

Nacheheliche Elternschaft
Möglichkeiten und Grenzen elterlicher Verantwortung
nach dem Scheitern einer Ehe

Herausgegeben von Johannes Horstmann

Mit Beiträgen von

Michael Coester

Reinald Eichholz

Wassilios E. Fthenakis

Uwe-Jörg Jopt

Hans Kramer

Matthias Weber

Max Wingen

Stellungnahme des Landesvorstandes des Familienbundes der Deutschen Katholiken - Landesverband Nordrhein-Westfalen - zu Fragen der nachehelichen Elternschaft

Familienbund der Deutschen Katholiken, NRW, Münster 1992

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
<i>Aus der Elternschaft kann man sich nicht entlassen</i>	9
Stellungnahme des Landesvorstandes des Familienbundes der Deutschen Katholiken - Landesverband Nordrhein-Westfalen - zu Fragen der nahehelichen Elternschaft	
<i>Michael Coester</i>	13
Das Familienrecht: Möglichkeiten und Grenzen juristischer Regelungen der nahehelichen Elternschaft	
<i>Uwe-Jörg Jopt</i>	31
Fortbestehende Elternschaft und Nachscheidungsfamilie	
<i>Wassilios E.Fthenakis et al.</i>	53
Kindliche Bewältigung des Scheidungsgeschehens Empirische Befunde und Konsequenzen für den Reorganisationsprozeß von Familie	
<i>Hans Kramer</i>	85
Aus der Elternschaft kann man sich nicht entlassen Theologische Reflexionen zur nahehelichen Elternschaft	
<i>Matthias Weber</i>	105
Hilfe bei der Einarbeitung und Ausübung nahehelicher Elternschaft durch Beratungsdienste	
<i>Reinald Eichholz</i>	123
Kindeswohl nach der Scheidung Familien- und Sozialpolitik als Beitrag zum Gelingen nahehelicher Elternschaft	
<i>Max Wingen</i>	131
Scheidungsweisen im Spiegel der amtlichen Statistik	
Zu den Autoren	163

Das Familienrecht: Möglichkeit und Grenzen juristischer Regelungen der nachehelichen Elternschaft

Der Begriff der "nachehelichen Elternschaft" als Ausdruck des Umstands - wie auch des Postulats -, daß sich Eltern auch nach ihrer Scheidung als Ehegatten verbunden bleiben in ihrer gemeinsamen Verantwortung und Elternrolle gegenüber dem Kind, diese Vorstellung war dem überkommenen Familienrecht fremd. Nach der ursprünglichen Regelung des BGB (§ 1635 a.F.) gebührten die Kinder dem an der Scheidung schuldlosen Teil; bei beidseitiger Schuld erfolgte eine Verteilung nach dem Geschlecht: Kleinkinder und Töchter zur Mutter, Söhne ab 6 Jahren zum Vater. Dahinter stand die unangezweifelte - und deshalb auch unausgesprochene - Vorstellung, daß mit der Ehe auch die *eheliche Familie* als geschützter Ort familialer Interaktion und als Sozialraum für das Aufwachsen der Kinder zerfällt. Aus den Trümmern bilden sich separate Teileinheiten - für die ihrer bisherigen Lebensbasis beraubten Kinder stellte sich nur die Frage, welcher Teilfamilie sie zuzuordnen sind.

Diese Sicht war Folge eines institutionellen Ehe- und Familienbegriffs sowie statusorientierten Denkens. Trotz mehrfacher Gesetzesänderungen, die vor allem darauf zielten, das Interesse der betroffenen Kinder als Verteilungsmaßstab in den Vordergrund zu rücken, hat sich an dieser gesetzlichen Grundkonzeption bis 1982 nichts geändert. Zwar haben Statusdenken und institutioneller Ehebegriff nach der zunächst restaurativen Welle der 50er Jahre zunehmend an Boden verloren; das "Trümmermodell" der Scheidungsfamilien fand jedoch von anderer, wissenschaftlicher Seite her neue Absicherung: Von einer psychoanalytisch beeinflussten Entwicklungspsychologie, die die empirischen Erkenntnisse der Deprivationsforschung, vornehmlich an Heimkindern, mehr oder weniger unreflektiert auf die Scheidungs-

situation übertrug. Zentraler Aspekt dieser Lehre war die *kindliche Bindung* an seine erwachsenen Bezugspersonen, verstanden als gewachsenes, prinzipiell meßbares psychosoziales Band, was besonders stark oder gar ausschließlich entwickelt ist. Der Schutz dieser Bindung sollte Hauptanliegen bei der Sorgerechtsregelung bei Scheidung sein - es galt also, die "Hauptbezugsperson" des Kindes herauszufinden. Noch im SorgeRG von 1980 fand diese Lehre ihren Niederschlag: Im Hinweis auf die Kindesbindungen gem. § 1671 Abs. 2, Hs 2 BGB.

Indem die Bindungstheorie, jedenfalls in ihrer ursprünglichen Form, die "Bindung" einseitig aus der Person des Kindes und prinzipiell beschränkt auf eine bestimmte Bezugsperson definierte, blieb ihr die Vorstellung eines multilateralen, wechselseitigen und sich stets fortentwickelnden Beziehungsnetzes in der Familie verschlossen. Gedeihliche Beziehungen zu mehreren Erwachsenen gleichzeitig waren nur vorstellbar bei harmonischem Verhältnis dieser Erwachsenen zueinander; mit der Harmonie mußte im Scheidungsfall eine der Elternbindungen, die "schwächere", weichen zugunsten des Erhalts der wichtigeren "Hauptbindung". Inwieweit das "Trümmermodell" unreflektierter Ausgangspunkt oder Ergebnis der Bindungstheorie war, muß offenbleiben - jedenfalls bot sie keinen Raum für das Konzept "nachehelicher Elternschaft".

