<sup>341</sup>. Da andererseits die Verflochtenheit von Kindes- und Gesellschaftsinteressen einen klaren Ausschluß zweiterer nicht zuläßt, erhebt sich die Frage, welche Folgerungen aus dem Primat des Kindeswohls im Rahmen der Sorgeverteilung zu ziehen sind.

335 *Ansorg*, Leitfaden S. 25 f.; Lehrbuch Familienrecht S. 95 f., 209 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 31; *Schubert*, JH 1955, 5; *Mannschatz*, JH 1968, 2 ff.; *Walther/Witte*, Einheit 1966 (H. 10) 1280. Vgl. im einzelnen oben 1. Kap. Fn. 34, 58, 59.

336 Die These von der *Interessenidentität* wird auch in der DDR nicht als realistischer Befund, sondern als (mehr und mehr erfülltes) Postulat verstanden. Abweichungen sind zugunsten des sozialistischen Gemeinschaftsinteresses zu korrigieren, Lehrbuch Familienrecht S. 33.

337 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.1.,2.

338 Dazu oben I.2.a)cc) (1).

339 BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; vgl. auch *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 7 (dtsh. S. 16); *Kritzik v. Kritzik*, 124 N.W.2d 581, 585 (Wisc. 1963); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 57 (1969).

340 Ein solches Recht scheint aber durch bei *Spiro*, Proceedings ISFL II S. 520; *Willoweit*, JuS 1977, 296 f.

341 Vgl. oben I.2.a)cc) (2) (22), bei Fn. 119, 120; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 299 f., 329; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 468; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236, 238 f.; *Giesen*, FamRZ 1977, 594 ff.; *Lecheler*, FamRZ 1979, 4; *Neubaus*, Festschr. Rheinsteins S. 965; *Strätz*, FamRZ 1975, 543; *Wolf/Lüke/Hax* S. 282; *Goldstein/Freud/Sonit*, Beyond S. 7 f. (dtsh. S. 16). *Insoweit* steckt ein richtiger Kern in der Unterscheidung, die in Fn. 334 dargestellt wurde.

c) Die besondere Problematik von Gesellschaftsinteressen

Da die Gerichte als staatliche Organe die maßgeblichen Kindeswohl-Interpreten sind, besteht tendenziell die Gefahr, daß staatliche und gesellschaftliche Eigeninteressen *als solche* überproportionale Berücksichtigung bei Sorgerechtsentscheidungen finden. Die *elterliche* Kindeswohl-Konkretisierung in Gestalt einer Sorgerechtsvereinbarung unterliegt im Hinblick auf kindeswohlwidrige Verfolgung von Elterninteressen der richterlichen Kontrolle. Eine entsprechende Kontrolle bezüglich der Einbringung von Gesellschaftsinteressen durch das Gericht fehlt<sup>342</sup>. Schon die Kontrollierbarkeit wäre allerdings schwierig angesichts zahlreicher Möglichkeiten, Gesellschaftsinteressen als die der Familie oder des Kindes zu formulieren. Insbesondere die „Institution“ oder das „Wesen“ der Familie<sup>343</sup> oder auch schlicht „Art. 6 GG“ können als Generalklauseln zur Projektion von gesellschaftlich Erwünschtem in die „Natur“ oder Rechtsstruktur der Familie dienen. Da das Kind auch Glied der Gesellschaft ist, läßt sich die Homogenität der familiären Verhältnisse mit gesellschaftlichen Vorstellungen auch stets auf abstrakter Ebene als Gebot des Kindeswohls ausweisen<sup>344</sup>. Die Befürchtung staatlicher Indoktrination in Richtung auf totalitäre Erfassung der Familie und des Individuums, die in der Literatur häufig anklingt<sup>345</sup>, ist für die gegenwärtige Situation der Bundesrepublik zwar mit Recht als überzogen bezeichnet worden<sup>346</sup>. Doch kann eine Indoktrination auch darin gesehen werden, daß die Gerichte Homogenität mit den Normen gesellschaftlicher Teilsysteme oder Gruppen durchsetzen auf Gebieten, die nach der rechtlichen Ordnung als wertoffen zu gelten haben. Dies gilt insbesondere für moralische Anforderungen<sup>347</sup>. Es bedarf nicht eines Rückgriffs auf die neuerdings wieder von Kelsen oder Theodor Geiger vertretene These einer strikten Trennung von Moral und Recht<sup>348</sup>, um zu der Feststellung zu gelangen, daß die Moral in freiheitlichen

342 Auch das Jugendamt bringt gesellschaftliche Interessen ein. Nach *Wilkerson/Kroeker* S. 276 ff. ist dies sogar seine spezielle Aufgabe.

343 Vgl. *Wolf/Lüke/Hax* S. 261 f.

344 Typisch die Projektion sittlicher Standards, deren gesellschaftliche Geltung zudem zweifelhaft geworden ist, in die „Institution der Ehe und Familie“, um sodann denjenigen Elternteil zu disqualifizieren, der durch sein Vorbild dem Kind „falsche Vorstellungen“ von dieser Institution vermittelt, dazu unten bei Fn. 382; vgl. auch unten Fn. 706.

345 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 299 f., 329; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 468; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236, 238 f.; *Strätz*, FamRZ 1975, 543; *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond* S. 7 f. (dtsh. S. 16).

346 *Beitzke*, FamRZ 1979, 12; *Happe*, Festschr. Stutte S. 207; vgl. auch *Finger* S. 310; insbesondere ist es unzulässig, den gelegentlichen reformerischen Übereifer der Sachverständigenkommission zum 2. Familienbericht der *Bundesregierung* zuzurechnen. Diese hatte keinen Einfluß auf den Inhalt des Sachverständigenberichts, vgl. ebenda S. 10.

347 Bezüglich sittlich-moralischer Maßstäbe *Markovits*, 24 Stan.L.Rev. 174 f. (1971) (zum Recht der Bundesrepublik im Vergleich zur DDR); *Simitis*, in: *Goldstein/Freud/Solnit*, *Jenseits des Kindeswohls* S. 104 f.; ders., in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 17 ff.; *Simitis* u.a., *Kindeswohl* S. 285, 289 ff. Hierzu im einzelnen unten d.

348 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, S. 60 ff.; *Th. Geiger*, *Über Moral und Recht*, Berlin 1979. *Geiger* vertritt diese These als rechtstatsächlichen Befund sowie als rechtssoziologisches Postulat.

Rechtsstaaten jedenfalls kein alternatives Steuerungsinstrument in der Hand des Staates ist wie in der DDR<sup>349</sup>.

Die Tendenz zur Überbetonung besteht nicht nur bei außerrechtlichen Gesellschaftsinteressen, sondern auch, wenn es um die Wahrung der rechtlichen Ordnung geht, etwa bei der rigorosen Durchsetzung des Ordnungsinteresses beim Vollzug von Sorgerechtsentscheidungen<sup>350</sup> oder bei Reaktionen auf Verstöße der Eltern gegen gerichtliche Auflagen<sup>351</sup>.

349 Zur Situation in der DDR oben 1. Kap. A.II.1.b), IV.3.c). Zum Verhältnis von Moral und Recht vgl. nur *Radbruch/Zweigert*, Einführung in die Rechtsvergleichung S. 12 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie S. 128 ff.; *Kaufmann*, Rechtsphilosophie S. 219 ff.; *Schelsky*, Die Soziologen und das Recht, Opladen 1980, S. 73, 79; *Dreier*, Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt/M. 1981, S. 180 ff.; *Dworkin*, 75 Yale L.J. 986 ff. (1966); ders., 35 U.Chi.L.Rev. 14 ff. (1967); *H.L.A. Hart*, 35 U.Chi.L.Rev. 1 ff (1967); *Sartorius*, 81 Yale L.J. 891 ff., insbes. 910 (1972); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1202 ff. (1980).

Zur *Stabilisierungsfunktion* sozialer Normen und Werte oben 4. Kap. C.1.2.b).

350 Vgl. die Fallgeschichte in *Randall v. Christian* (Nev. 1973), in: *Krause*, Family Law, Cases S. 1081; *Koop v. Koop* (Wash.Super.Ct. 1973), in: *Hunter/Polikoff*, 25 Buff.L.Rev. 695 (1976). Das Prinzip „fiat iustitia et pereat infans“ ist in tragischer Weise im französischen Fall *Fourquet* (1968) verwirklicht worden, *Le Crapouillot* 6 (1969) S. 8 ff. (Der „Vollstreckung“ durch Polizei und Armee gegen den sich verbarrikadierenden Vater erlagen neben diesem zwei Kinder). Richtig demgegenüber BGH 5.2.1975, FamRZ 1975, 273, 276; BayObLG 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536; vgl. auch den extremen Fall OLG Hamm 13.2.1967, FamRZ 1967, 296 ff.

351 Zum Verstoß gegen gerichtliche Umzugs- oder Auswanderungsverbote als Änderungsgrund unten Fn. 892 ff. Beispielhaft zur generellen Abgrenzung von staatlichen Sanktionsinteresse und Kindeswohl *Schuster v. Schuster*, 4 FLR 2812, 2813 (Wash. 1978): „Punishment of the parent for contempt may not be visited upon the child in custody cases. The custody of the child is not to be used as a reward or punishment for the conduct of the parents“. In diesem Sinne hat ein Schweizer Gericht einer californischen Sorgerechtsentscheidung zugunsten der Mutter die Anerkennung versagt, weil sie allein darauf gestützt war, daß der Vater verbotswidrig Californien verlassen hatte: Die Ignorierung der Kindesinteressen verstoße gegen den schweizerischen ordre public, OberG Basel-Land, BJM 1975, 240, 243.

Das muß auch grundsätzlich für alle Fälle der *Kindesentführung* gelten. Das individuelle Kindeswohl verbietet generalpräventive Entscheidungspolitik, wenn dadurch das Kind im Einzelfall Nachteile erleiden muß. Auch bei der Beurteilung der Elterneignung ist die Tatsache der Entführung nur mutmaßlich, nicht pauschal gegen den Entführer einzusetzen. Vgl. OLG Hamburg 24.7.1972, FamRZ 1972, 514, 515 f.; AG Bonn 11.1.1979, FRES 1 (1979) Nr. 0003; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608; *Siebr*, FamRZ 1976, 255 ff. m.w.N.; ders., DAVorm 1977, 220 ff.; *Lang v. Lang*, 193 N.Y.S.2d 763, 771 (App.Div. 1959: “The New York courts can well survive this offense to their dignity; the children should not, however, suffer further offense to their welfare”); *Schofield v. Schofield*, 98 A.2d 437, 443 (Pa.Super.Ct. 1953); In re *Leskovich*, 4 FLR 2429 (Pa.Super.Ct. 1978); sowie schließlich die wegweisenden Artikel von *B. Bodenheimer*, 65 Cal.L.Rev. 978 (1977) und 11 Fam. L.Q. 83 ff. (1977).

Generalpräventiv zu Lasten des konkreten Kindeswohls demgegenüber *Susanne U.N.N. v. O.O.*, 393 N.Y.S.2d (App.Div. 1977: Vierjähriger Aufenthalt jetzt neun- und elfjähriger Kinder beim Entführer, davon 3 1/2 Jahre Verfahrensdauer bis zur zweitinstanzlichen Entscheidung); *Brittain v. Brittain*, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977: Verbergen der Kinder durch den Sorgerechtigten zwecks Vereitelung des Umgangs, Sorgerechtsänderung); ähnlich *Entwistle v. Entwistle*, 4 FLR 2254 f. (N.Y.App.Div. 1978), (vgl. dagegen OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201 f.); *Giordano v. Giordano*, 4 FLR 2693, 2694 (N.

Insgesamt gilt: Das Mißverständnis der Kindeswohl-Norm als inhaltsleere, bestenfalls vage Generalklausel eröffnet Fehltendenzen richterlichen Denkens breiten Wirkungsraum, die schon Hedemann treffend der Generalklauselproblematik generell zugeordnet hat: „Sittenrichter sein, nicht Paragraphenknecht, Kündler von Treu und Glauben! Oder gar ins Politische übertragen: Kündler des Staatsgedankens, Hort einer Weltanschauung. Oder alles zusammengekommen: *oberster Vertreter der Gerechtigkeit!* – Wir sagten es schon: Sehnsucht dorthin ist da . . .“<sup>352</sup>.

Gliedert man den Primat des Kindeswohls auch hier im Sinne einer *Leit- und Sperrfunktion* auf<sup>353</sup>, dann ergeben sich daraus für Gesellschaftsinteressen besondere Grundsätze. Die Leitfunktion lenkt die Aufmerksamkeit auf die *Gesamtinteressenlage* des konkreten Kindes. Dieses ist zwar *auch* Mitglied der Gesellschaft und wird in sie hineinwachsen, dabei handelt es sich aus der Sicht des Kindes aber nur um einen Teilaspekt seiner Existenz. Die Bedeutung des Sozialbereichs „Familie“ ist vor allem für jüngere Kinder wesentlich wichtiger und daneben spielen individuelle Bedürfnisse eine dominierende Rolle. Die Leitfunktion *relativiert* gesellschaftliche Interessen aus dem Blickwinkel und am Maßstab des Gesamtkindeswohls und weist ihnen, soweit sich ein korrespondierendes mittelbares Interesse des Kindes bejahen läßt, einen proportionsgerechten Stellenwert bei der Kindeswohl abwägung zu<sup>354</sup>. Die Sperrfunktion verhindert, daß dabei Gesellschaftsinteressen mit ihrem vollen Gewicht „als solche“ in die Waagschale fallen, sie verbietet ihre überproportionale Berücksichtigung im Vergleich zu sonstigen Interessen des

Y.Sup.Ct. 1978: Vierjähriger Aufenthalt beim Entführer); Nehra v. Uhlar, 4 FLR 2120 (N.Y.App.Div. 1977); vgl. 6 Kap. Fn. 641. Einen anderen Weg als über die Sorgerechtsfrage gehen neuere US-amerikanische Gesetze für den Fall, daß *nach* der Sorgerechtsverteilung der nichtsorgeberechtigte Elternteil das Kind entführt: Ihm drohen empfindliche Freiheits- und Geldstrafen, vgl. die Berichte in 3 FLR 2269 (Connecticut), 2270 (New Mexico) 2225 f. (New York), 2337 und 2422 (Wyoming); 4 FLR 2084 (Wisconsin). Konkrete Anwendungsfälle wurden berichtet in 4 FLR 2532 (Oregon: bis zu 5 Jahren Gefängnis und 2.500 \$ Geldstrafe); 4 FLR 2624 (Californien: 1 Jahr Gefängnis; im gleichen Bericht ist die Rede von 150 ähnlichen Verfahren, die in einer einzigen County Californiens laufen). In der Bundesrepublik greift insoweit § 235 StGB ein. Auch eine deliktische Schadenersatzklage des sorgeberechtigten Vaters gegen die Entführer-Mutter hatte in den USA Erfolg, Lloyd v. Loeffler, 8 FLR 2418 (US Dist.Ct.East Wisc. 1982): Realer und Genugtuungsschaden von zusammen 95.000.- \$. Zu Kindesentführungen vgl. noch unten Fn. 827.

352 Die Flucht in die Generalklauseln S. 71.

353 Im Zusammenhang mit Elterninteressen oben 2.b)cc).

354 Beispielhaft Feldman v. Feldman, 222 N.W.2d 2, 4 (Mich.App. 1974): Das Gericht stellt fest, daß die Mutter in moralischer Hinsicht ein schlechtes Vorbild sei im Vergleich zum Vater, betont dann aber, daß „moral fitness“ nur *ein* Gesichtspunkt sei: “It is important to place the highly prejudicial evidence against plaintiff (die Mutter) in the proper perspective”. Sodann wird der engeren menschlichen Bindung zwischen Kind und Mutter ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Ebenso Saunders v. Saunders, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977) Vgl. auch Krabel v. Krabel, 8 FLR 2249 (Ill.App. 1982): Das „Verhältnis“ der nach Scheidung sorgeberechtigten Mutter wurde aufgewogen gegen das Fehlverhalten des Vaters, der die (6- und 8-jährigen) Kinder gezielt auf dieses Verhältnis orientierte, sie ständig ausfragte und die Mutter herabsetzte.

Kindes. Gerade hier liegt der Hauptfehler der Rechtsprechung<sup>355</sup>, wie sich vor allem dann zeigt, wenn Kindeswohl-Kriterien mit sonst erheblichem Stellenwert in der Praxis neben einem bestimmten Gesellschaftsinteresse plötzlich zur Unwesentlichkeit herabsinken<sup>356</sup>. Darüber hinaus wehrt die Sperrfunktion die Berücksichtigung von gesellschaftlichen Interessen ab, wenn sie dem konkreten Kindeswohl zuwiderlaufen würden oder wenn es sich um Interessen handelt, die schon für sich nicht legitimer Maßstab für staatliche Gerichte sein können. Hierher gehört die Tendenz der Gerichte, die Kinder im Inland zu halten<sup>357</sup> oder eine Beurteilung der Mutterrolle unter gesellschaftspolitischen Gesichtspunkten im Sinne einer Förderung oder Behinderung weiblicher Berufstätigkeit<sup>358</sup>.

Im folgenden sollen diese Grundsätze am Beispiel sittenwidrigen Verhaltens eines Elternteils verdeutlicht werden.

- 355 Hat das Gericht beispielsweise über die Plazierung von drei Kindern (7, 8 und 10 Jahre) zu entscheiden, die zur Mutter wollen, weil der Vater sie oft schlägt und kalt und gleichgültig ihnen gegenüber ist, dann kann man unter der Herrschaft der Kindeswohl-Maxime nicht – wie in *Herron v. Herron*, 141 N.W.2d 562, 567 f. (Iowa 1966) – die gegenteilige Entscheidung damit begründen, daß die Mutter (1) die Kinder nicht zur Kirche führe, (2) vor ihrer Neuheirat mit einem Mann übernachtet habe, (3) in einem anderen US-Staat wohne. Bei wirklich am Wohl der betroffenen Kinder orientierter Betrachtungsweise schrumpfen prima facie schwerwiegende Bedenken gegen einen Elternteil oft auf sekundäre Bedeutung zurück, vgl. z.B. *McKenny v. McKenny*, 5 FLR 2012 (Tex. 1978): Die Mutter, bei der sich das Kind befand, lebte sehr unstetig, wohnte mit einem Freund zusammen und hatte zwei Abtreibungen. Der Vater war neuverheiratet, hatte höhere Bildung, gute wirtschaftliche Verhältnisse und ein Kind aus der neuen Ehe. Das Gericht entschied zugunsten der Mutter. Das Kind sei offenbar glücklich und gesund, sei vom Verhalten der Mutter nicht unmittelbar berührt gewesen und immer gut behandelt worden; der Vater neige hingegen dem Alkohol zu, wobei es häufig zu gewalttätigen Ausbrüchen komme. Vgl. auch unten d)dd).
- 356 Vor allem das Kontinuitätsbedürfnis des Kindes oder der sonst betonte Muttervorrang, OLG München 25.8.1977, FamRZ 1977, 749 f.; KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253 ff.; 4.9.1958, FamRZ 1958, 423; 9.10.1967, FamRZ 1968, 98; OLG Stuttgart 11.4.1956, FamRZ 1956, 190, 191; OLG Hamm 1.12.1975, FamRZ 1976, 284. Auch in den USA verliert die sonst für das Kind als unersetzlich bezeichnete Mutter oft ihre Bedeutung für das Kind, wenn sie gegen die herrschende Moral verstößt, *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 174; *Digby v. Digby*, 4 FLR 2604, 2605 (Ark. 1978); *Tavoletti v. Tavoletti*, 198 A.2d 427, 429 (Pa.Super.Ct. 1964); *Holschuh v. Holland-Moritz*, 292 A.2d 380 (Pa.Super.Ct. 1972); *Bunim v. Bunim*, 83 N.E.2d 848 f. (N.Y. 1949 mit Dissent Fuld, S. 850); kritisch *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977); vgl. auch BG 8.10.1953, BGE 79 II 24 ff.; 5.6.1964, ZR 63 N. 117 (S. 281 r.Sp.). (Hier wiederholt sich in bemerkenswerter Weise die Rechtsgeschichte: Im späteren römischen Recht wurde zwar der *mater familias* eine Sorgerechtigung zugestanden; *mater familias* war aber nur die *notae auctoris femina*, die Frau von tadellosem Ruf, *Wacke*, FamRZ 1980, 207). In der DDR tritt die sonst betonte Moral zurück, wenn ein politisches Gefälle zwischen den Eltern erkennbar wird, OG 17.9.1957, NJ 1958, 34, 34; BG *Subl* 28.8.1956, Schöffe, 1957, 95 f.; KreisG Hoyerswerda 24.3.1960, Unrecht als System IV S. 192.
- 357 Vgl. oben Fn. 133; OLG München 6.2.1981 – 26 WF 534/81 –.
- 358 Zum Aspekt der Berufstätigkeit und Gleichberechtigung vgl. oben bei Fn. 252 ff.

d) *Sittliche Maßstäbe in Sorgerechtsentscheidungen*

aa) Fragestellung

Es wurde bereits angedeutet, daß die Sittenordnung für die Gerichte der Bundesrepublik traditionell eine wichtige Rolle bei Sorgerechtsentscheidungen gespielt hat<sup>359</sup>. In den übrigen Rechtsordnungen sieht es allerdings nicht grundsätzlich anders aus<sup>360</sup>. Die Anlegung und Sanktionierung sittlicher Maßstäbe bei der Beurteilung der Eltern wirft zwei Grundfragen auf. Die erste, um die es hier *nicht* geht, ist auf die Legitimität eines sittlichen Wertes im Rahmen einer Rechtsentscheidung gerichtet, d.h. auf die Frage, ob eine sittliche Norm des behaupteten Inhalts tatsächlich besteht und ob sie grundsätzlich von staatlichen Gerichten durchgesetzt werden darf.

Nur in einem engen Kernbereich ist die Sittenordnung Bestandteil des objektiven Rechts, und auch insoweit nur in Grundwerten<sup>361</sup>, die nicht ohne Rücksicht auf andere Grundwerte der Rechtsordnung (z.B. freie Persönlichkeitsentfaltung, Glaubensfreiheit) in Einzelfolgerungen umgesetzt werden können. Die Interpretation des „Sittengesetzes“ in Art. 2 Abs. 1 GG als rezipierende Verweisung auf einen verbindlichen, unveränderlichen und auch für den einfachen Gesetzgeber nicht dispositiven Normenbestand, der die überkommenen Sittenvorstellungen zum Inhalt hat<sup>362</sup>, beruht offensichtlich auf einem positivistischen Mißverständnis. Im ge-

359 Oben Fn. 347.

360 Für die USA vgl. *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 61 (1969). In der DDR hat die sozialistische Moral die christliche Moral verdrängt, vgl. oben 1. Kap. A.II.1.b), IV.3.c). Inhaltlich hat sie in sittlicher Hinsicht allerdings die Grundsätze traditioneller bürgerlicher Moral übernommen, vgl. die von *W. Ulbricht* formulierten „Zehn Gebote“, oben 1. Kap. Fn. 52.

361 Das „christlich-abendländische Vorstellungsbild“ von Ehe und Familie ist zwar Anknüpfungspunkt von Art. 6 GG (BVerwG 27.5.1960, BVerwGE 10,340, 343; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 6, Anm. 14, 17; *Beitzke*, in: *Neumann/Nipperdey/Scheuner II*, S. 211), aber nur soweit die unverzichtbaren Grundelemente dieses Bildes betroffen sind. Der solcherart rezipierte Kernbereich ist eng (*Maunz/Dürig/Herzog* a.a.O., Anm. 17, noch enger *Gernhuber*, Familienrecht S. 37) und erfaßt keinesfalls einzelne Verhaltensmaßstäbe für das Ehe- und Familienleben (*Gernhuber* a.a.O.; zur Neutralität des staatlichen Rechts generell *Hesse*, Grundzüge S. 65 f.).

362 So OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622. Für die Gegenposition *Löw*, Die Grundrechte S. 120: Die „Rechte anderer“ und das „Sittengesetz“ sind als Schranken der allgemeinen Entfaltungsfreiheit insoweit beachtlich, *als sie bereits in die geltende Rechtsordnung eingearbeitet sind*; vgl. auch *Henkel*, Rechtsphilosophie S. 149 ff. Nicht notwendig dazu im Widerspruch BVerfG 10.5.1957, BVerfG 6,389, 433 f.; *Nipperdey*, in: *Bettermann/Neumann/Nipperdey*, Die Grundrechte 4/2 S. 819; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, Grundgesetz, Art. 2 Rdn. 13: Demnach sollen zwar tatsächlich die (allerdings *jeweils*) herrschenden Moralvorstellungen das „Sittengesetz“ inhaltlich konkretisieren. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ging es aber um die verfassungsrechtliche Legitimation für eine *positivrechtliche Norm des einfachen Gesetzgebers* (§ 175 StGB), nicht um den unmittelbaren Durchgriff des Richters auf vorgebliche überpositive Normen.

samt den übrigen Bereich handelt es sich um Normen und Standards ausschließlich der gesellschaftlichen Sphäre<sup>363</sup>, die in einem offenkundigen Wandlungsprozeß begriffen sind<sup>364</sup>.

Die zweite Frage betrifft die Wirkungsmöglichkeiten eines als *grundsätzlich legitim unterstellten* Gesellschaftsinteresses an der Aufrechterhaltung sittlicher Ordnungsvorstellungen im Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen. Sein Stellenwert ist festzulegen im Spannungsfeld zwischen dem Elterninteresse an persönlicher Integrität, dem Kindesinteresse an einer Beurteilung der Eltern, soweit ihre Elternqualität betroffen ist, und dem vorgenannten Gesellschaftsinteresse, das tendenziell einen weitergehenden Zugriff auf die elterliche Persönlichkeit impliziert.

bb) Das Erfordernis der Kindbetroffenheit

Der Primat des Kindeswohls in seiner Sperrfunktion und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Eltern führen vorab zu dem Grundsatz, daß eine *kindeswohlunabhängige* Elternberurteilung nicht zulässig ist<sup>365</sup>. Den Gerichten ist dieser Grundsatz nicht selbstverständlich, sie neigen häufig zu umfassenden Würdigungen der elterlichen Persönlichkeiten, ohne daß ein Zusammenhang mit dem Kindeswohl deutlich gemacht würde. Dies gilt vor allem für Aussagen zum „Charakter“ der Eltern<sup>366</sup>, die

- 363 Das in der Vorstellung einer einheitlichen gesellschaftlichen Sittenordnung implizierte Schichtenproblem wird in der Regel nicht gesehen, wird sich aber mit dem Anwachsen des Bevölkerungsteils, der aus fremden Kulturkreisen stammt, unausweichlich stellen. In der heterogenen Gesellschaft der USA sind gesellschaftliche Verhaltensstandards besonders fragwürdig, vgl. *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1304, 1307 f. (1974). Der Rekurs auf eine normative materiale Ethik (vorstehende Fn.) „erspart“ eine Auseinandersetzung mit den realen gesellschaftlichen Vorgängen.
- 364 BGH 22.7.1969, NJW 1969, 1818, 1819; 8.1.1978, FamRZ 1979, 113; 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407; BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 f.; vorsichtig OLG Köln 30.6.1976, FamRZ 1977, 62, 63 (eheähnliches Zusammenleben sei „nur derzeit“ ohne ausschlaggebende Bedeutung); S. v. J., 367 N.Y.S.2d 405, 407 f. (Sup.Ct. 1975); *Jarrett v. Jarrett*, 4 FLR 2813, 2814 (Ill.App. 1978); *Torrance v. Torrance*, 1 FLR 2456, 2457 (Dist.Ct.Minn. 1975); *Marr. of Walter*, 557 P.2d 57 f. (Ore.App. 1976); *In re Wellman*, 6 FLR, 2544, 2545 (Cal.App. 1980); OberG Zürich 28.3.1973, SJZ 70 (1974) 282, 283.  
Zum Wertewandel insbesondere in den USA *Glendon*, 62 Va.L.Rev. 688 ff. (1976). Vom Standpunkt materialer, inhaltlich konservativ definierter Sozialethik aus handelt es sich dabei nicht um einen „echten sittlichen Wandel“, sondern um „sittlichen Verfall“ im Verlauf einer „von erkenntnistheoretischem Skeptizismus durchsetzten und von pornographischen Einflüssen mitgeprägten öffentlichen Diskussion über Wertfragen“ OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622.
- 365 OLG Stuttgart 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283; *Gernbuber*, Familienrecht S. 867; vgl. auch *Marr. of Walter*, 557 P.2d 57 f. (Ore.App. 1976); *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 507, 510 ff. (App.Div. 1974): Soweit das Kindeswohl nicht betroffen ist, bildet der verfassungsrechtlich geschützte Privatbereich der Eltern eine Grenze für die richterliche Beurteilung; *In re Lillie B.*, 6 FLR 2846 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Blee v. Blee*, 5 FLR 2493 (N.Y.Sup.Ct. 1979); *Haskell v. Haskell*, 5 FLR 2734, 2735 (S.D. 1979); *In re Wellman*, 6 FLR 2544, 2545 (Cal.App. 1980); *Cleeton v. Cleeton*, 6 FLR 2077 (1980); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1343 (1980). Ein gesetzliches Beispiel für diesen Grundsatz: Sec. 602 (b) Ill. Marr. and Dissolution of Marr. Act.
- 366 BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 168; OLG Hamm 13.2.1967, FamRZ 1967, 296, 298; OLG Karlsruhe 14.10.1965, FamRZ 1966, 108, 109; *Möbs* S. 104.

sich in den einzelnen Fällen nicht nur als unangebracht<sup>367</sup>, sondern in aller Regel auch als überflüssig für das konkret erreichte Ergebnis erweisen.

Damit ist für die Praxis allerdings noch nicht viel gewonnen, da das demnach entscheidende Kriterium der *Kindbetroffenheit* in seiner Bedeutung unklar ist. Unproblematisch sind Schlußfolgerungen nur für die Extreme möglicher Fallgestaltungen: Das sittenwidrige Verhalten hat unmittelbare Auswirkungen auf das Kind – oder es hat überhaupt keine. Im ersteren Fall ist es nicht die Sittenwidrigkeit als solche, die in der Kindeswohl-Abwägung eine Rolle spielt, sondern die konkreten Auswirkungen: Betreuungsmängel, seelische Schädigungen des Kindes oder anderes<sup>368</sup>. Die solcherart konkret festgestellten Kindeswohl-Beeinträchti-

367 Abgesehen von der rechtlichen Unzulässigkeit sollten sich Richter nicht anmaßen, auf der Grundlage der im Prozeß erworbenen Kenntnisse den Gesamtcharakter einer Persönlichkeit beurteilen zu können, z.B. mit schwerwiegenden Disqualifikationen wie labil, eigen-süchtig, entscheidungsunfähig, lieblos etc., vgl. insbesondere BG 10.9.1959, BGE 85 II 226, 228 ff. (nach Sachverständigengutachten); Stamper v. Stamper, 3 FLR 2541 f. (Cir. Ct. Mich. 1977).

368 In bezug auf Eheverfehlungen vgl. im einzelnen oben bei Fn. 278 ff. Die Frage nach derartigen unmittelbaren Auswirkungen steht auch bei fortbestehenden sittenwidrigen Verhältnissen beim potentiell Sorgberechtigten im Vordergrund. Das BayObLG (6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653) prüft die unmittelbare Betroffenheit des Kindes unter folgenden, im konkreten Fall nicht festzustellenden Gesichtspunkten: (1) Dauerndes Zusammenleben mit Partner? (2) Unsittlichkeiten vor dem Kind? (3) Betreuungsmängel? (4) Seelische Bedrängnis des Kindes? (Ob abseits einer seelischen Bedrängnis des Kindes Punkt (1) eine eigenständige Rolle spielt, brauchte das BayObLG nicht zu entscheiden). Ähnlich auch In re Burrell, 5 FLR 2534, 2535 (Ohio 1979); Blee v. Blee, 5 FLR 2493 f. (N.Y. Sup. Ct. 1979); Feldman v. Feldman, 358 N.Y.S.2d 507, 510 ff.; (App. Civ. 1974); S.v.J., 367 N.Y. S.2d 405, 408 f. (Sup. Ct. 1975); Marr. of Walter, 557 P.2d 57 f. (Ore. App. 1976); Bonjour v. Bonjour, 3 FLR 2616 (Ala. 1977); Myers v. Myers, 360 A.2d 587, 590 (Pa. 1976); OberG Zürich 23.8.1973, SJZ 70 (1974) 282, 283; Jorio S. 296 ff. Speziell für *homosexuelle Elternteile*: LG Hamburg 27.12.1976 – 1 T 119/1976 –, S. 12 ff.; DiStefano, 401 N.Y.S.2d 636 (App. Div. 1978); Anonymous v. Anonymous, 4 FLR 2124 (N.Y. Sup. Ct. 1977); In re Hatzopoulos, 4 FLR 2075 (Juv. Ct. Col. 1977); A.v.A., 514 P.2d 358, 360 (Ore. 1973); Matter of J.S.&C., 324 A.2d 90, 93 f. (N.Y. 1974); Armanini v. Armanini, 5 FLR 2501 (N.Y. Sup. Ct. 1979); Werneburg v. Werneburg, 6 FLR 2280, 2281 (N.Y. Fam. Ct. 1980); Smith v. Smith, 5 FLR 2450, 2451 (Mich. Cir. Ct. 1979); Hall v. Hall, 5 FLR 2543 (Mich. Cir. Ct. 1979); 6 FLR 2537 (Mich. App. 1980); Kallas v. Kallas, 6 FLR 2659, 2660 (Utah 1980); Nadler v. Superior Court, 63 Cal. Rptr. 352, 354 (Cal. App. 1967); Jacobson v. Jacobson, 8 FLR 2154 f. (N.D. 1981: ausschlaggebend bei sonst gleichgelagerten Verhältnissen). Für *transsexuelle Elternteile*: Randall v. Christian, (Nev. 1973); in: Krause, Family Law, Cases S. 1081. Zur Unsittlichkeit vor dem Kind vgl. oben Fn. 287. Als Auswirkung selten erwähnt ist die Möglichkeit, daß das Kind von der Mißbilligung durch die gesellschaftliche Umwelt mitbetroffen ist, Jarrett v. Jarrett, 4 FLR 2813, 2814 (Ill. App. 1978); LG Hamburg 27.12.1976 a.a.O.: Beide Gerichte räumen diesem Gesichtspunkt jedenfalls in der Gesamtabwägung keine wesentliche Bedeutung ein (anders M.J.P. v. J.G.P., 8 FLR 2217 f. (Okla. 1982): *Deshalb* Sorgerechtsänderung). Weiterhin ist denkbar, daß der Elternteil seine sexuellen Interessen dem Kindeswohl überordnet (Hall v. Hall a.a.O.) oder das Kind durch wechselnde Beziehungen und ein unstetes Leben verwirrt, Bornt v. Janse, 6 FLR 2293, 2294 (N.Y. Fam. Ct. 1980); DeFranco v. DeFranco, 5 FLR 2199, 2200 (Ill. App. 1978).

Das gleiche gilt für alle anderen Formen elterlichen „Privatverhaltens“, etwa auch die Gewalttätigkeit gegenüber dem anderen Ehegatten, Williams v. Williams, 8 FLR 2336 (Ill. App. 1982).

gungen werfen bezüglich ihrer Abwägung im Rahmen der sonstigen Kindesinteressen keine grundsätzlichen Probleme auf.

Fehlen konkrete Auswirkungen auf das Kind überhaupt (das Kind weiß und sieht nichts vom elterlichen Verhalten), dann könnte *kindesorientiert* nur noch argumentiert werden, daß das Kind als Glied auch der Gesellschaft generell an deren Interesse teilhat. Das kann den Blick aber nicht davon ablenken, daß das Konfliktfeld ausschließlich zwischen Gesellschaft und Elternteil besteht und die Kindespersönlichkeit keine Rolle spielt<sup>369</sup>. Nun liegt die normative Funktion des Kindeswohl-Maßstabs aber gerade darin, den Richter auf die Persönlichkeit des Kindes und seine konkrete Situation als maßgebliche Grundlage der zu treffenden Sorgerechtsentscheidung hinzuweisen<sup>370</sup>. Angesichts der generellen Tendenz staatlicher Gerichte, Gesellschaftsinteressen zu wahren, würden diese in der Praxis die Leitfunktion übernehmen. Das Kindesinteresse wäre nur Legitimationsformel für staatliche Intervention in den Privatbereich, die Sorgeverteilung würde zum bloßen Anlaß der Disziplinierung von Erwachsenenverhalten<sup>371</sup>. Sittenwidriges Verhalten eines Elternteils ohne Auswirkungen auf das Kind müssen deshalb in Sorgerechtsentscheidungen außer acht bleiben.

#### cc) Mittelbare Betroffenheit des Kindes

Kindbetroffenheit setzt also voraus, daß sittliche Wertmaßstäbe der Gesellschaft *im* Kind gefährdet oder verletzt sind. Da Fälle gezielt unsittlicher Erziehung von Kindern selten sind, liegt das Hauptproblem in der *mittelbaren* Betroffenheit des Kindes.

Diese wird vor allem auf zwei Wegen begründet: Zum einen soll das sittenwidrige, zumeist auch ehewidrige Verhalten eines Elternteils ein *Indiz* sein für seine geringere Erziehungseignung. Zum zweiten soll das sittenwidrige Verhalten selbst über die Vorbildfunktion des Elternteils auch das Kind betreffen.

Bezüglich der Indizwirkung sitten- und ehewidrigen Verhaltens ist zu differenzieren. Ein pauschaler Rückschluß auf die *gesamte* Erziehungseignung, wie er in der älteren Rechtsprechung für möglich gehalten wurde (auch als Begründung für den

369 Insoweit zutreffend *Gernhubers* Bemerkung, daß das Wohl des Kindes und sittlich-moralische Beurteilung der Eltern „inkommensurable Maßstäbe“ seien, Familienrecht S. 867; vgl. Fort v. Fort, 7 FLR 2750 (Mass.App. 1981).

370 Oben 4. Kap. C.II.2.

371 Bedenklich etwa die Äußerung *Spiro*, Proceedings ISFL II S. 520 f.: Das Kindesinteresse sei *Ausgangspunkt* und *Basis* der Staatskontrolle, diese erfolge im Kindes- und gesellschaftlichen Eigeninteresse. Fragwürdig sind darüber hinaus Formulierungen, die auch nur den Eindruck erwecken, elterliche Berechtigung im Scheidungsfall sei an ein gesellschaftliches Wohlverhalten geknüpft, etwa OLG Karlsruhe 20.2.1976 – 11 W 200/75 –, S. 6: „Der Elternteil, der das Kind für sich beansprucht, muß auch nach seiner Persönlichkeit die Gewähr bieten, das Kind seelisch und geistig richtig zu leiten“. Für die Parallele: Politische Konformität in der DDR – sittliche Konformität in der Bundesrepublik als Voraussetzung der Sorgeberechtigung sollten nicht einmal Ansatzpunkte geboten werden.

Vorrang des schuldlosen Elternteils in § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB<sup>372</sup>, wird heute ernsthaft nirgends mehr vertreten<sup>373</sup>. An seine Stelle ist die Forderung getreten, daß Rückwirkungen auf die Erziehungseignung konkret belegt sein müßten<sup>374</sup>. Bedenken gegen die Erziehungseignung im *Teilbereich* der sittlich-moralischen Wertvermittlung sind jedoch nicht gleichermaßen einfach zu widerlegen. Insoweit geht die Frage nach einer Indizwirkung sittenwidrigen Verhaltens allerdings im wesentlichen in der Vorbildproblematik auf, die deshalb im folgenden zu erörtern ist.

Seine stärkste Betonung findet der Gesichtspunkt des elterlichen Vorbilds im Recht der DDR. Schon § 42 Abs. 2 S. 2 FGB hebt das eigene Vorbild der Eltern als wesentlichen Erziehungsfaktor hervor. Die juristische und pädagogische Literatur<sup>375</sup> weist darauf hin, daß nicht so sehr gezielte Erziehungsmaßnahmen als vielmehr die Gesamtheit des Familiengeschehens das Kind prägen<sup>376</sup>. Das elterliche Vorbild sei für das Kind deshalb wichtig, „eben weil es aus dem Erleben elterlichen Verhaltens die ersten Normen und Prinzipien seines eigenen Verhaltens schöpft“<sup>377</sup>.

Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine spezifisch sozialistische Sicht des Familienlebens, sondern um Hervorhebung eines wissenschaftlich und gesellschaftlich seit langem und universal anerkannten Prinzips der kindlichen Entwicklung<sup>378</sup>. Das Vorbildargument in Sorgerechtsentscheidungen baut auf diesem psychologischen und pädagogischen Faktum auf und fordert von dem elterlichen Verhalten Konformität mit den im Kind zu verwirklichenden Werten. In der DDR liegt hier eine Einbruchsstelle für eine breite und prinzipiell unbegrenzte Erforschung der Einstellung und des Verhaltens der Eltern, hauptsächlich unter politisch-ideologi-

372 Vgl. nur BGH 25.6.1952, BGHZ 6,342, 344; 4.5.1957, FamRZ 1957, 252, 253; OLG Celle 25.2.1947, MDR 1947, 154; OLG Hamm 6.2.1948, MDR 1948, 217; BG 11.10.1917, BGE 43 II 473, 477; 19.2.1959, BGE 85 II 12 ff.; OberG Zürich 17.2.1964, ZR 63 N. 117; C.App.Ticino 29.5.1962, Rep. 95 (1962) 159; Egger Art. 156 Rdn. 7; 23 ALR 3d 30 f. (§ 4b) (1969) m.w.N.

373 Dagegen vor allem Müller-Freienfels, JZ 1959, 342 ff.; Foster/Freed, 11 Fam.L.Q. 329 (1977-78). Bedauerlich der unreflektierte „Rückfall“ in BVerfG 14.7.1981, NJW 1981, 1771, 1773 – als hätte es nie eine Diskussion zum Schuldkriterium bei der Sorgeverteilung und eine Reform des § 1671 BGB gegeben!

374 Oben Fn. 281.

375 Wegen der Erziehungsfunktion des sozialistischen Rechts (oben 1. Kap. IV.3.b)) sind diese beiden Wissenschaftszweige in der DDR eng verflochten.

376 FGB-Kommentar, § 25 Anm. 2.2.3.; Güldner, JH 1967, 61, 82; Mannschatz, Schöffe 1979, 135; Scharnborst, JH 1970, 71, 74; vgl. auch OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 8; Jung, NJ 1980, 487.

377 Walther/Witte, Einheit 1966 (H. 10) 1282; vgl. zum ganzen auch Brümmer S. 40 f., 47, 56. Grandke/Orth/Rieger, NJ 1980, 400 heben als bedauerlich hervor, daß die Eltern in ihrem Streit oft die Vorbildfunktion des anderen Elternteils zerstören, indem sie ihn negativ darstellen.

378 Die Psychologie spricht von den Eltern als „Identifikationsmodelle“ für die Kinder, Lempp, Ehescheidung S. 8. Lempp/Röcker, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 26; vgl. auch Mitscherlich, Vaterlose Gesellschaft S. 74, 152, 227; Lebr, Die Rolle der Mutter S. 129; Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie S. 391 (der daraus folgert, die Familie sei „der psychologische Agent der Gesellschaft“).

schen Gesichtspunkten<sup>379</sup>. Die Inhalte der geforderten Vorbildlichkeit sind jedoch austauschbar, so daß über diesen Aspekt auch sittliche Maßstäbe eingebracht werden können<sup>380</sup>. Üblicherweise wird argumentiert, daß das Vorleben eines von der Sittenordnung nicht gebilligten Verhaltens geeignet sei, die sittlichen Vorstellungen des Kindes von Ehe und Familie in bedenklicher Weise zu verwischen<sup>381</sup>; daß dem Kind insoweit „falsche Vorstellungen“ und nicht die „richtigen sittlichen Wertmaßstäbe“ vermittelt würden<sup>382</sup>.

Eine kritische Betrachtung dieser Rechtsprechung vom Kindesinteresse her zeigt die Begrenztheit des Vorbildkonzepts. Ein pauschaler Zugang zu der Persönlichkeit und dem persönlichen Verhalten der Eltern wird dadurch nicht eröffnet. Auch hier kommt es auf die *Wirkung* des elterlichen Verhaltens auf das Kind an<sup>383</sup>, die je nach konkreter Sachverhaltsgestaltung<sup>384</sup> und Alter des Kindes sehr verschieden sein kann<sup>385</sup>. Zurückhaltung scheint im Hinblick auf die Belastung des Kindes zwar dabei geboten, die Auswirkungen im Einzelfall durch seine Befragung zu ermitteln<sup>386</sup>. Für die Wirkung auf das Kind ist aber generell zu berücksichtigen, daß der Einfluß des elterlichen Verhaltens auf die sich im Kind heranbildenden sittlichen Maßstäbe

- 379 Vgl. oben 1. Kap. A.II.1.b) und im einzelnen *Coester*, FamRZ 1977, 219 ff. Es ist zwar auch häufig von „Moral“ die Rede (oben 1. Kap. a.a.O. und A.IV.3.c), jedoch betrifft die sozialistische Moral primär gesellschaftlich-ideologische Aspekte.
- 380 So vor allem in der Bundesrepublik, vgl. nur KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; 4.9.1958, FamRZ 1959, 423, 424; 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 99 f.; BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652; OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622; OLG Hamm 1.12.1972, FamRZ 1973, 148, 149.
- 381 KG 1.9.1958 a.a.O.; 9.10.1967 a.a.O.; BayObLG 6.7.1977 a.a.O.; OLG Karlsruhe 20.2.1976 – 11 W 200/75 –, S. 6 f.; *Krüger/Breetzke/Nowak*, § 1671 Anm. 13; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 154.
- 382 KG 4.9.1958 a.a.O.; BayObLG 6.7.1977 a.a.O.; OLG Hamm 1.12.1972 a.a.O.; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; differenzierter OLG Bamberg 10.10.1979 a.a.O.: Das Kind werde am „Aufbau einer zu späterer eigener Treuebindung fähigen Gesinnung gehindert“, wenn es mit ehebrecherischen Verhältnissen konfrontiert werde.
- 383 Diese Rechtsfrage wurde in der Sache *Jarrett v. Jarrett*, 400 N.E.2d 421 (Ill. 1980) dem US-Supreme Court vorgelegt. Das Gericht lehnte aber die Annahme zur Sachentscheidung ab, 6 FLR 2945 (1980), gegen den Widerspruch der Richter *Marshall* und *Brennan*.
- 384 Die mangelnde Kindesorientiertheit der Gerichte zeigt sich u.a. daran, daß zwischen den einzelnen Typen sittenwidrigen Verhaltens kaum differenziert wird. Die oben (bei Fn. 381, 382) zitierten Grundsätze zum „sittenwidrigen Vorbild“ decken gleichermaßen Fallgestaltungen vom festen Freundschaftsverhältnis ohne (nachweislichen) Geschlechtsverkehr (OLG Hamm 1.12.1972, FamRZ 1973, 148) über das schlicht eheähnliche Zusammenleben, ehebrecherische Verhältnisse ohne und mit Lebensgemeinschaft bis hin zur „faktischen Familie“ des *noch nicht geschiedenen* Elternteils (OLG Hamm 1.12.1975, FamRZ 1976, 284, 285, Entscheidung nach § 1672 BGB). Für die *Kinder* dürfte es demgegenüber einen grundlegenden Unterschied bedeuten, ob es den Bruch der Ehe *seiner Eltern* miterlebt oder nur weiß, daß der Partner des mit ihm lebenden geschiedenen Elternteils anderweitig verheiratet ist.
- 385 Zutreffend weist das OG (4.7.1968, NJ 1968, 538, 540) darauf hin, daß Kleinkinder sittliche Dimensionen noch wesentlich weniger begreifen als beispielsweise elterliche Gewalttätigkeiten; zu letzteren *Williams v. Williams*, 8 FLR 2336 (Ill.App. 1982).
- 386 OG 19.11.1974, NJ 1975, 121, 122 (Kindesalter 12 und 9 Jahre); BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653 (Kindesalter 14 1/2 Jahre).

von einer Vielzahl anderer Einflüsse begleitet ist, vor allem bei zunehmendem Alter des Kindes. Sittengemäße wie sittenwidrige Verhaltensmodelle begegnen im Laufe des Heranwachsens jedem Jugendlichen. Im Gegensatz zu den Gerichten, die eine Fehlentwicklung des Kindes für zwangsläufig halten<sup>387</sup>, kann keineswegs vorausgesetzt werden, welches Sittenbild im Kind als Ergebnis komplexer Umwelteindrücke entstehen wird<sup>388</sup>. Das unsittliche elterliche Vorbild ist nicht weniger, aber auch nicht mehr als ein wichtiger Faktor im Rahmen des sittlichen Reifungsprozesses des Kindes; dieser wiederum stellt nur einen Teilaspekt des umfassenden Entwicklungsprozesses dar. Darüber hinaus ignorieren die Gerichte häufig, daß dem Kind mit der Zuweisung an den sittengetreuen Elternteil die sittenwidrigen Verhältnisse beim anderen Teil nicht vorenthalten bleiben. An die Stelle der täglichen Konfrontation mit diesen Verhältnissen tritt nur die periodische im Rahmen der Umgangsbezugnis<sup>389</sup>, was ihre *Modellwirkung* kaum beeinflusst.

dd) Der Stellenwert sittlicher Eindrücke im Rahmen des Gesamtkindeswohls

Eine weitere Schwächung erfährt das Gewicht sittlicher Standards, wenn man sie mit der Bedeutung anderer Eindrücke für das Kind vergleicht. Das Vorleben positiver, harmonischer Beziehungen zwischen zwei Erwachsenen dürfte für den Aufbau einer sittlich gefestigten Persönlichkeit förderlicher sein als das Erlebnis verheirateter, aber ständig streitender Eltern. Jedenfalls ist der Blick für das Wohl des betroffenen Kindes völlig verloren gegangen, wenn man wie das KG argumentiert: Gerade das Vorleben harmonischer Beziehungen müsse dem Kind den fälschlichen Eindruck verschaffen, daß ein gutes Familienleben auch ohne Eheschließung möglich sei<sup>390</sup>.

387 Vgl. die Entscheidungen des KG und des OLG Hamm, oben Fn. 380; DeFranco v. DeFranco, 5 FLR 3200 (Ill.App. 1978); Jarrett v. Jarrett, 400 N.E.2d 421, 422 (Ill. 1980).

388 Es wäre angebracht, sich insoweit zunächst mit den wissenschaftlichen Ergebnissen über die Entwicklung des sittlichen Bewußtseins auseinanderzusetzen, vgl. *Oerter*, Die Entwicklung von Werthaltungen während der Reifezeit (1966) m.w.N.; *ders.*, Entwicklungspsychologie, 3. Kapitel; das Pionierwerk stammt von *Piaget*, Das moralische Urteil beim Kinde (1973). Außerdem werden die in der Entwicklungspsychologie bekannten Mechanismen der Kompensation und Gegenreaktion verkannt, die auch den Psychologen Prognosen erschweren, vgl. *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968); *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 178, 189 (1969). In Jarrett v. Jarrett, 4 FLR 2813, 2814 (Ill.App. 1978) hält sich das Gericht deshalb zu Spekulationen über die künftige Entwicklung für nicht befugt und stellt auf das gegenwärtige gute Eltern-Kind-Verhältnis ab. Die Kindesanhörung in BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653 hatte immerhin ergeben, daß das Kind trotz des Verhältnisses der sorgeberechtigten Mutter „durchaus die Bedeutung der Ehe und die sie tragenden Wertmaßstäbe zu erkennen“ vermochte. In S. v. J., 367 N.Y.S.2d 405, 408 f. (Sup. Ct. 1975) erbrachten konkrete Nachprüfungen keine Anhaltspunkte für eine negative Beeinflussung des Kindes durch das Lebensverhältnis der Mutter. Gegen ein abstraktes Vorbildargument auch *Haskell v. Haskell*, 5 FLR 2734, 2735 (S.D. 1979); *Swain v. Swain*, 6 FLR 2030 (Md.App. 1979); In re Burrell, 5 FLR 2534, 2535 (Ohio 1979).

389 Jarrett v. Jarrett, 382 N.E.2d 12, 14 f. (Ill.App. 1978, conc.op. Simon); LG Hamburg 27.12.1976 – 1 Z 119/1976 – S. 12 f.; vgl. BayObLG 29.11.1963, FamRZ 1964, 157 f. (in einem Nichtehelichenfall).

390 KG 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 100: Auf die gute sonstige Eignung der Mutter, die gute Mutter-Kind-Beziehung und die Erziehungskontinuität komme es demgegenüber nicht an.

Andere Gerichte halten zu Recht die materiale Qualität menschlicher Beziehungen für wichtiger und sehen in einem stabilen eheähnlichen Verhältnis sogar positive Aspekte für das Kind<sup>391</sup>.

Kann die Verfolgung ehelichen Institutionenschutzes in Sorgerechtsentscheidungen somit zu erheblichen Beeinträchtigungen des konkreten Kindeswohls führen, ist umgekehrt die Institution selbst bei Mißachtung durch Einzelne nur unwesentlich betroffen<sup>392</sup>. Wird mit dem Gebot proportionsgerechter Berücksichtigung im Rahmen des Gesamt Kindeswohls<sup>393</sup> ernst gemacht, so kommt deshalb dem Gesellschaftsinteresse an der Erhaltung der Sittenordnung auch mit Hilfe des Vorbildkonzepts nur geringer, kaum jemals ausschlaggebender Stellenwert zu<sup>394</sup>. Ausgeschlossen erscheint, daß es *allein* das Kontinuitätsinteresse des Kindes aufwiegen und zur Zerstörung einer positiven Kind-Eltern-Beziehung führen könnte<sup>395</sup> oder den Richter zum Abweichen von einer Elternvereinbarung<sup>396</sup> oder zur Anordnung einer Aufsichtspflegschaft berechtigen sollte<sup>397</sup>. Die Mißachtung des Primats des Kindeswohls wird in diesen Fällen dann deutlich, wenn dem Kindeswohl gegenüber sittenwidrigen Verhältnissen nur noch als Korrektiv Wirkungsmöglichkeiten eingeräumt werden. Nichts anderes aber geschieht in der Sache, wenn das OLG Karlsruhe formuliert: „Nun kann allerdings trotz bestehender sittlicher Bedenken eine Übetragung der

391 BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; OLG Frankfurt/M. 10.2.1982, FamRZ 1982, 531; Jarrett v. Jarrett, 382 N.E.2d 12, 14 ff. (Ill.App. 1978); (allerdings aufgehoben 400 N.E.2d 421 (Ill. 1980), vgl. auch oben Fn. 383); Selbert v. Selbert, 400 N.Y.S.2d 586, 587 (App. Div. 1977); Torrance v. Torrance, 1 FLR 2456, 2457 (Dist.Ct.Minn. 1975); In re Boyer, 6 FLR 2522 (Ill.App. 1980); Developments, 93 Harv.L.Rev. 1344 (1980). Vgl. auch Medeiros v. Medeiros, 8 FLR 2372 (Vt.App. 1982) für ein lesbisches Verhältnis.

392 Hier gelingt den Gerichten nicht immer eine distanzierte Sicht. Wenn z.B. das OLG Karlsruhe (20.2.1976 – 11 W 200/75 –, S. 6) fast trotzig formuliert: „Noch immer ist die Ehe die Grundlage einer geordneten Familiengemeinschaft . . .“ und hieraus die bis zur Gefährdung gehende Disqualifizierung des sittenwidrig lebenden Elternteils folgert (vgl. unten Fn. 398), dann wird die Fragestellung verkannt. Es geht um das *Kindeswohl*; die Zurückstellung sittlicher Bedenken zugunsten konkreter Kindesinteressen negiert überdies nicht die sittlichen und rechtlichen Grundsätze selbst. Die mangelnde Eignung des Rechts als Bollwerk gegen allgemeinen Sittenwandel (oder Sittenverfall) wird auch von den Befürwortern stärkeren staatlichen Eheschutzes nicht übersehen, *Wilkins*, FamRZ 1980, 533 (zum neuen Eherecht: „Chance versäumt . . .“, einen noch so geringen Beitrag zur Stabilisierung des fortschreitenden Aushöhlungsprozesses“ zu leisten). Verglichen mit konkreten Kindesbedürfnissen im Einzelfall rechtfertigt diese vage Chance keine generelle Sittenpolitik in Sorgerechtsentscheidungen. Vgl. auch *Glendon*, *The New Family* S. 118 ff.

393 Oben bei Fn. 353-356.

394 LG Karlsruhe 9.8.1973, DAVorm 1974, 625, 626; Feldman v. Feldman, 222 N.W.2d 2, 4 (Mich.App. 1974); In re Lehr, 4 FLR 2782 (Ore.App. 1978); Saunders v. Saunders, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977); im Ergebnis auch BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 f.

395 So aber KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 99 f.; Bunim v. Bunim, 83 N.E.2d 848 f. (N.Y. 1949); vgl. C. de Justice Genève 16.9.1960, Sem.Jud. 84 (1962) 61, 63 f.

396 So aber KG 4.9.1958, FamRZ 1958, 423, 424; tendenziell auch OLG Karlsruhe 20.2.1976 – 11 W 200/75 – (in concreto aber zurückverwiesen).

397 So OLG Hamm 1.12.1972, FamRZ 1973, 148, 149.

elterlichen Gewalt auf die Mutter gerechtfertigt sein, wenn die innere Bindung des Kindes an die Mutter so stark ist, daß aus einer Trennung eine seelische Belastung für das Kind zu erwarten ist, die eine Schädigung auf Dauer befürchten läßt“<sup>398</sup>. Die Implikation, daß sittliche Bedenken auch gegenüber guten und kontinuierlicher Kind-Eltern-Beziehungen ausschlaggebend seien, solange nur keine seelischer Dauerschäden zu befürchten seien, macht das Kind zum Objekt gesellschaftlicher Sittenpolitik<sup>399</sup>. Steht das sittenwidrige Verhalten im Zusammenhang mit der Ehe zerrüttung, perpetuiert die Rechtsprechung den abgeschafften Vorrang des schuldlosen Elternteils in modifizierter Form, obwohl für diesen nicht mehr streitig ist daß er nicht primär dem Kindeswohl, sondern Gesellschafts- und Elterninteressen diene<sup>400</sup>.

### e) Ergebnis

Im Ergebnis gilt für Gesellschaftsinteressen ähnliches wie für Elterninteressen: *Gegen* das konkrete Kindeswohl können sie keine Wirkung entfalten. Ihre grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit setzt voraus, daß das Kind konkret an ihnen teilhat. Selbst wenn dies der Fall ist, fällt das Gesellschaftsinteresse nicht mit seinem Eigengewicht, sondern nur insoweit in die Waagschale, als es als *Kindesinteresse* im Rahmen des gesamten Kindeswohls proportional Bedeutung hat. Gegenüber individuellen, vor allem psychischen Bedürfnissen des Kindes tritt es dabei regelmäßig zurück, kann andererseits aber auch die Tendenz zu einer von diesen Bedürfnissen indizierten Sorgerechtszuweisung verstärken<sup>401</sup>.

398 Entscheidung vom 20.2.1976 – 11 W 200/75 –, S. 7.

399 Gegen die Kritik von *Bosch* an BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; ähnlich wie im Text *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 309 f., 312 (bezüglich Eheverfehlungen) Auch die Untersuchung von *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 289 ff., 296 kommt zu dem Ergebnis, daß der Rückgriff auf moralische Rechtfertigungsmuster eine kindeswohlwidrige Entscheidung indiziert. Kritisch zur Kindeswohl-Blindheit des Vorderrichters, dem nur an einer Bestrafung sexueller Freizügigkeiten der Mutter gelegen habe, *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S. 2d 507, 510 ff. (App.Div. 1974); ähnlich *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977); In re *Wellman*, 6 FLR 2544, 2545 (Cal.App. 1980); *Cleeton v. Cleeton*, 6 FLR 2577 (La. 1980).

400 Vgl. BGH 7.7.1952, NJW 1952, 1254 (zu Art. 74 Abs. 4 EheG: Vorrang des schuldlosen Elternteils, „solange das Interesse des Kindes es verträgt“); die Parallele zum OLG Karlsruhe (oben Fn. 398) ist offensichtlich. Zum Schuldvorrang alter Fassung vor allem *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 339 ff., 396 ff.; Ehrechtskommission 1971, S. 76 ff.; *Lüderitz*, AcP 178 (1978) 269. Es ist gerade das OLG Karlsruhe, das diesen Vorrang im Interesse des Kindes abzuschwächen suchte, Entscheidung v. 4.10.1958, FamRZ 1958, 424, 425; 14.10.1965, FamRZ 1966, 108, 109; 7.11.1967, FamRZ 1968, 45, 46; bestätigt schließlich vom BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447.

401 So in OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622 f.

#### 4. Die Bedeutung von Drittinteressen bei ausgewogenen Verhältnissen

Ergibt eine kindeszentrierte Beurteilung der konkreten Situation keinen Vorsprung des einen oder anderen Elternteils, wird der Primat des Kindeswohls funktionslos. Hier scheint die Möglichkeit eröffnet, kindeswohlfernde Erwägungen in einem weitergehenden Ausmaß zur Entscheidung heranzuziehen, als es *gegen* Kindesinteressen zulässig wäre. Tatsächlich finden sich in der Rechtsprechung und Literatur entsprechende Ansätze. Im einzelnen sollen bei gleichgelagerten Verhältnissen ausschlaggebend sein<sup>402</sup>: Die Schuld an der Scheidung oder Ehezerüttung<sup>403</sup>, ehewidriges, aber nicht unbedingt zerrüttungsursächliches Verhalten<sup>404</sup>, sonstige Verstöße gegen Sittenstandards<sup>405</sup>, besondere Interessen eines Elternteils<sup>406</sup> oder das Gleichberechtigungsinteresse beider Eltern in der Gestalt, daß Geschwister aufzuteilen<sup>407</sup> oder das Sorgerecht zeitlich-alternierend aufzuspalten sei<sup>408</sup>.

In der theoretischen Konzeption handelt es sich um ein nicht zu beanstandendes Denkmodell: Das ausschlaggebende kindesfremde Kriterium ermöglicht eine Entscheidung, wo die Kindesinteressen nicht weiterführen; es kann andererseits aus diesem Grunde die Kindesinteressen auch nicht beeinträchtigen. Insbesondere von dem hier vertretenen Standpunkt aus, daß Drittinteressen<sup>409</sup> nicht absolut irrelevant in Sorgerechtsentscheidungen sind, sondern sich lediglich vor dem Primat des Kindeswohls legitimieren müssen, erscheinen die „gleichgelagerten Verhältnisse“ als Hauptwirkungsfeld von Eltern- und Gesellschaftsinteressen.

402 Hier werden nur solche Kriterien aufgeführt, die sich nicht als Ausfluß der Kindesinteressen verstehen. Im übrigen unten 6. Kap. C.V.4.a).

403 *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 492; *Bosch*, FamRZ 1977, 575; *Erman/Ronke*, § 1671 Anm. 24; *Giesen*, ZvglRW 70 (1968) 7 f.; BG Potsdam 14.10.1952, NJ 1952, 619; FGB-Kommentar, § 25 Anm. 2.1.4.; *Rohde*, Erziehungsrecht S. 162 f.; *Grandke*, Junge Leute S. 124 f.; BG 6.3.1936, BGE 62 II 10, 11; *Deschenaux/Tercier* S. 122; *Schultbess* S. 69; *Barde*, ZSR 74 (1955) 536 a; *Egger*, Art. 156 Anm. 7; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 155; *Landolt* S. 43; *Michel* S. 17, *Schalk v. Schalk*, 95 S.W.2d 545 (Neb. 1959); w.N. in 23 ALR 3d 30, 34 f. (1969). *Dagegen Gernhuber*, Familienrecht S. 867; *Swain v. Swain*, 6 FLR 2030 (Md.App. 1979).

404 *Bosch* a.a.O., der den Begriff „Eheschuld“ verwendet; *Schwab*, Handbuch Rdn. 200, 211; *Eberhardt*, NJ 1966, 551, 552. *Dagegen Coester*, FamRZ 1977, 222 (zum DDR-Recht S. 219).

405 In re *Boyer*, 6 FLR 2522 (Ill.App. 1980).

406 OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 317; *Erman/Ronke* § 1671 Rdn. 24; *Dölle*, Familienrecht II S. 294; *Schworer*, FamRZ 1958, 437; *Schwab*, Handbuch a.a.O.; *Rohde*, JH 1967, 312. *Dagegen Maier-Reimer*, Gutachten S. A 67.

407 *Landolt* S. 43.

408 *Schilleman v. Schilleman*, 232 N.W.2d 737 (Mich. 1975: Die Kinder sollten im „family home“ wohnen bleiben, die Eltern im Sechs-Monats-Turnus wechseln, sogenanntes „birds' nest arrangement“); vgl. auch *Banks v. Banks*, 4 FLR 2653 (N.Y.Sup.Ct. 1978: Ausgedehntes, der alternierenden Sorge nahekommendes Umgangsrecht des Vaters; die Mutter hat währenddessen das family home zu verlassen und anderwärts zu wohnen (aufgehoben in 5 FLR 2453 (App.Div. 1979))).

409 Der Begriff „Drittinteressen“ wird als juristischer terminus technicus im üblichen Sinne verwendet. Anlaß zu dieser Klarstellung gibt die Polemik von *Schmitt Glaeser*, Die Eltern als Fremde, DÖV 1978, 629, 632 r.Sp. (zur Kontroverse Selbstbestimmung oder elterliche Fremdbestimmung des Kindes).

Es bleibt allerdings zu fragen, ob dieses Modell realistisch ist. Kann die Beurteilung unter dem Aspekt der Kindesinteressen überhaupt zu einem „non liquet“ führen, und wie wirkt sich eine Entscheidungsregel für diesen Fall auf die Kindeswohlkonkretisierung im Einzelfall aus? Die Probleme liegen nicht in der materiellen Abgrenzung von Kindes- und Drittinteressen, sondern sind methodischer Natur, sie betreffen den Prozeß der Rechtsfindung im Einzelfall. Die Thematik wird deshalb im dortigen Zusammenhang wiederaufgenommen<sup>410</sup>.

## 5. Zusammenfassung

Die rechtliche Hervorhebung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab bei Sorgereuteilungen kann nicht im Sinne einer ausschließlichen Beachtlichkeit der Kindesinteressen verstanden werden.

Für Elterninteressen beurteilt sich die Situation allerdings grundsätzlich anders als bei bestehender Familiengemeinschaft. Während hier den Eltern nicht nur ein Konkretisierungsprimat im Verhältnis zum Staat, sondern auch sachlich die Leitung der Familie und die Zuordnung der beteiligten Individualinteressen zueinander und zum Gemeinschaftsinteresse im Sinne praktischer Konkordanz zusteht, sind im Scheidungsfall die Gemeinschaft zerstört und die Eltern bei fehlender Einigung über das Sorgerecht zur Wahrung der Kindesinteressen nicht mehr in der Lage. Die generellen Interessen der Elternteile am Kind haben sich gegeneinander auf, und besondere Interessen eines Elternteils an der Zuweisung des Kindes erreichen regelmäßig nicht ein Gewicht, das dem des Kindesinteresses an der ihm förderlichsten Platzierungsalternative gleichkommt. Hieraus ergibt sich ein Primat des Kindeswohls, der in eine Leit- und Sperrfunktion aufgegliedert werden kann. In ersterer Funktion zwingt er zu kindzentrierter Sicht der Gesamtsituation und zur Bewertung aller sich anbietender Aspekte aus dieser Sicht heraus. In zweiterer Funktion wehrt er kindeswohlwidrige und kindeswohlfremde Gesichtspunkte ab. Möglich bleibt die Berücksichtigung von Elterninteressen, wenn und soweit sie mit dem Kindesinteresse zusammenfallen. Diese Rechtslage gilt für alle Elterninteressen, auch das des ehetreuen Elternteils und das Gleichberechtigungsinteresse der Eltern. Letzteren kommt kein das Kindeswohl-Prinzip einschränkender Rang zu. Der Primat des Kindeswohls verbietet Gleichberechtigungsdenken, wo die Situation aus der Sicht des Kindes nicht gleichwertig ist; er gebietet allerdings grundsätzliche Chancengleichheit der Eltern, soweit eine generelle Ungleichwertigkeit von Mutter und Vater aus dem Kindeswohl nicht begründbar ist.

Der Primat des Kindeswohls gilt auch gegenüber Gesellschaftsinteressen. Diese können wegen der sozialen Natur und Integriertheit des Menschen nicht grundsätzlich als kindeswohlfremd eingestuft werden. Andererseits besteht keine pauschale Interessenidentität mit Führungsrolle der gesellschaftlichen Komponente wie in der

410 Unten 6. Kap. C.V.4.

DDR. Die gesellschaftsbezogenen Interessen des Kindes bilden nur einen *Teil* seiner gesamten Bedürfnisse. Hieraus sowie aus dem Umstand, daß die Gerichte als Entscheidungsinstanz zugleich tendenziell Repräsentanten der gesellschaftlichen Ordnung sind, folgt die zentrale Bedeutung des Gebots zur Relativierung gesellschaftlicher Interessen aus der Sicht des betroffenen Kindes und zu ihrer nur proportionalen Berücksichtigung im Rahmen des Gesamtkindeswohls. Eine Beurteilung unter dem Aspekt der Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls führt zu dem Ergebnis, daß insbesondere sittliche und moralische Bewertungen elterlichen Verhaltens deutlich über das vom Kindeswohl gebotene Maß hinaus die Sorgerechtspraxis bestimmen.

Der Primat des Kindeswohls scheint funktionslos zu werden, wenn die Situation bei beiden Eltern gleichwertig ist. Ob hier eine weitergehende legitime Wirkungsmöglichkeit für Drittinteressen eröffnet ist, läßt sich auf materiellrechtlicher Ebene allein nicht beantworten.

### III. Die Beurteilung des Kindeswohls jenseits materiellrechtlicher Wertungen

Die bisherigen Ausführungen hatten den Versuch zum Gegenstand, materiale Aussagen des Rechts zum Inhalt und Stellenwert des Kindeswohls zu ermitteln. Grundlage der Erörterungen war die These, daß der Familienrichter bei der Entscheidung zwischen beiden Elternteilen nicht an die Grenzen der allgemeinen Familien- und Individualautonomie gebunden ist. Seine Beurteilungsmöglichkeiten sind vielmehr „vorverlagert“ und umfassen prinzipiell alle Wertungen, die das objektive Recht enthält<sup>411</sup>. Nun hat die Untersuchung zwar einerseits ergeben, daß die Kindeswohl-Norm keine inhaltlose Leerformel, sondern durchaus materiellrechtlicher Konkretisierung zugänglich ist. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß die ermittelten Rechtswendungen nicht ausreichen. Zum einen ermöglichen sie in einer Vielzahl von Fällen noch keine Entscheidung, weil ihre Voraussetzungen dort nicht gegeben sind oder nicht mit hinreichender Deutlichkeit auf den einen oder anderen Elternteil weisen. Zum anderen schöpfen sie auch sonst nicht das gesamte inhaltliche Spektrum aus, das mit dem Begriff „Kindeswohl“ in Bezug genommen ist<sup>412</sup>.

Die Praxis greift deshalb wie selbstverständlich über den Bereich rechtlicher Kindeswohl-Maßstäbe hinaus. Ihre *grundsätzliche* Legitimation hierzu folgt aus dem Begriff des Kindeswohls selbst<sup>413</sup>, nicht nur soweit es um die Konkretisierung unmittelbarer Kindesinteressen geht, sondern auch bezüglich einer Beurteilung des elterlichen Verhaltens<sup>414</sup>. *Unproblematisch* wäre die Zugrundelegung außerjuristi-

411 Oben 4. Kap. B.II.2.

412 Vgl. oben 4. Kap. bei Fn. 157.

413 Oben 4. Kap. C.II.1.a).

414 Oben A.I.2.b).

schen Materials im Einzelfall aber nur, wenn die Kindeswohl-Klausel als rezipierende gesetzliche Verweisungsnorm verstanden werden könnte. Daß dieser Weg nicht gangbar ist, wurde dargelegt<sup>415</sup>. Es ist andererseits aber auch nicht dem subjektiver Gutdünken des Richters überlassen, aus der Fülle und Vielfalt des potentiell relevanten Materials im Einzelfall ein Kindeswohlbild zu konkretisieren<sup>416</sup>. Es stellt sich damit die Frage, welche Forderungen das Recht, wenn es schon nicht selbst das Kindeswohl inhaltlich ausfüllt, an den Richter bei der Verwendung außerjuristischer Maßstäbe stellt, um seine Entscheidung als pflichtgemäße Ausführung des rechtlichen Konkretisierungsauftrags erscheinen zu lassen.

### 1. Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls

Eine wesentliche Weichenstellung enthält insoweit die – horizontale wie vertikale – Einengung des Blickwinkels auf die konkrete Situation des Kindes. Die Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls beherrscht die Konkretisierung im rechtlichen wie im außerrechtlichen Bereich gleichermaßen<sup>417</sup>. Die Sperrfunktion des Kindeswohls bezeichnet außerdem gleichzeitig die Grenze, an der auch die allgemeinen Abwehrrechte von Familie und Individuum gegen staatliche Eingriffe wieder uneingeschränkt zur Wirkung kommen<sup>418</sup>. Dieser Zusammenfall von Kindes- und Elterninteressen zwingt den Richter *insbesondere* im außerrechtlichen Bereich zu strikter Kindesorientiertheit, weil dort die Gemengelage von Kindesinteressen und Gesellschafts- oder Gruppeninteressen besonders schwer durchschaubar ist und weil es einen qualitativen Unterschied für die Beteiligten bedeutet, statt rechtlich sanktionierten Wertungen irgendwelchen Maßstäben sonstiger Provenienz ausgesetzt zu sein, deren grundsätzliche Legitimität sie jedenfalls dann bestreiten werden, wenn sie zu ihrem Nachteil ausschlagen.

Hieraus ergibt sich für die Definition des Beurteilungsbereichs, der als „kindeswohlbezogen“ dem Richter eröffnet ist, eine *grundsätzlich einschränkende Tendenz*. Bestehen Zweifel, ob ein außerrechtliche Wertungen implizierender Gesichtspunkt für das scheidungs-betroffene Kind Bedeutung hat, etwa weil sich ein Zusammenhang allenfalls auf hoher Abstraktionsebene konstruieren läßt (z.B.: ein Elternteil mit gutem Charakter ist auch gut für das Kind), dann hat dieser Gesichtspunkt als vom Kindesinteresse nicht eindeutig legitimiert außer Betracht zu bleiben.

415 Oben 4. Kap. C.II.1.a).

416 Oben 4. Kap. C.II.1.b).

417 Vgl. oben II.2.b)cc), 3.c).

418 Dies ist die Konsequenz aus dem bei Fn. 153 formulierten Grundsatz. Wie im Text In re Wellman, 6 FLR 2544, 2545 (Cal.App. 1980); Cleeton v. Cleeton, 6 FLR 2577 (La. 1980); Feldman v. Feldman, 358 N.Y.2d 507, 510 ff. (App.Div. 1974). Zur theoretischen Grundkonzeption vgl. oben 4. Kap. B.II.2. bei Fn. 41.

## 2. Die Bindungen des Richters bei der Kindeswohl-Konkretisierung im übrigen

Eine materiale Beschränkung der richterlichen Beurteilung über die Leit- und Sperrfunktion des Kindeswohls hinaus oder eine weitergehende Begrenzung des Beurteilungsrahmens ist nicht möglich. Das bedeutet jedoch nicht, daß der Richter innerhalb dieses Rahmens frei wäre. Wesentliche Bindungen folgen aus der Natur der Sorgerechtsentscheidung als *Rechtsentscheidung*<sup>419</sup>: (1) Die einzelnen Wertungen des Richters müssen rechtsverträglich sein; (2) sie und auch die Gesamtabwägung müssen sich vor den Grundelementen staatlichen Rechts und der Gerechtigkeit legitimieren, sich insbesondere als objektiv, rational und akzeptabel darstellen. Diese Bindungen, von Wieacker unter dem Begriff der „Richterkunst“ zusammengefaßt<sup>420</sup>, entfalten ihre Wirkung erst bei der jeweiligen Konkretisierung im Einzelfall, sie steuern den Prozeß der Rechtsfindung. Sie betreffen deshalb die *methodische* Seite der Kindeswohl-Konkretisierung. Wegen des generalklauselartigen Charakters der Kindeswohl-Norm liegt hier ein Schwerpunkt bei dem Bemühen, Willkür und Vorurteile in Sorgerechtsentscheidungen einzuschränken. Den methodischen Bindungen des Richters wird deshalb in einem besonderen Kapitel nachgegangen<sup>421</sup>.

## B. Der Wille des Kindes

### I. Der Kindeswille als rechtlich beachtlicher Faktor des Kindeswohls

Die Anerkennung der Persönlichkeit und der Würde des Kindes<sup>422</sup> schließen es aus, das Kind lediglich als Objekt der Sorgerechtsentscheidung, ähnlich etwa Hausrat oder Vermögensteilen zu betrachten. Der Sache nach entscheidet das Gericht darüber, welcher Elternteil mit dem Kind eine familiäre Intimgemeinschaft fortsetzen soll. Daß die Haltung des Kindes hierbei als „Realie“ einen gewissen Stellenwert im richterlichen Entscheidungskalkül einnimmt, ist jedenfalls im Grundsatz allge-

419 In *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1326 ff., 1332 (1980) werden diese Bindungen damit begründet, daß die richterliche Entscheidung in die *Rechtsposition* der Eltern eingreift – sie muß deshalb den Verfassungsgrundsätzen des *due process* und *equal protection* entsprechen; ähnlich für das deutsche Recht offenbar *Schwab*, Handbuch Rdn. 167. Diese Sicht erkennt, daß richterliches Entscheiden schon *generell* dem Recht und der Gerechtigkeit verantwortlich ist, *auch* soweit das Kind betroffen ist. Sie wird jetzt auch vom BVerfG vertreten (5.11.1980, NJW 1981, 217, 218 r.Sp.). Hierbei dürfte aber die Fragestellung bei verfassungsgerichtlichen Überprüfungen eine Rolle gespielt haben.

420 Präzisierung S. 17 ff.; vgl. auch ders., *Gesetz und Richterkunst* (1958).

421 Unten 6. Kapitel.

422 BVerfG 29.7.1968, FamRZ 1968, 578, 584; 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; 22.10.1981, NJW 1982, 983; für die USA 3. Kap. Fn. 81.

mein anerkannt<sup>423</sup>. Die Regelung des BGB beschränkt sich vom Wortlaut her auf einen eng begrenzten Teilaspekt (§ 1671 Abs. 3 S. 2 BGB): Das über 14-jährige Kind kann durch einen abweichenden Vorschlag die (eingeschränkte) Bindungswirkung eines Elternvorschlags gem. § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB aufheben, so daß der Richter wieder eine offene Kindeswohlabwägung vorzunehmen hat<sup>424</sup>. Ein Stellenwert von Elternvorschlag und Kindeswille in dieser Abwägung ist nicht ausgeschlossen, sondern in aller Regel sogar geboten, wird aber vom Gesetz nicht mehr vorgezeichnet, sondern bewußt der Einzelfallwürdigung überlassen<sup>425</sup>. Die Gesetzgebungsgeschichte zum Sorgerechtsreformgesetz vom 18.7.1979 berechtigt darüber hinaus zu der Schlußfolgerung, daß die Haltung des Kindes als generell beachtlicher Faktor des Kindeswohls in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen worden ist. Die vorangegangenen Gesetzesentwürfe hatten dem Kindeswillen die gleiche Bedeutung eingeräumt wie einem gemeinsamen Elternvorschlag<sup>426</sup>. Unter dem Eindruck massiver Kritik von juristischer und psychologischer Seite<sup>427</sup> hat das Sorgerechtsgesetz auf eine derartige Bestimmung verzichtet, aber nicht, weil der Kindeswille nunmehr für bedeutungslos gehalten wurde, sondern um das Kind nicht mit einer formellen Entscheidungskompetenz zu belasten<sup>428</sup>. Die fortbestehende Überzeugung des Gesetzgebers von der Wichtigkeit der Kindeshaltung für die Sorgerechtsentscheidung manifestiert sich nicht nur in § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB, sondern in der Hervorhebung der *Bindungen des Kindes* (§ 1671 Abs. 2, 2. Hs. BGB) und in der Pflicht des Richters, das Kind anzuhören (§ 50b Abs. 1 FGG)<sup>429</sup>. Letztere Vorschrift wirft zwar eine Fülle von Problemen auf<sup>430</sup>, ist aber gleichzeitig über die

423 Vgl. nur: BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; *Dieckmann*, AcP 1978 (1978), 315 ff.; BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 82, *Hegnauer*, ZSR 90 (1971) 11 f.; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 79 ff.; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511 f.; *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2101 f. (N.Y. Sup. Ct. 1977); *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 1 ff. (1977).

424 Schief formuliert *Gembuber* (Familienrecht S. 865), daß der erklärte Kindeswille „die rechtsgeschäftliche Qualität des Elternvorschlags vernichtet“. Aufgehoben wird nur die gesetzliche Vorrangwirkung, nicht die rechtsgeschäftliche Qualität einer Elternvereinbarung. Zur Bedeutung von § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB unten bei Fn. 507, 508.

425 Vgl. unten Fn. 507; zum abweichenden Platzierungswunsch des noch nicht 14-jährigen Kindes unten bei Fn. 549.

426 BT-Drucks. 7/650; 7/2060; 8/111, jeweils § 1671 Abs. 3.

427 Nachweise oben 4. Kap. Fn. 114; vgl. auch unten Fn. 522 ff.

428 BT-Drucks. 8/2788, S. 62.

429 BT-Drucks. 8/2788, S. 61, 62 f.

430 Vgl. die Diskussion auf dem 2. DFGT, Arbeitskreis II 3 (S. 242 f.); Arbeitskreis II 2 (S. 244 f.); *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 178 f.; grundlegend zur Kindesanhörung *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 42 f., 137 u. öfter (zu anderen Entscheidungssituationen).

Im US-amerikanischen Recht ist man in das Prokrustesbett des adversary proceeding eingebunden, vgl. oben 3. Kap. B.II.1.c). Von hier aus erklärt sich die besonders starke Betonung des Kindesanzwalts, der im Rahmen des geltenden Prozeßrechts am ehesten der Position des Kindes Beachtung verschaffen kann, oben 3. Kap. B.II.3.

Bedeutung einer reinen Verfahrensvorschrift weit hinaus legislative Grundsatznorm für die Beachtung der individuellen Kindeshaltung<sup>431</sup>.

Unzweifelhaft wird das Kind durch die Beachtung seiner Stellungnahme in den Auseinandersetzungsstreit hineingezogen. Man hat es deshalb nicht nur von patriarchalisch-autoritärem, sondern auch fürsorglichem Standpunkt aus für nicht ratsam erachtet, die Haltung des Kindes zu erforschen und in die Abwägung einzubeziehen<sup>432</sup>. Dieser Weg wird heute für nicht mehr gangbar erachtet<sup>433</sup>. Das Kind ist ohnehin von der Familienauflösung und nicht selten auch vom Streit der Eltern unmittelbar betroffen, und sein persönliches Schicksal steht im Mittelpunkt der Sorgerechtsentscheidung. Soll die Anerkennung seiner individuellen Persönlichkeit nicht nur dekorative Floskel bleiben, muß seine Haltung als fundamentales konstitutives Element der Sorgerechtsentscheidung berücksichtigt werden. Problemen der Belastung, Überforderung und Manipulierung des Kindes ist nicht durch den Anschluß des Kindeswillens, sondern differenziert durch die Ausgestaltung seiner Ermittlung und Beachtung im einzelnen Rechnung zu tragen. Insoweit bewegen sich die Überlegungen und Erfahrungen erst im Anfangsstadium.

## II. Die beiden Grundfunktionen des Kindeswillens

Hinter dem scheinbar festgefühten Grundsatz von der Beachtlichkeit des Kindeswillens verbergen sich erhebliche Unsicherheiten und Differenzen, soweit die Voraussetzungen eines beachtlichen Kindeswillens und sein Gewicht im Rahmen der Gesamtentscheidung getroffen sind. Vor allem die Angaben über das erforderliche Alter des Kindes schwanken zwischen „keiner Altersgrenze“<sup>434</sup> oder der Beachtung der Haltung etwa einer 2-jährigen Kindes<sup>435</sup> und vergleichsweise restriktiven Altersgrenzen von 15 oder 16 Jahren<sup>436</sup>. Auch der scheinbar festgefügte Kon-

431 § 50 b FGG *impliziert* die materiellrechtliche Beachtlichkeit des Kindeswillens, BT-Drucks. 8/2788, S. 73. Andere Rechtsordnungen drücken sich direkter aus, OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9; zu den einschlägigen US-amerikanischen Gesetzen unten IV. 2. Die Bedeutung des § 50 b FGG kann nur ermessen werden, wenn man die bisherige Anhörungspraxis betrachtet: Nur in 7-9 % aller Sorgerechtsfälle (einschl. Besuchsrecht) wurden die Kinder angehört, *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 38. Wie im Text jetzt auch BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218.

432 *Steffen*, ZBJR 1979, 142 f.; *Schwoerer*, NJW 1964, 7, *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 524 (N.C. 1974, conc.op. Vogel).

433 *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 178 f.; *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 34 ff.; *Peschel-Gutzeit*, ebd. S. 13 ff.

434 Neb.Rev.Stat. Sec. 42-364 (b) (Supp. 1976); *Aske v. Aske*, 47 N.W.2d 417, 419 (Minn. 1951); *Lewis v. Lewis*, 3 FLR 2434 f. (Mich.App. 1977); vgl. 4 ALR 3d 426 (1965) m.w.N.

435 OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71.

436 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 314; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 401; *Jorio* S. 293 f.

sens über die Notwendigkeit eines *rationalen* und *begründeten* Kindeswillens<sup>437</sup> wird durch Kritik in Frage gestellt, die Eigenständigkeit und Schutzbedürftigkeit emotionaler oder instinktiver Entscheidungen des Kindes hervorhebt<sup>438</sup>. An diesen Meinungsverschiedenheiten zeigt sich, daß keine Klarheit besteht über die Gründe, die zu einer Beachtlichkeit des Kindeswillens führen. Bei näherer Betrachtung lassen sich aus dem Diskussionsmaterial von Rechtsprechung und Schrifttum zwei grundlegend verschiedene Konzeptionen herauschälen, deren mangelnde Trennung die Suche nach einer sachgerechten Einstufung des Kindeswillens behindert.

Die von Rechtsprechung nahezu einhellig geforderten Kriterien der „Reife“, „Urteilkraft“, „Kritikfähigkeit“ oder „Entscheidungsfähigkeit“<sup>439</sup> weisen darauf hin, daß der Kindeswille als ein Akt der *Selbstbestimmung*, als Eigenentscheidung des Kindes über die Plazierungsfrage verstanden wird. Unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung stellt es nur einen graduellen Unterschied dar, ob dabei die Bestimmung durch das Kind als Konkretisierung für ein objektiv verstandenes Kindeswohl oder als dessen funktionaler Ersatz angesehen wird<sup>440</sup>. In jüngeren Entscheidungen findet der Aspekt kindlicher Autonomie ausdrückliche Betonung<sup>441</sup>, offen-

- 437 BayObLG 9.8.1968, FamRZ 1968, 657, 658; 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652; OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316; OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 576; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 80; 30.1.1969, NJ 1969, 574, 575; Lehrbuch Familienrecht S. 402; Rohde, JH 1967, 202 = Erziehungsrecht S. 108 f.; Neb.Rev.Stat. Sec. 42-364 (b) (Supp. 1976): „age of comprehension“, „based on sound reasoning“; § 4600 S. 2 Cal.Civ.Code: „capacity to reason“, „to form an intelligent preference“; ähnlich Ariz.Rev.Stat. § 14-846 Sub.Div. A; Anonymous v. Anonymous, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Boroff v. Boroff, 3 FLR 2286, 2287 (Neb. 1977); 24 AmJur § 487, S. 891; Siegel/Hurley, 11 Fam.L.Q.2 (1977).
- 438 Pact v. Pact, 232 N.Y.S.2d 940, 951 (Family Ct. 1972); Foster/Freed, Law and the Family II, Sec. 29: 12; Mnookin, 39 L.&Cont.Prob. 285 (1975); Jorio S. 292; Stampfli S. 135; vgl. Knauer ZSR 90 (1971), 11 f.; Frommann S. 8; Lange, RdJ 1971, 362; Lempp, NJW 1963, 1660; ders., Ehescheidung S. 21; Simon, FamRZ 1972, 490; Zenz, StAZ 1973, 268 f.; dies., in: Familienrechtsreform S. 178; vgl. auch OLG Karlsruhe, 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; OLG München 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5). Gegen die These eines instinktgeleiteten Richtigkeitsgefühls des Kindes (so Lange, Lempp a.a.O.) Schwoerer, NJW 1964, 7.
- 439 BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; OLG Köln 23.9.1971, FamRZ 1972, 264; LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 83 (zum Umgangsrecht); OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 80; BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; vgl. auch die Nachweise oben Fn. 437.
- 440 In ersterem Sinne deutlich LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; OLG Köln 23.9.1971, FamRZ 1972, 264 (bei etwa gleich günstigen Verhältnissen wird vom Kindeswillen keine Hilfe erwartet. Implikation: Kann schon das Gericht kaum Unterschiede erkennen, kann es das weniger beurteilungsfähige Kind erst recht nicht); vgl. auch Eherechtskommission (1971) S. 81 f.; Poesy v. Bunney, 3 FLR 2361, 2362 (Id. 1977); Doe v. Doe, 4 FLR 2100 (N.Y.Sup.Ct. 1977); 4 ALR 3d 1431 (1965) m.w.N.; Mnookin, 39 L.&Cont.Prob. 260 (1975). Zum Kindeswillen in zweiterer Funktion vgl. Gernhuber, FamRZ 1973, 231. Zu den Konsequenzen dieser Unterscheidung unten bei Fn. 563 ff.
- 441 BayObLG 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536 (Herausgabevollstreckung); 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Hamm 13.9.1977, FamRZ 1978, 262, 265; OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316; Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2101 f. (N.Y.Sup.Ct. 1977); Poesy v. Bunney, 3 FLR 2361, 2362 (Id. 1977).

bar beeinflusst durch die Vorstellung kontinuierlich wachsender, in ihrer jeweils vorhandenen Form zu achtenden Selbstverantwortlichkeit des Kindes<sup>442</sup> oder eines „In-Abschnitten-Mündig-Werdens“ anstelle eines starren Dualismus von Unmündigkeit und Volljährigkeit<sup>443</sup>. Bei der Diskussion um eine feste Altersgrenze für die Maßgeblichkeit des Kindeswillens im Rahmen der Sorgerechtsreform versuchte man dementsprechend, Parallelen zu anderen Teilmündigkeiten oder ähnlichen Zugeständnissen an die Eigenentscheidung von Heranwachsenden in höchstpersönlichen Fragen zu ziehen<sup>444</sup>.

Auf einer ganz anderen Ebene bewegen sich Äußerungen, die den Kindeswillen als Ausdruck besonderer *Verbundenheit* des Kindes mit einem Elternteil betrachten<sup>445</sup>. Hier ist der Aussagebereich des Kindeswillens von vornherein auf einen (wichtigen) *Teilaspekt* des *Kindeswohls*, wie es als Maßstab für die Sorgerechtsentscheidung vorgegeben ist, beschränkt<sup>446</sup>. Der Kindeswille fungiert insoweit als Indiz für ein materielles Kindeswohl-Kriterium, d.h. die Kind-Eltern-Beziehung<sup>447</sup>, und steht damit prinzipiell auf der gleichen Stufe wie andere Indizien. Neben konkreten Beobachtungen, etwa im Verkehr mit beiden Eltern<sup>448</sup> oder durch psychologische Diagnose, bedient sich die Rechtsprechung vor allem zweier alternativer Erkenntnishilfen: Der Vermutung zugunsten der Mutter bei Kleinkindern und des Kontinuitätsgrundsatzes, der insoweit der Vermutung Rechnung trägt, daß eine ständige Betreuungsperson jedenfalls für kleinere Kinder auch psychologische Bezugsperson geworden ist<sup>449</sup>.

442 Grundlegend *Gernhuber*, FamRZ 1962, 89 ff., insbes. 92 f.; vgl. auch *Stöcker*, ZRP 1974, 211 ff.; *Lempp*, ZBlJR 1977, 509 ff.

443 *Bosch*, FamRZ 1973, 498 ff.; vgl. auch *Beitzke* AcP 172 (1972) 246 ff.

444 § 5 S. 1 RelKEG; § 59 Abs. 2 FGG; §§ 1617 Abs. 2 S. 2, 1618 Abs. 2 S. 1; 1729; 1740 c S. 2, 1746 BGB; BT-Drucks. 7/2060, S. 33 f.; zur Kritik an der „magischen“ 14-Jahresgrenze unten Fn. 541.

445 OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; 20.2.1976, – 11 W 200/75 – (S. 7); OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 136; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; LG Braunschweig 5.12.1969, FamRZ 1970, 205, 206; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 315 ff.; *Lempp*, NJW 1963, 1660 f.; *ders.*, NJW 1964, 440; *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 32; *Zenz*, StAZ 1973, 269 f.; OG 28.11.1968, JH 1964, 77, 80 f.; 3.8.1971, NJ 1971, 627, 628; 3.7.1979, NJ 1979, 512 ff.; BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1970, 629; BG Dresden 16.2.1968, NJ 1968, 543, 544; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; OG-Richtlinie 25, Ziff. 9; FGB-Kommentar § 25, Anm. 2.2.4.; Lehrbuch Familienrecht S. 401; *Robde*, JH 1967, 201 = Erziehungsrecht S. 106 f.; BG 28.5.1914, BGE 40 II 305, 310; *Jorio* S. 292 ff.; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht (Supp. 1973), S. 51. *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *In re Sinisa T.*, 4 FLR 2791 (N.Y. Sup.Ct. 1978); *Hebert v. Hebert*, 255 So.2d 630, 633 (La.App. 1971); *In re Carlisle*, 310 A.2d 280, 282 (Pa.Super.Ct. 1973); *In re Russo*, 346 A.2d 355, 357 f. (Pa.Super.Ct. 1975); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 70 (1969).

446 Zur rechtlichen Beachtlichkeit der Kindesbindungen oben A.I.b).

447 So deutlich jetzt auch *Klußmann*, Das Kind S. 43. Man könnte in Anlehnung an *Scheuerle*, AcP 157 (1958/59), 71 f. den Kindeswillen insoweit auch als Indiz für ein „fremdpsychisches Faktum“ ansehen.

448 OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71 (Verhalten eines 2-jährigen Kindes bei Begrüßung der Eltern); gegen eine Überbewertung von derartigen Einzelbeobachtungen OG 3.8.1971, NJ 1971, 627, 628.

449 Vgl. oben bei Fn. 10.

Über das Verhältnis dieser Grundsätze zueinander besteht nicht immer Klarheit<sup>450</sup>. Als *Indiz für die psychologische Bindung des Kindes* hat der Mutter-Grundsatz eigenständige Bedeutung nur in den ersten Monaten nach der Geburt. Ein etwaiger (bisher weder nachgewiesener noch widerlegter) bio-sozialer Vorsprung der Mutter<sup>451</sup> wird sodann auf jeden Fall von der entwicklungspsychologisch abgesicherten „psychosozialen Elternschaft“ überlagert, d.h. der gewachsenen Bindung des Kindes an seine tägliche Betreuungs- (Bezugs-) Person<sup>452</sup>. Verdrängt somit der Kontinuitätsgrundsatz den Mutter-Grundsatz (nach der traditionellen Rollenverteilung in der Familie bestätigt und verfestigt er im Ergebnis den biosozialen Vorsprung der Mutter, kann ihn aber auch korrigieren<sup>453</sup>), vermag der *Kindeswille* als genaueres Indiz den Kontinuitätsgrundsatz außer Kraft zu setzen, wenn das Kind seine innere Bindung zutreffend erkennen und artikulieren kann<sup>454</sup>. Wo der Mutter-Grundsatz als (unscharfes) Synonym für Kindesbindung auch nach den ersten Lebensmonaten fortgeführt wird, wird auch er vom Kindeswillen abgelöst<sup>455</sup>.

Auf welches Indiz das Gericht sich im Einzelfall stützt, ist eine Frage der Beweiswürdigung und der richterlichen Überzeugungsbildung. Von grundlegender Bedeutung ist zunächst, daß materiell gewichtiges Kindeswohl-Kriterium hier *nur* die Bindung des Kindes an einen Elternteil, nicht der Kindeswille als solcher (oder ein anderes Indiz) ist. Insofern kann ein Kindeswille „unzutreffend“ und deshalb unbeachtlich sein, wenn der Richter die Überzeugung gewinnt, daß er die wirkliche Bindung des Kindes nicht wiedergibt<sup>456</sup>.

450 Vgl. die Ergebnisse der Richterbefragung bei *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 336.

451 Dazu vor allem *Hassenstein*, Verhaltensbiologie, insbesondere S. 43 ff., 374 ff.; *ders.*, in: Familienrechtsreform, S. 215 ff.; *ders.*, Der Begriff des Kindeswohls (1976); grundlegend *Rossi*, 106 *Daedalus* 1 ff., insbesondere 2-6, 18, 24 (1977); vgl. auch *Biermann*, Das Kind S. 14 ff.; *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 72 f. (1969); *Goode*, Soziologie S. 34 f.; vgl. auch BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 435. Im übrigen auch all jene, die generell dem Mythos der „besonderen Natur der Mutter“ bis zur Pubertät der Kinder nachhängen, vgl. unten Fn. 733 und Fn. 844 sowie *Biermann*, Gutachten S. 85 f., 94; *Junker*, Die Lage der Mütter, S. 36 ff. (mit heute kaum noch erträglichen pseudowissenschaftlichen Stereotypen). Gegen einen derartigen Vorsprung *Lehr*, ZBlJR 1975, 420; *Rossi*, 93 *Daedalus* 607 ff., 616 (1964); *Wilkerson/Kroeker*, in: *The Rights of Children* S. 279 f.

452 Die soweit bedeutsame Altersgrenze wird mit 4-9 Monaten angegeben, vgl. *Lehr*, Die Rolle der Mutter, S. 21 m.w.N. Zur psychologischen Elternschaft oben A.I.1.b).

453 *Klar*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 40; *Lehr* a.a.O., S. 41; *Okpaku*, 29 *Rutgers L.Rev.* 1128 (1976). In der Soziologie wird gem der Häufigkeitstypus „Mutter als Kinderbetreuerin“ als wissenschaftlich begründeter Regeltypus hingestellt, *König*, Encyclopedia IV/1, Rdn. 77, 78; *ders.*, Familie der Gegenwart S. 17, 73. Die nur soziale Bedingtheit von Vater- und Mutterrolle wird hingegen hervorgehoben von *Goode*, Women in divorce S. 309 ff.; *ders.*, Soziologie S. 340 ff.; Institute for Child Study, University of Maryland, 3 *FLR* 2745 (1976); *Levine*, Who will raise the children? S. 161 ff.; vgl. auch *Fthenakis*, in: *Der Spiegel*, 10.3.1980 (37. Jahrgang, Nr. 11), S. 61.

454 *Marr*, of *Bowen*, 219 *N.W.2d* 383, 389 (Iowa 1974); OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9; *Robde*, *JH* 1967, 201 = *Erziehungsrecht* S. 104 ff.; *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 179.

455 So z.B. die ständige Rechtsprechung in Pennsylvania, *Bender v. Bender*, 178 A.2d, 779, 780 f. (Pa.Super.Ct. 1962); *Williams v. Williams*, 296 A.2d 870, 871 (Pa.Super.Ct. 1972); In re *Carlisle*, 310 A.2d, 380, 382 (Pa.Super.Ct. 1973); In re *Russo*, 346 A.2d 356, 357 (Pa.Super.Ct. 1975).

456 Vgl. OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270, im Anschluß an den Gutachter: Bei einem 7-jährigen Jungen, der von Geburt an von seiner Mutter betreut worden war, bestehe eine „instinktive“ Mutter-Bindung; der entgegengesetzte Wille, dem Vater zugewiesen zu werden, sei „offenbar rational“ bedingt. Das OLG vertritt also die Auffassung, daß dem Willen eines 7-jährigen neben der Kontinuitäts- und Mutter- Vermutung (noch) keine

Es ist offensichtlich, daß Voraussetzung und Gewichtung des Kindeswillens wesentlich von der Funktion beeinflußt werden, die ihm im Rahmen der Sorgerechtsentscheidung zukommt. In der Praxis werden beide Gesichtspunkte dennoch nicht klar getrennt<sup>457</sup>. Abgesehen von der Notwendigkeit der Unterscheidung ist sie aber jedenfalls in extremen Altersbereichen ohne weiteres möglich: Bei Kleinkindern scheidet Selbstbestimmungsfähigkeit aus, und bei nahezu Volljährigen absorbiert der Gesichtspunkt der Eigenentscheidung fast gänzlich die Frage nach der psychologischen Bindung. Schwieriger, aber nicht im Grundsatz problematisch ist die Unterscheidung in mittleren Altersbereichen, wo der Kindeswille in beiden Funktionen Bedeutung gewinnt. Seine doppelte Verwertung als Beleg für eine enge Kind-Eltern-Beziehung *und* als eigenständiges Kriterium unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung kann deshalb durchaus sachgerecht sein<sup>458</sup>, und die Ablehnung in der einen Funktion impliziert nicht notwendig die in der anderen<sup>459</sup>.

Im Ergebnis ist festzuhalten: Gemeinsamer Leitgedanke bei der Berücksichtigung des Kindeswillens ist die *Achtung der Persönlichkeit des Kindes*. In ihrer spezifisch kindeschutzrechtlichen Dimension ist diese Achtung gerichtet auf die *weitestmögliche Integrität der psychisch/emotionalen Beziehungswelt des Kindes*. Die Förderung des Kindes zur eigenverantwortlichen Persönlichkeit bedingt daneben die *Integrität der bewußten Eigenentscheidung des selbstbestimmungsfähigen Kindes*.

Diese Thesen sollen im folgenden fortentwickelt werden.

### III. Der Kindeswille als Ausdruck der inneren Bindung des Kindes an einen Elternteil

Die Beachtlichkeit der inneren Bindung des Kindes an seine Eltern ergibt sich unmittelbar aus § 1671 Abs. 2 Hs. 2 BGB, folgt mittelbar aber auch aus Art. 1, 2 GG<sup>460</sup>.

eigenständige Indizbedeutung zukommt. Ähnlich OLG München, 1.7.1980, – 26 UF 748/80 – S. 5 (7 1/2-jähriges Mädchen); In re Hatzopoulos, 4 FLR 2074, 2076 (Colo. Juv. Ct. 1977). Zur entwicklungspsychologischen Fragwürdigkeit dieser Argumentation vgl. unten 6. Kap. Fn. 580, 713 f.

457 Ansätze zu einer entsprechenden Unterscheidung bei Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y. Sub.Ct. 1977); BT-Drucks. 8/2788, S. 40 („Bindungen und Wollen des Kindes“); *Diederichsen*, FamRZ 1978, 466 Fn. 58; *Finger* S. 308 f.; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608 f.; *Strätz*, FamRZ 1975, 408 Fn. 69; *Zenz*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar II S. 174 f.; *Kumme*, ZBJR 1980, 86; vgl. auch § 50b Abs. 1 FGG: „... die Neigungen, Bindungen *oder* der Wille des Kindes ...“ (Hervorhebung vom Verfasser).

458 Vgl. Doe v. Doe, a.a.O.

459 Lehnt das Gericht in der oben zitierten Entscheidung OLG Karlsruhe 31.1.1978 (Fn. 456) den Kindeswillen wegen seiner „Rationalität“ als Bindungsindiz ab, hätte sich eine Stellungnahme dazu aufgedrängt, ob er als selbstverantwortliche Eigenentscheidung Beachtung gewinnen könnte. Umgekehrt ist damit, daß einem Kind die Reife zur Selbstverantwortung abgesprochen wird, noch nicht die Unbeachtlichkeit des Kindeswillens als Indiz für seine Bindung an einen der Elternteile begründet.

460 Oben A.II.1.; BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218.

Für seine eigene Bindung ist jeder Mensch normalerweise die sachnächste und zuverlässigste Auskunftsource. Bei kleineren Kindern indessen ist die Zuverlässigkeit ihrer Äußerungen zweifelhaft. Nicht nur mangelnde Bewußtheit und Selbstkenntnis, sondern auch Verdrängungsmechanismen und Phantasievorstellungen hindern gerade in der Scheidungssituation die wirklichkeitstretue Darstellung ihrer Gefühle gegenüber Dritten<sup>461</sup>. Die Frage lautet demnach, wann der Richter dem erklärten Willen eines Kindes Beweiswert für dessen innere Bindung an den gewünschten Elternteil beimessen darf. Auch hierfür kann es wiederum nur Indizien geben. Die Rechtsprechung stützt sich überwiegend auf generelle Mindestaltersgrenzen, berücksichtigt ergänzend den allgemeinen Reifestand des Kindes und achtet auf Fremdsteuerung der kindlichen Äußerung insbesondere durch die Eltern.

## 1. Altersgrenzen

Die Rechtsprechungsgrundsätze zu den ersten beiden Punkten sind kaum mit Gewinn zu verwerten, da es an einer Differenzierung zwischen der hier interessierenden Mitteilungsfähigkeit und der Fähigkeit zur Selbstbestimmung fehlt. Die üblicherweise genannten Altersgrenzen von 14, 12 oder 10 Jahren sind offensichtlich an zweiterer Fähigkeit orientiert<sup>462</sup>. In Einzelfällen wurden die Wünsche des Kindes ab dem 5. Lebensjahr für beachtlich gehalten<sup>463</sup>. Für eine begründete Grenzziehung scheint es gegenwärtig jedoch an gesicherten Daten zu fehlen.

Das „Children of Divorce Project“ in Californien hat immerhin ergeben, daß 5-6-jährige Kinder im Unterschied zu jüngeren Altersgruppen die Scheidungsgeschehnisse in ihrer objektiven Bedeutung *verstanden* und überwiegend in der Lage waren, dem (in concreto psychologisch geschulten) Gesprächspartner ihre Gefühle bezüglich der Scheidung und zu den Eltern auszudrücken<sup>464</sup>. Die Untersuchungsgruppe war jedoch recht klein (14 Kinder), so daß verallgemeinernde Grundsätze noch nicht darauf gestützt werden können<sup>465</sup>. Eine Parallele zur *Zeugenfähigkeit* von Kindern ist ebenfalls nicht zwingend. Aussagen über externe Beobachtungen und

461 A. Freud, in: Goldstein/Katz S. 262; speziell in der Scheidungssituation Wallerstein/Kelly, in: The Child in His Family, Vol. III, S. 295 ff. (bei Heranwachsenden wurde ein „strategic withdrawal“ zur Rettung der eigenen Integrität beobachtet); dies., 14. J.Am.Acad.Child Psych. 609 f. (1975) (für Kinder im Vorschulalter); Kelly/Wallerstein, 46 Am.J.Orthopsych. 24 ff. (1976) (für Kinder in der Latenzzeit); Wallerstein, 1 Fam.Adv. 5, 35 f., 37 (1978).

462 Vgl. deshalb im einzelnen unten IV.3.a).

463 OLG Stuttgart. 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 136 (6 Jahre); 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828 (8 Jahre); Lewis v. Lewis, 3 FLR 2434 f. (Mich.App. 1977: Kinder zwischen 5 und 11 Jahren); Flaherty v. Smith, 5 FLR 2848 (Mich.App. 1978: Nichtanhörung eines 7-jährigen Kindes ist Gesetzesverletzung). In OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71, wo ein 2-jähriges Kind betroffen war, ging es der Sache nach um die Beachtlichkeit der inneren Bindung überhaupt, nicht eigentlich um den „Kindeswillen“, vgl. BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218 (6 1/2 J.).

464 Wallerstein/Kelly, 14 J.Am.Acad.Child Psych. 608 (1975).

465 Wallerstein/Kelly sind selbst zurückhaltend und wollen den Kindeswillen erst ab 13 Jahren als zuverlässige Entscheidungsgrundlage akzeptieren, Surviving the Breakup S. 314 f.

innere Gefühle sind kaum vergleichbar<sup>466</sup>. Im übrigen sollte selbstverständlich sein, daß es nicht auf die Fähigkeit zur Kommunikation in der Erwachsenensprache, speziell der von Juristen, ankommen kann<sup>467</sup>. Es genügen Artikulierungsmöglichkeiten, die für einen zur Kommunikation mit Kindern präparierten Erwachsenen verständlich sind<sup>468</sup>.

Im konkreten Fall darf außerdem nicht der Einfluß übersehen werden, den konkurrierende Indizien für die Kindesbindung auf die Einschätzung des Kindeswillens haben. Das 7-jährige Kind, das seit seiner Geburt von der Mutter betreut wurde, hat es naturgemäß schwerer, das Gericht von seiner überwiegenden Bindung an den Vater zu überzeugen, als ein gleichaltriges Kind, das keine Erziehungskontinuität genossen hat oder vom Vater oder Dritten betreut worden ist<sup>469</sup>. Stimmt der Kindeswille tendenziell mit allgemeinen objektiven Anhaltspunkten überein, werden die Gerichte ihn hingegen schon vom frühesten Kindesalter an unterstützend heranziehen.

Die Zusammenschau des Kindeswillens mit anderen, „objektiven“ Indizien für die Bindung des Kindes legt es nahe, nicht nach generellen Altersgrenzen zu suchen, sondern auf die Kongruenz oder Inkongruenz mit derartigen Indizien abzustellen. Im Falle eines inhaltlichen *Widerspruchs* dürfte nicht nur auch, sondern gerade bei jungen Kindern stets Anlaß zu einer gutachterlichen Exploration der psychischen Situation des Kindes bestehen<sup>470</sup>. Altersgrenzen gibt es dabei nicht<sup>471</sup>.

## 2. Geistige Reife

Die üblichen Kriterien für den konkreten *Reifestand* eines Kindes sind wegen ihrer Vernunftbezogenheit ebenfalls nicht verwendbar. Die Bindung des Kindes an einen Elternteil ist ein psychisch-emotionales Faktum, das rationaler Erfassung durch das Kind nicht bedarf und auch kaum zugänglich ist<sup>472</sup>. Deshalb kann die Beachtung

466 Zur Zeugenfähigkeit *Arntzen*, DRiZ 1976, 20 ff (bedingt ab 5 Jahren).

467 *Zenz*, StAZ 1973, 268 f.

468 Zu den sich hieraus ergebenden Forderungen an die Ausbildung von Familienrichtern vor allem *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 42 ff.; vgl. auch unten Fn. 568 und 6. Kap. Fn. 38, 609.

469 Vgl. die Entscheidungen oben Fn. 456.

470 So in OLG Karlsruhe 31.1.1978 und OLG München 1.7.1980 (oben Fn. 456). In beiden Fällen wurde der Wille 7-jähriger Kinder, dem Vater zugewiesen zu werden, als „nicht echt“ diagnostiziert. Ob und inwieweit generelle Voreingenommenheit von Sachverständigen zugunsten der Mütter eine Rolle spielte, kann der Jurist kaum beurteilen, vgl. unten 6. Kapitel Fn. 580, 713.

471 Die Lösung entspricht tendenziell der bei *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 48 vertretenen Forderung, wonach schematische Altersgrenzen ebenso zu vermeiden seien wie die einseitige „Zubilligung von Rechtsposititionen von einem bestimmten Alter an“; ebenso *Lempp*, ZBlJR 1977, 510; *Klußmann*, Das Kind, S. 43; zu den Folgerungen für die Kindesanhörung (§ 50b FGG) OLG Köln 14.5.1980, FamRZ 1980, 1153, 1154, BVerfG a.a.O. (Fn. 463).

472 Gegen *Robde*, NJ 1979, 514, unter deren Einfluß das OG der DDR (3.7.1979 und 17.7.1979, NJ 1979, 512 f.) für die Beachtung der erklärten Bindung des Kindes einen fortgeschrittenen geistigen Entwicklungsstand fordert.

des Kindeswillens auch nicht generell, wie es in der Rechtsprechung geschieht<sup>473</sup>, von „beachtlichen Gründen“ abhängig gemacht werden<sup>474</sup>. Die Forderung rationaler Reife oder beachtlicher Gründe nimmt nach dem herrschenden Rechtsprechungsstandard jedenfalls Kindern unter 10 Jahren regelmäßig die Möglichkeit, ihrer Verbundenheit mit einem Elternteil rechtlich beachtlichen Ausdruck zu geben<sup>475</sup>. Nur auf die Fähigkeit zur wirklichkeitsgetreuen Mitteilung von Gefühlen kann es ankommen. Zur Würdigung dieser Fähigkeit und der einzelnen Kindesaussage sind die Richter allerdings ausbildungsmäßig kaum in der Lage, zumal sie die Kommunikation mit 5-10-Jährigen bisher weitgehend vermieden haben und deshalb auch auf keine gesicherten Erfahrungen zurückgreifen können<sup>476</sup>.

### 3. Der beeinflusste Kindeswille

Es bleibt die Absicherung gegen eine Beeinflussung des Kindeswillens durch die Eltern. Die Disqualifizierung eines fremdgesteuerten Kindeswillens entspricht gefestigter Rechtspraxis<sup>477</sup>. Hintergrund dieser Praxis ist die Vorstellung, daß der beeinflusste Wille nicht die Persönlichkeit des Kindes reflektiert und deshalb auch nicht zu beachten ist – der *Schutz* des manipulierten Kindes gewinnt zentrale Bedeutung. Ein generalpräventiver rechtspolitischer Effekt mag daneben eine Rolle spielen. Diese Erwägungen treffen den Kindeswillen grundsätzlich in beiden Funktionen: Der beeinflusste Kindeswille ist weder brauchbares Indiz für seine wirkliche Bindung noch Ausdruck verantwortlicher Eigenbestimmung.

473 Oben Fn. 437, 439.

474 *Zenz*, StAZ 1973, 269; *Baer*, in: Gesetzesmaterialien S. 3/16; wichtig *Ell*, ZBJR 1980, 323: Scheinbar vordergründige, nebensächliche Begründungen des Willens kleinerer Kinder sind oft Ausdruck einer echten und engen emotionalen Bindung an den gewünschten Elternteil; ebenso *Klußmann*, Das Kind S. 41, 43; AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597, 598.

475 Nach Feststellungen von *Simitis* u.a. ist damit der Wille von über 2/3 aller „Scheidungskinder“ ausgeschlossen, Kindeswohl S. 57: 69 % der Kinder in der dortigen Untersuchung waren bis zu 9 Jahre alt, weitere 10 % bis zu 12 Jahren. Vgl. oben Fn. 438.

476 Oben Fn. 431.

477 BayObLG 9.3.1951, BayObLGZ 1951, 330, 335; 29.5.1951, BayObLGZ 1951, 421, 423; 9.12.1958, FamRZ 1959, 122, 125; 19.11.1974, FamRZ 1975, 169, 171 f.; 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Köln 31.1.1971, FamRZ 1972, 144, 145; 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 576; OLG Karlsruhe 18.12.1967, FamRZ 1968, 170; vgl. auch OLG Karlsruhe 15.3.1968, FamRZ 1968, 266, 267; *Beitzke*, ZBJR 1973, 124; *Boxdorfer*, RdJ 1974, 263; *Schwoerer*, NJW 1964, 7; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 79 f.; 30.1.1969, NJ 1969, 574, 575; BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1971, 629, 630; *Robde*, JH 1967, 204 f. = Erziehungsrecht S. 115 ff.; *Haffter* S. 44; *Jorio* S. 292. In re *Alderson*, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); *Nehra v. Uhlar*, 4 FLR 2120, 2121 (N.Y. 1977); *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 950 (Fam.Ct. 1972); *Werneburg v. Werneburg*, 6 FLR 2280, 2281 (N.Y.Fam.Ct. 1980); *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 520, 522 (N.D. 1974); vgl. 4 ALR 3d 1440 ff. (1965); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U. L.Rev. 443 (1965); *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 10 ff. (1977); in den USA spricht man in diesem Zusammenhang von „brain washing“ der Kinder, vgl. *Pact v. Pact* a.a.O.

Dennoch muß der Begriff der „Beeinflussung“ weiter ausdifferenziert werden, um sachgerechte Beurteilung zu gewährleisten. Der menschliche Wille ist stets von Umwelteinwirkungen beeinflusst<sup>478</sup>. Die Erziehung von Kindern ist ihrem Wesen nach „Beeinflussung“ durch gezielte oder rein tatsächliche Einwirkung<sup>479</sup>. „Beeinflussung“ ist auch die liebevolle Zuwendung bei der Kindesbetreuung, die korrespondierende Gefühle des Kindes erweckt oder verstärkt<sup>480</sup>. Schließlich sollen Eltern ihrem Kind auch *Werte* vermitteln, die aber – sollen sie das Kind überzeugen – den Wertsetzungen der Eltern nicht zuwiderlaufen dürfen. Nicht zuletzt die Aufrichtigkeit dem Kind gegenüber ist ein Erziehungswert, der Verstellung und unnatürliche Neutralität bei der Stellungnahme zum Zerrüttungsvorgang als Rechtsgebot abschließt<sup>481</sup>.

Die Disqualifizierung des beeinflussten Kindes ist deshalb in zweierlei Hinsicht zu begrenzen. Erstens schadet nur die illegitime, etwa eigensüchtige, aufhetzende Einflußnahme durch einen Elternteil, die auch in einer Kontaktunterbindung zum anderen Elternteil liegen kann. Das Werben um die Zuneigung des Kindes ist jedenfalls in einem Rahmen nicht illegitim, der die liebevolle Zuwendung zum Kind, wie sie auch bei bestehender Familiengemeinschaft wünschenswert ist, nicht übersteigt. Zweitens kann jede Art von Beeinflussung zu einer psychischen Prägung des Kindes führen, die als *Tatsache* genommen werden muß. *Klar* unterscheidet aus psychologischer Sicht zwei Möglichkeiten: Der Inhalt der Einflußnahme ist „emotional introjiziert“ oder nur „rationalisierter Überbau“ der wirklichen Beziehungen und Einstellungen des Kindes<sup>482</sup>. Auch die Gerichte sehen sich in Einzelfällen gezwungen, die eindeutig manipulierte Haltung eines Kindes als psychische Tatsache zu akzeptieren, weil das Kind sie sich zu eigen gemacht hat<sup>483</sup>. Soweit der Kindeswille als Indiz für eine vorhandene Bindung oder Nicht-Bindung fungiert, kann ihn deshalb

478 Zutreffend deshalb *Lempp*, ZBlJR 1977, 509: „Wir sollten von Kindern und Jugendlichen nicht mehr erwarten als von Erwachsenen.“

479 *Ell*, ZBlJR 1980, 323 f.; *Lempp*, NJW 1964, 440; *ders.*, Ehescheidung S. 8, 13, 27; *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 32 f.; vgl. auch oben bei Fn. 376.

480 *Ell*, ZBlJR 1980, 321.

481 *Lempp*, Proceedings ISFL II S. 224; *Goode*, Women in Divorce, S. 321; vgl. AG Bonn 11.1.1979, FRES 1 (1979) Nr. 0003 a.E.

Unter diesem Aspekt ist auch § 1634 Abs. 1 S. 2 BGB dahin zu interpretieren, daß er nicht mehr fordert als *Fairneß* gegenüber dem anderen Elternteil sowie *Sachlichkeit* und *Rücksicht* auf die Gefühle des Kindes. Strikte Wertfreiheit dürfte auch das Kind kaum befriedigen.

482 ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 40; vgl. auch *Frommann* S. 110 ff.; *Haffter* S. 48; *Lempp*, NJW 1964, 440; *Schwoerer*, NJW 1964, 7. Beachtlich die Argumentation des AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597, 598 f.

483 LG Ravensburg 27.9.1974, StAZ 1975, 317; OLG Hamm 13.2.1967, FamRZ 1967, 296, 298 (hier bestand das Problem, zwischen schwerwiegender Schädigung des Kindes durch die väterliche Beeinflussung und schwerer gesundheitlicher Gefährdung durch Wegnahme des Kindes abzuwägen); *Rohde*, JH 1967, 204 = Erziehungsrecht S. 114 (Mit Fallschilderungen aus der Praxis); Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d, 74 (Iowa 1975); Shoup v. Shoup, 4 FLR 2561 (Pa.Super.Ct. 1978); vgl. ALR 3d 1414; *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 14 f. (1977), jeweils m.w.N.; BG 3.9.1981, EuGRZ 1981, 578 (zum Umgangsrecht).

der Gesichtspunkt der Beeinflussung nur dann disqualifizieren, wenn eine *Verfälschung* der wirklichen psychischen Situation durch den erklärten Willen vorliegt („rationalisierter Überbau“ oder einstudierte Erklärungen und Haltungen). Stimmt der Wille mit der psychischen Prägung überein<sup>484</sup>, beruht aber diese selbst auf illegitimer Beeinflussung, kann nur erwogen werden, die kindliche Haltung als solche geringer als sonst zu achten. Bei einer exponierten Einstellung des Kindes gegenüber dem nichtgewünschten Elternteil stößt man hier bei kindesorientierter Beurteilung aber schnell auf Grenzen<sup>485</sup>.

Im Lichte dieser Unterscheidung erweist es sich als verfehlt, den Willen kleinerer Kinder deshalb generell für unbrauchbar zu halten, weil sie regelmäßig unter dem Einfluß der primären Betreuungsperson stehen<sup>486</sup>. Ist der betreuende Elternteil, wie bei kontinuierlicher Sorge für das Kind in aller Regel, auch die psychologische Bezugsperson geworden, handelt es sich um ein „schicksalhaftes“ Bindungsverhältnis<sup>487</sup>, dessen rechtliche Beachtung auch im Kontinuitätsgrundsatz impliziert ist. Erklärt sich das Kind ausdrücklich zugunsten dieses Elternteils, verstärkt und konkretisiert der Kindeswille die allgemeine, auf der Kontinuität des Kontakts beruhende Bindungsvermutung. Der Einwand der Beeinflussung liegt neben der Sache<sup>488</sup>.

## IV. Der Kindeswille als Selbstbestimmung

### 1. Grundsätzliche Beachtlichkeit kindlicher Selbstbestimmung

Der Hinweis auf die Würde und wachsende Verantwortlichkeit des Kindes<sup>489</sup> führt noch nicht zwingend zur Anerkennung seiner Eigenentscheidung in der Sorgerechtsfrage. Gelegentlich wird eine Entscheidungsbefugnis des Kindes sogar für „widersinnig“ gehalten<sup>490</sup>. Der damit ausgedrückte Gedanke, daß es nicht Sache des Machtunterworfenen sein könne, sich die Person auszusuchen, die über ihn bestim-

484 Wie der Richter diesen Unterschied feststellt, ist eine von der materiellrechtlichen Lage zu trennender Gesichtspunkt. Leicht wird die Erkenntnis jedenfalls nicht sein (*Haffter* S. 48). *Frommann* erhofft sich die Aufdeckung der wirklichen Situation durch psychodiagnostische Tests, S. 110 ff.

485 Vgl. die Entscheidungen oben Fn. 441, 482; im übrigen unten IV.3.c), insb. Fn. 573.

486 So vor allem in der DDR, OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9; *Robde*, JH 1967, 205 = Erziehungsrecht S. 117; vgl. auch BayObLG 9.3.1951, BayObLGZ 1951, 330, 335; In re Hatzopoulos, 3 FLR 2075, 2076 (Colo.Juv.Ct. 1977); *Wallis v. Wallis*, 200 A.2d 164, 166 (Md. 1964); wohl auch *Schwoerer*, NJW 1964, 7.

487 OLG Karlsruhe, 15.8.1974, Justiz 1975, 29, 30.

488 OLG Karlsruhe 15.8.1974 a.a.O.; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; LG Waldshut 31.1.1973, Justiz 1973, 139 f.; *Lempp*, Ehescheidung S. 8, 13, 27; *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 178 f.

489 Oben A.I.2.a)cc) (1).

490 BayObLG 9.1.1968, FamRZ 1968, 657 f.

men solle, ist allerdings zu deutlich von der Vorstellung elterlicher Sorge als eines „Einbahnverkehrs von oben nach unten“<sup>491</sup> bestimmt, als daß er nach dem Sorgerechtsgesetz vom 18.7.1979 Bestand haben könnte. Die Sorgerechtsentscheidung regelt nicht nur Rechte und Pflichten von Eltern und Kindern, sondern – und das steht für die Beteiligten im Vordergrund – konstituiert eine neue familiäre Lebensgemeinschaft, die gegenseitigen „Beistand und Rücksicht“<sup>492</sup> und *beiderseitige* Bereitschaft zur Intimität fordert<sup>493</sup>.

Beachtlicher wäre der Einwand, daß die Sorgerechtsentscheidung das Kind zwar höchstpersönlich, aber nicht allein betrifft. Auch für das Leben der Eltern findet eine wichtige Weichenstellung statt, und in Fortführung der vorstehenden Erwägungen könnte argumentiert werden, daß das Eltern-Kind-Verhältnis jedenfalls *auch* kein Einbahnverkehr von unten nach oben ist<sup>494</sup>. Neben den Eltern können außerdem die Geschwister betroffen sein. Entweder spaltet der Kindeswille die Geschwistergemeinschaft<sup>495</sup> oder ein älteres Kind zieht über den Gemeinsamkeitsgrundsatz jüngere Geschwister mit zu dem von ihm bevorzugten Elternteil<sup>496</sup>. Der Kindeswille beschränkt sich demnach nicht auf reine Selbstbestimmung, sondern ist thematisch auf die Neuordnung der gesamten Familiensituation gerichtet.

Demgegenüber sprechen für die Beachtlichkeit kindlicher Eigenentscheidung, soweit auch die *Eltern* betroffen sind, dieselben Erwägungen, die den Primat des Kindesinteresses gegenüber den Elterninteressen begründen. Auf die diesbezüglichen Erörterungen ist hier deshalb zu verweisen<sup>497</sup>. Die Auswirkungen auf die *Geschwister* können dem Kindeswillen nicht mehr unmittelbar zugerechnet werden, da die verantwortliche Entscheidung über deren Schicksal dem Richter obliegt.

491 Zu dieser Formulierung *Duss-v. Werdt*, Schw.Z.f.Gemeinnützigkeit, 1972, 283; Botschaft d. Schweizer Bundesrats vom 5.6.1974, BBl 1974 II S. 76; *Coester-Waltjen*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 73.

492 § 1618 a BGB, vgl. Art. 272 ZGB (mit dem zusätzlichen Element der „Achtung“). Beide Bestimmungen gelten zwar grundsätzlich für das Eltern-Kind-Verhältnis auch außerhalb familiärer Gemeinschaft, entwickeln aber innerhalb einer solchen Gemeinschaft spezifische Bedeutung und Intensität.

493 *Gernhuber*, Familienrecht S. 864; vgl. *Hanisch*, FamRZ 1975, 10.

494 *Hanisch* a.a.O.; *Coester-Waltjen*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 73.

495 OG 15.4.1975, NJ 1975, 555, 557; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34 (allerdings lebten die Geschwister schon längere Zeit getrennt); OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316 f. (da bei jedem Elternteil schon ein Geschwister lebte, entschied der Kindeswille nur, *welche* Geschwistergemeinschaft fortgesetzt werden sollte); OLG Karlsruhe 15.3.1968, FamRZ 1968, 266, 267; Pact v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 951 f. (Fam.Ct. 1972).

496 BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86; Shoup v. Shoup, 4 FLR 2561 (Pa. Super.Ct. 1978); Williams v. Williams, 296 A.2d 870, 871 f. (Pa. Super.Ct. 1972); Anonymous v. Anonymous, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y. Sup.Ct. 1977); Eschbach v. Eschbach, 8 FLR 2460 (N.Y. 1982).

Vgl. auch *Doberstein v. Doberstein*, 192 A.2d 1954 (Pa. Super.Ct. 1963). (Hier war das Verhältnis umgekehrt: Der allein nicht entscheidende Wille des älteren Kindes wurde aufgewertet durch den Geschwistergrundsatz, weil die jüngere Schwester aus anderen Gründen ohnehin zum bevorzugten Elternteil kam).

497 Oben A.II.2.a), b).

Es bleibt demnach als Problem nur das Spannungsverhältnis zwischen Kindeswillen und Kinderschutz. Das Recht baut auf dem Konzept prinzipieller Unmündigkeit von Kindern vor Erreichung der Volljährigkeitsgrenze auf<sup>498</sup>. Das Schutzbedürfnis des minderjährigen Kindes bezieht sich nicht nur auf die Abwehr äußerer Gefahren, sondern auch auf Schutz vor unvernünftigen eigenen Entscheidungen. Andererseits sind in jüngerer Zeit die Rückwirkungen eines auf Selbstbestimmungsfähigkeit und Selbstverantwortung angelegten Erziehungsziels auf die Behandlung heranwachsender Kinder bewußt geworden. Selbständigkeit und Reife wachsen langsam heran und liegen zu einem gegebenen Zeitpunkt in mehr oder minder starkem Maße vor. Wie diesem Umstand angemessen Rechnung zu tragen ist, wird fortdauerndes Diskussionsthema im Kindschaftsrecht sein<sup>499</sup>. Im Grundsatz wesentlich ist die Erkenntnis, daß Extreme im Sinne umfassender Kindesemanzipation<sup>500</sup> oder eines starren Unmündigkeitskonzepts bis zum Tag der Volljährigkeit gleichermaßen unangemessen sind. Kinderschutz und Persönlichkeitsentfaltung sind zwei Prinzipien, die im Heranwachsenden-Stadium untrennbar verknüpft sind, andererseits aber niemals zur vollständigen Harmonie miteinander verbunden werden können<sup>501</sup>. Noch mehr als für andere Rechtsfragen im Familienrecht gilt deshalb für die Gewichtung des Kindeswillens, daß eine Antwort nicht als richtig erkannt, sondern nur für jede Zeit und Gesellschaftsordnung neu „ertastet“ werden muß in sorgfältiger Differenzierung und Abgrenzung der Regelungssachverhalte.

Der Rechtsmaßstab des Kindeswohls bei der Sorgerechtsentscheidung nimmt sowohl die Personalität des Kindes als auch, mit dem Wortbestandteil „-wohl“, den Schutz des Kindes in sich auf. Es wird nirgends im Grundsatz bezweifelt, daß Jugendliche normalerweise vor Erreichung des Volljährigkeitsalters einen Reifestand aufweisen, der ihnen eine angemessene Würdigung des Plazierungsproblems ermög-

498 Grundlegend *Bosch*, FamRZ 1973, 489 ff.; *Gernhuber*, FamRZ 1962, 89 ff.; *Goldstein*, 1 Int.J.L.&Psych. 109 ff. (1978).

499 Zur jüngeren Diskussion in der Bundesrepublik vgl. vor allem *Becker*, FS *Bosch* S. 37 ff.; *Beitzke*, ZBlJR 1973, 121; *Bosch*, FamRZ 1973, 489 ff.; *Coester-Waltjen*, ZRP 1977, 177 ff.; *dies.*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 76 ff.; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 462 ff.; *Gernhuber*, FamRZ 1962, 89 ff.; *ders.*, Neues Familienrecht, S. 46 ff.; *Hanisch*, FamRZ 1975, 6 ff. (vergleichend mit der Schweiz); *Hinz*, Kinderschutz (1976); *Knöpfel*, FamRZ 1977, 600 ff.; *Kühn*, Selbstbestimmungsrecht S. 406 f.; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608 f.; *ders.*, AcP 178 (1978), 263 ff.; *Quambusch*, Die Persönlichkeit des Kindes (1973); *ders.*, ZBlJR 1974, 138 ff.; *Reuter*, Kindesgrundrechte, insbes. S. 161 ff., 207 ff.; *D. Schwab*, AcP 172 (1972), 266 ff.; *Schwerdtner*, AcP 173 (1973) 227; *Simitis*, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls, S. 95 ff.; *Stöcker*, ZRP 1974, 211; *Strätz*, FamRZ 1975, 541 ff.; *Wuppermann*, RuG 1974, 70 ff.; *Zenz*, AcP 173 (1973).

Zur entsprechenden Diskussion in der Schweiz oben 2. Kap. A.III.3., in den USA oben 3. Kap. A.III.3.b). In der DDR taucht das Problem der Mündigkeit Jugendlicher als *Grundsatzfrage* nicht auf, da auch die freie Selbstbestimmung Erwachsener realiter nicht zugelassen wird. Zur Emanzipation der Kinder gegenüber den Eltern vgl. oben 1. Kap. A.II.3.

500 Vgl. vor allem die Diskussion in den USA oben a.a.O. Die Kritik spricht anschaulich von einem "abandoning of children to their rights", *Hafen*, By.L.Rev. 1976, 605; *Wald*, 12 U.C. Davis L.Rev. 282 (1979); *S. Katz*, in: 6 FLR 2113 (1979).

501 *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 169.

licht<sup>502</sup>. Sie können also materiell selbstbestimmungsfähig und -verantwortlich sein. Berücksichtigt man angesichts dieser Tatsache die zentrale Bedeutung der Sorgerechtsentscheidung für das Kind<sup>503</sup> und den Umstand, daß um das Sorgerecht *streitende* Eltern in ihrer Bestimmungskompetenz versagen, dann ergibt sich im Lichte des an Art. 1, 2 GG ausgerichteten Erziehungsziels<sup>504</sup> die *grundsätzliche* Beachtlichkeit der kindlichen Entscheidungsfähigkeit als Gebot der Achtung seiner Persönlichkeit<sup>505</sup>. Aus der Sicht des Staates begegnet dem Gericht in der Stellungnahme des Jugendlichen bei Elternstreit die letztmögliche Form kompetenter familienautonomer Lösung des Konfliktes<sup>506</sup>.

Sind dies die Eltern *einig*, repräsentiert ihr Entscheidungsvorschlag regelmäßig auch die Position des Kindes (Art. 1671 Abs. 3 S. 1 BGB). Widerspricht das (über 14jährige) Kind, bestätigt § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB den vorstehenden Ansatz. Eine familienautonome Konfliktlösung liegt nicht vor; die Achtung der reiferen Kindespersönlichkeit erfordert eine richterliche Prüfung der gesamten Situation und verbietet einen Entscheidungsprimat der Eltern, der nur bei qualifizierter Kindeswohlvernachlässigung zu korrigieren wäre. Angesichts des innerfamiliären Widerspruchs

502 Vgl. Nachweise oben Fn. 434 ff. und Fn. 499.

503 Die *größer* ist als für seine Eltern, vgl. oben A.II.2.b)aa); BVerfG 5.11.1980, FamRZ 1981, 124, 126.

504 Zutreffend formuliert *Lüderitz* (FamRZ 1975, 608 1.Sp.): „Da elterliche Sorge jedoch auf Selbstbestimmung vorbereiten soll, wachsen – auch ohne rechtliche Verpflichtungsfähigkeiten nach außen – mit zunehmendem Alter der Anteil an der eigenen Entscheidung in höchstpersönlichen Angelegenheiten und die moralische Verantwortung hierfür“.

Es erscheint konsequent, daß in der DDR auch bei älteren Kindern und trotz Forderung geistiger Reife (oben Fn. 472) der Kindeswille stets nur als Ausdruck der inneren Verbundenheit beachtet wird – autonome Selbstbestimmung ist nicht Element des sozialistischen Erziehungsziels, vgl. OG 3.7.1979, NJ 1979, 512 f. m. zust. Anm. *Rohde* S. 513 f.

505 BVerfG 5.11.1980, FamRZ 1981, 124, 125 f. Dies entspricht der einhelligen Tendenz der Gerichtspraxis in den freiheitlichen Staaten, vgl. oben Fn. 440-443; besonders deutlich BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536 (allerdings erst auf der Ebene der Herausgabevollstreckung); ebenso BGH 5.2.1975, FamRZ 1975, 273, 276; OLG München, 1.7.1980 – UF 748/80 – (S. 4: „einem 14-jährigen Kind muß nach heutigem Rechtsbewußtsein zugebilligt werden, in den seine Person betreffenden Angelegenheiten eigenverantwortlich mitzuwirken“); Doe v. Doe, 4 FLR 2100 (N.Y. Sup.Ct. 1977). Verfehlt und nicht verbindlich für die Gesetzesinterpretation demgegenüber der Rechtsausschuß des Deutschen Bundestages, BT-Drucks. 8/2788, S. 62, wo die Anhörung des Kindes auf den Zweck reduziert wird, des Kindes „Neigungen und Bindungen zu ergünden“. Hier wird übersehen, daß Anerkennung der Selbstbestimmungsfähigkeit eines Kindes und Einräumung einer formellen Entscheidungskompetenz in der Sorgerechtsfrage nicht notwendig zusammenfallen müssen. Dazu sogleich unten 2.

506 Es fehlt bislang an rechtlichen Ansätzen, die es ermöglichen, das Kind nicht nur als Träger von Individualautonomie, sondern auch der Familienautonomie zu sehen. In Art. 6 GG ist dieser Gedanke nicht zweifelsfrei unterzubringen, vor allem wenn man davon ausgeht, daß die nach Abs. 1 geschützte „Familie“ zerfallen ist, BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424. Soll der Begriff „Familienautonomie“ aber mehr sein als ein euphemistischer Ausdruck für Elternautonomie, muß die allgemeine Abgrenzung zwischen Staat und Familie auch in der Richtung fortdefiniert werden, daß „das Kind“ nicht nur Einstieg für staatliche Kontrolle, sondern auch deren Abwehr bedeuten kann.

kommt eine Bindung des Richters zugunsten der einen oder anderen Seite nicht in Betracht<sup>507</sup>. § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB statuiert eine begrenzte Teilmündigkeit des Jugendlichen (nur) *gegenüber seinen Eltern*. Diese Vorschrift räumt damit dem Element der Selbstbestimmung im Kindeswillen ausdrücklich Wirkungsmöglichkeiten ein<sup>508</sup>.

Im übrigen wird § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB praktisch weitgehend bedeutungslos, wenn man (wie hier) den übereinstimmenden Elternvorschlag als fortbestehende elterliche Einigung definiert<sup>509</sup>. Hat ein Elternteil die Vereinbarung widerrufen und schließt sich das Kind ihm an, erweist sich § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB auch von der herrschenden Meinung her als besonders sachangemessen<sup>510</sup>.

Der Widerspruch eines Kindes gegen eine *fortbestehende* Elterneinigung kommt in dem untersuchten Fallmaterial nicht vor. Trotz dieser geringen praktischen Bedeutung besteht jedoch keine Legitimation, von der Anhörung des über 14jährigen Kindes gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes (§ 50b Abs. 3 FGG, § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB) abzusehen<sup>511</sup>. Nicht registrierbar sind die Fälle, in denen Einwände des Kindes zu einer einverständlichen Änderung des Elternvorschlags oder zu dessen Wegfall geführt haben, so daß der Tatbestand des § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB für den Richter nicht Entscheidungsgrundlage war.

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, daß der Kindeswille über seine Indizfunktion für die Bindungen des Kindes hinaus als eigengewichtiges Kriterium rechtlich beachtlich sein kann, wenn und soweit er sich als eigenverantwortliche Entscheidung eines hierzu fähigen Kindes darstellt. Welche Bedeutung dem Kindes-

507 Abweichend – soweit ersichtlich – nur *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 489, der eine Reduktion der Bestimmung zugunsten des verfassungsrechtlichen Elternrechts für geboten hält. Bezüglich des Elternvorschlags ist jedoch durch den Widerspruch des Kindes sowohl die sachliche Richtigkeitsvermutung als auch die von der Einigung als solcher ausgehende Befriedigungswirkung obsolet geworden, vgl. *Knöpfel*, FamRZ 1977, 609. Damit tritt die staatliche Wächterfunktion auf den Plan (vgl. unten C.II.3.). Entsprechenden Zweifeln ist aber auch der Kindeswille ausgesetzt, so daß für einen Vorrang des Kindeswillens (so Ehrechtskommission (1971) S. 69, 82) die Basis fehlt. Daß der Richter nach § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB sowohl im Sinne des Kindeswillens als auch des Elternvorschlags (sofern dieser aufrechterhalten werden sollte) entscheiden darf, ist eine kaum hervorhebenswerte Selbstverständlichkeit, *Diederichsen*, NJW 1980, 9; *Gernhuber*, Familienrecht, S. 865; *Holtgrave*, JZ 1979, 669; *Simon*, JuS 1979, 754; abwegig die Kritik von *Strätz*, AKF-Berichte 1978, Nr. 2, S. 19: Der Richter brauche den Elternvorschlag „mit keinem Blicke zu würdigen“. zutreffend wird die Funktion des § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB von *Reuter*, Familienrecht S. 186 beschrieben: „... wächst der Familienrichter durch den Widerspruch des Kindes aus der Rolle des Kontrollleurs in die des Schiedsrichters zwischen Eltern und Kind hinein“. Vgl. OLG Hamm 25.11.1980, FamRZ 1981, 202 f.

508 Die Einwände gegen § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB greifen insgesamt nicht durch: Gegen den verzichtenden Elternteil habe der Kindeswille keine Durchsetzungschance (*Beitzke*, FamRZ 1979, 13; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 315; dagegen im einzelnen unten C.II.2.c) und *Finger* S. 310), und der Familienkonflikt eröffne dem Richter den Weg, Dritten die Sorge zu übertragen (*Strätz*, FamRZ 1975, 543, 549; *ders.*, AKF-Berichte 1978, Nr. 2, S. 19; *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 315; dagegen *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608; *Gernhuber*, Familienrecht S. 865; *Finger* S. 310: realitätsfern). Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken von *D. Schwab* vgl. vorstehende Fußnote.

509 Unten C.III.1.

510 Vgl. z.B. OLG Hamburg 30.9.1958, FamRZ 1959, 255 (dort spielte allerdings auch der Schulvorrang noch eine Rolle) und 4.9.1959, FamRZ 1960, 123.

511 So aber die Mehrheit im Arbeitskreis II/3 des 2. DFG/, S. 242.

willen in dieser Funktion konkret zukommt, ist damit noch nicht gesagt. Führt die Schutzaufgabe des Staates nicht zu einem generellen Ausschluß kindlicher Selbstbestimmung, so ist dem Kinderschutz doch – und gerade – bei der Berücksichtigung des Kindeswillens Wirkungsraum zu schaffen.

## 2. Kindliche Selbstbestimmung als formelle Entscheidungskompetenz oder als materielles Kindeswohl-Kriterium

### a) Legislative Gestaltungsmöglichkeiten

Der Selbstbestimmungsfähigkeit von Heranwachsenden kann in verschiedener Form Rechnung getragen werden. Das Gesetz kann eine besondere Teilmündigkeit begründen, die in ihrer stärksten Form die Eigenentscheidung des Kindes der eines Erwachsenen in eigenen Dingen gleichstellt, so daß für eine gerichtliche Kontrolle am Maßstab eines objektiv verstandenen Kindeswohls kein Raum mehr bleibt<sup>512</sup>. Eine derartige Regelung findet sich in keiner der untersuchten Rechtsordnungen, sie wäre ein nicht begründbarer Verzicht auf die staatliche Schutzfunktion in einer Situation, die als einschneidende Krise im Leben des Kindes erkannt worden ist. In „minderer Form“<sup>513</sup> kann die Teilmündigkeit dem Minderjährigen einen Bestimmungsvorrang einräumen, der einer unterschiedlich definierbaren Kontrollgrenze unterliegt. Entsprechende Gesetze existieren in den US-Staaten Georgia und Texas<sup>514</sup>. Beide Staaten schränken die gerichtliche Kontrollfunktion weitgehend ein: „ . . . where the child has reached the age of 14 years, such child shall have the right to select the parent with whom such child desires to live and such selection shall be controlling unless the parent so selected is determined not to be a fit and proper person to have the custody of such child“<sup>515</sup>. Mit „fit and proper person“ wird regelmäßig die Mindestqualifikation i.S. des Kinderschutzes umschrieben, und dementsprechend greifen die Gerichte erst dann ein, wenn das Kindeswohl gefährdet erscheint<sup>516</sup>.

Auf der nächsten Stufe finden sich Gesetze, die dem Kind zwar ein Wahlrecht einräumen, die Beachtlichkeit des Kindeswillens für den Richter aber davon abhängig machen, daß die Wahl dem Kindeswohl objektiv entspricht<sup>517</sup>. Diese Gesetze

512 Vgl. *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231.

513 *Gernhuber*, a.a.O.

514 Ga.Code Ann. §§ 30-127, 70-107; Tex.Fam.Code § 1407 (a).

515 Ga.Code Ann. § 30-127; ähnlich das Gesetz von Texas.

516 *Adams v. Adams*, 135 S.E.2d 428 (Ga. 1964); *Froug v. Harper*, 140 S.E.2d 844, 946 (Ga. 1965); *Lamb v. Lamb*, 198 S.E.2d 171 (Ga. 1973); *Peacock v. Adams*, 199 S.E.2d 254 (Ga. 1973) (in diesen Fällen wurde das Wahlrecht auch zugunsten einer Sorgerechtsänderung bestätigt). Aus Texas liegen noch keine Entscheidungen vor.

517 Ohio Rev.Code Ann. § 3109.04; Miss.Code Ann. § 1263.5: „ . . . if the court shall find that both parties are fit and proper persons to have custody of the children of the marriage, and that either party is able to adequately provide for the care and maintenance of the children, and that it would be to the best interests and welfare of the children, than any

werden so verstanden, daß der Kindeswille bei der Bestimmung des Kindeswohls zu berücksichtigen ist, daß er das Gericht aber in keiner Weise bindet<sup>518</sup>. Damit besteht kein sachlicher Unterschied zu jenen in den USA verbreiteteren Gesetzen, die nur schlicht eine Berücksichtigung des Kindeswillens vorschreiben, und nicht einmal zu den restlichen Staaten, in denen sich die Beachtlichkeit des Kindeswillens erst aus dem Fallrecht ergibt<sup>519</sup>.

Eine echte Teilmündigkeit ist deshalb nur in den Rechten von Georgia und Texas begründet. Eine ähnliche Lösung enthielten die Entwürfe zum Sorgerechtsgesetz in der Bundesrepublik, wengleich die gerichtliche Eingriffsschwelle parallel zur Regelung des übereinstimmenden Elternvorschlags niedriger angesetzt war<sup>520</sup>. Das geltende Recht hingegen sieht davon ab, dem Kind eine formelle, den Richter begrenzt bindende Entscheidungskompetenz einzuräumen. Damit hat der Gesetzgeber vielfältigen Einwänden von juristischer und psychologischer Seite Rechnung getragen<sup>521</sup>, die Überforderung der Kinder geltend machten<sup>522</sup> und auf die Gefahr hingewiesen, daß bei einer Entscheidungskompetenz der Kinder diese massivem Druck der Eltern, von der Beeinflussung bis hin zum "legal kidnapping" ausgesetzt sein würden<sup>523</sup>. In den USA glaubt man außerdem die angemessene Kindererziehung dadurch gefähr-

such child who shall have reached his twelfth (12th) birthday shall have the privilege of choosing the parent with whom he shall live". Vgl. auch 58 Okla.Stat. 1971, § 762 (ab 14 Jahre) und dazu In re Hill, 3 FLR 2742 (Okla. 1977): Das Wahlrecht setze voraus, daß eine Sorgerechtsentscheidung überhaupt nötig sei. Eine 14-Jährige, die von der Mutter und deren neuen Ehemann adoptiert worden sei, könne deshalb keine Zuweisung der elterlichen Sorge an ihren leiblichen Vater verlangen. Auch wenn man vom Adoptionsproblem absieht, liegt hierin jedenfalls ein Ausschluß des Kindeswillens für Änderungsentscheidungen.

518 *Mixon v. Bullard*, 217 So.2d 28, 30 (Miss. 1968).

519 *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 18 ff. (1977) haben festgestellt, daß bei all diesen Rechtsgestaltungen die Gerichte den Kindeswillen als einen Faktor unter anderen dann berücksichtigen, wenn die Kinder einen entsprechenden Reifegrad erreicht haben. Sind sie zu jung, werden sie auch dann nicht gehört, wenn das Gesetz generell eine Beachtung des Kindeswillens vorschreibt, vgl. *Johnson v. Johnson*, 226 S.E.2d 33, 35 (Miss. 1975).

