

Gemeinsame Sorge: Vom Regen in die Traufe

Von Marion von zur Gathen

Kaum eine Rechtspraxis wird so kontrovers diskutiert wie die Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht. Daran hat auch die Kindschaftsrechtsreform von 1998 nichts geändert. Im Gegenteil, seit die gemeinsame Sorge quasi zum Regelfall erhoben wurde, herrscht zunehmend Unmut bei allen Betroffenen. Bevor ich die Ursachen der wachsenden Unzufriedenheit näher betrachte, will ich die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Sorgerechts im letzten Jahrhundert eingehend beschreiben.

Den Müttern die Sorge, den Vätern das Recht!

Mit der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) im Jahre 1900 wurde erstmals in der neueren deutschen Geschichte ein einheitliches Grundlagenwerk zur Rechtsanwendung für alle Bürger und Gerichte geschaffen. Damit sollte der Rechtsfrieden im deutschen Reich erhalten bleiben und garantiert werden.

Das Familienrecht war geprägt von der stärkeren Rechtsposition des Vaters. Nach dem Motto „Den Müttern die Sorge, den Vätern das Recht“ wurde zwischen der Personensorge und dem Recht unterschieden. Während die Mutter alle Belange der faktischen Sorge zu regeln hatte, traf der Vater alle rechtlichen Entscheidungen. Diese betrafen vor allem das Vermögen des Kindes oder Entscheidungen, die einen weit reichenden Einfluss auf die Entwicklung des Kindes nahmen. Starb der Vater, bevor das Kind seine Volljährigkeit erreicht hatte, wurde der Mutter ein männlicher Vormund für das Kind zugeordnet. Erkannte der Vater sein Kind nachträglich als ehelich an, ging das Sorgerecht automatisch auf ihn über und die Mutter verlor alle Rechte am Kind. Erst im Jahre 1959 wurde die gleichberechtigte elterliche Gewalt im Gesetz verankert.

Mit den 60er Jahren bekam die Mutter eine stärkere Stellung in der Rechtsprechung. Begründet wurde die Bevorzugung der Mutter bei der Sorgerechtsvergabe mit der stärkeren Bindung zwischen Mutter und Kind.

Neues Recht im alten Mantel

Die Ziele der Kindschaftsrechtsreform von 1998 bestanden darin, zum einen die Rechte der Kinder zu deren ausdrücklichem Wohle zu stärken und zum anderen die Elternautonomie zu fördern.

Laut § 1626 Abs. 3 BGB gehört zum Wohle des Kindes der Umgang mit beiden Elternteilen. Hier wird zum ersten Mal das Wohl des Kindes unter normative Bestimmungen gesetzt und gleichzeitig definiert, was diesem Wohl entspricht.

Das Kindeswohl ist jedoch kein abstraktes Gebilde. Um dem Anspruch gerecht zu werden, das Kind innerhalb der Rechtsprechung von der Objekt- in die Subjektstellung zu bringen, hat der Gesetzgeber dem Recht auf Umgang keine Pflicht zugeordnet. Im Gegensatz dazu sind die Eltern nicht nur umgangsberechtigt, **sondern auch zum Umgang verpflichtet**. Die Rechtspraxis zeigt jedoch, dass hier die Rechte der Eltern und die Nicht-Pflicht des Kindes auf Umgang aufeinander stoßen. Mit der Begründung, dass der Umgang des Kindes mit seinem biologischen Vater immer gut für das Kind sei, wird dem Elternrecht auf Umgang mehr Gewicht verliehen. Das Wohl des Kindes und das Recht der Eltern auf Umgang werden somit faktisch deckungsgleich. Wenn das Kind den Umgang mit einem Elternteil ablehnt, werden hierfür verschiedene Erklärungsansätze bemüht:

Zum einen wird der geäußerte Kindeswille einer kritischen Beurteilung unterzogen. An der Möglichkeit der autonomen Willensäußerung eines Kindes wird häufig gezweifelt. Die unselige PAS (Parental Alienation Syndrom) Diskussion hat den Zweiflern an einem selbständigen Willen des Kindes zusätzlich Nahrung gegeben. Richtig ist sicherlich, dass ein Kind in seiner Lebenswirklichkeit verschiedenen Einflüssen unterliegt. Es macht in diesem Kontext zahlreiche Erfahrungen, die aber in seiner Persönlichkeit abhängigen Form aufgenommen und verarbeitet werden. Hierdurch begründen sich Haltungen und Meinungen beim Kind, die ernst genommen werden sollten. Dass in einzelnen Fällen der Kinderwille nicht immer das Kindeswohl darstellt, darf nicht dazu verführen, eine Kongruenz zwischen Kindeswillen und Kindeswohl bei ablehnender Haltung einem Elternteil gegenüber von vornherein auszuschließen. Die Erklärung, dass eine ablehnende Haltung einem Elternteil gegenüber immer auf die Beeinflussung des betreuenden Elternteils zurückgeht, kann sich nur schädlich auf das Selbstwertgefühl des Kindes auswirken.

