

# Marianne Breithaupt

## Der aufhaltsame Aufstieg des gemeinsamen Sorgerechts für geschiedene Eltern

– aufgezeigt am Beispiel der Entwicklung in München

Ginge es nach Vereinigungen wie z. B. »Väter für Kinder«, »Dialog zum Wohle des Kindes«, oder »Intakte Elternschaft trotz Trennung und Scheidung«, gehörte dem gemeinsamen Sorgerecht in allen Lebenslagen und unabhängig vom Status der Eltern die Zukunft. Es gilt als Eckpfeiler im Programm der Reform des Kindschaftsrechts und wird sowohl vom Deutschen Juristentag<sup>1</sup> als auch vom Deutschen Juristinnenbund<sup>2</sup> gefordert. Auslöser und Modell für diese Forderung ist das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung. Daher bieten sich die bisherigen Erfahrungen mit dieser Sorgerechtsregelung als Anknüpfungspunkt für weitergehende Forderungen an.

### *A) Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung der Eltern*

Die Diskussion über das gemeinsame Sorgerecht für voneinander geschiedene Eltern ist nicht neu. Schon anlässlich der Neuregelung der elterlichen Gewalt im Zusammenhang mit dem ersten Eherechtsreformgesetz (1. EheRG), das am 1. 7. 1977 in Kraft trat, gab es die Forderung eines gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung.<sup>3</sup> Sie konnte sich nicht durchsetzen. Das 1. EheRG entschied sich für die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil, § 1671 IV, S. 1 BGB. Dabei blieb es auch nach dem Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge, das am 1. 1. 1980 in Kraft trat.<sup>4</sup> Diese Situation, daß es außerhalb von Ehen kein gemeinsames Sorgerecht gibt, hat sich erst durch die Entscheidung des BVerfG vom 3. 11. 1982 geändert. Das BVerfG erklärte § 1671 IV S. 1 BGB wegen Verstoßes gegen das Elternrecht des Art. 6 II, S. 1 GG für verfassungswidrig, weil er das gemeinsame Sorgerecht für geschiedene Eltern auch dann ausschloß, wenn diese willens und geeignet sind, die Elternverantwortung weiterhin zusammen zu tragen.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Beschlüsse des 59. Deutschen Juristentages, FamRZ 1992, 1275 ff., 1276.

<sup>2</sup> Thesen des Deutschen Juristinnenbundes zur Neuregelung des Kindschaftsrechts, FamRZ 1992, 912.

<sup>3</sup> Sophie Evans von Krbek, Gemeinsame elterliche Gewalt über das Kind nach Scheidung, FamRZ 1977, 371 ff. Zusammenfassung bei Peter Finger, Familienrecht, 1979, S. 305.

<sup>4</sup> Durch das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 18. 7. 1979 wurde z. B. der Begriff elterliche Gewalt durch den der elterlichen Sorge ersetzt. Bis dahin lautete § 1671 IV BGB so: Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden.

<sup>5</sup> FamRZ 1982, 1179 ff.

## I. Verhältnis von Ausnahme und Regel

Die Entscheidung des BVerfG geht auf das Wesen des gemeinsamen Sorgerechts nicht ein. Es behandelt nicht ein gemeinsames Sorgen, sondern die *Ausnahmslosigkeit* der Regelung des § 1671 IV, S. 1 BGB, das Sorgerecht auf einen Elternteil zu übertragen, und stellt einen Zusammenhang zwischen typisierenden Regelungen und Grundrechtseingriff dar.

Ausnahmslose Anwendung des Alleinsorgerechtsgrundsatzes, § 1671 IV, S. 1 BGB, bedeutet Verlust des Sorgerechts eines Elternteils. Welchen Elternteil trifft der Verlust? Von den 1,865 Millionen Einelternteilfamilien sind 1,565 Millionen Mutterfamilien und nur 301 000 Vaterfamilien<sup>6</sup>. 45,2% der Mütter und 43,8% der Väter sind geschieden. Damit stehen ca. 707 000 geschiedenen alleinerziehenden Müttern ca. 131 000 alleinerziehende geschiedene Väter gegenüber.<sup>7</sup> Es ist also in der Regel der Vater, der seines Sorgerechts verlustig geht. Gemeinsames Sorgerecht verhindert diesen Verlust. Es geht beim *gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung also in der Regel um die Erhaltung väterlichen Sorgerechts*.

Indem das BVerfG sich jeder Beschreibung von Sorgerecht enthält und für das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung nur verlangt, daß

1. beide Elternteile gewillt sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Ehescheidung weiter zu tragen,
  2. beide Eltern voll erziehungsfähig sind und
  3. keine Gründe vorliegen, die es im Interesse des Kindes angezeigt sein lassen, das Sorgerecht auf einen Elternteil zu übertragen,
- erspart sich das BVerfG eine Auseinandersetzung mit den Rollen von Mutter und Vater beim gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung.

## II. Rückschluß auf die Elternrollen nach Scheidung aus der tatsächlichen Lebenssituation der Kinder

Wie sehen nun die Elternrollen beim gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung aus? Das erhellt sich aus der Lebensgestaltung der Kinder.

Nach der Untersuchung des Allgemeinen Sozialdienstes (ASD)<sup>8</sup>, der in München Aufgaben des Jugendamtes wahrnimmt, leben die Kinder nach der Scheidung

	bei gemeinsamem Sorgerecht	bei Einzelsorgerecht
beim Vater		
1986	18% <sup>9</sup>	12% (BRD)
1990	14%	9% (München)
bei der Mutter		
1986	70%	88% (BRD)
1990	68%	84% (München)

<sup>6</sup> Zahlen aus Anita Heiliger, Alleinerziehen als Befreiung, S. 4, unter Berufung auf das Stat. Bundesamt. Die Zahlen entsprechen den Zahlen aus »Frauen in der Bundesrepublik«, Bundesmin. für Frauen und Jugend 1992; dort ist nur von 130 000 alleinerziehenden Vätern die Rede. Aber das dürfte ein Druckfehler sein, ein Zahlendreher.

<sup>7</sup> Prozentzahlen aus dem Report »Frauen in der Bundesrepublik«, S. 85.

<sup>8</sup> Der ASD fragt Betroffene, 1986 und 1990, zu beziehen über das Sozialreferat der Landeshauptstadt München.

<sup>9</sup> Nach Jutta Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, S. 26, leben 22% beim Vater. Die Seitenzahlen bei Jutta Limbach entsprechen denen in der Broschüre, die das Justizministerium zur Verfügung gestellt hat.

	bei gemeinsamem Sorgerecht	bei Einzelsorgerecht
bei Vater und Mutter		
1986	12% <sup>10</sup>	0% (BRD)
1990	14%	3,5% (München)
anderswo		
1986	–	–
1990	3%	4%

Das Wechselmodell,<sup>11</sup> bei dem die Kinder in regelmäßigen Abständen zwischen den Elternwohnungen hin- und herpendeln, wird nur bei 3% der Fälle gemeinsamen Sorgerechts praktiziert.<sup>12</sup> Das Wohnen bei Vater und Mutter ist also nicht mit dem Wechselmodell gleichzusetzen. Die Zahlen von 12 bzw. 14% Wohnens bei Vater und Mutter bedeuten deshalb in der Regel überwiegende alltägliche Betreuung durch die Mütter.

Die Kinder geschiedener Eltern leben also überwiegend bei den Müttern. Sie leben auch dann überwiegend bei den Müttern, wenn diese das Sorgerecht gemeinsam mit dem Vater ausüben. *Gemeinsames Sorgerecht bedeutet nicht gemeinsames Sorgen* im Sinne gleicher, geteilter Elternverantwortlichkeit, sondern »ein großzügiges Mitspracherecht und sowohl intensive als auch häufige Kontaktmöglichkeit desjenigen Elternteils, der nicht mit dem Kind zusammenlebt und nicht die alltägliche Personensorge ausübt.«<sup>13</sup> Das gemeinsame Sorgerecht geschiedener Eltern entspricht somit dem »herkömmlichen Arrangement bei Alleinsorge eines Teils«, also in der Regel der Mutter, »und großzügigem Umgangsrecht des anderen Teils«, also in der Regel des Vaters.<sup>14</sup>

### B) Das gemeinsame Sorgerecht bei bestehender Ehe

Von der Anforderung des BVerfG ausgehend, daß die Eltern gewillt sein müssen, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind weiterzutragen, stellt sich die Frage, ob mit Gestaltung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung ein erwartetes Elternverhalten weitergetragen wird oder nicht. Dazu bedarf es eines Vergleichs des gemeinsamen Sorgerechts bei bestehender Ehe mit dem nach Scheidung.

#### 1. Entstehung des gemeinsamen Sorgerechts

Nach § 1626 Abs. I, S. 1 BGB haben der Vater und die Mutter das Recht und die Pflicht, für das minderjährige Kind zu sorgen. Für die Ausübung bestimmt § 1627, daß die Eltern die elterliche Sorge in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben haben und bei Meinungsverschiedenheiten versuchen müssen, sich zu einigen.

<sup>10</sup> Nach Jutta Limbach, (Fn. 9), wechseln 6% zwischen den Wohnungen von Vater und Mutter.

<sup>11</sup> Beschrieben z. B. bei Judith Wallerstein/Sandra Blakeslee, Gewinner und Verlierer, Frauen und Kinder nach der Scheidung, S. 303 ff.

<sup>12</sup> Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 10.

