

## Sorgerechtsentscheidungen und Grundgesetz

Wiss. Assistent Dr. Michael Coester, LL. M., Augsburg

Nach der Verkehrsrechtsentscheidung vom 15. 6. 1971<sup>1</sup> hat das BVerfG nun zum zweiten Mal zur Sorgerechtsfrage bei Scheidungen Stellung genommen<sup>2</sup>. Der Beschluß vom 5. 11. 1980 enthält wichtige Aussagen zur Problematik des streitigen Sorgerechtsfalls. Allerdings treten diese Aussagen in der Begründung nicht immer deutlich hervor, so daß einige interpretierende Bemerkungen erforderlich scheinen.

### I. Elternverantwortung, Elternrecht, Staatsfunktionen

Anknüpfend an die Entscheidung von 1971 betont das BVerfG die auch nach Trennung und Scheidung fortbestehende Verantwortung der Eltern gegenüber ihren Kindern und ihre hieraus folgende Pflicht zur Einigung in der Sorgerechtsfrage<sup>3</sup>. Nähere Aufschlüsse über die Abgrenzung des elterlichen Funktionsbereichs bei Sorgerechtsvereinbarungen der Eltern sind aus der bevorstehenden Entscheidung des BVerfG über den Problemkreis „gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung“ zu erwarten<sup>4</sup>. Für den Fall des Elternstreits bekräftigte das Gericht seine Position in einem Punkt, der zumeist als selbstverständlich unbestritten bleibt: der Eingriffslegitimation des Staates. Sie folgt nach Auffassung des Gerichts sowohl aus der staatlichen Ordnungs- und Befriedungsfunktion bei privaten Konflikten als auch aus der in Art. 6 II 2 GG festgelegten Wächterfunktion<sup>5</sup>. Deutlicher als zuvor wird nun aber klargestellt, daß die Persönlichkeit des Kindes und die Schutzbedürftigkeit die zentrale Basis und Rechtfertigung staatlicher Entscheidungstätigkeit sind. Die grundrechtliche Stellung des Kindes soll die Pflicht des Gesetzgebers folgen, den normativen Rahmen für eine individualbezogene Gerechtigkeitsverwirklichung durch den Familienrichter zu schaffen. Dies ist in drei Hinsichten bemerkenswert. Erstens hat das BVerfG der rechtstheoretischen Konzeption Mookins eine Absage erteilt, wonach dem Staat oberhalb der allgemeinen Kindesschutzgrenze (vgl. § 1666 BGB) nur eine privatrechtliche Schlichtungsfunktion zustehe. Zu schlichten sei primär der Elternkonflikt bezüglich des Kindes; der Schutz des Kindes sei dabei nicht ausgeschlossen, ergebe sich aber nur aus der dem Staat gebührenden proportionalen Berücksichtigung aller am Konflikt beteiligten privatrechtlichen Interessen<sup>6</sup>. Das BVerfG will sich demgegenüber nicht in ein Prokrustesbett einspannen lassen, in dem das allgemeine Kindesschutzrecht über die Legitimation staatlicher Eingriffe in die Scheidungsfamilie entscheidet. Die von ihm als Wächterfunktion für den streitigen Sorgerechtsfall bei Scheidungen ist als situationsspezifische Schutzaufgabe zu verstehen, die in Legitimation, Inhalt und Grenzen eigenen Grundsätzen untersteht.

Zweitens setzt das Bekenntnis zur Individualgerechtigkeit einen Gegenpol zu der verbreiteten Kindeswohlformel, wonach letzterer eine Leerformel oder gar eine Mystifikation sei<sup>7</sup>. Einzelfallbezogene

Gerechtigkeitsuche bedingt Gewißheitsdefizite, und diese sind beim „Kindeswohl“ im Prinzip nicht größer als bei § 242 BGB. Ist der Gesetzgeber nicht nur berechtigt, sondern sogar verfassungsrechtlich verpflichtet, die Sorgerechtsregelung auf einer individualistischen Kindeswohlklausel aufzubauen, kann das rechtspolitische und -wissenschaftliche Interesse legitimerweise nur noch auf die Rationalisierung und Disziplinierung der Generalklausel gerichtet sein, nicht aber auf ihre grundsätzliche Kritik oder gar Abschaffung.

