

FuR

408-8

# Familie und Recht

14008183 Bote 21494/ 1

Bayerische Staatsbibliothek  
-Zeitschriften-  
Ludwigstr. 16

8000 München 40

Luchterhand  
Verlag

Aus dem Inhalt:

Dipl. -Psych. Dr. Rainer Balloff  
Dipl. -Psych. Dr. E. Walter  
Konzeptionelle Gedanken zur  
Trennungs- und  
Scheidungsintervention

Prof. Dr. Michael Coester  
Gemeinsame elterliche  
Verantwortung nach  
Trennung und Scheidung

Walter Schellhorn  
Sozialrecht nach dem  
Einigungsvertrag

Dr. Gisela Niemeyer  
Verfassungsrechtliche  
Beurteilung des gesetzlichen  
Verbots der Zweitadoption

BVerfG  
»Verfassungswidrigkeit der  
Ehenamensregelung nach  
§ 1355 Abs. 2 S. 2 BGB«  
mit Anmerkung Niemeyer

BGH  
»Berücksichtigung von  
Einkommenssteigerungen  
zwischen Trennung und  
Scheidung«  
mit Anmerkung Struck

BSG  
Anmerkung Borchert zu  
»Berücksichtigung von  
Kindererziehungszeiten«

OVG NW  
»Quotenregelung«  
mit Anmerkung Niemeyer

Familie und Recht  
2. Jahrgang  
April 1991  
ISSN 0937-2180

2/91

# Familie und Recht

**Herausgeber:** Dr. Gisela Niemeyer (geschäftsführend), Marienburger Str. 21, 5300 Bonn; Walter Schellhorn (geschäftsführend), Kastanienstr. 24, 6242 Kronberg 2; Prof. Dr. Robert Battes, Bonn; Prof. Dr. Peter Derleder, Bremen; Dr. Michael Lemke, Bonn; Prof. Dr. Bernd Baron von Maydell, Bonn; Prof. Dr. Rosemarie Nave-Herz, Oldenburg; Prof. Dr. Dr. h.c. Wilfried Schlüter, Münster.

## Inhalt

<b>Aufsätze</b>	
<i>Dipl. -Psych. Dr. Rainer Balloff</i> <i>Dipl. -Psych. Dr. Eginhard Walter</i> Konzeptionelle Gedanken zur Trennungs- und Scheidungsintervention	63
<i>Prof. Dr. Michael Coester</i> Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung	70
<b>Berichte</b>	
<i>Walter Schellhorn</i> Sozialrecht nach dem Einigungsvertrag	75
<i>Dr. Gisela Niemeyer</i> Verfassungsrechtliche Beurteilung des gesetzlichen Verbots der Zweitadoption Volljähriger	79
<i>Dr. Michael Lemke</i> Erfahrungen mit dem Gesetz über die Gewährung von Erziehungsurlaub und Erziehungsurlaub	83
<i>Dr. Andreas Roth</i> Schadensersatz wegen Unterhaltszahlungen an ein Kind, dessen Vaterschaft erfolgreich angefochten wurde	86
<i>Dr. Francis Kessler</i> Die Familienleistungen im Gefüge der sozialen Sicherheit Beispiel Frankreich	88
<b>Rechtsprechung</b>	
BVerfG »Verfassungswidrigkeit der Ehenamensregelung nach § 1355 Abs. 2 S. 2 BGB« mit Anmerkung <i>Niemeyer</i>	93
BGH »Berücksichtigung von Einkommenssteigerungen zwischen Trennung und Scheidung« mit Anmerkung <i>Struck</i>	97
BSG Anmerkung <i>Borchert</i> zu »Berücksichtigung von Kindererziehungszeiten«	100
OVG NW »Quotenregelung« mit Anmerkung <i>Niemeyer</i>	102
BGH »Einigungsvertrag und Versorgungsausgleich«	104
BGH »Einigungsvertrag und Revisionsverfahren«	107
<b>Rechtsprechungsübersicht</b>	107
Beim Bundesverfassungsgericht anhängige Verfahren	115
<b>Informationen</b>	
	116
<b>Bücher</b>	
	119
<b>Impressum</b>	
<b>Redaktion:</b> Claudia Strauf, Hermann Luchterhand Verlag, Heddendorfer Str. 31, 5450 Neuwied 1, Telefon 026 31/801-2 98; Vertretung: Karsten Fuchs, Telefon 026 31/801-2 61.	
<b>Verlag (einschl. Abonnementsverwaltung):</b> Hermann Luchterhand Verlag GmbH & Co. KG, Heddendorfer Str. 31, Postfach 23 52, 5450 Neuwied 1, Telefon 026 31/801-0, Telefax 026 31/80 12 04, Telex 8 67 853 - HLVND.	
<b>Anzeigen:</b> Margret Sock-Freiberg, Hermann Luchterhand Verlag GmbH & Co. KG, Anzeigenabteilung, Gutenbergstr. 8, 6239 Kriftel/Taunus, Telefon 061 92/4 08-2 40, Telex 4 072 237 HLV D, Telefax 061 92/4 08-2 48. Zur Zeit gilt Anzeigenpreisliste Nr. 1 vom 1. 1. 1990.	
<b>Erscheinungsweise:</b> 6mal jährlich, 2. Jahrgang 1991.	
<b>Bezugspreis:</b> Jährlich DM 129.- (Studentenabonnement DM 96.-), Einzelpreis DM 25.- zuzügl. Versandkosten. Das Jahresabonne- ment verlängert sich um 1 Jahr, wenn es nicht 6 Wochen vor Jahresende gekündigt wird.	
<b>Copyright:</b> Hermann Luchterhand Verlag.	

