

Familienrecht

Schriftleitung:

Professor Dr. F. W. Bosch
5300 Bonn-Bad Godesberg 1, Plittersdorfer Straße 130

Professor Dr. D. Schwab
8400 Regensburg, Universität

Eheverfehlungen als Kriterium der Sorgerechtsentscheidung nach neuem Recht

Von Dr. Michael Coester, LL.M. (Univ. of Michigan), Wiss. Assistent an der Universität Augsburg

A. Problemstellung

I. Ausgangslage

Mit dem Inkrafttreten des 1. EheRG¹⁾ am 1. 7. 1977 wird es keine gerichtliche Feststellung der Scheidungsschuld mehr geben. Konsequenterweise fällt auch das Vorrecht des schuldlosen Elternteils auf Zuweisung der Kinder im Scheidungsfall (§ 1671 III S. 2 BGB) weg. Man hat betont, daß die Neufassung des § 1671 BGB unabhängig von der Anpassung an das Scheidungsrecht auf der Überzeugung beruhe, daß der Gesichtspunkt der Scheidungsschuld dem des allein maßgeblichen Kindeswohls zu weichen habe²⁾. Abgesehen von der Bindung an einen gemeinsamen Elternvorschlag (§ 1671 II BGB) wird ausschließlich die freie Abwägung am Maßstab des Kindeswohls über die Sorgeverteilung³⁾ nach Scheidung entscheiden⁴⁾.

Das Fehlen einer gerichtlichen Schuldfeststellung entzieht auch Überlegungen den Boden, mit denen das Vorrecht des schuldlosen Elternteils bisher begründet worden ist: (1) Recht oder Schutz des schuldlosen Elternteils, nicht auch noch die Kinder zu verlieren⁵⁾; (2) Vermutung seiner besseren Erziehungseignung⁶⁾; (3) Schutz der Ehe als Institution⁷⁾. Die alleinige Maßgeblichkeit des Kindeswohls

im neuen § 1671 III BGB erlaubt keine Berücksichtigung von Eheverfehlungen, die auf Kindeswohl fremden Erwägungen beruht oder — durch Anwendung einer generellen Rechtsvermutung — am Wohl der konkret betroffenen Kinder vorbeigeht.

Eine unmittelbar am Wohl des Kindes ausgerichtete Bewertung von Eheverfehlungen ist weitgehend eine ungewohnte Aufgabe für unsere Gerichte, da die Automatik des § 1671 III S. 2 a. F. BGB insoweit als gedankliche Barriere wirkte⁸⁾. Eine Umgehung dieser Aufgabe wäre auf zwei Wegen möglich, die jedoch von vornherein ausscheiden:

(1) Das Vorrecht des schuldlosen Teils wird verdeckt, aber der Sache nach unverändert im Rahmen des § 1671 III n. F. BGB zur Geltung gebracht⁹⁾: Dies wäre eindeutig ein Verstoß gegen das neue Gesetz.

(2) Die Abschaffung des Schuldprinzips wird als Wertungsverbot für Eheverfehlungen bei der Sorgeverteilung verstanden: Das wäre mit dem Grundsatz des § 1671 III n. F. BGB nicht zu vereinbaren, wonach allein das Kindeswohl über Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Fakten entscheidet¹⁰⁾.

Ist daher die Auseinandersetzung mit der Bedeutung von Eheverfehlungen aus dem Blickwinkel des Kindeswohls unausweichlich, so bietet sich dabei als allgemeiner Ansatzpunkt die „Eignung der Eltern zur Erziehung und Betreuung ihrer Kinder“ an, ein schon immer als wesentlich anerkanntes Kriterium bei der Ermittlung der Kindesinteressen¹¹⁾.

¹⁾ Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976, BGBl I 1421.

²⁾ *Eherechtskommission* beim BJM, Vorschläge zur Reform . . . , Bielefeld 1971, S. 78.

³⁾ In Anlehnung an den Sorgerechtsentwurf vom 2. 5. 1974, BT-Drucks. 7/2060, wird die Formulierung „Sorgeverteilung“ vorgezogen gegenüber der schwerfälligeren „Übertragung der elterlichen Gewalt“. Vgl. jetzt auch BT-Drucks. 8/111.

⁴⁾ Der Sorgerechtsentwurf 1974 will die freie Abwägung wieder einschränken durch Bindung an den Kindeswillen: § 1671 III E. So auch der *Entwurf 1977*.

Vgl. dazu *Lüderitz*, FamRZ 1975, 605, 608.

⁵⁾ BGH 3. 7. 1951, BGHZ 3,52,60; 25. 6. 1952, BGHZ 6,342,344; 4. 5. 1957, FamRZ 1957, 252,253; OLG Karlsruhe 7. 11. 1967, FamRZ 1968, 45,46; *Dunz*, NJW 1959, 802 f.; dagegen: *Krüger/Breetzke/Nowack*, Gleichberechtigungsgesetz, Berlin 1958, § 1671 Anm. 1; *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 339, 342.

⁶⁾ BGH 25. 6. 1952, a.a.O.; 4. 5. 1957, a.a.O.; dagegen: OLG Karlsruhe 7. 11. 1967, a.a.O.; *Krüger/Breetzke/Nowack*, a.a.O.; *Schwoerer*, FamRZ 1954, 120, 122; *Staudinger/Schwoerer*, Komm. z. BGB, Bd. IV, 10./11. Aufl. 1966, § 1671, Rz. 103; *Beitzke*, FamR, 18. Aufl. 1976, S. 213.

⁷⁾ *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 345 f.; *ders.*, Ehe und Recht, 1962, S. 215, 216 (schon zweifelnd); OLG Neustadt 22. 2. 1963, FamRZ 1963, 300, 301; OLG Karlsruhe 7. 11. 1967, FamRZ 1968, 45, 46; dagegen: *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. 1971, S. 652.

Vgl. zu allen Begründungsversuchen auch *Kramer*, FamRZ 1974, 8 ff.

⁸⁾ Vgl. *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 397; *Kramer*, FamRZ 1974, 9 (IV). *Krüger/Breetzke/Nowack*, § 1671 Anm. 1, haben — soweit ersichtlich — als einzige versucht, das Vorrecht gemäß § 1671 III S. 2 BGB unmittelbar aus dem Kindeswohl zu begründen, haben sich dann aber (notwendigerweise) auch in Verallgemeinerungen und Vorurteilen verloren.

Auch bisher gab es natürlich schon Fälle, in denen Eheverfehlungen außerhalb des § 1671 III S. 2 BGB unmittelbar am Kindeswohl zu messen waren: so bei beiderseitigem Verschulden, vor allem bei Konventionalscheidungen, oder bei Scheidungen nach § 48 EheG. Die generelle Verknüpfung von Eheschuld und Kindeswohl in § 1671 III S. 2 BGB verhinderte aber auch hier — soweit ersichtlich — eine klare Trennung beider Gesichtspunkte.

⁹⁾ Vgl. *J. Blomeyer*, FamRZ 1972, 432, 438; *H. Lange*, FamRZ 1972, 225, 234 f. Vgl. auch die interessante Argumentation bei *Strätz*, FamRZ 1975, 541, 545.

¹⁰⁾ Daß eine Erfassung von Eheverfehlungen sich auch aus allgemeinen Kindeswohl-Erwägungen ergeben kann, wurde schon früher gesehen: *Schwoerer*, FamRZ 1954, 120, 122; *BayObLG* 18. 11. 1952, NJW 1953, 626.