Drittens schließlich lenkt die Erörterung der staatlichen Eingriffslegitimation durch das BVerfG das Augenmerk darauf, daß auch im streitigen Sorgerechtsfall die gerichtliche Entscheidung einen Eingriff in die privatrechtlichen Positionen der Beteiligten darstellt. Legitimierungsbefähigt vor und aus dem Recht ist deshalb nicht nur das „Ob“ der gerichtlichen Entscheidung, sondern auch das „Wie“, d. h. die richterlichen Maßstäbe und Bewertungen in ihrem konkreten Einsatz<sup>8</sup>. Zwar folgt dies schon generell aus dem Rechtscharakter der Entscheidung. Der Hinweis auf ihren Eingriffscharakter mag aber das Bewußtsein der Praxis dafür schärfen, daß der Staat in concreto zwar „in die Familie hineingehen“ muß, ihm aber nicht die gleichen Rechte und Freiheiten zustehen wie einem „dritten“ Elternteil<sup>9</sup>. Manche richterlichen Ausführungen zur Persönlichkeit der Eltern, zum „richtigen“ Verhalten in Familie und Privatleben<sup>10</sup> oder zur Kindererziehung lassen hier die rechtlich gebotene Zurückhaltung fehlen<sup>11</sup>.

### II. Kindeswille

Die Bedeutung des Kindeswillens wird vom BVerfG recht eindeutig definiert. Seine Beachtung ist verfassungsrechtlich vorgeschrieben. Dieser Grundsatz baut die einfachgesetzliche, immer noch Zw

zugängliche Regelung der §§ 1671 BGB, 50b FGG aus und rundet sie ab. Dem Willen des Kindes bleibt aber sein Wohl übergeordnet<sup>12</sup>. Teilmündigkeiten verlangt das Grundgesetz also nicht. Die Sorgerechtsproblematik wird nicht dem überantwortet<sup>13</sup>, vielmehr tritt neben die fortbestehende Verantwortung des Richters für die Gesamtentscheidung seine Verantwortung dafür, daß in seiner Abwägung und Verfahrensgestaltung das Persönlichkeitsrecht des Kindes, d. h. dessen Tendenzen und Eigenentscheidung angemessener Stelle zukommt. Konkrete Strukturen des Kindeswillens im Rahmen von Sorgerechtsentscheidungen zu entwickeln bleibt Aufgabe der zivilrechtlichen Praxis und Wissenschaft. Ansatzpunkt sollte die theoretische Unterscheidung zweier Grundfunktionen des Kindeswillens sein. Das BVerfG sieht den Kindeswillen im Ausdruck und Indiz für die persönliche Bindung des Kindes an seine Eltern<sup>14</sup>. Daneben tritt aber der Kindeswille als Ausdruck bewußter Eigenentscheidung und Selbstbestimmung<sup>15</sup>. Es liegt auf der Hand, daß die üblichen Kriterien in bezug auf Alter und Reife des Kindes sowie Begründetheit seines Willens je nach Funktionen unterschiedlich definiert werden müssen.

### III. Elterliche Gleichberechtigung und Kindeswohl

In einem kurzen letzten Abschnitt rückt das BVerfG, wenn auch nur andeutungsweise, vieles zurecht, v. a. die streitigen Sorgerechtsfällen Verwirrung stiftet<sup>16</sup>. Ausgehend von dem durch breiten Konsens gestützten Postulat, daß die persönliche Betreuung durch einen Elternteil dem Kindeswohl förderlicher ist als (weitgehende) Drittbetreuung, will das Gericht denjenigen Elternteil bevorzugen, der mehr Zeit für das Kind aufwenden kann. Dieser Grundsatz steht unter dem Vorbehalt, daß das Kind nicht eine stärkere innere Bindung an den anderen Elternteil hat. Das Gericht folgert: „(Ein) Primat der nicht oder nur halbtags beschäftigter Mutter bei Sorgerechtsregelungen besteht daher nicht von vornherein.“<sup>17</sup> Da im Ausgangsfall die Bindungsverhältnisse offenbar ausgeglichen waren, bestätigte das Gericht jedoch im Ergebnis die Zuweisung des bisher beim voll berufstätigen Vater lebenden Kindes an die nur halbtags arbeitende Mutter. Sieht man diese Aussagen unter dem Aspekt der Gleichberechtigung bei Sorgerechtsentscheidungen, lassen sich Grundsätze gewinnen.

Erster Grundsatz: Gegen das Kindeswohl können sich elterliche Gleichberechtigungsinteressen nicht durchsetzen. Insbesondere hat der Vater kein Recht darauf, daß seine (traditionelle und auch heute noch typische) Berufstätigkeit bei der Kindeswohlabwägung ignoriert wird, weil sonst Väter „praktisch nie“ Sorgerechtsinhaber werden könnten<sup>18</sup>. Entsprechendes müßte für den generellen Gleichberechtigungsanspruch des Vaters gelten, wenn „die Mutter-Kind-Beziehung die anthropologisch wichtigere“ wäre<sup>19</sup>. Gleichberechtigung meint Elternrecht und dieses hat in einer am Kindeswohl orientierten Sorgerechtsentscheidung auf Kosten des Kindesinteresses keine Wirkungsmöglichkeit<sup>20</sup>. Das gilt nicht nur zu Lasten des Vaters. Es verhindert gleichermaßen beiderseitige „Interessenbefriedigung“ der Eltern durch die Geschwisteraufteilung oder durch „gemeinsames Sorgerecht“ der streitenden Eltern<sup>21</sup>.

Zweiter Grundsatz: Bestehen aus dem Blickwinkel des Kindesinteresses keine generellen Ungleichheiten zwischen Mutter und Vater, so folgt das Gebot elterlicher Chancengleichheit sowohl aus Art. 3 II GG wie auch aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes.

Das BVerfG hat die faktisch vorherrschende Mutterzuweisung auf eine rationale, rechtsverträgliche Basis gestellt. Ein Primat der Mutter besteht „nicht von vornherein“, d. h. rechtlich nicht anerkennungsfähig ist die generelle Bevorzugung der Mutter unter Berufung auf die „Natur“<sup>22</sup>, die Biologie oder Verhaltensbiologie<sup>23</sup>, die Religion<sup>24</sup> oder schlicht die „Erfahrung“<sup>25</sup>. Statt dessen ist die Bevorzugung eines Elternteils gerechtfertigt, wenn er die primäre psychosoziale Bezugsperson des Kindes ist oder - falls insoweit keine Unterschiede feststellbar sind - wenn er in der Zukunft das Kind persönlich intensiver betreuen kann als der andere Elternteil. Dem treten andere Aspekte des Kindeswohls zur Seite. Maßgeblich und entscheidend sind dabei stets die konkreten Verhältnisse. Solange die Rollenverteilung in Familie und Beruf überwiegend traditionellen Maßstäben folgt, wird es demnach bei der Mutterzuweisung als Regelfall bleiben. Es handelt sich hierbei aber nicht um einen Vorrang der Mutter, sondern um einen faktischen Vorsprung aufgrund verschiedener Lebensgestaltung. Die Formulierung rechtlicher Vorrangregeln hätte funktional zu erfolgen: statt „Mutter“ psychosoziale Bezugsperson, betreuungsbereiter und -fähiger Elternteil oder anderes. Im Prinzip gewinnt damit der Vater die gleiche Chance, in diese Positionen einzurücken. Pauschale, geschlechtsorientierte Bewertungen werden sachlich-konkrete Kindeswohlkriterien ersetzt. Im Ergebnis dürfte mit dem Mutter-Mythos ein wesentlicher Teil der mystischen Aura des Kindeswohlbegriffs selbst<sup>26</sup> beseitigt sein.

<sup>1</sup> BVerfGE 31, 194 = NJW 1971, 1447.

<sup>2</sup> BVerfG, NJW 1981, 217.

<sup>3</sup> BVerfGE 31, 205 ff. = NJW 1971, 1447 f.; BVerfG, NJW 1981, 218.

<sup>4</sup> Vgl. Vorlagebeschlüsse der AGe Königstein/T., FamRZ 1980, 483 und Bergisch Gladbach, FamRZ 1980, 1156; s. auch KG, FamRZ 1980, 821.

<sup>5</sup>NJW 1981, 218; BVerfGE 31, 205 = NJW 1971, 1448.

<sup>6</sup>39 Law and Contemporary Problems 226 ff., 229 ff., insb. 234, 248 f., 265 ff., 282, 288 (1975), in Fortführung des i FamRZ 1975, 1 ff. (= 43 Harvard Educational Review 599 ff. (1973)) dargelegten Ansatzes. Gegenüber elterlicher Einigkeit konsequenterweise funktionslos sein, aaO, S. 288 und Mnookin-Kornhauser, 88 Yale Law Journal 950 ff., 994 ff. (1979).

<sup>7</sup>Dieckmann, AcP 178 (1978) 299, 316, 317; Diederichsen, FamRZ 1978, 468; ders., in: Festschr. f. Beitzke, S. 169, 184; Finger, FamilienR, S. 306; Hinz, Kinderschutz als Rechtsschutz und elterliches SorgeR, S. 32 f.; Jayme, FamRZ 1975, 1; Lüderitz, FamRZ 1975, 606; Mnookin, FamRZ 1975, 4; Müller=Freienfels, JZ 1959, 398; ders., in: Festschr. f. Hinderling, S. 146; Quambusch, ZBIJR 1974, 140; Wieacker, in: Festschr. f. Weber, S. 440.

<sup>8</sup>Hieraus ergibt sich die sachliche Überprüfungscompetenz des BVerfG, NJW 1981, 218 r. Sp.

<sup>9</sup>Vgl. die Begriffe „Obervormund“ im schweizerischen Recht (Egger, Züricher Kommentar, 2. Aufl., Art. 273 Rdnr. 6) od des „parens patriae“ im anglo-amerikanischen Recht, Eyre v. Shaftesbury, (1722), 24 Engl. Rep. 659; Mnookin (o. Fußn. 6 S. 240 ff.

<sup>10</sup>Vgl. OLG Hamm, FamRZ 1973, 148; KG, FamRZ 1959, 253, 254; OLG München, FamRZ 1979, 70, 71; OLG Bamberg, FamRZ 1980, 620, 622.

<sup>11</sup>Extremes Beispiel ist das Ansinnen an den Sorgeberechtigten, die Kinder notfalls mit Gewalt zum Um; nichtsorgeberechtigten Elternteil füßig zu machen, z. B. OLG Düsseldorf, FamRZ 1969, 665; LG Mannheim, NJW 1972, 950, 951.

<sup>12</sup>NJW 1981, 218 sub II. 2. b.

<sup>13</sup>Das BVerfG deutet den Aspekt der Überforderung an, NJW 1981, 217 (219); vgl. auch Zenz, Kindeswohl und Selbstbestimmung, in: Familienrechtsreform (Hrsg. Kühn-Tourneau), 1971, S. 169, 177 ff.

<sup>14</sup>NJW 1981, 217, 219 sub c); hierbei mag das Alter des betreffenden Kindes (6 1/2 Jahre) eine Rolle gespielt haben.

<sup>15</sup>Deutlich z. B. BayObLG, FamRZ 1977, 650, 653; OLG Hamm, FamRZ 1978, 262, 265.

<sup>16</sup>NJW 1981, 217 (219 sub 3).

<sup>17</sup>NJW 1981, 217.

<sup>18</sup>So aber OLG Stuttgart, FamRZ 1957, 27; KG, FamRZ 1959, 509 (511); OLG Köln, FamRZ 1972, 574 (575); LG Waldshut, Justiz 1973, 139; vgl. auch BayObLG, FamRZ 1976, 38 (40).

<sup>19</sup>Gegen Diederichsen, NJW 1980, 1, 9 I. Sp.; Palandt-Diederichsen, § 1671 Anm. 3.

<sup>20</sup>BGH, FamRZ 1976, 446 (447).

<sup>21</sup>In den USA, deren Rechte für das gemeinsame Sorgerecht gerne argumentativ in Bezug genommen werden (z. B. F FamRZ 1979, 380; ders., FamRZ 1980, 758), wird gelegentlich so entschieden, vgl. statt vieler Banks v. Banks, 4 Family Law Reporter 2652, 2653 (N. Y. Sup. Ct. 1978); In re Levin, 6 Family Law Reporter 2427, 2428 (Cal. App. 1980). § 4600 (b) Cal. Civ. Code v. 1980 ermächtigt als einziges Gesetz sogar ausdrücklich dazu.

<sup>22</sup>Z. B. OLG Frankfurt, FamRZ 1978, 261 (262); OLG München, FamRZ 1979, 337 (338); LG Oldenburg, RdJB 1972, 281 (282).

<sup>23</sup>Vor allem Hassenstein, Verhaltensbiologie, 1973, S. 43 ff., 374 ff.

<sup>24</sup>Vor allem US-amerikanische Gerichte bezeichnen die Mutter gelegentlich als „God's own institution“ für Kindeserziehung, z. B. Hines v. Hines, 185 N. W. 91, 92 (Iowa 1921).

<sup>25</sup>OLG München, FamRZ 1979, 337.

<sup>26</sup>Vgl. o. Fußn. 7.