# Neue Aspekte zur gemeinsamen elterlichen Verantwortung nach Trennung und Scheidung\*

Prof. Dr. Michael Coester

## I. Einleitung

Die gemeinsame Verantwortung der Eltern für ihre Kinder auch nach Trennung oder Scheidung ist ein Konzept, das seit langem in der Bundesrepublik diskutiert und seit 1982 auch rechtlich ermöglicht worden ist, dessen Umsetzung zum gegenwärtigen Zeitpunkt jedoch weder auf rechtlicher noch auf tatsächlicher Ebene als abgeschlossen bezeichnet werden kann. Das Ringen um die richtige – und dann hoffentlich auch einstweilen beständige – Lösung wird beeinflusst von einer Vielzahl heterogener Impulse, sei es aus dem Bereiche der Humanwissenschaften oder des internationalen Rechts; sei es aus dem innerdeutschen Einigungsprozeß: dieser ist zwar im wesentlichen nicht durch eine Verschmelzung beider Rechtsordnungen, sondern durch eine Erstreckung bundesrepublikanischen Familienrechts auf das Gebiet der ehemaligen DDR gekennzeichnet, was jedoch nicht ausschließt, daß rechtliches Gedankengut aus Ostdeutschland innerhalb des nunmehr gesamtdeutschen Rechts Wirkung entfaltet; sei es schließlich durch rechtspolitische Akzente, die in bundesrepublikanischen Reformgesetzen schon vor der Wiedervereinigung normativen Niederschlag gefunden haben. Die Diskussion und Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik soll hier nicht im einzelnen nachgezeichnet werden. Stattdessen ist der erste Teil der folgenden Überlegungen einer Analyse des heutigen deutschen Rechts zur elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern gewidmet, mit dem vorwegzunehmenden Ergebnis, daß es sich um ein *Recht im Umbruch*, ein immer noch werdendes Recht, handelt. Im zweiten Teil wird es dann um weitergehende Reformforderungen und den Regelungsansatz im FGB vom 20. 7. 1990 gehen.

## II. Das geltende Recht der Bundesrepublik Deutschland

### 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben nach der Rechtsprechung des BVerfG

Regelungen über das elterliche Sorgerecht sind an Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu messen. In der Interpretation durch das BVerfG stellt sich das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG dar als ein »fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit«<sup>1</sup>, die Grund und Grenzen findet in der Aufgabe, das Kind zu pflegen und zu erziehen zu einer selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit<sup>2</sup>. Elternrecht und -pflicht sind »unlöslich miteinander verbunden«<sup>3</sup>. Die derartig im Vordergrund stehende »Elternverantwortung« ist im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Wahrnehmung gegenüber staatlichen Kompetenzen für das Kindeswohl vorrangig (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG »zuvörderst«) –

elterliche Kindeswohlwahrung schließt die des Staates grundsätzlich aus. Dieser Vorrang beruht auf dem Gedanken, »daß in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution«<sup>4</sup>.

Trennung und Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind. Vielmehr folgt aus diesen Ereignissen »die Pflicht der... 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>5</sup>. Eine einverständliche Regelung der Sorgerechtsfrage durch die Eltern rechtfertigt die Vermutung, daß sie ihre fortwirkende Verantwortung in diesem Sinne wahrgenommen haben<sup>6</sup>. Inhaltlich gehört es zur Elternverantwortung bei Scheidung, die Kinder von den Konflikten auf Gattenebene möglichst freizuhalten, eine fortbestehende gefühlsmäßige Bindung der Kinder an beide Elternteile zu achten und »für die Entwicklung des Kindes förderliche familiäre Bindungen in einem Restbestand« zu erhalten<sup>7</sup>.

Die einschneidenden Folgen der Scheidung für die Kinder rechtfertigen in jedem Scheidungsfall eine *Intervention des Staates* als Wächter der Kindesrechte und -interessen<sup>8</sup>. Bei *elterlicher Einigkeit* beschränkt sich das Wächteramt, der vorerwähnten Vermutung entsprechend, auf eine Kontrollfunktion; mangels erkennbarer Verletzungen des Kindesinteresses durch die elterliche Sorgerechtslösung sind weitergehende staatliche Eingriffe oder Reglementierungen unzulässig<sup>9</sup>. Bei *elterlichem Streit* ist der Staat sowohl als Wahrer des Rechtsfriedens wie der Kindesinteressen gefordert<sup>10</sup>. Allerdings ist auch bei durch Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG legitimierte staatlichen Eingriffen der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* zu beachten: »Der Staat muß daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungs-

\* Überarbeitete Fassung eines Vortrags vor der *Evangelischen Akademie Arnoldshain* am 23. 11. 1990. Die Ausführungen basieren auf meinen Arbeiten zur Kommentierung des § 1671 BGB im *Staudinger* (erscheint Frühjahr 1991).

1 BVerfGE 59, 360, 376f.; *BVerfG*, FamRZ 1982, 1179, 1182.

2 BVerfGE 24, 129, 143f.

3 BVerfGE, a.a.O., Fn. 2.

4 *BVerfG*, FamRZ 1982, 1179, 1182.