520 BT-Drucksache 7/2060; 8/111, jeweils § 1671 Abs. 3 S. 1.

521 BT-Drucksache 8/2788, S. 62.

522 *Bosch*, FamRZ 1980, 749; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) S. 315; *Finger* S. 308; *Hanisch*, FamRZ 1975, 11; *Knöpfel*, FamRZ 1977, 609; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 224 Fn. 1 (kritisch zu einem inzwischen geänderten Gesetz von Ohio, vgl. oben Fn. 517); *Zenz*, StAZ 1973, 268 f.; *dies.*, in: Familienrechtsreform S. 177; *dies.*, Seminar S. 175 ff.; vgl. auch BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 83; *Robde*, JH 1967, 202 = Erziehungsrecht S. 108; *Dissent Crockett* in *Smith v. Smith*, 4 ALR 3d 1383, 1390 (Utah 1963) (in diesem Fall ist das Problem der Teilmündigkeit in Mehrheitsentscheidung, dissenting und concurring opinion (Henriod) eindrucksvoll diskutiert worden. Das zugrunde liegende Gesetz wurde inzwischen aufgehoben).

523 *Beitzke* ZBlJR 1973, 124; *Finger* S. 308; vgl. BG 6.6.1974, a.a.O.; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 417a; *Gygax* S. 12; *Hanisch*, FamRZ 1975, S. 11; *Michel* S. 20; *Dissent Crockett*, a.a.O.; *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 260, 285 (1975); *Mlyniec*, 16 J.Fam.L. 13 f. (1977/78).

det, daß die Eltern den Kindern gewissermaßen in die Hände gegeben werden<sup>524</sup>. Lernten die Kinder erst, die Eltern gegeneinander auszuspielen, schade das auch ihrer charakterlichen Entwicklung<sup>525</sup>.

### b) Stellungnahme

Diese Bedenken sind schwerwiegend. Der Gesichtspunkt der Überforderung ist nicht schon mit dem Hinweis widerlegt, daß das Kind zu einer Willensäußerung in keinem Fall *gezwungen* werden solle<sup>526</sup>. Wird dem Kindeswillen überhaupt Bedeutung beigemessen, sieht sich das Kind häufig zu einer Äußerung gedrängt, nicht nur von den Eltern, sondern auch von den Gerichten<sup>527</sup>. Daraus ergibt sich, daß die Einwände nicht auf die Einräumung einer Teilmündigkeit beschränkt sind, sondern Gefahren berühren, die sich aus der Beachtung des Kindeswillens grundsätzlich ergeben. Allerdings werden die Gefahren um so aktueller und tiefgreifender, je absoluter die Entscheidungskompetenz des Kindes ausgestaltet ist. Eine formelle Teilmündigkeit des Kindes übt eine Sogwirkung für alle Interessierten aus, sich diese Regelungsmöglichkeit nutzbar zu machen<sup>528</sup>.

Mit der Wahl des künftigen Sorgeberechtigten ist außerdem die Zurückweisung des anderen Elternteils verbunden. Hierfür dem Kind die formelle Verantwortung zuzuschieben, ist aus zwei Gründen bedenklich. Zum einen neigen Kinder, wie psychologische Untersuchungen ergeben haben, ohnehin dazu, sich als Schuldige an der Familienzerrüttung oder zumindest als nicht genügend liebenswert zu fühlen, um den fortgehenden Elternteil zum Bleiben zu veranlassen<sup>529</sup>. Ihre seelische Not wird

524 *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d 720, 722 (Ill.App. 1965); zu entsprechenden Bedenken bei Elternvereinbarungen, die eine spätere Änderung vom Kindeswillen abhängig machen, unten C.IV.2. Positiv aber *concurring opinion* *Henriod in Smith v. Smith*, 4 ALR 3d 1383, 1394 f. (der Spieß werde zu Recht umgedreht zugunsten des Kindes: "... although there be a plague on both your houses, I want to live in which I want to live").

525 *K. Decious*, in: *Conc.Courts* S. 38.

526 So *Lüderitz*, *FamRZ* 1975, 608.

527 Vgl. *LG Braunschweig*, 5.12.1969, *FamRZ* 1970, 205, 206; *Marr. of Bowen*, 219 N.W.2d 683, 689 (Iowa 1974: "We are disappointed that children so young (10 u. 11 Jahre) have been asked so often to express themselves on the subject . . ."); vgl. auch *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841 (N.Y.Sup.Ct. 1975).

528 Zutreffend spricht *Finger* (S. 308) deshalb von einem praktischen Entscheidungszwang für das Kind. „Interessiert“ ist auch der Richter, der nach Entscheidungskriterien sucht. Warnend vor jeglicher Druckausübung *Ell*, *Trennung* S. 84.

529 *Wallerstein*, 1 *Fam.Adv.* 39 und *passim* (1978); *Wallerstein/Kelly*, 14 *J.Am.Acad. Child Psych.* 605 (1975); 46 *AmJ.Orthopsych.* 259, 263 (1976); *Kelly/Wallerstein*, 46 *Am.J. Orthopsych.* 26 (1976). Dies gilt allerdings vorwiegend für kleinere Kinder, *Wallerstein/Kelly*, *Surviving the Breakup* S. 50 f., 62. Ältere Kinder (ab 13 Jahren) versuchen sich der Belastung durch demonstrative Uninteressiertheit und kühle Distanziertheit zu entziehen, um ihre eigene Integrität und Entwicklung zu retten ("strategic withdrawal"), *Wallerstein/Kelly*, in: *The Child in His Family*, Vol. III, S. 495 ff.; vgl. als Beispiel den bei *Simitis* u.a., *Kindeswohl* S. 43, berichteten Fall eines Abiturienten. Von dieser Erkenntnis her verbietet es sich, auch nur indirekten Entscheidungszwang auf Kinder und Heranwachsende auszuüben, vgl. auch *Baer*, in: *Gesetzesmaterialien* S. 3/16; *Gross*, *Das Recht der elterlichen Sorge* S. 99.

durch eine von ihnen zu verantwortende Entscheidung gegen einen Elternteil unmittelbar verstärkt, ihre Schuldgefühle erhalten eine reale Grundlage. Zum zweiten wird das künftige Verhältnis zum nichtsorgeberechtigten Elternteil erheblich dadurch belastet, daß es das Kind selbst war, das gegen diesen Elternteil entschieden hat<sup>530</sup>. Es ist unter diesen Gesichtspunkten nicht unbegründet, wenn die Kritik von einer Abschiebung der Last und Verantwortung für die Familientrennung auf das Kind spricht<sup>531</sup>.

Ob diese Bedenken überzogen sind, läßt sich aus einem Vergleich mit den US-Rechten, die ein echtes Wahlrecht des Kindes vorsehen, nicht eindeutig beantworten. In Georgia scheint man mit dieser Konzeption gut zu fahren. Der Supreme Court von Georgia bestätigte 1964 das Gesetz: "It is not a new or novel concept that a minor child 14 years of age may well be capable of making a wise selection. It has been the law of this State for more than 100 years . . ." <sup>532</sup>. In Utah hingegen, wo lange Zeit schon dem 10-jährigen Kind ein nur jenseits der Gefährdungsgrenze kontrolliertes Wahlrecht zustand, gab es kritische Stimmen<sup>533</sup>, und im Jahr 1969 wurde der Vorrang des Kindeswillens ersatzlos aufgehoben<sup>534</sup>.

Angesichts offener Gefahren für das Kind und der Möglichkeit, seiner Würde und Selbstbestimmungsfähigkeit auch auf schonendere Weise Tribut zu zollen, scheint die Lösung einer formellen Entscheidungskompetenz des Kindes den angemessenen Ausgleich zwischen Persönlichkeitsachtung und Kinderschutz zu verfehlen.

An diesen Bedenken scheitert auch die Möglichkeit, dem Kind durch Elternvereinbarung die Entscheidungskompetenz zu übertragen<sup>535</sup>. Wenn die Eltern die Haltung des Kindes ausschlaggebend sein lassen wollen, können sie das auch im Rahmen *ihres* Entscheidungsvorschlags erreichen<sup>536</sup>. Die Überlassung der formellen Entscheidungskompetenz, jedenfalls mit der dem Elternvorschlag zukommenden Wirkung, fördert die Kindespersönlichkeit nicht zusätzlich, sondern überträgt dem Kind nur die Belastung und die Verantwortung für die Entscheidung<sup>537</sup>. § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB honoriert die aktuelle Elternverantwortung, nicht deren Abschiebung, zumal das Gesetz selbst das Kind von dieser Verantwortung frei hält<sup>538</sup>.

530 *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 280 (1975).

531 *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 177.

532 *Adams v. Adams*, 135 S.E.2d 428, 430 (Ga. 1964).

533 Vgl. *Dissent Crockett in Smith v. Smith*, oben Fn. 522.

534 Als Folge entstand eine Unsicherheit, ob nunmehr der Kindeswille überhaupt beachtet werden dürfe, vgl. *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 28 f. (1977).

535 So im Ergebnis auch BayObLG 9.8.1968, FamRZ 1968, 657 f.; für möglich gehalten hingegen in *Oakes v. Oakes*, 99 ALR 2d 949, 951 (Ill.App. 1964)).

536 Die Orientierung am Kindeswillen deutet in der Regel sogar auf eine besondere Kindzentriertheit der Eltern, AG Mosbach 30.9.1977, FamRZ 1977, 810, 812.

537 *Hanisch*, FamRZ 1975, 11: „Bärendienst“; vgl. oben Fn. 500.

538 Einen Grenzfall hatte das LG Landau zu entscheiden, 11.5.1967, FamRZ 1967, 405 f.: Die Mutter erklärte, dem Antrag des Vaters nicht entgegenzutreten, wenn das Kind zum Vater wolle. Da das Kind einen entsprechenden Willen äußerte, ging das Gericht von einem gemeinsamen Elternvorschlag aus.

Rechtspolitische Erwägungen unterstützen diese Bedenken. Teilmündigkeit erfordert eine bestimmbar Grenze, bei deren Erreichung im Einzelfall die Entscheidungskompetenz voll, vorher aber nicht gegeben ist. In der Diskussion zum Sorgerechtsgesetz vom 18.7.1979 ist überzeugend dargelegt worden, daß diese Grenze nicht mit einer erst im Einzelfall festzustellenden „Reife“ umschrieben werden kann<sup>539</sup>. Die Kriterien einer zu fordernden Reife wären so vage und der Entscheidungsspielraum der Gerichte so unbegrenzt, daß die mit der Teilmündigkeit verbundene Rechtsmacht des Kindes praktisch zur Disposition der Gerichte stände. Hieran sowie an vorstehenden Gesichtspunkten des Kindesschutzes scheitert auch das Konzept einer materiellen Grundrechtsmündigkeit mit automatischer, dem Reifestand angepaßter Außenmacht<sup>540</sup>. Feste Altersgrenzen sind aber angesichts der Unterschiede in der persönlichen Entwicklung der Kinder stets willkürlich und nicht einmal als Durchschnittstypus hinreichend abgesichert<sup>541</sup>. Verfehlt ist darüberhinaus die Konsequenz des „Alles oder Nichts“, die mit einer Teilmündigkeit verbunden ist. Erstens wird sie dem Umstand nicht gerecht, daß die Fähigkeit zur selbstverantwortlichen Entscheidung langsam, schon vom frühesten Kindesalter an heranwächst und stets nur in mehr oder minder starker Form, nie in Vollendung – gemessen an einer idealen Entscheidungskapazität – vorliegt. Entsprechend steckt das *Element* der Selbstbestimmung praktisch schon in jedem geäußerten Kindeswillen. Zweitens kann der *Wille* des Kindes zur Entscheidung im Einzelfall verschieden stark ausgeprägt sein, er kann auf Selbstentscheidung, Mitbestimmung, Stel-

539 *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 314: Auf die dortigen Bedenken kann uneingeschränkt verwiesen werden. Vgl. auch *Finger* S. 308; *Knöpfel*, FamRZ 1977, 609; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608; *ders.*, FamRZ 1978, 476.

540 Dazu *Schwerdtner*, AcP 173 (1973), 242 ff.; *ders.*, NJW 1977, 1269; *ders.*, ZBlJR 1980, 152; eingeschränkt auch *Reuter*, Kindesgrundrechte S. 161 ff., 207 ff.; *ders.*, FamRZ 1969, 624 f.; MünchKomm/Hinz, Vor § 1626 Rdn. 7; *H. Krüger*, FamRZ 1956, 334; *Stöcker*, ZRP 1964, 211 ff.;

*Kritisch* zu dieser Theorie *Diederichsen*, FamRZ 1978, 462; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 299; *Quambusch*, Persönlichkeit S. 34 ff.; *Habscheid*, Das elterliche Sorgerecht S. 6. Zu Unrecht berufen sich *Schwerdtner* und *Reuter* a.a.O. auf Art. 19 Abs. 2 des schweizerischen ZGB. Zwar könnte diese Bestimmung vom Wortlaut her im Sinne obiger Theorie interpretiert werden, ist aber von der Rechtspraxis bisher auf enge Fallgruppen begrenzt worden (Adoption, Verlöbnisauflösung u.ä.), vgl. *Bucher*, Berner Kommentar Art. 19 Rdn. 221 ff.; nicht in Betracht gezogen wurde die Sorgerechtsproblematik (oder Fragen der Berufswahl oder Heilbehandlung). Darüber hinaus ist nicht unstrittig, ob der nach Art. 19 Abs. 2 ZGB beachtliche Kindeswille die elterliche Bestimmungskompetenz verdrängt, *Bucher* a.a.O. Rdn. 207 f. m.w.N.; beachtlich jetzt *Metzler*, Die Unterhaltsverträge nach dem neuen Kindesrecht, Zürich 1980, S. 41 ff.

541 *Kritisch* zur 14-Jahresgrenze *Diederichsen*, in: Gesetzesmaterialien S. 3/53; *ders.*, FamRZ 1978, 464 f.; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 314; *Finger* S. 308; *Lempp*, ZBlJR 1974, 131; *ders.*, Proceedings ISFL II S. 222; *ders.*, ZBlJR 1977, 511 f. (anders aber in: Ehescheidung S. 13 und *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 32); *Nitsch*, in: Gesetzesmaterialien S. 3/74; *Schau*, RdJ 1973, 266; *Peschel-Gutzeit*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 102 f. Vgl. generell *Bosch*, FamRZ 1973, 496 ff., 499 f. (für eine dreistufige „Volljährigkeit“ mit den Altersstufen 14, 18, 20 Jahre); *Coester-Waltjen*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 77 f.; vgl. auch die vorstehend erörterten US-amerikanischen Gesetze, bei denen die Altersgrenze zwischen 10 und 14 Jahren schwankt.

lungnahme mit Anspruch auf Berücksichtigung oder bloße Bekanntgabe einer Präferenz gerichtet sein. Sinnvoller, als diesen komplexen Tatbestand „Kindeswillen“ mit der groben Alternative Befolgung – Nichtbeachtung zu zerschneiden, ist eine flexible Reaktion des Rechts, die sowohl individuelle Reifeunterschiede wie auch Unsicherheiten über den genauen Reifestand des Kindes aufzufangen geeignet ist und den konkreten Geltungswillen der kindlichen Äußerung berücksichtigen kann. Das ist nur möglich, wenn der Kindeswille als materielles Kriterium im Rahmen der Kindeswohl-Konkretisierung durch den Richter untergebracht wird. Dies entspricht im Grundsatz überwiegender Auffassung auch in der Rechtsprechung. Besonders deutlich formuliert das Bayerische Oberste Landesgericht<sup>542</sup>: „Der freie, nicht manipulierte Willen eines genügend einsichtsfähigen Minderjährigen . . . ist als Ausdruck seiner Selbstbestimmung zugleich maßgebliches Anzeichen für recht verstandenes Kindeswohl i.S. des § 1671 Abs. 3“ (jetzt § 1671 Abs. 2 BGB). In dieser Auffassung liegt kein Widerspruch zur Anerkennung kindlicher Selbstbestimmungsfähigkeit. Wie deren Achtung und treuhänderische Repräsentation nach außen bei bestehender Familiengemeinschaft den Eltern obliegt, ist es im Sorgerechtsverfahren nunmehr Pflicht des Richters, ihr Achtung und angemessene Wirkungsmöglichkeiten einzuräumen<sup>543a</sup>.

Grundlegende Voraussetzung für eine angemessene Behandlung des Kindeswillens ist allerdings die Unterscheidung und getrennte Würdigung der beiden Komponenten des Kindeswillens „Bindung“ und „Selbstbestimmung“, in deren Lichte sich Voraussetzungen und Wirkungen eines beachtlichen Kindeswillens jeweils unterschiedlich beurteilen. Geschieht das nicht, besteht die Gefahr, daß der Wille des Kindes weder in der einen noch in der anderen Funktion angemessen zum Tragen kommt. So wenig es sachgerecht ist, für die psychologisch-emotionale Bindung des Kindes rationale Erwägungen oder beachtliche Gründe zu fordern, kann umgekehrt der bewußten Entscheidung des Jugendlichen zugunsten eines Elternteils entgegengehalten werden, daß er auch den anderen Elternteil mag und mit ihm zusammenleben könnte<sup>544</sup>. Beide Komponenten des Kindeswillens können konkret zusammenfallen, behalten aber auch für sich Bedeutung, wenn entweder Bindung oder

542 6.6.1977, FamRZ 1977, 650, 653 1. Sp.

543 Vgl. auch *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 491; *Kumme*, ZBJR 1980, 86; *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 177 ff., sowie die Nachweise oben Fn. 441.

543a So i.Erg. auch BVerfG 5.11.1980, FamRZ 1981, 124, 125 f.

Unfundiert der Vorwurf von *März*, diese Auffassung komme über den Ansatz des RG von 1905 (RGZ 60,124, 62,132, 64,16) nicht hinaus, das Kind bleibe „Gegenstand amtlicher Fürsorge“ (FamRZ 1981, 736, 738 Fn. 22, gegen *Coester*, NJW 1981, 961 f.). Bei einem „Verfahrenspfleger“, wie ihn *März* wohl fordert, wäre das nicht wesentlich anders; die Problematik des „Kindesanwalts“ bedarf gründlicherer Auslotung (vgl. oben 3. Kap. B.II.3. und unten 6. Kap. Fn. 27).

544 Vgl. aber KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; *Stickler v. Stickler*, N.E.2d 720, 723 (Ill.App. 1965); *Smith v. Smith*, 4 FLR 2838 (Ore.App. 1978) (die letzten beiden Fällen betrafen allerdings Änderungsanträge); vgl. auch unten Fn. 864. In diesem Punkt besteht ein Unterschied zum Kindeswillen als Bindungsindiz, vgl. oben bei Fn. 23.

Selbstbestimmung als entscheidungsleitende Kriterien ausfallen. Wird auch der Kindeswille als Ausdruck kindlicher Selbstbestimmung dem Richter als materielles Kriterium eines letztlich von ihm allein zu verantwortenden Kindeswohls in die Hand gegeben, so erwächst hieraus seine Pflicht, nicht mit einem pauschalen Faktor „Kindeswillen“ zu arbeiten, sondern beide Elemente des Kindeswillens idealtypisch auseinanderzuhalten.

### 3. Einzelfragen

#### a) Das Alter des Kindes

Voraussetzung der Achtung kindlicher Eigenentscheidung ist die Fähigkeit des Kindes, sein Schicksal mit einem gewissen Maß an Verantwortlichkeit selbst zu bestimmen. Dazu gehört sowohl die Erkenntnis der eigenen „wohlverstandenen“ Interessen als auch die Fähigkeit, Nebensächlichkeiten zu relativieren und momentane Affekte zu kontrollieren. Unsicherheiten bei der Feststellung der Reife eines Kindes werden nur entschärft, nicht aber im Prinzip beseitigt, wenn dem Kindeswillen flexibel, reifeangepaßt Rechnung getragen werden kann. Neben dem persönlichen Eindruck, den der Richter vom Kind erhält, orientieren sich die Gerichte an generellen Altersrichtlinien. Das Spektrum der Meinungen bewegt sich – soweit das Element der Selbstbestimmung gegenüber dem der Bindung im Vordergrund steht – zwischen dem „nahezu Erwachsenen“ oder etwa 16jährigen Kind<sup>545</sup> und einer vor allem in der Rechtsprechung befürworteten Altersgrenze von 10 Jahren<sup>546</sup>. Die Differenz erklärt sich z.T. daraus, daß das Alter einmal als Durchschnittswert für ausreichende Reife, ein andermal nur als Minimalgrenze verstanden wird, ab der es sinnvoll wird, die Beurteilungs- und Entscheidungsfähigkeit des Kindes konkret zu prüfen<sup>547</sup>. Die 14-Jahresgrenze der §§ 50b Abs. 2 S. 1 FGG und 1671 Abs. 3 S. 2 BGB ist offensichtlich in ersterem Sinne zu verstehen, da sie ohne konkrete Reife feststellung per se Rechtsfolgen auslöst. Die Einräumung einer begrenzten Teilmündigkeit in § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB schließt nicht aus, daß dem Kindeswillen schon

545 BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 84; *Jorio*, S. 293 f.; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 314 (im Hinblick auf gesetzliche Teilmündigkeit); *Göppinger*, Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern S. 61. Nach den statistischen Daten bei *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 57, käme damit dem Willen von nur 8 % der betroffenen Kinder ein verantwortliches Gewicht zu.

546 OLG Karlsruhe 18.12.1967, FamRZ 1968, 170; OLG Köln 31.3.1971, FamRZ 1972, 144, 145 f.; 23.9.1971, FamRZ 1972, 262, 264; 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; *Bath v. Bath*, 35 N.W.2d 509, 514 (Neb. 1949); *Lacy v. Lacy*, 553 P.2d 928 (Alaska 1976); *Arnold* S. 59; *Maier-Reimer*, Gutachten S. A 66; *Robde*, JH 1967, 202 = Erziehungsrecht S. 109; *Staudinger/Schwoerer*, § 1671 Anm. 94; *Klußmann*, Das Kind S. 41 f. geht hingegen von 12 Jahren aus.

547 In letzterem Sinn vor allem die Entscheidungen in der vorstehenden Fn.; in ersterem Sinn deutlich BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652.

in früherem Alter Gewicht zukommt<sup>548</sup>, selbst gegenüber einem übereinstimmenden Elternvorschlag<sup>549</sup>. Noch deutlicher stellt § 50b Abs. 1 FGG die Möglichkeit, daß schon dem Willen jüngerer Kinder (nicht nur unter dem Bindungsaspekt) Bedeutung kommen kann, neben die 14-Jahresgrenze des Abs. 2. Daß die Kinder *ab* diesem Alter „stets“ zu hören sind, läßt sich nur aus der Erwartung rechtfertigen, daß ihnen *regelmäßig* die erforderliche Reife zugetraut wird<sup>550</sup>. Das Sorgerechtsgesetz vom 18.7.1979 hat die 14-Jahresgrenze demnach als *Durchschnittstypus* eingeführt, der *insoweit* analogiefähig ist auch für die kindliche Selbstbestimmungsfähigkeit generell. Im übrigen wollte man offensichtlich nicht in die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung eingreifen, wonach das Alter von 10 Jahren als Minimalgrenze konsensual relativ abgesichert ist<sup>551</sup>. Das geltende Recht in der Bundesrepublik scheint deshalb auch zutreffend durch die Regel ausgedrückt, daß dem Willen von Kindern ab dem 10. Lebensjahr Gewicht als Ausdruck der Selbstbestimmung zukommen kann, wenn sie konkret die entsprechenden Reifemerkmale aufweisen, und daß dem Willen mindestens 14-jähriger Kinder dieses Gewicht regelmäßig zukommt, wenn nicht konkrete Gründe gegen die Beachtlichkeit sprechen.

Eine Art Beweisumkehr, wie sie danach mit Vollendung des 14. Lebensjahres eintritt, ist sinnvoll, da sie dem Selbstbestimmungsanspruch des älteren Jugendlichen Nachdruck verschafft<sup>552</sup> gegenüber einer Rechtsprechung, die der persönlichen Haltung des Kindes im *Grundsatz* mehr Bedeutung zuerkannte als in der *Praxis*<sup>553</sup>. Zweifelhaft hingegen erscheint es, das Alter von 10 Jahren als materiell-rechtliche *Ausschlußgrenze* für den Willen jüngerer Kinder zu verstehen. Die Haltung des Kindes im Hinblick auf seine psychologisch-emotionale Bindung ist vom Gericht ohnehin in jedem Fall aufzuklären. Hierfür gibt es verschiedene Informationsquellen, die Auskunft der Eltern oder des Jugendamtes, ein Sachverständigengutachten oder

548 Auch in Georgia wo den 14jährigen Kindern ein nur in engen Grenzen kontrolliertes Wahlrecht zusteht (vgl. oben Fn. 514 f.), wird der Wille jüngerer Kinder nach allgemeinen Maßstäben im Rahmen der Kindeswohl-Konkretisierung berücksichtigt, Lamb v. Lamb, 198 S.E.2d, 171, 173 (Ga. 1973); vgl. *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 24 (1977).

549 Allerdings bleibt der Richter an die Eingriffsgrenze des § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB gebunden, wird aber Anlaß haben, die „Erforderlichkeit“ eines Abweichens sorgfältig zu prüfen.

550 BT-Drucks. 8/2788, S. 73; zur Kritik an der 14-Jahresgrenze oben Fn. 690. Zur Beachtlichkeit der Stellungnahme auch jüngerer Kinder *Lemp*, in: Gesetzesmaterialien S. 3/68; *Beitzke*, ebenda S. 3/34.

551 Vgl. oben Fn. 546.

552 Dies war die erklärte Intention der Sorgerechtsreform, vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 40 f.

553 Zur Praxis in der Bundesrepublik oben Fn. 431. Auffällig geringen Stellenwert hat der Wille selbst älterer Kinder in den publizierten Schweizer Entscheidungen, vgl. nur BG 11.12.1956, BGE 82 II 473 ff. (14jähriges Kind). Eine Tendenzwende ist in BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 82 (für das Umgangsrecht) bei „nahezu erwachsenen Kindern“ (dort: 15 Jahre) angedeutet. Welche Auswirkungen die Reform des allgemeinen Kindesrechts (vor allem Art. 301, 302 ZGB) haben wird, ist noch nicht abzusehen. Ob im Lichte der dort aufgewerteten Kindespersönlichkeit Art. 156 ZGB wirklich als vollauf bewährt und nicht änderungsbedürftig gelten kann (so *Hinderling*, SJZ 71 (1975), 261), erscheint angesichts der Rechtspraxis nicht unproblematisch. *Merz*, ZbernJV 112 (1976) 56 fordert die Beachtung des Willens auch kleiner Kinder.

die richterliche Anhörung des Kindes. Für die verfahrensrechtliche Frage, wann speziell eine persönliche Anhörung durch das Gericht gem. § 50b Abs. 1 FGG geboten ist, mögen im Interesse der Rechtssicherheit Altersrichtlinien sinnvoll sein<sup>554</sup>. Kommt dem Gericht aber der erklärte Wille eines jüngeren Kindes auf anderem Wege zur Kenntnis, sollte ihm dessen Würdigung auch unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung nicht verschlossen sein<sup>555</sup>. Für eine generelle materiellrechtliche Ausschlußgrenze fehlt es an einer wissenschaftlich abgesicherten Grundlage.

Skolnick<sup>556</sup> sieht den entscheidenden Durchbruch in der Entwicklung vom typisch Kindlichen (impulsiv, direkt, irrational) zum typisch Erwachsenen (kontrolliert, rational, Verantwortungsbewußt) in der Altersphase zwischen 5 und 7 Jahren. Vorher stehe die *Reifung* im Vordergrund, später die geistige und kulturelle *Schulung*<sup>577</sup>. Diese Theorie kann sich immerhin auf einen nahezu universalen Konsens über das Einschulungsalter von Kindern berufen. Allerdings bezeichnet sie nur den *Beginn* rationaler Reife. Das "Children of Divorce Project" in Californien hat ergeben, daß ein wesentlicher Durchbruch etwa zu Beginn des 9. Lebensjahres zu erwarten ist: Kinder in der „späteren Latenzphase“ (9-10 Jahre) unterschieden sich von denen der vorangehenden „früheren Latenzphase“ (7-8 Jahre) durch eine überraschende Nüchternheit und Klarheit des Verständnisses der eigenen Lage<sup>558</sup>, während in der jüngeren Gruppe mehr hilflose Traurigkeit und intensives Ausweichen bei Befragungen vorherrschte<sup>559</sup>. Da diese Untersuchung speziell auf die Scheidungssituation bezogen ist, verdient sie gegenüber allgemeineren Aussagen gesteigerte Aufmerksamkeit.

#### b) Die Begründetheit des Kindeswillens

Nach herrschender Rechtsprechung muß das Kind „beachtliche Gründe“ anführen, damit sein Wille als seriös Beachtung findet<sup>560</sup>. Für den emotionalen Kindeswunsch ist diese Forderung sachwidrig<sup>561</sup>. Sie kann aber auch nicht generell als Voraussetzung für die Beachtlichkeit kindlicher Selbstbestimmung Bestand haben. Zweifellos erfordert die *Fähigkeit* der Selbstbestimmung auch geistige Reife, die allgemein mit den Merkmalen der „Urteilkraft“ und „Rationalität“ konkretisiert wird<sup>562</sup>. „Beachtliche Gründe“, die das Kind für seine Entscheidung anführt, sind ein wichtiges

554 In der Rechtsmittelinstanz geht es zumeist um die Frage, ob die Nichtanhörung eines Kindes einen Ermittlungsfehler darstellt, OLG Karlsruhe 18.12.1967, FamRZ 1968, 170; OLG Köln 31.3.1971, FamRZ 1972, 144, 145 f.; 23.9.1971, FamRZ 1972, 264; 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34. Zur Anhörung vgl. den Familienrichter *Klußmann*, Das Kind S. 83 ff.

555 *Lempp*, ZBJR 1977, 510. Eine untere Ausschlußgrenze kennt – soweit ersichtlich – nur das Gesetz von Ohio, § 3109.4 Ohio Rev.Code Ann., das im ersten Absatz (a) dem 12jährigen Kind ein (durch das Kindeswohl kontrolliertes) Wahlrecht einräumt und etwas später (c) die Berücksichtigung des Kindeswillens vom 11. Lebensjahr an verlangt. Dieses merkwürdige Gesetz wird so interpretiert, daß der Wille von Kindern unter 11 Jahren unbeachtlich sein solle, *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 28 (1977).

556 39 L.&Cont.Prob. 68 f. (1975).

557 So erstmalig *White*, Evidence for a Hierarchical Arrangement of Learning, in: *Advances in Child Development and Behavior*, Bd. 2, S. 187 ff., 213 (1965).

558 *Wallerstein/Kelly*, 46 Am.J.Orthopsych. 257 ff. (1976).

559 *Kelly/Wallerstein*, 46 Am.J.Orthopsych. 24 ff. (1976).

560 Vgl. oben Fn. 437, 439.

561 Oben III.2.

562 Nachweise oben Fn. 439.

Indiz dafür, daß es sowohl generell als auch in der Sorgerechtsfrage die erforderliche Reife zur Selbstbestimmung hat. Unabdingbare *Voraussetzung* für das Gewicht des Kindeswillens selbst kann seine konkrete Begründetheit aber nicht sein, will man das Kind nicht nur an der Konkretisierung eines objektiv verstandenen Kindeswohls beteiligen<sup>563</sup>, sondern seiner persönlichen Entscheidung als solcher Raum gewähren<sup>564</sup>. Dies bedingt aber auch die Anerkennung des volitiven Elements, das in dieser Entscheidung eine mehr oder weniger große Rolle spielt. Ergibt sich die generelle Verantwortungsfähigkeit des Kindes aus anderen Umständen (Alter, sonstiges Verhalten und Leistungen), scheidet die Beachtlichkeit seines Willens nicht am Fehlen oder Verschweigen von beachtlichen Gründen für seinen Platzierungswunsch. Am Verschweigen kann das Kind ein schutzwürdiges Interesse haben, da seine Motive die Beziehungen zum nichtgewünschten Elternteil zusätzlich belasten könnten. Im übrigen müßte sonst auch dem Kindeswillen die Wirkungsmöglichkeit versperrt bleiben, wenn die Verhältnisse bei beiden Elternteilen aus objektiver Sicht weitgehend ausgewogen sind<sup>565</sup>. Der in dieser Situation zwangsläufig größere volitive Entscheidungsspielraum wird vom Kind legitimer ausgefüllt als vom Richter<sup>566</sup>.

### c) Das Gewicht des Kindeswillens

Da der Kindeswille als Ausdruck kindlicher Selbstbestimmung vom Richter als Faktor des zu konkretisierenden Kindeswohls zu würdigen ist, kann sein Gewicht sowohl dem individuellen Reifestand des Kindes wie auch der Intensität seines Willens angepaßt werden. Eine generelle, wenn auch begrenzte Bindungswirkung verträgt sich damit nicht.

Man muß sich damit abfinden, daß der Kindeswille rechtssystematisch ein Faktor unter anderen ist. Wichtiger als seine materiellrechtliche Hervorhebung ist die verfahrensrechtliche Neuerung des § 50b FFG, die den Richter wesentlich stärker als zuvor zwingt, das Kind als individuelle Persönlichkeit überhaupt erst einmal zur Kenntnis zu nehmen<sup>567</sup>. Die Forderung nach einer

563 So offenbar *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608; *ders.*, FamRZ 1978, 476.

564 Zutreffend OLG München 1.7.1980 – 26 UF 748/80 –, das dem Willen eines 14-Jährigen entscheidende Bedeutung beilegt, „zumal“ er beachtliche Gründe für seine Entscheidung habe (S. 4).

565 So tendenziell OLG Köln 23.9.1971, FamRZ 1972, 264 (allerdings wollte das Gericht die ohnehin belasteten Kinder auch vor einer Anhörung verschonen). Zutreffend AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597, 598. Als Ausdruck *innerer Bindung* scheidet der Kindeswille aus, wenn das Kind zu beiden Eltern eine gute Beziehung hat, vgl. oben Fn. 544. Die *völlige* Ignorierung des Kindeswillens in diesen Fällen ist ein weiteres Beispiel für die mangelnde Unterscheidung beider Funktionen des Kindeswillens.

566 Vgl. das Zitat von Richter *Henriod* in Smith v. Smith, oben Fn. 524. Zutreffend deshalb jene Entscheidungen, die den Kindeswillen für geeignet halten, bei „gleichen Verhältnissen“ den Ausschlag zu geben, vgl. 6. Kap. Fn. 724.

567 In diesem Sinne vor allem *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 178 f. Bemerkenswert der Versuch der Richter, selbst den klaren Wortlaut des § 50 b FFG zu relativieren, um das Kind nicht in jedem Fall anhören zu müssen, vgl. 2. DFGT, Arbeitskreis II/3, S. 242, differenzierter 4. DFGT S. 78 (Bericht *Zenz*). Zur Anhörung *Luthin*, FamRz 1981, 112 ff.; *Klußmann*, Das Kind S. 83 ff.; *Beres*, ZBlJR 1982, 3 ff.; *Freund* DRiZ 1982, 268 ff.

Ausbildung der Familienrichter, die sie in die Lage versetzt, mit den Kindern auch sinnvoll zu kommunizieren, ist inzwischen fast ein Gemeinplatz<sup>568</sup>.

In materiellrechtlicher Hinsicht kann nicht mehr gesagt werden, als daß dem Kindeswillen um so breiterer Raum zuzugestehen ist, je älter das Kind und je ausgeprägter sein Wille ist<sup>569</sup>. *In der Sache* weicht die richterliche Kompetenz zunehmend der kindlichen Bestimmung, auch wenn sie formal uneingeschränkt fortbesteht. Das Kindeswohl wandelt damit seine Funktion vom Entscheidungsmaßstab zum Korrektiv der Eigenentscheidung des Heranwachsenden, die dann nur noch von der Verantwortung des Richters mitgetragen wird<sup>570</sup>.

Ist das Kind von extremer Ablehnung gegenüber einem Elternteil beherrscht, kann sein Wille sogar in jüngerem Alter den richterlichen Gestaltungsmöglichkeiten Grenzen setzen und damit zum Korrektiv der richterlichen Kindeswohl-Konkretisierung werden<sup>571</sup>. Für das Problem der Beeinflussung des Kindes gilt insoweit das gleiche wie bei der Frage der inneren Bindung<sup>572</sup>. Es ist unbefriedigend, wenn trotz einer derartigen, möglicherweise beeinflussten Haltung des Kindes zunächst einmal die „an sich“ richtige Entscheidung getroffen wird und Korrekturen erst auf der Ebene der Herausgabevollstreckung oder durch Sorgerechtsänderung erfolgen<sup>573</sup>.

568 BT-Drucks. 8/2788, S. 30 f.; 2. DFGT, Arbeitskreis II/3, S. 243; 4. DFGT, S. 78; *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 42 ff.; Peschel-Gutzeit, ebd. S. 14.; *Zenz*, in: Familienrechtsreform S. 178 f.; BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; zur sachlichen Problematik oben bei Fn. 461; zur Forderung nach besserer Ausbildung der Familienrichter generell unten 6. Kap. bei Fn. 38, 609.

569 Vgl. OLG Hamm 13.9.1977, FamRZ 1977, 262, 265; BayObLG 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 318; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 223 f.

570 Die Rechtsprechung akzeptiert dies in zunehmendem Maße, deutlich OLG München 1.7.1980 – UF 748/80 –, S. 4.

571 OLG Hamm 13.1.1972, FamRZ 1972, 469; 13.9.1977, FamRZ 1978, 262, 265; OG 15.4.1975, NJ 1975, 555, 557; BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; *Kantaris v. Kantaris*, 169 N.W.2d 824, 826 (Iowa 1969); *Patrick v. Patrick*, 212 So.2. 145, 147 (La. 1968); *Poesy v. Bunney*, 3 FLR 2361, 2362 (Id. 1977). Wo hier wiederum die Grenze liegt, ist kaum generell zu beantworten, vgl. OLG Hamm 13.2.1967, FamRZ 1967, 296 (schwere Schäden und Fehlentwicklungen beim gewünschten Elternteil); in der DDR wird dem Kindeswillen nicht gefolgt, wenn der gewünschte Elternteil „wesentlich ungeeigneter“ ist, OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9; BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1971, 629; Lehrbuch Familienrecht S. 401; *Robde*, JH 1967, 204 = Erziehungsrecht S. 115.

572 Oben III.3.

573 Das BayObLG ließ sich in einem italienisch-deutschen Fall erst beim dritten Anlauf umstimmen, 21.12.1973, FamRZ 1974, 345; 25.3.1974, FamRZ 1974, 326; 31.7.1974, FamRZ 1974, 534; OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255 und 4.9.1959, FamRZ 1960, 123; *Randall v. Christian*, Dist.Ct. Nevada (1973), in: *Krause*, Family Law, Cases S. 1081; OG 28.11.1963, JH 1964, 77; ähnlich OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620 621 f.; vgl. auch BGH 5.2.1975, FamRZ 1975, 273, 276. Vorbildlich kindesorientiert demgegenüber BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511 f. (Beeinflussung dahingestellt angesichts realer, enger Bindung des Kindes an den bislang nichtsorgeberechtigten Elternteil); wenig überzeugend und weiterführend ist allerdings der Versuch, neben der offenkundigen Beeinflussung *auch* eine davon unabhängige Komponente der (realen) Kindeshaltung festzustellen und *hierauf* die Beachtung des Kindeswillens zu stützen, vgl. *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 950 f. (Fam.Ct. 1973).

Die Belastungen und Schädigungen, die bis dahin für das Kind aus der Erstentscheidung erwachsen sind, können kaum aus dem „wohlverstandenen Kindesinteresse“ gerechtfertigt werden<sup>574</sup>. Die Persönlichkeit des Kindes ist in diesen Fällen gleich zweimal geschädigt worden, erstens durch die Manipulation durch einen Elternteil, zweitens durch den Einsatz der Sorgerechtszuweisung als Sanktion für das elterliche Fehlverhalten<sup>575</sup>.

## V. Zusammenfassung

Der Wille des Kindes ist rechtlich beachtlich sowohl in seiner Funktion als Ausdruck und Indiz für die innere Bindung des Kindes an seine Eltern als auch in seiner Funktion als Ausdruck personaler Selbstbestimmung. Die mangelnde Unterscheidung dieser Funktionen in der Rechtspraxis führt zu Unsicherheiten bezüglich Voraussetzungen, Wirkung und Grenzen des Kindeswillens.

In ersterer Funktion kommt es allein auf die Fähigkeit des Kindes an, seine psychosozialen Beziehungen zu beiden Eltern wirklichkeitsgetreu mitzuteilen. Die Forderung nach geistiger Reife oder Rationalität des Kindeswillens ist in diesem Zusammenhang verfehlt. Auch die Formulierung eines bestimmten Mindestalters ist überflüssig. Subsidiär, ergänzend und korrigierend sind andere Indizien für die Kindesbindung zu beachten, in erster Linie die Kontinuität der bisherigen Betreuungsverhältnisse.

Die Anerkennung der personalen Selbstbestimmung des Kindes zwingt nicht zur Übertragung der formellen Entscheidungskompetenz auf das Kind. Vielmehr gebieten es Erwägungen des Kindesschutzes, die Entscheidungszuständigkeit beim Richter zu belassen, der der Selbstbestimmung des hierzu fähigen Kindes im Rahmen der materiellen Kindeswohl-Abwägung Rechnung zu tragen hat. Feste Altersgrenzen sind deshalb entbehrlich; insbesondere kann das Alter von 14 Jahren (§ 1671 Abs. 3 S. 2 BGB) nur als Bezeichnung durchschnittlicher Reife, nicht als Mindestgrenze verstanden werden. Aus dem Konzept ernstgenommener Eigenentscheidung folgt, daß neben der hierzu notwendigen geistigen und persönlichen Reife „beachtliche Gründe“ für die gewünschte Zuweisung nicht zu verlangen sind. Die verbreitete Disqualifizierung des *beeinflußten* Kindeswillens stößt bei beiden Funktionen des Kin-

574 OLG Hamburg 4.9.1959 a.a.O.: psychische Störungen, rapider Leistungssturz in der Schule; BayObLG 31.7.1974 a.a.O., S. 535: mehrere Vollstreckungsversuche des Gerichtsvollziehers, Verbringen der Kinder an unbekannte Aufenthaltsorte (schon vorher hatten mehrere ärztliche Atteste schwerste psychische Störungen bescheinigt, 25.3.1974, FamRZ 1974, 326, 328); OG 28.11.1963 a.a.O.: mehrfaches Weglaufen des Kindes, Heimunterbringung; Randall v. Christian a.a.O.: die mehrfach beim Vater weggelaufenen Kinder kamen zeitweilig ins Gefängnis, unter Ausschluß eines Besuchsrechts der Mutter.

575 Zum staatlichen Sanktionsinteresse in Sorgerechtsentscheidungen vgl. oben Fn. 350, 351. Zutreffend *Lempp*, ZBlJR 1977, 510: „Hier wird der Gesichtspunkt der Berücksichtigung des *kindlichen Willens* unzulässigerweise mit dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit gegenüber den beiden sich streitenden Elternteilen vermengt.“

deswillens auf Grenzen. Hat die Beeinflussung zu einer realen psychischen Prägung des Kindes geführt, drückt der geäußerte Wille die psychosoziale Situation des Kindes zutreffend aus. Wird diese Situation oder die darauf aufbauende Eigenentscheidung des Kindes aus generalpräventiven Gründen oder als Sanktion gegen den beeinflussenden Elternteil übergangen, kann es im weiteren Verlauf der Entwicklung leicht zu weiteren, nunmehr durch den staatlichen Eingriff mitverursachten Schädigungen des Kindes kommen.

## C. Die Zuständigkeitsverteilung für die Kindeswohl-Konkretisierung zwischen Staat und Eltern

### I. Rechtsvergleichender Überblick

Die rechtliche Einstufung einer Elternvereinbarung über die Verteilung des Sorgerechts differiert in den einzelnen Rechtsordnungen erheblich. Eine positivrechtliche Eingriffsschwelle besteht in den ausländischen Rechtsordnungen regelmäßig nicht<sup>576</sup>. In der DDR und in einer wachsenden Zahl von US-amerikanischen Staaten wird der Elternvereinbarung aber auf verfahrensrechtlicher Ebene Reverenz erwiesen: Das Gericht wird der Pflicht zur umfassenden Aufklärung der Kindessituation entoben<sup>577</sup>. Nicht ganz unstrittig ist demgegenüber die Bedeutung des § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB. Die herrschende Meinung sieht in der Eingriffsschwelle der „Erforderlichkeit“ eine „gewisse Bindung“ des Gerichts an den Elternvorschlag<sup>578</sup>. Den Eltern werde vom Gesetz eine „kontrollierte Dispositionsbefugnis“ eingeräumt<sup>579</sup>, das Kindeswohl sei dem Richter nicht offener Entscheidungsmaßstab, sondern fungiere nur noch als Korrektiv elterlicher Bestimmung<sup>580</sup>. Neuerdings hat Diederichsen

576 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.4.; 2. Kap. A.V.4.; 3. Kap. A.V.1., 4.; eine Ausnahme bildet das Gesetz von Indiana, 3. Kap. Fn. 142.

577 OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 4; OG 4.7.1968, NJ 1968, 538 f.; im einzelnen oben 1. Kap. A.IV.4.; in den USA vor allem diejenigen Staaten, deren Gesetze dem UMDA (§ 405) folgen.

578 LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61; Dölle, Familienrecht II S. 290; Dittmann, ZBJR 1977, 190; Finger S. 305. So wohl auch die Rechtslage in Indiana, vgl. Fn. 576.

579 Gernhuber, Familienrecht S. 861; ihm folgend Strätz, FamRZ 1975, 542 und (einschränkend) MünchKomm/Hinz, § 1671, Anm. 23; Staudinger/Schworer, § 1671, Anm. 54.

580 BT-Drucks. 8/2788, S. 62; Gernhuber, Familienrecht, S. 866; Finger S. 305 (das Kindeswohl als „negativer Begrenzungstatbestand“ im Gegensatz zum „positiven Anordnungstatbestand“); Jauernig/Schlechtriem, §§ 1671, 1672, Anm. 3b; D. Schwab, Scheidungsrecht S. 236 f. (Rdn. 489); Reuter, Familienrecht S. 185. So auch die einhellige Rechtsprechung, vgl. die Nachw. unten Fn. 671.

Anders noch zu § 74 Abs. 1 Abs. 2 EheG BayObLG 6.3.1951, BayObLGZ 1951, 300, 304 ff. (nicht bindend, nur ein wichtiger Faktor im Rahmen der Gesamtabwägung). I.S. der herrschenden Meinung wohl Beitzke, Familienrecht S. 226 f.: Die Elternvereinbarung sei

zwar bestritten, daß § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB einen Vorrang der Eltern oder eine Bindung des Gerichts begründe<sup>581</sup>. Der Begriff des Kindeswohls sei derselbe wie in Abs. 2 dieser Bestimmung, und eine eigenständige Bedeutung komme Abs. 3 allenfalls insoweit zu, als er den Richter legitimiere, von intensiven Ermittlungen abzu- sehen. Dabei scheint aber übersehen, daß derselbe Rechtsbegriff in unterschiedlicher Funktion eingesetzt werden kann und daß rechtliche Bindung ein „Mehr oder Weniger“ zwar nicht in der Intensität<sup>582</sup>, wohl aber in der sachlichen Reichweite kennt. Der Gesetzeswortlaut läßt kaum Zweifel daran, daß eine begrenzte Priorität des Elternvorschlags begründet werden soll. Mit der ganz überwiegenden Auffassung in Literatur und Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit den gesetzgeberischen Intentionen<sup>583</sup> soll für den Zweck rechtsvergleichender Einstufung zunächst unterstellt werden, daß die Elternvereinbarung gemäß § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB für die Beurteilungsfreiheit des Gerichts eine sachliche Einschränkung bedeutet. Für die *Ermittlungspflicht* des Gerichts (§ 12 FGG) bei Elternvereinbarungen enthält das Gesetz hingegen keine ausdrückliche Sonderregelung<sup>584</sup>.

Die gesetzliche Gewichtung des übereinstimmenden Elternvorschlags zeigt also ein Gefälle von seiner eingeschränkten Verbindlichkeit (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB) über eine nur ermittlungsbegrenzende Wirkung (DDR und einige US-Staaten) bis hin zur Reduzieren auf einen im Rahmen der Kindeswohlabwägung beachtlichen Faktor unter anderen (Schweiz sowie die übrigen US-Staaten). Das *rechtstatsächliche* Bild steht in einem bemerkenswerten Kontrast dazu. In allen Ländern sind Elternvereinbarungen die hervorragende Basis für richterliche Sorgerechtsentscheidungen. Sie werden in bis zu 90 % aller Fälle vorgelegt<sup>585</sup>, kaum einer intensiven

mehr als nur ein Indiz für das Kindeswohl, aber andererseits keine bindende Disposition der Eltern. Sie sei „nur ein im Hinblick auf das Elternrecht beachtlicher Vorschlag für die künftige Regelung“.

581 NJW 1980, 8; *Palandt/Diederichsen*, § 1671 Anm. 4. So zu § 74 EheG schon *Riedel*, UJ 1 (1949) H. 6, S. 19.

582 Gegen die Vorstellung einer „wachsenden Verbindlichkeit“ (von Präjudizien) *Larenz*, Festschr. *Schima* S. 250. Zum Unterschied insoweit zwischen normativer und faktischer Rechtsgeltung *Noll*, Gründe für die soziale Unwirksamkeit von Gesetzen, Jb. Rechtssoz. u. Rechtstheorie 3 (1972) 259 f.

583 BT-Drucks. 8/2788, S. 62; deutlich jetzt auch BVerfG 14.7.1981, EuGRZ 1981, 362, 367 = FamRZ 1981, 745, 749; 3.11.1982 (unten Fn. 739) sub B.I.3. (a.E.).

584 Zur faktischen Einschränkung der Ermittlungen *Kroder/Ryssel*, Scheidung S. 27; für eine rechtliche Legitimation dieser Praxis unten 6. Kap. B.I.2.b).

585 DDR: *Reinwarth*, NJ 1968, 657; *Arnold* S. 56 f.; *Klein* S. 1. Schweiz: *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser vom 23.5.1979. USA: oben 3. Kap. Fn. 207. In der Bundesrepublik lag die Quote vor 1977 zwar wohl noch niedriger (*Uffelman* S. 47: 63 %; dagegen *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 55: 90 %), wird durch § 1566 Abs. 1 BGB i.V. mit § 630 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO aber gesteigert worden sein.

Prüfung unterworfen<sup>586</sup> und regelmäßig zur Grundlage der richterlichen Entscheidung gemacht<sup>587</sup>. Diese Situation legt die Vermutung nahe, daß der Elternvereinbarung bei der Sorgeverteilung kraft der „Natur der Sache“ ein Eigengewicht zukommt, das nicht ohne weiteres zur Disposition des Gesetzgebers steht. Zwar mag auch eine universelle Bequemlichkeit der Richter eine Rolle spielen<sup>588</sup>, aber auch diese gehört letztlich zu den „Realien“, die ein Gesetzgeber mit einberechnen muß, wenn nicht das gesetzte Recht zu einem bloßen „law in the books“ verkümmern soll<sup>589</sup>. Die vor allem in den ausländischen Rechten bestehende Kluft zwischen Rechtsgrundsatz und Rechtswirklichkeit, die Unsicherheit über die „erforderliche“ Kontrolle sowie die praktische Bedeutung von Elternvorschlägen für die Sorgerechtsentscheidung lassen es angezeigt erscheinen, dem Problem der sachgerechten Abgrenzung elterlicher und staatlicher Konkretisierungszuständigkeit im einzelnen nachzugehen. Aus der Themenstellung dieser Arbeit folgt dabei jedoch eine Beschränkung des Blickwinkels auf die Bedeutung von Elternvereinbarungen für den dem Kindeswohl verantwortlichen Richter – das Innenverhältnis der Eltern als solches bleibt außer Betracht<sup>590</sup>.

- 586 DDR: vgl. *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 777. Schweiz: oben 2. Kap. Fn. 142. Bundesrepublik: *Luther*, RdJ 1972, 163; *Simitis*, 2. DFGT S. 176; *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 56; *Zenz*, StAZ 1973, S. 266 f.; USA: Cal.Fam.Comm.Report S. 40 f.; *Bodenheimer*, 23 Stan.L.Rev. 728 Fn. 162 (1971); *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 202 (1969); *Foster/Freed*, Gespräch mit dem Verfasser vom 26.3.1979; *Mlyniec*, 16 J.Fam.L. 14 (1977/78); *Mnookin*, Child, State and Family S. 628; *ders.*, 39 L.&Cont.Prob. 232 Fn. 22 (1975); *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 956, 995 (1979); UMDA, Comm. Note zu § 405, 9 ULA 508 (1973); *Goode*, After Divorce S. 313; *Kminek v. Kminek*, 325 N.E.2d 741, 745 (Ill. 1975); *Ford v. Ford*, 371 U.S. 187, 192, 194 (1962). Eine Untersuchung in Connecticut kam zu dem Ergebnis, daß die Gerichte für unstreitige Sorgerechtsfälle im Durchschnitt vier Minuten Verhandlungszeit aufwenden, Project, 86 Yale L.J. 127 (1976).
- 587 Klammert man die Fälle aus, in denen das Gericht den Inhalt des Elternvorschlags für rechtlich unzulässig gehalten hat oder in denen die Vereinbarung widerrufen war, findet sich in den publizierten Entscheidungen der Bundesrepublik – soweit ersichtlich – kein Fall, in dem das Gericht aus Kindeswohl-Gründen einen Elternvorschlag verworfen hat. *Uffelmann* (S. 56 ff.) berichtet von einem Prozentsatz von 0,7 % bei den seiner Untersuchung zugrunde liegenden Verfahren (555 mit Elternvorschlag). Seine Fallschilderung zeigt aber, daß unter der hier vorgenommenen Einschränkung nur zwei Fälle übrig bleiben; beide Male wich das Gericht zugunsten eines Vormunds (§ 1671 Abs. 5 BGB) von der Elternvereinbarung ab. *Simitis* u.a. haben eine Übernahmekote von 99 % festgestellt (Kindeswohl S. 56). Ähnlich sieht es in den anderen Rechtsordnungen aus. Nach *Reinwarth* (NJ 1968, 657) wurde bei 3750 Fällen in der DDR nur sechsmal vom Elternvorschlag abgewichen. Für die USA und die Schweiz vgl. die Nachw. in der vorstehenden Fn.
- 588 Nach *Radin* (11 A.B.A.J. 362 (1975)) gehört das „economizing of mental effort“ zur menschlichen und damit zur richterlichen Natur.
- 589 Zu den „Realien der Gesetzgebung“ *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 31 f., 281 ff.
- 590 Die Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis bei elterlichen Sorgevereinbarungen wird hervorgehoben von *Treitz* S. 37 ff.; vgl. auch *Gernhuber*, Familienrecht S. 862 ff.; *Staudinger/Schworer*, § 1671 Anm. 56 ff.; *Schwab*, Handbuch Rdn. 193; die Unterscheidung wird oft übersehen, vgl. *Kissel*, Ehe und Ehescheidung S. 161 und unten III.1.

## II. Das grundsätzliche Verhältnis von elterlicher und richterlicher Entscheidungszuständigkeit

### 1. Die rechtliche Fragestellung

Für oder gegen die Maßgeblichkeit von Elternvereinbarungen werden regelmäßig mehrere Gründe angeführt, die verschiedene Aspekte berühren. Auf genereller Ebene ist die Argumentation aus dem Elternrecht zu trennen von kindeswohlorientierten Gesichtspunkten. Man kann fragen, welche Bedeutung der Tatbestand elterlicher Einigkeit über das Sorgerecht im Rahmen der Kindesinteressen hat – inwieweit er also geeignet ist, einer objektiven Kindeswohl-Beurteilung auf Grund der Situation im übrigen zusätzliche Gesichtspunkte der Kindesinteressen hinzuzufügen. Man kann sich aber auch auf den Standpunkt stellen, daß die offene richterliche Kindeswohl-Beurteilung gar nicht berufen ist, sondern durch vorrangige elterliche Konkretisierung ersetzt wird<sup>591</sup>.

Das Verhältnis beider Argumentationsebenen zueinander wird nicht immer deutlich erkannt. Entweder werden die „objektiven“ Kindesinteressen als allein entscheidender Gesichtspunkt postuliert<sup>592</sup> oder umgekehrt die elterliche Bestimmungskompetenz<sup>593</sup>. Da das grundsätzliche Wirkungsfeld des Kindeswohl-Maßstabs in Frage steht, läge es unter logischen Gesichtspunkten nahe, zunächst den dieses Wirkungsfeld möglicherweise begrenzenden Aspekt des Elternrechts zu prüfen und erst dann die Kindesinteressen in der ihnen verbliebenen Bedeutung. Abstrakte Argumentationen aus dem Elternrecht oder gerichtlicher Regelungskompetenz bei Scheidung sind jedoch unschlüssig. Es wurde bereits festgestellt, daß die Frage nach der Legitimation staatlicher Eingriffe in elterliche Erziehungsentscheidungen ebenfalls vom Kindeswohl-Grundsatz beherrscht wird<sup>594</sup>. Die Kenntnis der generellen Kindesinteressen bei Sorgerechtsvereinbarungen der Eltern ist deshalb Voraussetzung für eine sachgerechte Kompetenzabgrenzung zwischen Staat und Eltern. Folglich sind die besonderen Aspekte des Kindeswohls, die sich bei Sorgerechtsvereinbarungen ergeben, vorab zu erörtern, bevor in die Abgrenzungsfrage selbst eingetreten wird.

591 Auf das Elternrecht wird im Zusammenhang mit Sorgerechtsvereinbarungen vor allem in der Bundesrepublik verwiesen, BayObLG 4.12.1962, FamRZ 1963, 141, 142; 26.2.1964, FamRZ 1964, 310; 9.8.1968, FamRZ 1968, 567; 10.1.1975, FamRZ 1976, 36, 37; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; LG Landau 11.5.1967, FamRZ 1967, 504, 496; BT-Drucks. 8/2788, S. 62; EheRKomm. (1971) S. 79; *Beitzke*, Familienrecht S. 226 f.; *ders.*, FamRZ 1979, 13; *Dittmann*, ZblJR 1977, 190; *Gernhuber*, Familienrecht S. 861; *Krüger/Breetzke/Nowak*, § 1671 Anm. 3; *Maier-Reimer*, Gutachten S. A 65; Münch Komm/Hinz, § 1671 Anm. 23; *Schwoerer*, FamRZ 1969, 368; *ders.*, NJW 1964, 6; *Staudinger/Schwoerer*, § 1671 Anm. 52; *Strätz*, FamRZ 1975, 542. *Dagegen*: *Briegleb*, ZblJR 1971, 36; *Möbs* S. 72.

592 Dazu näher unten 3.a), b), insb. bei Fn. 642 ff.

593 Dazu unten 3.b).

594 4. Kap. B.II.

## 2. Kindeswohl und Elternvereinbarung

### a) Die Vermutung besserer Kindeswohl-Konkretisierung durch die Eltern

Unter dem Aspekt des Kindeswohls wird zugunsten von Elternvereinbarungen zunächst zweierlei angeführt. Es könne von den Eltern erwartet werden, daß sie ihren persönlichen Streit zurückstellten, soweit es um das Kind gehe<sup>595</sup>, und demgemäß sei zu vermuten, daß die Eltern mit ihrer Vereinbarung das Wohl des Kindes am besten getroffen hätten<sup>596</sup>. Beide Argumente werden zumeist gemeinsam genannt, werfen aber zu trennende Fragen auf. Die Erwartung, daß die Eltern das Wohl des Kindes zum Maßstab ihrer Vereinbarung genommen haben, setzt die allgemeine Vermutung fort, wonach (traditionell leibliche) Eltern ein altruistisches Interesse an ihren Kindern haben und zum Zurückstecken in eigenen Belangen bereit sind<sup>597</sup>. Diese Erwartung beruht auf zwei Prämissen, erstens, daß die Eltern persönlich *in der Lage* sind, ihre Entscheidungsbildung am Kindeswohl auszurichten, und zweitens, daß sie dies auch *wollen*. In beiderlei Hinsicht werden Zweifel geäußert. Neben den Interessen der Kinder stehen auch erhebliche Eigeninteressen auf dem Spiel, vor allem in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht. Die Möglichkeit, daß diese Eigeninteressen dominieren und das Kind nur als Handelsobjekt in den Ausein-

595 BGH 23.2.1951, BGHZ 1,214, 216; BayObLG 9.8.1968, FamRZ 1968, 657, 658; KG 3.9.1959, FamRZ 1959, 508, 509; 31.1.1979, FamRZ 1979, 340, 341; LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61; BT-Drucks. 8/2788, S. 62; *Dittmann*, ZBlJR 1977, 189 f.; *Dölle*, Familienrecht II S. 190; *Möbs* S. 50 f.; MünchKomm/Hinz, § 1671 Rdn. 23, 29; *Staudinger/Schwoerer* § 1671 Anm. 52; *Strätz*, FamRZ 1975, 542; *Landolt* S. 78; *Rohde*, JH 1967, 197 = Erziehungsrecht S. 91.

596 BayObLG 6.3.1951, BayObLGZ 1951, 300, 305 f.; 26.2.1964, FamRZ 1964, 310, 10.1.1975, FamRZ 1976, 36, 37; KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 176; 3.9.1959, FamRZ 1959, 508; LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61; vgl. auch die Schrifttumsnachweise in vorstehender Fn. und OberG Zürich 19.10.1981, ZR 18 N. 125; *Landolt* S. 78; *Gygax* S. 15; OG 4.7.1968, NJ 1968, 538; FGB-Kommentar § 25 Anm. 2.1.1.; *Rohde*, Erziehungsrecht S. 94; *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1324 (1980). Vorsichtiger *Schwab*, Handbuch Rdn. 197: Vermutung, daß Elternvorschlag „nicht in gravierendem Widerspruch zu den Kindesinteressen steht“; ebenso *Erman/Ronke* § 1671 Rdn. 21.

597 In der ideologisch verengten Sicht von *Knieper* (JZ 1976, 158 ff.) ist altruistische Liebe der Eltern die Ausnahme, materialistisches Eigeninteresse (oder Desinteresse, wenn dieses fehlt) die Regel. Für eine differenziertere Sicht vgl. *Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 43 ff. (1975) (vom anthropologischen/sozialpsychologischen Standpunkt); *Ariés*, Geschichte der Kindheit, München 1975 (sozialhistorisch); *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236 ff. (rechtsphilosophisch). Altruistisch kann auch noch die Liebe sein, die sich als Übertragung der elterlichen Eigenliebe auf das Kind darstellt.

Zum ebenfalls kaum überzeugenden Extrem fortgeführt erscheint umgekehrt die Vermutung elterlicher Kindeswohl-Kompetenz in der These, wonach „die Norm der Natur uns sagt, daß die Eltern sich gleichsam instinktiv vom Kindeswohl leiten lassen“ (*Ossenbübl*, DÖV 1977, 806; zust. *Halbscheid*, Das elterliche Sorgerecht S. 7). Hier handelt es sich um eine (katholische) Glaubensfrage; anders schon die evangelische Sicht, dazu *Winkler*, in: Sozialisierung der Familie? (Hrsg. *Stockinger*) S. 63 ff., 65 f. (Eltern sollen sich „nicht auf natürliche Weise, sondern ihrem Amt gemäß verhalten“).

dersetzungsverhandlungen dient, ist nicht von der Hand zu weisen<sup>598</sup>. Aber selbst wenn die Eltern guten Willens sind, sind sie doch oft derart in ihren eigenen Problemen und ihrer persönlichen Sicht der Familiensituation befangen, daß ihnen eine Beurteilung aus dem Blickwinkel des Kindes nicht gelingt<sup>599</sup>. Zu nahe liegt die Gleichsetzung eigener Interessen mit denen des Kindes. In einer empirischen Untersuchung wurde z.B. festgestellt, daß der aus der Ehe strebende Elternteil die Kinder für wenig oder gar nicht betroffen und entsprechend ihre seelische Lage für gut hält, während sein scheidungsunwilliger Partner seine Probleme und seelische Not in die Kinder projiziert und sie tendenziell für geschädigt hält<sup>600</sup>. Weist der bisherige Auseinandersetzungsplan auf einen Elternteil als potentiellen Sorgeinhaber, können beide Eltern geneigt sein, Bedenken aus dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses gegen eine Plazierung der Kinder bei diesem Elternteil (Berufstätigkeit, ungesicherte oder behelfsmäßige Unterbringung, Ortswechsel) gering einzuschätzen. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, daß die Eltern situationsbedingt überfordert sind und gar nicht die nervliche und seelische Kraft haben, kindeszentriert zu denken. Auch wenn man unterstellt, daß es daneben eine große Zahl von Eltern gibt, die tatsächlich kindesorientiert entscheiden, so erscheint die Aufstellung einer generellen Vermutung insoweit jedenfalls als verfehlt. Sie hat mehr postulativen als realistischen Charakter<sup>601</sup>. Die Erwartung kindgerechten Denkens kann nur aus dem Einzelfall begründet werden.

Die vorgenannten Bedenken treffen auch die Vermutung, daß in der elterlichen Sorgevereinbarung das Kindeswohl am besten konkretisiert sei<sup>602</sup>. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, daß die Eltern oft gar keine *Kenntnis* von den Auswirkungen der Scheidung auf die Kinder und von ihren besonderen Bedürfnissen in dieser

598 Arnold S. 132; Becker, MDR 1970, 2 f.; Briegleb, ZBJR 1971, 39; Dieckmann, AcP 178 (1978) 319; Frommann S. 67; Lempp, NJW 1972, 316 f.; Lüderitz, FamRZ 1975, 607; Luther, RdJ 1972, 164; Müller-Freienfels, JZ 1959, 401; ders., Ehe und Recht S., 223; Bodenheimer, 23 Stan.L.Rev. 721 (1971); Watson, 21 Syracuse L.Rev. 59 (1969); Lehrbuch Familienrecht S. 400; Bübler, ZSR 74 (1955) 405 a; Hauser, SJZ 35 (1939) 260. Das schweizerische Bundesgericht hält ein do-ut-des-Verhältnis der einzelnen Scheidungsfolgenregelungen durchaus für legitim und fordert deshalb, daß Scheidungsvereinbarungen nur *einheitlich* genehmigt oder verworfen werden dürfen, 9.11.1945, BGE 71 II 204, 106; 25.11.1955, BGE 81 II 587, 590 f.; 30.5.1963, ZR 64 N. 107; 20.4.1967, BGE 93 II 156, 159.

599 Briegleb, ZBJR 1971, 36; Frommann S. 30, 66; Klußmann, Das Kind S. 51 f.; Lempp, NJW 1963, 1659; ders., NJW 1964, 440; ders., Ehescheidung S. 25, Lüderitz, Gutachten S. B 39; D. Schwab, Handbuch Rz. 187; Simitis, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls S. 123; Bübler, ZSR 74 (1955), 405a; Gyax S. 15; Hauser, SJZ 35 (1939) 260; Michel S. 20; Vontobel S. 9; Ford v. Ford, 371 U.S. 187, 193 (1962); Note, 87 Yale L.J. 1134 (1978); Watson, 21 Syracuse L.Rev. 58 (1969); Wallerstein/Kelly, 47 Am.J. Orthopsych. 11, 20 ff. (1977); Lehrbuch Familienrecht S. 400.

600 Wallerstein/Kelly a.a.O., S. 1.; dies., Surviving the Breakup S. 37, 100 f.

601 Vgl. KG 31.1.1979, FamRZ, 340, 341.

602 Oben II.2.a).

Situation haben<sup>603</sup>. Das überrascht nicht, wenn man bedenkt, daß sich die Forschung erst in jüngerer Zeit den Scheidungskindern zugewandt hat und die bislang gewonnenen Erkenntnisse schon aus Zeitgründen noch nicht allgemeines Wissensgut werden konnten<sup>604</sup>. Auch auf eigene *Erfahrungen* können Eltern insoweit in aller Regel nicht zurückgreifen. Vor allem in der DDR hebt man außerdem hervor, daß die Eltern ihre Vereinbarung auch auf unzutreffenden Prämissen aufgebaut haben können, etwa der Vorstellung, daß die Plazierungsentscheidung jederzeit abänderbar sei oder daß die Mutter von Natur aus für die Kindererziehung prädestiniert sei<sup>605</sup>. Weniger die Überzeugung von ihrer besseren Eignung als der Eindruck einer starren Rechtspräferenz für die Mutter hat in der Vergangenheit viele amerikanische Väter nicht nur von gerichtlichen Sorgerechtsstreiten abgehalten, sondern auch schon davon, die eigene Sorge für die Kinder überhaupt erstlich in Betracht zu ziehen<sup>606</sup>. Das bedeutet, daß eine Abwägung von Alternativen im Kindesinteresse gar nicht stattgefunden hat.

Im Ergebnis gilt das gleiche wie bei der Vermutung elterlicher Kindzentriertheit. Die Erwartung, daß eine elterliche Plazierungsbestimmung die Kindesinteressen optimal konkretisiert, ist in dieser Allgemeinheit unbegründet. Es bleibt nur die Gewißheit, daß um das Kindeswohl bemühte und informierte Eltern auf Grund ihrer Sachnähe und Vertrautheit mit dem Kind einen unaufholbaren Vorsprung vor dem Richter haben, soweit es um die Konkretisierung des Kindeswohls geht<sup>607</sup>. Ob diese Voraussetzungen aber gegeben sind, kann nur der Einzelfall erweisen<sup>608</sup>.

603 Wallerstein, in: Conc.Courts S. 84; Wallerstein/Kelly, 47 Am.J.Orthopsych. 12 f. (1977); Hauser, SJZ 35 (1939); 260; Michel S. 20; Mühlmann, NJ 1972, 637; Robde, Erziehungsrecht S. 93 f.

604 Außerdem wurde noch vor wenigen Jahrzehnten die Scheidung vorrangig als Schichtenproblem und entsprechend häufig als Problem „Anderer“ angesehen, vgl. das der Untersuchung von Haffter zugrunde gelegte Material: Von hundert Ehepaaren waren nur dreißig nicht schon vor der Scheidung auffällig geworden im Sinne von Alkoholismus, Kriminalität, Psychopathie, Schwachsinn u.ä. (Kinder aus geschiedenen Ehen, S. 18 f.).

605 Ansoerg, Leitfaden S. 149; Lehrbuch Familienrecht S. 400; Robde, Erziehungsrecht S. 93 f.

606 Ellsworth/Levy, 4 L. & Soc.Rev. 202 f. (1969); vgl. auch Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L.J. 950 ff., 994 ff. (1979), die den Einfluß des objektiven Rechts auf die Scheidungsverhandlung untersuchen.

607 BGH 23.2.1951, BGHZ 1, 214, 216; BayObLG 9.8.1968, FamRZ 1968, 657, 658; KG 4.12.1973, FamRZ 1974, 144, 146; 31.9.1979, FamRZ 1979, 340, 341; Flanagan v. Flanagan, 247 P.2d 212, 215 (Ore. 1952); Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L.J. 995 f. (1979); Barde, ZSR 74 (1955) 538 a. Ähnlich Robde, JH 1967, 198 = Erziehungsrecht S. 94 ff., wengleich einschränkend unter dem Aspekt sozialistischen Inquisitions- und Gewißheitsanspruchs.

608 Auch in der DDR versteht man die Vermutung zugunsten der Elternvereinbarung nur unter der Einschränkung, daß eine gewissenhafte Kindeswohlprüfung durch die Eltern stattgefunden hat, vgl. FGB-Kommentar, § 25 Anm. 2.1.1 und unten bei Fn. 688 ff.

Gegen eine generelle Vermutung auch Gernhuber, Familienrecht S. 861; Lempp, NJW 1963, 1660; Schworer, NJW 1964, 6 und wohl auch die in Fn. 598, 599 zitierten US-amerikanischen Stimmen.

b) *Der Befriedigungsaspekt*

Damit sind die zugunsten von Elternvereinbarungen angeführten Argumente jedoch nicht erschöpft. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß schon das Faktum der elterlichen Einigung ein positiver Gesichtspunkt im Kindesinteresse sei<sup>609</sup>. Dieser Aspekt sollte nicht leichthin beiseite geschoben werden. Es ist nicht nur das Zerbrechen der Familiengemeinschaft als solches, das die Kinder belastet und möglicherweise schädigt. Das „Wie“ der Auflösung und der nahehelichen Beziehungen beider Eltern hat ebenfalls erhebliche Bedeutung, es entscheidet wesentlich mit darüber, ob sich die in der Scheidungssituation angelegten Schädigungsmöglichkeiten realisieren oder ob sie verhindert werden<sup>610</sup>. Wallerstein/Kelly haben beobachtet, daß 44 % der Kinder, die bei Scheidung noch als „normal“ eingestuft werden konnten, sich ein Jahr später in einem erheblich verschlechterten psychischen Zustand bis hin zur Behandlungsbedürftigkeit befanden<sup>611</sup>. Wägt man die Nachteile und Belastungen, die sich für das Kind aus gerichtlichem und außergerichtlichem Streit der Eltern um das Sorgerecht ergeben können, ab gegen das Risiko, daß die Eltern im Wege der Vereinbarung nicht denjenigen Teil als künftigen Sorgeberechtigten auswählen, dem der Richter nach objektiver Prüfung den Vorzug geben würde, dann erscheint es vom Kindesinteresse her geboten, die elterliche Einigkeit in einem relativ breiten Toleranzbereich nicht zu stören. Die Vermutung, daß die Befriedigung der nahehelichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern eher auf der

609 BGH 23.2.1951, BGHZ 1,214, 216; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 322; Dittmann, ZBlJR 1977, 190; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 401; *Schwoerer*, NJW 1964, 6; *Mnookin*, 39 L.& Cont.Prob. 288 (1975); *Suarez*, in: Conc.Courts S. 29; *Brandwein*, 10 Urb.+Soc.Change Rev. 23 (1977); *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1324 (1980); *Hoffmann*, FamRZ 1965, 26; *Rohde*, NJ 1968 662.

610 Vgl. oben A.I.1.c). Anschaulich zu den besonderen Gefahren, die sich aus elterlichem Streit um das Sorgerecht ergeben können, *Note*, 87 Yale L.J. 1131 (1978); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 60 ff. 86 (1969); ders., *Legal Medicine Annual* 1973, 489; *Wallerstein/Kelly*, in: *The Child in His Family* Bd. 3, S. 485, 493; dies., 47 AmJ.Orthopsych. 11 ff. (1975); dies., *Surviving the Breakup* S. 26 ff.; *Wheeler*, S. 79 f.; *Wilkerson/Kroeker* S. 283; UCCJA, Commissioners' Prefatory Note, 9 ULA 99 (1973); *Latka*, NJ 1973, 47. Abschreckende Beispiele liefern die Fallgeschichten in OLG Karlsruhe, 20.4.1966, FamRZ 1966, 315; OLG Hamm 28.10.1966, FamRZ 1967, 409; 13.2.1967, FamRZ 1967, 296; *Randall v. Christian*, Dist.Ct.Nev. (1973), in: *Krause*, Family Law, Cases S. 1081; *Merluzzi v. Hotze*, 3 FLR 2490 (N.Y.App.Div. 1977); vgl. auch den hypothetischen, aber für die USA typischen Sorgerechtsfall bei *B. Bodenheimer*, oben 3. Kap. Fn. 262.

611 14 J.Am.Acad. Child Psych. 615 f. (1975) (für Kinder im Vorschulalter). Einen interessanten Aspekt steuern *Grandke/Orth/Rieger*, NJ 1980, 400 bei: Die streitenden Eltern zerstören oft das *Bild* des jeweils anderen Teils im Kind, so daß neben den physischen Elternverlust auch der Verlust des positiven Elternbildes tritt.

Basis einer vereinbarten Sorgeverteilung gelingt, findet in der Praxis Bestätigung<sup>612</sup>. Auch ohne empirische Daten darf darüber hinaus vermutet werden, daß eine Einigung der Eltern für das Kind nicht nur Negatives vermeidet, sondern auch seine Chance erhöht, zu *beiden* Eltern eine positive Beziehung erhalten und fortentwickeln zu können. Rechtspolitisch verfehlt sind deshalb Regelungen im Gesamtzusammenhang der Scheidungsfolgen, die – wie die Richtlinien des BVerfG zum Ehegattenunterhalt – den Einigungsprozeß über das Sorgerecht mit sachfremden Erwägungen belasten<sup>612 a</sup>.

*c) Der Verzicht des nicht vorgeschlagenen Elternteils*

Ein letztes Argument für Elternvereinbarungen weist auf den Mangel an Alternativen hin: Abgesehen von den seltenen Fällen, in denen eine Sorgeübertragung auf Dritte in Betracht kommt (§ 1671 Abs. 5 BGB), müßte der Richter, wenn er von der Vereinbarung abweichen wollte, das Sorgerecht demjenigen Elternteil übertragen, der in der Vereinbarung darauf verzichtet hat. Nach mancher Auffassung würde es mit dem Kindeswohl kaum vereinbar sein, diesem Elternteil das Sorgerecht aufzudrängen<sup>613</sup>.

Aus der Sicht des Kindeswohls ist der hiergegen gerichtete Einwand unerheblich, daß die elterliche Sorge als Pflichtrecht unverzichtbar sei<sup>614</sup>. Es kommt nur darauf an, ob der nichtvorgeschlagene Elternteil das Kind tatsächlich ablehnt. Dies kann aus dem Umstand, daß er in die Sorgerechtsübertragung auf den anderen Teil eingewilligt hat, jedoch nicht pauschal gefolgert werden. Die Gründe für die Einwilligung können sehr verschiedener Art sein, nicht zuletzt ist auch ein Verzicht im vermeintlichen Kindesinteresse denkbar<sup>615</sup>. Praktisch alternativlos ist der Richter gegenüber der Elternvereinbarung deshalb nur, wenn der von ihm für besser gehaltene, aber nicht vorgeschlagene Elternteil die Kinder ernsthaft nicht haben will. Zutreffend

612 Aus der psychiatrischen Praxis: *Suarez*, in: *Conc. Courts* S. 29; soziologische Erhebungen: *Brandwein*, 10 *Urb.+Soc. Change Rev.* 23 (1977); statistisch: *Hanschmann*, NJ 1969, 775 (Folgekontrollen gerichtlicher Sorgerechtsentscheidungen ergaben, daß ein bis drei Jahre später in 86,4 % aller Fälle der gerichtlich bestimmte Sorgerechtsberechtigte auch tatsächlich noch die Erziehung ausübte; beschränkt auf streitige Sorgerechtsfälle waren es nur 72,7 %. Ein Prozentsatz nur für vereinbarte Plazierungen wird nicht genannt, müßte aber, gemessen an der Gesamtquote, über 90 % liegen).

612a BVerfG 14.7.1981, 1771, 1772; kritisch *Limbach*, 4. DFGT S. 50 f.

613 *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 318 f.; Ehrerechtskommission (1971), S. 89 f.; *Lüderitz*, Gutachten S. B 119; *ders.*, FamRZ 1975, 608; *Maier-Reimer*, Gutachten S. A 65 f.; vgl. *Beitzke*, FamRZ 1979, 13; *Developments*, 93 *Harv.L.Rev.* 1324 (1980).

614 So aber OberG Zürich 26.10.1949, ZR 50 N. 149.

615 *Briegleb*, ZBJR 1971, 36 f.; *Finger* S. 310; *Rohde*, Erziehungsrecht S. 98 ff., *dies.*, JH 1967, 199; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 5; differenzierend auch *Dieckmann* a.a.O.; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607. Sonstige, nicht gegen den verzichtenden Elternteil sprechende Gründe wären: falsche Vorstellungen über die Rechtslage oder die Kindesbedürfnisse; Unterschätzung der eigenen Qualitäten und Erziehungsfähigkeit; aufgedrängter Verzicht.

bemerkt man in der DDR, daß in diesem Fall letztlich von einer „besseren Eignung“ nicht mehr gesprochen werden könne<sup>616</sup>. Generell kann dies aber nicht unterstellt werden, auch hier kommt es stets auf den Einzelfall an.

### 3. Die Funktion des Staates bei Sorgerechtsvereinbarungen

#### a) Die Elternautonomie als Ausgangspunkt

Aus den bisherigen Ausführungen zum Sorgerecht der Eltern<sup>617</sup> folgt, daß das Elternrecht bei Scheidungen jedenfalls nicht stärker sein kann als bei bestehender Ehe- und Familiengemeinschaft. Als selbstverständlich wird allseits unterstellt, daß die Grenzen des allgemeinen Kindesschutzrechts auch für Elternvereinbarungen gelten<sup>618</sup>.

An diesem Punkt trennen sich die Auffassungen. Streitig ist, ob eine weiter vorverlagerte Kontrollgrenze überhaupt gerechtfertigt ist, ob sie im Grundsatz dieselbe ist wie bei streitigen Sorgerechtsfällen oder ob ein Mittelweg zu suchen ist.

Hier soll zunächst geklärt werden, ob der Gesichtspunkt der Elternautonomie für Sorgerechtsvereinbarungen im Scheidungsfall grundsätzlich Beachtung verdient. Die an zweiter Stelle genannte Auffassung, auf der die Nichteinräumung eines rechtlichen Vorrangs in den meisten Rechtsordnungen beruht, kann sich darauf berufen, daß die Familiengemeinschaft, zu deren Gunst das Kindeswohl sich bisher Einschränkungen gefallen lassen mußte<sup>619</sup>, zerbrochen ist. Entsprechend ist die Kompetenz der Eltern dahingefallen, Individual- und Gemeinschaftsinteressen als treuhänderische Leiter einer „going family“ integrierend zu interpretieren und einander zuzuordnen<sup>620</sup>. Die verbliebene „Gemeinschaft“ beschränkt sich oft nur auf die Übereinstimmung bezüglich der Auflösungsmodalitäten und auf die Konstituierung einer neuen Teilgemeinschaft des als Sorgeberechtigten vorgeschlagenen Elternteils mit dem Kind.

Wer auf Grund dieser Situation die Frage der Eingriffslegitimation pauschal für Streitige und konventionale Sorgerechtsfälle gleich beantwortet, vertauscht jedoch die grundsätzlichen Positionen, die Staat und Familie zueinander einnehmen: Das Auseinanderfallen der Familiengemeinschaft legitimiert generell die Staatskontrolle, und die Beachtung einer Elternvereinbarung über das Sorgerecht stellt sich als *Kon-*

616 *Robde* a.a.O.; zu den voranzugehenden Umstimmungsversuchen oben 1. Kap. A.V.4. Ähnlich für die Bundesrepublik *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 318 f.; *Finger* S. 310.

617 Oben 4. Kap. B.II.; 5. Kap. A.II.2.a).

618 Vgl. § 1671 Abs. 5 BGB. Die Unsicherheit des Schweizer Bundesgerichts, ob *diese* Grenze bei Scheidungen generell vorverlegt oder nur praktisch eher ein Zugriff möglich sei (oben 2.Kap. A.V.5.a)), dürfte durch die Tendenz des neuen Kindesrechts (Art. 307 ff. ZGB) zugunsten der Familienerhaltung endgültig in zweiterem Sinne beantwortet sein.

619 Oben 4. Kap. B.I.; 5. Kap. A.II.2.a) bb); deutlich jetzt noch AG Mönchengladbach 7.8.1980, FamRZ 1981, 84.

620 Oben A.II.2.a) bb), bei Fn. 201-204.

zession dar, die positiv begründet werden muß. Nicht der Staat ist es, der die Elternautonomie begrenzt, sondern die Eltern setzen der als umfassend vorgestellten Regelungsbefugnis des Staates Grenzen.

Dem Hinweis auf die Elternautonomie bei Sorgerechtsvereinbarungen kann demgegenüber noch nicht – wie bei streitigen Sorgerechtsfällen – damit begegnet werden, daß sich die Rechte von Vater und Mutter gegeneinander aufheben, wenn es um die Sorgerechtszuweisung an den einen oder anderen geht<sup>621</sup>. Primär begehren die Eltern nicht die richterliche Entscheidung zwischen ihnen beiden, sondern die Anerkennung ihrer gemeinsamen Plazierungsbestimmung. Dieser verbliebene Elterngemeinsamkeit jedes rechtliche Gewicht abzuspochen, ist mit dem Umstand nicht vereinbar, daß die Elternverantwortung des Art. 6 Abs. 2 GG nicht an eine bestehende Ehe gebunden ist, sondern auch nach Trennung oder Scheidung der Eltern fortbesteht<sup>622</sup>. Im Streit der Eltern dieser gemeinsamen Verantwortung noch funktionalen Stellenwert einzuräumen, ist in der Tat ungerechtfertigt. Es tritt aber nicht immer deutlich genug hervor, daß die entsprechende Bewertung durch das Bundesverfassungsgericht<sup>623</sup> nicht pauschal für die gesamte Scheidungssituation gilt, sondern ausdrücklich auf streitige Sorgerechtsfälle begrenzt ist. Zuvor stellt das Gericht fest, es ergebe sich „aus der forbestehenden Verantwortung gegenüber dem Kinde die Pflicht der geschiedenen Eltern, die regelmäßig mit der Scheidung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine weiteren persönlichen Beziehungen zu den nunmehr getrennten Eltern zu finden“<sup>624</sup>. Die weiteren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts gehen davon aus, daß eine einverständliche Lösung nicht zustande gekommen ist.

Von dieser Position aus stellt sich auch die Auflösung der Familiengemeinschaft als eine *Krise* dar, deren Bewältigung – nicht zuletzt auch im Interesse der beteiligten Kinder – vorrangig den Familienmitgliedern aufgegeben ist<sup>625</sup>. Gerichtliche Eingriffe in eine familiäre Einigung wären demnach in ihrer grundsätzlichen Rechtfertigung und ihrer Reichweite im einzelnen besonders zu begründen.

621 So aber wohl *Briegleb*, ZBlJR 1971, 36.

622 BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424; 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; LG Mannheim 11.12.1970, FamRZ 1971, 185, 186; LG Bremen, 16.12.1976, FamRZ 1977, 402, 404; BT-Drucks. 8/2788, S. 62; *Beitzke*, FamRZ 1979, 13; *Dittmann*, ZBlJR 1977, 190; *Schwoerer*, FamRZ 1956, 242.

623 Entscheidung vom 15.6.1971 a.a.O.

624 A.a.O., S. 424, mit zustimmender Redaktionsanm. S. 426; 14.7.1981, EuGRZ 1981, 362, 367; 3.11.1982 (unten Fn. 739), sub B.I.3.; ähnlich LG Bremen 16.12.1976, 402, 404; KG 28.5.1980, NJW 1980, 2419, 2420. Entsprechend für den Ehebereich jetzt BVerfG 21.1.0.1980, NJW 1981, 108 f.; Art. 6 Abs. 1 GG gebiete Schutz nicht nur der intakten Ehe, sondern auch Beachtung der fortwirkenden personalen Verantwortung der Ehegatten bei gescheiterter Ehe.

625 Sieht man nur auf die bisherige Familiengemeinschaft, liegt allerdings schon nicht mehr eine Krise, sondern eine Katastrophe vor. Für die Beteiligten jedoch handelt es sich um eine Krise: Ihr Leben geht weiter, die bisherigen Familienbeziehungen wirken auf das naheheliche Leben in vielerlei Form ein und setzen sich in der neu zu konstituierenden

b) *Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation*

Diejenigen Autoren, die eine über die allgemeine Kindesschutzgrenze hinausgehende Kontrolle des Gerichts von Sorgerechtsvereinbarungen für nicht gerechtfertigt halten<sup>626</sup>, gehen davon aus, daß das Scheidungsereignis selbst eine besondere Eingriffslegitimation nicht begründet. So folgt aus der von Mnookin postulierten Schlichtungsfunktion des Staates bei Scheidungen<sup>627</sup>, daß der Staat gegenüber elterlichen Sorgerechtsvereinbarungen mangels eines beizulegenden privaten Konflikts praktisch keine Funktion hat, abgesehen von der allgemeinen, auf die Wahrung von Minimalstandards ausgerichteten Wächterfunktion (child-protection-function)<sup>628</sup>. Zum gleichen Ergebnis kommen Goldstein/Freud/Solnit auf Grund ihrer These, daß erst im Streit der Eltern der Verzicht auf Ausübung und Geltendmachung ihres Bestimmungsvorrechts und damit die Rechtfertigung für den Staat zum unmittelbaren Kindesschutz liege<sup>629</sup>. Diesem Standpunkt zufolge ist dem Gericht schon die Kontrolle von Einzelregelungen verwehrt, die nicht per se zur Kindesgefährdung führen – beispielsweise die Aufteilung von Geschwistern und sachliche oder zeitliche Aufspaltungen der elterlichen Sorge, insbesondere in Form oder unter dem Dach gemeinsamen oder alternierenden Sorgerechts<sup>630</sup>. Das rechtfertigende Vorverständnis, d.h. die im einzelnen nicht näher erörterte und belegte Grundeinstellung dieser Autoren ist geprägt von einem gewissen Vertrauen in die elterliche Regelungsfähigkeit<sup>631</sup> sowie von Mißtrauen gegen die sachliche Kompetenz der Gerichte, bessere Lösungen zu finden und zu realisieren<sup>632</sup>.

Auch diese Sicht scheint jedoch die angemessene Abwägung zwischen Familienautonomie und aktuellem Kindesschutz zu verfehlen.

Zunächst ist festzustellen, daß die auf dem Spiele stehenden Kindesinteressen fundamental sind. Selten zwar ist das physische Kindeswohl gefährdet, um so mehr aber potentiell das seelisch-geistige Wohlergehen und die künftige Persönlichkeits-

Gemeinschaft eines Elternteils mit dem Kind z.T. sogar fort. Wie im Text *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1323 f. (1980).

626 *Treitz*, S. 58; *Maier-Reimer*, Gutachten S. A 66, de lege ferenda; unklar *Strätz*, FamRZ 1975, 542 f.; deutlicher ders., AKF-Berichte 1978, 19. Juristisch unbrauchbar BT-Drucks. 8/2788, S. 62, wo die gesetzliche Eingriffsgrenze („erforderlich“) einmal mit „notwendig“, ein andermal mit „gefährdet“ umschrieben wird.

627 Oben 4. Kap. B.II.1.

628 39 L.&Cont.Prob. 288 (1975); *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 994 ff. (1979); so wohl auch *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1323 f. (1980).

629 Oben 4. Kap. bei Fn. 14, 15; ebenso *Goldstein*, 1 Int. J.L.+Psych. 109 ff., 119 f. (1978).

630 *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 31 ff.; beide Gestaltungen werden von den Autoren als kindeswohlwidrig mißbilligt, wenn keine Elternvereinbarung vorliegt, a.a.O. S. 32 (Geschwisteraufteilung), *Beyond*, 2. Aufl. S. 119 f. (joint custody). *Fehmel*, FamRZ 1980, 759 ff. argumentiert für das „gemeinsame Sorgerecht“ zwar ähnlich wie *Goldstein/Freud/Solnit*, aber vorbehaltlich richterlicher Einzelfallkontrolle, a.a.O. S. 761.

631 So vor allem *Goldstein*, 86 Yale L.J. 645 (1977); 1 Int. J.L.+Psych. 119 ff. (1978).

632 So vor allem *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 257 ff. (1975); 43 Harv.Ed.Rev. 613 ff. (1973) = FamRZ 1975, S. 1 ff.; *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 11 f., 32 f.; dies., *Beyond* (2. Aufl.) S. 114 ff.

entwicklung des Kindes<sup>633</sup>. Es hat sich weiterhin gezeigt, daß die Scheidungssituation Gefahren mit sich bringt, die es auch bei elterlicher Sorgevereinbarung weit weniger als bei intakten Familien gewährleisten erscheinen lassen, daß die Eltern selbst die Interessen des Kindes hinreichend schützen<sup>634</sup>. Die schematische Gleichsetzung elterlicher Einigung vor und nach der Eheerrüttung indiziert elternrechtsbezogenes, nicht kindeswohlbezogenes Denken. Die spezifischen Gefahren bei Sorgerechtsvereinbarungen anlässlich der Scheidung geben dem Staat im Grundsatz eine legitime Wächterfunktion auch bei elterlicher Einigkeit<sup>635</sup>. Das Kind selbst hat zwar gemäß § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB auch eine Kontrollmöglichkeit, aber erst ab 14 Jahren. Auf die Effektivität dieser Kontrolle darf der Staat im übrigen selbst bei älteren Kindern nicht ausschließlich vertrauen<sup>636</sup>.

Andererseits sind die *positiven Wirkungschancen* elterlicher Sorgerechtsvereinbarung nicht zu verkennen. Vor allem ihre Befriedigungswirkung gebietet, zusammengekommen mit den Begrenzungen richterlicher Erkenntnismöglichkeiten, eine generell zurückhaltende Definition der staatlichen Schutzfunktion. Kindesinteresse und Elternautonomie setzen dieser Funktion früher Grenzen als bei elterlichem Sorgerechtsstreit. Vor allem läßt sich den positiven Wirkungsmöglichkeiten der Elternvereinbarung das grundsätzliche Gebot entnehmen, daß die staatliche Rege-

633 Dazu sowie zur Bedeutung des Gewichts der betroffenen Kindesinteressen oben bei Fn. 196 ff. und A.II.2.b) aa).

Wer schwerpunktmäßig asoziale und Unterschichtfamilien untersucht, mag zu dem Ergebnis kommen, daß die Scheidung im Vergleich zur vorherigen Situation eine Erleichterung für viele Kinder bedeutete (Haffter S. 9 f., 146: etwa 2/3 der Kinder bewertete die Scheidung später positiv, vgl. oben Fn. 604). In einer mittelschichtzentrierten psychologischen Untersuchung konnte hingegen in keinem Fall und für keine Altersstufe eine positive Wirkung der Scheidung festgestellt werden, vgl. *Wallerstein/Kelly*, *Surviving the Breakup* S. 35 ff. (vgl. aber ebenda S. 195 ff.); *Wallerstein*, in: *Conc.Courts* S. 83 f. Anders jetzt wieder eine soziologische Untersuchung in Michigan (J.M. Hammond, berichtet in 5 FLR 2395 (1979)), die allerdings allein auf der Befragung der (8-11jährigen) Kinder selbst aufbaute (43 % der Kinder stuften die Scheidung ihrer Eltern positiv ein).

634 Oben 2.a).

635 Dies entspricht der weitaus herrschenden Auffassung in allen Rechtsordnungen, BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531. DDR: Lehrbuch Familienrecht S. 398. In den USA ist der Gedanke des Kindesschutzes entweder ausdrücklich formuliert oder impliziert im Konzept des *parens patriae*, *Finley v. Finley*, 148 N.E. 624, 625 (N.Y. 1925); *Ford v. Ford*, 371 U.S. 187, 193 (1962); *Agur v. Agur*, 298 N.Y.S.2d 772, 778 f. (App.Div. 1969); *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 (Sup.Ct. 1976); *Kritzik v. Kritzik*, 124 N.W.2d 581, 585 (Wisc. 1963); *Marcus v. Marcus*, 320 N.E.2d 581, 585 (Ill.App. 1974); noch deutlicher in der Form der "protective custody of the court", *State v. Duncan*, 21 S.E.2d 822, 824 f. (N.C. 1942); *Williams v. Williams*, 134 S.E.2d 227, 230 (N.C. 1964); 27B CJS, *Divorce* S. 477; vgl. auch *Freed/Foster*, 4 FLR 39 (1978, sub C.); *dies.*, Gespräch mit dem Verfasser vom 26.2.1979 ("watchdog doctrine"); *Kay*, Gespräch mit dem Verfasser vom 26.3.1979. Schweiz: BG 20.4.1967, BGE 93 II 156, 158 f.; *Gygax* S. 15; *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser vom 23.5.1979; *Meyer*, ZfVorm 1962, 82. Wie im Text jetzt auch BVerfG 3.11.1982 (unten Fn. 739) sub. B.I.3.

636 Vgl. oben B.IV.2.b); C.II.2.c). Im einzigen bisher publizierten Anwendungsfall des § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB (OLG Hamm 25.11.1980, FamRZ 1981, 202) hatte das Kind einem bereits von der Mutter *widerrufenen* Elternvorschlag widersprochen, dazu unten III.1.

lung vorzugsweise auf der Basis und nicht *gegen* die Elternvereinbarung zu erfolgen hat<sup>637</sup>. Es ist Sache der *Ausgestaltung* der richterlichen Kontrollaufgabe, sowohl dem Schutzbedürfnis des Kindes als auch den positiven Wirkungschancen der Elternvereinbarung weitestmöglich Rechnung zu tragen.

Die Kontrollaufgabe selbst jedoch zu verneinen, hieße – wie die angedeuteten Konsequenzen dieser Auffassung zeigen<sup>638</sup> – die aktuellen Schutzinteressen der Scheidungskinder pauschal und überproportional auf dem Altar der „Familienautonomie“ zu opfern. Letztere gründet sich zwar *auch* und schwerpunktmäßig auf die Kindesinteressen<sup>639</sup>. Die schlichte Übertragung der Abwägung für die *intakte* Familiengemeinschaft im allgemeinen auf die Scheidungssituation ohne eine erneute Würdigung der situationsspezifischen Kindesinteressen<sup>640</sup> muß aber den Vorwurf begründen, daß letztlich doch allein das *Elternrecht* den Ausschlag gibt<sup>641</sup>.

Dieser Auffassung, die eine sach- und realitätsgerechte Balance zwischen elterlicher und staatlicher Entscheidungskompetenz herzustellen sucht, stehen zahlreiche Äußerungen in der Bundesrepublik entgegen, die generelles Mißtrauen nicht gegenüber dem Staat, sondern den Eltern auszudrücken<sup>642</sup>. Wo über die Scheidung paktiert werde, seien die Kinder besonders gefährdet<sup>643</sup>, sich scheidende Eltern seien am wenigsten zur Wahrung des Kindeswohls geeignet<sup>644</sup>, der Richter müsse stets frei das Kindeswohl bestimmen dürfen<sup>645</sup>. Auch die Entwürfe zur Sorgerechtsreform waren von dieser Tendenz beeinflusst<sup>646</sup>. Vereinzelt erwecken diese Äußerungen den Eindruck, als ob den Autoren die elterliche Bestimmungsmacht generell, auch schon in der bestehenden Familiengemeinschaft ein Ärgernis sei<sup>647</sup>. Insoweit gibt das objektive Recht jedoch einen unverrückbaren Rahmen vor, dessen Konturen

637 BVerfG 14.7.1981, EuGRZ 1981, 362, 367. Im einzelnen unten III.2.

638 Oben bei Fn. 630.

639 *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 7 ff.; BVerfG 3.11.1982 a.a.O. sub B.I.1.

640 So *Goldstein/Freud/Solnit*, a.a.O. und S. 31 ff.

641 Trotz genereller Verwahrung gegen diese Gleichsetzung, *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 9; zu BVerfG 3.11.1982 vgl. unten IV. 4.

642 *Arnold* S. 123 f.; *Becker*, ZBlJR 1971, 82; *ders.*, MDR 1970, 2 f.; *Briegleb*, ZBlJR 1971, 39; *Bosshard* S. 67 ff.; *Lempp*, NJW 1963, 1660; *ders.*, NJW 1972, 316 f.; *ders.*, ZBlJR 1974, 130 f.; *ders.*, Ehescheidung S. 25; *Riedel* S. 128; *Zenz*, StAZ 1973, 266 f.

643 *Briegleb* a.a.O.

644 *Lempp*, NJW 1963, 1660.

645 *Zenz* a.a.O.

646 Vgl. § 1671 Abs. 3 BGB-E, BT-Drucks. 7/2060; 8/111.

647 Vgl. *Briegleb* und *Lempp*, a.a.O. Bei beiden zeigt sich die Unausgewogenheit der Argumentation daran, daß sie zwar das rechtliche Gewicht des Elternvorschlags ablehnen, an anderer Stelle aber als Ideallösung vorschlagen, die elterliche Sorge bei Scheidung nur auf Antrag zu regeln, sonst aber offen zu lassen (*Lempp*, ZBlJR 1974, 132; *ders.*, Proceedings ISFL II S. 223; *Briegleb* a.a.O.). Daß sie damit völlig unkontrollierter Elternmacht das Wort reden, sehen diese Autoren offenbar nicht.

auch für die Scheidungssituation sinn- und sachgemäß fortzuentwickeln sind<sup>648</sup>. Darüber hinaus ist es noch keiner Gesellschaftsordnung gelungen, die Leistungsfähigkeit des Staates in Fragen der Kindeswohl-Beurteilung als überlegen nachzuweisen<sup>649</sup>. Gleichermaßen fehlen empirische Daten über das Verhältnis kindeszentrierter und mißbräuchlicher Sorgerechtsvereinbarungen. Die Sorgerechtspraxis in untersuchten Rechtsordnungen zeigt nur mit schlagender Überzeugungskraft, daß grobe Verfehlungen des Kindeswohls durch die Eltern nicht die Regel sind. Für ihre generelle Disqualifizierung bei Scheidungen fehlt es deshalb an sachlichen Grundlagen. Punitiv Tendenzen aber („Bestrafung“ der Eltern für ihr Scheidungsbegehren) sind fehl am Platz.

Pauschales Mißtrauen gegen die Eltern ist demnach nur zu erklären als Überreaktion auf die gerichtliche Überbetonung des Elternrechts, wie sie vor allem im Kindesschutzrecht in den ersten beiden Jahrzehnten der Bundesrepublik zu beobachten war<sup>650</sup>.

#### 4. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Einräumung eines gewissen Konkretisierungsvorrangs der Eltern in § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB sowohl eine sachgerechte Interpretation dieser Vorschrift darstellt<sup>651</sup> als auch die im Vergleich mit den Rechtsgestaltungen anderer Länder angemessenere Lösung. Die Diskrepanz zwischen objektivem Recht und Rechtspraxis, die dort besonders auffällig vorhanden ist<sup>652</sup>, kann nicht befriedigend erklärt werden mit den Realisierungsschwierigkeiten einer im Konzept idealen Lösung, d.h. der unbegrenzten Richterkontrolle<sup>653</sup>. Es ist vielmehr schon im Konzept verfehlt, der Elternvereinbarung jeglichen positiven sachlichen Stellenwert im Rahmen einer kindeswohlorientierten Sorgerechtsentscheidung abzusprechen

648 Das BVerfG (15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424) meint zwar, Art. 6 Abs. 2 GG besage nichts über die Sorgeverteilung nach Scheidung. Aus den weiteren Ausführungen des Gerichts ergibt sich jedoch, daß nur das Ergebnis der Sorgeverteilung, nicht der Entscheidungsprozeß im Spannungsfeld zwischen Eltern und Staate gemeint ist; vgl. auch oben bei Fn. 624.

649 Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 49 f. (deutsch S. 46 f.): „Private Beziehungen zwischen Menschen verlangen nach privater Regelung“. Die Überlegenheit des „private ordering“, eigentlich Grundkonzeption des „common law“, wird in den USA nach einer Ernüchterung über gesetzgeberische Regelungsmöglichkeiten erst wieder neu entdeckt, vgl. Mnookin, 39 L.&Cont.Prob. 288 (1975); Mnookin/Kornhauser, 88 Yale L.J. 195 f. (1979), sowie – für andere Rechtsgebiete – die übrigen Beiträge in diesem Heft. Die Reverenz, die man de facto selbst in der DDR der familienautonomen Regelung zollt, sollte all jenen zu denken geben, die gegen und nicht mit den Eltern das Kindeswohl wahren wollen.

650 Gernhuber, FamRZ 1962, 89 ff.; ders., Familienrecht S. 18 m.w.N.; Simitis, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls S. 101 ff.

651 Gegen Diederichsen, oben Fn. 581. Vgl. oben Fn. 583.

652 Oben I.

653 So Bodenheimer, 23 Stan.L.Rev. 722, 728 Fn. 162 (1971); King v. King, 131 N.W.2d 357, 359 (Wisc. 1964); vgl. auch oben Fn. 642 ff.

oder diesen Stellenwert gänzlich dem richterlichen Ermessen zu überlassen unter Aufrechterhalten der Fiktion voller richterlicher Kindeswohl-Kontrolle.

Andererseits wäre es verfehlt, das Recht an der gelegentlich allzu routinehaften Gerichtspraxis auszurichten und den Eltern eine nur in den Grenzen des allgemeinen Kindesschutzrechts kontrollierte Bestimmungsmacht einzuräumen<sup>654</sup>. Die weiteren Bemühungen haben dem Versuch zu gelten, die Funktion des Richters gegenüber Elternvereinbarungen in einer Weise zu konkretisieren, die der Praxis brauchbare Orientierungspunkte bietet.

### III. Folgerungen für die richterliche Kontrollaufgabe

#### 1. Definition der vorrangbegründenden Elterneinigung

Elterliche Einigkeit über die Sorgerechtsfrage kann sich in verschiedenen Formen manifestieren: In einer förmlichen Scheidungsvereinbarung, als Zustimmung zum Antrag des anderen Elternteils auf Sorgeübertragung, als inhaltlich übereinstimmende, aber voneinander unabhängige Anträge. Zwei rechtliche Beurteilungsebenen sind voneinander zu unterscheiden, das Innenverhältnis der Ehegatten und das Außenverhältnis zum Gericht. Für die Entstehung und Fortdauer einer Bindung im Innenverhältnis sind, mit gewissen Modifikationen, vertragsrechtliche Grundsätze maßgeblich<sup>655</sup>. Da jedoch die Sorgeverteilung nicht privater Disposition zugänglich ist, sondern durch Staatsakt zu erfolgen hat, sind Bindung der Eltern untereinander und (begrenzte) Bindung des Gerichts an die Elternvereinbarung zwei nicht miteinander verknüpfte Gesichtspunkte. Für den materiellrechtlichen Vorrang des Elternvorschlags gegenüber der richterlichen Kindeswohl-Konkretisierung ist nach den bisherigen Erörterungen wesentlich, daß die Eltern ihrer rechtlichen Verantwortung für das Kind durch Einigung über die künftige Sorgerechtsgestaltung nachgekommen sind. Die familieninterne Einigung ist eine formfreie geschäftsähnliche Handlung<sup>656</sup>, zu der im Scheidungsprozeß die Besonderheit tritt, daß sie dem Gericht als „Vorschlag“ (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB) bekannt gegeben werden muß. Über diese schlichte Einigung hinaus vertragsähnliche Vereinbarungen zu fordern, ist deshalb verfehlt. Auch im Außenverhältnis zum Gericht ist keine zusätzliche konsensuale Qualität

654 Oben 3.b).

*Gernhuber* (Familienrecht S. 866) hält es für ausgeschlossen, eine derartige Auffassung der lege lata zu vertreten. Der Begriff „erforderlich“ (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB) hat aber eine fast unbegrenzte Spannweite; wie *Diederichsen* (oben Fn. 581) aus ihm gar keinen Elternvorrang abliest, könnte auch das gegenteilige Extrem daraus gefolgert werden. Der Vergleich mit § 1671 Abs. 5 BGB führt zu keinem zwingenden Ergebnis.

655 *Gernhuber*, Familienrecht S. 861 ff.; *Palandt/Diederichsen*, § 1671 Anm. 4; *Staudinger/Schwörer*, § 1671 Anm. 56 ff.

656 *Gernhuber*, Familienrecht S. 753.

erforderlich; klarstellend spricht das neue Sorgerechtsgesetz von einem „übereinstimmenden“ statt von einem „gemeinsamen“ Vorschlag<sup>657</sup>. Das Innenverhältnis der Eltern ist im Gesetz völlig offengelassen<sup>658</sup>. Die Unabhängigkeit von Innen- und Außenverhältnis kommt schließlich darin zum Ausdruck, daß selbst bei vertraglicher Bindung gegenüber dem anderen Elternteil stets abweichende Anträge im Prozeß zulässig sind<sup>659</sup>.

Ein kaum verständlicher Einbruch vertragsrechtlichen Denkens kennzeichnet demgegenüber die weitaus herrschende Meinung zur Frage der Widerruflichkeit von Elternvorschlägen. An eine einmal erreichte inhaltliche Übereinstimmung sollen die Eltern jedenfalls von dem Moment an gebunden sein, in dem die Einigung in den Prozeß eingeführt worden ist<sup>660</sup>. Gemeinschaftliche Aufhebung bleibt zwar möglich<sup>661</sup>, aber einseitiger und sogar beidseitiger, inhaltlich aber nicht übereinstimmender Widerruf soll die Bindungswirkung nicht beseitigen können<sup>662</sup>.

Zunächst ist eine Inkongruenz mit den Grundsätzen festzustellen, die für die Elternvereinigung bei intakter Familiengemeinschaft vertreten werden. Überwiegend wird danach differenziert, ob eine Einigung bereits durch Maßnahmen der elterlichen Sorge realisiert oder zu realisieren begonnen worden ist. Vorher ist freier Widerruf durch einen Elternteil möglich, später ist ein Widerruf gegen das Stetigkeitsinteresse des Kindes abzuwägen<sup>663</sup>. Als Ausführungshandlung in diesem Sinne wäre nicht schon der Vorschlag an das Gericht, sondern erst die Sorgerechtsentscheidung anzusehen. Nach allgemeinen Grundsätzen müßte im Innenverhältnis der Eltern deshalb die Einigung entweder frei oder zumindest aus (behaupteten) Gründen des Kindeswohls zulässig sein.

- 657 Unzutreffend deshalb OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258: Es genüge nicht, wenn ein Elternteil dem Antrag des anderen nicht widerspreche; wie im Text LG Landau 11.5.1967, FamRZ, 405, 406; *Dölle*, Familienrecht II S. 286 f.; *Gernhuber*, Familienrecht S. 861 ff.; *Staudinger/Schwoerer*, § 1671 Anm. 55.
- 658 Vgl. schon *Treitz* S. 41, der auf den Unterschied von § 1671 Abs. 2 a.F. BGB und § 74 Abs. 1 EheG hinweist.
- 659 BGH 29.6.1960, FamRZ 1960, 397 f.; 22.10.1965, FamRZ 1966, 94, 95; LG Kiel 6.5.1976, FamRZ 1976, 536 (keine negative Unterlassungsklage des anderen Elternteils möglich).
- 660 BGH 29.6.1960, FamRZ 1960, 397 f.; BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 250; KG 8.1.1968, FamRZ 1968, 264 ff.; OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 575; vgl. im übrigen die Darstellung des Diskussionsstandes bei *Gernhuber*, Familienrecht S. 863 Fn. 9 und die weiteren Nachweise bei *Treitz* S. 40 Fn. 19; *Göppinger*, Vereinbarungen Rdn. 426.
- 661 KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 126; OLG Bremen 28.11.1957, FamRZ 1958, 63, 64; *Gernhuber*, Familienrecht S. 863; *Schwoerer*, FamRZ 1958, 66; *Staudinger/Schwoerer* § 1671 Anm. 63.
- 662 BGH 29.6.1960 a.a.O.; BayObLG 5.12.1961, FamRZ 1962, 169, 170; 17.2.1967, FamRZ 1968, 402, 403; 10.1.1975, FamRZ 1976, 36, 38; KG 3.9.1959, FamRZ 1959, 508, 509; *Gernhuber*, Familienrecht S. 863. Möglich bleiben nach herrschender Praxis die Anfechtung des Einverständnisses oder der Wegfall der Geschäftsgrundlage, z.B. OLG Stuttgart 6.2.1981, FamRZ 1981, 704 f.
- 663 So oder ähnlich MünchKomm/Hinz, § 1627, Anm. 8; *Soergel/Lange*, § 1627 Anm. 4; *Gernhuber*, Familienrecht S. 754 f.; abweichend *Waskowiak* S. 103 ff. (aber Recht zum Widerruf aus Gründen des Kindeswohls).

Es bleibt zu fragen, warum die widerrufenen Einigung den Richter im Rahmen des § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB binden soll. Wie sich herausgestellt hat, ist der hervorragende Gesichtspunkt zugunsten von Elternvorschlägen die Einigkeit der Eltern im Hinblick auf die Befriedungswirkung während und nach der Familienauflösung<sup>664</sup>. Diese Einigkeit ist im Falle des Widerrufs schon zerfallen, bevor der Richter entschieden hat, und entsprechend äußert das Befolgen der früheren Einigung keine Befriedungswirkung mehr<sup>665</sup>. Auch die Indizwirkung des Elternvorschlags für eine „richtige“ Kindeswohl-Konkretisierung ist jedenfalls dann in Zweifel gezogen, wenn der widerrufenen Elternteil – wie meist – seinen Sinneswandel aus angeblichem Kindesinteresse begründet. Dem tragen die Gerichte insoweit Rechnung, als bei Widerruf die *Erforderlichkeit* des Abweichens vom Elternvorschlag (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB) besonders gründlich zu prüfen sei<sup>666</sup>. *In der Sache* gehen die Gerichte aber zu einer offenen Kindeswohl-Abwägung über und benutzen die behauptete Bindung an die frühere Einigung nur begründungsverkürzend, wenn sie deren Inhalt bestätigen wollen<sup>667</sup>. Richtigerweise aber sind mit Widerruf des Elternvorschlags die sachlichen Voraussetzungen für einen Vorrang der elterlichen Konkretisierung weggefallen. Das Gesetz weist weder in seiner bisherigen noch der neuen Fassung auf eine Interpretation hin, die dennoch zu einem Fortbestand der (begrenzten) richterlichen Bindung führt<sup>668</sup>. Die herrschende Auffassung beruht, wie insbesondere die Ausführungen des BGH zeigen<sup>669</sup>, auf einer Vermengung der vertraglichen Bindung der Eltern untereinander und der gesetzlichen Verpflichtung des Richters, aktuelle elterliche Einigkeit über die Sorgerechtsfrage begrenzt zu achten<sup>670</sup>.

664 Oben A.I.1.c); C.II.2.b).

665 Ähnlich Treitz S. 45.

666 BGH 19.6.1960, FamRz 1960, 397 f.; BayObLG 4.12.1962, FamRz 1963, 141, 142; 26. 2.1964, FamRz 1964, 310, 311; 17.2.1967, FamRz 1967, 402, 403; OLG Koblenz 30.12.1977, DAVorm 1978, 313.

667 Vgl. BayObLG 4.12.1962 a.a.O.; 17.2.1967 a.a.O., S. 405; 10.1.1975, FamRz 1976, 36, 38; zum Begründungsaspekt schon Treitz S. 45. Gleiches gilt im übrigen auch für gerichtliche Regelungen zum Umgangsrecht: Streiten die Eltern, kann das Gericht nicht an eine frühere Vereinbarung gebunden sein, vgl. EKMR 4.3.1980, EuGRZ 1980, 458 f.

668 Zur bisherigen Fassung *Staudinger/Schworer*, § 1671 Anm. 55 m.w.N. Unverständlich deshalb, daß sich *Lüderitz* (FamRz 1975, 607 f.) und ihm folgend *Dieckmann* (AcP 178 (1978) 319), die dem im Text vertretenen Ergebnis zuneigen, die lege lata an die herrschende Meinung gebunden fühlen.

669 29.6.1960, FamRz 1960, 397 f.

670 Im Ergebnis gleicher Ansicht *Riegel*, UJ 1 (1949) H. 6, S. 19 (zu § 74 EheG); *Treitz* S. 40 ff., 45 f.; *D. Schwab*, Handbuch Rdn. 194; vgl. auch *Lüderitz* und *Dieckmann* a.a.O. sowie die EKMR 4.3.1980, oben Fn. 667.

Auf den Zusammenhang mit dem Scheidungsrecht ist nur hinzuweisen: Die Zerrüttungsvermutung des § 1566 Abs. 1 BGB ist an die Einigung auch über die Scheidungsfolgen gebunden, § 630 ZPO (*Schlosser*, FamRz 1978, 319). Eine Bindung der Parteien an den einzureichenden Sorgerechtsvorschlag (§ 630 Ziff. 2 ZPO) ergibt sich aus scheidungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht (*Damrau*, NJW 1977, 1172 f.; *Zöller/Philippi* § 630, Anm. 5). Bei dessen Widerruf im Prozeß entfällt die Vermutung des § 1566 Abs. 1 BGB, die Parteien müssen entweder die Ehezerrüttung positiv nachweisen (§ 1565 Abs. 1 BGB) oder abwarten, bis nach dreijährigem Getrenntleben die Vermutung des § 1566 Abs. 2 BGB eintritt (*Zöller/Philippi* § 630, An. 1 b; *Palandt/Diederichsen*, § 1566, Anm. 2 b; Münch-

## 2. Kontrollmaßstab des Richters

In der Rechtsprechung sind Formeln verbreitet, die die Eingriffsschwelle gegenüber Elternvorschlägen abstrakt zu definieren versuchen. Die „Erforderlichkeit“ in § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB wird stereotyp so umschrieben, daß zum Abweichen „trifftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ vorliegen müßten, „deren Außerachtlassung die Entwicklung des Kindes ungünstig beeinflussen würde“<sup>671</sup>. Weitere Präzisierung soll durch negative Abgrenzung erreicht werden: Gefährdung oder objektive Schädigung des Kindeswohls (§ 1666 BGB) sei nicht zu verlangen<sup>672</sup>, andererseits genüge es noch nicht, wenn dem Richter eine andere Lösung zweckmäßiger, dem Kindeswohl dienlicher erscheine<sup>673</sup>. Auch in Rechtsordnungen, in denen das objektive Recht den Eltern keinen Konkretisierungsvorschlag einräumt, bemühen sich die Gerichte um eine generelle Definition der Bedeutung von Elternvorschlägen, die bis zur Anerkennung eines faktischen Vorrangs reicht. Gesetzeskonform noch die DDR-Gerichte: Der gemeinsame Elternvorschlag sei ein „wichtiger Hinweis“ für das Gericht<sup>674</sup>, schränke aber sein pflichtgemäßes Ermessen nicht ein<sup>675</sup>. In der Schweiz und den USA führt die Aussagelosigkeit des Rechts und die Diskrepanz zur Praxis zu divergierenden, teils widersprüchlichen Äußerungen. Das schweizerische Bundesgericht hält allein das Kindesinteresse für ausschlaggebend; der Richter werde allerdings, selbst wenn er sonst eine andere Lösung getroffen hätte, die Vereinbarung genehmigen (Art. 158 Ziff. 5 ZGB), „sofern sie für das Wohl des Kindes ebenso viel Gewähr bietet“<sup>676</sup>. Andere setzen die Eingriffsschwelle

Komm/Hinz, § 1566, Anm. 14; OLG Hamburg 2.6.1979, FamRZ 1979, 702). Es ist offensichtlich, daß die Widerruflichkeit von übereinstimmenden Sorgerechtsvorschlägen nicht nur – wie im Text dargelegt – aus sachlichen Gründen geboten ist, sondern auch mit dem Scheidungsrecht besser harmoniert. Freie Widerruflichkeit im Scheidungsentschluß ist selbstverständlich, Bindung „in höchstpersönlichen Fragen ohnehin ungewöhnlich“, Lüderitz, FamRZ 1975, 608 I. Sp. Die überkommene Bindungsthese in der Sorgerechtsfrage dürfte nicht zuletzt vom alten Verfahrensrecht beeinflusst sein, im neuen Scheidungsprozeß ist sie ein Fremdkörper, Schwab, Handbuch Rdn. 194.

671 BayObLG 5.12.1961, FamRZ 1962, 169, 170; nahezu wörtlich übereinstimmend die ständige Rechtsprechung, BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; BayObLG 4.12.1962, FamRZ 1963, 141, 142; 15.3.1966, FamRZ 1966, 249, 250; 10.1.1975, FamRZ 1976, 36, 38; KG 4.9.1958, FamRZ 1958, 423; 31.1.1979, FamRZ 1979, 340, 341; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; OLG Köln 18.8.1972, FamRz 1972, 574, 575; vgl. auch Dölle, Familienrecht II S. 290; Staudinger/Schwörer, § 1671 Anm. 84.

672 BayObLG 5.12.1962 a.a.O.; KG 4.9.1958 a.a.O., Staudinger/Schwörer a.a.O. Zu den einzelnen Stimmen in der Literatur, die Eingriffe erst bei Erreichung der Gefährdungsgrenze für zulässig halten, vgl. oben Fn. 626.

673 BayObLG 10.1.1975 a.a.O.; KG 4.9.1958 a.a.O.; OLG Köln 18.8.1972 a.a.O.; Dölle a.a.O.; Staudinger/Schwörer a.a.O.

674 OG 1.9.1966, NJ 1966, 734.

675 OG 17.9.1957, NJ 1957, 34; der Erlaß des FGB hat hieran nichts geändert, nur die Pflicht (nicht das Recht) zu Ermittlungen wurde reduziert, vgl. oben 1. Kap. A.IV.4; vgl. auch Arnold S. 56 f.; Gehring S. 112; Granzow, FamRZ 1965, 468; Klein S. 1.

676 BG 28.6.1934, BGE 60 II 169, 171 f.; 20.4.1967, BGE 93 II 156, 158; 25.1.1968, BGE 94 II 1, 2; OberG Zürich 4.4.1960, ZR 64 N. 92; Comment, in: Probleme und Ziele, S. 95; Michel S. 22.

höher an<sup>677</sup> oder lehnen umgekehrt selbst jene geringfügige Konzession ab, die das Bundesgericht den Elternvorschlägen macht<sup>678</sup>. In den USA reicht das Spektrum der Äußerungen von der Ablehnung jeglicher Bindung<sup>679</sup> über die Anerkennung eines erheblichen Indizwertes für das Kindeswohl<sup>680</sup> bis hin zu einer der „Erforderlichkeit“<sup>681</sup> oder gar der „Gefährdung“ entsprechenden Eingriffsgrenze<sup>682</sup>.

All diesen abstrakten Definitionen liegt nicht nur der Versuch zugrunde, einem mehr oder weniger starken Vorrang der Eltern bei der Konkretisierung des Kindeswohls Ausdruck zu verschaffen. Soweit ein solcher Vorrang objektivrechtlich anerkannt wird, kann auch das Empfinden maßgeblich sein, daß das Recht für *Eingriffe* in private Rechtspositionen genauere Voraussetzungen als den bloßen Kindeswohl-Begriff aufstellen muß, um rechtsstaatlichen Erfordernissen zu genügen<sup>683</sup>. Allerdings hat Mnookin überzeugend dargelegt, daß *Regeln* im Bereich des Kindeswohls die Sachgerechtigkeit auf spezifische Weise zu verfehlen geeignet sind<sup>684</sup>. Im übrigen ist allen vorgenannten Konkretisierungsversuchen die Schwäche gemeinsam, daß unbestimmte Formulierungen durch kaum weniger vage Umschreibungen ersetzt werden. Insbesondere die Abstufungen durch die Gerichte der Bundesrepublik geben eine Präzision des Rechts und der Erkenntnismöglichkeiten vor, die in Wirklichkeit nicht bestehen kann und die über die Tatsache hinwegtäuscht, daß der Wertungsspielraum der Gerichte allenfalls im Extrem, nicht in Einzelheiten begrenzt ist<sup>685</sup>. Die einheitliche Praxis in allen Rechtsordnungen bei höchst unterschiedlichen Rechtsgrundsätzen zeigt überdies die Bedeutungslosigkeit genereller Definitionen der richterlichen Eingriffsschwelle. Sie verfehlen nicht nur zum Teil grob die Leistungsmöglichkeiten des Gerichts, sondern versäumen es – gerade deshalb – auch, dem Richter sachlich bedeutsame, griffige Orientierungspunkte für die real zu lei-

677 OberG Zürich 19.10.1918, ZR 18 N. 125 („offensichtlich ganz unzweckmäßig und dem Wohle des Kindes hinderlich“); 12.3.1968, ZR 67 N. 117 (gar nicht kindeswohlorientiert); *Barde*, ZSR 74 (1955), 538a (schwerwiegender Widerspruch zum Kindeswohl); *Comment* a.a.O. S. 113; *Landolt* S. 178, *Schulthess* S. 72 (Widerspruch zum Kindeswohl oder widerrechtlich/unsittlich).

678 C. de Justice Genève 28.11.1947, Sem.Jud. 70 (1948) 404, 408; *Egger*, Art. 156 Anm. 14; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 185; *Tuor/Schnyder*, S. 163; *Landolt* S. 80 (Genehmigung nur, wenn der Richter dieselbe Lösung gewählt hätte; vgl. demgegenüber vorstehende Fn.).

679 *Agur v. Agur*, 298 N.Y.S.2d 772, 777 (App.Div. 1969); *Stanton v. Stanton*, 66 ALR 2d 1401, 1408 (Ga. 1957); *Howard v. Greenway*, 154 S.E.2d 367, 368 (Ga. 1967); *DeBry v. DeBry*, 496 P.2d 82, 93 f. (Utah 1972); *Laurance v. Laurance*, 158 P.2d 784, 787 (Ore. 1953); *Williams v. Williams*, 196 A.2d 870, 871 (Pa.Super.Ct. 1962); vgl. 27B CJS, *Divorce* S. 477.

680 *Kminek v. Kminek*, 325 N.E.2d 741, 745 (Ill. 1975); *Dokos v. Dokos*, 232 N.E.2d 508, 512 (Ill. 1967).

681 24 AmJur2d § 790, S. 897 m.w.N.

682 *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 288 (1975); *Mnookin/Kornbauser*, 88 Yale L.J. 995 f. (1979).

683 *Goldstein/Freud/Solnit*, *Before*, S. 15 ff., 18; vgl. oben 4. Kap. C.I.2.a), nach Fn. 54.

684 39 L.&Cont.Prob. 262 ff. (1975).

685 Vgl. *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231.

stende Kontrolle an die Hand zu geben. Ein wirklicher Gewinn an Rechtssicherheit läßt sich nur erzielen, wenn man das einzelfallbezogene Kindeswohl rigoros beiseite schiebt und die elterliche Plazierungsbestimmung der Kontrolle des Richters gänzlich entzieht<sup>686</sup>. Dieser Weg wurde jedoch bereits abgelehnt<sup>687</sup>.

Ausgangspunkt bei der Suche nach Alternativen ist nach den bisherigen Feststellungen viererlei: (1) Dem übereinstimmenden Vorschlag informierter und um das Wohl ihrer Kinder bemühter Eltern hat der Richter sowohl unter dem Aspekt des Kindeswohls als auch unter dem des Elternrechts nichts entgegenzusetzen; (2) es kann in der Scheidungssituation nicht generell unterstellt werden, daß die Eltern die Interessen des Kindes wahren können und wollen; (3) unabhängig hiervon bedeutet die Einigkeit der Eltern als solche einen positiven Faktor, der im Interesse des Kindeswohls schwer wiegt; (4) die Erkenntnisgrenzen des Richters bedingen, daß eine Ergebniskontrolle am Maßstab des objektiven Kindeswohls erst jenseits eines gewissen Vertretbarkeitsspielraums effektiv werden kann.

Hieraus ergibt sich eine Zweistufigkeit der richterlichen Kontrolle. Primärer Prüfungsgegenstand hat nicht das Kindeswohl selbst zu sein, sondern die „Bonität“ des Elternvorschlags, d.h. das Vorliegen der Voraussetzungen, die die Überlegenheit des Elternvorschlags sachlich begründen. Vom Ergebnis dieser Prüfung hängt es ab, ob und mit welcher Intensität auf zweiter Stufe die elterliche Lösung am Maßstab des Kindeswohls gemessen wird. Diese Zweiteilung der gerichtlichen Kontrollfunktion wird vor allem in der DDR hervorgehoben<sup>688</sup>, obwohl es dort nicht um einen materiellrechtlichen Vorrang der Eltern, sondern nur um den Umfang der anzustellenden Ermittlungen geht. Im Ergebnis dennoch kein Unterschied. Sieht der Richter von weiteren Ermittlungen ab, weil gegen den Elternvorschlag keine Bedenken bestehen, bestimmt dieser kraft praktischen Vorrangs die Sorgeverteilung<sup>689</sup>.

Zu den Wirkungsvoraussetzungen des Elternvorschlags, die in erster Linie zu prüfen sind, gehört nach den obigen Erörterungen die Fähigkeit und der Wille der Eltern, mit ihrer Entscheidung die Kindesinteressen zu wahren. Die gerichtliche Aufklärung in der DDR greift diese Gesichtspunkte nicht unmittelbar auf, sondern nimmt die bisherige Erziehung der Kinder als Indiz für die Sachkunde und das Verantwortungsbewußtsein der Eltern<sup>690</sup>. Das kann nicht befriedigen, denn es muß ohne weiteres damit gerechnet werden, daß auch Eltern, die in der intakten Familiengemeinschaft ihrer Verantwortung voll gerecht geworden sind, in der Zerrüttungssituation den Blick für das Kind verlieren. Auch die „Sachkunde“, die für die

686 So vor allem *Mnookin*, oben Fn. 628, und *Goldstein/Freud/Solnit*, oben bei Fn. 629 f., die die Verbindung ihrer Lösung mit dem Kindeswohl in der allgemeinen These suchen, daß es im Interesse des Kindes liege, autonome Eltern zu haben, Before S. 9.

687 Oben II.3.b).

688 Vereinzelt auch durch US-Gerichte, *Flanagan v. Flanagan* 247 P.2d 212, 215 (Ore. 1952).

689 Vgl. vor allem OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 4; OG 1.9.1966, NJ 1966, 734; 4.7.1968, NJ 1968, 538 f.; im einzelnen oben 1. Kap. A.IV.4.

690 OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 4; anders *Robde*, JH 1967, 198 = Erziehungsrecht S. 93, die eine gründliche Motivprüfung an erster Stelle für erforderlich hält.

Plazierungsentscheidung erforderlich ist, folgt nicht notwendig aus dem Wissen, wie ein Kind in der intakten Familie zu betreuen und zu erziehen ist. Es erscheint demgegenüber als durchaus erfolgversprechend, wenn der Richter in kognitiver Hinsicht überprüft, ob die Eltern über die Grundbedürfnisse des Kindes bei und nach der Scheidung informiert sind und ob sie auch im übrigen nicht von unrichtigen Prämissen, etwa falschen Vorstellungen über die rechtliche Situation, bestimmt worden sind<sup>691</sup>. Das gleiche gilt für die Nachforschung, welche Motive die Eltern bestimmt haben und aus welchem Grunde sie das Kindeswohl mit ihrer Entscheidung relativ am besten gewahrt sehen<sup>692</sup>.

Ermittlungsthema ist hier zunächst nur die Kindzentriertheit der Eltern. Gewinnt der Richter die Überzeugung, daß die Eltern fähig und willens sind, die scheidungsbedingte Belastung des Kindes möglichst gering zu halten, genügt auf zweiter Stufe ein *prima-facie*-Vergleich des Elternvorschlags mit objektiven Kindeswohlvorstellungen. Hierbei handelt es sich nur um eine Absicherung, da es kaum denkbar ist, daß ein Plazierungsvorschlag dieser Eltern einer gleichfalls am Primat des Kindeswohls ausgerichteten objektiven Beurteilung ernsthafte Bedenken auslösen könnte.

Im übrigen, wenn der Richter von der elterlichen Verantwortungsfähigkeit oder ihrer Kindzentriertheit nicht überzeugt ist, wird die Korrektivfunktion des Kindeswohls auf zweiter Stufe geprägt durch die Erkenntnisgrenzen des Richters und durch die positive Bedeutung der Elterneinigung an sich. Hieraus folgt, daß von einem übereinstimmenden Elternvorschlag nur dann abzuweichen ist, wenn die vorgeschlagene Plazierung im *deutlich erkennbaren* Widerspruch zu den Kindesinteressen steht<sup>693</sup> und dieser Widerspruch so schwer wiegt, daß das Interesse des Kindes an der Einigkeit der Eltern zurücktritt.

Besonderer Erörterung bedarf insoweit die Verfolgung von Eigeninteressen durch die Eltern. Es scheint die Vorstellung zu bestehen, daß den Eltern die Berücksichtigung ihrer Interessen weitergehend möglich sein sollte als dem Richter, etwa bezüglich der Aufteilung von Geschwistern<sup>694</sup>. Im *Prinzip* ist hierfür kein Grund ersicht-

691 Anwaltliche Vertretung allein erübrigt die Befragung der Eltern insoweit nicht.

692 Vgl. *Robde*, JH 1967, 198 = Erziehungsrecht S. 93. Natürlich besteht die Gefahr vorbereiteter und abgesprochener Antworten. Bei geschickter Fragetechnik kann sich der Richter aber durchaus einen Eindruck von der Kindzentriertheit der Eltern verschaffen. So konnte das AG Mosbach (30.9.1977, FamRZ 1977, 810, 812) feststellen, daß sich beide Eltern „mit großem Ernst“ um die beste Lösung für die Kinder bemüht hatten; damit war die richterliche Kontrollfunktion im wesentlichen erfüllt. Vgl. auch AG Königstein/T. 12.2.1980, FamRZ 1980, 483, 484.

693 Vgl. KG 31.1.1979, FamRZ 1979, 340, 341.

694 Deutlich *Goldstein/Freud/Solmit*, Before S. 32; *Gernhuber*, Familienrecht S. 867; Eherechtskommission (1971) S. 83; vgl. auch *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 320; *Staudinger/Schwoerer*, § 1671 Anm. 84 a.E. Die Rechtsprechung akzeptiert entsprechende Elternvorschläge offenbar ohne weiteres, BayObLG 17.2.1967, FamRZ 1967, 402; KG 9.10.1967, FamRZ 1968, 98 (vgl. Erstentscheidung); OLG Karlsruhe 4 8.1965, FamRZ 1965, 575, 576; AG Mosbach 30.9.1977, FamRZ 1977, 810, 812; vgl. auch *Selbert v. Selbert*, 400, N.Y.S.2d 586, 588 (App.Div. 1978); *Reinwarth*, NJ 1968, 657 (75 % geschwistertrennender Sorgeentscheidungen beruht auf Elternvereinbarungen).

lich. Die Familiengemeinschaft, der das Kindesinteresse Konzessionen zu machen hat<sup>695</sup>, ist zerfallen. Zwar wird eine neue Gemeinschaft mit einem Elternteil entstehen, aber Zugeständnisse an dessen Interesse sind, sofern sie dem Kindeswohl zuwiderlaufen, dem Kind so lange nicht zuzumuten, als ein anderer Elternteil als Alternative bereitsteht, bei dem entsprechende Interesseneinschränkungen nicht notwendig wären. Geschwisterteilung als Sonderfall ist nicht einmal eine Einschränkung, die sich aus dem künftigen Gemeinschaftsaspekt ergibt, sie dient vielmehr dem Eigeninteresse jedes Elternteils an einer Gemeinschaft mit den Kindern. Es gibt keine Legitimation dafür, die Bindung der elterlichen Sorge an das Kindeswohl bei Scheidungsvereinbarungen freier zu definieren als für die richterliche Kindeswohl-Konkretisierung<sup>696</sup>. Ob die vereinbarungsgemäße Aufteilung von Geschwistern gegen das Wohl der Kinder verstößt, richtet sich deshalb nach den hierzu allgemein entwickelten Kriterien<sup>697</sup>. Eine *andere* Frage ist aber, ob der durch die Teilung bedingte Nachteil es rechtfertigt, die elterliche Einigkeit zu stören. Eine generelle Antwort ist nicht möglich, hier *kann* aber der Grund dafür liegen, daß vereinbarte Geschwisterteilungen eher zuzulassen sind als solche durch den Richter bei Elternstreit.

Entsprechendes gilt allgemein: Vorrang des Elternvorschlags bedeutet im Grundsatz Vorrang bei der Interpretation und Konkretisierung der Kindesinteressen im Verhältnis zum Gericht, nicht eine irgendwie erweiterte Freiheit gegenüber den Kindesinteressen. Dennoch ist im faktischen Ergebnis der elterliche Vereinbarungsbereich weiter auf Grund der richterlichen Erkenntnisprobleme und des positiven Eigengewichts elterlicher Einigkeit, das in begrenztem Rahmen die Hinnahme von Kindeswohl-Beeinträchtigungen erlaubt, die sich dem Richter verbieten würden.

## IV. Die äußere Gestaltungsfreiheit der Eltern

### 1. Problemstellung

Die vorstehenden Erörterungen gelten zunächst für den Fall, daß der Inhalt des Elternvorschlags vorwegnimmt, was potentiell der Richter hätte entscheiden können, also die Übertragung der gesamten elterlichen Sorge auf einen Elternteil prinzipiell bis zur Volljährigkeit des Kindes. Es kommt aber immer wieder vor, daß die Eltern differenziertere Gestaltungen der nahehelichen Eltern-Kind-Beziehungen vor-

695 Oben 4. Kap. B.I.; 5. Kap. A.II.2.a) bb).

696 Dazu oben A.II.2.b).

697 Kritisch zu vereinbarten Geschwisteraufteilungen *Haffter*, S. 48, 56, 133, 163; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 401; zurückhaltend auch *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 320. Zum Geschwistergrundsatz vgl. 6. Kap. Fn. 75 und 233 (sowie begleitenden Text).

schlagen. In der Bundesrepublik werden solche Vorschläge regelmäßig zurückgewiesen unter Berufung auf den Grundsatz, daß die äußere Gestaltungsfreiheit der Eltern nicht weiter sei als die des Richters (§ 1671 Abs. 4, S. 1 BGB)<sup>698</sup>. In anderen Rechtsordnungen begegnet dieser Grundsatz nicht, zumal dort die richterliche Anordnungsfreiheit durch den Gesetzgeber weniger eng begrenzt ist oder – wie oft in den USA – sich überhaupt nur vor dem Kindeswohl zu legitimieren hat<sup>699</sup>. Dennoch werden auch dort gelegentlich Elternvorschläge schon als generell unzulässig abgelehnt<sup>700</sup>. Dies führt zu einer auch für das deutsche Recht fruchtbaren Unterscheidung. Die generelle Gleichsetzung elterlicher und richterlicher Gestaltungsfreiheit damit begründen zu wollen, daß die Neuordnung des Eltern-Kind-Verhältnisses stets durch Staatsakt zu erfolgen habe<sup>701</sup> und deshalb auf die den staatlichen Organen zur Verfügung stehenden Ordnungsmittel angewiesen sei, ist formalistisch. Die staatliche Sanktion familienautonomer Gestaltung ist etwas qualitativ anderes als der einen Konflikt unmittelbar ordnende Staatseingriff, so daß hierfür durchaus verschiedene Gestaltungsformen denkbar wären<sup>702</sup>. Im übrigen steht es dem Gesetzgeber im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Position der Eltern nicht frei, die äußeren Gestaltungsformen des Sorgerechts auf der Zulässigkeitsebene nach Gutdünken zu beschränken. Die Frage nach der Zuordnung privater und staatlicher Regelungsmacht ist an anderer Stelle im Sinne eines grundsätzlichen Primats elterlicher Zuständigkeit beantwortet worden<sup>703</sup>. Andererseits zwingt das Elternrecht den Gesetzgeber nicht unbedingt, grundsätzlich alle Gestaltungsmöglichkeiten zuzulassen und den notwendigen Kindesschutz in die richterliche Einzelfallprüfung zu verlagern<sup>704</sup>. Die rechtlich maßgebliche Fragestellung lautet vielmehr auch hier, ob der Schutz von Kindesinteressen eine staatliche Beschränkung der Elternautonomie, und zwar schon auf genereller Ebene, rechtfertigt<sup>705</sup>.

698 KG 4.1.1979, FamRZ 1979, 539, 540; BayObLG 17.7.1964, FamRZ 1964, 523, 10.1.1975, FamRZ 1976, 36, 37; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; OLG Celle 24.9.1959, NJW 1960, 151 f.; OLG Frankfurt/M. 31.1.1962, FamRZ 1962, 171, 172; OLG Neustadt 24.4.1963, FamRZ 1964, 91, 92; Dölle, Familienrecht II S. 289; *Erman/Ronke* § 1671 Rdn. 17.

699 Vgl. oben 3. Kap. A.V.1.

700 *Agur v. Agur*, 298 N.Y.S.2d 772 (App.Div. 1969: Schiedsgerichtsklausel); *Bastian v. Bastian*, 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959: Wechsel bei künftigem ungewissem Ereignis); *Heard v. Vegas*, 213 S.E.2d 873, 874 f. (Ga. 1975: Umzugsverbot für den sorgeberechtigten Elternteil); BG 25.1.1968, BGE 94 II 1 (befristete Zuweisung; Aufspaltung der rechtlichen und tatsächlichen Sorge).

701 Nachweise oben Fn. 698.

702 Bejahend im Ergebnis LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61; *Schwoerer*, FamRZ 1969, 368; *Staudinger/Schwoerer*, § 1671 Anm. 76; *Treitz* S. 52; *Schwab*, Handbuch Rdn. 186, 188; MünchKomm/Hinz, § 1671 Rdn. 29.

703 Oben 4. Kap. B.1.; vorstehend II.3.a).

704 So aber wohl *Schwab*, Handbuch Rdn. 186, 188.

705 So im Ansatz zutreffend LG Wiesbaden 8.9.1976 a.a.O.; LG Bremen 16.12.1976, FamRZ 1977, 402, 403 f.; KG 28.5.1980, NJW 1980, 2419, 2420; *Fehmel*, FamRZ 1980, 759; *Diederichsen*, NJW 1980, 2420 f.

Kaum auf breitere Zustimmung dürfte die These von Schmitt Glaeser stoßen, ein gemeinsames Sorgerecht der Eltern nach Scheidung sei schon aus Gründen des ehelichen Institutionenschutzes ausgeschlossen: „... denn es müßte der Eindruck entstehen, als bedürfe es der Ehe gar nicht, um eine Familie zu werden und zu bleiben“<sup>706</sup>. Sowohl Kindeswohl als auch Elternrecht werden hier pauschal und ganz unproportional zurückgestellt<sup>707</sup>.

## 2. Der Inhalt differenzierender Elternvereinbarungen

Soweit Elternvorschläge nicht nur schlicht einen Elternteil als künftigen Sorgeberechtigten bezeichnen, spalten sie in fast allen Fällen die elterliche Sorge in der einen oder anderen Weise auf<sup>708</sup>. Eine erste Gruppe betrifft *zeitliche* Aufspaltungen. Hier soll zunächst ein Elternteil Inhaber des Sorgerechts sein, aber für die Zukunft ist ein Wechsel zum anderen Elternteil vorgesehen<sup>709</sup>. Entweder soll der Wechsel automatisch erfolgen, geknüpft an ein gewisses künftiges Ereignis<sup>710</sup> oder an ein ungewisses Ereignis wie beispielsweise die Wiederheirat des zunächst Sorgeberechtigten, seine Auswanderung<sup>711</sup> oder den Änderungswunsch des anderen Elternteils<sup>712</sup>.

706 Erziehungsrecht S. 22; ähnlich, aber nicht ganz so weitgehend *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 308 f.; vgl. auch Holzhauser, FamRZ 1982, 115 f., BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434.

707 Zum Verhältnis Kindeswohl/ehelicher Institutionenschutz Art. 6 Abs. 5 GG sowie oben – im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sittlichkeitsstandards – A.II.3.d) dd). Da *Schmitt Glaser* ansonsten das Elternrecht in extremem Ausmaß gegen staatliche Eingriffe schützen will (a.a.O. S. 35 ff.), ist seine Argumentation auch insoweit widersprüchlich.

708 Das gilt praktisch auch für den bereits erörterten Fall der Geschwistertrennung (oben Fn. 694), obwohl das Recht die Sorge für jedes Kind als einheitlichen, in sich abgeschlossenen Regelungsgegenstand betrachtet, vgl. nur BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; 15.2.1966, FamRZ 1966, 249.

Keine Aufspaltung enthält der Vorschlag, das *Kind* entscheiden zu lassen, BayObLG, 9.8.1968, FamRZ 1968, 657; KG 20.2.1967, FamRZ 1967, 294. Daß die Eltern auf diese Weise nicht dem Kind die Entscheidungszuständigkeit zuschieben können, ist im Zusammenhang mit der Erörterung des Kindeswillens (oben Fn. 535 ff.) dargelegt worden.

Nicht weiter diskutiert wird im übrigen die in den USA erörterte, aber fast einhellig verworfene Möglichkeit, eine schiedsgerichtliche Entscheidung zu vereinbaren, vgl. Agur v. Agur, 298 N.Y.S.2d 772 (App.Div. 1969) und oben 3. Kap. A.V.3.b).

709 Die rechtliche Beurteilung ist auch durch § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB nicht zweifelsfrei geklärt, *Gernhuber*, Familienrecht S. 858; *Palandt/Diederichsen* § 1671, Anm. 3.b).

710 Ablehend: BGH 7.7.1952, NJW 1952, 1254; KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 176; OLG Frankfurt/M. 31.1.1962, FamRZ 1962, 171, 172; OLG Hamm 9.7.1964, FamRZ 1964, 577. Zulassend: OberG Zürich 4.10.1940, ZR 43 N. 140, *Gernhuber*, Familienrecht S. 858 f.; *D. Schwab*, Handbuch Rz. 190; *Soergel/Lange*, § 1671 Anm. 15; *Staudinger/Schwörer*, § 1671 Anm. 51, 78; *Treitz* S. 20 ff.

Eine Sonderform stellt insoweit die alternierende, den Wechsel an periodischen Zeiträumen knüpfende Sorgezuweisung dar, die in den USA praktiziert wird, dazu oben 3. Kap. A.V.5.b). Für die Bundesrepublik ist insoweit nur der Fall des OLG Köln 30.6.1976, FamRZ 1977, 62 bekannt geworden (alternierende tatsächliche Sorge mit rechtlicher Sorge beim Vater).

711 OberG Zürich 4.10.1940 a.a.O. (zulässig); Bastian v. Bastian, 73 ALR 2d 1440 (Ohio App. 1959: Konsolidierung der Verhältnisse bei der Mutter; unzulässig).

712 OLG Stuttgart 1.2.1974, Justiz 1974, 128 (unzulässig).

Oder aber der Wechsel tritt bei diesen Stichereignissen nicht automatisch ein, sondern wird von einer Neuentscheidung (nicht Änderungsentscheidung, § 1696 BGB) des Richters am Maßstab des Kindeswohls<sup>713</sup> oder von der Entscheidung des Kindes selbst abhängig gemacht<sup>714</sup>.

Eine zweite Gruppe spaltet die elterliche Sorge sachlich oder persönlich auf<sup>715</sup>. So können dem nichtsorgeberechtigten Elternteil einzelne Befugnisse vorbehalten<sup>716</sup> oder die elterliche Sorge nach ihrer rechtlichen und tatsächlichen Komponente aufgespalten werden<sup>717</sup>. In jüngerer Zeit häuften sich in der Bundesrepublik Anträge, nach denen die Eltern die Sorge auch nach Scheidung gemeinsam innehaben und ausüben wollten, entsprechend einer aus den USA überkommenen Tendenz<sup>718</sup>. Die Personensorge kann sich dabei unterschiedlich gestalten.

713 Ablehnend: BayObLH 13.11.1964, FamRZ 1965, 51, 52; 6.12.1965, FamRz 1966, 247, 248 f.; 19.3.1975, FamRz 1976, 38, 39; 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; OLG Frankfurt/M. 31.1.1962, FamRZ 1962, 171, 172; BG 25.11.1968, BGE 94 II 1, 5; Bastian v. Bastian, 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959); vgl. Anm. ebd. S. 1444 ff. m.w.N. Bejahend: KG 20.2.1967, FamRZ 1967, 294, 295 f.; OLG Karlsruhe 6.9.1976, NJW 1977, 1731; *Gernhuber*, Familienrecht S. 859; *Schwoerer*, FamRZ 1958, 434.

714 KG 20.2.1967 a.a.O. (umgedeutet in Entscheidung des Richters nach dem Kindeswohl); dagegen auch Stickler v. Stickler, 206 N.E.2d 720, 721 (Ill. App. 1965). Zur Kindeszuständigkeit bei der Erstentscheidung oben Fn. 535, 708. Die dort angedeuteten Bedenken bestehen hier ebenso, nur tritt das Problem der zeitlichen Aufteilung hinzu. Ausführlich zu allen Arten zeitlicher Aufspaltungen *Göppinger*, Vereinbarungen Rdn. 610 ff.

715 Für sachliche Aufspaltungen wird der Wortlaut des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB nunmehr für eindeutig angesehen, *Diederichsen*, NJW 1980, 9; *Fieseler*, ZfF 1979, 196; *Holtgrave*, JZ 1979, 669; vgl. BT-Drucks. 8/2788, S. 63. Zur sachlichen Unteilbarkeit schon zuvor BGH 16.10.1951, BGHZ 3, 220, 221, 227; BayObLG 28.12.1962, FamRZ 1963, 192; 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 44; OLG Hamm 6.2.1958, FamRZ 1958, 145.