Daß dieses Konzept heute, nur gut 10 Jahre nach dem SorgeRG, dennoch im Vordergrund gesellschaftspolitischen, wissenschaftlichen und juristischen Interesses steht, ist im wesentlichen zwei fast parallel laufenden Entwicklungen zu verdanken: Auf fachwissenschaftlicher Seite der Infragestellung des statischen Bindungsbegriffs durch eine familiendynamische Sichtweise, und auf juristischer Ebene durch eine verfassungsgerichtliche Entfaltung der Vorgaben des Grundgesetzes für die Sorgerechtsregelung nach Scheidung, die, zunächst kaum bemerkt, dann aber immer zwingender und unübersehbarer auf eine Aufgabe des "Trümmermodells" hinauslief sowie auf das Postulat eines juristischen Konzepts "nachehelicher Elternschaft". Wie fast stets nach dem zweiten Weltkrieg war es also nicht der Gestaltungswille des Gesetzgebers, d.h. vor allem des Deutschen Bundestages, der zu familienrechtlichen Veränderungen geführt hat; auslösend waren vielmehr die Impulse und der Vollzugsdruck aus Karlsruhe mit dem

Ziel einer Angleichung der Gesetzeswirklichkeit an die verfassungsrechtlich vorgegebene Ordnung. Zwar hat der Gesetzgeber inzwischen, im Rahmen des KJHG 1991 erstmalig die verfassungsgerichtlichen Impulse aufgenommen und umgesetzt. Insgesamt steht die Ausformung eines rechtlichen Konzepts "nachehelicher Elternschaft" jedoch noch am Anfang. Eine Reform des § 1671 BGB soll folgen, und seit der Entscheidung des BVerfG vom 7.5.1991 zum gemeinsamen Sorgerecht nicht verheirateter Eltern (FamRZ 1991, 913) wird man nicht umhinkönnen, *nacheheliche* und *nichteheliche* Elternschaft in einem Gesamtkonzept miteinander zu verbinden.

Ich will im folgenden jedoch weniger über unser *künftiges* Recht spekulieren als vielmehr das derzeit geltende Recht darstellen: Inwieweit hat der Gedanke einer "nachehelichen Elternschaft" darin Platz, welche Gestaltungsmöglichkeiten gibt es, wo setzt das Recht Grenzen, und wo findet das Recht selbst seine Grenzen bei der Beeinflussung der nachehelichen Eltern-Kind-Beziehungen?

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben des BVerfG

Bevor ich auf die familienrechtlichen Regelungen eingehe, sollen kurz die verfassungsrechtlichen Vorgaben skizziert werden, die nach Auffassung des BVerfG für unser Thema zu beachten sind. Demnach ist Ausgangspunkt für Regelungen des elterlichen Sorgerechts Art. 6 Abs. 1 und 2 GG. Das in Abs. 2 S. 1 garantierte Elternrecht versteht das BVerfG als ein "fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit"¹, die ihre Legitimation und gleichzeitig ihre Grenzen in der Aufgabe findet, das Kind zu pflegen und zu erziehen zu einer selbstbestimmungs- und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit.² Elternrecht und Elternpflicht sind "unlöslich miteinander verbunden".³ Diese mit "Elternverant-

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

² BVerfGE 24, 129, 143 f.

³ BVerfGE 24, 129, 143.

wortung" bezeichnete Kompetenz der Eltern genießt *Vorrang* gegenüber staatlichen Maßnahmen zur Förderung des Kindeswohls (vgl. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG: "zuvörderst"). 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".⁴

Trennung und Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihrer Verantwortung gegenüber dem Kind, vielmehr sind sie verpflichtet, "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".⁵ Zur fortwirkenden Verantwortung der Eltern für ihre Kinder gehört es, eine *einverständliche Regelung* der Sorgerechtsfrage zu finden.⁶ 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.⁷

Aus dem **Wächteramt des Staates** (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) folgt die Legitimation des Staates, in jedem Scheidungsfall zugunsten des Kindes zu intervenieren. Bei *elterlicher Einigkeit* beschränkt sich das Wächteramt auf eine Kontrollfunktion: Es bleibt zu prüfen, ob die von den Eltern vorgeschlagene Regelung erkennbar die Kindesinteressen verletzt. Darüber hinausgehende staatliche Eingriffe oder Reglementierungen sind unzulässig.⁸ Bei *elterlichem Streit* ist der Staat

⁴ BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182.

⁵ BVerfGE 31, 194, 205; FamRZ 1982, 1179, 1182.

⁶ BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182.

⁷ BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182.

⁸ BVerfG NJW 1971, 1447,1448; FamRZ 1982, 1179, 1182.

sowohl als Wahrer des Rechtsfriedens wie auch der Kindesinteressen zur Schlichtung und Regelung gefordert.⁹

Allerdings gilt - wie auch bei allen staatlichen Eingriffen in private Rechte - der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*: "Der Staat muß daher nach Möglichkeit zunächst versuchen, durch helfende, unterstützende, auf Herstellung oder Wiederherstellung eines verantwortungsgerechten Verhaltens der natürlichen Eltern gerichtete Maßnahmen sein Ziel zu erreichen".¹⁰ Erst wenn eine Kindeswohlwahrung *über* die Eltern nicht möglich ist, kommen unmittelbar regelnde Eingriffe in das Sorgerecht in Betracht.