5 BVerfGE 31, 194, 205 = NJW 1971, 1447f. = FamRZ 1971, 421, 424; FamRZ 1982, 1179, 1182; vgl. *BVerfG*, NJW 1981, 217, 218.

6 *BVerfG*, FamRZ 1982, 1179, 1182.

7 *BVerfG*, a.a.O. Fn. 6.

8 *BVerfG*, NJW 1971, 1447, 1448; NJW 1981, 217, 218 (für den Fall mangelnder Elterneinigung); FamRZ 1982, 1179, 1182 (für den Fall elterlicher Einigkeit).

9 *BVerfG*, a.a.O. Fn. 6.

10 *BVerfG*, a.a.O. Fn. 8.

gerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen«<sup>11</sup>. Nur wenn dies nicht gelingt, kommt eine unmittelbare Gestaltung der Lebensbedingungen des Kindes in Betracht.

Dieser Ansatz des deutschen Verfassungsrechts wird völkerrechtliche Bestätigung und Absicherung erhalten, wenn das *UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes* vom 20. 11. 1989 für Deutschland in Kraft tritt<sup>12</sup>. Aus dessen Präambel sowie Art. 9 Abs. 3 und 18 ergibt sich nicht nur eine Tendenz zugunsten gemeinsamer elterlicher Verantwortung auch nach der Scheidung, sondern auch eine Pflicht des Staates, den Eltern durch geeignete Maßnahmen diese Verantwortungswahrnehmung zu ermöglichen<sup>13</sup>.

Dem aus diesen verfassungs- und demnächst auch völkerrechtlichen Grundsätzen folgendem Gestaltungsauftrag hat der Gesetzgeber mit den §§ 1671, 1634 BGB (zuletzt in der Fassung des Sorgerechtsgesetzes von 1979) zu genügen versucht. Aus dem höherrangigen Recht ergibt sich jedoch die fortbestehende Pflicht, den einfachgesetzlichen Regelungsansatz zu überprüfen und zu ändern, wenn er sich im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben als verbesserungsbedürftig erweisen sollte<sup>14</sup>.

## 2. Das Urteil des BVerfG vom 3. November 1982

Die erste Konsequenz hat das *BVerfG* selbst gezogen, als es den Ausschluß gemeinsamen Sorgerechts in § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB für nichtig erklärte: Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG gebiete es, jedenfalls in jenen Ausnahmefällen, in denen die Eltern trotz der Ehescheidung hinsichtlich der Kinder kooperationswillig und -fähig seien und Kindeswohlgesichtspunkte nicht entgegenstünden, die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts auch nach der Scheidung offen zu halten<sup>15</sup>.

Entgegen manchen Erwartungen hat dieses Urteil nicht zu einer umwälzenden Veränderung der Rechts- und Lebenswirklichkeit in Scheidungsfällen geführt, und auch der rechtliche Streit um das gemeinsame Sorgerecht ist nicht beendet worden: Er hat sich nur verlagert von der Zulässigkeitsfrage auf den grundsätzlichen Stellenwert der gemeinsamen Sorge im System des § 1671 BGB und ihre Voraussetzungen im einzelnen. Die Rechtstatsachen sind umfassend vor allem von *Limbach* in ihrer Studie für das *Bundesjustizministerium* ermittelt worden<sup>16</sup>. Demnach wurde das gemeinsame Sorgerecht nur in etwa 1,3 Prozent aller Scheidungsverfahren angeordnet. Als wesentliche Gründe für diese geringe Bedeutung wurden die verbreitete Unkenntnis von dieser Sorgerechtsform genannt, die Skepsis oder gar Ablehnung vieler Richter und Anwälte sowie die Unsicherheit über die rechtlichen Voraussetzungen (hinsichtlich weiterer Untersuchungsergebnisse muß auf die Studie von *Limbach* verwiesen werden). Vor allem die letztgenannte Unsicherheit hat das *Bundesjustizministerium* dazu bewogen, nach anfänglicher Zurückhaltung nunmehr doch eine ausdrückliche Regelung des gemeinsamen Sorgerechts im Rahmen des § 1671 BGB vorzubereiten – ein Gesetzesentwurf liegt bisher allerdings noch nicht vor<sup>17</sup>.

## 3. Weitere Folgerungen

Aus den dargestellten verfassungsrechtlichen Grundsätzen ergeben sich jedoch Folgerungen, die über diese Reformthematik weit hinausgehen. Die Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts durch das *BVerfG* bedeutete nur eine punktuell-

le, auf die rechtlichen Gestaltungsformen begrenzte Änderung des § 1671 BGB. Im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben sich aber schon Bedenken gegen den in § 1671 BGB zum Ausdruck kommenden Grundansatz des Gesetzgebers zur Regelung des Sorgerechtsproblems bei Scheidung.