716 BGH 16.10.1951, BGHZ 3, 220 (Schulwahl; unzulässig); BayObLG 10.1.1975, FamRZ 1976, 36 (Vermögenssorge; zulässig); OberG Zürich 4.11.1963, ZR 64 N. 19 (Teile der Vermögenssorge; zulässig); vgl. OLG Neustadt 24.4.1963, FamRZ 1964, 91 f. (Sorge zur Mutter, die aber verpflichtet sein sollte, alle wesentlichen Erziehungsfragen mit dem Vater zu beraten. Im Streitfall sollte das Vormundschaftsgericht entscheiden: unzulässig). Insgesamt ablehnend: *Göppinger*, Vereinbarungen Rdn. 619.

717 Diese Gestaltung wird allgemein abgelehnt, OLG Köln 30.6.1976, FamRZ 1977, 62, 63; OLG Hamm 13.1.1972, FamRZ 1972, 479; LG Augsburg 11.5.1966, FamRZ 1967, 406; BG 25.1.1968, BGE 94 II 1, 2; Neal v. Neal, 5 FLR 2565 (Cal.App. 1979); Wells v. Wells, 261 P.2d 971, 974 (Wash. 1953); vgl. auch BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; BayObLG 6.12.1965, FamRZ 1966, 247; *Schwab*, Handbuch Rdn. 191; *Göppinger*, Vereinbarungen Rdn. 609.

718 BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113; KG 4.1.1979, FamRZ 1979, 539; 31.1.1979, FamRZ 1979, 340 sowie die in diesen Entscheidungen zusammengestellten weiteren Nachweise danach AG Königstein/T. 12.2.1980, FamRZ 1980, 483; AG Bielefeld 10.6.1980 – 34 F 6/80 –; KG 28.5.1980, NJW 1980, 2419; AG Bergisch-Gladbach 15.8.1980, FamRZ 1980, 1156; AG Waiblingen 7.5.1981 – 11 F 129/81; AG Groß-Gerau 26.3.1981, NJW 1981, 1279; AG Lübeck 21.12.1981, FamRZ 1982, 428. Zu verdeckten Fällen der gemeinsamen Sorge vgl. OLG Neustadt 24.4.1963, FamRZ 1964, 91; OLG Köln 30.6.1976, FamRZ 1977, 62 (Sorge beim Vater mit „Umgangsrecht“ der Mutter jede Woche von Montag bis Freitag: unzulässig).

In der Schweiz schließlich nimmt man gelegentlich die richterliche Anordnung einer Erziehungsaufsicht in die Vereinbarung auf<sup>719</sup>.

### 3. Differenzierende Elternvorschläge und unmittelbare Kindesinteressen

#### a) Zeitliche Aufteilungen

Die Kontinuität der Erziehungs- und persönlichen Bezugsverhältnisse ist als positiver Wert im Rahmen des Kindeswohls vom objektiven Recht in der Bundesrepublik anerkannt<sup>720</sup>. Der Kontinuitätsgrundsatz bezieht sich nicht primär auf die rechtliche Sorgeverantwortung, sondern auf die tatsächlichen Betreuungsverhältnisse<sup>721</sup>. Gegen das Kontinuitätsbedürfnis des Kindes verstoßen alle Regelungen, die mit faktischen Plazierungswechseln des Kindes verbunden sind, handele es sich um eine einmalige Ablösung des Sorgeberechtigten durch den anderen Elternteil nach längerer Zeit, um mehrfache oder um periodische Wechsel. Die Zuordnung der rechtlichen Sorge ist demgegenüber unerheblich. Sie kann dem faktischen Wechsel folgen oder diesen bereits antizipieren („mit Überlassung“ des Kindes an den formell nicht sorgeberechtigten Elternteil). Faktische Wechsel können sich auch unter dem Dach einer „gemeinsamen Sorge“ vollziehen<sup>722</sup>. Darüber hinaus ergeben sich Bedenken aus dem rechtlich geschützten *Stabilitätsinteresse* des Kindes<sup>723</sup>. Bei zeitlichen Aufteilungen ist das Stabilitätsbedürfnis des Kindes nicht nur dadurch gefährdet, daß das Kind ab einem bestimmten Zeitpunkt anderen Erziehungseinflüssen als bisher ausgesetzt ist. Schwerwiegender ist der Gesichtspunkt, daß der Sorgeberechtigte „auf Zeit“ in seiner emotionalen Zuwendung zum Kind und in seiner Erziehungs-

719 Näf-Hofmann, in: Kindesrecht S. 84 f.

720 Oben A.1.1.a).

721 KG 30.11.1967, FamRZ 1968, 263, 264; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 533; OLG Köln 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 184. Einige Gerichte in den USA wenden deshalb auch bei Erstentscheidungen *Änderungsgrundsätze* an, wenn sich das Kind während einer längeren Trennungszeit bei einem der Elternteile eingelebt hat, Bankston v. Bankston, 355 So.2d 58, 62 (La. 1978); Berman v. Berman, 5 FLR 2002, 2003 (Mich.App. 1978); Rhoads v. Rhoads 4 FLR 2554, 2555 (N.Y.Sup.Ct. 1978); Lavanjo v. Lavanjo, 6 FLR 2522 (N.Y.Fam.Ct. 1980); In re Miroslava P., 6 FLR 2399 (N.Y.Fam.Ct. 1980); In re Carney, 5 FLR 2807 (Cal. 1979). Für die Bundesrepublik jetzt ebenso OLG Frankfurt/M. 10.2.1982, FamRZ 1982, 531; OLG Stuttgart 6.2.1981, FamRZ 1981, 704, 705; *Simitis* (2. DFGT, S. 172 ff.) fordert ähnliches zumindest dann, wenn vor der Scheidung eine Sorgerechtszuweisung nach § 1672 BGB stattgefunden hat: Diese – und nicht erst die nach § 1671 zu treffende Entscheidung – sei als maßgebliche Disposition über die elterliche Sorge zu betrachten; ähnlich ansatzweise schon Lempp, ZFJR 1977, 515; deutlicher ders. ZBJR 1979, 49 ff.; vgl. oben 3. Kap. bei Fn. 338.

722 Vgl. Goldstein/Freud/Solnit, Beyond (2. Aufl.) S. 119. In diesem Fall sind sie völlig unkontrollierbar, vgl. unten im Rahmen der Änderungsproblematik Fn. 832. Zu den Folgen für das Kind noch Fn. 727.

723 Vgl. oben A.1.1.a), insb. Fn. 8, 9.

weise verunsichert wird und nicht die volle Last der Verantwortung für das Gedeihen des Kindes auf sich spürt<sup>724</sup>. Die *Verunsicherung* ist besonders groß, wenn ein künftiger Wechsel vom Kindeswillen oder der Neubewertung durch den Richter abhängt. Ein *Mangel an Verantwortlichkeit* liegt um so näher, je gewisser es ist, daß der Sorgeberechtigte das Kind abgeben muß<sup>725</sup>. Wenn das Kind älter wird und das Arrangement kennt, wird es seinerseits versucht sein, statt in konstruktiver Bewältigung der unvermeidlichen Konflikte mit dem zunächst Sorgeberechtigten den Ausweg in künftigen Wechseln zu sehen. Im übrigen gilt der Gesichtspunkt der Verunsicherung gleichermaßen für das Kind; sie kann die Beziehung zum Sorgeberechtigten beeinträchtigen und das Kind in seiner Persönlichkeitsentwicklung behindern<sup>726</sup>. Daraus folgt, daß durch zeitliche Aufteilung der elterlichen Sorge nicht nur die Stabilität der Erziehung, sondern ihre grundlegende Qualität betroffen ist. Letztlich ergeben sich damit Bedenken unmittelbar aus dem Erziehungsziel der Selbstverantwortlichkeit und Selbständigkeit.

Dem zweierlei entgegeng gehalten. Erstens wird darauf hingewiesen, daß sich die Bedürfnisse und Einstellungen des Kindes im Laufe der Entwicklung ändern<sup>727</sup>. Es könne sich gleichermaßen die Situation bei den Eltern verändern. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch in den Grundsätzen über die gerichtliche Änderung von Sorgerechtsentscheidungen<sup>728</sup> zu berücksichtigen, dort findet sich die maßgebliche rechtliche Abgrenzung zwischen dem Kontinuitäts- und dem Änderungsinteresse des

724 So *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 22 ff. (deutsch 26 ff.) für die Situation von Adoptiv Eltern vor der Adoptionsbestätigung und für Pflegeeltern. Die Situation bei zeitlicher Aufteilung unter leiblichen Eltern ist vergleichbar. Ähnlich auch OLG Frankfurt/M. 31.1.1962, NJW 1962, 920, 921; BG 25.1.1968, BGE 94 II 1, 5; *Dölle*, Familienrecht II S. 289; für die sachliche Aufspaltung BGH 16.10.1951, BGHZ 3, 220, 227.

725 *Treitz* (S. 22) meint, die bevorstehende Ablösung durch den anderen Elternteil werde den zunächst Sorgeberechtigten „zur Vorsicht und Besonnenheit“ veranlassen, möglicherweise zur Kooperation mit dem anderen Elternteil. Dies setzt eine Reife und Abgeklärtheit voraus, die ein Elternteil, der sein Kind abgeben muß, kaum jemals aufbringen wird. Nahe liegender wäre der Kampf um möglichst nachhaltige Prägung des Kindes durch die eigene Erziehung oder die Vernachlässigung langfristiger Erziehungsgesichtspunkte.

726 OLG Hamm 29.1.1980, FamRZ 1980, 485, 486 I. Sp.; BG 25.1.1968, BGE 94 II 1, 5; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 64 (1969): Ein Kind, dessen endgültige persönliche Zuordnung aufgeschoben wird, muß für diesen Zeitraum auch die Entwicklung fester Persönlichkeitsstrukturen aufschieben. *Watson* (ein Psychiater) fährt fort: "This is a devastating result and probably represents one of the greatest risks which current procedures pose for children." *Treitz* (S. 21) meint demgegenüber, dem Kind sei durch eine entsprechende Elternvereinbarung „eine klare Linie“ für seinen Entwicklungsgang vorgezeichnet. „Klar“ dürfte dem Kind nur der nicht-endgültige Charakter seiner Erstplatzierung sein. Besonders deutlich zeigen sich die Belastungen für das Kind bei periodischen Wechseln, wie sie in den USA praktiziert werden: Nervosität, Ängstlichkeit, Schlafstörungen u.a. tauchen immer wieder in den Begründungen zu Änderungsanträgen auf, *Andrews v. Geyer*, 104 S.E.2d 747, 751 (Va. 1958: Änderung abgelehnt); *Gonyea v. Gonyea*, 375 P.2d 808, 810 (Ore. 1962: Änderung); *Tighe v. Moore*, 151 So.2d 910, 916 (Miss. 1963: Änderung); ebenso *Andrews v. Andrews*, 6 FLR 2309, 2310 (N.Y.App.Div. 1980); *Cmaylo v. Cmaylo*, 6 FLR 2696 (N.Y.App.Div. 1980).

727 *Gembuber*, Familienrecht S. 858 f.; *Schwoerer*, FamRZ 1958, 435.

728 Dazu unten D.II.1.b) bb).

Kindes. Unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung der Änderungsregeln in den einzelnen Rechtsordnungen ergibt sich zweitens aus den Änderungsvorschriften auch, daß ein Sorgerechtswechsel nur nach richterlicher Prüfung des Kindeswohls zum Zeitpunkt des potentiellen Wechsels erfolgen darf. Gegen *beide* Grundsätze verstoßen solche Vereinbarungen, nach denen der künftige Wechsel ohne erneute Kindeswohl-Prüfung stattfinden soll<sup>729</sup>. Der Fall, daß „die künftige Entwicklung mit Sicherheit prognostiziert werden kann“<sup>730</sup>, ist praktisch undenkbar. Eine solche Sicherheit ist auch den Eltern selbst unerreichbar, so daß die Erstreckung des rechtlichen Verbots automatischer Sorgerechtswechsel auch auf Elternvereinbarung gerechtfertigt ist<sup>731</sup>. Vereinbaren die Eltern aber, daß bei Eintritt eines bestimmten oder eines ungewissen Ereignisses der Richter neu entscheiden solle, ist kein Grund ersichtlich, warum sie die Änderungsvoraussetzungen des § 1696 BGB im vorhinein derogieren dürften. Sie beanspruchen insoweit nicht bessere Kindeswohlkenntnis, sondern bewerten nur generell das Verhältnis zwischen Beharrungs- und Änderungsinteresse eines Kindes anders. Generelle Wertungen sind aber Domäne des Gesetzgebers, der Vorsprung der Eltern besteht nur bezüglich der besonderen Interessen ihres Kindes<sup>732</sup>.

### b) Sachliche Aufspaltungen

Als sachliche Aufspaltungen der elterlichen Sorge bleiben nach den bisherigen Ausführungen nur solche Gestaltungen übrig, die bei ungeteilter tatsächlicher Sorge die rechtliche Bestimmungsmacht in der einen oder anderen Form auf beide Eltern verteilen. Die Gerichte in der Bundesrepublik haben solchen Gestaltungen den plausiblen Einwand entgegengehalten, daß im Interesse des Kindes das Bestimmungsrecht demjenigen Elternteil zustehen müsse, der aus täglicher personaler Vertrautheit mit dem Kind dessen Wesen und Bedürfnisse am besten kenne<sup>733</sup>. Mangels grundsätzlicher Gemeinsamkeit und Einigkeit der geschiedenen Ehegatten wäre ein

729 So ausdrücklich Bastian v. Bastian, 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959).

730 *Gernhuber*, Familienrecht S. 858 f. (für bestimmte künftige Termine).

731 Davon sind auch Umgehungsversuche betroffen, etwa die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil mit der Pflicht, die Personensorge befristet dem anderen zu überlassen, gegen OLG Karlsruhe 6.9.1977, NJW 1977, 1731; gegen diese Entscheidung *Gernhuber*, Familienrecht S. 859 Fn. 13; vgl. auch *Schwab*, Handbuch Rdn. 189.

732 Hintergrund der positiven Äußerungen in der Literatur und Rechtsprechung ist nicht zuletzt die romantische Vorstellung, daß die Mutter den emotionalen Bereich vermittelt, während der Vater dem Kind die „Außenwelt“, Fertigkeiten und Rationalität nahebringt (vgl. auch unten 6. Kap. Fn. 271-276, 365-371, 380 ff., 509 ff. sowie begleitenden Text). Idealerweise gehören demnach Kleinkinder zur Mutter, ältere Kinder, vor allem Jungen, zum Vater. Wer diesem Mythos nachhängt (dagegen deutlich *Diederichsen*, NJW 1980, 9; *Schwab*, Handbuch Rdn. 206), dem ist die Änderungsschwelle des § 1696 BGB ein Ärgernis und der „Wechsel in der Zeit“ ein Gebot der Kindesentwicklung sowie der elterlichen Gleichberechtigung (vgl. *Gernhuber*, Familienrecht, S. 858 f.). Zum Aspekt der Gleichberechtigung vgl. A.III.2.c) aa).

733 Vgl. oben Fn. 717 und BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113.

besonderes Maß an disziplinierter Kooperation notwendig, um Einbußen an Einheitlichkeit und innerer Konsequenz der Erziehungseinwirkungen zu vermeiden.

So ist es sicherlich kein Zufall, daß diejenigen Fälle der "joint custody", die in den USA als erfolgreiche Paradebeispiele der Praxis vorgeführt werden, fast ausschließlich "professionals", d.h. die geistige und gesellschaftliche Elite betreffen<sup>734</sup>.

Das Argument der Rechtsklarheit, das gegen sachliche Aufspaltungen des Sorgerechts vor allem im deutschen Recht eingewandt wird<sup>735</sup>, hat nicht nur formalistischen Charakter. Es beruht auch auf der Einsicht, daß in aller Regel nur bei klarer rechtlicher Zuständigkeitszuweisung für die Gesamterziehung auch ein entsprechendes Verantwortungsgefühl für den Gesamterziehungserfolg beim Sorgerechtigten gewährleistet ist<sup>736</sup>. Die Klammer der gemeinsamen Verantwortlichkeit in der intakten Familie kann als effektiver Disziplinierungsfaktor nach der Scheidung wiederum nur bei besonders reifen Eltern vorausgesetzt werden. Insgesamt ist also auch bei sachlichen Aufspaltungen des Sorgerechts ein Mangel an verantwortlicher Erziehung zu befürchten.

### *c) Zwischenbilanz: Der Regelungssachverhalt aus der Sicht des Gesetzgebers*

Die Abwägung sachlicher und zeitlicher Aufteilungen der elterlichen Sorge im Licht der Kindesinteressen führt einerseits zu der Feststellung, daß derartige Gestaltungen tendenziell das Kindeswohl gefährden. In aller Regel wird bei Aufspaltungen der elterlichen Sorge nicht die Überzeugung von den Bedürfnissen des Kindes Hauptmotiv der Vereinbarung sein, sondern der Kompromiß elterlicher Interessen am Kind, verbunden mit der Selbstbeschwichtigung, daß das Kind die damit verbundenen Störungen und Beunruhigungen schon verkraften werde. Andererseits sollte nicht gelehnet werden, daß vom Prinzip der Alleinzuständigkeit abweichende Sorgerechtsvereinbarungen in Ausnahmefällen sowohl ernstlichem Bemühen der Eltern um das Kindeswohl entspringen als auch dem Kindesinteresse objektiv dienen können<sup>737</sup>. Dies hat die Praxis insbesondere bezüglich der gemeinsamen Fortführung der elter-

734 *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) S. 392 f.; *B. Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 19 (1978); *Judge Shea*, in: 5 FLR 2144 (1978); vgl. auch die deutschen Fälle BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113 f.; KG 31.1.1979, FamRZ 1979, 340, 341; OLG Hamburg 12.2.1979, DA Vorm 1979, 299; LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60; LG Mannheim 11.12.1970, FamRZ 1971, 185; AG Tübingen 9.4.1975, DA Vorm 1976, 424; sowie die in Fn. 718 zitierten Entscheidungen.

735 BT-Drucks. 8/2788, S. 63; BayObLG 17.7.1964, FamRZ 1964, 523; OLG Hamburg 23.2.1956, FamRZ 1956, 241; LG Stade MDR 1960, 147; *Look*, UJ 29 (1977) 217 ff. Für die DDR Lehrbuch Familienrecht S. 399; *Grandke*, Junge Leute S. 125; *Borkmann/Daute*, NJ 1964, 268.

736 *Robde*, Erziehungsrecht S. 59.

737 Je leichter und „sozialüblicher“ Scheidungen werden, desto eher besteht die Möglichkeit, daß die Eltern nicht restlos verfeindet sind, sondern in Teilbereichen kooperationswillig bleiben, vgl. – mit unterschiedlichen Akzenten – *Neuhaus*, FamRZ 1980, 1089; *Diederichsen*, NJW 1980, 2421.

lichen Sorge nach Scheidung gezeigt<sup>738</sup>. Vom Prinzip der Individualgerechtigkeit wie auch vom Elternrecht der Verfassung her wäre es deshalb angezeigt, entsprechenden Elternvorschlägen, vorbehaltlich gerichtlicher Kontrolle, eine Wirkungschance einzuräumen. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht nun auch am 3.11.1982 die Regelung des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB für verfassungswidrig erklärt: Der generelle Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts auch für solche Eltern, die willens und geeignet seien, auch nach der Scheidung „die Elternverantwortung zum Wohle des Kindes weiterhin zusammen zu tragen“, sei vom Kindeswohl nicht geboten und verstoße gegen Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG<sup>739</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht argumentiert im wesentlichen folgendermaßen: Die Eltern seien auch nach der Scheidung zur Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung berufen<sup>740</sup>. Einigten sich zwei voll erziehungsfähige Eltern zugunsten der Fortführung der gemeinsamen Sorge, so rechtfertige weder die Schlichtungs- noch die Wächterfunktion des Staates den zwingenden Ausschluß eines Elternteils von der Sorgeberechtigung. Auch eine anderweitige Rechtfertigung sei nicht erkennbar: Das Kontinuitätsprinzip spreche bei beiderseitig guten Eltern-Kind-Beziehungen eher für gemeinsames Sorgerecht, und die besondere Unstabilität dieses Arrangements für die Zukunft sei nicht belegt. Mißbrauchsmöglichkeiten des Konzepts der gemeinsamen Sorge durch die Eltern (vorgetäuschte Einigkeit, sachfremde Motive) oder den Richter (Bequemlichkeit) bestünden auch bei normalen Elternvereinbarungen, ihnen sei im Einzelfall zu begegnen. Im übrigen stehe „es dem Gesetzgeber frei“, durch geeignete Regelungen den Ausnahmecharakter der gemeinsamen Sorge nach Scheidung sicherzustellen.

Für den Problemkreis der „gemeinsamen Sorge“ stellt dieses Urteil des Bundesverfassungsgerichts ein Faktum dar, das künftigen Überlegungen zugrundezulegen ist. Und weiterer Überlegungen wird es bedürfen, denn das – im Prinzip begrüßenswerte – Urteil vermag weder im Ergebnis noch in der Begründung voll zu überzeugen: Karlsruhe locuta, causa non finita<sup>741</sup>.

738 LG Mannheim 11.12.1970, FamRZ 1971, 185; AG Tübingen 9.4.1975, DA Vorm 1976, 424; LG Wiesbaden 8.9.1976, FamRZ 1977, 60, 61 und wohl alle in Fn. 718 zitierten Entscheidungen. Ganz ungeeignet hingegen war der Fall in BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113.

739 Urt. v. 3.11.1982 – 1 BvL 25/80 u.a. –, Leitsatz; im Ergebnis übereinstimmend schon zuvor (nach dem Sorgerechtsreformgesetz) KG 28.5.1980, NJW 1980, 2419; AG Groß Gerau 26.3.1981, NJW 1981, 1279; AG Lübeck 21.12.1981, FamRZ 1982, 428, sowie die Vorlagebeschlüsse der Amtsgerichte Königsstein, Bielefeld, Bergisch Gladbach und Waiblingen, oben Fn. 718. Aus der Lit.: *Diederichsen*, NJW 1980, 9; *Palandt/Diederichsen* § 1671 Anm. 2b; *Fehmel*, FamRZ 1980, 759 ff.; *ders.*, FamRZ 1981, 116; *ders.*, FamRZ 1981, 646; *Fieseler*, ZfF 1979, 196; *Göppinger*, Vereinbarungen Rdn. 618; Münch/Komm *Hinz*, Ergänzungsbd. 1981, § 1671 Anm. 47 ff.; 3. DFGT, FamRZ 1980, 1173, 1175; *Troje*, in: Nachrichtendienst d. Dt. Vereins f. öff. und priv. Fürsorge 1981, S. 17 ff.; *Fthenakis/Niesel/f.unze*, Ehescheidung S. 200 ff.; *Fthenakis/Kunze/Niesel*, Psychologie heute 1982, 54 ff.; mit Vorbehalten *Coester*, EuGRZ 1982, 256 ff.

740 Vgl. oben Fn. 624.

741 Formulierung v. *Sonnenberger*, FamRZ 1973, 553 (in anderem Zusammenhang).

#### 4. Die Wächterfunktion des Gesetzgebers insbesondere bei Vorschlägen zugunsten gemeinsamen Sorgerechts

Gegenüber den vielfältigen Warnungen vor den dem Konzept der gemeinsamen Sorge inhärenten Gefahren verweist das Bundesverfassungsgericht auf die richterliche Einzelfallkontrolle und auf die Möglichkeit des Gesetzgebers, insoweit differenziertere Rahmenbedingungen zu schaffen. Das kann nicht befriedigen.

Während die Alleinsorge eines Elternteils eine für den *Regelfall* kindeswohlverträgliche Lösung darstellt, muß das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung als *regelmäßig* (also: vermutlich) *kindeswohlwidrig* eingestuft werden.

Dies ist im einzelnen bereits dargelegt worden<sup>742</sup> und wird vom Bundesverfassungsgericht auch eingeräumt: Gemeinsames Sorgerecht kommt nur für *Ausnahmefälle* in Betracht<sup>743</sup>. Wesentliche Gesichtspunkte sind dabei: (1) Gemeinsames Sorgerecht fordert *überdurchschnittliche* Kooperationsfähigkeit der Eltern. (2) Es führt – wie die Erfahrungen in den USA zeigen – auch bei wohlmeinenden Eltern zu erheblicher Unstabilität der Lebensverhältnisse des Kindes. (3) *Wie* diese realen Lebensverhältnisse gestaltet werden, kann und sollte auch nicht ständiger richterlicher Kontrolle unterliegen<sup>744</sup>. (4) Der Deckmantel des gemeinsamen Sorgerechts kann verhindern, daß begründete Änderungsverfahren oder Eingriffe nach § 1666 BGB *rechtzeitig* eingeleitet werden: Wo kein Kläger, dort kein Richter<sup>745</sup>.

Soweit nun auf die *richterliche Einzelfallkontrolle* verwiesen wird, zeigt die bisherige Praxis bei Vorliegen eines gemeinsamen Elternvorschlags, daß ein effektiver Kindesschutz nicht stattfindet: Gegenüber fortbestehender Einigkeit der Eltern hat der Richter praktisch keine Chance, die wirklichen Interessen des Kindes zu erkennen und zu wahren<sup>746</sup>. Nimmt man die nicht ganz fernliegende Gefahr richterlicher Bequemlichkeit<sup>747</sup> sowie des Eindringens sachfremder Gesichtspunkte in die rich-

742 Coester, EuGRZ 1982, 260 ff. m.w. N.; außerdem Klußmann, FamRZ 1982, 120 f.

743 Oben Fn. 739, S. 28.

744 § 1634 Abs. 4 BGB, dem Wortlaut nach einschlägig, darf nicht zur Begründung einer richterlichen Kontrollkompetenz herangezogen werden: Diese Bestimmung geht von *bestehender* Ehe aus (Palandt/Diederichsen § 1634 Anm. 1b) und versteht die Umgangsregelung offensichtlich als *Interimslösung* bis zur Scheidung. Der Richter als „Obervormund“ der geschiedenen, das Kind gemeinsam erziehenden Eltern ist etwas ganz anderes, vgl. Coester a.a.O., S. 260.

745 Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., S. 29 f.) meint, dies sei auch bei Alleinsorge so, wenn sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil interesselos abgewendet habe. Das ist aber doch ein *Ausnahmefall*; die Praxis beweist eine eher überzogene Kontrolle durch die meisten Umgangsberechtigten.

746 Das ausgewertete Material hat *keinen* Fall des Abweichens von Elternvorschlägen ergeben. Auszuklammern sind die Fälle, in denen der Elternvorschlag für rechtlich unzulässig gehalten wurde oder bei denen im Zeitpunkt der Verhandlung die elterliche Vereinbarung schon widerrufen worden war. Simitis u.a., Kindeswohl S. 56 nennen eine Übernahmequote von 99 %. Unbegründet deshalb die optimistische Einschätzung richterlicher Kontrolle bei Fehmel, FamRZ 1980, 761; Diederichsen, NJW 1980, 2421. Skeptisch demgegenüber auch Neubaus, FamRZ 1980, 1090; Klußmann, Das Kind S. 57 f.; ders., FamRZ 1982, 121 f.

747 Klußmann, FamRZ 1982, 121. Einzelne US-amerikanische Gesetze, die die Anordnung von joint custody fördern wollen, nützen diesen Effekt bewußt aus, indem sie dem Richter eine Begründungspflicht *nur dann* auferlegen, wenn er die beantragte joint custody *ablehnt*, vgl. z.B. § 4600.5 (a) S. 2 Cal.Civ.C.

terliche Entscheidung hinzu<sup>748</sup>, muß die richterliche Kontrolle als *unzureichendes* Instrument zur Abwehr der indizierten Gefahren für das Kindeswohl eingestuft werden. Diese Begrenztheit richterlicher Kontrolle ist unschädlich und hinnehmbar, solange ein Elternvorschlag mit der Alleinzuständigkeit eines Elternteils eine Gestaltung vorsieht, die nach aller vorhandenen Erfahrung sach- und kindgerecht ist, insbesondere die Risiken für das Kind so eng wie möglich hält. Bei Gestaltungen mit indizierter Kindeswohl-Gefährdung hingegen erlangt die Kontrolle im Interesse des Kindes zentrale und konstitutive Bedeutung. Bestehen ernsthafte Zweifel an ihrer Effektivität, kann dem Gesetzgeber ein (notwendigerweise generalisierendes) Eingriffsrecht kaum abgesprochen werden. Pointiert formuliert: Ein uneingeschränkter Konkretisierungsvorrang für die Eltern ist unter dem Aspekt der staatlichen Schutzfunktion für die Kinder nur so lange unbedenklich, als die elterlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf mutmaßlich kindverträgliche Regelungsinhalte begrenzt bleiben<sup>749</sup>.

Schon hieraus ergibt sich also eine *Wächterfunktion gerade des Gesetzgebers*. Hinzu tritt ein Gesichtspunkt, der den spezifischen Verantwortungsbereich des Gesetzgebers betrifft: Das generelle öffentliche wie Kindesinteresse an einem kindgerechten Regelungsinstrumentarium für Sorgerechtsentscheidungen, d.h. an einer kindgerechten Selbstregulierung des Sorgerechtsproblems durch die Eltern. Eine pauschale gesetzliche Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts bedroht dieses Instrument, von dem § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB Gebrauch macht, in seiner Funktionsfähigkeit.

Alle Formen der Aufspaltung der elterlichen Sorge haben eines gemeinsam: Sie geben jedem Elternteil „etwas“ und tragen damit zumindest *auch* dem elterlichen Gleichberechtigungsinteresse Rechnung<sup>750</sup>. Damit üben derartige Gestaltungen eine erhebliche „Sogwirkung“ im elterlichen Verhandlungsprozeß aus. Vereinbarungen im Zerrüttungsstadium einer Ehe sind nicht einfach, so daß sich der Weg des geringsten Widerstandes aufdrängt. Zwei Möglichkeiten sind zu unterscheiden: Zunächst gibt es Fälle, in denen eine Einigung zugunsten eines gemeinsamen Sorgerechts zustande kommt, wo sonst jede Einigung gescheitert wäre. Als positiv zu verbuchen ist der Umstand der Einigung an sich<sup>751</sup>. Andererseits ist die Befriedung und

748 Dazu *Coester* a.a.O. S. 262 (sub 2).

749 Diese Implikation wird von *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 980 (1979) nicht erkannt. Deshalb verbinden sie eine positive Bewertung eines Joint-Custody-Gesetzes mit einer erheblichen Aufwertung von Elternvereinbarungen bei Sorgerechtsentscheidungen (a.a.O. S. 994 ff.). Ähnlich *Schwab*, Handbuch Rdn. 198, 187, der die Effektivität der richterlichen Kontrolle überschätzt.

750 Für die USA oben 3. Kap. bei Fn. 222 sowie Miller, 13 Fam.L.Q. 409 ff. (1979); für die Bundesrepublik deutlich LG Bremen 16.12.1976, FamRZ 1977, 402, 404; OLG Düsseldorf 9.1.1978, FamRZ 1978, 267, 268; *Gernhuber*, Familienrecht S. 859; *Diederichsen*, NJW 1980, 2421; *Fehmel*, FamRZ 1980, 761. Speziell zur gemeinsamen Sorge bei unverheirateten Eltern BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434. Kritisch *Klußmann*, Das Kind S. 57; *B. Bodenheimer*, 11 Fam.L.Q. 84 (1977); *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 980 (1979); *Barde*, ZSR 74 (1955) 540 a.

751 Dies hält *Schwoerer* für durchgreifend, FamRZ 1958, 434.

Kooperationsbereitschaft bei den Eltern offensichtlich nicht sehr ausgeprägt, die Einigung basiert eher auf einem do-ut-des-Denken als auf kindzentrierter Wahrnehmung elterlicher Verantwortung. Eine empirische Untersuchung in Californien hat gezeigt, daß „Kompromiß-Einigungen“ zugunsten gemeinsamer Sorge, im Gegensatz zu Einigungen, die verantwortungsvoller Überzeugung beider Eltern vom Besten ihres Kindes entsprechen, für das Kind nicht nur wertlos, sondern regelmäßig schädlich sind. In 80 % der Fälle bedeutete die „compromise-joint-custody“ Institutionalisierung des Elternkonflikts und fortgesetzten Streit unter Inanspruchnahme der Gerichte<sup>752</sup>. Als zweite Möglichkeit ist an den Fall zu denken, daß Einigungsverhandlungen, die sonst zur Vereinbarung der Alleinsorge eines Elternteils geführt hätten, auf der Vorstufe des gemeinsamen Sorgerechts hängen bleiben. Reicht eine solche Vereinbarung schon als Übereinstimmung i.S.d. § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB, aber auch des § 630 Abs. 1 Ziff. 2 ZPO, ist für den potentiell nichtsorgeberechtigten Elternteil kein Anlaß zu weiterem Nachgeben vorhanden. Der andere Elternteil steht vor dem Konflikt, entweder die Vereinbarung scheitern zu lassen und dem Kind den Vorteil befriedeten Elternstreits zu nehmen oder die Aufspaltung zu akzeptieren, obwohl er vom Kindeswohl her Bedenken hat. Einigkeit besteht dann im wesentlichen nur über die Aufteilung der elterlichen Sorge, während viele, sich auch gerade daraus ergebenden Probleme unentschieden bleiben<sup>753</sup>.

Es ist zu vermuten, daß bei pauschaler Zulassung dieser Gestaltungsform die große Mehrheit von Elternvorschlägen, die auf eine Aufspaltung des Sorgerechts zielen, nicht der gewissenhaften Überzeugung der Eltern entspringen wird, daß das Kindeswohl so besser gewahrt sei als bei Alleinsorge eines Elternteils, sondern einem Paktieren am Verhandlungstisch auf Kosten des Kindeswohls. Scheidungsverhandlungen finden nun einmal „in the shadow of the law“ statt<sup>754</sup>, so daß die Auswirkungen des Rechts auf die Elternverhandlungen jedenfalls dann ein legitimer Gesichtspunkt für den Gesetzgeber sind, wenn der elterlichen Einigung im Interesse

752 *Grossmann/Diamond*, Custody modification requests filed in Marin County Superior Court between January and May 1979 (unveröffentlichtes Manuskript vom 23.5.1980); Committee on the family, divorce, child custody, and the family, 10 Group for the advancement of psychiatry 785, 932 (1980); *Bruch*, 79 Mich.L.Rev. 708, 723 (1981) vgl. auch *Mnookin/Kornhauser*, 99 Yale L.J. 980 (1979); *Klußmann*, FamRZ 1982, 122.

753 *Trost*, Gemeinsame elterliche Sorge in Schweden, Familiensoziologische Beobachtungen, in: Deutsches Familienrechtsforum, Referate und Texte der Tagung v. 6. und 7. März 1981, Stuttgart 1981, S. 23 ff. berichtet aus Schweden, daß die gemeinsame Sorge oft als Übergangslösung eingesetzt wird. Um die Sorgerechtsfrage auszuklammern und vorerst aufzuschieben, wird „gemeinsame Sorge“ praktisch als Nicht-Regelung des Sorgerechts beantragt. Nach einigen Jahren sieht es dann immer so aus, daß ein Elternteil praktisch das Kind allein erzieht und der andere mehr und mehr verschwindet. Dann ist die Situation für eine rechtliche Statuierung gegeben.

754 *Mnookin/Kornhauser* a.a.O. S. 950 ff.; *Glendon*, State, Law and Family (1977) S. 273.

des Kindeswohls rechtlich besonderes Gewicht eingeräumt wird<sup>755</sup>. Die ersten Erfahrungen mit dem Joint-Custody-Gesetz in Californien bestätigen die Befürchtungen von Kritikern: Das Sorgerecht wird oft zum zentralen Aufhänger elterlicher Interessenverfolgung in schikanöser Rechtsbeharrung, die Persönlichkeit des Kindes tritt demgegenüber völlig zurück<sup>756</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht entzieht sich diesem Einwand – neben dem Hinweis auf die richterliche Einzelfallkontrolle – mit der bereits zitierten Bemerkung, es stehe „dem Gesetzgeber frei“, zur Abwehr dieser Tendenzen geeignete Regelungen zu schaffen<sup>756 a</sup>. Damit scheint das Gericht seine eigene Verantwortung gegenüber den verfassungsrechtlich geschützten Rechten des Kindes verfehlt zu haben. Die bisherige Regelung des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB hat in *Ausnahmefällen* die Grundrechtspositionen der Eltern wie der Kinder verletzt. Aufgrund des ersatzlosen Wegfalls dieser Bestimmung durch die Nichtigkeitserklärung im Tenor des Urteils ist nun ein Rechtszustand eingetreten, bei dem mit *zunehmender Häufigkeit* eine Verletzung des „grundrechtlichen Anspruch(s) des durch die Scheidung seiner Eltern ohnehin beeinträchtigten Kindes auf eine an seinem Wohle ausgerichtete Regelung (BVerfGE 55, 171 (179))“<sup>756 b</sup> zu besorgen ist. Bei allem Respekt vor den begrenzten Gestaltungsmöglichkeiten des Bundesverfassungsgerichts: Hier wäre doch wohl eine *Pflicht* des Gesetzgebers zur generellen Gefahreneingrenzung auszusprechen und die Erfüllung dieser Pflicht – wie in anderen Fällen auch – an eine gerichtliche festgesetzte *Frist* zu binden gewesen. Nur dann wären „der Staat“, d.h. Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber gemeinsam der Wächterfunktion aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG gerecht geworden. So bleibt nur der Appell an den Gesetzgeber, seinerseits baldmöglichst die notwendigen Korrekturen an der vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Rechtslage vorzunehmen. Nimmt man den erwähnten „grundrechtlichen Anspruch“ des Kindes ernst, verbietet sich längeres Abwarten zum Zwecke des Erfahrungsgewinns: Erstens würden damit die Kinder

755 Es ist nicht überzogen, von einer diesbezüglichen *Pflicht* des Gesetzgebers zu sprechen, *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.+Soc.Rev. 678 ff., 680 (1974); so im Prinzip auch *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale L.J. 980 (1979). *Fehmel*, FamRZ 1980, 761 sieht dieses Problem, hält es jedoch für nicht durchgreifend. Zur „Fernwirkung“ des Rechts im Ehe- und Unterhaltsrecht *Limbach*, 4. DFGT S. 41 f.; vgl. auch oben Fn. 612 a.

756 Vgl. *Kluffmann*, FamRZ 1982, 122. Die Vereinigung „Equal Rights of Fathers“ in Sacramento berät die Väter in folgender Weise: (1) Von der Mutter ist *grundsätzlich* joint custody zu fordern. Lehnt sie dies ab, ist dem Gericht vorzutragen, daß die Mutter den Kontakt des Kindes mit dem Vater feindlich gegenüberstehe und ihr im Hinblick auf § 4600 (b) (1) Cal.Civ.C. die Sorge nicht übertragen werden könne. (2) Die Möglichkeit der joint custody ist als Druckmittel in der *Unterhaltsfrage* einzusetzen. . . ., vgl. *Bruch*, 79 Mich.L.Rev. 723 (1981); dies., Schreiben an den Verfasser v. 21.1.1980.

756a A.a.O., S. 27.

756b A.a.O. S. 29.

Gegenstand rechtlicher Experimente, und zweitens geben die in den USA bereits gemachten Erfahrungen bei nüchterner Analyse keinen Anlaß zum Optimismus<sup>756 c</sup>.

Der *Inhalt* der verfassungsrechtlich gebotenen gesetzlichen Regelung könnte aus der Erkenntnis gewonnen werden, daß in einer kleinen, aber klar abgrenzbaren Fallgruppe die spezifischen Gefahren, die mit einem Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts verbunden sind, gebannt erscheinen. Es handelt sich um solche Fälle, in denen die Eltern während einer längeren Trennungszeit (mindestens wohl ein Jahr) das begehrte Arrangement praktiziert *und* dabei belegt haben, daß (1) sie das nötige Maß an Kooperationsfähigkeit und -willigkeit aufbringen<sup>756 d</sup> und (2) das Kind keine erkennbaren Beeinträchtigungen oder Schädigungen erleidet. Die Störimpfindlichkeit des Arrangements wird es darüberhinaus als selbstverständlich erscheinen lassen, daß die Einwilligung *aller* Beteiligten, also auch die des Kindes gleich welchen Alters vorliegen muß<sup>756 e</sup>. In diesen Fällen ist für die richterliche Kontrolle im Einzelfall eine solide Basis vorhanden und es liegt nahe, daß für die Eltern das Kind und nicht die eigenen Interessen im Mittelpunkt stehen<sup>756 f</sup>. Deshalb sind Elternvorschläge zugunsten gemeinsamen Sorgerechts hier nicht vermutlich kindeswohl-schädlich, sondern umgekehrt, wie auch bei Vorschlägen zugunsten elterlicher Alleinsorge, vermutlich kindeswohlverträglich.

Es dürfte nicht schwer sein, diese Voraussetzungen in einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand für das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung umzugießen. Mit einer bloßen Generalklausel, wie sie von Befürwortern des gemeinsamen Sorgerechts vorgeschlagen wurde<sup>756 g</sup>, kommt der Gesetzgeber seiner spezifischen Verantwortung nicht nach.

## 5. Zusammenfassung

Zeitliche und sachliche Aufspaltungen der elterlichen Sorge, auch im Rahmen eines „gemeinsamen Sorgerechts“ nach Scheidung, verstoßen in aller Regel gegen das Interesse des Kindes an kontinuierlichen Lebensumständen, an einer kontinuierlichen und verantwortlichen Erziehung und an einer ungestörten Persönlichkeitsentwicklung. Verschiebungen der Interessenlage im Wandel der Zeit ist sach- und systemgerecht im Rahmen der Änderungsfrage (§ 1696 BGB) Rechnung zu tragen.

756c Vgl. oben Fn. 726 sowie *Blonsky v. Blonsky*, 6 FLR 2545, 2546 (Ill.App. 1980). Auch in Frankreich hat man schlechte Erfahrungen mit der „garde alternée“ gemacht, *Gebler*, *Jurisclasser Civ. Art. 229-387 Fasc. 70-1 Nr. 71*; *Chombeau*, *Contre le jugement de Salomon*, *Le Monde* 8.4.1981. Kritisch deshalb *Klußmann*, *FamRZ* 1982, 120 f.

756d So auch *Neubaus*, *Ehe und Kindschaft* S. 246; *ders.*, *FamRZ* 1980, 1090; KG 28.5.1980, NJW 1980, 2419, 2420.

756e *Beck v. Beck*, 6 FLR 2334 (N.J.App.Div. 1980): joint custody aufgehoben, da Kindeswille entgegenstand; *Mastropole v. Mastropole*, 8 FLR 2091 (N.J.App.Div. 1981); *Adler v. Adler*, 5 FLR 2613, 2614 (N.Y.Sup.Ct. 1979).

756f In nahezu allen deutschen Fällen ist die gemeinsame Sorge zuvor jahrelang erfolgreich praktiziert worden.

756g *Fthenakis*, *Gutachten* S. 65, Fn. 162; *Troje* (o. Fn. 739). S. 20.

Dennoch sind stets Ausnahmefälle denkbar, in denen vor allem das „gemeinsame Sorgerecht“ kindeswohlgemäß erscheint. Ein aus dem Elternrecht folgender Zwang für den Gesetzgeber, die notwendige Aussonderung deshalb der richterlichen Einzelfallwürdigung zu überlassen, besteht jedoch nicht. Zweifel an der faktischen Effizienz richterlicher Kontrolle entsprechender Elternvorschläge sowie der generelle Schutz eines kindesorientierten Verhandlungsprozesses der Eltern begründen eine grundsätzliche Wächterfunktion des Staates. Eine Ausnahme besteht nur für jene Fälle, in denen Eltern das gemeinsame Sorgerecht seit längerem erfolgreich praktizieren und alle Beteiligten deren Fortsetzung und rechtliche Verankerung wünschen. Unter diesen in das Gesetz aufzunehmenden Voraussetzungen setzt die Familienautonomie der staatlichen Regelungsbefugnis eine Grenze. Im übrigen hat das Recht im Interesse der Kinder realistisch zu bleiben<sup>757</sup>; es ist nicht seine Sache, schwärmerisch anmutenden Konzeptionen eines „creative post-divorce parenting“<sup>758</sup> als Vorreiter zu dienen.

## V. Die familienautonome Konfliktlösung: Ausgangspunkt und Ziel staatlicher Reformbestrebungen

Das geltende materielle Recht in der Bundesrepublik akzeptiert elterliche Übereinstimmung und räumt ihr einen positiven Stellenwert bei der Neuordnung der Familienbeziehungen ein. Zum Teil wird sogar von einer *Pflicht* der Eltern gesprochen, die scheidungsbedingten Probleme für ihre Kinder gütlich zu lösen<sup>759</sup>. Mit dieser Ermahnung werden die Eltern jedoch allein gelassen. Die Leistungen des staatlichen Apparates, mit denen eine Erfüllung der Wächterfunktion angestrebt wird, verbleiben im Bereich des typisch Justizförmigen: Kindeswohl-Schutz durch richterliche Beurteilung und Entscheidung<sup>760</sup>. Elterliche Einigkeit ist nicht mehr als ein objektives Tatbestandsmerkmal für den Richter.

Vor allem in den USA wächst demgegenüber die Erkenntnis, daß in diesem Rahmen den Kindern nur begrenzt geholfen werden kann. Ist die elterliche Einigung als solche schon von großem positiven Wert<sup>761</sup> und sind kindzentrierte, problembewußte Eltern-Einigungen jeder anderen Form des Kindesschutzes weit überlegen<sup>762</sup>, dann kann der Ansatz für wirklich kindeswohlorientierte staatliche Bemühungen

757 Vgl. Beck v. Beck, 6 FLR 2334 f. (N.J.App.Div. 1980): Der Richter solle nicht Visionen verfolgen, sondern von den realen Gegebenheiten des Falles ausgehen.

758 *Nolan-Malsack*, in: 6 FLR 2788 ff. (1980). Auch als Versuchsobjekt ist das Kind letztlich nichts anderes als „Objekt“, auch wenn es sich um wohlgemeinte Versuche handelt, vgl. unten Fn. 782.

759 Oben bei Fn. 622-624.

760 Kritisch *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 47 f.

761 Oben C.II.2.b).

762 Oben Fn. 607.

nur darin liegen, die Voraussetzungen für solche Einigungen zu verbessern<sup>763</sup>. Nicht die bloße Forcierung von Einigungen steht dabei im Mittelpunkt<sup>764</sup>, sondern positive Hilfe für die Eltern beim Erkennen der Sorgerechtsproblematik und beim Versuch, zu einer sachgerechten Einigung zu kommen. Die zerrüttete Familie bietet sich dem Staat in einem Zustand dar, in dem die Kinder erheblichen psychischen Belastungen (Verunsicherung, Angst) ausgesetzt und gleichzeitig die Eltern regelmäßig nicht in der Lage sind, ihre Elternfunktionen voll zu erfüllen<sup>765</sup>. Dabei sind die Eltern nicht, wie man oft suggeriert, „böse“ oder gleichgültig, sondern selbst oft psychisch deterioriert, verzweifelt und hilflos<sup>766</sup>. Der Staat findet deshalb wirkungsvolle Ansatzmöglichkeiten, um die Funktionsfähigkeit der Eltern in der Kindesfürsorge zu verbessern<sup>767</sup>.

Eine Pflicht des Staates zur positiven Förderung der Familie ist unbestritten<sup>768</sup>. Selbst wenn man diese Pflicht nicht auf die Konstituierung der nahehelichen Teilfamilie beziehen will<sup>769</sup>, bleibt doch die Pflicht zur Förderung des Kindeswohls als „überragende Wertentscheidung des Grundgesetzes“<sup>770</sup>. Eine Förderungsform, die über juristische Interessenwahrung hinausgeht, insbesondere Beratung und Unterstützung der Beteiligten umfaßt, stößt jedoch mancherorts auf Bedenken. Zu Recht kaum noch erörtert wird heute das Argument, daß die Förderung von Scheidungsvereinbarungen die Scheidungen selbst erleichtere und damit familienfeindlich sei<sup>771</sup>. Die Scheidungsflut unterliegt eigenen Gesetzen, Familienzerrüttungen sind unabhängig von einer mehr oder weniger restriktiven Einstellung des staatlichen Rechts zur Scheidung<sup>772</sup>. Weiterhin wird eingewandt, „therapeutische Einwirkung“ auf die

763 B. Bodenheimer, 46 U.Colo.L.Rev. 495, 506 ff. (1975); *dies.*, 11 FamL.Q. 99 f. (1977); Burt, 39 L.+Cont.Prob. 143 (1975); Kay/Philips, 54 Cal.L.Rev. 740 (1966); Wallerstein, in: Conc.Courts S. 83 f.; Wallerstein/Kelly, 47 Am.J.Orthopsych. 4 ff. (1977); *dies.*, Surviving the Breakup S. 317 f.; Watson, 21 Syracuse L.Rev. 86 (1969); *ders.*, Legal Medicine Annual 1973, 489; Giesen, Familiengerichte S. 27 ff.; vgl. auch Note, 87 Yale L.J. 1131, 1175 f. (1978); Eekelaar, Family Law and Social Policy, London 1978, S. 112 f.

764 Dazu oben 4. Kap. B.II.2., bei Fn. 33 ff.

765 Wallerstein, in: Conc.Courts S. 83 f.; Wallerstein/Kelly, 47 Am.J.Orthopsych. 4 ff. (1977).

766 Eindrucksvoll die empirischen Befunde von Wallerstein/Kelly, Surviving the Breakup S. 23 ff., 36 ff., 149 ff.

767 Vgl. – für die allgemeine Erziehung – Nitsch, in: Zur Sache 1/78, S. 119; Diederichsen, FamRZ 1978, 464. Zum sich hier eröffnenden Aufgabenfeld für den Familienrichter vgl. Freund, DRiZ 1979, 72 ff.; zur californischen „Pflichtschlichtung“ oben 3. Kap. Fn. 340.

768 Art. 6 GG; BVerfG 13.12.1966; BVerfGE 21, 1, 6; Gernhuber, Familienrecht S. 38 f.; Simitis u.a., Kindeswohl S. 48; vgl. auch Diederichsen, FamRZ 1978, 464; *ders.*, in: Gesetzesmaterialien S. 3/45; Giesen, Ehe S. 37, 54.

769 Die konstituierte Teilgemeinschaft jedenfalls genießt vollen Schutz unter Art. 6 GG, Gernhuber, Familienrecht S. 38. Für ihre Unterstützung in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht nachdrücklich Wallerstein/Kelly, Surviving the Breakup S. 317 f.

770 Giesen, FamRZ 1977, 600.

771 Vgl. Staudinger/Schwoerer, § 1671 Anm. 56.

772 Anders zuletzt wieder Wilkens, FamRZ 1980, 533. Wie hier Rbeinstein, Marriage Stability S. 5; Glendon, State, Law and Family S. 13; English Law Commission, Reform of the Grounds of Divorce. The Field of Choice (1966), H.M.S.O., Cmnd. 3123, S. 9; Duncan, The Case for Divorce in The Irish Republic, Dublin 1979, S. 50 ff.

Eheleute durch den Staat, nur weil sie in der Ehe versagt hätten, sei unzulässig<sup>773</sup>. Dieckmann hegt dieses Bedenken auch bezüglich der Einwirkung zugunsten von Sorgerechtsvereinbarungen: „Für nicht sonderlich gut hielte ich den Versuch, die zerbrochene Familie Sachverständigen und Richtern gleichsam zur Schulung zu überlassen . . . Eine Refunktionalisierung der Familie nach ihrem Verfall in diesem Bereich erscheint mir äußerst zweifelhaft“<sup>774</sup>. Wer eine Trennung von Ehegatten- und Elternrolle auch im Bewußtsein der Beteiligten selbst für möglich hält, braucht diese Zweifel nicht zu teilen. Es geht auch keinesfalls darum, mit punitiver Tendenz sich scheidende Eltern staatlicher Bewußtseinstherapie zu unterwerfen. Die Praxis von Eheberatungsstellen, Conciliation Courts und ähnlichen Institutionen zeigt im Gegenteil, daß Eltern regelmäßig dankbar sind für neutrale, kompetente Hilfe und sie bereitwillig in Anspruch nehmen. Ernst genommene Verantwortung für das Kindeswohl *berechtigt* den Staat nicht nur zu außerjustizieller Förderung von familienautonomen Konfliktlösungen, sondern verpflichtet ihn richtiger Auffassung nach sogar dazu<sup>775</sup>.

Einzelheiten einer sinnvollen Förderung können hier nicht erörtert werden. Fest steht nur, daß eine entsprechende Reform nicht ohne Kosten zu realisieren wäre, was wiederum ihre politischen Durchsetzungschancen mindert<sup>776</sup>. Man muß allerdings nicht gleich an optimale Lösungen wie die US-amerikanischen Conciliation Courts oder das „große Familiengericht“ denken<sup>777</sup> oder an ein System gesellschaft-

773 Ehrechtskommission (1971) S. 44 f.; vgl. *Neubaus*, FS Rheinsteins II S. 970; *Rheinsteins*, 9 Vand.L.Rev. 639 (1956).

774 AcP 178 (1978) 317 Fn. 61.

775 *Giesen*, Familiengericht S. 27 ff.; ders., FamRZ 1977, 596; *Strätz*, AKF-Berichte 1978, Nr. 2, S. 23; *Zenz*, AcP 173 (1973) 532 f. (zum allgemeinen Kindesschutzrecht); *B. Bodenheimer*, oben Fn. 763; *Burt*, 39 L.+Cont.Prob. 143 (1975): Nötig ein "effort to limit the grandiosity of state claims over children and, at the same time, to assure reliable assistance from state agencies", ähnlich *Simitis*, in: Diesseits S. 180 f., 189.

Später entwickelt *Burt* eine eigenständige Theorie für die Funktion von Gerichtsentscheidungen im Familienrecht (Sup.Ct.Rev. 1979, 358 ff.): Die autoritative *Entscheidung* bestehender Konflikte löse diese regelmäßig nicht, sondern perpetuiere sie und wirke deshalb desintegrierend. Im Interesse der Familie müßten Gerichtsentscheidungen die *Fortsetzung* und das *Ausleben* des Konfliktes innerhalb der Familie und damit deren Konsolidierung ermöglichen. *Burt* zieht als Beispiel die Grundsatzentscheidung des US-Supreme Court in der Rassenfrage heran (Brown v. Board of Education, 349 U.S. 294 (1954)) und kritisiert die gegenwärtige Praxis des US-Supreme Court. Für die Sorgerechtsproblematik kann dieser Ansatz jedoch nicht gelten, hier muß im Interesse des Kindes *entschieden* werden (vgl. auch unten D.I., II.3). Zur Problematik auch *Huhn*, Der Fall Familie S. 209.

776 Kritisch dazu, daß die Vermeidung von Kosten offenbar ein wichtiger Gesichtspunkt bei der Sorgerechtsreform war (BT-Durcks. 7/2060, S. 2; ebenso 8/111), *Giesen*, Familiengericht S. 29, 53, *Strätz*, AKF-Berichte 1978, Nr. 2, S. 23 f.; *Diederichsen*, FamRZ 1978, 474; *Pinger*, FamRZ 1974, 240.

777 Ablehnend insoweit Ehrechtskommission (1971) S. 43 f.; rechtsvergleichend *Giesen*, Familiengericht (1975); v. *Busekist*, Das Familiengericht (1970). Zum Familiengericht nach dem 1. EheRG vor allem *Hagena*, Familiengericht (Diss. Freiburg 1976); ders., FamRZ 1975, 379 ff.; zu den Conciliation Courts oben 3. Kap. bei Fn. 195 ff., 298 ff. und B.II.1.d) (4). Vgl. jetzt auch den informativen Überblick über amerikanische Lösungsmodelle bei *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung S. 164.

licher Hilfen für die Teilfamilie nach Trennung der Eltern, wie es Wallerstein/Kelly im Interesse der Kinder an "good enough parenting" fordern<sup>778</sup>. Selbst das als erstes Behelfsmittel in Californien vorgeschlagene Video-Band, mit dem die Eltern eindrücklich auf die Situation und Bedürfnisse von Kindern in Scheidungssituationen aufmerksam gemacht werden<sup>779</sup>, könnte schon kindgerechte Elternvereinbarungen fördern.

## D. Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen

### I. Problemstellung

Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen gilt als eigenständiges Verfahren, nicht als schlichte Fortsetzung des durch die Ehescheidung ausgelösten Plazierungsstreits<sup>780</sup>. Materiellrechtlich bestehen hingegen untrennbare Verknüpfungen mit der Erstentscheidung. Auch die Änderung soll sich nach dem – offenbar in gleichem Sinne verstandenen – „Kindeswohl“ richten<sup>781</sup>. Die Möglichkeit von Änderungen als Reaktion vor allem auf gewandelte Lebensverhältnisse, persönliche Beziehungen und Bedürfnisse oder auch auf fehlgeschlagene Ordnungsversuche äußert unvermeidlich schon Vorwirkungen auf die originäre Entscheidungsfindung<sup>782</sup>. Die bis

778 *Surviving the Breakup* S. 317 f., vgl. auch ebenda S. 108 ff., 308 ff., *Fthenakis*, Eltern-trennung S. 84 ff.

779 *Bruch*, StAZ 1980, 16. Vgl. auch die Informationsbroschüre des bayerischen Justizministeriums „Ihr geht auseinander, was wird aus mir?“

780 BGH 14.7.1956, BGHZ 21, 306, 315; BayObLG 2.10.1964, FamRZ 1964, 640; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; 30.5.1975, StAZ 1975, 218, 219; 29.12.1977, FamRZ 1978, 201; Staudinger/Donau, § 1696, Anm. 31. BG 29.9.1916, BGE 42 I 330, 334 f.; 29.9.1920, BGE 46 II 337, 338; 2.7.1959, BGE 85, II 153, 167. Vgl. auch § 48 Abs. 1 u. 2 FGB. Ausführlich *Schreiber*, Die Änderung S. 14 ff.

781 § 1696 Abs. 1 BGB; vgl. dazu BayObLG 30.5.1975, StAZ 1975, 218, 220; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; OLG Stuttgart 17.2.1978, 827, 828; LG Mannheim 28.6.1974, Justz 1975, 232; BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 37 f.; 11.10.1917, BGE 43 II 473, 476; 19.2.1959, BGE II 12, 16; zu § 48 Abs. 1 FGB: BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; StadtG Groß-Berlin 18.11.1968, NJ 1969, 653, 654; FGB-Kommentar § 48 Anm. 1.2.; Lehrbuch Familienrecht S. 241. Für die USA vgl. UMDA § 409 (b); Mich.Child Custody Act Sec. 7 (M.C.L. Ann. (Supp. 1978/79); Simons v. Simons, 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977).

782 Kritisch zu einer im Hinblick auf die Möglichkeit einer Änderung sorgloseren Rechtsprechung *Carroll v. Carroll*, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1978); *Bodenheimer*, 23 Stan.L.Rev. 727 (1971); *Mnookin*, 39 L.+Cont.Prob. 282 (1975); *Bübler*, ZSR 74 (1955) 405a, 406 a; *Simitis*, 2. DFGT S. 175 („stets . . . korrigierbares Experiment“); „Flucht in die Vorläufigkeit“. „Experimentierend“ demgegenüber LG Mannheim 11.12.1970, FamRZ 1971, 185, 186: Die Anordnung gemeinsamer Sorge nach Scheidung könne bei Fehlschlag stets geändert werden; vgl. BG 19.10.1939, BGE 65 II 129, 132; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 17; OberG Zürich 11.5.1918, ZR 17 N. 179; 25.6.1958, ZR 58 N. 54. Im Gespräch mit dem

zur Volljährigkeit perpetuierte Herrschaft des rechtlichen Kindeswohl-Prinzips wirft außerdem die Frage nach dem Verhältnis von Staat und nahehehlicher Teilfamilie auf. Zwar müssen auch in der intakten Familie die Eltern ihre Sorgeausübung vor dem Kindeswohl legitimieren; nach außen besitzen sie aber eine vom Recht lediglich an ihren Grenzen kontrollierte Bestimmungs- und Handlungsmacht: Die Eltern haben einen Konkretisierungsprimat für das Kindeswohl, der Staat nur die durch §§ 1666, 1666a BGB konkretisierte Wächterfunktion. In der Scheidungssituation selbst konnte diese Konzeption nicht durchgehalten werden<sup>783</sup>. Für die aufgelöste und grundsätzlich neugeordnete Familie wäre die Frage nach der Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Teilfamilie neu zu stellen. Dennoch fehlt es allgemein an einer befriedigenden Antwort. Man begnügt sich zumeist mit der Nebeneinanderstellung zweier Grundsätze, ohne ihrer teilweisen Unverträglichkeit nachzugehen: (1) Der Sorgeberechtigte habe die volle, nur durch das Umgangs- und Informationsrecht des anderen Elternteils eingeschränkte Elternstellung<sup>784</sup>; (2) die Sorgezuweisung könne im Interesse des Kindes geändert werden (§ 1696 BGB).

Das Problemfeld kann dadurch gekennzeichnet werden, daß zwar eine neue Familieneinheit konstituiert worden ist, die im Verhältnis zum Staat grundsätzlich gleiche Autonomie beanspruchen kann wie andere Familien<sup>785</sup>, daß diese Familieneinheit aber mit der Hypothek eines ständig bereitstehenden, rechtlich prinzipiell gleichwertigen Elternteils belastet ist. Welche Konsequenzen hieraus für den Wirkungsbereich des Kindeswohls als Instrument staatlicher Kontrolle, oder – anders formuliert – für die Abgrenzung staatlicher und elterlicher Verantwortung in Bezug auf das Kindeswohl zu ziehen sind, wird unterschiedlich beantwortet. Die Diskussion und Praxis läßt sich im wesentlichen auf 3 Lösungstypen zurückführen.

Der in den USA traditionelle und auch heute in einigen Einzelstaaten noch vorherrschende Ansatz hält die Frage nach der dem Kindeswohl am besten entsprechenden Platzierung ständig offen. Das Scheidungsereignis hat den Staat als *parens patriae* auf den Plan gerufen, und als solcher begleitet er die Familie bis zur Volljährigkeit der Kinder<sup>786</sup>.

Verfasser äußerten US-amerikanische Richter im Frühjahr 1979 die Auffassung, auf die materiellen Kindeswohl-Kriterien komme es nicht so sehr an, da man die Platzierung stets ändern könne. Umgekehrt wird darauf hingewiesen, daß die *Einschränkung* von Änderungsmöglichkeiten den Kampf um das Kind bei Scheidungen verschärfen könne, *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.+Soc.Rev. 680 (1974); *Mnookin*, 14 J.Child Psych. 182 (1975). Vgl. zu diesem Zusammenhang auch die Ausführungen zu zeitlichen Aufteilungen der elterlichen Sorge durch Vereinbarung (oben C.IV.2., 3a): Ihre Zulassung erleichtert die elterliche Einigung, indem der Konflikt teilweise in die Zukunft verlagert wird.

783 Oben 4. Kap. B.II.2.; 5. Kap. C.II.3.b).

784 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.6., 2. Kap. A.V.6.; 3. Kap. A.V.6.a). Für die Bundesrepublik: BGH 16.10.1951, BGHZ 3, 220, 221, 227; BayObLG 19.7.1978, FamRZ 1978, 832, 833; *Cuny*, in: Familienrechtsreform S. 175; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 609 (diese beiden Autoren wollen die Änderungsmöglichkeit allerdings wesentlich einschränken).

785 *Gernhuber*, Familienrecht S. 36. Nach Auffassung des AG Kamen (Vorlagebeschl. v. 6.2.1980, FamRZ 1980, 623) bedarf die nahehehliche Teilfamilie sogar des besonderen staatlichen Schutzes.

786 Vgl. oben 3. Kap. A.V.7.

Hier scheint ein merkwürdiger Widerspruch zu bestehen zur gleichfalls traditionellen Zurückhaltung des anglo-amerikanischen Rechts gegenüber den Familieninterna<sup>787</sup>. Diese Zurückhaltung galt aber bei genauer Betrachtung nicht der „Familie“, um deren eigenständige rechtliche Anerkennung in den USA nach wie vor erst gerungen wird<sup>788</sup>, sondern der *ehelichen Gemeinschaft*: „... the law will not interfere with a functioning marriage“<sup>789</sup>.

Von diesem Standpunkt aus genügt es für eine gerichtliche Sorgerechtsänderung, wenn das Kindeswohl beim bislang nichtsorgeberechtigten Elternteil nunmehr besser gewahrt erscheint<sup>790</sup>. „The right to periodic review of custodial arrangements“ wurde von einem New Yorker Gericht sogar als Bestandteil der „Menschenrechte von Kinder“ proklamiert<sup>791</sup>. Mitursächlich für diese Einstellung ist die dem anglo-amerikanischen Recht eigentümliche Konzentrierung auf die Zuständigkeitsfrage (jurisdiction) unter Vernachlässigung des materiellen Rechts<sup>792</sup>: Nachdem man es aus Kindeschutzgründen für grundsätzlich notwendig erachtet hat, die Zuständigkeit des Gerichts für etwaige Folgeregelungen beizubehalten (continuing jurisdiction)<sup>793</sup>, erscheinen Differenzierungen im materiellechtlichen Bereich als zweitrangig. Das Gericht gilt als ermächtigt, alles dem Kindeswohl Dienliche zu veranlassen.

Dem *Wortlaut* nach unterscheiden sich hiervorn § 1696 Abs. 1 BGB und Art. 157 ZGB kaum<sup>794</sup>. In beiden Ländern sind die gesetzlichen Normen jedoch durch Richterrecht in einer Weise überlagert und modifiziert, daß sie dem hier an erster Stelle erörterten Lösungstyp nicht zugeordnet werden können<sup>795</sup>.

Nicht in der Praxis, wohl aber im Schrifttum begegnet die zweite, entgegengesetzte Position. Demnach ist die besondere Schutzfunktion des Staates erfüllt mit der Neuregelung des Eltern-Kind-Verhältnisses bei der Scheidung. Gegenüber der

787 Oben 3. Kap. A.III.2.

788 Oben 3. Kap. A.II.1.

789 *Rbeinstein/Glendon*, Int. Encycl. Comp. L. IV/4, N. 27 (Hervorh. vom Verf.); in diesem Sinne offenbar auch *Schmitt Glaeser*, oben Fn. 707.

790 In re *Gutermuth*, 3 FLR 2079 (Iowa 1976); *Harper v. Harper*, 3 FLR 2125 (Va. 1976); *Pino v. Pino*, 4 FLR 2274 (N.Y. Sup. Ct. 1978); *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960). Praktisch gilt dies auch dort, wo generelle Grundsätze eine Eingriffsschwelle aufzubauen scheinen: Die Überzeugung des Richters vom Kindeswohl ist der allein entscheidende Faktor für die Plazierung des Kindes, *Simons v. Simons*, 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977).

791 *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 (Sup. Ct. 1976). Wie wenig dem Kind mit pathetischen Grundsätzen dieser Art gedient ist, zeigt die Entscheidung selbst, dazu unten Fn. 883, vgl. auch *Barry v. Glynn*, 297 N.Y.S.2d 786, 788 (Sup. Ct. 1969).

792 Den Kollisionsrechtlern vor allem unter dem Stichwort „versteckte Rückverweisung“ bekannt: Die Zuständigkeitsregelung soll nach h.M. einen alleseitigen kollisionsrechtlichen Verweis auf das materielle Gerichtsrecht implizieren; *Hanisch*, NJW 1966, 2085 ff.; *Jayme*, ZvgJRW 1977, 253 ff.; *Staudinger/Gamillscheg*, Internationales Privatrecht Bd. II, Anm. 177 vor Art. 13 EGBGB; kritisch *Schwimann*, NJW 1976, 1000; ders., FS *Bosch* S. 909 ff.; *MünchKomm/Sonnenberger* Art. 27 EGBGB Rdn. 30 ff., 36 ff. m.w.N.

793 Vgl. oben 3. Kap. A.V.7.

794 Deshalb *Smitis*, 2. DFGT S. 174: „Das Gericht entscheidet genau genommen immer nur vorläufig. Seine Präsenz begleitet insofern alle weitere Entwicklung des Kindes“.

795 Anders de lege lata, soweit ersichtlich, nur *Treitz*, S. 106 ff., 108; de lege ferenda wohl auch *Gernhuber*, Familienrecht S. 858 f.

neukonstituierten Teilfamilie sollen wieder die generellen Abgrenzungen von Staat und Familie gelten, insbesondere also auch für Sorgerechtsänderungen die Eingriffsgrenze des Kindesschutzrechts (§ 1666 BGB)<sup>796</sup>.

Einen mittleren Weg beschreitet der dritte Lösungsansatz, dem die weitaus herrschende Rechtsprechung und Lehre folgen. Es wird zwar, wie bei der ersteren Auffassung, zumeist allein auf das Kindeswohl abgestellt, aber dem Änderungsinteresse des Kindes, das sich aus verschiedenerlei Gründen ergeben kann, wird sein Kontinuitäts- und Stabilitätsinteresse entgegengesetzt. Hieraus ergibt sich eine gewisse Reizschwelle, die erreicht werden muß, bevor Änderungen erfolgen können. Unterstützend beruft man sich außerdem gelegentlich auf die autonome Rechtsstellung des Sorgeberechtigten<sup>797</sup>. Die Definitionen der Reizschwelle sind unterschiedlich. In der Bundesrepublik werden in schon stereotyper Weise „triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe“ gefordert, die geeignet seien, das Kontinuitätsinteresse des Kindes aufzuwiegen<sup>798</sup>. Nach der in der Schweiz zumeist verwendeten Formel des Bundesgerichts muß in den Verhältnissen des Sorgeberechtigten eine so gravierende Verschlechterung eingetreten sein, „daß sich eine Umgestaltung der Elternrechte aufdrängt und die Belassung des bisherigen Zustandes eine Schädigung der Kindesinteressen bedeuten würde“<sup>799</sup>. In der DDR fordert schon das Gesetz (§ 48 Abs. 1 FGB), daß sich die Änderung unter dem Aspekt des Kindeswohls als „unabweisbar“ darstellen müsse<sup>800</sup>. Die wohl herrschende richterrechtliche Lösung in den USA verlangt einen „significant (oder: material) change of circumstances“,

796 *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 175; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 609; *Simitis*, 2. DFGT S. 174 f.; *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 37 ff. (deutsch '37 f.); *dies.*, Before S. 33; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 63 f., 76 f., 80 (1969); wohl auch *Mnookin*, 39 L.& Cont.Prob. 292 (1975); das Gericht solle „decide, decide promptly, and decide once and for all“. Trotz ähnlicher Sprache nicht ganz so strikt der UMDA (§ 409) und die New Yorker Gerichte, oben 3. Kap. Fn. 266.

797 KG 31.7.1978, FamRZ 1978, 832, 833; BG 8.5.1969, BGE 95 II 385, 386 ff.; *Barde*, ZSR 74 (1955) 540 a; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274 Rdn. 54 f.; *Harris v. Harris*, 3 FLR 2414 (Miss. 1977); *Dissent Johnson*, in: *Re Moffett*, 3 FLR 2470, 2471 (Ore.App. 1977); *Comment*, 81 Dick.L.Rev. 749 ff.; bezüglich der Verletzung von Umzugsverboten *Bodenheimer*, 1 Fam.Adv. 19 ff. (1978); *dies.*, 65 Cal.Rev. 1003 f. (1977).

798 BayObLG 22.8.1961, FamRZ 1962, 34; 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 166; 2.10.1964, FamRZ 1964, 640, 641; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; KG 1.9.1958, FamRz 1959, 253, 254; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; OLG Hamburg 4.9.1959, FamRZ 1960, 123; OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258; 29.7.1977, FamRZ 1978, 201; OLG Stuttgart 1.2.1974, Justiz 1974, 128, 129; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; *Dölle*, Familienrecht II S. 309; *Palandt/Diederichsen*, § 1696 Anm. 2; *Staudinger/Schwörer*, § 1671 Anm. 152; *Gernhuber* S. 869; *Treitz* S. 108 (die letzteren beiden Autoren kritisch).

799 BG 11.10.1971, BGE 43 II 473, 476; 22.6.1939, ZR 40 N. 1 (S. 6); 5.6.1964, ZR 63 N. 117 (S. 281); OberG Basel-L. 30.3.1971, Amtsber. 1971, 43; OberG Zürich 22.4.1954, ZR 43 N. 140; 17.2.1964, ZR 63 N. 117; *Egger* Art. 157 Anm. 4; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 166; *Jorio* S. 299. An anderer Stelle ist davon die Rede, daß die Veränderungen eine Sorgerechtsänderung zwingend erfordern müßten, BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 77; ZivG Basel-S. 19.3.1963, BJM 1963, 103, oder daß „wichtige Gründe“ vorliegen müßten, BG 30.5.1912, BGE 38 II 32, 38; 8.5.1969, BGE 95 II 385, 389.

800 So auch der Reformvorschlag des Juristinnenbundes: Neues elterliches Sorgerecht S. 21, 61.

der eine Änderung erforderlich mache<sup>801</sup>. Andere Gerichte stellen darauf ab, ob die Belassung des Kindes in der bisherigen Situation die Gefahr einer Kindesschädigung begründe<sup>802</sup>. Noch restriktiver ist § 409 (b) (3) UMDA: Die bisherige Unterbringung muß das Kindeswohl ernsthaft gefährden, und die naheliegenden Beeinträchtigungen des Kindes durch den Wechsel müssen durch dessen Vorteile aufgehoben werden<sup>803</sup>.

All diese Definitionen siedeln die Eingriffsschwelle für Sorgerechtsänderungen in der Mitte an zwischen der – aus der Sicht des Kindeswohls – schlicht besseren Platzierung beim anderen Elternteil<sup>804</sup> und der Gefährdungsgrenze des allgemeinen Kindeschutzrechts<sup>805</sup>. Schon keine Einigkeit besteht mehr über die Notwendigkeit *neuer Fakten*<sup>806</sup>. Im übrigen teilen alle Definitionen die Schwäche, daß abstrakte Formulierungen von Eingriffsgrenzen nur geringe normative Steuerungskraft entfal-

801 Merluzzi v. Hotze, 3 FLR 2490 (N.Y.App.Div. 1977); R.v.R. 4 FLR 2043, 2044 (N.Y. Fam.Ct. 1977); Brittain v. Brittain, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977); In re Moffet, 3 FLR 2470 (Ore.App. 1977); Poesy v. Bunney, 3 FLR 2362 (Id. 1977); Schuster v. Schuster, 4 FLR 2812, 2813 (Wash. 1978); Stickler v. Stickler, 206 N.E.2d 720, 721 (Ill.App. 1965); Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d 74, 76 (Iowa 1975); vgl. weiter 24 AmJur2d § 819, S. 928; 27B CJS, Divorce § 317, S. 539.

802 Forde v. Sommers, 3 FLR 3113 (N.H. 1977); Susanne U.N.N. v. O.O., 393 N.Y.S.2d 472, 473 (App.Div. 1977); Stickler v. Stickler, a.a.O. S. 722.

803 Andere Gesetze, z.B. der Michigan Child Custody Act 1970 stellen eine Rechtsvermutung gegen die Änderungsnotwendigkeit auf, zu ihrer Überwindung ist "clear and convincing evidence" notwendig, M.C.L.A. § 722.27 (c) (Suppl. 1978/79).

804 Diese genügt nicht, BayObLG 30.5.1975, StAZ 1975, 218, 219; KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; OberG Zürich 22.4.1942, ZR 41 N. 98q; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 23 f.; FGB-Kommentar, § 48 Anm. 2.2.; Arnold S. 79; anderer Ansicht Treitz S. 108.

805 Dölle, Familienrecht II S. 309 f.; Brittain v. Brittain, 4 FLR 2046 (N.C.App. 1977); Lee v. Lee, 4 FLR 2123 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Pino v. Pino, 4 FLR 2274 (N.Y.Sup.Ct. 1978); OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 23; OG 19.1.1971, NJ 1971, 467 f.; StadtG Groß-Berlin 18.11.1968, NJ 1969, 653; Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; Lehrbuch Familienrecht S. 240 f.; FGB-Kommentar, § 48 Rdn. 2.2.; Rohde, Erziehungsrecht S. 50 f.; dies., NJ 1966, 468; Wolfram, JH 1968, 187; Arnold S. 79.

806 In der Bundesrepublik genügen auch neu zutage getretene Umstände, BayObLG 22.8.1961, FamRZ 1962, 32, 34; 2.10.1964, FamRZ 1964, 640; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; OLG Hamburg 4.9.1959, FamRZ 1960, 123; OLG Stuttgart 1.2.1974, Justiz 1974, 128, 129. Eine Wiederaufrollung des abgeschlossenen Erstverfahrens ist dadurch aber nicht eröffnet, anders nur Treitz, S. 106 f. Ähnlich in den USA, vgl. oben 3. Kap. bei Fn. 268, 269. Strikter die Schweizer Rechtsprechung: Neue, nicht nur neu zutage getretene Fakten sind erforderlich, BG o.D. 1913, BGE 39 II 173, 175; 20.3.1941, BGE 67 II 64, 67; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 15 f.; 5.4.1964, ZR 63 N. 117 (S. 280 f.); 8.5.1969, BGE 95 II 385, 389; 6.6.1974, BGE 100 II 76, 78; ZivG Basel-Stadt 19.3.1963, BJM 1963, 103; der Fehlschlag der Erstplatzierung gilt allerdings schon als neue Tatsache, Egger Art. 157 Anm. 4 (so in der Sache auch OLG Hamburg 4.9.1959, FamRZ 1960, 123). Gar keine Anforderungen auf tatsächlicher Ebene stellt schließlich das DDR-Recht, die Änderung kann auch schlicht der Korrektur der Erstscheidung dienen, vgl. oben 1. Kap. Fn. 244. Dies muß im Zusammenhang damit gesehen werden, daß die restriktive Rechts- und Verfahrensgestaltung durch § 48 FGB weitere Eingrenzungen der Änderungsmöglichkeiten auf anderen Ebenen erübrigt.

ten<sup>807</sup>. Mangels konkreter Angaben über die Angemessenheit von Sorgerechtsänderungen ist es letztlich doch allein die richterliche Gesamtwürdigung des Kindeswohls, die über Eingriff oder Nichteingriff entscheidet<sup>808</sup>. Abstrakte Grundsätze haben zunächst nur die Bedeutung eines Appells, den ändernden Eingriff nicht mit leichter Hand vorzunehmen.

Insgesamt herrscht Unsicherheit über die legitimen Möglichkeiten und Grenzen von Änderungen im Einzelfall. Im folgenden soll der Problematik zunächst unter dem Aspekt der Kindesinteressen, sodann unter dem Aspekt der Eltern- und Familienautonomie nachgegangen werden<sup>809</sup>.

## II. Die Änderung von Sorgerechtsentscheidungen aus der Sicht des Kindesinteresses

### 1. Die Interessenlage des Kindes

Wie bei der Erstentscheidung ist das Kindeswohl auch bei Änderungen sehr stark abhängig von den Besonderheiten der konkreten Situation. Dennoch weist die Änderungssituation auch typische Strukturen auf, sowohl in der Fallgestaltung als auch in der Interessenlage des Kindes, die einer generalisierenden Erfassung eher zugänglich sind als bei der offenen, originären Entscheidung zwischen Mutter und Vater.

#### a) *Änderungsfeindliche Interessen des Kindes*

Von einem breiten juristischen wie außerjuristischen Konsens getragen ist die Überzeugung vom *Kontinuitätsbedürfnis* des Kindes, das sich primär auf die persönliche Beziehungswelt, aber auch die äußeren Lebensverhältnisse erstreckt. Die Beachtung des Kontinuitätsgrundsatzes ist in der Bundesrepublik ein Gebot des positiven Rechts<sup>810</sup>. In Änderungsfällen gilt das Kontinuitätsinteresse des Kindes als beherrschender Gesichtspunkt, vor dem sich jedes Änderungsinteresse zu legitimieren

807 *Gernbuber*, Familienrecht S. 869 f.; *Treitz* S. 108; vgl. *Zenz*, Kindesmißhandlung S. 337. Insbesondere die in den USA gebräuchlichen Formulierungen sind so flexibel, daß sie dem gewünschten Ergebnis angepaßt werden können: Eine restriktive Fassung wird bei Ablehnung von Änderungen bevorzugt (*Susanne U.N.N. v. U.O.* 393 N.Y.S.2d 472, 473 f. (App. Div. 1977)), eine liberalere Fassung, wenn der Änderung stattgegeben wird (*Pino v. Pino*, 4 FLR 2274 (N.Y.Sup.Ct. 1978); *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 522 (N.D. 1974)).

808 *Treitz* S. 108; *Simons v. Simons*, 3 FLR 2288, 2289 (Conn. 1977). Zur analogen Problematik bei Elternvereinbarungen vgl. oben bei Fn. 683 ff.

809 Zum Aufbau vgl. oben C.II.1. Wie unbefriedigend es ist, wenn hier nur „juristisch“-begrifflich argumentiert wird, ohne auf den sachlichen Gehalt des „Kindeswohls“ ernsthaft durchzugreifen, zeigt jüngstens wieder die Arbeit von *Schreiber*, Die Änderung S. 61 ff.

810 Vgl. oben A.I.1.a).

haben<sup>811</sup>. Die Änderungspraxis ist deshalb ein geeigneter Prüfstein für die Frage, welches Gewicht die Rechtsprechung dem Kontinuitätsinteresse tatsächlich beizumessen bereit ist. Defizite im Vergleich zum theoretischen Grundsatz sind insoweit nicht zu verkennen<sup>812</sup>.

Geringeren Stellenwert in der Diskussion, nicht aber im materialen Kindeswohl nimmt das Interesse des Kindes an der *Stabilität und Befriedung des Eltern-Kind-Verhältnisses* ein<sup>813</sup>. Es wendet sich nicht erst gegen einen aktuellen Wechsel der Lebensverhältnisse, sondern richtet sich schon im Vorfeld gegen Beeinträchtigungen des Lebens in der nahehelichen Teilfamilie, die sich aus der mehr oder weniger latenten *Möglichkeit* einer Sorgerechtsänderung ergeben. Je realistischer diese Möglichkeit angesichts der Rechtspraxis und des Verhaltens des sorgeberechtigten Elternteils erscheint, desto mehr werden die Beziehungen zwischen Kind und sorgeberechtigtem belastet, das Kind in seiner persönlichen Entwicklung gehemmt<sup>814</sup>.

811 BayObLG 9.3.1951, BayObLGZ 1951, 330, 337; 19.7.1951, BayObLGZ 1951, 500, 504; 30.11.1951, BayObLGZ 1951, 640, 643 f.; 10.8.1961, FamRZ 1962, 32, 34; 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 166; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; OLG Frankfurt/M. 16.6.1967, FamRZ 1968, 100, 101; OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 553, 534; 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258; 29.12.1977, FamRZ 1978, 201; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; LG Mannheim 28.6.1974, Justiz 1975, 232, 233; Dölle, Familienrecht II S. 309; Gernhuber, Familienrecht S. 870; Staudinger/Donau, § 1696 Anm. 21, 144; anders nur Treitz S. 107 f.

OG 19.1.1971, NJ 1971, 467; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 23; Lehrbuch Familienrecht S. 240; Robde, NJ 1966, 467 f.; dies., Erziehungsrecht S. 51; BG 2.7.1959, BGE 85 II 153, 166 f.; Haffter S. 53; A. v. A. 514 P.2d 358, 360 (Ore. 1973); Bankston v. Bankston, 355 So.2d 58, 62 (La. 1978); Bender v. Bender, 178 A.2d 779, 780 f. (Pa. Super. Ct. 1962); Berman v. Berman, 5 FLR 2002, 2003 (Mich. App. 1978) (vgl. auch M.C.L.A. § 722.27 (c)); Comiskey v. Comiskey, 3 FLR 2432 (Ill. App. 1977); Pact v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 948 (Fam. Ct. 1973); Rhoads v. Rhoads, 4 FLR 2554, 2555 (N.Y. Sup. Ct. 1978); Selbert v. Selbert, 400 N.Y.S.2d 586, 588 (App. Div. 1977); Susanne U.N.N. v. O.O., 393 N.Y.S.2d 472, 473 (App. Div. 1973); Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d 74, 76 (Iowa 1975); LaMarca v. LaMarca, 6 FLR 2027, 2028 (Ill. App. 1979); Werneburg v. Werneburg, 6 FLR 2280, 2281 (N.Y. Fam. Ct. 1980); Laranjo v. Laranjo, 6 FLR 2522 (N.Y. Fam. Ct. 1980). Besonders strikt § 409 UMDA, der eine Änderungssperre von 2 Jahren nach der Erstscheidung vorsieht (Ziff. (a)) und auch danach eine ernsthafte Kindeswohlgefährdung verlangt, die das Kontinuitätsinteresse aufwiege (Ziff. (b) (3)), vgl. dazu Commissioners' Note, 9 ULA 512 (1973). Die Änderungssperre wird in der Praxis ernst genommen, vgl. unten Fn. 962.

812 KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; 9.10.1967, FamRZ 1968, ff.; BG 19.2.1959, BGE 85 II 12, 17; OberG Aargau 10.9.1959, SJZ 56 (1960) 90 ff. (beide Fälle betrafen allerdings Pflegeeltern); Bunim v. Bunim, 83 N.E.2d 848 f. (N.Y. 1949, gegen Dissent Fuld S. 850); Brittain v. Brittain, 4 FLR 2046 (N.C. App. 1977); Dean v. Dean, 3 FLR 2293 (N.C. App. 1977); vgl. auch die Entscheidungen unten Fn. 885, 887, 894, 895. Die Gerichte der Bundesrepublik unterlaufen den Kontinuitätsgrundsatz zumeist mit dem „Erfahrungssatz“, daß ein normal entwickeltes oder ein kleines Kind die negativen Folgen eines Kontinuitätsbruchs schnell und ohne dauernde Beeinträchtigung überwinde, dazu oben Fn. 13.

813 Dazu oben A.I.1.

814 Vgl. vor allem Watson, 21 Syracuse L.Rev. 61 ff., 64 (1969); Simitis, 2. DFGT S. 174.

und der Sorgeberechtigte in seiner Erziehung verunsichert<sup>815</sup>. Der Grad der Verunsicherung steigt mit der Einmischung des nichtsorgeberechtigten Elternteils in Erziehung oder Lebensführung des Sorgeberechtigten, durch die Drohung mit Änderungsanträgen und mit tatsächlich gestellten Anträgen, auch wenn sie nicht weiterverfolgt werden oder im Ergebnis keinen Erfolg haben. Unstabilität der eigenen Lebensverhältnisse und vor allem der persönlichen Zuordnung ist aber nun, was insbesondere in den USA hervorgehoben wird, die schwerste Beeinträchtigung des Kindeswohls, die einem in seiner Beziehungswelt und Orientierung ohnehin schon einmal fundamental betroffenen Scheidungskind widerfahren kann: "A child can handle almost everything better than he can handle instability"<sup>816</sup>. Bei einem kontinuierlich widrigen Wechsel besteht zumindest die Chance, daß er verarbeitet werden kann. Ständige Unsicherheit hingegen ist kein abgeschlossenes Ereignis, sie begleitet und lähmt das Leben der naheheulichen Teilfamilie. Stabilisierung und Befriedung der Lebensverhältnisse der Kinder wurde deshalb für wichtiger gehalten als die Entscheidung über die Person des Sorgeberechtigten<sup>817</sup>. Unter diesem Aspekt erschiene es gerechtfertigter, anstelle eines Grundrechts des Scheidungskindes auf ständige Überprüfung seiner Plazierung<sup>818</sup> sein Recht auf gesicherte und zweifelsfreie Zuordnung zu einer Bezugsperson zu postulieren, wie sie Kinder in jeder anderen Familienform genießen<sup>819</sup>. Das Kind braucht eine derartige Zuordnung zur Entwicklung seiner Persönlichkeit, zur Erfahrung jener psychosozialen Bindung, wie sie einem

815 OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 531; *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 175; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 406 a; Lehrbuch Familienrecht S. 242; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 61 ff. (1969); *ders.*, Legal Medicine Annual 1973, 494; vgl. auch *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 22, 25 f. (deutsch 26, 28 f.) für die Situation von potentiellen Adoptiveltern, die nicht sicher sind, ob die Adoption des von ihnen versorgten Kindes bestätigt wird, und Pflegeeltern, die nicht wissen, ob und wann ihnen das Kind genommen wird.

Zur Problematik im Zusammenhang mit Elternvereinbarungen, die die Sorgeberechtigung zeitlich aufspalten, oben C.IV.2.a).

816 *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 948 (Fam.Ct. 1972); *Anonymous v. Anonymous*, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *In re Alderson*, 4 FLR 2764 (Ore.App. 1978); *King v. King*, 500 P.2d 267, 269 (Ore. 1972); *Carroll v. Carroll*, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1965); vgl. *Watson*, Legal Medicine Annual 1973, 494 ("uncertainty is one of the most psychologically disturbing situations that can exist for a child"); *ders.*, 21 Syracuse L.Rev. 55, 63 f. (1969); *Bodenheimer*, 22 Vand.L.Rev. 1208 f. (1969); *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 37 ff. (deutsch 37 f.); noch deutlicher für die naheheuliche Teilfamilie *ders.*, Beyond (2. Aufl.) S. 117 ff. (allerdings unter dem Aspekt des Umgangsrechts); *Commissioners' Note* zu § 409 UMDA, 9 ULA 512 (1973); *Commissioners' Prefatory Note* zum UCCJA, 9 ULA 99 (1973); vgl. auch *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 175; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 609; *Simitis*, 2. DFGT S. 174 f.; *Barde*, ZSR 74 (1955), 539 a, 540 a; *Bühler*, ZSR 74 (1955) 406 a; *Egger* Art. 157 Anm. 4; OG 19.1.1971, NJ 1971, 467; Lehrbuch Familienrecht S. 240.

817 *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 61 ff. (1969); *Commissioners' Note* zu § 409 UMDA a.a.O.; vgl. auch *Jacobs v. Jacobs*, 216 N.W.2d 312, 314 (Iowa 1974: "the status of children should be quickly fixed and, thereafter, little disturbed"); *Mnpokin*, 39 L.&Cont.Prob. 292 (1975).

818 *O'Shea v. Brennan*, oben Fn. 791.

819 Vgl. *Goldstein/Freud/Solmit*, oben Fn. 816.

positiven Eltern-Kind-Verhältnis eigentümlich ist, und zum Erlernen personaler Koexistenz, die in der Bewältigung unvermeidbarer Konflikte, nicht in dem Davonlaufen vor ihnen besteht<sup>820</sup>.

Im Hinblick auf das Kontinuitäts- und Stabilitätsbedürfnis des Kindes muß das neue californische Recht als ein unglücklicher Fehlgriff bezeichnet werden. § 4600.5 Cal.Civ.Code stellt nicht nur eine gesetzliche Vermutung zugunsten der "joint custody" bei Elternvereinbarungen auf und favorisiert sie auch in Abwesenheit einer Elternvereinbarung, sondern gestattet überdies die freie Abänderbarkeit bestehender Sorgerechtsverhältnisse zugunsten eines derartigen Arrangements<sup>821</sup>. Die Welle von Abänderungsanträgen, forciert durch die Vaterrechtsbewegungen, hatte schon vor Inkrafttreten der Bestimmung am 1.1.1980 eingesetzt<sup>822</sup>. Die Kinder werden damit nicht nur in ihrer bisherigen familiären Zuordnung gestört, ihnen wird auch eine neue gesicherte Zuordnung verwehrt. Vielmehr werden sie fortan zwischen den Eltern hin- und hergeschoben als Objekte elterlicher Eigeninteressen und fortgesetzten Elternstreits<sup>823</sup>.

### b) Kindesinteressen an einer Änderung

#### aa) Kontinuität und Stabilität

Die vorerwähnten Interessen an Kontinuität und Stabilität sprechen zwar regelmäßig gegen eine weit definierte Änderungsmöglichkeit. Es kann sich jedoch auch umgekehrt verhalten. Der *Kontinuitätsgesichtspunkt* führt in aller Regel zur Sorgerechtsänderung, wenn das Kind faktisch seit längerer Zeit beim anderen Elternteil lebt und die Änderungsentscheidung somit nur Recht und Tatsachen in Übereinstimmung bringt<sup>824</sup>. Die Kontinuität wirkt hier gewissermaßen doppelt: Einmal

820 Letzterer Aspekt wird hervorgehoben in Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d 74, 76 (Iowa 1975), obwohl dort im Ergebnis doch dem intensiven Änderungswillen eines 13-jährigen Kindes Rechnung getragen wird. Beachtlich auch Lempp, Ehescheidung S. 28 (für das Kind solle man eine 1/2-jährige Probezeit beim nichtsorgeberechtigten Elternteil in Betracht ziehen, mit Rückkehrmöglichkeiten ohne Gesichtsverlust für das Kind). Vgl. auch Commissioners' Prefatory Note zum UCCJA, 9 ULA 99 f. (1973): "It does not require an expert in the behavioral sciences to know that a child, especially during his early years and the years of growth, needs security and stability of environment and a continuity of affection. A child who has never been given the chance to develop a sense of belonging and whose personal attachments when beginning to form are cruelly disrupted, may well be crippled for life, to his own lasting detriment and the detriment of society".

821 Zu diesem Gesetz vgl. oben 3. Kap. Fn. 228, (§ 4600.5 (e) Cal.Civ.Code).

822 Prof. C. Bruch in einem Brief vom 2.1.1980.

823 Kritisch B. Bodenheimer in einem Schreiben an den Chairman des Assembly Committee on Judiciary von Californien v. 7.5.1979, C. Bruch a.a.O.; zur gemeinsamen Sorge nach Scheidung vgl. Coester, EuGRZ 1982, 256, 258 ff.

824 OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258, 259; OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 533; 3.12.1980, FamRZ 1981, 600; OLG Hamburg 13.7.1981, FamRZ 1982, 532; BG 2.7.1959, BGE 85 II 153, 166 f.; OG 19.1.1971, NJ 1971, 467, 468; StadtG Groß-Berlin 8.11.1968, NJ 1969, 653 (in beiden Fällen war das Kind faktisch immer beim nicht-sorgeberechtigten Elternteil geblieben); BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511 f.; BG Leipzig 9.8.1966, NJ 1966, 736; Arcaese v. Monachino, 397 N.Y.S.2d 284, 285 (App.Div. 1977); Clark v. Clark, 3 FLR 2418 (Va. 1977); Barclay v. Barclay, 5 FLR 2283 (Ill.App.

entfällt sie als Hauptargument gegen Änderungen, zum anderen spricht sie positiv für eine rechtliche Änderung. Die Interessenlage ist hier grundverschieden von allen anderen potentiellen Änderungssituationen, in denen ein faktischer Wechsel des Kindes von einem zum anderen Elternteil in Frage steht. Es erschien deshalb möglich, diesem Falltypus eine legislative Sonderbehandlung einzuräumen, wie es das Recht der DDR<sup>825</sup> und der US-amerikanische UMDA tun<sup>826</sup>. Die gerichtlichen Begründungen werden damit von der Last befreit, sich über „triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe“ zugunsten einer Änderung auszulassen, das Augenmerk kann sich der wesentlicheren Frage zuwenden, wann eine Sorgerechtsänderung ausnahmsweise *nicht* vorzunehmen ist. Damit treten Probleme der rechtswidrigen faktischen Sorge, insbesondere bei Kindesentführung<sup>827</sup>, und der nur als

1978); Janney v. Janney, 154 P.2d 131, 133 (Kan. 1944); vgl. auch OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620; Haffter S. 53.

Dazu, daß der Kontinuitätsgrundsatz primär die *faktischen* Verhältnisse meint, vgl. oben Fn. 722.

825 OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 25; vgl. FGB-Kommentar, § 48 Ziff. 1.2.1.; Kübne, JH 1967, 242 f.

826 § 409 (b) (2), 9 ULA 511 (1973).

827 § 409 (b) (2) UMDA begrenzt die erleichterte Änderungsbefugnis auf die *einverständliche* Integration des Kindes in die Familie des nichtsorgeberechtigten Elternteils. Der UCCJA (9 ULA 99 (1973)), die Europäische Konvention über die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen und die Wiederherstellung von gestörten Sorgerechtsverhältnissen vom 20.5.1980 (European Treaty Series Nr. 105) sowie – als drittes überstaatliches Vertragswerk – der 1979-er Entwurf einer Haager Konvention über internationale Kindesentführungen wollen u.a. erreichen, daß rechtswidrige Sorgerechtsverhältnisse gar nicht erst in eine aus dem Gesichtspunkt des Kindeswohls beachtliche Kontinuität erwachsen können. Vorgesehen sind deshalb einheitliche Zuständigkeitsregeln, unbürokratische Informationen zwischen den Staaten, Kooperation und (mit Vorbehalten) unmittelbare Vollstreckung auswärtiger Herausgabebeanordnungen (zum Vergleich der ersten zwei Übereinkommen: Siebr, DAVorm 1977, 220, insbes. 232 ff., aller drei Übereinkommen: Hüßtege (1982); zum UCCJA oben 3. Kap. Fn. 261; zum Haager Entwurf B. Bodenheimer, 14 Fam.L.Q. 99 ff. (1980); Bericht in 6 FLR 2417 ff. (1980). Durch Verfahrensbeschleunigung können die Gerichte in der Tat viel Schaden verhindern. Beispielhaft BayObLG 16.2.1976, FamRZ 1976, 363 (die Entscheidungen aller drei Instanzen lagen nur gut einen Monat auseinander: 12.1., 23.1., 16.2.1976); vgl. demgegenüber Matter of Susanne U.N.N. v. O.O., 393 N.Y.S.2d 472 (App.Div. 1977) (31/2 Jahre für zwei Instanzen); s. auch Siebr, FamRZ 1976, 257; ders., DAVorm 1977, 236. Unbefriedigend im Hinblick auf das kindliche Kontinuitätsbedürfnis ist allerdings der Versuch, rechtswidrige Sorgerechtsverhältnisse durch einstweilige Anordnungen auch dann zu unterbrechen, wenn noch gar nicht über eine endgültige Zuordnung des Kindes entschieden worden ist, so aber KG 4.12.1973, FamRZ 4.12.1973, FamRZ 1974, 144, 145 f.; 19.12.1973, FamRZ 1974, 461 (zu den unerfreulichen Konsequenzen dieser Entscheidung Siebr, FamRZ 1976, 255 Fn. 1); wohl auch Lüderitz, FamRZ 1975, 609; Belke, FamRZ 1969, 73; dagegen zu Recht OLG Düsseldorf 6.9.1973, FamRZ 1974, 99; KG 18.6.1971, FamRZ 1971, 585, 586; McDonald v. McDonald, 3 FLR 2541 (Mich.App. 1977).

Ist aber allen Bemühungen zum Trotz das Kind dennoch beim nichtsorgeberechtigten Elternteil verwurzelt, wird man im Interesse des Kindes in Einzelfällen hinnehmen müssen, daß dieser Elternteil vollendete Tatsachen geschaffen hat, z.B. OLG Hamburg 24.7.1972, FamRZ 1972, 514; OLG Düsseldorf 6.2.1981, FamRZ 1981, 601, 602 f. (in concreto nicht gegeben); vgl. demgegenüber Matter of Susanne U.N.N. v. O.O. (a.a.O.), wo selbst ein vierjähriger Aufenthalt der Kinder beim nichtsorgeberechtigten Elternteil für (noch) unbeachtlich gehalten wurde; wie hier Neubaus, Ehe und Kindschaft S. 251; w.N. oben Fn. 351.

vorübergehend geplanten Überlassung der Personensorge an den nichtsorgeberechtigten Elternteil wegen temporärer Betreuungsschwierigkeiten bei Sorgeberechtigten in den Vordergrund<sup>828</sup>.

Da der vorübergehend betreuungsverhinderte Sorgeberechtigte angesichts der uneinheitlichen Rechtsprechung nicht sicher sein kann, daß er das Kind auch vom anderen Elternteil zurückbekommt, erhalten die Befürworter der "joint custody" ein weiteres Argument: Nach diesem Konzept ist die elterliche Kooperation auch nach der Scheidung institutionalisiert, das Kind kann ohne Änderungsgefahr einmal hier, einmal dort versorgt werden<sup>829</sup>.

Aus *kindzentrierter* Sicht muß die psychosoziale Verwurzelung des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Elternteil das ausschlaggebende Kriterium sein, wobei das besondere Zeitgefühl des Kindes<sup>830</sup> zu berücksichtigen ist und die Intensität des verbliebenen Kontakts zum Sorgeberechtigten während der Trennungszeit. Jede andere Lösung ist elternorientiert. Es kann insbesondere nicht eingewandt werden, daß der Sorgeberechtigte dann das Kind zu Dritten in Pflege geben müsse, wenn er sein Sorgerecht nicht verlieren wolle. In diesem Fall muß er gleichermaßen mit einer Sorgerechtsänderung rechnen, da ein Mangel an persönlicher Betreuung überwiegend als Änderungsgrund angesehen wird, wenn der andere Elternteil betreuungsbereit ist<sup>831</sup>.

Kontinuität und Stabilität stehen darüber hinaus einer Änderung immer dann nicht entgegen, wenn sie bei der bisherigen Platzierung des Kindes praktisch nicht vorhanden sind. Dies gilt vor allem für die in den USA häufigen joint-custody-anordnungen<sup>832</sup>. Ziehen die Gerichte aus der bei den Kindern eingetretenen Nervosität, Verunsicherung und Leistungsschwäche die Konsequenz und weisen die Sorge einem Elternteil allein zu<sup>833</sup>, werden damit Stabilität und die Voraussetzungen für

828 Gegen eine Änderung in diesen Fällen, auch wenn das Kind längere Zeit beim nichtsorgeberechtigten Elternteil gelebt hat, Schorno v. Schorno, 172 P.2d 474, 479 (Wash. 1946); Carlson v. Carlson, 140 So.2d 810, 802 ff. (La.App. 1962); Pullen v. Briggs, 4 FLR 2066 (N.M. 1977); Forde v. Sommers, 3 FLR 3113 f. (N.H. 1977); die letztere Entscheidung erging unter einem dem UMDA nachgebildeten Gesetz. Da dort eine Ausnahme bei der „faktischen Integration des Kindes in die Familie des Nichtsorgeberechtigten“ nicht vorgesehen ist, nahm das Gericht für den Sonderfall der temporär geplanten Überlassung eine teleologische Reduktion im Interpretationsweg vor. Wortlautgetreu für eine Änderung demgegenüber Clark v. Clark, 3 FLR 2418 (Va. 1977); Stewart v. Stewart, 5 FLR 2602 (Conn. 1979). Differenzierend wird das Problem der faktischen Überlassung des Kindes an den anderen Elternteil behandelt von Kühne, JH 1967, 242 f.

829 Cox/Cease, 1 Fam.Adv. 13 (1978); vgl. aber oben bei Fn. 823 und sogleich bei Fn. 832.

830 Dazu Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 40 ff. (deutsch 39 ff.) Wie im Text OLG Hamburg, 17.7.1981. FamRZ 1982, 532 ff.

831 Vgl. unten Fn. 847.

832 Es wird zwar versucht, die joint custody als Deckmantel für ein Hin- und Herschieben des Kindes entsprechend den jeweiligen Bedürfnissen zu benutzen (vgl. oben bei Fn. 829, 722), wobei Änderungen im vorgesehenen Platzierungsrhythmus als "mere custodial arrangements" erscheinen, Roth v. Roth, 3 FLR 2878 (Ill.App. 1977); sowie die Vorinstanzen in Carroll v. Carroll, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1978); Olson v. Olson, 4 FLR 2216, 2217 (Mont. 1978). Ablehnend aber die Supreme Courts in beiden letzteren Entscheidungen. Vgl. oben C.IV.4., Fn. 742-745.

833 Vgl. Nachweise oben 3. Kap. Fn. 276. In Gonyea v. Gonyea, 375 P.2d 808, 810 f. (Ore. 1962) wurde immerhin die Wechselhäufigkeit reduziert.

kontinuierliche Lebensverhältnisse erst hergestellt<sup>834</sup>. Aber auch bei Alleinsorge eines Elternteils kann dies der Fall sein, etwa bei ständig wechselnden Betreuungspersonen und Unterbringung oder bei extremer Unstetigkeit des Sorgeberechtigten<sup>835</sup>. Allerdings entziehen sich derartige Fälle einer typisierenden Sondernormierung.

#### bb) Sonstige Wechselinteressen

Für den Regelfall, in dem die Grundsätze der Kontinuität und Stabilität einer Änderung entgegenstehen, lassen sich drei Gesichtspunkte sondern, aus denen sich Interessen des Kindes *an* einer Änderung ergeben können: (1) Veränderungen in den Verhältnissen führen zu Niveauunterschieden zu Lasten des Sorgeberechtigten im Vergleich zum anderen Elternteil. Entweder verschlechtern sich dabei die Verhältnisse bei Sorgeberechtigten oder diejenigen beim nichtsorgeberechtigten Elternteil verbessern sich. (2) die Verhältnisse bleiben im wesentlichen gleich, aber es zeigt sich, daß die Erstentscheidung eine für das Kind schädliche Fehlplatzierung bedeutet hat. (3) Im Laufe der Kindesentwicklung verändern sich seine persönlichen Beziehungen zu beiden Elternteilen, so daß es im Ergebnis stark zum nichtsorgeberechtigten Elternteil tendiert bzw. den sorgeberechtigten Elternteil ablehnt. Die beiden letzteren Gruppen betreffen spezifische Risiken, die sich aus dem Getrenntleben der Eltern und der Notwendigkeit der Platzierung des Kindes beim einen oder anderen Elternteil ergeben. Aber auch in der ersten Gruppe wirken sich neben allgemeinen Wechselfällen des Schicksals für die naheheliche Teilfamilie typische Belastungen aus.

#### (1) Veränderung der Lebensverhältnisse

Als Krisensituation kann in der Regel die *Wiederheirat des Sorgeberechtigten* eingestuft werden. Unverträglichkeiten des Kindes mit Stiefgeschwistern oder dem Stiefelternteil<sup>836</sup>, aber auch objektive Bedenken aus der Person und dem erzieherischen

834 Blonsky v. Blonsky, 6 FLR 2545, 2546 (Ill.App. 1980); vgl. oben Fn. 726, 745. Das gleiche gilt, wenn die Erstentscheidung das Kontinuitätsinteresse des Kindes verletzt hat und wegen der negativen Konsequenzen die Sorge zugunsten der psychologischen Bezugsperson des Kindes geändert wird, OLG Hamburg 4.9.1959, FamRZ 1960, 123.

835 Lavanjo v. Lavanjo, 6 FLR 2522 (N.Y.Fam.Ct. 1980); In re Nodot, 6 FLR 2335, 2336 (Ill.App. 1980); Nucatola v. Nucatola, 2 FLR 2757 (N.Y.Sup.Ct. 1976): Die sorgeberechtigte Mutter war innerhalb von 5 Jahren 14mal umgezogen und hatte häufig schon bei unbedeutenden Schwierigkeiten den Vater eingeschaltet. Zu beachten aber demgegenüber McKenny v. McKenny, 5 FLR 2012 (Tex. 1978), bei ähnlichem Sachverhalt: Das Gericht stellte fest, daß die Kinder ein gutes Verhältnis zur Mutter hatten und glücklich waren und lehnte eine Änderung ab.

836 OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534; OLG Karlsruhe 15.3.1968, FamRz 1968, 266 f.; OLG Stuttgart 14.4.1966, OLGZ 1966, 471 ff.; LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; Canham v. Saisi, 5 FLR 2040 (Ill.App. 1978); In re Moffett, 3 FLR 2470 (Ore. App. 1977); OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 23; *Hanschmann*, NJ 1969, 775; *Robde*, NJ 1966, 468; *dies.*, JH 1968, 367; *Reinwarth*, NJ 1968, 659; *Wolfram*, JH 1968, 186; *Arnold* S. 81;

Einfluß des Stiefelternteils werden von der Rechtsprechung gelegentlich als Gründe anerkannt, die aus dem Interesse des Kindes eine Änderung rechtfertigen<sup>837</sup>. Umgekehrt kann die Wiederheirat des Sorgberechtigten jedoch auch eine positive Veränderung im Leben des Kindes bedeuten<sup>838</sup>. Art. 286 a.F. ZGB, der die Wiederverheiratung des Sorgberechtigten generell als Interventionsgrund hervorhob, wurde deshalb von der Schweizer Rechtsprechung als unangemessen empfunden<sup>839</sup> und ist im Zuge der Kindesrechtsreform ersatzlos aufgehoben worden<sup>840</sup>.

Auf der Seite des *nicht-sorgberechtigten Elternteils* wird die Wiederverheiratung zumeist als ein positiver Faktor angesehen. Der Vater gewinnt in der neuen Ehefrau traditionellerweise eine legitime und dauerhafte Betreuungshilfe für den Fall einer Sorgerechtsänderung<sup>841</sup>, während die bislang nicht-sorgberechtigte Mutter mit der Heirat häufig ihre persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse konsolidiert, bis

*Jorio S. 302.* Vgl. auch BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86 (da das 13jährige Kind den künftigen Mann der Mutter strikt ablehnte, wies das Gericht die Sorge von vornherein dem Vater zu, da das Kind sonst von der Mutter weglaufen werde). Die psychologischen Belastungen für das Kind, die mit einer Wiederheirat verbunden sein können und zu Problemen mit dem Stiefelternteil, aber auch dem Sorgberechtigten führen, erklären *Wallerstein/Kelly*, 47 Am.J.Orthopsych. 21 f. (1977): Zwischen Kind und Sorgberechtigtem entwickle sich nach der Scheidung oft eine enge, gegenseitig unterstützende Beziehung; finde der Sorgberechtigte dann einen neuen Partner, fühle sich das Kind ausgeschlossen und verlassen.

837 BayObLG 2.10.1964, FamRZ 1964, 640, 641; LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219 (Schläge durch Stiefvater als Änderungsgrund; dagegen OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534: Schläge durch Stiefmutter „möglicherweise erforderlich und angebracht“); vgl. BayObLG 6.3.1951, BayObLGZ 1951, 300, 309 f. (nicht ausreichend, daß der Stiefelternteil der frühere Scheidungsgrund war). Ist die Person des neuen Partners schon bei der Erstscheidung bekannt (im Verbundsystem seltener), ist sie schon dort in die Abwägung einzubeziehen, BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 252; 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; OLG Stuttgart 6.9.1974; ZBJR 1975, 131, 133, 136; OLG Köln 14.5.1980, FamRZ 1980, 1152 f.; in der DDR ergibt sich dies schon als Konsequenz aus § 47 FGB, der dem Stiefelternteil rechtliche Funktionen und Verantwortung zuweist, OG 4.7.1968, NJ 1968, 538, 540; vgl. auch 20.5.1965, NJ 1965, 585, 587; BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86. Eine ähnliche Bedeutung wie § 47 FGB entfaltet in der Schweiz der neue Art. 299 ZGB, *Jorio S. 302.* Für die USA vgl. oben 3. Kap. Fn. 272.

Um eine Ausuferung des Sorgerechtsstreits zu verhindern, verfolgen manche Gerichte in den USA die Tendenz, nur noch Fakten aus dem unmittelbaren Verhältnis Elternteil-Kind als erheblich zuzulassen, vgl. *Schiele v. Sager*, 4 FLR 2083 (Mont. 1977). Dieser Ansatz schneidet einen wesentlichen Aspekt des Kindeswohls ab.

838 Vgl. BayObLG 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; OLG Köln 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 183; BG 23.6.1927, BGE 53 II 189, 194; *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287 (Pa.Super.Ct. 1977); *Rothmann v. Rothmann*, 4 FLR 2122 (N.Y.App.Div. 1977); *Wallerstein*, 1 Fam.Adv. 5, 39 (1978).

839 BG 23.6.1927, BGE 53 II 189, 194; 11.12.1956, BGE 82 II 473, 476 ff.; 8.5.1969, BGE 95 II, 385, 389; vgl. *Egger Art. 157 Anm. 5.* Das generelle Mißtrauen gegen den neuen Stiefelternteil, das Art. 286 a.F. ZGB zugrunde lag, kommt bei *Michel S. 39* zum Ausdruck.

840 Gegen Art. 286 a.F. ZGB *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 286 Anm. 24 ff.; *Jorio S. 302*; oben 2. Kap. Fn. 181.

841 Vgl. beispielsweise LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219; LG Landau, 11.5.1967, FamRZ 1967, 405; *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287 (Pa.Super.Ct. 1977).

herige Erwerbstätigkeit einstellt und somit als leiblicher Elternteil zur Dauerbetreuung des Kindes bereitsteht<sup>842</sup>. Regelmäßig sollen nach herrschender Auffassung diese Gründe allein jedoch nicht zu einer Sorgerechtsänderung führen. So lange das Kindeswohl beim Sorgeberechtigten befriedigend gewahrt erscheint, reicht die Besserung der Verhältnisse beim nichtsorgeberechtigten Elternteil für eine Änderung nicht aus<sup>843</sup>. Anderes soll gelten, wenn die Erstplatzierung nur eine „Notlösung“ war<sup>844</sup>.

Dies zeigt, daß es letztlich nicht darauf ankommt, auf welcher Seite Veränderungen eintreten. Entscheidend für ein Änderungsinteresse des Kindes überhaupt ist ein erkennbarer Niveauunterschied zwischen einer aktuellen und potentiellen Platzierung. Offen bleibt, welches Ausmaß dieser Unterschied erreichen muß, um das Interesse des Kindes an Stabilität und Kontinuität zu überwiegen.

- 842 Vgl. unten Fn. 844. Von dieser typischen Rollen- und Familiengestaltung weichen die konkreten Verhältnisse zwar zunehmend ab. Dennoch stellt sie wohl noch den Durchschnittstypus in der Gesellschaft der westlichen Staaten dar, wie auch das Bild der Gerichtsentscheidungen ergibt (nicht dagegen in der DDR). Andere Gestaltungen sind hier uninteressant, da dann die beschriebenen Gesichtspunkte für eine Sorgerechtsänderung entfallen.
- 843 BayObLG 9.3.1951, BayObLGZ 1951, 330, 334; KG 20.3.1967, FamRZ 1967, 411 f.; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 829; OberG Zürich 22.4.1942, ZR 41 N. 98 q; 17.2.1964, ZR 63 N. 117; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff 24; Anonymous v. Anonymous, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Schuster v. Schuster, 4 FLR 2812, 2813 (Wash. 1978) vgl. aber LG Berlin 18.11.1968, FamRZ 1969, 219 f.: Das der Mutter zugewiesene Kind hatte zum Stiefvater ein schlechtes Verhältnis (Schläge), zur Frau des Vaters aber gute Beziehungen: Änderung bejaht.
- 844 OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; OberG Zürich 25.6.1958, ZR 58 N. 54; Bender v. Bender, 178 A.2d 779, 780 f. (Pa.Super.Ct. 1962); Greisamer v. Greisamer, 3 FLR 2443, 2444 (Utah 1976). Offenbar gilt den vorgenannten Gerichten schon die Platzierung beim Vater generell als Notlösung, so daß die Sorgerechtszuweisung zugunsten der Mutter geändert wird, wenn sich deren Verhältnisse konsolidiert haben, vgl. auch *Gernhuber*, Familienrecht S. 868; *Palandt/Diederichsen* § 1696 Anm. 2 (in NJW 1980, 9 wendet sich *Diederichsen* demgegenüber gegen eine generelle Bevorzugung der Mutter); *Egger* Art. 157 Anm. 5; zur Mutter-Tendenz der Gerichte auch bei Änderungsentscheidungen *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 625 (1965). Vom kindlichen Interesse an Kontinuität und Stabilität ist dabei nicht die Rede, auch nicht von einer rechtlichen Gleichwertigkeit der Eltern. Es ist auch regelmäßig nicht das Interesse des Kindes an persönlicher Betreuung, das im Vordergrund der Entscheidung steht, obwohl es allein eine Änderung rechtfertigen könnte. Vielmehr setzt sich der Mutter-Mythos auch gegen das Kontinuitätsinteresse des Kindes durch. Zu Recht ablehnend deshalb OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 829; OberG Zürich 17.2.1964, ZR 63 N. 117; In re Wasserman, 203 N.Y.S.2d 554, 558 (Sup.Ct. 1960); Bastian v. Bastian, 73 ALR 2d 1440, 1443 (Ohio App. 1959); Barclay v. Barclay, 5 FLR 2283, 2284 (Ill.App. 1978); In re Wyatt, 5 FLR 2116 (Ore.App. 1978); Leach v. Leach, 296 P.2d 1078, 1081 (Kan. 1956); Berman v. Berman, 5 FLR 2002, 2003 (Mich.App. 1978: Unzulässig „einstweilige Zuweisung“ an den Vater, bis sich die Verhältnisse der Mutter konsolidiert haben). Zum Mutter-Vorrang vgl. oben Fn. 451, 733 sowie 6. Kap. C.III.3.c) aa) (2) und Fn. 509-519.

(2) Fehlplatzierungen und scheidungsbedingte Veränderungen im Eltern-Kind-Verhältnis

Weitere Probleme beim Sorgeberechtigten ergeben sich daraus, daß die Möglichkeit einer Arbeits- und Funktionsteilung sowie der gegenseitigen Hilfe in Belastungssituationen, wie sie für vollständige Familien typisch ist, bei der Teilfamilie entfällt<sup>845</sup>. Die sozio-ökonomische Situation zwingt den Sorgeberechtigten zumeist zur Berufstätigkeit<sup>846</sup>, in deren Gefolge sich Betreuungsschwierigkeiten ergeben. Das Interesse des Kindes an persönlicher Betreuung durch einen Elternteil wird oft, aber nicht einhellig als Änderungsgrund angesehen<sup>847</sup>.

Aber auch die persönliche Eltern-Kind-Beziehung ist von der mangelnden Funktionsteilung betroffen. Eine wichtige Erkenntnis, die im Rahmen des "Children of Divorce Project" in Californien gewonnen wurde, besteht darin, daß die bisherige Funktion und Bedeutung der Eltern im Leben der Kinder von den Gerichten nicht ohne weiteres für die Zeit nach der Scheidung als fortdauernd unterstellt werden

845 Besonders anschaulich *Bruch*, 1 Fam.Adv. 25 ff. (1978); *Wallerstein/Kelly*, *Surviving the Breakup* S. 108 ff., 308 ff., 316 f.; vgl. auch 2. Familienbericht (Sachverständigenkommission) S. 27, 35; *Ftbenakis*, *Elterntrennung* S. 77 ff.

846 Nach einer bei *Helwig*, *Zwischen Familie und Beruf* S. 79 abgedruckten Tabelle ergeben sich (für 1973) folgende Erwerbsquoten für Frauen in der Bundesrepublik:

Altersgruppe	verheiratet	verwitwet/geschieden
20-25	56,0 %	81,4 %
25-30	46,5 %	79,2 %
30-35	40,6 %	75,6 %
35-40	41,4 %	69,8 %

Vgl. auch a.a.O., S. 100 f.; 3. Familienbericht (Sachverständigenkommission), BT-Drucks. 8/3121, S. 22 f.; *Waller-Döhner/Kulms/Höh*, in: Familienrechtsreform S. 89 ff. (dort ist sogar von einem Zwang zur Wiederheirat die Rede, S. 94); *Derleder/Derleder*, FamRZ 1977, 589 (mit weiteren statistischen Nachw. in Fn. 15) weisen auf das langfristige Interesse des Sorgeberechtigten an der Schaffung einer ökonomischen Basis und beruflicher Wiedereingliederung hin, aus dem sich Einbußen des Kindesinteresses an ungeteilter Betreuung durch den Sorgeberechtigten ergeben können. Die Kritik von *Giesen*, FamRZ 1977, 596 ff. und Festschrift *Beitzke* S. 225 ff. am neuen Unterhaltsrecht nach Scheidung, das den Sorgeberechtigten in die Erwerbstätigkeit treibe, übersieht, daß schon bislang ein Gehalt regelmäßig nicht zwei Haushalte tragen konnte, *Waller-Döhner/Kulms/Höh*, a.a.O., S. 93; *Derleder/Derleder*, a.a.O. Die Foundation for Child Development hat in einem National Survey für 1975 festgestellt, daß die Einkommen von Teilfamilien Mutter-Kind nach Scheidung in 37 % der Fälle die Armutsgrenze (5.000 Dollar im Jahr) unterschreiten; bei vollständigen Familien sind es ca. 6 %, vgl. *Zill* S. 20 f.; zur Erwerbstätigkeit von Müttern in den USA s. auch die Nachw. bei *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 236 Fn. 44 (1975); *Glendon*, 23 Am.J.Comp.L. 32 Fn. 106, 107 (1975); dies., *The New Family* S. 87.

847 OLG Stuttgart 26.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35 f.; BG 11.12.1956, BGE II 473, 476 ff.; 19.2.1959, BGE 85 II 12, 16 f.; OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 23; OG 19.1.1971, NJ 1971, 467, 468; KrG Erfurt-Süd 6.9.1966, NJ 1966, 735 f.; 24 AmJur2d § 824, S. 937; vgl. auch BayObLG 9.3.1951, BayObLGZ 1951, 330, 334 f.; OLG Hamm 28.10.1966, FamRZ 1967, 409, 411. Dagegen: OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534 (der Vater dürfe sich von allen geeigneten Dritten helfen lassen); OberG Zürich 17.2.1964, ZR 63 N. 117; *Smith v. Smith*, 4 FLR 2838 (Ore.App. 1978), gegen Dissent Roberts. Zur grundsätzlichen Vorrangigkeit persönlicher Betreuung durch einen Elternteil oben Fn. 250.

kann<sup>848</sup>. In jenem typischen Fall z.B., in dem die Kinder während bestehender Familiengemeinschaft eine liebevoll und geduldig betreuende Mutter hatten, die dem Vater Berufstätigkeit und weitgehend Disziplinierungsaufgabe in der Erziehung überließ, sehen sich nach der Scheidung die Kinder von der Mutter, wenn sie ihr – wie regelmäßig – zugewiesen werden, oft schwer enttäuscht. Sie muß plötzlich auch die Disziplinierung der Kinder selbst übernehmen, ist hierin ungeübt, was nicht nur die Kinder, sondern auch sie selbst belastet, und kann sich den Kindern auch sonst angesichts ihrer sozialen und ökonomischen Schwierigkeiten weder zeitlich noch emotional in gewohnter oder auch nur in befriedigender Weise zuwenden. Als Folge wurde häufig eine signifikante Verschlechterung des Verhältnisses der Kinder zur sorgeberechtigten Mutter nach der Scheidung festgestellt<sup>849</sup>. Der nichtsorgeberechtigte Vater hingegen ist von der unpopulären Rolle als grenzensetzender und strafender Elternteil befreit, ebenso vom ehelichen Streit, und gewinnt nicht selten eine neue, interessierte Sicht von seinen Kindern, zumal er sie nur in der unrealistisch-sonntäglichen Besuchsatmosphäre erlebt<sup>850</sup>. Entsprechend kann sich das Verhältnis der Kinder zum nichtsorgeberechtigten Vater positiv entwickeln<sup>851</sup>. Neben der Möglichkeit, daß das Gericht von vornherein falsch entschieden hat<sup>852</sup>, können sich auf Grund derartiger Entwicklungen Erstentscheidungen als dem Kindeswohl abträglich erweisen, so daß sich die Frage einer Abänderung stellt<sup>853</sup>.

### (3) Entwicklungsbedingte Wechseltendenzen des Kindes

Hinzu kommen schließlich noch jene Veränderungen im Eltern-Kind-Verhältnis, die nach entwicklungspsychologischen Erkenntnissen für die jeweilige Altersphase

848 So auch Lüderitz, FamRZ 1975, 609; *Comment*, 44 Denver L.J. 139 ff. (1967).

849 Wallerstein/Kelly, oben Fn. 845 sowie schon in 14 J.Am.Acad.ChildPsych. 607, 611 ff. (1975); dies., 46 Am.J.Orthopsych. 261 (1976). Da die Väter andererseits oft keinen Kontakt mit dem Kind halten, wendet sich nach der Scheidung die Entwicklung vieler Kinder ins Negative, 14 J.Am.Acad.ChildPsych. 615 f. (1975).

850 Vgl. z.B. OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141.

851 Wallerstein/Kelly, *Surviving the Breakup* S. 121 ff.; dies., 14 J.Am.Acad.ChildPsych. 608 f., 612 f. Besonders gilt nach den Feststellungen dieser Autoren für Kinder in der frühen Latenzzeit, die sie mit 7-8 Jahre ansetzen: Jungen haben gerade die ödipale Phase überwunden. Von der Mutter haben sie sich entwicklungsbedingt gelöst, den Vater verlieren sie nun (regelmäßig) durch die Scheidung. Sie haben Probleme bei der Anpassung an die sorgeberechtigte Mutter, Loyalitätskonflikte wegen der fortdauernden Vaterbindung, Kelly/Wallerstein, 46 Am.J.Orthopsych. 26 ff. (1976); vgl. auch Lempp, Ehescheidung S. 28 für die Pubertätsphase.

852 Vgl. Nachweise oben Fn. 573.

853 OLG Köln 15.7.1970, FamRZ 1971, 188, 189 f.; OLG Stuttgart 14.4.1966, OLGZ 1966, 471 ff.; LG Hamburg 12.12.1960, mitgeteilt bei Luther, *Gerichtliche Psychologie* S. 28; vgl. auch den Sachverhalt bei OLG Stuttgart 1.3.1976, FamRZ 1976, 538; OG 19.1.1971, NJ 1971, 467, 468 f.; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511 f.; KrG Eisenach 19.9.1966, JH 1967, 124, 125; Merluzzi v. Hotze, 3 FLR 2490 (N.Y.App.Div. 1977); Pact v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 950 f. (Fam.Ct. 1972); Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d 71 (Iowa 1975). Daß wegen der Unsicherheitsfaktoren bei der Erstentscheidung eine Änderungsmöglichkeit offen stehen müsse, wird betont von BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 78, 80 f.; Barde, ZSR 74 (1955); 539a, 540a; Deschenaux/Tercier S. 124; Treitz S. 105.

als normal gelten. Braucht das Kind eine Bezugsperson gleichen oder anderen Geschlechts, wie vor allem in und nach Überwindung der Ödipalphase<sup>854</sup>, kann es bei Familiengemeinschaft mit beiden Eltern seine typischen Bedürfnisse innerhalb des Familienverbandes befriedigen; in der Teilfamilie führt die Tendenz zum anderen Elternteil zwangsläufig aus dem Familienverband heraus<sup>855</sup>. In der Pubertätsphase bietet sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil für das Ablösungsstreben des Jugendlichen als Alternative zunächst geradezu an.

Welche rechtlichen Konsequenzen aus derartigen entwicklungsbedingten, wechselnden Tendenzen des Kindes zu ziehen sind, wird unterschiedlich beantwortet. Die Gerichte betonen einerseits den Grundsatz, daß die Sorgerechtszuweisung bis zur Volljährigkeit des Kindes Bestand haben solle<sup>856</sup> und daß es nicht Sache des Rechts sein könne, Kinder entsprechend ihrem jeweiligen Entwicklungsstand zwischen den Eltern hin und her zu schieben<sup>857</sup>. Aus dieser Position folgt, daß dem Wunsch des Kindes, zum anderen Elternteil zu kommen, nicht entscheidendes Gewicht beigelegt werden kann<sup>858</sup>. Andererseits kommen die Gerichte doch nicht umhin, einer im Laufe der Zeit gewachsenen Tendenz des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil nachzugeben, wenn sie besonders stark ausgeprägt oder mit einer nachdrücklichen Ablehnung des Sorgeberechtigten verbunden ist<sup>859</sup>. Gelegentlich wird sogar dem Grundsatz nach gefordert, daß sich das Recht seinem Regelungs-

854 Vgl. oben Fn. 851.

855 Tendiert das Kind zu Dritten, stößt sein Wille regelmäßig auf die Grenze des Elternrechts, vgl. auch unten Fn. 924. Anders ausnahmsweise *Haynes v. Haynes*, 6 FLR 2249 (Neb. 1979).

856 BayObLG 29.12.1961, FamRZ 1962, 165, 167; 13.11.1964, FamRZ 1965, 51, 52; 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 39; BG Potsdam. 2.8.1968, NJ 1969, 511; Lehrbuch Familienrecht S. 240; Arnold S. 79; Barde, ZSR 74 (1955) 539 a.

857 *Smith v. Smith*, 4 FLR 2838 (Ore.App. 1978); vgl. *Tighe v. Moore*, 151 So.2d 910, 915 (Miss. 1963); 27B CJS, Divorce § 317, S. 545.

858 BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 41; OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533, 534; OLG Köln 18.7.1972, FamRZ 1972, 572, 573; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; *Canham v. Saisi*, 5 FLR 2040 (Ill.App. 1978); *Carroll v. Carroll*, 4 FLR 2768, 2769 (Ill.App. 1978); *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d 720, 721 ff. (Ill.App. 1965); *Herron v. Herron*, 141 N.W.2d 562, 563 (Iowa 1966); *In re Hill*, 3 FLR 2742 (Okla. 1977); *Tomlinson v. Tomlinson*, 3 FLR 2564 (Pa.Super.Ct. 1977); vgl. 4 ALR 3d 1737 (1965); *Siegel/Hurley*, 11 Fam.L.Q. 15 ff., 24 (1977). Zum US-Recht im übrigen 3. Kap. Fn. 273.

859 BayObLG 21.12.1973, FamRZ 1974, 150; 25.3.1974, FamRZ 1974, 326; 31.7.1974, FamRZ 1974, 534 (alle drei Entscheidungen betreffen denselben Fall); OLG Köln 15.7.1970, FamRZ 1971, 188, 189 f.; LG Landau 11.5.1967, FamRZ 1967, 405, 406; OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 23; BG Potsdam 2.8.1968, NJ 1969, 511; FGB-Kommentar, § 48 Anm. 1.2.2.; *Reinwarth*, NJ 1968, 659; *Robde*, NJ 1966, 468; *Bender v. Bender*, 178 A.2d 779, 780 f. (Pa.Super.Ct. 1962); *Graichen v. Graichen*, 121 N.W.2d 737, 742 (Wisc. 1963); *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 950 f. (Fam.Ct. 1972); *Jorio* S. 302. Vgl. auch oben bei Fn. 573, 574.

gegenstand anpassen und, wie die menschlichen Beziehungen und Lebensverhältnisse selbst, flexibel sein müssen<sup>860</sup>.

Bedenkt man, daß in der vollständigen Familie beide Eltern als Identifikationsmodell und Bezugspersonen zur Verfügung stehen und daß insoweit die Trennung der Eltern eine wesentliche Verarmung der familialen Umwelt für die Kinder bedeutet, so muß ihnen ein beachtliches Interesse an einer Umplazierung, wenn diese ihren psychischen Bedürfnissen entspricht, grundsätzlich zugebilligt werden. Wann das Änderungsinteresse allerdings so stark ist, daß es die gegenläufigen Kontinuitäts- und Stabilisierungsinteressen der Kinder verdrängt, ist nur in Extremfällen klar erkennbar. Die Tendenz des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil hebt sein Kontinuitätsinteresse nur insoweit auf, als die Kontinuität einer Plazierung als Indiz dient für die innere Bindung des Kindes<sup>861</sup>. Der darüber hinausgehende Wert kontinuierlicher Lebensverhältnisse für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes<sup>862</sup> wird durch einen entgegengesetzten Kindeswillen nicht beeinträchtigt. Hier gilt das gleiche wie beim Stabilitätsinteresse: Die Gewißheit und tatsächliche Beständigkeit der familialen Zuordnung setzen in gewissen Grenzen auch *gegen* den Kindeswillen den Rahmen, der erst Persönlichkeitsentwicklung und Sozialisation des Kindes generell ermöglicht<sup>863</sup>. Hier liegt der mögliche Hauptkonflikt zwischen dem „wohlverstandenen Kindesinteresse“ und dem aktuellen Kindeswillen<sup>864</sup>.

## 2. Der Einfluß kindesfremder Gesichtspunkte bei Änderungsanträgen und -entscheidungen

Zur Beurteilung der Änderungsproblematik aus der Sicht des Kindesinteresses hat sich das Augenmerk auch auf den Anteil kindeswohlfreundlicher Motivationen zu richten, die dabei eine Rolle spielen können. Eine Gefährdung des Kindeswohls durch

860 *Pact v. Pact*, a.a.O., S. 948; *Lee v. Lee*, 4 FLR 2123 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Gernhuber*, Familienrecht S. 867 f.; *Treitz* S. 108. Ein eindrucksvolles Beispiel für das langsame „Hinüberwachsen“ der Kinder vom Sorgeberechtigten zum anderen Elternteil, ohne daß sonstige Momente eine Rolle spielten, bietet der Fall *Bender v. Bender*, 178 A.2d 779 (Pa.Super.Ct. 1962): Obwohl der Vater für die zwei Kinder ab ihrem 5. bzw. 3. Lebensjahr fast 6 Jahre lang tadellos und liebevoll sorgte, intensivierte sich kontinuierlich auch der Kontakt der Kinder zur Mutter, bis sie schließlich darum baten, der Mutter zugewiesen zu werden – “though they love their father very much and would prefer to live with both parents” (a. a.O., S. 779 f.). Das Gericht entschied zugunsten der Mutter.

861 Vgl. oben A.I.1.a) sowie Text bei Fn. 447 ff., 469 ff.

862 Oben A.I.1.a), C.IV.3. und D.II.1.a).

863 *Steffen*, ZBlJR 1979, 130 f.; zu großzügig zugunsten von Änderungen deshalb *Klußmann*, Das Kind S. 115 f.

864 Vgl. OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141 f.; vgl. auch oben Fn. 544. Die hier vertretene rechtliche Bewertung ist auch zum Schutz des Kindes notwendig, damit es nicht auf Dauer Objekt von Beeinflussungsstrategien wird, vgl. oben Fn. 523, 527, 528 und In re Alderson, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); In re Corradino, 5 FLR 2139 (N.Y.App.Div. 1978); *Padbury v. Padbury*, 6 FLR 2672 (Ore.App. 1980); *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 323 Fn. 81.

kindesfremde Gesichtspunkte ist bei Änderungen noch stärker indiziert als bei originären Platzierungsentscheidungen. Dort ist immerhin der Fall häufig, daß das Kindeswohl bei beiden Eltern im Prinzip gewahrt ist; eine Entscheidung muß ohnehin getroffen werden, und der Einfluß kindesfremder Erwägungen muß nicht notwendig zu aktuellen Schädigungen des Kindes führen. Motivieren solche Erwägungen aber Änderungsbestrebungen, wird in ein etabliertes Sorgerechtsverhältnis ohne Legitimation aus dem Kindesinteresse eingegriffen. Damit steht das Kindesinteresse der Änderung aber unter dem Gesichtspunkt der Kontinuität und Stabilität grundsätzlich *entgegen*. Die Objektstellung des Kindes wird angesichts der Ignorierung seiner offensichtlichen Bedürfnisse besonders deutlich<sup>865</sup>.

#### a) Elterninteressen

Elterninteressen bei Änderungsanträgen können in vielfältiger Gestalt auftreten. Zunächst kann das grundsätzliche Interesse des nichtsorgeberechtigten Elternteils an der Gemeinschaft mit seinem Kind ihn zu einer Fortsetzung des Sorgerechtskampfes bewegen. Die Erstentscheidung wird dann nur als verlorene erste Runde angesehen, der – vor allem in den USA – in kurzen Zeitabständen immer wieder Änderungsanträge folgen<sup>866</sup>. Begleitet werden kann dieser Kampf von „Abwerbungsversuchen“ durch Beeinflussung des Kindes<sup>867</sup>. Häufiger noch ist die ständige Kontrolle der Verhältnisse beim Sorgeberechtigten, für die das Umgangsrecht die faktische Basis liefert, und das Aufgreifen jeglichen Umstands, der potentiell Grundlage für eine Sorgerechtsänderung sein könnte. Gesellschaftliche Verhaltensstandards, vor allem auf sittlichem Gebiet, dienen dabei als Vehikel der Änderungsinteressen des nichtsorgeberechtigten Elternteils<sup>868</sup>.

Die Änderungsmöglichkeit kann auch als Druckmittel dienen, um eigene *Erziehungsvorstellungen* des nichtsorgeberechtigten Elternteils, etwa bezüglich der Ausbildung des Kindes durchzusetzen<sup>869</sup>. Sachlich müssen diese Vorstellungen nicht un-

865 Vgl. OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 175. Die Sachverhalte oberinstanzlicher Entscheidungen über Änderungsanträge liefern insoweit ein reiches Anschauungsmaterial. vgl. die Beispiele unten Fn. 885, 887, 894, 895.

866 Vgl. *King v. King*, 500 P.2d 267 (Ore. 1972); *Laughton v. Laughton*, 43 ALR 2d 351 (Wyo. 1953); *Ward v. Ward*, 353 P.2d 895, 898 (Ariz. 1960); *Ward v. Ward*, 371 P.2d 1022 (Ariz. 1962); OLG Hamm 28.10.1966, FamRZ 1967, 409. Zur Befriedungsfunktion von Sorgerechtsentscheidungen vgl. oben A.I.1.c) und 6. Kap. bei Fn. 201.

867 Erfolgreich in *Shoup v. Shoup*, 4 FLR 2651 (Pa.Super.Ct. 1978, gegen Dissent Spaeth, S. 2651); als Argument *gegen* eine Änderung benutzt In re *Alderson*, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); vgl. auch *Stickler v. Stickler*, 206 N.E.2d, 720, 722 (Ill.App. 1965) zum Werben der Eltern um die Kindesgunst: "The putative prize in this sordid contest is also the victim."

868 Vgl. im einzelnen unten b).

869 Vgl. BayObLG 19.7.1951, BayObLGZ 1951, 500; bezüglich der religiösen Erziehung *Stanton v. Stanton*, 66 ALR 2d 1401, 1408 (Ga. 1957) (erfolglos); *Dean v. Dean*, 3 FLR 2292 (N.C.App. 1977) (erfolgreich).

bedingt dem Kindesinteresse entsprechen, als Einmischung in das Erziehungskonzept des Sorgberechtigten tun sie es grundsätzlich nicht<sup>870</sup>.

Schließlich ist mancher bei der Scheidung und im Sorgerechtsverfahren unterlegene Elternteil nicht eigentlich an der Sorge für das Kind interessiert, sondern vornehmlich an der *Störung* des weiteren Lebens seines früheren Ehegatten<sup>871</sup>. Besonders deutlich tritt dies hervor, wenn die Heirat des Sorgberechtigten, insbesondere mit dem früheren Ehebruchspartner, als solche Anlaß für den Änderungsantrag gibt<sup>872</sup>.

Störungsinteresse und das verbliebene Recht des nichtsorgberechtigten Elternteils mit seinem Kind können schließlich in den Fällen zusammentreffen, in denen der Änderungsantrag auf die geplante oder schon vollzogene *Auswanderung des Sorgberechtigten* mit dem Kind gestützt wird. Die Reaktion der Gerichte reicht in dieser Frage vom absoluten Schutz des Umgangsberechtigten<sup>873</sup> bis zur grundsätzlichen Zulassung der Auswanderung, wenn nicht konkrete Umstände bei der Auswanderung oder im Ausland das Kindeswohl nachhaltig beeinträchtigen<sup>874</sup>. Ein wei-

870 Hier zeigt sich, daß der Interpretationsprimat des oder der Sorgberechtigten (oben 4. Kap. B.I.) nicht nur Ausfluß des Elternrechts, sondern auch des Kindesinteresses ist – solange die Familieneinheit besteht.

871 Nach den Erfahrungen der OLG-Richterin *Cuny* liegt diese Motivation „in den weitaus meisten Fällen“ eines Änderungsantrags vor, in: Neues elterliches Sorgerecht S. 175.

872 *McKinney v. Kelley* 141 A.2d 660, 667, 670 (Vt. 1957); *Selbert v. Selbert*, 400 N.Y.S.2d 586, 587 (App.Div. 1977: Hier hatte die sorgberechtigte Mutter zwar nicht geheiratet, aber mit ihrem Freund zusammen ein Haus gekauft; das Gericht sah hierin nur eine Erhöhung der Lebensstabilität für die Kinder); *skurril Anonymous v. Anonymous*, 4 FLR 2124 (N.Y.Sup.Ct. 1977: Der sorgberechtigte Vater hatte eine Frau geheiratet, der die Mutter in einem Änderungsantrag vorwarf, bisexuell zu sein. Schon vor der Scheidung habe diese Frau mit ihr (der Mutter) ein Verhältnis gehabt sowie auch mit beiden früheren Eheleuten zusammen. Das Gericht wies die Änderungsklage ab mit dem Hinweis, bei dem Vorwurf der Mutter handele es sich um „a two – or perhaps three-edged sword“, S. 2125). *Schikane* bezweckten auch Anträge in der Schweiz, den Sorgberechtigten mit einer Erziehungsaufsicht zu belasten, vgl. *OberG Zürich* 23.8.1973, SJZ 70 (1975), 282 f.; *Näf-Hofmann*, in: *Das neue Kindesrecht* S. 85.

873 *Drury v. Drury*, 5 FLR 2026 (Ill.App. 1978), *O'Shea v. Brennan*, 387 N.Y.S.2d 212, 215 f. (Sup.Ct. 1976); *Wallace v. Wallace*, 358 N.E.2d 1369, 1371 (Ohio App. 1974); die Vorinstanz in *Thurman v. Thurman*, 32 ALR 2d 996 (1952); vgl. 27B CJS, *Divorce* § 317, S. 554 f. m.w.N.

874 *BayObLG* 22.8.1961, *FamRZ* 1962, 34, 36; 18.3.1964, *FamRZ* 1964, 454, 455 (die Vorinstanzen hatten der sorgberechtigten Mutter, die nach Frankreich umziehen wollte, einen Pfleger für die gesetzliche Vertretung der Kinder beigelegt); *KG* 31.7.1978, *FamRZ* 1978, 832, 833 (Umzug von Berlin nach Baden-Württemberg); *OLG Düsseldorf* 13.6.1979, *FamRZ* 1979, 965, 966; *OLG Karlsruhe* 29.12.1977, *FamRZ* 1978, 201, 202; *OLG Köln* 18.7.1972, *FamRZ* 1972, 572, 573 f.; *LG Mannheim* 28.6.1974, *Justiz* 1975, 232 f.; vgl. *OLG München* 25.8.1977, *FamRZ* 1977, 749, 750 (gesundheitliche Bedenken); *OLG Stuttgart* 20.12.1979, *NJW* 1980, 1227, 1229; *BG* 8.5.1969, *BGE* 95 II 385, 387 f.; *OberG Basel-Land* 11.3.1975, *BJM* 1975, 240, 243; *Dokos v. Dokos*, 232 N.E.2d 508, 510 (Ill.App. 1967); *Hutchins v. Hutchins*, 4 FLR 2762, 2763 (Mich.App. 1978, conc.op. *Bearsley*); *Steiner v. Steiner*, 4 FLR 2677 (Pa.Super.Ct. 1978); *Tandy v. Tandy*, 2 FLR 2757 (Ill.App. 1976); *Burgham v. Burgham*, 6 FLR 2824 (Ill.App. 1980); *Meier v. Meier*, 5 FLR 2159 f. (Ore.App. 1978); *Piraino v. Piraino*, 5 FLR 2116 (N.Y.Sup.Ct. 1978); *Hoyt v. Boyar*, 5 FLR 2135 f. (N.Y.Fam.Ct. 1978).

terer Vorbehalt wird gelegentlich für böswillige, auf Vereitelung des Umgangsrechtes zielende Auswanderungen gemacht<sup>875</sup>. Vermittelnde Auffassungen fragen danach, ob die Auswanderung dem Kindeswohl dient<sup>876</sup> oder ob der Sorgeberechtigte „triftige Gründe“ für die Auswanderung habe<sup>877</sup>.

In derartigen Fällen sind zwei Rechtsfragen klar voneinander zu trennen. Die erste richtet sich auf die *Zulässigkeit* der faktischen (oder – bei entsprechendem Antrag – der rechtlichen) Umgangsbeschränkung, die mit der Auswanderung regelmäßig verbunden ist.

Das positive Recht der Bundesrepublik zeichnet insoweit, ähnlich den anderen Rechtsordnungen, unübersteigbare Bewertungen vor: Der Umgang dient *grundsätzlich* dem Kindesinteresse, und Ausnahmefälle sind der maßgeblichen Prüfung und Feststellung des *Familiengerichts* zugewiesen (§ 1634 Abs. 2 S. 2 BGB)<sup>878</sup>. Die Entscheidung des Familiengerichts wird von zwei Grundfragen bestimmt, die im jeweiligen Einzelfall verschiedenes Gewicht haben können: Inwieweit trägt das *Kindeswohl*, d.h. das Interesse des Kindes am fortbestehenden Kontakt mit dem nichtsorgeberechtigten Elternteil Restriktionen der Bewegungs- und Entfaltungsfreiheit der Teilfamilie Sorgeberechtigter – Kind? Wie sind Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils und Persönlichkeitsrecht des Sorgeberechtigten<sup>879</sup>, einschließlich seiner grundsätzlichen Kompetenz zur eigenverantwortlichen Führung der Teilfamilie gegeneinander abzuwägen? Der Richter steht hier vor einem delikaten Bewertungsproblem. Aus der Existenz kollidierender Wertungsgesichtspunkte und Rechtspositionen läßt sich mit Gewißheit zunächst lediglich folgern, daß pauschale Bevorzugungen der einen oder anderen Lösung unzulässig sind. In Einzelheiten ist dieses Problem hier nicht zu verfolgen.

875 OLG Köln 18.7.1972, FamRZ 1972, 572, 574; LG Mannheim 28.6.1974, Justiz 1975, 232, 233 (Heimliches Auswandern wurde allerdings nicht als Indiz für Böswilligkeit genommen); In re Ciganovich, 132 Cal.Rptr. 261, 263 f. (App. 1976); Hoffman v. Hoffman, 17 Cal.Rptr. 543, 548 (App. 1961); Arquilla v. Arquilla, 6 FLR 2683 (Ill.App. 1980); Todaro v. Todaro, 6 FLR 2695 f. (N.Y.App.Div. 1980); Cmaylo v. Cmaylo, 6 FLR 2696 (N.Y.App.Div. 1980); MünchKomm/Hinz § 1634 Anm. 9; *Staudinger/Schwoerer* § 1634 Anm. 96; *Schwoerer*, FamRZ 1963, 301 f.; dagegen OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202.

876 OLG Oldenburg 16.11.1979, FamRZ 1980, 78, 79; wohl auch BayObLG 1.10.1956, JR 1957, 141, 143; *Beitzke*, JR 1957, 142; In re Guterath, 3 FLR 2079 (Iowa 1976); Wells v. Wells, 261 P.2d 971, 973 (Wash. 1953); In re Meier, 5 FLR 2656 (Ore. 1979); Arquilla v. Arquilla, 6 FLR 2683 (Ill.App. 1980).

877 OLG Oldenburg 16.11.1979, FamRZ 1980, 78, 79; *Schwoerer*, FamRZ 1963, 301 f.; *Staudinger/Schwoerer* § 1634 Anm. 92, 93; Fritschler v. Fritschler, 208 N.W.2d 336, 338 f. (Wisc. 1973) (so in der Sache, obwohl ein entsprechender Grundsatz zuvor abgelehnt wird); Middlekauf v. Middlekauf, 4 FLR 2690, 2691 (N.J. 1978); D'Onofrio v. D'Onofrio, 3 FLR 2004 (N.J. 1976); Gallagher v. Gallagher, 376 N.E.2d 279, 282 (Ill. App. 1978); Syas v. Syas, 34 N.W.2d 884, 886 (Neb. 1948). *Dagegen* OLG Düsseldorf 13.6.1979, FamRZ 1979, 965, 966 (das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung des Sorgeberechtigten schließt die Forderung von triftigen Gründen aus); *Bodenheimer*, 1 FamAdv. 20 (1978) („triftige Gründe“ werden in der Praxis kaum je anerkannt). Anders jetzt wieder OLG München 6.2.1981, FamRZ 1981, 389 ff.