Zum anderen wird der betreuende Elternteil stigmatisiert. Mit der Folge, dass das Kind, wenn es schon selbst nicht ernst genommen wird, nun auch noch seinen Fürsprecher in der Form des betreuenden Elternteils verliert. Mögliche Ursachen für die Ablehnung des Kindes werden nicht weiter hinterfragt. Wut, Enttäuschung und Frustration des Kindes werden weder respektiert noch ernst genommen.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des „Anwaltes des Kindes“ versucht, in den Fällen, in denen sich Eltern nicht einigen können, dem sprachlosen Kind wieder eine Stimme zu geben. Bisher ist die Bestellung einer/s Verfahrenspfleger/in in der Rechtspraxis noch eher selten anzutreffen. Ob sich die Erwartungen, die an die/den Verfahrenspfleger/in geknüpft waren, in Zukunft als richtig erweisen, muss sich noch zeigen.

Die Rechte der Kinder zu stärken, sollte ein vorrangiges politisches Ziel für die Zukunft sein.

Gemeinsame Sorge – ein Etikettenschwindel?

Seit der Kindschaftsrechtsreform kann in der Rechtspraxis vom „Regelfall gemeinsame Sorge“ gesprochen werden. Auch wenn das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 29.09.1999 die gemeinsame Sorge ausdrücklich nicht als ultima ratio beschreibt, ist die Rechtspraxis genau von diesem Ansatz durchdrungen. Wird kein Antrag auf alleinige Sorge gestellt, ist die Sorgerechtsentscheidung kein Bestandteil des Scheidungsverfahrens mehr. Will ein Elternteil die alleinige Sorge für sein Kind ausüben, muss er nachweisen, warum der andere Elternteil nicht in der Lage oder Willens ist, die gemeinsame Sorge zum Wohle des Kindes zu tragen. Vor der Reform mussten die Eltern ihre Fähigkeit, die gemeinsame Sorge ausüben zu wollen, glaubhaft nachweisen. Damit waren Eltern gezwungen, sich intensive Gedanken zur Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge zu machen. Die Sorgerechtsentscheidung hatte, besonders in den letzten Jahren vor der Reform, durchaus einen qualitativen Aspekt, der das Kind und seine Interessen, Wünsche und Bedürfnisse in diese Überlegungen einbezog.

Gegenwärtig ist der Elternteil, der die alleinige Sorge beantragt, gezwungen, dem anderen Elternteil dessen Unfähigkeit für die gemeinsame Sorge nachzuweisen. Es kann hier durchaus von einer negativen Beweislast gesprochen werden. Der/die Antragssteller/in auf alleinige Sorge sieht sich häufig dem Vorwurf mangelnder Kommunikationsfähigkeit mit dem anderen Elternteil ausgesetzt. Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt dahin, die Erziehungsfähigkeit des antragsstellenden Elternteils grundsätzlich in Frage zu stellen.

Dagegen werden gemeinsame Sorge und gute Kommunikation wie ein Axiom behandelt. Die Begleitforschung zur Umsetzung der Neuregelungen zur Reform des Kindschaftsrechts unter der Leitung von Professor Roland Proksch, Fachhochschule

Nürnberg, hat in ihren Ergebnissen den vermeintlichen Zusammenhang zwischen Kommunikation, regelmäßiger Unterhaltszahlung und gemeinsamer Sorge hergestellt. Für Proksch ist mit der Etablierung der gemeinsamen Sorge als „Regelfall“ dem Wunsch nach Konfliktentschärfung innerhalb des Scheidungsverfahrens Genüge getan. Mit seinen Ergebnissen glaubt Proksch nachweisen zu können, dass die gemeinsame Sorge als Rechtstatbestand auf alle Bereiche der Elternbeziehung positive Wirkung entfaltet. Der Zwang zur Kommunikation sei in seinem Ergebnis der Schlüssel zur Zufriedenheit bei Eltern und Kindern. Kinder wurden in der Studie von Proksch jedoch nur in sehr geringer Zahl befragt (ca. 250).