<sup>13</sup> Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 28.

<sup>14</sup> Nina Dethloff, Reform des Kindschaftsrechts, NJW 92, 2202.

Dieses gemeinsame Sorgerecht ist ein Produkt des Gleichberechtigungsgesetzes von 1957, mit dem die bis dahin geltende alleinige elterliche Gewalt des Vaters abgeschafft wurde. Dies geschah damals sehr halbherzig, denn die formale Gleichstellung von Mutter und Vater hinderte den Gesetzgeber nicht, gleichzeitig in § 1628 festzuhalten, daß der Vater allein entscheidet, wenn sich die Eltern nicht einigen, und in § 1629 die Vertretung des Kindes allein dem Vater zuzuweisen. So sollte hinter der Fassade des gemeinsamen Sorgerechts das Alleinentscheidungs- und Vertretungsrecht des Vaters weiterleben.<sup>15</sup> Das BVerfG kassierte die §§ 1628 und 1629 mit seiner Entscheidung vom 29. 7. 1959 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. II GG.<sup>16</sup>

Miteinander verheiratete Eltern trainieren erst seit 34 Jahren gemeinsames Sorgerecht. Grob geschätzt dürfte mehr als die Hälfte der Bevölkerung der alten Bundesländer den früheren Rechtszustand aus eigenem Erleben kennen, die Älteren sowohl als Kinder als auch als Mütter oder Väter, die über 34 Jahre alten jedenfalls als Kinder.<sup>17</sup>

## *II. Rechtswirklichkeit gemeinsamen Sorgerechts bei bestehender Ehe*

Das tatsächliche Verhalten von Eltern ändert sich nicht einfach mit der Rechtslage. Wird weiter in Erwägung gezogen, daß die Art und Weise, wie Menschen als Kinder ihre Eltern erlebten, Einfluß auf die Art und Weise hat, wie sie selbst Elternschaft für ihre Kinder praktizieren, dürfte das gemeinsame Sorgerecht immer noch eher eine Kopfgeburt sein als ein selbstverständlich gelebtes Sorgerechtsmodell.

So kann erklärt werden, daß sich das Aufziehen von Kindern heute noch immer nicht von dem vor Einführung des gemeinsamen Sorgerechts 1957 unterscheidet. Es sind nach wie vor die Mütter, die tatsächlich für die Kinder sorgen und sich für die Pflege und Erziehung der Kinder verantwortlich fühlen. Es sind nach wie vor die Väter, die sich der tatsächlichen, tagtäglichen Verantwortung für die Kinder entziehen.<sup>18</sup> Das gilt auch für die sog. »neuen Väter«, bei denen ebenfalls keine tiefgreifende Veränderung der Zuständigkeiten für Kinder festzustellen ist.<sup>19</sup> Abgesehen von 2,5 % aller Eltern, denen eine partnerschaftliche Teilung der familialen Arbeit für die Kinder gelingt,<sup>20</sup> wird die elterliche Arbeit nach wie vor so aufgeteilt, daß der Mutter die Erzieherinnenrolle zugewiesen wird und der Vater sich auf die Ernährerrolle, auf das Beibringen des Barunterhaltes, zurückziehen darf.

### *1. Rollenfixierung für die Mütter*

Die Richtigkeit und Berechtigung dieser elterlichen Arbeitsteilung findet (noch immer) ihre Stütze im Gesetz. Nach § 1606 Abs. II BGB erfüllt nämlich die Mutter ihre Verpflichtung, zum Unterhalt des minderjährigen, unverheirateten Kindes beizutragen, in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes.

<sup>15</sup> Hildegard Krüger, in: Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar von Krüger, Breetzke und Nowack, 1958, S. 14 und 15.

<sup>16</sup> BVerfGE NJW 1959, 1438.

<sup>17</sup> Stat. Jahrbuch für das vereinte Deutschland 1991, S. 66 schlüsselt die Bevölkerung nach Alter auf.

<sup>18</sup> Beschreibung der Väter früher z. B. Hildegard Krüger, (Fn. 15), S. 80 ff., Beschreibung der Väter jetzt z. B. Berard/Schlaffer, Sagt uns, wo die Väter sind, 1991.

<sup>19</sup> Stein-Hilbers, Männer für Kinder, FuR 1991, 198.

<sup>20</sup> Stein-Hilbers, FuR 1991, 198.

Was als Privileg gedacht war, diese grundsätzliche Freistellung der Mütter von Barunterhaltspflichten, erweist sich als Falle, denn die Mütter bleiben an ihrer Rolle hängen, auch wenn sie Barunterhaltspflichten für das Kind, für die Familie, ganz oder teilweise übernehmen wollen oder müssen. So sind nach § 1356 Abs. II BGB beide Ehegatten berechtigt, erwerbstätig zu sein, und verpflichtet, bei der Wahl und Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf die Belange des anderen Ehegatten und der Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen. In der Rechtswirklichkeit ist aber die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ein Mütterproblem und ein Mütterprogramm.<sup>21</sup>

Das sieht nicht anders aus, wenn die Mütter gar keine Wahl haben und sich nicht oder nicht mehr auf ihre Befugnis berufen können, den Unterhalt für die Familie durch Kinderbetreuung und Haushaltsführung zu leisten, weil sonst die Familie nicht (angemessen über)leben kann, § 1360 S. 1 BGB. Auch dann, wenn die Erwerbstätigkeit der Mutter erforderlich ist oder reklamiert wird, ändert sich nichts bis wenig an der elterlichen Teilung der Familienarbeit für die Kinder.<sup>22</sup>

## 2. Rollenaufweichung beim Vater

Während die Alleinzuständigkeit der Mütter für die Arbeit für und mit den Kindern immer noch Realität ist, schwindet die Alleinernährerfunktion der verheirateten Väter. Das zeigt die Entwicklung der Erwerbstätigkeitsquote der verheirateten Frauen.

Von allen verheirateten Frauen waren erwerbstätig (alte Bundesländer)

1950	24,5%,	1961	32,8% <sup>23</sup>
1972	40,7%	1989	44,7% <sup>24</sup>

Von diesen verheirateten erwerbstätigen Frauen haben fast die Hälfte Kinder, in Bayern liegt die Erwerbsquote der verheirateten Mütter sogar bei 51%, von den Müttern zwischen 35 und 45 Jahren arbeiten 58%<sup>25</sup>. Das bedeutet, daß etwa jeder zweite Vater in bestehender Ehe kein Alleinernährer mehr ist, daß die Alleinernährerrolle eine Fiktion ist.<sup>26</sup> Die meisten Mütter haben oder suchen eine Teilzeitarbeit.

Einer der Gründe, warum Mütter Erwerbseinkommen erzielen wollen oder müssen, sind die zu geringen Mittel, die Väter zum Familienunterhalt zur Verfügung stellen können oder wollen. Dabei geht es nicht nur darum, daß die Mittel nicht reichen, ein als angemessen erachtetes soziales Niveau in Grenzen aufrechtzuerhalten, sondern schon darum, daß sie z. B. in München kaum bis nicht ausreichen, um den Lebensbedarf einschließlich der Wohnkosten zu finanzieren.

Das verfügbare Einkommen in einem Arbeiterhaushalt betrug z. B. 1988 DM 3474,-, in einem Angestelltenhaushalt DM 4457,-<sup>27</sup>. Nur 4,2% der männlichen Arbeiter

21 Z. B. Politik für Frauen in Bayern, Ausgewählte Daten zur Gleichstellungs- und Frauenpolitik, Bay. Staatsmin. für Arbeit, Familie und Sozialordnung, S. 31 ff.

22 Repräsentativhebung des Deutschen Jugendinstitutes München zur Situation der Familien in Westdeutschland, zitiert nach Jahrbuch der BRD, 1991/92, S. 19.

23 Zahlen aus Ute Gerhard, Verfügbarkeit von Frauen, in »Auf Kosten von Frauen«, S. 57.

24 Stat. Jahrbuch 1991 für das vereinte Deutschland, S. 122.

25 Zahlen aus Politik für Frauen in Bayern, (Fn. 21), S. 36 ff. Die Zahlen betreffen das Jahr 1988.

26 Wahrscheinlich war sie auch früher eine Fiktion, was aus Mitgiftregelungen und Nutznießungsrechten des Ehemannes am Vermögen der Frau und der Kinder zu schließen ist.

27 Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1991/92, S. 23.

verdienen mehr als 3000,-, nur 20,1% der männlichen Angestellten mehr als 4000,- monatlich netto.<sup>28</sup> Wenn der Haushalt über das durchschnittliche Einkommen verfügen will, wird dieses also nicht vom Mann und Vater allein beigebracht. Die gleiche Beurteilung ergibt sich, wenn der Verbrauch zu Grunde gelegt wird. Der private Verbrauch in einem westdeutschen Arbeitnehmerhaushalt (Ehepaar und zwei Kinder) mit mittlerem Einkommen betrug 1989 DM 3325,-.<sup>29</sup> Nur 12,8% aller männlichen Erwerbstätigen haben ein monatliches Nettoeinkommen von 3000,- bis 4000,- DM.<sup>30</sup>

Trotz dieser Fiktion der Alleinernährerrolle crachten sich Väter von der tagtäglichen, tatsächlichen Familienarbeit als freigekauft. Die Beiträge der Mütter zum Barunterhalt bewirken im Gegenzug keine entsprechenden Beiträge der Väter zur Familienarbeit, führen nicht zu einer zuverlässigen Übernahme von Zuständigkeiten der Väter für die Kinder.