878 Verbreitete fachwissenschaftliche und juristische Kritik am Umgangsrecht generell kann deshalb den Sorgeberechtigten nicht rechtfertigen, wenn er wegen angeblich *grundsätzlicher* Schädlichkeit des Umgangs zur Selbsthilfe greift, gegen OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202.

879 Das Recht auf Freizügigkeit bezüglich Auswanderungen ist nach Auffassung des BVerfG nicht durch Art. 11, sondern nur durch Art. 2 GG geschützt, Entscheidung vom 16.1.1957, BVerfGE 6, 32, 34 ff.; OLG Düsseldorf, 13.6.1979, FamRZ 1979, 965, 966.

Die zweite, an dieser Stelle allein interessierende Frage richtet sich auf die Möglichkeit der *Sorgerechtsänderung* für den Fall der Auswanderung. Es wird offenbar, daß auch bei unrechtmäßiger Umgangsvereitelung die Änderungsfrage noch nicht automatisch mitbeantwortet ist. Zusätzliche Gesichtspunkte bestimmen diese zweite richterliche Entscheidung, etwa die Erziehungseignung der Eltern im Hinblick auf § 1634 Abs. 1 S. 2 BGB<sup>880</sup> und das Kontinuitätsinteresse des Kindes, das bei schon erfolgter Auswanderung besonders schwer wiegen kann (Verwurzelung im neuen Lebenskreis; schon eingetretene Entfremdung zum nichtsorgeberechtigten Elternteil<sup>881</sup>. Während in der Umgangsfrage den Elternrechten konstitutiver Stellenwert eingeräumt wird<sup>882</sup>, gilt bei Sorgerechtsänderungen der Primat des Kindeswohls wie auch Erstentscheidungen<sup>883</sup>. Hieraus folgt, daß über die vorgenannten Einzelgesichtspunkte hinaus die Gesamtinteressenlage des Kindes zu würdigen, insbesondere

880 Vgl. oben A.I.1.c). Man wird allerdings kaum argumentieren können wie das OLG Oldenburg 16.11.1979, FamRZ 1980, 78 f., das den auswanderungswilligen Sorgeberechtigten in eine unentzerrbare Zwangslage versetzt: Die sorgeberechtigte Mutter hatte die Auswanderung davon abhängig gemacht, daß sie das Kind mitnehmen könne. Das Gericht verbot die Auswanderung, gestützt auf § 1634 Abs. 2 BGB im Hinblick auf das Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils (vorbehaltlich „triftiger Gründe für die Auswanderung“). Sei der Sorgeberechtigte hingegen zur Auwanderung *in jedem Fall* entschlossen, müsse er sich – so droht das Gericht – „nachdrücklich nach seiner Eignung befragen lassen“ (a.a.O., S. 79 r.Sp.). Dem Sorgeberechtigten stellen sich damit folgende Alternativen: Verzicht auf jegliche Auswanderungspläne; Verzicht auf das Kind; heimliche Auswanderung, wann immer dies im Hinblick auf die Einstellung der ausländischen Behörden möglich ist. Kritisch zu einer Rechtsgestaltung, die grundsätzlich rechtsloyale Bürger in die Illegalität treibt, *Bodenheimer*, 65 Cal.L.Rev. 1009 (1977); dies., 1 Fam. Adv. 19 ff. (1978); *Comment*, 6 U.C. Davis L.Rev. 193 (1973); vgl. auch Bennett v. Jeffreys, 356 N.E.2d 277, 284 (N.Y. 1976: Das Recht muß so gestaltet sein, daß es keinen Anreiz zur Selbsthilfe und zur Schaffung vollendeter Tatsachen gibt). Wie stets, geht im Gefolge elternrechtsorientierten Denkens die Persönlichkeit des Kindes letztlich unter. Anstatt zu befrieden, trägt das Recht zum scheidungsbedingten Chaos bei, kritisch insoweit Carroll v. Carroll, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1978); *Bodenheimer*, a.a.O.

881 Vgl. den Sachverhalt in OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201 202.

882 BVerfG 15.6.1971, FamRZ 1971, 421, 424 f.; BGH 13.12.1968, NJW 1969, 422 f.; DDR: oben 1. Kap. Fn. 220; Schweiz: oben 2. Kap. Fn. 170; USA: oben 3. Kap. Fn. 252.

883 OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202: Es verbiete sich, „das Kind unter Vernachlässigung seiner bestmöglichen Entwicklungschancen zum bloßen Mittel und Objekt zu machen, das der Durchsetzung eines zum Selbstzweck erhobenen Elternrechts dienen soll. Wird das Verkehrsrecht vom Sorgeberechtigten verletzt, so muß der Streit darüber allein zwischen den Eltern ausgetragen werden, ohne daß das Kind davon in Mitleidenschaft gezogen wird“; vgl. auch OLG Oldenburg, 16.11.1979, FamRZ 1980, 78, 79. Nur scheinbar kindeswohlorientiert ist insbesondere das Argument, die Beziehungen des Kindes zum nichtsorgeberechtigten Elternteil müßten erhalten werden: Zumeist wird mit einer Änderung die Beziehung des Kindes zum bisher Sorgeberechtigten, der bereits ausgewandert ist oder seinem neuen Ehegatten ins Ausland folgen will, abgeschnitten, so in Pallares v. Pallares, 5 FLR 2955 (N.Y.Sup.Ct. 1979); O’Shea v. Brennan, 387 N.Y.S.2d 212 (Sup.Ct. 1976); kritisch insoweit Potts v. Potts, 6 FLR 2547 (Ill.App. 1980). Zu elternrechtsbezogenem tritt in diesen Fällen offenbar auch chauvinistisches Denken; zu letzterem oben Fn. 133; OLG München 6.2.1981, FamRZ 1981, 389 ff.

beide Plazierungsalternativen unter dem Aspekt des Kindeswohls miteinander zu vergleichen sind<sup>884</sup>.

Gelegentlich wird die Sorgerechtszuweisung ohne vorherige Prüfung der Lebensumstände des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Elternteil geändert, obwohl der Sachverhalt es nahelegt, daß dieser Elternteil gar keine Unterbringungs- oder Betreuungsmöglichkeit hat<sup>885</sup>.

Es folgt weiterhin, daß – ungeachtet der Maßstäbe bei der Änderungsentscheidung im einzelnen – der Primat des Kindeswohls auf jeden Fall verletzt ist, wenn der umgangsrechtlichen Bewertung präjudizielle Bedeutung für die Änderungsfrage eingeräumt wird. Insbesondere wird dadurch dem Elternrecht des nicht-sorgeberechtigten Elternteils ein vom Recht ausgeschlossener Stellenwert zugestanden<sup>886</sup>.

### b) Gesellschaftsinteressen

Sorgerechtsänderung von Amts wegen, von § 1696 BGB theoretisch zugelassen, kommen praktisch nicht vor, sofern nicht die Grenzen des allgemeinen Kindeschutzrechts überschritten sind. Dennoch können Gesellschaftsinteressen die Änderungsentscheidung beeinflussen, wenn sie der nichtsorgeberechtigte Elternteil für seine Zwecke einspannt und das Gericht sich von ihnen leiten läßt. Insbesondere Verstöße des Sorgeberechtigten gegen traditionelle Standards der Sitte und Moral, typischerweise das unverheiratete Zusammenleben mit einem Partner, werden immer wieder als Änderungsgründe vorgetragen und nicht selten von den Gerichten auch sanktioniert<sup>887</sup>.

884 Grundsätzlich *Schwoerer*, FamRZ 1963, 302: Fehlten triftige Gründe für die Auswanderung, sei die Sorgerechtszuweisung zu ändern, ohne daß dies im Interesse des Kindes angezeigt sein müßte; ähnlich *Staudinger/Schwoerer*, § 1671, Anm. 156, § 1634, Anm. 96. Eine Abwägung der Alternativen fehlt auch beim OLG München a.a.O.; ausschließlicher Gesichtspunkt war die „Rettung“ der Kinder vor dem Aufwachsen in Italien.

885 Vgl. die Vorinstanzen in *Thurman v. Thurman*, 32 ALR 2d 996 (Id. 1952: der nichtsorgeberechtigte Vater konnte die Kinder nicht unterbringen und plazierte sie zunächst in einem Erziehungsheim); *Burns v. Burns*, 276 P.2d 308 (Kan. 1954); *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 385 (App.Div. 1974); vgl. auch *Wallace v. Wallace*, 358 N.E.2d 1369, 1371 (Ohio App. 1974); kritisch OLG Stuttgart 20.12.1979, NJW 1980, 1227, 1229.

886 Zum rechtlichen Sanktionsinteresse sogleich unten b); zutreffend im Ergebnis deshalb OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201; *Pamela J.K. v. Roger D.J.*, 6 FLR 2572, 2573 f. (Pa.Super.Ct. 1980); *Presutti v. Presutti*, 6 FLR 2795, 2797 (Conn. 1980);

887 KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254; 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 99 f.; *Bunim v. Bunim*, 83 N.E.2d 848 f. (N.Y. 1949); *Jarrett v. Jarrett*, 400 N.E.2d 421, 422, (Ill. 1980); C.d. Justice Genève 16.9.1960, Sem.Jud. 84 (1962) 61, 63 f.; vgl. auch OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 532 f.; *Krüger/Breetzke/Nowak* § 1671 Anm. 13; *Palandt/Diederichsen* § 1696 Anm. 2; *RGRK/Schäffler* § 1696 Anm. 3. Ablehnend hingegen: *Anonymous v. Anonymous*, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y.Sup.Ct. 1977); S. v. J., 367 N.Y.S. 2d 405, 408 f. (Sup.Ct. 1975); *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 507, 510 ff. (App.Div. 1974); vgl. auch *Glendon*, 62 Va.L.Rev. 689 (1977). Zu den traditionellen Sittlichkeitsstandards gehört im übrigen auch, daß sie zu Lasten von Frauen strenger angewandt werden als bei Männern, vgl. oben A.II.2.c) aa), Fn. 156.

Bemerkenswert für das Zusammenspiel von Eltern- und Gesellschaftsinteresse Hinz<sup>888</sup>: Bei „rechts- bzw. sittenwidrigen Manipulationen oder jedenfalls einer daran grenzenden Verhaltensweise“ gewinne das Änderungsinteresse des nichtsorgeberechtigten Elternteils ein „gewisses Eigengewicht“ gegenüber dem Kindeswohl. Zum Gewicht der Gesellschaftsinteressen liest man bei Palandt/Diederichsen<sup>889</sup>: „Die Änderung kann weder mit einem entsprechenden Wunsch des Kindes begründet werden . . . Es muß sich um triftige, *das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe* handeln . . ., so z.B. wenn die sorgeberechtigte Mutter mit einem verheirateten Mann eheähnlich zusammenlebt, während (das) Kind beim Vater geordnete Verhältnisse vorfindet . . .“ Das bedeutet: Interessen der beteiligten Familienmitglieder werden beiseitegeschoben, während gesellschaftliche Konformitätsinteressen unvermittelt durchschlagen.

Daß derartigen Gesichtspunkten schon bei der Erstentscheidung vom Standpunkt des Kindeswohls aus kaum Bedeutung zukommt, wurde bereits dargelegt<sup>890</sup>. Gegenüber den Grundsätzen der Kontinuität und Stabilität können sie sich bei Änderungen als *Kindesinteressen* keinesfalls durchsetzen. Wird dennoch geändert, verdrängt das Kontroll- und Konformitätsinteresse der Gesellschaft das Kindeswohl<sup>891</sup>.

Gesellschaftsinteressen und nicht das Kindeswohl motivieren auch Änderungen, die als Sanktion auf Rechtsverletzungen des Sorgeberechtigten erfolgen<sup>892</sup>. Mit dem oft automatisch in Sorgerechtsentscheidungen aufgenommenen Umzugsverbot für den Sorgeberechtigten, aber auch mit später ausgesprochenen Verboten dieser Art<sup>893</sup> bringen sich vor allem US-amerikanische Gerichte in einen gewissen Zugzwang für den Fall, daß der Sorgeberechtigte diesem Gebot zuwiderhandelt<sup>894</sup>. Die Wahrung der Autorität des Rechts und der Gerichte kann dabei den Blick für die betroffenen Kinder verstellen<sup>895</sup>.

888 MünchKomm/Hinz § 1696 Rdn. 3.

889 § 1696 Anm. 2.

890 Oben A. II. 3. d).

891 Kritisch In re Wellman, 6 FLR 2544, 2545 (Cal.App. 1980); Cleeton v. Cleeton, 6 FLR 2577 (La. 1980).

892 Zum staatlichen Sanktionsinteresse bei Erstentscheidungen oben Fn. 351; kritisch auch insoweit die zuvor zitierten Entscheidungen.

893 Oben 3. Kap. bei Fn. 237. Ebenfalls in den USA wird dem Sorgeberechtigten gelegentlich verboten, eine Person des gleichen oder anderen Geschlechts in die Familienwohnung mit aufzunehmen. In Schuster v. Schuster lehnte es der Supreme Court von Washington ab, einen dennoch erfolgten Zusammenzug zweier lesbischer Mütter mit einer Änderung zu bestrafen, 4 FLR 2812, 2813 (Wash. 1978), vgl. oben Fn. 351.

894 Die bis vor kurzem herrschende Praxis in den USA änderte ohne weiteres die Sorgeverteilung, Drury v. Drury, 5 FLR 2026 (Ill.App. 1978); Fritschler v. Fritschler, 208 N.W.2d 336, 338 f. (Wisc. 1973); Hoffman v. Hoffman, 17 Cal.Rptr. 543 (Cal.App. 1966); Wallace v. Wallace, 358 N.E.2d 1369 (Ohio App. 1974); weitere Nachw. in 27B CJS, Divorce § 313, S. 554 f. Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken (Freizügigkeit) und das Kindeswohl im Schrifttum (*Bodenheimer*, 65 Cal.L.Rev. 1003 ff. (1977); *dies.*, 1 Fam.Adv. 20 f. (1978); *Comment*, 6 U.C.Davis L.Rev. 181 ff. (1973)) haben die Gerichte aber zunehmend dazu geführt, allein nach dem Kindeswohl zu entscheiden, Burns v. Burns 276 P.2d 308, 311 (Kan. 1954); Ehr v. Ehr, 6 FLR 2127, 2128 (Ill.App. 1979); Schuster v. Schuster a.a.O.; Haas v. Puchalski, 6 FLR 2536 f. (Mass.App. 1980).

895 Vgl. oben Fn. 351. Auch Chauvinismus der Gerichte kann die Änderungsentscheidung beeinflussen, vgl. oben Fn. 133. Diese Aspekte sollten die Gerichte schon bedenken, wenn sie gerichtliche Auflagen oder Auswanderungsverbote erlassen, vgl. vorstehend a). Kindeswohlwidrig sind regelmäßig auch andere Sanktionen als die Sorgerechtsänderung, z.B. die Suspendierung der Unterhaltspflicht des nichtsorgeberechtigten Elternteils für das

### 3. Zwischenbilanz

Es scheint zunächst, als ob sich aus dem Blickwinkel des Kindesinteresses keine klare Antwort für die rechtliche Ausgestaltung der Änderungsmöglichkeit ergibt. Zweifellos können Umstände eintreten, die einen Plazierungswechsel des Kindes notwendig machen. Während bei anderen Familientypen die Eingriffsgrenze durch das allgemeine Kindesschutzrecht bestimmt wird, legen das Bereitstehen eines leiblichen Elternteils, mit dem das Kind in der Regel auch eine psychosoziale Beziehung hatte, sowie spezifische Probleme der nahehelichen Teilfamilie es nahe, die „Duldungsschwelle“ für das Kind geschiedener Eltern herabzusetzen. Auf der anderen Seite sprechen sowohl die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes gegen Änderungen als auch sein Abwehrinteresse gegenüber kindesfremden Gesichtspunkten, deren Berücksichtigung besonders bei Änderungen das Kind zum bloßen Objekt degradiert.

Aussondern aus der eigentlichen Problematik lassen sich nur jene Fallgestaltungen, in denen die Kontinuitäts- und Stabilitätsinteressen des Kindes ausnahmsweise nicht gegen, sondern für eine Änderung sprechen. Die Eingewöhnung und Verwurzelung des Kindes beim nichtsorgeberechtigten Elternteil stellt innerhalb dieser Gruppe einen relativ klar abgrenzbaren Sachverhaltstypus dar, der legislativer Sonderregelung zugänglich ist. Nicht generell geregelt werden kann hingegen die Stiefelternproblematik<sup>896</sup>. Herkömmlich negative Einstufungen der Wiederheirat des Sorgeberechtigten sind nicht nur zu pauschal, sie scheitern auch an der Tendenz fortschrittlicher Familiengesetze, die neue Familie und das Kindesinteresse durch rechtliche Einbeziehung auch des Stiefelternteils zu fördern<sup>897</sup>.

Im übrigen ist argumentiert worden, daß eine besondere Eingriffsschwelle für Änderungsentscheidungen nicht gerechtfertigt sei: Der gesetzgeberische Verweis auf das Kindeswohl verpflichte den Richter zur alleinigen Berücksichtigung der Kindesinteressen, und zwar auch jener, die einer Änderung entgegenstünden. Ergebe die Gesamtabwägung auch nur ein leichtes Übergewicht der Änderungsinteressen, sei kein Grund ersichtlich, warum die Änderung nicht vorgenommen werden sollte<sup>898</sup>.

Kind, dagegen In re Ciganovich, 132 Cal.Rptr. 261, 264 (Cal.App. 1976); Clarke v. Clarke, 84 Cal.Rptr. 393, 396 f. (Cal.App. 1970); für New York vgl. den Bericht in 5 FLR 2142; oder die strafrechtliche Verfolgung des Sorgeberechtigten: In 3 FLR 2339 (1977) wird ein Fall aus New Jersey berichtet, in dem eine sorgeberechtigte Mutter das Kind verbotswidrig für 2 Monate nach Florida mitgenommen hatte. Sie wurde mit 6 Monaten Gefängnis bestraft (ohne Bewährung, obwohl der Vater für Bewährung plädiert hatte).

Für eine Zusammenstellung aller von den US-Gerichten eingesetzten Sanktionen vgl. In re Ciganovich a.a.O. Manchmal fordern die Gerichte die Mißachtung ihrer Entscheidungen durch Unsachlichkeit geradezu heraus, z.B. OLG München 6.2.1981, FamRZ 1981, 389 ff. (Umplazierung der Kinder durch *einstw.* AO, nur weil *sorgeberechtigte* Mutter nach Italien umgezogen ist; krit. Anmerkung *Lutbin* ebenda S. 391).

896 Oben bei Fn. 836-840.

897 Art. 299 ZGB; § 47 FGB; zur Bewertung der Wiederheirat in Sorgerechtsentscheidungen bundesdeutscher Gerichte unten 6. Kap. Fn. 728.

898 *Treitz* S. 108.

Dieser Einwand gegen die herrschende Praxis wirkt auf den ersten Blick überzeugend. Stellt man nur auf die aktuellen Kindesinteressen und die richterliche Entscheidung im Einzelfall ab, so würde die unmodifizierte Herrschaft des Kindeswohlmaßstabes auch dann der Änderungsfrage gerecht werden, wenn man dem Beharrungsinteresse des Kindes besonderes Gewicht beilegen möchte. In der Einschränkung der Fragestellung auf die „richtige“, d.h. kindeswohlgerichte Entscheidung des Gerichts über Änderungsanträge liegt allerdings eine entscheidende Verkürzung der Problematik. Wenngleich Statistiken über die Zahl von Änderungsverfahren im Verhältnis zu originären Sorgerechtsstreiten nicht vorliegen, so zeigt doch der rechtsvergleichende Überblick, daß der Anteil von Abänderungsanträgen unter den Sorgerechtsverfahren um so größer ist, je offener die Änderungsmöglichkeit rechtlich definiert ist<sup>899</sup>. Eine derartige Rechtsgestaltung lädt den nichtsorgeberechtigten Elternteil geradezu ein, das Sorgerecht zum Austragungsfeld fortgesetzten Streits mit seinem geschiedenen Ehegatten zu wählen. Kindeswohlfremde Gesichtspunkte spielen bei Änderungsanträgen, aber auch bei den Entscheidungen eine erhebliche Rolle<sup>900</sup>, und auch die Einschätzung der Kindesinteressen birgt eine sachimmanente Fehlerquelle: Für eine Änderung sprechende Gesichtspunkte sind regelmäßig aktuell und prägen vordergründig die gesamte Situation; die Interessen des Kindes an Kontinuität und, in noch stärkerem Maße, an Stabilität seiner Lebensverhältnisse sind demgegenüber zwar grundsätzlich erheblich, wirken als Bewahrungsinteressen aber typischerweise latent. Gerade weil sie fast immer vorhanden sind, prägen sie nicht eine konkrete Beurteilungssituation, sondern laufen Gefahr, als „allgemeine Erwägungen“ beiseitegeschoben zu werden<sup>901</sup>. Wenn sie verletzt werden, treten die negativen Auswirkungen kaum unmittelbar und offenkundig auf und werden überdies vom Laien regelmäßig nicht in ihren Ursachen erkannt. Der Richter wird mit den Folgen kontinuierätswidriger Entscheidungen ohnehin nur selten konfrontiert<sup>902</sup>.

Diese situationsbedingte Tendenz zur Unterschätzung der kindlichen Beharrungsinteressen sowie der faktische Einfluß kindesfremder Motivationen führen bei einer offenen, nur dem Maßstab des Kindeswohls unterworfenen Änderungsmöglichkeit

899 Auf der Grundlage der ausgewerteten Rechtsprechung zeichnet sich ab, daß Änderungsanträge am häufigsten in den USA vorkommen, wo das Konzept der „continuing jurisdiction“ keine effektive Eingriffsschwelle errichtet (vgl. oben Fn. 786 ff.) Auch in der Bundesrepublik spielen Änderungsverfahren eine erhebliche Rolle in der Praxis. Neben der offenen Fassung des § 1696 BGB dürfte dabei die mangelnde normative Funktion eine Rolle spielen, die die richterlichen Grundsätze entfalten, oben Fn. 798. In der DDR hingegen hält man 300 Änderungsverfahren pro Jahr (bei ca. 20.000 Scheidungen, bezogen auf das Jahr 1967) schon für viel, *Reinwarth*, NJ 1968, 659.

900 Oben II.2.; *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 175; daher auch die verschiedenen Versuche, eine Selektion kindesorientierter Anträge schon im Vorstadium des Prozesses zu erreichen, vgl. unten V.1.

901 Zu den „allgemeinen Erwägungen“ als Argumentationsmuster der Gerichte in der Bundesrepublik vgl. unten 6. Kap. C.IV.3.c).

902 Zur „richterlichen Erfahrung“ unten 6. Kap. B.III.2.; für einen Ausnahmefall vgl. OLG Hamburg 4.9.1959, FamRz 1960, 123.

zu einer Vielzahl sachlich unbegründeter Änderungsanträge. Sind sie erfolgreich, liegt die Schädigung des Kindes auf der Hand. Wichtiger noch ist aber die Erkenntnis, daß auch bei gerichtlicher Zurückweisung des Änderungsantrages, oft erst in höherer Instanz, das Kind bereits durch das Verfahren als solches erheblich belastet und geschädigt ist. Die monatelange, oft jahrelange Ungewißheit über seine endgültige Zuordnung, Befragungen und Untersuchungen im Rahmen des Verfahrens, Loyalitätskonflikte und die Verunsicherung des Sorgeberechtigten führen zu einer *Verletzung*, nicht erst Gefährdung des kindlichen *Stabilitätsinteresses* mit allen daraus folgenden Entwicklungs- und Erziehungsstörungen<sup>903</sup>. Eine Beeinträchtigung des Stabilitätsinteresses liegt darüber hinaus schon in der abstrakten, vom Recht eröffneten *Möglichkeit*, die elterliche Sorge entsprechend den jeweiligen Kindesbedürfnissen zu ändern, auch wenn noch kein Verfahren anhängig ist. Der Kindeswohl-Begriff allein ist zu unscharf, um als Bestandskriterium einer einmal erfolgten familialen Neuordnung die notwendige Sicherheit für Sorgeberechtigten und Kind zu vermitteln<sup>904</sup>. Die nur vom „Kindeswohl“ abhängige Änderungsmöglichkeit schwebt wie ein Damoklesschwert über der nahehelichen Teilfamilie, dem nichtsorgeberechtigten Elternteil ist sie willkommenes Druckmittel bei Einmischungsversuchen.

Es ist deshalb schon von den Kindesinteressen her im Ansatz verfehlt, die Änderungsmöglichkeit als breite Generalklausel zu formulieren (§ 1696 BGB<sup>905</sup>, Art. 157 ZGB sowie zahlreiche US-amerikanische Rechte) und es erst der richterlichen Erkenntnis zu überlassen, Spreu von Weizen bei den Änderungsanträgen zu sondern. Die Abschirmung vom Kindeswohl nicht geforderter Änderungen setzt zu *spät* an und versäumt den im Hinblick auf das kindliche Stabilitätsinteresse notwendigen Kinderschutz<sup>906</sup>. In der Bundesrepublik sieht man fast ausschließlich nur das Interesse des Kindes an der faktischen Erhaltung seiner Lebensverhältnisse und Bindungen (Kontinuität). Von hier aus scheint es ausreichend zu sein, den notwendigen Kinderschutz erst im richterlichen Akt wirksam werden zu lassen. Berücksich-

903 Vgl. oben A.I.1.a); C.IV.3.a).

904 Van Heren v. Van Heren, 6 FLR 2075, 2076 (N.J.Super.Ct. 1979); *Watson*, Legal Medicine Annual 1973, 494. Abzulehnen deshalb *Medeiros v. Medeiros*, 8 FLR 2372 (Vt.App. 1982): Sorgerechtszuweisung unter dem Vorbehalt künftiger "review" *ohne* Bindung an die Änderungsvoraussetzungen.

905 Kritisch zu dieser Bestimmung insbesondere auch *Simitis*, 2. DFGT, S. 174; *Cuny*, in: Neues elterliches Sorgerecht, S. 175.

906 In re Roorda, 6 FLR 2469, 2470 (Wash.App. 1980). Nach dem Bild des ausgewerteten Fallmaterials wurden in den USA nahezu die Hälfte, in der Bundesrepublik und der Schweiz mehr als die Hälfte der Änderungsanträge, oft nach nicht übereinstimmenden Instanzenentscheidungen, abgewiesen. Rechnet man eine (ungewisse, aber sicher nicht unbeachtliche) Zahl von stattgegebenen Entscheidungen hinzu, die dem Kindeswohl *nicht* entsprechen, ergibt sich ein deutlich überwiegender Anteil kindeswohlwideriger Änderungsverfahren. Angesichts der durch die Scheidung ihrer Eltern ohnehin schon schwer betroffenen Kinder erscheint die Warnung eines Berufungsgerichts in Illinois mehr als berechtigt: "The legal system should not operate to cause more chaos", *Carroll v. Carroll*, 4 FLR 2768 (Ill.App. 1978).

tigt man aber gleichermaßen das Bedürfnis des Kindes nach Gewißheit und Unge-  
störtheit seiner familialen Zuordnung (Stabilität), dann erweist sich eine Restrik-  
tion schon der rechtlichen *Änderungsmöglichkeit* vom Kindesinteresse her gesehen  
als unumgänglich. Die Erfahrungen in den USA bestätigen dieses Ergebnis<sup>907</sup>.

Wie das Beispiel der DDR zeigt<sup>908</sup>, führt die Einschränkung der Änderungs-  
möglichkeit nicht zu einem besonders hohen Prozentsatz erfolgloser Änderungs-  
klagen, sondern umgekehrt dazu, daß nur dann Änderung begehrt wird, wenn wirk-  
lich stichhaltige Gründe hierfür vorliegen<sup>909</sup>. Im Prinzip gilt das gleiche wie bei der  
Regelung von Elternvorschlägen: Es gehört zur Verantwortung des Gesetzgebers,  
auch die *Vorwirkungen* positivrechtlicher Gestaltung im Privatbereich in seine Er-  
wägungen mit einzubeziehen<sup>910</sup>.

Es bleibt die Frage nach der angemessenen Form einer Restriktion. Bevor ihr  
jedoch nachgegangen wird, soll die Änderungsproblematik auch unter dem Aspekt  
der Familienautonomie erörtert werden.

### III. Das Verhältnis von Staat und nahehehlicher Teilfamilie

#### 1. Fragestellung

Zu Beginn dieser Untersuchung wurden zwei Funktionen des Kindeswohl-Prinzips  
unterschieden: Das Kindeswohl als Eingriffslegitimation und als Entscheidungsmaß-  
stab<sup>911</sup>. Bei der originären Sorgeverteilung nach Scheidung der Eltern ist das durch

907 Vgl. oben Fn. 899. Die Notwendigkeit von Reformen ist auf gesetzgeberischer, richter-  
licher und literarischer Ebene anerkannt:

In re Alderson, 4 FLR 2764, 2765 (Ore.App. 1978); Forde v. Sommers, 3 FLR 3113,  
3114 (N.H. 1977); Herron v. Herron, 141 N.W.2d 562, 566 (Iowa 1966); McKenney v.  
McKenney, 5 FLR 2012 (Tex.App. 1978); Smith v. Smith, 4 FLR 2838 (Ore.App. 1978);  
Schuster v. Schuster, 4 FLR 2812 (Wash. 1978); Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d  
74 (Iowa 1975). § 409 UMDA und dazu Commissioners' Note, 9 ULA 512 (1973); Mich.  
Comp.L. Ann. § 722.27 (c) (Suppl. 1978-79); Texas Fam.Code § 14.08 (d); *Bodenheimer*,  
23 Stan.L.Rev. 726, 728 f. (1971); *dies.*, 46 U.Colo.L.Rev. 498, 508 (1975); *dies.*, 65  
Cal.L.Rev. 1012 ff. (1977); *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond S. 37 ff. (deutsch S. 37 f.);  
*Gozansky*, 12 Willamette L.J. 525 (1976); *Comment*, 81 Dick.L.Rev. 749 f. (1977);  
*Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 209 (1969); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 292 (1975);  
*Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 63 f., 76 f., 80 (1969); *Wheeler* S. 94; *Foster/Freed*, 33 N.Y.  
U. L.Rev. 626 (1965). Warnend vor zu rigiden Einschränkungen allerdings *Foster*, 12  
Willamette L.J. 551, (1976); *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1309 (1974) (beide gegen *Goldstein/  
Freud/Solnit*, a.a.O.). Einen schweren Rückschlag haben die Bemühungen um Stabili-  
sierung der nahehehlichen Lebensverhältnisse durch neue Gesetze wie das in Californien  
erhalten, das joint custody zum Regelfall der Rechtsgestaltung erhebt, vgl. oben 3. Kap.  
Fn. 228 und vorstehend Fn. 821-823.

908 Unter den publizierten Änderungsfällen findet sich keine ablehnende Entscheidung.

909 Von politisch motivierten Änderungen (oben Fn. 122, 297) soll an dieser Stelle abge-  
sehen werden.

910 Vgl. oben C.IV.4.

911 Oben 4. Kap. A., B.

den Zerfall der Familiengemeinschaft bedingte Schutzbedürfnis des Kindes offenkundig. Problematisch erscheinen im wesentlichen nur das „Wie“ der Sorgeverteilung und das „Wie weit“ der staatlichen Intervention.

Sowohl hinsichtlich der staatlichen Schutzfunktion für das Kind wie auch einer darauf aufbauenden Ordnungsfunktion präsentiert sich nach Konstituierung einer neuen Familiengemeinschaft und Klärung der elterlichen Sorgezuständigkeit eine grundlegend veränderte Situation. Bevor das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab zwischen beiden Eltern wieder in Funktion tritt, wäre zu begründen, woher der Staat seine Legitimation zum erneuten Eingriff in die Teilfamilie gewinnt. Bezüglich des *Maßstabs* der Entscheidung kann § 1696 BGB auf die Grundsätze des § 1671 BGB Bezug nehmen<sup>912</sup>, eine *Eingriffslegitimation* muß er selbständig bereitstellen<sup>913</sup>. Unter dem Eindruck undifferenzierter Vorstellungen vom Staat als „Obervormund“ oder „*parens patriae*“ wird dieser Unterschied nicht deutlich, die gescheiterte Familie bleibt – möglicherweise auch sanktionshalber – über den Aspekt des Kindeswohls der dauernden staatlichen Kontrolle geöffnet. Andererseits ist die Feststellung Gernhubers im Grundsatz unbestreitbar, daß der Sorgeberechtigte mit seinem Kind eine „Familie“ im Sinne des Art. 6 GG bildet<sup>914</sup>. Als notwendige Konsequenz hieraus folgt, daß Eingriffe aus der Wächterfunktion des Staates (Art. 6 Abs. 2 GG) positiv zu begründen sind. Die Entwicklung des Integritätsanspruchs der nahehelichen Teilfamilie führt auch in den USA, vor allem unter dem Einfluß des UMDA zu ersten Ansätzen, die eine Differenzierung zwischen dem Kindeswohl als Eingriffslegitimation und als Entscheidungsmaßstab für den Richter erkennen lassen: Die gesetzliche Änderungsschwelle der „ernsthaften Kindesgefährdung“ (§ 409 (b) (3) UMDA) wird als *Zuständigkeitsvoraussetzung* interpretiert, von deren Erfüllung es abhängt, ob das Gericht zu einer sachlichen Kindeswohl-Beurteilung nach den Richtlinien des § 402 UMDA schreiten dürfe<sup>915</sup>.

Die rechtlich maßgebliche Fragestellung kann demnach nicht schlicht lauten, ob vom Kindeswohl her eine Änderung oder Beibehaltung der bisherigen familiären

912 BayObLG 30.5.1975, FamRZ 1976, 41, 42 f.; KG 20.3.1967, FamRZ 1967, 411, 412; OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258.

913 Daß § 1696 BGB *auch* die Schutzfunktion des § 1666 BGB in sich aufnimmt, (OLG Karlsruhe 4.12.1978, DAVorm 1979, 136, 137; Palandt/Diederichsen, § 1696 Anm. 1, § 1671 Anm. 6d; Gernhuber, Familienrecht S. 870), besagt noch nichts über die Legitimation von Eingriffen, die über das allgemeine Kindesschutzrecht hinausgehen.

914 Gernhuber, Familienrecht S. 36. Das Bundesverfassungsgericht definiert die Familie als „geschlossenen, eigenständigen Lebensbereich“, BVerfG 29.7.1968, BVerfGE 24, 119, 135. Vgl. AG Kamen 6.2.1980, oben Fn. 785.

915 In re Dallinger, 3 FLR 2662 (Mont. 1977); Gianotti v. McCracken, 3 FLR 2738 (Mont. 1977); Schiele v. Sager, 4 FLR 2083 (Mont. 1977); In re Harne, 5 FLR 2942 (Ill. 1979); LaMarca v. LaMarca, 6 FLR 2027 (Ill.App. 1979); Ehr v. Ehr, 6 FLR 2127 (Ill.App. 1979); In re Nodot, 6 FLR 2335 (Ill.App. 1980). *Gegen* eine derartige Differenzierung allerdings Schuermann v. Schuermann, 6 FLR 2346 (N.M. 1980). Im Gefolge des zweiten Werks von Goldstein/Freud/Solnit (Before the best interests of the child (1979)) wird der Eingriffsaspekt voraussichtlich stärkere Beachtung finden.

Zuordnung angezeigt ist. Die Frage nach dem Kindeswohl ist vielmehr unter den Aspekt zu stellen, ob die Wahrung kindlicher Änderungsinteressen den Eingriff in eine konstituierte Familiengemeinschaft rechtfertigt.

## 2. Die Auswirkungen des elterlichen Änderungsstreits

Mit der Sorge für das Kind ist auch sein *Schutz* primär mit dem Sorgeberechtigten in eigener Verantwortung zugewiesen. Anders als in der Scheidungssituation selbst ist der Träger der elterlichen Verantwortung (dort: beide Eltern gemeinsam) regelmäßig nicht funktionsunfähig. Insbesondere löst der erneute Streit der Eltern um das Kind nicht gleichermaßen die Schutz- und Ordnungsfunktion des Staates aus, denn es streiten nicht zwei gleichberechtigte Sorgeinhaber. Vielmehr trägt der nicht-sorgeberechtigte Elternteil seinen Sorgerechtsanspruch von außen an eine bestehende Familiengemeinschaft heran. Der Staat steht nicht vor der Notwendigkeit, eine zerfallene Familienordnung neu zu regeln, sondern vor der Frage, ob eine bestehende Ordnung durch eine andere zu ersetzen ist. Nicht der Gesichtspunkt einer funktionsfähigen Ordnung, sondern nur eine die Schutzfunktion des Staates auslösende Interessenverletzung des Kindes durch Beibehaltung der bisherigen Platzierung könnte einen Eingriff rechtfertigen.

Vom Standpunkt des kindlichen Schutzinteresses ist die Situation nicht grundsätzlich verschieden von derjenigen, in der Dritte (Pflegeeltern, Großeltern) das Kind beanspruchen. Dort gilt die Eingriffsgrenze des allgemeinen Kindesschutzrechts, der Streit um die Sorge für das Kind ist für sich kein Grund, die staatliche Eingriffsgrenze vorzuverlagern. Für die nahehehliche Teilfamilie beurteilt sich das Schutzinteresse des Kindes im Hinblick auf den Elternstreit nicht grundsätzlich anders.

## 3. Die Schutzfunktion des Staates bezüglich der Änderungsinteressen des Kindes

Es hat sich gezeigt, daß die Kindesinteressen selbst keine ständig neue Abwägung der Platzierungsalternativen bei beiden Elternteilen verlangen. Im Gegenteil fordert das kindliche Stabilitätsinteresse eine deutlich restriktive Änderungsschwelle<sup>916</sup>. Andererseits können im Einzelfall durchaus erhebliche Interessen des Kindes an einer Änderung bestehen, die einen Eingriff der Gerichte in die nahehehliche Teilfamilie rechtfertigen könnten<sup>917</sup>. Welche Folgerungen ergeben sich hieraus?

Die Familienautonomie, insbesondere der in diesem Begriff implizierte Integritätsaspekt wirft so lange keine systematischen Probleme auf, als die Änderungsinteressen des Kindes geeignet wären, auch Eingriffe nach § 1666 BGB zu rechtfertigen. Entsprechend gilt aus der Sicht des Kindes: Sein Anspruch auf staatliche Beschrän-

916 Oben II.3.

917 Oben II.1.b).

kung der elterlichen Autonomie entsteht im allgemeinen erst bei Erreichung der Gefährdungsgrenze im Sinne des Kindesschutzrechts. Diese konkretisiert damit gleichzeitig die Duldungsgrenze des Kindes gegenüber seinen Sorgeberechtigten; sie findet ihre Rechtfertigung in der objektiven Unsicherheit über den Inhalt des „wohlverstandenen Kindesinteresses“ im Einzelfall, in der daraus folgenden, nur rahmenbegrenzten Konkretisierungskompetenz der Eltern und deren Zuständigkeit, die Interessen aller Familienmitglieder dem gemeinschaftlichen Interesse am funktionierenden Familienverband zu integrieren<sup>918</sup>.

Während diese Grenzziehung für alle Familientypen gleichermaßen gilt, sieht sich die nach Scheidung neukonstituierte Teilfamilie in allen Rechtsordnungen einer vorverlagerten staatlichen Eingriffsmöglichkeit ausgesetzt. Fragt man nach den Gründen, die eine andere Behandlung als bei vollständigen oder anderen Arten von Teilfamilien (verwitwete oder unverheiratete Elternteile mit Kind) rechtfertigen könnten, dann stößt man wiederum auf den differenzierenden Umstand, daß sich als Alternative ein leiblicher Elternteil des Kindes anbietet, der einst gewisse Zeit mit dem Sorgeberechtigten und Kind in ehelicher Familiengemeinschaft gelebt hat. Der Wechsel zu ihm erscheint deshalb eben doch nicht als Wechsel „aus der Familie heraus“, sondern als Umplazierung im Rahmen eines rechtlich zwar aufgelösten, biologisch aber fortbestehenden Familienverbandes, der auch den nichtsorgeberechtigten Elternteil umfaßt. Gernhuber formuliert dementsprechend: „Elterliche Sorge entbehrt im Verhältnis zum anderen Elternteil der dem Staat gegenüber bestehenden Bestandsgarantie“<sup>919</sup>. Diese These ist repräsentativ für die Rechtspraxis und die herrschende Meinung im Schrifttum in den drei westlichen Rechtsordnungen<sup>920</sup>. Sie bildet den Kontrapunkt zu der nur vereinzelt vertretenen Auffassung, daß es auch für die naheheliche Teilfamilie bei der allgemeinen Abgrenzung zwischen Staat und Familie sein Bewenden haben müsse<sup>921</sup>. Eine Begründung für die überwiegende Meinung wird allerdings regelmäßig nicht gegeben, offenbar wird sie für überflüssig gehalten. Der allort zu findende Hinweis auf die Herrschaft des Kindeswohl-Prinzips kann als Begründung nicht dienen, denn bei intakten, vollständigen oder unvollständigen Familien herrscht für in Frage stehende Sorgerechtswechsel bis zur Gefährdungsgrenze gerade *nicht* ein staatlich zu kontrollierendes Kindeswohl-Prinzip, sondern die Familienautonomie. Die uneingeschränkte Maßgeblichkeit des Kindeswohls ist das erst zu begründende Ergebnis, nicht die Begründung selbst. Es handelt sich um eine diallele Argumentation, die auf der mangelnden Differenzierung zwischen dem Kindeswohl als Entscheidungsrichtlinie und als Eingriffslegitimation beruht.

918 Dazu oben A.II.2.a)bb).

919 Familienrecht S. 867; in Fn. 1 fährt *Gernhuber* fort: „Art. 6 GG kann deshalb niemals eine Änderungsentscheidung hindern“.

920 Vgl. oben D.1.

921 Oben Fn. 884. Ähnlich AG Kamen 6.2.1980, FamRZ 1980, 623 zum Umgangsrecht nach § 1634 BGB.

Da der bereitstehende nichtsorgeberechtigte Elternteil den entscheidenden Unterschied zu anderen Familienformen darstellt, kommen als Basis für die herrschende Auffassung zwei Gesichtspunkte in Betracht: eine psychosoziale Bindung des Kindes an den nichtsorgeberechtigten Elternteil oder das biologische Eltern-Kind-Verhältnis.

a) *Das psychosoziale Verhältnis zum nichtsorgeberechtigten Elternteil*

In vielen Fällen war auch der nichtsorgeberechtigte Elternteil vor der Scheidung in psychosozialen Sinne „Elternteil“ für das Kind. Ob er dies auch noch im Zeitpunkt des Änderungsstreits ist, entzieht sich jeder Generalisierung. Viele nichtsorgeberechtigte Elternteile üben ihr Umgangsrecht nicht oder nicht regelmäßig aus<sup>922</sup>. Im übrigen ist zweifelhaft, ob durch den bloßen Umgang in den üblichen Intervallen eine psychosoziale Beziehung erhalten oder geschaffen werden kann, die sich von der Beziehung des Kindes zu anderen Personen in seinem Lebenskreis wesentlich abhebt<sup>923</sup>. Letztlich entscheidend ist aber, daß die psychosoziale Dimension regelmäßig *nicht* für ausreichend erachtet wird, rechtliche Veränderungen in bestehenden Familienverhältnissen zu begründen, sofern nicht Kindeswohlbeeinträchtigungen im Sinne des allgemeinen Kindesschutzrechts zu besorgen sind<sup>924</sup>. Allein die (legitime) biologische Beziehung zwischen nichtsorgeberechtigtem Elternteil und Kind ist deshalb das Fundament der herrschenden Auffassung<sup>925</sup>. Der Frage, ob es tragfähig ist, gelten die anschließenden Überlegungen.

- 922 Nach einer englischen Studie übt kaum die Hälfte der nichtsorgeberechtigten Elternteile das Umgangsrecht aus, *Eekelaar/Clive/Clarke/Raikes*, Custody after Divorce (Oxford Centre for Socio-Legal Studies, Family Law Studies Nr. 1, 1977), Tabelle 16, zitiert nach *Bruch*, StAZ 1980, 17, die auf entsprechende Erscheinungen auch in Californien hinweist.
- 923 Insoweit darf das vor allem von *Goldstein/Freud/Solnit* hervorgehobene Zeitgefühl des Kindes (Beyond S. 40 ff., deutsch S. 39 ff.) nicht übersehen werden und der erhebliche Unterschied an Intimität, der zwischen dem Kontakt innerhalb und außerhalb der Familiengemeinschaft besteht. Beeindruckend der Sachverhalt in OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201 f.: Ein nichtsorgeberechtigter Vater hatte zu seiner 6-jährigen Tochter „ein besonders herzliches Verhältnis“. Sodann wanderte die Mutter mit dem Kind aus, und nach 2 Jahren erklärte die (dann 8-jährige) Tochter, daß sie sich „nicht sehr gut mehr an ihn erinnert“.
- 924 Für die Rechtslage in den USA, der Schweiz und der DDR vgl. oben 3. Kap. A.III.1., V.5.a); 2. Kap. A.III.1., V.5.a); 1. Kap. A.II.1.c), IV 5.a). Zum Streit zwischen Eltern und Pflegeeltern § 1631 Abs. 1, § 1632 Abs. 4 BGB; *Gembuber*, Familienrecht S. 714 f., 824; ders., FamRZ 1973, 238 f.; vgl. die Rechtsprechungsbeispiele bei *Palandt/Diederichsen*, § 1632 Anm. 3; *MünchKomm/Hinz*, § 1666 Rdn. 26 (Fn. 72). Für eine andere Sicht: *Lange*, ZBlJR 1972, 267 ff.; *Neubaus*, FamRZ 1972, 280; sowie die New Yorker Rechtsprechung, oben 3. Kap. A.V.5.a). Vgl. auch *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 34 ff., 163 f.; *Zenz*, Kindesmißhandlung S. 342. Ihren angemessenen *rechtssystematischen* Platz findet die psychosoziale Elternschaft nicht als Gegenkonzept zur Elternautonomie, sondern in einer stärkeren Berücksichtigung der psychischen Bedürfnisse des Kindes im Rahmen des § 1666 BGB.
- 925 Dies wird besonders deutlich in *Gembubers* Äußerungen zum Verhältnis der biologischen Eltern gegenüber Dritten, FamRZ 1973, 236 ff., und im Verhältnis zueinander, Familienrecht S. 867 f.

b) *Das biologische Eltern-Kind-Verhältnis*

Wo das biologische Abstammungsverhältnis in den Mittelpunkt rückt, spielt regelmäßig neben dem Kindeswohl das Recht der leiblichen Eltern eine Rolle. Gernhubers Formulierung der herrschenden Auffassung<sup>926</sup> läßt offen, ob das Elternrecht oder allein das Kindesinteresse dem nichtsorgeberechtigten Elternteil eine Vorzugsstellung einräumen<sup>927</sup>. Beide Möglichkeiten sind deshalb in Erwägung zu ziehen.

aa) Das Recht des biologischen Elternteils

Bei der originären Sorgeverteilung kann das Elternrecht kein Kriterium sein, da die Rechte der Eltern sich als gleichwertig gegeneinander aufheben und nur durch „Teilung“ des Kindes, also auf dessen Kosten, verwirklicht werden könnten<sup>928</sup>. Die Fortführung des Gleichberechtigungsdenkens für die Zeit nach der Sorgeverteilung führt in direkter Linie zu Gernhubers These, daß das Sorgerecht gegenüber dem anderen Elternteil keine Bestandskraft habe<sup>929</sup>. Damit ist rechtsdogmatisch der Weg eröffnet für die uneingeschränkte Herrschaft des Kindeswohl-Maßstabs auch in Änderungsfragen.

Dem ist zweierlei entgegenzuhalten: Erstens gilt nur scheinbar Neutralität auf elternrechtlicher Ebene, und zweitens ist auch dem Kindeswohl nur scheinbar gedient. Das Kindeswohl hatte es bei der Scheidung notwendig gemacht, die elterliche Sorge einem Elternteil allein zuzuerkennen und das Elternrecht des anderen Teils außer Funktion zu setzen, soweit es die Umgangsbefugnis überstieg<sup>930</sup>. Das Prinzip der Alleinsorge wird mit dem Bedürfnis des Kindes nach Klarheit und Stabilität

926 Oben Fn. 919.

927 An anderer Stelle hat sich *Gernhuber* bemüht, eine Synthese zwischen biologischem Elternrecht und Kindeswohl zu begründen, FamRZ 1973, 235 ff. Ähnlich wie bei der „dialektischen Interesseneinheit“ im sozialistischen Recht (vgl. oben 1. Kap. Fn. 34, 58, 59) leistet die Synthese für den aktuellen Konfliktfall jedoch nichts, sie ist dann nur Deckmantel für die weitgehende In-Eins-Setzung eines weichenden mit einem herrschenden Interesse. Die Einbußen des Kindesinteresses werden gerade aus *Gernhubers* praktischen Folgerungen (a.a.O., S. 238 ff.) offenkundig. *Gernhuber* versteht das biologische Elternrecht als Bollwerk gegen gesellschaftliche und staatliche Ideologisierung der Familie (a.a.O., S. 236, 238 f.). Es muß gefragt werden, ob der Ausbau des Elternrechts zu diesem erstrebenswerten Zweck wirklich notwendig ist und ob er nicht vielmehr anderen Ideologien, die weniger im Zentrum von *Gernhubers* „Feindbild“ stehen, Einfallstore öffnet bzw. offenhält.

928 Oben A.II.2.c)aa) (2).

929 Oben bei Fn. 919. In diesem Sinne könnte auch die Auffassung des Schweizer Bundesgerichts zu verstehen sein, daß der Änderungsmöglichkeit *auch* das Elternrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils zugrunde liege, Entscheidung vom 2.7.1959, BGE 85 II 153, 167.

930 Der Streit, ob das Elternrecht nur in der Ausübung gehemmt (Substanztheorie) oder als solches aberkannt wird, ist auch für die hier behandelte Problematik rein akademisch; zur Substanztheorie *Beitzke*, FS *Lehmann* II S. 507; *ders.*, FamRZ 1958, 9 f.; *Staudinger/Göppinger* § 1666 Anm. 35 ff.; *dagegen Gernhuber*, Familienrecht S. 44 m.w.N., 856; *MünchKomm/Hinz*, § 1626 Anm. 13 f.; *Schwoerer*, FamRZ 1958, 41 f.; *ders.*, FamRZ 1958, 435; *Staudinger/Schwoerer* § 1671 Anm. 40 f.; BG 24.11.1921, BGE 47 II 380, 382 f.; *Hegnauer*, Berner Kommentar Art. 274, Anm. 36.

seiner familialen Zuordnung begründet<sup>931</sup>. Fortgesetztes Gleichberechtigungdenken nach der Erstscheidung unterläuft dieses Prinzip. Es übersieht, daß die Eltern *nicht* mehr gleichberechtigt sind, und postuliert ein „Recht“ des nichtsorgeberechtigten Elternteils, die konstituierte Teilfamilie permanent in Frage zu stellen. Ein derartiger Tribut an das biologische Elternrecht mißachtet sowohl Kindesinteressen<sup>932</sup> als auch das Recht des sorgeberechtigten Elternteils und ist im Regelungsgefüge des § 1671 BGB systemwidrig. Hinsichtlich zeitlicher Aufteilungen der Sorgerechtszuweisung steht die herrschende Rechtsprechung auf dem Standpunkt daß die Entscheidung des Gerichts das Sorgerechtsproblem grundsätzlich bis zur Volljährigkeit des Kindes regelt<sup>933</sup>. Diese prinzipielle Endgültigkeit der Erstscheidung muß sich der nichtsorgeberechtigte Elternteil auch im Hinblick auf seine Elternrechte entgegenhalten lassen.

Das biologische Elternrecht des anderen Elternteils behält auch nach der Erstscheidung seine Bedeutung (abgesehen vom Umgangsrecht) in der Konkurrenz mit Dritten, wenn der Sorgeberechtigte ausfällt (z.B. § 1681 BGB). Gegenüber dem Sorgeberechtigten bleibt es aber im Übrigen auf elternrechtlicher Ebene bei der Grundentscheidung, die der Familienrichter bei Scheidung getroffen hat.

#### bb) Die Bedeutung der biologischen Beziehung für das Kind

Unabhängig von den Rechten der Eltern könnte die herrschende Rechtsauffassung auch auf der Vorstellung beruhen, daß die biologische Verbindung des Kindes mit beiden Elternteilen eine tragfähige Basis darstellt, auf der die Umplazierung des Kindes leichter möglich ist als im Verhältnis zu Dritten<sup>934</sup>. Man könnte sogar an ein *Recht* des Kindes denken, dann, wenn seine Eltern schon getrennt leben, bei demjenigen Elternteil untergebracht zu werden; bei dem sein Wohl im Wandel der Zeit jeweils am besten gewahrt ist. Da zudem das Sorgerecht nur innerhalb des biologischen Familienverbandes verschoben wird, hätte der Autonomieanspruch des zunächst Sorgeberechtigten insoweit zu weichen.

931 BT-Drucks. 8/2788, S. 63; vgl. oben C.IV.3.a), b).

932 *Gernhuber* bewertet das kindliche Stabilitätsinteresse allerdings deutlich geringer als es hier geschieht, Familienrecht S. 867 f. Nicht auszuschließen ist jedoch, daß diese Bewertung vom Gleichberechtigungsgedanken (vgl. a.a.O. S. 859) beeinflusst ist. Auf abstrakter Ebene lassen sich scheinbar saubere, eine Verletzung der Kindesinteressen ausschließende Abgrenzungen treffen, z.B. „die Möglichkeit eines Wechsels für den Fall gleich starker Beharrungs- und Änderungsinteressen des Kindes“ (*Gernhuber a.a.O.*, S. 859), oder der Fall, daß „die Änderungsinteressen des Kindes stärker sind als die Beharrungsinteressen“ (a.a.O., S. 870). An anderer Stelle ist *Gernhuber* selbst skeptisch gegenüber solch feinen Nuancierungen (FamRZ 1973, 231) und befürchtet Einbruchstellen subjektivistischer und sonstiger kindeswohlfeindlicher Gesichtspunkte. Über das Elternrecht, räumt man ihm einen Stellenwert ein, besteht Gewißheit, über das Kindeswohl abseits größerer Unterschiede nicht, so daß das Elternrecht die Führungsrolle bei den Entscheidungen einnehmen wird.

933 Vgl. die ablehnenden Entscheidungen oben Fn. 710-713.

934 Zum Stellenwert der biologischen Beziehung für die Kinder *Wallerstein/Kelly*, *Surviving the Breakup* S. 307; *Neubaus*, *Ehe und Kindschaft* S. 253.

Trotz ihrer suggestiven Kraft sind diese Vorstellungen dennoch nicht zutreffend. Einmal zeigt ein Blick auf die Interessensituation des Kindes<sup>935</sup>, daß der biologische Aspekt keine wesentliche Rolle zu spielen vermag. Das Scheidungskind kann zu einer gegebenen Zeit immer nur bei *einem* biologischen Elternteil leben<sup>936</sup>. Seine einer offenen Änderungsmöglichkeit entgegenstehenden Interessen an Stabilität und Kontinuität sind ausschließlich Konsequenzen seiner psychosozialen Bedürfnisse, die gerichtet sind auf eine gewachsene und bewährte Elternbindung und auf den gesicherten familialen Rahmen für seine Reifeentwicklung zu einem eigenverantwortlichen, zur Konfliktbewältigung fähigen Erwachsenen. Daß es ein biologischer Elternteil ist, zugunsten dessen diese Interessen verletzt werden, mildert die negativen Konsequenzen in keiner Weise. Auch von hier aus läge es näher, für ein Kind, dessen Elternbasis in biologischer Hinsicht gespalten ist, ein Recht auf jedenfalls ungeteilte *psychosoziale* Elternschaft zu postulieren<sup>937</sup>.

Zum zweiten ist die Vorstellung einer freieren Entfaltung des Kindeswohls innerhalb des biologischen Familienverbandes irreführend. Welches „Kindeswohl“ ist es, daß entfaltet wird? Dem Kind selbst kann die Bestimmung nicht zu eigener Verantwortung zugeschoben werden<sup>938</sup>. Die Eltern streiten und scheiden als Konkretisierungsautorität für die Änderungsfrage aus. Es sind notwendigerweise die staatlichen Gerichte, die am Maßstab eines von ihnen ausgefüllten Kindeswohls über den Fortbestand der Familiengemeinschaft des Kindes mit dem Sorgeberechtigten entscheiden. Die Zurückhaltung des Staates in der Frage des Kindeswohls gegenüber der familieninternen Regelung (Art. 6 Abs. 2 GG) beruht aber nicht zuletzt auf der Skepsis, mit der staatliche Verordnungen individuellen Wohls allgemein aufgenommen werden. Die Änderungspraxis der Gerichte hat diese Skepsis eher bestätigt als widerlegt<sup>939</sup>. Die uneingeschränkte staatliche Konkretisierungskompetenz für das Kindeswohl kann im Interesse des Kindes nur *ultima ratio* sein<sup>940</sup>. Familienautonome Lösungen dienen dem Kindeswohl regelmäßig besser, solange nicht die Notwendigkeit staatlicher Korrektur zweifelsfrei erkennbar ist. Das gilt grundsätzlich

935 Oben II.1.

936 In einem vom OLG Oldenburg (17.5.1956, JR 1957, 143) entschiedenen Fall hatte das Landgericht das Sorgerecht von der wiederverheirateten Mutter auf den Vater übertragen, da es dem Kindeswohl eher diene, wenn das Kind beim leiblichen Vater anstelle bei einem Stiefvater aufwachse. Daß bei einer Änderung das Kind statt seiner leiblichen Mutter eine Stiefmutter haben würde, wurde offenbar übersehen (das OLG selbst lehnte die Änderungsklage ab). Umgekehrt wurde in BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 169 eine Änderung zugunsten des Vaters abgelehnt, da eine Stiefmutter eine leibliche Mutter nicht ersetzen könne. Hierbei wurde offensichtlich auf die traditionelle Rollenverteilung in der Familie abgestellt, wonach die Kindesbetreuung von den Frauen übernommen wird und der Vater nur sekundäre Bedeutung hat.

937 Vgl. oben A.I.1.b).

938 Vgl. oben B.IV.2.

939 Vgl. oben Fn. 812.

940 So zum Beispiel beim Streit der Eltern um das Sorgerecht, 4. Kap. B.II.2. Vgl. das Zitat von *Goldstein*, 1 Int.J.L.Psych. 113 (1978), oben Einleitung II; warnend auch *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 40 f., sowie oben Fn. 163.

auch für die Scheidungsfamilie, sowohl gegenüber übereinstimmenden Elternvorschlägen<sup>941</sup> als auch gegenüber der Kindeswohl-Kompetenz des durch die Erstentscheidung als Sorgerechtigten bestimmten Elternteils. Die Beseitigung der Familienautonomie im Verhältnis zum nichtsorgerechtigten Elternteil ist eine Konzession an das biologische Elternrecht und gleichzeitig eine durch das Kindeswohl nicht legitimierte Perpetuierung staatlicher Intervention in die Familie<sup>942</sup>. Letzten Endes ist sie deshalb die rechtliche Institutionalisierung des fortgesetzten Elternstreits um das Kind.

#### IV. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, daß sowohl die Interessenlage des Kindes als auch der Gesichtspunkt der Familienautonomie auf die Notwendigkeit hinweisen, ändernde gerichtliche Eingriffe in die naheheliche Teilfamilie nur im Ausnahmefall zuzulassen. Der Gesichtspunkt des Kindeswohls entfaltet als *Entscheidungsmaßstab* für die Gerichte deshalb erst dann Wirkung, wenn eine modifizierte Eingriffsgrenze erreicht ist. Die Gerichte haben nicht "continuing jurisdiction" zur ständig neuen Beurteilung des Kindeswohls im Verhältnis der Eltern zueinander<sup>943</sup>. § 1696 BGB, der diese Vorstellung vom Wortlaut her nahelegt, ist insoweit verfehlt.

Nach alledem bleibt nur noch die Frage der konkreten Ausgestaltung der notwendigen Eingriffsgrenze. Den insoweit vorzufindenden Ansätzen soll im folgenden Abschnitt nachgegangen werden.

#### V. Die rechtliche Ausgestaltung der Eingriffsschwelle bei Sorgerechtsänderungen

##### 1. Verfahrensrechtliche Ansätze

Die Erkenntnis, daß das Stabilitätsinteresse des Kindes schon durch die konkrete *Möglichkeit* einer Sorgerechtsänderung, insbesondere durch ein schwebendes Verfahren verletzt wird, führt zu Überlegungen, ob Restriktionen schon im Vorfeld des gerichtlichen Änderungsprozesses wirksam eingesetzt werden können.

941 Oben C.II.3.

942 Wie das Kindesinteresse ist auch das Elternrecht insoweit oft nur Vehikel des staatlich-gesellschaftlichen Kontrollinteresses, vgl. oben II.2.b).

943 Der US-Supreme Court hat allerdings ein Rechtsmittel, das die Verfassungswidrigkeit von Sorgerechtsänderungen ohne besondere Eingriffsschwelle, auf Grund bloßer "preponderance of evidence" rügte, durch Sachentscheidung (aber ohne Begründung) zurückgewiesen, *Bowen v. Bowen*, 6 FLR 2923 (1980), vgl. Vorentscheidung in 6 FLR 2559 (Tex. App. 1980).

a) *Ausschließliches Klagerecht des Jugendamtes*

In erster Linie ist hier an den Lösungsansatz des DDR-Rechts zu denken. Man verläßt sich nicht nur auf eine materielle Beschränkung der Änderungsmöglichkeit (§ 48 Abs. 1 FGB), sondern behält das Klagerecht ausschließlich einer neutralen, sachkundigen Instanz vor, d.h. dem Jugendhilfeorgan (§ 48 Abs. 2 FGB; § 18 Abs. 1 Ziff. e JHVO)<sup>944</sup>. Der nichtsorgeberechtigte Elternteil, der eine Änderung anstrebt, muß sich an diese Behörde wenden. Zur Erreichung eines Änderungsantrags bei Gericht kommt es erst, wenn das Organ der Jugendhilfe die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen einer Änderung zur eigenen Überzeugung festgestellt hat. Hiermit sollen bestehende Erziehungsverhältnisse geschützt werden vor ungerechtfertigten oder gar schikanösen Verfahreseinleitungen<sup>945</sup>.

Nicht ganz befriedigend ist demgegenüber die Rolle des bisher Nichterziehungsberechtigten geregelt. Er kann als Zeuge vernommen werden<sup>946</sup>, erfährt aber offenbar häufig auch nichts vom Verfahren und nicht einmal von einem für ihn günstigen Ausgang<sup>947</sup>.

Der Abschirmungseffekt dieser Regelung im Hinblick auf unbegründete oder gar schikanöse Gerichtsverfahren ist kaum zu leugnen. Zum einen stellen Änderungsprozesse in der DDR einen geringen Anteil der Sorgerechtsverfahren, verglichen mit der Situation in den USA oder der Bundesrepublik<sup>948</sup>. Zum zweiten haben die vom Jugendhilfeorgan angestrebten Klagen offenbar in aller Regel auch Erfolg<sup>949</sup>. Dennoch bestehen Bedenken gegen diese Lösung unter zwei Gesichtspunkten. Vom Stabilitätsinteresse des Kindes her muß gefragt werden, ob die Vorschaltung eines behördlichen Ausleseverfahrens eine wesentliche Verbesserung bringt. Das Jugendhilfeorgan ist verpflichtet, vor seiner Entscheidung über die Klageeinreichung die tatsächliche Situation erschöpfend aufzuklären<sup>950</sup>. Bereits hierdurch wird staatliche Inquisition und Unsicherheit über den Fortbestand des bisherigen Arrangements in die Teilfamilie hineingetragen. Die Ermittlungen sind zwar weniger förmlich, und das Jugendhilfeorgan kann auch keine endgültige Entscheidung treffen. Andererseits verdoppelt sich der Verfahrensaufwand, wenn das Jugendhilfeorgan eine Änderung für „unabweisbar“ hält (§ 48 Abs. 1 FGB).

Auch unter rechtsstaatlichem Aspekt erscheint der Ansatz des DDR-Rechts problematisch. Die behördliche Kontrollkompetenz ist als Abschirmungsinstrument nur effektiv, wenn die Entscheidung *gegen* eine Klageerhebung unanfechtbar ist<sup>951</sup>.

944 Vgl. oben 1. Kap. A.IV.7.

945 Lehrbuch Familienrecht S. 242; *Robde*, Erziehungsrecht S. 51.

946 Lehrbuch Familienrecht S. 242; *Robde*, JH 1967, 367.

947 Kritisch insoweit *Wolfram*, JH 1968, 186.

948 Oben Fn. 899.

949 Es ist keine Entscheidung publiziert, in der ein Änderungsantrag vom Gericht abgelehnt wurde.

950 OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 24; FGB-Kommentar, S. 48 Anm. 3.2.; *Kübne*, JH 1967, 242 ff.

951 Der ablehnende Bescheid des Jugendhilfe-Organs in der DDR unterliegt der Beschwerde, § 50 JHVO. Über diese entscheidet endgültig die übergeordnete Behörde, § 52 Abs. 2. 3 JHVO, ein Rekurs zu den Gerichten ist ausgeschlossen, § 52 Abs. 7 JHVO.

Andernfalls ist dem nichtsorgeberechtigten Elternteil nur eine Verfahrensvielfalt eröffnet, durch die er den Sorgeberechtigten und das Kind ständig in Unruhe halten kann. Der Ausschluß des Wegs zum Gericht ist aber in der Bundesrepublik nicht zulässig (Art. 19 Abs. 4 GG). Schon die pflichtgemäße Vorschaltung eines Prüfungs- und Entscheidungsverfahrens des Jugendamtes stößt auf rechtsstaatliche Bedenken, da nicht gewährleistet erscheint, „daß die Betroffenen immer dann den Weg zum Gericht finden (oder auf diesen Weg gebracht werden), wenn sie ‚im Recht‘ sind“<sup>952</sup>. Die verantwortliche Entscheidung über Fragen des Kindeswohls ist in der Bundesrepublik deshalb den Gerichten vorbehalten. Das Jugendamt hat grundsätzlich eine unterstützende Funktion (§ 48 JWG) und kann vom Gericht nur in bestimmten Fällen mit der eigenständigen Ausführung von Maßnahmen betraut werden (§ 48 c JWG)<sup>953</sup>. Im Ergebnis kommt deshalb eine Übernahme des § 48 Abs. 2 FGB in das Recht der Bundesrepublik nicht in Betracht.

### b) Richterliche Vorprüfung

Vorstehenden rechtsstaatlichen Bedenken versucht der Vorschlag von Watson<sup>954</sup> Rechnung zu tragen, wonach nicht die Jugendbehörde, sondern der *Richter* eine Abschirmfunktion ausüben solle. Dem eigentlichen Änderungsprozeß sei ein informelles Prüfungsverfahren voranzustellen, in dem der nichtsorgeberechtigte Elternteil den Richter von der voraussichtlichen Begründetheit seines Änderungsantrags überzeugen müsse<sup>955</sup>. Der Sorgeberechtigte werde in diesem Stadium noch nicht benachrichtigt.

An der Effektivität dieses gutgemeinten Vorschlags muß dennoch gezweifelt werden. Da der Sorgeberechtigte nicht gehört wird, hat es der andere Elternteil in der Hand, dem Richter seine subjektive Sicht als „Sachverhalt“ zu präsentieren. Mangels anderer Informationsquellen hat der Richter praktisch keine Möglichkeit, Stichhaltiges von Unbegründetem oder gar böswilligen Behauptungen zu unterscheiden. Seine Verantwortung dem Kind gegenüber wird es ihm kaum jemals erlauben, ohne weitere Aufklärung einen Antrag zurückzuweisen. Damit sind aber der Sorgeberechtigte und das Kind bereits regelmäßig in den Änderungsstreit hineingezogen.

### c) Kostensanktion

Auf verfahrensrechtlicher Ebene bleibt schließlich noch der Versuch, den nichtsorgeberechtigten Elternteil von unbegründeten Änderungsanträgen abzuschrecken

952 Zenz, Kindesmißhandlung S. 346; ähnlich Winter, JurA 1971, 123.

953 Das Jugendhilfe-Organ in der DDR hat wesentlich größeren Handlungs- und Entscheidungsspielraum, vgl. § 18 JHVO, § 23 JHVO i.V. mit § 50 FGB. Noch weitere Befugnisse hat sogar die Vormundschaftsbehörde in der Schweiz, vgl. Art. 307 ff., 314, 315 a ZGB.

954 21 Syracuse L. Rev. 80 (1969).

955 Ähnlich In re Roorda, 6 FLR 2469, 2470 (Wash.App. 1980): Termin wird überhaupt erst angesetzt, wenn der Antragsteller „adequate cause“ nachgewiesen habe.

durch Auferlegung des Kostenrisikos auch bezüglich der gegnerischen Kosten (§ 409 (c) UMDA)<sup>956</sup>. Im deutschen Recht eröffnet auch § 13 a FGG diese Möglichkeit<sup>957</sup>. Inwieweit § 409 (c) UMDA in den USA tatsächlich eingesetzt wird und ob sich eine generalpräventive Wirkung bemerkbar macht, kann noch nicht beurteilt werden. Es ist jedoch kaum zu erwarten, daß das Kostenrisiko die um ihr Kind streitenden Eltern in größerem Umfang davon abhält, ihre vermeintlichen „Rechte“ weiter zu verfolgen. In der Bundesrepublik sind zudem die Anwaltsgebühren wesentlich niedriger als in den USA, und die zunehmende Verbreitung von Rechtsschutzversicherungen trägt weiter dazu bei, den Kostenfaktor als irrelevant erscheinen zu lassen.

## 2. Materielle rechtliche Gestaltung

### a) Zeitweiliger Ausschluß der Änderungsmöglichkeit

§ 409 (a) UMDA schließt eine Änderungsmöglichkeit für den Zeitraum von 2 Jahren nach der Erstentscheidung aus, sofern nicht eine ernsthafte Kindesgefährdung eine Ausnahme bietet<sup>958</sup>. Obwohl manchen diese Restriktion nicht weit genug geht<sup>959</sup>, erfüllt dieser Ausschluß doch dann eine sinnvolle Funktion, wenn eine pausenlose Fortsetzung des Elternstreits nach der Erstentscheidung praktisch häufig ist. Hier liegt ein besonderes Problem des US-amerikanischen Rechts, in dem das traditionelle Konzept der *continuing jurisdiction* bei nahezu fehlender materiellrechtlicher Änderungsschwelle und die leichte Ausweichmöglichkeit in andere Bundesstaaten den zunächst unterlegenen Elternteil zum „Forum-Shopping“ und zu ständig neuen Änderungsanträgen ermutigten<sup>960</sup>. Die Rechtsprechung beispielsweise in Montana, wo ein dem UMDA nachgeformtes Gesetz gilt<sup>961</sup>, beweist die Effektivität der 2-jährigen Änderungssperre<sup>962</sup>. In der Bundesrepublik sind kurz auf die Erstentscheidung folgende Änderungsanträge nicht so häufig, daß es gerecht-

956 9 ULA 511 (1973): „Attorney fees and costs shall be assessed against a party seeking modification if the court finds that the modification action is vexatious and constitutes harassment“. Regelmäßig trägt in den USA sonst jede Partei ihre Kosten selbst, unabhängig vom Ausgang des Verfahrens.

957 Insbesondere Abs. 1, S. 2; keine abweichende Regelung i.S. des § 13a Abs. 3 FGG enthalten für *Änderungsverfahren* §§ 93a, 97 Abs. 3 ZPO, vgl. *Keidel/Kuntze/Winkler*, § 13a Anm. 76.

958 Vgl. oben bei Fn. 803.

959 *Goldstein/Freud/Solmit*, Beyond S. 129 Fn. 7 (deutsch 123 Fn. 27).

960 *Bodenheimer*, 46 U.Colo.L.Rev. 496 f. (1975); *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 622, 626 (1965).

961 Rev.Code Montana § 48-339.

962 *Hamilton v. Hamilton*, 4 FLR 2544 (Mont. 1978); *Holm v. Holm*, 560 P.2d 905, 908 (Mont. 1977); *Olson v. Olsen*, 4 FLR 2216, 2217 (Mont. 1978); vgl. auch *Sexton v. Sexton*, 6 FLR 2479 (Ill.App. 1980). Gelegentlich wird die 2-Jahresgrenze aber auch unterlaufen, *Boggs v. Boggs*, 5 FLR 2247 (Ill.App. 1978); *Lovko v. Lovko*, 5 FLR 2252 (Ind. App. 1978).

fertigt erschien, in einem auch nur begrenzten Zeitraum die Änderungsmöglichkeiten nahezu ganz auszuschließen. Wird die Änderungsschwelle generell hoch angesetzt, besteht bei ihrem Erreichen kein Grund, die Änderungsinteressen des Kindes innerhalb einer mehr oder weniger willkürlichen Frist zurückzustellen<sup>963</sup>. Eine zusätzliche Änderungssperre würde das konkrete Kindeswohl aus generalpräventiven Gründen damit in unzulässiger Weise beeinträchtigen<sup>964</sup>.

*b) Abstrakte Definition der Eingriffsvoraussetzungen*

Nach Ablehnung der vorgenannten Lösungsansätze bleibt nur die konventionell erscheinende Möglichkeit, die Eingriffsvoraussetzungen generell-abstrakt zu definieren. Die damit unvermeidlich verbundene Einbuße an Exaktheit muß nicht bedeuten, daß man auf eine nichtssagende Generalklausel wie § 1696 BGB zurückgeworfen wäre. Auch für die Änderungsproblematik hat der Gesetzgeber nach Wegen zu suchen, „den Prozeß der Formierung (der Gerechtigkeit) in Gang zu setzen“<sup>965</sup>, wobei ihn der Eingriffscharakter der Änderung zur größtmöglichen Präzision verpflichtet<sup>966</sup>. Richtungsweisend hat dabei die Erkenntnis zu sein, daß die Ausgangssituation sowohl unter dem Gesichtspunkt des Kindesinteresses als auch der Familienautonomie grundverschieden ist von der des § 1671 BGB. Das Kindeswohl hat zunächst erst einmal den gerichtlichen Eingriff in eine bestehende Familie zu legitimieren. Als Entscheidungsmaßstab tendiert das Kindesinteresse sodann nicht zu beiden Eltern in gleichem Maße, vielmehr dominiert grundsätzlich der Stabilitäts- und Kontinuitätsgesichtspunkt.

*aa) Bezugnahme auf das allgemeine Kindesschutzrecht*

Scheinbar gesicherter Boden ist gewonnen, wenn angesichts dieser Situation auf die Eingriffsgrenze des allgemeinen Kindesschutzrechts verwiesen wird<sup>967</sup>. In beiden Fällen geht es um durch das Kindeswohl legitimierte Eingriffe des Staates in eine konzeptionell ungeschmälerzte Elternzuständigkeit<sup>968</sup>. Nach der Neugestaltung der §§ 1666, 1666 a BGB in der Bundesrepublik liegt diese Gleichsetzung der Eingriffsgrenzen auch unter dem Gesichtspunkt der sachlichen Angemessenheit nahe.

Eine brauchbare Konkretisierungshilfe für die Rechtsprechung liefert die Verweisung auf § 1666 BGB dennoch nicht, da die Maßstäbe des Kindesschutzrechts den Besonderheiten der Änderungssituation nicht gerecht werden. Zum einen steht hier fast ausschließlich das psychische, geistige oder soziale Wohl des Kindes im

963 Insoweit ist § 409 UMDA inkonsequent, da in Ziff. (b) auch die generelle Änderungsvoraussetzung mit „ernsthafter Gefährdung“ umschrieben ist. Der Zusammenhang mit Ziff. (a) legt es nur nahe, die „Gefährdung“ jenseits der 2-Jahresgrenze nicht ernst zu nehmen.

964 Zum Aspekt der Generalprävention bei Sorgerechtsentscheidungen vgl. auch oben Fn. 351.

965 *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 104.

966 Oben bei Fn. 683 ff.

967 Vgl. oben bei Fn. 796 sowie *Jorio* S. 299 f.

968 Die Beschränkung der Rechtsstellung des Sorgeberechtigten durch das Umgangsrecht des anderen Elternteils bleibt ausgeklammert.

Vordergrund. Die psychosoziale Dimension des Kindeswohls ist aber im Kindeschutzrecht bisher kaum befriedigend erfaßt, geschweige denn ausgelotet worden<sup>969</sup>. Wo von ihr die Rede ist, wie vor allem bei Herausgabestreitigkeiten zwischen Eltern und Dritten, sind die gewonnenen Abgrenzungen nicht übertragbar: Dort gilt eine starke Priorität des herausverlangenden Elternteils, das Beharrungsinteresse des Kindes wirkt nur als gefährdungsabwehrendes Korrektiv. In der Änderungssituation verhält es sich eher umgekehrt. Auch die detaillierte Ausbreitung des fachwissenschaftlichen Erfahrungsstandes bei Zenz<sup>970</sup> konzentriert sich auf Kindesmißhandlungen und ihre psychischen Auswirkungen, es konkretisiert nicht ohne weiteres eine „Gefährdungsgrenze“ für Sorgerechtsänderungen.

Zum zweiten können die zu einer abstrakten „Gefährdungsgrenze“ entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung nicht losgelöst gesehen werden von den rechtlichen und praktischen *Folgen*, die mit ihrer Erreichung verbunden sind. Im Kindeschutzrecht orientiert man sich – da weniger einschneidende Reaktionsmöglichkeiten faktisch nur sehr eingeschränkt bestehen – an der ultima ratio, der Wegnahme des Kindes zum Zwecke der Heim- oder sonstigen Fremdunterbringung<sup>971</sup>.

Die bekannten negativen Implikationen dieser Maßnahme bilden den Hintergrund für die sich den Gerichten stellende Frage, „welches Maß nicht nur an körperlichen, sondern auch psychischen Leiden, an Depressionsneigungen, an Lernschwierigkeiten, Kontaktstörungen, Sprach- und sonstigen Entwicklungsverzögerungen als . . . ‚Gefährdung‘ des Kindes . . . gelten soll“<sup>972</sup>. In der Scheidungsfamilie hat das Kind eine ungleich günstigere Alternative als die Heimunterbringung. Das Bestehen eines leiblichen Elternteils berechtigt zwar nicht zu einem freien Hin- und Herschieben des Kindes je nach seinen wechselnden, vom Gericht definierten Interessen oder gar der Elterninteressen. Im Prinzip bleibt es vielmehr auch gegenüber der nahehelichen Teilfamilie beim allgemeinen Wächteramt des Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG<sup>973</sup>. Das Wächteramt des Staates ist aber keine abstrakt-objektive Größe, sondern ein „funktionsbestimmter Rechtsbegriff“<sup>974</sup>, der die Schutzaufgabe der Gemeinschaft gegenüber den Kindern ihrer Mitglieder bezeichnet. Generell festgelegt ist das grundsätzliche Zuordnungsverhältnis elterlicher und staatlicher Verantwortung. Ihr konkretes Gepräge hingegen erhält die Wächterfunktion erst im Hinblick auf bestimmte Lebenssituationen, als Ergebnis einer typisierten Abwägung von Kindes-, Eltern- und Gesellschaftsinteressen. Diese Abwägung gehört zur vom Normsetzer zu leistenden Vorformierung der Gerechtigkeit. Er kann sich ihr nicht, wie in § 1696 BGB, gänzlich verweigern, aber auch nicht dadurch entziehen, daß er grund-

969 *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 34 ff., 163 ff.; *Zenz*, Kindesmißhandlung S. 337 ff.

970 Kindesmißhandlung, 3. Teil (S. 155 ff., insbesondere 213 ff.).

971 *Zenz*, a.a.O. S. 339.

972 *Zenz*, a.a.O. S. 341.

973 Vgl. oben 4. Kap. B.I.

974 Dazu *Larenz*, Methodenlehre S. 466 ff.

verschiedene Lebensverhältnisse pauschal gleichem Rechtsstandard unterwirft<sup>975</sup>. Eine Verweisung auf die Eingriffsgrundsätze des § 1666 BGB für Sorgerechtsänderungen hilft der Rechtsprechung deshalb kaum weiter, sondern leitet sie möglicherweise sogar fehl.

bb) Spezifische Änderungsvoraussetzungen

Aus den bisherigen Untersuchungen lassen sich drei Folgerungen für die normative Ausgestaltung der Änderungsmöglichkeiten ziehen. Erstens ist als relativ unproblematisch jene Fallgruppe auszusondern, in der das Kind tatsächlich nicht beim sorgeberechtigten, sondern beim anderen Elternteil lebt und dessen Person und Familie in psychosozialer Hinsicht verbunden ist<sup>976</sup>. Zweitens ist die Änderungsschwelle *deutlich restriktiv* zu formulieren, im Hinblick nicht nur auf die Kontinuitätsinteressen des Kindes, sondern schon auf die Befriedigung und Stabilisierung der Lebens- und Erziehungsverhältnisse beim Sorgeberechtigten<sup>977</sup>. Schließlich ist dem Umstand Rechnung zu tragen, daß kindesfremde Motivationen tendenziell die Entscheidung zugunsten von Änderungen beeinflussen, hier aber, mehr noch als bei der originären Entscheidung, besonders kindesschädlich wirken<sup>978</sup>. Primär gefährdetes Schutzgut ist die tragfähige psychosoziale Eltern-Kind-Beziehung zwischen Sorgeberechtigtem und Kind. Das scheidungsbedingte Kind sollte einen Anspruch darauf haben, nicht aus welchen Motiven auch immer erneut in seiner persönlichen Beziehungswelt gestört zu werden. Dieser Grundsatz klingt bereits für die Erstentscheidung in § 1671 Abs. 2 2. Hs. BGB an<sup>979</sup>, in der Änderungsfrage erlangt er noch stärkeres Gewicht. Gerichte, die die Bindung des Kindes an den Sorgeberechtigten in den Mittelpunkt der Erwägung stellen, können Änderungen auch bei sonst schwierigen

975 Auch *Mnookin* (39 L.&Cont.Prob. 246 ff. (1975)) wendet sich gegen den in den USA vielfach geforderten „Einheitsmaßstab“, der für sämtliche das Kind betreffenden Fragen gelten solle (Scheidungsrecht, Vormundschaftsrecht, Kindesschutzrecht, Adoptionsrecht), dazu *Tex.Fam.Code* § 1102 (a); *In re B.G.*, 523 P.2d 244, 255 f. (Cal. 1974); *Goldstein/Freud/Solnit* *Beyond* S. 5 (deutsch S. 14). Als Ersatz bietet er aber nur den relativ groben Raster der child-protection-function und der private-dispute-settlement-function des Staates mit jeweils eigenen Grundsätzen (oben 4. Kap. B.II.1.). Für die Änderungsproblematik bedeutet das einen Rückfall auf die allgemeinen Grundsätze des Kindesschutzrechts (vgl. a.a.O., S. 292). Es muß allerdings berücksichtigt werden, daß die Rechtsreform im US-amerikanischen Kindschaftsrecht ihren Weg finden muß zwischen einer oft kaum übersehbaren Zersplitterung zusammenhängender Regelungsbereiche einerseits, pauschalen Gleichsetzungen andererseits (dazu *Mnookin*, a.a.O., S. 227 ff.); einziger Orientierungspunkt für die Gerichte bleibt zumeist nur das „Kindeswohl im Einzelfall“. Vor diesem Hintergrund hat *Mnookin* rechtstheoretische Pionierarbeit geleistet.

976 Vgl. oben II.1.b)aa), § 409 (b) (2) UMDA.

977 Oben II.1.a).

978 Oben II.2.

979 Oben A.I.1.a)

Fallgestaltungen überzeugend ablehnen<sup>980</sup>. Die *Unverletzlichkeit einer guten Eltern-Kind-Beziehung* in der nahehelichen Teilfamilie sollte deshalb besonders hervorgehoben werden.

980 Beispielhaft OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827; Schuster v. Schuster, 4 FLR 2812 (Wash. 1978). In OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 621 f. ging es um die *Herausgabe* des Kindes nach einer Sorgerechtsänderung. Das OLG lehnte die Herausgabe, gestützt auf die Bindung des Kindes an den früheren Sorgeberechtigten, ab. Derartige Korrekturen (hier: der Entscheidung eines anderen Gerichts) sollten durch sorgfältigere Prüfung im Änderungsverfahren selbst unnötig gemacht werden.

## 6. Kapitel: Die richterliche Konkretisierung des Kindeswohl-Maßstabs im Einzelfall

Die sachliche Aufgliederung und Strukturierung des Kindeswohl-Konzepts durch das objektive Recht, wie sie im vorstehenden Kapitel behandelt worden ist, läßt für die Entscheidung im Einzelfall vieles offen. Jede inhaltliche Aussage zum Kindeswohl steht zudem unter dem relativierenden Vorbehalt der Einzelfallgerechtigkeit. Es wurde zu Beginn dieser Untersuchung festgestellt<sup>1</sup>, daß die Offenheit der Kindeswohl-Norm als Entscheidungsmaßstab legislativem Prinzip entspricht. Sie enthält den Auftrag an den Richter zur rechtsschöpferischen Aktualisierung und Vollendung im jeweiligen Einzelfall, bezogen auf die jeweils vorgefundenen Lebensverhältnisse. Auch insoweit ist jedoch „Recht“ zu konkretisieren, subjektivem Gutdünken des Richters kommt legitimer Stellenwert nicht zu<sup>2</sup>. Daraus folgt die Aufgabe, auch die funktionalen Strukturen der Kindeswohl-Norm aufzudecken, d.h. den richterlichen Aktualisierungsprozeß rechtstheoretisch zu analysieren und methodisch einzubinden<sup>3</sup>. Es geht also um eine Antwort auf die Generalklauselproblematik in der spezifischen Ausprägung, die sie im Kindeswohl-Prinzip gefunden hat.

### A. Rechtstheoretische Fragestellung: Die Konkretisierung des Kindeswohls als Problem der Entscheidungslegitimierung

Die Kindeswohl-Norm verzichtet wie andere Generalklauseln auf die für generelle Normen typische Steuerung richterlicher Entscheidungsfindung durch Aufstellung eines in sich geschlossenen, möglichst deskriptiven Tatbestands und dessen Verknüpfung mit einer bestimmten Rechtsfolge. Die Objektivität der Entscheidung durch sachliche Determinierung kann auch nicht auf anderem Wege, über die Heranziehung ergänzender Wertsysteme erreicht werden<sup>4</sup>. Strikte Bindung des Richters in positivistischem Sinn ist nicht nur unvereinbar mit dem Prinzip der Individualgerechtigkeit und der hieraus folgenden Funktion der Kindeswohl-Norm als eines im Einzelfall zu konkretisierenden Rechtsmaßstabs<sup>5</sup>, sie ist auch von der Sache her illusorisch. Der generalklauselartige Charakter der Kindeswohl-Norm

1 4. Kap. C.I.1.

2 4. Kap. C.II.1.b).

3 Zur Fragestellung schon oben 4. Kap. C.II.2., bei Fn. 194.

4 4. Kap. C.II.1.

5 Zum hieraus begründeten Versagen auch der Präjudizienbindung im US-amerikanischen Recht oben 4. Kap. bei Fn. 103.

erübrigt eine Stellungnahme zum Streit über Vorhandensein und Ausmaß des rechtsschöpferischen Elementes praktisch in jeder Rechtsanwendung<sup>6</sup>. Die rechtsschöpfende Funktion des Richters hat im Rahmen der Kindeswohl-Problematik vielmehr Ausgangspunkt bei der Frage nach Objektivierung und Disziplinierung des Konkretisierungsakts zu sein.

Bei dieser Fragestellung wird der Blick nicht auf die Bindung des Richters bzw. auf die Quellen und den Bestand rechtsverbindlicher Normen, sondern auf die *Legitimierung seiner Rechtskonkretisierung* gelenkt. Bei der Anwendung objektiven Rechts folgt die Legitimation der Entscheidung aus der Rechtsqualität der angewendeten Normen und ihrer Verbindlichkeit für den Richter<sup>7</sup>. Soweit das objektive Recht die Entscheidung nicht vorzeichnet, muß der Richter seine Entscheidungskriterien anderweitig suchen<sup>8</sup>. Deren Umsetzung in „Recht“ für den Einzelfall erfolgt in Ausführung des Rechtsschöpfungsauftrages an die Gerichte, wie er implizit in der Setzung unbestimmten oder offenen Rechts enthalten ist<sup>9</sup>. Die institutionelle Legitimation der Rechtsprechung zur Rechtsschöpfung erstreckt sich aber nicht ohne weiteres auf deren Inhalte im einzelnen<sup>10</sup>. Vielmehr folgt aus der Maßgabe, daß die Gerichte „Recht“ zu schaffen haben, die Notwendigkeit zusätzlicher materialer Legitimation vor den Elementen der Rechtsidee, insbesondere also den Postulaten der Objektivität, Rationalität und Sachgerechtigkeit<sup>11</sup>. Im Grunde handelt es sich um eine Verlagerung des allgemeinen Legitimationsproblems des Rechts<sup>12</sup> von abstrakten Normen in den Einzelfall.

6 Vgl. oben 4. Kap. Fn. 171.

7 Art. 20 Abs. 3, 97 GG; *Fikentscher*, Methoden IV S. 295, 307; *Eckbold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung S. 17; *Schwerdtner*, Rechtslehre I (1971) S. 236; daß sich auch insoweit schon grundsätzlich das Problem der Entscheidungsrechtfertigung stellt, hebt besonders *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 167 hervor. Das Problem des Unrechtsgesetzes bleibt hier außer acht, dazu *F. v. Hippel*, Recht und Unrecht, in: *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik* S. 265 ff.

8 Das gilt auch für die *Auslegung* nicht eindeutiger Gesetzesbestimmungen, denen gegenüber deskriptive Normen eine verschwindend geringe Bedeutung haben, *Esser*, Festschrift v. Hippel S. 113 f., 118 f.; *ders.*, *Studium Generale* 7 (1954) 375 f.; *Eckbold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung S. 18; *Larenz*, Festschrift Huber S. 291; *Müller*, Methodik S. 75; *Schwerdtner*, Rechtslehre I (1971) S. 237; *Simitis*, AcP 172 (1972) 132 f.; etwas großzügiger *Fikentscher*, Methoden IV S. 295, 307 (innerhalb der Wortsinnngrenze sei *jede* Interpretation vom Gesetz legitimiert). Zur Legitimation berufen sich die Gerichte dabei auf methodische Grundsätze, die Vernunft oder eine Usualinterpretation; zu ersterem *Wieacker*, Festschrift Weber S. 437; *Diederichsen*, Festschrift Flume S. 298; zu letzterer *Esser* a.a.O. und Vorverständnis S. 191.

9 Die Rechtsprechung ist deshalb „Rechtsquelle“ in institutionellem Sinne, *Esser*, Grundsatz und Norm S. 137 ff., insbes. 139; *ders.*, *ZvglRW* 75 (1976) 68; *Fikentscher*, Methoden IV S. 201, 325 ff., 615; ähnlich für die Schweiz *Germann*, Methoden S. 171 ff., 239, 272 ff.; *Liver*, Rechtsquelle S. 36 ff.

10 *Esser*, Grundsatz und Norm S. 136; *ders.*, Vorverständnis S. 17.

11 Grundlegend *Esser*, Vorverständnis S. 162 ff. und passim; vgl. auch *Germann*, Methoden S. 162 ff.; *Coing*, Rechtsphilosophie S. 113; *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 55 f.; *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 167 ff., 177 ff.; *Bibler*, Rechtsgefühl S. 99, 145.

12 *Zippelius*, Festschrift Bruns S. 2; *ders.*, Festschrift Larenz S. 300 f.; *ders.*, *Wesen des Rechts* S. 72 ff.

Da die Rechtsfindung unter der Herrschaft des Kindeswohl-Maßstabs teils sachlich gebundene, teils nur ansatzweise geleitete, zu einem großen Teil aber auch „freie“ Rechtskonkretisierung bedeutet, ist die Legitimierung einer Sorgerechtsentscheidung eine vielschichtige Aufgabe. Die Reduzierung der auf bloße „Rechtsanwendung“ zielenden Legitimationsstrategie auf jenen Bereich, in dem wirklich materiale Bindung besteht, ist Voraussetzung für die Rationalität der Entscheidungsfindung und -begründung<sup>13</sup>. Soweit der Richter Freiräume hat und diese ausfüllt, kann im übrigen von ihm eine befriedigende Rechtfertigung seines Vorgehens nur dann erwartet werden, wenn die Anforderungen der Kindeswohl-Norm an den Konkretisierungsprozeß im Einzelfall ihrerseits hinreichend deutlich konkretisiert sind. Aus ihrer Befolgung gewinnt der Richter seine Legitimation vor dem Recht (materiale Legitimation), der Nachweis ihrer Befolgung in der Entscheidungsbegründung rechtfertigt ihn vor den Rechtsunterworfenen und der Umwelt (formale Legitimation). Sachlicher Gegenstand der Entscheidungslegitimation sind die wesentlichen Stufen der Normkonkretisierung. Als Hauptfelder ergeben sich aus der Normfunktion der Kindeswohl-Klausel<sup>14</sup> der tatsächliche und der normative Bereich, d.h. die Sachverhaltsaufklärung sowie die Findung, der konkrete Einsatz und die wechselseitige Zuordnung und Integration von Wertmaßstäben<sup>15</sup>.

Die funktionalen Gebote der Kindeswohl-Norm für die Rechtskonkretisierung im Einzelfall auf diesen Gebieten sind Gegenstand der folgenden Untersuchung.

## B. Die tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung

Die Seinsverhalte, die „empirischen Daten einer sich wandelnden Welt“ sind Konstitutionselemente jedes rechtlichen Ordnungsentwurfs<sup>16</sup>. Die Feststellung dessen, was „ist“, kann – wenn nicht in der Realität, so doch begrifflich – klar getrennt werden von dem, was sein soll. Aber auch innerhalb des tatsächlichen Bereichs ist eine theoretische Differenzierung möglich und nützlich: Zu ermitteln sind einmal die tatsächlichen Gegebenheiten eines konkreten Falles, daneben und ergänzend aber auch die „allgemeinen Tatsachen“, die für die Normfindung im konkreten Fall bedeutsam sind<sup>17</sup>. Hierzu gehört nicht nur das natürliche und naturgesetzliche Sein, sondern auch vorhandene soziale, wirtschaftliche und geistige

13 *Esser*, Vorverständnis passim; *ders.*, AcP 172 (1972) 101 ff.; *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 51; *Simitis*, AcP 172 (1972) 142 ff.; *Meier-Hayoz*, Richter S. 118 ff., 203.

14 Oben 4. Kap. C.II.2.

15 Zur Sachverhaltsermittlung unten B.; zur Wertfindung unten C. II., III.; zum konkreten Einsatz und zur Integration der Wertmaßstäbe unten C.IV und V.

16 *Welzel*, Naturrecht S. 245; *Zippelius*, Wesen des Rechts S. 55 ff.

17 *Germann*, Methoden S. 160 f., der beide Tatsachenkomplexe sodann als „realistisches Fundament“ der Wertgewinnung gegenüberstellt (S. 162).

Strukturen<sup>18</sup>. In der Praxis ist die Feststellung beider Art Tatsachen so eng miteinander verknüpft, daß es nicht sinnvoll erscheint, die richterliche Sachverhaltsermittlung grundsätzlich aufzuspalten. Konkrete Sachverhaltsumstände sind eingebettet und werden verstanden vor dem Hintergrund allgemeiner Seinsdeutungen. Diese können die Ermittlungstätigkeit auf bestimmte Einzelheiten lenken; umgekehrt erweitert oder bestätigt jeder Sachverhalt das allgemeine Seinsverständnis. Allerdings wirft der Einsatz „allgemeiner Tatsachen“ bei der Sachverhaltsfeststellung Probleme bezüglich ihrer Individualisierung und Rechtfertigung auf, denen gesondert nachzugehen sein wird<sup>19</sup>.

## I. Die Ermittlung des konkreten Sachverhalts

### 1. Die Verantwortung des Gerichts für die Sachaufklärung

#### a) Der Amtsermittlungsgrundsatz

Die Ermittlung der entscheidungsnotwendigen Tatsachen wird überwiegend dem Verantwortungsbereich des Gerichts zugerechnet, auch in der Schweiz, die keine freiwillige Gerichtsbarkeit kennt und deren allgemeines Zivilprozeßrecht vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht ist<sup>20</sup>, sowie verbreitet in den USA, wenngleich das Verhältnis gerichtlicher Ermittlungen zu den Grundsätzen des adversary proceeding unklar bleibt<sup>21</sup>. Es ist allenthalben gestattet und kann im Einzelfall sogar geboten sein, daß sich die Gerichte anderweitiger Hilfe bei der Sachaufklärung bedienen, insbesondere der des Jugendamtes oder von Sachverständigen. Die Tatsachenfest-

18 *Germann*, Methoden S. 161, 170; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 31 f., 281 ff.; vgl. auch *Robde*, Erziehungsrecht S. 5; *Stanton v. Stanton*, 421 u. S. 7, 14 f. (1975), wo die gesellschaftliche Rollenverteilung von Mann und Frau als (der Sachkunde zugängliche) Realität angesehen wird. In diesem Sinne auch das Sachelement in den „Natur der Sache“-Lehren, vgl. nur *Radbruch*, Festschr. Laun S. 160 f.

19 Unten I.3.b), II.

20 BG 28.5.1914, BGE 40 II 305, 319; C.d.Justice Genève 11.1.1946, Sem.Jud. 68 (1946) 497, 499 f.; *Barde*, ZSR 74 (1955) 536 a; *Hinderling*, Ehescheidungsrecht S. 165, 180; für Zürich vgl. §§ 200, 202 Zürcher ZPO, dazu *Sträuli/Messmer*, § 200 Anm. 26, § 202 Anm. 26. Für die Bundesrepublik siehe §§ 621 a Abs. 1 ZPO, § 12 FGG.

21 *Lewis v. Lewis*, 5 FLR 2715, 2716 (Pa.Super.Ct. 1979); *Schall v. Schall*, 380 A.2d 478, 479 (Pa.Super.Ct. 1977); 27B CJS 495 f. (§ 315); vgl. *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 846 (Sup.Ct. 1975); *In re Sinisa T.*, 4 FLR 2791 (N.Y. Fam.Ct. 1978); man beruft sich darauf, daß Sorgerechtsfragen zur "equity" gehören, *Gozansky* 12 Willamette L.J. 511 f. (1976); *Schiller*, 26 DePaul L. Rev. 247 ff. (1977); zum adversary system oben 3. Kap. B.II.1.c).

stellung darf aber nicht aus der Hand gegeben, d.h. anderen Institutionen zur eigenverantwortlichen Erledigung überlassen werden<sup>22</sup>.

Der Untersuchungsgrundsatz ergibt sich als verfahrensrechtliche Konsequenz aus der Schutzaufgabe des Staates für die scheidungsbedingten Kinder. Die Eltern können über das Sorgerecht materiellrechtlich nicht disponieren und folglich auch nicht die faktische Entscheidungsbasis des Gerichts bestimmen. Das Gebot der Kindeswohl-Norm an den Richter, die kindgerechte Lösung aus dem Einzelfall heraus zu entwickeln und zu begründen, verlagert die Verantwortung des Gerichts weit mehr als bei Normen mit abgeschlossenem Tatbestand auf das Gebiet des Tatsächlichen; Sachfeststellung und Wertfindung sind unauflösbar miteinander verknüpft<sup>23</sup>. Eine grundsätzliche Abkehr vom Untersuchungsgrundsatz würde eine materiellrechtliche Umformulierung der Verantwortlichkeiten für die Scheidungskinder voraussetzen, etwa den Rückzug des Staates auf eine ausschließliche Schlichtungsfunktion<sup>24</sup>.

Auf einer anderen Ebene liegt die Vorstellung, daß die tatsächliche Situation sich am besten im kontradiktorischen Verfahren (adversary proceeding) herauskristallisiert. Hier werden nicht von vornherein Wahrheitsdefizite in Kauf genommen, sondern nur ein anderer Weg der Wahrheitsermittlung für erfolgversprechender gehalten, so daß kein grundsätzlicher Widerspruch zur sachlichen Schutzfunktion des Staates besteht. Allerdings hat man die Schwächen des adversary proceeding für Sorgerechtsstreite in den USA längst erkannt: Wird das Kind als Subjekt ernst genommen, muß sein Interesse im kontradiktorischen Verfahren selbständig und uneingeschränkt vertreten sein<sup>25</sup>. Ob ein *Kindesanwalt* die Funktionsbedingungen des adversary proceeding aber so weit wiederherstellt, daß auf den Untersuchungsgrundsatz verzichtet werden könnte, ist gewewärtig noch umstritten<sup>26</sup>. Für die Bundesrepublik stellt sich die Frage nur in der Form, ob ein eigenständiger Vertreter der Kindesinteressen *im Rahmen* eines auf der Untersuchungsmaxime aufbauenden Verfahrens sinnvoll wäre<sup>27</sup>.

22 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; KG 12.5.1969, FamRZ 1970, 93, 94 f.; OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 133; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; BG 14.4.1921, BGE 47 II 15, 18; Gluckstern v. Gluckstern, 155 N.Y.S.2d 504, 506 (Sup.Ct. 1956); Fritschler v. Frischler, 208 N.W.2d 336 (Wisc. 1973). Die Grenzen im einzelnen können unklar sein, vgl. BayObLG 7.12.1964, FamRZ 1965, 152, 153 f. (eingehende „Wesensschilderung der Eltern“ durch Sachverständigen); OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 36 (Anhörung des Kindes durch Sachverständigen).

23 Oben 4. Kap. C.II.2., bei Fn. 189 ff.; für die USA die insoweit vereinzelte Entscheidung Lewis v. Lewis, 5 FLR 3715, 2716 (Pa.Super.Ct. 1979).

24 Dazu oben 4. Kap. B.II.1.

25 Vgl. oben 3. Kap. B.II.3.

26 Nachweise 3. Kap. Fn. 361, 362.

27 Nur als Gehilfen des letztverantwortlichen Gerichts versteht man den Kindesanwalt zum Teil auch in den USA, oben 3. Kap. Fn. 357.

Zum Kindesanwalt wird im Rahmen dieser Arbeit nicht abschließend Stellung genommen. Sein wesentlicher Beitrag läge wohl weniger auf der Ermittlungsebene (so aber Wendland v. Wendland, 138 N.W.2d 185, 190 (Wisc. 1965)), als vielmehr in einer stärkeren Kindzentriertheit des gesamten Verfahrens, vgl. Saunders v. Saunders, 400 N.Y.S.2d 588, 590

b) Die Verantwortungsfähigkeit des Gerichts

Die Verantwortlichkeit der Gerichte für notwendige Sachaufklärung impliziert die rechtspolitische Forderung, daß die Richter ausstattungs- und ausbildungsmäßig in die Lage versetzt werden, dieser Verantwortung auch zu genügen. Hierzu gehört zunächst einmal angemessene *Zeit* für die Behandlung eines Falles. In den USA sind die Richter auf Grund der hohen Scheidungsziffern und einer geringen Anzahl von Richterstellen ständig überlastet. Sie müssen ihre Ermittlungstätigkeit auf wenige Fälle beschränken, und auch komplexe, schwierige Fälle werden in wenigen Minuten durchgepaukt<sup>28</sup>. Im Verhältnis dazu stehen die Familienrichter in der Bundesrepublik wesentlich günstiger da<sup>29</sup>, wenngleich auch hier die Kompliziertheit des materiellen und formellen Scheidungsrechts einen übermäßigen Teil der zur Verfügung stehenden Zeit absorbiert und ein „liebvolles und detailliertes Eingehen auf das Psychogramm eines jeden einzelnen Kindes und auf das Soziogramm seiner Umgebung“<sup>30</sup> weitgehend illusorisch ist.

Der Zeitaspekt wirft aber noch in anderer Hinsicht ein Problem auf. Es ist den Gerichten von psychologischer Seite eindringlich vorgehalten worden, daß lange Verfahrensdauer schon als solche dem Kindeswohl abträglich ist<sup>31</sup>. Schon die Erstattung des Jugendamtsberichts dauert aber etwa 3 Monate<sup>32</sup>, und wenn der Richter die Einholung eines Sachverständigengutachtens erwägt, muß er dem erhofften Aufklärungsgewinn einen Zeitverlust von 6 Monaten bis zu 1 Jahr gegenüberstellen<sup>33</sup>. Gerade die Verantwortung für das Kindeswohl kann hier zu einer Beschränkung der an sich notwendigen Sachaufklärung führen – ein für die Gerichte gegenwärtig nicht lösbares Dilemma<sup>34</sup>.

(App.Div. 1977). Positiv zum Kindesanwalt in der Bundesrepublik vor allem *Frommann* S. 143 ff.; *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 46 f.; *Zenz*, Kindesmißhandlung S. 413 ff.; wohl auch *März*, FamRZ 1981, 736 ff. Eine gründliche Auseinandersetzung mit den in den USA aufgetretenen Problemen und Bedenken (oben 3. Kap. B.II.3.) steht allerdings noch aus. Die Verschiedenheit der Prozeß- und Gerichtsorganisation erlaubt im übrigen keine schlichten Übertragungen.

28 *B. Bodenheimer*, 23 Stan.L.Rev. 728 (1971); *Bruch*, StAZ 1980, 102, die als Beispiel auf den Fall *Marriage of Brantner*, 136 Cal.Rptr. 635, 638 f. (Cal.App. 1977) hinweist: Scheidung einer 25jährigen Ehe mit zwei minderjährigen Kindern; für alle – auch vermögensrechtlichen – Probleme standen insgesamt 15 Minuten zur Verfügung. Es gibt allerdings auch spektakuläre Ausnahmen, vgl. *Seymour v. Seymour*, 6 FLR 2575 (Conn. 1980) (die mündliche Verhandlung über das Sorgerecht dauerte 7 Tage); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841 (Sup.Ct. 1975); *Dodd v. Dodd*, 403 N.Y.S.2d 401 (Sup.Ct. 1978).

Zu den Auswirkungen des Zeitmangels auf den Begründungsaspekt unten Fn. 210.

29 So auch *Bruch*, a.a.O.

30 *Gembuber*, Neues Familienrecht S. 91.

31 *Goldstein/Freud/Solnit*, *Beyond* S. 40 ff., 101 (deutsch S. 39 ff., 83 f.); § 4600.6 Cal.Civ. Code räumt deshalb Sorgerechtsfällen Vorrang auf dem gerichtlichen Terminkalender ein.

32 *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 46.

33 *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 46.

34 Vgl. *Schüler-Springorum*, *Festschr. Stutte* S. 311 ff.; *Hopt*, JZ 1975, 348; *Simitis*, 2. DFGT S. 185 f., sieht den Ausweg in der Schaffung eines ständig präsenten, multidisziplinären Beraterstabs für die Gerichte. Bis dahin sei eine schnelle Entscheidung einer gründlichen, aber zeitaufwendigen vorzuziehen, *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 57.

Schließlich erfordert die Verantwortlichkeit des Richters seine Fähigkeit, die notwendigen Ermittlungen zu veranlassen, zu leiten und zu kontrollieren. Psychologische, pädagogische und soziologische Kenntnisse sind dabei unerlässlich, nicht als Ersatz für Sachverständigenwissen, sondern als Zugangsvoraussetzung für die sich aus dem Kindeswohl konkret ergebenden Fragestellungen<sup>35</sup>. Soweit der Richter durch Anhörung des Kindes und der Eltern selbst ermittelt, wird er durch entsprechende Kenntnisse zu sinnvoller Kommunikation befähigt<sup>36</sup>. Im übrigen muß ihn fachwissenschaftliches Grundlagenwissen befähigen, die sachliche Problematik im Einzelfall und etwaige Ansatzpunkte für vertiefte Nachforschungen zu erkennen. Soll die Verantwortung des Gerichts auch gegenüber Sachverständigengutachten keine Fiktion sein, muß der Richter schließlich auch das Rüstzeug besitzen, um diese Gutachten kontrollieren zu können<sup>37</sup>. Staatliche Verantwortung für das Kindeswohl wird demnach nur ernst genommen, wenn die Voraussetzungen für die Verantwortungsfähigkeit der Gerichte geschaffen werden<sup>38</sup>.

## 2. Umfang der notwendigen Ermittlungen

Der Umfang der anzustellenden Ermittlungen steht im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters<sup>39</sup>. Dabei liegt die Betonung eher auf „pflichtgemäß“ – unzureichende Sachaufklärung stellt eine Gesetzesverletzung dar und berechtigt die Rechtsbeschwerdeinstanz zur Zurückverweisung<sup>40</sup>. Als maßgebliches Kriterium für die nach § 12 FGG notwendigen Ermittlungen gilt ihre „Sachdienlichkeit“: Zu erheben sind alle dienlichen Beweise, soweit nach sorgfältiger Überlegung Anlaß dazu besteht<sup>41</sup>,

35 Für das Kinderschutzrecht vor allem *Zenz*, Kindesmißhandlung S. 378.

36 Zur Problematik der Kommunikation mit Kindern oben 5. Kap. Fn. 461; vgl. auch *Arntzen*, Vernehmungspsychologie (1978); ders., Elterliche Sorge S. 51 ff.; *Note*, 87 Yale L.J. 1158 ff. (1978) zu den Schwierigkeiten der amerikanischen Kindesanwälte, mit ihren „Klienten“ Kontakt zu bekommen.

37 Dazu im einzelnen C.IV.2.

38 Zur Notwendigkeit besserer Ausbildung der Familienrichter BT-Drucks. 8/2788, S. 42, vgl. auch S. 30; *D. Brüggemann*, in: Familienrechtsreform S. 113 ff.; *Diederichsen*, NJW 1980, 10, 11; *Frommann* S. 82 ff., 104 ff.; *Giesen*, Familiengerichtsbarkeit S. 48 f., 52; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG § 50 b Anm. 11. Vgl. schon oben 5. Kap. bei Fn. 568 speziell bezüglich der Kommunikationsfähigkeit mit Kindern und unten Fn. 609 zur Kompetenz auf fachwissenschaftlichem Gebiet. Skeptisch zur Kontrollfähigkeit der Richter überhaupt *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 57. Zum gegenwärtigen Stand von Aus- und Fortbildung der Familienrichter in Hessen vgl. *Günther*, in: 4. DFGT S. 29 ff.

39 *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG § 12 Anm. 53; OG 17.9.1957, NJ 1958, 34, 35; Cal.Fam. Comm'n Report 1969, 40 f.; *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 210 ff. (1969). In der Schweiz spricht man vom „freien Ermessen“, *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Anm. 28 ff.; *Germann*, Methoden S. 351 f., meint aber der Sache nach nichts anderes, oben 2. Kap. A.IV.4.c)cc).

40 *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG § 12 Anm. 57; vgl. 4. Kap. Fn. 111.

41 BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 43, 45, 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366; 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 369; BGH 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407.

und die Ermittlungen dürfen erst dann abgebrochen werden, wenn sachdienliche, entscheidungsbeeinflussende Ergebnisse nicht mehr zu erwarten sind<sup>42</sup>.

Was „Sache“ im Sinne dieser Grundsätze ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht. Generell soll sich der Ermittlungsumfang im einzelnen „an den Tatbestandsmerkmalen der im Verfahren anzuwendenden Normen“ ausrichten<sup>43</sup>. § 1671 BGB gibt insoweit nur begrenzte Leitung, im übrigen ist sein Tatbestand offen. Es wurde als wesentliches funktionales Merkmal des Kindeswohl-Begriffs festgestellt, daß der Richter jeweils im Einzelfall die Norm zu aktualisieren und zu vollenden hat, unter Aufbau eines Tatbestandes aus dem Lebenssachverhalt und eines korrespondierenden Wertsystems bei ständigem „Hin- und Herwandern des Blicks“<sup>44</sup>. Was folgt hieraus für die anzustellenden Ermittlungen?

#### a) Grundsatz umfassender Sachaufklärung

Materiellrechtlich nimmt die Kindeswohl-Norm alle Daseinsaspekte der kindlichen Existenz prinzipiell unverkürzt in Bezug. Der Sinn der Generalklausel besteht in erster Linie darin, die Fülle und Gewichtung aller im Einzelfall beachtlichen Faktoren nicht im vorhinein durch generelle Regeln zu beeinträchtigen, sondern den Besonderheiten und der Komplexität jedes einzelnen Falles maßgeblichen Einfluß auf die Rechtsgestaltung einzuräumen. Die tatsächlichen Umstände sind hier nicht begrenzende Realitäten, auf die die Rechtsidee stößt<sup>45</sup>, sondern Ausgangspunkt und Maßstab der Rechtsidee<sup>46</sup>. Materiellrechtlich angestrebte Einzelfallgerechtigkeit impliziert aber das verfahrensrechtliche Gebot umfassender Sachaufklärung, da erst sie den Einzelfall in seinem besonderen Gepräge vor das Auge des Richters

42 BayObLG 17.7.1964, FamRZ 1964, 523, 524; OLG Braunschweig 25.3.1970, FamRZ 1970, 417, 418; OLG Hamm 11.8.1967, FamRZ 1968, 533; zu beiden Grundsätzen vgl. auch BGH 5.7.1963, BGHZ 40, 54, 57; BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; KG 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 100; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71.

43 *Bärmann*, Freiwillige Gerichtsbarkeit S. 103.

44 Oben 4. Kap. bei Fn. 191.

45 *Radbruch*, Festschrift Laun S. 163: „Widerstand der stumpfen Welt“; *Burckhardt*, Tatsache und Postulat S. 89: „Seinen Sinn schöpft das Recht aus der Idee; seine Schranke findet es an den Tatsachen“, zit. nach *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Anm. 325, vgl. auch dort Anm. 402, *Welzel*, Naturrecht S. 243 f.; ausgewogener und grundlegend *Engisch*, Konkretisierung S. 85 ff.; s. auch *Merz*, ZSR 92 (1973) 325 f., 338.

46 Dies allerdings nicht im Sinne einer Ableitung rechtlicher Entscheidung aus dem Sein; so die meisten „Natur der Sache“-Lehren mit anschaulichen Formulierungen, *Dernburg*, Pandekten I, 3. Aufl. 1892, S. 87: „Die Lebensverhältnisse tragen, wenn auch mehr oder weniger entwickelt, ihr Maß und ihre Ordnung in sich“; *Radbruch*, Festschrift Laun S. 163: „Stoffbestimmtheit der Idee“; ähnlich *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie S. 272 ff. Kritisch unter Hinweis auf den naturrechtlichen Einschlag der „Natur der Sache“-Argumentation *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1, Anm. 328, 403; *ders.*, Richter S. 112 f., 202; *Fikentscher*, Methoden III S. 336; *Zippelius*, Wesen des Rechts S. 13 f., 53 ff.; vgl. auch *Hubmann*, Festschr. Eichler S. 259 ff., 270 ff., 279 f.

treten läßt<sup>47</sup>. Aus der engen Verknüpfung der Gerechtigkeit mit den jeweiligen Tatumständen folgt, daß die Qualität der Rechtswertung selbst von der tatsächlichen Basis der Entscheidung abhängt. Nicht zuletzt ist damit auch die Akzeptabilität und Befriedigungswirkung der Sorgerechtsentscheidung berührt<sup>49</sup>. Gleichzeitig begründet eine umfassende Sachaufklärung erst die Voraussetzungen für eine Kontrolle der richterlichen Kindeswohl-Konkretisierung durch die oberen Instanzen. Sie bedeutet deshalb eine wichtige Einschränkung des durch die tatbestandliche Offenheit der Kindeswohl-Norm wesentlich erweiterten Entscheidungsspielraums des Richters<sup>49</sup>. Die zahlreichen Zurückverweisungen wegen mangelhafter Ermittlungen zeigen, daß das Gebot umfassender Sachaufklärung von den Tatsacheninstanzen oft mißachtet wird<sup>50</sup>.

### b) Sachaufklärung bei übereinstimmendem Elternvorschlag

Der vorstehende Grundsatz kann nicht gelten, wo die Herrschaft des Kindeswohls als objektiver Entscheidungsmaßstab für die Gerichte durch die vorrangige Konkretisierungszuständigkeit der Eltern begrenzt ist. Zur materiellrechtlichen Bedeutung des § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB ist ausgeführt worden, daß die richterliche Kontrolle

47 *Germann*, Methoden S. 351 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Anm. 30; *Barde*, ZSR 74 (1955) 536 a; *Egger* Art. 156 Anm. 14; vgl. *Hegnauer*, Festschrift Guldener S. 150; 27B CJS 495 f. (§ 315); *Sheldon v. Sheldon*, 289 P.2d 335, 337 f. (Wash. 1955); *Schall v. Schall*, 380 A.2d 478, 479 (Pa.Super.Ct. 1977).

48 *Winter*, Rechtsstheorie 1 (1971) 173, 185 ff.; *Fikentscher*, Methoden III S. 389; grundlegend neuestens *Rhinow* S. 72 ff., insbes. S. 105 ff. Aus diesem Gesichtspunkt heraus hat man in den USA die Etablierung von "Science Courts" vorgeschlagen, die den Normsetzern (Gesetzgebern wie Richtern) durch Absicherung und Außer-Streit-Stellung von Seinerkenntnissen zuarbeiten sollen, *The Science Court Experiment: An Interim Report*, 193 *Science* 653 ff. (1976); *Martin*, 75 *Mich.L.Rev.* 1058 ff. (1977) m.w.N. Daß diese Institution die Hoffnung auf den "one-armed scientist" erfüllen würde, der nicht jede Aussage sofort verbindet mit "on the other hand . . ." (so der damalige Senator Muskie, Maine, zit. bei *Martin* a.a.O. S. 1090), erscheint als Illusion.

49 Vgl. *Scheying*, Pluralismus S. 7 (zu Generalklauseln im allgemeinen).

50 BayObLG 9.3.1951, BayObLG 1951, 330, 332 ff.; 29.5.1951, BayObLGZ 1951, 421, 422; 30.11.1951, BayObLGZ 1951, 640, 644; 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 168 f.; 4.12.1962, FamRZ 1963, 141, 142; 28.12.1962, FamRZ 1963, 192, 195; 17.2.1967, FamRZ 1967, 402, 405; 9.8.1968, FamRZ 1968, 657, 658 f.; 14.4.1970, BayObLGZ 1970, 89, 93; 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; KG 6.7.1964, 641, 642; 30.11.1967, FamRZ 1968, 263, 264; OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318; OLG Hamm 14.11.1966, FamRZ 1967, 412, 414; 28.10.1966, FamRZ 1967, 409, 411; 13.1.1972, FamRZ 1972, 469, 470; OLG Karlsruhe 20.2.1976 – 11 W 200/75 –; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; OLG Saarbrücken 7.12.1977, FamRZ 1978, 832 OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131 ff.; 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 447 f.; OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586 f.; 22.1.1970, NJ 1970, 336; 2.2.1971, NJ 1971, 405, 406 ff.; 3.8.1971, 627, 628; 12.9.1972, NJ 1973, 55, 56; 6.3.1973, NJ 1973, 298, 299; 30.4.1974, NJ 1974, 440, 442; 19.11.1974, NJ 1975, 121 f.; 15.4.1975, NJ 1975, 555; 30.9.1980, NJ 1981, 183 ff.; *Burns v. Burns*, 276 P.2d 308, 311 (Kan. 1954); *Forrester v. Forrester*, 5 FLR 2047 (Pa. Super.Ct. 1978); *Kramer v. Kramer*, 4 FLR 2522 (Mont. 1978).

übereinstimmender Elternvorschläge auf zwei Stufen zu erfolgen hat: Zunächst geht es nur um die „Bonität“ des Elternvorschlags, d.h. die Bereitschaft und die Fähigkeit der Eltern, mit ihrem Plazierungsvorschlag das Kindeswohl zu wahren. Die inhaltliche Überprüfung des Vorschlags anhand objektiver Kindeswohl-Grundsätze kommt erst auf zweiter Stufe in Betracht<sup>51</sup>.

Diese Zuordnung elterlicher und richterlicher Konkretisierungszuständigkeit schlägt auch auf die erforderliche Ermittlungstätigkeit durch. Die erste Stufe der gerichtlichen Kontrolle bezüglich der Wirkungsvoraussetzungen des Elternvorschlags erfordert nicht mehr, aber auch nicht weniger als die persönliche Anhörung beider Eltern und – im Hinblick auf § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB – die Anhörung des Kindes ab vollendetem 14. Lebensjahr, unter Umständen auch schon in früherem Alter<sup>52</sup>. Diese Ermittlungspflichten sind in der Bundesrepublik nunmehr positives Recht (§§ 50 a Abs. 1, 50 b Abs. 2 FGG). Vor dem Hintergrund der Gerichtspraxis handelt es sich insoweit nicht um eine Reduzierung der Ermittlungen, wie man im Hinblick auf eine theoretisch umfassende Ermittlungspflicht meint<sup>53</sup>, sondern um die Sicherung jenes Aufklärungsminimums, das für eine bedeutungsvolle richterliche Kontrolle unerlässlich ist<sup>54</sup>. Die weiteren Ermittlungen hängen vom Ergebnis dieser Anhörung ab. Hat sich der Richter vom Verantwortungsbewußtsein und der Verantwortungsfähigkeit der Eltern überzeugt, sind weitere Ermittlungen entbehrlich. Ist er nicht überzeugt oder hat er konkrete sachliche Bedenken, dann hat er auf der zweiten Stufe der Kontrolle Ermittlungen zu veranlassen, deren Umfang nicht generell festzulegen ist, sondern durch die Umstände des Einzelfalls bestimmt wird. Insoweit gelten die allgemeinen Grundsätze des § 12 FGG.

Als zu undifferenziert und als eine unangebrachte Verbeugung vor dem Elternrecht erscheinen demgegenüber § 405 UMDA bzw. die entsprechenden Bestimmungen der US-amerikanischen Übernehmerstaaten, die bei Vorliegen eines übereinstimmenden Elternvorschlags nicht nur die Ermittlungspflicht, sondern auch ein Nachforschungsrecht des Gerichts generell versagen<sup>55</sup>. Daß hierin eine gravierende Abweichung vom materiellrechtlichen Kindeswohl-Prinzip liegt, wird nicht gesehen. Eine Untersuchung in der DDR hat demgegenüber ergeben, daß etwa 20 % der Sor-

51 Im einzelnen vgl. oben 5. Kap. C.III.2.

52 Eine Anhörung des jüngeren Kindes ist gem. § 50 b Abs. 1 FGG auch bei Elternvorschlägen angezeigt, wenn der Richter Anhaltspunkte hat, daß das Kind den Elternvorschlag ablehnt. Zur materiellrechtlichen Situation in diesem Fall oben 5. Kap. bei Fn. 549. Zur Anhörung AG Kamen 27.2.1981, FamRZ 1981, 705 f. (5 1/2jähr. Kind).

53 So in der DDR und *Diederichsen*, vgl. oben 5. Kap. C.I.

54 Für die Bundesrepublik *Simitis*, 2. DFGT S. 176 f.; *Simitis* u.a.; Kindeswohl S. 55 f.; zur sachlichen Thematik dieser Aufklärungsphase oben 5. Kap. C.III.2., bei Fn. 689 ff.

55 Vgl. auch Commissioners' Note zu § 405 UMDA, 9 ULA 508 (1973); *Robde*, JH 1967, 198 f. = Erziehungsrecht S. 97 f.; zur im Text vertretenen Auffassung vgl. oben OLG Köln 13.2.1981, FamRZ 1981, 599 f. (allerdings unklar, ob ein gemeinsamer Elternvorschlag vorlag).

gerechtsänderungen durch Mängel der Erstplatzierung verursacht wurden, die schon im Entscheidungszeitpunkt erkennbar waren, denen das Gericht aber angesichts einer Elternvereinbarung nicht nachgegangen war<sup>56</sup>.

### 3. Die konkrete Situation des Kindes als Ermittlungsthema

#### a) Die Leitfunktion des Sachverhalts

Aus dem Gebot der Kindeswohl-Norm an den Richter, die Normbedeutung in jedem Fall neu aus den Umständen zu entwickeln und zu aktualisieren, ergibt sich, daß die tatsächlichen Umstände das Primäre zu sein haben und Wertungen und Regeln erst auf zweiter Stufe des Denkprozesses einsetzen. Die konkreten Lebensverhältnisse sind nicht auf Tatbestände für vorhandene Wertungen zu untersuchen, sondern als idealiter immer wieder einzigartiges Fundament des richterlichen Bewertungsvorgangs festzustellen<sup>57</sup>.

Ein untrennbarer Zusammenhang zwischen materiellem Recht und gerichtlicher Ermittlungstätigkeit läßt sich allerdings auch für den Bereich des Kindeswohls nicht leugnen<sup>58</sup>. Stößt der Richter auf einzelne Sachverhaltsaspekte, die weiterer Aufklärung bedürften, stellt er sich vorab die Frage nach der rechtlichen Erheblichkeit des Aspekts. „Sachdienlich“ sind nur solche Ermittlungen, deren Gegenstand nicht von vornherein rechtlich unbeachtlich ist. Wird beispielsweise vorgetragen, daß ein Elternteil ehewidrige Beziehungen aufgenommen habe, so wird der Richter vorab beurteilen, ob derartige Beziehungen per se Bedeutung für die Sorgerechtsentscheidung haben, ob ihre Berücksichtigung rechtlich ausgeschlossen ist oder ob es auf die konkreten Umstände und Auswirkungen auf das Kind im Einzelfall ankommt. Im ersteren Fall läge der Schwerpunkt der Ermittlungen auf der Feststellung des Verhältnisses überhaupt, im zweiten Fall hätten Ermittlungen zu unterbleiben und im dritten Fall wären Ermittlungen gezielt darauf zu richten, wie sich die Beziehungen des Elternteils zum Dritten auf das Kind auswirken<sup>59</sup>. Das In-Betracht-Ziehen rechtlicher Wertungen für den bekanntgewordenen Sachverhalt und die Steuerung der weiteren Ermittlungen gemäß den möglicherweise einschlägigen Normen gehört zum Prozeß der normativen Verdichtung, die sich unter dem mehrfach zitierten „Hin- und Herwandern des Blicks“ vollzieht.

Zwischen den Polen Norm und Sachverhalt konkretisiert sich *jede* Rechtsfindung, nur können die Akzente verschieden gelagert sein. Hier geht es um die Hervorhebung, daß bei der Kindeswohl-Konkretisierung *Ausgangspunkt* aller Ermittlungen die unverkürzte und unvermittelte Anschauung des konkreten Sachverhalts und der beteiligten Individuen sein muß. Der konkrete Sachverhalt ist die maßgebliche Pro-

56 *Robde*, JH 1967, 198 f. = Erziehungsrecht S. 97 f.

57 Vgl. vorstehend 2.a.).

58 Vgl. *Larenz*, Methodenlehre S. 297.

59 Zu letzterem BGH 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407.

blemquelle, er ist die richtungsweisende erste Stufe im hermeneutischen Prozeß der Normkonkretisierung<sup>60</sup>. Bei Beachtung dieses Grundsatzes richtet sich das Augenmerk nicht auf etwaige Schwächen einer grundsätzlich für überlegen gehaltenen Mutter, sondern vorurteilsfrei auf die Beziehungen des Kindes zu jedem Elternteil und dessen konkrete Leistungen und Leistungsmöglichkeiten in der Kindererziehung. Oder: Wenn ein Plazierungswechsel des Kindes in Frage steht, ist Ermittlungsthema nicht eine etwaige „Unnormalität“ des Kindes, auf Grund derer es den Wechsel ausnahmsweise *nicht* schnell und ohne schädliche Folgen überwinden könnte, sondern die konkrete Bedeutung des Wechsels für das Kind<sup>61</sup>. Erst derartige offene Ermittlungen führen zu einzelfallgerechten Bewertungen.

### *b) Die Individualisierung allgemeiner Seinsinterpretationen*

Es ist dem Kindeswohl-Begriff im Scheidungszusammenhang eigentümlich, daß die durch ihn bezeichneten entscheidungserheblichen Tatumsstände schwerpunktmäßig im seelischen, geistigen und sozialen Bereich liegen, also in einem Bereich, der sich unmittelbarer menschlicher Anschauung und Erkenntnis entzieht. Es kann dahinstehen, ob unvermittelte Erkenntnis von Dingen überhaupt möglich ist<sup>62</sup>. Im psychosozialen Bereich ergeben sich Tatsachen nur im Wege von Schlußfolgerungen aus allgemeinen Erfahrungssätzen, mehr oder weniger unterstützt durch konkrete Beobachtungen<sup>63</sup>. Naturgesetze, d.h. allgemeine Regelmäßigkeiten, die sich in praktisch jedem Einzelfall verwirklichen<sup>64</sup>, sind hier nicht bekannt. Sie scheitern an der Individualität jedes Menschen und an der unkontrollierbaren Vielfalt und Komplexität von Einflüssen, die im Einzelfall zusammenwirken<sup>65</sup>. Alles, was über die Entwicklung von Kindern im allgemeinen und über ihre Probleme und Bedürfnisse bei Scheidungen ihrer Eltern insbesondere gesagt wird, ist deshalb nicht „Tatsache“ für den konkreten Fall, sondern bezeichnet nur Wirkungstendenzen, Durchschnittsgestaltungen oder versuchsweise Seinsmodelle mit mehr oder minder großer

60 Vgl. *Huhn*, Der Fall Familie S. 199 ff. In der Akzentverlagerung auf den normativen oder tatsächlichen Aspekt sieht man in der Schweiz den wesentlichen Unterschied zwischen Art. 1 Abs. 2 und Art. 4 ZGB. Der Unterschied sei ein gradueller, kein prinzipieller, *Germann*, Methoden S. 356. Nach *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 204 soll im Anfang die „Normhypothese“ stehen, die erst vermutlich relevante Tatsachen kennzeichnet. Vielleicht sollte man nicht streiten, was im Anfang steht, sondern wo der Ausgangsschwerpunkt liegt.

61 Vgl. oben 5. Kap. Fn. 13.

62 Dagegen *Kant*: Der Mensch könne immer nur bezeichnen, was er erkenne, ein Vergleich seiner Erkenntnis mit ihrem Gegenstand an sich sei ihm nicht möglich, *Logik*, in: Werke III (Wiesbaden 1958), S. 476; vgl. auch *Zippelius*, Festschrift Maunz S. 509; *ders.*, Festschrift Bruns S. 3; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* § 282 ZPO, Einf. 4 A; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 517 (Erkenntniswandel wirkt wie Änderung der Tatsachen selbst). Bejahend wohl *Hoerster*, JZ 1982, 265.

63 *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968); *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1340 ff. (1965).

64 BGH 17.12.1953, BGHZ 12, 22, 25.

65 *Goldstein* a.a.O.; *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 53 (1975); *Langlütdecke/Bresser* S. 24 f.; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607. Vgl. die Ergebnisse der Studie von *J. Macfarlane*, oben 4. Kap. Fn. 53. Zur Problematik im einzelnen noch unten bei Fn. 324, 341, 342.

Wahrscheinlichkeit ihrer konkreten Verwirklichung<sup>66</sup>. Für die richterliche Ermittlungstätigkeit folgt daraus zweierlei: (1) Zur Erkenntnis der psychosozialen Lage und Bedürfnisse eines Kindes muß auf allgemeine Erfahrungsregeln zurückgegriffen werden<sup>67</sup>; (2) diese Regeln haben jedoch nur heuristischen Wert für die tatsächliche Gestaltung im Einzelfall. Sie bezeichnen das Untersuchungsfeld, geben aber noch keine als Faktum zugrundelegbare Antwort. Das entscheidende Ermittlungsthema bleiben die konkreten Gegebenheiten<sup>68</sup>. Unvollständig und deshalb unschlüssig sind deshalb die immer wieder begegnenden Feststellungen in Sorgerechtsentscheidungen, daß etwas „generell“, „in der Regel“ oder „erfahrungsgemäß“ so sei, wenn nicht der Beleg erbracht wird, daß diese Aussage auch im Einzelfall gilt<sup>69</sup>. Der in der generalklauselartigen Kindeswohl-Norm zum Ausdruck kommende Primat des konkreten gegenüber einem statistischen Kindeswohl wird auf diese Weise in sein Gegenteil verkehrt.

## II. Die Rechtfertigung tatsächlicher Feststellungen

### 1. Problemstellung

Die zentrale Bedeutung des tatsächlichen Elements bei der Konkretisierung des Kindeswohls lenkt das Augenmerk auf die Rechtfertigung der richterlichen Tatbestandsbildung. Die Rechtfertigung tatsächlicher Feststellungen scheint zunächst zusammenzufallen mit der allgemeinen Beweisproblematik. Was „ist“, braucht nicht inhaltlich legitimiert, sondern nur in seiner Existenz nachgewiesen zu werden – es gehört zu dem dem Recht vorgegebenen Stoff<sup>70</sup>. Der entsprechende Nachweis ist im Kernbereich des Kindeswohls bei Scheidungen, für die psychosoziale Situation des Kindes allerdings außerordentlich schwierig zu führen, und es ist vorstehend festgestellt worden, daß er nicht durch den Hinweis auf Regelmäßiges und Typi-

66 Vgl. BGH 17.12.1953 a.a.O.

67 Vgl. *Schwab*, Handbuch Rdn. 199.

68 Zur korrespondierenden Individualisierungspflicht bei der Wertfindung unten C.IV.3.

69 Vgl. KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 176, 177 (schlechtere Eignung der Stiefmutter gegenüber der leiblichen Mutter); BayObLG 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45 (besondere Bedeutung des emotionalen Bereichs für Mädchen, schlechtere Eignung des Vaters zu dessen Ausfüllung); OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258, 259; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281, 282 („strenge Hand“ des Vaters in der Erziehung naturgegeben; förderlich für labile Kinder). Zur besseren Eignung von Müttern KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; 28.12.1976, FamRZ 1977, 475, 477; OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; OLG München 18.9.1978 FamRZ 1979, 337, 338; zum Diskussionsstand insoweit unten Fn. 509 ff., zu wissenschaftlichen Stellungnahmen oben 5. Kap. Fn. 451 und unten Fn. 354 ff.

70 Vgl. *Radbruch*, Festschrift Laun S. 161: „... wie kann dieses so beschaffene Lebensverhältnis als sinnvoll gedacht werden?“.

sches ersetzt werden kann<sup>71</sup>. Diese Beweisschwierigkeiten werfen aber keine *grundsätzlichen* Probleme auf.

Besonderer Erörterung bedürfen demgegenüber die „allgemeinen Tatsachen“. Das allgemeine Wissen von Menschen, speziell der kindlichen Entwicklung, liefert erst die notwendige Grundlage zum Verständnis der Situation und Bedürfnisse des Individuums. Es entspricht hermeneutischer Grunderkenntnisse, daß die vom Gericht unterstellten „allgemeinen Tatsachen“ die konkreten Erkenntnisse wesentlich prägen. Der Einfluß auf die Sachverhaltsfeststellungen ist um so größer, je weniger Anhaltspunkte für die konkrete Gestaltung vorhanden sind oder gesucht werden. Die Problematik wird an den Standardregeln offenbar, die zur Konkretisierung des Kindeswohls immer wieder herangezogen werden. Danach sollen Mütter von Natur aus besser erziehungs- und betreuungsgeeigneter sein als Väter<sup>72</sup>; die Leistungen der Mutter sollen mehr im emotionalen Bereich liegen, während der Vater Disziplin, Ordnung und Beziehungen zur Außenwelt vermittele; Väter hätten von Natur aus eine „starke Hand“ und seien deshalb für heranwachsende Jungen wichtig<sup>73</sup>, während bei Mädchen das Emotionalitätsbedürfnis überwiege und sie deshalb zur Mutter gehörten. Andere Grundsätze betreffen das generelle Kontinuitätsbedürfnis von Kindern, die Anpassungsfähigkeit kleinerer Kinder<sup>74</sup> und die Förderlichkeit gemeinsamen Aufwachsens mit Geschwistern<sup>75</sup>.

Diese Beispiele, die sich fast beliebig vermehren ließen, genügen, um die Fragwürdigkeit und (damit) Legitimationsbedürftigkeit genereller Feststellungen in zweifacher Hinsicht hervortreten zu lassen: Ihre Richtigkeit als Ausdruck normalen, typischen Seins ist nicht offenkundig, sie erscheint vielmehr in sehr unterschiedlichem Ausmaße verbürgt. Außerdem ist ihre Durchsetzung mit Wertungselementen nicht zu übersehen.

71 Oben I.3.b).

72 Zur Mutterrolle vgl. die Nachweise oben Fn. 69 und unten Fn. 509, 514.

73 Zur Vaterrolle vgl. die Nachweise unten Fn. 272 und 380 sowie Text bei Fn. 380-387.

74 Oben 5. Kap. Fn. 13.

75 BGH 3.7.1951, BGHZ 3, 52, 63; 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 448; BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366; OLG Karlsruhe 4.10.1958, FamRZ 1958, 424; 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 317; 7.11.1967, FamRZ 1968, 45, 47; 15.3.1968, FamRZ 1968, 266, 267; OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 36; BG 25.1.1968, BGE 94 II 1, 3 ff.; OberG Zürich 24.11.1949, ZR 50 N. 142; 20.9.1954, ZR 54 N. 168; 30.1.1961, ZR 64 N. 88; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 78; 1.9.1966, NJ 1966, 734 f.; 30.1.1969, NJ 1969, 574, 576; BG Dresden 16.2.1968, NJ 1968, 543, 544; BG Erfurt 6.9.1957, NJ 1957, 664 f.; BG Neubrandenburg 25.10.1971, NJ 1972, 85, 86; StadtG Groß-Berlin 20.2.1967, NJ 1968, 380; Boroff v. Boroff, 3 FLR 2286, 2287 (Neb. 1977); In re Wahl, 3 FLR 2077, 2078 (Iowa 1976); Doberstein v. Doberstein, 192 A.2d 154, 156 (Pa. Super.Ct. 1963); Bryce v. Bryce, 98 ALR2d 917, 925 (Md. 1962); Roussey v. Roussey, 123 A.2d 354, 357 (Md. 1956); Hebert v. Hebert, 255 So.2d 630, 632 (La.App. 1971); Moezie v. Moezie, Super. Ct.D.C. (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250, 253; *Anonymous v. Anonymous*, 4 FLR 2124, 2125 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 843 (N.Y.Sup.Ct. 1975); *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 952 (N.Y.Fam.Ct. 1972); *Velasquez v. Jankowski*, 5 FLR 2088, 2089 (N.Y.Sup.Ct. 1978); vgl. die weiteren Nachweise in 98 ALR2d 926 ff. (1964).

## 2. Die Rechtfertigung allgemeiner Kindeswohl-Grundsätze im einzelnen

Die Gerichte tendieren dazu, generelle Grundsätze als Tatsachenaussagen zu formulieren, offenbar, um der Legitimationspflicht für Wertmaßstäbe zu entgehen. Der Wendung ins Tatsächliche kommt derselbe argumentatorische Stellenwert zu wie der Berufung auf angebliches Naturrecht: Mehr oder weniger ungesicherten Urteilen soll durch Verankerung im vorgegebenen Sein ein gesteigerter Geltungsanspruch verschafft, sie sollen jeder Anzweiflung entzogen werden<sup>76</sup>. Wenn Mütter besser erziehungsgesegnet *sind*, braucht man sich nicht mit der Gleichberechtigungsfrage auseinanderzusetzen und an untypischen Familienverhältnissen zu stören, in denen der Vater das Kind von Geburt an überwiegend betreut hat<sup>77</sup>. Nur übersehen die Gerichte dabei, daß die Wertlegitimation nicht durch schlichte Seinsbehauptung ersetzt werden kann. Im Bereich des Tatsächlichen erfolgt die Rechtfertigung durch *Nachweis* des Seins, sowohl des typischen als auch des aktuellen. Für die verwendeten generellen „Grundsätze“ wird ein solcher Nachweis oft gar nicht versucht. Im übrigen finden sich entweder Literaturzitate oder – vor allem in der Bundesrepublik – der Hinweis auf „Erfahrung“, zumeist ohne Spezifizierung des Kreises der Erfahrungsträger<sup>78</sup>. Es ist fraglich, ob auf diese Weise generelle Tatsachen zur Genüge belegt werden können.

Zwar ist im Prinzip gerade Erfahrung ein schlüssiger Rechtfertigungsgrund für Seinsaussagen mit generalisierendem, typisierendem Inhalt. Erfahrungssätze sind aus einer Anzahl von Einzelereignissen abgeleitete Regeln mit Geltungsanspruch für neue, vergleichbare Fälle<sup>79</sup>. Ihr Geltungsanspruch ist nicht absolut wie bei Naturgesetzen<sup>80</sup>, er bezeichnet nur „eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit für die Gestaltung eines Sachverhalts oder eines Geschehensablaufs“<sup>81</sup>. Im Bereich des

76 *Welzel*, Naturrecht S. 242 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 403. Zur Reduzierung legitimer naturrechtlicher Argumentation auf (wenige) Grundprinzipien der Gerechtigkeit *Germann*, Methoden S. 325 ff.

77 KG 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827. Zur Normlegitimation aus Tatsachen *Hoerster*, JZ 1982, 267.

78 Vgl. nur für die Wichtigkeit kontinuierlicher Lebensverhältnisse BayObLG 19.7.1951, BayObLGZ 1951, 500, 504; für die bessere Eignung der leiblichen Mutter gegenüber der Stiefmutter BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 169; gegenüber dem Vater OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338.

79 *Loeber*, Erfahrungssätze S. 6; zum Erfahrungsbegriff grundsätzlich *Geisler*, ZJP 91 (1978) 178 Fn. 10 („bestätigte generelle Hypothesen“); *Hainmüller*, Der Anscheinsbeweis S. 13 ff.; *Zippelius*, Festschrift Maunz S. 510 f. Es besteht ein enger Zusammenhang von Erfahrungssätzen und Natur-der-Sache-Denken, vgl. die Definition der letzteren durch *Ballweg*, Natur der Sache S. 46: „Dieses Wissen um die sachlogische Natur der Realwelt ist die in langen Erfahrungsreihen erworbene Einsicht in die Abläufe biologischer, gesellschaftlicher, politische Prozesse . . . , in Vorgänge, deren relative Zwangsläufigkeit bekannt ist“; vgl. auch *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 401. Die Kritik an der Natur-der-Sache-Argumentation trifft deshalb zum Teil auch Erfahrungssätze.

80 Vgl. oben bei Fn. 64. *Hainmüller* a.a.O. S. 27 spricht von „absoluten Erfahrungssätzen“ oder „Erfahrungsgesetzen“.

81 BGH 17.12.1953, BGHZ 12, 22, 25.

Kindeswohls ist die vermittelte Gewißheit allerdings eher „minder groß“. Hier geht es um die Auswirkung von bestimmten Faktoren auf die künftige Entwicklung eines bestimmten Kindes. Die vielberufene *richterliche* Erfahrung versagt insoweit, denn in aller Regel sehen die Richter nicht die Folgen ihrer Entscheidungen<sup>82</sup>. Eine Folgenkontrolle gerichtlicher Entscheidungen findet regelmäßig nicht statt<sup>83</sup>. Die Praxis wechselseitiger Zitierung etwa für den „Erfahrungssatz“, daß ein normales Kind einen Plazierungswechsel schnell und ohne nachhaltige Beeinträchtigungen überwinde, stellt sich deshalb nicht als Ausbau einer Erfahrungsbasis dar, sondern nur als gegenseitige Versicherung nichtbelegter Seinsüberzeugung<sup>84</sup>. Auch die Erfahrungen der Eltern oder der Allgemeinheit tragen nicht weit. Die Übertragung von Erfahrungen aus der Kindererziehung im allgemeinen auf Scheidungskinder ist nicht ohne weiteres zulässig. Die Aufmerksamkeit für die speziellen Bedürfnisse von Scheidungskindern ist aber relativ neu, es fehlt schon an einer zeitlichen Basis für die Bildung von Erfahrungswerten.

Wenngleich auch die empirischen *wissenschaftlichen* Forschungen erst am Anfang stehen, so ist aus diesem Bereich doch am ehesten einschlägige Erfahrung zu erwarten<sup>85</sup>. Mit der gerichtlichen Berufung auf „Erfahrung“ sind wissenschaftliche Erkenntnisse aber regelmäßig nicht angesprochen.

Fehlt es an realen Erfahrungen für die eingesetzten generellen Seinsbehauptungen, dann bleibt – mangels konkreter Anschaulichkeit im seelisch-geistigen Bereich des Kindeswohls – als Rechtfertigung nur der Hinweis auf die Konsensgetragenheit der richterlichen Überzeugung. Jedenfalls dort, wo naturwissenschaftlich exakte Beweisführung ausscheidet, tritt der Interpretationskonsens, d.h. die übereinstimmende Seinsdeutung an die Stelle des Seins selbst<sup>86</sup>. Damit wird der theoretisch unüberbrückbare Gegensatz von Fakten und Wertungen reduziert und das Problem der Wertungsverflochtenheit „genereller Tatsachen“ entschärft<sup>87</sup>. Gemeinsamer Nenner und Legitimationsmaßstab für das Gericht ist die intersubjektive Richtigkeitsüber-

82 Ausnahmen kommen vor, vgl. OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255 und 4.9.1955, FamRZ 1960, 123, sowie die häufigeren Fälle in den USA, in denen joint-custody-Anordnungen zu Störungen in der Kindesentwicklung geführt haben, oben 5. Kap. Fn. 727.

Gerade diese wertvollen Gelegenheiten zur Erfahrungsbildung werden aber in der Praxis kaum beachtet, obwohl sie der „Erfahrungstatsache“ der Anpassungsfähigkeit von Kindern direkt zuwiderlaufen.

83 Eine Ausnahme berichtet jetzt *Arntzen*, Elterliche Sorge, Einführung, für Entscheidungen, die auf Sachverständigenutachten basierten. Für ein Beispiel aus der DDR vgl. *Hanschmann*, NJ 1969, 775.

84 Vgl. oben 5. Kap. Fn. 13 und vorstehend Fn. 61. Im Ergebnis erweist sich der Befund von *Struck*, Argumentation S. 146 als zutreffend: „Ersatz von Faktenforschung durch Alltagstheorien“; vgl. dazu noch unten bei Fn. 510. Kritisch zu den insbesondere im Familienrecht „ins Kraut schießenden“ Erfahrungssätzen *Limbach*, in: 4. DFGT S. 46 f.

85 Vgl. ausführlich unten C.III.3.

86 Nach mancher Auffassung gilt dies für jegliche Seinserkenntnis, *Kübler*, AcP (1972) 199; *Tilmann*, NJW 1975, 761.

87 Ob eine Abgrenzung zwischen Tatsache und Wertung überhaupt möglich ist, wird gelegentlich bestritten, *Kübler* a.a.O.; vgl. Darstellung und Nachweise bei *Scheuerle*, AcP 157 (1958/59) 2 f.

zeugung bezüglich einer Aussage. Ob dieser Überzeugung im einzelnen die Vorstellung zugrunde liegt, daß etwa „ist“ oder daß es „sein sollte“, ist für die Legitimationsfrage nicht mehr wesentlich. Entscheidend ist der Grad der Gewißheit, der sich aus dem Ausmaß der positiven Übereinstimmung sowie etwaigem Dissens und Zweifel ergibt. Die Abgrenzung von „allgemeinen Tatsachen“ und Wertungen kann deshalb, ebenso wie schon ihre Abgrenzbarkeit überhaupt, dahinstehen. Die Frage der Entscheidungslegitimation im einzelnen wird deshalb zusammenhängend im Rahmen der Wertfindung erörtert<sup>88</sup>.

## C. Wertfindung

### I. Einführung

In weiten Bereichen, die vom Kindeswohl-Begriff sachlich in Bezug genommen sind, gibt das objektive Recht dem Richter zwar den Konkretisierungsrahmen, nicht aber positive Einzelantworten, vor. Die Wertkonkretisierung bei Anwendung des Kindeswohl-Maßstabs ist deshalb ein komplexer gedanklicher Vorgang, der in seinem aktuellen Ablauf kaum in einzelne, voneinander getrennte Konkretisierungsphasen aufgliedert werden kann. Andererseits sind aber doch verschiedene Schwerpunkte beim Wertungsprozeß deutlich erkennbar, so daß zum Zweck rechtstheoretischer Analyse eine Zerlegung des komplexen Denkvorgangs in idealtypische Stufen möglich und erforderlich erscheint. In diesem Sinne unterscheidet die folgende Darstellung drei Konkretisierungsphasen: An erster Stelle steht die Frage nach der *Wertgewinnung* im außerpositiven Bereich, d.h. nach den Quellen und Maßstäben richterlicher Werterkenntnis, zunächst nur bezogen auf die Einzelwertung in Ausfüllung des Kindeswohl-Begriffs.