Diese verfassungsrechtlichen Grundsätze ergeben sich aus einer Gesamtschau mehrerer Entscheidungen des BVerfG; die aus ihnen folgenden Konsequenzen sind auch in der juristischen Fachwelt noch nicht überall erkannt. Eine Konsequenz hat das BVerfG allerdings selbst gezogen und außer Streit gestellt: Das Familienrecht muß die Möglichkeit offenhalten, daß im Einzelfall verantwortungsbewußte und kooperationsfähige Eltern auch nach ihrer Ehescheidung das elterliche Sorgerecht gemeinsam fortführen können: Die das gemeinsame Sorgerecht ausschließende Vorschrift des § 1671 Abs. 4 S. 1 wurde im Jahre 1982 für verfassungswidrig erklärt.¹¹

2. Verfassungsrechtlich gebotener Interventionsansatz

Auf die Gestaltungsform des gemeinsamen Sorgerechts wird noch konkret einzugehen sein - zunächst ist aber schon jetzt zu betonen, daß der Staat mit der bloßen Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts noch nicht alles ihm Mögliche und Gebotene zur Förderung nachehelicher Elternschaft getan hat. Dies zeigt schon die tatsächliche Entwicklung in der Bundesrepublik seit 1982: Es ist nicht, wie von

⁹ BVerfG NJW 1981, 217, 218.

¹⁰ BVerfGE 24, 119, 145.

¹¹ BVerfG FamRZ, 1982, 1179 ff.

mancher Seite erwartet bzw. befürchtet, zu einer umwälzenden Veränderung der Rechts- und Lebenswirklichkeit gekommen. Das gemeinsame Sorgerecht ist (unbeachtet regionaler Schwankungen) nur in etwa 1,3 % aller Sorgerechtsverfahren angeordnet worden. Nach einer rechtstatsächlichen Untersuchung¹² sind die Gründe hierfür u.a. verbreitete Unkenntnis beider Eltern von dieser Sorgerechtsform sowie die Skepsis oder gar Ablehnung durch Richter und Rechtsanwälte. Darüber hinaus wirkte der bis heute andauernde Streit um die rechtlichen Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts eher abschreckend.

Dieser Streit könnte durch die eingeleitete Novellierung des § 1671 BGB beseitigt werden - unberührt bliebe dadurch jedoch das statistisch unbefriedigende Bild. Dieses kann nur verändert, dem Konzept der "nachehelichen Elternschaft" also größere Bedeutung in der gesellschaftlichen Realität verschafft werden, wenn neben den *justitiellen Regelungsansatz* des § 1671 ein *zweiter Ansatz staatlicher Intervention* tritt - ein auf Unterrichtung, Beratung und Unterstützung gerichteter Ansatz, d.h. aktive soziale Förderung der Eltern bei ihrem Bemühen, Partnerscheidung und fortdauernde Elternschaft miteinander zu vereinbaren. Ein erster Schritt in diese Richtung ist durch das KJHG vom 1.1.1991 gemacht worden. Nach § 17 des Gesetzes sind die Eltern im Falle einer Trennung oder Scheidung vom Jugendamt über eine Kindeswohlgerechte Wahrnehmung ihrer Elternverantwortung zu beraten; ihnen ist Unterstützung zu gewähren bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzepts nachehelicher Elternschaft, das dann auch als Grundlage der richterlichen Entscheidung nach § 1671 BGB dienen kann. Eine entsprechende Unterstützungspflicht ist auch den Erziehungsberatungsstellen auferlegt, auf deren Hilfe bei Erziehungsproblemen ein Anspruch besteht (§ 28 S. 1 KJHG).¹³

Was diese neuen Vorschriften für die Jugendhilfepraxis und die Eheberatungsstellen bedeuten, ist weitgehend noch unklar - Unsicherheit über die Funktionen, Befugnisse und Pflichten gegenüber Eltern und

¹² Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechtstatsachenstudie (1989).

¹³ §§ 17 und 28 KJHG hier vollständig zitiert S. 106f.

Familiengericht scheinen bei den Sozialarbeitern vorzuherrschen. Was diese Vorschriften jedoch bedeuten *sollten*, wenn sie sinnvoll und verfassungstreu mit Leben erfüllt würden, kann wie folgt skizziert werden:

(1) *Ein* Ziel staatlicher, d.h. jugendhilferechtlicher sowie juristischer Bemühungen muß der **elterliche Konsens** über die sorge- und umgangsrechtliche Gestaltung nach der Scheidung sein. Der Staat genügt seinen Pflichten noch nicht, wenn er gemeinsamen Elternvorschlag oder Elternstreit als vorgegebene Fakten nimmt und nur zwei verschiedene Entscheidungsraster bereithält. Immerhin werden um das Sorgerecht streitende Eltern ihrer Gemeinsamverantwortung gegenüber dem Kind nicht gerecht, und die Erfahrungen aus familientherapeutischer Arbeit zeigen, daß der Elternstreit regelmäßig nicht bösen Willen der Beteiligten signalisiert, sondern im wesentlichen auf zwei Faktoren beruht: auf der persönlichen Verstricktheit jeden Elternteils in den Paar-Konflikt und der mangelnden Informiertheit über die eigenständigen Bedürfnisse und Wünsche des Kindes. Deshalb ist *Vermittlung* geboten durch kompetente Dritte, Aufklärungsarbeit hinsichtlich der Situation und Bedürfnisse des Kindes sowie Unterstützung bei der Erarbeitung tragfähiger Arrangements in der Sorgerechtsfrage. Diese Hilfen werden von einem erheblichen Teil der zerstrittenen Eltern nicht als "staatliche Zwangstherapie" empfunden, sondern dringend gewünscht und - wo immer öffentlich angeboten - aktiv nachgesucht.¹⁴ Die Erfahrungen zeigen weiterhin, daß das Einigungspotential bei solchen Familien erheblich ist und daß die mit professioneller Unterstützung erreichten Sorgerechtsvereinbarungen bestandskräftig sind.

Mit der elterlichen Einigung als solcher ist schon, unabhängig von deren Inhalt, ein wesentlicher Erfolg im Interesse der betroffenen Kinder erreicht: Die mit der Einigung verbundene *Befriedung* der Elternbeziehungen bewahrt die Kinder vor der schlimmsten Alternative: Dem fortgesetzten Streit und Kampf um Sorge- und Umgangsrecht, nur allzuoft verbunden mit Aufhetzung und Instrumentalisierung der Kinder ohne Rücksicht auf ihre wahren Bedürfnisse.

¹⁴ Vgl. Fthenakis, Archiv für soziale Arbeit 1986, 174 ff.; Proksch FamRZ 1989, 916, 918 ff.; Rabaa, Kindeswohl im Elternkonflikt (1985) S. 115 ff.; 126 ff.; 155 ff.

(2) Ziel staatlicher Förderung hat aber nicht nur die elterliche Einigung als solche zu sein, vielmehr ist darüber hinaus ein *Einigungsgelalt* anzustreben, der das inzwischen als fundamental erkannte Bedürfnis von Scheidungskindern bestmöglich befriedigt: Den **Erhalt positiver Beziehungen zu beiden Eltern**.¹⁵ Dieses inhaltliche Ziel staatlicher Unterstützung und Förderung ist von der Gestaltung der rechtlichen Sorgezuständigkeit prinzipiell unabhängig; wieviel an "nahehelicher Elternschaft" in diesem Sinne für das Kind erreicht wird, hängt nicht von der faktischen Ausgestaltung des Verhältnisses des Kindes zu beiden Elternteilen ab. "Naheheliche Elternschaft" kann also auch ohne weiteres im Rahmen der rechtlichen Alleinsorge eines Elternteils praktiziert werden. Sie findet allerdings ihren optimalen und äußerlichen Ausdruck in einem verantwortungsvoll erarbeiteten Kooperationsplan als Grundlage fortgeführter gemeinsamer Sorge für die Kinder.

Zutreffend nimmt § 17 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 KJHG dieses inhaltliche Interventionsziel des Staates in sich auf. Dies läßt der Gesetzeswortlaut zwar nicht mehr erkennen, die entsprechende Zielrichtung des Gesetzes ergibt sich aber eindeutig aus den Vorentwürfen sowie den Gesetzesmaterialien zum KJHG.¹⁶ Das gemeinsame Sorgerecht nach 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* eines Elternteils und die damit verbundene Verbitterung. Im Lichte des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips fehlt die staatliche Eingriffslegitimation in das Elternrecht 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 gewährt worden ist. Konsequenterweise ist das Jugendamt verpflichtet, im

¹⁵ BVerfG FamRZ 1982, 1179, 1182; OLG Celle FamRZ 1984, 1035, 1036; FamRZ 1985, 527; OLG Bamberg FamRZ 1987, 509, 510; FamRZ 1988, 752.

¹⁶ BT-Drucks. 11/5948, S. 58.

familiengerichtlichen Verfahren Rechenschaft über angebotene Hilfeleistungen 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 und Sachverständige. Die bisher beobachtete Praxis von Richtern und Rechtsanwälten, kooperationswilligen Eltern ihren Plan "auszureden", ist also seit Inkrafttreten des KJHG rechtswidrig.¹⁷

Mit diesem sozialrechtlichen Förderansatz geht das KJHG - jedenfalls konzeptionell - weit über das hinaus, was das BVerfG 1982 durch Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts für die naheheliche Elternschaft leisten konnte: Wurde dort nur eine rechtliche Gestaltungsmöglichkeit für wenige, aus eigener Kraft kooperationsfähige Eltern eröffnet, so zielt das KJHG auf eine Beeinflussung und Veränderung des *normalen* Scheidungsfalls. Prägend für den staatlichen Interventionsansatz sollen nicht mehr Trümmermodell und Verteilungsregelungen sein, sondern möglichst weitgehend, fortgeführte Elterngemeinsamkeit im Verhältnis zum Kind. *Befohlen* oder *erzungen* werden kann nachehelterliche Elternschaft in diesem Sinne allerdings nicht, es werden stets Fälle bleiben, in denen jeder Vermittlungs- oder Beratungsversuch scheitert - Fälle, in denen in der Tat nur noch Trümmer einer früheren Familie existieren. Diese Fälle sind aber zahlenmäßig wohl eher in der Minderheit; Verdienst des KJHG und Aufgabe der Zukunft wird es sein, in allen anderen, den "Normalfamilien" dasjenige an "nachehlicher Elternschaft" zu aktivieren, was den Beteiligten jeweils möglich ist.