¹¹⁾ BGH 3. 7. 1951, BGHZ 3,52,59; vgl. *Staudinger/Schwoerer*, § 1671, Rz. 87; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 605, 607 li. Sp.

II. Diskussionsansatz

Die Neuartigkeit der Fragestellung legt es nahe, auf Rechtsordnungen zu blicken, in denen das Zerrüttungsprinzip schon länger praktiziert wird. Als besonders geeignet soll hier die DDR herangezogen werden, obwohl der Vergleich mit DDR-Recht für uns schwieriger ist als mit anderen Rechten: Die Ablehnung des politischen Systems wird z. T. auf das gesamte Familienrecht übertragen — es wird als unvergleichbarer Antipode gesehen¹²⁾, oder es wird von ähnlichem Gesetzestext auf ähnliches Recht geschlossen¹³⁾. Überwiegend setzt sich aber die Auffassung durch, daß, bei sorgfältiger Beachtung des ideologischen und gesellschaftlichen Hintergrundes des DDR-Rechts, ein Vergleich auch im Familienrecht durchaus fruchtbar sein kann¹⁴⁾. Einerseits gibt es ideologiefreie, übernahmefähige Regeln¹⁵⁾; andererseits kann gerade der offene ideologische Einsatz von Rechtsnormen in der DDR wertvolle Denkanstöße für Funktion und Gefahren unserer entsprechenden Regeln geben. Dies wird sich gerade bei der Behandlung von Eheverfehlungen im Rahmen der Sorgeverteilung deutlich zeigen.

B. Die rechtliche Situation in der DDR

I. Die allgemeine Rechtslage

Schlagwortartig zusammengefaßt¹⁶⁾ ist das Familienrecht der DDR geprägt durch die Aufstellung eines detaillierten Leitbildes für das gesamte Familienleben sowie durch einen ausdrücklichen staatlichen Erziehungsanspruch hinsichtlich aller Familienmitglieder auf dieses Leitbild hin. Die Familie ist als „kleinste Zelle der Gesellschaft“¹⁷⁾ nach deren gesellschaftspolitischen Vorstellungen zu gestalten; dies wird für eine wesentliche Voraussetzung der endgültigen Etablierung des sozialistischen Systems gehalten¹⁸⁾.

Die Leitbildfunktion des Familiengesetzbuchs der DDR [FGB] bedingt eine Vielzahl von Generalklauseln und, auch als Ausfluß der Erziehungsfunktion, eine Synthese von Moral und Recht: Beides geht unauflöslich ineinander über¹⁹⁾. Die erzieherische Wirkung des FGB wird über gesellschaftliche und staatliche Einrichtungen durchgesetzt, die während der Ehe und im Konfliktfall auf die Familienmitglieder Einfluß nehmen²⁰⁾ — das gilt auch für die Gerichte. Eine Verletzung

der Privatsphäre wird darin nicht gesehen, da man von einer grundsätzlichen Interessenidentität von Gesellschaft und Individuum ausgeht.

Das Leitbild für die Kindererziehung ist in § 42 FGB ausführlich niedergelegt. Träger des Erziehungsrechts ist neben den Eltern auch die Gesellschaft (§ 3 II FGB). Rechtlicher Maßstab für die Sorgeverteilung sind § 25 FGB und die Richtlinie Nr. 25 des Plenums des *Obersten Gerichts* (OG-RL) vom 25. 9. 1968²¹⁾. Danach sind allein die Kindesinteressen ausschlaggebend, die von Amts wegen zu ermitteln sind. Daß die Kindesinteressen in erster Linie mit dem sozialistischen Erziehungsziel des § 42 FGB identisch sind, versteht sich aus sozialistischer Sicht von selbst. Dennoch wäre es falsch anzunehmen, daß politische Fragen die Entscheidungspraxis dominieren. In den meisten Fällen geben Erwägungen zum individuellen Kindeswohl den Ausschlag, da kein beachtliches ideologisches Gefälle zwischen den Ehegatten besteht²²⁾.

Verfahrensrechtlich gilt das Verbundprinzip: Scheidung und wichtigste Folgen (darunter auch das Erziehungsrecht) sind gleichzeitig zu regeln: § 13 I ZPO²³⁾.

II. Der Verschuldensgedanke bei Regelung der Scheidung und der Scheidungsfolgen

Die vom FGB abgelöste Eheverordnung von 1955 hatte in § 8 das Zerrüttungsprinzip erstmalig gesetzlich festgelegt²⁴⁾.

Das Zerrüttungsprinzip ist gefordert durch die marxistische Lehre, wonach die aus den ökonomischen Zwängen und patriarchalischen Strukturen der bürgerlichen Ehe befreite sozialistische Partnerschaft von Mann und Frau ihre Grundlage nur in Liebe und Zuneigung haben könne²⁵⁾. Fehlt es daran, so fehlt die sittliche Voraussetzung für das Zusammenleben der Ehegatten — also ist die Ehe zu scheiden²⁶⁾. Andererseits wird Wert auf die Feststellung gelegt, daß die sozialistische Gesellschaft ehelichen Pflichtverletzungen keineswegs neutral gegenüberstehe, sondern sie im Gegenteil zutiefst verurteile²⁷⁾. Daraus folgt eine begrenzte Berücksichtigung von schuldhaften Eheverletzungen trotz des Zerrüttungsprinzips, die sich auf drei verschiedenen Ebenen beobachten läßt:

(1) Als immanente Modifizierung des Zerrüttungsbegriffs: Unter Distanzierung vom wertfreien westlichen Zerrüttungsprinzip versteht man in der DDR darunter ein „objektives, moralisch-wertendes Prinzip“²⁸⁾. Das mora-

¹²⁾ BGH 30. 11. 1960, FamRZ 1961, 203 ff. = JZ 1961, 667, 669; 28. 3. 1962, FamRZ 1963, 32 = JZ 1963, 511.

¹³⁾ So z. B. Arnold, Art und Umfang der elterlichen Rechte in der DDR, Berlin 1975, S. 117, in bezug auf das Kindeswohl (vgl. dazu Hoffmann, FamRZ 1965, 25, 26); Drob-nig, JbOstR 1967, 157, 174, in bezug auf die Sorgeverteilung nach Scheidung.

¹⁴⁾ Simitis, Die Entwicklung des Familienrechts in der SBZ, in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Karlsruhe 1965, S. 53, 78; Raiser, JZ 1966, 423, 428; Brunner, Einführung in das Recht der DDR, München 1975, 155; Bechthold, DArch 1970, 561, 578; ROW 1971, 64, 73.

Auch in der BT-Debatte v. 11. 12. 1975 wurde auf das DDR-Recht verwiesen, vgl. Mikat, in: ZBJR 1976, 78; ablehnend aber Granzow, FamRZ 1960, 85, 93.

¹⁵⁾ Raiser, JZ 1966, 428.

¹⁶⁾ Aus Raumgründen muß verwiesen werden für den allgemeinen gesellschaftspolitischen Hintergrund sozialistischen Familienrechts auf Simitis [Fn. 14]; Ramm, Marxismus und Recht, in: Die Lage des Rechts in Mitteldeutschland, Karlsruhe 1965, S. 1; Drob-nig, JbOstR 1967 II, 157; Brunner [Fn. 14], S. 1–10; Bechthold, DArch 1970, 561; Raiser, JZ 1966, 423; für die allgemeine Darstellung des Familien-gesetzbuches [FGB] der DDR: Raiser, a.a.O.; Wassermann, JR 1966, 96; Granzow, FamRZ 1965, 465; FamRZ 1966, 217; Brunner, a.a.O.

