

Das Kindeswohl in 100 Jahren BGB

Inaugural – Dissertation

zur Erlangung der Würde eines

doctor iuris

der Juristischen Fakultät

der Bayerischen Julius – Maximilians – Universität

Würzburg

vorgelegt von

Katharina Parr

aus Tauberbischofsheim

2005

Meinen Eltern

Erstgutachter: Frau Prof. Dr. Scherer

Zweitgutachter: Herr Prof. Dr. Weitzel

Tag der mündlichen Prüfung: 08. Februar 2006

Gliederungsübersicht

INHALTSVERZEICHNIS	III
LITERATURVERZEICHNIS	VIII
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
EINLEITUNG	1
A. EINFÜHRUNG.....	1
B. BESTANDTEILE DER UNTERSUCHUNG.....	3
C. INHALT DER EINZELNEN ABSCHNITTE	5
ERSTER TEIL: DAS RECHTSKONZEPT „KINDESWOHL“	7
A. DIE FUNKTIONEN DES KINDESWOHL – KONZEPTS.....	7
B. DER FÜR DAS KINDESWOHL MABGEBLICHE KINDESBEGRIFF	7
C. DIE IM KINDESWOHLBEGRIFF ENTHALTENEN GRUNDWERTUNGEN	8
I. Der Vorrang der Kindesinteressen	8
II. Der Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit.....	9
III. Die Berücksichtigung des Kindeswillens	9
ZWEITER TEIL: DAS KINDESWOHL IN DER ZIVILRECHTLICHEN GESETZGEBUNG UND RECHTSPRECHUNG DER LETZTEN HUNDERT JAHRE	11
A. GESCHICHTLICHER RÜCKBLICK: DIE BEDEUTUNG DES KINDESWOHLS IN ÄLTEREN RECHTEN.....	11
I. Das Römische Recht	11
II. Das Deutsche Recht in der Frühzeit.....	13
III. Gesellschaftspolitische Entwicklungen	15
IV. Das gemeine Recht.....	18
V. Die Partikularrechte	19
VI. Fazit.....	20
B. DAS BÜRGERLICHE GESETZBUCH FÜR DAS DEUTSCHE REICH VOM 1. JANUAR 1900	21
I. Die Leitgedanken des Gesetzgebers.....	21
II. Die elterliche Gewalt, §§ 1626 ff.....	22
III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung auf die elterliche Gewalt.....	29
IV. Die Eingriffsmöglichkeiten des Staates zum Schutze des Kindes.....	37
V. Fazit.....	51

II

C. ERSTE VERÄNDERUNGEN	54
I. Die Weimarer Republik	54
II. Der Nationalsozialismus	64
III. Das Ehegesetz vom 20. Februar 1946	80
D. DAS GLEICHBERECHTIGUNGSGESETZ VOM 1. JULI 1958	87
I. Einleitung	87
II. Die elterliche Gewalt	88
III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Gewalt, §§ 1671, 1672	89
IV. Der persönliche Verkehr mit dem Kind	96
V. Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls gemäß § 1666 Abs.1	100
VI. Fazit	101
E. DAS 1. GESETZ ZUR REFORM DES EHE- UND FAMILIENRECHTS VOM 14. JUNI 1976	102
F. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 1666 ABS.1 SEIT INKRAFTTRETEN DES BONNER GRUNDGESETZTES	103
I. Die Gefährdung des Kindeswohls	103
II. Die Gefährdungsursachen	104
III. Das Verschulden	112
IV. Einzelne Entscheidungen	113
V. Fazit	116
G. DAS GESETZ ZUR NEUREGELUNG DER ELTERLICHEN SORGE VOM 01. JANUAR 1980	117
I. Die Entstehungsgeschichte	117
II. Die Leitgedanken der Gesetzgeber	119
III. Die elterliche Sorge	119
IV. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Sorge, §§ 1671, 1672	123
V. Die Umgangsbefugnis des nichtsorgeberechtigten Elternteils, § 1634	133
VI. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1	139
VII. Fazit	154
H. DAS KINDSCHAFTSRECHTSREFORMGESETZ VOM 01. JULI 1998	157
I. Die Entstehung und Konzeption des neuen Kindschaftsrechts	157
II. Die elterliche Sorge im Allgemeinen, §§ 1626 ff.	160
III. Die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, § 1671	163
IV. Das Umgangsrecht, §§ 1684, 1685	172
V. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1	178
VI. Fazit	180
J. NACHFOLGENDE REFORMGESETZE	181
I. Das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung vom 03. November 2000	181
II. Das Gesetz zur Änderung des Umgangsrechts von Bezugspersonen vom 23. April 2004	183
DRITTER TEIL: SCHLUSSBETRACHTUNG	184
A. RÜCKBLICKENDE ZUSAMMENFASSUNG	184
I. Der Vorrang der elterlichen Erziehungsautonomie	184
II. Die zunehmende Auflösung des elterlichen Interpretationsmonopols	185
III. Das individuelle Wohl des Kindes als Maxime	186
B. RESÜMEE	187

Inhaltsverzeichnis

EINLEITUNG	1
A. EINFÜHRUNG.....	1
B. BESTANDTEILE DER UNTERSUCHUNG.....	3
C. INHALT DER EINZELNEN ABSCHNITTE	5
ERSTER TEIL: DAS RECHTSKONZEPT „KINDESWOHL“	7
A. DIE FUNKTIONEN DES KINDESWOHL – KONZEPTS.....	7
B. DER FÜR DAS KINDESWOHL MABGEBLICHE KINDESBEGRIFF	7
C. DIE IM KINDESWOHLBEGRIFF ENTHALTENEN GRUNDWERTUNGEN	8
I. Der Vorrang der Kindesinteressen	8
II. Der Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit.....	9
III. Die Berücksichtigung des Kindeswillens	9
ZWEITER TEIL: DAS KINDESWOHL IN DER ZIVILRECHTLICHEN GESETZGEBUNG UND RECHTSPRECHUNG DER LETZTEN HUNDERT JAHRE	11
A. GESCHICHTLICHER RÜCKBLICK: DIE BEDEUTUNG DES KINDESWOHL IN ÄLTEREN RECHTEN.....	11
I. Das Römische Recht	11
II. Das Deutsche Recht in der Frühzeit.....	13
III. Gesellschaftspolitische Entwicklungen	15
1.) Die frühe Neuzeit.....	15
2.) Das Zeitalter der Aufklärung.....	16
3.) Die Romantik	17
IV. Das gemeine Recht.....	18
V. Die Partikularrechte.....	19
VI. Fazit.....	20
B. DAS BÜRGERLICHE GESETZBUCH FÜR DAS DEUTSCHE REICH VOM 1. JANUAR 1900.....	21
I. Die Leitgedanken des Gesetzgebers.....	21
II. Die elterliche Gewalt, §§ 1626 ff.....	22
1.) Wesen und Allgemeine Grundsätze	22
a.) Die Träger der elterlichen Gewalt.....	22
b.) Charakter der elterlichen Gewalt.....	23
c.) Beendigung und Verwirkung der elterlichen Gewalt	24
aa.) Ende der elterlichen Gewalt	24
bb.) Verwirkung, § 1680.....	24
d.) Das Recht der unehelichen Kinder.....	25
2.) Die Sorge für die Person des Kindes.....	26
a.) Erziehung des Kindes.....	26
b.) Beaufsichtigung des Kindes, Herausgabeanspruch.....	27
c.) Züchtigungsrecht.....	28
III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung auf die elterliche Gewalt.....	29
1.) Der Einfluss der Ehescheidung auf die Personensorge, § 1635.....	29
a.) Die Regelung des § 1635	29
aa.) Der gesetzliche Regelfall	29
bb.) Die Möglichkeit einer abweichenden Regelung nach § 1635 Abs.1 S.2.....	30
b.) Die Rechtsprechung zu § 1635 Abs.1 S.2.....	30
aa.) Grundsätze	30
bb.) Einzelne Entscheidungen.....	31

IV

(1) Kammergericht, Beschluss vom 9. Februar 1905, OLGZ 10, S. 287 f.:	31
(2) Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 05. Dezember 1914, BayZ 15, S. 701 ff.:	32
2.) Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind, § 1636	34
a.) Die Regelung des § 1636	34
b.) Die Rechtsprechung zu § 1636	34
aa.) Grundsätze	34
bb.) Einzelne Entscheidungen	36
(1) Landgericht Aurich, Beschluss vom 23. Dezember 1908, RJA 37, S. 19 ff.:	36
(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 14. Juli 1932, BayZ 32, S. 365 ff.:	37
IV. Die Eingriffsmöglichkeiten des Staates zum Schutze des Kindes	37
1.) Die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohls gemäß § 1666 Abs.1	38
a.) Die Regelung des § 1666 Abs.1	38
aa.) Das Kindeswohl	38
bb.) Der Gefährdungsbegriff	39
cc.) Die Gefährdungsursachen	40
(1) Missbrauch des Personensorgerechts	40
(2) Vernachlässigung	40
(3) Ehrloses oder unsittliches Verhalten	41
dd.) Verschulden des Gewaltinhabers	41
ee.) Maßnahmen	42
b.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1	43
aa.) Grundsätze	43
(1) Die Gefährdung des Kindeswohls	43
(2) Die Gefährdungsursachen	43
(3) Das Verschuldensprinzip	45
bb.) Einzelne Entscheidungen	46
(1) Kammergericht, Beschluss vom 14. März 1907, OLGZ 16, S.10 ff.:	46
(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 11. April 1912, BayZ 13, S. 212 ff.:	47
(3) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 23. April 1912, BayZ 13, S. 253 ff.:	48
(4) Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 28. Juli 1917, OLGZ 18, S. 208 ff.:	49
2.) Die Fürsorgeerziehung nach §§ 55, 56 StGB und Art. 135 EGBGB	50
V. Fazit	51
C. ERSTE VERÄNDERUNGEN	54
I. Die Weimarer Republik	54
1.) Die Weimarer Reichsverfassung	54
a.) Das Elternrecht des Art. 120 WRV	54
b.) Der Jugendschutz des Art. 122 WRV	55
2.) Wichtige Reformgesetze	57
a.) Das RKEG	57
b.) Das RJWG	58
3.) Die Rechtsprechung zu den Regelungen des BGB unter Einfluss der Weimarer Reichsverfassung und der Reformgesetze	59
a.) Die Auswirkungen einer Ehescheidung	59
aa.) Der Einfluss der Ehescheidung auf die Personensorge, § 1635	59
bb.) Die Regelung des Verkehrs, § 1636	60
b.) Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls gemäß § 1666 Abs.1	60
aa.) Allgemeine Grundsätze	60
bb.) Einzelne Entscheidungen	61
(1) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 05. Juli 1927, BayZ 27, S. 26:	61
(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 18. Dezember 1929, BayZ 29, S. 558 ff.:	61
4.) Fazit	63
II. Der Nationalsozialismus	64
1.) Die nationalsozialistische Erziehungslehre	64
2.) Die Gesetzgebung	64
a.) Das geplante „Volksgesetzbuch“	64
b.) Das Gesetz über die Hitler Jugend vom 01. Dezember 1936	65
c.) Das Ehegesetz vom 06. Juli 1938	66
aa.) Der Einfluss einer Ehescheidung auf die Personensorge, § 81 EheG 1938	66
bb.) Die Regelung des persönlichen Verkehrs, § 82 EheG 1938	67
3.) Die Rechtsprechung unter Einfluss des Nationalsozialismus	68
a.) Die Auswirkungen einer Ehescheidung	68
aa.) Die Rechtsprechung zu § 1635 a.F. und zu § 81 EheG 1938	68
(1) Grundsätze	68
(2) Einzelne Entscheidungen	69
(α) Kammergericht, Beschluss vom 07. August 1936, JFG 14, S. 24 ff.:	69
(β) Kammergericht, Beschluss vom 25. April 1941, JFG 22, S. 271 ff.:	70

bb.) Die Rechtsprechung zu § 1636 a.F. und § 82 EheG 1938.....	71
b.) Der Missbrauch der elterlichen Gewalt, § 1666 Abs.1.....	72
aa.) Allgemeine Grundsätze.....	72
(1) Die Gefährdung des Kindeswohls.....	72
(2) Das Verschulden.....	74
bb.) Einzelne Entscheidungen.....	74
(1) Landgericht Torgau, Beschluss vom 27. November 1935, JW 1936, S. 895:.....	74
(2) Landgericht Berlin, Beschluss vom 23. April 1936, JW 1936, S. 2487 ff.:.....	75
(3) Oberlandesgericht München, Beschluss vom 03. Dezember 1937, JFG 17, S. 17:.....	76
4.) Fazit.....	78
III. Das Ehegesetz vom 20. Februar 1946.....	80
1.) Der Einfluss einer Ehescheidung auf die Personensorge.....	80
a.) Die Regelung des § 74 EheG 1946.....	80
b.) Die Rechtsprechung zu § 74 EheG 1946.....	81
aa.) Grundsätze.....	81
bb.) Einzelne Entscheidungen.....	82
(1) OLG Stuttgart, Beschluss vom 11. April 1956, FamRZ 1956, S. 190:.....	82
(2) Kammergericht, Beschluss vom 21. März 1957, FamRZ 1957, S. 176 f.:.....	83
2.) Der persönliche Verkehr mit dem Kind.....	84
a.) Die Regelung des § 75 EheG 1946.....	84
b.) Die Rechtsprechung zu § 75 EheG 1946.....	85
3.) Fazit.....	86
 D. DAS GLEICHBERECHTIGUNGSGESETZ VOM 1. JULI 1958.....	 87
I. Einleitung.....	87
II. Die elterliche Gewalt.....	88
1.) Die Grundzüge der Neuregelung.....	88
2.) Die Bindung an das Kindeswohl.....	88
III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Gewalt, §§ 1671, 1672.....	89
1.) Die elterliche Gewalt im Falle einer Ehescheidung, § 1671.....	89
2.) Die elterliche Gewalt bei Getrenntleben der Eltern, § 1672.....	90
3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1671, 1672.....	90
a.) Grundsätze.....	90
aa.) Der elterliche Vorschlag.....	90
bb.) Die Bindung an das Kindeswohl und die Scheidungsschuld.....	91
(1) Die Grundregel des § 1671 Abs.3 S.1.....	91
(2) Die Bedeutung der Scheidungsschuld.....	92
b.) Einzelne Entscheidungen.....	93
aa.) OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. April 1966, FamRZ 1966, S. 315 ff.:.....	93
bb.) OLG Köln, Beschluss vom 13. August 1975, FamRZ 1976, S. 32 ff.:.....	94
IV. Der persönliche Verkehr mit dem Kind.....	96
1.) Die Regelung des § 1634.....	96
2.) Die Rechtsprechung zu § 1634.....	97
a.) Grundsätze.....	97
b.) Einzelne Entscheidungen.....	98
aa.) OLG Hamm, Beschluss vom 22. September 1964, FamRZ 1965, S. 83 ff.:.....	98
bb.) LG München, Beschluss vom 17. Februar 1971, FamRZ 1971, S. 311 :.....	99
V. Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls gemäß § 1666 Abs.1.....	100
VI. Fazit.....	101
 E. DAS 1. GESETZ ZUR REFORM DES EHE- UND FAMILIENRECHTS VOM 14. JUNI 1976.....	 102
 F. DIE RECHTSPRECHUNG ZU § 1666 ABS.1 SEIT INKRAFTTRETEN DES BONNER GRUNDGESETZTES.....	 103
I. Die Gefährdung des Kindeswohls.....	103
II. Die Gefährdungsursachen.....	104
1.) Allgemeine Tendenzen.....	104
2.) Berufs- und Ausbildungsfragen.....	105
3.) Gefährdung der sexualmoralischen Entwicklung.....	106
a.) Beeinflussung durch das Verhalten Dritter.....	106
b.) Sexualbeziehungen des Kindes.....	107
4.) Vernachlässigung.....	108
5.) Die religiöse Erziehung.....	108
6.) Kindesmisshandlung.....	109
7.) Ärztliche Behandlungen.....	110

8.) Abbruch von gewachsenen Bindungen	111
III. Das Verschulden.....	112
IV. Einzelne Entscheidungen	113
1.) Schleswig – Holsteinisches OLG, Beschluss vom 19. August 1957, SchlHA 1957, S. 280 f.:	113
2.) OLG Hamm, Beschluss vom 08. August 1960, RPfleger 1960, S. 296 f.:	114
V. Fazit	116
G. DAS GESETZ ZUR NEUREGELUNG DER ELTERLICHEN SORGE VOM 01. JANUAR 1980.....	117
I. Die Entstehungsgeschichte.....	117
1.) Die Gründe für die Neuregelung	117
2.) Der Gesetzgebungsgang.....	118
II. Die Leitgedanken der Gesetzgeber	119
III. Die elterliche Sorge	119
1.) Der neue § 1626	119
2.) Die nähere Ausgestaltung der Erziehung	120
a.) Die familienrechtliche Generalklausel des § 1618 a	120
b.) Das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen, § 1631 Abs.2	121
c.) Beruf und Ausbildung, § 1631 a	122
IV. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Sorge, §§ 1671, 1672	123
1.) Die Sorgerechtsregelung im Falle einer Ehescheidung, § 1671	123
2.) Die Sorgerechtsregelung bei Getrenntleben der Eltern, § 1672.....	124
3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1671, 1672.....	125
a.) Grundsätze	125
aa.) Die Bindung des Familiengerichts an das Wohl des Kindes	125
bb.) Die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge.....	128
cc.) Der Elternvorschlag	129
b.) Einzelne Entscheidungen	129
aa.) OLG Köln, Beschluss vom 10. August 1982, FamRZ 1982, S. 1232 f.:	129
bb.) BGH, Beschluss vom 11. Juli 1984, FamRZ 1985, S. 168 ff.:.....	130
cc.) BGH, Beschluss vom 06. Dezember 1989, FamRZ 1990, S. 392 ff.:.....	132
V. Die Umgangsbefugnis des nichtsorgeberechtigten Elternteils, § 1634.....	133
1.) Die Regelung des § 1634	133
2.) Die Rechtsprechung zu § 1634.....	134
a.) Grundsätze	134
aa.) Die Voraussetzungen einer abweichenden Anordnung	134
bb.) Der Wille des Kindes.....	135
b.) Einzelne Entscheidungen	136
aa.) BGH, Beschluss vom 12. Juli 1984, FamRZ 1984, S. 1084 ff.:	136
bb.) OLG Hamburg, Beschluss vom 03. Juli 1990, FamRZ 1991, S. 471:.....	137
VI. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1.....	139
1.) Die Regelung des § 1666 Abs.1	139
a.) Die Gefährdung des Kindeswohls.....	139
b.) Die Gefährdungsursachen	139
c.) Das Verschuldenserfordernis	140
2.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1	142
a.) Die Gefährdung des Kindeswohls.....	142
b.) Die Gefährdungsursachen	143
aa.) Allgemeine Grundsätze.....	143
bb.) Berufs- und Ausbildungsfragen	144
cc.) Sittliche und moralische Wertbildung.....	145
dd.) Vernachlässigung.....	146
ee.) Kindesmisshandlung	146
ff.) Ärztliche Behandlungen.....	147
gg.) Abbruch von gewachsenen Bindungen.....	148
c.) Das Verschuldenserfordernis	149
d.) Mangelnde elterliche Gefahrabwendung.....	149
e.) Einzelne Entscheidungen	150
aa.) Landgericht Berlin, Beschluss vom 20. November 1979, FamRZ 1980, S. 285:	150
bb.) KG, Beschluss vom 14. September 1984, NJW 1985, S. 68 ff.:.....	151
cc.) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 19. August 1992, FamRZ 1993, S. 229 ff.:.....	152
VII. Fazit	154

VII

H. DAS KINDSCHAFTSRECHTSREFORMGESETZ VOM 01. JULI 1998	157
I. Die Entstehung und Konzeption des neuen Kindschaftsrechts	157
1.) Gründe für die Neuregelung.....	157
a.) Die Rechtsprechung des BVerfG	157
b.) Die UN - Kinderrechtskonvention	158
c.) Gesellschaftliche Entwicklung.....	158
d.) Die Wiedervereinigung.....	159
2.) Der Gesetzgebungsgang	159
3.) Die Leitgedanken	159
II. Die elterliche Sorge im Allgemeinen, §§ 1626 ff.	160
1.) Begriff, Inhalt und allgemeine Prinzipien	160
a.) Der neue § 1626.....	160
b.) Das Misshandlungsverbot, § 1631 Abs.2.....	160
c.) Die Generalklausel, § 1697 a	162
2.) Die Elterliche Sorge für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind	162
III. Die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, § 1671	163
1.) Die Grundzüge der Neuregelung.....	163
a.) Das Antragsprinzip.....	164
b.) Antrag und Zustimmung des anderen Elternteils	164
c.) Antrag ohne Zustimmung des anderen Elternteils.....	165
d.) Die Sorgerechtsregelung nach §§ 1666 Abs.1, 1671 Abs.3	166
2.) Die Rechtsprechung zu § 1671.....	167
a.) Allgemeine Grundsätze	167
aa.) Der Vorrang der gemeinsamen Sorge vor der Alleinsorge.....	167
bb.) Die Übertragung der Alleinsorge.....	169
b.) Einzelne Entscheidungen	170
aa.) OLG Zweibrücken, Beschluss vom 01. Oktober 1998, FamRZ 1999, S. 40 f.:.....	170
bb.) BGH, Beschluss vom 29. September 1999, NJW 2000, S. 203:.....	171
IV. Das Umgangsrecht, §§ 1684, 1685.....	172
1.) Elterliches Umgangsrecht, § 1684.....	172
a.) Das Umgangsrecht als Elternrecht	172
b.) Das Umgangsrecht als Recht des Kindes	173
c.) Die Rolle des Familiengerichts	174
2.) Das Umgangsrecht nahe stehender Personen	175
3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1684, 1685.....	176
a.) Grundsätze zu § 1684.....	176
aa.) Einschränkungen und Ausschluss des Umgangsrechts	176
bb.) Der Wille des Kindes.....	177
b.) Grundsätze zu § 1685.....	178
V. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1	178
1.) Die Regelung des § 1666 Abs.1	178
2.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1	179
VI. Fazit.....	180
J. NACHFOLGENDE REFORMGESETZE.....	181
I. Das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung vom 03. November 2000	181
1.) Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung, § 1631 Abs.2 S.1	181
2.) Das Verbot bestimmter Erziehungsmaßnahmen, § 1631 Abs.2 S.2	182
3.) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1631 Abs.2	182
II. Das Gesetz zur Änderung des Umgangsrechts von Bezugspersonen vom 23. April 2004.....	183
DRITTER TEIL: SCHLUSSBETRACHTUNG	184
A. RÜCKBLICKENDE ZUSAMMENFASSUNG.....	184
I. Der Vorrang der elterlichen Erziehungsautonomie	184
II. Die zunehmende Auflösung des elterlichen Interpretationsmonopols.....	185
III. Das individuelle Wohl des Kindes als Maxime	186
B. RESÜMEE.....	187

Literaturverzeichnis

- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Band 5: Familienrecht (§§1297 – 1921);* Neuwied und Darmstadt 1981; Zit.: AK – Bearbeiter.
- Von Amira, Karl / Eckhard, Klaus August: Germanisches Recht; 4. Auflage, Berlin 1967;* Zit.: Amira/Eckhard – Bearbeiter
- Arnold, Klaus: Kind und Gesellschaft in Mittelalter und Renaissance, Reihe B Band 2; Paderborn 1980.*
- Baer, Ingrid: Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge; ZBIJR 1977, S. 516 ff..*
- Dies.: Stellungnahme zum Referentenentwurf zur Reform des Kindschaftsrechts vom Juli 1995; ZBIJR 1996, S. 123 ff.*
- Balks, Erich: Die Vorgeschichte des § 1666 Abs.1 BGB; Paderborn 1986.*
- Behler, Wolfgang: Das Kind – Eine Anthropologie des Kindes; Freiburg 1971.*
- Beitzke, Günther: Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht; FamRZ 1958, S. 7 ff..*
- Belchous, Günter: Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge; ZBIJR 1979, S. 325 ff..*
- Bergmann, Margarethe / Gutdeutsch, Werner: Der Anspruch des Kindes auf Beteiligung am Scheidungsverfahren – Anmerkung zur geplanten Auflösung des Zwangverbundes zwischen Scheidung und Regelung der elterlichen Sorge; FamRZ 1996, S. 1187 ff..*
- Bosch, Friedrich Wilhelm: Volljährigkeit – Ehemündigkeit – elterliche Sorge; FamRZ 1973, S. 469 ff..*
- Boschan, Siegfried: Nationalsozialistische Rassen- und Familiengesetzgebung, Praktische Rechtsanwendung und Auswirkungen auf die Rechtspflege, Verwaltung und Wirtschaft; Berlin 1937.*
- Brauchli, Andreas: Das Kindeswohl als Maxime des Rechts; Zürich 1982.*
- Brokamp, Iris: Die Verrechtlichung der Eltern – Kind – Beziehung in hundert Jahren BGB; Bielefeld 2002.*
- Brunner, Hellmuth / Flessel, Klaus / Hiller, Friedrich: Lexikon alte Kulturen; 3. Band N – Zz; Mannheim 1993; Zit: Brunner/Flessel/Hiller – Bearbeiter.*
- Brunner, Otto / Conze, Werner / Koselleck, Reinhart: Geschichtliche Grundbegriffe – Historisches Lexikon zur politisch – sozialen Sprache in Deutschland, Band 2: E – G; Zit.: Brunner/Conze/Koseleck – Bearbeiter.*
- Coester, Michael: Das Kindeswohl als Rechtsbegriff – Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft; Frankfurt am Main 1983.*

Coester – Waltjen, Dagmar: Von der elterlichen Gewalt zur elterlichen Sorge; ZRP 1977, S. 177 ff..

Cosack, Konrad / Mitteis, Heinrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Sachenrecht, Recht der Wertpapiere, Familienrecht, Erbrecht; 7. und 8. Neubearbeitete Auflage, Jena 1924.

Cornell, Tim / Matthews, John: Weltatlas der alten Kulturen: Rom; 6. Auflage, München 1993.

Crome, Carl: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Band: Immaterialgüterrechte, Familienrecht; Tübingen 1908.

Diedrichsen, Uwe: Zur Reform des Eltern – Kind – Verhältnisses; FamRZ 1978, S. 461 ff..

Ders.: Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge; NJW 1980, S. 1 ff..

Ders.: Die Reform des Kindschafts- und Beistandsrechts; NJW 1998, S. 1977 ff..

Donau, Helmut: Das neue Kindschaftsrecht; MDR 1958, S. 6 ff..

Endemann, F.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts; 8. und 9. neubearbeitete Auflage, Berlin 1908.

Engelmann, A.: Das Bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handels-, Wechsel- und Seerechts; 4., verbesserte Auflage, Berlin 1906.

Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts; 15. –17. Auflage, 2. Band, 2. Abteilung: Kipp, Theodor/ Wolff, Martin: Das Familienrecht; 5. Bearbeitung, Marburg 1925.

Erichsen, Hans – Uwe / Reuter, Heidrun: Elternrecht – Kindeswohl – Staatsgewalt, Zur Verfassungsmäßigkeit staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten auf die Kindeserziehung durch und aufgrund von Normen des elterlichen Sorgerechts und des Jugendhilferechts; Berlin 1985.

Erler, Adalbert / Kaufmann, Ekkehard: Handwörterbuch zu deutschen Rechtsgeschichte, II. Band: Haustür – Lippe; Berlin 1978; Zit: Erler/Kaufmann – Bearbeiter.

Frantziöch, Fritz: Die Entwicklung des gesetzlichen Jugendschutzes in Deutschland; Hamburg 1971

Freisler, Roland: Deutsches Jugendrecht, Beiträge für die Praxis und Neugestaltung des Jugendrechts, Heft 1: Grundfragen des Jugendrechts; Berlin 1941; Zit.: Freisler – Bearbeiter.

Friedberg, Edmund / Polligkeit, Wilhelm / Giese, Dieter: Das Gesetz für Jugendwohlfahrt – Kommentar; 3., völlig neubearbeitete Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München 1972.

Frommann, Matthias: Die Wahrnehmung der Interessen Minderjähriger im vormundschafts- bzw. familiengerichtlichen Erkenntnisverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit; Frankfurt/Main, 1977.

Gernhuber, Joachim: Neues Familienrecht; Tübingen 1977; Zit.: Gernhuber, Neues Familienrecht.

Ders.: Elterliche Gewalt heute: Eine grundsätzliche Betrachtung; FamRZ 1962, S. 89 ff..

Gerold, Wilhelm: Ehegesetz (1946.02.20) – Kontrollratsgesetz Nr. 16; Stuttgart 1950.

Von Gierke, Otto: Die soziale Aufgabe des Privatrechts.

Gilles, Elfried: Schutzaufsicht und Fürsorgeerziehung – Ihr Einfluss auf die Rechtstellung der Erziehungsberechtigten unter besonderer Berücksichtigung des Elternrechts (Art. 120 WRV); Emsdetten 1933.

Göppinger, Horst: Beschränkungen der elterlichen Gewalt; Berlin 1964.

Greiff, Joachim: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Jugendwohlfahrtsgesetz, Ehegesetz, Testamentsgesetz; Berlin 1939.

Greßmann, Michael: Neues Kindschaftsrecht; Bielefeld 1997.

Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Dritter Band; Berlin, Stuttgart, Leipzig 1897.

Hansen, Kirsten – Pia: Das Recht der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung: Bedeutung und Tragweite einer systemorientierten Perspektive im Familienrecht; Neuwied, Kriftel, Berlin 1993.

Hausmaninger, Herbert / Selb, Walter: Römisches Privatrecht; 2., verbesserte Auflage, Köln 1983.

Hirsch, Michael: Entzug und Beschränkungen des elterlichen Sorgerechts; Berlin 1965.

Hirsch, Martin / Mayer, Diemut / Meinenck, Jürgen: Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus; Köln 1984.

Höhne, Norbert: Gerichtliche Kontrolle elterlicher Fehlentscheidungen – Die Anwendung des § 1666 Abs.1 BGB in der Rechtsprechung der Bundesrepublik; Frankfurt am Main, 1974.

Honsell, Heinrich: Römisches Recht; 4., ergänzte Auflage Berlin 1997.

Hoops, Johannes: Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, 16. Band: Jagdwingen – Kleindichtung; 2., völlig neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage Berlin 2000.

Hübner, Rudolf: Grundzüge des Deutschen Privatrechts; 3., durchgesehene Auflage, Leipzig 1919.

Huth, Aribert: Ehegesetz – Gesetz Nr. 16 des Kontrollrats in Deutschland vom 20. Februar 1946; Dresden 1948.

Jans, Karl – Wilhelm / Happe, Günther: Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge, Kommentar mit Gesetzesmaterialien; Köln 1980.

Jayme, Erik: Vorwort bei *Mnookin*; FamRZ 1975, S. 1 ff..

Jeand'Heur: Der Kindeswohlbegriff aus verfassungsrechtlicher Sicht – ein Rechtsgutachten; Bonn 1991.

Kalb, Werner: Der Jugendschutz bei Film und Fernsehen; Berlin 1962.

Kaser, Max: Römisches Privatrecht; 14., verbesserte Auflage, München 1986; Zit.: Kaser, Römisches Privatrecht.

Ders.: Das Römische Privatrecht in: Rechtsgeschichte des Altertums, Im Rahmen des Handbuchs der Altertumswissenschaft, 3. Teil, 3. Band, Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht; 2., neubearbeitete Auflage, München 1971.

Key, Ellen: Das Jahrhundert des Kindes, 1900; Deutsche Ausgabe: Berlin 1902 (Nachdruck 1978).

Knitschky: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; Berlin 1899.

Koehel: Die Bindungen des Kindes – doch ein sorgerechtsrelevantes Kriterium; FamRZ 1986, S. 637.

Kohler, Josef: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Dritter Band, Erster Teil: Familienrecht; Berlin 1915.

Kostka, Kerima: Im Interesse des Kindes? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Großbritannien und den USA; 2004.

Kuntze, Joachim: Anmerkungen zum neuen Sorgerechtsentwurf; JR 1973, S. 273 ff..

Lehmann, Heinrich: Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorgerecht; Berlin und Leipzig 1926.

Limbach, Jutta: Die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis; Köln 1989.

Lipp, Martin / Wagenitz, Thomas: Das neue Kindschaftsrecht; Stuttgart, Berlin, Köln 1999.

Von Luxemburg, Harro: Das neue Kindschaftsrecht; München und Berlin 1998.

Mnookin, Robert: Was stimmt nicht mit der Formel „Kindeswohl“?; FamRZ 1975, S. 1 ff..

Mohrmann, Hilda: Das Erziehungsrecht der Eltern und der Staat – Die Entwicklung in Preußen und von der Reichsgründung ab im Reich seit dem Allgemeinen Landrecht; Borna – Leipzig 1934.

Motzer, Stefan: Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002; FamRZ 2004, S. 1145 ff..

Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 4: Familienrecht; Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979.

Müller, Hans: Elterliche Gewalt und Vormundschaft; Stuttgart und Berlin 1938.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

1. Auflage, Band 5: Familienrecht (§§ 1297 – 1921), Ehegesetz; München 1931

3. Auflage, Band 8: Familienrecht II, §§ 1589 – 1921, KJHG; München 1992

4. Auflage, Band 8: §§ 1589 – 1921, SBG VIII; München 2002

Zit.: MüKo - Bearbeiter, (Auflage).

Münder, Johannes: Die Kindererziehung in der Familie nach dem Modell des Bürgerlichen Rechts und ihre gesellschaftliche Bedeutung; Regensburg 1972.

Naucke, Wolfgang: Über Generalklauseln und Rechtsanwendung im Strafrecht; Tübingen 1973.

Nipperdey, Hans Carl: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung – Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, Zweiter Band: Art. 118 – 142; Berlin 1930; Zit.: Nipperdey – Bearbeiter.

Opet, Otto: Das Verwandtschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich; Berlin 1899.

Otto, Hans-Uwe / Sünker, Heinz: Politische Formierung und soziale Erziehung im Nationalsozialismus; Frankfurt/Main 1991.

Paulick, Heinz: Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957; FamRZ 1958, S. 1 ff..

Petri, Horst: Abschaffung des elterlichen Züchtigungsrechts; ZRP 1976, S. 64 ff..

Planck, Gottlieb: Vorentwürfe der Redaktoren zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Familienrecht, Teil 2: Beendigung der Ehe, Recht der Abkömmlinge, Vormundschaftsrecht; 1875 – 1888.

Planitz, Hans: Germanische Rechtsgeschichte; 3., durchgesehene Auflage, Berlin 1944.

Ders.: Deutsches Privatrecht; 3., verbesserte Auflage Wien 1948; Zit.: Planitz, Deutsches Privatrecht.

Quambusch, Erwin: Die Persönlichkeit des Kindes als Grenze der Elterlichen Erziehungsgewalt; Freiburg 1973.

Ramm, Thilo: Jugendrecht; München 1990; Zit.: Ramm, Jugendrecht.

Ders.: Familienrecht: Verfassung – Geschichte – Reform; Zit.: Ramm, Familienrecht.

Ders.: Das nationalsozialistische Familien- und Jugendrecht; Heidelberg 1984.

Rauscher, Thomas: Das Umgangsrecht im Kindschaftsreformgesetz; FamRZ 1998, S. 329 ff..

Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs: Band IV: Familienrecht; 7. Auflage, Berlin; Zit.: RGRK – Bearbeiter

Rothe, Georg: Die elterliche Gewalt der Mutter nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch; Berlin 1905.

Salje, Peter: Recht und Unrecht im Nationalsozialismus; Zit.: Salje – Bearbeiter.

Scanzoni, Gusatv: Das großdeutsche Ehegesetz vom 6. Juli 1938; 3. Auflage, Berlin 1943.

Schimke, Hans – Jürgen: Das neue Kindschaftsrecht: Eine Einführung mit den wichtigsten Gesetzen; Neuwied 1998.

Schlüter, Wilfried: Familienrecht; 4., neubearbeitete Auflage, Heidelberg 1989.

Schmitt, Wolfgang: Kindergerechtigkeit; Pfaffenweiler 1989.

Schneiders, Werner: Lexikon der Aufklärung – Deutschland und Europa; München 1995; Zit.: Schneiders – Bearbeiter.

Schnitzerling, M.: Das Recht auf Verkehr mit dem Kinde; FamRZ 1958, S. 444 ff..

Schwab, Dieter: Elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern; FamRZ 1998, S. 457 ff..

Ders.: Familienrecht; 12. Auflage, München 2003; Zit.: Schwab, Familienrecht.

Ders.: Familienrecht; 7. Auflage, München 1993; Zit.: Schwab, (7. Auflage).

Schwab, Dieter / Wagenitz, Thomas: Einführung in das neue Kindschaftsrecht; FamRZ 1997, S. 1337 ff..

Schwoerer, Julius: Die elterliche Gewalt nach Scheidung der Ehe und bei Getrenntleben der Eltern (§§ 1671, 1672 BGB n.F.); FamRZ 1958, S. 433 ff..

Seidl, Otto: Die elterliche Gewalt im Zeichen der Gleichberechtigung der Frau (unter besonderer Berücksichtigung der Sorge für die Person des Kindes); München. 1960.

Soergel, Hans Theodo / Siebert, Wolfgang: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 8: Familienrecht II; §§ 1589 bis 1921; EheG; Hausratsverordnung; 12. Auflage, Stuttgart 1987; Zit.: Soergel/Siebert – Bearbeiter.

Speitkamp, Winfried: Jugend in der Neuzeit, Deutschland vom 16. bis zum 20. Jahrhundert; Göttingen 1998.

Steindorff, Caroline: Vom Kindeswohl zu den Kindesrechten; Berlin 1994; Zit.: Steindorff – Bearbeiter.

Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen:

9., neubearbeitete Auflage, IV. Band: Familienrecht, 2. Teil: §§ 1589 – 1921; München, Berlin und Leipzig 1926

10./11., neubearbeitete Auflage, IV. Band: Familienrecht, Teil 3 a: §§ 1589 – 1698 b; Berlin 1966

12., neubearbeitete Auflage, 4. Buch: Familienrecht, §§ 1626 – 1631; §§1 – 11 RKEG; §§ 1631 a – 1665; Berlin 1992

Zit.: Staudinger – Bearbeiter, (Auflage)

Neubearbeitung 2004, 4. Buch: Familienrecht, §§ 1638 – 1683; Berlin 2004;

Zit.: Staudinger – Bearbeiter, (Neubearbeitung 2004).

Tröndle, Herbert / Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze; 52., neu bearbeitete Auflage, München 2004.

Volkmar, Erich: Großdeutsches Eherecht, Kommentar zum EheG vom 6. Juli 1938; München 1939.

Vormbaum, Thomas: Zur Forderung nach gesetzlicher Beseitigung des elterlichen Züchtigungsrechts; RDJ 1977, S. 373 ff..

Wacke, Andreas: „Elterliche Sorge“ im Wandel der Jahrtausende – Zum Sorgerecht der geschiedenen Mutter nach römischem Recht; FamRZ 1980, S. 205 ff..

Willutzki, Siegfried: Kindschaftsrechtsreform – Versuch einer Betrachtung: (Teil II Verfahrensrecht); Kindschaftsrecht in der Praxis 1998, S. 37 – 39.

Zens, Gisela: Kindesmisshandlung und Kindesrechte. Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungsrationalität; Frankfurt/Main 1981.

Zitelmann, Maud: Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht; Münster 2001.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.F.	Alte Fassung.
AG	Amtsgericht.
ALR	Allgemeines Landrecht.
Art.	Artikel.
BayOLG	Bayerisches Oberstes Landgericht.
BayZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BGBI	Bundesgesetzblatt.
BGH	Bundesgerichtshof.
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen.
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages.
BVerfG	Bundesverfassungsgericht.
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
DAVorm.	Der Amtsvormund.
Ders.	Derselbe.
Dies.	Dieselbe.
DJ	Deutsche Justiz
DR	Deutsches Recht.
DRZ	Deutsche Richterzeitung.
E	Entscheidung.
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
EheG 1938	Ehegesetz vom 06. Juli 1938.
EheG 1946	Ehegesetz vom 14. Juni 1976.
f., ff.	Folgende.
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
FGG	Freiwillige Gerichtsbarkeit.
Fn.	Fußnote.
FuR	Familie und Recht.
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.

HJG	Hitler – Jugend – Gesetz vom 01. Dezember 1936.
Hs.	Halbsatz.
JFG	Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts.
JMINRW	Justizministerialblatt für das Land Nordrhein – Westfalen.
JR	Juristische Rundschau.
JW	Juristische Woche.
JZ	Juristenzeitung.
KG	Kammergericht.
KGJ	Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KindRG – E	Kindschaftsrechtsreformgesetz – Entwurf.
LG	Landgericht.
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht.
n.F.	neue Fassung.
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
NJW-FER	Neue Juristische Wochenschrift – Familien- und Erbrecht.
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht.
Nr.	Nummer.
OLG	Oberlandesgericht.
OLGZ	Entscheidungssammlung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens.
RG	Reichsgericht.
RGBl.	Reichsgesetzblatt.
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RJA	Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
RJWG	Reichsjugendwohlfahrtgesetz vom 09. Juli 1922.
RKEG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921.
Rn.	Randnummer.
ROLG	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger.
S.	Seite.
SächsOLG	Sächsisches Oberlandesgericht.
SchlHA	Schleswig – Holsteinische Anzeigen.
SchlHOLG	Schleswig – Holsteinisches Oberlandesgericht.
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (nach 1950: JZ).
Sp.	Spalte.
StGB	Strafgesetzbuch.
UN	Vereinte Nationen.
Vgl.	Vergleiche.
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919.
ZBIJR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (bis 1929: Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung).
Zit.	Zitiert.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik.

Einleitung

A. Einführung

Von „Kindeswohl“ zu sprechen, ist heute üblich geworden, wenn es gilt, Maßstäbe zu setzen, an denen sich legitime Sorge und illegitimes Bemühen um Kinder voneinander sondern. Tatsächlich ist das Rechtskonzept des Kindeswohls erst seit wenigen Dekaden als das zentrale familienrechtliche Leitprinzip anerkannt und insbesondere hinsichtlich der konsequenten Bezugnahme auf die Persönlichkeitsrechte des Kindes als zeitgeschichtliches Phänomen des 20. Jahrhunderts zu betrachten. Insofern wurde vielfach auch vom „Jahrhundert des Kindes“ gesprochen.¹

Gleichwohl knüpft das juristische Konzept des Kindeswohls an eine jahrhundertelange Rechtstradition an, in der die Interessen des Kindes rechtlich geschützt wurden. Die ehemalige absolute Verfügungsgewalt des Vaters war durch die sittliche Bindung der väterlichen Gewalt an Erziehungs- und Schutzrechte zunehmend verrechtlich worden. Eine qualitativ und quantitativ neue Dimension nahm die historisch und kulturell variable Lebensphase der Kindheit jedoch erst im 20. Jahrhundert an, deren Beginn das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 markierte. Veränderte gesellschaftliche und familiäre Strukturen, die Entökonomisierung und Emotionalisierung der Eltern – Kind – Beziehung sowie die verlängerte Schulzeit verbanden sich mit dem Abbau der ungleichmäßigen Macht- und Rechtsverhältnisse in der Familie. Die Trennung des privaten und öffentlichen Raumes wurde unter der Maxime einer individualistischen Konzeption des Familienrechts zunehmend durchbrochen. Die Normierung spezifischer Kindesrechte auf Entwicklung und Entfaltung der Persönlichkeit, Versorgung und Schutz sowie Erziehung und Bildung flankierten diese Entwicklung, als deren normativer Bezugspunkt die Generalklausel „Kindeswohl“ gilt. Gleichwohl beantwortete jede Zeitepoche die Frage, was unter „Kindeswohl“ zu verstehen ist, wem die Interpretation dieses unbestimmten Rechtsbegriffes obliegt und in welchem Verhältnis die Kindesinteressen zu den Interessen der Eltern und des Staates stehen, nicht einheitlich.

Nicht zuletzt deswegen sieht sich das Kindeswohlkonzept ständiger Kritik ausgesetzt. Es steht

¹ Dieser Begriff wurde von *Ellen Key* geprägt und in der Folgezeit immer wieder aufgegriffen.

in dem Ruf eine „mystifizierende Leerformel“², eine „jedes Motiv deckende Generalklausel“³ und ein „staatliches Einfallstor in das private Erziehungskonzept“⁴ zu sein. Bereits 1933 hatte Justus Wilhelm Hedemann seine Schrift über die „Flucht in die Generalklauseln“ mit dem warnenden Untertitel „Eine Gefahr für Recht und Staat“ versehen. Seitdem ist die „Flucht in die Generalklauseln“ ein immer wiederkehrendes Thema in der Zivilrechtstheorie, das auch im Rahmen der Kritik am Kindeswohl – Prinzip aufgegriffen worden ist.⁵ Ausgangspunkt dieser Kritik sind die Nachteile und Gefahren, die den Generalklauseln ganz allgemein innewohnen. Die Konkretisierung von Generalklauseln ist zwangsläufig gebunden an Wertungen, die auf den weltanschaulichen Einstellungen des individuellen Betrachters beruhen. Der Spielraum, der dem Richter bei der Bildung seines Werturteils eingeräumt ist, begründet damit die Gefahr eines Missbrauchs durch richterliche Willkür.⁶ Darüber hinaus besteht die Gefahr der Rechtsunsicherheit. Eine Generalklausel soll unter anderem die Elastizität und Flexibilität des Rechts gewährleisten. Die beträchtliche Bandbreite der Argumentationsmöglichkeiten kann insofern auch extrem voneinander abweichende Ergebnisse zeigen. Dies widerspricht jedoch den Forderungen nach Stabilität und Berechenbarkeit des Rechts.⁷

² *Mnookin*, FamRZ 1975, S. 1.

³ *Steindorff – Plewig*, S. 14.

⁴ *Staudinger – Coester*, (Neubearbeitung 2004), § 1666 a Rn. 14.

⁵ *Gernhuber*, Neues Familienrecht, S. 104 f.; *Jayme* im Vorwort zu, Aufsatz von *Mnookin*, FamRZ 1975, S.1.

⁶ Eine erschreckende Deutlichkeit erfuhr diese Gefahr in der Entwicklung im Dritten Reich. Vgl. *Naucke*, S.9.

⁷ *Brauchli*, S. 44.

B. Bestandteile der Untersuchung

Aus dem vorstehenden Überblick über die Kritik am Rechtskonzept Kindeswohl kristallisiert sich ein Schwerpunkt der Kindeswohl – Problematik heraus: Die inhaltliche Unbestimmtheit des Begriffes.

Gernhuber zieht insofern trotz der langen Tradition des Kindeswohl – Konzepts den Schluss, dass man schon lange mit dem Kindeswohl als *Maxime* lebe, „ohne ihm aber wirklich nahe gekommen zu sein“⁸. Bemühungen in jüngster Zeit von Seiten der Humanwissenschaften, der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis versuchen jedoch sich dem Kindeswohl aus verschiedenen Richtungen zu nähern. Die Untersuchung von *Frommann* stellt die spezifisch verfahrensrechtliche Implikation des Kindeswohl – Grundsatzes in den Mittelpunkt.⁹ Das Werk von *Jeand’Heur* analysiert den Kindeswohl – Begriff aus verfassungsrechtlicher Sicht.¹⁰ *Coester* untersucht den Rechtsbegriff Kindeswohl im Rahmen von Sorgerechtsentscheidung anhand einer rechtsvergleichenden Methodik.¹¹

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Entwicklung der gesetzlichen Verankerung und Konkretisierung des Kindeswohl – Prinzips sowie der Interpretation des Kindeswohls durch die Rechtsprechung in den ersten hundert Jahren seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. Am Ende des „Jahrhunderts des Kindes“ soll ausgehend von den gesetzgeberischen Leitgedanken festgestellt werden, inwieweit das Kindeswohl als Eingriffsvoraussetzung und Entscheidungsmaßstab rechtlich verankert wurde, wem die Interpretation des Kindeswohls oblag und welches Gewicht dem Kindeswohl gegenüber den Interessen des Staates und der Eltern eingeräumt wurde. Darüber hinaus wird eine Analyse der Rechtsprechung vorgenommen. Es soll untersucht werden, wie das in den einzelnen Normen verankerte Kindeswohlprinzip von den Gerichten interpretiert und konkretisiert wurde. Dabei wird in erster Linie die Rechtsprechung der Landes- und Oberlandesgerichte sowie des Bundesgerichtshofs herangezogen.

Die Arbeit konzentriert sich ausschließlich auf die personenrechtliche Komponente der Eltern – Kind – Beziehung. Der Schwerpunkt der Arbeit liegt dabei auf den sorge- und umgangsrechtlichen Auswirkungen einer Ehescheidung oder dauerhaften Trennung der Eltern sowie auf dem Schutz des Kindes vor dem Missbrauch des elterlichen Sorgerechts. Die

⁸ Neues Familienrecht, S. 91.

⁹ Die Wahrnehmung der Kindesinteressen Minderjähriger.

¹⁰ Der Kindeswohlbegriff aus verfassungsrechtlicher Sicht.

¹¹ Das Kindeswohl als Rechtsbegriff.

Eingrenzung des Themas rechtfertigt sich zum einen aus der konstanten rechtlichen Verankerung des Kindeswohls in diesen Bereichen und zum anderen aus der besonderen Bedeutung für das einzelne Kind.

Die innerhalb des vergangenen Jahrhunderts erlassenen, für das Recht des Kindes relevanten Gesetze werden in jeweils einzelnen Abschnitten in zeitlicher Reihenfolge untersucht.

C. Inhalt der einzelnen Abschnitte

In einem ersten Teil wird näher auf das Rechtskonzept Kindeswohl aus heutiger Sicht eingegangen. Es werden die Funktionen des Kindeswohls, der für das Kindeswohl maßgebliche Kindesbegriff und die dem Prinzip innewohnenden Grundwertungen dargestellt. Dies geschieht im Rahmen eines nur kurzen Überblicks zum besseren Verständnis der folgenden Abschnitte.

Der zweite Teil behandelt die Entwicklung des Kindeswohlprinzips in der Gesetzgebung und Rechtsprechung seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches am 01. Januar 1900.

Dabei wird in einem ersten Abschnitt kurz auf die dem Bürgerlichen Gesetzbuch zeitlich vorausgehenden Rechte eingegangen, um so die Wurzeln der kindschaftsrechtlichen Regelungen darzustellen und die Ausgestaltung der neuen Vorschriften verständlich zu machen.

Im Anschluss wird die bürgerlich – rechtliche Normierung des Eltern – Kind – Verhältnisses ausführlich dargestellt, da in den folgenden Abschnitten hauptsächlich die daraufhin erfolgten Änderungen untersucht werden sollen und auf eine jeweilige Gesamtbetrachtung des Kindschaftsrechts insofern verzichtet werden kann. Im Rahmen dieser Darstellung wird auch und insbesondere die Rechtsprechung zu den Vorschriften untersucht, die das Kindeswohl als Entscheidungs- oder Eingriffsmaßstab nennen.

In einem dritten Abschnitt werden die ersten Veränderungen auf dem Gebiet des Kindschaftsrechts durch die Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus sowie durch das Ehegesetz von 1946 behandelt. Zunächst wird auf die Verankerung des Elternrechts und des Jugendschutzes in der Weimarer Verfassung sowie auf die daraufhin erlassenen Reformgesetze eingegangen. Im Anschluss wird die Rechtsprechung unter Einfluss der Weimarer Zeit thematisiert. Danach erfolgt eine Darstellung der nationalsozialistischen Erziehungslehre sowie der Gesetzgebung im Nationalsozialismus. Darauf hin wird untersucht, inwieweit die nationalsozialistischen Grundsätze von der Judikatur umgesetzt wurden. Das Ehegesetz von 1946 und die dazu erfolgte Rechtsprechung werden als drittes behandelt.

Das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 ist Gegenstand des vierten Abschnitts. Hier werden zunächst die gesetzlichen Änderungen dargestellt. Anschließend wird die Rechtsprechung zu den gesetzlichen Neuerungen untersucht.

Die Entwicklung der Rechtsprechung im Bereich des Kindesschutzes seit Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes wird in einem eigenen fünften Abschnitt behandelt.

Ein sechster Abschnitt geht auf die grundlegende Neugestaltung des Kindschaftsrechts durch das Sorgerechtsgesetz von 1979 ein. Im Anschluss an die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und die gesetzgeberischen Leitgedanken werden die gesetzlichen Neuerungen sowie die sich hierzu entwickelte Judikatur eingehend dargestellt.

Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1998 wird in einem sechsten Abschnitt thematisiert. Auch hier werden eingehend Entstehung und Inhalt im Zusammenhang mit den gesetzgeberischen Leitideen dargestellt. Anschließend wird die Rechtsprechung zu den gesetzlichen Neuerungen untersucht.

Gegenstand des siebten Abschnitts sind die auf das Kindschaftsrechtsreformgesetz folgenden Kodifikationen.

Zum Abschluss wird in einem dritten Teil zusammenfassend festgestellt, welche Veränderungen das Rechtskonzept Kindeswohl innerhalb der letzten 100 Jahre hinsichtlich der gesetzlichen Verankerung und Konturierung erfahren hat und wie die Rechtsprechung das Kindeswohl interpretierte. Darüber hinaus wird im Rahmen eines Resümees erneut auf die Kritik an der Generalklausel „Kindeswohl“ eingegangen und anhand der geschichtlichen Entwicklung des Rechtskonzepts hierzu Stellung genommen.

Erster Teil:

Das Rechtskonzept „Kindeswohl“

Im Folgenden soll vorab im Rahmen einer kurzen Zusammenschau grundlegend auf das Rechtskonzept Kindeswohl aus heutiger Sicht eingegangen werden. In diesem Zusammenhang werden die Funktionen des Kindeswohls, der maßgebliche Kindesbegriff sowie die dem Kindeswohlprinzip innewohnenden Grundwertungen dargestellt.

A. Die Funktionen des Kindeswohl – Konzepts

Das Wohl des Kindes ist Richtpunkt sowohl für die Ausübung des staatlichen Wächteramtes als auch für die Eingriffe in die elterliche Sorge. Dem Kindeswohl kommen insofern verschiedene Funktionen zu. Zum einen ist es zentraler Anknüpfungspunkt für die Definition der staatlichen Eingriffsschwelle in den elterlichen Sorgeprimat und fungiert damit als Eingriffslegitimation, zum anderen lenkt es als Entscheidungsmaßstab den Blick auf den sachlichen Inhalt der Kindesinteressen sowie auf deren Verhältnis zu anderen Gesichtspunkten, die für die Entscheidung von Bedeutung sein könnten. Daneben kommt dem Kindeswohl auch als verfahrensleitendes Prinzip Bedeutung zu.¹²

B. Der für das Kindeswohl maßgebliche Kindesbegriff

Der Kindesbegriff ist sehr vieldeutig. Je nach Wissens- oder Sachgebiet wird mit Kindheit eine unterschiedlich lange Lebensphase bezeichnet. Im juristischen Sprachgebrauch hat der Ausdruck „Kind“ zwei verschiedene Bedeutungen: Zum einen kennzeichnet er eine altersmäßige Abgrenzung, zum anderen dient der Ausdruck der Bezeichnung eines Abstammungsverhältnisses.

Wo vom Kindeswohl oder den Kindesinteressen die Rede ist, geht es regelmäßig um Menschen in jungem oder jugendlichem Alter. Der nur der Bezeichnung eines

¹² *Staudinger – Coester*, (Neubearbeitung 2004), § 1666 Rn. 63.

Abstammungsverhältnisses dienende Kindesbegriff, auf welchen das Gesetz in der Mehrzahl der Fälle abstellt, ist somit in Zusammenhang mit dem Kindeswohl nicht maßgebend. Kind steht hier vielmehr in Beziehung zu Kindheit, wobei sich in Bezug auf die Bedeutung des Kindeswohls zwar keine Definition des Kindesbegriffs, jedoch eine absolute obere Altersgrenze anführen lässt: Die Rechtsfigur des Kindeswohls spielt nur für unmündige Kinder eine Rolle. Denn das Kindeswohl übernimmt im Wesentlichen eine Ersatzfunktion für den Willen des unmündigen Kindes, solange dieser wegen der fehlenden oder nur beschränkten Handlungsfähigkeit rechtlich noch nicht relevant ist.¹³

C. Die im Kindeswohlbegriff enthaltenen Grundwertungen

I. Der Vorrang der Kindesinteressen

Eine wesentliche Aussage des Kindeswohlprinzips liegt zunächst darin, dass das Kindesinteresse anderen Interessen gegenüber vorrangig ist. Die Maxime des Kindeswohl verpflichtet das Gericht damit einerseits kindzentriert zu denken und jeden Aspekt, der nicht ohnehin das Kind betrifft, auf seine Bedeutung und Auswirkungen gerade für das Kindeswohl zu prüfen und entsprechend zu würdigen. Als Kehrseite verbietet der Kindeswohlprimat die Einbringung kindesfremder Gesichtspunkte in die richterliche Abwägung. Allerdings darf das Kindesinteresse nicht isoliert betrachtet werden. In die Abwägung einzubeziehen sind ebenfalls das Interesse der Eltern und das Gesellschaftsinteresse. Eine Berücksichtigung ist jedoch nur in dem Ausmaße zulässig, als das gemeinsame Interesse reicht. Gesichtspunkte, die mit den Kindesinteressen nicht vereinbar sind, weil sie diese unangemessen zurücksetzen oder weil sie mit dem Kindeswohl praktisch nichts zu tun haben, dürfen keine Beachtung finden.¹⁴

Dem Kindeswohl ist damit eine „Leit- und Sperrfunktion“ zu eigen, die zur kindeszentrierten Sicht und Bewertung der Gesamtsituation zwingt und kindeswohlfremde oder kindeswohlwidrige Gesichtspunkte abwehrt. Die Leitfunktion repräsentiert die positiv – selektiven Tendenzen des Kindeswohlprimats, die Sperrfunktion zieht die negativ – aussondernden Konsequenzen.¹⁵

¹³ *Brauchli*, S. 30.

¹⁴ *Coester*, S. 218 f., 240 f.; *Hansen*, S. 123 ff.; *Staudinger – Coester*, (Neubearbeitung 2004), § 1671 Rn. 157 f..

¹⁵ *Coester*, S. 219.

II. Der Vorrang der Einzelfallgerechtigkeit

Als weitere Grundrichtung enthält das Kindeswohlkonzept das Gebot der Individualgerechtigkeit. Bezugspunkt der Kindeswohlprüfung ist immer das konkret betroffene Kind in seiner unaustauschbaren Identität sowie Familien- und Lebenssituation.

Die Ausfüllung des Kindeswohlbegriffes setzt eine hermeneutische Betrachtungsweise voraus und beruht auf einem heuristischen Prinzip. Der Richter ist verpflichtet, das im Allgemeinen bleibende, vorgegebene Netz von Deutungen und Wertsetzungen für den jeweiligen Einzelfall zu vervollständigen.¹⁶ Das Prinzip der Individualgerechtigkeit impliziert damit die richterliche Verpflichtung, jeden allgemein anerkannten Kindeswohlaspekt auf seine Bedeutung gerade für das betroffene Kind zu überprüfen und nur mit dem Gewicht zu berücksichtigen, das der Aspekt im konkreten Fall hat. Vermutungen, Erfahrungssätze und allgemeine Erwägungen haben solange keinen legitimen Platz in den Entscheidungsgründen, als sie nicht konkret auf den Einzelfall umgesetzt sind. Generelle Kindeswohlmaßstäbe dürfen also nur dann und insoweit zur Beurteilung eines Falles eingesetzt werden, als ihre Bedeutung für das betroffene Kind festgestellt ist.¹⁷

III. Die Berücksichtigung des Kindeswillens

Das Wohl des Kindes hat nur dann Bedeutung, wenn das Kind zu einer Selbstbestimmung seiner Interessen rechtlich nicht in der Lage ist und deshalb sein objektiv bestimmtes wohlverstandenes Interesse in den Vordergrund tritt. Aus dieser Ersatzfunktion des Kindeswohls ergibt sich, dass der Kindeswille bei entsprechender Reife des Kindes eine Berücksichtigung finden muss. Als Akt der Selbstbestimmung und der kindlichen Autonomie ist der Wille des Kindes also Teil des Entscheidungsmaßstabes Kindeswohl. Gleichzeitig ist der Kindeswille auch Indiz für die inneren Bindungen des Kindes.¹⁸

Die Bedeutung des Kindeswillens bei der Konkretisierung des Kindeswohls ist abhängig von dem individuellen Reifegrad des Kindes sowie der Intensität und Begründetheit seines Willens. Eine generelle Bindung des Gerichtes ist abzulehnen.¹⁹ Der Richter hat stets die

¹⁶ Zitelmann, S. 122; Staudinger – Coester, (Neubearbeitung 2004), § 1666 Rn. 64, Rn. 83.

¹⁷ Coester, S. 465.

¹⁸ Zitelmann, S. 163 ff..

¹⁹ Coester, S. 282.

Aufgabe, die Verträglichkeit der vom Kind gewünschten Lösung mit seinem Wohl zu prüfen. In diesem Zusammenhang können es die Kindesinteressen auch rechtfertigen, von einem grundsätzlich nachvollziehbaren Kindeswillen abzuweichen.²⁰

²⁰ *Staudinger – Coester*, (Neubearbeitung 2004), § 1671 Rn. 234.

Zweiter Teil:

Das Kindeswohl in der zivilrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung der letzten hundert Jahre

A. Geschichtlicher Rückblick: Die Bedeutung des Kindeswohls in älteren Rechten

Im Rahmen einer kurzen Gesamtschau soll im Folgenden auf die inhaltliche Ausgestaltung und den Umfang der elterlichen Gewalt sowie auf die staatlichen Interventionsmöglichkeiten in den dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorausgehenden Rechten eingegangen werden.

I. Das Römische Recht

Im römischen Recht war das Kind eingebunden in den Verband der Familie und unterstand der Kontrolle des Hausvaters (*pater familias*).²¹ Die väterliche Gewalt (*patria potestas*) stand dem Vater dabei nicht im Interesse des Kindes, sondern ausschließlich im eigenen Interesse zu.²² Sie gab dem *pater familias* eine Vielzahl von Rechten, so dass er eine nahezu unbeschränkte Autorität²³ über die Hauskinder ausübte. Rechtliche Pflichten erzeugte die *patria potestas* regelmäßig nicht.²⁴ Selbst die Pflicht zur Fürsorge für das Kind war dem Vater nicht von Recht, sondern nur von der Sitte auferlegt.²⁵

Als Kernstück schloss die väterliche Gewalt das Recht über Leben und Tod des Kindes mit ein (*ius vitae necisque*). Moral, Sitte und Gebräuche der Römer setzen diesem Recht jedoch von Anbeginn Grenzen und forderten, dass der Vater seine Vollgewalt nicht schrankenlos

²¹ Schwab, Familienrecht, Rn. 430.

²² Planck, S. 1358.

²³ Diese in alter Zeit nahezu unbeschränkte väterliche Gewalt wurde hauptsächlich durch außerhalb des Privatrechts stehende Bindungen, das Sakralrecht und die Sitte, und erst seit der Prinzipatszeit auch durch privat- und strafrechtliche Normen gemäßigt. Kaser, Römisches Privatrecht, S. 275.

²⁴ Cornell/Matthews, S.19; Knitschky, S. 133 f..

²⁵ Lehmann, S. 683.

ausübte.²⁶ Eine gesetzliche Beschränkung gab es erstmal in der Kaiserzeit. Unter Konstantin dem Grossen galt die *ius vitae necisque* dann sogar als nicht mehr bestehend und die Kindstötung wurde als qualifiziertes Tötungsverbrechen mit dem Tode bestraft.²⁷ Nicht unter das Verbot fiel die Aussetzung Neugeborener. Die Aussetzung von Missgeburten war sogar in den 12 Tafeln vorgeschrieben. In der nachklassischen Zeit blieb die Aussetzung geduldet.²⁸ Zum Inhalt der *patria potestas* gehörte in der republikanischen Zeit auch das Recht zur Veräußerung des Hauskindes (*ius vendendi*). In der Kaiserzeit wurde dies jedoch verboten, unter Konstantin dem Grossen unter bestimmten Voraussetzungen wieder zugelassen.²⁹

Die Mutter hatte rechtlich keinen Anteil an der Gewalt über das Kind. Ihr Herrschaftsbereich war ein rein tatsächlicher und vom Recht in keiner Weise anerkannt. Erst unter Justinian erhielt die Mutter nach dem Tod des Vaters unter gewissen Umständen das Erziehungsrecht und gewisse vormundschaftliche Rechte.³⁰

Beendet wurde die *patria potestas* grundsätzlich durch Tod oder *capitis demerutio* des Hausvaters. Sohn und Tochter wurden gewaltfrei. Zum gleichen Zeitpunkt begann die *patria potestas* der Söhne über ihre eigenen Kinder und Enkelkinder.³¹ Über die Tochter endete die *patria potestas* zudem durch Heirat. Möglich war später auch die förmliche Entlassung durch Emanzipation, die das Kind zur Person *sui iuris* machte.³²

Den Eingriffen der Staatsgewalt war die Familie weithin entzogen. Die Macht des Staates endete an der Schwelle des Hauses, soweit nicht Gesamtinteressen auf dem Spiel standen, wie beim militärischen Schutz, bei der Verehrung gemeinsamer Gottheiten und namentlich in der Rechtspflege.³³ Insofern war der Vater auch bei ärgstem Gewaltmissbrauch rechtlich unverantwortlich und ihm drohten lediglich sakrale Strafen. Auf Dauer erwiesen sich diese allerdings als unpraktisch, so dass man es den Zensoren im Rahmen ihrer Sittenaufsicht

²⁶ Brunner/Flessel/Hiller, S. 116.

²⁷ Kaser, Römisches Privatrecht, S. 276.

²⁸ Kaser, Römisches Privatrecht, S. 276.

²⁹ Enneccerus/Kipp/Wolff, S. 299 f..

³⁰ Lehmann, S. 201.

³¹ Staudinger – Peschel-Gutzeit, (12. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 1626 ff, Rn. 1.

³² Brunner/Flessel/Hiller, S. 116. Hierbei handelte es sich um ein Rechtsgeschäft, das von dem Zwölftafel – Ansatz über das Erlöschen der *patria potestas* bei dreimaliger Veräußerung des Haussohnes ausging. Honsell, § 66 II.

³³ Kaser, § 11 I.

überlies die Missbräuche mit wirtschaftlichen und politischen Nachteilen zu ahnden. Nach dem Wegfall der Sittengerichtsbarkeit übernahm diese Funktion der römische Kaiser.³⁴ Insgesamt zeigt sich, dass im Laufe der Entwicklung, insbesondere im justinianischen Recht, eine gewisse Abschwächung der *patria potestas* eintrat, die meist darauf beruhte, dass der Vater das ihm zustehende Recht nicht missbrauchen durfte, so beim *ius vitae necisque* und *ius vendendi*. Ihrem Wesen nach blieb die väterliche Gewalt jedoch auch noch im späten römischen Recht ein unbeschränktes, reines Herrschaftsrecht, das den Vater ermächtigte vollständig über die Kinder zu bestimmen. Das Wohlergehen des Kindes hing in erster Linie von der Art der Ausübung der elterlichen Gewalt ab. Rechtliche Schutznormen existierten zumindest im altrömischen Recht nicht.³⁵ Zwar haben auch in dieser Zeit außerrechtliche Normen und später positives Recht die *patria potestas* abgeschwächt, um das Wohl der Kinder kümmerte sich der römische Staat mit seiner Gesetzgebung aber kaum. Erst das nachklassische Recht wirkte mit der Anerkennung gewisser Gegenrechte des Kindes in diese Richtung. Die Wahrung des Kindeswohls lag aber auch in dieser Zeit fast gänzlich im Ermessen des *pater familias*.

II. Das Deutsche Recht in der Frühzeit

In der Frühzeit des deutschen Rechts existierte ähnlich wie im römischen Recht ein Herrschaftsrecht des Vaters über seine Kinder. Diese so genannte *munt* (Hand) gab dem Vater zunächst weitgehende Verfügungsmacht über das Kind. Er konnte dieses willkürlich züchtigen, im Notfall oder zur Strafe verkaufen und sogar töten.³⁶ Darüber hinaus hatte er die Befugnis sich die Arbeitskraft der Kinder zunutze machen. Wesentlicher Bestandteil der *munt* war zudem das Recht des Vaters sein Kind zu verheiraten. Dies konnte unter Umständen sogar gegen dessen Willen geschehen.³⁷

Diese weitgehenden, rechtlich nahezu schrankenlosen Befugnisse des Vaters erhielten sich bis ins Mittelalter hinein. Erst ab der Zeit der Volksrechte wurden die von der Sitte geforderten

³⁴ Wacke, FamRZ 1980, S. 206.

³⁵ Brauchli, S. 142.

³⁶ Planitz, Deutsches Privatrecht, § 88 I.

³⁷ Knitschky, S. 135; Endemann, S. 588.

Beschränkungen gesetzlich normiert.³⁸ Hintergrund war, dass mit der fortschreitenden Christianisierung im Hoch- und Spätmittelalter die weitreichenden Befugnisse immer mehr in Gegensatz zu dem Rechtsgefühl der Bürger gerieten. Mit der väterlichen Gewalt wurde zunehmend eine rechtliche Pflichtenstellung verbunden, die dem Vater auferlegte für das Wohl des Kindes zu sorgen, es nach außen zu vertreten und für seine Übeltaten zu haften.³⁹ Die väterliche Gewalt wurde verknüpft mit der Vormundschaft und bezweckte Schutz und Fürsorge für das Kind, sie war Schutzrecht und Schutzpflicht.⁴⁰ Diesem Grundverständnis entsprechend wurde mit der Christianisierung unter anderem das Aussetzungsrecht beseitigt und der Heiratszwang wandelte sich in ein Zustimmungsrecht des Vaters um.⁴¹ Trotzdem veränderte sich die Rechtstellung des Kindes durch die Christianisierung nicht wesentlich. Während des gesamten Mittelalters blieb es rechtlich bei der Anschauung, dass die *munt* dem einseitigen Interesse des Vaters zu dienen bestimmt sei. Zudem gewährte das Recht dem Kind keinerlei Schutz gegenüber dem Missbrauch der väterlichen Gewalt. Erst nach der Rezeption wurde die Schutz- und Fürsorgepflicht rechtlich als Hauptinhalt der *munt* anerkannt. Der Vater hatte die *munt* nunmehr nicht lediglich in seinem, sondern ebenso im Interesse der Kinder auszuüben und auf deren Bedürfnisse Rücksicht zu nehmen.⁴² Da das Herrschaftsverhältnis jedoch als höchst private Einrichtung angesehen wurde, gab es kaum Kontrollen durch die öffentliche Gewalt und einschlägige Strafnormen entstanden nur zögernd.⁴³

Die Mutter war von der Muntgewalt ausgeschlossen, da sie selbst der *munt* des Mannes unterworfen war.⁴⁴ Die Sitte forderte allerdings den Gehorsam der Kinder auch der Mutter gegenüber, so dass dieser eine gewisse Autorität zukam. Trotzdem war die Mutter auf die tatsächliche Personensorge beschränkt. Sie hatte bei der leiblichen und geistigen Pflege und Erziehung des Kindes mitzuwirken, das letzte Wort verblieb aber dem Vater.⁴⁵

³⁸ So gestattete beispielsweise das Edictum Pistense Kaiser Karl II. aus dem Jahre 864 noch den Verkauf des Kindes in die Knechtschaft bei echter Not. Auch der Schwabenspiegel enthielt noch eine entsprechende Befugnis. *Hübner*, S. 578.

³⁹ *Hübner*, S. 578.

⁴⁰ *Lehmann*, S. 200.

⁴¹ *Planitz*, Deutsches Privatrecht, § 88 I; *Von Gierke*, § 110.

⁴² *Hübner*, S. 516.

⁴³ *Brauchli*, S. 144.

⁴⁴ *Engelmann*, S. 683.

⁴⁵ *Staudinger – Peschel-Gutzeit*, (12. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 1626 ff, Rn. 2.

Die *mund* währte im Allgemeinen solange das Kind „im Brot des Vaters“ stand, also grundsätzlich bis zur wirtschaftlichen Selbständigkeit (*seperatio oeconomica*) des Sohnes beziehungsweise bis zur Heirat der Tochter.⁴⁶

III. Gesellschaftspolitische Entwicklungen

1.) Die frühe Neuzeit

Bis ins 16. Jahrhundert hinein hatte sich der Staat insgesamt wenig für Ehe- und Familienfragen interessiert und dies als eine Angelegenheit der Kirche betrachtet. Erst mit der Reformation übernahm der Obrigkeitsstaat der frühen Neuzeit den Ordnungsanspruch.⁴⁷ Er gestaltete die Rechtslage des Kindes nach seinen politischen Zielen und legte erkennbaren Wert auf die patriarchalische Struktur der Familie. Die väterliche Autorität und der Gehorsam des Kindes wurden als die dem politischen System entsprechende Verhaltensweise stark hervorgehoben.⁴⁸ Ungehorsam und Aufsässigkeit der Kinder gegenüber den Eltern wurden zunehmend öffentlichen Strafen unterworfen.⁴⁹ Den Vätern stand zudem die Befugnis zu, bei häuslichen Vergehen der Söhne dem Richter eine Strafe zu diktieren und widerspenstige Kinder ohne Richterspruch dem Gefängnis zu überantworten.⁵⁰

Überschreitungen der elterlichen Gewalt waren mit der Staatsräson des Absolutismus nicht vereinbar und wurden streng geahndet. Der Staat übte eine intensive Kontrolle über die häusliche und religiöse Erziehung. Die direkte Verantwortung des Vaters gegenüber dem Staat für ein ehrbares, christliches und obrigkeitstreues Verhalten des Kindes wurde damit zum Instrument in der Hand des Polizeistaates, der gegen nachlässige Väter mit Strafen vorging.⁵¹ Die Gesetzgebung des Obrigkeitsstaats brachte zudem Bestimmungen hervor, die sich als „Jugendschutz“ deuten lassen und zugleich schützenden und reglementierenden Charakter hatten.⁵² Insofern konnten sich auch Vorteile für die Kinder ergeben. Zwar wurden

⁴⁶ Eneccerus/Kipp/Wolff, S. 301.

⁴⁷ Speitkamp, S. 30.

⁴⁸ Erler/Kaufmann – Schwab, Sp. 720.

⁴⁹ Erler/Kaufmann – Schwab, Sp. 720.

⁵⁰ Brunner/Conze/Koseleck – Schwab, S. 280.

⁵¹ Schwab, Familienrecht, Rn. 431.

⁵² So gab es Bestimmungen gegen Glücksspiel, Trinken, Verschwendung und Verschuldung. Erler/Kaufmann – Schwab, Sp. 721.

diese weiterhin als bloße Objekte der väterlichen Herrschaft angesehen, bei gewissen Zuwiderhandlungen des Vaters gegen die staatlichen Vorgaben konnten sie jedoch die öffentliche Gewalt anrufen.⁵³ Der ausgeprägte Schutzgedanke gegenüber dem Kind erleichterte zudem bis zu einem gewissen Grade seine Selbstentfaltung, wengleich auch hier durch die absolutistische Staatsräson enge Grenzen gesetzt waren.

2.) Das Zeitalter der Aufklärung

Das Zeitalter der Aufklärung, begleitet von der Konzeption des Merkantilismus, führte zu einer vollkommen neuen Deutung der elterlichen Gewalt. Man begann Kinder als solche wahrzunehmen und erstmals wurde nach den Interessen der Kinder gefragt.⁵⁴

Ausgangspunkt war die in der Zeit der französischen Revolution ihren ersten Höhepunkt erreichende Idee von der Gleichheit aller Menschen und die Hervorhebung des Einzelnen als Subjekt.⁵⁵ Insbesondere der philosophische Schriftsteller *Rousseau* entwickelte aus dieser Idee die Pflicht für die Eigenrechte der ehelichen sowie unehelichen Kinder zu kämpfen. Lag den früheren Sichtweisen der Eltern – Kind – Beziehung immer das Konzept des „Führens“ zugrunde, propagierte *Rousseau* das „Wachsenlassen“. Er richtete sich gegen Vereinnahmung von staatlicher Seite und lehnte die allumfassende elterliche Gewalt ab.⁵⁶ Auch *Pestalozzi* versuchte sich für das Wohl der Kinder einzusetzen. Wie *Rousseau* sprach auch er der Erwachsenenwelt das Recht ab, sich eine Normsetzung anzumaßen und quasi herrschaftlich – verfügend zu bestimmen, was für ein Kind richtig oder gut sei. Er gestand dem Kind Eigenkräfte zu, die es zu schützen und zu fördern galt.⁵⁷

Die mit der elterlichen Gewalt gegebenen Bestimmungsbefugnisse über eheliche und uneheliche Kinder erschienen damit in einem neuen Licht, nämlich als bloßes Mittel zum Zweck, die Kinder zur Selbständigkeit zu führen. Grundlage dieser Konzeption war die Anerkennung der Kinder als Träger von Menschenrechten, die es galt mit elterlicher Hilfe zu bewahren und zu entfalten.⁵⁸ Der natürlichen Freiheit des Kindes war damit die rechtliche

⁵³ *Schwab*, Familienrecht, Rn. 431.

⁵⁴ *Schmitt*, S. 22.

⁵⁵ *Steindorff – Plewig*, S. 8; *Speitkamp*, S. 49.

⁵⁶ *Arnold*, S. 12, *Speitkamp*, S. 48.

⁵⁷ *Schmitt*, S. 49, *Steindorff – Plewig*, S. 9.

⁵⁸ *Behler*, S. 383.

Frage nach der Legitimation politischer Herrschaft gegenübergestellt und es stellte sich das Problem der Vereinbarkeit der Freiheit des Kindes mit der elterlichen Herrschaft.⁵⁹

In der Literatur gab es unterschiedliche Ansätze zur rechtlichen Lösung dieses Problems. *Wolff* beispielsweise ging von einem fiktiven Vertrag zwischen Kind und Eltern (*conventio ficta*) aus, der dem Kind eine Stellung als Vertragspartner einräumte.⁶⁰ Mit diesem Kunstgriff konnte die elterliche Gewalt limitiert und den Beteiligten subjektive, einklagbare Rechte zugewiesen werden.⁶¹ Zu ähnlichen Ergebnissen gelangten andere aufgeklärte Denker, indem sie die elterliche Gewalt nicht eigentlich als Herrschaft, sondern als Pflichterfüllung deuteten. So nahm *John Locke* dem elterlichen Bestimmungsrecht seinen Herrschaftscharakter und erklärte es als Effekt der Sorgfaltspflicht.⁶² Begrenzungen der ursprünglichen Freiheit der Kinder waren nur im Rahmen des Erziehungsziels, das in nichts anderem als der Führung zur Mündigkeit bestand, zulässig. Mit Erreichen dieses Zieles hörte die elterliche Gewalt von selbst auf.⁶³

Unabhängig von den verschiedenen rechtlichen Konstruktionen war das Zeitalter der Aufklärung also die Epoche, in der die Pflege der seelischen und körperlichen Integrität der Kinder von staatlicher Seite ernst genommen wurde und das Wohl des Kindes in den Vordergrund rückte. Gefordert wurde der Umschwung vom Recht der Eltern zu einem Recht der Kinder. Der Zweck der elterlichen Gewalt wurde in der Versorgung und Erziehung des Kindes gesehen. Eigennützige Aspekte der väterlichen Gewalt ließen sich mit dieser Konzeption nicht vereinbaren. Insgesamt lässt sich damit feststellen, dass die Geburt der heutigen modernen Familie im 18. Jahrhundert stattgefunden hat.

3.) Die Romantik

Gegenüber den Bestrebungen der Aufklärung machten sich im Zeitalter der Romantik restaurative Tendenzen bemerkbar. Hintergrund war die Ansicht, der familiäre Innenraum sei ein sittlicher und intimer Bereich und von Rechtskonflikten und staatlicher Einmischung

⁵⁹ *Brunner/Conze/Koseleck – Schwab*, S. 280.

⁶⁰ Dieser Gedanke findet sich auch bei Rousseau und Pöschke. *Brunner/Conze/Koseleck – Schwab*, S. 282.

⁶¹ *Schneiders – Buchholz*, S. 116.

⁶² „The power, then, that parents have over their children, arises from that duty which is incumbent on them, to take care of their off-spring, during the imperfect state of childhood”, John Lock 1690. *Brunner/Conze/Koseleck – Schwab*, S. 282.

⁶³ *Erler/Kaufmann – