

Red.

**Zeitschrift
für das gesamte
Familienrecht**

Gesamtschifftleitung:
Prof. Dr. Peter Gottwald
Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Henrich
Prof. Dr. Dieter Schwab

**Fam
RZ**

Begründet von
Friedrich Wilhelm
Bosch

KOMMENTAR:

20 Jahre Eherechtsreform

Von Prof. SIEGFRIED WILLUTZKI, Köln

Man mag es kaum glauben: 20 Jahre ist es schon her, daß es Gesetzeskraft erlangte, das „neue“ Eherecht, wie es immer noch genannt wird, obwohl nun bereits eine Generation mit ihm groß geworden ist. Am 1. 7. 1977 trat es in Kraft, das 1. Eherechtsreformgesetz [1. EheRG], ein Gesetzeswerk, das zunächst nicht nur seiner Ordnungszahl wegen bereits im Entwurfsstadium vom Altmeister des deutschen Familienrechts, *F. W. Bosch*, scharfe Mißbilligung erfuhr¹⁾. Es gehört in die lange Reihe der zahlreichen, nicht nur familienrechtlichen Reformprodukte des Gesetzgebers aus der sozial-liberalen Phase unserer Republik, sicher nicht unbeeinflusst von der Aufbruchstimmung der 68er Generation. Doch reichen die Wurzeln viel tiefer; Pläne zur Umgestaltung des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechtes wurden schon seit den 20er Jahren unseres Jahrhunderts diskutiert, immerhin bereits zwei Jahrzehnte nach Verabschiedung des BGB. Indes, der Gesetzgeber früherer Zeiten – anders als heute²⁾ – neigte nicht zu legislatorischen Schnellschüssen: mehr als fünf Jahrzehnte brauchte es, bis die frühen Reformideen im 1. EheRG gesetzliche Wirklichkeit wurden. Doch entsprach die gesetzliche Novität auch der gesellschaftlichen Realität? Weit gingen die Meinungen darüber auseinander in den ersten Jahren nach der Verabschiedung der Reform. „Ein modernes Recht für eine fortschrittliche Gesellschaft“, so die einen; „unfair zu Muttchen“, so die anderen. Und das Weltkind in der Mitten, der heutige Bundesrichter *Jan-Peter Zopfs*, damals Pressesprecher des Deutschen Familiengerichtstages, setzte sich zwischen alle Stühle, als er anlässlich des 1. Deutschen Familiengerichtstages im Oktober 1978 feststellte: „Das neue Recht ist gut, aber die Gesellschaft ist noch nicht reif dafür!“

Will man heute, 20 Jahre danach, dieses Gesetzeswerk einer kritischen Würdigung unterziehen, kann das Ergebnis nur differenziert ausfallen. In der Gesamtschau betrachtet, war das 1. EheRG notwendig; weder im Eherecht noch im Scheidungsrecht noch im Recht der Scheidungsfolgen konnte es bei den weitgehend noch aus der Jahrhundertwende stammenden Regelungen bleiben. Es *war* ein Jahrhundertwerk, wenn auch in einem anderen Sinne als gemeinhin – überschwänglich gelobt, hämisch verrissen – verstanden: Jahrhundertwerk deshalb, weil man als Gesetzgeber sicher nur einmal im Jahrhundert so massiv in einen Bereich eingreifen darf, der die intimsten Zusammenhänge menschlichen Zusammenlebens regelt.

Differenziert muß die Wertung aber ausfallen, schaut man sich die Veränderungen im Recht der Ehwirkungen, der Scheidung selbst und der Scheidungsfolgen getrennt an.