¹⁷⁾ Präambel zum FGB, Satz 1.

¹⁸⁾ Familienrecht der DDR, Leitfaden, Berlin-Ost 1967, S. 9 f.; Lehrbuch des Familienrechts, Berlin-Ost 1972, S. 90; OG 24. 11. 1952, NJ 1953, 51; 7. 5. 1974, NJ 1975, 23, 24; Halgasch, NJ 1969, 753; Grandke, StUR 1965, 1054 f.; StUR 1970, 1767, 1773 f.; Granzow, FamRZ 1960, 92; FamRZ 1965, 467; FamRZ 1966, 217; Schlicht, Das Familien- und Familienver-fahrensrecht in der DDR, Tübingen/Basel 1970, 30 ff.; Simitis [Fn. 14], S. 62 ff., 74 ff.

¹⁹⁾ Zur sozialistischen Moral vgl. Schlicht, a.a.O., S. 85 ff.; Granzow, FamRZ 1965, 465 f.; Hoffmann, FamRZ 1965, 27.

²⁰⁾ „... in vertrauensvollem Zusammenwirken“: § 3 I 2 FGB.

²¹⁾ Die Richtlinie ist verbindlich für die Gerichte; vgl. Lehr-buch [Fn. 18], S. 102; Ebel, Der Gesetzesbegriff im Recht der DDR, Diss. Göttingen 1976, S. 132 ff.; Schlicht [Fn. 18], S. 62 ff.

²²⁾ Ausnahme aber: OG 25. 8. 1958, NJ 1958, 684; KrG Stral-sund 14. 10. 1958, ROW 1959, 8; BG Magdeburg 1. 8. 1966, NJ 1966, 573 (der Vater vertrat „veraltete Ansichten“); Lehrbuch [Fn. 18], S. 420 f.

²³⁾ ZPO v. 19. 6. 1975, GBl I 533, die an die Stelle der Familien-verfahrensordnung v. 17. 2. 1966 getreten ist; dazu allg. Brunner, NJW 1977, 177 ff.; zum Familienverfahren insbes. Eberhardt, NJ 1976, 12 ff. Gegen das Urteil können die Parteien Berufung einlegen (§ 148 ZPO). Revision ist grund-sätzlich ausgeschlossen. Der Generalstaatsanwalt oder der Präsident des OG können nach Rechtskraft jedoch beim OG die Kassation des Urteils beantragen (§§ 160 ff. ZPO), was i. d. R. zur Zurückverweisung der Sache führt (vgl. dazu Granzow, FamRZ 1960, 85, 87).

²⁴⁾ In der Gerichtspraxis galt es schon seit dem OG-Urteil v. 1. 12. 1950, OGZ 1, 72 = NJ 1951, 222.

²⁵⁾ Marx/Engels, Werke Bd. IV, Berlin-Ost 1959, 465; Engels, a.a.O., Bd. 21, Berlin 1962, S. 82 f.; Simitis [Fn. 14], S. 54, 55; Drob-nig, JbOstR 1967 II, 158 ff., 165, 181; Bechthold, ROW 1969, 9 ff.

²⁶⁾ Nur glückliche Ehen sind wertvoll für die Gesellschaft; unglückliche Ehen hingegen sind eher eine Belastung, sie haben ihren Sinn „auch für die Gesellschaft verloren“: § 24 I FGB.

²⁷⁾ OG 15. 1. 1974, NJ 1974, 341, 342; BG Leipzig 29. 6. 1972, NJ 1972, 655, 656; BG Neubrandenburg 18. 8. 1967, NJ 1968, 575; Wolff, NJ 1965, 416; Grandke, StUR 1965, 1054, 1059; Leitfaden [Fn. 18], S. 139; Bechthold, ROW 1969, 11; DArch 1970, 561, 574; Bellon, Das Scheidungsrecht der DDR, Diss. Tübingen 1974, S. 83.

²⁸⁾ Halgasch, StUR 1963, 967, 974.

lich-wertende Element hat im wesentlichen eine Erziehungs- und Einwirkungspflicht der Gerichte zur Abwendung von Scheidungen zur Folge.

(2) Als indirektes Regulativ bei der Scheidungsfrage, entweder über die Klausel, daß die Ehe auch für die Gesellschaft ihren Sinn verloren haben muß (§ 24 I FGB)²⁹⁾, oder über die Härteklausele zugunsten eines Ehegatten (§ 24 II FGB)³⁰⁾. In beiden Fällen wird aus Schuldverwägungen eine zerrüttete Ehe aufrecht erhalten.

(3) Direkt wird der Schuldgedanke bei den Scheidungsfolgen ins Spiel gebracht, vor allem bei der Zuteilung des Erziehungsrechts (§ 25 II S. 2 FGB), der Ehwohnung (§ 34 I S. 3 FGB) und beim Unterhalt (§ 29 II FGB), jeweils über die gesetzliche Formulierung „Umstände der Ehescheidung“ oder „alle Umstände“.

Insgesamt kann man in der DDR von einem „schuldorientierten Zerrüttungsprinzip“ sprechen, das sich durch seine Intention zur moralischen Wertung und Verurteilung wesentlich vom Zerrüttungsprinzip der §§ 1564 ff. n. F. BGB unterscheidet.

III. Die Bedeutung von Eheverfehlungen bei der Sorgeverteilung nach Scheidung

Die Berücksichtigung der „Umstände der Ehescheidung“ (§ 25 II S. 2 FGB; OG-RL Nr. 25, Abschn. A III Ziff. 10)³¹⁾, d. h. ehelicher Pflichtverletzungen, bei der Sorgeverteilung wirft drei Grundprobleme auf, die in der Fragestellung eigenständig, in den Lösungsansätzen aber miteinander verknüpft sind:

(1) Sind schuldhaftige Eheverfehlungen nur aus dem Blickwinkel des Kindeswohls zu sehen oder gewinnen sie eine selbständige, kindeswohlunabhängige Bedeutung?

(2) Kommt es auf die Kausalität der Eheverfehlung zur Scheidung an?

(3) Wie verhält sich die Berücksichtigung der Eheverfehlungen zu sonstigen Kriterien des Kindeswohls?

In der DDR-Diskussion werden diese Problemkreise sowie die sich daraus ergebenden Lösungsalternativen nicht immer klar auseinander gehalten. Die Rechtspraxis läßt sich aber wie folgt zusammenfassen:

1. *Alternative*: Die Eheverfehlung stellt gleichzeitig eine unmittelbare Verletzung von Elternpflichten dar oder hat diese unmittelbar zur Folge (Vernachlässigung, Verlassen, Alkoholismus³²⁾, Gewalt etc.).

Über die Beachtlichkeit derartiger Eheverfehlungen besteht allgemeine Übereinstimmung³³⁾, ebenso wie darüber, daß die Scheidungsursächlichkeit des Verhaltens unerheblich ist³⁴⁾. Nur die Rolle der Eheverfehlungen im Verhältnis zu anderen Kriterien des Kindeswohls ist unklar. Teils sollen sie nur ein Gesichtspunkt unter anderen, d. h. allein ausschlaggebend nur in Ausnahmefällen sein³⁵⁾; teils sollen sie ein erst zu widerlegendes Indiz der schlechteren Erziehungsseignung des schuldigen Elternteils sein³⁶⁾.

²⁹⁾ *Simitis* [Fn. 14], S. 71; *Lieser/Stolz*, DArch 1971, 374, 379 f.; OG 31. 8. 1956, NJ 1956, 736; a. A.: *Drobnig*, JbOstR 1967 II, 157, 170.