Wird die Entwicklung des gemeinsamen Sorgerechts seit 1957 im Zusammenhang mit der Übernahme von Barunterhaltsfunktionen der Mütter für die Familie gesehen, erweist sich das gemeinsame Sorgerecht als Väterentlastungsprogramm: Sie teilen sich mit den Müttern mehr oder weniger die Kosten, nicht aber die Arbeit für die Kinder. Es ist neidlos anzuerkennen, daß die Väter, wenn nicht die klügeren, so doch die geschickteren Elternteile sind. Sie haben die gleichen Rechte, aber nicht die gleichen Pflichten wie Mütter.

Gemeinsames Sorgerecht bei bestehender Ehe bedeutet nicht gemeinsames, gleichberechtigtes und gleichverantwortliches Sorgen beider Elternteile. Wie nach der Scheidung ist auch bei bestehender Ehe das gemeinsame Sorgerecht ein Arrangement von Alleinsorge eines Teils, in der Regel der Mutter, und großzügigem Mitsprache- und Umgangsrecht des anderen Teils, in der Regel des Vaters. Die verheirateten Väter unterscheiden sich nicht bis wenig von den geschiedenen Vätern. Sie sind hier wie dort mehr oder weniger großzügige Zahlväter, die, je nach dem, mehr oder weniger intensiven Umgang mit ihren Kindern pflegen.

Angesichts dieser Situation kann in der Rollenteilung nach Scheidung eine Fortsetzung der gemeinsamen Verantwortung für das Kind, wie vom BVerfG verlangt, gesehen werden. Die Installierung gemeinsamen Sorgerechts außerhalb von Ehen wird verständlich: Was sollen rechtliche Unterschiede in der Sorgerechtsstellung von verheirateten und geschiedenen Vätern, wenn sich ihre tatsächlichen Beiträge zum Aufziehen von Kindern nicht unterscheiden?

### *C) Bedeutung der Entscheidung des BVerfG*

#### *I. Renaissance des Rechtszustandes vor 1957 für Väter*

Mit der Entscheidung des BVerfG entstand eine Rechtslage, die es ehelichen Vätern ermöglicht, ihre durch die Ehe erworbene Sorgerechtsstellung über die Ehe hinaus zu erhalten. Wenn in Betracht gezogen wird, daß das Sorgerecht des Vaters bis zum Gleichstellungsgesetz 1957 durch die Scheidung, abgesehen von der Sorge für die Person des Kindes, nicht berührt wurde, knüpft das gemeinsame Sorgerecht mit

<sup>28</sup> Stat. Jahrbuch 1991 für das vereinte Deutschland, S. 121.

<sup>29</sup> Jahrbuch 91/92, (Fn. 27), S. 20.

<sup>30</sup> Stat. Jahrbuch 91 für das vereinte Deutschland, S. 121.

seiner Aufrechterhaltung väterlichen Sorgerechts an diesen früheren Rechtszustand an.

§ 1635 BGB, alte Fassung, lautete: »Ist die Ehe ... geschieden, so steht, solange die Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt wurde, dem anderen Ehegatten zu. Sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn über sechs dem Vater zu. Das Recht zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.«

Der Vater behielt, ob schuldig geschieden oder nicht, auf jeden Fall allein die gesetzliche Vertretung, die Vermögenssorge und das Recht der Nutznießung am Kindesvermögen, blieb also alleiniger Inhaber des Sorgerechts, unabhängig davon, ob er die Sorge für die Person des Kindes ausübte oder nicht. Der Alleinsorgegrundsatz resultiert damit nicht aus dem Verschuldensscheidungsrecht<sup>31</sup>, sondern aus der patriarchalen Stellung des Vaters. Seine Rechtsposition stand nicht zur Disposition, lediglich die Sorge für die Person des Kindes war variabel. Sie wurde auch vor 1957 in der Regel von der Mutter allein wahrgenommen. Etwa 10% der Ehen wurden wegen Alleinschuld der Frau geschieden, mehr als 50% wegen Alleinschuld des Mannes.<sup>32</sup>

Der Effekt der Unbeachtlichkeit der Scheidung für das väterliche Sorgerecht stellt sich ähnlich auch mit dem gemeinsamen Sorgerecht nach Scheidung ein. Der Vater behält seine Sorgerechtsstellung unter Fortsetzung der tatsächlichen Delegation der Sorge für die Person des Kindes auf die Mutter. Der Vater behält oder erhält eine gute Rechtsstellung ohne Übernahme von Pflichten. Das ist ein erstrebenswertes Ziel. Auf die kürzeste Formel brachte dies die Kölner Gruppe der Vereinigung »Dialog zum Wohle des Kindes«: »Eltern können auf die Ausübung der elterlichen Sorge verzichten, niemals jedoch auf das Sorgerecht!«<sup>33</sup> Man(n) wird sich doch wohl noch der tatsächlichen Sorge für ein Kind enthalten dürfen, ohne gleich des Sorgerechts verlustig zu gehen...

Hinsichtlich der elterlichen Rollenverteilung tritt nach Scheidung die Klarheit ein, die bei bestehender Ehe fehlt, weil der Vater sich bei der Anforderung nach Veränderung seines mehr oder weniger geringen Beitrages zur tatsächlichen Erziehungsarbeit auf Unmöglichkeit berufen kann. Kann die Arbeitsteilung bei bestehender Ehe oft nur durchgesetzt werden unter Inkaufnahme einer Vorwurfshaltung der Mutter gegenüber dem Vater, entfällt das so erzeugte schlechte Gewissen des Vaters nach Trennung und Scheidung, weil der Vater ja nicht mehr machen kann, da er nicht mehr mit der Familie zusammenlebt. Aus diesem Grunde fühlen sich Väter nach Trennung und Scheidung mit ihrer Vaterrolle oft wohler. Der Maßstab hat sich verändert. Ein Vater, der nach Trennung und Scheidung für seine Kinder Unterhalt bezahlt und mit ihnen Kontakt hält, gilt als guter Vater im Vergleich zu all denen, die das nicht machen. Damit erfährt das gleiche Vaterverhalten, das er während der Ehe gezeigt hat, eine Aufwertung, denn dort wurde dieses Verhalten als selbstverständlich, wenn nicht sogar als ungenügend erachtet. Was ist also für Väter noch besser als das gemeinsame Sorgerecht bei bestehender Ehe? Das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung!

31 Behauptung von Hinz, Protokolldienst Bad Boll 30/86 über die Tagung »Recht und Realität im Familienalltag und in der Familienkrise«, S. 234.

32 Stat. Bundesamt, »Bevölkerungsbewegung« 1975, S. 24.

33 Thesen des Dialoges zum Wohl des Kindes, zusammengestellt von Alfons Breuer Kolo, ein Exemplar in meinen Unterlagen.

## II. Verhinderung des alleinigen Sorgerechts von Müttern

Das Ziel der Erhaltung der väterlichen Sorgerechtsstellung trotz Scheidung bedeutet als Reflex die Verhinderung des Alleinsorgerechts von Müttern.

### 1. Alleinige mütterliche Sorge und alleiniges mütterliches Sorgerecht

Alleiniges Sorgerecht von Müttern gab es bis zum Gleichberechtigungsgesetz 1957 nur für die verwitwete Mutter, und auch hier nur, solange diese nicht wieder heiratete, § 1697 BGB a. F. Alle anderen Mütter, gleich ob verheiratet, unverheiratet oder geschieden, hatten bis dahin kein Sorgerecht, nur neben dem Vater oder Vormund oder allein das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen, §§ 1634, 1635, 1707 BGB a. F. Die ehelichen Mütter kamen erst über das gemeinsame Sorgerecht bei bestehender Ehe überhaupt zu einer Sorgerechtsposition, und über dieses gemeinsame Sorgerecht zu einem Alleinsorgerecht nach Scheidung.<sup>34</sup> Das gemeinsame Sorgerecht in der Ehe war also der Einstieg für das alleinige Sorgerecht von Müttern, das gemeinsame Sorgerecht nach der Ehe soll der Ausstieg aus dem alleinigen Sorgerecht von Müttern werden.

Mütterliches Alleinsorgerecht ist suspekt. Das wird in dieser Form nicht ausgesprochen. Der Widerstand gegen die alleinsorgeberechtigten Mütter artikuliert sich als Widerstand gegen die Alleinerziehung. So erklärte z. B. Prof. Dr. Dr. Fthenakis in aller Öffentlichkeit, es sei wissenschaftlich festgestellt, daß Alleinerziehung verheerende Folgen für Kinder habe.<sup>35</sup> Da in der Rechtswirklichkeit der alten Bundesländer 84% der Alleinerziehenden Mütter sind, in der der neuen Bundesländer sogar 99%, ist offenkundig, welche Alleinerziehung gemeint ist.<sup>36</sup>

Nun ist die mütterliche Alleinerziehung keine Folge der Sorgerechtsgestaltung, sondern der elterlichen Arbeitsteilung. In einer »vaterlosen Gesellschaft«<sup>37</sup>, in der die »Väter immer stärker aus dem familialen Zusammenleben mit (eigenen) Kindern herausfallen«,<sup>38</sup> leisten eben in der Regel Mütter die Arbeit der Sozialisation der Kinder. Die reale, leibhaftige Beteiligung der Väter an der Erziehung ist Wunschdenken, Wunschdenken auch von Müttern.<sup>39</sup> Weder innerhalb noch außerhalb von Ehen werden Kinder von Müttern und Vätern gemeinsam aufgezogen. Die meisten Väter halten sich bei ihrer gelebten Vaterrolle nicht an Fthenakis in seinen Büchern, sondern an Fthenakis in seiner Vaterwirklichkeit. So werden seine Kinder auch nicht von ihm erzogen, er hat nach eigener Erkenntnis nicht viel Zeit für seine Kinder und hält Telefonkontakt.<sup>40</sup>

An dieser elterlichen Arbeitsteilung soll sich durch das gemeinsame Sorgerecht nach Scheidung gerade nichts ändern. Väter brauchen nicht zu befürchten, ihr tatsächliches Sorgeverhalten ändern zu müssen, denn nach deutschen Vorstellungen setzt es

<sup>34</sup> Die Rechtsentwicklung der Mütter nichtehelicher Kinder läuft getrennt. Sie haben in den alten Bundesländern noch immer kein volles Sorgerecht. Bis 1970 bestand Amtsvormundschaft, seitdem gibt es Amtspflegschaft.