3. Nacheheliche Elternschaft und gemeinsames Sorgerecht nach geltendem Recht

Wenden wir uns nun den rechtlichen Regelungen zu, die für Eltern heute zu beachten sind, die auch nach der Scheidung ihre Elternrolle kooperativ ausfüllen wollen. Zunächst ist zu betonen, daß die Eltern

¹⁷ Vgl. Staudinger/Coester § 1671 Rz. 168.

in der Vereinbarung ihrer faktischen Beziehungen zum Kind (Betreuung, Erziehung, persönlicher Kontakt) sowie ihrer wechselseitigen Rechte und Pflichten gegenüber dem Kind *völlig frei* sind. Zwingende staatliche Kontrolle findet nur sehr begrenzt statt - nur über die Zuweisung der rechtlichen Sorgekompetenz für das Kind muß in jedem Fall durch das FamG entschieden werden (§§ 1671 Abs. 1 BGB, 623 Abs. 3 S. 1 ZPO). Schon umgangsrechtliche Fragen werden nur entschieden, wenn zumindest ein Elternteil dies anregt (§ 623 Abs. 3 S. 2 ZPO), und wie die Eltern unter dem Dach rechtlicher Kompetenzzuweisung die Eltern-Kind-Beziehungen tatsächlich ausgestalten, ist nicht mehr Gegenstand rechtlicher oder gerichtlicher Vorschriften. Und selbst die formelle Kompetenzzuweisung durch das FamG kann durch die Eltern weitgehend gesteuert werden: Von ihrem übereinstimmenden Regelungsvorschlag darf der Familienrichter nur abweichen, wenn wichtige Gründe des Kindeswohls dagegen angeführt werden können (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB) - praktisch kommt dies nie vor.

Allerdings sind alle diese Vereinbarungen, die die Eltern zur Ausgestaltung ihrer nahehelichen Elternrolle treffen, "rein privat" in dem Sinne, daß sie nicht erzwungen werden können - sie wirken nur solange, als beide Seiten sich loyal daran halten. Dies ist übrigens bei bestehender Ehe nicht anders - jeder Elternteil kann sich von einer Vereinbarung hinsichtlich der Kindererziehung lossagen, wenn er das Kindeswohl nunmehr anders interpretiert.

Wollen die Eltern ihre fortbestehende gemeinsame Verantwortung stärker institutionalisieren und auch nach außen (wie auch wechselseitig sich selbst gegenüber) dokumentieren, so bietet sich ihnen die **rechtliche Fortführung der gemeinsamen Sorgekompetenz** nach Scheidung an. Voraussetzungen und Inhalt dieser Gestaltungsmöglichkeit sind nach wie vor umstritten.

a) Der Streit betrifft schon die Quelle, aus der die Voraussetzungen zu entnehmen sind. Da das Gesetz schweigt, das BVerfG in seinem Beschluß zum gemeinsamen Sorgerecht von 1982 aber einige Voraussetzungen genannt hat, werden diese verbreitet übernommen als rechtliche Voraussetzungen für die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts durch das FamG. Dies ist schon im Grundansatz verfehlt,

denn das BVerfG hatte eine ganz andere Frage zu beantworten als heute das FamG in einem konkreten Scheidungsfall. Das BVerfG hatte zu fragen, bei welchen Fallgestaltungen der Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts durch das Gesetz so evident ungerechtfertigt und damit Kindeswohlwidrig ist, daß dies als Verstoß des Gesetzes gegen die Verfassung angesehen werden muß. Das FamG hat sich demgegenüber heute die Frage zu stellen, ob im Einzelfall ein fortgeführtes gemeinsames Sorgerecht für das Kind sinnvoll oder schädlich ist. Daß bei dieser zweiten Frage wesentlich mehr Fallgestaltungen in Betracht kommen als bei der Fragestellung des BVerfG, liegt auf der Hand. Als Konsequenz ergibt sich, daß die im Beschluß des BVerfG genannten Voraussetzungen nicht solche für die Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts im Einzelfall sein können. Maßgeblich für das FamG ist vielmehr das Gesetz: § 1671 BGB. Demnach hat das FamG bei Fehlen eines übereinstimmenden Elternvorschlags frei nach dem Kindeswohl zu entscheiden, bei Vorliegen eines übereinstimmenden Elternvorschlags ist es auf die Prüfung beschränkt, ob Kindesinteressen erkennbar sind, die ein Abweichen von diesem Elternvorschlag erfordern (§ 1671 Abs. 2 bzw. Abs. 3 S. 1 BGB). Bei gemeinsamem Elternvorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts findet also *nur eine richterliche Negativkontrolle statt*.¹⁸

b) Damit zu den Voraussetzungen des gemeinsamen Sorgerechts im einzelnen:

(1) Nach fast einhelliger Auffassung darf gemeinsames Sorgerecht nur auf der Grundlage eines **übereinstimmenden Elternvorschlags** angeordnet werden. Vereinzelt wird jedoch auch erwogen, ob nicht gemeinsames Sorgerecht auch einmal ohne übereinstimmenden Elternvorschlag in Betracht kommen könne.¹⁹ Im Grundsatz wird man sagen müssen, daß die für das gemeinsame Sorgerecht zu fordernde Kooperation der Eltern kaum erwartet werden kann, wenn diese sich nicht einmal im Grunde nach zur Vereinbarung dieser Kooperation zusammengefunden haben. Im Einzelfall können aber auch Fälle

¹⁸ Dazu näher Staudinger/Coester § 1671 Rz. 165-167.

¹⁹ Zum ganzen m. Nachw. Staudinger/Coester § 1671 Rz. 172, 173.

nicht ausgeschlossen werden, in denen trotz Antrags auf Alleinsorge durch einen Elternteil die Kooperationsfähigkeit für den Fall der Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts hinreichend sicher festgestellt werden kann. Bei einer Anordnung des gemeinsamen Sorgerechts in solchen Fällen wird es jedoch viel Fingerspitzengefühl seitens des Familienrichters bedürfen.

(2) Kindeswohlprüfung

Liegt ein gemeinsamer Elternvorschlag zugunsten des gemeinsamen Sorgerechts vor, so ist das FamG - wie bereits erwähnt - auf die Prüfung beschränkt, ob erkennbare Gesichtspunkte des Kindeswohls ein Abweichen von diesem Vorschlag erforderlich machen (§ 1671 Abs. 3 S. 1 BGB). Hierbei stellt sich zunächst die *Vorfrage*, ob diese Negativkontrolle bei einem Vorschlag zugunsten gemeinsamen Sorgerechts *intensiver* zu sein hat als bei der Kontrolle von Elternvorschlägen, die auf das Alleinsorgerecht des einen oder anderen Elternteils gerichtet sind. M.E. könnten als Gründe für eine intensivere Kontrolle angeführt werden der Schutz des Kindes vor elterlichem Dissens und Streit (immerhin ist die persönliche Beziehung der Eltern zueinander zerrüttet) sowie der Schutz der Eltern selbst, die möglicherweise gar nicht wissen, "was auf sie zukommt". Aber selbst wenn man eine solche intensivere Kontrolle befürwortet, darf diese doch keinesfalls zu einer Umkehrung des Regel-/Ausnahmeverhältnisses gem. § 1671 Abs. 3 S. 1 BGB führen. Es darf also nicht verlangt werden positive Überzeugung des Richters davon, daß das gemeinsame Sorgerecht die bestmögliche aller Alternativen ist, und das Gericht ist auch nicht befugt zu einer inquisitorischen Gesamtanalyse der elterlichen Persönlichkeiten und Beziehungen²⁰; auch besteht kein Grund für eine regelmäßige Einholung von Sachverständigengutachten. Geboten ist vielmehr nur im *Rahmen der gesetzlich vorgeschriebenen Negativkontrolle* eine Konzentrierung auf die spezifischen Probleme, die sich aus dem gemeinsamen Sorgerecht geschiedener Partner ergeben könnten. Dazu gehören:

²⁰ So aber AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148.

(11) Kooperationswilligkeit der Eltern

Die elterliche Kooperationswilligkeit ist noch nicht notwendig durch ihren übereinstimmenden Antrag zugunsten des gemeinsamen Sorgerechts belegt. Dieser Antrag kann weniger aus den Kindesinteressen als vielmehr durch den Wunsch nach schneller Scheidung motiviert sein (vgl. § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO); es kann sich um bloße *Schein-Einigkeit* handeln, die in der Sache letztlich Einigungsfähigkeit über die Person des Sorgerechtsinhabers ist; die elterliche Vereinbarung kann ferner auf Druck eines überlegenen Partners zustande gekommen sein, der sich fortbestehende Kontrollmöglichkeiten über den geschiedenen Partner und das bei ihm lebende Kind sichern möchte, und das Kind kann schließlich bloßes Handelsobjekt bei der elterlichen Auseinandersetzung gewesen sein.²¹

(22) Auch ein festgestellter Wille der Eltern zur Kooperation gewährleistet noch nicht ihre Fähigkeit hierzu. Ob sie trotz ihrer persönlichen Zerstrittenheit zur Kooperation auf Elternebenen fähig sind, kann anhand ihrer Verhaltensweisen in der Trennungszeit ermittelt werden, weitere Indizien können bisher notwendige Interventionen durch Jugendamt oder Gerichte sein, auch völlig unterschiedliche Erziehungskonzeptionen der Eltern begründen Zweifel an wirklicher Kooperationsfähigkeit. *Kein* Argument gegen die Kooperationsfähigkeit der Eltern ist hingegen der Umstand, daß die Eltern zur Vereinbarung gemeinsamen Sorgerechts erst gekommen sind durch intervenierende Hilfe von Sozialdiensten (etwa gem. § 17 KJHG), da sich die so erarbeiteten Arrangements als in der Folgezeit bestandskräftig erwiesen haben. Kein Argument ist auch das intellektuelle oder Bildungsniveau der Eltern: Auch wenn das gemeinsame Sorgerecht nach den bisherigen tatsächlichen Erkenntnissen überwiegend von Eltern "gehobener Schichten" beantragt und ausgeübt worden ist, so besagt dies nichts über die grundsätzliche Fähigkeit auch weniger gebildeter Eltern, die sich zugunsten ihrer Kinder zu verantwortungsvollem Verhalten zusammenfinden und in die insoweit notwendige Kommunikation miteinander einzutreten.

²¹ Vgl. zum ganzen m.w.N. Staudinger/Coester § 1671 Rz. 176.