³⁰⁾ *Stadtgericht Groß-Berlin* 22. 8. 1968, NJ 1969, 414 = FamRZ 1969, 545; *Bechthold*, ROW 1969, 13.

³¹⁾ Allgemein dazu *Lehrbuch* [Fn. 18], S. 422.

³²⁾ Offenbar sieht man aber in der DDR keinen unmittelbaren Bezug zwischen Alkoholismus und Kindeswohl, vgl. OG-RL Nr. 25 Abschn. A III Ziff. 10 Abs. 1 a. E. Nach den Darlegungen von *Haffter* (Kinder aus geschiedenen Ehen, 2. Aufl. Basel 1960, S. 37 ff., 137 ff.) dürfte daran aber kein Zweifel bestehen.

³³⁾ OG-RL Nr. 25 Abschn. A III Ziff. 10 Abs. 1; OG 17. 9. 1957, NJ 1958, 34, 35; *Stadtgericht Groß-Berlin* 3. 7. 1972, NJ 1973, 743 f.; *Eberhardt*, NJ 1966, 551; *Rohde*, NJ 1966, 465, 466; vgl. *Hoffmann*, FamRZ 1965, 25, 27; *Bechthold*, ROW 1969, 8, 14; *Arnold* [Fn. 13], S. 62 f.; *Bellon* [Fn. 27], S. 82.

³⁴⁾ *Bellon* [Fn. 27], S. 83, bezieht den Kausalitätsstreit (dazu unten 2.) irrtümlich auch auf diese Fallgruppe.

³⁵⁾ *Rohde*, NJ 1966, 466.

³⁶⁾ *Eberhardt*, NJ 1966, 10; NJ 1966, 551 f.; die erstere Auffassung scheint der Rechtsprechung des OG eher zu entsprechen, wonach stets die Gesamtumstände zu würdigen sind; vgl. unten C. I. 2.

2. *Alternative*: Die Eheverfehlung wird als eigenständiges, vom Kindeswohl unabhängiges Kriterium eingesetzt.

Hier ist man sich im Grundsatz einig, daß dieser Gedanke stets bei im übrigen gleicher Elterneignung heranzuziehen ist, sonst aber nicht³⁷⁾. Diese Auffassung gewinnt verstärkte Bedeutung angesichts der schnellen Bereitschaft der Gerichte, die Eltern als grundsätzlich gleich geeignet anzusehen³⁸⁾. Uneinigkeit besteht nur bezüglich der Ursächlichkeit der Eheverfehlung für die Zerrüttung. Einige wollen nur ursächliche Verfehlungen berücksichtigen³⁹⁾; von anderer Seite wird die Kausalität für unerheblich gehalten⁴⁰⁾. Ob die OG-RL⁴¹⁾ den Streit wirklich im Sinne der letzteren Auffassung entschieden hat, erscheint fraglich⁴²⁾.

3. *Alternative*: Mittelbarer Bezug zum Kindeswohl:

Die klare Trennung von Kindeswohl einerseits und ehelichem Verhalten andererseits findet sich in der Praxis nicht oft. In der Regel zieht man es vor, zwischen Eheverfehlung und Kindeswohl einen mittelbaren Bezug herzustellen, was die Berücksichtigung der Verfehlung nicht nur bei gleicher Elterneignung, sondern gerade auch gegen die Eignung des schuldigen Elternteils ermöglicht. Während die OG-RL⁴³⁾ bei besonders krassen Verstößen gegen die sozialistische Moral offenbar Quantität in Qualität umschlagen lassen, d. h. schon wegen der Schwere der Verfehlung einen Bezug zum Kindeswohl herstellen will, hilft sich die Rechtsprechung mit „Umsetzungsklauseln“, die praktisch jede Eheverfehlung in Bezug zum Kindeswohl setzen können. Bei scheidungsursächlichen Pflichtwidrigkeiten kann der Gedanke der „Bewahrung der Familiengemeinschaft“ herangezogen werden: Wer Ehe und damit Familie aufs Spiel setzt, stellt in aller Regel seine persönlichen Interessen vor die der Kinder und ist deshalb grundsätzlich weniger erziehungsgerecht⁴⁴⁾. Unabhängig von der Kausalität für die Scheidung gilt die Forderung, daß die Eltern Vorbild zu sein haben. § 42 II S. 2 FGB bestimmt die Vorbildlichkeit des elterlichen Verhaltens als wesentliches Erziehungselement. Wer sich als Ehegatte pflichtwidrig verhält, verstößt gegen das Leitbild der Ehe in § 5 FGB und damit gegen die sozialistische Moral. Deshalb gibt er den Kindern ein schlechtes Vorbild und ist als Erzieher weniger geeignet⁴⁵⁾. Es ist offensichtlich, daß mit dieser Formel ein umfassender und direkter Zugriff auf eheliches Verhalten möglich wird⁴⁶⁾. Es wurden deshalb Bedenken gegen den uneingeschränkten Einsatz des Vorbildgedan-

³⁷⁾ OG-RL Nr. 25 Abschn. A III Ziff. 10 Abs. 2; OG 15. 1. 1974, NJ 1974, 341, 342; *BG Magdeburg* 1. 8. 1966, NJ 1966, 573, mit zust. Anm. *Rohde*; *Rohde*, NJ 1966, 466; *Wolff*, NJ 1965, 416, 418 f.; *Eberhardt*, NJ 1966, 10; vgl. *Arnold* [Fn. 13], S. 63; *Bellon* [Fn. 27], S. 83; möglicherweise abweichend: *BG Neubrandenburg* 18. 8. 1967, NJ 1968, 575.

³⁸⁾ Die meisten Urteile stellen die beiderseitige Eignung fest und suchen dann nach anderen, im Kind oder der Elternschuld begründeten Kriterien; vgl. *BG Magdeburg* 1. 8. 1966, NJ 1966, 573, mit insoweit kritischer Anm. von *Rohde*.

³⁹⁾ *Rohde*, NJ 1966, 466 re. Sp.; *Wolff*, NJ 1965, 416, 418 f.

⁴⁰⁾ *Eberhardt*, NJ 1966, 551, 552; *Klein*, Die Regelung des Erziehungsrechts im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR, Diss. Bonn 1972, S. 19.

⁴¹⁾ OG-RL Nr. 25 Abschn. A III Ziff. 10 Abs. 2.

⁴²⁾ Der Wortlaut der Richtlinie ist nicht — wie *Arnold* und *Klein* (a.a.O.) meinen — eindeutig. Unentschieden, wenn auch mehr zur Kausalität neigend: OG 15. 1. 1974, NJ 1974, 341 re. Sp.

⁴³⁾ OG-RL Nr. 25 Abschn. A III Ziff. 10 Abs. 1.

⁴⁴⁾ OG 15. 1. 1974, NJ 1974, 341, 342 (vor allem auch die Vorinstanz); OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 540; vgl. *Arnold* [Fn. 13], S. 63; der Sache nach ablehnend: *BG Neubrandenburg*, 18. 8. 1967, NJ 1968, 575.

⁴⁵⁾ OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 540; 30. 4. 1974, NJ 1974, 441, 442; 19. 11. 1974, NJ 1975, 121, 122; *BG Magdeburg* 1. 8. 1966, NJ 1966, 573; *Stadtgericht Groß-Berlin* 3. 7. 1972, NJ 1973, 743 f.; *Rohde*, NJ 1966, 574, 466; *Eberhardt*, NJ 1966, 551; vgl. *Arnold* [Fn. 13], S. 63 f.