<sup>35</sup> Hearing im Stadtrat von München, Thema »Scheidungsfolgen in München«, am 20. 1. 92.

<sup>36</sup> Report »Frauen in der Bundesrepublik«, (Fn. 7), S. 85 = nur 1% der Alleinerziehenden in den neuen Bundesländern sind Väter.

<sup>37</sup> Alexander Mitscherlich, Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft.

<sup>38</sup> Stein-Hilbers, FuR 1991, 198.

<sup>39</sup> Der Wunsch nach Beteiligung des Vaters an der Erziehung, z. B. Christiane Olivier, *Jokastes Kinder*, 1989, oder Elisabeth Beck-Gernsheim, *Vom Geburtenrückgang zur neuen Mutterlichkeit*, 1985.

<sup>40</sup> Fthenakis als Vater, aus: Benard/Schlaffer, (Fn. 18), S. 84 ff.



nicht die zeitlich und sachlich gleichwertige Aufteilung der Sorgerechtstätigkeit und des Kindesaufenthaltes voraus, wie dies z. B. bei der Ausübung gemeinsamen Sorgerechts in den USA erwartet wird.<sup>41</sup> Eine solche Aufteilung wird im Gegenteil abgelehnt, weil sie zu einem »zweigeteilten Kind« führe.<sup>42</sup> Die Vorstellung, gemeinsames Sorgerecht bedeute partnerschaftliche (Auf)teilung der Familienarbeit für das Kind, gilt vielmehr als eines der Mißverständnisse, die die Auseinandersetzung um das gemeinsame Sorgerecht beherrscht(en) und die rechtspolitische Phantasie lähmt(en). Im Gegenteil, wer die formale Gleichberechtigung und -verpflichtung in den Vordergrund stellt, verkennt angeblich das Hauptanliegen des gemeinsamen Sorgerechts völlig – und das ist die Perspektive des Kindes. Gemeinsames Sorgerecht orientiert sich und legitimiert sich in erster Linie am Kindeswohl.<sup>43</sup> Dieses verlangt, dem Kind die Überzeugung zu vermitteln, beide Eltern fühlten sich für sein Wohl verantwortlich.

Wenn es am Faktum gleicher Verantwortlichkeit beider Elternteile für das Wohl des Kindes in und außerhalb von Ehen mangelt, muß hinsichtlich des abwesenden Elternteils Überzeugungsarbeit beim Kind geleistet werden. Wie in der Ehe sollen die Mütter den abwesenden Vater im Alltagsgeschehen halten.<sup>44</sup> Dieses Verständnis vom gemeinsamen Sorgerecht zeigt, daß es dabei nicht um die Veränderung der Rollen von Vater und Mutter beim Aufziehen von Kindern geht, daß Kinder keine anderen Rollenvorbilder von Vater und Mutter kennenlernen sollen. Die Mütter dürfen und sollen nach wie vor die Kinder aufziehen und mit dieser Arbeit die Väter so wenig wie möglich behelligen. Die geschiedenen Väter sind mit dieser Arbeit der Mütter, mit dieser Arbeitsteilung zufrieden. So ergab die Erhebung des ASD<sup>45</sup> folgende Zufriedenheit:

Alleiniges Sorgerecht Mutter, Kind lebt bei Mutter		
Vater zufrieden	88%	
Mutter zufrieden	81%	
Alleiniges Sorgerecht Vater, Kind lebt bei Vater		
Vater zufrieden	63%	
Mutter zufrieden	keine Daten	
Gemeinsames Sorgerecht, Kind lebt		
	bei Mutter	bei Vater
Vater zufrieden	84%	100%
Mutter zufrieden	91%	keine Daten

Am wenigsten schätzen Väter, wenn sie selbst als Alleinsorgeberechtigte die Erziehung zu bewältigen haben. Am glücklichsten scheinen sie als gemeinsam sorgeberechtigter Elternteil, bei dem das Kind lebt. Aber diese Zufriedenheit ist in Relation zur Wohnstatistik zu setzen. Der Anteil dieser Väter ist von 1986 auf 1990 von 18 auf 14% zurückgegangen, der Anteil der alleinsorgeberechtigten Väter von 12 auf 9%.<sup>46</sup> Die Abstimmung der Väter erfolgt mit den Füßen, sie entziehen sich dem Leben mit

41 Wallerstein/Blakeslee, (Fn. 11), S. 303 ff.

42 Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 109.

43 Fthenakis. Zum Stellenwert der Bindungen des Kindes als sorgerechtsrelevantes Kriterium, FamRZ 1985, 662 ff., hier 671.

44 Beschrieben z. B. bei Christiane Olivier. (Fn. 39), auch Salgo, Deutscher Kinderschutzbund bei der Anhörung der SPD-Fraktion zur Reform des Kindschaftsrechts (30. 9. 1992), veröffentlicht teilweise in »Gemeinsames Sorgerecht zwischen Ideologie und Realität«, zu beziehen beim Verband alleinerziehender Mütter und Väter.

45 ASD 1990, (Fn. 8), S. 12.

46 ASD 1990, (Fn. 8), S. 4.

den Kindern und ziehen es vor, sie den Müttern zu überlassen. Bei dieser Lösung sind 84–88% der Väter zufrieden.

Diese Zufriedenheit der Väter mit der Versorgung der Kinder durch die Mütter zeigt, daß es nicht um mütterliches Sorgen, sondern um mütterliches Sorgerecht geht. Mag die tatsächliche Erziehungsarbeit von Müttern verbal noch so sehr diffamiert werden, will man(n) sie ihnen nicht nehmen. Es geht nur um die rechtliche Kompetenz, mit der die Mütter diese Arbeit erledigen. Was ist so verrückt am alleinigen Sorgerecht von Müttern?

## 2. Bedrohung väterlicher Rechte am Kind

Hinter der Sorgerechtsstellung steht die Zuordnung der Kinder an die Vater- und/oder Mutterlinie.<sup>47</sup> Dies wird durch das gemeinsame Sorgerecht in der Ehe scheinbar verwischt und ist nur über die Entstehung der väterlichen Sorgerechtsstellung erkennbar. Sie leitet sich wegen der Unsicherheit ihrer Blutsverwandtschaft nicht aus Verwandtschaft ab, sondern aus Abstammungsregeln. In Konsequenz dieser Abstammungsregeln entstehen elterliche Rechte nur für Väter ehelicher Kinder, während die elterlichen Rechte im Nichtehelichenbereich (noch) nur bei der Mutter entstehen, §§ 1705 ff. BGB. Wenn auch durch das Nichtehelichengesetz vom 19.8.1969 die Verwandtschaft mit dem Vater hergestellt und die Matrilinearität bei der Abstammung nichtehelicher Kinder beendet wurde, blieb sie doch bei der Zuordnung der Kinder erhalten. Über das Alleinsorgerecht von Müttern nach Scheidung bricht diese rechtliche Zuordnung von Kindern an die Mütter, dieser Hauch von Matriarchat, auch in den Bereich der Ehe ein. Dieser Einbruch ist nachhaltiger als der im Nichtehelichenbereich, denn die Zahl der geschiedenen alleinsorgeberechtigten Mütter ist etwa dreimal so groß wie die der Mütter nichtehelicher Kinder.<sup>48</sup>

Wenn Matrilinearität oder Patrilinearität nicht nur als Abstammungsregelungen<sup>49</sup> verstanden werden, sondern auch als Antwort auf die Frage, welchem Familienzweig die Kinder und damit die Rechte an den Kindern zugerechnet werden,<sup>50</sup> weitet mütterliches Alleinsorgerecht nach Scheidung Matrilinearität aus und unterwandert Patrilinearität und damit den Sinn und Zweck des agnatischen Verwandtschaftssystems in bezug auf den Vater.<sup>51</sup> Wie sollen Väter zu Kindern kommen, die sich als ihre Agnaten, als ihre Nachgeborenen, empfinden<sup>52</sup>, wenn und solange sie selbst Kinder weder gebären noch aufziehen können oder wollen? Es geht nur über die rechtliche Zuordnung bei der Abstammung, beim Sorgerecht, es geht nur, wenn Mütter Kinder für Väter gebären und aufziehen.

Eine solche Haltung ist bei den alleinsorgeberechtigten Müttern nicht sicher. Auch wenn sie sich in ihrer Sozialisationskompetenz als ebenso erfolgreich definieren wie

<sup>47</sup> Vgl. hierzu Stein-Hilbers, ZRP 1993, S. 256.