(33) Konkrete Kindeswohlbedenken

Schließlich ist die begehrte Sorgerechtsregelung aus der Sicht des Kindes zu überprüfen. Hierzu gehören in erster Linie die tatsächlichen Lebens- und Betreuungsverhältnisse, die auf das Kind zukommen. Insoweit kommen bei gemeinsam sorgeberechtigten Eltern mehrere Modelle in Betracht: Das Residenz-, das Pendel- und das Nestmodell. Beim Residenzmodell wohnt das Kind überwiegend bei einem Elternteil, der die tatsächliche Personensorge schwerpunktmäßig wahrnimmt; der andere Elternteil hat häufig Umgang mit dem Kind und wirkt an wichtigen Entscheidungen mit. Beim Pendelmodell wechselt das Kind in periodischen Abständen zwischen den elterlichen Haushalten hin und her, die grundlegenden Entscheidungen treffen die Eltern gemeinsam. Beim Nestmodell wohnen die Kinder ständig im selben Haushalt, die Eltern wechseln sich in der Betreuung ab. In Deutschland ist das Residenzmodell bei weitem vorherrschend. Anfängliche Zweifel, ob gemeinsames Sorgerecht bei dieser tatsächlichen Gestaltung zulässig sei (Argument: Die Situation sei die gleiche wie bei Alleinsorge eines Elternteils), bestehen heute nicht mehr. Die rechtliche Frage ist nicht, ob eine andere Sorgerechtsregelung gleichwertig wäre, sondern ob das gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl schadet. Insofern ist festzustellen, daß das Residenzmodell in besonderem Maße geeignet ist, die Kontinuitätsinteressen des Kindes zu wahren; auch eine weite räumliche Entfernung zwischen den Haushalten der geschiedenen Eltern muß kein Hindernis sein für eine echte, dem Kindeswohl förderliche Mitverantwortung der Eltern.²²

Problematisch im Lichte des Kindeswohls ist eher das *Pendelmodell*, das dazu führen könnte, daß dem Kind die für sein Aufwachsen notwendige Stetigkeit der Lebensbedingungen fehlt. Insbesondere bei älteren Kindern verdrängt der Wunsch nach Kontinuität und ungestörtem Kontakt zu Gleichaltrigen den nach häufigem und zeitintensivem Kontakt mit beiden Elternteilen.²³

²² OLG Celle FamRZ 1985, 527; KG FamRZ 1983, 1055, 1058; AG Arnsberg FamRZ 1986, 1145, 1148.

²³ Balloff/Walter FamRZ 1990, 445, 452.

Neben diesen faktischen Gestaltungsfragen hat aus der Sicht des Kindes vor allem der **Kindeswille** eine erhebliche Bedeutung. Der Wille eines mindestens 14jährigen Kindes kann die Bindungswirkung eines übereinstimmenden Elternvorschlags außer Kraft setzen (§ 1671 Abs. 3 S. 2 BGB). Darüber hinaus wird auch der gegen das gemeinsame Sorgerecht der Eltern gerichtete Wille eines jüngeren Kindes ein ernstzunehmendes Warnzeichen für den Familienrichter sein müssen, das ihn zu einer intensiven, dem § 1671 Abs. 2 BGB entsprechenden Prüfung der Kindesinteressen verpflichtet.

Besondere Überprüfung verlangt schließlich die Person und Einstellung eines **neuen Partners** eines oder beider Elternteile, sofern ein solcher schon erkennbar ist. Zwar ist das Vorhandensein eines solchen Partners als solches kein Grund, das beantragte gemeinsame Sorgerecht abzulehnen.²⁴ Andererseits bedeutet die Verbindung der gemeinsam sorgeberechtigten Eltern mit neuen Partnern erfahrungsgemäß eine Belastung und Krise für die Fortführung des gemeinsamen Sorgerechts, so daß hier sorgfältige Überprüfung geboten ist.²⁵

Es bleibt zu fragen, anhand welcher **Erkenntnisquellen** das Gericht die voranstehenden Kriterien des gemeinsamen Sorgerechts feststellen kann. Über das persönliche Gespräch mit den Eltern hinaus kommt hier vor allem zweierlei in Betracht: Entweder die Praktizierung und Bewährung elterlicher Kooperation in der Zeit zwischen Ehetrennung und Ehescheidung, oder aber ein *Sorgerechtsplan*, der die Grundstrukturen der von den Eltern geplanten Kooperation darlegt. Ein solcher Sorgerechtsplan bedeutet keine vertragsmäßige Festschreibung aller Einzelheiten der künftigen Sorgerechtsausübung, sondern soll nur sicherstellen, daß die Eltern an die wesentlichen Probleme künftiger Zusammenarbeit gedacht und Wege für die Lösung allfälliger Konflikte vorgesehen haben. Ein solcher Sorgerechtsplan ist sowohl den Eltern selbst eine wesentliche Selbstkontrolle wie auch dem Familiengericht eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage für die Kindeswohlprüfung. Haben die Eltern die gemeinsame Sorge bisher

²⁴ KG FamRZ 1980, 821; Luthin Gemeinsames Sorgerecht (1987) S. 61.