⁴⁶⁾ Das Vorbildpostulat erfaßt auch alle anderen Lebensbereiche; es verlangt „bewußt aufgeschlossene Einstellung zur Gesellschaftsordnung, zielstrebiges Verhalten bei der Arbeit, rege Teilnahme am gesellschaftlichen Leben, Streben nach qualifizierter Weiterbildung und ein einwandfreies moralisches Verhalten“; OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 540 re. Sp.

kens geäußert⁴⁷⁾, denen das OG offenbar folgt: Der Gesichtspunkt des Vorbilds soll nicht formelhaft und ohne gründliche Aufklärung der Hintergründe der Eheverfehlung eingesetzt werden, und er hat u. U. anderen Gesichtspunkten des Kindeswohls zu weichen⁴⁸⁾.

Dieser Überblick über das DDR-Recht hat gezeigt, daß schuldhaftige Eheverfehlungen bei der Sorgeverteilung im Scheidungsfall auch dann gegen einen Elternteil verwandt werden können, wenn sie sich nicht unmittelbar auf das Kindeswohl ausgewirkt haben. Verstöße gegen das Leitbild ehelichen Verhaltens sind unmoralisch, und Unmoral ist systemwidrig — soll doch in der Endphase des Kommunismus das Recht (und der Staat) absterben und allein durch die Moral ersetzt werden⁴⁹⁾. Deshalb läßt es der Staat nicht bei passiver Mißbilligung bewenden, sondern nutzt die Gelegenheit der Scheidung, um vor allem bei der Sorgeverteilung den sozialistischen Moralforderungen mehr Nachdruck zu verleihen. Die eigenständige Berücksichtigung ehelicher Pflichtverletzungen soll erklärtermaßen die Verstöße sanktionieren⁵⁰⁾ und auf die Eheleute, vor allem aber auch auf die Allgemeinheit erzieherisch wirken⁵¹⁾.

C. Eheverfehlungen im Rahmen des § 1671 III n. F. BGB

I. Vorfragen

Die Verwertung des DDR-Modells für Überlegungen zum Problem der Eheverfehlungen in § 1671 III n. F. BGB erfordert zwei grundsätzliche Klarstellungen im Vorfeld.

1. Die Erziehungsfunktion von Staat und Recht

Unser Recht nimmt keine dem DDR-Recht entsprechende Erziehungsfunktion in Anspruch; aus Art. 6 I und II GG ergibt sich die nur durch das staatliche Wächteramt begrenzte Familienautonomie⁵²⁾. Konsequenterweise fehlen auch die Voraussetzungen einer solchen Erziehung, nämlich ein verbindliches Leitbild sowohl für Eheführung als auch Familienleben und moralische Richtlinien mit rechtlicher Verbindlichkeit. Nicht die positive Lebensgestaltung des einzelnen hat unser Recht zum Gegenstand, sondern die Sicherung des gesellschaftlichen Zusammenlebens unter Achtung der grundsätzlichen Autonomie des privaten Lebensbereichs⁵³⁾. Dabei kann nicht zweifelhaft sein, daß das 1. EheRG den Bereich gesellschaftlicher und rechtlicher Indifferenz noch wesentlich ausgeweitet hat — eine Grundtendenz, die bei der Interpretation von Einzelfragen zu beachten sein wird.

2. Die gerichtliche Aufklärung der Familiensituation

Die Gerichte in der DDR haben, selbst bei gemeinsamen Elternvorschlag, die gesamte Familiensituation zu untersuchen. Die Gründlichkeit, die das OG dabei vorschreibt, sowie die Tendenz, sich nicht mit einzelnen Verhaltensweisen zu begnügen, sondern erklärenden und entlastenden Zusammenhängen im Hintergrund nachzu-

gehen⁵⁴⁾, wäre vorbehaltlos zu bewundern, wenn damit nicht ein politisches Ziel verfolgt würde, nämlich die Offenlegung der Familie zum Zweck der Kontrolle und Durchsetzung ideologischer Konformität⁵⁵⁾, und zwar wiederum nicht nur im Einzelfall, sondern mit allgemeiner erzieherischer Wirkung.

Diese Motivation verstößt gegen das Grundgesetz (Art. 1, 2, 6 GG)⁵⁶⁾. Das neu eingeführte Zerrüttungsprinzip beruht gerade auf dem Gedanken staatlicher Zurückhaltung im privaten Bereich⁵⁷⁾. Allerdings ergibt sich gerade daraus ein nahezu unlösbares Problem, denn andererseits fordert § 1671 III n. F. BGB die „Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse“. In der Tat, wenn man den Primat des Kindeswohls ernst nimmt, muß man umfassende Informationen des Richters fordern⁵⁸⁾. Der Systembruch zwischen Scheidungs- und Sorgerechtsverfahren, verschärft durch den „Scheidungsverbund“, ist bereits plastisch dargestellt worden⁵⁹⁾. Hier genügt die Feststellung, daß auch das Familiengericht nicht an einer Aufklärung der Familiensituation vorbeikommt. Da ein wesentliches Kriterium im Rahmen des Kindeswohls die Eignung der Elternteile zur Betreuung und Erziehung ist, hat sich die Aufklärung prinzipiell auch auf das Verhalten der Eltern zu erstrecken. Die weitere Sacherörterung wird gleichzeitig Ausmaß und Grenzen der Ermittlungspflicht deutlich machen.

II. Die Abgrenzung im einzelnen

1. Eheverfehlungen, die gleichzeitig eine elterliche Pflichtverletzung darstellen oder unmittelbar zur Folge haben

Dieser Fall ist im Grundsatz unproblematisch. Die Eignung des schuldigen Elternteils zur Sorgeausübung ist unmittelbar betroffen; also ist das Verhalten jedes Elternteils im Rahmen der Abwägung des Kindeswohls zu berücksichtigen⁶⁰⁾. Die Würdigung des elterlichen Verhaltens aus der Sicht des Kindeswohls bedeutet, daß genau genommen nicht die „Eheverfehlung“ Gegenstand der richterlichen Beurteilung ist, sondern unmittelbar die Verletzung der Elternpflicht, d. h. das — an sich unteilbare — Verhalten eines Ehegatten in seiner spezifischen Ausprägung im Bezug auf die Kinder. Hieraus kann sich im Einzelfall schon eine wesentliche Grenze der Verwertbarkeit ergeben, ebenso wie es umgekehrt denkbar ist, daß eine Pflichtverletzung aus der Sicht des Kindes schwerer zu bewerten ist als aus der Sicht des Ehegatten.

Hieraus folgt weiterhin, daß die Ursächlichkeit des Fehlverhaltens für Zerrüttung und Scheidung der Ehe in diesen Fällen keine Rolle spielen kann; allein der Bezug zum Kindeswohl entscheidet. Wie die Elterneignung selbst, so ist auch die Verfehlung als einer ihrer Einzelaspekte im übrigen nur im Rahmen einer Gesamtabwä-

⁴⁷⁾ Rohde, NJ 1966, 465, 466 li. Sp.; dagegen aber Eberhardt, NJ 1966, 551.

⁴⁸⁾ OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 540; 30. 4. 1974, NJ 1974, 441, 442.

⁴⁹⁾ Marx/Engels, Werke Bd. 20, Berlin 1962, S. 262.