<sup>48</sup> Verhältniszahlen an Hand von Anneke Napp-Peters, Ein-Elternteilfamilien, S. 18.

<sup>49</sup> Patri- oder Matrilinearität bedeutet streng genommen nur Verwandtschaft entweder mit der väterlichen oder der mütterlichen Linie. Matrilinearität gab es z. B. bis zur Neuordnung des Nichtehelichenrechts 1970 bei nichtehelichen Kindern, denn sie galten als mit dem Vater nicht verwandt.

<sup>50</sup> Uwe Wesel, Der Mythos vom Matriarchat, S. 99.

<sup>51</sup> Das Verwandtschaftssystem im deutschen Recht ist jetzt generell ein cognatisches. Ein Kind gilt sowohl mit der Mutter und deren Verwandten als auch mit dem Vater und dessen Verwandten als verwandt.

<sup>52</sup> A(d)gnatus kommt von lateinisch a(d)gnascor, a(d)gnatus sum = nachgeboren werden, und bedeutet 1. Sohn und 2. Verwandter väterlicherseits; a(d)gnascor gehört zu nascor, natus sum = geboren werden und bedeutet damit eine Abstammung ohne Geburt.

Zwei-Elternfamilien<sup>53</sup> und sich damit den von männlichen Normen geprägten Anforderungen an Erziehungoutput unterwerfen, hat das Patriarchat Bedenken, ob es den erwünschten Nachwuchs erhält, wenn die Mütter in alleiniger Kompetenz Kinder aufziehen. Die Väter erleben sich hinsichtlich der Kinder als von den Müttern abhängig, was sich z. B. in Formulierungen, sie würden von den Müttern »zur (reinen) Zahlvaterschaft degradiert« ausdrückt.

In dieser Abhängigkeit liegt das Provozierende des mütterlichen Alleinsorgerechts. Wie kommt man(n) aus dieser Abhängigkeit, ohne sich mit den Lebenseinschränkungen der faktischen Verantwortlichkeit für Kinder zu belasten? Das gemeinsame Sorgerecht ist so gesehen Ausdruck des Wunsches der Väter nach Zugehörigkeit zu Kindern über die Kontrolle der Mütter.<sup>54</sup> Es ist als eine Strategie zum Erhalt der Patrilinearität, zur Zuordnung von Kindern an den Vater zu verstehen. Das alleinige Sorgerecht von Müttern hebt dieses System aus, weil es die Sorgerechtsstellung an die Sache, an die faktische Sorge für die Kinder knüpft, und nicht an einen Status. Von der Sache her gibt es keinen Gesichtspunkt, Vätern eine Rechtsstellung zu geben, wenn und solange sie faktisch keine Sorge übernehmen.

Die Gefährdung der Position der Väter hat ein Ausmaß erreicht, das nicht mehr zu vernachlässigen ist. Von den Familien mit Kindern in den alten Bundesländern waren 1988 17,8% Ein-Elternteilfamilien, davon 15% Mutterfamilien. Der Untersuchung von Anita Heiliger folgend, wird die Zahl der Mutter-Kind-Familien steigen wegen der Tendenz zur Zunahme von Ehescheidungen, vor allem aber wegen der Zunahme der unverheirateten Mütter.<sup>55</sup> Die These lautet, daß die Hälfte der Kinder, die heute geboren werden, einen Teil ihrer Kindheit in einer Familie verbringen, die von einer geschiedenen, getrenntlebenden, ledigen oder verwitweten Mutter geführt wird.<sup>56</sup>

#### *D) Durchsetzung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung auf der Basis der Entscheidung des BVerfG*

Bei dieser Zukunftsprognose wird offenkundig, wie wichtig es für den Erhalt patriarchaler Privilegien ist, daß Väter auch außerhalb von Ehen eine Sorgerechtsstellung behalten oder erhalten.<sup>57</sup> Das gemeinsame Sorgerecht auf der Basis der Entscheidung des BVerfG ist kein einfacher Weg, zu väterlichem Sorgerecht zu kommen. Den geschiedenen Vätern verbleibt das Sorgerecht bei Scheidung nämlich nicht automatisch in der Weise, wie ihnen bis 1957 die elterliche Gewalt automatisch verblieb.<sup>58</sup> Derzeit wird bei Scheidung über das Sorgerecht entschieden, § 1671 BGB, und gemeinsames Sorgerecht gibt es nur, wenn ein übereinstimmender Elternvorschlag

<sup>53</sup> Anita Heiliger, (Fn. 6), S. 31.

<sup>54</sup> Dabei kann die Vorstellung eine Rolle spielen, daß die Einbindung der Mutter ins gemeinsame Sorgerecht eine preiswertere Kontrolle ist als die über Kindes- und Ehegattenunterhalt. Zu den Regelungsfragen beim gemeinsamen Sorgerecht gehört die Vorstellung, weniger Kindesunterhalt zahlen zu müssen als in der Düsseldorfer Tabelle vorgesehen, oder keinen Betreuungsunterhalt für die Mutter leisten zu müssen, weil Mann ebenso sorgeberechtigt ist wie sie.

<sup>55</sup> Anita Heiliger, (Fn. 6), S. 7.

<sup>56</sup> Anita Heiliger, (Fn. 6), S. 9, Garfinel/Mc Lanahan zitierend.

<sup>57</sup> Dahinter steht auch der Wunsch, das Phänomen der offen Alleinerziehenden wegzudefinieren. Kann ein Elternteil noch als alleinerziehend bezeichnet werden, wenn gemeinsames Sorgerecht besteht? Falls nicht, entfällt die vorrangige Berücksichtigung bei Krippen-, Kindergarten- und Hortplätzen oder bei Zuweisung von Sozialwohnungen.

<sup>58</sup> Für die Väter nichtehelicher Kinder ist die Möglichkeit gemeinsamen Sorgerechts Forderung der geplanten Reform des Nichtehelichenrechts.

dafür vorliegt und das Familiengericht von diesem Vorschlag nicht abweicht, § 1671 Abs. III BGB.

### *I. Zustimmung der Mütter*

Ein übereinstimmender Elternvorschlag bedeutet die Zustimmung der Mütter. In der Regel stimmen Mütter dem gemeinsamen Sorgerecht nicht zu. Die Mütter, die Recht und Realität beim Aufziehen von Kindern in Einklang bringen wollen, fordern und erhalten bei der Scheidung das alleinige Sorgerecht für sich. In der Ausnahme, aber mit steigender Tendenz stimmen Mütter dem gemeinsamen Sorgerecht zu.

Im Zeitraum ihrer Untersuchung »Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis« 1983 bis 1985 wurden nach Jutta Limbach nur in 1 bis 2 % der Sorgerechtsentscheidungen im Verbund das Sorgerecht gemeinsam belassen.<sup>59</sup> Mittlerweile soll sich die Zahl im Bundesschnitt bei 2–5 % bewegen,<sup>60</sup> dabei kommt das gemeinsame Sorgerecht in den Städten häufiger vor als auf dem Land. In München waren es schon bei den Recherchen von Jutta Limbach 5,75 % und mittlerweile soll nach der Überprüfung des ASD bereits in 24 % der *Sorgerechtsentscheidungen* das gemeinsame Sorgerecht belassen werden.<sup>61</sup>

Die Ursache für die höhere Quote ist nicht darin zu suchen, daß sich in München die Väter anders verhalten als anderswo. München ist kein Tummelplatz für die »neuen Väter«, die sich die Arbeit des Aufziehens von Kindern redlich mit den Müttern teilen. Die hohe Quote ist vielmehr auf den dem gemeinsamen Sorgerecht gewogenen Sozialdienst, dem ASD, auf die für diese Sorgerechtsform werbenden Beratungsstellen,<sup>62</sup> auf die Mediationbewegung<sup>63</sup>, auf das Wirken von Prof. Dr. Dr. Fthenakis und auf für das gemeinsame Sorgerecht offene Familiengerichte zurückzuführen<sup>64</sup>.

#### *1. Zustimmung zur Vatererhaltung*

Warum erliegen Mütter diesem Engagement für ein Sorgerechtsmodell, das in der Regel der Fälle so gestaltet ist, daß einem Elternteil, sprich der Mutter, »faktisch die gesamte Pflege und Erziehung übertragen wird und der andere auf einen großzügigen Umgang und die Teilhabe an wichtigen Entscheidungen beschränkt ist«?<sup>65</sup>

Wie es zur Zustimmung zum gemeinsamen Sorgerecht kommen kann, läßt sich aus Berichten Alleinerziehender über ihre Erfahrungen mit dem ASD und dem Familiengericht rückschließen.<sup>66</sup>

Die Aspekte der Beratung in der Familiengerichtshilfe sind für den ASD: »Wahrung des Kindeswohls, Bewältigung der Partnerkonflikte, Vermittlung in Beratungsstel-

<sup>59</sup> Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 9.

<sup>60</sup> Stein Hilbers, Männer und Kinder, FuR 1991, S. 200.

<sup>61</sup> Die Zahl ist von Almuth Tauche, Leitern des ASD. Sie ist in der Untersuchung nicht ausdrücklich festgehalten.

<sup>62</sup> Z. B. Familiennotruf, Intakte Elternschaft trotz Trennung und Scheidung, Humane Trennung e. V.

<sup>63</sup> Z. B. Drs. Mähler, Der Spiegel 1993.

<sup>64</sup> Limbach, (Fn. 9), S. 18.

<sup>65</sup> Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 27.

<sup>66</sup> Treffen bei der »Stadtteilinitiative für alleinerziehende Frauen in Haidhausen e. V.

len. Motivation zum Erhalt gemeinsamer elterlicher Verantwortung, begleitende Hilfen«<sup>67</sup>. Bei der Beratung werden Mütter mit dem Hinweis auf die gemeinsame Sorge während der Trennungszeit zur Fortsetzung dieser Sorgerechtsform angeregt. Dabei steht das Kind im Vordergrund mit dem Argument, *Kinder lieben (brauchen) beide Elternteile* (gleich). Lehnen die Mütter ab und erzählen, wie sie den Vater erleben, wie marginal sie seine Beteiligung an der Sorge für das Kind empfinden, werden sie damit konfrontiert, daß sie nicht erkennen, wie wichtig die Väter (dennoch) für die Kinder sind. Bleibt die Mutter uneinsichtig, wird sie aufgefordert, sich zu überlegen, ob sie es nicht selbst ist, die den Vater hindert, den erwarteten Beitrag zur Sorge zu leisten. Zweifel an der Befähigung der Mutter zur (richtigen) Erziehung deuten sich an. So können Mütter je nachdem in Euphorie oder Druck geraten und stimmen der gemeinsamen Sorge zu, um dem Kind den Vater zu erhalten. Obwohl Mütter wissen, daß »im Grunde alles beim alten bleibt – in dem Sinne, daß sie die Hauptarbeit haben, die Kinder vor allem bei ihnen aufwachsen und der Vater ihnen bloß mehr reinredet, ohne daß mehr Eigenarbeit und Entlastung durch den geschiedenen Vater eintritt«<sup>68</sup>, bringt sie das *Vatererhaltungsargument* in Rechtfertigungszwang, weil das Abschneiden des Vaters vom Sorgerecht als Abschneiden des Kindes vom Vater und damit als eine Beeinträchtigung des Kindeswohles dargestellt wird. Obwohl nicht dem Kind der Vater vorenthalten wird, sondern dem Vater eine Rechtsstellung, erleben sich die Mütter vorgeführt als »vaterverhindernd«. Das Negativbild von Mutter ist nicht mehr die Stiefmutter, sondern die »Vaterverhinderin«. Um diesem Image zu enttrinnen, stimmen sie dem gemeinsamen Sorgerecht zu. Dabei wissen gerade Mütter, daß es keinen Zusammenhang zwischen Sorgerechtsstellung und Elternrolle gibt. Generationen von Müttern haben bis 1957, gleichgültig, ob verheiratet oder geschieden, ihre Kinder ohne elterliche Rechtsstellung aufgezogen und blieben ihren Kindern dennoch als Mütter erhalten. Das gleiche gilt für die Mütter nichtehelicher Kinder, die in den alten Bundesländern bis 1970 unter Amtsvormundschaft standen und derzeit immer noch unter Amtspflegschaft stehen. Ersichtlich bleiben nur Väter ihren Kindern nicht erhalten, wenn sie keine Rechtsstellung haben. Das kann damit erklärt werden, daß Väter in Ermangelung der Befähigung, Kinder zu gebären, nicht über (Bluts)verwandtschaft, sondern nur über Status, Rechtsakt in der Lage sind, Beziehung zu haben.<sup>69</sup> Ergo muß Mutter dem Vater eine Rechtsstellung bieten, wenn das Kind eine Vaterbeziehung haben soll...

## 2. Zustimmung zur Vermeidung einer streitigen Entscheidung

Erhalt väterlichen Sorgerechts gleich Erhalt des Vaters bedeutet für den ASD Erhalt der primären familiären Beziehungen unter veränderter Familienstruktur. Darin und in den häufigeren und intensiveren Kontakten des Kindes mit dem Elternteil, bei dem es nicht lebt, wird der Vorteil des gemeinsamen Sorgerechts gesehen.<sup>70</sup> Aus diesem Grunde soll »das gemeinsame Sorgerecht-Modell für die Familie erhebliche

67 Kommunale Sozialarbeit, 10 Jahre ASD, S. 46, Broschüre, zu beziehen bei der Stadt München, Sozialreferat.

68 Barbara Willenbacher, Protokolldienst Bad Boll 30/86, S. 88.

69 Shulamith Shabar, Frauen im Mittelalter, S. 108, beschreibt die Erfüllung von Mutterpflichten und die Betonung der Blutsbande gegenüber der Betonung der Beziehung zwischen Mann und Frau als Kollision von matriarchalischen und patriarchalischen Vorstellungen.

70 ASD, Untersuchungen 1990, S. 11.

positive Auswirkungen auf Kinder und Jugendliche, verglichen mit dem Modell der alleinigen Sorge« haben.<sup>71</sup>

Die primären Familienbeziehungen, die dem Kind erhalten bleiben, schauen auch nach der Untersuchung des ASD so aus, daß die Mutter die Hauptbezugsperson und Ansprechpartnerin für die meisten Kinder und auch noch viele Jugendliche ist. Für den ASD ist dies nicht überraschend, »entspricht es doch der traditionellen Rollenwahrnehmung.«<sup>72</sup> Daß und wenn Kindern und Jugendlichen eine solche Familie erhalten bleibt, liegt an der Zuverlässigkeit der Mütter, nicht an der Sorgerechtsgestaltung.

Es gibt keinen automatischen Zusammenhang zwischen Sorgerechtsgestaltung und Kindeswohl. Für Deutschland gilt ebenso wie für die USA<sup>73</sup>, daß das gemeinsame Sorgerecht keine Sorgerechtsreform ist, die zwingend Leid und Kummer der Kinder vermindert.<sup>74</sup> In der Realität des Scheidungsverfahrens wird aber dennoch mit dem *Kindeswohl* argumentiert und diese Argumentation hat bedrohlichen Charakter, weil es die Grundlage für die gerichtliche Sorgerechtsentscheidung ist, § 1671 Abs. II BGB. Es gibt nur in ca. 15 % der Sorgerechtsverfahren keinen gemeinsamen Elternvorschlag, dabei wird aber nur in ca. 5 % der Verfahren streitig durch das Gericht entschieden, in ca. 10 % kommt es im Laufe des Verfahrens zu einer Einigung der Eltern.<sup>75</sup>

Eine solche Einigung kann gemeinsames Sorgerecht sein. Die Mütter bekommen Angst, beim Sorgerechtsbeschluß des Gerichts weder Kind noch Sorgerecht zu bekommen, wenn sie sich einem mit dem Kindeswohl begründeten gemeinsamen Sorgerecht verschließen. Sie erleben sich je nachdem in die Rolle der starken, streitsüchtigen Frau gedrängt, die ohne Rücksicht auf das Kind eine Rechtsposition durchsetzen will, oder in die Rolle der schwachen Frau, die das Kind für sich allein, für die eigene Stabilität braucht.

Was den Eltern damit abverlangt wird, gilt als Reife: »Einerseits Ablösung aus der bisherigen Partnerbeziehung... andererseits aber die Anerkennung der Elternrolle des anderen Elternteils zugunsten der gemeinsamen Kinder.«<sup>76</sup> Diese Aufwertung zur reifen Persönlichkeit ist die Belohnung, die gemeinsames Sorgerecht gewährt. Von solch gereiften Eltern wird erwartet, daß sie sich auch als Ehegatten nicht streiten. Das gemeinsame Sorgerecht hat angesichts der Betonung von Konsensfähigkeit und der Unsicherheit gegenüber Konfliktfähigkeit einen Disziplinierungseffekt für alle andern Scheidungsfolgesachen.

### 3. Zustimmung als Verhandlungsposition

Die Zunahme der Fälle gemeinsamen Sorgerechts in München steht aber nicht nur in Zusammenhang mit dem Engagement des ASD und der Unterstützung der Familiengerichte, sondern mit Beratungs- und Öffentlichkeitsarbeit von Beratungsstellen, insbesondere für das *Mediation-Modell*.

<sup>71</sup> Diese Haltung des ASD dürfte ihre Erklärung darin finden, daß die MitarbeiterInnen durch das Institut für Frühpädagogik, d. h. durch Prof. Dr. Dr. Fthenakis, Fortbildung erhielten.

<sup>72</sup> Untersuchung ASD 1990, S. 6, S. 11.

<sup>73</sup> Wallerstein/Blakeslee, (Fn. 11) S. 320 berichten, daß die Kinder, deren Eltern gemeinsames Sorgerecht hatten, sich zwei Jahre nach der Scheidung keineswegs besser mit ihrer Situation abgefunden hatten als die Kinder, die von einem Elternteil mit alleinigem Sorgerecht aufgezogen wurden.

<sup>74</sup> Balloff/Walter, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall, FamRZ 1990, S. 445 ff., hier S. 553.

<sup>75</sup> Barbara Willenbacher, Wenn Eltern sich trennen, Analysen – Materialien – Arbeitshilfen zum Jugendschutz, 5/87, S. 2.

<sup>76</sup> Dickmeis, Tägung vom 20.–23. 2. 1986, Bad Boll, Protokolldienst Bad Boll, S. 198.

Paare müssen nicht (vor Gericht) streiten, und Elternpaare soll(t)en dies schon gar nicht, wenn es um das Kind geht. Das ist die Botschaft der MediationanbieterInnen, die Ähnlichkeit mit den Verhaltensempfehlungen an Ehefrauen und Müttern der älteren Generation hat.<sup>77</sup> Dabei wird der Eindruck erweckt, als würden alle Ehe- bzw. Elternpaare streiten. »Genau 2610 Münchener lösten 1990 ihre Verbindung vor dem Scheidungsrichter. Das bedeutet in der Regel 2610 mal Kampf um Kinder, Geld und Immobilien...« stellt sich z. B. der Verein »Humane Trennung« vor und bietet Mediation für eine familien- und kindgerechte Lösung der Trennungsprobleme, für eine aggressionsfreie Einigung an.<sup>78</sup>

Nun wird bei Gericht gar nicht so viel um die Kinder gestritten. Es werden eben nur in 15% der Sorgerechtsfälle zu Beginn oder während des Scheidungsverfahrens gegensätzliche oder einseitige Sorgerechtsvorschläge gemacht.<sup>79</sup> Daß es bei Gericht relativ friedlich zugeht, liegt sicher an außergerichtlicher Vorarbeit, aber hauptsächlich wohl an der Zufriedenheit der Väter mit der Versorgung der Kinder durch die Mütter und an der Einigungsfähigkeit der Eltern.

Und die Eltern einigen sich in der Regel nicht auf das gemeinsame Sorgerecht. Dennoch gilt als erfolgreicher Mediationfall, wenn gemeinsames Sorgerecht zustandekommt. Mediation versteht sich als Alternative zur justizförmig durchgeführten Auseinandersetzung mit dem Ziel, die mit der Entscheidung durch das Gericht verbundenen möglichen Positionen Sieg oder Niederlage zu vermeiden. Dazu soll das Paar in eigener Kompetenz und Autonomie zu einer Vereinbarung kommen. Eine solche Vereinbarung kann nur zustandekommen, wenn sowohl Mann als auch Frau das Gefühl hat, die andere Seite hat nachgegeben.

Woraus besteht dieses erwartete gegenseitige Nachgeben bei einer Frau, die bei den Verhandlungen wenig bis nichts anderes in die Waagschale werfen kann als die Chance, das alleinige Sorgerecht zu bekommen, weil sie die Kinder während der Ehe aufgezogen hat? Aus der Zustimmung zum gemeinsamen Sorgerecht. So entsteht dann z. B. ein Deal, gemeinsames Sorgerecht gegen (mehr) Unterhalt für das Kind, vielleicht sogar für die Ehefrau.<sup>80</sup> Ein solcher Deal ist angesichts der Schwierigkeiten, Unterhalt zu verwirklichen, nicht unvernünftig. Vielleicht dient es eher der Hebung männlicher Zahlungsmoral, mit dem Ende des gemeinsamen Sorgerechts als mit der Zwangsvollstreckung zu drohen?

Damit soll nicht gesagt sein, daß alle Mütter, die dem gemeinsamen Sorgerecht zugestimmt haben, obwohl die Kinder bei ihnen leben sollen, dazu mehr oder weniger überredet wurden oder die Zustimmung als Verhandlungsposition eingesetzt haben. Aber die überdurchschnittliche Quote, etwa in München, wo auffallend häufig das gemeinsame Sorgerecht beantragt wird, dürfte darin eine Erklärung finden. Aber Väter erachten es als mühsam, mit den Müttern so um ihr Sorgerecht ringen zu müssen, das ihnen »nicht der Staat, sondern die Natur oder der Herrgott – wie immer man das nennen will« gegeben hat und das ihnen kein Richter nehmen kann.<sup>81</sup> Das Ziel der Väter ist deshalb der Erhalt ihres Sorgerechts ohne Kampf und Prüfung.

77 Z. B. Josef Gorbach, Heiliges Mutteramt, Universitätsverlag Wagner, Innsbruck 1954.

78 Süddeutsche Zeitung vom 25. 6. 1992, »Scheidungen ohne scharfe Schüsse, Juristisches Gezänk soll zum Wohl der Kinder vermieden werden«.

79 Barbara Willenbacher, Wenn Eltern sich trennen, als Informationen (Analysen – Materialien – Arbeits-hilfen zum Jugendschutz) 5/87, S. 2.

80 Cornelia Werner-Schneider, Wer bezahlt den Gang zum Mediator? Streit 1991, S. 17.

81 Redebeitrag eines Vaters, Protokolldienst Bad Boll 30/86, S. 231.



#### 4. Grenzen der Verbreitung

Bei aller Zunahme des gemeinsamen Sorgerechts wäre es falsch, das gemeinsame Sorgerecht als die übliche Sorgerechtswahl zu bezeichnen mit der Folge der Entbehrlichkeit einer Prüfung. Bei 24% gemeinsamem Sorgerecht bleiben 76% anderer Regelungen. Damit ist die Entscheidung des BVerfG keine für Väter günstige Basis, selbstverständlich das väterliche Sorgerecht zu be- oder erhalten. Ein Hindernis ist der Widerstand der Mütter. Um von den Müttern unabhängiger zu werden, verlangt z. B. der Verein »Väter für Kinder«, daß das gemeinsame Sorgerecht entgegen der Entscheidung des BVerfG auch verordnet werden kann, wenn es nur ein Elternteil beantragt und es dem Wohl des Kindes entspricht.<sup>82</sup>

Ein weiteres Hindernis ist die Prüfungskompetenz des Familiengerichts. Da hat man(n) endlich einen übereinstimmenden Vorschlag, und dann bringt das Familiengericht mit seinen Fragen diesen zu Fall, § 1671 III BGB. Deshalb soll das Familiengericht entgegen § 1671 III von einem auf gemeinsames Sorgerecht gerichteten Vorschlag nicht abweichen können, weil dieser immer dem Kindeswohl entspricht.<sup>83</sup>

#### E) Durchsetzung des gemeinsamen Sorgerechts mit Hilfe ausdrücklicher gesetzlicher Regelung

Da die partnerschaftliche Teilung der Familienarbeit kein Merkmal des gemeinsamen Sorgerechts in und außerhalb von Ehen ist, und gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung eher eine Fortsetzung, Stabilisierung der traditionellen elterlichen Arbeitsteilung bedeutet, sind die Frauen, die sich der Partizipation der Väter an ihrer mütterlichen Elternleistung verweigern können, nur über ein Tätigwerden der Gesetzgebung in das gemeinsame Sorgerecht einzubinden. Diese ist dazu willens. Zur Vorbereitung der Änderung des vom BVerfG für verfassungswidrig erklärten § 1671 IV BGB gab das Bundesjustizministerium eine Rechtsstatsachen-Untersuchung über die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis in Auftrag. Das Ergebnis dieser Untersuchung war aber nicht die Empfehlung, den Eltern das gemeinsame Sorgerecht bei Scheidung einfach zu belassen und nur auf Antrag eines Elternteils eine Sorgerechtsregelung zu treffen, wie es z. B. § 25 des Familiengesetzbuches der DDR vorsah.<sup>84</sup> Jutta Limbach, die die Untersuchung durchführte, empfahl vielmehr eine gesetzliche Regelung des gemeinsamen Sorgerechts nur in Gestalt eines Regelungsangebotes, das zwingend den Konsens beider Elternteile voraussetzt. Dieses elterliche Einvernehmen sollte sich nicht nur auf das gemeinsame Sorgerecht als solches beziehen, sondern darüber hinaus in einem Sorgerechtsplan fixiert werden, der den künftigen Lebensmittelpunkt des Kindes, Unterhalt für Kind und betreuenden Elternteil und Umgang des nichtbetreuenden Elternteils festlegt.<sup>85</sup>

<sup>82</sup> Köppl, Väter für Kinder e. V. München.

<sup>83</sup> 50,7% der RichterInnen fühlen sich in ihrem Entscheidungsspielraum durch einen gemeinsamen elterlichen Vorschlag eingeschränkt, 48,8% nicht, Limbach, (Fn. 9), S. 73.

<sup>84</sup> »Über das elterliche Erziehungsrecht für die minderjährigen Kinder entscheidet das Gericht nur auf Antrag eines Elternteils. Das Gericht kann das Erziehungsrecht ganz oder teilweise beiden Elternteilen belassen oder es der Mutter oder dem Vater übertragen.« § 25 Abs. I und II FGB in der Fassung des 1. Familienrechtsänderungsgesetzes vom 20.7.1990.

<sup>85</sup> Jutta Limbach, (Fn. 9), S. 107 ff.



Der Untersuchung von Limbach folgend, legte das Justizministerium am 15. 4. 1989 in einem Entwurf drei Alternativen für die Neuregelung des § 1671 Abs. IV BGB vor, die alle Konsens der Eltern vorsahen und sich nur im Umfang der zu treffenden Einigung und der Bindung des Gerichts an die Einigung unterschieden. Damit blieb es beim Ausnahmecharakter gemeinsamen Sorgerechts. Das Vaterland kann ruhig bleiben, denn dieser Entwurf wurde und wird nicht Gesetz, weil die Regelung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung auf Grund der geplanten Reform des Nichteheleichenrechts mittlerweile anderen Stimmigkeitskriterien unterliegt. Die Väter nichteheleicher Kinder kommen den geschiedenen Vätern zu Hilfe.

### *1. Kontext mit der Reform des Nichteheleichenrechts*

Es ist damit zu rechnen, daß ein Ergebnis der Reform des Nichteheleichenrechts, an der derzeit von einer vom Bundesjustizministerium eingesetzten Kommission gearbeitet wird, die Eröffnung des gemeinsamen Sorgerechts auch für nicht miteinander verheiratete Eltern sein wird. Vorschläge bzw. Trendbeschlüsse in diese Richtung gibt es z. B. vom Deutschen Juristentag und vom Deutschen Juristinnenbund.<sup>86</sup> Sollte dies Gesetz werden, wird die derzeitige Sorgerechtsprüfung von Amts wegen bei Scheidung (Staatsintervention), § 1671 BGB, fallen. Die juristische Argumentation sieht so aus: Wenn sich nicht miteinander verheiratete, gemeinsam sorgeberechtigte Eltern trennen, greift keine Staatsintervention, weil es eine Scheidung oder ein vergleichbares Institut nicht gibt. Von dieser Trennung und deren Folgen für das Kind wird nichts bekannt. Damit bleiben sie gemeinsam sorgeberechtigte Eltern, solange keiner der Elternteile etwas dagegen unternimmt. Nicht miteinander verheiratete, gemeinsam sorgeberechtigte Eltern werden dann besser behandelt als verheiratete, wenn für diese die obligatorische, die Sorgerechtsentscheidung, bei Scheidung bestehen bleibt, § 1671 BGB. Eine solche Unterscheidung widerspräche dem Differenzierungsverbot, Art. 3 Abs. III GG, und dem Schutz des Elternrechts und des Eheprivilegs in Art. 6 Abs. II GG. Deshalb darf auch bei Scheidung nicht mehr von Amts wegen eine Sorgerechtsentscheidung getroffen werden. Es hat beim gemeinsamen Sorgerecht zu bleiben, solange keiner der Elternteile eine andere Sorgerechtsregelung beantragt.

### *2. Zukunft des alleinigen Sorgerechts*

Ob und wie häufig solche Anträge gestellt werden, ist offen. Einerseits läßt die bisherige Praxis, daß Mütter das alleinige Sorgerecht in der Regel vorziehen, wenn sie sich außerhalb von Ehen allein um Kinder kümmern, vermuten, daß sie auch in Zukunft das alleinige Sorgerecht wollen, sich also in der Rechtswirklichkeit nichts ändert. Andererseits kann die Stellung eines Sorgerechtsantrages für Mütter die Bewertung als streitsüchtig und den Vorwurf, dem Kindeswohl zu schaden, auslösen. Wie schon jetzt bei Nichtzustimmung zum gemeinsamen Sorgerecht ist es dann wieder die Mutter, die keine Rücksicht auf die Interessen des Kindes nimmt, wenn sie einen Sorgerechtsantrag stellt.<sup>87</sup> Es bedarf möglicherweise in Zukunft mehr Mu-

<sup>86</sup> FamRZ 1992, 912 und 1276, 1277.

<sup>87</sup> Ausnützen der Schuldgefühle, beschrieben bei Cornelia Werner-Schneider, Streit 1991, S. 17.

tes, einen eigenen, ausdrücklichen Sorgerechtsantrag zu stellen als derzeit innerhalb der Staatsintervention das alleinige Sorgerecht zu beanspruchen.

Bestimmend für die derzeitige Diskussion ist das Bild einer (Klein)familie, die sich nach dem familiensystemischen Ansatz, den z. B. Fthenakis vertritt,<sup>88</sup> bei Scheidung nicht wirklich auflöst, sondern nur anders fortsetzt. Dieses Bild entspricht aber in der Regel nicht der Realität und drückt nur das Wunschdenken, die Sehnsucht nach der »ewigen Familie« aus.<sup>89</sup> Deshalb hält ein Regelungsmodell, das auf den Konsens der Eltern mit dem gemeinsamen Sorgerecht verzichtet, der Anforderung nach Schaffung von (Rechts)frieden in der Familie nicht stand.

Derzeit ist noch offen, wie im einzelnen die künftige Regelung und deren Handhabung in der Rechtspraxis aussehen wird.<sup>90</sup> Es steht aber im Raum, daß Väter rechtens unabhängig von ihrem tatsächlichen Beitrag zum Aufziehen von Kindern auch außerhalb von Ehen Sorgeberechtigte in Form von gemeinsam mit der Mutter sorgeberechtigten Elternteilen werden oder bleiben, wenn und weil ihr Sorgerecht nicht aus der Sache, aus der Sorge und Verantwortlichkeit für Kinder, abgeleitet wird und gemeinsames Sorgerecht nicht von einem Konsens der Eltern damit. Es steht im Raum, daß es das Alleinsorgerecht eines Elternteils nach Scheidung kaum bis nicht mehr geben wird, weil die Eltern ganz oder teilweise am gemeinsamen Sorgerecht festgehalten werden. Negativ betroffen von einer solchen Rechtslage wären die Elternteile, die sich tatsächlich um ihre Kinder kümmern, also in der Regel die Mütter. Mütterliches Alleinsorgerecht droht wie vor 1957 das Privileg von Witwen zu werden.

#### *F) Gemeinsames Sorgerecht ist ein Konsensmodell*

Eine Ausdehnung des Bereichs des gemeinsamen Sorgerechts über die Ehe hinaus nach dem Motto »cinmal gemeinsames Sorgerecht, immer gemeinsames Sorgerecht« wie sie gefordert und von der Reform des Kindschaftsrechts erwartet wird, verkennet, daß gemeinsames Sorgerecht bedeutet, daß der Vater *und* die Mutter das Recht und die Pflicht haben, für das minderjährige Kind zu sorgen, § 1626 Abs. I BGB und daß sie diese elterliche Sorge in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben haben, § 1627 BGB. Fehlt es daran, liegt kein gemeinsames Sorgerecht vor. Gemeinsames Sorgerecht ohne Konsens gibt es nicht.

Wenn (aus rechtlichen Gründen) der Wegfall des Konsenses mit dem über die Ehe vereinbarten gemeinsamen Sorgerecht nicht mehr wie bisher bei Scheidung zwingend angenommen werden kann mit der Folge, daß über das Sorgerecht neu verhandelt und entschieden werden muß, kann die Konsequenz nicht sein, daß Elternteile ohne Konsens damit in einem gemeinsamen Sorgerecht eingefangen bleiben, weil die Gestaltung des Verfahrens wenig bis keine Chance bietet, dieses Sorgerechtsmodell zu verlassen. Die zukünftige Regelung muß deshalb ermöglichen,

88 Z. B. Fthenakis, »Interventionsansätze aus der Sicht eines Sozialwissenschaftlers«, Protokolldienst Bad Boll 30/86, S. 36 ff.

89 Beschreibung des systemischen Ansatzes und Kritik daran bei Balloff/Walter FamRZ 1990, S. 446, 447.

90 Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe Rechtspolitik der SPD soll das Familiengericht auf Antrag oder von Amts wegen einem Elternteil die alleinige Ausübung der elterlichen Verantwortung übertragen, wenn dies zur Wahrung des Kindeswohles angezeigt ist und Hilfen, insbesondere Beratungsangebote nach § 17 KJHG nicht dazu beitragen können, die Aufrechterhaltung der gem. elterl. Verantwortung zu ermöglichen.

auf Antrag aus einem gemeinsamen Sorgerecht herauszukommen mit der Folge des Alleinsorgerechts des Elternteils, der die faktische Sorge ganz oder überwiegend übernimmt.

Es ist ein Widerspruch in sich, die Staatsintervention einerseits mit der Begründung zu verabschieden, die Scheidung sei per se kein Eingriffstatbestand mehr<sup>91</sup> bzw. der ausnahmslose Eingriff verstoße gegen den Vorrang der Elternautonomie<sup>92</sup>, und andererseits der Elternautonomie keinen Raum zu lassen, indem ein gemeinsames Sorgerecht idealisiert und ohne Rücksicht auf die tatsächliche Handhabung der elterlichen Sorge zum Maßstab elterlicher Sorgerechtsentscheidung gemacht wird. Gemeinsames Sorgerecht ist kein »Naturrecht«, sondern eine über die Ehe zustandegekommene Vereinbarung, die gekündigt werden können muß, wenn das gemeinsame Sorgerecht nicht als gemeinsames Sorgen gehandhabt wird oder werden kann.

Werden die rechtlichen Hürden für die Beendigung gemeinsamen Sorgerechts so hoch gesetzt, daß es faktisch kein Entrinnen gibt, dürfte eine solche Regelung gegen das Elternrecht verstoßen. Die Überlegungen des BVerfG zum unzulässigen Eingriff ins Elternrecht bei ausnahmsloser Anwendung einer Regelung haben zur Eröffnung des gemeinsamen Sorgerechts nach Scheidung geführt. Das bedeutet umgekehrt auch die Unzulässigkeit eines praktisch ausnahmslosen gemeinsamen Sorgerechts und die Notwendigkeit der Installierung von Alleinsorgerecht.

<sup>91</sup> § 1671 BGB gilt als lex specialis zu § 1666 BGB; der Eingriff ins Elternrecht gründet in der Annahme, bei jeder Scheidung liege immer eine Gefährdung des Kindeswohles in einem Ausmaß vor, daß sich der Staat als Wächter zu Gunsten des Kindes betätigen muß.

<sup>92</sup> Elternautonomie ist der Hintergrund für die (unterschiedlich angenommene) Bindung an einen gemeinsamen Vorschlag der Eltern, § 1671 III BGB; hinter dem Kriterium der Ausnahmslosigkeit steht die Entscheidung des BVerfG zum gemeinsamen Sorgerecht mit der Vorstellung, daß es mehr Eltern beim gemeinsamen Sorgerecht belassen wurden, gäbe es die Staatsintervention nicht.