Der Richter steht hier vor der grundsätzlichen Alternative, ob er Kindeswohl-Kriterien anderer Provenienz, sofern solche vorfindbar sind, übernimmt und seiner Rechtsentscheidung zugrunde legt oder ob er die entscheidungsnotwendigen Maßstäbe aus den Grundelementen Sachverhalt und Rechtsidee originär entwickelt bzw. vorhandene Maßstäbe entsprechend überprüft. Zweiteres Verfahren, die originäre Wertfindung<sup>89</sup>, bezeichnet gleichzeitig den Ideal- und Grundtypus verantwortlicher richterlicher Rechtsfindung auf objektivrechtlich nicht abgedeckten Gebieten. Die wesentlichen Strukturen originärer Kindeswohl-Konkretisierung sollen deshalb zunächst erörtert werden (unten II.), während auf die eigenständigen Probleme der Wertübernahme gesondert einzugehen ist (unten III.).

88 Unten C., insbesondere II.3., III.1.c), 2.c), 4.d), IV.3.

89 *Fikentscher*, Methoden IV S. 224, 279 ff., 320 ff. spricht von „Rechtsneubildung“. Diese Formulierung deckt aber nicht die stets mögliche originäre *Kontrolle* vorhandener Wertungsmaßstäbe. Vgl. auch *Hubmann*, Wertung S. 6 ff., 16 ff. („ursprüngliche Werterkenntnis“ im Gegensatz zur „Ableitung von Werten“).

Von der Frage nach der Wertgewinnung wird auf zweiter Stufe der *Werteinsatz* im konkreten Fall idealtypische gesondert (unten IV.). In diesem Abschnitt wird die spezifische richterliche Verantwortung vor dem Postulat der Einzelfallgerechtigkeit konkretisiert. Aus der ersteren Komponente dieses Postulats folgt eine Individualisierungspflicht bezüglich genereller Kriterien, aus der zweiten Komponente eine Kontrollpflicht bezüglich konkreter Kindeswohl-Bewertungen nichtrichterlicher Provenienz, insbesondere von Sachverständigen.

Als letzte Stufe schließlich kann die *Wertintegration* unterschieden werden, d.h. die wechselseitige Zuordnung aller Einzelgesichtspunkte zum Zwecke einer Entscheidung über die Sorgerechtsfrage (unten V.). An dieser Stelle ist nochmals der idealtypische Charakter der getroffenen Klassifizierungen hervorzuheben. Es wird nicht verkannt, daß der Abwägungsprozeß in der Realität nicht feststehende Größen miteinander vergleicht, sondern schon die einzelnen Wertfeststellungen beeinflusst<sup>90</sup>. Andererseits wäre es überzogen, dem Einzelfaktor Inhalt und Bedeutung erst im Zusammenhang mit anderen Faktoren beizumessen – isolierte Feststellungen sind durchaus möglich und erforderlich, etwa zu den Auswirkungen eines potentiellen Kontinuitätsbruchs, einer Geschwistertrennung oder zur Bindung an einen Elternteil. Umgekehrt wirft der Prozeß der Wertintegration methodische Fragen auf, die einer gesonderten Erörterung ohne weiteres zugänglich sind<sup>91</sup>.

## II. Grundelemente der Wertkonkretisierung im vom Recht offengelassenen Bereich des Kindeswohls (originäre Wertfindung)

### 1. Rationalität

In einem geschlossenen Wertsystem wie dem Sozialismus ist die Frage nach dem Orientierungsmaßstab des Richters außerhalb des objektiven Rechts nicht grundsätzlich problematisch. Die herrschende Ideologie birgt die Antworten auf alle Lebensfragen latent in sich, die originäre Wertfindung reduziert sich auf das Interpretationsproblem. Da zudem die Interpretationszuständigkeiten exakt geregelt sind, taucht die originäre Wertgewinnung als Problemthema nicht auf.

In offenen, pluralistischen Rechts- und Gesellschaftsordnungen wird der Richter in der Regel mit dem Hinweis abgefunden, er habe „rational“ zu entscheiden<sup>92</sup>. Der

90 *Larenz*, Festschr. Klingmüller S. 237: Schon die Bewertung des Einzelaspekts wird durch die übrigen Gesichtspunkte beeinflusst.

91 Deutlich werden die einzelnen Phasen der Konkretisierung unterschieden in *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977).

92 BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1225; *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 55 f., 84; *Esser*, AcP 172 (1972) 99; *Fikentscher*, Methoden IV S. 356; *Gernhuber*, Festschrift Tüb.Jur.Fak. S. 196; *Larenz*, Methodenlehre S. 222 ff., 229; *Simitis*, AcP 172 (1972) 138 ff.; *Steindorff*, bei *Esser* a.a.O., S. 129; *Kriete*, Kriterien S. 104; *Holmes*, 10 Harv.L. Rev. 465 (1897); *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 23 ff. (1975); In re J.S.R., 3 FLR 2499 (D.C. App. 1976).

Begriff der Rationalität hat jedoch trotz seiner Suggestivkraft zunächst nur negativen Inhalt im Sinne von Nicht-Willkür<sup>93</sup>. Insoweit bietet er dem Richter nichts Neues. Auch tautologische Definitionen wie „Vernunft“ oder „Objektivität“ geben keine positiven Anhaltspunkte. Ob der Rationalitätsbegriff aufgefächert werden kann in sachlich bedeutungsvolle, gerade die Wertgewinnung leitende Einzelelemente, hängt nicht zuletzt davon ab, welche Erwartungen und Vorstellungen mit der Rationalität von Wertungen verbunden werden.

Auszuscheiden sind vor allem rationalistische Verständnisse, für die allein empirische Verifizierbarkeit oder zumindest gedankliche Gesetzmäßigkeit (Logik) Rationalität begründet<sup>94</sup>. Im Rahmen der Diskussion um die Wertjurisprudenz ist die Einseitigkeit und Kurzschlüssigkeit dieser Sicht, die alles Wertende in den subjektiv-emotionalen Bereich und damit aus dem Themenkreis der Wissenschaften verweisen will, zur Genüge dargelegt worden<sup>95</sup>. Aber auch in subtilerer Form begegnen Zweifel am Konzept der Rationalität für Kindeswohl-Konkretisierungen. Mnookin<sup>96</sup> nennt drei Grundbedingungen für eine rationale Sorgerechtsentscheidung: umfassende Information, Prognosefähigkeit und feststehende Wertmaßstäbe. In allen drei Punkten müsse die am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung weit hinter dem Ideal zurückbleiben<sup>97</sup>. Zwar könne von Rationalität auch noch dort gesprochen werden, wo nur Wahrscheinlichkeiten anstelle von Gewißheit zur Verfügung stünden<sup>98</sup>, aber selbst begründete Wahrscheinlichkeiten seien dem Richter nicht erreichbar.

Es ist nicht zu verkennen, daß diese Argumentation Mnookins tendenziell doch naturwissenschaftlichen Gewißheitsansprüchen verhaftet ist. Die Herausstellung der Defizite einer herkömmlichen Kindeswohl-Entscheidung gegenüber einer hypothetisch-idealen Sorgerechtsentscheidung, die sich in einer Subsumtionsleistung des Richters erschöpft, muß mehr oder weniger zwangsläufig mit Mnookins Befund enden. Ihm geht es um den Nachweis seiner (kaum überraschenden) These, daß eine konkrete Sorgerechtsentscheidung durch das Kindeswohl-Prinzip nicht determiniert ist. Die Verengung des Rationalitätsbegriffs in deterministischem Sinn ist aber lange überwunden<sup>99</sup>.

Andere Kritik setzt bei der „Verstandesmäßigkeit“ an, die in dem Begriff der Rationalität impliziert ist. Die ausschließliche Kompetenz des Verstandes zur Gewinnung richtiger Ergebnisse wird bestritten, zumeist unter Hinweis auf Rechts-

93 Dazu oben 4. Kap. C.II.1.b).

94 Kritisch zu neueren *szientistischen* Ansätzen *Canaris*, Systemdenken S. 20 ff.; *Diederichsen*, Festschrift *Maunz* S. 507 ff. (zum Wiener Kreis); ders., Festschrift *Larenz* S. 293 ff.; *Struck*, Argumentation S. 85 ff.; *Hoerster*, JZ 1982, 265.

95 *Canaris*, Systemdenken S. 22 f.; *Coing*, Rechtsphilosophie S. 110 f.f.; *Diederichsen*, Festschrift *Flume* S. 285 ff.; *Engisch*, *Studium generale* 10 (1957) 173, 176; *Esser*, Vorverständnis S. 9; *Larenz*, Methodenlehre S. 222 f., 401 f.; ders., Festschrift *Klingmüller* S. 236, 246 f.; *Zippelius*, Festschrift *Maunz* S. 507 ff.; *Holmes*, 10 *Harv.L.Rev.* 465 (1897); für eine derartige Sicht vgl. neuerdings *Leff*, 87 *Yale L.J.* 1009 ff. (1978).

96 39 *L.&Cont.Prob.* 256 ff. (1975).

97 Vgl. oben Einleitung bei Fn. 12 ff.; vgl. auch *Freund*, *DRiZ* 1979, 73.

98 39 *L.&Cont.Prob.* 256 (1975).

99 Vgl. oben 4. Kap. bei Fn. 146.

gefühl, Judiz, Urteilskraft oder ähnliches. Entweder wird dabei dem Verstand eine nachträgliche Kontrollfunktion (Rationalisierung gefundener Ergebnisse) zugewiesen<sup>100</sup>, oder Rationalität erscheint als blinder Gedankenmechanismus, dessen Ergebnisse nicht notwendig dem "good sense"<sup>101</sup> entsprechen. Hier sind zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden. Soweit nur der angemessene Platz der Rationalität in der zeitlichen Abfolge des Rechtsfindungsprozesses in Frage steht, fordert das Kindeswohl keine Erörterung, es handelt sich um ein erkenntnistheoretisches und methodisches Problem ohne Auswirkung auf Inhalt und Qualität des Ergebnisses<sup>102</sup>. In sachlicher Hinsicht kann nicht beurteilt werden, ob es eine Kraft der menschlichen Erkenntnis gibt, die unabhängig vom Verstand Richtiges zu finden vermöchte. Fest steht allerdings, daß mit diesem Argument Ideologien, zumindest Subjektivismen Tür und Tor geöffnet wird<sup>103</sup>. Im Bereich des emotional und weltanschaulich stark belasteten Kindeswohl besteht das Problem nicht in sinn- und realitätsfremdem Rationalismus der Gerichte, sondern in der Bändigung allerorten sich aufdrängender, nicht rationalisierter Vorwertungen. Die Suche nach Rationalität auch in Sorgerechtsentscheidungen wird deshalb überwiegend als vorrangiges Gebot angesehen<sup>104</sup>. Daß es sich dabei nicht um eine naturwissenschaftliche oder positivistische Rationalität handeln kann, liegt auf der Hand. Mißverständnisse dieser Art mögen verantwortlich sein für die Vorstellung einer „blinden Rationalität“<sup>105</sup>, die tatsächlich *keine* Rationalität ist.

Einer Rationalität in Bezug auf Wertungen kann es nur um *Anhaltspunkte* außerhalb des subjektiven Empfindens des Richters und um *Vergewisserungsdaten* gehen, daß die richterliche Wertung nicht eine subjektiv-isolierte ist, sondern sachgerecht ist und sich einfügt in das rechtliche und gesellschaftliche Wertbild<sup>106</sup>. Daß die Persönlichkeit des Richters mit in die Wertkonkretisierung einfließt, ist als unvermeidbar zu akzeptieren<sup>107</sup>. Es läge nicht einmal fern, sie als Entelechie der Kindeswohl-Generalklausel anzusehen, sofern damit die gleichzeitige Verpflichtung des Richters verbunden wird, jenes Maß an Rationalität auszuschöpfen, das bei der Wertfindung

100 *Hutcheson*, 14 Cornell L.Q. 287 (1928); *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 431 ff.; vgl. auch *Germann*, Methoden S. 24; *Bibler*, Rechtsgefühl S. 99, 145. Vgl. zum Ganzen *H.A. Hesse*, JZ 1982, 272 ff.

101 *Krause*, Family Law, Cases, Vorwort S. XIV.

102 Vgl. dazu auch *Zippelius*, Festschrift Bruns S. 7 f.; *Prott*, 26 Am.J.Comp.L. 468 (1978); *Hesse* a.a.O.

103 *Gernhuber*, Festschrift Tüb.Jur.Fak. S. 196.

104 In re J.S.R., 3 FLR 2499 (D.C.App. 1976); *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 947 (Fam.Ct. 1972); *Egger*, Art. 156 Anm. 3; *Landolt* S. 34; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 231, ders., Festschrift Tüb.Jur.Fak. S. 196; *Latka*, NJ 1973, 47. vgl. auch (nicht speziell zum Kindeswohl) BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1225.

105 *Krause*, oben Fn. 101.

106 *Llewellyn*, Common Law S. 191; *Liver*, Rechtsquelle S. 35, 40; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 420. Zur „juristischen Rationalität“ *Schelsky* (oben 5. Kap. Fn. 249) S. 35 ff., insb. 41 ff., 47, 70 ff.

107 *Gernhuber*, Festschrift Tüb.Jur.Fak. S. 211; *ders.*, Neues Familienrecht S. 41 f.; vgl. auch *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 490.

unmittelbar am Maßstab der Gerechtigkeit erreichbar ist<sup>108</sup>. Gewißheitsdefizite sind diesem Rationalitätsbegriff immanent<sup>109</sup>.

Als Elemente rationaler Wertfindung bei der Kindeswohl-Konkretisierung erscheinen in materialer Hinsicht Sachbezogenheit, Generalisierbarkeit und Konsensfähigkeit der zu bildenden Wertmaßstäbe. Als Aspekt formaler Rationalität tritt die Darstellung des für die Wertbildung maßgeblichen Denkprozesses in der *Entscheidungsbegründung* hinzu. Zur Sachbezogenheit ist im Zusammenhang mit den tatsächlichen Grundlagen der Entscheidung das Wesentliche bereits gesagt<sup>110</sup>. Sie meint die Forderung, daß Wertmaßstäbe nicht deduktiv an den Einzelfall herangezogen und in ihm verwirklicht, sondern in enger Korrespondenz mit der tatsächlichen Gestaltung zunächst nur für diese entwickelt werden. Zusätzlicher Bemerkungen bedürfen die übrigen Elemente rationaler originärer Wertfindung<sup>110 a</sup>.

## 2. Generalisierbarkeit

Das Gebot der Generalisierbarkeit besagt, daß eine für einen Einzelfall gefundene Bewertung nur dann rational und gerecht sein kann, wenn sie im Prinzip als Maxime zur Beurteilung gleichgelagerter Fälle geeignet ist. Dieses Gebot ergibt sich für einzelfallbezogene Rechtsgebiete nicht mit Selbstverständlichkeit. Einzelfallgerechtigkeit, wie sie von der Kindeswohl-Norm in Bezug genommen wird, bedeutet die Vorrangstellung der Sachgerechtigkeit gegenüber der Gleichgerechtigkeit<sup>111</sup>. Letztere bleibt aber eine unverzichtbare Komponente der Gerechtigkeit, die in ihrer Gesamtheit Aufgabe und Rechtfertigung jedes richterlichen Handelns ist. Eine Wertung kann schlechterdings nicht *Rechtswertung* sein, wenn sie nicht als maßgeblich auch für gleichgelagerte Situationen gedacht werden kann<sup>112</sup>. Die Berufung auf die Einmaligkeit jedes Sorgerechtsfalles, die vor allem in US-amerikanischen Entscheidungsbegründungen oft als Einleitungsformel gebraucht wird (each case stands on its own, peculiar facts), kann die Einzelfallorientiertheit der Wertfindung hervorheben, sie *kann* aber auch eine Scheinlegitimation dafür sein, daß eine Rationalisierung der

108 Formulierung in Anlehnung an *Zippelius*, Festschrift Larenz S. 300: Der Richter „muß jenes Maß intersubjektiver Einigkeit ausschöpfen, das in Fragen materialer Gerechtigkeit erreichbar ist“; vgl. auch *Esser*, Vorverständnis S. 24, 165.

109 Oben 4. Kap. D., Fn. 211.

110 Oben B.I.3.

110a Das hier vertretene rechtsmethodische Modell ist übernommen worden von *H. Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 4. Aufl. Heidelberg 1982, S. 184 ff., insb. S. 192.

111 Vgl. oben 4. Kap. C.I.1.

112 *Fikentscher*, Methoden IV. S. 189 f.; *Merz*, in: Ermessensfreiheit S. 125: „Gelingt es nicht, die Streitentscheidung einer Rechtsregel beizuordnen, so wird der Billigkeits- und Ermessensentscheid zur Kadijustiz, zum Orakelspruch . . .“. Zum Schweizer Recht sogleich unten bei Fn. 119 ff. Zur Generalisierbarkeit als Element vernünftiger Entscheidungsfindung schlechthin sei an den kategorischen Imperativ von *Kant* (Kritik der praktischen Vernunft, 1757, § 7) erinnert.

entscheidungs tragenden Wertungen gar nicht erst versucht worden ist<sup>113</sup>. Diese Rationalisierung umfaßt den Vergleich mit ähnlichen Fallgestaltungen und ihren Lösungen, das Bewußtmachen der *wesentlichen* Sachverhaltelemente dort und hier sowie der entsprechenden Wertungsdifferenzierungen. Auch wo keine aktuellen Vergleichsfälle zur Verfügung stehen, kann mit hypothetischen, künftigen Fällen verglichen werden – relevant gleichgelagerte Fälle sind auch in stark persönlichkeitsorientierten Bereichen wie der Sorgerechtsverteilung stets denkbar<sup>114</sup>. Ein solcher Vergleich „leistet“ das Offenbarwerden sachwidriger Subjektivismen und damit ihre Ausscheidungsmöglichkeit. Die Verallgemeinerungsfähigkeit der für den Einzelfall als angemessen empfundenen Wertung ist für den Richter ein wesentlicher Maßstab der Selbstkontrolle<sup>115</sup>. Indem sie den Blick auf die rechtlich relevanten Sachverhaltelemente konzentriert, fördert sie *auch* die Verwirklichung von Einzelfallgerechtigkeit, die in ihrem letzterem Wortbestandteil eben auch den generellen Aspekt des Rechts in sich aufnimmt. Niemand wird eine Sorgerechtsentscheidung für ungerecht halten, weil das Ergebnis anders ausfällt als in zuvor vom Gericht entschiedenen Fällen. Legt das Gericht aber verschiedene Wertmaßstäbe an, ohne daß ein sachlicher Grund dafür ersichtlich wäre, handelt es trotz der Individualität der Fälle irrational und verfehlt den generellen Aspekt der Gerechtigkeit<sup>116</sup>.

Auf diese Weise wird der Rechtsentwicklung selbst auf normativ offenen, persönlichkeitsorientierten Gebieten die Möglichkeit gewahrt, allmählich wenigstens in Randbereichen und Grundzügen zu Strukturen und Verdichtungen zu gelangen, die die Wertfindung im Einzelfall leiten, ohne von den individuellen Besonderheiten abzulenken<sup>117</sup>.

- 113 *Weinberger*, Festschrift Marcic S. 424 spricht in diesem Zusammenhang von einer „ideologischen Funktion“ des Einzelfallarguments; vgl. auch *Germann*, Methoden S. 169; *Meier-Hayoz*, Festschrift Germann S. 154 f.; *Struck*, Argumentation S. 151 (leere, sinnlose Formel; „Nicht-Begründung“).  
Pointiert *Lüderitz*, Vortrag vom 19.11.1980 vor der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung in Bonn: Totale Differenzierung führe zur Ungerechtigkeit.
- 114 *Engisch*, Konkretisierung S. 222 f.; *Germann*, Methoden S. 250 f.; *Larenz*, Festschrift Schima S. 255 Fn. 19; *Marcic*, Rechtsphilosophie S. 185; *Weinberger*, Festschrift Marcic S. 420 ff., 424.
- 115 *Germann*, Methoden S. 169. Anschaulich formuliert *v. Hippel*, Richtlinie S. 152: „Zwar ist diese Kasuistik . . . natürlich besonders erdnah und wirklichkeitsbezogen. Aber gerade diese Erdnähe macht sie auch gleichsam blind und von höherer Führung dauernd abhängig.“
- 116 Sieht man einmal davon ab, daß jeweils verschiedene Senate entschieden haben, könnten als Beispiele genannt werden OLG Düsseldorf 8.6.1964, FamRZ 1964, 456 und 14.11.1967, FamRZ 1968, 89 (Bedeutung von Unterhaltspflichtverletzungen durch den nichtsorgeberechtigten Elternteil, dazu oben 5. Kap. Fn. 131); OLG München 22.6.1978 und 18.9.1978, FamRZ 1979, 70 und 337 (zum Vorrang der Mutter).
- 117 *Radbruch*, Rechtsphilosophie S. 127: „Die Billigkeit sucht im Einzelfall sein eigenes Gesetz, das sich schließlich aber gleichfalls zu einem allgemeinen Gesetz erheben lassen muß“, vgl. auch *egger*, Art. 156 Anm. 4; *Germann*, Methoden S. 221, 253, 354 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 21; *ders.*, Festschrift Germann S. 154; *Canaris*, Systemdenken S. 152 f.; *Esser*, Grundsatz und Norm S. 144 ff.; *ders.*, Vorverständnis S. 159; *Wieacker*, Festschrift Weber S. 440 (der allerdings zu Unrecht topisches Denken für un-

Damit ist die Grenze angesprochen, die der Forderung nach Generalisierbarkeit durch das Prinzip der Individualgerechtigkeit gesetzt ist. Die für die Richterrechtsbildung im allgemeinen weitgehend hergestellte Einigkeit, daß die Entscheidung sich als Anwendung einer allgemeinen Norm oder „Regel“ darstellen müsse<sup>118</sup>, kann nicht unbesehen auf Rechtskonkretisierungen in Ausfüllung der Kindeswohl-Klausel übertragen werden. Zum Gemeingut der Schweizer Diskussion zu Art. 1 und 4 ZGB gehört die Beobachtung, daß die idealtypische Unterscheidung des Gesetzes zwischen Regelentscheid (Art. 1 Abs. 2 ZGB) und Billigkeitsentscheid (Art. 4 ZGB) in der Realität nicht streng durchführbar ist: Generalisierende und individualisierende Tendenzen gehören zum Wesen beider Rechtsfindungsmethoden, so daß sich beide Vorschriften einander annähern<sup>119</sup>. Gelegentlich wird aus dem Generalisierungsgebot sogar gefolgert, daß die Pflicht zur Regelbildung des Art. 1 Abs. 2 ZGB entsprechend auch für Billigkeitsentscheidungen nach Art. 4 ZGB gelte<sup>120</sup>. Dieser Gleichsetzung wird jedoch überwiegend nicht gefolgt. Das generalisierende Element auch bei Ermessensentscheidungen zwingt zwar dazu, den Blick auf das Typische zu richten und „Richtlinien“ oder „generelle Kriterien“ zu bilden, um Objektivität und Rechtsgleichheit zu gewährleisten<sup>121</sup>. Regel- oder Normbildung werde vom Richter bei Entscheidungen nach Art. 4 ZGB jedoch nicht verlangt, da diese späteren Einzelfällen Gewalt antun würden und auch durch die Rechtssicherheit nicht gefordert seien<sup>122</sup>. Dieser Auffassung liegt die Erkenntnis zugrunde, daß der Richter bei der Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Normen zwar Recht schöpft, aber nicht in loco legislatoris wie bei der Rechtsfortbildung im gesetzefreien Raum und deshalb auch nicht gebunden an das legislatorische Gestaltungselement der Rechtsnorm. Seine Rechtsschöpfung ist als *richterliche* vom Gesetz in Bezug genommen und zunächst auf den Einzelfall beschränkt. In

geeignet zur Regelgewinnung hält: Die sachgerechte Einzelfall-Lösung ist notwendige Vorstufe richterrechtlicher Regeln); *Uffelmann* S. 18 f.; *Coons*, 58 N.W.U.L.Rev. 750 f. (1964); vgl. auch *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 233 Fn. 31.

118 *Esser*, Vorverständnis S. 66; RG 2.10.1912, RGZ 80, 129, 132 f. (zu Art. 30 EGBGB); *Fikentscher*, Methoden IV S. 190 f.; *Kübler*, JZ 1969, 651; *Larenz*, Festschrift Nikisch S. 275 ff.; *Wieacker*, Festschr. Weber S. 440 f.; *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 8; *Hilger*, Festschr. Larenz S. 115; *Germann*, Methoden S. 159 ff., 170, 250 f. (zu Art. 1 Abs. 2 ZGB), S. 222, 253, 354 f. (zu Art. 4 ZGB); *Merz*, in: Ermessensfreiheit S. 125 f.; *Radin*, 11 A.B. A.J. 360 (1925); *Raz* 81 Yale L.J. 847, 850 Fn. 48 (1972).

119 Vgl. oben 2. Kap. A.V.3.c), bei Fn. 110 ff.

120 *Gmür*, Anwendung des Rechts S. 116; *Landolt*, S. 33 f.; wohl auch *Merz*, in: Ermessensfreiheit S. 125 f. Über die Pflicht des Richters, auch bei Ermessensentscheidungen allgemeine Regeln zugrunde zu legen, finden sich oft widersprüchliche Ausführungen: Bei Erörterungen der individualisierenden Tendenz des Art. 4 ZGB wird die Abwesenheit genereller Regeln hervorgehoben, während wenig später, im Zusammenhang mit den Forderungen nach Objektivität und Generalisierbarkeit von Ermessensentscheidungen von allgemeinen, objektiven Regeln wie bei Art. 1 Abs. 2 ZGB die Rede ist, vgl. insoweit *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 17, 23 sowie 49, 51, 53 f.; *Egger*, Art. 156 Rdn. 3 und 4.

121 Oben 2. Kap. Fn. 112, 113.

122 *Germann*, Methoden S. 222, 354 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 4 Rdn. 17, 18, 23, 47; etwas abweichend *Egger* a.a.O.: Die Regeln des richterlichen Rechts müßten so reich gestaltet werden, daß man dem Einzelfall gerecht werden könne.

genereller Hinsicht ist sie nicht mehr als ein „konstruktiver Entwurf“<sup>123</sup> – aber auch nicht weniger wegen der Objektivierungspflicht richterlicher Wertfindung. Die Aufstellung gesetzgleicher Normen würde nur vorhandene Geltungsansprüche vortäuschen und die faktische Sogwirkung hervorrufen, die scheinbar gefestigte Entscheidungsmaßstäbe für die Rechtsprechung vor allem auf Gebieten weitgehender Wertungswißheit haben<sup>124</sup>. Objektivierung der richterlichen Wertung und Auffüllung des Rechts der Sorgeverteilung mit einem Regelsystem, auf das der Gesetzgeber bewußt verzichtet hat, kann nur von positivistischem Denken gleichgesetzt werden. Die sachliche Abgrenzung zwischen notwendiger Generalisierbarkeit einerseits, nicht notwendiger und sogar schädlicher Regelbildung andererseits wird treffend von Llewellyn dahingehend gekennzeichnet, daß beim Richter die *Bereitschaft zum wiederholten Nachvollzug der Entscheidung* vorhanden sein, aber auch genügen müsse<sup>125</sup>. Die Formulierung einer abstrakten Rechtsregel als Grundlage der zu fällenden Entscheidung ist kein zwingendes Gebot der Gleichgerechtigkeit<sup>126</sup>. Ob aus dem Einzelfallentscheid eine Regel erwachsen wird, entzieht sich der Kompetenz und Verantwortung des wertschöpfenden Richters.

### 3. Konsens und Konsensfähigkeit

#### a) Grundproblematik konsensorientierter Rechtsfindung

##### aa) Rechtsidee und Gerechtigkeitskonsens

Wo richterliches Bewerten und Handeln durch Normen des objektiven Rechts nicht mehr gesteuert ist, bleibt als Orientierungs- und Rechtfertigungsmaßstab für den Richter bei der Interpretation, Ausfüllung und Ergänzung des Rechts nur die Rechtsidee selbst. Aufgliederungen des materialen Gerechtigkeitsbegriffs, etwa in die Komponenten der Sach- und Gleichgerechtigkeit<sup>127</sup>, konkretisieren diesen Maßstab für

123 Zippelius, NJW 1967, 2230.

124 Esser, JZ 1953, 526 Fn. 59; vgl. auch die Warnungen vor voreiligen Festlegungen bei *Ger-mann*, Methoden S. 2230; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 78; *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 818; *Bazemore v. Davis*, 5 FLR 2131, 2132 (D.C.App. 1978): “A norm is ill suited for determining the future of a unique being”; *Friederwitzer v. Friederwitzer*, 8 FLR 2251, 2252 (NY. 1982). “The only absolute in the law governing custody of children is that there are no absolutes”.

125 Common Law S. 216 ff., unter dem Oberbegriff “reasonable regularity” (S. 217: “the lawful exercise of discretion . . . must be undertaken with a feeling, explicit or implicit, of willingness, of readiness, to do the like again, if, as and when the like case may arise”). Eine in den USA verbreitete Beschränkung auf die Alternative „Rechtsregel oder Willkür“ nennt L. „idiotisch“ (a.a.O. S. 218). Vgl. zu dieser Diskussion die obige Bemerkung zur methodischen Situation des US-amerikanischen Rechts, 4. Kap. C.I.2.d). Der kontinentaleuropäische Einfluß bei L. ist unverkennbar (vgl. dazu *Fikentscher*, Methoden II S. 285 f.).

126 So aber wohl *Fikentscher*, Methoden IV S. 191, 200, 207 f., wobei allerdings nicht klar ist, ob F. individualistische Rechtsbereiche wie die Sorgerechtsentscheidung mitumfaßt sehen will.

127 Oben 4. Kap. C.I.1.

die Rechtsfindung im Einzelfall kaum, und auch die Verweisung auf Objektivität und Rationalität des Rechtserkenntnisses hilft allein nicht weiter, sofern die sachliche Bedeutung dieser Kriterien nicht geklärt ist.

Soweit dem Richter konkretere „Wertquellen“ als Orientierungshilfen im außerrechtlichen Bereich anempfohlen werden, lassen sie sich fast ausnahmslos auf das Grundelement des Wertkonsens zurückführen. Dies ist unverkennbar beim „allgemeinen Rechtsbewußtsein“<sup>128</sup>, dem „herrschenden Rechtsethos“<sup>129</sup>, dem „Gesamtbereich anerkannter ethischer, kultureller und sozialer Konventionen“<sup>130</sup>, aber auch in Essers „Rechtsgrundsätzen“<sup>131</sup> und Krieles „Rechtsvernunft“<sup>132</sup>. Das gleiche gilt für den Standardbegriff, den Gernhuber auch für das Familienrecht nutzbar machen will: Es handelt sich um einen realen, allgemein akzeptierten Verhaltensmaßstab, der in Entstehung und Bestand konsensabhängig ist<sup>133</sup>.

Schließlich wird auch die Bedeutung von *Präjudizien* in der Bundesrepublik und der Schweiz heute überwiegend nicht mehr in einer etwaigen normativen Kraft gesucht<sup>134</sup>, sondern primär in ihrem *Vergewisserungswert* für eine richtige, d.h. jeden-

- 128 Larenz, Methodenlehre S. 203, 410, mit den Untergruppen „Bedürfnisse des Rechtsverkehrs“, „Natur der Sache“ und „Rechtsethische Prinzipien“; Esser, Studium Generale 7 (1954) 371.
- 129 Zippelius, Wertungsprobleme S. 131 ff.; ders., NJW 1967, 2231; ders., Festschrift Larenz S. 301. Das „herrschende Rechtsethos“ ist nach Zippelius die einzige maßgebliche Rechtsquelle überhaupt, alles übrige fungiert nur als Indiz hierfür: Positives Recht (Wertungsprobleme S. 151), allgemeine Rechtsgrundsätze, herrschende Wertmaßstäbe. Ein Restelement bloßer Dezision sei aber unvermeidbar (NJW 1967, 2231, 2233). Eine ähnliche Bedeutung wie dem „herrschenden Rechtsethos“ kommt der „Rechtsvernunft“ bei Kriele zu, unten Fn. 132.
- 130 Wieacker, Präzisierung S. 18 ff.; ders., Gesetz und Richterkunst S. 12; ders., Festschrift Weber S. 439. Ähnlich auch die „bewährte Lehre und Überlieferung“ des Art. 1 Abs. 3 ZGB.
- 131 Grundsatz und Norm S. 5; Vorverständnis S. 41; vgl. oben Fn. 128.
- 132 Rechtsgewinnung S. 157 ff., 311 ff.
- 133 Gernhuber, FamRZ 1973, 232; vgl. auch Essers Gleichsetzung von allgemeinem Rechtsbewußtsein und „accepted standards of right conduct“, Studium Generale 7 (1954) 379. Zum Standardbegriff generell ders, Grundsatz und Norm S. 96 ff., 150; Strache, Das Denken in Standards (1968), insb. S. 14, 64 f., 68 ff.; Teubner, Standards S. 45 ff. Im US-amerikanischen Recht begegnet dieser Begriff zwar häufig, zumeist aber als bewußt unpräziser Ausdruck, vergleichbar etwa dem „Maßstab“. Im übrigen ist eine doppelte Bedeutung des Standardbegriffs zu beachten: Er kann – wie bei Gernhuber – soziale Wertmaßstäbe bezeichnen, aber auch die gesetzliche Generalklausel, die derartige Normen in Bezug nimmt (vgl. auch Esser, Vorverständnis S. 60). Zur Kindeswohl-Klausel als „Standard“ in zweiterem Sinne oben 4. Kap. C.II.3.b).
- 134 Zu Ausnahmefällen oben 4. Kap. Fn. 74. Der Rechtsbindung verhaftetes Denken hat zu unbefriedigenden Konzeptionen wie „Rechtsquelle minderen Rangs“, „faktische Rechtsquelle“ oder „faktische Bindungswirkung“ oder „Bindungswirkung eigener Art“ geführt, v. Caemmerer, Verwirklichung S. 40; Fischer, Weiterbildung S. 24 f., 38 f.; Gernhuber, Neues Familienrecht S. 86; Larenz, NJW 1951, 498; Zweigert, Studium Generale 7 (1954) 385; zur „faktischen Rechtswirkung“ BGH 1.2.1978, NJW 1978, 949 sowie die Rechtsprechungsübersicht bei Fikentscher, Methoden III. S. 711 ff. Vgl. auch die „praesumptive Bindung“ bei Kriele, Rechtsgewinnung S. 247 ff., 258 ff., die eben keine „Rechtsbindung“ ist; ähnlich wie Kriele Hilger, Festschrift Larenz S. 116; kritisch dazu Larenz, Methodenlehre S. 423 Fn. 144; ders., Festschrift Schima S. 261 f.; Esser, Vorverständnis S. 195.

falls in Richterkreisen als richtig empfundene Rechtserkenntnis<sup>135</sup>. Die Verortung des Gewichts der Präjudizien im Konsensaspekt hat auch eine befriedigende Antwort auf das „Übungselement“ im Richterrecht (in Anlehnung an gewohnheitsrechtliche Konzeptionen) ermöglicht<sup>136</sup>.

Es wird also verbreitet anstelle mit materialer Gerechtigkeit oder normativer Richtigkeit mit der bescheideneren Münze des Gerechtigkeits- und Richtigkeitskonsenses in einer gegebenen Zeit und Gesellschaft gearbeitet. Eine Alternative besteht praktisch nicht. Gerade in der Bundesrepublik ist die Skepsis gegen naturrechtliche Gewißheitsansprüche, wie sie die Rechtsprechung bis in die 60er Jahre hinein prägen<sup>137</sup>, noch zu lebendig, um inhaltlich bindenden überpositiven Wertsystemen akzeptierten Wirkungsraum für konkrete Einzelentscheidungen zu gewähren<sup>138</sup>. Der Rückfall in den Positivismus ist in Zeiten legislativer Krise aber schon von den Voraussetzungen her nicht möglich – als Gesetzespositivismus insbesondere nicht im Bereich von Generalklauseln wie dem Kindeswohl.

Hier liegt der Ansatzpunkt der Wertungsjurisprudenz, die sich abzugrenzen sucht vom Positivismus einerseits, Naturrecht und materialer Ethik andererseits<sup>139</sup>. Man bekennt sich zur Wertfrage als *Problem* und damit zu ihrer letztlichen Unbeantwortbarkeit. Die metaphysische Existenz von Werten wird z.T. sogar geleugnet<sup>140</sup>.

Unbefriedigend, weil irreführend ist auch die Umfunktionierung des Bindungsbegriffs bei *Fikentscher*, Methoden IV S. 217 ff., 241 ff., 396 ff.; ähnlich schon *Esser*, Ermessensfreiheit S. 16. „Binden“ bedeutet nach seinem Wortsinn „Einschränken von Freiheit“. Ist der Richter aber ohnehin stets der Gerechtigkeit verantwortlich und kann deshalb von Präjudizien (*Esser*) oder Fallnormen (*Fikentscher*) abweichen, wenn er anderer Auffassung ist, dann enthalten Präjudizien kein eigenständiges Bindungselement.

135 Dies kommt in vielerlei Formulierungen zum Ausdruck, vor allem dem Begriff der „Rechtserkenntnisquelle“, *Esser*, Grundsatz und Norm S. 134; *ders.*, Festschrift v. Hippel S. 114; *Fikentscher*, Methoden IV S. 221; *Larenz*, Festschrift Schima S. 262; *Germann*, Methoden S. 172 f., 239, 263. Deutlicher noch „Hilfsmittel richterlicher Normerkenntnis“, *Larenz*, a.a.O., S. 261 f.; „Bestätigungshilfe“, *Fikentscher*, a.a.O. S. 221, 241 und öfter; „qualitative Beweiskraft für die Richtigkeit einer Ansicht“, *Esser*, ZvglRW 75 (1976) 79 (auch für das Schweizer Recht); „Indizwirkung für einen Konsens“, „für richtiges Erkennen und Entscheiden“, *Esser*, Vorverständnis S. 187 f. 195; „Überzeugungskraft“, *Germann*, Methoden S. 263 f.; *Gmir*, Anwendung des Rechts S. 126 (Präjudizien seien „nicht Weisheitsrecht, sondern Rechtsweisheit“). Zum Schweizer Recht vgl. weiter *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1, Rdn. 474 ff.; Art. 4, Rdn. 5, 54; *ders.*, ZSR 78 (1959) 97 f.; *Ott*, Methode S. 64 f.; *Esser*, Festschrift v. Hippel S. 107 f.; *ders.*, ZvglRW 75 (1976) 79; *Fikentscher*, Methoden III S. 766 ff.; *Sonnenberger*, Verkehrssitten S. 241 f. (N. 184).

136 Dazu im einzelnen unten C.III.4.b)bb).

137 *Fikentscher*, Methoden III S. 332 ff.; *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 41 f.; vgl. *Welzel*, Naturrecht S. 219 ff.; *Kropholler*, Gleichberechtigung S. 74 ff.

138 In einer Würdigung der Rechtsprechung des BGH zu § 138 BGB spricht *Dawson*, RabelsZ 41 (1977) 446 von einem „thundering style“. Die Richter glaubten offenbar, „by virtue of their office they had a private entrance to a carefully guarded sanctuary located in some higher place, in cloud land“ (S. 445).

139 *Fikentscher*, Methoden III. S. 447, Methoden IV S. 355, 402, 612, 673; *Larenz*, Methodenlehre S. 128 ff., 154 ff., 192 ff.

140 *Esser*, Vorverständnis S. 164, 168; *Winter*, Rechtslehre 1 (1971) 173; *Zippelius*, Festschrift Maunz S. 508 f., 514; *Hoerster*, JZ 1982, 265 ff., insb. 270 f.

„Wahrheit“ und „Richtigkeit“ werden nicht in der Übereinstimmung von Aussagen mit an sich seienden Dingen oder Werten gesucht<sup>141</sup>, sondern – soweit es nicht von vornherein nur um das Faktum der Aussage selbst geht – in der Übereinstimmung des Aussageinhalts mit wiederholbarer Seins- oder Werterfahrung auf individueller, insbesondere aber auf intersubjektiver Ebene<sup>142</sup>.

An die Stelle der „Richtigkeit“ eines Erkenntnisses tritt damit seine Vertretbarkeit, seine Legitimierbarkeit im Hinblick auf die Rechtsidee. Vergewisserungsfaktor hierfür kann nur die – aktualisierte oder potentielle – *Intersubjektivität* von Seinsdeutungen und Sinngebungen sein – entweder als Annäherungsindiz für eine ontologisch vorgestellte Richtigkeit und Gerechtigkeit oder als deren eigentliche Verkörperung<sup>143</sup>. „Axiom“ hingegen können auch scheinbar unerschütterliche Regeln des Kindeswohls für den Richter nicht sein<sup>144</sup>. Rechtsverwirklichung über schlichte Rechtsanwendung hinaus erscheint in dieser Sicht als Aufgabe praktischer Vernunft<sup>145</sup>, Rationalität als Aufsuchung intersubjektiver „Gewißheiten“<sup>146</sup>.

141 So N. Hartmann, Ethik, S. 47 ff., 156 ff., 284 ff., ders., Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, S. 56 ff.; philosophisch absichernd als erster Plato, der die *Ideen* als das wahrhaft Seiende bezeichnet und sie für grundsätzlich erkennbar hält, dazu Welzel, Naturrecht S. 22 ff. Zum allgemeinphilosophischen Diskussionsstand Uellenberg, Von der Schwierigkeit, Normen zu begründen, SZ 6.9.1978 (Nr. 204) S. 25.

142 So vor allem Zippelius, Festschrift Maunz S. 507 ff., insbes. 512-518; ders., Wesen des Rechts, S. 73 ff., 109 ff.; ders., Gesellschaft und Recht S. 57 ff.; gegen eine materiale Wertethik als Orientierungsmaßstab für die Ausfüllung von Generalklauseln auch Wieacker, Präzisierung S. 13 ff.; vgl. Kriele, Rechtsgewinnung S. 167 ff.; Bihler, Rechtsgefühl S. 145; Schreiner, Intersubjektivität S. 86 ff.

143 Für eine rechtsontologische Sicht vgl. vor allem Kaufmann, Rechtsphilosophie S. 272 ff.; ders., Analogie und „Natur der Sache“ (1965); vgl. auch Fikentscher, Methoden IV S. 127; zu Kaufmann Larenz, Methodenlehre S. 137 f.

Dagegen in Auseinandersetzung mit Larenz und Fikentscher jetzt Hoerster JZ 1982, 265 ff. (ob er beiden Autoren gerecht wird, erscheint zweifelhaft).

144 So aber OberG Zürich 17.11.1955, ZR 56 N. 22 (zum Muttervorrang).

145 Dem trägt auch die Zivilrechtsdogmatik in ihrem heutigen Verständnis Rechnung, Ballerstedt, Festschrift Flume S. 258; Esser, AcP 172 (1972) 101 ff.; L. Raiser, AcP 172 (1972) 174; Simitis, AcP 172 (1972) 142 ff.; so auch Diederichsen, Festschrift Flume S. 288; Larenz, Methodenlehre S. 206 ff. (beide kritisch allerdings zu Essers These, die herkömmliche Dogmatik sei rein begriffs- und normorientiert gewesen). Vgl. weiter Arzt, JA 1978, 563, der aber davor warnt, die Dogmatik zum „Weichmacher“ des Gesetzes umzufunktionieren (zu entsprechenden Einwänden gegen Topik und konsensorientiertes Denken sogleich unten bb) (1)).

146 Esser, Vorverständnis S. 164 ff., 168; ders., AcP 172 (1972) 99, 112 f., 125, 127; Scheyning, Pluralismus und Generalklauseln S. 12 ff.; Steindorff, Festschrift Larenz S. 222, 232 ff.; ders., zit. bei Esser, AcP 172 (1972) 129; Winter, Rechtstheorie 1 (1971) 171; Zippelius, Festschrift Maunz S. 513 ff.; ders., Festschrift Larenz S. 295 ff., 300 ff.; ders., Festschrift Bruns S. 1 ff.; ders., Gesellschaft und Recht S. 54 ff.; ders., Wesen des Rechts S. 75 f.

Genau besehen ist auch die Rechtsanwendung letztlich Verwirklichung von Wertübereinstimmungen, denn auch Gesetz und Fakten sind Ergebnisse von Konsensbildungen, Esser, AcP 172 (1972) 110; vgl. schon Heck, AcP 112 (1914) 17; zur Konsensbedingtheit faktischer Aussagen vgl. oben bei Fn. 86, 87.

bb) Einwände gegen konsensorientiertes Denken

(1) *Der normative Anspruch des objektiven Rechts*

Die Ausrichtung der Rechtsfindung an intersubjektiven Wertvorstellungen ist allerdings nicht unbestritten. Es wird darauf hingewiesen, daß der Geltungsanspruch des Rechts verfehlt werde, wenn man Gerechtigkeitskonsens und Rechtsnorm gleichsetze. Die berechtigte Hervorhebung des konsensualen Elementes in Entstehungsweise und Interpretation des positiven Rechts dürfe nicht dazu führen, dessen legislatorisch und dogmatisch gefestigte Strukturen in veränderliche und stets neu zu realisierende Konsense oder Konsenserwartungen aufzulösen<sup>147</sup>. Nach Wieacker taugt der Konsensgedanke deshalb nur zur Legitimierung des Rechtssystems in seiner Gesamtheit, nicht aber von Einzelentscheidungen<sup>148</sup>.

Diese Kritik wendet sich zumeist gegen die Propagierung der Topik als Rechtsfindungsmethode auch in gesetzlich durchstrukturierten Bereichen. Die topische Problemlösung orientiert sich in aller Regel am Richtigkeitskonsens<sup>149</sup>. Umgekehrt ist die Konsensfrage aber nicht begrifflich mit der topischen Methode verknüpft. Im übrigen räumen auch die Gegner der Topik ihr einen legitimen Platz dort ein, wo der Konkretisierungsgrad des objektiven Rechts gering ist und die Rechtschöpfung gegenüber der Rechtsanwendung im Vordergrund steht<sup>150</sup>. Bei offenen Rechtsnormen wie dem Kindeswohl, die stark die Einzelfallgerechtigkeit betonen, liegt das Problem nicht in der Befolgung des Wenigen, was das Gesetz bindend anordnet, sondern in der Legitimation all dessen, was der Richter zur *weiteren* Ausfüllung der Norm heranzieht. Konsense über den Inhalt unbestimmten Rechts, über Gerechtigkeits- oder einzelne Werturteile sind dabei sein einzig möglicher Anhaltspunkt zur Objektivierung und damit Legitimierung seiner Entscheidungsfindung. *Normative Kraft* erhalten vordem unverbindliche Wertübereinstimmungen hier wie auch bei der Gesetzgebung erst mit ihrer konstitutiven Übernahme in das Recht

147 In diesem Sinne *Canaris*, Systemdenken S. 144 f.; *Diederichsen*, NJW 1967, 702; *Wieacker*, Festschrift Weber S. 436 (vgl. auch S. 423: Die Verbindlichkeit der Gesetzesnorm zu beiseitigen bedeute dasselbe, wie „einer Zange die eine „Backe“ zu nehmen“); *Zöllner*, Festschrift Tübinger Jur.Fak. S. 144, 150; vgl. auch *Müller*, Methodik S. 70 ff.; *Larenz*, Methodenlehre S. 146 f. (gegen *Krieles* „vernunftrechtliche Erwägungen“: Die Berufung auf die Vernunft bedeute einen verfrühten Abbruch der hermeneutischen Bemühungen um das Textverständnis); sowie – von anderer Richtung – *Rottleitner*, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 12 („Rechtfertigung für unklares Denken in vertretbaren Gesichtspunkten“).

148 Festschrift Weber S. 436 ff.; im Einzelfall hält *Wieacker* die Beachtung juristischer Methodik für das sicherste Mittel, Konsensfähigkeit der Entscheidung zu erreichen, ebenso *Diederichsen*, Festschrift Flume S. 297 ff. Eine auf Konsens aufbauende Systemtheorie des Rechts hat *Lubmann* vorgelegt, Legitimation durch Verfahren S. 29 ff.

149 Grundlegend *Viehweg*, Topik S. 24 und passim; *Esser*, Grundsatz und Norm S. 44 ff., 218 ff.; *ders.*, Vorverständnis S. 154 ff., 172, 189; *Struck*, Topische Jurisprudenz S. 35 ff., 105; *ders.*, Argumentation S. 58 ff.; vgl. *Canaris*, Systemdenken S. 139 ff.; *W. Ott*, Festschrift Meier-Hayoz S. 28 f.

150 *Canaris*, a.a.O. S. 146, 150 ff.; *Diederichsen*, NJW 1966, 704; *Müller*, Methodik S. 74 f.

durch eine zur Rechtsschöpfung generell berufene Institution im Rahmen des hierfür vorgesehenen Verfahrens<sup>151</sup>. Konsensorientiertes Denken und Begründen bei der Konkretisierung einer Generalklausel wie dem Kindeswohl löst nicht normative Strukturen zur Unverbindlichkeit auf, es kann im Gegenteil als Vorstufe einer Verfestigung und Systematisierung des Rechts (soweit diese mit dem Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit vereinbar ist) dienen<sup>152</sup>.

Insoweit korrespondiert die Konsensfähigkeit mit dem zuvor erörterten Postulat der Generalisierbarkeit<sup>153</sup>. Diese fördert die Rechtsfortbildung und -systematisierung durch potentielle Erstreckung der einzelfallbezogenen Wertung auf vergleichbare Gestaltungen, also durch (begrenzte) Ablösung vom Wertungsobjekt. Jene wirkt mit gleicher Tendenz durch Abstimmung der persönlichen Wertung des Interpreten mit einer potentiellen oder aktuellen Interpretationsgemeinschaft, also durch (begrenzte) Ablösung vom Wertungsobjekt.

## (2) Der materiale Qualitätsvorsprung des Rechts

Ein qualitativer Unterschied zwischen Recht und bloßer Wertübereinstimmung kann neben der normativen Kraft auch im materialen Gehalt gesehen werden. Recht in materialem Sinn ist stets nur die Verkörperung der Rechtsidee als eines ethisch-philosophischen Qualitätsstandards. Wertübereinstimmung ist per definitionem ein formaler Begriff, der die konsentierten Inhalte offen läßt. Diese können deshalb qualitativ dumm und schlecht sein<sup>154</sup>, auch weltweiter Irrtum oder Atavismus ist nicht ausgeschlossen<sup>155</sup>. Dagegen kann noch nicht eingewandt werden, daß auch vieles, was sich im Laufe der Zeit als Rechtssatz präsentiert hat, der Rechtsidee entweder von vornherein oder ex post nicht entsprochen hat, wenngleich dabei die Konsensbedingtheit auch der Gerechtigkeitsidee zutage tritt. Immerhin aber muß

151 Zur institutionellen Legitimation der Rechtsprechung zur Rechtssetzung, jedenfalls im Rahmen von Generalklauseln, oben Fn. 9.

152 *Canaris*, a.a.O. S. 152 f.; *Esser*, Grundsatz und Norm S. 47 f., 52 f.; *ders.*, Vorverständnis S. 159; *W. Ott*, Festschrift Meier-Hayoz S. 33 f.; *Coons*, 58 N.W.U.L.Rev. 750 f. (1964); vgl. auch den Ansatz von *Tribe*, oben 4. Kap. Fn. 86 ff. Allerdings sollte eine *wechselseitige* Beeinflussung von objektivem Recht und aktuellen Gerechtigkeitskonsensen nicht gelehnet werden. Sie tritt deutlich bei *Esser* hervor: Einerseits bedürfen vorgefundene Wertübereinstimmungen der Rückbindung an objektivrechtliche Regelungsmuster („Stimmigkeitskontrolle“, Vorverständnis S. 19, 152, 168 f.; Festschrift *Raiser* S. 534; Festschrift Tübinger Jur.Fak. S. 128). Andererseits üben sie eine – meist unausgesprochene – Kontrollfunktion bei der Anwendung des Gesetzes aus; man denke nur an die zahlreichen nicht gesetzeskonformen Innovationen im Zivilrecht der Bundesrepublik durch die Gerichte, *Esser*, Grundsatz und Norm S. 63 ff.; *ders.*, Vorverständnis S. 164; *Ballerstedt*, Festschrift Flume S. 274; *Larenz*, Methodenlehre S. 301; vgl. auch schon *v. Hippel*, Richtlinie S. 158 ff., 171 174.

153 Oben bei Fn. 117; hinzu tritt das formelle Postulat der Entscheidungsbegründung, unten bei Fn. 197.

154 *Heck*, AcP 112 (1914) 238 f.; *Wieacker*, Festschrift Weber S. 436 f.; *Zippelius*, Gesellschaft und Recht S. 63; *Germann*, Methoden S. 169; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Anm. 328, *Burris v. Hiller*, 104 N.W.2d 581, 857 (Minn. 1960); *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1343 (1965); *Oster*, 5 J.Fam.L. 26 (1965).

155 *Gernhuber*, Festschrift Tübinger Jur.Fak. S. 211 f.; vgl. *ders.*, FamRZ 1973, 241.

sich das Recht *grundsätzlich* als „recht und gerecht“ legitimieren<sup>156</sup>, bloße Wertübereinstimmungen dagegen nicht. Diese Qualitätsdifferenz wird jedoch ausgeglichen durch die Übernahme des Konsenses *in das Recht* durch den Richter, d.h. durch die verantwortliche richterliche Inhaltskontrolle. Umfang und konkrete Ansatzpunkte dieser Aufgabe ergeben sich aus der jeweiligen Herkunft und Inhalt des Konsenses<sup>157</sup>, letztlich entscheidender Richtpunkt bleibt die Rechtsidee<sup>158</sup>. Es ist daran zu erinnern, daß es hier lediglich um die Funktion intersubjektiver Überzeugungen als Rechtfertigungsfaktor für *richterliche* Rechtskonkretisierungen geht. Das Bekenntnis zur Wertfrage als Problem, als eine ständig und schöpferisch zu leistende Aufgabe rückt die Letztverantwortlichkeit des Gerichts in den Mittelpunkt und schließt Bindungsdenken jeglicher Art im außerrechtlichen Bereich, etwa im Sinne eines „Meinungspositivismus“ bezüglich herrschender Rechtsprechung oder sonstiger Wertübereinstimmungen aus<sup>159</sup>. Die richterliche Kontrollinstanz befindet über die materiale Qualität eines Wertkonsenses und über die rechtskonstitutive Aufnahme in die Entscheidung.

### (3) Verkürzung richterlicher Verantwortung

Für Simitis<sup>160</sup> schließlich ist die Berufung auf die Intersubjektivität einer Wertbehauptung nur eine „Reflektionsunterbrechung“, Verkürzung einer grundsätzlich „offenen“, stets auf formale wie auf substantielle Rationalität durchgreifende Rechtsfindung<sup>161</sup>. Hier ist zu differenzieren. Werden reale Konsense über komplexe

156 Unter Umständen reicht für diese Legitimation nicht einmal das Gesetz aus, wenn sein Ergebnis, durch zeitlichen Wandel bedingt, offensichtlich nicht mehr „den fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ entspricht, BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1225. Bei *Esser* erscheint hingegen die Konsensfähigkeit im Sinne von Plausibilität und Akzeptabilität der Entscheidung als dasjenige Merkmal, das ihr „Rechts“-qualität verleiht, Vorverständnis S. 18 f., vgl. auch S. 27: Das einzig verifizierbare Indiz für die soziale Richtigkeit; so auch *Liver*, Rechtsquelle S. 35, 40, 70 f. (speziell für Richterrecht), der allerdings eine „qualifizierte“ opinio necessitatis fordert, die sich nur auf *richtiges* Recht bezieht.

157 Hier werden untersucht: Konsense der Allgemeinheit, der Wissenschaften und der Gerichte, unten III.1., 3. und 4.

158 *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 387; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Anm. 328.

159 Dazu *Diederichsen*, Festschrift Flume S. 289 ff. m.w.N., insbes. S. 294 (der allerdings zu Unrecht *Teubner*, Standards (1971) und Rechtstheorie 6 (1975) 179 ff. zu den Vertretern der gegenteiligen Auffassung rechnet). Gegen „Meinungspositivismus“ im Sinne unreflektierter Befolgung der „herrschenden Meinung“ *Esser*, JZ 1953, 526 Fn. 59; *Mikat*, FamRZ 1960, 310; *Meier-Hayoz*, ZSR 78 (1959) 96 f.; vgl. auch *Hopt*, JZ 1975, 344; *Damm*, Rechtstheorie 7 (1976) 244 ff.

Für eine Bindung an festgestellte Allgemeinüberzeugungen demgegenüber *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung S. 45 ff. („Durchschnittswertung aller Aktivbürger“); *Streißler*, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften (1967) S. 8 (zur Konkretisierung des „Gemeinwohls“).

160 AcP 172 (1972) 138 ff., 143, 145.

161 Dem entspricht bei *Simitis* eine „offene Dogmatik“, die auch sozialen Wandel und rechtliche Neubildungen methodisch zu erfassen hat; dagegen *Meyer-Cording*, zit. bei *Kötz*, AcP 172 (1972) 174; vgl. auch oben Fn. 145. Von einem Abbruch des Erkenntnisprozesses spricht auch *Larenz*, aber in eher umgekehrtem Sinne wie *Simitis*, vgl. oben Fn. 147.

Werturteile übernommen als Indizien für eine nicht von Grund auf überprüfte „Richtigkeit“, liegt zweifellos eine Verkürzung des Denkvorgangs und der richterlichen Verantwortung vor. Eine solche Verkürzung kann aber – wie noch näher auszuführen sein wird – unter Umständen legitim sein und ist für die Rechtspraxis funktionsnotwendig<sup>162</sup>. Bildet der Richter hingegen das Recht originär, unmittelbar an den Elementen der Gerechtigkeit ausgerichtet, steht er vor der Ungewißheit, was „rational“ ist, und muß Ausschau halten nach Anhaltspunkten, nach Vergewisserungsdaten für die richtige Erkenntnis. Greift er in dieser Situation konsensgetragene Beurteilung auf oder richtet sich an mutmaßlichen Konsensen aus, bricht er nicht seinen Denkvorgang ab, sondern handelt rational: Im Meer „bloß subjektiver, punktueller Werterfahrungen“ stützt er sich auf „Inseln des intersubjektiv Nachvollziehbaren und Nachprüfbar“<sup>163</sup>.

Es ist nicht zu erkennen, welche entscheidungsleitenden Konturen eine „Rationalität“ hätte, die weder auf vorgegebenen materialen Inhalten etwa ethischer oder naturrechtlicher Art *noch* auf Richtigkeitsübereinstimmungen aufbaut.

### *b) Konsens und Konsensfähigkeit als Richtpunkte originärer Wertfindung*

#### aa) Die Korrektivfunktion allgemeiner Wertvorstellungen

Wertvorstellungen der Allgemeinheit werden von Autoren, die die inhaltliche Qualität von Werten in den Mittelpunkt stellen, gelegentlich als unbrauchbar oder unbeachtlich abqualifiziert<sup>164</sup>. Die Rechtsidee unterliege nicht dem Plebiszit<sup>165</sup>, und es könne sogar legitime Funktion des Rechts sein, eine Veränderung in den Überzeugungen und Strukturen der Gesellschaft zu bewirken<sup>166</sup>. Andererseits hat sich die Erkenntnis von der generellen Abhängigkeit des Rechts vom Zeitgeist und dem allgemeinen Grundwertsystem weitgehend durchgesetzt<sup>167</sup>. Die sozialen Strukturen

162 Unten C.III.1.b).

163 *Zippelius*, Festschrift Maunz S. 520. Dem folgt die Untersuchungsmethode bei *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 239 f. bei der bewertenden Analyse der höchstrichterlichen Rechtsprechung; Konsens bzw. Dissens von vier Mitarbeitern entschieden über die Einstufung der Entscheidungen in Kategorien wie „kinderorientiert“, „elternorientiert“ etc. (ggf. ergänzt durch zusätzliche, ebenfalls konsensgebundene Verifizierungsmethoden).

164 *Wieacker*, Festschrift Weber S. 437; vgl. *Diederichsen*, Festschrift Flume S. 393 f. und die Nachweise oben Fn. 154.

165 *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 294; *Limbach*, NJW 1980, 873.

166 Zur Durchsetzung der Gleichberechtigung oben 5. Kap. A.II.2.c)aa). Im übrigen *Hopt*, JZ 1975, 344; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte S. 476; *Heldrich*, Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie 3 (1972) 305 ff. (zur Rassenfrage in den USA); *Bruch*, 1 Fam.Adv. 24, 41 (1978) (zur Gestaltung der nahehelichen Eltern-Kind-Beziehungen); vgl. auch *Winter*, Sozialer Wandel durch Rechtsnormen (1971); *Esser*, Vorverständnis S. 170; *Limbach*, 4. DFGT S. 37 f.

167 BVerfG 14.2.1973 a.a.O.; *Ballerstedt*, Festschr. Flume S. 257 ff., 274; *Diederichsen*, Flucht S. 52 f.; *Larenz*, Methodenlehre S. 203, 301; *Rüthers*, Auslegung S. 264 f.; *Holmes*, 10 Harv.L.Rev. 466 (1897); *Raz*, 81 Yale L.J. 849 (1972); *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 20 ff. (1975).

und Wertüberzeugungen sind „Realien“, von denen das Recht auszugehen hat<sup>168</sup>. Darüber hinaus beeinflussen die herrschenden Wertvorstellungen ihrerseits unmittelbar die jeweilige Konkretisierung der rechtlichen Ordnung<sup>169</sup>.

Hieraus folgt, daß Rechtsbildung unabhängig von Allgemeinwerten eine Illusion ist, die zudem in pluralistisch-demokratischen Gesellschaftsordnungen deplaziert wirkt. Wo gegen Allgemeinwerte entschieden wird, werden Gruppenwerte durchgesetzt<sup>170</sup>, ohne daß deren Legitimation stets überzeugend dargelegt wäre. Gerade Wieacker, der allgemeinen Wertüberzeugungen kritisch gegenübersteht<sup>171</sup>, bezeichnet speziell den juristischen Gruppenkonsens als „herausfordernd konsensstörend“<sup>172</sup>. Richterliche Rechtsschöpfung kann im Verhältnis zu allgemeinen Wertvorstellungen nicht den gleichen Bewegungsspielraum beanspruchen wie der Gesetzgeber. Zwar schließt die alleinige Verantwortlichkeit des Richters gegenüber der Rechtsidee jegliche Bindung aus und kann in Einzelfällen eine Entscheidung gegen die „vox populi“ gebieten<sup>173</sup>. Gesellschaftsbeeinflussung und -veränderung jedoch gehört nicht zu den legitimen richterlichen Aufgaben<sup>174</sup>. Insbesondere in kindesorientierten Entscheidungen muß anstelle abstrakter Wertverfolgung die *Befriedung* des Elternstreits zentrale Rechtsfunktion sein<sup>175</sup>, die aber ohne Beachtung des Werthorizontes der Beteiligten kaum erreicht werden kann. Im Grundsatz ist deshalb die Notwendigkeit einer Rückbindung richterlicher Wertsetzung an allgemeine Wertvorstellungen zu bejahen.

Bezüglich der methodischen Gestaltung der Rückbindung im einzelnen ist damit noch nichts ausgesagt. Zwei Grundfunktionen des allgemeinen Konsenses sind theoretisch zu unterscheiden. Der Umstand, daß eine Bewertung von der Überzeugung der Allgemeinheit getragen ist, kann einmal als legitimierende Bedingung für ihre Übernahme in die Rechtsentscheidung angesehen werden. Insofern hat sie methodisch die gleiche Funktion wie andere Legitimationsfaktoren, etwa die wissenschaftliche

168 *Germann*, Methoden S. 138, 162, 169, 222; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 31 f., 281 ff.

169 Vor allem *Rütbers*, Auslegung S. 431 ff., insbes. 436; *ders.*, Institutionelles Rechtsdenken, *passim*.

170 *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 28 (1975); vgl. *Limbach*, 4. DFGT S. 38.

171 Vgl. oben bei Fn. 154, 164.

172 Festschr. Weber S. 437. Vor allem aus diesem Gesichtspunkt leitet die US-amerikanische Jury in Zivilsachen ihre Berechtigung ab, *Witherspoon v. Illinois*, 391 U.S. 510, 515 Fn. 15 (1968); *Tribe* a.a.O. S. 20.

173 *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 294; vgl. oben Fn. 159.

174 Im Betreiben aktiver Rechtspolitik sehen auch Befürworter des Richterrechts ein absolutes Reservat des Gesetzgebers, vgl. oben 4. Kap. Fn. 74; *Merz*, ZSR 92 (1973) 334, 340 f. Befremdlich *Bosch*, FamRZ 1977, 569 ff., der verlangt, daß „orientierte Staatsbürger“, d.h. die Familienrechtsreform ablehnende Bürger (S. 581), auch wenn sie in der *Minderheit* sind (S. 573), ihren Standpunkt *auch als Richter am Familiengericht* vertreten (S. 580). Gegenüber der *gesetzlichen* Wertung scheidet auch die Freiheit aus, die der Richter gegenüber Allgemeinüberzeugungen noch hat. Für überalterte Gesetze mag allerdings anderes gelten, vgl. oben Fn. 152, 156.

175 Dazu ausführlich unten bei Fn. 198 ff. und oben 5. Kap. A.I.1.c). Zum nahehelichen Unterhaltsrecht vgl. *Limbach*, 4. DFGT S. 78 f.

Abgesichertheit oder die Anerkennung in der Rechtsprechung; sie wird als empirische Größe behandelt. Idealtypisch steht dabei das Moment der Übernahme anderweitiger Meinung, nicht die originäre eigene Meinungsbildung des Richters im Vordergrund. Die Eignung der Allgemeinüberzeugung in dieser Funktion wird später gesondert erörtert<sup>176</sup>. Bei der originären Rechtsbildung verkürzt der Richter seinen Denkvorgang gerade nicht durch Übernahme anderweitiger Lösungsmodelle, sondern schöpft eigenverantwortlich alle Erkenntnismöglichkeiten aus<sup>177</sup>. Hierbei kann die öffentliche Überzeugung als nur gedachter Kontrollmaßstab für *richterliche* Wertbildungen fungieren. Es geht dabei nicht um die Erkenntnis anderweitig aktuell oder latent vorformulierten Gerechtigkeitsinhalts, sondern um Vergewisserung, daß die konstitutive, eigenverantwortliche Wertung des Richters rechts- und sozialverträglich ist. Letztlich entscheidend ist insoweit die *Konsensfähigkeit* der Wertkonkretisierung, für die vom Richter vorgefundene Meinungen in allen denkbaren Verdichtungsgraden nur Indizien sind<sup>178</sup>. Die maßgebliche Intersubjektivität wird von vornherein in die Zukunft, in den Bereich der Vermutung und Erwartung gerückt. Bei der somit notwendigen antizipierenden Abstimmung mit seiner Umwelt wirken deren mutmaßliche Wertungen vor allem als Korrektiv der eigenen richterlichen Wertbildung<sup>179</sup>. Die intersubjektive Komponente der Rationalität ist gewahrt, wenn der Richter darauf abzielt, daß die Beteiligten und die Allgemeinheit seine konkrete Entscheidung ex post als richtig akzeptieren können<sup>180</sup>.

Als limitativer Rahmen sind Allgemeinüberzeugungen auch durchaus realisierbar. Ihre Existenz manifestiert sich in die Thematik berührenden Äußerungen gleich welcher Provenienz. Derartige Äußerungen sind die öffentliche Meinung für den Richter, nach ihrer Repräsentativität für eine davon gesondert existierende Allgemeinüberzeugung ist nicht zu fragen. Aus dem Rationalitätsgebot ergibt sich die Pflicht des Gerichts, sich mit kritischen Stimmen gedanklich und, bei einiger Substanz, in der Entscheidungsbegründung auseinanderzusetzen und zu beurteilen.

176 Unten III.2.

177 Oben I.

178 *Esser*, Vorverständnis S. 9, 15, 21, 27, 164, 172, 187 f., 195; *Winter*, Rechtstheorie 1 (1971) 178 ff.; *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 7; ähnlich *Wieacker*, Präzisierung S. 18; *Schurig*, Kollisionsnorm und Sachrecht, Berlin 1981, S. 179

179 *Hilger*, Festschr. Larenz S. 114 f., 119; *Zippelius*, Wesen des Rechts S. 74; ders., Festschr. Bruns S. 8; *Limbach*, 4. DFGT S. 38. Zum Erfordernis der Akzeptabilität richterlicher Wertkonkretisierungen generell vgl. BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1225; 16.6.1959, BVerfGE 9, 338, 349; *Esser*, Vorverständnis S. 9, 13, 47, 154 ff., 189; *Wieacker*, Festschr. Weber S. 440; *ders.*, Gesetz und Richterkunst S. 7; *Zippelius*, Festschr. Larenz S. 300; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 420; *Liver*, Rechtsquelle S. 35, 40; *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 23 ff. (1975); *Llewellyn*, Common Law S. 190 f. Ob Allgemeinwerte auch eine positive Orientierungsfunktion entfalten, wird an späterer Stelle erörtert, unten III.2. Zur Korrekturfunktion auch bei der Übernahme von Wertmaßstäben unten bei Fn. 431, 530.

180 Vgl. *Llewellyn*, Common Law S. 185 f. zur richtig verstandenen „Rechtssicherheit“: “the certainty in question is the certainty after the event which makes ordinary men and lawyers recognize as soon as they see the result that however hard it has been to reach, it is the right result” (Hervorhebungen im Original). Es ist deshalb verfehlt, wenn man der Rationalität von Kindeswohl-Konkretisierungen ihre Akzeptabilität als *zusätzliches* Erfordernis zur Seite stellen will, so *Wilkerson/Kroeker*, S. 283.

len, ob sie geeignet sind, die Akzeptabilität der richterlichen Wertbildung in Frage zu stellen. Darüber hinaus kann ein allgemeiner Wertewandel in der Gesellschaft als grundsätzliches Faktum, wenn auch nicht in seinem genauen Ausmaß, einen derartigen Grad an Offenkundigkeit erreichen, daß ihn die Richter kraft unmittelbaren Erlebens berücksichtigen können<sup>181</sup>. Die fraglose Gleichstellung von Recht und traditionellen sittlichen Standards, wie sie in der Sorgerechtspraxis häufig begegnet<sup>182</sup>, wird deshalb spätestens dann illegitim, wenn diese Standards in breiten Bevölkerungskreisen zerfallen sind<sup>183</sup>.

#### bb) Kindeswohl-Grundsätze der Wissenschaften

Eine entsprechende Korrektivfunktion wissenschaftlicher Erkenntnisse bei eigenständiger Richterrechtsbildung wird nicht erörtert, ist aber angemessen<sup>184</sup>. Kindeswohl-Maßstäbe erstrecken sich oft auf Wissensbereiche, deren Spezialisiertheit öffentliche Meinungsbildung verhindert. Fachwissenschaften repräsentieren als vorgeschobene Posten den menschlichen Erkenntnisstand insgesamt und sind deshalb auch in ihren darauf aufbauenden Wertungen ernst zu nehmen. Setzt sich der Richter zu fundierten wissenschaftlichen Lehren in Widerspruch, ohne sie sachlich zu widerlegen oder aus anderen Gesichtspunkten zu disqualifizieren, kann seine Wertkonkretisierung nicht rational sein. Ein waches Auge für wissenschaftliche Entwicklungen ist für die Sorgerechtsfrage nach Scheidung besonders angebracht. Erst seit wenigen Jahren beschäftigt sich die empirische psychologische Forschung gezielt mit den Problemen normaler Scheidungskinder<sup>185</sup>, so daß die Gewinnung wesentlicher Erkenntnisse nicht ausgeschlossen ist. Daß die wissenschaftlichen Aussagen möglicherweise noch nicht fundiert genug sind, um neue Rechtsmaßstäbe zu

181 Vgl. *Stanton v. Stanton*, 421 U.S. 7, 15 (1975); Rollenveränderungen von Mann und Frau ist "proper subject of judicial notice".

182 OLG Hamm 1.12.1972, FamRZ 1973, 148, 149; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; KG 4.9.1958, FamRZ 1959, 423, 424; impliziert auch in der Wendung „richtige sittliche Wertungsmaßstäbe“, BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 (m.w.N.). Noch unreflektierter erfolgt die Gleichsetzung in US-amerikanischen Entscheidungen, z.B. *Tavoletti v. Tavoletti*, 198 A.2d 427, 429 (Pa.Super.Ct. 1964: Liebesverhältnis der Mutter nicht konform mit "proper standards prescribed by society and by law", mit "acceptable codes"); *Holschuh v. Holland-Moritz*, 292 A.2d 380, 385 (Pa.Super.Ct. 1972, conc. op. Jones: "No regard for conventional standards, whether moral or social"). Eine pauschale Integration von Sitte und Moral in das Recht, wie sie gelegentlich anklingt (vgl. *Lecheler*, FamRZ 1979, 4: Sittliche Ordnung der Familie als Kern des Art. 6 GG) und in der DDR tatsächlich praktiziert wird, ist auch aus Art. 2 Abs. 1 GG („Sittengesetz“) nicht legitimiert, so aber OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622 in einem positivistischen Mißverständnis dieser Norm.

183 Zutreffend deshalb BGH 8.11.1978, FamRZ 1979, 113 f.; impliziert auch in Entscheidung vom 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407: Außereheliche Verhältnisse und Lebensgemeinschaften *als solche* sind für die Entscheidung irrelevant; so deutlich S. v. J., 367 N.Y.S.2d 405, 407 f. (Sup.Ct. 1975); *Jarrett v. Jarrett*, 4 FLR 2813, 2814 (Ill.App. 1978); *Torrance v. Torrance*, 1 FLR 2456, 2457 (Dist.Ct.Minn. 1975). Vgl. dagegen OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622.

184 Auch für wissenschaftliche Maßstäbe wird die *positive Übernahmefähigkeit* an späterer Stelle behandelt, unten III.3.

185 Im einzelnen unten III.3.c)aa) (1); vgl. oben 3. Kap. Fn. 198.

begründen, bedeutet nicht, daß sie nicht genügend substantiiert sein können, um begründete Zweifel zu wecken oder bisherige Werte zu disqualifizieren<sup>186</sup>.

#### 4. Begründung der Wertfindung

##### a) Die Begründung als konstitutives Element der Entscheidungslegitimation

Die Ablehnung richterlicher Subjektivität als legitimer Entscheidungsmaßstab impliziert die Forderung nach einer objektiv und rational gestalteten Entscheidungsfindung. Mit Entscheidungsfindung ist aber nur gewissermaßen die „Innenseite“ des richterlichen Erkenntnisvorgangs angesprochen, seine materiale Qualität. Auf sie kommt es letztlich an, und es ist ein inneres Pflichtgefühl des Richters denkbar – und sogar unverzichtbar –, das Rationalität und Rechtsverantwortlichkeit allein garantiert<sup>187</sup>. Der Verweis hierauf genügt aber nicht<sup>188</sup>. Die Notwendigkeit einer Entscheidungsbegründung als äußerliches Pendant zur geistigen Erkenntnis ergibt sich aus den Gesichtspunkten der materialen Rationalität, des Rechtsstaatsprinzips und des Kindeswohl-Prinzips.

Schon die Sachlichkeit der Rechtsfindung selbst wird durch eine Pflicht zur Begründung gefördert. Diese lenkt das subjektive Augenmerk des Richters auf die Rationalität seiner Wertfindung und ist ihm selbst ein Kontrollmittel: Entscheidungsmotivationen, die nicht artikulierbar sind, können nicht rational sein<sup>189</sup>. Die Begründungspflicht wirkt insoweit begrenzt aber auch als äußeres Disziplinierungsmittel, denn Entscheidungsmotivationen, die in die Begründung nicht aufgenommen werden können, ist schwerer Raum zu verschaffen als legitimen Entscheidungsgründen. Dennoch ist die Kennzeichnung der Begründungspflicht als Grenze des Richterrechts<sup>190</sup> irreführend. Die Verkoppelung des Richterrechts mit seiner Rechtfertigung aus und vor der Rechtsidee erweist sich eher als innere Gesetzmäßigkeit des Richterrechts im Gegensatz zum Gesetzes- und Gewohnheitsrecht<sup>191</sup>.

186 Interessanterweise akzeptieren Wissenschaftler ihrerseits die *allgemeine* Überzeugung als Korrektiv ihrer Ergebnisse, vgl. *Goldstein/Freud/Solnit*, Before S. 4 (zu ihren Thesen in "Beyond"): "... based on psychoanalytic knowledge and reinforced by common sense".

187 *Llewellyn*, Common Law S. 217 f.; ähnlich bezüglich des theoretischen Grundsatzes *Wieacker*, Festschrift Weber S. 223 f. Fn. 10.

188 So aber wohl *Llewellyn*, a.a.O.

189 *Esser*, Vorverständnis S. 171; *Gernhuber*, Festschrift Tübinger Jur.Fak. S. 196; *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 52. Vgl. auch *Hopt*, JZ 1975, 346 bezüglich der Verwendung von „Alltagstheorien“.

190 *Badura*, Richterrecht S. 10; *Diederichsen*, Flucht S. 53 Fn. 113.

191 *Sonnenberger* S. 238 ff. (N. 183); *Wieacker*, Festschrift Weber S. 423 f.; ähnlich später auch *Diederichsen*, Festschrift Flume S. 285 f. Zutreffend *Coing*, Rechtsphilosophie S. 113: Bezüglich der Rationalität der Entscheidung tritt an die Stelle der Subsumtion die rechtfertigende Argumentation; vgl. auch *Zippelius*, Gesellschaft und Recht S. 63. Dies folgt aus der Ablehnung materialer Richtigkeitsansprüche (oben A., C.I. und II.3.a aa)), *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 167 ff., 177 ff.; *Bihler*, Rechtsgefühl S. 99, 103 ff., 145. Zur richterlichen Begründungspflicht im einzelnen vgl. *J. Brüggemann*, Begründungspflicht (1971); *Eckhold-Schmidt*, Legitimation durch Begründung (1974).

Damit verbunden ist der rechtsstaatliche Aspekt. Erst die Begründung von Ergebnissen schafft die Basis für eine sinnvolle Kontrolle durch Dritte<sup>192</sup>. Die Sorgerechtsentscheidung bedeutet einen *Eingriff* in die Rechtspositionen aller beteiligten Familienmitglieder. Der weite Entscheidungsspielraum, den die Kindeswohl-Norm dem Richter läßt, ist insoweit rechtsstaatlich nur tragbar, wenn eine Ausfüllung am Maßstab des Rechts begründet werden muß<sup>193</sup>. Da in der Scheidungssituation die Funktionen des Kindeswohls als Eingriffs- und Entscheidungslegitimation weitgehend zusammenfallen<sup>194</sup>, weist erst die Begründung einen Eingriff als willkürlichen, rechtsstaatlichen oder totalitären aus<sup>195</sup>. In noch stärkerem Maße fordert das Rechtsstaatsprinzip Begründungen, wo die Eingriffslegitimation des Staates weniger offenkundig ist, insbesondere bei Abweichungen von Elternvereinbarungen und bei Sorgerechtsänderungen<sup>196</sup>.

Neben dem Aspekt des Eingriffs ist aus rechtsstaatlicher Sicht außerdem bedeutungsvoll, daß erst Entscheidungsbegründungen die rechtspolitische Diskussion ermöglichen und damit die Grundlage der Aus- und Fortbildung des Rechts sind<sup>197</sup>.

Schließlich ergibt sich die Pflicht zur Begründung auch als materielle Forderung aus dem Kindeswohl-Prinzip. Danach sollen nicht abstrakte Regeln oder Interessen ausschlaggebend sein, sondern das Wohl eines konkreten, von der Scheidung seiner Eltern betroffenen Kindes. Zu den wenigen unbestrittenen Interpretationen des Kindeswohls gehört aber, daß eine Sorgerechtsentscheidung unabhängig von ihrem Inhalt dann das Kindeswohl nicht fördert, wenn der Streit der Eltern um das Kind

192 *Esser*, Ermessensfreiheit S. 16.

193 So wohl jetzt auch BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 218; *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 161 ff., 164 (der Rechtsstaat sei (auch) ein „rechtfertigender Staat“); *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 52 (Autorität wiege im demokratischen Rechtsstaat nicht mehr viel; „was wiegt, sind die Richtigkeit der Entscheidung und die Überzeugungskraft ihrer Gründe“); vgl. auch *Wieacker*, Festschrift Weber S. 223 f. („Rechtsfindung ist ein Zweig öffentlichen Handelns“, S. 224: „Rechtsfindungsverfahren sind daher notwendig auch *Begründungsverfahren*“); *Müller*, Methodik S. 123 weist darauf hin, daß es gerade die Unmöglichkeit vollständiger Rationalität ist, die das Streben nach weitestgehender Rationalität durch Begründung notwendig macht. Deutlich in diesem Sinne auch OLG Hamm 29.8.1977, FamRZ 1977, 744, 746.

194 Oben 4. Kap. B.II.

195 Aus der „moralisch-erzieherischen Funktion“ des Rechts in der DDR ergibt sich folgerichtig eine besondere Betonung der Entscheidungsbegründung, die so weit führt, daß auch im Ergebnis richtige Entscheidungen, die aber „gröblich unrichtig“ begründet worden sind, kassiert werden können, § 160 Abs. 1 ZPO (vgl. oben 1. Kap. B.II.4.).

Daß Maßstab der Richtigkeit auch insoweit die sozialistische Ideologie ist, wird in der Literatur klargestellt, *Heinrich/Göldner/Schilde*, NJ 1961, 777, 818; *Natban*, NJ 1961, 629.

196 *Goldstein*, 1 In.J.L.&Psych. 115 (1978): “. . . it is important to place a heavy evidentiary burden on those who are empowered to intrude . . .”.

197 *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 52 bezeichnet es als *eine* Funktion der Begründungspflicht, daß sie die öffentliche rechtspolitische Diskussion ermöglicht; vgl. auch *Tribe*, oben 4. Kap. bei Fn. 86 ff. Zum Aspekt der sachlichen Ausbildung und Systematisierung des Rechts bei Anwendung der Kindeswohl-Norm vgl. vorstehend Fn. 117 und 152.

fortdauert und das Kind nicht in einer Atmosphäre der Stabilität und akzeptierten Zuordnung zu beiden Elternteilen aufwachsen kann<sup>198</sup>.

Die *Befriedung* des familiären Streits jedenfalls im Hinblick auf das Kind ist als Ausfluß des Stabilitätsgrundsatzes, weit über die generelle konfliktabsorbierende Funktion von rechtsförmigen Verfahren hinaus<sup>199</sup>, eine zentrale Funktion des Sorgerechtsverfahrens<sup>200</sup>. Die zur Befriedung notwendige Akzeptierung der Entscheidung durch den unterlegenen Elternteil hängt in erster Linie davon ab, ob ihn die *Begründung* von der sachlichen Fundiertheit und wertmäßigen Objektivität der Entscheidung überzeugt<sup>201</sup>.

Befriedung durch argumentierende Rechtfertigung ist in pluralistischen Grundrechts-Demokratien das funktionale Äquivalent zur Integrations- und Befriedigungsleistung, die weltanschaulich geschlossene Wertsysteme durch inhaltlichen Konformitätsdruck erreichen<sup>202</sup>. Wertrelativität, Konsensorientierung und Begründung der Entscheidung erweisen sich damit als zusammenhängende, konstitutive Elemente der Wertjurisprudenz.

Im Ergebnis zeigt sich die Unverzichtbarkeit von Begründungen für rationale und kindeswohlfördernde Sorgerechtsentscheidungen.

#### b) Die legislative Ausgestaltung der Begründungspflicht

Eine Begründungspflicht in streitigen Sorgerechtsfällen auch schon für erstinstanzliche Entscheidungen<sup>203</sup>, wie sie in der Literatur, aber auch von einzelnen Gerichten

- 198 Zum Grundsatz der Stabilität oben 5. Kap. A.I.1. Die Ungestörtheit der *äußeren* Lebensverhältnisse, vor allem in den Beziehungen zu dem nichtsorgeberechtigten Elternteil, ist mit dieser *Atmosphäre* der Stabilität nicht identisch.
- 199 Dazu *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren S. 100 ff., 116. Skeptisch *Burt*, Sup.Ct. Rev. 1979, 354 f.: Durch autoritative Entscheidung könne im Familienbereich kaum wirkliche Befriedigung erreicht werden (vgl. auch oben 5. Kap. Fn. 775).
- 200 Oben 5. Kap. A.I.1.c). Nach *Larenz*, Richtiges Recht S. 32 ff., 41, bilden Rechtsfriede und Gerechtigkeit die beiden Hauptkomponenten der Rechtsidee.
- 201 Ähnlich auch *Frommann* S. 183 f.; dagegen *Burt* a.a.O.: Illusion. Die Werbung des Gerichts um das Verständnis des Unterliegenden wird durch moralisierende und verurteilende Argumentationen oft verdrängt, *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 65 (1969); vgl. OLG Bamberg 10.10.1979, FamRZ 1980, 620, 622; vorbildlich dagegen *Hammett v. Hammett*, 239 So.2d 778, 780 (Ala.App. 1970: “. . . in rendering this decision, we do not intend to appear derogatory to the appellee as a mother. We are certain she has attempted to do her best for her children under difficult circumstances . . .”); ähnlich *Moezie v. Moezie*, Super. Ct.D.C (1973), in: *Davidson/Ginsburg/Kay* S. 250, 251 f.; *Blee v. Blee*, 5 FLR 2493 f. (N.Y.Sup.Ct. 1979); *Smith v. Smith*, 5 FLR 2450, 2451 (Mich.Cir.Ct. 1979). Die Grenze befriederender Argumentation ergibt sich aus dem Postulat der *Begründungswahrheit*: Ist das Ergebnis durch Fehlverhalten eines Elternteils beeinflusst, so muß die Begründung dies offenlegen und darf nicht auf konstruktive Scheinargumentationen ausweichen, *Cooke v. Cooke*, 319 A.2d 841, 844 (Md.App. 1974). In OLG Bamberg a.a.O. war die Moralpredigt des Gerichts hingegen überflüssig, da das Ergebnis schon vom psychischen Kindeswohl her geboten war.
- 202 *Zippelius*, Gesellschaft und Recht S. 57 ff. (S. 58: „. . . gehört es heute zu den Grundbedingungen einer Befriedung der Welt, die weltanschauliche Selbstgewißheit zu reduzieren, genauer gesagt, an ihre Stelle die Bereitschaft zu kritischer Auseinandersetzung treten zu lassen“).
- 203 Für die zweite Instanz: § 25 FGG.

in der Bundesrepublik gefordert wird, ist demnach gerechtfertigt<sup>204</sup>. Hinsichtlich des *Inhalts* der Begründung kann § 313 Abs. 3 ZPO weder für die Beschwerdeentscheidung<sup>205</sup> noch (analog) für die erste Instanz maßgeblich sein. Diese Bestimmung ist zugeschnitten auf den normalen Zivilrechtsstreit. Bei der Rechtsfortbildung wie auch bei der richterlichen Konkretisierung wertausfüllungsbedürftiger Generalklauseln gelten für die Rechtsgewinnung und folglich auch für die Begründung aber andere Grundsätze<sup>206</sup>. Insbesondere bei der persönlichkeitsorientierten Sorgerechtsentscheidung können die zuvor erörterten Funktionen einer Begründung nur durch sachlich detaillierte, plausible und die Wertentscheidungen offenlegende Argumentation erfüllt werden. Nur in diesem Rahmen kann § 313 Abs. 3 ZPO „Kürze“ rechtfertigen<sup>207</sup>, die jedoch ihre Grenze daran findet, daß die Begründung die wesentlichen Faktoren der Rechtsgewinnung einsehbar widerzuspiegeln hat<sup>208</sup>.

Auch in den USA wird zunehmend, z.T. schon *de lege lata*<sup>209</sup>, eine Begründungspflicht gefordert<sup>210</sup>. Als generell unangemessen muß aber eine *teilweise* Begründungspflicht angesehen werden, wie sie z.B. in § 4600,5 (a), (b) und (d) Cali-

204 OLG Hamm 29.8.1977, FamRZ 1977, 744, 746; OLG Celle 26.9.1977, FamRZ 1978, 54; OLG Köln 16.9.1970, FamRZ 1972, 377 f.; vgl. BVerfG 16.1.1957, BVerfGE 6, 32, 44; *Bassenge/Herbst*, FGG, Einleitung V.4.d. bb; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, Vorbem. vor § 8, Anm. 18. Im konkreten Fall bejahend, sonst aber zurückhaltend OLG Düsseldorf 4.10.1977, FamRZ 1978, 56, 57 (nicht rechtsstaatsbedingt). Die Praxis der erstinstanzlichen Gerichte genügt dem allerdings verbreitet nicht, vgl. *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 31, 56; *Frommann* S. 182.

205 § 25 FGG, §§ 623, 629, 523 ZPO; vgl. auch *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG § 25 Anm. 19.

206 Zur Begründung im Bereich der Rechtsfortbildung *Diederichsen*, Festschr. Klingmüller S. 65 ff.

207 Von selbst versteht sich, daß die Sorgerechtsentscheidung keine „Nebenfrage“ der Scheidung darstellt, für die gem. § 313 Abs. 3 ZPO eine erschöpfende rechtliche Begründung entbehrlich wäre, zu letzterem *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO § 313 Anm. 7 C d.

208 *Frommann*, S. 183 f.; vgl. *Rittner*, Ermessensfreiheit S. 51: Rationalität der Rechtsfindung verlangt „an jeder einzelnen Stelle einen einsichtigen Gedankengang“. Das Schlagwort von der „Strapazierung der richterlichen Begründungspflicht“ (*Döhring*, JZ 1968, 646 f.) ist irreführend, da es eine Trennbarkeit von rationaler Entscheidung und Begründung suggeriert. Bedenklich deshalb, wenn der Richter z.B. nicht die Quelle seines Erfahrungswissens anzugeben hat, BGH 22.3.1967, JZ 1968, 670, 671; zust. *Döhring* a.a.O. Eine Strapazierung durch unnötige Formalien ist denkbar, nicht aber durch Begründung entscheidungs-erheblicher Kriterien.

209 Zum weitgehenden Fehlen einer Begründungspflicht vgl. oben 3. Kap. Fn. 363.

210 *Goldstein*, 1 Int.J.L.+Psych. 115 (1978); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1153 (1976); *Oster*, 5 J.Fam.L. 37 (1965); *Wald*, Gespräch mit dem Verfasser, April 1979; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 74 (1969); *Schall v. Schall*, 380 A.2d 478, 479 (Pa.Super.Ct. 1977); vgl. *Pact v. Pact*, 332 N.Y.S.2d 940, 947 (Fam.Ct. 1972). Für das Jugendstrafrecht stellte der US-Sup. Ct. in der Grundsatzentscheidung *In re Gault* (387 U.S. 1 (1967)) fest: „... unbridled discretion, however benevolently motivated, is frequently the poor substitute for principle and procedure“ (a.a.O. S. 18). Als Gegenargument wird vor allem von den Richtern auf das Mißverhältnis zwischen Richterstellen und Scheidungsziffer hingewiesen (Judge *Betty Deal*, Alameda County Ct., Oakland, Cal. Gespräch mit dem Verfasser März 1979). Ein Staat, der seine Richter organisatorisch nicht in die Lage versetzt, ihre Entscheidungen zu begründen, verfehlt jedoch in einem wesentlichen Aspekt sowohl das Rechtsstaatsprinzip wie das Kindeswohl.

fornia Civil Code statuiert ist. Diese Gesetzesbestimmung favorisiert joint-custody-Anordnungen und fordert vom Richter eine ausdrückliche Begründung (nur) dann, wenn er eine andere Zuteilungsform wählt oder ein bestehendes joint-custody-Arrangement abändert. Unter dem Gesichtspunkt des richterlichen *Eingriffs* scheint diese Regelung konsequent, denn joint custody bedeutet weitgehend Nichteingriff in elterliche Rechte. Andererseits wird damit eine unvoreingenommene Würdigung der Kindesinteressen bezüglich der Notwendigkeit eines Eingriffs von vornherein verhindert, da die Richter die Last einer ausnahmsweisen Begründungspflicht scheuen werden. Die Teilbegründungspflicht hat eher Sanktionscharakter und ist offensichtlich bewußt eingesetzt worden, um der Gesetzespolitik zugunsten der joint custody praktischen Nachdruck zu verschaffen. De facto tritt aber die sachgerechte Abwägung der Kindesinteressen in den Hintergrund<sup>211</sup>.

*c) Die Begründung speziell bei originären Wertbildungen*

Die Begründungspflicht erstreckt sich auf alle Aspekte der Rationalität: Sachbezogenheit, Objektivität und Konsensfähigkeit, wobei letztere in erheblichem Maße schon durch sachliche und objektive Argumentation hergestellt wird. Angesichts fehlender normativer Strukturen bleibt dem Richter im Bereich der originären Wertfindung legitimerweise nur die offene, plausible, d.h. für den eigenen Standpunkt werbende Argumentation. Da er Recht für den Einzelfall schöpft, muß er rechtspolitisch argumentieren, und da Richterrecht im Gegensatz zum Gesetzesrecht sich inhaltlich legitimieren muß<sup>212</sup>, muß die Argumentation vollständig sein und überzeugend<sup>213</sup>.

Derartige Begründungsweisen sind in der Praxis unbeliebt. So hat Meier-Hayoz für die Schweizer Rechtsprechung nachgewiesen, daß die Gerichte die Ermächtigung des Gesetzes zur legislatorischen Rechtssetzung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) kaum angenommen haben, sondern auf konstruktive, begriffliche oder ableitende Begründungen ihrer Ergebnisse ausgewichen sind<sup>214</sup>. Meier-Hayoz führt dies auf mangelnden Mut der Gerichte zurück<sup>215</sup>, weist aber gleichzeitig auf die wohl entscheidende Ursache richterlicher Zurückhaltung hin: Für rechtspolitische Wertgewinnung in der Rolle des Gesetzgebers ist der Richter nicht ausgebildet und sachlich nicht ausgestattet<sup>216</sup>. Wer eine Wertkonkretisierung im Rahmen des Kindeswohls offen, legis-

211 Das gälte auch für entsprechende Regelungen bei Änderungsentscheidungen oder Elternvereinbarungen.

212 Vgl. oben A., bei Fn. 10, 11.

213 Zur Topik vgl. oben bei Fn. 201 ff.; zur Akzeptabilität von Begründungen rechtstheoretisch *Schreiner*, Intersubjektivität S. 124 ff.

214 Richter S. 118 ff., 206; ders., Festschr. Guldner S. 197 ff. 204 f.; *Rhinow* S. 124. *Zweigert*, *Studium Generale* 7 (1954) 385 beurteilt dieses Phänomen positiv: Der „gute“ Richter trachte nach Ableitung und Einbindung in den vorhandenen normativen Rahmen. Art. 1 Abs. 2 ZGB setzt allerdings voraus, daß auch derartige Versuche nicht weiterführen.

215 Festschr. Guldner S. 200.

216 a.a.O. S. 205; *Rittner*, in: *Ermessensfreiheit* S. 42, 50 ff.; *Tumanow*, NJ 1980, 29.

latorisch begründen soll, wird leicht der Defizite an Wissen und Wertgewißheit gewahrt, die im Vergleich zu einer „perfekten“ Wertgewinnung regelmäßig bestehen und die Mnookin eindringlich beschrieben hat<sup>217</sup>. Daraus können Zweifel erwachsen, ob eine überzeugende Begründung mit dem tatsächlich vorhandenen Material überhaupt möglich ist<sup>218</sup>. Diese Zweifel sind jedoch ebenso unberechtigt wie der Vergleich mit einer idealen Entscheidungssituation<sup>219</sup>. Andere wissen auch nicht mehr als der Richter nach pflichtgemäßer Aufklärung, notfalls unter Hinzuziehung von Sachverständigen. Es ist auch allgemein bekannt, daß der Richter trotz der verbleibenden Ungewißheit entscheiden *muß*, was einen „unauflösbaren Rest“ an Dezision legitim erscheinen läßt<sup>220</sup>. Begründet der Richter in dieser Situation seine Wertsetzung aus dem vorhandenen Material sachbezogen, objektivierend und einpassend in den allgemeinen Verständnis- und Werthorizont, „befriedigt“ seine Entscheidung<sup>221</sup>.

Die Argumentation im einzelnen kann ebensowenig exakt methodisch erfaßt werden wie die Wertgewinnung selbst<sup>222</sup>. Generell kann jedoch gesagt werden, daß sie ihren Sinn nur erfüllt, wenn sie die Entscheidung auch denen plausibel macht, die nicht von vornherein den Standpunkt des Richters teilen. Ungeeignet ist deshalb beispielsweise die Berufung auf die *Evidenz* einer Bewertung<sup>223</sup>, die sich regelmäßig als Verkürzung des Denkvorgangs und Scheinlegitimation für subjektive richterliche Überzeugung erweist<sup>224</sup>. Sie appelliert an den Konsens der Gleichdenkenden und verfehlt ihren Eindruck auf alle, denen die entsprechende Bewertung gerade nicht evident ist.

Als Evidenzargumente begegnen die „Natur der Sache“ und die „allgemeine Lebenserfahrung“, beides vorzugsweise zur angemessenen Rolle der Geschlechter in der Kindererziehung<sup>225</sup>. Nach einer Entscheidung des BayObLG „liegt (es) doch auf der Hand“ und entspreche allgemeiner Lebenserfahrung, daß ein ehelicher Vater, der begründete Zweifel an seiner biologischen Vaterschaft habe, dem Kind nicht die rechte Liebe entgegenbringen werde<sup>226</sup>. Den Vater, der

217 39 L.&Cont.Prob. 257 ff. (1975); *ders.*, 43 Harv.Ed.Rev. 613 ff. (1973) = FamRZ 1975, 1 ff.

218 Vgl. *Struck*, Argumentation S. 146, der auf die Problematik hinweist, die sich aus der „Diskrepanz zwischen verstärktem Zwang zu Begründungsformen und verstärkter Schwierigkeit inhaltlicher Letztbegründung“ ergibt.

219 Vgl. oben Einl. bei Fn. 12 ff.; 4. Kap. C.II.3.b).

220 *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 84; *Larenz*, Methodenlehre S. 222 f.; *ders.*, Festschr. Klingmüller S. 247 f.

221 Vgl. *Esser*, Vorverständnis S. 164, 175. Im übrigen kann es nur von Vorteil sein, wenn der Richter sich mit der Begrenztheit des konkreten Wissensfundaments auseinandersetzen muß.

222 Vgl. die Vertiefungen bei *Hubmann*, Wertung S. 145 ff.; *Larenz*, Festschr. Klingmüller S. 236 ff.; *Diederichsen*, Festschr. Klingmüller S. 65 ff.; *Esser*, Vorverständnis S. 173, 175.

223 Anders *Esser*, Vorverständnis S. 171 ff.

224 Kritisch deshalb *Diederichsen*, Festschr. Klingmüller S. 74 ff.; *Radbruch*, Festschr. Laun S. 159; *Simitis*, AcP 172 (1972) 144; *Streissler*, in: Zur Einheit der Staats- und Rechtswissenschaften S. 17; *Zimmermann*, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 92 f. (Subjektivität, Gefühlsbedingtheit der „Evidenz“); *Limbach*, 4. DFGT S. 42 ff.

225 Vgl. nur KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; 1.7. 1980 - 26 UF 748/80 - (S. 5); *Jordana v. Corley*, 220 N.W.2d 515, 521 (N.D. 1974).

226 5.12.1961, FamRZ 1962, 169, 170; so auch BGH 5.12.1975, FamRZ 1975, 273, 276.

das Sorgerecht für sich beantragt hatte, wird dieses Stereotyp kaum überzeugt haben<sup>227</sup>. Ein anderer Beispielfall: Ein US-amerikanisches Gericht<sup>228</sup> nannte es ein "common sense principle", daß die Aufrechterhaltung der Beziehungen zu *beiden* (grundsätzlich geeigneten) Eltern dem Kindeswohl am besten diene, und ordnete deshalb alternierendes Sorgerecht an (9 Schulmonate Vater, 3 Ferienmonate Mutter). Mit der Berufung auf den common sense ersparte sich das Gericht eine Erörterung der Bedenken gegen eine solche Gestaltung, die in Rechtsprechung und Literatur erhoben worden waren<sup>229</sup>.

## 5. Zusammenfassung

Da die Entscheidung des Richters über die vom Kindeswohl gebotene Sorgeverteilung auch insoweit als *Rechts*entscheidung ergeht, als sie nicht legislativ vorgezeichnet, sondern erst das Ergebnis schöpferischer Konkretisierung der Kindesinteressen im Einzelfall ist, tritt die Frage nach den Kriterien des spezifisch „Rechtlichen“ bei der Entscheidungsfindung in den Vordergrund. Hierbei ist davon auszugehen, daß Rationalität und schöpferische Wertkonkretisierung im Einzelfall keine sich ausschließenden Größen sind, sondern im Gegenteil zusammentreffen müssen, damit von einer *Rechts*entscheidung gesprochen werden kann.

Die Forderung nach Rationalität der Kindeswohl-Konkretisierung, soweit sie in unvermittelter Verantwortung vor der Rechtsidee erfolgt, läßt sich aufgliedern in die Einzelelemente Sachbezogenheit, Generalisierbarkeit und Konsensfähigkeit der richterlichen Wertung. Erstere bezeichnet die richterliche Bindung an die „Realien“ allgemeiner, vor allem aber auch konkreter Art. Generalisierbarkeit meint nicht Regelaufstellung, wohl aber Objektivierung der fallbezogenen Wertung im Sinne der Bereitschaft zum wiederholten Nachvollzug der Entscheidung. Das Postulat der Konsensfähigkeit bindet die persönliche Wertung des Richters ein in die Werthorizonte der Gemeinschaft und der Fachwissenschaften. Diesen Werthorizonten kommt bei der autonomen, originären Wertkonkretisierung durch den Richter nur korrigierende Funktion zu, sie sind von vornherein gedachte und nicht empirische Größen.

Neben die vorgenannten Elemente materialer Rationalität tritt die Pflicht zur Entscheidungsbegründung als Ausdruck formeller Rationalität. Die Begründung ist gleichzeitig wesentliche Bedingung sachlicher Kindeswohl-Verwirklichung. In beiderlei Funktion hat sie ein getreuer Spiegel des gedanklichen Prozesses der Entscheidungsfindung zu sein und insbesondere die Beachtung der materialen Elemente der Rationalität zu belegen.

227 Andere Gerichte setzen sich differenzierter mit der aktuellen Einstellung des Vaters zum Kind auseinander, vorbildlich C.d.J. Genève 28.11.1947, Sem.Jud. 70 (1948) 404, 406 f. (psychosoziale Elternschaft des Vaters ausschlaggebend); vgl. auch KG 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 510 f. (Vater hatte keine Zweifel mehr; vgl. demgegenüber BayObLG 10.8.1961, FamRZ 1962, 32, 34); MünchKomm/Hinz § 1671 Rdn. 40.

228 Davis v. Davis, 354 S.W.2d 526, 531 (Mo.App. 1962).

229 Vgl. oben 3. Kap. A.V.5.b), Fn. 232. Als weiteres Beispiel mag BVerfG 14.7.1981 (NJW 1981, 1771, 1773) dienen: Zum Beleg mangelnder Erziehungseignung des sich kraß ehewidrig verhaltenden Elternteils wird *lediglich* eine dahingehende Äußerung der Bundesregierung angeführt.

### III. Die Übernahme vorstrukturierter Kindeswohl-Kriterien

#### 1. Methodische Eigenständigkeit der Wertübernahme

##### a) Begriff der Wertübernahme

Obwohl der Richter auch bei der originären Wertfindung nicht unmittelbar auf die Gerechtigkeit durchgreifen, sondern sich ihr nur nähern kann anhand von Hilfsmitteln, Indizien oder Vergewisserungsmerkmalen, besteht zur Wertübernahme nicht nur ein quantitativer, sondern auch ein qualitativer Unterschied. Bei der originären Wertüberprüfung löst der Richter die Begründungszusammenhänge von Regeln, deren „Unterbau“ in die einzelnen Seins- und Sollenselemente auf und „verifiziert“<sup>230</sup> diese unmittelbar sachbezogenen Erkenntniskriterien. Er fragt beispielsweise, aus welchen Gründen es dem Wohl eines Kindes entsprechen könnte, gemeinsam mit Geschwistern aufzuwachsen, unterscheidet insoweit (schadenabwehrend) die Erhaltung gewachsener kindlicher Verbundenheit und (fördernd) Vorteile beim Sozialisationsprozeß<sup>231</sup> und zieht zur Überprüfung dieser Gesichtspunkte Aussagen vor allem der Entwicklungspsychologie und Pädagogik heran. Oder – um ein weiteres Beispiel zu nennen – der Richter untersucht im Hinblick auf den etwaigen generellen Vorrang eines Elternteils die biologischen, psychologischen, kulturellen, sozialen und ökonomischen Bedingungen, aus denen sich ein derartiger Vorrang herleiten ließe<sup>232</sup>, und benutzt alle erreichbaren Erkenntnismittel, um die Validität und Effektivität dieser Bedingungen festzustellen. Vorbehaltlich aller Gewißheitsdefizite stößt der Richter in diesen Fällen soweit möglich unmittelbar zu den faktischen und wertmäßigen Grundlagen eines Maßstabs vor und bildet, übernimmt oder verwirft ihn in eigener Verantwortung.

Bei der Wertübernahme bedient sich der Richter vorstrukturierter Teilwertungen, „konservierter Wertungen“<sup>233</sup> als komplexer Bauelemente für eine Kindeswohl-Konkretisierung im Einzelfall. Er geht z.B. davon aus, daß „grundsätzlich“ Geschwistergemeinschaft dem Kindeswohl förderlich oder ebenso „grundsätzlich“ die Mutter jedenfalls für Kleinkinder der geeignetere Elternteil sei. Hilfsmittel zur Erkenntnis derartiger Wertungen sind nicht mehr unmittelbar die Begründung dieser Maßstäbe betreffenden Aussagen der Fachwissenschaften, Geisteswissenschaften oder allgemeinen bzw. gruppenspezifischen Wissens, sondern Medien, die die Wertung bereits als *Ergebnis* formulieren und propagieren. Diese Medien brauchen nicht und sind in der Regel nicht zur unmittelbaren Sachlegiti-

230 Dieser Ausdruck wird hier gebraucht im Sinne von „absichern“, „rechtfertigen“ im Rahmen menschlicher Erkenntnismöglichkeiten.

231 Zu dieser doppelten Bedeutung des Geschwistergrundsatzes OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 12. Informativ im übrigen *Ell*, Trennung S. 96 ff.

232 Vgl. unten bei Fn. 354 ff. und 5. Kap. Fn. 451.

233 So zu den Leistungen der Dogmatik *Haverkate*, ZRP 1973, 283; ähnlich *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst S. 14; *Merz*, ZSR 92 (1973) 339.

mation tauglich. So beruft man sich zur Absicherung eines biologisch-psychologischen Muttervorrangs auf juristische Literatur oder, noch häufiger, auf Vorentscheidungen<sup>234</sup>. Aber selbst wenn Medien unmittelbare Beurteilungsfähigkeit beanspruchen, entnimmt man ihnen nur die schlußfolgernde Wertaussage, während der dort ebenfalls erörterte Unterbau nicht aufgerollt, sondern stillschweigend Bezug genommen wird<sup>235</sup>. Maßgeblich für die Legitimationskraft des präsentierten Maßstabs ist die Autorität des jeweiligen Mediums<sup>236</sup>. Entsprechend bezieht der Richter diese Autorität in seine Rechtsbegründung mit ein, er weist ihr einen Stellenwert im eigenen Rechtfertigungsversuch zu, wodurch die sachliche Nichtüberprüfung des übernommenen Wertmaßstabs ersetzt werden soll.

Diese idealtypische Unterscheidung von Wertübernahmen und originärer Wertfindung verkennt nicht, daß die Grenzen zwischen der Heranziehung einer Aussage als unmittelbares Richtigkeitsindiz oder als vorstrukturierte Wertung unscharf sind. Die Übergänge sind gleitend, beide Formen der Wertgewinnung tauchen in den Entscheidungen kumuliert auf, und auch bei derselben Frage kann das Übernahmeelement in mehr oder minder starkem Maße vertreten sein. Für die Rechtfertigung der Entscheidungsfindung besteht dennoch ein qualitativer Unterschied darin, ob man eine Wertaussage für zutreffend hält, weil sie anderwärts gefunden und eingesetzt wurde, oder weil man sie, unmittelbar am Sachproblem und am Postulat der Gerechtigkeit orientiert, als „richtig“ erachtet. Von Wertübernahme ist im folgenden die Rede, wenn die Zwischenschaltung fremder Autorität als Kürzel für eine weitergehend mögliche unmittelbare Urteilsbildung erkennbaren Stellenwert erlangt. Urteilsbildung erkennbaren Stellenwert erlangt.

### b) Die grundsätzliche Legitimität von Wertübernahmen

Die Übernahme vorstrukturierter Kindeswohl-Kriterien, obwohl eine weitergehende Richtigkeitsüberprüfung möglich gewesen wäre, scheint gegen das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit zu verstoßen und mit der alleinigen Verantwortung des Richters im außerrechtlichen Bereich nicht vereinbar zu sein. Andererseits prägt sie unübersehbar das Bild der Praxis bei Sorgerechtsentscheidungen. Die Gerichte zeigen eine

234 KG 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827; 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 511 (bezüglich der Grenzen des Muttervorrangs); ebenso OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 757.

235 So werden beispielsweise zitiert *Haffter* (Kinder aus geschiedenen Ehen (1960) S. 56 ff., 130 ff., 164) für den Geschwistergrundsatz, OberG Zürich 30.1.1961, ZR 64 N. 88, oder *Goldstein/Freud/Solmit* (Beyond S. 17 ff., 31 ff., deutsch S. 23 f., 33 f.) für die Vorrangigkeit der psychologischen Kind-Eltern-Beziehung oder des Kontinuitätsgrundsatzes, Bennett v. Marrow, 3 FLR 2741 (N.Y.Fam.Ct. 1977); In re Sinisa T., 4 FLR 2791 (N.Y. Fam.Ct. 1978); Marriage of Ellenwood, 532 P.2d 259, 262 (Ore. 1975); OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828.

236 Der Autoritätsaspekt wird deutlich hervorgehoben von *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 439 im Hinblick auf das Gewicht juristischer Literatur: Nicht die Verbreitung einer Ansicht, sondern das Ansehen des Autors legitimiere die Übernahme von Rechtsauffassungen, ohne daß deren „Bewährtheit“ (vgl. Art. 1 Abs. 3 ZGB) gründlich überprüft wäre; vgl. auch BG 12.11.1931, BGE 57 II 537, 539.

Vorliebe für Grundsätze und Regeln, die als im Prinzip abgesichert gelten können und nur auf den Einzelfall umgesetzt zu werden brauchen. Der Grundsatz von der besseren Eignung der Mutter beispielsweise findet sich zwar in unzähligen Entscheidungen<sup>237</sup>. Kein Gericht hat es aber bisher unternommen, seine Grundlagen aufzudecken und zu überprüfen. Soweit die Gerichte den Grundsatz generell für falsch halten, wird er schlicht nicht angewandt oder in seiner Existenz bestritten<sup>238</sup>. Gleiches gilt für die anderen gängigen Kindeswohl-Kriterien, etwa den Geschwistergrundsatz, dessen Abstrahierung von seinen Sinngrundlagen zu Unsicherheiten über seinen Anwendungsbereich geführt hat<sup>239</sup>. Generalisierungen und sachliche Verkürzungen wie Vergrößerungen sind die negative Kehrseite von Wertübernahmen<sup>240</sup>.

Angesichts dieses Widerspruchs zwischen Ideal und Wirklichkeit könnte man geneigt sein, die vorherrschende Praxis einer Grauzone illegitimer, aus Praktikabilitätsgründen aber zu dulddender Rechtsfindungsverfahren zuzuweisen. Dieser Auffassung scheint Esser zu sein, der die ausschließliche und ungeschmälernte Verantwortung des Richters für die Rechtserkenntnis im Einzelfall betont<sup>241</sup> und den Gesichtspunkt einer Entlastung der Justiz durch Regelübernahme nur *außerhalb* einer juristischen Methodenlehre gewürdigt wissen möchte<sup>242</sup>. Dem ist entgegenzuhalten, daß Wertübernahmen nicht nur praktikabel, sondern praktisch unvermeidbar sind<sup>243</sup> und zudem *im Grundsatz* verantwortlicher Rechtsfindung im Einzelfall nicht zuwiderlaufen müssen. Die Begrenztheit menschlicher, auch fachwissenschaftlicher Erkenntnis insbesondere im seelisch-sozialen Bereich von Kindern läßt den Gewinn an Gewißheit durch „bis ins Letzte“ gehende Untersuchungen zweifelhaft werden. Richterliche Sachkunde und darauf aufbauende Wertungsfähigkeit werden die Dimensionen des Kindeswohls auch dann nicht ausloten können, wenn der in Gesetzesreformen beschworene Typ des lebenserfahrenen, multidisziplinär gebildeten Familienrichters Wirklichkeit werden sollte<sup>244</sup>. Angesichts der großen Zahl von Scheidungen und der davon betroffenen Kinder ist die Einschaltung von *Sachverständigen* auch nur in allen streitigen Sorgerechtsfällen unmöglich. Es stehen bei weitem nicht ge-

237 Unten Fn. 509, 514.

238 Nachweise unten Fn. 512, 515, 516.

239 KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254 (nicht anwendbar auf Halbgeschwister, dazu noch unten bei Fn. 623, 625, 706). MünchKomm/Hinz § 1671 Rdn. 39 (keine Anwendung, wenn nicht schon psychosoziale Beziehung zwischen den Kindern besteht); ebenso Bay-ObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; McKee v. Reitz, 163 A.2d 908 (Pa.Super.Ct. 1960); vgl. dagegen oben bei Fn. 231.

240 Vgl. *Simitis*, AcP 172 (1972) 145.

241 Vorverständnis S. 122, 164 ff., 187 ff. und passim; ders., Festschr. Hippel S. 120; ders., ZvglRW 75 (1976) 78 ff.

242 Vorverständnis S. 188; vgl. auch Festschr. Hippel S. 120 (herrschende Übernahmepraxis als Zeichen mangelnder Sorgfalt).

243 Insoweit gilt für Wertkonkretisierungen dasselbe wie bei der Tatsachenerkenntnis, oben bei Fn. 67.

244 Kritisch zum Reformpathos und der faktischen Entwicklung in der Bundesrepublik Giesen, Familiengerichte S. 34 ff.; D. Brüggemann, in: Familienrechtsreform S. 113 ff.; Leonardy, DRiZ 1977, 353 ff. Zur Notwendigkeit besserer Ausbildung der Familienrichter oben Fn. 38 und 5. Kap. Fn. 568.

nügend qualifizierte Fachkräfte zur Verfügung<sup>245</sup>, und der Einsatz unsorgfältiger oder unqualifizierter Sachverständiger würde Generalisierungen und Verkürzungen eher fördern als verhindern<sup>246</sup>. Im übrigen stößt auch der sorgfältige Sachverständige nicht in allen Einzelfragen selbst bis an die wissenschaftlichen Erkenntnisgrenzen vor, sondern lehnt sich seinerseits an anderweitig gefundene Bewertungen an.

Auch das Prinzip der Einzelfallgerechtigkeit ist nicht notwendigerweise verletzt. Zum einen besagt die Orientierung des Richters an vorgefundenen Wertungsmaßstäben nichts über ihren Einsatz im konkreten Fall. Auf das notwendige Ausmaß richterlicher Kontrolle und Individualisierung wird ausführlich zurückzukommen sein<sup>247</sup>. Zum zweiten stellen sich für die Kindeswohl-Konkretisierung zahlreiche Bewertungsprobleme, deren Beantwortung von den besonderen Strukturen des Einzelfalls nicht abhängt. Ob eine naturgesetzlich überlegene Mutter-Kind-Beziehung anzuerkennen ist, ob Homosexualität eines Elternteils seine Eignung als Sorgeberechtigter ausschließt, ob und wie Eheverfehlungen in der Sorgerechtsentscheidung zu berücksichtigen sind – dies und vieles andere sind Fragen, deren Klärung dem individualisierenden Einsatz der jeweiligen Gesichtspunkte sinnvollerweise, wenn auch nicht notwendigerweise vorangegangen sein sollte. Im Grunde können zu *jedem* denkbaren Kriterium des Kindeswohls generelle Überlegungen über seine grundsätzliche Sachangemessenheit, rechtliche „Stimmigkeit“<sup>248</sup> und rechtspolitischen Implikationen angestellt werden. Werden diese Erwägungen der täglichen und immer wieder neu zu vollziehenden Aufgabe des Familienrichters zugewiesen, werden die Rechtspflege unnötig belastet und unbefriedigende Leistungen provoziert: Für eine ausgewogene generelle Abwägung durch den Richter fehlen Zeit und auch Materialien, andererseits wird die für das Eingehen auf den Einzelfall zur Verfügung stehende Zeit zu einem wesentlichen Teil von einzelfallunabhängigen Überlegungen absorbiert. In einem zentralen rechtlichen Leitungssystem wie der DDR, das richterlichen Bewertungsspielraum auf ein Mindestmaß zu reduzieren sucht, ist die autoritative Vorstrukturierung der Kindeswohl-Kriterien ohnehin selbstverständliche Aufgabe der Leitungsorgane<sup>249</sup>. Aber auch in freiheitlichen Rechtsordnungen wird der Entlastungseffekt von Regeln, wenn auch unter vorsichtiger Abgrenzung gegen richter-

245 *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 46.

246 *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 287 (1975); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 76 f. (1969) (W. ist selbst Psychiater und gerichtlicher Sachverständiger); vgl. *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968: "casual psychoanalytic speculations"); *Ennis/Litwack*, 62 Cal.L.Rev. 723 f. (1974); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1148 ff. (1976); besonders kraß der Fall OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 135 f.

247 Unten C.IV.3.; zu generellen Tatsachen schon oben B.I.3.b).

248 Vgl. *Esser*, Vorverständnis S. 19, 152.

249 *Rohde*, Erziehungsrecht S. 5: „Diese Aufgabe kann nicht dem Richter bei seiner täglichen Arbeit zugewiesen werden. Sie muß vielmehr durch die leitenden Gerichte auf wissenschaftlicher Grundlage gelöst werden, indem ihre Entscheidungen oder Leitungsdokumente auf der Verarbeitung der pädagogischen oder psychologischen Kenntnisse beruhen.“

liche Routine und Regelpositivismus, durchaus begrüßt<sup>250</sup>. Als praxisbezogener Rechtsbegriff nimmt das Kindeswohl Verkürzungen durch Wertübernahmen in sich auf<sup>251</sup>. Anstelle sie in eine Grauzone justizieller Praxis zu verweisen, erscheint für eine rationale Rechtsfindung der Versuch förderlicher, auch Wertübernahmen methodisch einzubinden<sup>252</sup>.

*c) Die Legitimierung von Wertübernahmen im Einzelfall*

Liegt das Merkmal von Wertübernahmen in der Anlehnung an eine fremde Autorität, so muß sich die Rechtfertigung für die Übernahme eines bestimmten Maßstabs zunächst auf die grundsätzliche Geeignetheit der Wertquelle beziehen, rechtlich verwendbare Aussagen zum Kindeswohl zu liefern<sup>253</sup>. Deren „Richtigkeitsgewähr“ muß so groß sein, daß sich der Richter seiner Verantwortung vor der Rechtsidee durch Berufung auf anderweitige Richtigkeitsüberzeugung wenigstens teilweise entledigen kann. Da eine Bindung des Richters an außerrechtliche Maßstäbe ausscheidet<sup>254</sup>, braucht die Suche andererseits nicht Wertquellen und Werten rechtsgleicher oder -ähnlicher Qualität zu gelten. Eine Übernahme außerrechtlicher Kindeswohl-Kriterien „wie Rechtsregeln“ ist dem Richter ohnehin verwehrt, seine Letztverantwortlichkeit für den Inhalt des übernommenen Kriteriums ist nicht delegierbar. Legitimationskraft kann, im Gegensatz zur Bindungswirkung<sup>255</sup>, in mehr oder weniger starkem Maße bestehen. Entsprechend flexibel gestaltet sich die richterliche Verantwortung im Einzelfall. Die Fragestellung für die zu untersuchenden Wertmaßstäbe ist deshalb nicht auf die Erreichung einer bestimmten Qualifikationsgrenze gerichtet, oberhalb derer die rechtliche Verwendbarkeit generell zu bejahen wäre. Es soll vielmehr unbelastet durch vorfixierte Qualifikationsstandards untersucht werden, welcher Grad an Legitimationswirkung von den wichtigsten Wertquellen, die bei der Konkretisierung des Kindeswohls eine Rolle spielen, generell zu erwarten ist. Als derartige Wertquellen kommen in Betracht die Überzeugungen der Allgemeinheit, wissenschaftliche Kriterien und Kindeswohl-Grundsätze der Rechtsprechung oder der Rechtsliteratur.

250 Larenz, Festschr. Wieacker S. 415; Germann, Methoden S. 150, 216; Meier-Hayoz, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 442; vgl. auch Zöllner, Festschr. Tüb. Jur. Fak. S. 152: Mechanismen zur Objektivierung richterlicher Entscheidungsfindung dürfen nicht zu komplex und kompliziert sein; Struck, Topische Jurisprudenz S. 89 ff., ders., Argumentation S. 148.

251 Vgl. Gernhuber, Neues Familienrecht S. 7: „Jedes Recht ist zur Verkürzung in der einen oder anderen Richtung gezwungen“; ders., Festschr. Tüb. Jur. Fak. S. 195 f., 210.

252 Fikentscher, Methoden IV S. 222 ff., 313 f.; Hubmann, Wertung S. 16 ff.; Larenz, Festschr. Wieacker S. 415, 518; Zippelius, NJW 1967, 2230 f.; Germann, Methoden S. 172 f.

253 Zur Rechtfertigung des Einsatzes im konkreten Fall unten IV.

254 Oben A.

255 Larenz, Festschr. Schima S. 250, gegen Meyer-Ladewig, AcP 161 (1961) 112, der von einem „fließenden Wachsen der Verbindlichkeit einer Regel“ spricht. Derartige Formulierungen, regelmäßig im Zusammenhang mit der Präjudizendiskussion (vgl. auch Coing, JuS 1975, 280), beruhen auf der Beibehaltung des Bindungsbegriffs auch dort, wo der Sache nach nur noch von Wertlegitimation die Rede sein kann, vgl. oben Fn. 135.

## 2. Wertmaßstäbe der Allgemeinheit

### a) Fragestellung

In der Sorgerechtspraxis begegnet die Berufung auf Überzeugungen der Allgemeinheit in vielfältiger Form. In Gestalt der „allgemeinen Auffassung“ oder der „allgemeinen Lebenserfahrung“ werden sie unmittelbar zur Legitimierung richterlicher Kindeswohl-Konkretisierungen in Bezug genommen<sup>256</sup>. Das Element allgemeiner Überzeugung steckt aber auch im nicht weiter aufgeschlüsselten Begriff der „Erfahrung“<sup>257</sup> und möglicherweise, neben der richterrechtlichen Komponente, in allgemeinen „Grundsätzen“, etwa dem Kontinuitätsgrundsatz, dem Grundsatz der Geschwistergemeinschaft oder dem Vorrang der Mutter für Kleinkinder. Deutlicher tritt es hervor, wenn die Gerichte auf gewandelte Auffassungen hinweisen und hieran ihre Rechtskonkretisierung ausrichten, etwa in dem Sinne, daß bestimmte Bewertungen „heute nicht mehr“ als angemessen empfunden würden oder daß sie umgekehrt dem „heutigen Rechtsbewußtsein“ entsprechen. Derartige Argumentationen finden sich vor allem hinsichtlich der Bedeutung des Kindeswillens<sup>258</sup>, auf sittlichem Gebiet<sup>259</sup> und zur Rollenverteilung von Mann und Frau in der Familie<sup>260</sup>.

Es fehlt auch nicht an rechtstheoretischen Begründungen für die Beachtlichkeit allgemeiner Wertvorstellungen im Rahmen der richterlichen Rechtsfindung<sup>261</sup>. Man

- 256 BayObLG 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45; OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; OLG München 18.9.1978, FamRZ 1978, 337, 338; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281 f.; McCreery v. McCreery, 3 FLR 3181 (Va. 1977); Davis v. Davis, 354 S.W.2d 526, 531 (Mo.App. 1962: "Common sense"); vgl. auch BVerfG 29.7.1968, NJW 1968, 2233, 2236 r.Sp. (Notwendigkeit familiären Milieus für die kindliche Sozialisation); UCCJA, Commissioners' Prefatory Note, 9 ULA 99 (1973).
- 257 BGH 18.6.1970, FamRZ 1970, 550, 553; BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 169; 21.2.1969, FamRZ 1969, 341, 344; 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366. Zu „Erfahrungssätzen“ unten IV.3.c) und oben B.II.2.
- 258 OLG München 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 4); BayObLG 31.7.1974, FamRZ 1974, 534, 536; BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; BG 6.6.1974, BGE 100 II 76, 82.
- 259 Vgl. Nachweise oben 5. Kap. Fn. 364.
- 260 Stanton v. Stanton, 421 U.S. 7, 14 f. (1975); Orr v. Orr, 47 U.S. Law Week 4224, 4227 (1979) (beides Unterhaltssachen).
- 261 Es handelt sich um ein Grundthema des Rechts, für das jede Zeit die ihr gemäße Antwort sucht. *Savigny* sprach vom „Hervortreten des Rechts aus dem Volksgeist“ (System I S. 40; Beruf S. 5; hierzu *Beseler*, Volksrecht S. 85 ff.; *Bühler*, Wohnheitsrecht S. 26 f.; *Coing*, ZbernJV 1955, 33; *Liver*, Rechtsquelle S. 54; *H. Schlosser*, Privatrechtsgeschichte S. 63; *Sonnenberger*, Verkehrssitten S. 232 f. (Rdn. 179); *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte S. 393). Bei *Puchta* galt die Überzeugung des Volkes als Rechtsquelle (Gewohnheitsrecht I, 1. Teil, 1. Buch S. 147). Einer der Höhepunkte der englischen Rechtsentwicklung war die Auseinandersetzung zwischen *Sir Edward Coke* und *James I.*, in der *Coke* das Recht als der allgemeinen Vernunft unzugänglich bezeichnete ("artificial reason and judgement of law", Prohibitions del Roy, 12 Coke Rep. 63 (1608); vgl. *Holdworth*, History of English Law V S. 428 f.; *David/Grasmann* S. 405 (N. 355); *Radbruch*, Geist S. 41 ff.). Für die heutige Diskussion vgl. nur *Ballerstedt*, Festschr. Flume S. 257 ff., 274; *Esser*, Vorverständnis S. 18 f., 27, 93; *Fikentscher*, Methoden IV S. 387 f., 390, 671; *Larenz*, Methodenlehre S.

verweist auf das Demokratieprinzip<sup>262</sup>, auf die Befriedungsfunktion und die Durchsetzungschancen des Rechts<sup>263</sup> oder auf die generelle Abhängigkeit des Rechts von den herrschenden Wertvorstellungen<sup>264</sup>. Dies muß für den Kindeswohl-Begriff wegen seiner Kulturabhängigkeit in besonderem Maße gelten<sup>265</sup>.

In dieser Untersuchung geht es um die Frage, ob und inwieweit der Richter konkretisierende Aussagen zum Inhalt des Kindeswohls damit rechtfertigen kann, daß sie allgemeinem Konsens entsprächen. Die Thematik beschränkt sich also auf die positive Übernahmefähigkeit aktueller Wertüberzeugungen, sie berührt nicht das Problem der Einpassung *richterlicher* Wertkonkretisierungen in den prospektiven Verständnishorizont der Allgemeinheit, repräsentiert durch die Forderung nach Akzeptabilität richterlicher Wertschöpfung<sup>266</sup>. Die positive Übernahmefähigkeit von Allgemeinüberzeugungen soll unter zwei verschiedenen Aspekten erörtert werden. Zunächst ist nach der inhaltlichen Legitimationskraft derartiger Überzeugungen, sodann nach dem methodischen Stellenwert der Allgemeinüberzeugung als Legitimationsfaktor in Sorgerechtsentscheidungen zu fragen.

#### *b) Die sachliche Legitimationskraft von Allgemeinüberzeugungen*

Die Orientierung an Wertmaßstäben der Allgemeinheit wird aus mehreren Gründen für nicht weiterführend erachtet. Zum Teil bezweifelt man, ob konsensgetragene Vorstellungen über das Kindeswohl überhaupt vorhanden sind<sup>267</sup>. Auf gleicher Ebene liegt die Befürchtung, daß Übereinstimmung allenfalls im Allgemeinen und Banalen bestehe. Konkrete Schlußfolgerungen für die Rechtspraxis seien deshalb in Wahrheit keine Ableitungen aus allgemeinem Konsens, sondern richterliche Wertsetzungen, die sich als Allgemeinwerte ausgaben<sup>268</sup>. Im übrigen schwinde die sachliche Beurteilungsfähigkeit der Allgemeinheit zunehmend in einer immer speziali-

203, 410, 425, 458; *Rüthers*, Auslegung S. 6, 264 ff.; *Germann*, Methoden S. 138, 169, 213; *Liver*, Rechtsquelle S. 52 ff.; *Holmes*, 10 Harv.L.Rev. 466 (1897); *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 20 ff. (1975).

262 *Esser*, Festschr. Hippel S. 130; *Streissler*, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften S. 7 ff., 11; *Teubner*, Standards S. 107; *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 7; *Germann*, Methoden S. 169 f.; *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 20 (1975). Generell zur Legitimationsbedürftigkeit des Rechtssystems von den Rechtsunterworfenen her *Lubmann*, Legitimation durch Verfahren S. 29 ff.

263 *Germann*, Methoden S. 169 f.; *Raz*, 81 Yale L.J. 850 (1972); zur Befriedungsfunktion oben bei Fn. 198-201;

264 BVerfG 14.2.1973, NJW 1973, 1221, 1225; *Ballerstedt*, Festschr. Flume S. 257 ff., 274; v. *Hippel*, Richtlinie, S. 158 ff.; *Rüthers*, Auslegung S. 264 f.; *Zöllner*, Festschr. Tüb. Jur. Fak. S. 152; *Holmes*, 10 Harv.L.Rev. 466 (1897); *Raz*, 81 Yale L.J. 849 (1972); *Tribe*, 39 L.&Cont.Prob. 20 ff. (1975); vgl. auch *Fikentscher*, Methoden IV S. 387 f., 390, 671; gegen einen Wandel des Rechts mit der Zeit offenbar *Lecheler*, NJW 1979, 2273 ff.

265 Zur sozialen Dimension des Kindeswohls oben 5. Kap. A.II.3.b).

266 Dazu oben II.3.b)aa) und unten bei Fn. 530.

267 *Zippelius*, Festschr. Maunz S. 520; *ders.*, Festschr. Bruns S. 4 f.; *ders.*, Festschr. Larenz S. 301; *Wieacker*, Festschr. Weber S. 436 f.; vgl. auch oben 4. Kap. Fn. 119 und vorstehend Fn. 145.

268 *Wieacker*, Festschr. Weber S. 437; *Raz*, 81 Yale L.J. 850 (1972).

sierter und komplizierter werdenden Welt, so daß von dieser Seite sachgerechte Antworten ohnehin nicht mehr zu erwarten seien<sup>269</sup>. All diese Einwände sind tendenziell gegen die sachliche Legitimationskraft allgemeiner Wertvorstellungen gerichtet. Für den Bereich des Kindeswohls ist insoweit jedoch zu differenzieren.

aa) Sachliche Urteilsfähigkeit der Allgemeinheit

Vorstellungen der Allgemeinheit beziehen sich im wesentlichen auf vier für die Sorgeverteilung erhebliche Themenkreise. Sie können unmittelbare Zuweisungsregeln betreffen, etwa die Überzeugung, daß kleinere Kinder grundsätzlich zur Mutter gehören. Darüber hinaus können sie die allgemeine Rollenverteilung der Geschlechter sowohl auf Eltern- wie auf Kinderseite zum Inhalt haben, Erziehungsfragen oder schließlich persönliche Verhaltensstandards für Eltern oder Erwachsene generell betreffen. Vorhandensein und sachliche Legitimationskraft allgemeiner Überzeugungen beurteilen sich für die einzelnen Themenkreise verschieden.

Unmittelbare Verteilungsregeln sind, sieht man einmal vom Muttervorrang ab, kaum in nennenswerter Konsensdichte vorhanden. Die Zuteilung der Kinder im Scheidungsfall ist ein Sachproblem, das sich der Allgemeinheit zur unmittelbaren Beurteilung nicht stellt. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zum Kindesschutzrecht, wo die vom Richter herangezogenen Verhaltensmaßstäbe darauf aufbauen, was man in der Gesellschaft allgemein aus unmittelbarer Werterfahrung zur Kindesbetreuung und -erziehung für notwendig und unverzichtbar hält. Die Sorgerechtsfrage hingegen fällt originär in den Beurteilungsbereich des Gerichtes<sup>270</sup>. Sie wird zwar auch von den Eltern diskutiert und (vor)entschieden. Die jeweilige Elternverhandlung entzieht sich aber dem Einblick und der Beurteilung der Allgemeinheit, sie wird geprägt von der intimen Situation der Familie und den beteiligten Persönlichkeiten. Ein Prozeß der allgemeinen Überzeugungsbildung wird dadurch nicht in Gang gesetzt. Allgemeine Wertüberzeugungen gewinnen ihr Gewicht und ihre legitimierende Kraft aber vor allem daraus, daß sie „gelebt“ werden und sich in der Gesellschaft bewähren. Unmittelbare Kriterien der Sorgeverteilung entziehen sich dem gesellschaftlichen Erfahrungsgewinn.

269 *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 293 f.; *Limbach* NJW 1980, 873; *Säcker*, ZRP 1971, 150; *Wieacker* a.a.O., S. 436 f. Unabhängig von der Richtigkeit dieses Einwands sollten jedoch elitär wirkende Formulierungen vermieden werden (vgl. *Wieacker* a.a.O.: „Gemeinwahrheiten für jedermann“; *Diederichsen* a.a.O.: „... der nicht akademisch Gebildete und an den Umgang mit ausgedehnten Sprachstrukturen nicht gewöhnte Bürger ...“). Vgl. auch oben Fn. 154, 155.

270 Rechtssoziologisch werden herkömmlich zwei Funktionen des Rechts und entsprechend zwei Arten von Rechtsnormen unterschieden: (1) Verhaltenssteuerung = primäre Normen, Handlungsnormen für die betroffenen Gesellschaftsgruppen; (2) Konfliktbereinigung = sekundäre Normen, Entscheidungsnormen für den Rechtsstab (vgl. Darstellung und weitere Differenzierung bei *Rehbinder*, Festschr. König S. 354 ff.). Um eine Norm im zweiten Sinn handelt es sich bei der Kindeswohl-Klausel für die Sorgerechtsverteilung nach Scheidung. Zum Begriff des Rechtsstabs *Röhl*, Rechtsstatsachenforschung S. 117 ff.

Nur eine scheinbare Ausnahme ist die verbreitete Überzeugung von der besseren Eignung der Mutter. In Wirklichkeit handelt es sich um eine Folgerung aus dem vorherrschenden gesellschaftlichen Rollenbild von Mann und Frau<sup>271</sup>. Das Vorhandensein relativ gefestigter Übereinstimmung kann angesichts der nach wie vor ganz überwiegend praktizierten Aufgabenverteilung in der Familie insoweit kaum geleugnet werden, wenngleich offensichtlich Auflockerungen stattfinden. Die sachliche Legitimationskraft des allgemeinen Rollenbildes, das in vielerlei Form bei Sorgerechtsentscheidungen durchscheint<sup>272</sup>, ist dennoch fraglich. Maßstab der Richtigkeitsüberzeugung der Allgemeinheit ist das Überkommene und freiwillig Geübte, ein Konformitätsanspruch ist mit ihr nicht verbunden<sup>273</sup>.

Zwar wird den tradierten Rollenbildern auch oft das Gewicht von Naturgesetzlichkeiten beigelegt<sup>274</sup>. Angesichts der offenkundigen Prägung der allgemeinen Vorstellungen durch das sozialtypische Verhalten und angesichts einer gerade in Zeiten sozialen Wandels zunehmenden Zahl von Abweichungen sind diesbezügliche Auffassungen der Allgemeinheit aber untauglich, die Zugrundelegung einer naturgesetzlichen Rollenverteilung zu rechtfertigen<sup>275</sup>.

Streiten beide Eltern um das Sorgerecht, wollen also beide in eine bestimmte Rolle einrücken, kann die Fragestellung für den Richter nur lauten, inwieweit jeder Elternteil hierzu persönlich nach den konkreten Umständen geeignet ist. Überkommene und übliche Gestaltung kann unter der Herrschaft eines offenen Kindeswohl-

271 Das gilt auch für die realen gesellschaftlichen Verhältnisse in der DDR, im Gegensatz zur offiziellen Darstellung, vgl. oben 1. Kap. A.II.1.b.), insb. Fn. 31.

272 Neben dem Mutternvorrang für Kleinkinder z.B. auch beim „Grundsatz“, daß ältere Jungen zum Vater gehören, BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 167, 168; OLG Karlsruhe 22.4.1959, FamRZ 1959, 258, 259; OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281, 282; LG Braunschweig 5.12.1969, FamRZ 1970, 205, 206; BG 25.1.1968, BGE 94 II 1, 3 (Vorinstanz); Lutker v. Lutker, 230 S.W.2d 177, 180 (Mo.App. 1950); Davis v. Davis, 354 N.W.2d 526, 531 (Mo.App. 1962); Ward v. Ward, 353 P.2d 895, 900 (Ariz. 1960); Smith v. Smith, 3 FLR 2692, 2693 (N.Y.Fam. Ct. 1977); Jordana v. Corley, 220 N.W.2d 515, 521 (N.D. 1974: “accepted fact of life”); weitere Rechtsprechungsnachweise in 24 Am.Jur.2d § 785, S. 892 f.; für entsprechende US-Gesetze oben 3. Kap. A.V.1., 2.c). Ähnlich der umgekehrte Schluß, daß Väter für die Mädchenerziehung nicht geeignet seien, BayObLG 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45 (dagegen allerdings OberG Zürich 23.8.1973, SJZ 70 (1974) 282). Das traditionelle Rollenbild wirkt sich auch aus bei der verschiedenen Einstufung mütterlicher und väterlicher Berufstätigkeit (oben 5. Kap. A.II.2.c)aa)), bei Anlegung unterschiedlicher sittlicher Maßstäbe für das Erwachsenenverhalten (oben 5. Kap. Fn. 256) oder bei Erziehungsfragen generell.

273 Zum Konformitätsanspruch als konstitutives Element von sozialen Normen *Teubner*, Standards S. 74 ff.

274 Z.B. OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262 OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281, 282. Zur Naturgesetzlichkeit des Mutternvorrangs aus biosozialer Sicht oben 5. Kap. Fn. 451; aus entwicklungspsychologischer Sicht unten bei Fn. 354 ff.; vgl. auch unten Fn. 519.

275 Vgl. ausführlicher unten 3.c)bb) (1).

Maßstabs nicht einen Elternteil generell disqualifizieren, nur weil er die für die begehrte Rolle untypische Geschlechtszugehörigkeit hat<sup>276</sup>.

Neben allgemeinen sittlichen Standards für Erwachsenenverhalten, deren Bedeutung für Sorgerechtsentscheidungen als unwesentlich herausgestellt worden ist<sup>277</sup>, bleiben vor allem allgemeine Überzeugungen bezüglich Erziehungsfragen und der sonstigen Gestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses. *Daß* insoweit konsensgetragene Vorstellungen vorhanden sind, kann unterstellt werden. Auch die Beurteilungsfähigkeit der Allgemeinheit, die für viele Probleme der modernen Gesellschaft zunehmend zweifelhaft sein mag<sup>278</sup>, ist in diesem Bereich nicht gering einzuschätzen. Durchaus realitätsgerecht wird der Bereich der Familie sowie der Kinderbetreuung und -erziehung als möglicherweise letztes privates Refugium des Individuums vor der politischen Gemeinschaft angesehen<sup>279</sup> und von freiheitlich-rechtsstaatlichen Gesellschaften entsprechend geordnet (Art. 6 Abs. 1-3 GG)<sup>280</sup>. Hier kann es deshalb nach wie vor zur Ausbildung rein gesellschaftlicher Maßstäbe und Überzeugungen kommen, die aus der eigenverantwortlichen Erziehungspraxis und -erfahrung erwachsen. Wenn irgendwo, besteht für diesen Bereich noch zumindest partielle Beurteilungsfähigkeit der Allgemeinheit.

Der Heranziehung intersubjektiver Überzeugungen kann auch nicht entgegengehalten werden, daß gerade die Privatheit des Familien- und Erziehungsbereichs jede Majorisierung, also die Unterwerfung einer bestimmten Familie unter allgemeine Verhaltensmaßstäbe verbiete. Die autonome Selbstregulierung der Familie versagt im

276 Vgl. *Lines v. Lines*, 451 P.2d 914, 915 (Wash. 1969), wo eine "close and loving relationship" des Kindes zum Vater festgestellt wurde. Ähnlich *McCreery v. McCreery*, 3 FLR 3181, 3183 (Va. 1977); *Hammett v. Hammett*, 239 So.2d 778, 780 (Ala.App. 1970); *Rothman v. Rothman*, 4 FLR 2122 f. (N.Y.App.Div. 1977). In *Banks v. Banks*, 4 FLR 2653 (N.Y. Sup.Ct. 1978) hingegen wird die Übernahme der traditionellen Mutterrolle durch den Vater als "invasion" bezeichnet, die neue Probleme hervorrufen mag. Wie im Text *Developments*, 93 Harv.L.Rev. 1335 ff. (1980); *Schwab*, Handbuch Rdn. 199, 206; *Diederichsen*, NJW 1980, 9; *Palandt/Diederichsen* § 1671 Anm. 3.

277 Oben 5. Kap. A.II.3.d)dd).

278 Vgl. oben Fn. 269.

279 Für das konservative Extrem *Schmitt Glaeser*, Erziehungsrecht S. 35 ff.; kritisch *Dabrendorf*, Gesellschaft und Demokratie S. 57, 124, 155 ff., 215 f., 329 ff., 437, 458; abwägend *Coester-Waltjen*, ZRP 1977, 178 f.; vgl. auch die bisherigen drei Familienberichte der jeweiligen Bundesregierungen, 1. Familienbericht, BT-Drucks. V/2532, S. 7 ff.; 2. Familienbericht S. VII-XI, XVII (s. auch BT-Drucks. 7/3502); 3. Familienbericht, BT-Drucks. 8/3120, S. 4, 9. Zur US-amerikanischen Diskussion insoweit oben 3. Kap. A.II.1., III.1., 3.b). Ungeachtet der Diskussionen zum Sorgerechtsgesetz 1979 und seinen Entwürfen zeichnet sich als real bedeutsamste Einbruchsstelle der Öffentlichkeit die *Schule* ab, vgl. BVerfG 21.12.1977, EuGRZ 1978, 57 ff.; *Ossenbübl*, Verfassungsrechtliche Probleme der kooperativen Schule – Rechtsgutachten, Paderborn 1977; *ders.*, Festschr. Bosch S. 751 ff.; *Geiger*, FamRZ 1979, 457 ff. Unverständlich erscheint allerdings, daß schon die Anstreben eines *gemeinsamen* Erziehungskonzepts von Eltern und Schule (3. Familienbericht a.a.O., S. 18) gegen das Elternrecht verstoßen soll, so *Lecheler*, NJW 1979, 2275 Fn. 19; vgl. auch *Schmitt Glaeser* a.a.O. S. 45 ff.

280 Die Familie behauptet sich auch faktisch, selbst gegen Tendenzen der Vergesellschaftung, als Insel der Privatheit, wie das Beispiel der DDR zeigt, oben 1. Kap. Fn. 31

Scheidungsfall, und mit der grundsätzlichen Entscheidungskompetenz des Richters ist Drittbeurteilung der konkreten Familienerziehung bereits vorprogrammiert. Allgemein-konsensgetragene Maßstäbe bedeuten dabei nicht eine „Vergesellschaftung“ der Familienerziehung, sondern sollen der Rationalisierung notwendiger Fremdbeurteilungen dienen.

Im Ergebnis können Allgemeinwerte nicht pauschal wegen fehlender sachlicher Legitimationskraft ausgeschieden werden. Vielmehr ist von einer partiellen Beurteilungsfähigkeit der Allgemeinheit jedenfalls in Betreuungs- und Erziehungsfragen sowie von der tatsächlichen Existenz konsensgetragener Wertmaßstäbe auszugehen.

#### bb) Die notwendige Konsensdichte

Die Quantität allgemeiner Wertmaßstäbe im einzelnen hängt davon ab, welchen Verdichtungsgrad intersubjektiver Überzeugung man für notwendig hält für legitime, d.h. legitimierende richterliche Wertübernahmen. Teubner unterscheidet idealtypisch drei Stufen des allgemeinen Konsenses: die öffentliche Meinung, kollektive Wertvorstellungen und soziale Normen<sup>281</sup>.

Soziale Normen setzen kumulativ Verhaltenskonformität, sanktionsbereite Verhaltenserwartung beim „Normsender“ und entsprechendes Bewußtsein beim Normadressaten sowie drittens Legitimität, d.h. Bewertung als „gut“ und „billigenswert“ durch die Betroffenen voraus<sup>282</sup>. Die öffentliche Meinung auf der anderen Seite der Skala ist die bloße Mehrheitsmeinung, allenfalls verstärkt durch das Konformitätselement<sup>283</sup>. Kollektive Wertvorstellungen weisen einen höheren Verdichtungsgrad in Richtung auf die soziale Norm auf, erfüllen deren Voraussetzungen aber noch nicht<sup>284</sup>.

Ansätze zu diesbezüglichen Differenzierungen finden sich in Sorgerechtsentscheidungen nicht. Lediglich Gernhuber hat für die Kindeswohl-Konkretisierung Stellung bezogen. Der von ihm übernommene Standardbegriff<sup>285</sup> enthält alle Elemente der sozialen Norm. Konsensformen unterhalb des Standards lehnt Gernhuber als legitime Orientierungspunkte für den Richter ab<sup>286</sup>.

281 Standards S. 99, 107. *Tb. Geiger* (Vorstudien S. 92 ff.) stellt eine „genetische Typologie“ von Normen vor, die einen Weg zeichnet von der individuellen Handlung über die individuelle Gewohnheit, den kollektiven Brauch, die Sittenregel, das Gewohnheitsrecht bis zur proklamierten Wertnorm. *Dabrendorf*, Hbg. J. 1962, 127 ff. nennt diese Theorie „idyllisch“ und betont die autoritäre Entstehungsweise von Normen.

282 *Teubner* a.a.O. S. 72 ff.. Der Begriff der sozialen Norm ist nicht unbestritten, *Teubners* Version repräsentiert aber die wesentlichen, von den meisten Autoren genannten Elemente. *Marburger*, Regeln der Technik S. 362 nennt als Kriterien Übung, Verhaltenserwartung und Mißbilligung abweichenden Verhaltens, vgl. auch *Geiger*, Vorstudien S. 52 ff.; *Trappe*, Vorwort ebenda S. 23 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie S. 29 ff.

283 *Teubner* a.a.O. S. 107.

284 *Teubner* a.a.O. S. 61 ff., 99, 105.

285 FamRZ 1973, 232; vgl. schon oben Fn. 133.

286 FamRZ 1973, 234 mit Bezug auf „wachsende Standards“, die den „kollektiven Wertvorstellungen“ entsprechen. Dem liegt offenbar die Vorstellung zugrunde, daß Standards bereits etablierte Sollensätze sind, die lediglich vom sozialen ins rechtliche Normensystem übernommen werden (*Teubner*, Standards S. 90), ohne wesentliche Wertungsarbeit des Richters. Kritisch dazu *Röhl*, AcP 172 (1972) 559.