⁵⁰⁾ Nathan, in: Festschrift zur 150-Jahr-Feier der Humboldt-Universität Berlin Bd. III, Berlin-Ost 1960, S. 451, 459, Seifert, NJ 1965, 384; Häusler, NJ 1963, 677, 683; Grandke, StUR 1965, 1054, 1055; Lehrbuch [Fn. 18], S. 98; vgl. Bechtold, ROW 1969, 12; DArch 1970, 561, 574; Arnold [Fn. 13], S. 64.

⁵¹⁾ Der generalpräventive Effekt wird vor allem durch die Beteiligung „gesellschaftlicher Kräfte“ am Scheidungsverfahren erreicht; vgl. dazu Simitis [Fn. 14], S. 74 ff.

⁵²⁾ BVerfG 20. 10. 1954, FamRZ 1954, 242; 10. 3. 1958, FamRZ 1958, 272, 273; 29. 7. 1968, FamRZ 1968, 578, 584; 15. 6. 1971, FamRZ 1971, 421, 424; Lüderitz, FamRZ 1975, 605, 607 li. Sp.

⁵³⁾ Zum Verhältnis von Recht und Moral vgl. Radbruch/Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, 11. Aufl. Stuttgart 1964, S. 12 ff.

⁵⁴⁾ OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 539; 6. 3. 1973, NJ 1973, 298, 299; 19. 11. 1974, NJ 1975, 121; vgl. Granzow, FamRZ 1965, 465, 467 re. Sp.; Lieser/Stolz, DArch 1971, 374, 380.

⁵⁵⁾ Vgl. oben B. I., Fn. 18. Dieses Motiv wird keineswegs verschwiegen, weil ja nur „rückständige Kräfte“ damit nicht einverstanden sein können.

⁵⁶⁾ Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen (Hrsg. BJM), Bonn 1970, N. 4, S. 31. Dazu Freimuth/Jansen u. a., FamRZ 1970, 431 ff.

⁵⁷⁾ Diskussionsentwurf a.a.O.; Regierungsentwurf v. 1. 6. 1973, BT-Drucks. 7/650, S. 72; Lieser/Stolz, DArch 1971, 374, 380; für ein anderes Verständnis des Zerrüttungsprinzips vgl. Lüderitz, Gutachten zum 48. DJT, München 1970, B 69 ff.

Auch bei uns wirkt zwar der Verschuldensgedanke als Regulativ durch die Härteklausele fort (vgl. Bürgle, FamRZ 1971, 68, 71); andere Ausnahmen gibt es aber nicht.

⁵⁸⁾ Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 216, 217; Mnookin, FamRZ 1975, 1.2.

⁵⁹⁾ Briegleb, ZBlJR 1971, 33, 38 ff.; Roestel, UJ 1973, 106 ff.; vgl. Hagena, FamRZ 1975, 379, 390; positiv aber Blomeyer, ZRP 1974, 118; Pinger, FamRZ 1974, 238 ff.; allgemein zum Scheidungsverbund vgl. K. H. Schwab, FamRZ 1976, 658 ff.

⁶⁰⁾ Dies wurde schon vor dem Gleichberechtigungsgesetz v. 18. 6. 1957 erkannt; vgl. Schwoerer, FamRZ 1954, 120, 122 m. w. N.

gung des Kindeswohls zu berücksichtigen, also neben den sog. „Erwägungen allgemeiner Art“⁶¹⁾, die schon immer eigentlich sehr konkret das Kindeswohl bezeichnen.

Eine in der DDR betonte Vorsichtsregel dürfte dabei aber auch für unsere Gerichte gelten: Jede Pflichtverletzung ist daraufhin zu überprüfen, ob sie nicht durch die Zerrüttungssituation bedingt und deshalb für die künftige Erziehung in der Teilfamilie aussagegelos ist⁶²⁾. Nicht Sanktion ist die richterliche Aufgabe, sondern Sicherung des künftigen Kindeswohls⁶³⁾.

2. Eheverfehlungen ohne unmittelbare Auswirkungen auf das Kindeswohl

a) Mittelbare Auswirkungen

Mit den in der DDR gebräuchlichen Klauseln „elterliches Vorbild“ und „Bewahrung der Familiengemeinschaft“ ließen sich sicher alle übrigen Eheverfehlungen erfassen. Was bedeuten diese Argumentationen in unserem Recht?

(1) Vorbild

Das Vorbild der Eltern ist in faktisch-psychologischem Sinn ein wesentliches Element jeder Erziehung⁶⁴⁾. Die Vorbildklausel bei der Sorgeverteilung meint aber etwas anderes: Vorbildlichkeit im Hinblick auf ein extern festgelegtes Erziehungs- und Gesellschaftsbild. Vorbildlichkeit in diesem Sinne setzt einen Wertungsmaßstab voraus. Den Eltern in der Bundesrepublik Deutschland ist aber grundsätzlich freigestellt, welches Vorbild sie ihren Kindern vorleben wollen⁶⁵⁾. Die Grenzlinie zwischen Ausübung des staatlichen Wächteramtes und Sanktionierung von Moralnormen mag gelegentlich schwer zu erkennen sein. Zurückhaltung der Gerichte im Zweifelsfall entspricht unserer Gesellschafts- und Rechtsordnung sicherlich eher als eine staatliche Moralerziehung wie in der DDR⁶⁶⁾. Die Vorbildklausel erweist sich dort als geeigneter Einstieg für eine weitgehende Kontrolle und Wertung des Verhaltens der Eheleute während der Ehe⁶⁷⁾. Das ist bei uns nicht zulässig (Art. 1, 2, 6 II GG). Auch das Vorbildargument erlaubt nur die Berücksichtigung von Verhaltensweisen, die den Toleranzrahmen unseres Rechts überschreiten. In aller Regel werden diese Fälle aber (wie etwa Kriminalität, Alkoholismus, Gewalttätigkeit) in die zuerst erörterte Fallgruppe⁶⁸⁾ gehören.

(2) Bewahrung der Familiengemeinschaft

Bezug zum Kindeswohl läßt sich mit diesem Gesichtspunkt nur bei scheidungsursächlichen Eheverfehlungen herstellen. Daraus folgen gleichzeitig erhebliche Probleme:

Außer acht gelassen ist die inzwischen wohl allseits anerkannte Möglichkeit, daß die Bewahrung der zerrütteten Gemeinschaft schädlicher für das Kind ist als die Scheidung⁶⁹⁾. Das alte Problem der Feststellbarkeit von Schuld und Ursache in einer Ehe taucht wieder auf. Richterliche Inquisition in das Intimleben der Ehegatten wurde in der Scheidungsfrage für verfassungswidrig gehalten⁷⁰⁾. Der nur mittelbare Bezug zu den Kindern rechtfertigt nicht, die vom Ergebnis ohnehin fragwürdige Untersuchung mit § 1671 III n. F. BGB zu legitimieren.

Schließlich scheint es zu weit zu gehen, bei Vorhandensein von Kindern das Verhalten und die Persönlichkeitsentwicklung der Ehegatten *ausschließlich* unter dem Aspekt der Familie zu sehen. Die Dominanz der individualistischen Ehe im Rechtsdenken ist zwar zu Recht einer stärkeren Betonung der Familie gewichen⁷¹⁾; völlig absorbieren kann die Familie die Ehegatten jedoch nicht. „Um der Kinder willen nebeneinander unglücklich zu sein, ist ein Betrug, und nicht einmal ein frommer...“⁷²⁾.