Weitgehend übereinstimmend in positivem Sinne dürfte die Beurteilung der Regelung der **Ehwirkungen** im 1. EheRG sein. In der Abkehr vom herkömmlichen Leitbild der Hausfrauenehe traf die Reform wohl auf breite Zustimmung; gleiches galt auch für den weisen Verzicht auf ein neues staatlich verordnetes Leitbild der Ehe, was in einer pluralistisch verfaßten Gesellschaft nur anachronistisch hätte wirken können. Es entspricht dem Zeitgeist, einem alle sozialen Lebensformen durchdringenden Demokratieprinzip auch für die Ausgestaltung der individuellen Ehe Rechnung zu tragen und es dem Aushandeln gleichberechtigter Partner zu überlassen, in welcher Form sie ihre Ehe leben wollen.

Dagegen mutet die Feststellung, die Ehe werde auf Lebenszeit geschlossen, eher wie der verzweifelte Beschwörungsversuch des Gesetzgebers an, Sein und Sollen wieder in Einklang miteinander zu bringen, was angesichts permanent steigender Scheidungszahlen schon ein wenig rührend wirkt. Die erstmalige Aufnahme dieses programmatischen, früher einmal selbstverständlichen Grundsatzes in das Gesetz hat denn auch genau das bewirkt, was von derartigen Appellen des Gesetzgebers zu meist zu erwarten ist: nichts. Die Scheidungsziffer steigt und steigt weiter und wird sich mit Sicherheit durch keine noch so ausgeklügelte Gesetzesnorm beeinflussen lassen.

Zwiespältiger werden die Gefühle bereits, wenn es um die Wertung des eigentlichen **Scheidungsrechtes** geht. Zunächst löste es wohl allgemeine Enttäuschung aus, wenn auch eine sehr unterschiedlich motivierte. Einerseits wurde das Trennungsjahr als unnötige staatliche Bevormundung freier Bürger empfunden, wenn die Scheidung von beiden Partnern gewünscht war; andererseits erschien wiederum die an den bloßen Ablauf von Trennungsfristen geknüpfte Vermutung der Zerrüttung der Ehe mit der Konsequenz ihrer Scheidung als unvereinbar mit dem hohen verfassungsrechtlichen Stellenwert der Ehe im Grundgesetz.

¹⁾ Familiengerichtbarkeit – Bewährung und weiterer Ausbau? 2. DFGT, 1979, S. 15 ff.

²⁾ Vgl. nur den Verzweigungsausbruch von *Schwab*, FamRZ 1997, 406 ff.

Beide Positionen haben sich in den zwanzig Jahren Gesetzesrealität weitgehend verflüchtigt. Die Abkehr vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip hat sich, denke ich, als richtig erwiesen. An der Gültigkeit der drei Grundsätze, die für diese Reform bestimmend waren, hat sich nichts geändert: Eine Ehe, in der die Verantwortlichkeit für ihr Scheitern allein bei einem Partner liegt, dürfte in der Lebenswirklichkeit kaum anzutreffen sein. Mit den Mitteln der Justiz läßt sich das Maß der Verantwortlichkeit kaum zuverlässig feststellen. In einer pluralistischen Gesellschaft gibt es keinen allgemein anerkannten Verhaltenskodex für die Ehe mehr, der die Feststellung einer Normabweichung und damit den Vorwurf eines Verschuldens zuließe.