Dieser Frage braucht, wie sich im folgenden zeigen wird, nicht nachgegangen zu werden. Fest steht lediglich: Je restriktiver man die übernehmbaren allgemeinen Wertmaßstäbe definiert, desto größer ist einerseits ihre Legitimationskraft, aber um so geringer ihre zahlenmäßige Bedeutung oder gar die Wahrscheinlichkeit ihrer Existenz.

*c) Der methodische Stellenwert der Allgemeinüberzeugung als Legitimationsfaktor für Wertkonkretisierungen*

Mit diesen sachlichen Überlegungen kann jedoch noch nicht die Frage beantwortet werden, ob die Bezugnahme des Richters auf allgemeinen Konsens in einer Entscheidungsbegründung eine Legitimation liefert für die zugrunde gelegte Wertung. Voraussetzung wäre die tatsächliche Existenz des behaupteten Konsenses. Ob insoweit empirische Feststellungen, etwa durch Demoskopie, möglich sind, ist umstritten und hängt im übrigen davon ab, welchen Verdichtungsgrad öffentlicher Überzeugung man fordert<sup>287</sup>. Soweit sich Sorgerechtsentscheidungen auf Allgemeinkonsens berufen, wird jedenfalls gar nicht erst der Versuch einer empirischen Verifizierung der Konsensbehauptung unternommen. Es ist demnach zu fragen, ob dem Richter insoweit andere Erkenntnisquellen zur Verfügung stehen. Zu denken wäre an dreierlei: die Eigenerfahrung des Richters als Teil der Gesellschaft, die allgemeinen Medien oder Präjudizien.

Im ersten Fall liegt der Unterschied zu richterlicher Subjektivität darin, daß die richterliche Wertung „nur Bestandteil des Erkenntnismaterials, nicht letztgültiger Erkenntnismaßstab“ ist<sup>288</sup>. Der begrenzte Erfahrungskreis des Individuums bietet jedoch keine Gewähr für eine Kongruenz mit der „allgemeinen“ Meinung, es sei denn, es handele sich um solche fundamentalen Wertüberzeugungen der Gemeinschaft, die sich jedermann im täglichen Kontakt mit anderen sowie mit Institutionen des öffentlichen Lebens erschließen. Solche Überzeugungen findet der Jurist aber schon weitgehend in der Verfassung verankert<sup>289</sup>. Soweit dies nicht der Fall ist – z.B. wenn man dem erlebten Meinungsbild eine deutliche Präferenz für Ordnung, Konformität und Leistung entnehmen will gegenüber Verhaltensweisen mit eher gegenteiliger Tendenz –, setzt die Verfassung der Übernahme frühe Grenzen. Wertmaßstäbe unterhalb fundamentaler Grundwerte aber sind dem Erleben des In-

287 Bejahend *Birke*, Richterliche Rechtsanwendung S. 45 ff.; differenzierend *Teubner*, Standards S. 75 f., 77 ff., 112 f. (konsensgetragene Bewertungen seien feststellbar, nicht aber ihr etwaiger normativer Anspruch); zu letzterem auch *Sonnenberger* S. 257 (N. 194); skeptisch außerdem *Damm*, Rechtstheorie 7 (1976) S. 244 ff.; *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 293; *Heck*, AcP 112 (1914) 292 ff.; *Hopt*, JZ 1975, 344; *Lüderssen*, Juristische Allgemeinbegriffe S. 53 ff., insbesondere 74 f.; *Röhl*, AcP 172 (1972) S. 556, 559 f.; *ders.*, Rechtsstatsachenforschung S. 212; *Rütbers*, Auslegung S. 269 f.

Zur erkenntnistheoretischen Problematik der empirischen Verifizierung von Werturteilen *Zippelius*, Festschr. Maunz S. 507 ff.; *ders.*, Festschr. Bruns S. 1 ff.

288 *Engisch*, Einführung S. 127; vgl. auch *Mnookin*, 29 L.&Cont.Prob. 291 (1975).

289 Für die USA *Raz*, 81 Yale L.J. 850 (1972).

dividuums in der Regel nicht mehr offenkundig. Der Erfahrungsbereich des Richters ist sicher ausgedehnter als der von Bürgern, die nicht beruflich mit Publikum Kontakt haben; andererseits ist richterliche Tätigkeit nicht spezifisch geeignet, allgemeine Wertüberzeugungen festzustellen. Im Vordergrund dürfte für den Richter die Versuchung stehen, seine an den Maßstäben der Vernunft und Angemessenheit gebildete Überzeugung für die der Mehrheit zu halten oder doch auszugeben<sup>290</sup>. Gleiches gilt für festgestellte Übereinstimmungen im Kollegenkreis.

Anders verhält es sich auch nicht, wenn der Kreis der Träger maßgeblicher öffentlicher Meinung enger definiert wird und nicht schlicht die Allgemeinheit, sondern nur die „Vernünftigen“ oder „gerecht und billig Denkenden“ umfaßt. Der Richter ist auch hier nicht Mitglied eines überschaubaren Kommunikationssystems<sup>291</sup>. „Vernünftig“ ist das, was die Gerichte so bewerten, und die Projektion dieses Werturteils auf einen fiktiven Kreis von Meinungsträgern hat mit *bestehendem* Konsens nichts zu tun<sup>292</sup>. Der Konsens aktualisiert sich vielmehr erst in der Zustimmung zur gerichtlichen Wertsetzung, womit gleichzeitig die Zugehörigkeit zum Kreis der „Vernünftigen“ belegt wird.

Die in zweiter Linie in Betracht gezogenen Medien sind kein zuverlässiges Auskunftsmittel für allgemeine Wertvorstellungen. Die in ihnen propagierten Meinungen stellen die Auffassung der jeweiligen Autoren dar und geben selbst nicht vor, ein Spiegel allgemeiner Auffassungen zu sein. Eine Problematik wird eher umgekehrt darin gesehen, daß die Medienbeeinflussung den Wert allgemeiner Überzeugung mindere<sup>293</sup>.

Schließlich werden noch Präjudizien als Erkenntnisquelle für allgemeine Wertüberzeugung genannt<sup>294</sup>. Ähnlich verfährt die Rechtsprechung, wenn sie sich zum Beleg einer „allgemeinen Lebenserfahrung“ auf entsprechende Bewertungen in früheren Entscheidungen beruft<sup>295</sup>. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Rich-

290 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 234 r.Sp.: „... der naive Schluß von der eigenen Überzeugung auf die Überzeugung aller oder doch fast aller (war und ist) weit verbreitet“; *Röhl*, Rechts-tatsachenforschung, S. 212.

291 *Arzt*, Ansicht S. 99; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst S. 12 ff.; *ders.*, Festschrift Weber S. 437; *Röhl*, Rechtstatsachenforschung S. 191 ff.

292 Ähnlich *Esser*, Vorverständnis S. 25; *Limbach*, Rechtsgenosse S. 83 ff., 100; *dies.*, NJW 1980, 873.

293 *Wieacker*, Festschr. Weber S. 437.

294 *Esser*, Vorverständnis S. 195.

295 Z.B. OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338 l.Sp.: „Es entspricht – wie in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist – der allgemeinen Lebenserfahrung, daß ein Kind vor allem im ersten Lebensjahrzehnt in der leiblichen Mutter die zuverlässigste, der größten Geduld fähige Betreuerin hat (Beschluß des BayObLG v. 26.8.1976, BReg 1 Z 47/56 . . .)“; vgl. auch das von der Rechtsprechung beanspruchte Erkenntnismonopol für Gewohnheitsrecht, aus dem folgt, daß ein gewohnheitsrechtlicher Satz nur aus höchst-richterlicher Anerkennung gerechtfertigt werden kann, vgl. *Esser*, Festschr. Hippel S. 124 ff.

ter die *Repräsentanten* der Volksmeinung seien<sup>296</sup>. Die Möglichkeit einer faktischen Repräsentation, die darauf beruht, daß der Richter selbst Glied der Allgemeinheit ist und als solches deren Vorstellungen zu artikulieren in der Lage ist, wurde bereits erörtert. Soweit eine institutionelle Repräsentation gemeint ist<sup>297</sup>, handelt es sich nicht mehr um eine Argumentation aus realer allgemeiner Überzeugung. Empirisch feststellbare und gemeinte Größe ist in diesem Fall nur der *richterliche* Konsens. Dessen aktueller Bestand oder Nichtbestand entscheidet über die Möglichkeit und Legitimität einer Wertübernahme. Angemessener Erörterungsrahmen für Rechtsprechungsmäßigkeiten ist deshalb nicht die Allgemeinüberzeugung, sondern die Frage nach der Bedeutung des Richterkonsenses<sup>298</sup>.

Im Ergebnis muß festgestellt werden, daß das Argument allgemeiner Überzeugung in Entscheidungsbegründungen keine eigenständige Legitimation für Wertkonkretisierungen liefern kann. Der behauptete Konsens ist eine Fiktion, bestenfalls eine nichtbelegte Vermutung. Der Umstand, daß die Gerichte, soweit sie sich auf allgemeinen Konsens berufen, weder auf dessen Nachweis noch die Frage des maßgeblichen Verdichtungsgrades eingehen<sup>299</sup>, zeigt, daß dieser Konsens im Grunde nicht als reale Größe gemeint ist<sup>300</sup>. *In der Sache* bringen die Gerichte die Erwartung der Sozialverträglichkeit ihrer Wertsetzung zum Ausdruck und *werben* um Zustimmung<sup>301</sup>. Die Rechtsbildung aber ist ausschließlich rechtsautonom erfolgt, eine Übernahme vorhandener und möglicherweise rechtfertigender Wertungen der Allgemeinheit hat nicht stattgefunden.

### 3. Kindeswohl-Kriterien der Wissenschaften

#### a) Problemstellung

##### aa) Thematische Präzisierung

Entsprechend der inhaltlichen Komplexität und Unbegrenztheit des Kindeswohl-Begriffs sind maßgebliche „Wissenschaften“ alle Fachdisziplinen, die sich die Exi-

296 *Savigny*, System I S. 45 ff., 86; *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 78 f.; *Engisch*, Einführung S. 126; *Fikentscher*, Methoden IV S. 201, 615; *Larenz*, Methodenlehre S. 203 (Richter als „Sprachrohr“ des allgemeinen Rechtsbewußtseins); *Note*, 73 Yale L.J. 1203 (1964); vgl. auch *Esser*, Vorverständnis S. 67, 165 f., 169, 195; *Liver*, Rechtsquelle S. 53; *Cardozo*, Nature S. 135 f.; kritisch *Röhl*, Rechtstatsachenforschung S. 208 f.

297 Vor allem *Fikentscher*, Methoden IV S. 201, 615. *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 7; *Cardozo*, Nature S. 135 f.; zur Interpretation von *Savigny* vgl. die Nachweise oben Fn. 275.

298 Dazu unten 4.

299 Dazu oben b) bb); zu weiteren notwendigen, aber stets ignorierten Differenzierungen *Röhl*, Rechtstatsachenforschung S. 187 ff.

300 *Esser*, Vorverständnis S. 67, 169; *Rüthers*, Auslegung S. 269 f.; *Sonnenberger* S. 257 (N. 194); nicht deutlich gesehen von *Zöllner*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 152; *Liver*, Rechtsquelle S. 55; *Germann* S. 169; *Raz*, 81 Yale L.J. 849 ff. (1972); differenzierend *Dworkin*, 81 Yale L.J. 890 (1972); kritisch *Lüderssen*, Juristische Allgemeinbegriffe S. 74 f.

301 Zur Konsensfähigkeit als Grundelement richterlicher Wertkonkretisierung vgl. oben II.3., insbesondere ab Fn. 178.

stanz des Menschen, speziell des Kindes in einem bestimmten Aspekt zum Erkenntnisobjekt genommen haben. Die folgenden Erörterungen konzentrieren sich dennoch nur auf einen Teil dieser Wissenschaften, und zwar auf diejenigen, deren Forschungsgebiet für die spezifischen Probleme der Scheidungskinder besonders erheblich ist, also den psychosozialen Bereich betrifft: Psychologie, Psychiatrie, Pädagogik, Soziologie sowie verwandte und spezialisierte Fachrichtungen, wie insbesondere die Entwicklungspsychologie oder die Verhaltensbiologie. Fragen des physischen Kindeswohls sind im Scheidungsfall demgegenüber von nachrangiger Bedeutung.

Nicht weiter differenziert wird danach, *wie* Maßstäbe aus dem Wissenschaftsbereich, die das seelisch-soziale Kindeswohl konkretisieren, dem Gericht zur Kenntnis kommen. Zu denken ist insoweit vor allem an Literaturstudien der Richter, Kenntnisvermittlung auf Tagungen und Ausbildungskursen oder durch Sachverständigengutachten in zu entscheidenden oder anderen Fällen. Wesentlich ist die thematische Begrenzung auf *generelle* Kindeswohl-Kriterien, deren Übernahmefähigkeit als vorstrukturierte Entscheidungselemente durch den Richter, vorbehaltlich notwendiger Kontrolle und Individualisierung<sup>302</sup>, hier erörtert werden sollen. Sachverständigenäußerungen zu einem bestimmten Kind interessieren in diesem Zusammenhang nicht, auf sie wird an späterer Stelle eingegangen werden<sup>303</sup>.

#### bb) Diskussionsstand

Über das Gewicht wissenschaftlicher Aussagen zum Kindeswohl für Sorgerechtsentscheidungen besteht wenig Übereinkunft. Die Vertreter einzelner Fachdisziplinen halten sich in der Regel für berufen, Maßgebliches zum Sorgerechtsproblem beizutragen<sup>304</sup>. Auch sonst wird die *Beachtlichkeit* wissenschaftlicher Erkenntnisse zum Kindeswohl im Grundsatz nirgends angezweifelt<sup>305</sup>. In der Praxis werden einzelne Kindeswohl-Grundsätze häufig mit dem Verweis auf wissenschaftliche Abgesichertheit, zumeist unter Zitierung einer, selten mehrerer fachwissenschaftlicher Publikationen gerechtfertigt<sup>306</sup>. Andererseits stoßen von fachwissenschaftlicher Seite gele-

302 Dazu unten IV.

303 Unten IV.2.

304 Psychologie und verwandte Wissenschaftsgebiete: *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1073 f. (1968); *Goldstein/Freud/Solnit*, Beyond Kap. I (deutsch 1. Teil, I) und passim; *dies.*, Before, passim; *Lempp/Röcker*, ZfKinder & Jug.Psych. 1 (1973) 27; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 55 ff. (1969); *Westman/Hanson*, in: Readings S. 535 ff.; Verhaltensbiologie: *Hassenstein*, in: Familienrechtsreform S. 215 ff.; *ders.*, Der Begriff des Kindeswohls; *Rossi*, 106 Daedalus 1 ff. (1977); Soziologie: *Faessler/Fijn van Draat*, in: Familienrechtsreform S. 150; Pädagogik: *Mannschatz*, NJ 1964, 43.

305 Nachweise oben 4. Kap., Fn. 157.

306 OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; KG 31.1.1979, FamRZ 1979, 340, 341; OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281 f.; AG Tübingen 9.4.1975, DAVorm 1976, 424, 425; OberG Zürich 30.1.1961, ZR 64 N. 88; Bennett v. Marrow, 3 FLR 2741 (N.Y.Fam.Ct. 1977); In re Sinisa T., 4 FLR 2791 (N.Y.Fam.Ct. 1978); Marriage of Ellenwood, 532 P.2d 259, 262 (Ore. 1975).

gentlich erhobene Verbindlichkeitsansprüche<sup>307</sup> auf einhellige Ablehnung bei den Juristen<sup>308</sup>, und besonders in der Literatur ist Mißtrauen gegenüber wissenschaftlichen Äußerungen unverkennbar<sup>309</sup>. Die Übernahme derartiger Maßstäbe in Sorgerechtsentscheidungen unter dem Gesichtspunkt der Legitimation richterlicher Rechtserschöpfung scheint von diesem Standpunkt aus nicht ohne weiteres möglich. Entweder fordert man zusätzliche Richtigkeitsindizien wie die Zustimmung der Allgemeinheit<sup>310</sup> oder man hält einen Prozeß der „umformenden Operationalisierung“ für notwendig<sup>311</sup>.

Die Legitimationskraft wissenschaftlicher Kindeswohl-Kriterien hängt von der ihnen immanenten „Richtigkeitsgewähr“ ab, wobei es auf die Unterscheidung zwischen Tatsachenurteilen und Wertungen nicht ankommt<sup>312</sup>. Pauschale Urteile sind insoweit kaum möglich, die abschließende Einschätzung vorgefundener Kriterien ist jeweils Sache des Richters. Dennoch soll im folgenden versucht werden, generelle Tendenzen und Probleme aufzuzeigen, die bei der Einschätzung im Einzelfall zu beachten sind.

#### *b) Generelle Leistungsmöglichkeiten und -grenzen der für das Kindeswohl maßgeblichen Wissenschaften*

Die Legitimationskraft wissenschaftlicher Aussagen zum Kindeswohl kann nur angemessen beurteilt werden, wenn realistische Vorstellungen über ihre generellen Leistungsmöglichkeiten bestehen. Dies ist sowohl bezüglich ihres Aussagebereichs als auch des zu erreichenden Gewißheitsgrades nicht immer der Fall.

307 Oben 4. Kap. Fn. 160.

308 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 609 ff.; *Simitis*, 2. DFGT S. 180 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 434; *Gardebring v. Rizzo*, 4 FLR 3115, 3117 (N.D. 1978); *Pact v. Pact*, 332, N.Y.S. 2d 940, 947 f. (Fam.Ct. 1972); vgl. auch oben 4. Kap. C.II.1.a).

309 Von den vorerwähnten Autoren vor allem *Gernhuber*, aber auch *Lüderitz* und *Müller-Freienfels*. Wesentlich radikaler noch US-amerikanische Autoren, *Ellsworth/Levy*, 4 L.& Soc.Rev. 167 ff. (1969); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1117 ff. (1976); *Rossi*, 93 Daedalus 611 ff. (1964); *Ennis/Litwack*, 62 Cal.L.Rev. 693 ff. (1974); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 669 ff. (1974); *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 43 (1978); skeptisch auch *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 258 ff., 286 f. (1975). Dieses Mißtrauen wird provoziert durch oft unfundierte, ideologisch gefärbte und wichtigtuersische „Belehrungen“ der Juristen durch Vertreter von Nachbardisziplinen, vgl. z.B. *Kühn/Münder*, Sozialwissenschaften S. 97 ff., und im einzelnen unten c).

310 *Gernhuber* a.a.O. (Verdichtung zu „Standards“); *Lüderitz* a.a.O. („allgemein menschliche Erfahrungen“).

311 *Hartweg/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 34.

312 Oben bei Fn. 86 ff. Zur „Wahrheit von Werturteilen“ insbesondere *Zippelius*, Festschr. Maunz S. 513 ff.; zur Abhängigkeit „richtiger“ Wertungen von der Tatsachenkenntnis oben B.I.3.a).

aa) Der sachliche Aussagebereich

Es gibt keine Wissenschaft, deren Objekt das Kindeswohl in seiner Gesamtheit wäre. Der Fachbereich jeder Disziplin ist nur auf einen Teilaspekt des Kindeswohls beschränkt, was nicht nur die Juristen, sondern auch Fachvertreter hervorheben<sup>313</sup>. Nicht zuletzt eine "selfconfident ignorance"<sup>314</sup>, mit der Wissenschaftler gelegentlich ihren Bewertungen absolute Gültigkeit beilegen, führt zu Mißverständnissen über den Kompetenzbereich der Wissenschaften auch bei den Gerichten. So wird die vom Richter zu entscheidende Frage der durch das Kindeswohl gebotenen Sorgeverteilung oft pauschal an den psychologischen oder psychiatrischen Sachverständigen weitergereicht<sup>315</sup>. Andererseits ist die fachliche Begrenztheit der einzelnen wissenschaftlichen Disziplinen kein Argument gegen die grundsätzliche Verwertbarkeit ihrer Aussagen zum Kindeswohl. Als Maßstäbe, die nicht binden, sondern nur der richterlichen Orientierung dienen und die Kindeswohl-Konkretisierung legitimieren, können wissenschaftliche Aussagen auf Teilaspekte beschränkt sein. Die Zuständigkeit und Verantwortung für die Integration aller Aspekte zu einem Gesamtbild „Kindeswohl“ liegt allein beim Richter<sup>316</sup>. Die Verantwortlichkeit des Rechtsetzers ist von Fachwissenschaftlern nur dort zu verlangen, wo sie entweder den Gesamtaspekt des Kindeswohls für ihre Disziplin in Anspruch nehmen oder wo den aufgestellten Maßstäben rechtspolitisches Gewicht bis hin zu konkreten Gesetzesentwürfen beigelegt wird, wie etwa in dem Werk von Goldstein/Freud/Solnit<sup>317</sup>.

313 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 236; *Hartwieg/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36; *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 150; *ders.*, Proceedings ISFL II S. 610 ff.; *Simitis*, 2. DFGT S. 180 f.; *Halgasch*, NJ 1969, 754; *Foster*, 12 Willamette L.J. 553 f. (1976); für Äußerungen von Wissenschaftlern vgl. *Langelüddeke/Bresser* S. 8; *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1059, 1073 f., 1076 (1968); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 672 (1974); *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 77 (1975).

314 *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 612.

315 Vgl. den Gutachtenauftrag des Amtsgerichts in BayObLG 12.5.1977, FamRZ 1979, 737, 738; des Landgerichts in OLG Stuttgart 17.7.1974, FamRZ 1975, 105 (das OLG selbst wie hier im Text, vgl. auch OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828); BG 10.9.1959, BGE 85 II 226. Kritisch zur mangelhaften Fragestellung bei Beauftragung von Sachverständigen auch *Simitis*, 2. DFGT S. 185 f. Zur US-amerikanischen Praxis vgl. die Feststellung von *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1343 (1965): "... the psychiatrist is rapidly becoming a sort of oracle to be piously consulted by the courts of law, all accomplished with appropriate rituals of pseudo-scientific jargon in reply to non-scientific questions". Gegen zu enge Formulierungen der Gutachtenaufträge allerdings *Ell*, ZBJJR 1980, 533 f.

316 Zur Integrationsaufgabe des Richters im einzelnen unten V.

317 *Beyond the best interests of the child*, insbes. S. 71 ff., 97 ff. (deutsch S. 63 ff., 81 ff.). *Katkin/Bullington/Levine* (8 L.&Soc.Rev. 669 ff. (1974)) haben dieses Buch einer fundamentalen Kritik am Maßstab rechtspolitischer Verantwortlichkeit unterzogen. Wer beanträge, social policy zu steuern, müsse drei grundsätzliche Anforderungen beachten (S. 669 f.): (1) Die empirischen Grundlagen müßten *umfassend* ermittelt, abweichende Konzeptionen und die Grenzen der zugrunde gelegten Erkenntnisse beachtet werden; (2) die gewählte Lösung müsse optimal sein, d.h. wirkungsvoll und unter den vorhandenen Alternativen die relativ beste; (3) die Lösung müsse gegen unerwünschte Implikationen und Konsequenzen abgesichert sein. Außerdem seien auch alle fachfremden Aspekte des

bb) Die „Wissenschaftlichkeit“ der Ergebnisse

Auch bezüglich des zu erreichenden Gewißheitsgrades muß bei Urteilen im seelisch-sozialer Bereich zurückgesteckt werden. Das Erkenntnisobjekt der einschlägigen Wissenschaften, die geistigen, seelischen, gefühlsmäßigen Strukturen und Bedürfnisse eines Menschen sowie seine Beziehungen zu anderen Personen entziehen sich der unmittelbaren Anschauung und der naturwissenschaftlichen Meßbarkeit<sup>318</sup>. Die Erkenntnisgewinnung kann nur indirekt erfolgen, durch Beobachtung äußerer Symptome, Vergleich mit anderen Individuen und Schlußfolgerungen in bezug auf den eigentlichen Erkenntnisgegenstand. Fakten und Naturgesetze sind so regelmäßig nicht zu erlangen<sup>319</sup>, auch wenn die sichere Überzeugung von der Richtigkeit einer Aussage Wissenschaftler wie Gerichte gelegentlich zu entsprechenden Behauptungen verleitet<sup>320</sup>.

Zwei Gründe vor allem verhindern die Zuordnung der hier interessierenden Wissenschaften zu den Naturwissenschaften und der mit ihnen verknüpften Gewißheits-erwartung. Zum einen ist die Persönlichkeit des Wissenschaftlers selbst notwendiges Erkenntnisinstrument, auch soweit Tests eingeschaltet werden<sup>321</sup>. Die Wertungsabhängigkeit aller wissenschaftlichen Aussagen zum psychosozialen Aspekt des Kindeswohls muß als Grundsituation dieser Wissenschaften akzeptiert werden. Obwohl sie sich mit der „Natur“ des Menschen befassen, stehen sie in erkenntnistheoretischer Hinsicht den Geisteswissenschaften näher als den Naturwissenschaften<sup>322</sup>.

Kindeswohls zu integrieren (S. 672, 675 f.). Für alle genannten Bereiche finden die Autoren wesentliche Mängel im Buch von *Goldstein/Freud/Solnit*, vgl. S. 672 ff., 676 ff., 678 ff. Vgl. noch unten Fn. 332.

- 318 Lediglich in hier unwesentlichen Bereichen, die eher der Medizin zuzurechnen sind, sind Messungen möglich, wie etwa beim Elektroenzephalogramm, vgl. *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1341 (1965).
- 319 BGH 17.12.1953, BGHZ 12, 22, 24 f.; 5.4.1961, LM Nr. 14 zu § 286 (B) ZPO (zu erbbiologischen Gutachten); *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1340 f. (1965); *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975); *Simitis*, 2. DFGT S. 180 f.; *Teubner*, Generalklauseln S. 27; skeptisch auch *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 399, der dann aber, gestützt auf den damaligen wissenschaftlichen Erkenntnisstand, Richtlinien für die Sorgeverteilung entwickelt, die heute von wissenschaftlicher Seite aus nicht mehr haltbar sind (dazu unten Fn. 335 ff.; dennoch darauf aufbauend KG 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827).
- 320 *Lempp*, Proceedings ISFL I S. 214; *ders.*, ZBIJR 1974, 125; *Arntzen*, Elterliche Sorge S. 67 f.; *Klußmann*, Das Kind S. 44 ff.; zur Naturgesetzlichkeit der Mutterrolle vgl. oben bei Fn. 274.
- 321 *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1340 ff. (1965); *Rossi*, 93 Daedalus 611 ff. (1964); *Goode*, Soziologie der Familie S. 14 ff., 34 ff.; *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II, S. 610, 630; vgl. auch *Krause*, Family Law, Cases S. 1041; *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 685, Fn 11 (1974); *Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975); *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 507 (App.Div. 1974, conc. op. Shapiro).  
Praktische Beispiele: *Lempp*, NJW 1963, 1659 f.; *Faessler/Fijn van Draat*, in: Familienrechtsreform, insbesondere S. 162 ff., *Junker*, Die Lage der Mütter S. 58 ff. und passim; vgl. auch unten c) bb) (2).
- 322 In den USA unterscheidet man deshalb salopp "soft" und "hard sciences", vgl. *Martin*, 75 Mich.L.Rev. 1059 (1977); *Diamond/Louisell* a.a.O. S. 1341.

Zum zweiten ist eine Reduzierung des spekulativen Elements in den wissenschaftlichen Aussagen durch Vergleiche und Untersuchungen einzelner Faktoren nur zum Teil möglich, da die Komplexität und nahezu unbegrenzte Vielfalt menschlicher Existenz auch indirekte Schlüsse wesentlich erschweren. Auch wenn sich dieses Problem in besonderem Maße bei der Diagnose im konkreten Fall bemerkbar macht<sup>323</sup>, ist doch schon die Erkenntnis genereller Regelmäßigkeiten behindert. Weder sind alle für eine psychische Situation bedeutsamen Variablen identifizierbar noch lassen sich für die Zwecke empirischer Untersuchungen unerwünschte Variable zuverlässig ausklammern<sup>324</sup>. Eine zu rigide Beschränkung des Blickfelds bei Untersuchungen begründet überdies die Gefahr, daß der Gesamtzusammenhang als notwendiger Verständnishintergrund verloren geht<sup>325</sup>. Selbst wenn alle Einflüsse auf die seelische Lage des Menschen in bestimmten Situationen objektiv identifiziert werden könnten, scheitert die Formulierung von Gesetzmäßigkeiten doch daran, daß die Menschen diese Einflüsse selektiv, also individuell unterschiedlich rezipieren<sup>326</sup> und außerdem auch auf gleichermaßen aufgenommene Einwirkungen verschieden reagieren<sup>327</sup>. Man verweist deshalb warnend darauf, daß in Untersuchungen festgestellte Zusammenhänge zwischen bestimmten Bedingungen und Auswirkungen regelmäßig nicht im Sinne einer Kausalität, sondern nur der Korrelation verstanden werden könnten<sup>328</sup>.

323 Dazu unten bei Fn. 342, 544.

324 *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 170 ff. (1969); *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607; vgl. weiter oben 4. Kap. Fn. 53. Die theoretisch erfolgversprechende Absicherungsmethode, dem untersuchten Personenkreis eine Kontrollgruppe gegenüberzustellen, die in allem gleich ist bis auf den untersuchten Faktor, ist praktisch kaum zu verwirklichen, *Ellsworth/Levy* a.a.O. S. 173 ff. Für die Rechtspolitik ist auch noch nicht viel gewonnen, wenn bei Kindern aus zerrütteten Familien als Kontrollgruppe solche Kinder genommen werden, die in harmonischen Familienverhältnissen aufwachsen. Damit kann man vielleicht Auswirkungen der Scheidung feststellen, nicht aber Richtpunkte für die Platzierungsentscheidung zwischen den Eltern. Hierfür müßten verschiedene Typen der Lebensformen nach der Scheidung untersucht werden.

325 *Thomae*, Elterliches Erziehungsverhalten S. 26.

326 *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968); *A. Skolnick*, Environment S. 372; *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 259 f. (1975).

327 *Skolnick* a.a.O. S. 378: Negative Impulse können entsprechende Auswirkungen haben, aber auch positiv verarbeitet werden; vgl. die *Macfarlane*-Studie, oben 4. Kap. Fn. 53. *Ellsworth/Levy*, 4. L.&Soc.Rev. 178 (1969) weisen außerdem auf die Möglichkeit der "overcompensation" hin: Ohne Vater aufwachsende Jungen z.B. sind gelegentlich nicht feminin, wie die Psychologen als Regel erwarten, sondern besonders maskulin, d.h. sie gleichen das Defizit überproportional aus; dazu auch *Hetherington/Cox/Cox*, in: *Reiss/Hoffmann*, The American Family S. 129.

328 *Ellsworth/Levy* a.a.O. S. 172; *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 673 (1974); *Lehr*, Die Rolle der Mutter, S. 20 ff.; vgl. im übrigen unten bei Fn. 574.

cc) Grundsätzliche Bedeutung der Fachwissenschaften für die  
Kindeswohl-Konkretisierung

Die Problematik richtiger und objektiver Erkenntnis im psychosozialen Bereich des Kindeswohls ist an dieser Stelle nicht zu vertiefen<sup>329</sup>. Hier geht es nur um die Skizzierung eines realistischen Erwartungshorizonts gegenüber den einschlägigen Wissenschaften. So verfehlt demnach die Anlegung naturwissenschaftlicher Maßstäbe ist, so überzogen erscheint andererseits die Tendenz, die "soft sciences" wegen ihrer immanenten Erkenntnisschwierigkeiten pauschal und gänzlich für den juristischen Gebrauch zu disqualifizieren<sup>330</sup>. Deren Schwierigkeiten bezeichnen die Grenzen menschlicher Erkenntnis überhaupt. Die Wissenschaften konzentrieren immerhin als einzige das vorhandene menschliche Erkenntnispotential auf die jeweiligen psychosozialen Teilaspekte des Kindeswohls. Die Ergebnisse mögen hinter dem zurückbleiben, was Wissenschaftler gelegentlich als gesichert behaupten und Juristen für den rechtlichen Einsatz erwarten. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem tentativen und hypothetischen Charakter wissenschaftlicher Erkenntnisse im psychosozialen Bereich und dem Gewißheitsbedürfnis des Rechts<sup>331</sup>. Juristen, die nach Orientierung suchen, und Wissenschaftler, die das Recht beeinflussen wollen, sind deshalb gleichermaßen versucht, die vorhandenen Gewißheitsdefizite und Vorbehalte im Hinblick auf die Komplexität der Materie zu ignorieren<sup>332</sup>. Dieser praktische Fehlgebrauch wissenschaftlicher Autorität beeinträchtigt jedoch nicht den grundsätzlichen Umstand, daß die Fachwissenschaften für ihren Teilbereich den fortgeschrittensten menschlichen Erkenntnisstand in einer gegebenen Zeit repräsentieren. Ihre Heranziehung unter Beachtung ihrer generellen Leistungsmöglichkeiten und -grenzen ist deshalb unmittelbares Gebot der Sachgerechtigkeit<sup>333</sup>. Das Urteil

329 Vgl. aber unten c).

330 Vgl. die US-amerikanische Literatur oben Fn. 309.

331 A. Skolnick, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975).

332 Vgl. die Kritik an den Thesen von *Goldstein/Freud/Solnit* zur Sorgerechts- und Umgangsregelung (Beyond S. 37 f.; dtsh. S. 37 f.) von *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 13 (1978); *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1309 (1974); *Foster*, 12 Willamette L.J. 546 ff., 550 f. (1976); *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 331 (1978); dies., 180 N.Y.L.J. 24.11.1978 (Nr. 99) S. 2; *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 680, 681 ff. (1974); (vgl. oben Fn. 317); *Manchester*, 6 Fam.L. 67 (1976); *Mnookin*, 14 J.Child Psych. 182 (1975); *Strauss/Strauss*, 74 Col.L.Rev. 996 (1974); eine Analyse der literarischen und gerichtlichen Reaktionen auf dieses Werk von *Goldstein/Freud/Solnit* findet sich bei *Crouch*, 13 Fam.L.Q. 49 ff. (1979); die Autoren selbst verteidigen ihre Position in der 2. Aufl. von *Beyond*, S. 116 ff. Auch ihr zweites Buch „Before“ (oben 3. Kap. Fn. 65) ist wegen seiner Unausgewogenheit scharf kritisiert worden, z B. *McIsaac* und *Stotter*, 6 FLR 2618 f. (1980). Gelegentlich wird eingeräumt, daß die psychologischen Wissenschaften dem Recht mehr Fragen als Antworten zu bieten haben, *Langelüddeke/Bresser* S. 24; *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1139 (1976).

333 Dem entspricht die schweizerische Rechtslage unter Art. 1 Abs. 3 und Art. 4 ZGB. „Bewährte Lehre“ kann auch diejenige nichtjuristischer Wissenschaften sein, (*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1, Anm. 434), ihre Beachtlichkeit gilt „gewohnheitsrechtlich“ auch im Rahmen des Art. 4 ZGB (*Meier-Hayoz* a.a.O., Art. 4, Anm. 53). „Beachtlichkeit“ meint aber nicht die Bindung oder Rezeption, sondern nur die Pflicht des Richters, wissenschaftliche Lehren als Erkenntnisquellen zu berücksichtigen (*Meier-Hayoz* a.a.O., Art. 1, Anm. 442 f.).

des Laien generell für gleichwertig oder gar überlegen zu halten, ist nicht nur vermessen, sondern entbehrt jeder sachlichen Begründung<sup>334</sup>.

Speziell unter dem Gesichtspunkt der Wertübernahme haben fachwissenschaftliche Maßstäbe zudem im Vergleich zu Überzeugungen der Allgemeinheit zwei Vorteile: Sie sind in Existenz und Inhalt objektiv feststellbar und sie stellen sich als rationale Urteile auf einem prinzipiell überprüfbaren Begründungs-Unterbau dar. Ihre Verwendung in Rechtsentscheidungen liegt unter methodischem Aspekt deshalb näher. Es bleibt zu untersuchen, wie sich die angedeuteten grundsätzlichen Erkenntnisprobleme der Fachwissenschaften speziell im Bereich des Kindeswohls auswirken.

### *c) Vorbehalte und Fehlerquellen bei Aussagen zum Kindeswohl*

#### aa) Methodische Probleme empirischer Forschungen

Wissenschaftliche Aussagen zu den Bedürfnissen des Kindes im Scheidungsfall stützen sich regelmäßig auf empirische Untersuchungen und daraus abgeleitete Schlußfolgerungen. Sowohl die Fragestellung dieser Untersuchungen als auch die Formulierung der gewonnenen Erkenntnisse sind aus juristischer Sicht nicht immer befriedigend.

#### (1) Die Fragestellung der Untersuchungen

Die Forschungen und Theoriebildungen sind regelmäßig nicht an der juristischen Fragestellung orientiert, so daß sich Kindeswohl-Kriterien für die Sorgeverteilung bei Scheidung zumeist als Übertragung von in anderen Zusammenhängen und unter anderem Blickwinkel gewonnener Einsichten darstellen<sup>335</sup>. Speziell der Situation von Scheidungskindern haben sich die Wissenschaften erst in jüngster Zeit zugewandt<sup>336</sup>.

Aber auch die Fragestellung der zugrunde gelegten anderwärtigen Forschungen wird nicht immer als befriedigend empfunden. Entsprechend dem tatsächlichen Geschehen bei der Scheidung greift man für Kindeswohl-Kriterien vor allem auf zwei Forschungsthemen zurück: die Auswirkungen des Verlusts eines Elternteils auf das Kind und die positive Bedeutung der Anwesenheit eines Elternteils. Es wurde kritisiert, daß die insoweit traditionell untersuchten Situationen des "broken home", "father absence" und "maternal deprivation" oft zu unscharf definiert worden seien, um brauchbare Ergebnisse zu gewährleisten. Vor allem die *Gründe* der Stö-

334 *Watson*, 21 *Syracuse L.Rev.* 73 (1969); *Klußmann*, *Das Kind* S. 44 ff.

335 *Ellsworth/Levy*, 4 *L.&Soc.Rev.* 169 f., 179, 182 (1969); *A. Skolnick*, 39 *L.&Cont.Prob.* 39, 53 (1975); vgl. *Bronfenbrenner*, 45 *Child Development* 3 (1974).

336 Vgl. die Nachweise oben 3. Kap. Fn. 198 sowie *McDermott*, 124 *Am.J.Psych.* 1424 ff. (1968); ders., 23 *Arch.Gen.Psych.* 421 ff. (1970); *Haffter*, *Kinder aus geschiedenen Ehen* (1960); *Fthenakis*, *Elterntrennung* S. 63 ff.; *Fthenakis/Niesel/Kunze*, *Ehescheidung* S. 95 ff.

zung (z.B. Tod, Krieg, berufliche Abwesenheit, Scheidung) und die *anschließenden* Lebensverhältnisse (Heim, Pflegestelle, Teilfamilie, Vollfamilie mit Stiefelternteil) könnten für die Kindesentwicklung wesentliche Bedeutung haben<sup>337</sup>. Zu den Erkenntnissen im Rahmen des "Children of Divorce Project" von Wallerstein/Kelly gehört, daß selbst eine thematische Eingrenzung auf den Scheidungsfall noch keine wirksame Auslese unter den Variablen bewirkt, die das Kind und seine Entwicklung beeinflussen<sup>338</sup>. Auch hier kommt es wesentlich auf das Alter des Kindes an<sup>339</sup> sowie auf die Umstände und Art und Weise der Trennung, die anschließende Gestaltung des Verhältnisses zu *beiden* Eltern und die neue familiäre Lebensform.

## (2) Fehlerquellen bei der Ergebnisformulierung

Methodische Schwächen bei der Untersuchungsthematik wirken sich auch auf die Ergebnisse aus. Sowohl die Übertragung von Erkenntnissen aus anderen Zusammenhängen wie auch die mangelnde Präzisierung des ursprünglichen Tatbestandes selbst mögen mitursächlich sein für eine oft breite und generalisierende Formulierung wissenschaftlicher Grundsätze<sup>340</sup>. Sie lassen nicht nur ihren Geltungsbereich im unklaren, sondern verschweigen auch die Vorbehalte und Bedingtheiten für eine Anwendung auf einen konkreten Fall. Generelle Lehrsätze im psychosozialen Bereich müssen notwendigerweise unter erheblicher Abstrahierung von der Komplexität konkreter Situationen gewonnen werden<sup>341</sup>. Daraus folgt, daß bei ihrer Anwendung auf den konkreten Fall mit einer großen Zahl unkontrollierter Variabler zu rechnen ist, die die Geltung des Grundsatzes in Frage stellen können<sup>342</sup>. Ein entsprechender Vorbehalt kommt jedoch nicht immer deutlich genug zum Ausdruck, wenn wissen-

337 *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 175 f., 182 ff. (zum "broken home"), S. 187 ff. (zur "father absence"), S. 195 ff. (zur "maternal deprivation") (1969), jeweils mit Nachweisen und Erörterungen der einschlägigen Forschungen. Der Artikel von *Ellsworth/Levy* ist gleichzeitig der vorbereitende Report zum UMDA.

338 *Wallerstein/Kelly*, 47 Am.J.Orthopsych. 5 f. (1977); *dies.*, 14 J.Am.Acad.ChildPsych. 603 f., 607, 614 (1975); *Kelly/Wallerstein*, 46 Am.J.Orthopsych. 32 (1976); *dies.*, 47 Am.J.Orthopsych. 26 ff. (1977); vgl. auch *Burchinal*, 26 J.Marr.&Fam. 44 ff. (1964); *Nye*, 19 Marr.&Fam.Living 356 ff. (1957); *Ellsworth/Levy* a.a.O. S. 174 f.

339 *Wallerstein/Kelly* unterscheiden die Altersgruppen preschool child, early latency, later latency and adolescents (ab 13 Jahre) und stellen wesentlich unterschiedliche Reaktionen fest; vgl. auch *McDermott*, 124 Am.J.Psych. 1424 ff. (1970); *Fthenakis*, Elterntrennung S. 71 ff.

340 Vgl. *Lempp*, NJW 1963, 1959; *ders.*, NJW 1972, 318; *Lempp/Röcker*, ZfKinder&Jug.Psych. 1 (1973) 25, 31; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 398 f.; vgl. auch die Gutachten in OLG Stuttgart 17.7.1974, FamRZ 1975, 105; 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131; OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; *Bowler v. Bowler*, 74 ALR 2d 1068, 1070 (Mich. 1959). Kritisch zu derartigen Generalisierungen *Langelüddeke/Bresser*, Vorwort.

341 Zum Variablenproblem vorstehend Fn. 324.

342 So weist *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968) darauf hin, daß die Psychoanalyse zur Beurteilung eines Einzelmenschen nicht in der Lage sei, obwohl das Individuum doch ihr Erkenntnisobjekt sei. Vgl. auch *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1120 ff. (1976); *Bradbrook*, 11 J.Fam.L. 563, 565 (1971); *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 73 (1969); außerdem ist hier wiederum auf die Ergebnisse der *Macfarlane*-Studie zu verweisen, oben 4. Kap. Fn. 53.

schaftliche Erkenntnisse dem Juristen mitgeteilt oder gar in rechtspolitische Postulate umgesetzt werden<sup>343</sup>. Speziell der Entwicklungspsychologie wird die Tendenz vorgeworfen, Teilaspekte kindlicher Existenz für das Ganze zu nehmen<sup>344</sup>. Je konkreter die Thematik, desto unsicherer seien in der Regel die wissenschaftlichen Aussagen<sup>345</sup>.

Trotz grundsätzlicher Einigkeit über die Wichtigkeit kontinuierlicher Bezugsverhältnisse für das Kind besteht beispielsweise Dissens darüber, welche Folgerungen für die mütterliche<sup>346</sup> Berufstätigkeit zu ziehen sind<sup>347</sup>. Auch das von Goldstein/Freud/Solmit zum Dogma erhobene Prinzip der Alleinständigkeit des nach Scheidung Sorgeberechtigten<sup>348</sup> hat sich in Einzelfragen mit der gleichfalls empirisch gestützten These auseinanderzusetzen, daß die fortbestehende Beziehung zu *beiden* Eltern auch nach der Scheidung von essentieller Bedeutung für das Kind sei<sup>349</sup>.

Schließlich werden bei der Heranziehung anderweitig gewonnener Grundsätze nicht selten die spezifischen Besonderheiten sowohl der Untersuchungssituation wie auch der Scheidungssituation ignoriert, die einer Übertragbarkeit entgegenstehen könnten.

So beklagt beispielsweise Rossi<sup>350</sup>, daß die Erkenntnisse über die Notwendigkeit kontinuierlicher Bezugsverhältnisse, gewonnen an Heimkindern und Fällen von Tod und anderen traumatischen Elternverlusten, einfach übernommen werden, um die Berufstätigkeit von Müttern zu diskriminieren<sup>351</sup>. Generell ist die Situation von Heimkindern und Scheidungskindern, die in der Regel von zwei Eltern nur einen Teil verlieren, so grundlegend verschieden, daß Parallelen von vornherein problematisch erscheinen<sup>352</sup>.

343 Zur Kritik an *Goldstein/Freud/Solmit, Beyond*, oben Fn. 317, 332.

344 A. Skolnick, 39 L.&Cont.Prob. 53 (1975): Verbreitet sei das "nothing-but"-Schlußverfahren, d.h. ein Kind sei „nichts anderes“ als die Summe der typischen Merkmale seines Entwicklungsstadiums oder der im Testverfahren ermittelten Charaktermerkmale. In der deutschen Rechtspraxis entspricht dem das „Normalkind“-Argument (oben 5. Kap. Fn. 13), dazu noch unten bei Fn. 492-494, 634-637. Vgl. weiter *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc. Rev. 170 ff. (1969); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 259 f. (1975); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1141 (1976); *Rossi*, 93 Daedalus 616 f. (1964); A. Skolnick, *Environment* S. 167.

345 *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 258 (1975) hebt darüber hinaus hervor, daß selbst in der Grundlagenforschung über die Entwicklung des Menschen fundamentale Differenzen bestehen. Er weist fünf verschiedene Theorien über die Einflüsse nach, die für die Entwicklung eines Menschen primär entscheidend seien (a.a.O. Fn. 161).

346 Auch hier wird vorausgesetzt, daß die Mutter die alleinige Betreuungsperson des Kindes ist, vgl. die anschließenden Erörterungen zum Mutter-Grundsatz. Einer rein funktionalen Wendung im Sinne einer Disqualifizierung auch väterlicher Berufstätigkeit, sofern der Vater allein Sorgeberechtigter ist, stehen offenbar gesellschaftspolitische Ideologien entgegen, vgl. oben 5. Kap. bei Fn. 245 ff. sowie nachfolgend bei Fn. 350, 351.

347 S. oben 5. Kap. Fn. 189, 197.

348 *Beyond* S. 37 ff (dtsh. 37 f).

349 *Wallerstein/Kelly*, 47 Am.J.Orthopsych. 5 ff. (1977); *Wallerstein*, 1 Fam.Adv. 39 (1978); *dies.*, Gespräch mit dem Verfasser v. 13.3.1979; an den Erkenntnissen von *Wallerstein/Kelly* dürften Bestrebungen scheitern, das *Umgangsrecht* im Prinzip zu beseitigen. Daß in Einzelheiten viel zu verbessern bleibt, steht außer Frage.

350 93 Daedalus 616 f. (1964).

351 Vgl. auch *Lebr*, Die Rolle der Mutter S. 47, 71; *M. Mead*, 24 Am.J.Orthopsych. 471 ff. (1954), und oben 5. Kap. Fn. 197, 255.

352 *Rossi* a.a.O.; *Lebr* a.a.O.

Hierher gehört auch die Beobachtung eines Entwicklungspsychologen, daß man sich viel zu stark auf „unnormale“ Personen und Situationen konzentriert habe und deshalb wenig Rüstzeug besitze zur Beurteilung prinzipiell gesunder Kinder, die nur etwa wegen des Scheidungsereignisses zur Begutachtung kommen<sup>353</sup>.

Zentrale Bedeutung für die Sorgerechtsproblematik kommt insoweit der Frage zu, *ob die wissenschaftlichen Lehrsätze über die Rolle der Mutter bei der Kindesentwicklung für die Entscheidung zwischen Mutter und Vater herangezogen werden können*. Unter dem Stichwort „maternal deprivation“ hat sich, aufbauend vor allem auf den Forschungen von Spitz und Bowlby, der inzwischen universell anerkannte<sup>354</sup> Grundsatz herausgebildet: „Essential for mental health is that the infant and young child should experience a warm, intimate, and continuous relationship with his mother“<sup>355</sup>.

Es ist darauf hinzuweisen, daß die wissenschaftliche Absicherung des Muttergrundsatzes nicht *nur* in der Deprivationsforschung gesucht wird. Gelegentlich wird ein Muttervorrang auch gegenüber dem Vater von Fachwissenschaftlern bejaht, ohne daß eine empirische Erkenntnisgrundlage ersichtlich wäre<sup>356</sup>. Neuerdings bietet sich vor allem die Verhaltensbiologie als derartige Grundlage an<sup>357</sup>. Hierauf kann sachlich nicht eingegangen werden<sup>358</sup>; die Deprivationsforschung wird nur paradigmatisch für methodische Fehlerquellen bei der Heranziehung wissenschaftlicher Grundsätze erörtert.

Von den Gerichten wird dieser Grundsatz gerne aufgegriffen als wissenschaftliche Bestätigung des im Allgemeinbewußtsein längst verankerten Wertes der Mutterliebe<sup>359</sup>. Dabei wird übersehen, daß das Untersuchungsthema der Deprivationsforschung ganz überwiegend die Trennung der Kinder von Müttern als *alleinigem* Elternteil ist, mit der Konsequenz einer Plazierung in Pflegestellen oder Heimen. Die Trennung bedeutet für die Kinder deshalb Elternverlust schlechthin, so daß es sich der Sache nach um „parental deprivation“ handelt<sup>360</sup>. Ob die festgestellten Auswir-

353 *Bronfenbrenner*, 45 *Child & Development* 1 ff., 3 (1974): „... much of American developmental psychology is the science of the behavior of children in strange situations with strange adults“; kritisch auch *A. Skolnick*, 39 *L.&Cont.Prob.* 39, 53 (1975).

354 Vgl. United Nations Declaration of the Rights of the Child, Principle 6, oben 3. Kap. Fn. 89.

355 *Bowlby*, *Maternal Care* S. 11; *ders.*, *Bindung* S. 189 ff.; *ders.*, *Mutterliebe*, passim; *Spitz*, *Hospitalism*, in: *The Psychoanalytic Study of the Child I* S. 53 ff.; *ders.*, *Die Entstehung der ersten Objektbeziehungen* (1960); *ders.*, *Vom Säugling zum Kleinkind*, insbes. S. 307 ff.; *Spitz/Wolf*, *Analytic Depression*, in: *The Psychoanalytic Study of Child II* S. 313 ff.; *Erikson*, *Wachstum* S. 13; vgl. auch *Haffter* S. 64 f., 97, 110 und öfter; *Lempp*, *NJW* 1963, 1659 f.; *ders.*, *NJW* 1972, 318; *Mitscherlich*, *Vaterlose Gesellschaft* S. 72 ff.; *Hassenstein*, *Der Begriff des Kindeswohls* S. 35; *ders.*, *Verhaltensbiologie*, insbes. S. 47 ff., 74 ff., 374 ff.; *Junker*, *Die Lage der Mütter II* S. 2 ff., 36 ff., 72 ff.; *Toman*, *Familienkonstellationen* S. 143 f.

356 *Biermann*, *Gutachtenschicksale* S. 85, 94; *Junker* a.a.O., Bd. I S. 58 ff.

357 *Hassenstein*, oben Fn. 355; *Rossi*, 106 *Daedalus* 1 ff. (1977); vgl. 5. Kap. Fn. 451.

358 Vgl. aber sogleich unten bei Fn. 401-403.

359 Nachweise unten Fn.. 509, 514; KG 29.11.1977, *FamRZ* 1978, 829, 830 beruft sich ausdrücklich auf einen entsprechenden „entwicklungspsychologischen Grundsatz“ (ohne Nachweise aus fachwissenschaftlicher Literatur).

360 *Brandwein/Brown/Fox*, 36 *J.Marr.&Fam.* 498 f., 507 ff. (1974); *Ellsworth/Levy*, 4 *L.& Soc.Rev.* 195 (1969); *Lehr*, *Die Rolle der Mutter* S. 20 ff., 125; *Okpaku*, 29 *Rutgers L.Rev.* 1141 (1976); *Rossi*, 93 *Daedalus* 611 ff. (1964).

kungen verschieden gewesen wären, wenn die Kinder den Vater als alleinigen Elternteil verloren hätten (paternal deprivation), ist wissenschaftlich nicht belegt<sup>361</sup>. Es ist auch kaum bekannt, welche Bedeutung der Mutterabwesenheit zukommt, wenn der Vater als betreuender Elternteil zurückbleibt<sup>362</sup>, während Untersuchungen zur "father absence" traditionellerweise den Verbleib der Mutter als Elternteil voraussetzen<sup>363</sup>. Der Vater als eigenständiger, nicht nur sekundierender Elternteil ist erst in den letzten fünf Jahren in den Blickpunkt des kinderpsychiatrischen Interesses gerückt<sup>364</sup>.

Die Grundlagenforschung deutet deshalb darauf hin, daß der entwicklungspsychologische Muttergrundsatz nicht ohne weiteres im Streit zwischen Mutter und Vater eingesetzt werden kann. „Mutter“ im Sinne dieses Grundsatzes erscheint vielmehr als Kurzform und faktischer Normaltypus für „primäre Bezugsperson“<sup>365</sup>. Von hier aus kann es den Juristen nicht mehr überraschen, wenn er gelegentlich in Publikationen von Wissenschaftlern nach längeren Ausführungen über die Unersetzlichkeit der Mutter auf den beiläufigen Zusatz stößt: „Mutter“ im Sinne dieser Ausführungen könne „auch einmal der Vater“ sein<sup>366</sup>. Konsequenz für die Sorgerechtsproblematik wäre deshalb die Ersetzung des pauschalen entwicklungspsycho-

361 Ellsworth/Levy a.a.O.

362 Dieses Thema wird partiell angesprochen bei Gregory, 13 Arch.Gen.Psych. 99 ff. (1965); vgl. auch Ellsworth/Levy a.a.O.

363 Vgl. Ellsworth/Levy a.a.O. S. 187 ff.; Hetherington, 6 Psychology Today 47 ff. (1973).

364 Ftbenakis, in: Der Spiegel 10.3.1980, S. 58 f., sowie Spiegel-Bericht ebenda S. 42, 45; vgl. Hamilton, Father's Influence S. 1 ff., 360 ff. und passim, mit Literaturübersicht S. 173 ff. Die traditionelle Fixierung auf die Mutter wird z.B. daran deutlich, daß bei Spitz (Vom Säugling zum Kleinkind (1967)) das zentrale Thema die Mutter-Kind-Beziehung ist, der Vater hingegen im Index nicht auftaucht. Ausführlich jetzt Ftbenakis/Niesel/Kunze, Ehescheidung S. 3 ff., 88 ff.; Ftbenakis, Die Rolle des Vaters in der frühen Kindheit (demnächst).

365 In diesem Sinne wird der Mutterbegriff von der Entwicklungspsychologie auch überwiegend verstanden. Daß von der „Mutter“ die Rede ist, erklärt sich aus Praktikabilitätsgründen und daraus, daß die Abwägung zwischen Mutter und Vater regelmäßig nicht das Thema der Entwicklungspsychologie ist. Klarstellend für den Scheidungszusammenhang (im Sinne des Textes) Ell, Trennung S. 88 ff. Bezeichnend im übrigen die häufige und unmißverständliche Formulierung „Mutter oder andere ständige Pflegeperson“, Schenk-Danzinger, Entwicklungspsychologie Ziff. 4.2.3.3.; Oerter, Entwicklung und Sozialisation S. 55; andeutungsweise auch die Formulierung „Mutterfigur“, Bowlby, Mutterliebe, passim. Vgl. auch die folgende Fn.

366 Lempp, NJW 1972, 318 L.Sp.; Lempp/Röcker, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 31; Hassenstein, in: Familienrechtsreform S. 220; ders., Der Begriff des Kindeswohl S. 35; Ell, ZBlJR 1980, 324; kritisch zu diesem Gebrauch des Mutterbegriffs aber ders., ZBlJR 1982, 77; vgl. auch Haffter S. 122 f., der den Mutterbegriff neutral im Sinne jeglicher psychologischer Bezugsperson der ersten Lebensjahre aufschlüsselt, dann aber den Leser, der auch den Vater als prinzipiell eingeschlossen wähnt, in Verwirrung stürzt mit der Folgerung: „Die Muttergestalt unterscheidet sich deshalb wesentlich von der des Vaters“. Es kann nur vermutet werden, daß auch für Haffter „Mutter“ und „Vater“ funktionale Begriffe sind, die an herkömmlicher Sozialstruktur gebildet wurden und heute den jeweils weiblichen oder männlichen Elternteil bezeichnen können. Unglücklich auch der Ausdruck „mothering“ in den USA für Pflegepersonen beiderlei Geschlechts, Bazemore v. Davis, 5 FLR 2131 (D.C.App. 1978); Atkinson v. Atkinson, 6 FLR 2388 (Ill.App. 1980) ("mothering father").

logischen Muttergrundsatzes durch den funktionalen und differenzierteren Begriff der psychosozialen Elternschaft<sup>367</sup>, wie er als „Bindung des Kindes“ Eingang in das positive Recht der Bundesrepublik gefunden (§ 1671 Abs. 2 s. Hs. BGB)<sup>368</sup> und in anderem Zusammenhang jedenfalls durch den *Bundesrat* generelle Anerkennung gefunden hat<sup>369</sup>. Die Deprivationsforschung trägt dieses Konzept, soweit erhebliche Bindungsunterschiede im Verhältnis des Kindes zu beiden Eltern bestehen. Seine Grenzen liegen dort, wo das Kind eine psychosoziale Bindung zu jedem Elternteil hat<sup>370</sup>. Daraus werden die Fehlerquellen deutlich, die einem unscharfen entwicklungspsychologischen Muttergrundsatz für die Sorgerechtsfrage anhaften: Er versagt gegenüber dem Vater als alleinigem oder annähernd gleichwertigem psychosozialen Elternteil, läßt diese immanente Begrenzung aber nicht erkennen<sup>371</sup>.

#### bb) Das Problem der Objektivität

Im Zusammenhang mit den generellen Leistungsgrenzen von Wissenschaften, die sich mit dem seelischen, geistigen und sozialen Aspekt der menschlichen Existenz befassen, ist bereits angedeutet worden, daß sich dort die hermeneutische Problematik ähnlich stellt wie in der Jurisprudenz<sup>372</sup>. Der persönliche Verständnishorizont des Interpreten ist konstitutives Element der Objekterkenntnis, sein Vorverständnis entscheidet über wesentliche Weichenstellungen. Der Jurist ist gegenüber dem Fachwissenschaftler eher noch im Vorteil, da ihm die objektive Rechtsordnung, unbeschadet der Probleme wiederum ihrer Erkenntnis, als Anhaltspunkt zur „Stimmigkeitskontrolle“ zur Verfügung steht. Der Wissenschaftler hat demgegenüber im Prinzip die Möglichkeit empirischer Kontrolle. Nur macht sich auch hier bemerkbar, daß die wissenschaftliche Forschung die Scheidungsproblematik lange Zeit nicht thematisiert hat: Der Mangel an einschlägigem empirischen Wissen fördert nicht nur ungenaue Übertragungen aus anderen Themenbereichen, sondern auch das Eindringen allgemeiner kultureller und subjektiver Vorverständnisse.

Die Frage nach Objektivität und Richtigkeit wissenschaftlicher Aussagen stellt sich demnach nicht im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern analog der Frage-

367 Oben 5. Kap. Fn. 14; wie hier *Finger* S. 306; *Lange*, RdJ 1971, 267 ff.; *Simitis*, in: Seminar, Vorwort S. 44; *Hegnauer*, Gespräch mit dem Verfasser v. 23.5.1979; OLG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 6.3.1973, NJ 1973, 298; 299; vgl. auch OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; *Friedrich-Marczyk/Schulte*, ZRP 1980, 318 f.

368 Oben 5. Kap. bei Fn. 14 ff.

369 BT-Drucks. 8/6213, S. 17 (zum „Elternurlaub“ anstelle des Mutterschaftsurlaubs): „Geschlechtsspezifische Gründe für einen Vorrang der Mutter bei der Betreuung des Kindes sind nach Ablauf der Mutterschutzfristen nicht gegeben. Untersuchungen haben deutlich gemacht, daß der für die Entwicklung des Kindes wesentliche Punkt das Vorhandensein einer ständigen Betreuungsperson (Bezugsperson) ist. Dabei ist gleichgültig, ob die Betreuung durch die Mutter oder den Vater erfolgt.“

370 Oben 5. Kap. Fn. 20.

371 Typisch für die daraus resultierenden Mißverständnisse durch Gerichte und Juristen neuerdings wieder *Jorio* S. 252 ff., der aus der Deprivationsforschung die rechtliche Rückstellung des Vaters für Kleinkinder ableitet.

372 Anschaulich für die Psychologie/Psychiatrie *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1341 (1965); grundlegend für die Rechtswissenschaft *Esser*, Vorverständnis (1972).

stellung bei Werturteilen<sup>373</sup>. Im einzelnen sind zu unterscheiden der Einfluß des Vorverständnisses im engeren Sinn und der Einfluß subjektivistischer Vorurteile<sup>374</sup>. In beiderlei Hinsicht gibt die Kindeswohl-Diskussion Anlaß zur Erörterung.

(1) Die Kulturabhängigkeit humanwissenschaftlicher Erkenntnisse

In engerem Sinne basiert die Lehre vom Vorverständnis auf der Unmöglichkeit geistiger Erkenntnis außerhalb des Mediums des eigenen Bewußtseins. Das Untersuchungsthema der hier interessierenden Wissenschaften und gleichzeitig die Frage der Juristen an diese Wissenschaften richtet sich primär auf die seelisch-soziale *Natur* des Menschen, nicht auf soziale Übungen, die zur Disposition jeder Gesellschaft stehen. Offenkundig ist das Dilemma, vor dem die Wissenschaften insoweit stehen. Ihr Beobachtungsobjekt, das Individuum, existiert nie „als solches“, sondern stets eingebunden in einen sozialen und kulturellen Kontext. Es ist deshalb nicht nur praktisch unmöglich, eine von diesem Kontext abstrahierte menschliche Persönlichkeit zu studieren, sondern auch nicht sinnvoll<sup>375</sup>. Psychologische Theorien, die die kulturelle Bedingtheit konkreten menschlichen Seins ignorieren, verfehlen die „Wahrheit“ auf spezifische Weise<sup>376</sup>. Dennoch ist theoretisch notwendig, was praktisch oft versäumt wird: die Überprüfung von Erkenntnissen auf ihre (auch nur potentielle) sozial-kulturelle Bedingtheit, bevor sie als Erkenntnis der „Natur des Menschen“ ausgegeben werden<sup>377</sup>. Die sich naturwissenschaftlich gebenden Aussagen der Bedeutung von Vater und Mutter für das Kind sowie zur Rollenverschiedenheit der Geschlechter auf Eltern- und Kindesebene<sup>378</sup> lassen die sich insoweit aufdrängenden Vorbehalte oft vermissen<sup>379</sup>. Da das kulturell bedingte Vorverständnis bei Richtern wie Wissenschaftlern gleich ist, findet auch keine effektive Kontrolle durch die Gericht statt, vielmehr aktualisiert sich häufig die Gefahr, daß sich beide Seiten die sozialen Übereinkünfte ihrer Zeit gegenseitig versichern, die eine als Natargesetz, die andere als Rechtsgebot, das die sozialen Strukturen verfestigt.

So korrespondiert der in der Rechtsprechung häufig anzutreffende leistungsorientierte und disziplinfordernde Vater, dessen „starke Hand“ das Kind brauche und der ihm die „Außenwelt“ vermittele<sup>380</sup>, mit entsprechenden Vaterbildern der Psychologie oder anderer Wissenschaften.

373 Dazu oben II.3.a) aa).

374 Zur Unterscheidung *Esser*, AcP 172 (1972) 101 f. und 175 (Diskussionsbericht von *Kötz*).

375 A. *Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 40 (1975).

376 A. *Skolnick* a.a.O. S. 60 f.; *Watson*, Psychiatry S. 200 ff., 254 ff.; vgl. auch *Langelüddeke/Bresser* S. 27.

377 *Strunk/Berger*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 23.

378 Vgl. oben bei Fn. 271-276, 355; in der juristischen Literatur übernommen beispielsweise von *Barth*, ZBlJR 1978, 49 ff.; *Dölle*, Familienrecht II S. 294; *Maier-Reimer*, Gutachten S. A 67 f.; *Möbs* S. 97 ff.; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 399; *Tritz* S. 65.

379 Kritisch *Arnold v. Arnold*, 6 FLR 2199 (Nev. 1979); *Richter*, in: Die Institution der Ehe S. 53 ff.

380 Rechtsprechungsnachweise oben Fn. 272; vgl. auch *Dölle*, Familienrecht II S. 294; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 399; *Jorio* S. 284 f.; sowie oben bei Fn. 73.

die nicht Ergebnis, sondern Prämisse wissenschaftlicher Forschung sind<sup>381</sup>. Der atypische Vater hat in der Rechtsprechung einen ebenso schweren Stand<sup>382</sup> wie er Gefahr läuft, von der Psychologie als „abweichend“ (deviant) eingestuft zu werden<sup>383</sup>. Allzu deutlich steht hinter diesen Bewertungen die allgemein-gesellschaftliche Präferenz für Leistung und Ordnung sowie ein Rollenstereotyp, wonach diese Merkmale dem Mann und der väterlichen Erziehungshaltung zuzuordnen sind. Nach Königs Untersuchungen<sup>384</sup> ist mit der Möglichkeit zu rechnen, daß dieses Stereotyp nach dem 2. Weltkrieg nur noch Oberschichtenspezifisch ist. In diesem Fall wären Wissenschaftler und Richter als gemeinsame Vertreter eines schichtenspezifischen Werturteils anzusehen<sup>385</sup>. Selbst Wissenschaftler, die sich vom traditionellen Rollenbild der Eltern abwenden und die Gleichwertigkeit der Eltern für die Kindeserziehung postulieren, können Stereotypen über das „männliche Prinzip“<sup>386</sup> oder die Rolle der Frau verhaftet sein<sup>387</sup>.

Auch unter diesem Aspekt ist ein wissenschaftlicher Sprachgebrauch zurückzuweisen, der – jedenfalls im Scheidungszusammenhang – mit dem Häufigkeitstypus „Mutter“ arbeitet, obwohl allein die primäre Bezugsperson des Kindes gemeint ist<sup>388</sup>.

Der Hinweis auf die kulturelle Bedingtheit wissenschaftlicher Erkenntnisse soll nicht besagen, daß diese Erkenntnisse wertlos seien. Sie können gültig sein, wenn die Fakten mit den sozial-kulturellen Prämissen der Forschung übereinstimmen (z.B. die Mutter ist tatsächlich die primäre Bezugsperson des Kindes). Ob sie dies generell tun, ist eine soziologische Frage, ob im Einzelfall, eine Frage richterlicher Sachverhaltsaufklärung. Der Fehler liegt darin, daß Psychologen oft den historisch-gesellschaftlichen Rahmen als *selbstverständliche* Ausgangsbedingung nehmen und

381 *Biermann*, Familie und Kind S. 18; *Haffter* S. 121; *Junker*, Die Lage der Mütter I S. 2, 58 ff., 72 f.; *Lempp*, NJW 1963, 1658 f.; *ders.*, NJW 1972, 318; *Remplein*, Entwicklung S. 569; vgl. auch *Mitscherlich*, Vaterlose Gesellschaft S. 178 ff., 249, 346. *Kritisch Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 195 (1969); *Hamilton*, Father's Influence S. 160 ff.; *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 684 Fn. 9 (1974); *Lehr*, Die Rolle der Mutter S. 124; *Schaffer*, Mütterliche Fürsorge S. 126. Empirische soziologische Untersuchungen bestätigen die Unfundiertheit des herkömmlichen Vaterbildes, *Orthner/Lewis*, 13 Fam.L.Q.27, 36 ff. (1979).

382 Vgl. *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152 (Iowa 1966); KG 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827; anders aber BayObLG 17.7.1964, FamRZ 1964, 523.

383 *Kritisch Rossi*, 93 Daedalus 611 ff. (1964); *Lempp*, Ehescheidung S. 30 (für den in der Kindesfürsorge engagierten Vater wird aber dennoch der Hinweis auf studentische Verhältnisse für notwendig gehalten). „Deviant“ sind nicht nur einfühlsame, „weiche“ Väter, sondern auch „starke“ Mütter, vgl. *Uhlberg*, A Cognitive-Developmental Analysis of Children's Sex-Role Concept and Attitudes, in: *E. Maccoby* (Hrsg.), The Development of Sex Differences, Stanford 1966, S. 82 ff., 161; *Junker*, Die Lage der Mütter I S. 61, 68; kritisch *Diederichsen*, NJW 1980, 9. Das Konzept der Deviance setzt eine klare Definition der Normalität voraus, ein Begriff, der aber offenkundig kulturell bedingt ist, *Redlich/Freedman*, The Problem of Normality S. 55 f.; *Sabsbin*, Psychiatric Perspectives on Normality S. 57 ff.

384 *Materialien* S. 214 ff., 230.

385 Zur Schichtenabhängigkeit familienrechtlicher Normen im allgemeinen *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 34 ff.

386 *Lempp*, NJW 1963, 1659 f.

387 So z.B. *Fthenakis*, in: *Der Spiegel* v. 10.3.1980, S. 61: Zur Männlichkeit rechnet F. impliziter Dominanz, Entscheidungsmacht, Pünktlichkeit, Selbstkontrolle (letztere soll ohne väterliches Modell kaum erlernbar sein – welches Vorverständnis weiblicher/mütterlicher Eigenschaften liegt dem zugrunde?).

388 Oben bei Fn. 365, 366.

dementsprechend nicht ausdrücklich als Prämisse ihrer Aussage kennzeichnen<sup>389</sup>, während Juristen diese Aussagen häufig als naturwissenschaftlich verstehen, ihre Bedingtheit nicht sehen und folglich auch die Prämissen in concreto nicht überprüfen.

Nirgends erörtert ist das Problem, ob der Richter kulturell bedingtes Sein unter Umständen wie natürliches Sein behandeln darf. Anthropologische Studien und Frauenrechtler vertreten die These, daß Männer und Frauen zwar nicht (von rein biologischen Differenzen abgesehen) verschieden geboren, aber kraft massiver geschlechtsspezifischer Sozialisation von Geburt an verschieden *geprägt* werden<sup>390</sup>. Da auch in der westlichen Entwicklungspsychologie dem Umweltfaktor erheblicher Rang gegenüber dem Anlagefaktor eingeräumt wird<sup>391</sup>, ergäbe sich, daß Frauen als *Erwachsene* tendenziell pflege- und verantwortungsgeneigter *sind*. Daß dieses Faktum langfristig zur Disposition der Gesellschaft stände<sup>392</sup>, wäre für den Richter im Einzelfall unmaßgeblich. Dennoch: Um „Gesetzlichkeiten“ handelt es sich auch hier nicht, zumal die Umwelteinflüsse im einzelnen sehr verschieden sind und verschieden aufgenommen werden. Die konkrete Überprüfung wird dem Richter deshalb nicht erspart. Belegt diese nicht die bessere Pflegeeignung der Mutter, kann nicht dennoch zu ihren Gunsten eine Vermutung auf Grund sozio-kultureller Regelmäßigkeiten eingesetzt werden<sup>393</sup>. Spielt die Umweltpprägung eine Rolle, so ist der Richter insbesondere in Zeiten gesellschaftlichen Rollen- und Standardwandels vorrangig auf die individuellen Gegebenheiten verwiesen. Für ihn gilt bezüglich *beider* Eltern, was von entwicklungspsychologischer Seite speziell für den Vater gesagt wurde: „Seine Rolle wird so aussehen, wie er und seine Frau sie gestalten“<sup>394</sup>.

## (2) Vorurteile und Ideologien

Obwohl die Übergänge gleitend sind, ist neben dem Problem „objektiver“ Voreingenommenheit, mit dem auch der gewissenhafte, selbstdisziplinierte Wissenschaftler zu leben hat, das weitere Problem der subjektivistischen Voreingenommenheit, des Vorurteils zu unterscheiden. Hier ist die persönliche Prädisposition des Autors so dominierend und unkontrolliert, daß dem der Rechtsidee verantwortlichen Juristen die Verwertbarkeit der Aussagen schlechthin zweifelhaft werden muß.

389 Eine Ausnahme bietet z.B. *Toman*, Familienkonstellationen, dazu unten Fn. 411.

390 *Barry/Bacon/Child*, in: *Ewert*, Entwicklungspsychologie S. 69 ff., 76 (weiblich: Pflege, Verantwortlichkeit, Anpassung; männlich: Leistung, Selbstvertrauen); *E.G. Belotti*, Was geschieht mit kleinen Mädchen? München 1975; *B. Friedan*, Der Weiblichkeitswahn oder Die Selbstbefreiung der Frau, Reinbeck 1970; *U. Scheu*, Wir werden nicht als Mädchen geboren – wir werden dazu gemacht, Frankfurt/M. 1977; *E.S. Maccia/M.A. Coleman/M. Estep/T.M. Schiel* (Hrsg.), Women and Education, Springfield/Ill. 1975; vgl. auch *Bierhoff-Alfermann*, Geschlechtsunterschiede S. 79 ff.; *N. Bischof/H. Prenschoft*, Geschlechtsunterschiede. Entstehung und Entwicklung, München 1980; *Richter*, in: Die Institution der Ehe S. 53 ff.; *dagegen Merz*, Geschlechtsunterschiede S. 94 ff.

391 *Oerter*, Entwicklungspsychologie, 1. Kap.; *ders.*, Entwicklung und Sozialisation S. 8-42, insbes. S. 13; zur sozialistischen Sicht oben 1. Kap. Fn. 30.

392 *Barry/Bacon/Child* a.a.O.

393 Vgl. oben bei Fn. 276 und unten bei Fn. 744.

394 *Schaffer*, Mütterliche Fürsorge S. 126.

Geboten werden in diesen Fällen nur gängige Vorurteile in pseudowissenschaftlicher Verbrämung<sup>395</sup>.

Zunächst ist insoweit wiederum auf vorgefaßte Rollenkonzeptionen zu verweisen, auf die der Richter im Rahmen der Sorgerechtsfrage besonders sorgfältig zu achten hat. Schon bezüglich der wissenschaftlichen Themenstellung muß es für denjenigen, der *zwischen Mutter und Vater* eine *objektive* Entscheidung allein nach Maßgabe des konkreten Kindesinteresses zu treffen hat, enttäuschend sein, daß von „maternal deprivation“ und „father absence“ gesprochen wird, kaum aber von „paternal deprivation“ oder von „mother absence“<sup>396</sup>. Darüber hinaus treten aber in fachwissenschaftlichen Publikationen, die für Kindeswohl-Fragen herangezogen werden, nicht selten die Vorurteile des Verfassers unverhüllt zutage.

Die Arbeit von Haffter beispielsweise<sup>397</sup>, deren wissenschaftliche Qualität insgesamt hier nicht in Frage gestellt werden soll, leidet unter sozialer und moralischer Voreingenommenheit. Trotz rational-neutraler Ansätze<sup>398</sup> liest man zur Frage des „Lebensgefährten“ folgendes: „Meistens“ seien die „Liebhaber“ der sorgeberechtigten Mutter minderwertig, während die „Hausgenossin“ des Vaters oft das Durchgangsstadium zum neuen Ehegatten darstelle<sup>399</sup>. Bedenken bestünden jedoch auch gegen sie: „Frauen, die auf diesem Wege einen Mann suchen, (sind) meist infolge irgendeiner Minderwertigkeit ledig geblieben. Die charakterliche Unzulänglichkeit der Hausgenossinnen schadet dem Kind mehr als die ‚Unsittheit‘ des Konkubinars“<sup>400</sup>.

Hassenstein, der zur Mutterrolle aus verhaltensbiologischer Sicht Stellung nimmt<sup>401</sup>, polemisiert gegen mütterliche Berufstätigkeit mit folgender Textstelle: „Eine Mutter hatte ihr Kind in den ersten Lebensjahren zeitweise außer Haus gegeben; später litt sie darunter, als ihr 18-jäh-

395 Dies hebt vor allem die US-amerikanische Kritik hervor, *Brandwein/Brown/Fox*, 36 J. Marr.&Fam. 498 f., 507 f. (1974); *Cox/Cease*, 1 Fam.Adv. 43 (1978); *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1340, 1341 (1965); *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 201 (1969); *Ennis/Litwack*, 62 Cal.L.Rev. 724 ff., 726 ff. (1974); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 684 Fn. 9, 685 Fn. 11 (1974); *Krause*, Family Law, Cases S. 1041; *Kurtz*, 11 Fam.L.Q. 138 f. (1978); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1141 (1976); *Rossi*, 93 Daedalus 611 ff. (1964); *dies.*, 106 Daedalus 9 ff. (1977); *A. Skolnick*, 39 L.&Cont.Prob. 38 ff., 60 (1975); *Speier*, in: *Rethinking Childhood* S. 168 ff.; vgl. auch *J. Shapiro*, Conc.Op. in: *Feldman v. Feldman*, 358 N.Y.S.2d 507, 514 ff. (App.Div. 1974). In der BRD jetzt *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung S. 6 ff.

396 Vgl. oben bei Fn. 360. *Ewert*, Entwicklungspsychologie S. 123 weist darauf hin, daß die Unterrepräsentation der Väter in der Forschung nicht als Beleg ihrer zweitrangigen Bedeutung für die Kinder genommen werden kann, sondern vorurteilsbedingt ist.

397 *Kinder aus geschiedenen Ehen* (1960).

398 A.a.O. S. 109: Keine Ungleichbewertung von Mann und Frau; S. 103, 109: Nicht Moral, sondern Erziehungseignung solle entscheiden.

399 A.a.O. S. 103, 109.

400 A.a.O. S. 109. Soziale Voreingenommenheit zeigt sich bei *Haffter* schon bei der Auswahl der Untersuchungsgruppe: Von 100 Scheidungsfamilien waren nur 30 Ehepaare *nicht* auffällig geworden im Sinne von Alkoholismus, Kriminalität, Psychopatie, Schwachsinn etc. (a.a.O. S. 12 ff.). Dementsprechend sieht *Haffter* die Scheidung primär als Unterschichtenproblem an (S. 18 f.). Es muß bezweifelt werden, daß damit der soziale Durchschnitt der Scheidungsfamilien getroffen ist.

Auch das von den Gerichten gerne verwandte Werk von *Remplein*, *Entwicklung*, insbes. 16. Kap. IV, 17. Kap. III 1; 19 Kap. II und öfter wird von Pauschalwertungen und Vorurteilen, vor allem bezüglich der Geschlechterrollen durchzogen, kritisch dazu auch *Quambusch*, ZBJR 1973, 386 f.

401 *Verhaltensbiologie* (1973), vgl. oben Fn. 355.

riger Sohn zu ihr sagte: Für mich bist Du nur eine gute Bekannte.“<sup>402</sup> Bedenkt man die vielfältigen unausgesprochenen und unbelegten Implikationen dieses (offenbar hypothetischen) Beispiels, fällt es schwer, den Anspruch der „Wissenschaftlichkeit“ anzuerkennen<sup>403</sup>.

Daß es offenbar Vorurteile gibt, die sich empirischer Widerlegung nicht beugen<sup>404</sup>, zeigt sich bei Lempp/Röcker<sup>405</sup> bei der Bewertung der Stiefmutter. Die Autoren stellen fest, es entspreche „gewisser Erfahrung“, daß Stiefmütter von den Kindern schwerer zu akzeptieren seien als Stiefväter<sup>406</sup>, obwohl die von ihnen ausgewertete Gutachtenpraxis zuvor<sup>407</sup> keine Unterschiede zwischen Stiefmüttern und Stiefvätern ergeben hatte.

Als letztes Beispiel muß Toman genügen, dessen Thematik die Auswirkungen der Position des Kindes in einer Geschwisterreihe auf seine Persönlichkeitsbildung sind – ein für die Sorge-rechtsfrage interessanter Aspekt<sup>408</sup>. Der Entwicklungspsychologe Toman bietet dem lernbereiten Juristen detaillierte „Porträts“ von Geschwistertypen (z.B. ältester Bruder von Brüdern; jüngste Schwester von Brüdern)<sup>409</sup>, die wie eine Häufung geschlechtsspezifischer und sozialer Stereotypen wirken und als Produkte empirischer Forschung<sup>410</sup> für einen nicht von vornherein überzeugten Leser wenig glaubhaft erscheinen<sup>411</sup>.

Derartige Äußerungen von Wissenschaftlern überschreiten den Bereich des unvermeidbaren kulturellen Vorverständnisses. Sie sind mitursächlich für das Mißtrauen der Juristen gegenüber den Fachwissenschaften<sup>412</sup> und schaden damit der interdisziplinären Kommunikation insgesamt.

Gleiches gilt für Forschungsarbeiten, die von vornherein nur zur Bestätigung theoretischer Hypothesen durchgeführt werden. Eine gewisse Ergebnisorientiertheit empirischer Erkenntnisse ist angesichts der methodischen und hermeneutischen Problematik im psychosozialen Bereich in Kauf zu nehmen<sup>413</sup>. Ein Beispiel für parteiliche Wissenschaft hat hingegen der Professor für Psychiatrie Mel Roman aus New York geliefert, der (in Coautorenschaft) das Buch „The Disposable Parent“ veröffentlicht hat<sup>414</sup>. Den Autoren geht es im Rahmen der Vaterrechtsbewegung um die Stärkung der väterlichen Position nach Scheidung durch das Konzept der joint custody. Beide Autoren sind Väter, die das Sorgerecht für ihre Kinder nach der Scheidung verloren hatten und hierdurch persönlich stark betroffen waren<sup>415</sup>.

402 A.a.O. S. 75. Ähnlich *Toman*, Familienkonstellationen S. 143 f.

403 Nach *Rossi* handelt es sich um die systematische Begründung und Nahrung des schlechten Gewissens von Müttern, die berufstätig sein müssen, oben bei Fn. 350.

404 *Bobne*, Überzeugungsbildung S. 72.

405 *ZfKinder-Jug.Psych.* 1 (1973) 31.

406 Wohl im Anschluß an *Haffter* S. 110 ff., übernommen von OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35.

407 A.a.O. S. 28.

408 Familienkonstellationen (1980); *ders.*, Psychologische Rundschau 10 (1959) H. 1, S. 1 ff.; zit. beispielsweise von *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607 Fn. 53.

409 Familienkonstellationen S. 145 ff.

410 Zur empirischen Grundlage der Arbeit a.a.O. S. 133 ff.

411 Zur Kritik an *Toman* aus Fachkreisen *Strunk/Berger*, *ZfKinder-Jug.Psych.* 1 (1973) 18 ff. Immerhin legt *Toman* sein kulturelles und soziales Vorverständnis offen (a.a.O. S. 141 ff.), überschreitet bei den Einzelporträts das unvermeidbare Maß der Kulturbedingtheit aber deutlich.

412 Oben Fn. 308, 309.

413 Zu kritisch deshalb *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 178 (1969).

414 *Roman/Haddad*, *The Disposable Parent* (1978).

415 Vgl. Vorwort a.a.O.

Roman hat den Abschluß einer gleichzeitig von ihm durchgeführten empirischen Untersuchung von 40 Familien, in denen joint custody praktiziert wurde, nicht abgewartet, bevor er sein engagiertes Buch veröffentlichte<sup>416</sup>. Die Objektivität seiner Forschungsergebnisse unterliegt deshalb erheblichen Zweifeln<sup>417</sup>.

Schließlich wird von den Wissenschaften eine verdeckte Einbringung von Ideologien befürchtet. In der Bundesrepublik denkt man vor allem an „progressive“ Ideologien<sup>418</sup>, in den USA eher an Konservatismus der Wissenschaftler<sup>419</sup>. Während zweitens Tendenz durch die vorstehenden Erörterungen zum Rollenvorurteil belegt werden könnte, scheint für den Bereich des Kindeswohls im Rahmen der Sorgeverteilung die Furcht vor einer Ideologisierung in sozialistischem oder sonst freiheitswidrigem Sinne nicht konkret begründet<sup>420</sup>.

#### d) Ergebnis

Im Ergebnis ist festzustellen, daß die Aussagen der Wissenschaften zum Kindeswohl vom Richter auf Grund seiner Verpflichtung zu sachgerechten Lösungen zwar beachtet werden müssen. Als „fertige Versatzstücke“<sup>421</sup> für ein vom Richter zu verantwortendes Gesamtkindeswohl kommen sie aber angesichts offenkundiger Fehlerquellen nicht ohne weiteres in Betracht. Vielmehr weisen die aufgezeigten Schwächen in der wissenschaftlichen Kindeswohl-Literatur der richterlichen Kontrolle Ansatzmöglichkeiten auf, um übernahmefähige von unbrauchbaren Aussagen zu sondern.

Eine volle Überprüfung im Sinne originärer Wertfindung ist schon aus praktischen Gründen nur in wenigen Sorgerechtsentscheidungen möglich<sup>422</sup>. Die Übernahme von wissenschaftlichen Kindeswohl-Kriterien, die konsensual abgesichert sind, von der Grundlagenforschung inhaltlich getragen werden und nicht offenbar vorurteilsbedingt sind<sup>423</sup>, ist darüber hinaus auch sachlich legitim. Der Streit über

416 Vorwort a.a.O.; vgl. *Ware*, 4 New West (S.Cal.Ed.) 47 (1979).

417 Zu den Ergebnissen *Der Spiegel* v. 10.3.1980, S. 55. *Fehmel*, FamRZ 1980, 760 verwertet *Roman's* Forschungen für die deutsche Diskussion zum „gemeinsamen Sorgerecht“.

418 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 315; *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233; *Lüderitz*, Adoption S. 54 Fn. 182; *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 612 ff.; *Strätz*, FamRZ 1975, 543; zum Problem *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 35 f.

419 *Ennis/Litwack*, 62 Cal.L.Rev. 721 (1974); *Rossi*, 93 Daedalus 611 ff. (1964). In der DDR kennt man derartige Befürchtungen offiziell nicht, da das ideologische Metasystem aller Wissenschaften gleichgeschaltet ist: Auch die Psychologie, Soziologie oder Pädagogik sind „sozialistisch“.

420 Für die Kindeswohl-Diskussion generell *Beitzke*, FamRZ 1979, 12 f.; deutliche Anklänge an sozialistische „Gesetzlichkeiten“ finden sich dagegen z.B. bei *Knieper*, JZ 1976, 158 ff.

421 *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 34.

422 Vgl. oben III.1.4).

423 Zur richterlichen Kontrolle im einzelnen unten IV.

die Quantität derartiger Kriterien kann dahinstehen<sup>424</sup>, er berührt nicht ihre grundsätzliche Übernahmefähigkeit. Umgekehrt überzeugt es aber nicht, wenn vorhandenem Konsens in wissenschaftlichen Fragen jede Legitimationskraft deshalb abgesprochen wird, weil er auf gleichförmigen methodischen Schwächen und Vorurteilen beruhe<sup>425</sup>. So richtig es ist, daß Konsens auch im wissenschaftlichen Bereich zunächst nur eine quantitative, inhaltlich offene Kategorie ist, so stellt er doch den relativ verlässlichsten Anhaltspunkt für die Abwesenheit gedanklicher Verirrung dar. Eine Alternative besserer Erkenntnis wird von der Kritik nicht aufgezeigt.

Zurückzuweisen ist schließlich eine Auffassung, die wissenschaftlichen Übereinkünften nur dann legitimierende Kraft zuerkennt, wenn sie zusätzlich von allgemeiner Richtigkeitsüberzeugung getragen sind<sup>426</sup>. Mit dieser Auffassung würde man sich in einer immer komplizierter und spezialisierter werdenden Welt praktisch dem fortschreitenden Erkenntnisprozeß verschließen. Gernhuber räumt in anderem Zusammenhang selbst ein, daß wissenschaftliche Erkenntnisse nur „in notwendig vergrößerter Form in das Allgemeinwissen“ übernommen werden können<sup>427</sup>. Warum der Richter, der bezüglich der Verwendung außerjuristischer Materials unmittelbar und allein der Gerechtigkeit verantwortlich ist, in seiner Kommunikation mit den Fachwissenschaften die Allgemeinheit zwischenschalten und diese sachliche Qualifikationseinbuße hinnehmen müßte, bleibt offen<sup>428</sup>. Es kann auch nicht eingewandt werden, Normen von Gruppen bedürften der Zustimmung der Allgemeinheit, um rechtlich verwendbar zu sein<sup>429</sup>. Wissenschaftliche Kindeswohl-Kriterien sind keine Normen, sondern von vornherein nur legitimierende Anhaltspunkte für die richterliche Normkonkretisierung im Einzelfall. Zwar beruft sich auch die Rechtsprechung häufig auf allgemeinen Konsens, um die Übernahme von fachwissen-

424 Skeptisch *Ennis/Litwack*, 62 Cal.L.Rev. 699 ff. (1974); *Mnookin*, 39 L.&Cont.Prob. 258 f. (1975); *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1120 ff. (1976); *A. Skolnick* 39 L.&Cont.Prob. 401 (1975); vgl. auch *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968). Für einen ausreichenden Konsensbereich hingegen *Bradbrook*, 11 J.Fam. L. 574, 585 ff. (1971); *Westman/Hanson*, in: Readings S. 535; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 73 (1969); vgl. *Strätling*, AKF-Berichte 1978, 47.

425 *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 178 f. (1969).

426 So *Gernhuber*, FamRZ 1973, 233 1. Sp. im Rahmen seiner Standardkonzeption: „Wenn überhaupt, so könnte allein jener wissenschaftliche Kernbereich Maßstab sein, der (unbeschadet späterer Widerlegung im fortschreitenden Erkenntnisprozeß) als der Gegenwart sicheres Gedankengut praktisch allgemeiner Anerkennung sicher sein kann.“ Ähnlich *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607 (Übersetzung in „allgemein menschliche Erfahrung“).

427 FamRZ 1973, 241 r. Sp.

428 Der Grund für *Gernhubers* Position dürfte darin zu sehen sein, daß er Fachwissenschaften (wegen ihrer Ideologiefälligkeit) und Richtern (wegen ihrer Subjektivität) gleichermaßen mißtraut und lediglich in der Allgemeinüberzeugung einen Garanten gegen gesellschaftliche Manipulation sieht, vgl. a.a.O. insbes. S. 233 ff.

429 Vgl. *Esser*, Festschr. Hippel S. 130; *Liver*, Rechtsquelle S. 53.

schaftlichen Maßstäben zu rechtfertigen<sup>430</sup>. Als notwendige *Voraussetzung* der Übernahme kann die allgemeine Zustimmung dabei aber nicht angesehen werden, sondern eher als Ausdruck zusätzlichen Vergewisserungsstrebens im Hinblick sowohl auf die Richtigkeit der Aussage als auch darauf hin, daß der Richter in seiner Entscheidungsfindung nicht gegen den Strom allgemeiner Überzeugungen schwimmt<sup>431</sup>. Folglich erscheint frei austauschbar auch die Gerichtspraxis als zusätzliche Legitimation bei der Übernahme fachwissenschaftlicher Werte<sup>432</sup>. Schließlich hat sich gezeigt, daß die Allgemeinüberzeugung keine wirkliche Legitimationsquelle für Wertsetzungen ist<sup>433</sup>. Ihr Hinzutreten zu wissenschaftlichen Aussagen erhöht deshalb nicht deren Übernahmefähigkeit im Einzelfall, sondern ist Fiktion. Allein maßgeblich als zusätzliches Element der rechtlichen Einsatzfähigkeit ist die verantwortliche richterliche Richtigkeitsüberzeugung.

#### 4. Kindeswohl-Grundsätze der Rechtsprechung

##### a) Einführung

Unter den Rechtfertigungsmustern, die in Sorgerechtsentscheidungen begegnen, spielt neben der Allgemeinüberzeugung und wissenschaftlicher Absicherung die Berufung auf anderweitige richterliche Anerkennung die wichtigste Rolle. Rechtsprechungsgrundsätze können sich zunächst auf die Interpretation und Konkretisierung des objektiven *Rechts* für die Sorgeverteilung beziehen, wie etwa das Prinzip der Alleinzuständigkeit des Sorgeberechtigten<sup>434</sup> oder der Chancengleichheit beider Elternteile<sup>435</sup>. Mit derartigen Grundsätzen hat sich das vorangehende Kapitel im Rahmen der dogmatischen Erschließung des Rechtsbegriffs Kindeswohl befaßt, sie bleiben hier außer Betracht.

Problematischer in praktischer und methodischer Hinsicht sind jene generellen Kriterien, die von der Rechtsprechung entwickelt oder rezipiert worden sind zur Ausfüllung außerrechtlicher Aspekte des Kindeswohls. Sie finden sich in allen Rechts-

430 BVerfG 29.7.1968, NJW 1968, 2232, 2236; OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281 f. Um Allgemeinüberzeugung geht es in Wirklichkeit auch, wenn bekräftigend auf die „Natur der Sache“ hingewiesen wird, KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 176, 177; 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830. Zur Konsensbedingtheit der „Natur der Sache“ Radbruch, Festsch. Laun S. 158, 160 ff.

431 Zum Allgemeinkonsens als *Korrektiv* übernehmbarer Werte vgl. oben nach Fn. 177 und unten Fn. 530.

432 KG 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 511; OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; OberG Zürich 30.1.1961, ZR 64 N. 88; 10.10.1961, ZR 64 N. 81; vgl. auch OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318.

433 Oben 2.c).

434 Dazu oben 5. Kap. Fn. 709 ff.

435 Z.B. BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 225 f. m.w.N. (kein Vorrecht eines Elternteils allein auf Grund des Alters oder des Geschlechts des Kindes); OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; Palandt/Diederichsen § 1671 Anm. 3; vgl. auch oben 5. Kap. A.II.2.c)aa) (1).

ordnungen. Obwohl sie sich thematisch überschneiden oder gar decken mit Maßstäben der Allgemeinheit oder der Wissenschaften, wird dem Umstand, daß sie von der *Rechtsprechung* regelmäßig praktiziert werden, besonderes Gewicht bei der Einschätzung ihrer Legitimationskraft beigemessen. Dem Inhalt nach bewegen sie sich innerhalb des gesamten sachlichen Kindeswohl-Spektrums. Geläufigste Beispiele sind die Grundsätze vom Muttervorrang<sup>436</sup> und der Geschwistergemeinschaft<sup>437</sup>, der Kontinuitätsgrundsatz<sup>438</sup>, aber auch der Primat persönlicher vor materiellen Bedürfnissen des Kindes<sup>439</sup>, die Überlegenheit der Betreuung durch ein Elternteil gegenüber einer Drittversorgung des Kindes<sup>440</sup> und vieles andere mehr. Auch Altersrichtlinien der Rechtsprechung für eine durchschnittlich zu erwartende Reife des Kindes zur Selbstbestimmung<sup>441</sup> gehören in diese Kategorie.

Die Orientierung an Rechtsprechungsgrundsätzen bietet sich aus praktischen Gründen besonders an. Im Gegensatz zu Allgemeinüberzeugungen sind sie in Existenz und Inhalt objektiv feststellbar und dem Richter auch an kleinen Gerichten ohne weiteres zugänglich, während fachwissenschaftliche Literatur oft nicht in ausreichendem Maße vorhanden ist<sup>442</sup>. Kriterien der Rechtsprechung sind nicht von vornherein auf bestimmte Teilaspekte des Kindeswohls beschränkt und darüber hinaus im Hinblick auf die sich aus dem Recht und der Rechtspraxis ergebenden Fragestellung formuliert, d.h. sowohl in Thematik als auch Sprache dem Richter vertraut. Es ist zu fragen, ob diese faktische Eignung zur Übernahme durch eine entsprechende sachliche Legitimationskraft ergänzt wird.

## b) Grundlagen sachlicher Legitimationskraft

### aa) Die sachliche „Richtigkeitsgewähr“ richterlicher Erkenntnisse

Die Richter bringen besondere Leistungen in den Konkretisierungsprozeß des Kindeswohls ein, die von anderer Seite nicht erbracht werden können. Zunächst sind sie „Experten“ für den Teilaspekt „Recht“ des Kindeswohl-Begriffs, insofern gleichwertig den Experten für andere Teilbereiche des Kindeswohls. Darüber hinaus sind sie aber auch diejenige Instanz, der das Recht die Aufgabe der Gesamtkonkretisierung, der Integration *aller* Aspekte des Kindeswohls zu einem entscheidungstragenden Gesamtbild ausschließlich und verantwortlich zuweist<sup>443</sup>. Die Kindes-

436 Nachweise unten Fn. 509, 514.

437 Nachweise oben Fn. 75.

438 Jedenfalls seit dem Sorgerechtsreformgesetz vom 18.7.1979 ist der Kontinuitätsgrundsatz in der Bundesrepublik allerdings positives Recht, oben 5. Kap. A.I.1.a).

439 Dazu oben 5. Kap. Fn. 24.

440 Dazu oben 5. Kap. Fn. 250.

441 Dazu oben 5. Kap. Fn. 461, 462, 545, 546.

442 Zum Aspekt der leichten Zugänglichkeit von Präjudizien im allgemeinen *German*, Methoden S. 140.

443 Zur theoretischen und methodischen Bedeutung dieses Teils der Kindeswohl-Konkretisierung ausführlicher unten V.

wohl-Klausel ist eine „Entscheidungsnorm für den Rechtsstab“<sup>444</sup>, die unmittelbar weder die Wissenschaftler noch die Allgemeinheit noch die Eltern in Pflicht nimmt. Im Gegensatz zum Sachverständigen ist der Richter gebunden, jeden einzelnen Gesichtspunkt im Lichte der Gesamtgerechtigkeit für Kind und Familie zu sehen und entsprechend zu relativieren; im Gegensatz zur familieninternen Konfliktlösung kommt ihm die Rolle des neutralen Beurteilers zu, der auf rationale Maßstäbe angewiesen ist<sup>445</sup>. Es ist zwar niemandem genommen, für die Konkretisierung des Kindeswohls als Entscheidungsmaßstab entweder generell oder im Hinblick auf Einzelfälle Vorschläge zu machen. Der Zwang zur rechtsgestaltenden Entscheidung zwischen zwei Eltern unter der Verantwortung vor der Rechtsidee, konkret: zum Aufbau eines Tatbestandes korrespondierend mit einem primär auf den Einzelfall abgestimmten Wertsystem<sup>446</sup> begründet aber den qualitativen Unterschied zwischen richterlichen und sonstigen, notwendigerweise theoretischen Ordnungsentwürfen. Der „Härtungseffekt“ unmittelbarer Entscheidungsverantwortung tritt besonders klar in der Unterscheidung des Common Law zwischen *ratio decidendi* und *obiter dictum* hervor: Selbst innerhalb richterlicher Bewertungen kommt präjudizielle Wirkung nur den tatsächlich entscheidungstragenden Erkenntnissen zu<sup>447</sup>.

Im einzelnen wurzelt die Qualität richterlicher Maßstabsgewinnung sowohl im Faktischen wie im Bereich der Wertbildung. In tatsächlicher Hinsicht sieht man spezifische Leistungsstärken des Richters in der Ermittlung, Darstellung und Analyse komplizierter Sachverhalte<sup>448</sup>. Hinsichtlich der Wertungsqualität ist hervorzuheben, daß von allen Außenstehenden nur die Richter einen Sachverhalt unmittelbar in seiner Komplexität und unter der Anforderung erleben, dieser Komplexität in einer Gesamtwertung gerecht zu werden. Nur ihre Wertbildungen erfolgen deshalb „empirisch“, soweit der *Gesamtaspekt* des Kindeswohls betroffen ist.

Aus vorstehenden Gesichtspunkten ergibt sich auch, daß für die Frage der Wertlegitimation nicht mit einem pauschalen „fachjuristischen Konsens“ gearbeitet werden kann, der regelmäßig Rechtsprechung und juristisches Schrifttum zusammenfaßt<sup>449</sup>. Nicht die gemeinsame juri-

444 Zu dieser Kategorie *Rehbinder*, Festschr. König S. 354, im Gegensatz zu „Handlungsnormen für jedermann“, vgl. oben Fn. 270.

445 *Müller-Freienfels*, Proceedings ISFL II S. 610 ff.; *ders.*, Festschr. Hinderling S. 150; *Zippe-lius*, Festschr. Bruns S. 9; *ders.*, Gesellschaft und Recht S. 63; *Okpaku*, 29 Rutgers L.Rev. 1153 (1976).

446 Zu dieser grundsätzlichen Funktion der Kindeswohl-Norm oben 4. Kap. C.II.2.

447 *Allen*, Law in the Making S. 259 ff.; *Farnsworth*, Introduction S. 51 ff.; *Fikentscher*, Methoden II S. 86 ff., 91 ff.; vgl. *J. Marshall* in *Cohens v. Virginia*, 5 L.Ed. (6 Wheat) 264, 399 (1821): “The question actually before the court is investigated with care and considered in its full extent. Other principles which may serve to illustrate it, are considered in their relation to the case decided, but their possible bearing on all other cases is seldom completely investigated”. Ähnlich für das Schweizer Recht *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 531 ff.; *Germann*, Methoden S. 240 f.; zum deutschen Recht vor allem *Kriele*, Rechtsgewinnung S. 271 ff.

448 *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 150; *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1311 ff. (1974).

449 *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 79; *Esser*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 113; vgl. *Liver*, Rechtsquelle S. 77.

stische Ausbildung der Konsensträger macht den wesentlichen Unterschied<sup>450</sup>, sondern die unmittelbare Verantwortung für die Rechtsentscheidung im Einzelfall. Dies gilt besonders für Entscheidungen, die in hohem Maße außerjuristische Gesichtspunkte zu beachten und zu integrieren haben<sup>451</sup>.

Allerdings wird auch speziell dem richterlichen Gruppenkonsens gelegentlich mit Mißtrauen begegnet<sup>452</sup>. Da der Allgemeinkonsens jedoch keine operationalisierbare Größe ist<sup>453</sup>, muß man notwendigerweise mit partieller Intersubjektivität auskommen<sup>454</sup>. Für die „Gruppe“ der Richter hat schon Cardozo auf den entscheidenden Punkte hingewiesen: „You may say that there is no assurance that judges will interpret the *mores* of their day more wisely and truly than other men. I am not disposed to deny this, but in my view it is quite beside the point. The point is rather that this power of interpretation must be lodged somewhere, and the custom of the constitution has lodged it in the judges“<sup>455</sup>.

Auf Repräsentationsmodelle, um die Lücke zur Allgemeinüberzeugung zu schließen<sup>456</sup>, braucht nicht zurückgegriffen zu werden.

Im übrigen ordnet man der institutionellen Verantwortung der Richter auch generelle Qualifikationen für die Rechtsfindung zu, die es grundsätzlich erwarten lassen, daß die Richter ihrer Verantwortung genügen können. Mit dem Stichwort „Richterkunst“ ist sowohl eine spezifisch richterliche, d.h. von der Frage nach der

450 Folglich wird der „Juristenkonsens“ auch von der Allgemeinheit nicht akzeptiert, sondern als zunfünftmäßige Exklusivität abgelehnt, verspottet oder sogar als „herausfordernd konsensstörend“ empfunden, *Wieacker*, Festschr. Weber S. 437 unter Hinweis auf das römische und ältere englische Recht.

451 Zum geringeren Stellenwert rechtswissenschaftlicher Maßstäbe im Vergleich zu Regeln der Rechtsprechung *Esser*, *ZvglRW* 75 (1976) 81 f.; *Gmür*, Anwendung S. 120 f.; *Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung S. 432; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 442 ff.; anders (im rechtlichen Gewicht gleichwertig, nur tatsächlich abfallend) *Lüver*, Rechtsquelle S. 75 ff., 78. Unberührt bleiben die Hilfsfunktion der Rechtswissenschaft für die Rechtspraxis und die Pflicht der Gerichte, wesentliche wissenschaftliche Äußerungen zu beachten; zur Hilfsfunktion v. *Caemmerer*, in: *Pebble/Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung S. 30; *Esser*, Vorverständnis S. 189; *ders.*, Grundsatz S. 249 ff.; *Raiser*, bei *Kötz*, AcP 172 (1972) 174; *Rüthers*, Auslegung S. 475; speziell bei der Verarbeitung fachwissenschaftlicher Erkenntnisse *Röhl*, AcP 172 (1972) 560; *Germann*, Methoden S. 49 f., 216; *Meier-Hayoz*, ZSR 78 (1959) 99 f.; zur Beachtungspflicht *Esser*, Grundsatz S. 83, 255, 302 f., 314; *J. Brüggemann*, Begründungspflicht S. 80 f.; *Wieacker*, Präzisierung S. 5. Für die Schweiz entspricht dies der herrschenden Interpretation des Art. 1 Abs. 3 ZGB (vgl. die vorstehenden Schweizer Autoren). Bei der Zurückstufung der Rechtswissenschaft wirkte hier anfangs noch die Furcht vor einer Dominierung durch die deutsche Doktrin mit, *Gmür*, Anwendung S. 121; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 431. Heute besteht hierzu kein Anlaß mehr, *Meier-Hayoz*, Rdn. 433; speziell im Kindesrecht ist der Einfluß eher umgekehrt, wie die Gesetzgebungsgeschichte des Sorgerechtsentwurfs in der Bundesrepublik gezeigt hat, dazu *Holtgrave*, JZ 1979, 666 ff. In der DDR gehört die wissenschaftliche Vertiefung und Systematisierung zu den Leitungsaufgaben des OG, *Robde*, Erziehungsrecht S. 5 (die Arbeit der OG-Richterin *Robde* ist selbst ein Beispiel dafür, sie hat die wesentliche Grundlage für die OG-Richtlinie Nr. 25 zu Sorgerechtsfragen abgegeben).

In den USA hat die Rechtswissenschaft traditionell weniger Gewicht in der Rechtsprechung als auf dem europäischen Kontinent, oben 4. Kap. bei Fn. 123 ff.

452 *Gernhuber*, FamRZ 1973, 234 f. für den Bereich der Kindeswohl-Konkretisierung.

453 Oben 2.c).

454 *Zippelius*, Festschr. Maunz S. 518, 520; vgl. *Zöllner*, Festschr. Tüb. Jur. Fak. S. 150.

455 *Nature* S. 135; vgl. auch *Fikentscher*, Methoden IV S. 235.

456 Oben bei Fn. 296, 297.

Gerechtigkeit ausgehenden, methodische Grundsätze beachtenden und rationale Begründungen suchende Denkweise angesprochen<sup>457</sup> wie auch die Einbindung der Ergebnisse in einen gewachsenen Fundus praktischer Erfahrungen und rechtsethischer Prinzipien. Hier liegt die eigentliche und letzte Garantie für die Verwirklichung von Recht durch die Gerichte<sup>458</sup>. Speziell im Familienrecht wird zum Idealbild der Richterkunst die Fähigkeit zur überfachlichen, eigenständigen Urteilsbildung gerechnet<sup>459</sup>. Es ist einzuräumen, daß dieses Bild in der Praxis oft nicht wiederzuerkennen ist<sup>460</sup>. Dennoch sollte der Disziplinierungseffekt eines ständig präsenten und kritikbereiten Forums anderer Richter und Juristen nicht unterschätzt werden; er ist deutlich höher als bei fachwissenschaftlicher oder anderweitiger Maßstabildung. Jedenfalls im Grundsatz darf man deshalb von Kindeswohl-Maßstäben der Rechtsprechung eine besondere Bewährtheit erwarten, sowohl hinsichtlich ihrer tatbestandlichen Ausprägung, ihrer erkenntnismäßigen Absicherung und ihrer Rationalität.

#### bb) Das Konsenselement bei richterlichen Kriterien

Es ist streitig, ob neben den vorgenannten Grundlagen für rationale und sachgerechte Wertkonkretisierungen der richterliche *Konsens* zur Richtigkeitsgewähr von Rechtsprechungskriterien beiträgt. Die Thematik ist im Rahmen der Präjudiziendiskussion erörtert worden. Hier stellte sich die Frage, ob in Analogie zur Konzeption des Gewohnheitsrechts für ein „richterliches Gewohnheitsrecht“ oder den „Gerichtsgewohnheitsgebrauch“ das Element der *Übung* hinzutreten müsse. Da richterliche Grundsätze allenfalls dadurch „geübt“ werden können, daß sie als richtig zur Entscheidung von Fällen eingesetzt werden, fallen Richterkonsens und richterliche Übung praktisch zusammen.

Vor allem Esser hat darauf hingewiesen, daß Richterrecht anderen Grundsätzen folge als Gewohnheitsrecht. Maßgeblich seien allein Rationalität, Sachgerechtigkeit und hierauf aufbauende Überzeugungskraft, so daß schon eine einzelne Entscheidung als Präjudiz gelten könne<sup>461</sup>. Richterliche Regeln „entstünden“ nicht, sie wür-

457 Diese Problemsicht ist bei Nichtjuristen regelmäßig nicht vorhanden, so daß die Forderung, das Recht müsse von der Allgemeinheit beurteilbar und handhabbar sein (zuletzt wieder *Dabrendorf*, Hbg. Jahrb. 1962, 129 f.), verfehlt und – wie die US-amerikanische Rechtsentwicklung zeigt (oben 4. Kap. Fn. 129) – illusorisch ist. Sie hat nur Berechtigung für „Handlungsnormen für jedermann“.

458 *Esser*, JZ 1953, 522; *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36; *Rehbinder*, Festschr. König S. 364; *Rupp*, ZRP 1978, 152; *Wieacker*, Präzisierung S. 17 f.; *ders.*, Gesetz und Richterkunst, passim; vgl. auch *Sonnenberger*, Verkehrssitten S. 237 f. (N. 182, 183). Der Anpassung überkommener Richterkunst an gewandelte Anforderungen sind vor allem die Arbeiten von *Esser* (Grundsatz und Norm, Vorverständnis) und *Fikentscher* (Methoden IV) gewidmet.

459 *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 150.

460 Vgl. im einzelnen unten c).

461 Festschr. Hippel S. 115, 120 f.; ZvglRW 75 (1976) 78 f.

den erdacht und entschieden<sup>462</sup>; in ständiger Praxis liege kein Wachstumsprozeß<sup>463</sup>. In den Entscheidungsbegründungen auch bei der Sorgerechtsverteilung spielt demgegenüber der Konsens der Rechtssprechung nach wie vor eine wesentliche Rolle<sup>464</sup>. Die Diskussion ist offensichtlich beeinflusst von divergierenden Vorstellungen darüber, was Präjudizien leisten sollen. Es ist bereits klargestellt worden, daß Gedanken an eine irgendwie geartete *Bindungswirkung* von Kindeswohl-Maßstäben auszuschneiden sind<sup>465</sup>. Bei Maßstäben der Allgemeinheit oder der Wissenschaften ist dies ohnehin naheliegend, es gilt aber auch für Rechtsprechungsgrundsätze. Geht es demnach nur um die *legitimierende* Wirkung anderweitiger Ordnungsentwürfe, steht in der Tat deren Überzeugungskraft bezüglich sachlicher Angemessenheit und Rationalität im Vordergrund<sup>466</sup>. Daraus folgt, daß nicht erst ein bestimmter, im einzelnen aber ungewisser Grad an konsensualer Verdichtung durch „ständige Rechtsprechung“ abzuwarten ist, bevor eine Wertübernahme in Betracht käme. Andererseits weist gerade auch Esser auf die Relativität von Werten und Werterkenntnis und auf ihre letztlich konventionale Qualität hin<sup>467</sup>. Es erscheint deshalb widersprüchlich, eine Rationalität und sachliche Richtigkeit als *alleiniges* Legitimationskriterium zu postulieren, deren Existenz außerhalb von Wertübereinkünften bestritten wird.

Esser schlägt zwar die Brücke zum konventionalen Charakter von Werten dadurch, daß er statt auf realisierten Konsens auf *Konsensfähigkeit*, auf den „möglichen“ Konsens im Sinne von Akzeptabilität und Plausibilität der Entscheidung abstellt<sup>468</sup>. Hier wirkt sich aus, daß Esser positive Wertübernahmen im hier diskutierten Sinne nicht akzeptiert<sup>469</sup> und stets nur nach einer Legitimation für eine originär *richterliche*, grundsätzlich unverkürzte Wertfindung sucht<sup>470</sup>. Die

462 Festschr. Hippel S. 115.

463 Festschr. Hippel S. 120; vgl. auch Grundsatz S. 280; *Sonnenberger*, Verkehrssitten S. 234 ff. (N. 180-187); *Liver*, Rechtsquelle S. 70 f. Pointiert schon *Puchta*, Gewohnheitsrecht I S. 164: „Es kann nichts trostloser geben als eine solche Autorität, welche lediglich einem äußeren, von keinem Gedanken beselten Faktum beigelegt wird“.

464 Vgl. nur die Kontroverse der OLG'e Oldenburg 16.9.1979, FamRZ 1980, 78, 79 und Düsseldorf 13.6.1979, FamRZ 1979, 965, 966 bezüglich der Frage, ob über die Beurteilung der Auswanderung des sorgeberechtigten Elternteils Einigkeit in der Rechtsprechung bestehe. Im übrigen gehört die Auflistung übereinstimmender Vorentscheidungen zu den üblichen Rechtfertigungsmustern, vgl. etwa KG 4.1.1979, FamRZ 1979, 539; Pact v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 948 ff. (Fam.Ct. 1972). Da eine Präjudizienbindung im Recht der Sorgeverteilung weitgehend ausscheidet (oben 3. Kap. A.V.3.a)), kommen auch im US-amerikanischen Recht Kindeswohl-Kriterien der Rechtsprechung als (bloße) Legitimationsfaktoren in Betracht. Bei nur „persuasive authority“ ist der Konsensgesichtspunkt durchaus wesentlich, *Farnsworth*, Introduction S. 51. Zur Schweizer Diskussion vgl. im Gegensatz zu *Liver* (vorstehende Fn.) *Gmür*, Anwendung S. 125 f.; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 524 f.

465 Oben A. und C.II.3.a)aa).

466 Esser, oben Fn. 461.

467 Oben Fn. 128, 130, 140.

468 Vorverständnis S. 21, 27, 164, 172.

469 Festschr. Hippel S. 121 f.; Vorverständnis S. 187 ff.; ZvglRW 75 (1976) 79 (das Gewicht ständiger Rechtsprechung wird, konform mit deren Auffassung selbst, ins Faktische verwiesen, vgl. auch BGH 1.2.1978, NJW 1978, 949 f.).

470 Vgl. oben Fn. 241, 242.

Konsensfähigkeit als *Korrektiv* richterlicher Wertbildungen ist bereits erörtert worden<sup>471</sup>. Als *positives Übernahmekriterium* kann Konsensfähigkeit hingegen nicht in Betracht kommen; für sie gälte im Prinzip dasselbe, was Esser dem Konzept der „vernünftig und gerecht Denkenden“ vorhält<sup>472</sup>: Der spätere Richter, der die Konsensfähigkeit einer Erstentscheidung beurteilt, hat als Vergleichsmaßstab nur seine eigenen Vernunftvorstellungen, die er auf einen Kreis gedachter Kommunikationspartner als potentieller Konsensträger projiziert. Das sodann „rückgemeldete“ Ergebnis der Konsensfähigkeit ordnet der Richter der Erstentscheidung als objektive Qualität zu und benutzt es als Legitimationsgrundlage für ihre Befolgung. In Wahrheit besteht lediglich Konsens zwischen dem ersten und dem zweiten Richter.

Die Bewährung eines Ordnungsentwurfs in der Rechtspraxis ist nicht nur mit dem rationalen Charakter richterlicher Wertfindung vereinbar, sondern von der Position prinzipieller Wertungewißheit aus im Bereich der Kindeswohl-Konkretisierung sogar notwendig. Hier ist jeder Maßstab zunächst aus dem „Rohmaterial“ eines konkreten Falles, d.h. an den individuellen Persönlichkeiten der betroffenen Familienmitglieder gebildet worden. Ohne Bewährung eines Kriteriums in anderen Fällen läßt sich kaum mit hinreichender Sicherheit beurteilen, inwieweit eine Wertung individualitätsbedingt und inwieweit sie interpersonell übertragbar ist. Während in Essers Sicht die stets erneute Heranziehung einer Rechtsregel durch spätere Richter nicht zu deren Verfestigung, sondern nur zu stets neuer Überprüfung, In-Fragetstellung und nötigenfalls Korrektur führt<sup>473</sup>, ist von anderer Seite der Verdichtungs- und Ausformungsprozeß richterlicher Regelbildung anschaulich theoretisch beschrieben worden<sup>474</sup>. In der Ausgangsentscheidung entwickelt das Gericht für ein neuartiges oder ein bekanntes Sachproblem, für das es aber keine bindenden Bewertungen vorfindet, aus dem ihm vorliegenden Sachverhalt Entscheidungsmaßstäbe unter unmittelbarem Rückgriff auf die Elemente der Gerechtigkeit (originäre Wertfindung<sup>475</sup>. Trotz ihrer Einzelfallbezogenheit stellt die Entscheidung auch ein rechtliches Ordnungsmodell für typisch gleichliegende Sachverhaltsgestaltungen zur Verfügung<sup>476</sup>. Spätere Fälle werden dann mit der Vorentscheidung dergestalt verglichen, daß die typenmäßige Zuordnung der Sachverhalte in Betracht gezogen sowie die Gerechtigkeit des Ordnungsmodells auch für den neuen Fall überprüft wird<sup>477</sup>. Dabei findet eine Ausdifferenzierung des Wertmaßstabs in zweierlei Richtung statt<sup>478</sup>: Durch kritische Rezeptionen der zugrunde liegenden Wertvorstellungen und Seinsinterpretationen verstärkt sich die Indizwirkung der Bewertung für Vernünftigkeit und Gerechtigkeit, und durch die Anwendung oder Ablehnung des

471 Vgl. oben II.3., nach Fn. 177.

472 Vorverständnis S. 25.

473 Oben Fn. 469.

474 Vgl. zum folgenden vor allem *Larenz*, Festschr. Wieacker S. 418; *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 7 ff.; *Fikentscher*, Methoden IV S. 222 ff.; *Germann*, Methoden S. 172 ff.

475 *Less*, Richterrecht S. 33 spricht von „Erstaufführungen der schöpferischen Justiz“.

476 *Larenz*, Methodenlehre S. 421 f.; zum Postulat der Generalisierbarkeit von Bewertungen oben II.2.

477 Vgl. *Zippelius*, NJW 1967, 2230 f.

478 *Larenz*, Festschr. Wieacker S. 418.

Ordnungsmodells für eine Vielzahl von Fallgestaltungen gewinnt es schärfere Konturen im „Tatbestand“, d.h. seines tatsächlichen Anwendungsbereichs und seiner Aussagebreite<sup>479</sup>.

Betrachtet man richterrechtliche Regeln unter dem Gesichtspunkt ihrer Legitimationskraft für Wertübernahmen durch spätere, der Rechtsidee voll verantwortliche Richter, so läßt sich kaum abstreiten, daß Bewertungen, die einen derartigen Ausformungsprozeß durchlaufen haben, eine höhere „qualitative Beweiskraft für die Richtigkeit einer Ansicht“<sup>480</sup> haben als erstmalige Wertkonkretisierungen für eine individuelle Sachverhaltsgestaltung. Die generellen Qualifikationen richterlicher Werterkenntnis, wie sie zuvor skizziert wurden<sup>481</sup>, kommen diesen Bewertungen kumuliert zugute. Ebenso selbstverständlich ist andererseits, daß das bloße Faktum der Gleichförmigkeit, im Gegensatz zum verantwortlichen inhaltlichen Konsens, noch keine Gewißheitssteigerung bewirken kann<sup>482</sup>.

*c) Kindeswohl-Kriterien der Rechtspraxis: Schwächen und Vorbehalte*

Daß die Kindeswohl-Grundsätze der Rechtsprechung dem vorgezeichneten Anspruch nicht immer gerecht werden, wurde bereits angedeutet. Im folgenden soll auf typische Fehlerquellen bei der Formulierung oder Verwendung dieser Grundsätze näher eingegangen werden.

aa) Die Unschärfe richterlicher Regeln

Da Richter nur Experten für Rechtsfragen sind, aber das gesamte Kindeswohl beurteilen müssen, liegen viele Rechtsprechungsgrundsätze außerhalb der unmittelbaren richterlichen Sachkompetenz<sup>483</sup>. Nach den vorstehenden Ausführungen wäre zu erwarten, daß dieser Kompetenzmangel durch die Fähigkeit zu objektiver Beurteilung auch auf fachfremden Gebieten weitgehend ausgeglichen wird, wie sie beispielsweise in Abstammungsprozessen demonstriert wird<sup>484</sup>. Für den Bereich des Kindeswohls gilt aber eher, was das OLG München für den Sonderbereich der pro-

479 *Zippelius*, Festschr. Bruns S. 7. Die Unterscheidung zwischen wertmäßiger und tatbestandlicher Ausdifferenzierung ist idealtypisch zu verstehen; in Wirklichkeit handelt es sich um einen wechselseitigen, kaum aufgliederbaren Erkenntnisprozeß.

480 *Esser*, ZvglRW 75 (1976) 79.

481 Oben aa).

482 Hierauf vor allem ist die vorstehend zitierte Kritik (Fn. 463) gerichtet. Zum Fehlgebrauch richterlicher Vorentscheidungen in der Praxis *Diederichsen*, Festschr. Klingmüller S. 67, 70; *Esser*, JZ 1953, 526 Fn. 59; *ders.*, Vorverständnis S. 188 f.; *Kriete*, Rechtsgewinnung S. 260 ff. (gegen einen mißbräuchlichen Einsatz seiner „praesumptiven Verbindlichkeit“ von Präjudizien); *Gmür*, Anwendung S. 125; *Meier-Hayoz*, Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 499; *Struck*, Topische Jurisprudenz S. 89 ff.; *ders.*, Argumentation S. 148. Vgl. im übrigen noch unten d).

483 Vgl. die Beispiele oben Fn. 437-441.

484 Vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei *Palandt/Diederichsen*, Einführung vor § 1591, Anm. 3 b aa, c.

jektiven Tests beklagt<sup>485</sup>: Ein vergleichbar akribisches Bemühen der Rechtsprechung um Aufbereitung des außerjuristischen Erkenntnisstandes fehlt weitgehend. Bezugnahmen auf wissenschaftliche Äußerungen beschränken sich regelmäßig auf vereinzelte, zufällig wirkende Zitate<sup>486</sup>. Die Rechtsprechungsgrundsätze selbst zeigen Merkmale inhaltlicher „Vergröberung“, wie sie sonst Überzeugungen der Allgemeinheit zugeschrieben werden<sup>487</sup>.

Der Grundsatz vom Vorrang der Mutter für Kleinkinder beispielsweise ist tatbestandlich so unpräzise gefaßt, daß er Qualifikationen des Mutterbegriffs jenseits der biologischen Rolle nicht erkennen läßt<sup>488</sup>. Auch der Begriff „Kleinkind“ weist ein Interpretationsspektrum auf, das den nebulösen Vorstellungen über die Mutterfunktion entspricht. US-amerikanische Gerichte dehnen die „tender years“ bis zum Einsatz der Pubertät aus<sup>489</sup>. Das Postulat von Müller-Freienfels, daß Kinder in den ersten drei Lebensjahren keinesfalls von ihrer Mutter getrennt werden sollten<sup>490</sup>, hat demgegenüber in der Bundesrepublik zu dem „Umkehrschluß“ geführt, daß Kinder, die das dritte Lebensjahr knapp überschritten haben, von ihrer Mutter getrennt werden dürften<sup>491</sup>.

Bestenfalls als grobe Daumenregel kann auch die immer wieder bekräftigte Überzeugung der Gerichte gelten, daß normal entwickelte Kinder einen Kontinuitätsbruch schnell und ohne nachhaltige Schädigung überwinden<sup>492</sup>. Mit dem Tatbestandsmerkmal „Normalkind“ ist praktisch keine sinnvolle Abgrenzungsmöglichkeit jenseits offenkundiger Anomalitäten eröffnet und den späteren Richtern keine Entlastung ermöglicht. Ob der Grundsatz für einen konkreten Fall anwendbar ist, läßt sich erst nach Ermittlung der psychischen Situation des Kindes beantworten. Dann ist die Frage eines Kontinuitätsbruchs aber auf der Grundlage der konkreten Erkenntnisse zuverlässiger zu beantworten als mit Hilfe des „Grundsatzes“. Scheint danach ein Wechsel für das Kind akzeptabel, weiß man erst, ob es ein „Normalkind“ ist – eine nutzlos gewordene Subsumtion<sup>493</sup>. Für weniger sorgfältige Richter versperrt die undifferenzierte Hervorhebung der kindlichen Anpassungsfähigkeit den Blick für die Reaktionsvielfalt von Kindern, für weniger offenkundige Beeinträchtigungen des Kindeswohls und für die konkrete Situation des betroffenen Kindes<sup>494</sup>.

Der Vorwurf der „Trivialpsychologie“ oder des „vorwissenschaftlichen Sprachgebrauchs“<sup>495</sup> trifft die Gerichte nicht schon deshalb, weil sie als Nichtfachleute Facherkenntnisse für den Gebrauch der Praxis operationalisierbar formulieren müssen. Er wird aber zu Recht erhoben, wenn die aufgestellten Grundsätze deutlich

485 OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338 f.; zu projektiven Tests unten bei Fn. 569-575.

486 Vgl. oben Fn. 306.

487 Vgl. oben Fn. 427.

488 Vgl. dazu oben Fn. 365-371.

489 Oben 3. Kap. Fn. 163.

490 JZ 1959, 400.

491 KG 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 511 (Kind 3 1/2 Jahre); OLG Köln 18.2.1972, FamRZ 1972, 574, 575 (Kind 6 Jahre); OLG Stuttgart 23.7.1956, FamRZ 1957, 27 (Kinder 3 bzw. 4 Jahre); kritisch zu dieser Argumentation *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 292.

492 Vgl. oben 5. Kap. Fn. 13.

493 Vgl. BayObLG 29.6.1976, FamRZ 1976, 532, 533; vgl. auch unten bei Fn. 634 ff.

494 Kritisch vor allem der Kinderpsychiater *Lange*, RdJ 1971, 361; zur mangelnden Individualisierung übernommener Kindeswohl-Grundsätze unten bei Fn. 636, 637.

495 *Simitis* u.a., Kindeswohl S. 291 f.; ähnlich *Langelüddeke/Bresser*, Vorwort, die allerdings darauf hinweisen, daß Ursache auch voreilige Festlegungen und schlagwortartige Formulierungen der Wissenschaftler sind; dazu auch *Diamond/Louisell*, 63 Mich.L.Rev. 1343 (1965 "Pseudoscientific jargon"); *Rossi*, 93 Daedalus 613 (1964: "Quasi-scientific").

hinter dem Grad an Genauigkeit und Sachlichkeit zurückbleiben, der für Richter auch auf fachfremden Gebieten erreichbar ist<sup>496</sup>.

Zur Unschärfe richterlicher Kindeswohlregeln tragen aber nicht nur sachliche Vergrößerungen durch laienhafte oder unsorgfältige Formulierungen bei, sondern auch die von anderen Rechtsgebieten übernommene Tendenz, richterlich aufgestellte Kriterien leitsatzähnlich, d.h. apodiktisch und ohne ihre tatsächlichen und wertmäßigen Bedingtheiten zu formulieren<sup>497</sup>. Der dadurch erzielte Gewinn an Griffigkeit und Operationalität ist in Wahrheit kein Vorteil, gewonnen ist nur die Flexibilität von Leerformeln. Als Beispiele kann auch insoweit auf das „Normalkind“-Argument und den Muttergrundsatz verwiesen werden. Als „horrible watered-down version of the law“ hat bereits Llewellyn abstrakte Regelwerke bezeichnet, deren materialer Sinn längst aus dem Blickfeld der Rechtspraxis gerückt ist<sup>498</sup>. Anpassung und Korrektur im Hinblick auf gewandelte Verhältnisse werden dadurch wesentlich erschwert<sup>499</sup>, die Richtigkeitsgewähr des Kriteriums für die gegenwärtigen Verhältnisse ist beeinträchtigt.

#### bb) Vorurteile, mangelnde Kindesorientiertheit

Im Verlauf dieser Untersuchung ist mehrfach hervorgetreten, daß die von den Gerichten erwartete besondere Objektivität nicht immer vorhanden ist. Dies zeigt sich nicht nur bei der Entscheidung des Einzelfalls, sondern schon in allgemeinen Rechtsprechungskriterien, etwa den Stereotypen bezüglich der Geschlechterrollen<sup>500</sup>, bezüglich der Schädlichkeit nichtehelicher Lebensgemeinschaft des Sorgeberechtigten für das Kindeswohl<sup>501</sup> oder bezüglich der Bevorzugung einheimischer Elternteile<sup>502</sup>. Die spezifisch juristische, insbesondere richterliche Denkweise ist bei der Abschirmung allgemein geteilter Vorurteile offenbar weniger effektiv, als man theoretisch postuliert. Es ist das besondere Verdienst Essers aufgezeigt zu haben, daß auch die richterliche Rechtserkenntnis mit dem Grundproblem der Hermeneutik,

496 Zutreffend *Struck*, *Argumentation* S. 146: Alltagstheorien in der richterlichen Argumentation sind nicht schlechthin illegitim, „aber sie verhindern häufig eine wissenschaftlichen Standards entsprechende Aufarbeitung der Faktenbasis einer Entscheidung“.

497 Nach *Hainmüller*, *Anscheinsbeweis* S. 27 genügen vage formulierte Regelsätze nicht einmal für einen Anscheinsbeweis.

498 *Common Law* S. 186 f.; L. vergleicht das Schicksal mancher Rechtsprechungsregeln mit der grinsenden Katze in „Alice im Wunderland“, die langsam unsichtbar wird, bis nur noch das Grinsen im Raum schwebt: „Hence as the formula traveled down the decades it traveled with its substance thinning and paling like Alice’s Cheshire Cat . . .“.

499 *Spriggs v. Carson*, 368 A.2d 635, 639 (Pa. 1977) zum Muttervorrang und zur Bevorzugung des einheimischen Elternteils; *Pratt v. Pratt*, 330 N.E.2d 244, 246 (Ill.App. 1975); *Esser*, *Festschr. Hippel* S. 120; *Holmes*, 10 *Harv.L.Rev.* 472 (1897); *Kurtz*, 11 *Fam.L.Q.* 138 (1978).

500 Oben 5. Kap. Fn. 245 ff. und vorstehend Fn. 271-276.

501 Oben 5. Kap. Fn. 381, 382, 384.

502 Oben 5. Kap. Fn. 133.

dem Vorverständnis des Erkenntnissubjekts belastet ist und fertig zu werden hat<sup>503</sup>. Die Bewältigung dieses Problems, für die Esser bereits die Richtung gewiesen hat, ist um so dringender in weltanschaulich belasteten Bereichen wie der Kindeswohl-Konkretisierung, zumal hier die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen ist, daß nicht nur allgemeine, sondern gelegentlich auch Schichten- oder Gruppenwerte von den Gerichten durchgesetzt werden<sup>504</sup>. Hinzu kommt, daß sich die gängigen Vorurteile zumeist auf Erwachsenenverhalten beziehen und damit zu nicht-kindesorientierten Grundsätzen führen. Der Situation des Kindes kommt dann – wenn überhaupt – Stellenwert nur noch als Korrektiv kindesfremder Orientierung zu – „solange das Interesse des Kindes es verträgt“<sup>505</sup> oder wenn „sein Wille nicht mehr übergangen werden kann“<sup>506</sup>. Regeln, die aus einer nicht-kindzentrierten Sicht des Sorgerechtsproblems erwachsen, verletzen regelmäßig auch in ihrer konkreten Anwendung den Primat des Kindeswohls<sup>507</sup>.

#### d) Ergebnis sowie das Beispiel des Muttergrundsatzes

Auch die Legitimation zur Übernahme von Rechtsprechungskriterien entzieht sich pauschaler Beurteilung. Aus den vorstehenden Überlegungen ergibt sich, daß richterlicher Konsens eine hohe Indizwirkung für angemessene Fragestellung und Bewertung haben *kann*, nicht aber stets hat. Gerade im Bereich des Kindeswohls zeigen die vorzufindenden Maßstäbe häufig Mängel. Die Bejahung der Legitimationskraft richterlicher Kindeswohl-Kriterien für spätere Wertbildungen ist deshalb in zweierlei Hinsicht zu qualifizieren. Erstens muß die Entstehung und Formulierung einer Regel den generellen Ansprüchen an richterliche Rationalität und Verantwortlichkeit genügen. Hat eine derartige originäre Wertfindung niemals stattgefunden, sondern wird nur mehr oder weniger dumpfes Richtigkeitsempfinden über die Jahrzehnte tradiert, äußert ein auch noch so verbreitetes Kriterium keine Richtigkeitsgewähr<sup>508</sup>. Zweitens beseitigt richterlicher *Dissens* die Legitimität von Wertübernahmen; er begründet die Verpflichtung des späteren Richters zur Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten, bevor er zu dem streitigen Kriterium Stellung nimmt. Dies folgt sowohl aus seiner Verantwortung vor dem Recht als auch aus dem Interesse an einem Fortschritt der Erkenntnis.

503 Vorverständnis S. 82 f., 137, 140 f., 154 ff., 203 und *passim*. Kritisch zur juristischen Rezeption der Hermeneutik *Rottleutner*, in: *Koch* (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre* S. 10 ff., insb. 19 ff. (*gegen Esser*).

504 Zum Vaterbild vgl. oben Fn. 272, 380 ff.; auch Ordnungs- und Sittenvorstellungen der Rechtsprechung sind deutlich die der Mittelschicht, werden aber als Maßstab für jedermann angelegt, vgl. nur *Painter v. Bannister*, 140 N.W.2d 152, 154 ff. (Iowa 1966). S. auch die Analyse der Gleichberechtigungsrechtsprechung 1953 - 1958 durch *Kropholler*, *Gleichberechtigung* S. 74 ff.

505 BGH 7.7.1952, NJW 1952, 1254; OLG Oldenburg 26.2.1965, FamRZ 1965, 335; 2.3.1965, FamRZ 1965, 335.

506 OLG Karlsruhe 18.12.1967, FamRZ 1968, 170; kritisch *Simitis* u.a., *Kindeswohl* S. 272.

507 Zur Abgrenzung der Kindesinteressen von Drittinteressen oben 5. Kap. A.II.

508 *Meier-Hayoz*, *Berner Kommentar Art. 1 Rdn. 523 f.*

Als Beispiel in beiderlei Hinsicht ist das derzeit neben dem Kontinuitätsgrundsatz wichtigste Kriterium der Rechtsprechung, die Regel vom Muttervorrang zu nennen. Obwohl dieses Kriterium eine unübersehbare Zahl von Sorgerechtsentscheidungen beeinflusst hat<sup>509</sup>, findet sich keine Entscheidung, die seine tatsächlichen und wertungsmäßigen Grundlagen überprüft hat<sup>510</sup>. Nicht nur die naheliegende Möglichkeit, daß hier nur ein sozio-kultureller Normaltypus als normativer Regeltypus ausgegeben wird<sup>511</sup>, sondern auch wachsende Ablehnung des Muttervorrangs im Schrifttum, aber auch in der Rechtsprechung<sup>512</sup> hätten hierzu Anlaß gegeben. Es ist schlechthin ärgerlich, wenn angesichts dieses Diskussionsstandes auch in jüngster Zeit einer sachlichen Auseinandersetzung ausgewichen wird mit der Behauptung, die bessere Eignung der Mütter sei „unbestritten“ oder entspreche „allgemeiner Lebenserfahrung“<sup>513</sup>. Auch mit einem Rekurs auf die „Natur“ oder gar „göttliche Ordnung“<sup>514</sup> kann der wachsende Zweifel von einem der Rationalität

509 USA: Oben 3. Kap. A.V.2.c); Schweiz: Oben 2. Kap. Fn. 124; für die ältere DDR-Rspr. 1. Kap. Fn. 137; für die Bundesrepublik vgl. BayObLG 11.8.1967, FamRZ 1968, 95, 96; 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366; KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; 30.3.1967, FamRZ 1967, 414, 416; 14.11.1969, FamRZ 1970, 39; 28.12.1976, FamRZ 1977, 475, 477; 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827; 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; OLG Frankfurt/M. 19.3.1954, FamRZ 1954, 21; OLG Freiburg 15.12.1949, JR 1950, 370; OLG Karlsruhe 7.11.1967, FamRZ 1968, 45, 47; 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; OLG Köln 18.2.1972, FamRZ 1972, 648; 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 184; OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5); OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 35; 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283; OLG Zweibrücken 13.9.1974, FamRZ 1975, 172, 176. Polemisch gegen die deutsche Praxis *Schlossbauer-Selbach*, SJZ 78 (1982) 74 ff.; die schweizerische Praxis dürfte aber kaum besser sein.

510 Vgl. das Zitat von *Struck*, oben Fn. 84. Beispielhaft für eine bemühte Auseinandersetzung mit dem Ziel unvoreingenommener Wahrheitserkenntnis *Rossi*, 93 Daedalus 607 ff. (1964); *dies.*, 106 Daedalus 1 ff. (1977); für die Problematik des Stichtendents, aber weit darüber hinausgehend *Mikat*, FamRZ 1960, 301 ff. Forschungen und Theoriebildungen, auf die einzugehen wäre, sind durchaus vorhanden, vgl. (jeweils m.w.N.) für die Entwicklungspsychologie *Merz*, Geschlechtsunterschiede, insbes. S. 101 ff.; *Bierhoff-Alfermann*, Geschlechtsunterschiede, insbes. S. 77 ff.; für die Anthropologie *M. Head*, 24 AmJ.Orthopsych. 471 ff. (1954); *dies.*, Mann und Weib. Das Verhältnis der Geschlechter in einer sich wandelnden Welt, Stuttgart 1956.

511 Vgl. oben bei Fn. 271-276.

512 Für die USA 3. Kap. Fn. 166; für die Rspr. des OG oben 1. Kap. Fn. 137; Bundesrepublik: BayObLG 9.12.1958, FamRZ 1959, 122, 124; 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 225.; OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; OLG Hamm 15.11.1979, FamRZ 1980, 487; vgl. VG Karlsruhe – V 135/1977 –, berichtet in SZ v. 25.10.1978 (Nr. 246) S. 6.

513 OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5); *Gernhuber*, Familienrecht S. 859. Spätestens seit BVerfG 5.11.1980, FamRZ 1981, 124, 126 f. und 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434 sollten derartige „Begründungen“ unmöglich sein.

514 KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; OLG Karlsruhe 29.12.1977, FamRZ 1978, 201, 202; OLG Stuttgart 17.7.1974, FamRZ 1975, 105, 106 (allerdings im Anschluß an den Sachverständigen); LG Oldenburg 14.3.1972, RdJ 1972, 281, 282; Bruce v. Bruce, 285 P. 30, 37 (Okla. 1930); Ellis v. Johnson, 260 S.W. 1010, 1012 (Mo.App. 1924); Harper v. Harper, 3 FLR 2125 (Va. 1976); Hines v. Hines,

verpflichteten Richter nicht überspielt werden. Bemerkenswerterweise lassen aber auch die ablehnenden Entscheidungen eine befriedigende Sacherörterung vermissen. Entweder wird die Vorurteilsbedingtheit des Muttervorrangs unterstellt<sup>515</sup> oder die Sachverhaltsgestaltung im Einzelfall für allein maßgeblich erklärt<sup>516</sup>. Letztere Lösung ist zwar angesichts der bestehenden Ungewißheit<sup>517</sup> der einzig rationale und kindgerechte Ausweg<sup>518</sup>, andererseits wird aber eine sachliche Antwort auf das naturgesetzliche Argument der Gegenseite gar nicht erst versucht<sup>519</sup>.

Im Ergebnis erweist sich damit das Rechtsprechungskriterium der grundsätzlich besseren Eignung der Mutter, jedenfalls für Kleinkinder, als untauglich zur Übernahme durch spätere Richter. Dieser muß entweder die bessere Eignung der Mutter im Einzelfall konkret nachweisen oder eine generelle Überlegenheit von Müttern

185 N.W. 91, 92 (Iowa 1921: "The mother is God's own institution for the rearing and upbringing of the child"); Tuter v. Tuter, 120 S.W.2d 203, 205 (Mo.App. 1938): "There is but a twilight zone between a mother's love and the atmosphere of heaven"). Vgl. auch BVerfG 29.7.1959, NJW 1959, 1483, 1485 I.Sp.: Mutterschaft sei für die Frau der Bereich, „in dem ihr Wesen am tiefsten wurzelt und sich entfaltet“. Der Hinweis auf die unbestreitbaren biologischen Funktionen der Mutter im Zusammenhang mit der Geburt (so Broussard v. Broussard, 320 So.2d 236, 238 (La.App. 1975); Toman, Familienkonstellationen S. 143 f.) trägt im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen des Muttergrundsatzes bis hin zum Pubertätsalter das Natur-Argument noch nicht. Bedenkt man, daß derartige Feststellungen fast ausnahmslos von Männern stammen, wird ihre Fragwürdigkeit in spezifischer Weise deutlich, so auch Mikat, FamRZ 1960, 309 (bei Fn. 93); ähnlich Dembitz, 83 Yale L.J. 1306 (1974). Die bahnbrechende New Yorker Entscheidung gegen den Muttervorrang stammt vielleicht nicht zufällig von einem weiblichen Richter, Watts v. Watts, 350 N.Y.S.2d 285 (Fam.Ct. 1973); ebenso die wohl gründlichste rationale literarische Auseinandersetzung, vgl. Rossi, oben Fn. 510.

515 Marriage of Bowen, 219 N.W.2d 683, 688 (Iowa 1974); Spriggs v. Carson 368 A.2d 635, 639 (Pa.Super Ct. 1977); Watts v. Watts, 350 N.Y.S.2d 285, 288 f. (Fam.Ct. 1973); vgl. VG Karlsruhe – V 135/77 –, oben Fn. 512.

516 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 225 f.; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DA Vorm 1979, 130, 132; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 78 f.; 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; 6.3.1973, NJ 1973, 298, 299; 7.5.1974, NJ 1975, 23 f.; Marriage of Bowen a.a.O.; Spriggs v. Carson a.a.O.; Watts v. Watts a.a.O.; Johnson v. Johnson 3 FLR 2501, 2502 (Alaska 1977); McAndrew v. McAndrew, 4 FLR 2287, 2288 (Md. 1978); Tresnak v. Tresnak, 6 FLR 2893 (Iowa 1980); vgl. Developments, 93 Harv.L.Rev. 1335 ff. (1980).

517 Mikat, FamRZ 1960, 309; Rossi a.a.O. (Fn. 510).

518 Vgl. ausführlicher oben bei Fn. 276.

519 Offenkundig ist die bessere Muttereignung nicht Naturgesetz im dem Sinne, daß sie sich praktisch in jedem Einzelfall verwirklicht (zu dieser Definition des Naturgesetzes BGH 17.12.1953, BGHZ 12, 23, 25), vgl. oben Text nach Fn. 274. Behauptet wird aber auch eine naturbedingt überlegene *Disposition* der Frauen zur Kinderpflege und -erziehung, vor allem von seiten der Verhaltensbiologie (oben 5. Kap. Fn. 451; zum Argument der kulturbedingten Pflegetendenzen von Frauen oben bei Fn. 390 ff.). Bei als annähernd gleichwertig befundenen Verhältnissen wäre eine Auseinandersetzung damit erforderlich (gegen die Möglichkeit gleichwertiger Verhältnisse insoweit aber Watts v. Watts, a.a.O. S. 290; McAndrew v. MacAndrew a.a.O. S. 2288; vgl. auch unten V.4.).

unter Beachtung des gesamten verfügbaren Erkenntnisstandes belegen<sup>520</sup>. Mangels eines fachwissenschaftlichen Konsenses scheidet die Berufung auf anderweitige Abgesichertheit aus<sup>521</sup>.

## VI. Die richterliche Verantwortung beim konkreten Einsatz von Wertungen

### 1. Die richterliche Kontrollfunktion im allgemeinen

Da eine Bindung des Richters an außerrechtliche Kindeswohl-Kriterien, auch wenn sie in ständiger Rechtsprechung anerkannt sind, ausscheidet und dem Richter die letzte Verantwortung für immer wieder erneute Kindeswohl-Konkretisierungen obliegt<sup>522</sup>, ist er zur Kontrolle aller vorgefundenen Wertmaßstäbe verpflichtet<sup>523</sup>. Diese Kontrolle muß nicht in jedem Fall bis auf die letzten tatsächlichen und wertmäßigen Ursprünge eines Kriteriums zurückgehen, wie wohl Esser meint<sup>524</sup>. Vielmehr kann der Richter seiner Verantwortung im Prinzip auch verkürzt durch Wertübernahme gerecht werden<sup>525</sup>. Das Ausmaß der Verkürzung bzw. der dem Richter verbleibenden Kontrollfunktion richtet sich nach den Besonderheiten jedes konkreten Falles und der Legitimationskraft eines bestimmten Kriteriums. Im Vorabschnitt ist versucht worden, insoweit generelle Tendenzen für Kindeswohl-Kriterien der Allgemeinheit, der Wissenschaft und der Rechtsprechung aufzuzeigen.

Als Maßstab richterlicher Kontrolle werden im allgemeinen Legalitätszusammenhang und Rationalität eines Maßstabes genannt<sup>526</sup>. Die Legalitätskontrolle hat vor allem die Einpassung von Kriterien in das allgemeine Kindschaftsrecht und das Verfassungsrecht zum Inhalt<sup>527</sup>. So werden sich auch die Gerichte in der Bundesrepublik auf die Dauer nicht eine befriedigende Stellungnahme zum Muttervorrang im Lichte des Gleichberechtigungsgrundsatzes (Art. 3 Abs. 2 GG) ersparen können<sup>528</sup>. Bei außerrechtlichen Kriterien ist außerdem von kaum zu überschätzender Bedeutung die Beachtung des Beurteilungs- und Eingriffsbereichs, den das Kindeswohl-

520 Zur rechtlichen maßgeblichen Fragestellung oben 5. Kap. A.II.2.c)aa), nach Fn. 256.

521 Oben bei Fn. 354 ff.; BVerfG 24.3.1981, FamRZ 1981, 429, 434.

522 Oben A. und C.II.3.a)aa).

523 Zur Frage der Kontrollfähigkeit oben B.I.1.b), insb. Fn. 38. Unvertretbar wäre eine pauschale Delegation richterlicher Verantwortung beispielsweise auf Fachwissenschaftler, wie sie *Klußmann* empfiehlt: Angemessen und kompetenter wäre . . . , den ganz speziellen Fachleuten zu vertrauen und letzten Endes eigenen Zweifeln zu mißtrauen.“ (Das Kind S. 47)

524 Oben Fn. 469.

525 Oben III.1.

526 *Esser*, Vorverständnis S. 168; ähnlich *Badura*, Richterrecht S. 10; *Diederichsen*, Flucht S. 53 Fn. 113.

527 Die allgemeine Bedeutung dieser Rechtsgebiete für die Sorgerechtsentscheidung ist im 5. Kap. erörtert worden.

528 Vgl. oben 5. Kap. A.II.2.c)aa).

Prinzip im Familien- und Persönlichkeitsbereich der Eltern eröffnet. Bei übereinstimmendem Elternvorschlag, vor allem aber bei Änderungsverfahren ist die vom Kindeswohl vermittelte Eingriffslegitimation wesentlich enger definiert als im streitigen Sorgerechtsfall anlässlich der Scheidung<sup>529</sup>.

Die Rationalitätskontrolle erstreckt sich thematisch auf alle Aspekte der Rationalität, die für die originäre Wertfindung herausgestellt worden sind, insbesondere die Sachgerechtigkeit und Konsensfähigkeit von Kriterien<sup>530</sup>. Handelt es sich um Kriterien der Rechtsprechung, gehört zu letzterer auch die Verträglichkeit mit einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnissen<sup>531</sup>. Für die Überprüfung der Seriosität und Sachgerechtigkeit von Kriterien ergeben sich aus den Erörterungen im vorangegangenen Abschnitt konkrete Ansatzpunkte. Kann der Richter im Einzelfall die dort aufgezeigten typischen Schwächen und Fehlerquellen wissenschaftlicher oder richterlicher Maßstäbe nicht feststellen, wird er in der Regel von ihrer Übernahmefähigkeit ausgehen können.

Zwei Sonderbereiche der richterlichen Kontrollpflicht sollen im folgenden wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für Sorgerechtsentscheidungen ausführlich erörtert werden<sup>532</sup>. Zum einen handelt es sich um die Kontrolle von Sachverständigengutachten, eine mit wissenschaftlichen Kriterien zum Kindeswohl verknüpfte, aber doch eigenständige Problematik (2.). Zum zweiten geht es um die Individualisierung jedes generellen Maßstabs als Ausfluß des im Kindeswohl-Prinzip implizierten Gebots, dem Einzelfall angepaßte Gerechtigkeit zu verwirklichen (3.).

## 2. Die Kontrolle von Sachverständigengutachten

### a) Grundsätzliche Problematik der richterlichen Kontrolle

Es hat sich bereits gezeigt, daß wissenschaftliche Erkenntnisse nicht immer jene Qualifikation aufweisen, die Juristen gelegentlich von ihnen erwarten<sup>533</sup>. Die für generell wissenschaftliche Aussagen bezeichneten Fehlerquellen wirken sich auch auf Sachverständigengutachten im Einzelfall aus. Gutachten, zumeist erstattet von Kinderpsychologen, vermitteln dem Richter dreierlei: generelles Fachwissen, Befundtatsachen und darauf aufbauende gutachterliche Schlußfolgerungen<sup>534</sup>. Die beiden letzteren Elemente, die hier im Mittelpunkt stehen, werfen besondere Probleme auf, die sich aus der Verantwortung des Richters für rechtmäßige und

529 Oben 5. Kap. C.II.4., III.; D.IV., V.2.b)bb).

530 Oben II.3., insbesondere nach Fn. 177; vgl. auch bei Fn. 431. Allgemeinüberzeugungen scheiden zwar als Quelle übernehmbarer Werte aus (oben III.2.c)), entfalten aber bezüglich sonstiger Wertmaßstäbe die gleiche Korrektivwirkung wie bei der originären Wertfindung.

531 Oben III.3.b)bb).

532 Vgl. auch oben C.I.

533 Ob:n III.3.c)

534 *Blau*, in: *Gerichtliche Psychologie* S. 364 f.; vgl. BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 251 f.

gerechte Entscheidungen, dem fachlichen Wissensvorsprung des Sachverständigen, einer unauflösbaren Gemengelage von Tatsächlichem und Wertungen und der durch beides bedingten Kontrollerschwernis für den Richter ergeben.

Die rechtliche Bedeutung von Sachverständigengutachten bei Sorgerechtsentscheidungen wird generell damit umschrieben, daß der Richter nicht an das Gutachten gebunden sei, es aber beachten und sich mit ihm auseinandersetzen müsse, vor allem wenn er von ihm abweichen wolle<sup>535</sup>. Der Nichtbindung liegt die Erkenntnis zugrunde, daß Feststellungen zur psychosozialen Situation eines Menschen keinen Geltungsanspruch als Fakten erheben können<sup>536</sup>. Eine Bindung an außergesetzliche Wertungen kommt ohnehin nicht in Betracht<sup>537</sup>. Deshalb muß der Richter die gutachterliche Äußerungen vor einer etwaigen Übernahme kritisch, unter Ausschöpfung seiner eigenen Erkenntnismöglichkeiten überprüfen<sup>538</sup>, auch wenn ihm der volle gedankliche Nachvollzug des Gutachtens auf Grund des Wissensvorsprungs des Sachverständigen in der Regel nicht möglich ist<sup>539</sup>.

Gelegentlich wird eine Aufspaltung der Kontrolle nach Befundtatsachen und Schlußfolgerungen vertreten: Letztere seien nicht mehr „rein wissenschaftlich“ und deshalb leichter durch die richterliche Bewertung zu verdrängen<sup>540</sup>. Diese Unterscheidung ist theoretisch möglich, für die Praxis aber eher irreführend. Die Formulierung „rein wissenschaftlich“ oder „richtig“ suggeriert eine naturwissenschaftliche Gewißheit und Unangreifbarkeit von Tatsachenfeststellungen, von der Aussagen zum psychischen Kindeswohl gewęärtig weit entfernt sind<sup>541</sup>. Wertungen

535 BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 251 f.; 30.5.1975, StAZ 1975, 218, 220; 16.11.1979, FamRZ 1980, 482 f.; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 131; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; Gardebring v. Rizzo, 4 FLR 3115, 3117 (N.D. 1978); Pact. v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 947 f. (Fam.Ct. 1972); Marcus v. Marcus, 320 N.E.2d 581, 584 (Ill.App. 1974); *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 24.11.1978 (Nr. 99) S. 8; *Luther*, Psychologische Gutachten S. 27.

536 Oben B.II; die Praxis verwertet gutachterliche Aussagen dennoch oft wie Tatsachennachweise; vgl. *McCreery v. McCreery*, 3 FLR 3181, 3183 (Va. 1977); *In re Tweeten*, 3 FLR 2500 (Mont. 1977); *In re Moffet*, 3 FLR 2470 (Ore.App. 1977) (kritisch insoweit aber dissenting opinion *Johnson a.a.O.*); *Lee v. Lee*, 4 FLR 2123 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *In re Gutermuth*, 3 FLR 2079 (Iowa 1976).

537 Konsequenz deshalb eine Begründungspflicht des Richters, warum er einem Gutachten folge, BGH 7.3.1951, NJW 1951, 566; *Luther a.a.O.*

538 OLG Hamm 12.6.1979, FamRZ 1979, 853, 854; OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 142; OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338; OLG Stuttgart 17.7.1974, FamRZ 1975, 105, 196; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; *Bennett v. Jeffreys*, 356 N.E. 2d 277, 284 f. (N.Y. 1976); *Doe v. Doe*, 4 FLR 2100, 2101 (N.Y.Sup.Ct. 1977); *Wheeler* S. 93; *Luther a.a.O.* S. 27; *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 91; *Palandt/Diederichsen* § 1671 Anm. 4; *Walder-Bohner* S. 337; vgl. *D. Brüggemann*, in: Familienrechtsreform S. 117. Unhaltbar insoweit *Klußmann* (oben Fn. 523).

539 KG 31.7.1978, FamRZ 1978, 832, 833; vgl. *Frommann* S. 175, 179.

540 BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 252; ähnlich auch Entscheidungen, die Feststellungen des Gutachters übernehmen, daraus aber andere Folgerungen ziehen, BayObLG 26.1.1976, FamRZ 1976, 534 f.; OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 131; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34.

541 Vgl. oben III.3.b)bb).

sind konstitutives Element jeder konkreten Feststellung, und es besteht nur ein gradueller oder gar nur sprachlicher Unterschied zwischen vermuteten Gegebenheiten, die als Faktum hingestellt werden, und Seinsbewertungen, in denen das Wertungselement von der faktischen Feststellung trennbar erscheint. Es hängt vom Zufall oder der Geschicklichkeit des Sachverständigen ab, ob sein subjektives Verständnis in die Tatsachenaussage einfließt oder sich als Wertung offenbart. Maßgebend für die richterliche Kontrolle ist nur die konkrete Entfernung von dem empirisch verifizierten Grundlagen der Aussage. Testfrage für den Richter könnte sein: Inwieweit begründet vorhandenes Fachwissen noch die Vermutung, daß die gutachterliche Wertung *besser sei*<sup>542</sup>, und ab wann wird der Zusammenhang mit der wissenschaftlichen Basis so dünn, daß der Wertung keine höhere Dignität zukommt als der eines beliebigen, mit dem Fall vertrauten Dritten?

Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die *Prognose* des Sachverständigen, die vom Bayerischen Obersten Landesgericht als „Schlußfolgerung“ eingestuft worden ist<sup>543</sup>. Richtig daran ist, daß auch den Fachwissenschaften praktisch kein Instrumentarium zur Verfügung steht, das Vorhersagen über die Entwicklung einzelner Kinder ermöglicht, die entsprechenden Vorhersagen von Laien im Ergebnis deutlich überlegen wären<sup>544</sup>. Die Trefferquote allein ist aber nicht entscheidend. Für das Recht ist auf unzulänglichen tatsächlichen Erfahrungen beruhende Prognose immer noch akzeptabler als der Einsatz stereotyper, niemals überprüfter „Erfahrungssätze“. Im übrigen läßt sich aus den Kindeswohl-Prinzip eine generelle Entscheidungsregel für den Richter ableiten, der zwischen der Wertung des Sachverständigen und anderen Wertungen zu wählen hat: Stehen Risiken für das Kind auf dem Spiel, sollte sich die vorsichtiger Einstellung durchsetzen. Hat demnach ein Sachverständiger Bedenken gegen einen Kontinuitätsbruch im Hinblick auf ein bestimmtes Kind, dann sollte das Gericht diese Bedenken nicht mit dem Hinweis, daß Kinder einen Umgebungswechsel „erfahrungsgemäß“ schnell und ohne dauernde Beeinträchtigungen überwinden, zur Seite schieben<sup>545</sup>. Umgekehrt kann auch der Vorschlag des Gutachters die riskantere Lösung darstellen, ins-

542 Zum Zusammenhang zwischen Wissen und Wertung vgl. oben B.I.2.a).

543 BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 252.

544 Seymour v. Seymour, 6 FLR 2575, 2576 (Conn. 1980); Goldstein, 77 Yale L.J. 1064 (1968); Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 51 f. (dtsh. S. 47 f.); Diamond/Louisell, 63 Mich.L.Rev. 1343 (1965); Okpaku, 29 Rutgers L.Rev. 1152 (1976); Simitis, in: Goldstein/Freud/Solnit/ a.a.O. S: 106; Langelüdeke/Bresser S. 24 f.; Lüderitz, FamRZ 1975, 607; vgl. oben Fn. 324, 342.

545 OLG Stuttgart 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283; OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255 (vgl. aber 4.9.1959, FamRZ 1960, 123); KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643 (widersprüchliche Gutachten); ähnlich BGH 25.6.1952, BGHZ 6, 342, 347 (eine Kinderärztin und eine Kindergärtnerin hatten Bedenken, das Gesundheitsamt nicht. Der BGH schloß sich letzterem mit Hinweis auf die „Erfahrung“ an: Das sechsjährige Kind sei zwar zart und infektanfällig, aber „in ausreichendem Allgemeinzustand“). Eine rechtstatsächliche Folgenkontrolle würde bei derartigen Fragen wertvolle Aufschlüsse geben, vgl. dazu oben Fn. 82, 83.

besondere, wenn er generelle Konzepte im Einzelfall durchzusetzen versucht<sup>546</sup>. Die Vermeidung von Risiken für das Kind kann dem Richter auch den Weg weisen bei sich widersprechenden Gutachten<sup>547</sup>.

### b) Maßstäbe der richterlichen Kontrolle

Die Kontrolle des Richters findet auf zwei Ebenen statt: Sie bezieht sich auf die „Richtigkeit“ der gutachterlichen Aussage selbst, aber auch auf ihre Maßgeblichkeit im Lichte des Gesamtkindeswohls, für das der Richter von vornherein allein verantwortlich ist. Die Verantwortung des Richters für das Gesamtergebnis gestattet ihm ein Abweichen von Gutachten selbst dann, wenn diese beanstandungsfrei sind, der Richter aber eine andere vertretbare Lösung bevorzugt<sup>548</sup>. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um ein spezifisches Problem von Sachverständigengutachten. Im folgenden geht es nur um die Kontrolle des Gutachtens selbst.

Kontrollmaßstab für den Richter können anderweitige Aussagen zum selben Thema sein, etwa Stellungnahmen eines oder mehrerer anderer Gutachter<sup>549</sup>, des Jugendamtes<sup>550</sup> oder Übereinstimmung mit allgemeinen Erfahrungssätzen<sup>551</sup>. Letzter und entscheidender Kontrollmaßstab bleibt aber die richterliche Überzeugung<sup>552</sup>, die die wichtigsten Grundelemente richterlicher Rechtsfindung auch an das Gutachten heranträgt: Legalität und Rationalität. Die Rechtskontrolle scheidet gutachterliche Wertungen aus, die das Recht verbietet<sup>553</sup> oder die die rechtliche

546 In OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132 wirkte in der Wertung des Sachverständigen offensichtlich eine generelle Mutterpräferenz mit. Das Gericht bevorzugte den weniger riskanten Weg der Kontinuitätswahrung. Vgl. auch die rigorosen Konzepte von *Goldstein/Freud/Solnit* zur Umgangsregelung (*Beyond* S. 35 ff., dtsh. S. 35 ff.), vertreten auch von *Solnit* als Gutachter, aber vom Gericht zurückgewiesen, *Pierce v. Yerkovich*, 363 N.Y.S.2d 403, 413 f. (Fam.Ct. 1974) (zu dieser Entscheidung kritisch wiederum *Goldstein/Freud/Solnit* in der 2. Aufl. von „*Beyond*“, S. 122 ff. unter Hinweis auf den späteren Mißbrauch des Umgangsrechts durch den Vater (S. 133). Derartige Argumentationen mit Einzelfällen führen jedoch nicht weiter). Kritisch zu allzu „progressiven“ Gutachten *Langelüddeke/Bresser*, Vorwort.

547 Vgl. die Nachweise in Fn. 545.

548 Vgl. OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; ähnlich OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBJR 1980, 139, 142.

549 OLG Braunschweig 25.3.1970, FamRZ 1970, 417, 418; BG Dresden 31.3.1970, NJ 1970, 749, 750; *Bowler v. Bowler*, 74 ALR 2d 1068, 1070 (Mich. 1959); *Salk v. Salk*, 393 N.Y.S.2d 841, 845 ff., 847 (Sup.Ct. 1975); *Merluzzi v. Hotze*, 3 FLR 2490 (N.Y.App.Div. 1977); In re *Sinisa T.*, 4 FLR 2791 (N.Y.Fam.Ct. 1978). Auch der *Gutachterkonsens* ist andererseits nicht bindend für den Richter, *Gardebring v. Rizzo*, 4 FLR 3115 (N.D. 1978).

550 KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1971, 629, 630.

551 BGH 25.6.1952, BGHZ 6, 342, 347; OLG Karlsruhe 31.8.1978, FamRZ 1978, 270. Hier ist allerdings gezielt zu kontrollieren, ob nicht dieselben allgemeinen Vorurteile Grundlage sowohl des Erfahrungssatzes als auch des Gutachtens sind, vgl. oben III.3.c)bb).

552 BayObLG 15.2.1966, FamRZ 1966, 249, 251 f.: Der Richter kann „nach Maßgabe seiner richterlichen Überzeugung zu dem Gutachten in Gegensatz treten“.

553 Etwa die Bevorzugung eines vertretbaren Erziehungsstils über den anderen, OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; vgl. *Diederichsen*, NJW 1980, 2 f. und oben 5. Kap. A.I.2.a)bb).

Fragestellung verkannt haben<sup>554</sup>. Rationalität in bezug auf die Kontrolle von Gutachten bedeutet vor allem Schlüssigkeit, Fundiertheit, Objektivität und Plausibilität. Diese Gesichtspunkte sind anhand der Entscheidungspraxis näher zu erläutern.

aa) Darstellung und Begründung des Erkenntnisprozesses

Gutachten müssen Grundlagen und Methoden der Erkenntnisgewinnung überprüfbar offenlegen<sup>555</sup>. Ohne Begründung der Ergebnisse sind Sachverständigenaussagen für eine rationale, verantwortliche Entscheidungsfindung des Richters nicht verwertbar<sup>556</sup>. Keiner Begründung steht gleich der Hinweis, das Gutachten beruhe auf den „diagnostischen Befunden der angewendeten psychologischen Testverfahren“<sup>557</sup> – offen bleibt dabei, *welche* Testverfahren der Sachverständige anwendet, *welche* Befunde er verzeichnet hat und welche wissenschaftlichen Grundsätze seiner Schlußfolgerung zugrunde liegen<sup>558</sup>. Entsprechende Darlegungen ermöglichen überhaupt erst eine effektive Kontrolle durch den Richter. Daß dabei notwendigerweise fachliche Spezialfragen erörtert werden müssen, die Laien nicht ohne weiteres zugänglich sind, entbindet den Sachverständigen nicht von ihrer Darstellung, sondern legt ihm die zusätzliche Pflicht auf, sich verständlich zu machen und dem Richter „das wissenschaftliche Rüstzeug zu übermitteln, das die sachgemäße Auswertung des Tatsachenstoffes ermöglicht“<sup>559</sup>.

bb) Gründlichkeit der Exploration

Die gutachterlichen Untersuchungen sind daraufhin zu kontrollieren, ob sie von Umfang und Intensität her grundsätzlich geeignet sind, zuverlässige Erkenntnisse zu vermitteln<sup>560</sup>. Erstreckt sich der Auftrag an den Sachverständigen auf die gesamte Plazierungsfrage, so ist ein Gutachten, das auf der Exploration nur eines

554 LG Braunschweig 15.12.1969, FamRZ 1970, 205, 207 (gem. § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB kam es darauf an, ob der schuldige Vater „erheblich besser“ geeignet war). Ähnliches gilt für die bei Änderungsentscheidungen zu erreichende Eingriffsschwelle (oben 5. Kap. D.IV., V.); vgl. OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 828; OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141, 142.

555 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 370; OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 136; 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 829; 9.10.1979, NJW 1980, 1229, 1230; *Blau*, Gerichtliche Psychologie S. 365; 2. DFGT (Arbeitskreis II, 4) S. 244 f.

556 BayObLG 28.2.1974 a.a.O.; OLG Stuttgart 17.2.1978 a.a.O.; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132 begründet die Verwertbarkeit des Gutachtens mit der Nachvollziehbarkeit seiner Feststellungen; *Ell*, Trennung S. 41.

557 BayObLG 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 370; 2. DFGT (Arbeitskreis II/4) S. 245.

558 Die Frage ist nicht dahin mißzuverstehen, auf *welchem* Test der Gesamtbefund beruhe – letzterer ergibt sich in aller Regel erst im Wege einer Gesamtwürdigung und integriert alle Einzelerkenntnisse, *Arntzen*, Elterliche Sorge S. 60 ff., 66. Letztere können aber für sich offengelegt werden, wie auch das theoretische Rahmenkonzept des Gutachters.

559 BGH 8.3.1955, BGHSt 7, 238, 239; *Blau*, in: Gerichtliche Psychologie S. 365; vgl. auch OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141 I. Sp.

560 KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; Bennett v. Jeffreys, 356 N.E.2d 277, 284 f. (N. Y. 1976).

Teils der Familienmitglieder beruht, vom Ansatz her mangelhaft<sup>561</sup>. Gelegentlich ist auch der Kontakt des Sachverständigen mit der Untersuchungsperson so kurz gewesen, daß wissenschaftliche Ergebnisse von vornherein ausgeschlossen sind<sup>562</sup>. Ob der Sachverständige, abgesehen von solchen groben, äußerlich erkennbaren Mängeln im einzelnen gründlich vorgegangen ist, entzieht sich dem richterlichen Einblick. Die Beauftragung mit einem Gutachten ist auch deshalb (neben dem Gesichtspunkt der Qualifikation) ein Ausdruck des Vertrauens<sup>563</sup>, so daß es zu Recht kritisiert worden ist, wenn der bestellte Sachverständige die Begutachtung an dem Gericht unbekannte Mitarbeiter delegiert und im wesentlichen nur noch seine Unterschrift beisteuert<sup>564</sup>.

cc) Wissenschaftliche Abgesichertheit

Gutachten müssen wissenschaftlich abgesichert sein, und zwar sowohl hinsichtlich des Inhalts ihrer Aussagen als auch schon bezüglich der eingesetzten Erkenntnisverfahren. „Absicherung“ kann nach den bisherigen Feststellungen nicht in naturwissenschaftlich-logischem Sinn verstanden werden. Hierauf warnend hinzuweisen, um einer Überschätzung kinderpsychologischer Gutachten in der Praxis zu wehren, ist einerseits berechtigt<sup>565</sup>. Andererseits wäre es verfehlt, die Zuverlässigkeit naturwissenschaftlicher Erkenntnisverfahren sowie die insoweit entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung<sup>566</sup> zum Maßstab für die Beurteilung psychologischer Erkenntnisverfahren und Feststellungen zu nehmen<sup>567</sup>. Das Ergebnis wäre zwangsläufig eine völlige Disqualifizierung psychologischer Wissenschaften für den Gerichtsgebrauch. Die nahezu einhellige Praxis teilt diesen Standpunkt nicht, sondern erwartet von

561 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226 (nur Mutter und Kind waren einbezogen worden); Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2101 (N.Y.Sup.Ct. 1977) (der Parteigutachter hatte nur den Auftraggeber untersucht).

So auch *Arntzen*, Elterliche Sorge S. 60, unter Hinweis auf Einseitigkeit und Unrichtigkeit der so erlangten Informationen. Kurz zuvor (S. 59) hält er es demgegenüber für unbedenklich, wenn jeder Elternteil durch jeweils einen Gutachter gehört wird (bei weiterer räumlicher Entfernung).

562 OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 135 (nur 10 Minuten); Doe v. Doe a.a.O. S. 2102 (nur kurze Interviews); Seymour v. Seymour, 6 FLR 2575, 2576 (Conn. 1980).

563 Vgl. BGH 8.3.1955, BGHSt 7, 238, 239.

564 OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 134.

565 OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338 f.

566 Z.B. BGH 17.12.1953, BGHZ 12, 22, 25 ff.; 19.9.1956, BGHZ 21, 337, 338 ff.; 4.5.1966, BGHZ 45, 234, 235 f.; 13.4.1978, NJW 1978, 1930.

567 OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 131 f.; *Wegener*, NJW 1979, 1254, gegen OLG München a.a.O. Übersteigerte Gewißheitsansprüche, die gelegentlich von wissenschaftlicher Seite erhoben werden (oben 4. Kap. Fn. 160), tragen allerdings zu Mißverständnissen bei.

psychologischen Gutachten hilfreiche Aufschlüsse<sup>568</sup>. Man muß sich konsequenterweise mit einem geringeren Gewißheitsgrad zufriedengeben und kann bezüglich der angewandten Erkenntnisverfahren nur danach fragen, ob sie im fachwissenschaftlichen Bereich anerkannt sind und welche Zuverlässigkeit ihnen beigemessen wird, bzw. wie groß der verbleibende Unsicherheitsfaktor ist.

Eine Kontroverse hat sich über den Erkenntniswert von projektiven Tests ergeben<sup>569</sup>. Bei derartigen Tests werden dem Kind zumeist spielerische oder zeichnerische Aufgaben gestellt in der Erwartung, daß es seine psychische Situation auf die gespielte Situation projiziert<sup>570</sup>. Einerseits bedeuten projektive Tests das Vorantasten in einen Bereich, der sonst der Erkenntnis durch Dritte kaum zugänglich ist, sie eröffnen überhaupt erst den Zugang zur kindlichen Psyche<sup>571</sup>. Außerdem sind sie kindschonender, da sie direkte Befragungen des Kindes vermeiden. Im Rahmen der Gesamtdiagnose liefern sie regelmäßig nur einen Baustein der Erkenntnisbasis<sup>572</sup>. Andererseits handelt es sich bei den Testauswertungen stets nur um mehr oder weniger begründete Hypothesen, die stark von der Persönlichkeit des Gutachters geprägt sind und in ihrer Qualität von dessen Qualifikation und Sorgfalt abhängen. Hier, nicht im Grundsätzlichen liegt die eigentliche Problematik projektiver Tests<sup>573</sup>, so daß Durchführung und Ergebnisergebnisgewinnung im Einzelfall für die richterliche Kontrolle im Vordergrund stehen. Zur Beurteilung ihres jeweiligen objektiven Erkenntniswerts hat sich der Familienrichter mit den testtheoretischen Grund-

- 568 OLG Frankfurt/M. 15.12.1978 a.a.O.; KG 31.7.1978, FamRZ 1978, 832, 833; Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2101 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Pact v. Pact, 332 N.Y.S.2d 940, 948 (Fam. Ct. 1972); In re Tweeten, 3 FLR 2500 (Mont. 1977); BG Dresden 31.3.1970, NJ 1970, 749. In der Literatur begegnen teils euphorische (Dittmann, ZBlJR 1977, 194; Lempp/Röcker, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 27; Arntzen a.a.O.), teils skeptische Einschätzungen (Dieckmann, AcP 178 (1978) 316; Febnemann, FamRZ 1979, 661); vgl. auch oben 4. Kap. Fn. 157.
- 569 Skeptisch oder ablehnend OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337, 338 f. m.Anm. März; OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 198-, 139, 140 f.; Gernhuber, Familienrecht S. 864; Cox/Cease, 1 Fam.Adv. 43 (1978). Positiv demgegenüber OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 131 f.; OLG Stuttgart 9.10.1979, NJW 1980, 1229 f.; Arntzen, Elterliche Sorge S. 60 ff., 63; Biermann, Gutachtenschicksale S. 89 ff.; Febnemann, FamRZ 1979, 661, 662 f.; Finger S. 306; Frommann S. 110 ff., 117 ff., 178; Lempp, NJW 1963, 1659; Wegener, NJW 1979, 1254; Moezie v. Moezie, Super.Ct.D.C. (1973), in: Davidson/Ginsburg/Kay S. 250, 252; Watson, 21 Syracuse L.Rev. 75 f. (1969). Auch der 2. DFGT hat sich am 5.10.1979 mit dieser Thematik befaßt (Arbeitskreis II/4).
- 570 Schilderungen einzelner projektiver Tests bei Kornadt, in: Heiss, Psychologische Diagnostik S. 635 ff.; Höhn, ebenda S. 685 ff.; Arntzen, Elterliche Sorge S. 60 ff.; Hiltmann, Kompendium S. 180 ff.; Schmidtchen, Psychologische Tests S. 43 ff.; Frommann S. 110 ff.
- 571 OLG Frankfurt/M. und Stuttgart a.a.O.; Wegener a.a.O.
- 572 Arntzen a.a.O.; Wegener a.a.O.; Steffen, ZBlJR 1979, 144 ff.
- 573 OLG Stuttgart 9.10.1979, NJW 1980, 1229, 1230; Steffen, ZBlJR 1979, 144 f.; Lempp/Röcker, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 32; Diamond/Louisell, 63 Mich.L.Rev. 1343 (1965); Watson, 21 Syracuse L.Rev. 76, 77 (1969). Für ein Beispiel qualitativer Unzulänglichkeit OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 135 (dazu sogleich im Text). Daß projektive Tests eine „überzeugende Richtigkeitsgewähr“ (Gernhuber, Familienrecht S. 864) von vornherein nicht leisten und liefern können, sollte demgegenüber klar sein. Deutlich Ell, ZBlJR 1980, 532: Projektive Tests bieten nur Hinweise, keine Beweise; ders., Trennung S. 46.

begriffen der Objektivität (insbesondere Standardisierung), Validisierung und Reliabilität vertraut zu machen<sup>574</sup> und sich die entsprechenden Grundlage der verwendeten Tests vom Gutachter darlegen zu lassen<sup>575</sup>.

Die konkreten *Ergebnisse* können darauf überprüft werden, ob sie schlüssig auf den diagnostischen Verfahren aufbauen und inhaltlich nicht in Widerspruch zu anderen Erkenntnissen oder Deutungsmöglichkeiten stehen.

An der Schlüssigkeit des Ergebnisses fehlte es in einem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall<sup>576</sup>. Der Sachverständige hatte dem Kinde eine Fabel erzählt: Ein Jäger schieße auf eine Rehgruppe, bestehend aus Reh-Eltern, Reh-Kindern und Reh-Großeltern – wen er wohl getroffen habe? Das Kind antwortete: Die Reh-Oma. Der Sachverständige folgerte in seinem Gutachten daraus, die Beziehung des Kindes zur Großmutter seien schwer gestört, das Kind hege gegen sie massive Aggressionen bis hin zum unbewußten Todeswunsch. Das Gericht lehnte diese Folgerung zu Recht ab. Bezüglich der *Intensität* von Aggressionen handelte es sich um eine Suggestivfrage, die dem Kind keine Differenzierung ermöglichte. Im übrigen stellte die Folgerung eine schlichte Gleichsetzung von Kindesäußerungen und seiner psychischen Situation dar, es fehlte ihr jedes interpretative, die Reaktionsweisen von (sechsjährigen) Kindern berücksichtigende Element.

Auch die inhaltliche Abgesichertheit von Aussagen im Rahmen allgemeinen Fachwissens kann nicht ohne weiteres unterstellt werden. Nach Langelüddeke/Bresser<sup>577</sup> werden oft „wissenschaftlich durchaus wertvolle und theoretisch interessante Hypothesen und Konzepte vorzeitig als gesicherte Erkenntnisse in die Begutachtungspraxis übernommen . . . ohne daß sich die Folgerungen auf dem Hintergrund des gesicherten Erfahrungswissens einleuchtend nachvollziehen lassen“. Die Gutachterfeststellung beispielsweise, ein fünfjähriger Junge befinde sich in der Ödipalphase und brauche deshalb dringend die Mutter<sup>578</sup>, findet in Fachkreisen sicherlich nicht ungeteilte Zustimmung. Einig ist man sich, daß ein Kind in der Ödipalphase dringender als jemals sonst *beide* Eltern braucht<sup>579</sup>. Muß man zwischen den Eltern wählen, steht der Liebesbeziehung des Jungen zur Mutter die Gefahr der Perpetuierung gegenüber, wenn der Vater fehlt. Das Kind braucht den Vater dringend zur *Überwindung* der Ödipalphase und damit zur weiteren gesunden seelischen Entwicklung<sup>580</sup>. Dieser Erkenntnis hätte der Sachverständige

574 Dazu *Lienert*, Testaufbau S. 13 ff.; *Meili*, Psychologische Diagnostik S. 264 ff.; *Schmidchen*, Psychologische Tests S. 16 ff.; weitere Literatur zur Testtheorie bei *Hiltmann*, Kompendium S. 34. Zum Begriff der Korrelation vgl. oben Fn. 328.

575 Vgl. etwa die Angaben von *Wegener*, NJW 1979, 1254 zum "Family Relations Test" und dem Test „Familie in Tieren“. Im übrigen gibt es zu jedem Test monographische Einzeldarstellungen, mit Hilfe derer sich der Richter über die wichtigsten Tests informieren kann. Hinzu tritt die nachvollziehbare Darlegung des konkreten Testablaufs und seiner Bewertung (oben aa)), OLG Stuttgart 9.10.1979, NJW 1980, 1229, 1230.

576 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 135; vgl. auch OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141 ( die vom Sachverständigen herausgestellten Befunde wurden durch andere, gegenläufige Ergebnisse aufgehoben).

577 Gerichtliche Psychiatrie, Vorwort.

578 Vgl. BayObLG 29.6.1976, FamRZ 1976, 532, 534.

579 *Watson*, Psychiatry S. 261; *Wallerstein/Kelly*, 14 J. Am.Acad. Child Psych. 608 ff. (1975).

580 *Watson* a.a.O. S. 257 f., 264; *Kelly/Wallerstein*, 46 Am.J.Orthopsych. 26 f. (1976) (für 7jährige Jungen). Das OLG Karlsruhe (31.1.1978, FamRZ 1978, 270) hätte deshalb nicht ein Gutachten akzeptieren dürfen, in dem von einer „instinktiven“ Bindung eines 7-jährigen Jungen an seine Mutter – gegen seinen erklärten Willen, zum Vater zu kommen – die Rede war. Vgl. dazu oben 5. Kap. Fn. 470, 456 und unten bei Fn. 713. Alleinstehend – soweit ersichtlich – *Ell*, ZBlJR 1980, 324 f. mit der These, kleine Kinder seien vorzugsweise zum andersgeschlechtlichen Elternteil zu geben; ebenso *ders.*, Trennung S. 93 ff.

dann Rechnung getragen, wenn er die Persönlichkeit der Mutter im Hinblick auf eine Perpetuierungsgefahr gewürdigt und zu den konkreten Aussichten des Kindes, einen Vaterersatz zu finden, Stellung genommen hätte. Umgekehrt wäre die richterliche Entscheidung überzeugender gewesen, wenn das Gericht auf diese sachlichen Schwächen des Gutachtens hingewiesen und sich nicht auf die legalistische Position zurückgezogen hätte, die Ödipalbindung des Kindes stelle keinen „wichtigen Grund“ im Sinne des § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB dar<sup>581</sup>.

„Abgesichertheit“ wissenschaftlicher Aussagen bedeutet demnach nicht einhellige fachwissenschaftliche Zustimmung, wohl aber sachliche Auseinandersetzung mit Gegenauffassungen und Begründung der eigenen Position des Gutachters. Abgesichertheit bedeutet darüber hinaus *auch*, daß sich der Sachverständige im Rahmen seiner Fachkompetenz hält. Fachfremde Einzelgesichtspunkte<sup>582</sup> sind ebensowenig von der Autorität des Sachverständigen getragen wie breite, die gesamte Persönlichkeit eines Elternteils erfassende Charakterbeurteilungen<sup>583</sup>. Allerdings verleiten auch pauschale und laienhafte Gutachtenanfragen der Gerichte<sup>584</sup> die Sachverständigen zur entsprechenden Ausführungen. Sie begründen Unsicherheit bei Sachverständigen darüber, was die Juristen von ihnen erwarten<sup>585</sup>.

#### dd) Innere Widerspruchsfreiheit

Ein weiterer Kontrollpunkt ist die innere Widerspruchsfreiheit von Gutachten. Dies gilt zum einen für die eingesetzten Wertungen<sup>586</sup>, aber auch für ihre Übereinstimmung mit den tatsächlichen Umständen des Sachverhalts<sup>587</sup>. So wird in ersterer Hinsicht ein Gericht nicht fraglos akzeptieren können, wenn das Gutachten für einen dreijährigen Jungen die grundsätzliche Wichtigkeit des Vaters betont, bei dem nur um ein Jahr älteren Bruder aber die Bedeutung des Vaters herunterspielt<sup>588</sup>. Auch aktenkundige Fakten können gutachterliche Feststellungen zweifelhaft werden lassen, z.B. die Bezeichnung eines Kindes als psychosozial retardiert und schul-

581 BayObLG 29.6.1976, FamRZ 1976, 532, 534; kritisch vor allem *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht S. 220.

582 OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 135 (Glaubwürdigkeit von Zeugen); 6.10.1974, FamRZ 1975, 106, 107; es muß den Juristen befremden, wenn im Kriterienkatalog psychologischer Sachverständiger ein „fragwürdiger, meist offenkundig unsittlicher Lebenswandel“ der Eltern eine Rolle spielt, vgl. *Klar*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 39; ähnlich, wenngleich abwägend, *Ell*, Trennung S. 64 ff.

583 Wenig zurückhaltend insoweit offenbar Schweizer Gutachter, vgl. BG 10.9.1959, BGE 85 II 226, 228; 25.9.1970, BGE 96 II 69, 76 f.; *Haffter*, S. 106. Es ist demgegenüber kaum vorstellbar, daß Prädikate wie „lärmig, unbeherrscht, geltungssüchtig, fehlende Opferbereitschaft“ etc. auf wissenschaftlicher Grundlage erwachsen können. Kritisch auch *Foster*, 12 Willamette L.J. 553 f. (1976) (Sachverständige sind „trespassers“, wenn sie sich auf fachfremdes Gebiet begeben); *Ell*, ZBlJR 1980, 534 f.

584 Vgl. oben Fn. 315.

585 Dies kam im Arbeitskreis II/4 des 2. DFGT (5.10.1979) zum Ausdruck.

586 KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; OLG Stuttgart 17.2.1978, FamRZ 1978, 827, 829; *Luther*, Psychologische Gutachten S. 27.

587 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 370.

588 OLG Stuttgart 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283.

untauglich, wenn das Kind in der Schule als überdurchschnittlich intelligent gilt und Einsernoten hat<sup>589</sup>.

Zurückzuweisen ist die bei Wissenschaftlern gelegentlich begegnende Auffassung, daß kritische Kontrolle auf logische Stimmigkeit ihrer Wissenschaft nicht gerecht werde, sondern die Übertragung von juristischen Spitzfindigkeiten auf fachfremde Gebiete bedeute<sup>590</sup>. Zum einen ist Logik nicht teilbar; Unlogik der vorstehend geschilderten Art weist auch im psychologischen Bereich auf sachliche Unrichtigkeit hin. Zum zweiten geht es um die Übernahme von Wertungen in das *Recht*, so daß sich fachwissenschaftliche Gutachten juristischer Stringenz beugen müssen.

ee) Objektivität

Schließlich kann die richterliche Kontrolle möglichen Vorurteilen und Subjektivismen des Sachverständigen nachgehen, wenn die Formulierung des Gutachtens oder sonstige Hinweise dazu Anlaß geben. Die bereits erörterten, in der wissenschaftlichen Literatur zu findenden Vorurteile<sup>591</sup> sind dabei ebenso Anhaltspunkte wie allgemein-gesellschaftliche Voreingenommenheit, vor denen auch eine Fachausbildung nicht bewahrt<sup>592</sup>. Bedenklich muß insbesondere stimmen, wenn in gerichtlicher Gutachterpraxis tätige Sachverständige generelle Tendenzen verfolgen, etwa das Bemühen, Kleinkinder wenn möglich der Mutter zuzuweisen<sup>593</sup>. Solche Gutachten sind überflüssig, denn bei dieser Einstellung kommt eine Bevorzugung des Vaters nur bei größeren Defiziten der Mutter in Betracht – wenn eine Zuweisung an sie eben nicht mehr „möglich“ ist. Derartige Mängel kann der Richter aber auch ohne Sachverständigen erkennen<sup>594</sup>.

589 OLG Stuttgart 6.9.1974, ZBlJR 1975, 130, 135 f.; vgl. auch OLG Stuttgart 3.10.1974, FamRZ 1975, 106, 107 (der Sachverständige war Äußerungen des Kindes, die auf seine Beeinflußtheit durch den Vater hinwiesen, nicht nachgegangen); OLG Karlsruhe 19.10.1979, ZBlJR 1980, 139, 141 f. (zur Stabilität der Lebensverhältnisse bei Mutter und Vater).

590 Vgl. *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 76 (1969): Logische Widersprüche bei gerichtlichen Befragungen seien weniger ein Zeichen materiellen Irrtums des Sachverständigen als vielmehr seiner Ungeübtheit im Umgang mit Juristen.

591 Oben III.3.c)bb).

592 In *Feldman v. Feldman* (358 N.Y.S.2d 507 (App.Div. 1974)) z.B. war der Sachverständige offenbar sittlich befangen, conc.op. Shapiro ebenda S. 514 ff.

593 *Biermann*, Gutachtenschicksale S. 85; *Lempp/Röcker*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 31. Hier zeigt sich, daß die funktionale Definition des Mutterbegriffs (oben Fn. 365) oft nur eine oberflächliche Rationalisierung ist: In der Praxis entscheiden die Gutachter offenbar öfter als die Gerichte für die „Mutter“ im natürlichen Sinn (vgl. *Lempp/Wagner*, FamRZ 1975, 70), nicht selten gegen Kontinuität und Kindeswillen, OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 131 f.; OLG Stuttgart 17.7.1974, FamRZ 1975, 105, 106; 6.9.1974, ZBlJR 1975, 131, 134, f.; OLG München 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5 f.).

594 *Arntzen*, dessen Ausführungen insoweit ebenfalls nicht unbedenklich sind (Elterliche Sorge S. 15 f., 59), nennt als Beispiele, in denen ein Kleinkind zum Vater gegeben werden „muß“: Alkoholismus der Mutter, Drogenabhängigkeit, Psychose, Prostitution, Fehlen einer ausreichenden Wohnung (a.a.O. S. 15).

Wohlgemeint, aber von wissenschaftlicher Objektivität ablenkend ist es auch, wenn sich der Sachverständige als „Anwalt“ des Kindes versteht<sup>595</sup>. Derartige Äußerungen sind bedingt durch Vorurteile gegenüber den Gerichten, die angeblich nur auf Äußeres und abstrakte Rechte achten, das Kind als Objekt behandeln und sich somit an sachfremden Gesichtspunkten orientieren<sup>596</sup>. Parteilichkeit des Sachverständigen für das Kind aus dieser Einstellung heraus trägt kaum zur objektiven Förderung des Kindeswohls bei<sup>597</sup>.

Die Schwierigkeit für den Richter liegt darin, sachliche Voreingenommenheit in einem Gutachten zu erkennen. Das legt die Frage nahe, ob nicht im Ergebnis mehr Ehrlichkeit und Objektivität erreicht wird, wenn im Rahmen eines „adversary system“ von vornherein Parteigutachter einander gegenübergestellt werden<sup>598</sup>. Wo gegensätzliche Interessen übereinstimmen, scheint für den Richter eine verlässliche Entscheidungsbasis zu bestehen. In der Tat gilt es als ein gewichtiges Richtigkeitsindiz, wenn Mängel in der Person eines Elternteils oder sonstige nachteilige Umstände auch von dessen eigenem Gutachter eingeräumt werden müssen<sup>599</sup>. Vorurteile, die einer Partei im Ergebnis schaden, haben in einem derartigen System kaum Wirkungsmöglichkeiten. Dennoch scheitert das adversary system für Gutachter praktisch an zwei Voraussetzungen. Die Gleichgewichtigkeit des wissenschaftlichen Elements auf beiden Seiten ist – vor allem aus finanziellen Gründen – selten gewahrt, so daß allenfalls der Richter oder zusätzliche Gerichtsgutachter einen Vorsprung des wirtschaftlich und sozial stärkeren Elternteils ausgleichen können<sup>600</sup>. Zweitens geben streitende Experten dem Richter oft Steine statt Brot. Die US-amerikanischen Gerichte fordern deshalb auch von Parteigutachtern Objektivität<sup>601</sup> – ein

595 Lempp, NJW 1972, 316.

596 Lempp, NJW 1963, 1659; ders., NJW 1972, 316; Lempp/Röcker, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 27.

597 Mahnend Langeldedeke/Bresser S. 8: „Der Sachverständige sollte nicht für sich in Anspruch nehmen, er sei allein der Hüter der Menschlichkeit“; vgl. auch Ell, ZBlJR 1980, 532.

598 So Sberesky, in: 5 FLR 2143 (1979); L. Terr, Kinderpsychiaterin in San Francisco, Gespräch mit dem Verfasser vom 27.3.1979; vgl. auch Cavers, 63 Mich.L.Rev. 1326 (1965); Davidson, in: Readings S. 231.

599 Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2102 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Merluzzi v. Hotze, 3 FLR 2490 (N.Y. App.Div. 1977); Bowler v. Bowler, 74 ALR 2d 1068, 1070 (Mich. 1959). Auch deutsche Gerichte stellen wesentlich auf die Grundübereinstimmung von Parteixperten ab, selbst wenn deren Endempfehlungen differieren, OLG Braunschweig 25.3.1970, FamRZ 1970, 417, 418; LG Braunschweig 5.12.1969, FamRZ 1970, 205, 207; OLG Karlsruhe 31.8.1978, FamRZ 1978, 270.

600 Warnend Bennett v. Jeffreys, 356 N.E.2d 277, 284 f. (N.Y. 1976); Kay/Philips, 54 Cal.L.Rev. 723 (1966); vgl. auch Salk v. Salk, 393 N.Y.S.2d 841, 845 ff. (Sup.Ct. 1975), wo der Ausgleich nicht gelungen ist: Einem Sachverständigen der Mutter standen zwei des Vaters gegenüber; zwei Gerichtsgutachter votierten ebenfalls für den Vater, der selbst prominenter Kinderpsychologe in derselben Stadt war – ein aussichtsloser Kampf für die (ausländische) Mutter.

601 Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2101 (N.Y.Sup.Ct. 1977); Bennett v. Jeffreys a.a.O.; Moezie v. Moezie, Super.Ct.D.C. (1973), in: Davidson/Ginsburg/Kay S. 250, 252; vgl. Note, 73 Yale L.J. 165 Fn. 61 (1963); Note, 87 Yale L.J. 1180 f. (1978).

Eingeständnis, daß sachliche Richtigkeit auch auf streitigem Wege nicht besser erreicht wird<sup>602</sup>. Die Aufgabe, Subjektivismen und Vorurteile abzuwehren und eine verlässliche Entscheidungsgrundlage zu finden, ist deshalb durch das adversary system nicht wesentlich erleichtert, von zusätzlichen Fehlerquellen und erheblichen Kosten ganz abgesehen<sup>603</sup>.

c) Zusammenfassung

Obwohl Sachverständigengutachten die Erkenntnis des Kindeswohl im Einzelfall wesentlich fördern können, sind sie kein bequemer Weg für den Richter aus seiner Verantwortung. Vorhandene Skepsis bezieht sich nicht nur auf die Leistungsfähigkeit der psychologischen Wissenschaften, sondern, und dies auch von fachwissenschaftlicher Seite, auf die Qualität vieler Gutachten in konkreten Einzelfällen<sup>604</sup>. Die vorstehenden Beispiele aus der Gerichtspraxis haben gezeigt, daß diese Skepsis nicht grundlos besteht<sup>605</sup>. Dennoch ziehen die Gerichte in erheblichem Umfang Sachverständige für Fragen des Kindeswohls heran<sup>606</sup>. Ob zu Recht von einer Abdankung der Richter zugunsten von Sachverständigen gesprochen werden kann<sup>607</sup>, hängt nicht nur von der pflichtgemäßen Wahrnehmung der Kontrollfunktion durch die Gerichte ab, sondern auch von ihrer Kontrollfähigkeit. Wie bereits in anderen Zusammenhängen<sup>608</sup> zeigt sich auch hier die Unverzichtbarkeit einer Ausbildung von Familienrichtern, die ihnen das notwendige wissenschaftliche Rüstzeug zur Bewältigung auch außerjuristischer, aber vom Richter verantwortlich zu lösender Probleme vermittelt<sup>609</sup>.

602 Besonders deutlich *Salk v. Salk* a.a.O. S. 846: Obwohl bereits drei Parteigutachter ausgesagt hatten, bestellte das Gericht v.A.w. zwei weitere Sachverständige – “in the interest of justice, and because the adversary process does not lend itself to providing a neutral source for information”.

603 Der Aufmarsch von 5 (*Salk v. Salk*, Fn. 600) oder 7 Gutachtern (*Adler v. Adler*, 5 FLR 2613 (N.Y.Sup.Ct. 1979) ist zwar beeindruckend, aber wohl nur in Ausnahmefällen von wohlsituierten Eltern finanzierbar. Vgl. *Schelsky* (oben 5. Kap. Fn. 249) S. 37.

604 Vor allem *Goldstein*, 77 Yale L.J. 1064 (1968) (“casual psychoanalytic speculations”); *Watson*, 21 Syracuse L. Rev. 76 f. (1969); *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung S. 218.

605 Es ist zu betonen, daß die vorangegangene Darstellung eine Negativauslese ist und nicht als Durchschnittsbild der gutachterlichen Praxis verstanden werden will. Andererseits muß der Richter mit den beschriebenen Mängeln rechnen, nur sie bedürfen der expliziten Hervorhebung (ähnlich ein fachwissenschaftliches Anleitungsbuch für Sachverständige, *Hartmann*, Psychologische Diagnostik S. 103 ff.: Konzentrierung auf Negatives „aus didaktischen Gründen“).

606 Von einem einzigen gerichtropsychologischen Institut in der Bundesrepublik wurden in den letzten 25 Jahren über 19 000 Kinder begutachtet, *Arntzen*, Elterliche Sorge S. 60. Nach den Feststellungen von *Simitis* u.a. Kindeswohl S. 138 f. werden allerdings nur selten Gutachten eingeholt, vgl. auch *Simitis*, 2. DFGT S. 184.

607 Warned *Gernhuber*, Neues Familienrecht S. 91; *Wheeler* S. 93; vgl. dazu unten bei Fn. 647, 648.

608 Oben Fn. 38 und 5. Kap. Fn. 568.

609 *Blau/Müller-Luckmann*, Vorwort S. 7; *Tägert*, ebenda S. 71; *Happe*, Festschr. Stutte S. 221; *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 317; *Watson*, 21 Syracuse L.Rev. 62 (1969); *Wheeler* S. 93. Vgl. generell *Schelsky* (5. Kap. Fn. 349) S. 206.

Die veröffentlichten Entscheidungen in der Bundesrepublik zeigen in neuerer Zeit und mit zunehmender Tendenz eine auch im internationalen Vergleich beachtliche Aufgeschlossenheit und Bereitschaft der Richter gegenüber fachwissenschaftlichen Erkenntnissen, andererseits aber – jedenfalls bei den Obergerichten – weniger Neigung zu „fachwissenschaftlicher Subsumtion“ und zur Abdankung gegenüber Sachverständigen<sup>610</sup>. Es ist deshalb zu hoffen, daß die Familienrichter auf breiter Front eine Position aufgeschlossener Souveränität erlangen<sup>611</sup>, die von ihrer Seite Voraussetzung angemessener und fruchtbarer Kooperation mit Sachverständigen ist. Nicht zu übersehen ist aber, daß Ausbildung und speziell Schulung für die Gerichtspraxis auch auf seiten der Sachverständigen not tut, um die Kommunikation zwischen Richter und Sachverständigen zu fördern. Dem fachwissenschaftlich gebildeten Familienrichter muß ein juristisch gebildeter und aufgeschlossener Sachverständiger gegenüberstehen, wenn der faktischen Quantität von kinderpsychologischen Gutachten generell eine qualitative Verbesserung von Kindeswohl-Konkretisierungen entsprechen soll<sup>612</sup>.

### 3. Die Individualisierung allgemeiner Kriterien

#### a) Grundsatz und Problemstellung

Die grundsätzliche Bejahung von Wertübernahmen und die damit verbundene Konzentrierung auf allgemeine Kriterien des Kindeswohls darf und muß nicht eine Beeinträchtigung der hervorragenden Wertentscheidung der Kindeswohl-Norm bedeuten: der Entscheidung zugunsten kindesangepaßter Gerechtigkeit im Einzelfall. Hieraus folgt ein theoretisch nirgends bestrittener Grundsatz: Übernehmbare und damit notwendigerweise generelle Kindeswohl-Maßstäbe dürfen nur dann und insoweit zur Beurteilung eines konkreten Falles eingesetzt werden, als ihre Bedeutung für das betroffene Kind festgestellt ist<sup>613</sup>. Die Individualisierungsfunktion der Kindeswohl-Norm korrigiert Verschiebungen zum Generellen auf der Skala zwischen

610 Formulierung in Anlehnung an *Simitis*, 2. DFGT S. 180 f.

611 Beispielhaft OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 131 f.; vgl. auch OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32 ff.

612 *Simitis*, 2. DFGT S. 184 ff. sieht die Problematik gegenwärtiger Gerichtspraxis vor allem in der Abkapselung der Gutachter und dem Zeitverlust, mit dem die Einholung von Gutachten verbunden ist. Ein ständig präsenter Beraterstab für den Richter soll nicht nur den üblichen Zeitverlust vermeiden (oben Fn. 34), sondern auch ständigen "feed-back" für die Sachverständigen sicherstellen.

613 Vgl. nur BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 78; 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; OberG Zürich 13.6.1960, ZR 64 N. 87; In re Bowen, 219 N.W.2d 683, 688 (Iowa 1974); Johnson v. Johnson 3 FLR 2501, 2502 (Alaska 1977); *Ell*, ZBlJR 1980, 324; *Schwab*, Handbuch Rdn. 199; *Simitis*, 2. DFGT S. 181; *Treitz* S. 64; *Egger* Art. 156 Rdn. 3; *Jorio* S. 280; *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 423, 429, 433, 435, 441 (1965); *dies.*, 11 Fam.L.Q. 311 (1977-78). Zum korrespondierenden Grundsatz bei der Tatsachenfeststellung oben B.I.3.b) und II.

Sach- und Gleichgerechtigkeit, die tendenziell durch die Orientierung an allgemeinen Gesichtspunkten bedingt sind. In umgekehrter Richtung, aber ebenfalls dem angemessenen Ausgleich zwischen beiden Polen der Gerechtigkeit dienend, fungierte das Postulat der Generalisierbarkeit bei der originären Wertbildung<sup>614</sup>. Dort ging es darum, vom Einzelfall ausgehend das *Gerechte* zu suchen; die Individualisierung zielt darauf ab, das auf genereller Ebene als potentiell gerecht Erkannte im Einzelfall zu aktualisieren. Die letztliche Untrennbarkeit beider Aspekte der Gerechtigkeit zeigt sich aber auch bei der Individualisierungsfunktion: Obwohl primär auf Einzelfallgerechtigkeit zielend, dient sie gleichzeitig und gerade deshalb auch der fallübergreifenden Ausbildung der Kindeswohl-Erkenntnis, d.h. der ständig neuen Überprüfung vorgefundener Wertmodelle auf ihre Angemessenheit für neue Sachverhalte und der Ausdifferenzierung ihrer tatbestandlichen Reichweite<sup>615</sup>.

Obwohl schon die Gewinnung genereller Kriterien des Kindeswohls nicht einfach ist, liegt die Hauptschwierigkeit bei Sorgerechtsentscheidungen in der Anwendbarkeit und Bedeutung derartiger Gesichtspunkte für den konkreten Fall<sup>616</sup>. Die Schwierigkeit konkreter Erkenntnis, verbunden mit der Suggestivkraft von Formulierungen wie „regelmäßig“, „grundsätzlich“ oder „generell“ ist die Ursache dafür, daß die Praxis trotz einhelligen Bekenntnisses zur Individualisierungsnotwendigkeit doch oft dem Allgemeinen verhaftet bleibt und Besonderheiten nicht angemessene Wirkungsmöglichkeiten einräumt. Nur so ist es beispielsweise zu erklären, wenn ein genereller Vorsprung der Mutter gegenüber dem Vater auch dann den Ausschlag gibt, wenn die Mutter auf unabsehbare Zeit im Sanatorium leben muß<sup>617</sup>, wenn das Kind die Mutter ablehnt<sup>618</sup> oder wenn der Vater das Kind seit dessen Geburt überwiegend betreut hat<sup>619</sup>.

Als gelungene Individualisierung kann hingegen *Dodd v. Dodd*<sup>620</sup> angeführt werden, wo das Gericht zwei (fünf- und siebenjährige) Töchter der Mutter zuwies, stereotype Begründungen aber sorgfältig vermied. Zum einen belegte es konkret die primäre Bedeutung der Mutter im bisherigen Leben der Kinder. Zum zweiten ließ es sich nicht auf die Argumentation des Sachverständigen ein, die Töchter brauchten die Mutter als Identifikationsmodell, sondern führte

614 Oben II.2.

615 Vgl. oben bei Fn. 474 ff. In der Sachnähe der Rechtsbildung liegt die konzeptionelle Stärke und Weisheit des anglo-amerikanischen Rechtssystems, ein Vorteil, den *Fikentschi* Fallnormtheorie zu übernehmen und – besser als das Common Law – zu perpetuieren sucht, *Methoden IV* S. 144, 176, 196, 198 ff., 340 ff., 382 und öfter; vgl. auch *Zippelin* Festschr. Bruns S. 7 f.

Zum Vorschlag *Tribes* (39 L.&Cont.Prob. 23 ff. (1975)), in *Zeiten des Gesellschafts- u. Wertwandels* das Recht von den konkreten Streitfällen her neu aufzubauen, oben 4. K: Fn. 86 ff.

616 *Woodward v. Woodward*, 228 N.W.2d 74, 75 (Iowa 1975); *Bennett v. Jeffreys*, 356 N.2d 277, 282 ff. (N.Y. 1976); *Davis v. Davis*, 354 S.W.2d 526, 528 (Mo.App. 1962); v. *Larenz*, Festschr. Wieacker S. 4, 5 ff.

617 OberG Zürich 17.11.1955, ZR 56 N. 22.

618 KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643 und oben 5. Kap. Fn. 470.

619 KG 24.10.1977, FamRZ 1978, 826, 827; *Atkinson v. Atkinson*, 6 FLR 2892 (Ill.Af 1980).

620 403 N.Y.S.2d 401; 4 FLR 2302 (Sup.Ct. 1978).

aus: "The court is persuaded that the role of the father is no less important in his daughters' lives than that of the mother . . . (Nachweise). Girls need to learn not only what it will be like to be a woman, but what to look for and expect in a man. In the Dodd family, the father has dominated the mother, has forced his views on her, threatened her and belittled her. It is important for the children's emotional health, that they view their mother as the competent person she has shown herself to be and their father as a person who can treat women with kindness and respect. With Mrs. Dodd as the custodial parent, the girls will have a better chance to form positive images of both parents"<sup>621</sup>.

Im folgenden sollen typische Fehlerquellen aufgezeigt werden, die eine Individualisierung von generellen Kriterien in der Praxis oft verhindern.

### *b) Aktualisierung des Regelsinns*

Der Individualisierung allgemeiner Regeln steht die Tendenz der Gerichte entgegen, Kindeswohl-Kriterien abstrahiert von ihren tatsächlichen und wertmäßigen Grundlagen zu formulieren<sup>622</sup>. Die leitsatzartig tradierten Regeln weisen nur noch tatbestandliche Merkmale auf, die als Grundelemente in nahezu jedem Sachverhalt vorliegen („Mutter“, „Geschwister“). Da die Individualisierung genereller Aussagen aber der Verifizierung, dem „Wiedererkennen“ gerade des *Regelsinns* im konkreten Fall dient, können derartige Regeln nicht wirklich auf den Einzelfall umgesetzt werden. Entweder sie werden schematisch eingesetzt wie der Muttergrundsatz in den vorerwähnten Beispielen und führen dann zur Einebnung von Sachverhaltsbesonderheiten. Oder sie werden auf Grund bestimmter Sonderumstände für nicht anwendbar erklärt, wobei der Distinktion jedoch mangels Vergegenwärtigung des Regelsinns die Überzeugungskraft fehlt – etwa bei Ablehnung des Geschwistergrundsatzes, weil es sich im Einzelfall nur um Halbgeschwister handele<sup>623</sup>, oder bei Ablehnung des Muttergrundsatzes, weil das Kind schon älter als drei Jahre sei<sup>624</sup>. Hier findet nicht nur keine Auseinandersetzung mit der konkreten Bedeutung der Geschwister- oder Mutterbindung für das Kind statt. Das Unsichtbarwerden der Funktion von Kindeswohl-Kriterien im Rahmen des materialen Kindesinteresse eröffnet den Gerichten auch die Möglichkeit, allgemein für wesentlich erachtete Gesichtspunkte des Kindeswohls durch Hinweis auf beliebige Sachverhaltsbesonderheiten zu unterlaufen<sup>625</sup>.

1 A. a. O. S. 2304.

2 Oben III.4.c)aa).

3 KG 1.9.1958, FamRZ 1959, 253, 254. Überwiegend wird der Geschwistergrundsatz auch auf Halb- und Stiefgeschwister angewandt, OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; BayObLG 19.3.1975, FamRZ 1976, 38, 40; 26.1.1976, FamRZ 1976, 534, 535; KG 8.1.1968, FamRZ 1968, 264, 266; OLG Hamm 11.9.1967, FamRZ 1968, 533, 534; OLG Stuttgart 28.5.1975, FamRZ 1976, 34, 36. Zur Thematik vgl. oben bei Fn. 239 unten bei Fn. 706.

4 Oben Fn. 491.

5 Im einzelnen unten bei Fn. 706-708.

Ob ein Gericht nur die ratio eines Grundsatzes verkannt oder die Individualisierungsfunktion in obigem Sinn mißbraucht hat, kann anhand der Entscheidungsbegründungen nicht bewiesen, sondern nur vermutet werden. Im vorerwähnten Fall des Kammergerichts<sup>626</sup> wurde die Sorgerechtszuweisung für eins von zwei Halbgeschwistern nur deshalb geändert, weil die geschiedene Mutter einen Freund bei sich übermachten ließ, wenn die Kinder bei der Großmutter weilten. Es liegt nahe, daß hier die Moral die Entscheidung vorbestimmt und das Gericht sich wenig Gedanken über die ratio des Geschwistergrundsatzes gemacht hatte, zumal das Argument der „Halbgeschwister“ auch deshalb auf schwachen Füßen stand, weil die Kinder gerade die Mutter als gemeinsamen leiblichen Elternteil hatten.

Allgemeine Kriterien legitimieren deshalb eine dem Kindeswohl-Prinzip unterstehende Sorgerechtsentscheidung nur dann, wenn ihre generelle Funktion für das Kindeswohl offengelegt und im konkreten Fall aktualisiert worden ist. Damit leistet die Individualisierungspflicht einen wesentlichen Beitrag zur Objektivierung und zur Befriedigungswirkung von Sorgerechtsentscheidungen<sup>627</sup>.

c) Vermutungen, Erfahrungssätze, „allgemeine Erwägungen“

Generelle Kindeswohl-Kriterien bieten sich zumeist nicht nur als schlichte Bewertungsmodelle an, sondern beanspruchen eine Leitfunktion für die Bewertung durchschnittlicher Sachverhaltsgestaltungen. Die Notwendigkeit für den Richter, sich zur besseren Gerechtigkeitserkenntnis im Einzelfall an intersubjektive Erfahrungen anzulehnen, ist im Grundsatz anerkannt worden<sup>628</sup>. Das Prinzip der Individualgerechtigkeit setzt jedoch der Leitfunktion typisierter Interpretationen, die sich in der Bundesrepublik vor allem als Erfahrungssätze, in den USA häufiger als Vermutungen präsentieren, jedenfalls eine klare und unproblematische Grenze: Es muß ein Spielraum und Vorbehalt für Einzelfallbesonderheiten bleiben<sup>629</sup>. Das Problem liegt im übrigen darin, die angemessene Mitte zu finden zwischen einer Kasuistik, die sich jeglicher Einordnung in generelle Ordnungsmuster verweigert unter Berufung auf die Individualität jedes Einzelfalls<sup>630</sup>, und einer regelhaften Vorstrukturierung des

626 1.1.1958, oben Fn. 623.

627 *Aske v. Aske*, 47 N.W.2d 417, 418 (Minn. 1951); *Foster/Freed*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) 387 (1978). *Burt* (Sup.Ct.Rev. 1979, 355) weist darauf hin, daß im common-law-Bereich der Zusammenhang zwischen Befriedigungswirkung und minutiösem Eingehen auf Sachverhaltsdetails traditionell im Vordergrund steht.

628 Oben II.3.

629 Unzulässig sind deshalb unwiderlegliche Vermutungen, OLG Düsseldorf 9.1.1978, FamRZ 1978, 266, 267, gegen die sich insbesondere der US-Supreme Court in kontinuierlicher Rechtsprechung wendet, vgl. z.B. *Stanley v. Illinois* 405 U.S. 645, 656 f. (1972): "Procedure by presumption is always cheaper and easier than individualized determination. But when, as here, the procedure forecloses and determinative issues of competence and care . . . it needlessly risks running roughshod over the important interests of both parent and child. It therefore cannot stand". Diskussion dieser Tendenz, die sich nicht auf Kindeswohl-Fragen beschränkt, und weitere Nachweise bei *Tribe*, Constitutional Law 1092 ff. Der Vorschlag von *Ellsworth/Levy*, 4 L.&Soc.Rev. 203 (1969), den Muttervorrang als unwiderlegliche Vermutung zu etablieren, um die sozialen Kosten von Sorgerechtsstreiten in der Gesamtbilanz niedrig zu halten (vgl. oben 4. Kap. Fn. 147), würde deshalb vom US-Supreme Court mit Sicherheit als verfassungswidrig verworfen werden.

630 Vgl. oben II.2., bei Fn. 113.

Kindeswohls, die für den Einzelfall ein Prokrustesbett bedeutet und tatsächliche Besonderheiten erst ab einem erheblichen Gewicht korrigierend zuläßt.

Im theoretischen Grundsatz ist die Beurteilung von Erfahrungssätzen und tatsächlichen Vermutungen unstreitig. Sie sind nützlich und legitimerweise verwendbar, dürfen aber nicht die vorurteilsfreie und vollständige Aufklärung des Einzelfalls sowie die Beurteilung seiner *tatsächlich* festgestellten Elemente verhindern<sup>631</sup>. Die Praxis ist nicht arm an Beispielen, in denen die Gerichte souverän Gebrauch von typisierten Wertungsmodellen machten und diese an den tatsächlichen Strukturen des konkreten Falles relativierten<sup>632</sup>. Zu häufig begegnet jedoch auch das Gegenteil, Die grundsätzliche Rückstufung individueller Besonderheiten gegenüber regelhafter Beurteilung kommt eindrucksvoll in den Formulierungen zum Ausdruck, mit denen das OLG Hamm die Bedeutung außerehelicher Beziehungen eines Elternteils für die Sorgerechtsfrage hervorhebt: „Wenn auch *letztlich* den Besonderheiten jedes Einzelfalls *hinreichend* Rechnung zu tragen ist, so ist doch *schwergewichtig* zu berücksichtigen, daß (das Kindeswohl) . . . *in der Regel* gefährdet wird, wenn die Kinder nicht mit den richtigen sittlichen Wertmaßstäben aufwachsen“<sup>633</sup>. Weiterhin ist in diesem Zusammenhang erneut auf das „Normalkind“-Argument hinzuweisen<sup>634</sup>. Ausgehend von der generellen, auf Allgemeinüberzeugung und einzelnen wissenschaftlichen Aussagen aufbauenden These, daß ein Kontinuitätsbruch von Kindern normalerweise ohne bleibende Beeinträchtigung ihrer Entwicklung verkräftet wird, hat sich das „Normalkind“ vom schlichten Durchschnittstypus, der in jedem Einzelfall zu verifizieren wäre<sup>635</sup> und deshalb kaum Entlastungsfunktion für die Rechtserkenntnis hat, zu einem Regeltypus entwickelt, dessen Merkmale sich scheinbar objektiv, ohne Rücksicht auf die konkrete Wechselempfindlichkeit des Kindes feststellen lassen. Dem derart abstrahiert Typischen gegenüber hat das konkrete Kindeswohl

631 Daß die Erfahrung als Mittel der *Tatsachenerkenntnis* für den Bereich des Kindeswohls weitgehend ausfällt, wurde bereits dargelegt, oben B.II. Im übrigen vgl. BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 225 f.; OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318; OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; OLG München 22.6.1978, FamRZ 1979, 70, 71; OG 28.11.1963, JH 1964, 77, 78; 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; OG-Richtlinie Nr. 25, Ziff. 2, 5, 6; OberG Zürich 19.3.1949, ZR 50 N. 141; 13.6.1960, ZR 64 N. 87; McCreery v. McCreery, 3 FLR 3181 f. (Va. 1977); Johnson v. Johnson, 3 FLR 2501, 2502 (Alaska 1977); McAndrew v. McAndrew, 4 FLR 2287, 2288 (Md.App. 1978); Cooke v. Cooke, 319 A.2d 841, 844 (Md.App. 1974).

632 BGH 3.7.1951, BGHZ 3, 52, 60; KG 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 510 f.; 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; BayObLG 28.12.1961, FamRZ 1962, 165, 168, 169; 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318; OLG Karlsruhe 4.10.1958, FamRZ 1958, 424 f.; 15.8.1974, Justiz 1975, 29; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32 ff.; OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586; Doe v. Doe, 4 FLR 2100, 2101 f. (N.Y.Sup.Ct. 1977); Dodd v. Dodd, 4 FLR 2302, 2304 (N.Y.Sup.Ct. 1978); Jarrett v. Jarrett, 4 FLR 2813, 2814 (Ill.App. 1978, conc.op.Simon).

633 OLG Hamm 29.8.1977, FamRZ 1977, 744, 748; Hervorhebungen vom Verfasser.

634 Oben 5. Kap. Fn. 13; 6. Kap. bei Fn. 492-494.

635 BGH 25.6.1952, BGHZ 6, 342, 347; BayObLG 29.6.1976, FamRZ 1976, 532, 533; KG 6.6.1968, NJW 1968, 1680, 1681; 31.7.1978, FamRZ 1978, 832; OLG Düsseldorf 14.11.1967, FamRZ 1968, 89, 90; 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318; OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270; LG Braunschweig 5.9.1969, FamRZ 1970, 206.

zur Korrektivfunktion, die zudem deshalb kaum effektiv wird, weil sich die Feststellung des Typus häufig in der Nichtfeststellung von Besonderheiten erschöpft: Das Kind gilt als „normal“, solange nichts Abweichendes erkenntlich ist; wenn aber keine Besonderheiten offenkundig sind, braucht man nicht weiter nachzuforschen<sup>636</sup>. Im Ergebnis bleibt es also bei der prima-facie-Anschauung, die zur Feststellung des sinnentleerten Typus ausreicht, nicht aber zur sinnvollen Individualisierung und Wahrung des Kindeswohls<sup>637</sup>.

Schließlich ist noch auf die zuweilen merkwürdige Funktion hinzuweisen, die „allgemeine Erwägungen“ in Sorgerechtsentscheidungen haben. Zunächst sind „allgemeine Erwägungen“ nichts anderes als generelle Kindeswohl-Kriterien, die in konkreten Fällen nur dann Bedeutung erlangen können, wenn sie aus dem Sachverhalt belegt und individuell begründet werden<sup>638</sup>. Inhaltlich sind Kriterien gemeint, die zu den typischen Elementen von Sorgerechtsfällen gehören, wie insbesondere der Kontinuitätsaspekt oder enge Bindungen des Kindes an einen Elternteil. Beim Zusammentreffen mit einer Rechtsvermutung zugunsten eines Elternteils, wie sie beispielsweise in § 1671 Abs. 3 S. 2 a.F. BGB enthalten war, sahen sich die Gerichte genötigt, die rechtlich vorgegebene Wertung gegen allgemeine Kindeswohl-Erwägungen abzugrenzen: Das Typische sollte nicht schon per se geeignet sein, den Vorrang aufzuheben, da dieser sonst kaum praktische Wirkung gehabt hätte. Vielmehr müßte typischen Kriterien im Einzelfall *besonderes* Gewicht zukommen, um gegen den bevorrechtigten Elternteil eingesetzt werden zu können<sup>639</sup>.

Bis hierhin sind unter dem Gesichtspunkt der Individualisierung keine Einwände zu erheben. In der konkreten Rechtsfindung erging es den „allgemeinen Erwägungen“ aber oft ähnlich wie dem „normalen Kind“. Etwaige Besonderheiten wurden nicht erforscht, und selbst vorgetragene Bedenken, etwa bezüglich eines Kontinuitätsbruchs, wurden mit dem Hinweis auf die *grundsätzliche* Unbeachtlichkeit „all-

636 KG 9.10.1967, FamRZ 1968, 98, 100; OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255; OLG Köln 18.8.1972, FamRZ 1972, 574, 575; BayObLG 21.2.1969, FamRZ 1969, 341, 344; 30.5.1975, StAZ 1975, 218, 219; 16.2.1976, FamRZ 1976, 363, 366; BGH 18.6.1970, FamRZ 1970, 550, 553 (Sonderfall, der hanefitischem Recht unterlag, in dem das Kindeswohl also unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* zu beurteilen war).

637 Kritisch insbesondere Bazemore v. Davis, 5 FLR 2131 f. (D.C.App. 1978). Treffend *Hainmüller*, Anscheinsbeweis S. 27: Sind schon die tatbestandlichen Voraussetzungen von Erfahrungssätzen ungenau gefaßt, „kann auch die empirische Verbindung beider keine Präzision aufweisen“; (vgl. auch oben Fn. 496). Schon *Radin* beurteilte die richterliche Rechtsfindung demgegenüber illusionslos: „Judges are people and the economizing of mental effort is a characteristic of people“. Weise die Fallgestaltung prima facie auf einen bestimmten Typus, möge der Richter abgeneigt sein „to disturb it by searching for new elements which might compel the substitution of a wholly different situation“ (11 A.B.A J. 357, 362 (1925)).

638 BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 226; OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144.

639 BGH 3.7.1951, BGHZ 3, 52, 60; 4.5.1957, FamRZ 1957, 252, 253 f.; OLG Düsseldorf 13.9.1972, FamRZ 1973, 316, 318.

gemeiner Erwägungen“ beiseite geschoben<sup>640</sup>. Die im Prinzip gerechtfertigte Disqualifizierung des nur Generellen hat sich hier ausgerechnet gegen das Individuell-Konkrete gewandt. Die Problematik ist mit der Aufhebung des Schuldvorrrangs nicht weggefallen. Zum einen bleibt der rechtliche Vorrang des durch Elternvereinbarung bezeichneten Elternteils. Bei aller gebotenen Zurückhaltung wird der Richter Kontinuitätsaspekte nicht schon deshalb unbeachtet lassen können bei der Prüfung, ob ein Abweichen „zum Wohle des Kindes erforderlich“ ist (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB), weil es sich um eine „allgemeine Erwägung“ handelt. Zum zweiten kann die faktische Leitfunktion und Verfestigungstendenz richterlicher Grundsätze dazu führen, daß auch ihnen gegenüber „allgemeine Erwägungen“ nicht mehr zugelassen werden. Dabei zeigt sich das Unbefriedigende und Willkürliche im Umgang der Praxis mit generellen Kriterien. Entweder bleibt ein häufiger Gesichtspunkt „allgemeine Erwägung“ und als solche regelmäßig unbeachtet, oder er erscheint als richterlicher Grundsatz mit der Folge, daß andere häufige Gesichtspunkte wie die Kontinuität ihm gegenüber als „allgemeine Erwägungen“ nicht mehr zum Zuge kommen<sup>641</sup>.

Insgesamt zeigt sich, daß die Gerichte mit Erfahrungssätzen, Vermutungen und „allgemeinen Erwägungen“ ein kompliziertes Argumentationssystem aufgebaut haben, dessen wesentliches Ergebnis die Generalisierung und Manipulierbarkeit von Kindeswohl-Entscheidungen auf Kosten der Besonderheiten des Einzelfalles ist<sup>642</sup>. Das strikte Gebot der Individualisierung hilft zwei Fehlentwicklungen ab: Verfestigung der Vermutungswirkung genereller Grundsätze, die von umfassender Sachaufklärung abhält, und Abqualifizierung von Kindeswohl-Kriterien gegenüber richterlichen Grundsätzen, nur weil sie häufig oder regelmäßig eine Rolle spielen. Welches Gewicht allgemeinen Regeln und Kriterien zukommt, ergibt sich grundsätzlich erst aus der Zusammenschau mit den vorurteilsfreien ermittelten Umständen des Sach-

640 OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255; auf der Grenze auch BGH 25.6.1952, BGHZ 6, 342, 347; BayObLG 21.2.1969, FamRZ 1969, 341, 344; 19.11.1974, FamRZ 1975, 169, 171; vgl. auch BGH 18.6.1970, FamRZ 1970, 550, 553. Kritisch Müller-Freienfels, Ehe und Recht S. 220; Treitz S. 176.

641 OberG Zürich 17.11.1955, ZR 56. N. 22; vgl. auch Nehra v. Uhlar 4 FLR 2120, 2121 (N. Y 1977): Das Gericht ging von dem Grundsatz aus, daß vom nichtsorgeberechtigten Elternteil entführte Kinder zurückzugeben seien, wenn nicht das Kindeswohl entgegenstehe. Dem inzwischen 4 1/2-jährigen Aufenthalt der (11 und 9-jährigen) Kinder maß das Gericht keine entscheidende Bedeutung bei: Ein Kontinuitätsbruch schade immer, er könne deshalb kein Grund sein, dem vorgenannten Grundsatz die Anwendung zu versagen (anders nur bei „besonders“ langen Zeiträumen – die Kriterien des „Besonderen“ bleiben ungenannt, wären aber bei dieser Fallgestaltung von speziellem Interesse gewesen). Das Verfahren hatte 4 Jahre gedauert. Zu einer gründlichen Feststellung der konkreten Kindesinteressen ist es dennoch nicht gekommen. Zur Problematik der Kindesentführungen vgl. oben 5. Kap. Fn. 351, 827.

642 In Bazemore v. Davis, 5 FLR 2031 f. (D.C.App. 1978) werden deshalb Vermutungen (speziell: zugunsten der Mutter) als grundsätzlich untauglich für die Rechtsfindung bei Sorgerechtsentscheidungen bezeichnet. Kritisch zur Prinzipienorientiertheit der Praxis *Simitis*, in: *Simitis/Zenz*, Seminar I S. 20.

verhalts<sup>643</sup>. Generelle Kriterien haben eine sinnvolle Funktion als Hinweise für die Kindeswohl-Ermittlung und als Wertungsmodelle. Als bloßes *Modell*, ohne Aktualisierung im Einzelfall, ist für sie in Entscheidungsbegründungen jedoch kein Raum. Hat eine Aktualisierung stattgefunden, sind Vermutungen oder allgemeine Regeln funktionslos. Entweder ist der Inhalt in concreto bestätigt — dann kommt es nun auf diese individualisierte Feststellung an; oder er ließ sich nicht bestätigen — dann kann nicht die Regel trotzdem angewandt werden<sup>644</sup>.

## V. Wertintegration

### 1. Begriff und Problemstellung

Die Feststellung aller tatsächlichen und werthafter Einzelelemente des Kindesinteresses, mit denen sich die vorangegangenen Abschnitte befaßt haben, ist nur die Vorstufe zum eigentlichen richterlichen Entscheidungsprozeß. Da die Sorgerechtsentscheidung von „dem“ Kindeswohl bestimmt sein soll, ergibt sich die Aufgabe für den Richter, das konkrete Erkenntnismaterial derart zu einem Gesamtbild zu integrieren, daß es eine Folgerung für die kindgerechte Platzierung zuläßt<sup>645</sup>.

Ein entscheidungstragendes Gesamtbild ergibt sich nicht schon als Ergebnis korrekter und sachangemessener Ordnung der einzelnen Elemente, etwa wie bei einem Puzzle. Gegenläufige Tendenzen wirken schon innerhalb einzelner Gesichtspunkte und sind wertend zu überbrücken; offene Konflikte können sich weiterhin zwischen verschiedenen Kriterien ergeben, insbesondere solchen, die aus unterschiedlichen Grundsichten des Kindeswohls stammen. Einige Beispiele: Jeder Elternteil weist regelmäßig Vorzüge und Nachteile für das Kind auf; die Zuweisung zum an sich besser geeigneten Elternteil würde einen Kontinuitätsbruch für das Kind bedeuten; der in psychologischer Hinsicht überlegene Elternteil bietet von seiner privaten Lebensführung her keine Gewähr, daß das Kind in herrschende moralische und gesell-

643 *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 423 ff. (1965); dies., 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) 386; *Wilkerson/Kroeker* S. 280; *Treitz* S. 176; vgl. *Esser*, AcP 172 (1972) 114; *Larenz*, Festschr. Wieacker S. 415 ff.; *F. Müller*, Methodik S. 168. Aus diesem Grund werden zu Recht auch literarische oder wissenschaftliche Regeln zurückgewiesen, die einen zu pauschalen Geltungsanspruch erheben, *Foster*, 12 Willamette L.J. 546 ff. (1976); *Dembitz*, 83 Yale L.J. 1309 (1974); *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36 f. (alle gegen die Rigidität der Vorschläge von *Goldstein/Freud/Solnit* zur Kontinuitätswahrung, vgl. auch oben Fn. 332); gleiches hat zu gelten bezüglich der Überbetonung der elterlichen Bestimmungskompetenz, in: *Before* S. 31 ff., vgl. oben 5. Kap. C.II.3.b); *Strunk/Berger*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 19 ff.

644 Vgl. *Treitz* S. 178; zum Sonderproblem der „gleichgelagerten Verhältnisse“ vgl. unten V.4.

645 *Klar*, ZfKinder-Jug.Psych. 1 (1973) 42 spricht anschaulich von der „Gestalt“, die die Faktoren des Kindeswohls im jeweiligen Einzelfall formen; vgl. auch *D. Brüggemann*, in: Familienrechtsreform S. 109. Zur idealtypischen Unterscheidung der Wertintegration von den Vorstufen der Wertfindung vgl. schon oben C.I.

schaftliche Standards eingeführt wird; das Kind will nicht zum besseren Elternteil – diese Aufzählung typischer und die Praxis beherrschender Konflikte könnte nahezu unbegrenzt fortgesetzt werden. Die einzelnen Elemente des Kindeswohls bieten sich dem Richter als in sich widersprüchliches, bestenfalls unzusammenhängendes Material dar. Daraus folgt, daß die Integration aller Elemente zu einem Gesamtbild in einem Prozeß ihres Gegenüberstellens und Abwägens, ihrer Bewertung und Abstufung gerade im Verhältnis zueinander zu erfolgen hat<sup>646</sup>. Man sieht hierin die zentrale und entscheidende Phase richterlicher Kindeswohl-Konkretisierung<sup>647</sup>, wenn auch der Gestaltungsrahmen durch Rationalisierung und Individualisierung der Einzelfaktoren nicht unerheblich eingegrenzt werden kann. Gleichzeitig reduziert sich das Entscheidungsfeld auf die Pole Sachverhalt, Gerechtigkeitspostulat und richterliche Überzeugung. Der Richter ist bei der integrierenden Konkretisierung unmittelbar, ohne hilfreiche Medien und Indizien dem Maßstab der Gerechtigkeit konfrontiert und verpflichtet – eine Aufgabe, die juristische Ausbildung und Erfahrung voraussetzt. Hier liegt deshalb das ureigenste Tätigkeitsgebiet der Richter bei der Konkretisierung des Kindeswohls, ihr spezifischer Beitrag im multidisziplinären Bemühen um das Kindeswohl, der durch einzelne Fachdisziplinen oder Behörden nicht geleistet werden kann<sup>648</sup>.

## 2. Möglichkeiten sachlicher oder methodischer Vorstrukturierung

Die Abwägung und Integration von Wert Gesichtspunkten für den Einzelfall ist von der modernen Rechtsmethodik als kreativer, mathematisch oder logisch nicht erfaßbarer Denkvorgang anerkannt<sup>649</sup>. Die Fragestellung kann auch hier von vornherein nicht auf Determination der richterlichen Entscheidung gerichtet sein, sondern allenfalls auf Gewinnung rationaler Orientierungslinien und damit auch Legitimationsmöglichkeiten für den Richter<sup>650</sup>. Versuche, generell Regeln für die Wertab-

646 In den USA spricht man von einem "weighing and balancing process", Marr. of Ellenwood, 532 P.2d 259, 262 (Ore. 1975); Tingen v. Tingen, 446 P.2d 185, 187 (Ore. 1968); vgl. auch *Foster/Freed*, 39 N.Y.U.L.Rev. 443 (1965).

647 *Foster/Freed* a.a.O. S. 423 ff.; *dies.*, 180 N.Y.L.J. 9.11.1978 (Nr. 90) S. 386 f.; *Kay/Phillips*, 54 Cal.L.Rev. 719 (1964); vgl. KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 642; *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36.

648 *Müller-Freienfels*, Festschr. Hinderling S. 150 (der darauf hinweist, daß eine Behauptung der Juristen von der Qualität der juristischen Funktion, letztlich also von den Juristenpersönlichkeiten abhängt; *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 25 f.; *Rittner*, in: Ermessensfreiheit S. 52 Fn. 102; *Weinman*, 10 L.&Cont.Prob. 721 (1944); *Katkin/Bullington/Levine*, 8 L.&Soc.Rev. 672, 675 f. (1974); vgl. allgemein *Ballerstedt*, Festschr. Flume S. 266 f.; *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 283 ff., insbes. 293 f.

649 *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 285 ff.; *Larenz*, Festschr. Klingmüller S. 247 f.; *F. Müller*, Methoden S. 45; *Hubmann*, Wertung S. 48, dagegen aber a.a.O. S. 145 ff. (Versuch, die Wertabwägung mathematisch zu erfassen).

650 Vgl. oben A. und C. II.3.a)aa).

wägung aufzustellen, wie etwa den Vorrang des „fundamentalen Interesses“<sup>651</sup> oder Gesichtspunkte der Wertaddition oder -subtraktion<sup>652</sup>, sind letztlich nur theoretische Verbalisierungen von Vernunftabwägungen, die sich dem Richter ohnehin aufdrängen, zusätzliche Leitfunktion für die verantwortliche Entscheidung im Einzelfall aber nicht entfalten können<sup>653</sup>. Die Schwierigkeit, generelle Aussagen für den Integrationsprozeß zu treffen, besteht für die Kindeswohl-Konkretisierung in besonderem Maße, da hier die Heterogenität und prinzipielle Unbegrenztheit der potentiell maßgeblichen Gesichtspunkte und die personale Prägung jeder Situation Typisierungen kaum zulassen<sup>654</sup>. Selbst das Bemühen des DDR-Rechts, den Entscheidungsprozeß so weit wie möglich vorzuzeichnen (OG-Richtlinie Nr. 25), ist insoweit auf Grenzen gestoßen<sup>655</sup>.

Allerdings darf nicht übersehen werden, daß das objektive Recht auch für die Wertabwägung verbindliche Richtlinien enthält. Dies gilt vor allem für das Zusammentreffen von Kindes- und Drittinteressen. Das generelle Verhältnis dieser Interessen zueinander ist durch die Hervorhebung des Primats des Kindeswohls und seine Aufgliederung in eine Leit- und Sperrfunktion zu klären versucht worden<sup>656</sup>. Konkret kann der Abwägungsprozeß dadurch noch weiter vorstrukturiert werden, daß für typische Konfliktsituationen die Interessen des Kindes und der Eltern interpretiert und zueinander ins Verhältnis gesetzt werden<sup>657</sup>.

Soweit es hingegen um die Abwägung und Interpretation einzelner Aspekte des konkreten Kindeswohls selbst geht, fehlen Lösungsmodelle weitgehend<sup>658</sup>. Immerhin finden sich vereinzelt Ansätze die in zurückhaltender Form Akzente für die Wertintegration setzen. In der Regel ist Ausgangspunkt ein bestimmtes Kriterium, über dessen Bedeutung in der Gesamtabwägung Aussagen gemacht werden. Noch rein deskriptiv, gleichzeitig aber typisch für Fallrechtssysteme ist die Darstellungstechnik in den American Law Reports, die das rechtliche Gewicht eines Kindeswohl-Gesichtspunkts auch dadurch konkretisieren, daß die häufigsten Konstellationen mit anderen Kriterien und ihre Bewertung in der Praxis

651 *Kriele*, Kriterien S. 70 ff.; *ders.*, Rechtsgewinnung S. 179 ff., 228 ff.; vgl. auch *Hubmann*, Wertung, S. 28 ff., 30 ff.; kritisch zu *Kriele Larenz*, Methodenlehre S. 146 f. Vgl. den „Höchstwertdurchlaß“ bei *Kluffmann*, Das Kind S. 73 ff.

652 *Hubmann*, Wertung S. 26 ff.; *Esser*, JJB 1 (1960) 117 f., der noch weitere Maximen der Abwägung aufzählt.

653 Kritisch *Larenz*, Festschr. Klingmüller S. 247 f.; vgl. auch *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 286 ff.

654 *Dieckmann*, AcP 178 (1978) 318; *Benedek/Benedek*, 45 Am.J.Orthopsych. 830 (1975); *Robde*, Erziehungsrecht S. 6, 89; *ders.*, JH 1967, 197.

655 OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 2; OG 4.7.1968, NJ 1968, 538; vgl. *Robde* a.a.O.

656 Oben 5. Kap. A.II.2.b)c); 3.c).

657 So z.B. *Lüderitz*, FamRZ 1975, 607 für den Konflikt von Kindeswohl und Elternvorschlag.

658 Vgl. aber den obigen Vorschlag (IV.3.a) a.E.), die für das Kind weniger riskante Lösung zu bevorzugen.

herausgearbeitet werden<sup>659</sup>. Darüber hinaus wird von den Gerichten oft auch das Gewicht eines grundsätzlich beachtlichen Kriteriums bei der Gesamtabwägung schon generell vorgezeichnet. Entweder soll es sich nur um einen nachrangigen Gesichtspunkt handeln, der also regelmäßig nicht ausschlaggebend für die Entscheidung sein kann, etwa die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern<sup>660</sup>, ihre sittlich-moralische Vorbildlichkeit<sup>661</sup> oder Eignungsvermutungen auf Grund Alters oder Geschlechts des Kindes<sup>662</sup>. Andere Faktoren werden als grundsätzlich so wichtig eingestuft, daß sie jedenfalls nicht leichthin zugunsten gegenläufiger Aspekte beiseitegeschoben werden könnten. Insoweit wurden vor allem genannt der Kontinuitätsgesichtspunkt<sup>663</sup>, der Wille älterer Kinder<sup>664</sup> oder die erzieherische Eignung der Eltern<sup>665</sup>. Auf- oder Abwertung von Kriterien kann sich auch aus zusätzlichen Gesichtspunkten ergeben, etwa das geringere Gewicht zerrüttungsbedingten<sup>666</sup> oder lange zurückliegenden Fehlverhaltens eines Elternteils<sup>667</sup>. Auch die Kategorie der „allgemeinen Erwägungen“ wäre hier zu nennen<sup>668</sup>.

Weitergehende Abwägungsmodelle finden sich nur selten. Relativ ausdiskutiert ist der offene Konflikt zwischen Elternvorschlag und Kindeswillen<sup>669</sup>. Darüber hinaus erübrigen sich manche Abwägungsprobleme, wenn man sich, im Gegensatz zur herrschenden Rechtspraxis, intensiver über den Sinngehalt tradierter Kriterien Gedanken macht. Soweit beispielsweise die Bindung des Kindes an einen Elternteil

659 Z.B. 98 ALR 2d 937 ff., 941 (1964: Geschwister); 4 ALR 3d 1410 ff. (§ 14) (1965: Kindeswille); 23 ALR 3d 48 ff., 51, 55 ff. (1969: Eheverfehlungen); 70 ALR 3d 287 ff. (§9) (1976: Mutterrolle).

660 Oben 5. Kap. Fn. 24.

661 BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 f.; OLG Köln 30.6.1976, FamRZ 1977, 62, 73.

662 BGH 3.7.1959, BGHZ 3, 52, 60; BayObLG 28.2.1974, FamRZ 1975, 223, 225; 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653.

663 OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; Woodward v. Woodward, 228 N.W.2d 74, 76 (Iowa 1975).

664 BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316; *Maier-Reimer*, Gutachten S. 67 f.; *Robde*, Erziehungsrecht S. 107 f. = JH 1967, 202.

665 BayObLG 25.9.1975, FamRZ 1976, 43, 45; 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652; so auch das DDR-Recht vgl. oben.

666 KG 3.9.1959, FamRZ 1959, 508, 509; 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 643; OLG Karlsruhe 31.1.1978, FamRZ 1978, 270. OberG Zürich 26.9.1945, ZR 48 N. 45 (S. 88); 30.8.1973, SJZ 70 (1974) 280, 281; OG 17.9.1957, NJ 1958, 34, 35; 4.7.1968, NJ 1968, 538, 540; 30.4.1974, NJ 1974, 440, 431; White v. White, 213 S.E.2d 766, 767 (Va. 1975); vgl. *Coester*, FamRZ 1977, 221.

667 KG 3.9.1959, FamRZ 1959, 508, 509; 5.10.1959, FamRZ 1959, 509, 511 (Abtreibungsvorschlag des Vaters; dagegen aber OLG Karlsruhe 14.10.1965, FamRZ 1966, 108, 109); OLG Düsseldorf 8.6.1964, FamRZ 1964, 456, 457; OLG Hamm 14.11.1966, FamRZ 1967, 412, 414; Digby v. Digby, 4 FLR 2604, 2605 (Ark. 1978); Oullette v. Oullette, 23 ALR 3d 1, 4 (Md. 1967); differenzierend OLG Hamm 23.1.1968, FamRZ 1968, 530, 532; *Brosky/Alford*, 81 Dick.L.Rev. 686 (1977).

668 Dazu oben IV.3.c) und sogleich bei Fn. 675.

669 § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 608; sowie die DDR-Literatur, oben 5. Kap. C.II.2.c), Fn. 616.

in Frage steht, läßt sich das Verhältnis der Bindungsindizien Mutterrolle, Kontinuität und Kindeswille zueinander im Grundsatz unproblematisch abgrenzen<sup>670</sup>. Von ihren sinngebenden Grundlagen abstrahierte Regeln hingegen verweigern sich von vornherein sinnvoller und plausibler Zuordnung<sup>671</sup>.

Alle vorstehend erörterten Ansätze können dem Richte im Einzelfall erste Orientierungen, nicht aber eine wirkliche Entlastung für die von ihm zu verantwortende Abwägung bieten. Einzelne Aspekte des Kindeswohls wiederholen sich eher und sind eher überindividuell formulierbar als die Konstellation aller Faktoren in einem gegebenen Einzelfall. Ebensowenig wie es möglich ist, das „Kindeswohl“ abstrakt zu definieren<sup>672</sup>, kann deshalb das Kindeswohl jenseits der Anschauung eines konkreten Falles derart abschließend beurteilt oder seine Beurteilung vorstrukturiert werden, daß daraus die Entscheidung von Fällen quasi automatisch folgte. Die Individualität des Gesamtbilds geht so weit, daß schon das Aktenbild eines bestimmten Falls nicht mehr gleichermaßen zuverlässig die Entscheidungsgrundlagen vermittelt wie der unmittelbare Eindruck von den Beteiligten durch den Tatrichter. Hier liegt die sachliche Rechtfertigung für die Zurückhaltung, die sich die Rechtskontrollinstanzen gegenüber der Gesamtabwägung des Tatrichters jedenfalls dem Grundsatz nach auferlegen<sup>673</sup>. Umgekehrt wird aber auch der Tatrichter verpflichtet, die Gesamtabwägung offenzuhalten und sich nicht mit strikten Regeln, Vermutungen und Absolutsetzungen bestimmter Gesichtspunkte den Weg zu einer sachangemessenen Bewertung im Einzelfall zu verbauen<sup>674</sup>. Damit wird Versuchen, den Prozeß der Wertintegration zu reglementieren, eine klare Grenze durch den Primat des Einzelfalls gesetzt. Dessen Individualität und Komplexität muß ungehindert die Entscheidung prägen können. Hieran scheitern auch Tendenzen, besonders wichtig erachtete Aspekte als Leitkriterien aufzubauen, denen gegenüber allen anderen Faktoren des Kindeswohls nur noch Korrektivfunktion zukommt<sup>675</sup>.

670 Oben 5. Kap. bei FN. 450 ff.

671 Zur entsprechenden Problematik schon bei der Individualisierung oben IV.3.b).

672 Oben 5. Kap. A.I.1.

673 Zum US-Recht oben 3. Kap. B.II.5.; im übrigen BayObLG 9.12.1958, FamRZ 1959, 122, 124; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 33; *Keidel/Kuntze/Winkler* § 27 FGG Anm. 26 ff. m.w.N.; vgl. demgegenüber aber BayObLG 16.2.1976, FamRZ 1976, 366, 369 („schwerwiegende Gründe“ als unbestimmter, voll zu überprüfender Rechtsbegriff, ebenso OLG Hamburg 30.10.1958, FamRZ 1959, 255); 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 652 (entsprechend zum Rechtsbegriff „Kindeswohl“); ebenso OLG München 16.9.1977, FamRZ 1978, 54, 56.

674 BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 448; 15.2.1978, FamRZ 1978, 405, 407; *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App.Div. 1977); *Feldman v. Feldman*, 222 N.W.2d 2,4 f. (Mich.App. 1974); *Hartwig/Rebe*, in: Familienrechtsreform S. 36. Hiergegen verstößt vor allem oft der Einsatz moralischer Gesichtspunkte (oben 5. Kap. A.II.3.d), insb. dd), vgl. auch *Nadler v. Superior Court*, 63 Cal.Rep. 352, 354 (Cal.App. 1967: Die Mutter war lesbisch); *Harper v. Harper*, 3 FLR 2125 (Va. 1976: Absolutsetzung der Mutterrolle); *Smith v. Smith*, 4 ALR 3d 1383 ff. (Utah 1963: Bindung an den Kindeswillen).

675 So bezüglich der Kontinuität ausdrücklich OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; *Woodward v. Woodward*, 228 N.W.2d 74, 76 (Iowa 1975). Zu den Auswirkungen derartigen Vorgehens schon auf die Individualisierung von Kindeswohl-Kriterien oben IV.3.c).

Der mit Kindeswohl-Regeln stets verbundene Vorbehalt der Rechtsprechung, es komme letztlich immer „auf die Gesamtheit der Umstände“ an, *kann* zwar ebenso wie das verwandte Einzelfallargument nur Ausdruck einer Begründungs- und Rationalitätsverweigerung sein<sup>676</sup>. Wie aber das Einzelfallargument im *Grundsatz* und in der Hand des pflichtgetreuen Richters legitimer Ausdruck der aus der Kindeswohl-Norm folgenden Individualisierungspflicht ist, so ist der Gesamtbildvorbehalt dem *Grundsatz* nach legitimer Ausdruck der Integrationspflicht und -verantwortung des Richters.

### 3. Rationalität der Wertintegration

#### a) Verbleibende Bedeutung des Rationalitätsgebots

Aus dem Umstand, daß die Konkretisierung des Gesamtkindeswohls sachlich und methodisch kaum zu erfassen ist, folgt nicht, daß richterlicher Willkür letztlich doch ein konstitutiver Stellenwert eingeräumt werden muß<sup>677</sup>. Ein derartiger Schluß würde auf positivistischem Denken beruhen, er läge auf der gleichen Ebene wie jene Stimmen, die werthaftem Denken generell die Wissenschaftlichkeit absprechen<sup>678</sup> und für die es zwischen einer Entscheidung „by rule“ oder Willkür keine Alternative gibt<sup>679</sup>. Die Pflicht des Richters zur *Rechtsentscheidung* bezieht sich nicht nur auf einzelne Wertkonkretisierungen, sondern auch auf die Gesamtbewertung des Kindeswohls. Die Integration der im konkreten Fall maßgeblichen Gesichtspunkte kann deshalb nicht der Ort sein, an dem sich der Richter von rationalem Denken abzuwenden hätte, um einer „ganzheitlichen“ Sicht Raum zu geben, die Spannungen und Diskrepanzen in einer vom Rechtsgefühl bestimmten Gesamtbewertung untergehen läßt. Der bisherige Rationalitätsgewinn bei der Beurteilung der Einzelelemente der Kindeswohls würde dabei wieder preisgegeben. Es genügt, auf *Engisch* zu verweisen, um die dem ganzheitlichen Denken innewohnenden Irrationalitätstendenzen zu belegen<sup>680</sup>. Auch und gerade hier muß im Grundsatz gelten, daß Akzentsetzungen, die rational nicht verdeutlicht werden können, dem Bereich der „dumpfen Emotion“ zuzuordnen und damit illegitim sind<sup>681</sup>. Zu den unbestrittenen Vorgaben der Wertungsjurisprudenz gehört das Zugeständnis, daß „ein Erdenrest zu

676 Vgl. oben Fn. 113; speziell zum „Gesamtbildargument“ *Struck*, Argumentation S. 151.

677 Vgl. oben 4. Kap. C.II.1.b).

678 Zur Auseinandersetzung mit diesen Stimmen verschiedener Provenienz *Diederichsen*, Festschr. Flume S. 285 ff.

679 Kritisch zu diesem in den USA verbreiteten Denken *Llewellyn*, Common Law S. 218.

680 Konkretisierung S. 128 ff., insbes. 141 ff.

681 *Gernhuber*, Festschr. Tüb.Jur.Fak. S. 196.

tragen peinlich“<sup>682</sup> an Subjektivität nicht zu vermeiden ist<sup>683</sup>. Im übrigen berührt aber der Mangel an Steuerbarkeit und äußerer Kontrolle nicht die innere Pflichtgemäßheit der richterlichen Entscheidung. Letztere erlangt bei der wertenden Gesamtschau des Kindeswohls zentrale Bedeutung<sup>684</sup>. Die Entscheidung bleibt stets „aus der Sache“ zu treffen<sup>685</sup>, d.h. der Richter muß objektiv und sachangemessen urteilen. Sind positive Leitlinien hierfür nicht erreichbar, behält das Rationalitätsgebot dennoch Bedeutung als „negativer Standard“, als *Verbot von Sachwidrigkeit und Voreingenommenheit*<sup>686</sup>. Trotz aller Ungewißheit über das „Richtige“ läßt sich doch oft mit relativer Sicherheit, d.h. abgesichert durch relativ breiten Konsens ein *Unrechtsurteil* fällen<sup>687</sup>. Als generelle Leitlinie mag auch hier die Formel von Llewellyn dienen: Die integrierende Gesamtabwägung des Kindeswohls ist rational, wenn sie *ex post* von der Umwelt als sachlich und vertretbar empfunden wird<sup>688</sup>.

Als formales Kontrollinstrument gewinnt folglich die *Entscheidungsbegründung* zentrale Bedeutung. Sie ist das letzte Mittel zur Bindung des Richters, wo seine materielle Entscheidungsfreiheit wächst, und ist proportional zu intensivieren<sup>689</sup>. Zutreffend wurden deshalb Entscheidungen als rechtsfehlerhaft bezeichnet, deren Begründung die vom Kindeswohl geforderte Gesamtabwägung nicht erkennen ließ<sup>690</sup>, selbst wenn feststand, daß der erstinstanzliche Richter *sachlich* pflichtgemäß vorgegangen war<sup>691</sup>.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß der Einsatz des Rationalitätsgebots als nur negativer Standard durchaus Steuerungswirkung für die Praxis entfalten könnte.

- 682 Müller-Freienfels, Festschr. Hinderling S. 150, in Übernahme von Hinderling, SJZ 94 (1975) 259.
- 683 Allgemein-rechtstheoretisch: Esser, Vorverständnis S. 141 und öfter; Hubmann, Wertung S. 48; Larenz, Festschr. Klingmüller S. 247 f.; F. Müller, Methodik S. 45; W. Ott, Festschr. Meier-Hayoz, S. 32; Zippelius, NJW 1967, 2232; ders., Wertungsprobleme S. 196; speziell zum Kindeswohl: Jones, 16 J.Fam.L. 702, 735 (1977-78); Weinman, 10 L.&Cont.Prob. 721 (1944).
- 684 Weinman, 10 L.&Cont.Prob. 721 (1944); zur Unterscheidung innerer und äußerer Rationalität vgl. auch oben II.4.a).
- 685 McAndrew v. McAndrew, 4 FLR 2287, 2288 (Md. 1978); Kurtz, 11 Fam.L.Q. 141 ff. (1978).
- 686 Zum Begriff des negativen Standards Strache, Standards S. 69; Gerhuber, FamRZ 1973, 232; Lüderitz, FamRZ 1975, 607. Zum Standardbegriff generell oben Fn. 133. Vgl. auch den Begriff der „negativen Richtlinie“ bei v. Hippel, Richtlinie S. 179 ff., 185.
- 687 v. Hippel, Richtlinie S. 179 ff.; Esser, Festschr. Tüb. Jur. Fak. S. 129 (frei nach W. Busch: „Das Rechte, dieser Satz steht fest, ist stets das Unrecht, das man läßt“); vgl. auch Kriele, Kriterien S. 28 f., 94; Larenz, JJB 7 (1966/67) 104 (zu § 138 BGB); Zippelius, Gesellschaft und Recht S. 62. Hier liegt die eigentliche Rechtfertigung für den Vorschlag von Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 53 ff. (dtsh. S. 49 f.), den Begriff Kindeswohl durch „die am wenigsten schädliche Alternative“ zu ersetzen, vgl. Lüderitz, FamRZ 1975, 607, und oben 4. Kap. Fn. 202. Die Autoren selbst erwähnen diese Begründung jedoch nicht.
- 688 Oben Fn. 180; vgl. auch Engisch, Konkretisierung S. 141 ff.
- 689 Esser, in: Ermessensfreiheit S. 17; Oblmer, Richterfreiheit und Begründungspflicht, Diss. Mainz 1953.
- 690 KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 642; vgl. auch oben Fn. 674.
- 691 Cooke v. Cooke, 319 A.2d 841, 844 (Md. 1974).

b) *Unzulänglichkeiten der Sorgerechtspraxis*

Die Unzufriedenheit in der Literatur mit dem Kindeswohl-Grundsatz<sup>692</sup> beruht nicht zuletzt auf dem Eindruck, daß die Gesamtheit der Kindeswohl-Faktoren für die Gerichte nur ein Arsenal von Begründungsmustern darstellt, aus dem man sich wahlweise zum Beleg einer gewünschten Entscheidung bedient<sup>693</sup>. Orientierung an sachfremden Gesichtspunkten und Voreingenommenheit bezüglich des Ergebnisses sind zwar Vorwürfe, die sich nicht anhand publizierter Entscheidungsbegründungen und nicht einmal auf Grund des vollständigen Aktenmaterials nachweisen lassen. Indizien sind dennoch erkennbar.

Wenn sich keine stärkeren Argumente für eine gewünschte Entscheidung finden lassen, können beispielsweise sonst zweitrangige Kindeswohl-Kriterien mit überproportionaler Bedeutung erscheinen, etwa die wirtschaftlichen Verhältnisse der Eltern<sup>694</sup> oder die Unterhaltspflichtverletzung eines Elternteils<sup>695</sup>. Wird in diesen Fällen die eigentliche Entscheidungsmotivation nicht offengelegt<sup>696</sup>, so erscheint sie anderwärts zwar als Gesichtspunkt des Kindeswohls, aber ebenfalls mit derart unproportionalem Gewicht, daß das Fehlen einer offenen Abwägung der Kindesinteressen deutlich hervortritt. Vor allem moralische Gesichtspunkte sind hier zu nennen<sup>697</sup>. Aber auch die Überzeugung von der Unersetzlichkeit der Mutter kann zu Entscheidungen führen, bei denen man den Eindruck hat, daß alle anderen Aspekte keine Wirkungschance hatten.

In *Harper v. Harper* hatte der Vater die Kinder vom dritten bis zum sechsten Lebensjahr allein und "excellent" versorgt. Als die Mutter die Kinder begehrte, wurden sie ihr dennoch zugesprochen<sup>698</sup>.

692 Oben Einleitung I.1.

693 Deutlich *Jones*, 16 J.Fam.L. 700, 735 (1977-78).

694 *Domico v. Domico*, 172 S.E.2d 805, 810 (W.Va. 1970).

695 Oben 5. Kap. Fn. 131.

696 Vorstehend offensichtlich das Bestreben, die Kinder nicht außer Landes zu geben.

697 Vgl. oben 5. Kap. A.II.3.d)dd); in *Saunders v. Saunders*, 400 N.Y.S.2d 588, 590 (App.Div. 1977) weist das Gericht auf die Notwendigkeit sorgfältiger Aufklärung hin. Sodann fährt es fort: "We find no such procedure to have been followed here. The trial court's vehement disapproval of the mother's relationship is understandable, but that should not be permitted to obscure or confuse the issue. There is absolutely no evidence in this record which indicates the relationship has had an adverse effect upon the children and the bulk of the evidence indicates that the children are progressing satisfactorily and are happy, contented and well-cared for. On the other hand, the father's past performance, as revealed in the record, affords little hope that he could provide the warm atmosphere, the stability, the love and security these children now enjoy. In addition, there is little in the record as to how the children would be supervised and cared for if the father were to have custody."

698 3 FLR 2125 (Va. 1976); vgl. auch OLG Stuttgart 15.2.1975, FamRZ 1976, 282, 283; *Leisge v. Leisge*, 8 FLR 2550 (Va. 1982).

Dem OLG München<sup>699</sup> erschien es so wichtig, daß ein siebeneinhalbjähriges Mädchen bei der Mutter aufwuchs, daß es den Kindeswillen übergang, eine Geschwistergruppe von drei Kindern spaltete und einen Umgebungswechsel in Kauf nahm<sup>700</sup>.

Der Überbetonung eines Kriteriums entspricht regelmäßig die Ignorierung und Abwertung von Gesichtspunkten, die gegen die getroffene Entscheidung sprechen. Besonders kraß sind die Fälle, in denen eine Sorgerechtsänderung allein auf negative Umstände beim Sorgeberechtigten gestützt wird, ohne daß die neuen Lebensverhältnisse beim anderen Elternteil überhaupt geprüft worden wären<sup>701</sup>. Aber auch sonst wird den Kindern gelegentlich viel zugemutet.

Für das OLG Hamm<sup>702</sup> wiegen sittliche Bedenken gegen den Vater offenbar schwerer als Gewalttätigkeiten und Mangel an emotionaler Zuwendung bei der Mutter sowie ein Kindeswille zugunsten des Vaters. Für den Fall, daß die Mutter deshalb auszuscheiden sei, hält das OLG die „Freundin“ des Vaters sogar möglicherweise für einen Grund zu Maßnahmen nach § 1666 BGB<sup>703</sup>.

In dem problematischen Fall einer Transvestiten-Mutter, die sich offiziell zu einem Mann verwandeln ließ und neu heiratete, mußten die vier Kinder einen kalten, gefühllosen Vater erdulden, der sie ins Haus einsperrte, sie ins Gefängnis einliefern ließ, als sie von ihm weg liefen, und jeden Kontakt mit der „Mutter“ unterband. Erst über eine Pflegestelle kamen die Kinder doch zum gewünschten Elternteil<sup>704</sup>.

In *Domico v. Domico*<sup>705</sup> erfährt man erst aus der dissenting opinion, daß der vom Gericht der deutschen Mutter gegenüber begünstigte amerikanische Vater sexueller Übergriffe an seinen beiden Töchtern schuldig war.

Vereinzelte finden sich auch Scheindistinktionen von Gesichtspunkten mit im Ergebnis unerwünschter Tendenz, etwa das Argument, geschwisterliche Gemeinsamkeit sei für Halbgeschwister bedeutungslos<sup>706</sup>. Die mißbräuchliche Fallunterscheidung ist dem anglo-amerikanischen Juristen ein vertrautes Phänomen<sup>707</sup>. Im persönlichkeitsorientierten Bereich des Kindeswohls, in dem jedes Element eines Lebenssachverhalts potentielle rechtliche Bedeutung hat, ist die Gefahr des Mißbrauchs besonders groß, da tatsächliche Ansatzpunkte zur Fallunterscheidung immer vorhanden sind und die Gerichte, wie bereits erwähnt, oft die ratio gängiger Kriterien aus den Augen verlieren<sup>708</sup>.

699 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5 ff.).

700 In einem tatsächlich gleichgelagerten Fall in den USA hob der Nebraska Supreme Court eine entsprechende Entscheidung der Vorinstanz auf und wies auch das Mädchen dem Vater zu, *Boroff v. Boroff*, 3 FLR 2286, 2287 (1977).

701 Oben 5. Kap. bei Fn. 885 und *Saunders v. Saunders*, vorstehend Fn. 697.

702 29.8.1977, FamRZ 1977, 744, insbes. 747 f.

703 A.a.O. S. 748 r.Sp.

704 *Randall v. Christian*, Dist.Ct.Nev. (1973), in: *Krause*, Family Law, Cases S. 1081 f.

705 172 S.E.2d 805, 810 (W.Va.1970, diss. op. Calhoun S. 813).

706 KG 1.9.1958, oben Fn. 623 sowie der dort anschließende Text.

707 *Allen*, Law in the Making S. 191 f.; *Cardozo*, Nature S. 116; *Farnsworth*, Introduction S. 53 ff.; *Fikentscher*, Methoden II S. 95 ff.; *David/Grasman* S. 391 (N. 339), S. 407 f. (N. 359).

708 Oben IV.3.b).

Sachlich nicht tragfähige Distinktionen sind allerdings vom Aspekt der Entscheidungsrationalität aus immer noch denjenigen Entscheidungen vorzuziehen, die sich mit gegenläufigen, aus dem Sachverhalt sich geradezu aufdrängenden Gesichtspunkten gar nicht erst auseinandersetzt. Die Befriedigungsfunktion von Begründungen, die in erster Linie auf den unterlegenen Elternteil zielt<sup>709</sup>, wird hier in grober Weise verfehlt<sup>710</sup>.

So hat das OLG München<sup>711</sup> ein einmonatiges Kind im Wege einstweiliger Anordnung zum Vater gegeben, weil sie Mutter nach Saudi-Arabien umziehen wollte. Eine Auseinandersetzung mit der sonst – vom selben Senat – betonten Mutterrolle für Kleinkinder<sup>712</sup> hätte die Mutter wohl erwarten dürfen. Entsprechendes gilt für das OLG Karlsruhe<sup>713</sup>: Der Wille eines siebenjährigen Kindes wurde für unbeachtlich erklärt, weil er „rational bedingt“ sei. Wer so argumentiert, muß sich gegen den etablierten Grundsatz der Rechtsprechung abgrenzen, daß ein Kindeswille nur dann beachtlich sei, wenn er auf vernünftigen Erwägungen beruhe<sup>714</sup>.

Zu Recht wird deshalb überwiegend gefordert, daß sich nicht nur die Abwägung<sup>715</sup>, sondern auch die Begründung der Sorgerechtsentscheidung auf die *Gesamtheit* der im konkreten Fall wesentlichen, also auch die im Ergebnis zurückgestellten Gesichtspunkte erstrecken müsse<sup>716</sup>.

Möglicherweise Zeichen von Voreingenommenheit, auf jeden Fall aber irrational ist schließlich der unsymmetrische Einsatz eines Gesichtspunkts auf beiden Elternseiten.

In einem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall<sup>717</sup> widerlegte das Gericht scharfsinnig und genau alle Gesichtspunkte, die *für* den Vater sprachen, und begründete oberflächlich und zum Teil widersprüchlich die Entscheidung gegen ihn. Zum Beispiel wurde der Geschwistergrundsatz zugunsten der Mutter eingesetzt, obwohl bei *beiden* Elternteilen Halbgeschwister vorhanden waren, das Kind diejenigen bei der Mutter aber nicht kannte. Vermutliche Erklärung: Der Vater war entlassener Pfarrer, der mit seiner Haushälterin Ehebruch begangen hatte.

709 Vgl. oben bei Fn. 198-201.

710 Allgemein-rechtstheoretisch *Esser*, in: *Ermessensfreiheit* S. 17 f.; *ders.*, JJB 1 (1960) 111 ff.

711 25.8.1977, FamRZ 1977, 749 f.

712 OLG München 18.9.1978, FamRZ 1979, 337; 1.7.1980 – 26 UF 748/80 – (S. 5) (Kontrastfall zum Textbeispiel KG 28.12.1976, FamRZ 1977, 475, 477: Einstweilige Anordnung zugunsten der Mutter, da grundsätzlich eine Gefährdung des Kindeswohls drohe, wenn ein Kleinkind nicht von der Mutter betreut werde. Vergleichbar derselbe Senat 15.1.1981 – 26 UF 1228/80 – (Abspaltung des Aufenthaltsbestimmungsrechts unzulässig) und 6.2.1981 – 26 WF 534/81 – (Abspaltung wegen Auswanderung der sorgeberechtigten Mutter; keine Erwähnung des Entscheids vom 15.1.1981).

713 31.1.1978, FamRZ 1978, 270.

714 Vgl. auch oben 5. Kap. Fn. 470, 456.

715 Dazu oben bei Fn. 674, 675.

716 KG 6.7.1964, FamRZ 1964, 641, 642; Marr. of Ellenwood, 532 P.2d 259, 262 (Ore. 1975); Nadler v. Superior Court, 63 Cal.Rptr. 532, 534 (App. 1967); O'Shea v. Brennan, 387 N.Y.S.2d 212, 214 (Sup.Ct. 1976); Saunders v. Saunders, 400 N.Y.S.2d 588, 589 f. (App. Div. 1977); vgl. *Hartwig/Rebe*, in: *Familienrechtsreform* S. 36 und *Esser*, oben Fn. 710.

717 15.12.1975, FamRZ 1976, 282.

Das LG Waldshut<sup>718</sup> argumentierte zugunsten des Vaters aus dessen Elternrecht (Unbeachtlichkeit seiner Berufstätigkeit gegenüber der persönliche Betreuungsmöglichkeit durch die Mutter<sup>719</sup>), hielt aber der Mutter entgegen, ihre psychische Angewiesenheit auf das Kind habe außer Betracht zu bleiben, da *ausschließlich das Kindesinteresse maßgeblich* sei.

### c) Ergebnis

Obwohl sich den vorgenannten Beispielen eine Reihe vorbildlicher Entscheidungen gegenüberstellen ließe, bleibt doch der Eindruck, daß die Rechtsprechung bei Kindeswohl-Abwägungen oft nicht jenes Maß an Richterkunst walten läßt, das möglich und notwendig wäre. Es darf vermutet werden, daß die aufgezeigten Fehl Tendenzen in der unpublizierten Praxis der Familiengerichte nicht in geringerem Umfang auftreten. Die Kritik bezieht sich nicht nur auf das Rationalitätsdefizit und methodische Unzulänglichkeiten, also auf den *Prozeß* der Entscheidungsfindung. Die offene, allein am Interesse des beteiligten Kindes orientierte Wertabwägung ist letztlich Voraussetzung dafür, daß eine Kindeswohl-Konkretisierung auch tatsächlich den Kindesinteressen dient. Motivationen, die der Richter nicht offenlegen will, oder die Absolutsetzung einzelner Aspekte verstoßen regelmäßig, wenn auch nicht denkbare, gegen die Interessen des Kindes. Derartige Entscheidungen können auch zumindest dem unterlegenen Elternteil nicht plausibel erscheinen und entfalten deshalb keine Befriedigungswirkung. Das Gebot rationaler, fairer Gesamtintegration aller im konkreten Fall bedeutungsvollen Gesichtspunkte und einer um Akzeptierung werbenden Begründung ist damit Ausfluß des sachlichen Primats des Kindeswohls.

## 4. Die Entscheidung bei gleichgelagerten Verhältnissen

### a) Fragestellung

Das Problem der „gleichgelagerten Verhältnisse“ spielt in Praxis und Diskussion eine erhebliche Rolle. Gemeint ist die Entscheidungssituation, in der der Richter nach Abwägung aller vom Kindesinteresse her beachtlichen Gesichtspunkte keinen Vorteil zugunsten des einen oder anderen Elternteils zu erkennen vermag<sup>720</sup>. Die Wertintegration endet also mit einem non liquet, es erhebt sich die Frage des weiteren richterlichen Vorgehens, insbesondere die Frage nach einer Entscheidungsregel für diesen speziellen Fall. Das Problem ist bereits bei der Abgrenzung der Kindesinteressen von kindeswohlfeindlichen Gesichtspunkten angesprochen worden<sup>721</sup>. Welche Folgerungen aus dem Primat des Kindeswohls für den Fall gleichgelagerter Verhältnisse zu ziehen sind, konnte jedoch auf rein materiellrechtlicher Ebene noch nicht entschieden werden. Vielmehr bedarf es eines zusätzlichen Blicks auf die me-

718 31.1.1973, Justiz 9173, 139.

719 Vgl. oben 5. Kap. Fn. 245.

720 Zu gelegentlich abweichender Definition in der Rechtsprechung unten b).

721 Oben 5. Kap. A.III.4.

thodischen Auswirkungen, die eine Entscheidungsregel auf den Prozeß der Kindeswohl-Konkretisierung hat.

Allerdings sind es nicht nur kindeswohl fremde Gesichtspunkte, die als ausschlaggebende Kriterien genannt werden<sup>722</sup>. Noch häufiger rekurriert man auf bestimmte Aspekte des *Kindeswohls*. Vor allem in der Bundesrepublik zeigt sich eine starke Tendenz zur Fortsetzung kontinuierlicher Erziehungssituationen<sup>723</sup>; der Kindeswille gewinnt an Bedeutung<sup>724</sup>; besonders in den USA behauptet sich die Vermutung zugunsten der Mutter häufig noch in der eingeschränkten Funktion als "tie-breaker"<sup>725</sup>; außerdem werden genannt die Möglichkeit persönlicher Betreuung<sup>726</sup>, die wirtschaftlichen Verhältnisse<sup>727</sup>, eine negative Vermutung gegen einen potentiellen Stiefelternteil<sup>728</sup> oder die Bereitschaft jeden Elternteils, den Kontakt des Kindes zum

722 Dazu die Übersicht oben 5. Kap. Fn. 403-408.

723 BayObLG 18.11.1952, NJW 1953, 626; OLG Bremen 3.8.1973, RPFleger 1973, 430 (Adoptionsfall); OLG Düsseldorf 26.5.1976, FamRZ 1977, 56, 59; OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132; OLG Hamm 20.10.1978, FamRZ 1979, 157 (einstweilige Anordnung); 15.11.1979, FamRZ 1980, 487, 488; OLG Oldenburg 17.5.1956, JR 1957, 143, 144; BG Leipzig 20.12.1976, NJ 1977, 218 f.; MünchKomm/Hinz § 1671 BGB Rdn. 35; Palandt/Diederichsen § 1671 BGB Anm. 3; Finger S. 307; Müller-Freienfels, JZ 1959, 345; vgl. Arnold S. 64; Lüderitz, FamRZ 1975, 609. Diese Tendenz ist zum Teil sicherlich auf das Werk von Goldstein/Freud/Solnit, Beyond S. 31 ff. (dtsh. S. 33 ff.) zurückzuführen. Möglicherweise in obigem Sinne, aber nebulös die Lehre vom „Höchstwertdurchlaß“ bei Klußmann, Das Kind S. 73 ff.

724 BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Karlsruhe 20.4.1966, FamRZ 1966, 315, 316; AG Stuttgart 27.1.1981, FamRZ 1981, 597, 598; BG Karl-Marx-Stadt 30.11.1970, NJ 1971, 629 f. (in Anwendung von OG-Richtlinie Nr. 25 Ziff. 9); Epperson v. Epperson, 101 So.2d 367 (Fla. 1958); Parks v. Parks, 157 So.2d 212 (Ala. 1963); weitere Rechtsprechungsnachweise in 4 ALR 3d 1399, 1440 (1965); vgl. Maier-Reimer, Gutachten S. 67 f.; Rohde, Erziehungsrecht S. 107 f. = JH 1967, 202; Foster/Freed, 39 N.Y.U.L.Rev. 443 (1965). Merkwürdig dagegen OLG Köln 23.9.1971, FamRZ 1972, 264: Der Kindeswille sei uninteressant, wenn bei beiden Elternteilen annähernd gleich gute Verhältnisse bestünden, dazu oben 5. Kap. bei Fn. 565.

725 Nachweise oben 3. Kap. Fn. 167; vgl. die Überblicke bei Foster/Freed, 11 Fam.L.Q. 343 ff. (1978); dies., 4 FLR 4040 (1978); Jones, 16 J.Fam.L. 703 ff. (1977-78). So auch KG 29.11.1977, FamRZ 1978, 829, 830; App.Kamm.Zürich 27.2.1913, ZR 13 N. 60 (für Mädchen); Maier-Reimer, Gutachten S. 67 f.; Gessert, JH 1964, 29. Dagegen OLG Frankfurt/M. 15.2.1978, DAVorm 1979, 130, 132; Kurtz, 11 Fam.L.Q. 141 ff. (1978); Treitz S. 178.

726 Rohde, Erziehungsrecht S. 144 = JH 1967, 274; OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586 (so Vorinstanz); vgl. auch BVerfG 5.11.1980, NJW 1981, 217, 219.

727 Brashear v. Brashear, 228 P.2d 243 (Id. 1951) (so Vorinstanz, vom Gericht abgelehnt).

728 KG 21.3.1957, FamRZ 1957, 176, 177. Der BGH scheint gegenteiliger Auffassung zu sein; demnach sei es positiv zu bewerten, wenn das Kind bei einem der Elternteile wieder eine „Vollfamilie“ vorfinde, 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 448; mit gleicher Tendenz OLG Köln 30.11.1972, OLGZ 1973, 181, 183; OLG Hamm 14.4.1976, FamRZ 1976, 528, 531; Jorio S. 289. Gegen diese Auffassung wiederum OLG Stuttgart 15.12.1975, FamRZ 1976, 282, 283 (es gehe nicht an, einen Elternteil nur deshalb zu bevorzugen, weil er schnell wieder geheiratet habe); kritisch auch In re Hatzopoulos, 4 FLR 2075 (Colo.Juv. Ct. 1977).

Zum Problem der Wiederheirat unter dem Aspekt einer potentiellen Sorgerechtsänderung oben 5. Kap. bei Fn. 836-840, 896.

anderen Teil zu fördern<sup>729</sup>. Es wird zu prüfen sein, ob derartige, aus dem Kindeswohl abgeleitete Entscheidungsregeln anderer Beurteilung unterliegen als kindesfremde Kriterien.

*b) Die Auswirkungen von Entscheidungsregeln auf den Prozeß der Kindeswohl-Konkretisierung*

Obwohl Entscheidungsregeln nach ihrer Konzeption erst dann Bedeutung erlangen sollen, wenn der gesamte Prozeß der Kindeswohl-Konkretisierung – allerdings ohne Ergebnis – pflichtgemäß durchlaufen ist, haben sie doch unverkennbar Vorwirkungen nicht nur auf die Wertintegration, sondern schon auf die Sachaufklärung und Individualisierung von Kindeswohl-Aspekten.

„Gleichgelagerte Verhältnisse“ bezeichnen nicht eine mathematisch verifizierbare Gleichwertigkeit, sondern können bei Kindeswohl-Beurteilungen immer nur bedeuten, daß sich innerhalb der richterlichen Erkenntnisgrenzen kein überwiegender Hinweis auf den einen oder anderen Elternteil ergibt. Während im theoretischen Konzept die Grenzen richterlicher Erkenntnismöglichkeit gemeint sind, beseitigt eine Entscheidungsregel die *praktische* Notwendigkeit, diese Erkenntnismöglichkeit voll auszuschöpfen. Aus dem richterlichen Ermessen bezüglich der erforderlichen Sachaufklärung<sup>730</sup> ergibt sich ein Spielraum, innerhalb dessen der Ermittlungsprozeß früher oder später abgebrochen werden kann. Da weitere Ermittlungen bei prima facie ausgeglichenen Verhältnissen den scheinbar abgesicherten und bequemen Rückgriff auf eine Entscheidungsregel nur stören könnten, ist zu befürchten, daß nur noch bei offensichtlichen Niveauunterschieden aus dem Fall heraus entschieden würde<sup>731</sup>. Im übrigen, bei verteilten Gewichten, würde nicht mehr das Kindeswohl-Prinzip als Ausdruck stets erneut zu verwirklichender Einzelfallgerechtigkeit herrschen, sondern ein generelles Kriterium, das allenfalls Ausdruck eines typisierten Kindeswohls sein könnte<sup>732</sup>.

Bedeutungsvoll ist dabei auch die Definition dessen, *was* gleich zu sein hat, damit die Entscheidungsregel eingreifen kann. Genannt werden die Eignung der Eltern<sup>733</sup>, ihre Erziehungsqualifikation<sup>734</sup> oder die „häuslichen Verhältnisse“<sup>735</sup>. Alle diese Kriterien, wenngleich Sammelbegriffe, schöpfen nicht die Gesamtheit der für das

729 Goldstein/Freud/Solnit, Beyond (2. Aufl.) S. 118; vgl. 5. Kap. A.I.1.c), bei Fn. 27.

730 Oben B.I.2.

731 Vgl. Radin, oben Fn. 637; Blee v. Blee, 5 FLR 2493, 2494 (N.Y.Sup.Ct. 1979).

732 Genau dies kann das Ziel solcher Regeln sein, wenn darauf verwiesen wird, daß sie bei annähernder Gleichwertigkeit der Eltern von Sorgerechtsstreiten abschrecken sollen, kritisch Gabler, 8 Fam.L.Q. 77 (1974).

733 OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262; BG Leipzig 20.12.1976, NJ 1977, 218 f.; in den USA wird verbreitet auf die "fitness" der Eltern abgestellt, vgl. Sage, 9 Fam.L.Q. 387 (1975).

734 OLG Frankfurt/M. 15.12.1978, DAVorm 1979, 130, 132 (in der Sache aber kritisch).

735 BayObLG 6.7.1977, FamRZ 1977, 650, 653.

Kindeswohl beachtlichen Gesichtspunkte aus<sup>736</sup>. Wird der Fall aber schon bei Gleichwertigkeit nur der Basisverhältnisse mit einer feststehenden Regel entschieden, bleiben etwaige Besonderheiten des Einzelfalles von der Konzeption her außer Betracht<sup>737</sup>. Insgesamt führen Entscheidungsregeln für den Fall gleichgelagerter Verhältnisse tendenziell zu einer *Verkürzung* der konkreten Kindeswohl-Erkenntnisse. Sie laufen insoweit der Intention des Gesetzes zuwider.

Darüber hinaus ist aber auch speziell der Abwägungsprozeß betroffen. Zunächst kann eine Entscheidungsregel die Offenheit der Abwägung beeinträchtigen: Der von ihr konkret begünstigte Elternteil „gilt“ als potentieller Sorgeberechtigter, sofern nicht der andere Teil die Überlegenheit einer Platzierung des Kindes bei ihm nachweisen kann<sup>738</sup>. Die Entscheidungsregel wirkt faktisch als Beweislastregel, für die jedoch sowohl in formellem wie in materiellem Sinn kein Raum in Sorgerechtsentscheidungen ist<sup>739</sup>.

Außerdem besteht die Möglichkeit einer Verfälschung der Gesamtabwägung. So kann das letztlich ausschlaggebende Kriterium schon bei der materiellen Abwägung eingesetzt werden mit der Folge, daß erst durch sein Gewicht die Verhältnisse „gleich“ werden; damit ist der Boden bereitet für seine erneute Heranziehung als Entscheidungsregel<sup>740</sup>. Oder ein bestimmter Kindeswohl-Faktor mit unerwünschter Tendenz wird vorübergehend ausgeklammert, so daß die Verhältnisse im übrigen als gleich bewertet werden können. Gegen die sodann eingreifende Entscheidungsregel wird der bislang dahingestellte Faktor abgewogen mit dem Ergebnis, daß er nicht gewichtig genug sei, um die indizierte Sorgerechtsverteilung zu ändern<sup>741</sup>.

### c) Ergebnis

Es hat sich gezeigt, daß das Bereitstehen von Entscheidungsregeln für den Fall gleichgelagerter Verhältnisse den gesamten Konkretisierungsprozeß zwar nicht theoretisch, wohl aber praktisch mit großer Wahrscheinlichkeit stört. Höchsttrichterliche Ermahnungen, den Gebrauch von Entscheidungsregeln auf jene Ausnahmefälle zu be-

736 Nur so ist OLG Frankfurt/M. 6.6.1977, FamRZ 1978, 261, 262 erklärlich: Bei gleicher Erziehungseignung sollen nur „triftige Gründe“ einen Umgebungswechsel des Kindes rechtfertigen können. Würde die „Erziehungseignung“ die Gesamtheit der Kindeswohl-Aspekte umfassen, wären daneben „triftige Gründe“ begrifflich ausgeschlossen.

737 Vor allem in der DDR kommen die Gerichte sehr schnell zu einer „gleichen Eignung“ der Elternteile. Vgl. demgegenüber OG 28.11.1963, JH 1964, 77 ff. (die Vorinstanz hatte den Muttervorrang bei gleicher Eignung der Eltern durchgreifen lassen und war Anzeichen für eine extrem starke Kind-Vater-Beziehung nicht nachgegangen); OG 20.5.1965, NJ 1965, 585, 586 (die „gleiche Eignung“ war konkret kaum überprüft worden); OG 25.1.1968, NJ 1968, 411; 3.8.1971, NJ 1971, 627. Vgl. zum ganzen *Coester*, FamRZ 1977, 219, 221 f.

738 *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287 (Pa.Super.Ct. 1977); ähnlich die Gedankenführung bei *Schwoerer*, FamRZ 1954, 121; *Hoffmann*, NJW 1953, 129.

739 *Keidel/Kuntze/Winkler* § 12 FGG Rdn. 102 m.w.N.

740 Kritisch *Jones*, 16 J.Fam.L. 700 (1977-78).

741 Vgl. *Quiner v. Quiner*, 59 Cal.Rptr. 503 (App. 1967); kritisch zu dieser Entscheidung *Coyne*, in: *The Rights of Children* S. 198, 211.

schränken, in denen sich auch nach intensiver Aufklärung und sorgfältiger Abwägung im Hinblick auf das Wohl des betroffenen Kindes kein Hinweis auf ein Übergewicht der einen oder anderen Verteilungsalternative ergibt<sup>742</sup>, werden die Suggestivkraft dieser Regeln nicht eindämmen können. Es ist deshalb bezweifelt worden, ob dem Konzept der „gleichgelagerten Verhältnisse“ überhaupt legitimer Stellenwert zugestanden werden sollte<sup>743</sup>. Pauschale Beurteilungen scheinen angesichts der Verschiedenheit der vorgeschlagenen Entscheidungsregeln jedoch unangebracht. Es wird vielmehr danach zu differenzieren sein, ob die Entscheidungsregel aus dem Kindeswohl abgeleitet ist oder nicht.

#### aa) Kindeswohl-Kriterien

Handelt es sich um generelle Kriterien des Kindeswohls, deren Substanz im Einzelfall trotz individueller Sachprüfung nicht belegt werden konnte (bessere Eignung der Mutter, Kontinuität), dann ist es widersinnig, wenn derselbe Gesichtspunkt dennoch als ausschlaggebende „Vermutung“ eingesetzt wird<sup>744</sup>. Es besteht außerdem die Möglichkeit, daß hinter der schematischen Regel in Wirklichkeit nicht Kindesinteressen, sondern Gesellschaftsinteressen stehen, wie meistens, wenn eine Individualisierung von Kindeswohl-Grundsätzen nicht ernsthaft angestrebt wird.

Handelt es sich aber um Kindeswohl-Kriterien, die im konkreten Fall fundiert sind, liegen eben *keine* gleichen Verhältnisse vor. Für die Kontinuitätsregel ist dies erkannt worden<sup>745</sup>. Wenn dennoch mit dem Konzept der „Gleichheit“ gearbeitet wird, liegt dies oft an einer Reduzierung des Blickfelds auf die persönliche Eignung der Eltern, die andere Kindeswohl-Aspekte offen läßt. Im übrigen wollen die Gerichte aber regelmäßig etwas anderes zum Ausdruck bringen: Ein bestimmtes Kriterium soll zwar nicht die Sorgeverteilung generell beherrschen, es ist aber wichtig und kann in Abwesenheit wesentlicher gegenläufiger Gesichtspunkte ausschlaggebend sein. Hervorhebung eines Kriteriums einerseits, aber keine generelle, vorzeitige Festlegung andererseits<sup>746</sup>. Letztlich handelt es sich um Offenhaltung des Individualisierungs- und Integrationsprozesses, also um kindeswohlgerechtes methodisches Vorgehen. Lediglich die Formulierung dieses Grundsatzes als Problem der „gleichgelagerten Verhältnisse“ ist verfehlt, da sie in ihren praktischen Konsequenzen dem

742 *McCreery v. McCreery*, 3 FLR 3181 f. (Va. 1977); *Clark v. Clark* 3 FLR 2418 (Va. 1977); *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287 (Pa.Super.Ct. 1977); *Cooke v. Cooke*, 319 A.2d 841, 844 (Md. 1974).

743 *McCreery v. McCreery a.a.O.*; *Cooke v. Cooke a.a.O.*; *McAndrew v. McAndrew*, 4 FLR 2287, 2288 (Md. 1978); *Watts v. Watts*, 350 N.Y.S.2d 285, 290 (Fam.Ct. 1973); *Foster/Freed*, 11 Fam.L.Q. 332 (1978); *Kurtz*, 11 Fam.L.Q. 141 ff. (1978); *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 344 f.; ders., *Ehe und Recht* S. 216 f.; *Treitz* S. 179.

744 Zutreffend *Treitz* S. 178.

745 OLG Köln 13.8.1975, FamRZ 1976, 32, 34; *Cutler v. Cutler*, 3 FLR 2287, 2288 (Pa. Super.Ct. 1977); *Clark v. Clark*, 3 FLR 2418 (Va. 1977); *Burnside v. Burnside*, 222 S.E.2d 529, 531 (Va. 1976); *White v. White*, 213 S.E.2d 766, 768 f. (Va. 1975); *Silseth v. Levang*, 214 N.W.2d 361 (N.D. 1974); vgl. *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 345.

746 Zu entsprechenden Funktionen der „allgemeinen Erwägungen“ (mit umgekehrter Tendenz) vgl. oben bei Fn. 638 ff.

methodischen Anliegen der Gerichte zuwiderläuft. Die Gerichte sollten die scheinbare Automatik einer Entscheidung bei „gleichgelagerten Verhältnissen“ vermeiden und den verfolgten Grundsatz unmißverständlich in vorstehendem Sinne formulieren<sup>747</sup>. Auf dieser Grundlage ist auch der Weg zur *Pluralität* von ausschlaggebenden Faktoren eröffnet, womit eine angemessene Reaktion auf den Einzelfall auch in schwierigen Entscheidungssituationen ermöglicht wird.

#### bb) Kindeswohlfremde Kriterien

Eine andere Beurteilung ergibt sich für Lösungsmodelle, nach denen kindeswohlfremde Kriterien den Ausschlag geben sollen. Vorab ausgeschlossen werden können Vorschläge, die nicht kindeswohlneutral sind, sondern gegen Kindesinteressen verstoßen, etwa die Geschwisteraufteilung<sup>748</sup> oder die Aufteilung eines Kindes auf beide streitende Eltern in Form alternierender oder gemeinsamer Sorge<sup>749</sup>. Aus dem Umstand, daß das Kindeswohl im Einzelfall keinen deutlichen Hinweis auf einen Elternteil ergibt, folgt nicht die Legitimation, das Kindeswohl nun gänzlich außer acht zu lassen<sup>750</sup>.

Scheinbar kindeswohlneutral hingegen sind andere Gesichtspunkte, vor allem Eheverfehlungen und besondere Elterninteressen, die keinen Bezug zum Kindesinteresse haben. Berücksichtigt man insoweit jedoch die faktische Verkürzungswirkung bereitstehender Entscheidungsregeln für die Kindeswohl-Ermittlung und -Abwägung, so wird hieraus eine *faktische Abwendung vom Primat des Kindeswohls*, wenn bei unvollständiger Ausschöpfung kindeszentrierter Erkenntnis- und Beurteilungsmöglichkeiten kindesfremde Kriterien die Entscheidung bestimmen. Es ist in der Tat kaum vorstellbar, daß sich aus der Fülle und Vielfalt der für das Kind beachtlichen Gesichtspunkte im Einzelfall kein Kriterium zugunsten eines der Elternteile finden ließe. Der Supreme Court von Maryland hat Entscheidungsregeln für gleichgelagerte Verhältnisse deshalb für unzulässig erklärt: “He (the judge) has at his command not only the evidence offered by the parties but a full panoply of social service and other extrajudicial agency resources. From all of that he is required to make a decision . . . There can be no tiebreaker in a custody case, because . . . there should never be a tie”<sup>751</sup>. Nimmt man die zuvor erörterte und von den Gerichten

747 So etwa der BGH 28.5.1976, FamRZ 1976, 446, 448 für den Kontinuitätsgesichtspunkt.

748 Vgl. § 1671 Abs. 2 2.Hs. BGB; dagegen auch ausdrücklich *Roussey v. Roussey*, 123 A.2d 354 ff. (Md. 1956); vgl. auch die Nachweise oben Fn. 75.

749 Dazu oben 5. Kap. A.II.2.c)aa) (2), bei Fn. 267 ff.

750 Dies muß sich auch *D. Schwab*, Familienrecht Rdn. 492 entgegenhalten lassen, der bei Abwesenheit *triftiger* Gründe des Kindeswohls zugunsten einer Zuweisung im einen oder anderen Sinne die Scheidungsschuld ausschlaggebend sein lassen will. Hier wird das Kindeswohl zwar nicht gänzlich außer acht gelassen, wohl aber in seinem Wirkungsbereich generell auf „triftige“ Gründe zurückgestuft und damit insgesamt relativiert. Eine derartige Regelung hat der Gesetzgeber ausdrücklich zurückgewiesen, sie liegt deshalb nicht im zulässigen Interpretationsbereich des § 1671 Abs. 2 BGB.

751 *McAndrew v. McAndrew*, 4 FLR 2287, 2288 r.Sp. (Md. 1978); vgl. auch die weiteren Nachweise oben Fn. 743.

überwiegend schon praktizierte Möglichkeit hinzu, bei annähernd ausgewogenen Verhältnissen einem wichtigen Kindeswohl-Kriterium (vor allem Kindeswillen, Kontinuität oder persönliche Betreuung durch einen Elternteil) ausschlaggebendes Gewicht beizumessen, dann ist sichergestellt, daß *jeder* Fall ohne Zuflucht zu kindesfremden Gesichtspunkten entschieden werden kann<sup>752</sup>. Es mag denkgesetzlich möglich sein, daß letztere dem Kindeswohl nicht schaden. Es darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß die Richter kraft Ausbildung und Gewohnheit zu elternorientierter Denkweise neigen und daß die Rechtsprechung sich den Blick für die spezifischen Probleme von Kindern erst noch erarbeiten muß<sup>753</sup>. In der Praxis wäre die Gefahr von Kindeswohl-Beeinträchtigungen deshalb so groß, daß für kindeswohlfernde Gesichtspunkte in einem am konkreten Kindeswohl orientierten Recht der Sorgeverteilung auch dann kein Raum sein kann, wenn scheinbar „gleichgelagerte Verhältnisse“ vorliegen.

752 Die These, bei gleichgelagerten Verhältnissen sei es unmöglich, eine Gerechtigkeitsentscheidung zu treffen (*Kelsen*, Was ist Gerechtigkeit? S. 3 f.), ist deshalb zu pauschal.

753 Vgl. oben 5. Kap. bei Fn. 231.

# Literaturverzeichnis

(Die Klammern nach dem Titel von Monographien geben die abgekürzte Zitierweise wieder. Vereinzelt herangezogene Literatur wurde in das Verzeichnis nicht aufgenommen, sie findet sich in den Fußnoten mit vollen bibliographischen Angaben)

- Abraham, Henry J.*: The Judicial Process, 2. Aufl. New York, London, Toronto 1968
- Abschied vom Mythos der Mutterbindung*: Der Spiegel v. 10.3.1980 (34. Jahrgang, Nr. 11), S. 38
- Adelaida, Claudette*: Die Unabhängigkeit des Richters in der DDR, DRiZ 1981, 11
- Adomeit, Klaus*: Die Ehescheidung und ihre Folgen, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, 69
- American Bar Association's Family Law Section*: Annual Meeting 1978, New York City, 4 FLR 2717 (12. Sept. 1978).
- American Jurisprudence*: Second Edition, Vol. 24 (Divorce and Separation) (1966)
- Ansorg, Linda*: Wohl des Kindes – marxistisch betrachtet, Sozialistische Erziehung 1959, H. 1, S. 5, H. 3, S. 5, H. 6, S. 4, H. 11, S. 10
- (Autorenkollektiv): Familienrecht der DDR, Leitfaden Berlin-Ost 1967 (Leitfaden)
- : Alternative Anwendung des § 48 FGB anstatt des § 51 FGB?, JH 1968, 285
- Armano, Benna*: The Lesbian Mother: Her Right to Child Custody, 4 Golden Gate L. Rev. 1 (1973)
- Arndt, Hans-Wolfgang; Schweitzer, Michael*: Zur Ersetzung der elterlichen Adoptionseinwilligung nach § 1747a BGB, ZBlJR 1974, 201
- Arnold, Hans-Henning*: Art und Umfang der elterlichen Rechte in der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin 1975 (Arnold)
- Arntzen, Friedrich*: Grundriß der Vernehmungspsychologie unter besonderer Berücksichtigung der Vernehmung von Kindern, München 1978 (Vernehmungpsychologie)
- : Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht, München 1980 (Elterliche Sorge)
- Arzt, Gunther*: Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, Diss. Tübingen 1962
- : Rechtsdogmatik und Rechtsgefühl JA 1978, 557
- Avner, Judith; Green, Kim*: State EPA Impact on Family Law, 8 FLR 4023 (1982)
- Bachof, Otto*: Der Richter als Gesetzgeber? in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift der Tübinger Juristenfakultät. Tübingen 1977, 177
- Baer, Ingrid*: Stellungnahme zu n Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, ZBlJR 1977, 316
- Bärmann, Johannes*: Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, Berlin/Heidelberg 1968 (Freiwillige Gerichtsbarkeit)
- Ballerstedt, Kurt*: Über Zivilrechtsdogmatik, Festschrift W. Flume, Köln 1978, 257
- Ballweg, Ottmar*: Zu einer Lehre von der Natur der Sache, Basel 1960 (Natur der Sache)
- Bandt, Friedrich*: Anmerkung zu der Entscheidung des Bezirksgerichts Halle vom 11. Nov. 1963, Der Schöffe 1964, 253
- Barde, Edouard*: Le Procès en Divorce, ZSR 74 (1955) 453a
- Baron, Charles*: Assuring "Detached but Passionate Investigation and Decision": The Role of Guardians Ad Litem in Saikewicz-type cases, 4 Am. J. Law + Med. 111 (1978)
- Barry, H.; Bacon, M.K.; Child, I.L.*: Eine kulturvergleichende Studie über geschlechtsspezifische Unterschiede in der Sozialisation, in: Ewert, O. (Hrsg.), Entwicklungspsychologie Bd. 1, Köln 1972, S. 69
- Barth, Klaus*: Die Betreuungsleistung der Mutter – eine mehrdimensionale Betrachtung, ZBlJR 1978, 49
- Bassenge, Peter; Herbst, Gerhard*: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit/Rechtspflegergesetz, 2. Aufl. Heidelberg/Karlsruhe 1976 (Freiwillige Gerichtsbarkeit)
- Basile, R.A.*: Lesbian Mothers I, 2 Women's Rights L. Rep. 3 (Nr. 2, 1974)
- : Lesbian Mothers (Unveröffentl. Manuskript. Rutgers Law School, 1975)

- Bastian, Gunther; Roth-Stielow, Klaus; Schmeiduch, Dietmar*: Erstes Eherechtsreformgesetz, Stuttgart u.a. 1978
- Bates, Frank*: Custody: Should the mother be preferred? New L.J. 125 (1975) 803  
 – : Religion in custody disputes, a comparison of American and Australian judicial attitudes, CILSA 7 (1974) Nr. 3, 331  
 – : The Changing Position of the Mother in Custody Cases: Some Comparative Developments, 6 Fam. L. 125 (1976)
- Batt, John*: Child Custody Disputes: A Developmental-Psychological Approach to Proof and Decision-Making, 12 Williamette L.J. 491 (1976)
- Baumgarte, Gisela*: Das Elternrecht im Bonner Grundgesetz, Diss. Köln 1966
- Baur, Fritz*: Einführung, in: Bibliographie des deutschen Rechts, Karlsruhe 1964  
 – : Richteramt und Rechtseinheit, Festschrift für H. Weitnauer, Berlin 1980, S. 247
- Bausinger, Hermann*: Sprachschranken vor Gericht, Festschrift K.-S. Kramer (1976) 12
- Bean, Valerie*: In Whose Best Interest?, 6 Fam.L. 119 (1976)
- Bebel, August*: Die Frau und der Sozialismus, 61. Aufl. Stuttgart 1964
- Bechthold, Ilse*: Der Verschuldensgedanke im Scheidungsrecht der DDR, ROW 1969, 8  
 – : Leitideen des sozialistischen Familienrechts in der DDR, DA 1970, 561  
 – : Das Familienrecht der BRD aus der Sicht der DDR-Juristen, ROW 1971, 64
- Becker, Walter*: Die berufstätige Mutter in der heutigen Gesellschaft, ZBlJR 1966, 282  
 – : Neuregelung des Elternsorgerechts bei Ehescheidung und Getrennleben der Eltern, MDR 1970, 1  
 – : Scheidungswaisen und Scheidungsrecht, ZBlJR 1971, 80  
 – : Strafrechtliche Sicherung der elterlichen Sorgspflicht?, MDR 1973, 630  
 – : Kinderfeindliche Welt?, ZBlJR 1974, 16  
 – : Das Stiefkind im Recht der elterlichen Sorge, RdJ 1975, 250  
 – : Die Eigen-Entscheidung des jungen Menschen, Festschrift Bosch 1976, 37
- Behr, Sophie*: Familien „zweiter Klasse“, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, 251
- Beiträge zur Rechtsmethodologie und Rechtsmethodik*, Berlin-Ost 1980
- Beitzke, Günther*: Sorgerechtsregelung bei Ausländerkindern in: Festschrift für H. Lehmann 1956, Bd. II, S. 493  
 – : Anmerkung zu BayObLG, Beschl. v. 1.10.1956, JR 1957, 143  
 – : Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ 1958, 7  
 – : Anmerkung zu KG, Beschl. v. 31.7.1959, NJW 1960, 248  
 – : Ehescheidung zwischen Ost und West, JZ 1961, 649  
 – : Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.3.1962, JZ 1963, 512  
 – : Reform des elterlichen Sorgerechts, ZBlJR 1973, 121 ff.  
 – : Familienrecht, 21. Aufl. München 1980  
 – : Nochmals zur Reform des elterlichen Sorgerechts, FamRZ 1979, 8
- Belchbaus, Günter*: Elterliches Sorgerecht. Kommentar zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Frankfurt/M. 1979  
 – : Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, ZblJR 1979, 325
- Belke, Wolfgang*: Gedanken zu einer Reform der Bestimmungen über die elterliche Gewalt (§§ 1626 – 1698 b BGB), FamRZ 1969, 72
- Bellon, Kätbe*: Das Scheidungsrecht der DDR, Diss. Tübingen 1974 (Bellon)
- Benedek, Elissa; Benedek, Richard*: New Child Custody Laws: Making Them Do What They Say, 42 Amer. J. Orthopsych. 825 (1972)
- Benjamin, Hilde*: Über die elterliche Gewalt, NJ 1949, 81  
 – : Die dialektische Einheit von Gesetzlichkeit und Parteilichkeit durchsetzen! NJ 1958, 365  
 – : Das Familiengesetzbuch – Grundgesetz der Familie, NJ 1966, 1  
 – : Familiengesetz beweist Lebenskraft unserer Demokratie, Der Schöffe 1966, 33
- Bentham, Jeremy*: Theory of Legislation, Boston 1840
- Beratung des Plenums des OG über bedeutsame familienrechtliche Probleme*, NJ 1965, 312
- Beres, Martin*: Das Kindeswohl in der familiengerichtlichen Praxis, ZBlJR 1982, 1
- Berger, Götz*: Bemerkungen zu den Zielen der Kindererziehung, NJ 1954, 502
- Bericht über die 20. Plenartagung des Obersten Gerichts*, NJ 1968, 660

- Bericht des Präsidiums des BG Leipzig* an das Plenum vom 26. Januar 1972: Aufgaben der Gerichte zur Erhaltung von Ehen im Interesse minderjähriger Kinder, NJ 1972, 710
- Bericht des Präsidiums des Stadtgerichts von Groß-Berlin* an das Plenum vom 25. Oktober 1972: Aufgaben der Gerichte zur Erhaltung von Ehen im Interesse minderjähriger Kinder, NJ 1972, 713
- Bericht des Präsidiums des Obersten Gerichts* an die 5. Plenartagung am 13. Dezember 1972: Zur Aufgabe der Gerichte im Eheverfahren die Interessen minderjähriger Kinder zu wahren, NJ 1973, 37
- Bericht des Präsidiums des OG* an die 14. Plenartagung am 26.3.1975: Fragen des Unterhalts der Frau im Zusammenhang mit der Auflösung einer Ehe, NJ 1975, 292
- Berner Kommentar* s. Bühler; Bühler/Spühler; Hegnauer; Liver; Meier-Hayoz
- Beschluß des Plenums des Obersten Gerichts* über die erzieherische Tätigkeit der Gerichte zur Erhaltung von Ehen vom 15.4.1965, NJ 1965, 309
- Beschluß des Plenums des Obersten Gerichts* zur weiteren Vervollkommnung der Leitungstätigkeit der Gerichte v. 18.10.1967, NJ 1967, 689
- Beschluß des Plenums des Obersten Gerichts* über die erzieherische Tätigkeit der Gerichte zur Erhaltung von Ehen v. 24.6.1970, NJ 1970, 445
- Beseler, Georg*: Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843
- Beyer, Karl-Heinz*: Zur Entscheidungspraxis bei Sorgerechtsregelungen (IV), JH 1964, 31
- : Zur künftigen Regelung des persönlichen Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind, NJ 1964, 48
- Bierhoff-Alfermann, Dorothee*: Psychologie der Geschlechtsunterschiede, Köln 1977
- Biermann, Gerd*: Kindeszüchtigung und Kindesmißhandlung, München/Basel 1969
- : Das Kind – Aufgabe und Inhalt der Familie in einer sich wandelnden Welt, in: Biermann, Gerd (Hrsg.), Familie und Kind in der Gesellschaft unserer Zeit, München/Basel 1975, S. 13
- : Gutachtenschicksale von Scheidungskindern in: Biermann, Gerd (Hrsg.), Familie und Kind in der Gesellschaft unserer Zeit, München/Basel 1975, S. 84 (Gutachtenschicksale)
- Bibler, Michael*: Rechtsgefühl, System und Wertung, München 1979 (Rechtsgefühl)
- Bilinsky, Andreas*: Das sowjetische Eherecht, FamRZ 1960, 1
- : Das sowjetische Wirtschaftsrecht, Tübingen 1968
- Blake, Nelson M.*: The Road to Reno, New York 1962
- Blau, Günter*: Der psychologische Sachverständige im Strafprozeß in: Gerichtliche Psychologie (Hrsg. Blau/Müller-Luckmann), Neuwied/Berlin 1962, 344
- Blumenwitz, Dieter*: Einführung in das anglo-amerikanische Recht, 2. Aufl., München 1976 (Einführung)
- Böckenförde, Ernst Wolfgang*: Die Rechtsauffassung im kommunistischen Staat, 2. Aufl., München 1967 (Böckenförde)
- Bodenheimer, Brigitte*: The Uniform Child Custody Jurisdiction Act: A Legislative Remedy for Children Caught in the Conflict of Laws, 22 Vand. L. Rev. 1207 (1969)
- : The Multiplicity of Child Custody Proceedings – Problems of California Law, 23 Stan. L. Rev. 703 (1971)
- : The Rights of Children and the Crisis in Custody Litigation: Modification of Custody In and Out of State, 46 U. Colo. L. Rev. 495 (1975)
- : Progress Under the Uniform Child Custody Jurisdiction Act and Remaining Problems: Punitive Decrees, Joint Custody and Excessive Modifications, 65 Cal. L. Rev. 978 (1977)
- : The International Kidnapping of Children: The United States Approach, 11 Fam. L. Q. 83 (1977)
- : Equal Rights, Visitation and the Right to Move, 1 Fam. Adv. 18 (1978)
- : The Hague Draft Convention on International Child Abduction, 14 Fam. L. Q. 99 (1980)
- : Interstate Custody, Initial Jurisdiction and Continuing Jurisdiction under the UCCJA, 14 Fam. L. Q. 203 (1981)
- Bobne, Gotthold*: Zur Psychologie der richterlichen Überzeugungsbildung, Köln 1948 (Überzeugungsbildung)
- Borkmann, Gerbard; Daute, Rolf*: Zur künftigen Regelung des persönlichen Umgangs des nicht-sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kinde, NJ 1964, 267
- Bosch, F. W.*: Volljährigkeit – Ehemündigkeit – Elterliche Sorge, FamRZ 1973, 489
- : Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977, FamRZ 1977, 569

- : Rückblick und Ausblick, oder: De legibus ad familiam pertinentibus – reformatis et reformatandis? (Familienrechtsreform in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft), FamRZ 1980, 739
- Boskey, James*: United States, in: Annual Survey of Family Law (ISFL, Nr. 4/1979), S. 69
- Bosshard, E.*: Psychische Störungen bei Kindern im Gefolge von richterlichen und vormundschaftsrichterlichen Maßnahmen bei Scheidung der Eltern, Diss. Bern 1947 (Bosshard)
- Botein, Bernard*: Trial Judge, New York 1952
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung* über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesverhältnis) v. 5. Juni 1974, BBl. 1974 II 1 (Botschaft des Bundesrates)
- Bowlby, John*: Maternal Care and Mental Health, Genf 1951 (Maternal Care)
- : Mutterliebe und kindliche Entwicklung, München/Basel 1972 (Mutterliebe)
- : Bindung, München 1975 (= Attachment and Loss, London 1969)
- Boxdorfer, Dietrich*: Probleme der Regelung elterlicher Gewalt bei Streitfragen in Sorgerechtsfällen und nach der Ehescheidung, RdJB 1974, 260-265
- Bradbrook, Adrian*: The Relevance of Psychological and Psychiatric Studies to the Future Development of the Laws Governing the Settlement of Inter-Parental Child Custody Disputes, 11 J.Fam.L. 557 (1971)
- Brandwein, Ruth A.*: After Divorce: A Focus on Single Parent Families, 10 Urban and Social Change Rev. 21 (1977)
- Brandwein, Ruth; Brown, Carol; Fox, Elizabeth*: Women and Children Last: The Social Situation of Divorced Mothers and Their Families, 36 J. Marr. and the Fam. 498 (1974)
- Brecht, Bertold*: Der Kaukasische Kreidekreis (Gesammelte Werke, Ed. Suhrkamp Bd. 5, Stücke 5) Frankfurt/M. 1967, S. 2001
- Briegleb, Horst*: Eherechtsreform – zu Lasten der Kinder? ZBJR 1971, 33
- Bronfenbrenner, Urie*: Developmental Research, Public Policy, and the Ecology of Childhood, 45 Child Development 1 (1974)
- Brosky, John G.; Alford, John G.*: Sharpening Salomon's Sword: Current Considerations in Child Custody Cases, 81 Dick. L. Rev. 683 (1977)
- Brown; Emerson; Falk; Freedman*: The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights of Women, 80 Yale L.J. 871 (1971)
- Bruch; Carol S.*: The legal impact of informal marital separations: A survey of California law and a call for change, 65 Cal. L.Rev. 1015 (1977)
- : Making Visitation Work: Dual Parenting Orders, 1 Fam.Adv. 22 (1978)
- : Neuere Entwicklungen des Ehescheidungsrechts: Das Beispiel Kalifornien, StAZ 1980, 9
- : Parenting at and after Divorce: A Search for New Models, 79 Mich. L. Rev. 708 (1981)
- Brüggemann, Dieter*: Familiengerichtsbarkeit – Verfahren in Ehesachen im allgemeinen – Verfahren in anderen Familiensachen, FamRZ 1977, 1
- : Familiengerichtsbarkeit, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/J. Tourneau), Bielefeld 1978, 103
- Brüggemann, Jürgen*: Die richterliche Begründungspflicht, Berlin 1971 (Begründungspflicht)
- Brümmer, Gisela*: Die Entwicklung des elterlichen Sorge- und Erziehungsrechts in der DDR, Köln u.a. 1980 (Brümmer)
- Brunner, Georg*: Die Schranken der Grundrechte in der Bundesrepublik und in der Sowjetzone, JbOstR 1964, 83
- : Einführung in das Recht der DDR, München 1975; 2. Aufl. München 1979 (Brunner)
- : Das neue Zivilprozeßrecht der DDR, NJW 1977, 177
- Bruns, Rudolf*: „Elterliche Sorge“. Klarstellungen. FamRZ 1979, 279
- Bühler, Alfred*: Ehetrennung und Aufhebung des gemeinsamen Haushalts, Diss. Zürich 1969
- Bühler, Theodor*: Gewohnheitsrecht – Enquête – Kodifikation; Rechtsquellenlehre, Bd. 1, Zürich 1977 (Gewohnheitsrecht)
- Bühler, Walter*: Das Ehescheidungsverfahren, ZSR 74 (1955) 301a
- : Die Ehescheidung in: Berner Kommentar II/1, 1. Teilbd. 2. Hälfte, Art. 137-144 ZGB, 3. Aufl. Bern 1971
- : Art. 145-150 ZGB, in: Berner Kommentar Bd. II/1, 1. Teilbd. 2. Hälfte, 3. Aufl. Bern 1977
- Bühler, Walter; Spühler, Karl*: Art. 151-155 ZGB, in: Berner Kommentar, Bd. II/1, 1. Teilbd., 2. Hälfte, 3. Aufl. Bern 1979

- Bülow, Oskar*: Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885
- Bumiller, Ursula; Winkler, Karl*: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., München 1980
- Bundesministerium für gesamtdeutsche Fragen* (Hrsg.): Unrecht als System, Bonn/Berlin 1952, 1954, 1958, 1962 (Unrecht als System)
- Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit* (Hrsg.) Zweiter Familienbericht; 1. Teil: Stellungnahme der Bundesregierung, 2. Teil: Bericht der Sachverständigenkommission, Bonn 1975 = BT-Drucks. 7/3502 (2. Familienbericht)
- Bundesregierung*, Bericht der Bundesregierung über die Lage der Familien in der Bundesrepublik Deutschland v. 25.1.1968 (1. Familienbericht), BT-Drucks. V/2532 (1968)
- Bundesregierung*, Die Lage der Familien in der Bundesrepublik Deutschland, (3. Familienbericht), BT-Drucks. 8/3120, 3121 (1979)
- Buschmann, Walter*: Künftiges Scheidungsrecht und Kindeswohl aus sozialwissenschaftlicher Sicht, RdJ 1977, 282
- Deutscher Bundestag*, Presse- und Informationszentrum, Zur Sache 1/78: Elterliches Sorgerecht; Sachverständigenanhörung, Gesetzestexte, Bonn 1978 (Zur Sache 1/78)
- Burchinal, L.G.*: Characteristics of adolescents from unbroken, broken, and reconstituted families, 26 J. Marr. and Fam. 44 (1964)
- Burt, Robert A.*: Developing Constitutional Rights of, in, and for Children, 39 Law and Cont. Prob. 118 (1975, Nr. 3)
- : The Constitution of the Family, The Supreme Court Rev. 1979, 329
- Busch, Friedrich, W.*: Familienerziehung in der sozialistischen Pädagogik der DDR, Düsseldorf 1972 (Familienerziehung)
- v. Busekist, Otto*: Das Familiengericht in den Vereinigten Staaten von Amerika, Köln u.a.: 1970 (Familiengericht)
- v. Caemmerer, Ernst*: Verwirklichung und Fortbildung des Rechts durch den BGH, in: Ansprachen aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofs am 3.10.1975, Karlsruhe 1975, S. 21 (Verwirklichung)
- California Legislature*, Senate Committee on Judiciary, Conciliation Courts (Hearing 6. Dez. 1978), Sacramento, Cal. 1978 (Conciliation Courts)
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 (Systemdenken)
- Cardozo, Benjamin*: The Nature of the Judicial Process, New Haven, Conn. 1921, 14. Aufl. 1948 (Nature)
- Cavers, David*: Science and the Law Symposium: Introduction, 63 Mich. L.Rev. 1325 (1965)
- Clauessens, Dieter*: Familie und Wertesystem, 3. Aufl., Berlin 1972
- Clark, Homer*: The Law of Domestic Relations in the United States, St. Paul, Minn. 1968 (Clark)
- Coester, Michael*: Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsentscheidung nach neuem Recht, FamRZ 1977, 217
- : Das Problem des Richterrechts, ZRP 1978, 176
- : Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung? Verfassungsrechtliche Überlegungen und internationale Erfahrungen, EuGRZ 1982, 256
- Coester-Waltjen, Dagmar*: Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in den Vereinigten Staaten, JZ 1976, 257
- : Von der elterlichen Gewalt zur elterlichen Sorge, ZRP 1977, 177
- : Neuregelung der elterlichen Sorge §§ 1626-1633 EFrakt, in: Neues elterliches Sorgerecht, Familienrechtskommission des Juristinnenbundes, Bielefeld 1977, S. 67
- : Zielsetzung und Effektivität eines Antidiskriminierungsgesetzes, ZRP 1982, 217
- Coigney, Virginia*: Children are People Too: How We Fail Our Children and How We Can Love Them, New York 1975
- Coing, Helmut*: Savignys rechtspolitischen und methodischen Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, ZbernJV 91 (1955), 329
- : Zur Ermittlung von Sätzen des Richterrechts, JuS 1975, 277
- : Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin/New York 1976 (Rechtsphilosophie)
- Comment, Albert*: Problèmes juridiques déviant de conventions relative aux enfants de parents divorcés et aux enfants illégitimes, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge/Problèmes et buts de la tutelle (hrsg. L'Association suisse des tuteurs officiels), Zürich 1963, S. 73

- Comment:* Child custody: Considerations in granting the award between adversely claiming parents, 36 So. Cal. L.Rev. 255 (1963)
- Comment:* Measuring the Child's Best Interest – A Study of Incomplete Considerations, 44 Denver L.J. 132 (1967)
- Comment:* Restrictions on a Parent's Right to Travel in Child Custody Cases: Possible Constitutional Questions, 6 U. Cal. Davis Law Rev. 181 (1973)
- Comment:* The Role of the Child's Wishes in California Custody Proceedings, 6 U.C. Davis L. Rev. 332 (1973)
- Comment:* Child Custody: Best Interests of Children vs. Constitutional Rights of Parents, 81 Dick. L. Rev. 733 (1977)
- Comment:* Alternate Managing Conservatorship under the Family Code, 30 Baylor L. Rev. 83 (1978)
- Coons, John:* Approaches to Court Imposed Compromise – the Uses of Doubt and Reason, 58 N.W.U. L. Rev. 750 (1964)
- Corpus Juris Secundum* Vol. 27B, Brooklyn, N.Y. 1959
- Cox, Mary B.T.; Cease, Lory:* Joint Custody, 1 Fam. Adv. 10 (1978)
- Coyne, Thomas A.:* Who will speak for the Child? in: The Rights of Children (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973, 193 (= The Annals of the American Academy of Political and Social Science 383 (May 1969), 35)
- Crouch, Richard E.:* An Essay on the Critical and Judicial Reception of "Beyond the Best Interests of the Child", 13 Fam. L. Q. 49 (1979)
- : International Convention Efforts and the Current Status of Children's Rights in the U.S.A., 6 FLR 4023 (1980)
- Dabrendorf, Ralf:* Über Gehalt und Bedeutung des Rechts in der modernen Gesellschaft, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (Hrsg. Ortlieb), Tübingen 1962, 129
- : Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1968 (Gesellschaft und Demokratie)
- Damm, Reinhard:* Norm und Faktum in der historischen Entwicklung der juristischen Methodenlehre, Rechtslehre 7 (1976) 213
- Daube, David:* Dividing a Child in Antiquity, 54 Cal. L. Rev. 1630 (1966)
- David, René; Grasmann, Günther:* Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, München/Berlin 1966 (David/Grasmann)
- Davidson, Henry:* The Coach, Yes; The Umpire, No, in: Readings in Law and Psychiatry (Allen, Ferster, Rubin, Hrsg.) 231, Baltimore/London 1975
- Davidson, K; Ginsburg, R.; Kay, H.:* Sex-Based Discrimination, St. Paul, Minn. 1974 (Davidson/Ginsburg/Kay)
- Davis, Kingsley:* Children of Divorced Parents. A Sociological and Statistical Analysis, 10 L. + Cont. Prob. 700 (1944)
- Dawson, John P.:* The Oracles of the Law, Ann Arbor 1968 (Oracles)
- : The General Clauses, RabelsZ 41 (1977) 441
- Deißler, Hans Herbert:* Die Kleinkindererziehung im Spannungsfeld von Gesellschaft und Wissenschaft, ZBlJR 1973, 241
- Dellian, Ed:* Überlegungen zu § 1634 BGB, FamRZ 1969, 365
- : Elterliche Gewalt – ein Begriff und seine Funktion, RuG 1974, 74
- Dembitz, Nanette:* Beyond Any Discipline's Competence (Review of: Beyond the Best Interests of the Child, Goldstein/Freud/Solnit), 83 Yale L.J. 1304 (1974)
- Derdeyn, R.:* Child Custody Contests in Historical Perspective, 133 Am. J. Psych. 1369 (1976)
- Derleder, Annegret; Derleder, Peter:* Kindesbetreuung und Ehegattenunterhalt, FamRZ 1977, 587
- : Persönliche Betreuung und Barunterhaltspflicht gegenüber Kindern, NJW 1978, 1129
- Deschenaux, Henri; Tercier, Pierre:* Le mariage et le divorce, Bern 1974 (Deschenaux/Tercier)
- Deutscher Bundestag:* Gesetz zur Neuordnung des Rechts der elterlichen Sorge: Veröffentlichte Gesetzesmaterialien, Bonn 1979 (Gesetzesmaterialien)
- Deutscher Caritasverband:* Stellungnahmen zur Neuordnung der elterlichen Gewalt, FamRZ 1970, 517
2. *Deutscher Familiengerichtstag:* Ansprachen und Referate. Berichte und Ergebnisse der Arbeitskreise, Brühl 1979 (2. DFGT)
3. *Deutscher Familiengerichtstag,* Bielefeld 1981

4. *Deutscher Familiengerichtstag*, Bielefeld 1982
- Developments in the Law – The Constitution and the Family*, 93 Harv. L. Rev. 1156 (1980)
- Devereux, E.C.; Bronfenbrenner, U.; Suci, G.J.*: Patterns of Parent Behaviour in the United States of America and the Federal Republic of Germany: A Cross-National Comparison, Int. Social Science Journal XIV (1962/3), 488
- Diamond, Bernard; Louisell, David*: The Psychiatrist as an Expert Witness: Some Ruminations and Speculations, 63 Mich. L. Rev. 1335 (1965)
- Dieckmann, Albrecht*: Bemerkungen zum Recht der elterlichen Sorge – vornehmlich für Kinder aus gescheiterter Ehe, AcP 178 (1978) 298
- Diederichsen, Uwe*: Topisches und systematisches Denken in der Jurisprudenz, NJW 1966, 697
- : Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, Karlsruhe 1974 (Flucht)
- : Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht, Festschrift für E. Klingmüller 1974, 65
- : Zur Reform des Eltern-Kind-Verhältnisses, FamRZ 1978, 461
- : Zur Begriffstechnik richterlicher Rechtsfortbildung im Zivilrecht, Festschrift F. Wieacker, Göttingen 1978, 325
- : Die Eigenständigkeit der Jurisprudenz, Festschrift W. Flume, Köln 1978, 283
- : Die Familie – Menschen in der Reform, Festschrift für G. Beitzke, Berlin/New York 1979, 169
- : Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, NJW 1980, 1
- : Unterhaltsrechtliche Folgen des Partnerwechsels: Rückkehr zum Verschuldensprinzip im Scheidungsfolgenrecht, NJW 1980, 1672
- : Anmerkung zu KG 28.5.1980, NJW 1980, 2420
- : s. Palandt
- Diesselhorst, Malte*: Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle, verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, Tübingen 1968 (Natur der Sache)
- Dillhöfer, Gerhard*: Die Sorgerechtsentscheidung bei Auflösung der Ehe, Der Schöffe 1957, 88
- Dittmann, Irmgard*: Zur künftigen Regelung des persönlichen Umgangs des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind, NJ 1964, 49
- Dittmann, Karl*: Sonderfragen zur Regelung der elterlichen Gewalt während und nach der Elternscheidung unter Berücksichtigung des neuen Ehescheidungsrechts, ZBJR 1977, 187
- Döbring, Erich*: Fachliche Kenntnisse des Richters und ihre Verwertung im Prozeß, JZ 1968, 641
- Dölle, Hans*: Familienrecht, Bd. II, Karlsruhe 1965
- : Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung, Rabatz 34 (1970) 403
- Dreier, Ralf*: Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, Rechtstheorie 5 (1974) 189
- Drinan, Robert F.*: The Rights of Children in Modern American Family Law, in: The Rights of Children (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973, S. 37 (= Journal of Family Law 2 (1962) 101)
- Drobnig, Ulrich*: Ideologie, Recht und Wirklichkeit der Familie in der DDR, JbOstR 1967, II, 157
- : Anerkennung und Rechtswirkungen sowjetzonaler Entscheidungen, FamRZ 1961, 342
- : Anmerkung zu BGH, Urt. v. 28.3.1962, JR 1963, 224
- Dunz, Walter*: Das Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils, NJW 1959, 802
- Dürr, Otto*: Erziehung in der Familie zwischen laissez-faire und autoritär, in: Biermann, Gerd (Hrsg.), Familie und Kind in der Gesellschaft unserer Zeit, München/Basel 1975, S. 120
- Duss-v. Werdt, Josef*: Überlegungen zur Familie von morgen, Schweiz. Z. f. Gemeinnützigkeit 1972, 281
- Dworkin, Ronald*: Lord Devlin and the Enforcement of Morals, 35 Yale L.J. 986 (1966)
- : The Model of Rules, 35 U. Chi. L. Rev. 14 (1967)
- : Social Rules and Legal Theory, 81 Yale L.J. 855 (1972)
- Ebel, Karsten*: Der Gesetzesbegriff im Recht der DDR, Diss. Göttingen 1976 (Ebel)
- Eberhard, Karl-Heinz*: Zu einigen Ergebnissen der Diskussion über den FGB-Entwurf, NJ 1966, 8
- : Zur gerichtlichen Entscheidung über das Erziehungsrecht, NJ 1966, 55
- : Besonderheiten der Verfahren in Familienrechtssachen nach der neue ZPO, NJ 1976, 12
- : Zur Wiederholung der Aussöhnungsverhandlung in Ehesachen, NJ 1977, 634

- Eckhold-Schmidt, Fridel*: Legitimation durch Begründung, Berlin 1974
- Egger, A.*: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. II: Das Familienrecht, 1. Abt.: Das Eherecht, 2. Aufl. Zürich 1936; 2. Abt.: Die Verwandtschaft, 2. Aufl. Zürich 1943
- Eherechtskommission der Evangelischen Kirche in Deutschland* Beschluß vom 24./25.9.1954 zur Neuordnung des Ehe- und Familienrechts, FamRZ 1954, 232
- Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz* Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen; zur Neuregelung des Rechts der Kinder geschiedener und getrennt lebender Eltern . . . , Bielefeld 1971 (Eherechtskommission 1971)
- Ell, Ernst*: Trennung – Scheidung – und die Kinder?, Stuttgart 1979 (Trennung)
- : Anmerkungen aus psychologischer Sicht zur Regelung der Personensorge, ZBlJR 1980, 319
- : Der Psychologe als Helfer des Richters, ZBlJR 1980, 531
- : Wie ist das mit der „Hauptbezugsperson“?, ZBlJR 1982, 76
- Ellsworth, Phoebe; Levy, Robert*: Legislative Reform of Child Custody Adjudication, 4 Law and Society Rev. 167 (1969)
- Engisch, Karl*: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, Heidelberg 1953 (Konkretisierung)
- : Sinn und Tragweite juristischer Systematik, Studium Generale 10 (1957) 173
- : Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl., Stuttgart u.a. 1977 (Einführung)
- Ennis, Bruce; Litwack, Thomas*: Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom, 62 Cal. L. Rev. 693 (1974)
- Erikson, Erik*: Wachstum und Krisen der gesunden Persönlichkeit, Stuttgart 1953 (Wachstum)
- Erler, Heinz*: Anmerkung zu OG v. 15.11.1960, NJ 1961, 105
- Erman, Walter; Westermann, Harm Peter*: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl. Münster 1975 (Erman/Bearbeiter)
- Esser, Josef*: Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht, JZ 1953, 521
- : Die Interpretation im Recht, Studium Generale 7 (1954) 372
- : Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956, 3. Aufl. 1974 (Grundsatz)
- : Interessenjurisprudenz heute, JJB 1 (1960) 111
- : Vorwort: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, S. 5, Frankfurt/Berlin 1964 (Ermessensfreiheit)
- : Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt/M. 1966
- : Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, Festschrift für F. v. Hippel, 1967, 95
- : Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M. 1972
- : Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972) 97
- : In welchem Ausmaß bilden Rechtsprechung und Lehre Rechtsquellen? ZvgLRW 75 (1976) 67
- : Traditionale und postulative Elemente der Gerechtigkeitstheorie in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1977, 112
- Evans- von Krbek, Franziska-Sophie*: Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung?, FamRZ 1975, 20-23
- : Das „natürliche“ Elternrecht – Störfaktor oder Hilfsmittel für eine familiengerechte Rechtsfindung und Rechtspolitik? ZBlJR 1976, 45
- : Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung? FamRZ 1977, 371
- Ewert, Otto* (Hrsg.): Entwicklungspsychologie, Bd. 1, Köln 1972
- Faessler, Pierre B.; Fijn van Draat, Lydia K.*: Die Stellung des Kindes im Wandel von Recht und Gesellschaft, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, S. 143
- Fain, Harry M.*: Referat vom 19. Nov. 1976 vor dem Legal Education Seminar der University of Southern California, Law Center, Los Angeles, 3 FLR 2121 (1977)
- Familienrecht der DDR*, Kommentar (Hrsg. Ministerium der Justiz der DDR; Autorenkollektiv) 5. Aufl., Berlin-Ost 1982 (FGB-Kommentar)
- Familienrecht*. Lehrbuch (Autorenkollektiv, Leitg. A. Grandke) Berlin-Ost; 2. Aufl. 1976, 3. Aufl. 1981 (Lehrbuch Familienrecht) (Die 3. Aufl. ist im wesentlichen unverändert; Zitate beziehen sich auf die 2. Aufl.)
- Farner, Hans*: Die Persönlichkeitsrechte des jungen Menschen, ZBlJR 1980, 690

- Farnsworth, Allan*: An Introduction to the Legal System of the United States, New York 1968 (Introduction)
- Farson, Richard*: Birthrights, New York, 1974
- Fehmel, Hans-Werner*: Gemeinsames elterliches Sorgerecht nach der Scheidung?, FamRZ 1979, 380
- : Ist das Verbot des gemeinsamen elterlichen Sorgerechts nach der Scheidung (§ 1671 Abs. IV S. 1 BGB) verfassungswidrig? FamRZ 1980, 758
- Fehnmann, Ursula*: Zu den Fragen des Beweiswerts und der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Tests für Gutachten vor dem Familiengericht, FamRZ 1979, 661
- Feil, Gregor*: Zur rechtlichen Stellung des Stiefkindes und des Pflegekindes, RdJ 1971, 257
- Fikentscher, Wolfgang*: Methoden des Rechts, Bd. I, II (Tübingen 1975), Bd. III (Tübingen 1976), Bd. IV (Tübingen 1977) (Methoden I etc.)
- Firsching, Karl*: „Das eheliche Kind“ in der Rechtsprechung der letzten Jahre, FamRZ 1956, 136
- Fischer, Robert*: Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971 (Weiterbildung)
- Folberg, Jay; Graham, Marva*: Joint Custody of Children Following Divorce, 12 U.C. Davis L. Rev. 523 (1979)
- Foote, Caleb; Levy, Robert; Sander, Frank*: Cases and Materials on Family Law, Boston, Toronto 1966 (Supplement 1971) (Foote/Levy/Sander)
- Forkosch, Morris*: Constitutional Law, Mineola, N.Y., 2. Aufl. 1969 (Forkosch)
- Foster, Henry H.*: Conciliation and Counseling in the Courts in Family Law Cases, 41 N.Y.U.L. Rev. 353 (1966)
- : A Bill of Rights for Children, 1 Bull. A.A.P.L. 199 (1973)
- : A Review of Beyond The Best Interests of The Child, 12 Willamette L.J. 545 (1976)
- Foster, Henry H.; Freed, Doris J.*: Child Custody, 39 N.Y.U.L. Rev. 423, 615 (1965)
- : A Bill of Rights for Children, 6 Fam. L.Q. 343 (1972)
- : Life with Father: 1978, 11 Fam.L.Q. 321 (1978)
- : Joint Custody: A Viable Alternative?, 180 N.Y.L.J. 11.9.1978 (Nr. 90) 382; 24.11.1978 (Nr. 99) 1; 22.12.1978 (Nr. 103) 1
- Fraiberg, Selma*: Every Child's Birthright: In Defense of Mothering, New York 1977 (Birthright)
- Frank, Rainer*: Grenzen der Adoption, Frankfurt/M. 1978
- Frank, Richard*: Inkonsequenzen um die Ehetrennung, SJZ 66 (1970) 248
- Franz, Wolfgang*: Zur Frage eines eigenen Antragsrechts des Jugendlichen gegenüber dem Vormundschaftsgericht, FamRZ 1974, 571
- Freed, Doris Jonas; Foster, Henry H.*: Family Law in the Fifty States: On Overview, 3 FLR 4047 (1977)
- : Divorce in the Fifty States: An Overview as of August 1, 1978, 4 FLR 4033 (1978)
- : Divorce in the Fifty States: An Overview as of August 1, 1980, 6 FLR 4043 (1980)
- Freisler, Roland*: Vom alten zum neuen Ehescheidungsrecht, Berlin 1937
- Freud, Anna*: On the Difficulties of Communicating with Children – The Lesser Children in Chambers, in: Goldstein/Katz, The Family and the Law (1965) 261
- Freund, Herbert*: Der Versuch einer Theorie der Praxis – Funktionswandel richterlicher Tätigkeit, DRiZ 1979, 72
- Friedrich-Marczyk, Marion; Schulte, Bernd*: Vom Mutterschaftsurlaub zum Elternurlaub, ZRP 1980, 317
- von Friesen, Marie; Heller, Wolfgang*: Das Familienrecht in Mitteldeutschland, Bonn, Berlin 1967
- Frischkopf, Edit*: Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt, Winterthur 1970 (Frischkopf)
- Frommann, Matthias*: Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Diss. Frankfurt/M. 1977 (Frommann)
- Fthenakis, Wassilios*: Rolle des Vaters neu bestimmen, in: Der Spiegel v. 10.3.1980 (34. Jahrgang, Nr. 11) S. 55
- : Elterntrennung aus der Perspektive des Kindes, in: Deutsches Familienrechtsforum, Referate und Texte, Sindelfingen 1981 (Elterntrennung)

- : Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Gutachten vor dem BVerfG v. 8.6.1982 (Gutachten)
- Fthenakis, W.; Niesel, R.; Kunze, H.-R.*: Ehescheidung, Konsequenzen für Eltern u. Kinder, München u.a. 1982
- Funke, Heinz*: Zur elterlichen Erziehung ein Entwurf des Familiengesetzes, JH 1965, 67
- : Zur Wahrnehmung der Umgangsbefugnis, JH 1967, 111
- Gabler, Ronald G.*: The Impact of the ERA on Domestic Relations Law: Specific Focus on California, 8 Fam. L.Q. 51 (1974)
- Garstka, Hansjürgen*: Generalklauseln, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 96
- Gehring, Hans-Peter*: Das Ehescheidungsrecht in Mitteldeutschland, Diss. Bonn 1963 (Gehring)
- Geiger, Theodor*: Über Moral und Recht, Berlin 1979
- : Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 2. Aufl., Neuwied 1970 (Vorstudien),
- Geiger, Willi*: Die Bewertung der Familie in der gesellschaftlichen Wirklichkeit und in der Verfassung, FamRZ 1973, 225
- : Recht des Staates und Elternrecht, FamRZ 1979, 457
- Geisler, Werner*: Zur Ermittlung ausländischen Rechts durch „Beweis“ im Prozeß, ZZP 91 (1978) 176
- Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften* (mit Beiträgen von K. Lüderssen, E. Noelle-Neumann, T. Rainer, G. Teubner und A. Zielcke), Baden-Baden 1978
- Germann, Oscar Adolf*: Präjudizien als Rechtsquelle (Acta Instituti Upsaliensis Jurisprudentiae Comparativae II), Upsala 1960
- : Probleme und Methoden der Rechtsfindung, 2. Aufl. Bern 1967 (Methoden)
- Gernert, Wolfgang*: Zur Rolle des Vaters in sozialwissenschaftlicher Sicht, UJ 1978, 401
- Gernhuber, Joachim*: Elterliche Gewalt heute – Eine grundsätzliche Betrachtung, FamRZ 1962, 89
- : Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. München 1971; 3. Aufl. 1980 (Familienrecht)
- : Kindeswohl und Elternwille, FamRZ 1973, 229 ff.
- : Neues Familienrecht, Tübingen 1977
- : Die integrierte Billigkeit – Eine Skizze zur Billigkeit als Tatbestandselement von Normen –, Tradition und Fortschritt im Recht, Festschrift Tübinger Juristenfakultät 1977, 193
- : Die geordnete Ehe, FamRZ 1979, 193
- Gessert, Hermann*: Zur Entscheidungspraxis bei Sorgerechtsregelungen (IV), JH 1964, 27
- Giesen, Dieter*: Entwicklungstendenzen im Kindschafts- und Unterhaltsrecht aus rechtsvergleichender Sicht, ZvglRW 70 (1968) 1
- : Das Wohl des Kindes im Falle eines Elternkonfliktes zwischen Sorge- und Verkehrsberechtigtem, RdJB 1972, 166 (erweiterte Fassung von NJW 1972, 225-229)
- : Zur Problematik der Einführung einer Familiengerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Paderborn 1975 (Famliengerichtsbarkeit)
- : Ehe, Familie und Erwerbsleben, Paderborn 1977 (Ehe)
- : Familienrechtsreform zum Wohl des Kindes?, FamRZ 1977, 594
- : Gewalttätigkeiten in der Familie, Festschrift Beitzke, Berlin/N.Y. 1979, S. 209
- Glendon, Mary Ann*: Power and Authority in the Family: New Legal Patterns as Reflections of Changing Ideologies, 23 Am. J. Comp. L. 1 (1975)
- : Marriage and the State: The Withering Away of Marriage, 62 Va. L. Rev. 663 (1976)
- : State, Law and Family, Amsterdam/New York/Oxford 1977
- : The American Family in the 200th Year of the Republik, 10 Fam.L.Q. 335 (1977)
- : The New Family and the New Property, Toronto 1981 (The New Family)
- : s. Rheinsteine/Glendon
- Glowacz, Horst*: Neue Formen der gerichtlichen Tätigkeit in Zivil- und Familiensachen, NJ 1960, 493
- Gmür, Max*: Anwendung des Rechts nach Art. 1, Bern 1908 (Anwendung des Rechts)
- Göldner, Elfriede*: Die gesellschaftliche Kraft zur Erhaltung der Familiengemeinschaft einsetzen!, NJ 1965, 315
- Göppinger, Horst*: Probleme des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern, Frankfurt/M. 1967
- : Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 4. Aufl. München 1982 (Vereinbarungen)
- Görner, Kurt*: Das elterliche Erziehungsrecht, JH 1965, 103

- Goldstein, Joseph*: Foster Care and Adoption in an Ideal Placement System, in: The Child and the Law, Proceedings of the First World Conference of the Internationale Society on Family Law (Hrsg. Bates), Vol. II 1976, S. 595
- : Psychoanalysis and Jurisprudence, 77 Yale L.J. 1053 (1968)
  - : Medical Care for the Child at Risk: On State Supervention of Parental Autonomy, 86 Yale L.J. 645 (1977)
  - : Psychoanalysis and a Jurisprudence of Child Placement – with Special Emphasis on the Role of Legal Counsel for Children, 1 Int. Journ. of Law and Psychiatry 109 (1978)
- Goldstein, Joseph; Freud, Anna; Solnit, Albert J.*: Beyond the best interests of the child, New York/London 1973, 2. Aufl. 1979 (Beyond; zit. wird nach der 1. Aufl., soweit nicht anders vermerkt)
- : Jenseits des Kindeswohls (mit einem Beitrag von Spiro Simitis) Frankfurt/M. 1974
  - : Before the best interests of the child, New York/London 1979 (Before); (= Diesseits des Kindeswohls, Frankfurt/M. 1982)
- Goldstein, Joseph; Katz, Jay*: The Family and the Law, New York 1965 (Goldstein/Katz)
- Goldstein, Sonja*: Children and Divorce, New Haven, Conn. 1982
- Goode, William F.*: After Divorce, Glencoe/Ill. 1956
- : Women in Divorce, New York 1965
  - : Soziologie der Familie, München 1967
- Governor's Commission On The Family*, State of California, Report Sacramento Cal. 1966 (Family Commission Report)
- Gozansky, Nathaniel*: Court-Ordered Investigations in Child Custody Cases, 12 Willamette L.J. 511 (1976)
- Gramann, Werner; Zachäus, Reinhold*: Die Erhöhung der ökonomischen Rolle des sozialistischen Staates und seines Rechts bei der Verwirklichung der wirtschaftspolitischen Aufgaben der SED, StuR 1973, 885
- Grandke, Anita*: Familienrecht und Soziologie, StuR 1965, 1054
- : Gedanken zur erzieherischen Funktion des Gerichts in Ehesachen, NJ 1970, 451
  - : Zur Herausbildung der sozialistischen Familie in der DDR, StuR 1970, 1767
  - : Zur Entwicklung des Familienrechts in der DDR, JH 1971, 210
  - : Gleichberechtigung und Persönlichkeitsentwicklung von Mann und Frau, NJ 1975, 499
  - : Junge Leute in der Ehe, Berlin-Ost 1977 (Junge Leute)
- Grandke, Anita; Kubrig, Herta*: Das neue Familiengesetzbuch der DDR, Einheit 1965, Heft 11, S. 13
- Grandke, Anita; Ortb, Klauspeter; Rieger, Wolfgang*: Wirksamkeit des Ehescheidungsrechts, NJ 1980, 399
- Grandke, A.; Ortb, K.; Rieger, W.; Stolpe, J.*: Zur Wirksamkeit des Erziehungsrechts des FGB, NJ 1979, 345
- Grandke, Anita; Stolpe, Ilona*: Zur Rechtsstellung der Kinder in der DDR, StuR 1980, 528
- Granzow, Charlotte*: Familienrechtsreform in der „Deutschen Demokratischen Republik“, FamRZ 1960, 85
- : Der Entwurf des Familiengesetzbuches der DDR vom April 1965, FamRZ 1965, 465
  - : Das neue Familiengesetzbuch der DDR, FamRZ 1966, 217
- Green, Milton*: Basic Civil Procedure, Mineola, N.Y. 1972 (Civil Procedure)
- Gregory, J.*: Anterosperspective data following childhood loss of a parent: I. Delinquency and high school dropout, 13 Arch. Gen. Psych. 99 (1965)
- Greif, Judith*: Fathers, Children and Joint Custody, 49 Amer. J. Orthopsych. 316 (1979)
- Groner, Edith*: Social workers as Mediators in Child Custody Disputes and Community Education for Parents in Marital Dissolution, 8 FLR 4059 (1982)
- Gross, Helga*: Das Recht der elterlichen Sorge, 2. Aufl. Frankfurt/M. 1980
- Guldener, Max*: Schweizerisches Zivilprozeßrecht, 2. Aufl. Zürich 1958 (Supplement II 1964) (Guldener)
- Güldner, Kurt*: Familiäre Bedingungen bei der Entwicklung disziplinierten Verhaltens, JH 1967, 58, 82
- Gunther, Gerald*: The Supreme Court, 1971 Term-Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection, 86 Harv. L. Rev. 1 (1972)

- Guth, Wolfgang*: Eheschließung und Eheauflösung nach dem Recht der DDR, Diss. Tübingen 1966 (Guth)
- Gutzwiller, Max*: Zur Lehre von der Natur der Sache, in: Freiburger Festgabe zum Juristentag, Freiburg i. Ue. 1924, 282
- : Was ist Gerechtigkeit? in: Elemente der Rechtsidee, Basel/Stuttgart 1964, 248
- Gygax, Ingeborg-Theresia*: Gestaltung und Abänderung der Elternrechte geschiedener Ehegatten nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch (Art. 156 und 157), Diss. Basel 1953 (Gygax)
- Habscheid, Walther, J.*: Familiengerichte?, FamRZ 1975, 567
- : Das elterliche Sorgerecht in Gefahr, Köln 1978 (= in: Stockinger/(Hrsg.), Sozialisierung der Familie?, S. 19 unter dem Titel: Die zivilrechtliche Problematik des Reformentwurfs zum Recht der elterlichen Sorge) (Das elterliche Sorgerecht)
- Händler, Horst*: Zur künftigen Regelung des persönlichen Umgangs des nicht sorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind, NJ 1964, 50
- Hafen, R.*: Children's Liberation and The New Equalitarianism: Some Reservations About Abandoning Youths to Their Rights, By. L. Rev. 1976 (605)
- Haffter, Carl*: Die Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl. Bern u. Stuttgart 1960 (Haffter)
- Hagena, Walter*: Die Zuständigkeitskonzentration und der Entscheidungsverbund beim Familiengericht, FamRZ 1975, 379
- : Familiengericht – Zuständigkeitskonzentration – Entscheidungsverbund, Diss. Freiburg i. Br. 1976 (Famliengericht)
- Hainmüller, Dietmar*: Der Anscheinsbeweis und die Fahrlässigkeitstat im heutigen deutschen Schadensersatzrecht, Tübingen 1966 (Anscheinsbeweis).
- Halgasch, Richard*: Grundfragen des Ehescheidungsrechts, StuR 1963, 964
- : Zum Aufbau von Ehe- und Familienberatungsstellen, StuR 1965, 1062
- : Soziologische Aspekte des Familienrechts im Sozialismus, NJ 1969, 753
- Hamilton, Marshall*: Father's Influence on Children, Chicago 1977
- Haney, Gerhard*: Das Recht der Bürger und die Entfaltung der sozialistischen Persönlichkeit, StuR 1962, 1063
- : Sozialistisches Recht und Persönlichkeit, Berlin-Ost 1967
- Hanisch, Hans*: Zur Reform des Rechts des Kindes. Vergleichende Bemerkungen zu den Reformbestrebungen in der Schweiz und in der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 6
- Hanschmann, Horst*: Zur Wirksamkeit der Entscheidungen über das Erziehungsrecht in Ehesachen, NJ 1969, 775
- Hansen, Robert W.*: Guardians ad litem in divorce and custody cases: Protection of the Child's Interests, in: The Rights of Children (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973, 239 (= 4 J. Fam. L. 181 (1964))
- : The Role and Rights of Children in Divorce Courts, in: Children in the Courts – the Question of Representation (Newman, G.G., Hrsg.), Ann Arbor 1967, S. 22 (= 6 J. Fam. L. 1 (1966))
- Happe, Günter*: Elternrecht, Kindesrecht, Eingriffsrecht, in: Jugendpsychiatrie und Recht. Festschrift Hermann Stutte, Köln u.a. 1979, S. 203
- Hart, H.L.A.*: Social Solidarity and the Enforcement of Morality, 35 U.Ch. L. Rev. 1 (1967)
- Hartmann, Hans*: Psychologische Diagnostik, Stuttgart u.a. 1970
- Hartmann, Nicolai*: Grundzüge einer Metaphysik der Erkenntnis, 4. Aufl. Berlin 1949 (Metaphysik)
- : Ethik, 4. Aufl., Berlin 1962
- Hartwig, Oskar, Rebe, Bernd*: Familienrecht und Familiensoziologie, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/J. Tourneau), Bielefeld 1978, S. 17
- Hassenstein, Bernhard*: Verhaltensbiologie des Kindes, München/Zürich 1973 (Verhaltensbiologie)
- : Der Begriff des Kindeswohls in der Sicht der Verhaltensbiologie, unveröffentl. Manuskript 1976 (Der Begriff des Kindeswohls)
- : Biologische und soziale Grundbedürfnisse des Kindes, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/J. Tourneau) Bielefeld 1978, 215
- Hattenbauer, Hans*: Reform durch „Richterrecht“, ZPR 1978, 83
- Häusler, Gerhard*: Zur Erziehungsfunktion der Ehrechtsprechung, NJ 1963, 677
- Hauser, E.*: Die Wahrung der Kindesinteressen im Ehescheidungsprozeß, SJZ 35 (1939) 257
- : Ehescheidung – Kindernot, Gesundheit und Wohlfahrt 1941, 257

- Hausbeer, Heinz*: Das neue Kindesrecht im Rahmen der Gesamterneuerung des Familienrechts, in: Das neue Kindesrecht (Hrsg. Hangartner), St. Gallen 1977, 13  
 – : Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts: Familienrecht, ZbernJV 116 (1980) 93
- Haverkate, Görg*: Offenes Argumentieren im Urteil, ZRP 1973, 281  
 – : Untaugliche Warnung vor dem Richterrecht, ZRP 1978, 88
- Hay, Peter*: Einführung in das amerikanische Recht, Darmstadt 1975
- Heck, Philipp*: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914) 1
- Hedemann, Justus Wilhelm*: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933 (Flucht)
- Hegnauer, Cyril*: Kommentar zum Familienrecht; Das eheliche Kindesverhältnis (Berner Kommentar II, 2. Abt., 1 Teilbd.) 3. Aufl. Bern 1964  
 – : Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses, ZSR 90 (1971) 5  
 – : Grundgedanken des neuen Kindesrechts, in: Festschrift f. Max Guldener, Zürich 1973, 127  
 – : Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, in: Das neue Kindesrecht (Hrsg. Hangartner), St. Gallen 1977, 59  
 – : Grundriß des Kindesrechts, Bern 1977 (Grundriß)  
 – : Der Entwurf des neue Eherechts, SJZ 76 (1980) 69  
 – : „Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig“ (§ 1618a BGB), ZBJR 1980, 685
- Heiland, Johannes*: Die Ehescheidung, NJ 1954, 596
- Heinrich, Wilhelm; Göldner, Elfriede; Schilde, Horst*: Die Rechtsprechung der Instanzgerichte in Familiensachen, NJ 1961, 776, 815, 851
- Hejkal, Gottfried; Rohde, Ursula*: Bemerkungen zum Lehrbuch des Familienrechts, NJ 1973, 319, 350
- Heldrich, Andreas*: Höchststrichterliche Rechtsprechung als Triebfeder sozialen Wandels, Jahrb. f. Rechtssoz. u. Rechtstheorie 3 (1973) 305
- Helle, Horst Jürgen*: Soziologische Begründung des „Eherechts“, AKF-Berichte 1978 (Nr. 2) S. 25
- Helwig, Gisela*: Zum Ehe- und Familienverständnis in beiden Teilen Deutschlands, DA 4 (1971) 136  
 – : Zwischen Familie und Beruf. Die Stellung der Frau in beiden deutschen Staaten, Köln 1974  
 – : Ehe- und familienrechtliche Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau. Ein Vergleich der Situation in beiden deutschen Staaten, DA 7 (1974) 914  
 – : Frau '75. Bundesrepublik Deutschland – DDR, Köln 1975
- Henkel, Heinrich*: Recht und Individualität, Berlin 1958  
 – : Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. München 1977 (Rechtsphilosophie)
- Henkel, Helmut*: Die Anordnung von Kindeschutzmaßnahmen gem. Art. 307 rev. ZGB, Zürich 1977  
 – : Die elterliche Gewalt, in: Das neue Kindesrecht, Bern 1978, S. 89
- Henrich, Dieter*: Familienrecht, 3. Aufl. Berlin 1980  
 – : Elternrechte und Kindesemanzipation: Wohin führt der Weg?, The Chuo Law Review 88 (1981) 1
- Hesse, Konrad*: Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1978, 427  
 – : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1980
- Hesse, Hans Albrecht*: Die Praxis der juristischen Berufe und die Juristenausbildung, JZ 1982, 272
- Hetherington, Mavis E.*: Girls without father, 6 Psychology Today 47 (1973)
- Hetherington, Mavis; Cox, Martha; Cox, Roger*: Divorced Fathers, 25 Fam. Coordinator 417 (1976)  
 – : The Aftermath of Divorce, in: Stevens, J.H./Matthews, M. (Hrsg.) Mother-Child, Father-Child Relations, Washington, D.C. 1977  
 – : The Development of Children in Mother-Headed Families, in: Reiss, D./Hoffman, H. (Hrsg.), The American Family (1979), S. 117

- Frbr. v. d. Heydte, Friedrich August*: Naturrecht, Richterrecht, Gesetzesrecht, in: Dimensionen des Rechts, Gedächtnisschrift f. René Marcic, Bd. I, Berlin 1974, S. 89
- Hiebsch, H.*: Sozialpsychologische Grundlagen der Persönlichkeitsformung, Berlin-Ost 1966
- Hiebsch, H.; Vorweg, M.*: Einführung in die marxistische Sozialpsychologie, Berlin-Ost 1967
- Hilger, Marie Luise*: Überlegungen zum Richterrecht, Festschrift Larenz: München 1973, 109
- Hill, Fritz*: Das Elternrecht aus geschichtlich-vergleichender und konfessioneller Sicht, RdJ 1971, 60
- Hillstrom, Donald*: Out-of-State Removal of Children Analyzed, 8 FLR 4015 (1982)
- Hiltmann, Hildegard*: Kompendium der psychodiagnostischen Tests, 3. Aufl., Bern, Stuttgart, Wien 1977 (Kompendium)
- Hinderling, Hans*: Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3. Aufl. Zürich 1967 (Zusatzband 1981) (Ehescheidungsrecht; ggfls.: Zusatzband)
- : Die Bedeutung des Verschuldens für das Ehescheidungsrecht der Schweiz, in: Ius privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Bd. II, Tübingen 1969, S. 993
  - : Das Ehescheidungsrecht im Umbruch, SJZ 67 (1971) 269; 291
  - : Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit), SJZ 71 (1975) 253
- Hinz, Manfred*: Kindesschutz als Rechtsschutz und elterliches Sorgerecht, Paderborn 1976 (Kindesschutz)
- : s. Rebmann
- v. Hippel, Fritz*: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik, Frankfurt/M. 1964
- : Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, Marburg 1942 (= in: Rechtstheorie und Rechtsdogmatik (1964) S. 149) (Richtlinie)
- Höhn, Elfriede*: Spielerische Gestaltungsverfahren, in: Psychologische Diagnostik (Hrsg. R. Heiss), Bd. 6, 3. Aufl., Göttingen 1971, S. 685
- Hoerster, Norbert*: Rechtsethik ohne Metaphysik, JZ 1982, 265
- Hoffmann, Edgar*: Änderungsvorschläge zu den eherechtlichen Bestimmungen des geplanten Familienrechtsgesetzes, NJW 1953, 127
- Hoffmann, Julius*: Zur Sorgerechtsregelung bei Ehescheidung in Mitteldeutschland, FamRZ 1965, 25
- Hofmann, Karlfried; Püschel, Heinz*: Zum Hauptinhalt der Rechte der Bürger in den vom sozialistischen Zivilrecht der DDR geregelten gesellschaftlichen Verhältnissen, StuR 1961, 1895
- Holmes, Oliver Wendell*: The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897)
- Holt, John*: Escape from Childhood, New York 1974
- Holtgrave, Walter*: Das neue Recht der elterlichen Sorge, JZ 1979, 665
- Holz, Marvin*: The Child Advocate in Private Custody Disputes: The Wisconsin Experience, 16 J. Fam. Law 739 (1977-78)
- Holzbauer, Heinz*: Verwandtschaftliche Elternstellung, verfassungsmäßiges Elternrecht und elterliche Sorge, FamRZ 1982, 109
- Hopt, Klaus*: Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten?, JZ 1975, 341
- Horn, Norbert*: Zur Bedeutung der Topiklehre Theodor Viehwegs für eine einheitliche Theorie des juristischen Denkens, NJW 1967, 601
- Howe, Ruth-Arlene*: Divorce: Critical issues for legal and mental health professionals, 10 The Urban and Social Change Rev. 15 (1977)
- Huber, Eugen*: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Basel, Bd. I 1886; II 1888; III 1889; IV 1893
- : Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen ZGB, 2. Ausgabe Bern 1914 (Erläuterungen)
  - : Recht und Rechtsverwirklichung, Basel 1925
- Hubmann, Heinrich*: Wertung und Abwägung im Recht, Köln u.a. 1977 (Wertung)
- : Die Sachgerechtigkeit, Festschrift für H. Eichler Wien/N.Y. 1977, S. 259
- Huesstege, Rainer*: Der Uniform Child Custody Jurisdiction Act, Frankfurt/M. 1982 (Huesstege)
- Hugot, Heinz*: Zur Wirksamkeit der Aussetzung von Eheverfahren, NJ 1973, 47
- Hubn, Diether*: Der Fall Familie: Recht und Unrecht einer bürgerlichen Einrichtung, Darmstadt/Neuwied 1977 (Der Fall Familie)

- Hunter, Nan F.; Polikoff, Nancy D.*: Custody Rights of Lesbian Mothers: Legal Theory and Litigation Strategy, 25 Buffalo L. Rev. 691 (1976)
- Hutcheson, Joseph*: The Judgement Intuitive: The Function of the "Hunch" in Judicial Decisions, 14 Cornell L. Q. 274 (1928)
- Institut für Sexualforschung*, Hamburg: Sexualwissenschaftliches Gutachten zur Erziehungsfähigkeit homosexueller Väter vom 7.11.1974, unveröffentlichtes Manuskript
- Institute for Child Study*, University of Maryland, 3 FLR 2745 (1976)
- Die Institution der Ehe* (Schriftenreihe Forschung und Information, Hrsg. R. Kurzrock), Berlin 1979
- Ipsen, Jörn*: Richterrecht und Verfassung, Berlin 1975
- Jacobi, Erwin*: Richtlinien des OG der DDR, Festschrift für W. Apelt, München 1958, 203
- Jansen, Friedrich*: Leitfaden des Familienrechts, Berlin-Ost 1958 (Leitfaden)
- Jauernig, Othmar*: Materielles Recht und Prozeßrecht, JuS 1971, 329
- Jayme, Erik*: Versorgungsausgleich in Auslandsfällen, NJW 1978, 2417
- : Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, FamRZ 1981, 221
- Johnson, Richard*: Visitation: When Access becomes Excess, 1 Fam. Adv. 14 (1978)
- Johnson, Walter*: A Special Code of Professional Responsibility in Domestic Relations Statutes?, 9 Fam. L. Q. 595 (1975)
- Johnson, Walter D.*: Divorce, Alimony, Support and Custody: A Survey of Judges' Attitudes in One State, 3 FLR 4001 (1976)
- Jones, Cathy*: The Tender Years Doctrine: Survey and Analysis, 16 J. Fam. Law 695 (1977-78)
- Jorio, Tino*: Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Zürich 1977 (Jorio)
- Jülkenbeck, Hermann*: Die Regelung des Sorge- und Verkehrsrechts über Kinder aus verschiedenen Ehen, in: Soziologie, Festschrift für René König 1973, 420
- : Vorschlag für ein neues Scheidungsrecht auf sozialwissenschaftlicher Grundlage, Stuttgart 1971
- Jung, Herta*: Demokratischer Frauenbund Deutschlands zu den Ergebnissen und Aufgaben der sozialistischen Familienpolitik, NJ 1980, 486
- Junker, Reinhold*: Die Lage der Mütter in der Bundesrepublik Deutschland; Ein Forschungsbericht. Teil I: Mütter in Vollfamilien, Frankfurt/M. 1965; Teil II: Mütter in Halbfamilien – Mütter in Vollfamilien, Frankfurt/M. 1967 (Die Lage der Mütter, I, II)
- Kabat vel Job, Othmar*: Geschlechtstypische Einstellungen und Verhaltensweisen bei Jugendlichen, Berlin-Ost 1979
- Katholische Soziale Woche* 30.8.-2.9.1951: Entschließung zur Familienrechtsreform, JZ 1951, 701
- Katholisches Episkopat*: Stellungnahmen zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik vom 28.8.1954, FamRZ 1954, 231
- Katkin, Daniel; Bullington, Bruce; Levine Murray*: Above and Beyond the Best Interests of the Child: An Inquiry into the Relationship between Social Science and Social Action, 8 Law and Society Rev. 66 (1974)
- Katz, Sanford N.*: When Parents Fail, Boston 1971 (Parents)
- Kaufmann, Arthur*: Analogie und „Natur der Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Karlsruhe 1965
- : Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt/M. 1972 (Rechtsphilosophie)
- Kaufmann, Horst*: Die Anerkennung von Entscheidungen über die Gestaltung der Elternrechte bei Ehescheidung, in: Festschrift für Max Guldener, Zürich 1973, S. 151
- Kaufmann, Remigius*: Die Entstehung des Kindesverhältnisses, in: Das neue Kindesrecht (Hrsg. Hangartner), St. Gallen 1977, 41
- Kaupen, Wolfgang*: Über die Bedeutung des Rechts und der Juristen in der modernen Gesellschaft, in: Soziologie, Festschrift für René König 1973, 369
- Kay, Herma Hill*: A Family Court: The California Proposal, 56 Cal. L. Rev. 1205 (1968)
- Kay, Herma Hill; Philips, Irving*: Poverty and the Law of Child Custody, 54 Cal. L. Rev. 717 (1966)
- Kehl, Robert*: Die Abänderung und Ergänzung von Scheidungs- und Trennungsurteilen, Zürich 1960
- Kehl, Robert; Kehl, Dieter*: Die Abänderung und Ergänzung von Scheidungs- und Trennungsurteilen, Teil IV/1, Zürich 1973

- Kehl-Böhlen, Dietrich*: Die Obhut als Institut des Familienrechts, Diss. Zürich 1974
- Keidel, Theodor; Kuntze, Joachim; Winkler, Karl*: Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil A, 11. Aufl., München 1978; Nachtrag 1979 (Keidel/Kuntze/Winkler)
- Keller, Max*: Lehrbuch des Eherechts, Bern 1973 (Eherecht)
- Kelly, Joan B.; Wallerstein, Judith S.*: The effects of parental divorce: experiences of the child in early latency, *Amer. J. Orthopsych.* 46 (1) (1976), 20
- : Brief interventions with children in divorcing families, *Amer. J. Orthopsych.* 47 (1) (1977), 23
- Kellner, Horst*: Richtlinien und Beschlüsse – bedeutende Leitungsakte des OG der DDR, *Wiss. Zeitschr., Gesellschafts- und Sprachwiss. Reihe* 15 (1966) 793
- Kelsen, Hans*: Was ist Gerechtigkeit?, 2. Aufl. Wien 1975
- Kemper, Roland*: Aufgaben des Jugendamtes aufgrund der Eherechtsreform, insbesondere bei der Regelung von Scheidungsfolgen, *ZBJR* 1977, 411
- Kietz, Herbert; Mühlmann, Manfred*: Konfliktursachen und Aufgaben der Zivil- und Familienrechtspflege, Berlin-Ost 1969 (Kietz/Mühlmann)
- Kilian, Wolfgang*: Zur Auslegung zivilrechtlicher Verträge, in: Koch (Hrsg.), *Juristische Methodenlehre* S. 271
- Kissel, Otto Rudolf* (Hrsg.): Ehe und Ehescheidung, Bd. 1, Kronberg/Ts. 1977
- Klar, Wolfgang*: Entscheidungsrelevante psychologisch-pädagogische Faktoren im Sorgerechtsverfahren von Scheidungskindern, *Z. f. Kinder- und Jugendpsychiatrie* 1 (1973) 37
- Klein, Bernd*: Die Regelung des elterlichen Erziehungsrechts im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik, Diss. Bonn 1972 (Klein)
- Kleinfeld, Andrew J.*: The Balance of Power Among Infants, their Parents and the State, 4 *Fam. L. Q.* 320, 409 (1970), 5 *Fam. L. Q.* 64 (1971)
- Klenner, Hermann*: Der Marxismus – Leninismus über das Wesen des Rechts, Berlin-Ost 1954 (Klenner)
- Kludssuweit, Bruno*: Zusammenarbeit zwischen Gericht und Jugendhilfeorgan zur Vorbereitung von Erziehungsrechtsentscheidungen, *NJ* 1971, 394
- Klußmann, Rudolf*: Das Kind im Rechtsstreit der Erwachsenen, München/Basel 1981 (Das Kind)
- : Der verfassungsmäßige Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern (§ 1671 IV S. 1), *FamRZ* 1982, 118
- Knieper, Rolf*: Personensorge für Kinder und Scheidung der Eltern, *JZ* 1976, 158
- Knöpfel, Gottfried*: Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts, *FamRZ* 1977, 600
- Koch, Hans-Joachim* (Hrsg.): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg/Ts. 1976
- Koch, Hans-Joachim*: Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, Frankfurt/M. 1977 (Die juristische Methode)
- König, René*: Zwei Grundbegriffe der Familiensoziologie: Desintegration und Desorganisation der Familie, in: König, René (Hrsg.), *Materialien zur Soziologie der Familie*, Bern 1946, 57
- : Sociological Introduction, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. IV: Persons and Family; Chapter 1: Introduction, 1974
- : Die Familie der Gegenwart, München 1974
- : *Materialien zur Soziologie der Familie*, 2. Aufl. Köln 1974 (Materialien)
- Kötz, Hein*: Diskussion zu den Referaten Esser, Spiros Simitis und Pleyer, *AcP* 172 (1972) 172
- Kollbosser, Helmut*: Zur Stellung und zum Begriff der Verfahrensbeteiligten im Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, München 1970
- Kornadt, Hans-Joachim*: Thematische Apperzeptionsverfahren, in: *Psychologische Diagnostik* (Hrsg. R. Heiss), Bd. 6, 3. Aufl. Göttingen 1971, S. 635
- Kräußl, Günther*: Familiäre Fehlerziehung und Jugendkriminalität, *NJ* 1980, 303
- Kramer, Helmut*: Elterliches Sorgerecht und Berufsausbildung des Minderjährigen, *JZ* 1974, 90
- Krause, Arno*: Zur künftigen Regelung des persönlichen Umgangs des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kinde, *NJ* 1964, 269
- Krause, Harry D.*: *Family Law, Cases and Materials*, St. Paul, Minn. 1976 (Family Law, Cases)
- : *Family Law in a Nutshell*, St. Paul, Minn. 1977 (Family Law)
- Kriele, Martin*: Kriterien der Gerechtigkeit, Berlin 1963 (Kriterien)

- : Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, 2. Aufl. 1976 (Rechtsgewinnung)
- Kroder, Markus; Ryssel, Herbert*: Scheidung, Güterrecht, Unterhalt, elterliche Gewalt, Versorgungsausgleich, Hausrat, Prozeß nach dem neuen Eherechtsreformgesetz, Kissing 1977 (Scheidung)
- Kropfoller, Jan*: Gleichberechtigung durch Richterrecht. Erfahrungen im Familienrecht. Perspektiven im internationalen Privatrecht, Bielefeld 1975 (Gleichberechtigung)
- Krüger, Gerhard*: Gedanken zur Ausgestaltung des Familienverfahrensrechts, NJ 1965, 380
- : Das gerichtliche Verfahren in Familiensachen, NJ 1966, 132
- Krüger, Herbert*: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1966
- Krüger, Hildegard*: Grundrechtsausübung durch Jugendliche (Grundrechtsmündigkeit) und elterliche Gewalt, FamRZ 1956, 329
- Krüger, Hildegard; Breetzke, Ernst; Nowak, Kuno*: Gleichberechtigungsgesetz, München, Berlin 1958 (Krüger/Breetzke/Nowak)
- Kruttsch, Walter*: Ehe- und Familienberatungsstellen, NJ 1966, 213
- Kübler, Friedrich*: Amt und Stellung des Richters in der Gesellschaft von morgen, DRiZ 1969, 379
- : Kodifikation und Demokratie, JZ 1969, 645
- : Öffentliche Kritik an gewerblichen Erzeugnissen und beruflichen Leistungen, AcP 172 (1972) 177
- Kühn, Evelyn*: Die Entwicklung und Diskussion des Ehescheidungsrechts in Deutschland, Diss. Hamburg 1974
- : Das Verhältnis von Rechtspolitik, Wirtschaft und Praxis, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/J. Tourneau), Bielefeld 1978, S. 1
- : Kindeswohl im Spannungsfeld von Gesellschaft und Recht, in: Kühn u.a., Selbstbestimmungsrecht S. 329 (Selbstbestimmungsrecht)
- Kühn, E.; Münder J.; Pfürtner, S.; Raum, J.*: Selbstbestimmungsrecht des Jugendlichen, Bielefeld 1978
- Kühn, Evelyn; Münder, Joachim*: Mögliche Aufgaben empirischer Wissenschaften im Familienrecht, verdeutlicht am Beispiel des Kindeswohls, in: Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. I (Hrsg. Horn/Tietze), München 1977, S. 97
- Kühn, Evelyn; Tourneau, Ingrid*: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit?, Bielefeld 1978 (Familienrechtsreform)
- Kübne, Else*: Anmerkung zur KrG Erfurt-Süd v. 6.9.1966 und KrG Eisenach v. 19.9.1966, JH 1967, 125
- : Zur Problematik der Änderung von Entscheidungen über das elterliche Erziehungsrecht, JH 1967, 242
- Kubie, Lawrence S.*: Provisions for the Care of children of Divorced Parents: A New Legal Instrument, in: The Rights of Children (Wilkinson, Hrsg.), Philadelphia 1973, 212 (= 73 Yale L. J. 1197 (1964))
- Kubrig, Herta*: Förderung der Gleichberechtigung von Mann und Frau – Förderung von Ehe und Familie, NJ 1972, 467
- : Die Familie in unserer Gesellschaft, JH 1976, 65, 107
- Kumme, Werner*: Zwei gegensätzliche familienrechtliche Entscheidungen des Kammergerichts über die Verteilung der elterlichen Sorge nach der Scheidung, ZBlJR 1980, 85
- Kupke, Lothar*: Zur Entscheidungspraxis bei Sorgerechtsregelungen (IV) JH 1964, 25
- Kurtz, Paul M.*: The State Equal Rights Amendments and Their Impact on Domestic Relations Law, 11 Fam. L. Q. 101 (1978)
- Kutschke, Alfred*: Die Beziehung zwischen Eltern und Kindern im sozialistischen Familienrecht, Der Schöffle 1959, 8
- Lange, Hermann*: Die Folgen der Ehescheidung im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG), FamRZ 1972, 225
- Lange, Ulrich*: Das Elternrecht und das Wohl des fremdversorgten Kindes, RdJ 1971, 267; 361
- Langelüddeke, Albrecht; Bresser, Paul H.*: Gerichtliche Psychiatrie, 4. Aufl. Berlin, New York 1976
- Langner, Ludwig*: Haben die Richtlinien des OG rückwirkende Kraft?, NJ 1957, 624

- Landolt, Alice*: Der Einfluß der Elternscheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1925 (Landolt)
- Larenz, Karl*: Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauches?, NJW 1951, 497
- : Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, Festschrift K. Nikisch, Tübingen 1958, 275
  - : Grundsätzliches zu § 138 BGB, JJB 7 (1966/67), 98
  - : Über die Bindungswirkung von Präjudizien, Festschrift für Hans Schima, Wien 1969, 247
  - : Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, Festschrift E.R. Huber, Göttingen 1973, 291
  - : Methodische Aspekte der „Güterabwägung“, Festschrift E. Klingmüller, Karlsruhe 1974, 235
  - : Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin u.a. 1979 (Methodenlehre)
  - : Die Sinnfrage in der Rechtswissenschaft, Festschrift F. Wieacker, Göttingen 1978, 411
  - : Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979
- Latka, Helmut*: Zur Abänderung von Unterhaltstiteln, NJ 1965, 327
- : Einstweilige Anordnungen in Familienrechtsverfahren, NJ 1970, 205
  - : Rationelle und wirksame Gestaltung von Eheverfahren, NJ 1973, 46
- Laufs, Adolf*: Die Generalklausel, DRiZ 1973, 145
- Leavall*: Custody Disputes and the Proposed Model Act, 2 Ga. L. Rev. 162 (1968)
- Lecheler, Helmut*: Der Schutz der Familie. Fehlentwicklungen bei der Konkretisierung eines Grundrechts, FamRZ 1979, 1
- : „Funktion“ als Rechtsbegriff?, NJW 1979, 2273
- Ledig, Georg*: Überlegungen zur Ermittlung der Lebens- und Erziehungsverhältnisse der Familie, JH 1970, 80
- Leff, Arthur Allen*: Law and, 87 Yale L. J. 989 (1978)
- Lehmann, Heinrich; Hübner, Heinz*: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966 (Lehmann/Hübner)
- Lehr, Ursula*: Sozialisation und Persönlichkeit, Zeitschrift für Pädagogik 14 (1968), 583
- : Die Rolle der Mutter in der Sozialisation des Kindes, Darmstadt 1974 (Die Rolle der Mutter)
  - : Die Rolle der Mutter für die Entwicklung des Kindes – überbewertet oder unterbewertet, ZBJR 1975, 413
- Lempp, Reinbart*: Das Wohl des Kindes in §§ 1666 und 1671 BGB, NJW 1967, 1659
- : Noch einmal: Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 440
  - : Die Strafe, Wege zum Menschen 23 (1971) 193
  - : Die Rechtsstellung des Kindes aus geschiedener Ehe aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, NJW 1972, 315
  - : Kindeswohl und Kindesrecht, ZBJR 1974, 124-138
  - : Child Welfare and the Law: A Medical and Psychiatric Viewpoint, in: The Child and the Law, Proceedings ISFL Vol. I 1976, 213
  - : Die Ehescheidung und das Kind, München 1976 (Ehescheidung)
  - : Der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, ZBJR 1977, 507
  - : Das Kindeswohl und das neue Scheidungsrecht, ZBJR 1979, 49
  - : Die Kluft zwischen den Generationen wird größer, Die Zeit v. 7.3.1980 (Nr. 11/1980), S. 16
- Lempp, Reinbart; Röcker, Doris*: Die kinder- und jugendpsychiatrische Problematik bei Kindern aus geschiedener Ehe, Z. f. Kinder- und Jugendpsychiatrie 1 (1973) 25
- Lempp, Reinbart; Wagner, Eva-Maria*: Untersuchungen über den weiteren Verlauf von Sorgerechts- und Verkehrsregelungsverfahren nach der Begutachtung, FamRZ 1975, 70
- Leonardy, H.*: Der Familienrichter – ein großer Wurf geriet zu kurz (Dokumentation und Rechenschaftsbericht), DRiZ 1977, 353
- Less, Günther*: Vom Wesen und Wert des Richterrechts, Erlangen 1965 (Richterrecht)
- Levine, David*: Child Custody: Iowa Corn and the Avant Garde, 1 Fam. L. Q. 3 (1967)
- Levine, James A.*: Who will raise the Children? New Options for Fathers, Philadelphia/New York 1976
- Lieber, Christa; Liebig, Werner*: Zur Wahrnehmung der Umgangsbefugnis, JH 1973, 19
- Lieber, Christa; Robde, Ursula*: Zur Mitwirkung der Organe der Jugendhilfe im Eheverfahren, JH 1974, 33
- Lienert, G. A.*: Testaufbau und Testanalyse, 3. Aufl., Weinheim 1969
- Liesch, Arno*: Kinderschutzmaßnahmen während und nach der Ehescheidung, ZfVorm 1961, 81

- Lieser, Joachim*: Gleichberechtigung im geteilten Deutschland – Betrachtungen zur rechtlichen Entwicklung, in: Pleyer/Lieser, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR im Ausklang eines Reformjahrzehnts, Stuttgart 1973, 109 (= DA 1969, 919)
- Lieser, Joachim; Stolz, Manfred*: Die Scheidung und ihre Folgen im Recht beider Teile Deutschlands, DA 1971, 374 (= in: Pleyer/Lieser, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht der DDR im Ausklang eines Reformjahrzehnts, Stuttgart 1973, 136)
- Limbach, Jutta*: Der verständige Rechtsgenosse, Berlin 1977
- : Unterhaltsverlust wegen grober Unbilligkeit bei Getrenntleben, NJW 1980, 871
  - : Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Unterhaltssachen, in: 4. DFGT S. 36
- Lindley, Alexander*: Separation Agreements and Ante-Nuptial Contracts (Revised Ed. N. Y. 1964) (Separation Agreements)
- Liver, Peter*: Der Begriff der Rechtsquelle, in: Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 31 (= ZbernJV 91 bis (1955), 1) (Rechtsquelle)
- : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. Kodifikation und Rechtswissenschaft, in: Privatrechtliche Abhandlungen, Bern 1972, S. 85 (= ZSR 80 (1961), 193) (Zivilgesetzbuch)
  - : Allgemeine Einleitung, in: Berner Kommentar, Einleitungsband (1/1) Bern 1966
- Llewellyn, Karl Nickerson*: The Common Law Tradition, Boston/Toronto 1960 (Common Law)
- Loeber, Dietrich*: Das Eherecht der Sowjetunion, Diss. Marburg 1950
- : Die Verwertung von Erfahrungssätzen durch den Richter im Zivilprozeß, Diss. Kiel 1972
- Löw, Konrad*: Die Grundrechte, München 1977
- Look, Willi*: Zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge nach Ehescheidung, UJ 29 (1977) 217
- Lüderitz, Alexander*: Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln? Gutachten für den 48. DJT; Verhandlungen des 48. DJT, Bd. I, Teil 3, München 1970 (Gutachten)
- : Adoption, Karlsruhe 1972
  - : Die Rechtsstellung ehelicher Kinder nach Trennung ihrer Eltern im künftigen Recht der Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1975, 605
  - : Elterliche Sorge als privates Recht, AcP 178 (1978) 263
  - : Neues elterliches Sorgerecht, FamRZ 1978, 475
- Lüderitz, A.; Lenzen, G.*: Übertragung der elterlichen Gewalt an beide Elternteile nach der Scheidung?, FamRZ 1971, 625
- Lüderssen, Klaus*: Erfahrung als Rechtsquelle, Frankfurt/M. 1972
- : Juristische Allgemeinbegriffe und Demoskopie, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Baden-Baden 1978, S. 53
- Lüschen, Günther; König, René*: Jugend in der Familie, München 1965
- Luhmann, Niklas*: Positives Recht und Ideologie, ARSP 53 (1967) 531
- : Rechtssoziologie, Reinbek 1972
  - : Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, Rechtstheorie 4 (1973) 131
  - : Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. Neuwied 1975
- Lund, Diane*: Some Comments on the Role of the Guardian Ad Litem, in: Materials for the First Annual Guardian Ad Litem Roundtable, Boston College Law School 1979 (unveröff.), S. A1
- Luther, Gerbard*: Psychologische Gutachten im Vormundschafts- und Kindschaftsrecht, in: Gerichtliche Psychologie (Hrsg. Blau/Müller-Luckmann), Neuwied/Berlin 1962, 13
- : Die Rechtsstellung der Kinder aus geschiedenen Ehen im Hinblick auf die Reform des Ehescheidungsrechts, RdJ 1972, 161
- Luthin, Horst*: Aus der Praxis zum Sorgerechtsgesetz, FamRZ 1981, 111
- Macfarlane, Joan W.*: Perspectives on Personality Consistency and Change from the Guidance Study, 7 Vita Humana 115 (1964)
- Maddi, Dorothy L.*: The Effect of Conciliation Court Proceedings on Petitions for Dissolution of Marriage, 13 J. Fam. L. 495 (1973-74)
- März, Max*: Das BVerfG und der „Verfahrenspfleger“ des minderjährigen Kindes im Sorgerechtsverfahren, FamRZ 1981, 736
- Magnus, Ulrich*: Jüngste Entwicklungen im Scheidungsrecht Englands, der Schweiz und der DDR – noch bedeutsam für die deutsche Reform?, ZRP 1975, 56

- Maier-Reimer, Hedwig*: Empfiehlt es sich, Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln?, Gutachten für den 48. DJT; Verhandlungen des 48. DJT, Bd. I, Teil A, München 1970 (Gutachten)
- Mampel, Siegfried*: Das Recht in Mitteldeutschland, Köln 1966  
 – : Die sozialistische Verfassung der DDR, ROW 1968, 115, 166  
 – : Die sozialistische Verfassung der DDR, 2. Aufl., Frankfurt/M. 1982 (Verfassung)
- Manchester, A. H.*: Custody, The Child and the Legal Process, 6 Fam. L. 67 (1976)
- Mannschatz, Eberhard*: Einführung in die sozialistische Familienerziehung, Berlin-Ost 1961 (Einführung)  
 – : Zur pädagogischen Fragestellung bei der Ehescheidung und Sorgerechtsregelung, NJ 1964, 43  
 – : Die Verantwortung der Gesellschaft für die Wirksamkeit der Familienerziehung, JH 1968, 1  
 – : Worauf die erzieherische Beratung von Eltern gerichtet sein sollte, Der Schöffe 1979, 135 = JH 1979, 6
- Marburger, Peter*: Die Regeln der Technik im Recht, Köln u.a. 1979
- Marcic, René*: Rechtsphilosophie, Freiburg i. Br. 1969
- Markovits, Inga*: Marriage and the State: A Comparative Look at East and West German Family Law, 24 Stan. L. Rev. 116 (1971)
- Marks, Raymond*: Detours on the Road to Maturity: A View of the Legal Conception of Growing Up and Letting Go, 39 L. + Cont. Prob. 78 (Nr. 3, 1975)
- Marshall, Patricia; Gatz, Margaret*: The Custody Decision Process: Toward New Roles for Parents and the State, 7 N. C. Central L. J. 50 (1975)
- Martin, James A.*: The Proposed "Science Court", 75 Mich. L. Rev. 1058 (1977)
- Marx, Karl; Engels, Friedrich*: Werke, Berlin-Ost 1968-1970
- Marxistisch-leninistische Staats- und Rechtstheorie*, Lehrbuch (Autorenkollektiv), Berlin-Ost 1975
- Marxistische Staats- und Rechtstheorie* (Autorenkollektiv) Bd. 1-4, Köln 1974-76
- Matza, David*: Delinquency and Drift, New York 1964 (Delinquency)
- Mayer-Maly, Theo*: Rechtswissenschaft und Rechtsstaat, Gedächtnisschrift f. R. Schmidt, Berlin 1966, 21  
 – : Der liberale Gedanke und das Recht, Festschrift f. A. J. Merkl, München/Salzburg 1970, 247 ff.
- McCormick, Charles T.; Elliott, Frank W.; Sutton, John E.*: Evidence, Cases and Materials, St. Paul, Minn., 4. Aufl. 1971
- McDermott, J. F. Jr.*: Parental divorce in early childhood, 124 Amer. Psychiat. 1424 (1968)  
 – : Divorce and its psychiatric sequelae in children, 23 Arch. Gen. Psychiat. 421 (1970)
- Mead, Margarete*: Some Theoretical Considerations on the Problem of Mother-Child Separation, 24 Am. J. Orthopsych. 471 (1954)
- Meessen, Karl Matthias*: Das Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts NJW 1979, 833
- Meier-Hayoz, Arthur*: Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951 (Richter)  
 – : Art. 1, Art. 4 ZGB, in: Berner Kommentar, Bd. I, 1, Bern 1966  
 – : Privatrechtswissenschaft und Rechtsfortbildung, ZSR 78 (1959) 89  
 – : Lücken intra legem, in: Rechtsfindung. Festschrift f. O. A. Germann, Bern 1969, S. 149  
 – : Der Richter als Gesetzgeber, in: Festschrift f. Max Guldener, Zürich 1977, S. 189  
 – : Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, 417
- Meili, Richard*: Lehrbuch der psychologischen Diagnostik, 4. Aufl., Bern/Stuttgart 1961
- Merz, Hans*: Die Widerrechtlichkeit gem. Art. 41 Obligationenrecht als Rechtsquellenproblem, ZbernJV 91 (1955) 301  
 – : Dauer und Wandel des Rechts, ZSR 92 (1973) 325
- Merz, Ferdinand*: Geschlechtsunterschiede und ihre Entwicklung, Göttingen/Toronto/Zürich 1979
- Meyer, Francis*: Die Wiederverheiratung des geschiedenen Inhabers der elterlichen Gewalt, ZfVorm 1962, 81
- Meyer-Ladewig, Jens*: Justizstaat und Richterrecht, AcP 161 (1962) 97
- Meyer-Stolte, Klaus*: Beendigung der Vormundschaft nach § 1671 Abs. 5 BGB, RPfl 1972, 429

- Michel, Dora*: Die Abänderung des Ehescheidungsurteils nach Art. 157 ZGB, Diss. Zürich 1938 (Michel)
- Michel-Alder, Elisabeth*: Muttersein + Berufstätigkeit + Haushalt, das ergibt eine dreifache Belastung, Zürcher Tagesanzeiger v. 23. Mai 1979, S. 17
- Mikat, Paul*: Zur Problematik des natürlichen Entscheidungsrechts des Mannes in Ehe und Familie, FamRZ 1960, 301
- : Rede vor dem Bundestag am 11.12.1975 (2. und 3. Lesung des 1. EheRG) ZBlJR 1976, 78
- Miller, David*: Joint Custody, 13 Fam. L. Q. 347 (1979)
- Ministerium der Justiz der DDR* (Hrsg.): Ehe und Familie in der DDR, Berlin-Ost 1965 (Ehe und Familie)
- Ministerium der Justiz* (Hrsg.): Familiengesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik, 4. Aufl. Berlin 1971 (FGB-Kommentar)
- Mirocha, Ladislau*: Gleichberechtigung der Geschlechter und personenrechtliche Wirkungen der Ehe. Unterschiede zwischen dem schweizerischen und dem osteuropäischen Recht, SJZ 73 (1977) 213
- Mitscherlich, Alexander*: Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft, München 1963 (Vaterlose Gesellschaft)
- Mlyniec, Wallace*: The Child Advocate in Private Custody Disputes: A Role in Search of a Standard, 16 J. Fam. Law 1 (1977-78)
- Mnookin, Robert H.*: Foster Care – In Whose Best Interest?, 43 Harv. Educational Rev. 599 (1973)
- : Children and the Law; Foreword, 39 L. + Cont. Prob. 1 (1975, Nr. 3)
- : Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy, 39 L. & Cont. Prob. 226 (1975)
- : Book review: Beyond the Best interests of the Child (Goldstein, Freud, Solnit, New York 1973), 14 Journ. of Child Psychiatry 180 (1975)
- : Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“?, FamRZ 1975, 1
- : Child, Family and State; Problems and Materials on Children and the Law, Boston/Toronto 1978 (Child, Family and State)
- Mnookin, Robert H.; Kornhauser, Lewis*: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, 88 Yale L. J. 950 (1979)
- Möbs, Hans*: Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung, Diss. Frankfurt/M. 1965 (Möbs)
- Möller, Hans-Joachim*: Zur Entscheidungspraxis bei Sorgerechtsregelungen (IV), JH 1964, 29
- Morf, Arnold*: Die Legitimation der Vormundschaftsbehörden zur Klage auf Abänderung des Scheidungsurteils, ZfVorm 1963, 121
- Mühlberger, Fritz; Schröder, Rolf*: Zur Tatbestandsmäßigkeit von Erziehungspflichtverletzungen, NJ 1968, 234
- Mühlmann, Jutta*: Prüfung der Interessen minderjähriger Kinder in Scheidungsverfahren, NJ 1972, 636
- Mühlmann, Jutta; Rindert, Rolf*: Einige psychologische Aspekte der Verhandlungsführung in Eheverfahren, NJ 1976, 384
- Müller, Friedrich*: Normstruktur und Normaktivität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, Berlin 1966
- : Juristische Methodik, Berlin 1971 (Methodik)
- Müller, Helmut*: Die Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, ZBlJR 1980, 698
- Müller-Freienfels, Wolfram*: Der Einfluß der Schuldigerklärung auf die Regelung der elterlichen Gewalt, JZ 1959, 339, 396
- : Ehe und Recht, Tübingen 1962
- : Zur Diskussion um die systematische Einordnung des Familienrechts, RabelsZ 37 (1973) 609; 38 (1974) 533
- : Possibilities and Limits to Legislation in Cases Affecting Children, in: The Child and the Law; Proceedings of the First World Conference of the International Society on Family Law (Hrsg. Bates), Vol. II 1976, 605
- : Familienrechtliche Kodifikation im Wandel der Anschauungen, Festschrift für Hans Hinderling, Basel 1976, S. 111
- : Normen und Normenwandel im Eherecht, in: Die Institution der Ehe S. 125

- Müller-Römer, Dietrich*: Die Grundrechte in Mitteldeutschland, Köln 1965 (Grundrechte)  
 – : Zur Rechtsnatur der Richtlinien der Obersten Gerichte der DDR, ROW 1968, 151
- Muench, Hammond; Levy, Martin*: Psychological Parentage: A Natural Right, 13 Fam. L. Q. 129 (1979)
- Münchener Kommentar*, s. Rebmann, Kurt
- Münder, Johannes*: Die Kindererziehung in der Familie nach dem Modell des bürgerlichen Rechts und ihre gesellschaftliche Bedeutung, Diss. Regensburg 1972 (Kindererziehung)  
 – : Forum: Elterliche Gewalt und schulische Ausbildung des Jugendlichen, JuS 1976, 74  
 – : Elterliche Gewalt und Wohl des Kindes, RdJ 1977, 358
- Näf-Hofmann, Marlies*: Kinderschutz und Pflegeeltern, in: Das neue Kindesrecht (Hrsg. Hangartner) St. Gallen 1977, 79
- Näf-Hofmann, Marlies; Näf-Hofmann, Heinz*: Partnerschaft als Leitbild der Ehe, Zürich 1980 (Partnerschaft)
- Natban, Hans*: Anmerkung zu KG v. 25.3.1952, NJ 1953, 91  
 – : Eheschließung, persönliche Rechte und Pflichten der Ehegatten, Beendigung der Ehe, NJ 1954, 358  
 – : Das Familienrecht als Faktor der Erziehung zur Demokratie, StuR 1954, 567  
 – : Das Zivilprozeßrecht der DDR, Berlin-Ost 1958  
 – : Familienrecht und Moral in der sozialistischen Gesellschaft, NJ 1961 (= Festschrift zur 150-Jahr-Feier der Humboldt-Universität Berlin, Bd. III, Berlin-Ost 1960, S. 451)
- Naumann, G.*: Die Grundsätze sozialistischer Jugendpolitik in der DDR – eine Anleitung zum praktischen Handeln, JH 1971, 72
- Neidhardt, Friedhelm*: Die Familie in Deutschland, Opladen 1966
- Neubaus, Paul Heinrich*: Privatrecht und Stabilität der Ehen in rechtsvergleichender Sicht, in: Ius privatum gentium. Festschrift f. Max Rheinstein, Bd. II, Tübingen 1969, S. 937  
 – : Kindeswohl oder Elternrecht?, FamRZ 1972, 279  
 – : Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 1979 (Ehe und Kindschaft)  
 – : Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung?, FamRZ 1980, 1089
- Nipperdey, Hans Carl*: Freie Entfaltung der Persönlichkeit, in Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte Bd. 4/2, Berlin 1960, S. 819
- Nisbet, Robert*: Community and Power (The Quest for Community), New York 1962
- Note*: Binding Jury Verdict in Child Custody Proceedings: Article 4639a Amended, 16 Sw. L. J. 507 (1962)
- Note*: Alternatives to "Parental Rights" in Child Custody Disputes Involving Third Parties, 73 Yale L. J. 151 (1963)
- Note*: Committee Decision of Child Custody Disputes and the Judicial Test of „Best Interests“, 73 Yale L. J. 1201 (1964)
- Note*: Divided Custody of Children After Their Parents' Divorce, 8 J. Fam. Law 58 (1968)
- Note*: Understanding the Model of Rules: Toward a Reconciliation of Dworkin and Positivism, 81 Yale L. J. 912 (1972)
- Note*: Custody and Homosexual Parents, 2 Women's Rights L. Rep. 19 (Nr. 2, 1974)
- Note*: Domestic Relations: The Expanding Role of the Mother in Child Support, 27 Ark. L. Rev. 157 (1974-1975)
- Note*: The Avowed Lesbian Mother and Her Right to Child Custody: A Constitutional Challenge that Can No Longer Be Denied, 12 San Diego L. Rev. 799 (1975)
- Note*: Reasonable Visitation or Divided Custody, 42 Mo. L. Rev. 136 (1977)
- Note*: Pennsylvania Child Custody: The Tender Years Doctrine – Reason or Excuse?, 81 Dick. L. Rev. 775 (1977)
- Note*: The Law and the Problem Parent: Custody and Parental Rights of Homosexual, Mentally Retarded, Mentally Ill and Incarcerated Parents, 16 J. Fam. Law 797 (1977-78)
- Note*: Lawering for the Child: Principles of Representation in Custody and Visitation Disputes Arising from Divorce, 87 Yale L. J. 1126 (1978)
- Note*: Courting Reversal: The Supervisory Role of the Supreme Courts, 87 Yale L. J. 1191 (1978)
- Novak, Michael*: The Family out of Favor, 10 Urban and Social Change Rev. 3 (1977)
- Nowak, John*: Realigning the Standards of Review under the Equal Protection Guarantee – Prohibited, Neutral, and Permissive Classifications, 62 Ga. L. J. 1071 (1974)

- Nowka, Werner*: Kindesgefährdung durch das „Verkehrsrecht“ gemäß § 1634 BGB n.F., *FamRZ* 1960, 218
- Nye, F.I.*: Child adjustment in broken and in unhappy unbroken homes, 18 *Marr. and Fam. Living* 356 (1957)
- Oehmke, Rudolf*: Neue Formen der gerichtlichen Tätigkeit in Zivil- und Familiensachen, *NJ* 1960, 493
- Oerter, Rolf*: Die Entwicklung von Werthaltungen während der Reifezeit, München/Basel 1966  
– : *Moderne Entwicklungspsychologie*, 17. Aufl. Donauwörth 1977  
– : *Entwicklung und Sozialisation*, 2. Aufl. Donauwörth 1979
- Oftinger, Karl*: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Zürich 1969
- Okpaku, Sbeila Rusb*: Psychology: Impediment or Aid in Child Custody Cases?, 29 *Rutgers L. Rev.* 1117 (1976)
- Orthner, Dennis; Kewis, Ken*: Evidence of Single-Father Competence in Childrearing, 3 *Fam. L. Q.* 27 (1979)
- Ossenbühl, Fritz*: Zur Erziehungskompetenz des Staates, in: *Festschrift für Bosch* 1976, 751  
– : *Verfassungsrechtliche Probleme der Kooperation Schule – Rechtsgutachten*, Paderborn 1977  
– : *Schule im Rechtsstaat*, DÖV 1977, 801
- Oster, Alan*: Custody Proceedings: A Study of Vague and Indefinite Standards, 5 *J. Fam. L.* 21 (1965)
- Ott, Edward E.*: Die Methode der Rechtsanwendung, Zürich 1979
- Ott, Walter*: Jurisprudenz und plausibles Argumentieren, in: *Aspekte der Rechtsentwicklung*, *Festschrift f. Meier-Hayoz*, Zürich 1972, 26
- Palandt*: Bürgerliches Gesetzbuch, 41. Aufl., München 1982 (Palandt/Diederichsen)
- Pasukanis, E. B.*: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 3. Aufl. Frankfurt/M. 1970
- Paulick, Heinz*: Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957, *FamRZ* 1958, 1
- Paulsen, Monrad G.*: Juvenile Courts, Family Courts, and the Poor Man, 54 *Cal. L. Rev.* 694 (1966)
- Pawlowski, Hans-Martin*: Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Ehe- und Familienrecht in der Bundesrepublik Deutschland und in der DDR, *DRiZ* 1976, 101
- Pechmann, Rosemarie*: Einige Fragen der Umgangsregelung, *JH* 1979, 22
- Pehle, Rudolf; Stimpel, Walter*: Richterliche Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1969
- Peschke, Monika*: Anmerkung zu BG Dresden, *Urt. v. 31.3.1979*, *NJ* 1970, 750
- Petri, Horst*: Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts, *ZRP* 1976, 64
- Petrick, Heinz; Natrodt, Gerbard; Gollnast, Christa*: Erfahrungen bei der Überwindung von Ehekonflikten, *Der Schöffe* 1977, 39
- Pfeil, Elisabeth*: Die Berufstätigkeit der Mutter, Tübingen 1961
- Piaget, Jean*: Das moralische Urteil beim Kinde, Frankfurt/M. 1973
- Pieper, Trautlinde*: Erfahrungen mit der Aussetzung des Ehescheidungsverfahrens zum Zwecke der Aussöhnung der Ehegatten, *NJ* 1976, 516
- Pleyer, Klemens*: Die Bedeutung von System und Dogmatik für die Rechtsfragen des Massenverkehrs in der DDR, *AcP* 172 (1972) 155
- Ploscowe, J.; Foster, H.; Freed, D.*: *Family Law*, Boston/Toronto, 2. Aufl., 1972
- Podell, Ralph; Peck, Harry; First, Curry*: Custody – to Which Parent? 56 *Marquette L. Rev.* 51 (1972)
- Polier, Justine Wise*: Introduction, in: *The Rights of Children* (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973 (Introduction)
- Poppe, Eberhard*: Der politisch-juristische Charakter der Verfassung der DDR, *StuR* 1982, 291
- Project*: The unauthorized practise of law and pro se divorce: An empirical analysis, 86 *Yale L. J.* 104 (1976)
- Pross, Helge*: Die Frustration der nicht-berufstätigen Frau in der modernen Gesellschaft, in: *Die Institution der Ehe*, S. 79
- Prott, Lyndell*: Updating the Judicial "Hunch": Esser's Concept of Judicial Predisposition, 26 *Am. J. Comp. L.* 461 (1978)
- Quambusch, Erwin*: Überlegungen zu einer Neuregelung der elterlichen Gewalt, *RdJ* 1973, 205  
– : Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der elterlichen Gewalt, *Diss. Freiburg i. Br.* 1973

- : Für ein Personenrecht mit neuen Konturen, ZBlJR 1974, 138
- : Recht der Jugend und Entwicklungspsychologie, ZBlJR 1973, 385
- Radbruch, Gustav*: Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift Laun, Hamburg 1948
- : Der Geist des englischen Rechts, Göttingen 1956
- : Rechtsphilosophie, 4. Aufl. (Hrsg. E. Wolf), Stuttgart 1963
- Radin, Max*: The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think, 11 A.B.A.J. 357 (1925)
- Raiser, Thomas*: Sozialistisches Familienrecht, JZ 1966, 423
- Ramm, Thilo*: Marxismus und Recht, in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Karlsruhe 1965, 1 (Marxismus)
- : Rechtsgeschichte und Rechtspolitik. Zur geplanten Sorgerechtsneuregelung, JZ 1873, 179
- Ranke, Hans*: Ehe und Familie in der sozialistischen Gesellschaft, JH 1965, 98
- Rattner, Josef*: Sozialisation in der Familie, JR 1974, 1
- Raz, Joseph*: Legal Principles and the Limits of Law, 81 Yale L.J. 823 (1972)
- Rebe, Bernd*: Ehe„ausbruch“ als absoluter Unterhaltsverwirklichungsgrund?, ZBlJR 1981, 78
- s. Hartweg/Rebe
- Rebmann, Kurt* (Redakteur): Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5 München 1978 (Ergänzungsband 1981) (MünchKomm/Hinz)
- Redlich, Barbara*: Die Entscheidung über das Erziehungsrecht in Ehescheidungsverfahren, NJ 1967, 253
- Redlich, Frederick; Freedman, Daniel*: The Problem of Normality, in: Readings in Law and Psychiatry (Allen, Ferster, Rubin, Hrsg.) 55, Baltimore, London 1975
- Rehbinder, Manfred*: Die gesellschaftlichen Funktionen des Rechts, in: Soziologie. Festschrift für René König 1973, S. 354
- Reich, Norbert* (Hrsg.): Marxistische und sozialistische Rechtslehre, Frankfurt/M. 1972
- Reinwarth, Hans*: Die Verantwortung der Gerichte für die Entscheidung über das elterliche Erziehungsrecht, NJ 1968, 656
- Remplein, Heinz*: Die seelische Entwicklung des Menschen im Kindes- und Jugendalter, 16. Aufl. München/Basel 1969 (Entwicklung)
- The Report of the California Governors's Commission on the Family*, Sacramento 1966
- Reuter, Dieter; Säcker, Jürgen*: Herausgabe von Kindern in die Sowjetzone, NJW 1965, 2037
- Reuter, Dieter*: Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, Berlin 1968 (Kindesgrundrechte)
- : Die Grundrechtsmündigkeit – Problem oder Scheinproblem? FamRZ 1969, 622
- : Einführung in das Familienrecht, München 1980 (Familienrecht)
- Reuther, Rudolf*: Verkehrsrecht für den unehelichen Vater? FamRZ 1967, 258
- Rheinstein, Max*: The Law of Divorce and the Problem of Marriage, 9 Vand. L. Rev. 633 (1956)
- : Marriage Stability, Divorce, and the Law, Chicago/London 1972 (Marriage Stability)
- : The Family and the Law, Int. Encycl. Comp. L. IV/1, Tübingen/Alphen 1974
- Rheinstein, Max; Glendon, Mary Ann*: Interspousal Relations, Int. Encycl. Comp. L. IV/4, Tübingen/Alphen 1980
- Rhinow, René A.*: Rechtsetzung und Methodik, Basel, Stuttgart 1979
- Richter, Horst Eberhard*: Patient Familie, Reinbek 1970
- : Das Verhältnis der Geschlechter in psychosomatischer Sicht, in: Die Institution der Ehe, S. 53
- Richtlinie Nr. 2 des Zentralen Jugendhilfeausschusses*, JH 1969, 274
- Richtlinie Nr. 5 des Zentralen Jugendhilfeausschusses v. 2.5.1973*, JH 1973, 217
- Riedel, Georg; Luck, Wolfgang*: Entwicklung der Gemeinschaftsarbeit zwischen den Gerichten und den Organen der Jugendhilfe bei der Lösung von Erziehungsproblemen, NJ 1970, 332
- Riedel, Hermann*: Die Personensorge bei Kindern aus geschiedener Ehe, NJ 1949 (6) 17
- : Personensorgerecht und Verschulden bei der Ehescheidung, JR 1950, 353
- : Das Recht der Kinder aus geschiedener Ehe, Neuwied 1960 (Riedel)
- Riege, Gerhard*: Zur Rolle des Rechts im staatlichen Leitungssystem, StuR 1973, 418
- Riezler, Erwin*: Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen, 3. Aufl. München 1969
- Ringeling, Hermann; Svilar, Maja*: Familie im Wandel, Bern 1980
- Rittner, Fritz*: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht, in: Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, Frankfurt/Berlin 1964, S. 20

- Rodham, Hillary*: Children under the Law, in: Rethinking Childhood (Skolnick, A., Hrsg.), Boston/Toronto 1976, S. 391
- Röhl, Klaus F.*: Buchbesprechung: Gunther Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt 1971, AcP 172 (1972) 555
- : Das Dilemma der Rechtsstatsachenforschung, Tübingen 1974 (Rechtstatsachenforschung)
- Roggemann, Herwig*: Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, Einleitung, in: Die Gesetzgebung der DDR (Roggemann, Hrsg.), Berlin 1977
- Roether, Joachim*: Ehe- und Scheidungskonflikte, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, S. 121
- Robde, Ursula*: Die gerichtliche Entscheidung über das elterliche Erziehungsrecht, NJ 1966, 465
- : Anmerkung zu BG Magedeburg, Urt. v. 1.8.1966, NJ 1966, 573
- : Zur Mitwirkung im Ehescheidungsverfahren, JH 1967, 126
- : Die Übertragung des Erziehungsrechts im Ehescheidungsverfahren, Diss. Berlin-Ost 1967 (Erziehungsrecht)
- : Die Übertragung des elterlichen Erziehungsrechts im Ehescheidungsverfahren, JH 1967, 197, 238, 271, 310
- : Oberstes Gericht verabschiedete Richtlinie zum elterlichen Erziehungsrecht, JH 1968, 365
- : Einflußnahme des Gerichts auf die Einigung der Eltern über die Umgangsbefugnis des Nichterziehungsberechtigten, NJ 1968, 662
- : Mehr Aufmerksamkeit den Eheverfahren, von denen Kinder betroffen sind, JH 1973, 45
- : Anmerkung zu OG vom 3.7.1979 und 17.7.1979, NJ 1979, 513
- Roman, Mel; Haddad, William*: The Disposable Parent: The Case for Joint Custody, New York 1978
- Rommel, Karl*: Stand der Bildung und Tätigkeit der Ehe- und Familienberatungsstellen in der DDR, Der Schöffe 1967, 161
- Röper, Gisela; Röper, Erich*: Aspekte zur Struktur der heutigen Familie, FamRZ 1976, 513
- Rossi, Alice*: Equality between the Sexes: An Immodest Proposal, 93 Proc. Amer. Acad. Arts and Sciences (Daedalus) 607 (1964)
- : A Biosocial Perspective of Parenting, 106 Proc. Amer. Acad. Arts and Sciences (Daedalus) 1 (1977)
- Roth, Günter H.*: Das Problem der Rechtsprognose, in: Festschrift für Bosch 1976, 827
- Rottleuthner, Hubert*: Hermeneutik und Jurisprudenz, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 7
- Rüthers, Bernd*: Die unbegrenzte Auslegung – zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968 (Auslegung)
- : Institutionelles Rechtsdenken im Wandel der Verfassungsepochen, Bad Homburg u.a. 1970 (Institutionelles Rechtsdenken)
- Rupp, Hans Heinrich*: Die Bindung des Richters an das Gesetz, NJW 1973, 1769
- : „Richterrecht“ und Gesetz, ZRP 1978, 152
- Sabshin, Melvin*: Psychiatric Perspectives on Normality, in: Readings in Law and Psychiatry (Allen, Ferster, Rubin, Hrsg.) 57 Baltimore, London 1975
- Säcker, Franz Jürgen*: Zur demokratischen Legitimation des Richter- und Gewohnheitsrechts, ZRP 1971, 145
- Säcker, Horst*: Sind körperliche Untersuchungen im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erzwingbar? FamRZ 1971, 81
- Safarov, R. A.*: Die juristische Prognostizierung, in: Beiträge zur Rechtsmethodik, Berlin-Ost 1980, 41
- Sage, Zona*: Dissolution of the Family Under Swedish Law, 9 Fam. L. Q. 375 (1975)
- Saladin, Peter*: Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, Festschrift für Hans Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, 175
- Sandifer, Hordern, Timbury, Green*: Similarities and Differences in Patient Evaluation by U.S. and U.K. Psychiatrists, 126 Am. J. Psychiat. 206 (1969)
- Sandrock, Otto*: Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung, Frankfurt/M./Berlin 1966
- Sartorius, Rolf*: The Enforcement of Morality, 81 Yale L. J. 891 (1972)
- Syre, Paul*: Awarding Custody of Children, 9 U.Chi.L.Rev. 672 (1942)

- Seifert, Wolfgang*: Störungen in den materiellen Beziehungen der Ehegatten und die Auseinandersetzung über das Vermögen bei der Eheschließung, NJ 1965, 384
- Shepherd, Robert*: Salomon's Sword: Adjudication of Child Custody Questions, 8 U. Rich. L. Rev. 151 (1974)
- Sheresky, Norman; Mannes, Marya*: A Radical Guide to Wedlock, Saturday Review, 29. Juli 1972, S. 33
- Siegel, David M.; Hurley, Suzanne*: The Role of the Child's Preference in Custody Proceedings, 11 Fam. L. Q. 1 (1977)
- Siebr, Kurt*: Kindesentführung ohne Ende – aber: Il y a des juges à Accra!, FamRZ 1976, 255
- Sievekling, Klaus*: Die Entwicklung des sozialistischen Rechtsstaatsbegriffs in der DDR, Berlin 1975 (Rechtsstaatsbegriff)
- Simitis, Spiros*: Die Entwicklung des Familienrechts in der SBZ, in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Karlsruhe 1965, 53
- : Personen- und personenstandsrechtliche Grundfragen des neuen Nichtehelehenrechts, StAZ 1970, 255
- : Die Bedeutung von System und Dogmatik – dargestellt an rechtsgeschäftlichen Problemen des Massenverkehrs, AcP 172 (1972) 131
- : Das „Kindeswohl“ – neu betrachtet, in: Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls, Frankfurt/M. 1974
- : Tendenzen der Rechtsprechung zum Sorge- und Besuchsrecht, 2. DFGT, Ansprachen und Referate, Brühl 1979 (2. DFGT)
- : Kindeswohl – eine Diskussion ohne Ende?, in: Goldstein/Freud/Solnit, Diesseits des Kindeswohls, Frankfurt/M. 1982, S. 169
- Simitis, Spiros; Zenz, Gisela* (Hrsg.): Seminar: Familie und Familienrecht, Frankfurt/M. 1975 (Seminar)
- Simitis, Spiros; Rosenkötter, L.; Vogel, R. M.; Boost-Muss, B.; Frommann, M.; Hopp, J.; Koch, H.; Zenz, G.*: Kindeswohl. Eine interdisziplinäre Untersuchung über seine Verwirklichung in der vormundschaftsgerichtlichen Praxis, Frankfurt/M. 1979
- Simon, Hans-Peter*: Das Verkehrsrecht – ein natürliches Elternrecht? FamRZ 1972, 485
- : Umgangsrecht, Adoption, Elternrecht: Zur Reform des § 1634 BGB, ZBlJR 1974, 413
- Simon, Dietrich*: Das neue elterliche Sorgerecht, JuS 1979, 752
- Simonson*: Upon being appointed Guardian ad Litem, 16 A.B.A., Fam. L. Sec. Newsletter Nr. 2 (1975), 11
- Skolnick, Arlene*: The Intimate Environment, Exploring Marriage and the Family, Boston 1973 (Environment)
- : The Limits of Childhood: Conceptions of Child Development and Social Context, 39 L. + Cont. Prob. 38 (1975, Nr. 3)
- : Rethinking Childhood, Boston/Toronto 1976
- Smith, Eugene L.*: Parent and Child – Titel 2 of Texas Family Code, 8 Fam. L. Q. 135 (1974)
- : Parent and Child, 8 Tex. Tech. L. Rev. 19 (1976-77)
- Solender, W.*: The Guardian ad Litem: A Valuable Representation or an Illusory Safeguard?, 7 Tex. Tec. L. Rev. 619 (1976)
- Sonnenberger, Hans Jürgen*: Verkehrssitten im Schuldvertrag, München 1969 (Verkehrssitten)
- Spier, Matthew*: The Adult Ideological Viewpoint in Studies of Childhood, in: Rethinking Childhood (Skolnick, A., Hrsg.), Boston/Toronto 1976, S. 168
- Spiro, Erwin*: The Interests of the Child and the Conflict of Laws, in: The Child and the Law, Proceedings of the First World Conference of the International Society on Family Law (Hrsg. Bates), Vol. II 1976, S. 519
- Spitz, René*: Hospitalism, in: The Psychoanalytic Study of the Child, Bd. 1 (1946), S. 53
- : Vom Säugling zum Kleinkind, Stuttgart 1967
- Spitz, R.; Wolf, K.*: Anaclitic Depression, in: The Psychoanalytic Study of the Child, Bd. 2 (1946) S. 313
- Spitzer, G.*: Die vormundschaftliche Aufsicht nach Art. 283 ZGB und ihre Anordnung durch den Richter, ZfVorm. 1948, 41
- : Vor einer Teilrevision des Familienrechts, in: Probleme und Ziele der vormundschaftlichen Fürsorge, Zürich 1963, S. 149

- Schaffer, Rudolf*: Mütterliche Fürsorge in den ersten Lebensjahren, Stuttgart 1978 (Mütterliche Fürsorge)
- Scharnhost, Erna*: Politisch-erzieherische Grundhaltung der Eltern – wichtigster Faktor der familiären Erziehung, JH 1970, 65
- Schau, Eberhard*: Vorschläge zur Reform der Bestimmungen über die elterliche Gewalt, RdJ 1973, 257
- Schenk-Danzinger, Lotte*: Entwicklungspsychologie, 11. Aufl. Wien 1977
- Scheuerle, Wilhelm*: Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff, RdA 1958, 247  
– : Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage, AcP 157 (1958/1959) 1
- Scheuner, Ellen*: Gesetzesentwurf zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, ZBJR 1973, 197
- Scheyhing, Robert*: Pluralismus und Generalklauseln, Tübingen 1976
- Schiller, Donald C.*: Child Custody: Evolution of Current Criteria, 26 DePaul L. Rev. 241 (1977)
- Schlegel, Florian*: Das neue Kindesrecht – ein gesetzgeberischer Fortschritt, in: Das neue Kindesrecht (Hrsg. Hangartner), St. Gallen 1977, 9
- Schlicht, Götz*: Das Recht zwischen Eltern und Kindern nach dem neuen FGB der SBZ, ROW 1966, 59  
– : Das Familien- und Familienverfahrenrecht der DDR, Tübingen und Basel 1970 (Schlicht)
- Schlosser, Hans*: Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 3. Aufl., Heidelberg/Karlsruhe 1979
- Schlosser, Peter*: Die einverständliche Scheidung im Spannungsfeld der Streitgegenstandsdogmatik, FamRZ 1978, 319
- Schlossbauer-Selbach, Stefan*: Entführung des gemeinschaftlichen Kindes nach Deutschland, SJZ 78 (1982) 74
- Fvbr. v. Schlothheim, Hans-Hartmann*: Das Kindeswohl vor dem Familiengericht, ZBJR 1974, 162
- Schmidt, Hans-Dieter*: Allgemeine Entwicklungspsychologie, Berlin-Ost 1972
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno; Klein, Franz*: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. Neuwied/Berlin 1980
- Schmidt-Kobner, Eva; Schmidt, Heinz*: Über Frauenarbeit und Familie, Einheit 1962, 99
- Schmidtschen, Stefan*: Psychologische Tests für Kinder und Jugendliche, Göttingen/Toronto/Zürich 1975
- Schmitt Glaeser, Walther*: Die Eltern als Fremde – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der elterlichen Sorge – DÖV 1978, 629 (= in: Stockinger (Hrsg.), Sozialisierung der Familie? S. 33)  
– : Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980 (Erziehungsrecht)
- Schönfeldt, Margarete*: Erzieherische Einflußnahme des Gerichts auf die Einigung der Eltern über die Umgangsbezugnis des Nichterziehungsberechtigten, NJ 1971, 394
- Schreiber, Jürgen*: Die Änderung von gerichtlichen Entscheidungen über die Regelung der elterlichen Sorge, Diss. Trier 1981 (Die Änderung)
- Schreiner, Helmut*: Die Intersubjektivität von Wertungen, Berlin/München 1980 (Schreiner)
- Schroeder, Friedrich-Christian*: Rechtsstaat und „sozialistische Gerechtigkeit“, Das Parlament, Beilage, 3 (1980) 3
- Schröder, Rolf*: Gesellschaftliche Erziehung im Bereich des Familienlebens, NJ 1959, 530
- Schubert, Hermann*: Können bei der Entscheidung über das Sorgerecht und die Verkehrsregelung nach §§ 74, 75 EheG politische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wenn ein Elternteil in Westberlin, der andere in Ostberlin wohnt?, JR 1952, 98
- Schubert, Therese*: Das Wohl des Kindes, JH 1955, (1), 4
- Schüler-Springorum, Horst*: Sachverständiger und Verhältnismäßigkeit, in: Jugendpsychiatrie und Recht. Festschrift Hermann Stutte, Köln u.a. 1979, S. 307
- Schuldt, Werner*: Vorbereitung der Verhandlung und Entscheidung über das Erziehungsrecht im Eheverfahren, NJ 1967, 84
- Schulthess, Herbert*: Entstehung und Untergang der elterlichen Gewalt im ehelichen Kindesverhältnis nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1934 (Schulthess)
- Schultze, W.*: Der vormundschaftliche Schutz der Kinder aus geschiedener Ehe, ZfVorm. 1950, 86

- Schwab, Dieter*: Handbuch des Scheidungsrechts, München 1977, (Handbuch)  
 – : Familienrecht, München 1980
- Schwab, Karl-Heinz*: Der Verbund von Scheidungs- und Folgesachen, FamRZ 1976, 658
- Schwerdtner, Eberhard*: Kindeswohl oder Elternrecht?, AcP 173 (1973) 227  
 – : Verfassungsrechtliche Grenzen der Unterhaltsbestimmung durch die Eltern, NJW 1977, 1268  
 – : Das Persönlichkeitsrecht des Kindes – Theorie oder Wirklichkeit, ZBlJR 1980, 149  
 – : Das Recht der Eltern auf Erziehung der Kinder – ein erratischer Block im BGB? (Das Wohl des Kindes als Rechtsproblem), DAVorm 1982, 617
- Schwoerer, Julius*: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 7.7.1952, NJW 1952, 1254  
 – : Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 25.6.1952, NJW 1952, 1254  
 – : Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe, FamRZ 1954, 120  
 – : Der Einfluß von Störungen in der elterlichen Gewalt des einen Elternteils auf die elterliche Gewalt des anderen Elternteils nach altem Recht, Zwischenrecht und neuem Recht, FamRZ 1958, 41, 88  
 – : Anmerkung zu OLG Bremen, Beschl. v. 28.1.1957, FamRZ 1958, 65  
 – : Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.), FamRZ 1958, 433  
 – : Anmerkung zu KG, Beschl. v. 1.9.1958, und OLG Hamburg, Beschl. v. 30.10.1958, FamRZ 1959, 256  
 – : Anmerkung zu LG Darmstadt, Beschl. v. 31.8.1960, FamRZ 1960, 502  
 – : Anmerkung zu OLG Neustadt/W., Beschl. v. 22.2.1962, FamRZ 1963, 301  
 – : Kindeswohl und Kindeswille, NJW 1964, 5  
 – : Verkehrsregelung durch den sorgeberechtigten Elternteil, FamRZ 1965, 121  
 – : Erwiderung, FamRZ 1965, 302  
 – : Anmerkung zu LG Stuttgart, Beschl. v. 26.4.1965, FamRZ 1965, 337  
 – : Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 22.10.1965, FamRZ 1966, 96  
 – : Zur Bedeutung des in Art. 6 GG den Eltern garantierten Grundrechts für Entscheidungen aus den §§ 1634, 1671, 1672, 1696 BGB, FamRZ 1969, 367
- Staatsrecht der DDR*; Lehrbuch (Autorenkollektiv), Berlin-Ost 1978, (Lehrbuch Staatsrecht)
- Stack, Carol B.*: Who Owns the Child? Divorce and Child Custody Decisions in Middle-Class Families, Social Forces 1976, 505
- Staff, Ilse*: Zum Begriff der elterlichen Gewalt, RuG 1971/1972, 23
- Stampfli, Lucie*: Die unvollständige Familie, Diss. Zürich 1948
- Statistisches Jahrbuch* der Deutschen Demokratischen Republik, 23. Jahrgang, 1978, Berlin-Ost 1978
- Staudinger, J. v.*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. IV: Familienrecht, Teil 3a, 10./11. Aufl. Berlin 1966 (Staudinger/Göppinger bzw. Staudinger/Schwoerer)
- Steffen, Gerhard*: Lebensqualität und Persönlichkeitsentwicklung nach Ehescheidung, Sorgerechts- und Verkehrsregelung, ZBlJR 1979, 129
- Steindorff, Ernst*: Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift Larenz, München 1973, 217
- Stellungnahmen des Verfassungs- und Rechtsausschusses* zur zusammengefaßten 1. und 2. Lesung des Familiengesetzbuches der DDR in der Volkskammer am 20. September 1965 (Abg. Arlt), StuR 1966, 450
- Stockinger, Hans Gerhard* (Hrsg.): Sozialisierung der Familie? Zur Reform des Rechts der elterlichen Sorge, München 1979
- Stöcker, Hans A.*: Ein neues Bild der „elterlichen Gewalt“, RuG 1974, 67  
 – : Beschränkte Mündigkeit Heranwachsender – ein Verfassungspostulat, ZRP 1974, 211
- Stoljar, S. J.*: Children, Parents and Guardians, Int. Encycl. Comp. L. IV/7 (1971)
- Storbeck, Dieter*: Die Familienpolitik der SED und die Familienwirklichkeit in der DDR, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Sonderheft 8 (Studien und Materialien zur Soziologie der DDR), Köln und Opladen 1964, 86
- Strache, Karl-Heinz*: Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologie, Berlin 1968 (Standards)
- Sträuli, Hans; Messmer, Georg*: Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozeßordnung, Zürich 1976 (Sträuli/Messmer)

- Strasberg, Werner*: Der Beitrag der Gerichte zur Entwicklung sozialistischer Familienbeziehungen, NJ 1973, 42  
 – : Zur Pflicht der Gerichte, die Interessen unterhaltsberechtigter Frauen im Ehescheidungsverfahren zu wahren, NJ 1975, 296
- Strätling, B.*: Fragen und Kriterien zum Begriff des „Kindeswohls“, AKF-Berichte 1978 (Nr. 2), S. 41
- Strätz, Hans-Wolfgang*: Elterliche Personensorge und Kindeswohl, vornehmlich in der zerbrochenen Familie, FamRZ 1975, 541  
 – : Neuregelung des elterlichen Sorgerechts – Vorstellung und Wertung – AKF-Berichte 1978 (Nr. 2), S. 1
- Strauss, Peter; Strauss, Joanna*: Book review (Goldstein et al., Beyond the best interests of the child), 74 Col. L. Rev. 996 (1974)
- Streissler, Erich*: Zur Anwendbarkeit von Gemeinwohlvorstellungen in richterlichen Entscheidungen, in: Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften, Karlsruhe 1967, 1
- Struck, Gerhard*: Topische Jurisprudenz, Argument und Gemeinplatz in der juristischen Arbeit, Frankfurt/M. 1971  
 – : Zur Theorie juristischer Argumentation, Berlin 1977 (Argumentation)
- Strunk, Peter; Berger, Margarethe*: Psychische Störungen im Kindesalter und Geschwisterposition, Zeitschr. f. Kinder- und Jugendpsychiatrie 1 (1973) 18
- Täger, Ilse*: Die Mitwirkung des Psychologen in Ehescheidungsverfahren, bei der Verteilung der elterlichen Gewalt und der sogenannten Verkehrsregelung, in: Gerichtliche Psychologie (Hrsg. Blau/Müller-Luckmann), Neuwied/Berlin 1962, 68
- Teerdanzev, A. F.*: Das Prinzip der Parteilichkeit in der marxistisch-leninistischen Staats- und Rechtswissenschaft, in: Beiträge zur Rechtsmethodologie und Rechtsmethodik, Berlin-Ost 1980, S. 9
- Teubner, Gunther*: Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt/M. 1971 (Standards)  
 – : Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtslehre 6 (1975) 179  
 – : Generalklauseln als sozionormative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Baden-Baden 1978, S. 13 (Generalklauseln)
- Thalmann-Antenen, Helene*: Die Stellung der Frau im schweizerischen Familien- und Erbrecht, Zürich 1958 (Thalmann-Antenen)
- The Children of Divorce*, Newsweek 11.2.1980, S. 58
- The Science Court Experiment*: An Interim Report (Task Force of the Presidential Advising Group on Anticipated Advances in Science and Technology), 193 Science 653 (1976)
- Thieme, Jürgen Dieter*: Elterlicher Herausgabeanspruch und Kindeswohl, FamRZ 1974, 111
- Thomae, Hans*: Elterliches Erziehungsverhalten und kindliche Entwicklung, unveröffentlichtes Gutachten 1973 (Elterliches Erziehungsverhalten)
- Thomas, Sven*: Die gerechtfertigte Züchtigung?, ZRP 1977, 181
- Tilmann, Winfried*: Haftungsbegrenzung im Äußerungsdelikt, NJW 1975, 758
- Toeplitz, Heinrich*: Grundfragen der weiteren Vervollkommnung der Leitung der gerichtlichen Tätigkeit durch das Oberste Gericht und die Bezirksgerichte, NJ 1967, 692
- Toman, Walter*: Die Familienkonstellation und ihre psychologische Bedeutung, Psychologische Rundschau 10 (1959), 1,1  
 – : Familienkonstellationen, 3. Aufl. München 1980
- Topitsch, Ernst*: Sprachlogische Probleme der sozialwissenschaftlichen Theoriebildung, in: Logik der Sozialwissenschaften (Topitsch, Hrsg.), 8. Aufl. Köln 1972
- Torche, Marie-Françoise*: Das neue Kindesrecht der Schweiz aus der Sicht eines Praktikers, ZBJR 1978, 425
- Tourneau, Ingrid*: Jenseits des Rechts, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau) Bielefeld 1978, S. 7
- Treitz, Georg*: Die Verteilung der elterlichen Gewalt bei Auflösung der Elternehe und bei dauerndem Getrenntleben der Eltern, Berlin 1974 (Treitz)
- Tribe, Laurence H.*: Structural Due Process, 10 Harv. Civ. Rights – Civ. Lib. L. Rev. 269 (1975)  
 – : Childhood, Suspect Classifications, and Conclusive Presumptions: Three Linked Riddles, 39 L. + Cont. Prob. 8 (1975, Nr. 3)  
 – : American Constitutional Law, Mineola, N.Y. 1978

- Troje, Hans Erich*: Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung?, Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge 1981, 17
- Tumanow, Wladimir*: Die Konzeption vom „Richterrecht“ und die bürgerliche Gesetzlichkeit, NJ 1980, 28
- Tuor, Peter; Schnyder, Bernhard*: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl. Zürich 1975 (Tuor/Schnyder)
- Uellenberg, Giesela*: Von der Schwierigkeit, Normen zu begründen, SZ Nr. 204 vom 6.9.1978, S. 25
- Uffelmann, Peter*: Das Wohl des Kindes als Entscheidungskriterium im Sorgerechtsverfahren, Diss. Freiburg i. Br. 1977 (Uffelmann)
- Ulbricht, Walter*: Die Rolle des sozialistischen Staates bei der Gestaltung des entwickelten gesellschaftlichen Systems des Sozialismus, NJ 1968, 641
- United Nations Declaration of the Rights of the Child*, General Assembly Resolution 1386 (XIV), 20. Nov. 1959, in: Official Records of the General Assembly, Fourteenth Session, Supplement Nr. 16, 1960, S. 19
- Unrecht als System* s. Bundesministerium
- Vardin, Patricia; Brody, Ilene* (Hrsg.): Children's Rights, New York/London 1979
- Viehweg, Theodor*: Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. München 1974
- Virtue, Maxine Boord*: Family Cases in Court, Durham, N.C. 1959
- Vogel, Hans Jochen*: Rede vor dem Bundestag am 11.12.1975 (2. und 3. Lesung des 1. EheRG), ZBJR 1976, 85
- Vontobel, H.*: Die Ausscheidung der Kompetenzen von Fürsorgebehörden und Gerichten in der Fürsorge für Scheidungskinder, Diss. Zürich 1942 (Vontobel)
- Vysinskij, A. J.*: Grundaufgaben der Wissenschaft vom sozialistischen Sowjetrecht, in: Sowjetische Beiträge zur Staats- und Rechtstheorie, Berlin-Ost, 1953, 50
- : Karl Marx über Staat und Recht, in: Sowjetische Beiträge zur Staats- und Rechtstheorie, Berlin-Ost 1953, S. 7
- : Zur Lage an der theoretischen Rechtsfront, in: Reich (Hrsg.), Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, S. 113
- Wacke, Andreas*: Änderungen der allgemeinen Ehwirkungen durch das 1. EheRG, FamRZ 1977, 505
- : „Elterliche Sorge“ im Wandel der Jahrtausende – Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht –, FamRZ 1980, 205
- Wadlington, Walter; Paulsen, Monrad G.*: Domestic Relations (Cases and other materials), 3. Aufl. Mineola 1978 (Wadlington/Paulsen)
- Wähler, Klaus*: The Convention on the Protection of Infants and the Judicial Practise in West German Courts, in: The Child and the Law, Proceedings of the First World Conference of the International Society on Family Law (Hrsg. Bates), Vol. II 1976, S. 507
- Wald, Michael*: State Intervention on Behalf of „Neglected“ Children: A Search for Realistic Standards, 27 Stan. L. Rev. 985 (1975)
- : Children's Rights: A Framework for Analysis, 12 U. C. Davis L. Rev. 255 (1979)
- Walder, Hans Ulrich*: Die Offizialmaxime, Zürich 1973
- Walder-Bohner, Hans Ulrich*: Der neue Zürcher Zivilprozeß, 2. Aufl. Zürich 1979 (Walder-Bohner)
- Waller-Döbner, Barbara; Kulms, Annegret; Höb, Ruth*: Soziologie der Scheidung, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, 81
- Wallerstein, Judith S.*: Children who cope in spite of divorce, 1 Fam. Adv. 2 (1978)
- Wallerstein, Judith S.; Kelly, Joan B.*: The effects of parental divorce: the adolescent experience, in: The Child in His Family, Vol. 3 (Hrsg. E. Anthony u. C. Koupernik) New York 1974, 479
- : The effects of parental divorce: experience of the preschool child, J. Am. Acad. Child Psych. 14 (4) (1975), 600
- : The effects of parental divorce: experience of the child in later latency, Amer. J. Orthopsych. 46 (2) (1976), 256
- : Divorce Counselling: A Community Service for Families in the Midst of Divorce, Amer. J. Orthopsych. 47 (1) (1977), 4
- : Surviving the Breakup, New York 1980

- Waltber, Rosemarie*: Die Erziehung in der Familie als Bestandteil sozialistischer Lebensweise, Einheit 1971, 986  
 – : Die Rolle der Familie im Bildungs- und Erziehungsprozeß der Jugend, NJ 1972, 473
- Waltber, Rosemarie; Funke, Heinz*: Probleme der Familienerziehung und ihre Widerspiegelung im FGB-Entwurf, NJ 1965, 241
- Waltber, Rosemarie; Witte, Karlbeinz*: Erziehung in der Familie, Einheit 1966 (H. 10) 1279  
 – : Zur politisch-ideologischen Bildung und Erziehung durch die Familie, JH 1967, 13
- Ware, Ciji*: Joint Custody: One Way to end the War, 4 New West (Nr. 5, South.Cal.Ed.) 42 (1979)
- Waskowiak, Klaus*: Die Einigung der Eltern bei der Ausübung der elterlichen Personensorge, Diss. Marburg 1967 (Waskowiak)
- Wassermann, Rudolf*: Der neue Entwurf eines Familiengesetzbuches der „DDR“, JR 1965, 460  
 – : Das Familiengesetzbuch der „DDR“, JR 1966, 96
- Wassermeyer, Peter*: Die Entwicklung des Kindschaftsrechts in Mitteldeutschland, Frankfurt/M., Berlin 1965 (Wassermeyer)
- Watson, Andrew S.*: The Children of Armageddon: Problems of Custody Following Divorce, 21 Syracuse L. Rev. 55 (1965)  
 – : Contested Divorce and Children: A Challenge for the Forensic Psychiatrist, Legal Medicine Annual 1973, 489  
 – : Book review: Beyond the best interests of the Child (Goldstein, Freud, Solnit, New York 1973), 14 Journ. of Child Psychiatry 178 (1975)  
 – : Psychiatry for Lawyers, New York 2. Aufl. 1978
- Weber, Ursula*: Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach der Scheidung? FamRZ 1975, 401
- Wegener, Hermann*: Anmerkung zu OLG München v. 18.9.1978, NJW 1979, 1253
- Weibel-Spirig, Rolf*: Änderungen im Familienprofil – Zu einem Bericht über die Lage der Familie in der Schweiz, Die Herderkorrespondenz 1979, 128
- Weinberger, Ota*: Einzelfallgerechtigkeit. Ein Beitrag zum Studium der logischen Bedingungen der Gerechtigkeit, in: Dimensionen des Rechts. Gedächtnisschrift f. René Marcic, Bd. 1, Berlin 1974, S. 409
- Weinmann, Carl A.*: The trials judge awards custody, 10 L. + Cont. Prob. 721 (1944)
- Weiß, Elisabeth; Händler, Waltraut*: Das gesellschaftliche Engagement der Eltern – ein wichtiger Faktor der politisch-erzieherischen Grundhaltung, JH 1972, 245
- Weiß, Elisabeth*: Grundideen A. S. Makarenkos zur elterlichen Erziehung – schöpferisch zu nutzen, JH 1978, 102
- Weitzmann, Lenore; Dixon, Ruth*: Child Custody Awards: Legal Standards and Empirical Patterns for Child Custody, Support and Visitation After Divorce, 12 U. C. Davis L. Rev. 471 (1979)
- Wenik, Elisabeth*: Schutz und Förderung von Ehe und Familie, Berlin-Ost 1979 (Schutz und Förderung)
- Wentzel, Elena*: Voraussetzungen zur Anordnung der befristeten Nichtausübung des Erziehungsrechts, JH 1968, 119
- Wenzel, Egbert*: Empfiehlt es sich, § 824 Abs. 1 BGB in Anlehnung zu dem heutigen Stand der Rechtsprechung zum Eingriff in den Gewerbebetrieb und zum Persönlichkeitsrecht neu zu fassen?, GRUR 1970, 278
- Werner, Fritz*: Die Gerichte in der gewaltenteilenden Demokratie, JJB 1960, 68
- Westman, Jack; Hanson, Allen*: Guidelines for Determining the Psychological Best Interests of Children, in: Readings in Law and Psychiatry (Allen, Ferster, Rubin, Hrsg.) Baltimore, London 1975, S. 535
- Weyrauch, Walter*: The Kinsey Reports and the Legal Mind, 11 Univ. Fla. L. Rev. 277 (1958)
- Wheeler, Michael*: No-Fault-Divorce, Boston 1974 (Wheeler)
- Wieacker, Franz*: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242, Tübingen 1956 (Präzisierung)  
 – : Gesetz und Richterkunst; zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung, Karlsruhe 1958  
 – : Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, Festschrift W. Weber, Berlin 1974, 421
- Wilburg, Walter*: Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, Graz 1950  
 – : Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau eines Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346

- Wilkens, Erwin*: Zur verfassungsrechtlichen Prüfung der Scheidungsgründe im 1. EheRG, FamRZ 1980, 527
- Wilkerson, Albert E.* (Hrsg.): The Rights of Children, Philadelphia 1973
- Wilkerson, Albert E.*: Children's Rights, in: The Rights of Children (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973, 305
- Wilkerson, Albert E.; Kroeker, O. Duane*: The Role of the Social Worker in Family Court Decision-Making, in: The Rights of Children (Wilkerson, Hrsg.), Philadelphia 1973, 274 (Wilkerson/Kroeker)
- Willoweit, Dietmar*: Historische Grundlagen des Privatrechts, JuS 1977, 292
- Windscheid, Bernhard; Kipp, Theodor*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 8. Aufl., Frankfurt 1900
- Winkler, Tilman*: Der Reformentwurf zum Recht der elterlichen Sorge aus der Sicht der evangelischen Kirche, in: Stockinger (Hrsg.), Sozialisierung der Familie? S. 63
- Winter, Gerd*: Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, Berlin 1969
- : Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtsetzung, Rechtstheorie 1 (1971) 171
- Winter, Hans*: Die Beweisaufnahme im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, JurA 1971, 113
- Witte, Karlbeinz*: Die politisch-moralische Erziehung der Kinder in der Familie, JH 1967, 193, 234, 266
- Wolf, Ernst*: Der Begriff Familienrecht, FamRZ 1968, 493
- : Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970) 181
- : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Köln u.a. 1973
- Wolf, Ernst; Lüke, Gerhard; Hax, Herbert*: Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959 (Wolf/Lüke/Hax)
- Wolff, Friedrich*: Ehescheidung und Schuld, NJ 1965, 416
- Wolfram, Margarete*: Zur Änderung von Entscheidungen über das Erziehungsrecht, JH 1968, 184
- Woolley, Persia*: Shared Custody, 1 Fam. Adv. 6 (1978)
- Wuppermann, Michael*: Kindesverteilung und Verkehrsrecht nach deutsch-italienischen Ehescheidungen, FamRZ 1971, 511
- : Kindeswohl und Elternrecht bei faktischer Trennung deutsch-italienischer Ehen, RdJ 1971, 114
- : Elterliche Sorge im Spannungsfeld zwischen Eltern, Kind und Staat, RuG 1974, 70
- : Buchbesprechung: Goldstein, Freud, Solnit, Jenseits des Kindeswohls (Nachwort Simitis), FamRZ 1976, 299
- Zentralkomitee der deutschen Katholiken*: Zweite Stellungnahme zur Reform des staatlichen Ehescheidungsrechts, vom 19.3.1971, in: E. M. v. Münch (Hrsg.), Reform des Ehescheidungsrechts, Berlin 1971, 121
- Stellungnahme des *Zentralkomitees* der deutschen Katholiken zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 23.4.1977, FamRZ 1977, 610
- Zenz, Gisela*: Elterliche Sorge und Kindesrechte, StAZ 1973, 257
- : Zur Reform der elterlichen Gewalt, AcP 173 (1973) 527
- : Kindeswohl und Selbstbestimmung, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. E. Kühn/I. Tourneau), Bielefeld 1978, 169
- : Kindesmißhandlung und Kindesrechte: Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungsrationalität, Frankfurt/M. 1979
- Zetkin, Clara*: Über Jugenderziehung, Berlin-Ost 1957
- Ziegler, Albert*: Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie, Heidelberg 1958
- Zill, Nicholas*: Divorce, Marital Happiness and the Mental Health of Children: Findings from the FCD National Survey of Children, unveröff. Manuskript, New York 1978
- Zimmermann, Horst*: Rechtsanwendung als Rechtsfortbildung, in: Koch (Hrsg.), Juristische Methodenlehre S. 70
- Zippelius, Reinhold*: Problemjurisprudenz und Topik, NJW 1967, 2229
- : Über die Wahrheit von Werturteilen, Festschrift f. Maunz, München 1971, 513
- : Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971 (Methodenlehre)
- : Legitimation durch Verfahren?, Festschrift Larenz, München 1973, 293

- : Das Wesen des Rechts, 4. Aufl., München 1978
- : Zur Funktion des Konsenses in Gerechtigkeitsfragen, Festschrift Bruns, Köln u.a. 1978, S. 1
- : Gesellschaft und Recht, München 1980
- Ziskin, Jay*: Coping with Psychiatric and Psychological Testimony, Beverly Hills, Cal., 2. Aufl. 1975
- Zöller Paul*: Zum Begriff der Familie in § 1 Abs. III JWG, FamRZ 1978, 4
- Zöller, Richard*: Zivilprozeßordnung, 12. Aufl., Köln 1979 (Zöller/Bearbeiter)
- Zöllner, Wolfgang*: Recht und Politik, in: Tradition und Fortschritt im Recht. Festschrift der Tübinger Juristenfakultät, Tübingen 1977, 131
- Zweigert, Konrad*: Juristische Interpretation, Studium Generale 7 (1954) 380
- Zweigert, Konrad; Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen, Bd. 1 (1971), Bd. 2 (1969) (Zweigert/Kötz 1, II)

# Sachverzeichnis

- München**
- Änderung der Sorgerechtszuweisung 41 ff.,  
73 f., 119 ff., 225, 310 f., 322 ff.  
„Allgemeine Erwägungen“ 470 ff.  
Allgemeine Tatsachen 376 ff.  
Aufspaltungen der elterlichen Sorge 226 f.,  
305 ff.  
Auswanderung der Eltern 239, 341 ff., 345,  
353 (Fn. 923)
- Befriedung 182, 229, 290 f., 295, 315 f., 328,  
400 f.  
Begründung von Entscheidungen 132, 385,  
399 ff.  
Beeinflussung des Kindes 264 ff., 281  
Berufstätigkeit der Eltern 220 f., 223, 336 f.,  
428, 482  
Bezugsperson → Bindungen des Kindes  
Billigkeit (s.a. Einzelfallgerechtigkeit) 170 f.  
Bindungen des Kindes 104, 178 ff., 259 f.,  
261 ff., 353 ff., 431
- Conciliation Courts 129, 321
- Eheverfehlungen 215, 227 ff., 405 (Fn. 229)  
Eingriffslegitimation, Kindeswohl als – 3 f.,  
134, 135 ff., 292 ff., 346 ff., 349 ff.  
Einzelfallgerechtigkeit 64 ff., 105 f., 143 ff.,  
151 f., 153, 160, 170 ff., 314 f., 365, 366,  
372 f., 385 ff., 393, 409 f., 476  
Elterninteressen/Kindesinteressen 204 ff.,  
214 ff., 304 f., 340 ff.  
Elternpflicht 224 (Fn. 258), 291  
Elternrecht 111 f., 136 ff., 207 f., 234, 292 ff.,  
323, 354 f.  
Elternvorschlag → Sorgerechtsvereinbarungen  
Erfahrungssätze 178, 379 ff., 404, 415, 418 f.,  
450, 455, 468 ff.  
Ermessen 64 ff., 105, 147 f., 165 ff.  
Ermittlungen des Gerichts 48, 66, 78, 126 ff.,  
154 f., 284, 303 f., 368 ff.  
Erziehungsfunktion des Rechts 32 f., 195,  
320 f.  
Erziehungsmethoden 186 ff.  
Erziehungsziele 183 ff.
- Fachwissenschaften 108 f., 163 ff., 180 f.,  
201, 279, 289, 295, 380, 398 f., 419 ff.  
Familie im Sozialismus 12 ff., 23 ff.  
Folgenkontrolle 380, 455 (Fn. 545)
- Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung 38,  
70, 112 f., 226 f., 308, 312 ff., 330, 332,  
349, 404 f., 436 f.  
Gemeinschaft der Familie 56, 135 f., 210 ff.  
Generalklausel, Kindeswohl als – 1 ff., 153 f.,  
162 ff., 365  
Geschlechterrollen 186, 224, 260, 311 (Fn.  
732), 368, 377 f., 404 f., 414 f., 432 ff.  
Geschwisteraufteilung 225 f., 304 f., 307  
(Fn. 708), 406, 408, 467 f., 480 f.  
Gesellschaftliche Werte 149 ff., 253 ff., 393 f.,  
395 ff., 411 ff.  
Gesellschaftsinteresse/Kindesinteresse, 295 ff.,  
344 ff., 357  
Getrennleben der Eltern 43, 58 f., 74 f., 96,  
121 f.  
Gleichberechtigung 21, 54, 86 ff., 90, 99,  
102 ff., 219 ff., 452  
Gleichgelagerte Verhältnisse 182, 244 (Fn.  
368), 251 f., 482 ff.  
Grundrechte der Eltern 18 ff., 52, 88 f., 136  
– des Kindes 22 f., 52, 91 ff.
- Individualisierung von allg. Tatsachen 376 f.  
– von Wertungen 465 ff.  
Inhaltlosigkeit des Kindeswohls 1 ff., 144 f.,  
173
- Jugendamt 48 f., 78 f., 128 f., 358 f.  
Jury 125 f.
- Kinderkrippen 27  
Kindesanwalt 92, 107, 131 f., 276, 369 f.,  
463  
Kindesentführungen 239 (Fn. 351), 331  
Kindeswille 255 f., 307, 337 ff.  
Kindeswohl – Begriff, sozialistischer 28 ff.,  
168 f., 189 f.  
– Definition 64, 176  
Konsens 149 f., 157, 174, 380 f., 384, 388 ff.,  
412 f., 416 ff., 438 f., 441 f., 443 ff.  
Kontinuitätsgrundsatz 176 ff., 226, 313,  
327 f., 330 ff., 455 f., 486
- Legitimierung der Entscheidung 366 f., 377 ff.,  
396 f., 410 ff.  
Losentscheid 109, 167

- Methodische Konkretisierung 153 f., 158 f., 162 ff., 174, 252, 255, 365 ff.
- Moral 17 f., 33 f., 182, 241, 242 ff., 398
- Muttervorrang 29 f., 67, 102 ff., 172, 181, 219 ff., 223 ff., 378, 406 f., 408, 413 ff., 428 ff., 435 f., 447, 449 ff., 460, 462, 466 f., 480 f.
- „Normalkind“ 178, 376, 380, 447, 469 f.
- Persönlichkeit der Eltern 202 ff., 243 ff.
- Projektive Tests 447 f., 459 ff.
- Psychologische Eltern 178 ff., 353 ff., 431
- Rationalität 382 ff., 395, 452 f., 461 f., 473 ff., 477 ff.
- Rechtsgefühl 167, 383 f.
- Rechtsvergleichung 5 ff.
- Reformansätze 319 ff.
- Regelbildung 67, 173, 302, 387 f., 409 f., 446 ff., 471
- Religion 192 (Fn. 95), 229 ff.
- Richterrecht 65 ff., 100 ff., 146 ff., 366, 387 f., 392 f.
- Rollenstereotype → Geschlechterrollen
- Sachverständige 129 ff., 158 f., 408 f., 422
- Sachverständigengutachten 181, 370 f., 453 ff.
- Scheidungsschuld 34, 57 f., 63, 67, 94 ff., 99 f., 106, 157, 227 ff., 245 f.
- Selbstbestimmung des Kindes 192 ff., 210, 258 f., 266 ff.
- Sittenwidriges Verhalten 241 ff., 341, 344, 398, 435, 480
- Sorgerechtsübertragung auf Dritte 36 f., 69 f., 110 f.
- Sorgerechtsvereinbarungen 34, 68 f., 108, 109 f., 121, 141, 269 f., 283 ff., 298 ff., 373 ff.
- Stabilitätsgrundsatz 176 ff., 309 ff., 328 ff., 330 ff., 348
- Standards 159, 162, 171, 201, 389, 416, 478
- Statistik 24, 57, 93 f.
- Stiefmutter 379 (Fn. 78), 436
- Umgangsrecht 40 f., 72 f., 118, 182, 186 f., 428 (Fn. 349)
- Unbestimmtheit des Kindeswohl-Begriffs 1 ff.
- Vaterrolle 220 f., 378, 430, 432 ff., 460
- Verkehrsrecht → Umgangsrecht
- Verweisungsnorm, Kindeswohl als ... 163 ff., 365, 420 f.
- Vorbildgedanke 246 ff.
- Wertewandel 150 ff., 160, 243, 398, 411, 434
- Widerruf der Sorgerechtsvereinbarung 270, 299 f.
- Wiederheirat des Sorgeberechtigten 333 ff.
- Wissenschaftliche Aussagen → Fachwissenschaften
- Zerrüttungsprinzip 25 f., 57 f.
- Züchtigungen des Kindes 56, 187, 194 ff.

## ARBEITEN ZUR RECHTSVERGLEICHUNG

Band 98: Bernhard Raiser

**Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Eherecht im „Dritten Reich“**

1980. 194 Seiten. Brosch. DM 66, --

Band 99: Klaus Pichler

**Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht**

1980. 300 Seiten. Brosch. DM 78, --

Band 100: Fleming/Hellner/v. Hippel

**Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz**

1980. 82 Seiten. Brosch. DM 22, --

Band 101: Ulrich Karpen

**Gemeinnützige Stiftungen im pluralistischen Rechtsstaat**

1980. 99 Seiten. Brosch. DM 26, --

Band 102: v. Marshall u. a.

**Leasingverträge im Handelsverkehr**

1980. 127 Seiten. Brosch. DM 34, --

Band 103: Jürgen Basedow

**Die Anerkennung von Auslandsscheidungen**

1980. XVI, 266 Seiten. Brosch. DM 72, --

Band 104: Blaurock u. a.

**Tourismus und Recht**

1980. 85 Seiten. Brosch. DM 28, --

Band 105: Wolfgang Weitnauer

**Der Vertragsschwerpunkt**

1981. 210 Seiten. Brosch. DM 48, --

Band 106: Gerhard Hohloch

**Das Deliktsstatut**

1983. ca. 320 Seiten. Brosch. ca. DM 75, --

Band 107: Paul Eubel

**Die Haftung des Geschäftsherrn für den Gehilfen nach deutschem und japanischem Recht**

1981. 192 Seiten. Brosch. DM 72, --

Band 108: Erwin Scheffelowitz

**Israelische Zivilprozessvorschriften**

1981. 139 Seiten. Brosch. DM 34, --

Band 109: Friedrich Kübler (Hrsg.)

**Industrialisierung und Recht in Brasilien**

1981. 131 Seiten. Brosch. DM 19,80

Band 110: Detlev Fischer

**Vertragsstrafe und vertragliche Schadenspauschalierung**

1981. 197 Seiten. Brosch. DM 54, --

Band 111: Kötz u. a.

**Anwaltsberuf im Wandel**

1982. 107 Seiten. Brosch. DM 24, --

Band 112: Schlosser u. a.

**Tatsachenfeststellung in der Revisionsinstanz**

1982. 161 Seiten. Brosch. DM 35, --

Band 113: v. Marshall u. a.

**Probleme des internationalen Insolvenzrechts**

1982. 67 Seiten. Brosch. DM 18, --

Band 114: Michael Coester

**Das Kindeswohl als Rechtsbegriff**

1983. 522 Seiten. Brosch. DM 98, --

Band 115: Wilhelm Moll

**Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland**

1982. 164 Seiten. Brosch. DM 45, --

Band 116: Maihofer u. a.

**Theorie und Methoden der Gesetzgebung**

1983. 100 Seiten. Brosch. DM 24, --

Band 117: Runggaldier

**Mitbestimmung durch Kollektivvertrag bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung**

1983. Ca. 432 Seiten. Brosch. ca. DM 86, --

Über die Bände 1–97 informieren wir Sie gerne – bitte fordern Sie unseren Verlagskatalog an.

ALFRED METZNER VERLAG · FRANKFURT AM MAIN

Zeppelinallee 43 · Postfach 970148 · Telefon 0611 774055 · Telex 4189621 komed