Die alleinige Sorge schafft für Proksch keinen Raum für Kommunikation und ist gekennzeichnet von lang anhaltenden Auseinandersetzungen im Umgangsrecht sowie bei Unterhaltszahlungen.

Damit wird die gemeinsame Sorge weiter stigmatisiert. Sie scheint nicht nur durchdrungen von der Unfähigkeit der Eltern, zu kommunizieren, sondern verweist auch auf einen Zusammenhang von Unterhaltszahlungen und Sorgerechtsreform. Die Schutzfunktion, auf die Dr. Anita Heiliger in zahlreichen Schriften hinweist, die die alleinige Sorge für Kinder haben kann, wird in der Studie nicht thematisiert. Nach Proksch sollten die Voraussetzungen, nach denen die alleinige Sorge ausgesprochen werden kann, weiter verschärft werden.

Sich gegen eine gemeinsame Sorge zu entscheiden bringt demnach eine Fülle von Belastungen für den/die Antragssteller/in mit sich. Selbst wenn beide Eltern sich für die alleinige Sorge eines Elternteils entscheiden, müssen sie diese Haltung trotz eindeutigem Rechtsanspruch (§ 1671 Abs. 2 Nr. 1 BGB) in vielen Fällen vor Gericht begründen. Man kann sich nur schwerlich des Eindrucks erwehren, dass die gemeinsame Sorge als universale Lösung angesehen wird. An der tatsächlichen Sorge, die zum überwiegenden Teil bei den Müttern bleibt, hat sich auch nach der Reform nichts geändert. Den Müttern bleibt weiterhin die Sorge, den Vätern ein wenig mehr Recht.

Ob und wie Eltern nach Trennung und Scheidung die gemeinsame Sorge tatsächlich ausgestalten, steht nicht im Interesse der Rechtsprechung. Auch wenn die Absicht, die Elternautonomie stärken zu wollen, grundsätzlich zu begrüßen ist, muss doch auf das Besondere an der Situation in Folge von Trennung und Scheidung für Eltern und Kinder hingewiesen werden. Viele Paare sind in dieser Zeit starken seelischen Belastungen ausgesetzt. Dadurch kann die Sicht auf das Kind und seine Bedürfnisse eine gewisse Zeit durchaus in den Hintergrund geraten. Die Entscheidung für die gemeinsame Sorge ist gegenwärtig der einfachere Weg. Einen Sorgerechtsstreit mit den bereits erwähnten Konsequenzen zu führen, würde viele Eltern an die Grenzen ihrer Belastbarkeit bringen.

Der Entschluss zur gemeinsamen Sorge kann demnach eher einer resignativen Anpassung als einer bewusst getroffenen Entscheidung geschuldet sein. Der VAMV vertritt schon seit geraumer Zeit die Auffassung, dass mit der Etablierung eines Sorgeplans das Kind und seine Bedürfnisse wieder Einzug in das Scheidungsverfahren halten sollten. Mit Hilfe eines Sorgeplans können sich die Eltern und das Kind über die tatsächliche Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge verständigen. Der Regelfall „gemeinsame Sorge“ definiert das Wohl des Kindes allein über die Fähigkeit der Eltern zur autonomen Konfliktbewältigung. Diese Ansicht zeigt ein ausgesprochenes Unverständnis für die Lebenswirklichkeit vieler Paare. Bei genauer Betrachtung erweist sich der Regelfall „gemeinsame Sorge“ als reiner Etikettenschwindel, da sich an der faktischen Ausgestaltung der Sorge mit der Reform nichts geändert hat. Im Gegenteil sind zum Nachteil vieler Kinder notwendige qualitative Merkmale bei der Ausgestaltung der gemeinsamen Sorge verschwunden. Dieses Manko könnte mit der Etablierung eines Sorgeplans sinnvoll und vor allem zum Wohle des Kindes abgelöst werden. Nur so kann die gemeinsame Sorge mehr sein als ein reiner Rechtstatbestand.

Marion von zur Gathen ist seit dem 1. Mai 2002 wissenschaftliche Referentin beim VAMV-Bundesverband in Berlin. Dieser Beitrag wurde erstmals in den *Informationen für Einelternfamilien* (11/12-2002) des VAMV - Bundesverbandes abgedruckt.

(1-2003)