Im übrigen war der Wechsel vom Verschuldens- zum Zerrüttungsprinzip auch gesellschaftlich kein radikaler Umbruch mehr. Bereits vor 1977 vollzog sich doch die weitaus überwiegende Zahl der Ehetrennungen in Form der sog. „Kavalierscheidung“, die die Schuldfeststellung kritiklos der willkürlichen Dispositionsfreiheit der zur Scheidung entschlossenen Ehepartner überließ. Und dennoch kann ich mich nach so vielfachen Begegnungen mit Scheidungspartnern im Gerichtssaal und außerhalb nicht des Eindrucks erwehren, wir seien bei dem Verzicht auf das Schuldprinzip dem Irrglauben erlegen, den Menschen läge nichts an der Schuldfeststellung, wenn ihre Ehe auseinandergeht. Die Erfahrung ist weitgehend eine andere: Es entspricht offensichtlich einem natürlichen Bedürfnis, Schmerz und Trauer über das Scheitern einer auf Dauer angelegten Partnerschaft zu kompensieren durch psychisch entlastende Schuldzuweisung an den anderen Partner. Denn der Wunsch nach Schuldfeststellung verlangt natürlich nicht die Ermittlung eigener Schuldanteile noch der Verantwortlichkeiten am Scheitern der Ehe, gemeint ist stets nur der Schuldspruch für den anderen. Die Erkenntnis, daß das Urbedürfnis nach Schuldfeststellung sich durch das 1. EheRG nicht geändert hat, bedeutet nun nicht, die Abkehr vom Schuldprinzip für falsch zu halten und nach seiner Rückkehr zu rufen. Doch sollten wir uns schon überlegen, diesem Bedürfnis in der Scheidungsberatung mehr Raum zu geben, um Entlastungsmöglichkeiten zu gewähren und so die Chance der Befriedigung durch den Scheidungsspruch zu erhöhen.

Die größten Widersprüche aber hat das 1. EheRG mit der Regelung der **Scheidungsfolgen** ausgelöst, Widersprüche, die sich bis heute nicht aufgelöst haben. Das große Schlachtfeld der aus der Scheidung selbst gesetzlich weitgehend verbannten Emotionen ist das naheheliche Ehegattenunterhaltsrecht geworden. Hier wird exemplarisch deutlich, welche verhängnisvolle Wirkungen faule Kompromisse im Gesetzgebungsverfahren haben. Das ursprüngliche Konzept sah deutlich reduzierte Unterhaltsansprüche und eine wesentlich stärker betonte Eigenverantwortlichkeit der Geschiedenen für ihr wirtschaftliches Fortkommen vor. Das änderte sich auf Druck der politischen Kräfte, die fürchteten, der erleichterte Ausstieg aus der Ehe könne zu einem Massenansturm, insbesondere der Männer, auf die Scheidung und damit zu einem Verfall der Institution Ehe führen, dem nur durch hohe Unterhaltsbelastungen begegnet werden könnte. Das hat dazu geführt, daß der richtige Ansatz der Eigenverantwortlichkeit nach der Scheidung, modifiziert durch den notwendigen Ausgleich ehebedingter Nachteile und nachwirkende eheliche Solidarität, stark verwässert worden ist. Der Fehler lag einmal in der Überbetonung nahehelicher Solidarität, mit der ein potentiell Unterhaltsverpflichteter finanziell wie emotional überfordert wird. Das wird besonders deutlich bei der Ausgestaltung des Aufstockungsunterhaltes gemäß § 1573 II BGB, dessen ausnahmslose Geltung auch dann, wenn keine ehebedingten Nachteile auszugleichen sind, sich wohl kaum

rechtsethisch rechtfertigen läßt. Zum anderen krankt das naheheliche Unterhaltsrecht daran, daß es auf die Entwicklung eines Arbeitsmarktes, insbesondere für Frauen, baute, der jedem Arbeitswilligen, eventuell nach vorheriger Aus-, Fortbildung oder Umschulung, auch den entsprechenden Arbeitsplatz zur Verfügung stellte. Die radikale Veränderung des Arbeitsmarktes, der sich Familienfrauen weitgehend verschließt, nahm dem Konzept des Gesetzgebers die Grundlage und privatisierte die wirtschaftlichen Scheidungsfolgen in einem Maße, das naheheliche Solidarität über Gebühr in Anspruch nimmt.

Das zweite Problemfeld der Scheidungsfolgen ist das Sorgerecht für minderjährige Kinder geworden; der gesetzgeberische Ansatz richtete sich – nach Wegfall der Anknüpfung an die Schuldfeststellung – *expressis verbis* am neuen Begriff des Kindeswohls aus. Das Kindeswohl wurde aber als gewahrt betrachtet – zunächst für den Regelfall, seit dem Sorgerechtsänderungsgesetz ausnahmslos – durch Zuweisung des Sorgerechts an *einen*, den besser geeigneten Elternteil, die Hauptbezugsperson. Dagegen liefen die Väter, ganz überwiegend die Verlierer beim Sorgerecht, zunehmend Sturm, sich darauf berufend, daß auch das Kind aus geschiedener Ehe zu seiner Entwicklung beide Elternteile brauche. Dieser Konflikt ist indes nicht dem Gesetzgeber des 1. EheRG anzulasten. Kindeswohl ist zwar ein Rechtsbegriff, bedarf jedoch zu seiner Interpretation der wissenschaftlichen Erkenntnisse der Entwicklungspsychologie, und deren Ergebnisse sahen zur Zeit der Verabschiedung der Eheerrechtsreform noch ganz anders aus als heute. Die Bedeutung des biologischen Elternteils wurde wesentlich niedriger angesetzt und trat eindeutig zurück gegenüber der sozialen Elternschaft, entstehend aus einer neuen Partnerschaft des Sorgeberechtigten, die um der besseren Entwicklung des Kindes willen abzuschirmen war gegenüber aus damaliger Sicht lediglich störenden Kontakten mit dem leiblichen Elternteil. Daß sich diese Sicht bei den Entwicklungspsychologen inzwischen entscheidend geändert hat, der leibliche Elternteil einen ganz anderen Stellenwert bekommen hat, war für den damaligen Gesetzgeber nicht vorhersehbar; dies festzustellen, entspricht einem Gebot der Fairness. Eine ganz andere Frage ist, ob der Gesetzgeber sich mit der Berücksichtigung dieser veränderten wissenschaftlichen Erkenntnisse so lange Zeit lassen durfte. Die Kindschaftsrechtsreform wird hoffentlich – endlich – eine positive Lösung dieses Problembereichs bringen.

Der Versorgungsausgleich, das durch das 1. EheRG neu eingeführte Institut, hat sich nach anfänglichen verfassungsrechtlichen Bedenken wegen seiner Rückwirkung auf Alteen durchgesetzt und ist anerkannt. Der Grundsatz, unter Übernahme des Prinzips des Zugewinnausgleichs die in der Ehezeit erworbenen Versorgungsansparungen aller Art beiden Ehepartnern bei der Scheidung und der damit eintretenden Auflösung ihrer Versorgungsgemeinschaft zu gleichen Teilen zugute kommen zu lassen, hat von Anfang an Anerkennung gefunden und ist als gerecht empfunden worden. Negativ beurteilt wurde allerdings die Kompliziertheit der technischen Abwicklung und die verfehlte Regelung des Ausgleichs von Betriebsrenten durch die Bareinzahlungspflicht, die erst das Bundesverfassungsgericht beseitigt hat. Der Sinn der Versorgungsausgleichs-Entscheidung im Verbund – mit dem Ausgleich von Anwartschaften, abgestellt auf das Ehezeitende – wird allerdings zunehmend fragwürdiger, einmal durch die extensive Abänderungsmöglichkeit des § 10a des Gesetzes zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich und zum anderen durch die permanenten Änderungen, die der Gesetzgeber im Versorgungsrecht selbst vornimmt. Beides führt nach meiner Auffassung zu erheblichen Frustrationen bei den

Eine
führung
beklager
zu eng
Etikette
ner bes
Ehekon
Mangel
geräum
den, we
ihn sich
2. Deut
schmerz
liche Ve
so daß
werden
Abhilfe
arrangie

1. Aufg.

Wer
Wahrne
Elternv
FamG
scheide
tete, für
ist rich
Sachver
Die R
nachran
daß die
richt r
gehen,
Belastu

Vor
machen
schen o
gericht
Hilfe d
Situatio
sequen
den das
schwer
liche E
noch k
Ohneh

Familienrichtern und fördert nicht gerade übermäßig das Engagement bei der Erstentscheidung im Versorgungsungleich.

Eines der positivsten Ergebnisse des 1. EheRG ist die Einführung der Familiengerichtsbarkeit in der Bundesrepublik. Zu beklagen war lediglich, daß es in seinem Zuständigkeitsbereich zu eng angelegt war, so daß *Bosch* zu Recht den Vorwurf des Etikettenschwindels erhob, da das Familiengericht aufgrund seiner beschränkten Kompetenz kein solches, sondern allenfalls ein Ehekonkursgericht sei. Dieser von Anbeginn allseits anerkannte Mangel soll nun in der Kindschaftsrechtsreform weitgehend ausgeräumt und der Zuständigkeitsbereich deutlich erweitert werden, wenn er auch immer noch nicht den Umfang erreicht, wie ihn sich *Bosch* in seinem Festvortrag bei der Eröffnung des 2. Deutschen Familiengerichtstag in Brühl gewünscht hat³⁾. Verschmerzen läßt sich, daß das 1. EheRG für das familiengerichtliche Verfahren keine eigene Verfahrensordnung vorgesehen hat, so daß mit dem Nebeneinander von ZPO und FGG gearbeitet werden muß. Hier wird auch die Kindschaftsrechtsreform keine Abhilfe bringen, doch denke ich, die Praxis hat sich damit arrangiert.

Resümee: Natürlich ist das Bessere der Feind des Guten, und aus der ex-post-Betrachtung läßt sich manches Verbesserungswürdige für das 1. EheRG erkennen. Doch eines ist sicher unbestreitbar: Die Eherechtsreform, die am 1. 7. 1977 in Kraft trat, hat das Familienrecht aus seinem Dornröschenschlaf gerissen und wieder zu einer hochspannenden Rechtsmaterie gemacht, von der ich mir lediglich wünschte, sie würde in Studienplänen und in der Referendarausbildung ernster genommen. Und allen, die – und das meine ich ganz ernst – das Glück hatten, von Anbeginn an mit dem neugestalteten Familienrecht zu arbeiten und manchmal etwas kleinmütig die Ecken und Kanten des 1. EheRG beklagten, möchte ich entgegen halten: Wann hat ein Jurist schon einmal eine solche Chance, in einem Rechtsgebiet mit so vielen unbestimmten Rechtsbegriffen selbst in einem solchen Maße gestaltend tätig zu werden? Ich finde, das 1. EheRG hat uns Familienrechtlern eine juristische Sternstunde geboten, und dafür sollten wir *alle* dankbar sein, und nicht nur der Gieseking-Verlag ob der in ungeahnte Höhen gestiegenen Auflage der FamRZ.

³⁾ FamRZ 1980, 1 ff.

Die Rechtsprechung zum Sorge- und Umgangsrecht

– Zweites Halbjahr 1995 bis Anfang 1997¹⁾ –

Von Dr. HARALD OELKERS, Vors. Richter am OLG Rostock

A. Sorgerecht

I. Vorbemerkungen

1. Aufgaben des Gerichts

Wenn sich die Eltern bei der Scheidung nicht über die Wahrnehmung der ihnen auch nach der Scheidung obliegenden Elternverantwortung für ihr Kind einigen können, muß das FamG über die widerstreitenden Interessen der Beteiligten entscheiden²⁾. Seine Aufgabe ist es, die am Kindeswohl ausgerichtete, für das Kind relativ beste Lösung zu finden. Diese Aufgabe ist richterliche Tätigkeit. Sie darf nicht auf Dritte, z. B. den Sachverständigen oder das Jugendamt [JA] verlagert werden³⁾. Die Rechte der Eltern sind in Konfliktfällen grundsätzlich nachrangig⁴⁾. Die für das Kind aus seiner Sicht beste Lösung, daß die Eltern wieder zusammenfinden sollten⁵⁾, ist für das Gericht regelmäßig nicht erreichbar. Es kann also nur darum gehen, die auf das Kind einwirkenden Beeinträchtigungen und Belastungen so gering wie möglich zu halten⁶⁾.

Vor diesem Hintergrund verbietet es sich, den Versuch zu machen, streitige Vorgänge aus der Vergangenheit, die sich zwischen den Eltern innerhalb der Ehemwohnung abgespielt haben, gerichtlich aufzuklären zu wollen. Dies vielleicht sogar noch mit Hilfe der betroffenen Kinder. Vielmehr sind die gegenwärtige Situation und die sich daraus für die Zukunft ergebenden Konsequenzen zu ermitteln. Es kommt also auf den Eindruck an, den das Kind gegenwärtig macht⁷⁾. Wenn sich ein Kind unbeschwert, aufgeweckt und fröhlich zeigt, bestätigt dieser persönliche Eindruck, daß etwaige Auseinandersetzungen der Eltern noch keine negativen Auswirkungen auf das Kind gehabt haben. Ohnehin kommt es im Rahmen des Sorgerechtsstreits regel-

mäßig nicht darauf an, welche Gründe zum Scheitern der Ehe geführt haben⁸⁾.

2. Regelungsmöglichkeiten des Gerichts

Maßnahmen nach § 1671 V BGB dürfen nicht schon dann ergriffen werden, wenn ein Elternteil zur Erziehung des Kindes ungeeignet und der andere zwar geeignet erscheint, aber erwerbstätig ist. Voraussetzung für die Einrichtung einer Vormundschaft oder Pflegschaft ist vielmehr, daß eine Gefahr für das Wohl des Kindes droht, wobei der Gefährdungsbegriff dem des § 1666 BGB entspricht⁹⁾. Die Tatsache, daß der berufstätige Vater die Betreuung tagsüber weitgehend Dritten überlassen muß, stellt vor diesem Hintergrund keine Gefährdung des Kindes dar.

¹⁾ Dieser Bericht schließt an die Rechtsprechungsübersichten in FamRZ 1995, 1097 ff. (Sorgerecht) und FamRZ 1995, 1385 ff. (Umgangsrecht) an. Die Untergliederung wurde soweit wie möglich beibehalten. Auf diese Weise ist es möglich, die Weiterentwicklung einzelner Themen besser im Auge zu behalten.

²⁾ OLG Nürnberg, FamRZ 1996, 563, 564 li. Sp.; OLG Saarbrücken, DAVorm 1996, 277, 278. Die Frage, ob eine Einigung der Eltern über die elterliche Sorge in einem Vertrag Bindungswirkungen entfaltet, ist streitig. Bejahend OLG Dresden, FamRZ 1997, 49, 50, m. N. zur Gegenmeinung.

³⁾ OLG Saarbrücken, DAVorm 1996, 277, 278; Oelkers, FPR 1997, 78, 81.

⁴⁾ OLG Hamm, FamRZ 1996, 361; OLG Celle, Beschluß v. 22. 10. 1996 – 17 UF 177/95 –; vgl. auch BVerfG, FamRZ 1996, 1267 r. Sp. unter 1.

⁵⁾ OLG Hamm, FamRZ 1996, 1096, 1097 r. Sp., betont zu Recht die in der Praxis immer wieder zu machende Erfahrung, daß es dem sehnlichsten Wunsch der Kinder entspricht, ihre Eltern sollten wieder zusammenfinden.

⁶⁾ OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, 1511 r. Sp. = NJW-RR 1996, 390; vgl. auch BVerfG, FamRZ 1996, 343, 344 li. Sp. unter 1b = NJW 1996, 915.

⁷⁾ OLG Hamm, FamRZ 1996, 562, 563 li. Sp.

⁸⁾ OLG Hamm, FamRZ 1996, 424 r. Sp. = NJW-RR 1996, 770.

⁹⁾ OLG Celle, DAVorm 1996, 618, 619; OLG Frankfurt, FamRZ 1989, 1323, 1324; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, 1195.