Mit § 1671 BGB wird der klassische Regelungsansatz des BGB im Familienrecht fortgesetzt: Der Staat schaltet sich, sofern nicht Minimalstandards verletzt sind, in gesellschaftliche Prozesse nur ein als Konfliktschlichter oder als »Obervormund« zum Schutze nicht voll geschäftsfähiger Personen. Instrument staatlicher Intervention ist die justizielle Entscheidung, vergleichbar dem chirurgischen Einschnitt in soziale Organismen, deren Selbstheilungskräfte versagt haben. Dieser distanzierte Ansatz harmoniert schlecht mit dem verfassungsrechtlich vorgezeichneten Verhältnis von Familie und Staat. Geht man mit dem *BVerfG* davon aus, daß

- (1) die Familie auch nach Scheidung als psycho-sozialer Verband (mit dem Kind als Bindeglied der geschiedenen Eltern) fortbesteht,
- (2) die gemeinsame vorrangige Verantwortung der ehelichen Eltern sich auch gerade darauf erstreckt, das Kindeswohl in der Scheidungssituation und für die Folgezeit zu wahren,
- (3) ein gemeinsamer Elternvorschlag vermutlich die für das Kind beste Lösung bedeutet,
- (4) die Erhaltung und Förderung der gefühlsmäßigen Kindesbindungen an beide Elternteile dem Kindeswohl dient, und stellt man dem schließlich
- (5) das Verhältnismäßigkeitsprinzip und die daraus folgende Verpflichtung des Staates gegenüber, vor Eingriffen zunächst helfend und unterstützend auf Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens hinzuwirken, so wird deutlich, daß der Gesetzgeber mit § 1671 BGB allein seinen Aufgaben gegenüber der Scheidungsfamilie nicht voll genügen kann<sup>18</sup>. Die Aussagen des *BVerfG* zum Verhältnismäßigkeitsprinzip und zur vorrangigen Unterstützungspflicht staatlicher Organe<sup>19</sup> wurden nicht im Scheidungszusammenhang getroffen, sondern im Kinderschutzrecht, wo sie inzwischen auch vom Gesetzgeber verankert wurden (§ 1666a BGB). Sie beanspruchen aber auch Geltung für die

11 BVerfGE 24, 119, 145.

12 Text in deutscher Übersetzung in FuR 1990, 199ff.; dazu *Baer*, FuR 1990, 192ff.; *C. Steindorff*, FuR 1990, 98ff.; *Borsche*, NDV 1990, 83ff.

13 Auch die beiden internationalen Abkommen gegen Kindesentführungen, die am 1. 1. bzw. 1. 2. 1991 für Deutschland in Kraft getreten sind, zielen auf Befriedigung des Kampfes um das Kind und damit letztlich auch auf einvernehmliche Lösungen; vgl. *Haager Übereinkommen* vom 25. 10. 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen sowie das *Europäische Übereinkommen* vom 20. 05. 1980 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgeverhältnisses (BGBl. 1990 II S. 206; BGBl. 1990 I S. 701; BT-Drucks. 11/5314 und 5315).

14 Vgl. *Coester*, in: 6. DFGT, Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 4, 1986, S. 35ff., 36.

15 BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179.

16 *Limbach*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechtstatsachenstudie, 1989, insbesondere S. 18ff., 52, 63ff., 77.

17 Vgl. *Stempel*, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern – Rechtstatsachen und gesetzliche Regelung, 1989; *Engelhardt*, Bundesjustizminister a. D., in: *Limbach*, a.a.O. Fn. 16, Vorwort. Ein erster Denkversuch des *Ministeriums* wurde unter dem 15. 4. 1989 der Praxis zur Stellungnahme zugeleitet (unveröffentlicht).

18 Vgl. auch *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, Rz. III 123–126; *RGRK-Adelmann*, § 1671 Rz. 6.

19 Oben bei Fn. 11.

Wahrnehmung des staatlichen Wächteramtes schlechthin, das – nach herrschender und vom *BVerfG* geteilter Auffassung – auch Grundlage staatlicher Interventionen bei Ehescheidung der Eltern ist. Es fehlte nur bislang an einer konsequenten Umsetzung dieser Erkenntnisse für die Scheidungssituation. Eine solche Umsetzung bedeutet zweierlei:

(1) Der Staat darf den gemeinsamen Elternvorschlag oder Elternstreit nicht als vorgegebene Fakten nehmen und nur zwei verschiedene Entscheidungsraster bereithalten. Um das Sorgerecht streitende Eltern werden ihrer gemeinsamen Verantwortung gegenüber dem Kind nicht gerecht. Die in jüngerer Zeit gewonnenen Erfahrungen aus familientherapeutischer Arbeit mit in der Scheidungskrise befangenen Familien zeigen deutlich, daß der Elternstreit im wesentlichen auf zwei Faktoren beruht: in der persönlichen Verstricktheit jedes Elternteils in den Paar-Konflikt und der mangelnden Informiertheit über die eigenständigen Bedürfnisse und Wünsche des Kindes. Feindschaft und Streit herrschen oft nur an der Oberfläche, dahinter stecken Verletztheit, Angst und Hilflosigkeit<sup>20</sup>. *Vermittlung* durch kompetente Dritte und Unterstützung bei der Erarbeitung tragfähiger Arrangements in der Sorgerechtsfrage wird von einem erheblichen Teil der zerstrittenen Eltern nicht als »staatliche Zwangstherapie« empfunden, sondern dringend gewünscht und – wo immer öffentlich angeboten – aktiv nachgesucht<sup>21</sup>. Das Einigungspotential bei solchen Familien ist erheblich; mit professioneller Unterstützung erreichte Sorgerechtsvereinbarungen haben sich als bestandskräftig erwiesen<sup>22</sup>.

(2) Ziel staatlicher Förderung hat nicht nur die elterliche Einigung als solche zu sein, sondern darüber hinaus ein Einigungsinhalt, der das als fundamental erkannte Bedürfnis von Scheidungskindern bestmöglich befriedigt: den *Erhalt positiver Beziehungen zu beiden Eltern*<sup>23</sup>. Gesetzlichen Niederschlag hat diese Leitidee gefunden in § 1634 Abs. 1 S. 2 BGB, sie kann auch zwanglos der »Bindungsklausel« in § 1671 Abs. 2 BGB integriert werden: Die Erhaltung der Bindung an *beide* Elternteile geht der Erhaltung nur der stärkeren Bindung vor. Dieses inhaltliche Ziel staatlicher Unterstützung und Förderung ist von der Gestaltung der rechtlichen Sorgezuständigkeit prinzipiell unabhängig, es kann auch im Rahmen der Alleinsorge eines Elternteils erreicht werden<sup>24</sup>. Es findet jedoch seinen optimalen und äußerlichen Ausdruck in einem verantwortungsvoll erarbeiteten Kooperationsplan als Grundlage fortgeführter gemeinsamer Sorge für die Kinder.

Diese soeben skizzierten Folgerungen aus den vorliegenden verfassungsgerichtlichen sowie humanwissenschaftlichen Erkenntnissen sind auch dem Gesetzgeber bewußt geworden, ein erster Umsetzungsversuch ist jetzt im Rahmen des KJHG erfolgt. Ziel der nach §§ 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2; 28 S. 1, KJHG zu gewährenden Beratung und Unterstützung ist die Erreichung eines einvernehmlichen Sorge- und Umgangskonzepts der Eltern, das schon aufgrund seiner Befriedigungswirkung dem Kind dient und Grundlage einer richterlichen Entscheidung nach § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB sein kann. Das Kind ist an diesen Erörterungen zu beteiligen (§§ 8 Abs. 1 S. 1 KJHG, 1626 Abs. 2, 1671 Abs. 3 S. 2 BGB).

Zur Begründung des § 17 KJHG wird angeführt, es gehöre »zur Wirklichkeit jeder Familie, daß sie... in Krisen und Konflikte geraten kann, deren Bewältigung ihre eigenen Kräfte übersteigt«<sup>25</sup>. Ein dem Verhältnismäßigkeitsprinzip verpflichtetes, präventiv verstandenes Richteramt erfülle

seine Aufgabe auch im Scheidungsfall deshalb vorrangig durch Hilfe und Unterstützung für die Eltern bei der Herstellung oder Wiederherstellung verantwortungsbewußten Elternverhaltens.

Damit tritt bei verheirateten Eltern neben den richterlichen Interventionsansatz der §§ 1671, 1672 BGB ein *sozialrechtlicher, Hilfe leistender Interventionsansatz*. Dieser Hilfsansatz ist dem Entscheidungsmodell des § 1671 BGB nicht nur tatsächlich, sondern – im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips – auch rechtlich vorgelagert. Dies auch unter dem Gesichtspunkt, daß bei familieninterner Konfliktlösung die staatliche Persönlichkeits- und Beziehungsanalyse, wie sie unvermeidliche Voraussetzung justizieller Entscheidung ist, zurückgedrängt, unter Umständen sogar verzichtbar wird. Persönlichkeitsrechtliche Bedenken gegen das Entscheidungsmodell des § 1671 BGB sowie »kindschädigende Potenzen« des Entscheidungsverfahrens selbst<sup>26</sup> verlieren damit an Gewicht.

Zutreffend nimmt § 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 KJHG weitergehend nicht nur die Schlichtung als solche, sondern die gemeinsam fortgeführte Verantwortung der Eltern zum inhaltlichen Ziel staatlicher Förderungsbemühungen<sup>27</sup>. Das gemeinsame Sorgerecht nach Trennung oder Scheidung mag zwar keine Problemlösung für die große Masse der Scheidungsfälle sein, das Potential geeigneter Familien ist gegenwärtig aber sicherlich noch nicht ausgeschöpft. Letzteres anzustreben gebietet nicht nur das Kindeswohl, sondern auch das Elternrecht – erspart das gemeinsame Sorgerecht doch auch die »Entrechtung« (damit auch *Entpflichtung!*) eines Elternteils. Die Eingriffslegitimation in das Elternrecht fehlt nicht nur bei aktueller, kindeswohlgemäßer Einigkeit der Eltern zugunsten gemeinsamen Sorgerechts, sondern schon bei *potentieller* Kooperationsfähigkeit und -willigkeit, solange nicht angemessene Hilfe und Unterstützung zur Aktualisierung dieses Einigungspotentials angeboten und ggf. gewährt worden ist. Das Jugendamt ist künftig verpflichtet, im familiengerichtlichen Verfahren Rechenschaft über angebotene Hilfsleistungen abzulegen und auf weitere Einwirkungsmöglichkeiten hinzuweisen (§§ 50 Abs. 2 KJHG; 49a FGG). In das Bemühen um Förderung elterlichen Konsenses und Kooperation sind überdies auch alle anderen professionellen Kräfte pflichtgemäß eingebunden – Richter ebenso wie Anwälte (als Organe der Rechtspflege) und Sachverständige. Die offenbar nicht seltene Praxis von Richtern und Anwälten, kooperationswilligen Eltern ihren Plan »auszureden«, ist spätestens seit dem 1. 1. 1991 rechtswidrig (in der ehemaligen DDR schon seit dem 3. 10. 1990)<sup>28</sup>.

20 Vgl. Coester, a.a.O. Fn. 14, S. 48; vgl. dazu auch ausführlich Balloff/Walter, FuR 1991, S. 63 ff. (in diesem Heft) m. w. Nachw.

21 Fthenakis, Archiv für soziale Arbeit 1986, 174 ff.; Prestien, RdJB 1988, 431, 437 ff.; Proksch, FamRZ 1989, 916, 918 ff.; Rabaa, Kindeswohl im Elternkonflikt, 1985, S. 115 ff., 126 ff., 155 ff..

22 Fthenakis, Prestien und Proksch, a.a.O. Fn. 21.

23 *BVerfG*, FamRZ 1982, 1179, 1182; *OLG Celle*, FamRZ 1984, 1035, 1036; FamRZ 1985, 527; *OLG Bamberg*, FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752; *Wallerstein/Kelly*, Surviving the Breakup, 1980; *Wallerstein/Blakeslee*, Gewinner und Verlierer... 1989; *Limbach*, a.a.O. Fn. 16, S. 52; *Proksch*, a.a.O. Fn. 21.

24 Fthenakis, a.a.O. Fn. 21, S. 187; *Jopt*, FamRZ 1987, 875, 884.

25 RegEntw. zum KJHG, BR-Drucks. 503/89, S. 65; vgl. auch BT-Drucks. 11/5948, S. 58.

26 Dazu *Schwab*, a.a.O. Fn. 18, Rz. III 121–126.

27 BT-Drucks. 11/5948, S. 58.

28 Vgl. zum ganzen *Staudinger/Coester*, (s. Fn. \*) § 1671 Rz. 168.

Die Zusammenschau des *BVerfG*-Urteils von 1982 sowie des § 17 KJHG könnte dazu verleiten, von der »doppelten Geburt des gemeinsamen Sorgerechts« zu sprechen. Doch scheint dem *Verfasser* die Fixierung auf diese Rechtsform der nahehelichen Kindessorge den Schwerpunkt der neuen Rechtsentwicklung eher zu verdecken, nämlich den Wechsel im staatlichen Interventionsansatz. Das *BVerfG* hat 1982 nur ein rechtliches Ventil für jene Ausnahmeeltern geöffnet, die sich aus eigener Kraft und Verantwortungsbewußtsein zur nahehelichen Kooperation im Kindesinteresse entschließen. § 17 KJHG liegt hingegen ein breitflächiger Ansatz zur Beeinflussung des *Durchschnittsfalls* zugrunde (ein Ansatz, der – wie nur nebenbei zu erwähnen ist – nicht einmal auf eheliche Eltern beschränkt ist). Ihm kommt daher fundamentale sozialpolitische Bedeutung zu, er ist tendenziell geeignet, dem Massenproblem Scheidung etwas von seiner menschlichen und rechtlichen Schärfe zu nehmen – mit Fernwirkungen sogar auf die unterhaltsrechtliche Ebene. Zur Abgrenzung: Das justizielle Entscheidungsmodell des § 1671 Abs. 2 BGB wird für einen Bodensatz heillos zerrütteter Familienverhältnisse Bedeutung behalten und unverzichtbar sein. Das Grundgesetz legitimiert auch nicht staatlich verordnete Therapie für Scheidungsfamilien, die aus eigener Kraft zur konstruktiven Neuregelung ihrer Beziehungen nicht in der Lage sind<sup>29</sup>. Das Entscheidungsmodell des § 1671 BGB ist damit sogar Garant privater Freiheit vor staatlicher Ingerenz. Aus Art. 6 Abs. 1 und 2 GG wie auch aus dem Sozialstaatsprinzip folgt aber die Pflicht des Staates, Familien, die in soziale Not geraten sind und Hilfe wünschen, diese auch anzubieten. Konzeptionell wird damit die justizielle Sorgerechtsentscheidung zwischen beiden Eltern vom normativen Regelfall staatlicher Intervention zu einem Notverfahren bei hoffnungslos zerstrittenen Eltern. Damit ist schließlich auch der geplanten Reform des § 1671 BGB der Weg vorgezeichnet. Wird der konzeptionelle Zusammenhang dieser Vorschrift mit § 17 KJHG nicht gesehen und normativ verfestigt, besteht die Gefahr, daß wieder nur Flickwerk produziert wird – wie kürzlich beim Novellierungsvorschlag zu § 1711 BGB<sup>30</sup>.

### III. Weitergehende Änderungsvorschläge

#### 1. Fakultative Sorgerechtsregelung

Über diese skizzierte Rechtsentwicklung hinaus mehren sich die Vorschläge, die Sorgerechtsregelung bei Scheidung ganz aus der staatlichen Zwangsaufsicht zu entlassen. Der Zwang zur familiengerichtlichen Entscheidung über die elterliche Sorge im Scheidungsurteil, wie er derzeit in §§ 1671 Abs. 1 BGB und 623 ZPO festgeschrieben ist, wirke oft erst als Streitauslöser, die Furcht vor gerichtlicher Entrechtung führe zur Kampfhaltung. De lege ferenda besser sei es, die Dinge sich »erst einmal entwickeln zu lassen« und eine Sorgerechtsregelung nur für den Fall vorzusehen, daß bei Scheidung oder in der Folgezeit ein Elternteil eine solche Regelung beantragt, entsprechend § 1672 BGB für die Trennungsphase<sup>31</sup>. Immerhin wird ein solcher Ansatz vereinzelt im Ausland praktiziert, ohne daß von Problemen berichtet wird (z. B. Schweden, UdSSR – allerdings fehlen fundierte Erfahrungsberichte). Überraschende Unterstützung hat diese Position nun auch durch den neu gefaßten § 25 FGB der ehemaligen *DDR* erhalten<sup>32</sup>. Nach dessen Abs. 1 sollte das

Gericht über das Erziehungsrecht nach Scheidung nur auf Antrag eines Elternteils entscheiden, Abs. 5 gestattete auch nachträgliche Anträge und Entscheidungen. Ob die Gesetzesverfasser sich über die Bedeutung ihres Schrittes voll im klaren gewesen sind, ist allerdings nicht ganz sicher, denn in §§ 13 Abs. 1 und 49 Abs. 2 der *DDR-ZPO* vom 29. 6. 1990 wurde andererseits die zwingende Verbundentscheidung über Scheidung, Sorge- und Umgangsrecht vorgeschrieben. In der Deutung von *Eberhardt*<sup>33</sup> galt am 1. und 2. Oktober 1990 in der *DDR* deshalb folgendes Recht: Das Scheidungsurteil mußte eine Entscheidung auch über das Sorge- und Umgangsrecht enthalten; *inhaltlich* war aber – mangels eines anders lautenden Antrags der Eltern – auf Belassung des gemeinsamen Sorgerechts zu erkennen. Im Ergebnis galt also ein im Vergleich zu westdeutschen Reformforderungen abgemildertes Antragsprinzip.

Noch von einer anderen Seite her ergeben sich Argumente für dieses Modell. Ein künftiges deutsches Nichtehelehenrecht wird unter bestimmten Voraussetzungen ein gemeinsames Sorgerecht auch für nichtverheiratete Eltern vorsehen müssen, entweder nur für nichteheleiche Lebensgemeinschaften oder sogar darüber hinausgehend (§ 46 Abs. 4 des novellierten FGB hat auch insoweit schon den Weg gezeichnet). Jedenfalls beim Zerbrechen nichteheleicher Lebensgemeinschaften ist kein Gesichtspunkt erkennbar, warum die staatliche Intervention im Kindesinteresse hier anders aussehen sollte als bei verheirateten Eltern – im sozialrechtlichen Hilfsansatz des § 17 KJHG wird konsequenterweise schon nicht mehr zwischen verheirateten und unverheirateten Eltern differenziert. Allerdings gibt es bei nichteheleichen Partnern keine gerichtliche Scheidung. Es bleibt deshalb nur die Alternative, die staatliche Offizialkontrolle des Sorgerechtsarrangements entsprechend § 1671 Abs. 1 BGB statt an der Scheidung an der faktischen Trennung anzuknüpfen oder aber ein Antragsystem entsprechend § 1672 BGB vorzusehen. Letzteres würde bedeuten, daß das gemeinsame Sorgerecht der Eltern als unkontrollierter Regelfall fortbestünde, bis ein Antrag auf Alleinsorge gestellt würde. Dies müßte aber zwangsläufig Rückwirkungen auf die Sorgerechtsregelung bei Scheidung verheirateter Eltern haben: Man kann nicht dort eine Sorgerechtsgestaltung von intensiver gerichtlicher Überprüfung und Gestattung abhängig machen, die nichteheleichen Partnern der Sache nach »geschenkt« wird.

#### 2. Problematik des Antragsystems

Was sich hier gewissermaßen als Ei des Kolumbus darstellt, nämlich die Erstreckung des Antragsystems auch auf Scheidungseltern, erscheint bei näherem Hinsehen jedoch als nicht unproblematisch. Dieser Reformvorschlag zielt nicht auf Eltern, die die Sorgerechtsfrage ohnehin einvernehmlich regeln oder aber streitig austragen, sondern vornehmlich auf Konflikte scheuende, aber einigungsunfähige Eltern. Die

29 Warnend *Dieckmann*, AcP 178 (1978), 298, 317 Fn. 61; *Hinz*, ZfJ 1984, 529, 532; *Klenner*, FamRZ 1989, 804, 807f.; *Rabaa*, a.a.O. Fn. 21, S. 121.

30 Dazu treffend *Schwab*, FamRZ 1990, 932ff.

31 *Baer*, ZRP 1989, 344, 347f.; *Beres*, DAVorm 1983, 16f.; *Ditzen*, FamRZ 1987, 239f.; *Jopt*, FamRZ 1987, 875, 881; *Lempp*, Zur Sache 1/78, S. 117; *Lidle-Haas*, Das Kind im Sorgerechtsverfahren bei der Scheidung, 1989, S. 35f.; *Müller-Alien*, ZfJ 1989, 443ff.; *MünchKomm-Hinz*, § 1671 Rz. 76; ähnlich: *Dieckmeis*, ZfJ 1989, 57, 58.

