

Familienrecht

Schriftleitung:

Professor Dr. F. W. Bosch
Plittersdorfer Str. 130, 5300 Bonn 2

Richter am OLG Dr. G. Kernade
Moorkamp 76, 3100 Celle

Richter am OLG H. Luthin
Schillerstr. 9, 4401 Altenberge

Professor Dr. D. Schwab
8400 Regensburg, Universität

senschaftlich begründete Beschreibung der heutigen Familienverhältnisse, primär anhand von Daten aus der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland, und knüpft daran eine „soziale Ökologie der menschlichen Entwicklung“ sowie sozialpolitische Erwägungen zugunsten des Kindes. Auch bei *Lüscher* setzt sich die Analyse in politische Handlungsanforderungen um: „Wesentliche Verbesserungen der Lebensverhältnisse der Kinder und Familien insgesamt sowie spezifischer Kategorien von Kindern und Eltern“ sind „notwendig, wünschenswert und realisierbar“ (S. 39) — bis hin zum Wunsch nach Erprobung neuer „Modelle und Programme zur Verbesserung der Lebenswelt von Kindern und Familien“ (S. 40). Über die neueren Ergebnisse der historischen Familienforschung (namentlich *Laslett* und *Mitterauer*; dazu D. Klippel, FamRZ 1978, 558 ff.) berichtet B. Mesmer in dem Referat „Familie und Haushalt der vorindustriellen Zeit“, über die Grundfragen der Familienrechtspolitik in der Schweiz der Beitrag von H. Hausheer. „Recht und Familie: Die Familienrechtsreform in der Schweiz als gesetzgeberische Aufgabe“.

Besonderes Interesse verdient das mit souveränem Überblick über die internationale Entwicklung verfaßte Referat von W. Müller-Freienfels über „Tendenzen zur Verrechtlichung nichtehelicher Lebensgemeinschaften“. Der Vortrag stellt der traditionellen Haltung, die nichtehelichen Gemeinschaften möglichst aus dem Recht auszuklammern, unterschiedliche Ansätze und Intensitätsgrade ihrer Verrechtlichung gegenüber: die Anwendung des Eherechts insgesamt; die Anwendung einzelner eherechtlicher Bestimmungen (mit einer ausführlichen Betrachtung zu den japanischen Naien-Verbindungen); die Anknüpfung von Rechtswirkungen an den Willen der Partner (mit einer Würdigung des Falles *Marvin v. Marvin*; schließlich die Heranziehung außervertraglicher Ausgleichs- und Verteilungsmechanismen bei Auflösung derartiger Gemeinschaften. Der Beitrag besticht durch Klarheit, informative Reichhaltigkeit und das Gewicht des rechtspolitischen Urteils, das der Freiheit explizit geschlossener Verträge unter Zusammenlebenden Raum geben will, gegenüber der Herleitung von Rechtswirkungen aus „stillschweigenden Verträgen“ skeptisch bleibt, für die Anwendung einzelner gesetzlicher Vorschriften die Normzweckfrage in den Mittelpunkt rückt und schließlich die Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung eines weiteren Instituts des Zusammenlebens neben der Ehe für möglich hält.

Prof. Dr. Dieter Schwab, Regensburg

Judith S. Wallerstein/Joan Berlin Kelly, *Surviving the Breakup. How Children and Parents Cope with Divorce*

Basic Books, New York 1980, 341 S., geb. \$ 18.50

Von Scheidung ist überall die Rede, aber was dieses Ereignis für die Beteiligten wirklich bedeutet, wissen nur diese selbst — und nicht einmal jeder von ihnen, zudem möglicherweise erst nach vielen Jahren und begrenzt auf die eigene Persönlichkeit. Die Kinderpsychologinnen *Wallerstein* und *Kelly* haben mit dem 1971 begonnenen empirischen „Children of Divorce Project“, über das das vorliegende Buch berichtet, zwar nicht alle Fragen klären können, vermitteln aber wertvolle und zum Teil überraschende Einblicke und Einsichten.

Das Projekt, dessen organisatorische Struktur und zeitlicher Ablauf in einem Anhang geschildert werden (S. 319 ff.), erfaßte ursprünglich 60 auseinanderbrechende Familien mit 131 Kindern in Marin County (nördlich von San Francisco), ein Wohngebiet mit vorherrschend weißer, wohlhabender Bevölkerung. Sowohl Eltern als auch Kinder nahmen an durchschnittlich 15 diagnostischen Sitzungen pro Familie teil — zunächst unmittelbar bei und nach Familienzusammenbruch, dann 18 Monate später und schließlich noch einmal nach 5 Jahren. Forschungsgegenstand waren die psychische Situation und Reaktion von Kindern und Eltern im Zeitpunkt des aktuellen Auseinanderfalls der Familie, die Situation und Entwicklung in der unmittelbar anschließenden Zeit sowie im weiteren Verlauf zu den beiden späteren Zeitpunkten. Dem folgend ist das Buch in vier Teile gegliedert. Die Feststellungen und Schlußfolgerungen bezüglich der Kinder in jedem Teil differenzieren nach Altersgruppen: Vorschulalter (2—5 J.), junges Schulalter (6—8 J.), älteres Schulalter (9—12 J.), Heranwachsende (13—18 J.). Obwohl auch dieses Projekt wie nahezu alle empirischen psychologischen Forschungen von methodischen Schwächen nicht frei ist¹⁾, gewinnen seine Ergebnisse besondere Bedeutung wegen des relativ großen Kreises der Untersuchungspersonen, der Länge des Zeitraums, in dem ihre Entwicklung intensiv verfolgt wurde, und des Umstandes, daß man sich auf „normale“ Kinder, d. h. solche ohne psychotherapeutische Vorgeschichte beschränkt hat²⁾.

1) Dazu näher *Bruch* in einer Besprechung des vorliegenden Buches, demnächst in 79 Mich. L. Rev. (1981).

2) S. 330 ff.; kritisch zur herkömmlichen Konzentrierung empirischer Forschungen auf das Abnormale: *Bronfenbrenner*, 45 Child Development 3 (1974); A. Skolnick, 39 Law and Contemporary Problems 39, 53 (1975).

Nachdem die *Verf.* bereits laufend über ihre Erkenntnisse in der Fachliteratur berichtet hatten³⁾, präsentieren sie jetzt den Gesamtbericht in populärwissenschaftlicher Form. Die Aufgliederung des Buches in vier Untersuchungszeitpunkte, der kinderpsychologischen Feststellungen nach vier Altersgruppen sowie die Erstreckung der Untersuchung auf die Persönlichkeiten der Eltern verhindern im hier gegebenen Rahmen eine auch nur übersichtsartige Darstellung der Ergebnisse. Es sollen nur einige wichtige Punkte herausgegriffen werden.

Zunächst vermitteln die Befunde der *Verf.* nachdrücklich die Gewißheit, daß „Scheidung“ für Eltern und Kinder kein einmaliges, isoliertes Ereignis ist, sondern ein jahrelanger, ausnahmslos schmerzlicher und mit zum Teil extremen psychischen Belastungen verbundener Prozeß, selbst wenn die Beteiligten nach fünf Jahren zu einer positiven Einschätzung der Scheidung gekommen sind⁴⁾. Ein in den USA aufkommender Trend, die Scheidung als befreiendes Ereignis für die Beteiligten hinzustellen („creative divorce“), erweist sich damit als Illusion oder Ideologie⁵⁾. Die Hilflosigkeit und Hilfsbedürftigkeit der Betroffenen führt die *Verf.* zu der Forderung nach einem gesellschaftlichen Hilfesystem für die Zeit während, vor allem aber nach der Familientrennung⁶⁾.

Damit ist bereits die nächste Erkenntnis berührt. Obwohl die Trennung der Eltern als solche ein traumatisches Erlebnis für die Kinder bedeutet und die Eltern sich schon und gerade in diesem Zeitpunkt wenig kindgerecht verhalten (S. 35 ff., 55 ff.), gehört es zu den zentralen Erkenntnissen des Projekts, daß die Zeit nach der Trennung entscheidend ist für die Chancen der Kinder, die Familienauflösung seelisch zu verarbeiten und ohne dauernden Schaden davonzukommen. Zwar hatte sich der Prozentsatz der Kinder, die zu den vier maßgeblichen Zeitpunkten in ihrer psychischen Verfassung als gut, durchschnittlich, leicht oder ernstlich gestört einzustufen waren, kaum verändert. Wohl aber hatten 85 % der Kinder im Laufe der Zeit die Einstufungsgruppe gewechselt, d. h. es fand eine starke Fluktuation zum Positiven oder Negativen statt entsprechend den nahehelichen Lebensbedingungen. Ein Aspekt ist dabei die situationsbedingte, tiefgreifende Veränderung der Verhältnisse der Kinder zu den jeweiligen Elternteilen, die beeindruckend geschildert wird (S. 99 ff., 149 ff.). Während diese aber alle Betroffenen mehr oder weniger ähnlich trifft, stellte sich als entscheidender Faktor die *Qualität der Beziehungen der Kinder auch zum nichtsorgeberechtigten Elternteil* heraus (S. 307 f., 310 f.). In psychologischem Sinne zwei Eltern zu behalten, ist für Scheidungskinder von fundamentaler Bedeutung. Diese Erkenntnis steht in diametralem Gegensatz zu den Thesen von *Goldstein/Freud/Solnit* zum Umgangsrecht⁷⁾. Auch die Empfehlung, das Umgangsrecht nach Scheidung zunächst völlig auszuschließen, „damit das Kind zur Ruhe kommt“⁸⁾, wird überprüft werden müssen. Die Parteinahme der *Verf.* selbst zugunsten des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung scheint allerdings voreilig und durch ihre Feststellungen noch nicht gedeckt⁹⁾.

Weiterhin liefern die *Verf.* unter anderem beachtliche Hinweise zu den Fehlerquellen des Kindeswillens generell und in bestimmten Altersgruppen. Sie halten den Kindeswillen erst ab dem 13. Lebensjahr für eine relativ zuverlässige Entscheidungsgrundlage. Auch für das Verhalten des Kindes in und nach der Besuchssituation beim nichtsorgeberechtigten Elternteil liefert das Buch wertvolle Erklärungen, die vordergründige Schlüsse auf Ablehnung des Umgangs oder aber des Sorgeberechtigten vermeiden helfen können (S. 57, 126, 275 f.).

Insgesamt erhält das Buch seine Prägung nicht durch plakative Thesen und Grundsätze, sondern durch eine Fülle von Beobachtungen und Details. Es verlangt nach geschlossener, gründlicher Lektüre, verspricht aber auch weit überdurchschnittlichen Ertrag für jeden mit Scheidungsproblemen beschäftigten Leser. Ein Vergleich mit den Werken von *Goldstein/Freud/Solnit* — über den erwähnten sachlichen DisSENS hinaus — drängt sich geradezu auf. Jene deduzieren aus allgemeinem psychoanalytischen Wissen zu Normen ausformulierte Grundsätze über Inhalt und Wirkungsbereich des Kindeswohlbegriffs, die für alle Sorgerechtsfragen Geltung beanspruchen — Adoption, Kindesschutzrecht, Scheidung u. a. Eine gesonderte Analyse der Kindesinteressen für jeden Entscheidungssachverhalt findet nicht statt, im wesentli-

3) Bibliographie im Anhang B, S. 335 f.

4) So 2/3 aller Männer, 56 % aller Frauen. 20 % bzw. 21 % hatten selbst zu diesem Zeitpunkt die Scheidung seelisch nicht verarbeitet, S. 187 ff., sowie *Kelly*, 6 FLR 2441 (1980).

5) Skeptisch auch *Goldstein*, 6 FLR 2620 (1980).

6) S. 317 f.; es geht dabei nicht um eine staatliche Schulung oder Refunktionalisierung der Familie (so *Dieckmann*, AcP 178 [1978], 317 Fn. 61), sondern um regelmäßig begrüßte Hilfe — nicht zuletzt im Kindesinteresse — bei der notwendig werdenden Neuorientierung und Meisterung ungewohnter Probleme. Die kalifornischen „Cconciliation Courts“ nehmen diese Aufgabe z. T. bereits wahr.

7) *Jenseits des Kindeswohls*, 1974, S. 37 f.; vgl. *Wallerstein/Kelly*, S. 311.

8) So *Neuhaus*, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, 1979, S. 252.

9) *Bruch*, a.a.O. [oben Fn. 1].

chen werden die vorgestellten Leitprinzipien lediglich „umgesetzt“. *Wallerstein/Kelly* wecken und schärfen nur das Problembewußtsein. Unbelastet von rechtspolitischen Ambitionen versuchen sie Licht in eine begrenzte, von spezifischen Problemen gekennzeichnete Familiensituation zu tragen. Griffige, spektakuläre Lösungsmodelle sind dabei nicht zu erwarten, vielmehr wird umgekehrt das Irrtumspotential genereller, theoretischer Modelle offengelegt. So ist es wohl kein Zufall, daß die Arbeiten beider Autorengruppen nicht nur in der Methode, sondern auch in den sachlichen Ergebnissen als Gegensätze erscheinen.

Wiss. Ass. Dr. Michael Coester, Augsburg

Joseph Goldstein/Anna Freud/Albert J. Solnit, *Before the Best Interests of the Child*

The Free Press, New York/London 1979, 288 S., kart. \$ 3.95

Unter obigem Titel haben die Autoren von „Jenseits des Kindeswohls“¹⁾ ein zweites Werk zur Sorgerechtsproblematik vorgelegt, das ihren Standpunkt in wesentlichen Fragen ergänzt, erläutert, aber auch relativiert. Ging es im ersten Buch um den sachlichen Gehalt des Kindeswohlbegriffs als Entscheidungsmaßstab²⁾, grenzen die *Verf.* jetzt das Wirkungsfeld dieses Begriffs ein. Ihr Bemühen gilt der Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen, die erfüllt sein müssen, bevor es zu einer staatlichen Untersuchung und Beurteilung der Kindesinteressen kommt.

In einem einleitenden Teil (S. 3—29) präzisieren die *Verf.* die Fragestellung, legen ihre Grundpositionen offen und skizzieren das theoretische Konzept, auf dem die Erörterungen im Hauptteil aufbauen. Sie rücken den Primat der Eltern bei der Bestimmung des Kindeswohls in den Mittelpunkt ihres Modells und begründen diese Wertung vor allem aus dem Kindesinteresse: Im Verhältnis zum Staat komme dem Recht des Kindes auf autonome Eltern überragender Rang zu. Der Eltern-Begriff wird dabei konsequenterweise wie im ersten Buch der *Verf.* definiert, d. h. er meint auch und letztlich entscheidend die Eltern im psychosozialen Sinn, wenngleich damit in der Regel die biologischen Eltern. Sodann folgen zwei Leitprinzipien für die Konkretisierung staatlichen Interventionsrechts: Vorhersehbarkeit für die Eltern (*fair warning*) und Restriktion staatlicher Macht- und Ermessensbefugnisse. Zur besseren Verwirklichung dieser Prinzipien gliedern die *Verf.* die staatliche Intervention in drei Stadien mit je eigenen Grundsätzen auf. Am Anfang steht das Untersuchungsstadium, das in die Entscheidung mündet, ob ein gerichtliches Verfahren zum Zwecke des Eingriffs in Elternrechte einzuleiten ist (*invocation*). Im zweiten Stadium geht es zunächst allein um die gerichtliche Feststellung, daß ein Eingriff notwendig sei (*adjudication*). Erst danach stellt sich die Frage nach der dem Kindeswohl am wenigsten schädlichen Entscheidungsalternative (*disposition*). Staatliches Handeln auf allen drei Stufen soll von den Grundsätzen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit bestimmt sein.

Konkrete Folgerungen für einzelne Entscheidungssituationen werden im Hauptteil des Buches präsentiert. Sie können hier nur angedeutet werden: Bei Scheidung ist nur der Elternstreit um das Kind ein Interventionsgrund, der Staat ist funktionslos bei Sorgerechtsvereinbarungen der Eltern und nach einer einmal getroffenen Plazierungsbestimmung. Die Eltern dürfen bei Scheidung folglich alles vereinbaren, was die Autoren anderweitig für kindeswohlwidrig erklären: Geschwistertrennung, gemeinsame (alternierende) Sorge oder Plazierung der Kinder bei Dritten. Auch bei intakter Ehe wird die Abgabe des „unerwünschten“ Kindes akzeptiert — selbst hier halten die *Verf.* an der postulierten Interessenidentität von Eltern und Kind fest. Plazierungsbestimmungen der Eltern für den Fall ihres Todes oder Ausfalls sind verbindlich. Im Streit zwischen Pflegeeltern und biologischen Eltern vertiefen die *Verf.* ihren früheren Standpunkt und schlagen nunmehr feste Fristen vor, die an die Stelle psychologischer Prüfung der Kindesverwurzelung im Einzelfall treten sollen (zwölfmonatige ununterbrochene Pflege bei Kindern bis zu drei Jahren, 24 Monate bei älteren Kindern). Sexueller Mißbrauch der Kinder (ohne physische Schädigung) soll erst nach strafrechtlicher Verurteilung einen Eingriffsgrund abgeben. Auch ernstliche körperliche Schädigungen berechtigen zur Intervention, nicht aber Züchtigungen per se und keine Art von psychisch emotionaler Schädigung. Wie im Vorpunkt ist hier das mangelnde Vertrauen der *Verf.* in die Leistungsfähigkeit der psychologischen Wissenschaften im konkreten Fall ausschlaggebend gewesen. Für den Sonderfall der medizinischen Behandlung wird ein Interventionsrecht nur bejaht bei Lebensgefahr für das Kind und realer Heilungschance. Honoriert wird die Entscheidung der Eltern, das Kind sterben zu lassen, wenn die Ärzte nicht wirklich *heilen* können und der Staat nicht die finanziellen wie persönlichen Lasten übernehmen will, die mit der Erhaltung gestörter oder deformierter Kinder verbunden sind. Schließlich behandeln die *Verf.* relativ ausführlich das Problem des Kindesanwalts: Seine Bestellung ist an die vorherige

1) Besprochen von *Wuppermann*, FamRZ 1976, 299.

2) In der gleichzeitig publizierten 2. Auflage von „*Beyond the Best Interests of the Child*“ (1979) weisen die Autoren die bisherige Kritik an diesem Werk zurück.

Feststellung eines Interventionsgrundes gebunden; seine Rolle im Verhältnis zu Kind und Gericht wird im einzelnen definiert.

Die *Verf.* untermalen ihre Positionen jeweils mit ausführlichen Fallschilderungen aus der Praxis. In einem anschließenden dritten Teil rechtfertigen sie sich nochmals grundsätzlich: Die Probleme seien unlösbar, aber man müsse verhindern, daß einzelne ihre Glücks- und Wertvorstellungen anderen oktroyierten. Wenn Irrtum schon unvermeidbar sei, dann lieber zugunsten elterlicher Autonomie („we decided to err on the side of nonintrusiveness“, S. 136 f.). Das Buch wird abgerundet durch zwei Anhänge über Einzelfälle von Kindesstörungen und einen Gesetzentwurf sowie durch einen umfangreichen (70 Seiten) Fußnotenteil.

Das neue Werk dieser Autoren wird wiederum die Diskussion stimulieren, wie sein Vorgänger aber nicht nur auf positives Echo stoßen³⁾. So überzeugend die Ausgangsposition und einzelne Folgerungen auch sind — an anderer Stelle führt der schon bekannte Rigorismus der *Verf.* zu stoßenden Ergebnissen. Die Verschmelzung der Kindesinteressen in den Elternrechten auf genereller Ebene ist eine zu dünne Basis für so weitreichende Konsequenzen. Im Postulat der Interessenidentität steckt regelmäßig eine Portion Ideologie, wie uns die sozialistischen Rechte lehren. Gerade *Simitis* hat in seinem Nachwort zu „*Jenseits des Kindeswohls*“ eine Sicht kritisiert, die ein Kindesinteresse jenseits seiner Konkretisierung durch die Eltern nicht kennt⁴⁾. Wer die *Verf.* nach ihrem letzten Werk als Vorkämpfer des Kindesrechts eingestuft hat⁵⁾, wird jedenfalls seine Meinung jetzt revidieren müssen — erleichtert oder enttäuscht, je nach persönlicher Einstellung. Wie schon in ihrem ersten Buch heben die *Verf.* jedoch auch jetzt im Grundsatz wichtige, in der Praxis vernachlässigte Gesichtspunkte hervor, wenngleich der Nachholbedarf an „*Elternvorrang*“ in der amerikanischen Gerichtspraxis deutlich größer ist als in der Bundesrepublik. Die eindringliche Warnung der *Verf.* vor den „*rescue fantasies*“ Wohlmeinender, von der sie sich selbst nicht ausnehmen, hat allerdings universale und zeitlose Bedeutung. Insbesondere sollte die Skepsis gerade dieser Autoren bezüglich der Leistungsfähigkeit von Psychiatern und Medizinern für das konkrete Kindeswohl mit Aufmerksamkeit notiert werden.

Insgesamt ein im sachlichen Grundansatz und nach der Intention sympathischer, in der Durchführung stellenweise enttäuschender, stets aber bemerkenswerter Beitrag zum Problemkreis Elternrecht und Kinderschutz.

Wiss. Ass. Dr. Michael Coester, Augsburg

3) Sehr kritisch bereits *McIsaac* und *Stotter*, 6 FLR 2618, 2619 (1980); zurückhaltend positiv *Crouch*, 14 Fam.L.Q. 121 ff. (1980).

4) A.a.O., S. 102.

5) *Wuppermann*, FamRZ 1976, 300.