²⁵ Vgl. Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis (1989) S. 43.

noch nicht praktiziert, so kann das FamG entsprechende Darlegungen von ihnen verlangen.

c) Welche Rechtsregeln gelten schließlich für die **gemeinsame elterliche Sorge nach ihrer gerichtlichen Zuweisung**? Auch hier ist darauf hinzuweisen, daß die richterliche Regelung nur die *rechtliche Zuständigkeit* für das Kind betrifft, während die *Ausfüllung der elterlichen Verantwortung* im täglichen Leben dem Ermessen der Sorgerechtsinhaber überantwortet ist: Eine *Bindung* besteht weder an richterliche Vorgaben noch an einen etwa dem FamG vorgelegten Sorgerechtsplan, gebunden sind die Eltern *allein* an ihre Verantwortung dem Kind gegenüber und ihre pflichtgemäße Interpretation der Kindesinteressen bei allen anfallenden Entscheidungsproblemen. Auch beim gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung gibt es *keine begleitende staatliche "Obervormundschaft"*, die Grenzen elterlicher Autonomie sind grundsätzlich die gleichen wie bei sonstigen Familien (§ 1666 BGB), allenfalls - im Hinblick auf eine erhöhte Störanfälligkeit des gemeinsamen Sorgerechts - leicht vorverlagert i.S.d. § 1696 BGB. Bei punktuellen Entscheidungskonflikten zwischen den Eltern können diese eine vormundschaftsgerichtliche Entscheidung nach § 1628 BGB nachsuchen; bei Konflikten über den persönlichen Kontakt des Kindes mit einem Elternteil kommt eine Regelung analog § 1634 Abs. 4 BGB in Betracht. Dabei ist allerdings zu bedenken, daß bei Konflikten dieser Art der Kern des elterlichen Konsens zerfallen sein dürfte, so daß eine richterliche Umgangsregelung stets nur den Übergang markieren kann zu einer richterlichen Abänderung der Sorgerechtszuweisung gem. § 1696 BGB.²⁶

4. Fazit

Damit wird deutlich: *Nacheheliche Elternschaft* kann durch Rechtsregeln institutionell abgesichert werden im Sinne eines rechtlichen Rahmens, in dem sich elterliche Kooperation entfalten kann. Diese Kooperation kann darüber hinaus durch sozialrechtliche Förderungssätze angeregt und unterstützt werden. Damit sind aber die Wirkungsmög-

²⁶ Vgl. Staudinger/Coester § 1671 Rz. 188.

lichkeiten des Rechts erreicht: Nacheheliche Elternschaft ist in erster Linie eine *moralische Konzeption*: Sie zu leben und tagtäglich zu gestalten ist Aufgabe und persönliche Leistung der Eltern, die sie ihrem gemeinsam gezeugten Kind schulden. Aus dieser Verantwortung gibt es keine Entlassung, es gibt keine "Scheidung vom Kind".

Das *Familienrecht* kann das Gelingen nachehelicher Elternschaft nicht positiv gewährleisten - seine Funktion ist im wesentlichen darauf beschränkt, individuellen Entwürfen "nachehelicher Elternschaft", die aus verantwortungsvollem Bemühen der Eltern resultieren, angemessene Gestaltungsformen zur Verfügung zu stellen und den Eltern im übrigen keine formellen Hindernisse in den Weg zu legen.²⁷ Der entscheidende Durchbruch wird jedoch nicht auf der Ebene des Rechts oder auch nur mit Mitteln des Rechts erfolgen, er wird vom **Wandel des gesellschaftlichen Bewußtseins** abhängen. Heute herrscht noch eine Sicht vor, wonach die elterliche Sorge bei Scheidung ein *Verteilungsproblem* nach Zerfall der Familie sei, wobei ein prinzipieller Unterschied zu Hausrat, Wohnung und Vermögen nur darin besteht, daß das Zuweisungsobjekt lebende, betreuungsbedürftige Menschen sind. Ähnlich wie bei der Gewaltanwendung gegenüber Kindern wird es ein langer Weg sein bis zu der allgemeinen - oder doch zumindest vorherrschenden - Ansicht, daß eine Scheidung die Familie nicht gänzlich auflöst, sondern nur eins ihrer Subsysteme betrifft, die Gattenbeziehung; daß der grundsätzliche Fortbestand des Teilsystems "Eltern-Kind-Familie" nur Umorganisation, d.h. den organisatorischen Wechsel von ehelicher zu nachehelicher Elternschaft erfordert; daß also gemeinsam getragene Elternverantwortung auch nach der Scheidung das "Normale" und Regelgemäße ist, während justitielle Sorgerechtsentscheidungen zwischen unversöhnlichen, nicht einmal partiell konsensfähigen Eltern einen sozialen Krisenfall und persönliches Versagen der Beteiligten signalisieren. Erst wenn sich dieses Verständnis in der Allgemeinheit durchgesetzt hat - und damit auch bei den potentiell Betroffenen wie auch bei den professionell am Scheidungsprozeß Beteiligten (Richtern, Anwälten, Sachverständigen, Sozialar-

²⁷ Hierzu wird auch eine deutlichere Sondernung der Sorgerechtsfrage vom übrigen Scheidungsverfahren gehören: Dieses ist naturgemäß auf Trennung und Auseinandersetzung ausgerichtet, während es im Verhältnis zu den Kindern gerade um die Suche nach künftig möglicher Gemeinsamkeit und Kooperation geht.

beitern u.a.) -, erst dann haben wir das 19. Jahrhundert auf diesen sozial und menschlich so wichtigen Gebiet wirklich überwunden.