32 Erstes FamRÄG der *DDR* vom 20. 7. 1990, GBl. I (Nr. 52), S. 1038.

33 FamRZ 1990, 917, 922.

Dinge sich faktisch entwickeln zu lassen, besteht schon während der gesetzlichen Trennungszeit Gelegenheit. Spätestens nach gewisser Konsolidierung der neuen Verhältnisse entspricht es elterlicher Pflicht, sich über die Situation ihrer Kinder klar zu werden und deren Lebensverhältnisse kindgerecht zu ordnen und abzusichern. Wird die Kompetenzfrage erst bei aktuellen Regelungsproblemen (z. B. Berufswahl, Operation) aufgeworfen, drohen eine Blockierung kindgerechter Entscheidungen oder deren Verlagerung auf staatliche Instanzen (§ 1628 BGB). Statt konfliktauslösend kann der Entscheidungszwang bezüglich des Sorgerechts auch einigungsfördernd wirken (deutlich insoweit § 630 ZPO). Ein Offenlassen der Sorgerechtsfrage würde schließlich kaum zu vereinbaren sein mit der verfassungsrechtlichen Abwägung von Elternrecht und Kindeswohl, die das *BVerfG* in seinem Urteil zum gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Eltern getroffen hatte<sup>34</sup>: Die gemeinsame Sorge würde dann künftig nicht mehr auf kontrollierter, kindeswohlverträglicher Einigung beruhen, sondern wäre unkontrollierte Folge einer auf Einigungsfähigkeit beruhenden Nicht-Entscheidung der Eltern, bestenfalls elterlicher Entschlußlosigkeit. Auch stünde das Antragsystem mit der nahezu einhelligen Meinung im Widerspruch, daß gemeinsames Sorgerecht *ohne* einen entsprechenden übereinstimmenden Elternvorschlag nicht in Betracht kommt – *Limbach* z. B. lehnt dies als »fürsorgliche Bevormundung widerspenstiger Eltern« ab<sup>35</sup>, das *OLG Bamberg* spricht gar von einer »groben Gefährdung des Kindeswohls«<sup>36</sup>.

Es wird deutlich: Das Antragsystem fügt sich schlecht mit dem zusammen, was wir derzeit zum gemeinsamen Sorgerecht im Rahmen des § 1671 BGB für richtig halten. Sollten wir radikal umdenken oder an der Offizialkontrolle festhalten? Obwohl die Vorstöße zugunsten des Antragsystems im »Trend« (nicht von heute, aber von morgen) zu liegen scheinen, vermag sich der *Verfasser* ihnen doch nicht anzuschließen. Es ist in den vergangenen Jahrzehnten viel von den eigenständigen Interessen und Rechten des Kindes gesprochen worden; deren rechtliche Anerkennung durch Gesetzgeber und Gerichte gilt als emanzipatorischer Fortschritt. Die Akzeptierung auch der Kinder als gleichberechtigte Bürger unseres freiheitlichen Rechtsstaats hat es ermöglicht, die elterliche Sorge als rein treuhänderische, pflichtenorientierte Rechtsmacht zu verstehen. Jetzt, wo es um Emanzipation der Eltern von staatlicher Kontrolle geht, spricht niemand mehr vom Kindesinteresse – woher kommt dieses Vertrauen in kindgerechtes Verhalten von Eltern einer zerrütteten Ehe, die sich bei der Scheidung nicht

einmal zu einem Konsens über die sorgerechtlichen Verhältnisse zusammenfinden können? Daß bisher mehr an die Eltern als an die Kinder gedacht wurde, zeigt sich auch daran, daß – soweit der *Verfasser* dies überschaut – ein eigenständiger Regelungsantrag des *Kindes* nicht in Betracht gezogen worden ist. Nur wenn auch das hauptbetroffene Kind eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen kann, erscheint aber ein Antragsystem erst diskutierbar.

Weiterhin sollte bedacht werden, daß viele Scheidungsfolgen von der Entscheidung über die elterliche Sorge abhängen (Wohnung, Unterhalt). Das Antragsystem würde zu einer weitgehenden Aufgabe des Verbundprinzips zwingen. Schließlich müssen die Reformvorschläge vor dem Hintergrund des sich wandelnden staatlichen Interventionsansatzes bei Scheidung, wie er im ersten Teil dieser Darstellung beschrieben wurde, neu überdacht werden. Der moderne Sozialstaat droht nicht in erster Linie mit Salomons Schwert und treibt so die Eltern in Kampfhaltung und Antagonismus, sondern konzentriert seine Einwirkung primär auf die Herbeiführung einer innerfamiliären Einigung, mit dem inhaltlichen Ziel, dem Kind auch nach Scheidung soviel von beiden Eltern zu erhalten wie möglich. Hieran gemessen erweist sich der Vorschlag, die Dinge erst einmal treiben zu lassen, eindeutig als die schlechtere Lösung. Gelingt es dann aber trotz professioneller Unterstützung nicht, eine konsentrierte Sorgerechtsregelung zu erreichen, erscheint es um so problematischer, das Kind diesen einigungsunfähigen Eltern als Versuchskaninchen zu überlassen.

Insgesamt sprechen also die besseren Gründe für eine Beibehaltung staatlicher Offizialkontrolle im Kindesinteresse, verbunden mit sozialrechtlicher Beratung und Unterstützung der Eltern bei der Erarbeitung eines kindgerechten Sorgerechtsarrangements. Beim gemeinsamen Sorgerecht nicht verheirateter Eltern de lege ferenda muß Entsprechendes gelten, statt an den Rechtsakt der Scheidung als Einsatzpunkt der Kontrolle ist an das Faktum der dauernden Eltern-trennung anzuknüpfen. Die Dauerhaftigkeit der Trennung ist schon nach geltendem Recht Tatbestandsmerkmal in § 1672 BGB, und auch die Offizialentscheidung ist dort begrenzt bereits möglich. Es wäre lediglich notwendig, sie für nicht verheiratete Eltern mit gemeinsamem Sorgerecht zum Regelfall zu erheben.

34 Oben Fn. 15.

35 *Limbach*, a.a.O. Fn. 16, S. 82.

36 *OLG Bamberg*, FamRZ 1987, 509, 511; w. Nachw. bei *Staudinger/Coester*, (s. Fn. \*) § 1671 Rz. 172, 173.