Berechtigt bleibt nach all diesen Einschränkungen der Gesichtspunkt der „Bewahrung der Familiengemeinschaft“ nur bei ihrer rücksichts- und verantwortungslosen Zerstörung. Die fehlende Bereitschaft zur Achtung der Interessen der anderen Familienmitglieder beeinträchtigt die elterliche Eignung zur Sorgeausübung. Damit gehört dieses Verhalten aber ebenfalls in die zuerst erörterte Fallgruppe⁷³⁾. Eine eigenständige Bedeutung kommt dem Gesichtspunkt der „Bewahrung der Familiengemeinschaft“ daher nicht zu⁷⁴⁾.

b) Eheverfehlungen als kindeswohlnabhängiges Kriterium

§ 1671 III n. F. BGB bestimmt nunmehr das Kindeswohl als alleinigen Entscheidungsmaßstab für den Richter; Gesichtspunkte ohne Bezug auf das Kindeswohl dürfen in die Abwägung nicht eingebracht werden. Unverantwortet bleibt lediglich die Frage, was geschehen soll, wenn die Abwägung keinen Vorteil zugunsten des einen oder anderen Elternteils erkennen läßt. Hier scheint der Weg frei zu sein für die Berücksichtigung von Umständen, die allein in der Person der Eltern begründet sind, also auch der Scheidungsschuld⁷⁵⁾. Dennoch bestehen hiergegen schwerwiegende Bedenken. Es ist bezweifelt worden, daß bei der Aufklärung und Berücksichtigung wirklich „aller Umstände“ (§ 1671 III n. F. BGB) überhaupt ein „non liquet“ möglich ist⁷⁶⁾. Eine bereitstehende Entscheidungshilfe für den Fall des „non liquet“ kann außerdem in der Praxis Vorwirkungen auf die Ermittlung und Abwägung des Kindeswohls haben: Man akzeptiert bereitwilliger die Ausgeglichenheit der Verhältnisse, gewinnt man doch mit Anwendung der „non-liquet“-Regel wieder festen Boden für die Entscheidung⁷⁷⁾. Und allzu leicht wird aus dieser Regel eine verdeckte Beweislastverteilung mit der Folge, daß der im Falle des „non liquet“ Benachteiligte Gründe des Kindeswohls aufzuzeigen hat,

⁶¹⁾ Alter, Geschlecht, Kontinuität etc., vgl. BGH 4. 5. 1957, FamRZ 1957, 252, 253; 25. 6. 1952, BGHZ 6, 342, 347; ständige Rechtsprechung des BGH; dagegen Staudinger/Schworer, § 1671, Rz. 103.

⁶²⁾ OG 17. 9. 1957, NJ 1958, 34, 35; OG 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 540; 30. 4. 1974, NJ 1974, 440, 441; Hoffmann, FamRZ 1965, 25, 27.

⁶³⁾ Oder jedenfalls Begrenzung der zerrüttungsbedingten Schädigung der Kinder, vgl. Goldstein/Freud/Solnit, Jenseits des Kindeswohls, Frankfurt 1974, S. 49 ff. (dazu Wuppermann, FamRZ 1976, 299 ff.).

⁶⁴⁾ Goode, Soziologie der Familie, München 1967, S. 17 ff.; Lempp, Child Welfare and the Law: A Medical and Psychiatric Viewpoint, in: The Child and the Law (Hrsg. Bates), Bd. 1, 1976, S. 213, 224; wenig überzeugend sind allerdings die Ausführungen von Knieper, JZ 1976, 158, 159 f.

⁶⁵⁾ Vgl. Regierungsentwurf v. 1. 6. 1973, BT-Drucks. 7/650, S. 72 (b); Lieser/Stolz, DArch 1971, 374, 378, 380; Bechthold, DArch 1970, 561, 578.

⁶⁶⁾ Vgl. dagegen KG 9. 10. 1967, FamRZ 1968, 98.

⁶⁷⁾ Vgl. OG 20. 5. 1965, NJ 1965, 585; 4. 7. 1968, NJ 1968, 538; 19. 11. 1974, NJ 1975, 121; Stadtgericht Groß-Berlin 20. 2. 1967, NJ 1968, 380; 3. 7. 1972, NJ 1973, 743; BG Magdeburg 1. 8. 1966, NJ 1966, 573; KrG Eisenach 23. 9. 1966, NJ 1966, 735; Eberhardt, NJ 1966, 10; Rohde, NJ 1966, 465, 466; Walther/Funke, NJ 1965, 241.

⁶⁸⁾ Oben 1.

⁶⁹⁾ Vgl. Haffter [Fn. 32], S. 9 f., 37; Müller-Freienfels, JZ 1959, 345 Fn. 86; Mikat, BT-Debatte v. 11. 12. 1975, ZBlJR 1976, 78; Vogel, ebenda, ZBlJR 1976, 85.

⁷⁰⁾ Vgl. oben Fn. 56; zum Problem der Feststellbarkeit Regierungsentwurf v. 1. 6. 1973, BT-Drucks. 7/650, S. 72 (a); eindrucksvoll Cuny, StAZ 1968, 309, 311.

⁷¹⁾ Stoljar, Children, Parents and Guardians, in: International Encyclopedia of Comparative Law (Hrsg. Zweigert), Bd. 4 Kap. 7, (1971), Rz. 13; Kühn, Die Entwicklung und Diskussion des Ehescheidungsrechts in Deutschland, Diss. Hamburg 1974, S. 115; anders sieht es die Soziologie, vgl. König, Sociological Introduction, in: International Encyclopedia a.a.O., Kap. 1 (1974) Rz. 72.

⁷²⁾ Wittels, zit. nach Haffter [Fn. 32], S. 36.

⁷³⁾ Oben 1.

⁷⁴⁾ Vor allem auch nicht als „Belohnung“ für einen besonders pflichtbewußten Elternteil; vgl. Eherechtskommission [Fn. 2], S. 79.

⁷⁵⁾ Dölle, Familienrecht Bd. II, Karlsruhe 1965, S. 294.

⁷⁶⁾ Müller-Freienfels, JZ 1959, 344 f.; ders., Ehe und Recht, S. 216 ff.

⁷⁷⁾ Sorgfältig hingegen OLG Düsseldorf v. 13. 9. 1972, FamRZ 1973, 316, 317 f.

die eine Zuweisung der Kinder an ihn rechtfertigen⁷⁸⁾. In jedem Fall wird die Kindeswohl-Abwägung verkürzt⁷⁹⁾.

Unabhängig davon fühlt man Unbehagen, gerade angesichts der Einstellung in der DDR, wenn das Kind als Objekt für Gesellschaftszwecke eingesetzt wird⁸⁰⁾. Schließlich bleibt auch das Problem der Feststellbarkeit der Scheidungsschuld. Da im Scheidungsverfahren nicht mehr nach Schuld gefragt wird, besteht die erhöhte Gefahr, daß das Gericht aus mehr oder weniger zufällig bekannt gewordenen Umständen bei der Kindeswohl-Ermittlung eine Scheidungsschuld konstruiert. Oder soll das Gericht, wenn die Kindeswohl-Abwägung ein „non liquet“ ergibt, jetzt selbständig die Frage der Scheidungsschuld aufklären? Dies erscheint als „Fernwirkung“ durch das Zerrüttungsprinzip der §§ 1564 ff. n. F. BGB ausgeschlossen. Der Schritt jedoch von der Scheidungsschuld zur (bloßen) Eheschuld, d. h. der Berücksichtigung ehelicher Pflichtverletzungen als Moralverstöße unabhängig von Zerrüttung und Scheidung, wie sie in der DDR für legitim gehalten wird, ist in der Bundesrepublik Deutschland durch Art. 1 und 2 GG⁸¹⁾ verhindert.

Besser ist es, den Richter mit dem in ihn gesetzten Vertrauen allein zu lassen, daß er, wenn sich wirklich einmal der Fall der Entscheidungsnot ergibt, eine mehr kindesbezogene Lösung finden wird. Als eine von vielen Möglichkeiten wird zu erwägen sein, das Kind bei dem Elternteil zu lassen, bei dem es sich seit der Trennung befindet⁸²⁾.

⁷⁸⁾ Vgl. die Gedankenführung bei *Schwoerer*, FamRZ 1954, 120, 121 re. Sp.; *Hoffmann*, NJW 1953, 127, 129.

⁷⁹⁾ *Gernhuber*, FamRZ 1973, 229, 231; *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht, S. 218; *Arnold* [Fn. 13], S. 122. Eine gewisse Verkürzung ergibt sich ohnehin sicherlich aus der Grenze richterlicher Erkenntnisfähigkeit. Eine weitergehende Verkürzung bedürfte der rechtlichen Begründung, wozu die Erleichterung der Aufgabe des Richters nicht ausreicht.

⁸⁰⁾ *Bechthold*, ROW 1969, 8, 10 f.; *Arnold* [Fn. 13], S. 121 f.

⁸¹⁾ Bezogen sowohl auf die Person der Eheleute als auch auf die der Kinder.

⁸²⁾ Vgl. *Müller-Freienfels*, JZ 1959, 345; i. Erg. ähnl. *Arnold* [Fn. 13], S. 64; *Lüderitz*, FamRZ 1975, 605 ff., 609; *OLG Düsseldorf* 26. 5. 1976, FamRZ 1977, 56, 59 li. Sp., schon nach bisherigem Recht.

D. Zusammenfassung

Der gesetzliche Auftrag an den Richter, im Scheidungsfall die Kinder demjenigen Elternteil zuzuweisen, bei dem das Kindeswohl am besten gewahrt ist, fordert die Aufklärung und Berücksichtigung ehelichen Fehlverhaltens, das unmittelbar mit elterlichem Fehlverhalten verbunden ist. Auf die Ursächlichkeit für die Scheidung kann es dabei nicht ankommen. Die Konstruktion eines mittelbaren Zusammenhangs mit dem Kindeswohl ist unzulässig; die insoweit naheliegende Formel der „Erhaltung der Familiengemeinschaft“ hat neben den Fällen unmittelbarer Auswirkung auf das Kindeswohl keine eigenständige Bedeutung, und auch das Postulat elterlichen Vorbilds sollte als Verbindungsformel nicht herangezogen werden. Als eigenständiger, vom Kindeswohl gelöster Gesichtspunkt scheidet die schuldhaft eheverletzende auch im (kaum je denkbaren) Fall gleichwertiger Erziehungsverhältnisse bei beiden Elternteilen aus.

Mit diesen Erörterungen ist noch nicht die Frage beantwortet, ob sich aus einer konkreten Eheverfehlung unmittelbare Auswirkungen auf das Kindeswohl ergeben haben oder nicht⁸³⁾. Die Überzeugungskraft der Entscheidungsbegründungen wird davon abhängen, wie weit der Versuchung widerstanden worden ist, moralischen Verurteilungen ehelichen Verhaltens über die Herstellung eines mittelbaren, d. h. scheinbaren Bezugs zum Kindeswohl Eingang in die Sorgerechtsentscheidung zu verschaffen.

Auf jeden Fall aber kann in der Bundesrepublik Deutschland an die Stelle der Scheidungsschuld nicht die Eheschuld als Instrument staatlicher Moralerziehung und Kontrolle familiären Lebens treten, sondern nur die Elternschuld als Kriterium im Rahmen des nach § 1671 III n. F. BGB allein maßgeblichen Kindeswohls.

⁸³⁾ Kontrovers wird man hier wohl den Ehebruch eines Elternteils beantworten. Für die DDR vgl. *OG* 4. 7. 1968, NJ 1968, 538, 539 f.; *Stadtgericht Groß-Berlin* 3. 7. 1972, NJ 1973, 743 f.; *BG Schwerin* 18. 8. 1972, NJ 1973, 744; für die Bundesrepublik Deutschland vgl. *KG* 3. 9. 1959, FamRZ 1959, 508, 509; 21. 6. 1962, FamRZ 1962, 435, 436; *Bay-ObLG* 9. 12. 1958, FamRZ 1959, 122, 125; *OLG Düsseldorf* 8. 6. 1964, FamRZ 1964, 456, 457; *OLG Karlsruhe* 14. 10. 1965, FamRZ 1966, 108, 109; *OLG Oldenburg* 2. 3. 1965, FamRZ 1965, 335.

Auslegung der Bezugsberechtigung zugunsten eines Ehegatten in der Lebensversicherung bei späterer Scheidung der Ehe

Mit Ausblick auf Fragen des Versorgungsausgleichs

Von Assessor Martin Hoffmann,

Wiss. Mitarbeiter an der Ruhr-Universität, Bochum

I.

Hat ein Versicherungsnehmer in seiner Lebensversicherung „seinen Ehegatten“ als Bezugsberechtigten benannt und wird diese Ehe später geschieden, so stellt sich — falls der Versicherungsnehmer die Bezugsberechtigung nicht (etwa gemäß § 166 I VVG) wirksam widerrufen hat — bei Eintritt des Versicherungsfalles die Frage, ob das Bezugsrecht des Ehegatten ohne weiteres auflösend bedingt ist durch die Scheidung der Ehe. Problematisch ist, ob die vom Versicherungsnehmer abgegebene Erklärung dahingehend ausgelegt werden muß, daß die Bezugsberechtigung nur unter einer solchen stillschweigenden Bedingung eingeräumt ist.

Diese Frage war insbesondere bei der *Kapitalversicherung**) bislang in Rechtsprechung und Literatur heftig umstritten. Ihre Lösung ist für die Versicherungsnehmer und für deren (geschiedene) Ehegatten sowie die Erben von erheblicher Bedeutung; denn es geht darum, ob die Versicherungssumme in den Nachlaß fällt oder ob sie dem

geschiedenen [gesch.] Ehegatten zusteht. Aber auch für die Versicherungsunternehmen würde die seit langem gewünschte endgültige Klärung der Rechtslage eine Erleichterung bei der täglichen Auszahlungspraxis bedeuten.

Nunmehr hat sich der *BGH* — erstmals ausführlicher — zu diesem Problem geäußert. In seinem Beschluß vom 17. 9. 1975 — IV ZA 8/75 —¹⁾ hat der *BGH* in einem Fall, in dem bei einer Kapitalversicherung als Bezugsberechtigter im Todesfall die „Ehefrau“ ohne weitere namentliche Kennzeichnung benannt war, die Frage zugunsten des gesch. Ehegatten gelöst. Der Leitsatz dieser Entscheidung lautet:

„Benennt ein Versicherungsnehmer in einer Lebensversicherung seinen Ehegatten als Bezugsberechtigten, so ist dessen Bezugsrecht nicht ohne weiteres auflösend bedingt durch die Scheidung der Ehe. Auch § 2077 findet im Falle der Scheidung keine analoge Anwendung.“

Die dargelegte Problematik wirft folgende einzelne Rechtsfragen auf:

*) Kapitalversicherung auf den Fall des Todes des Versicherungsnehmers!

¹⁾ Abgedruckt in FamRZ 1975, 689 f. = VersR 1975, 1020 = NJW 1976, 290 f. = JR 1976, 463 ff., m. Anm. Gitter.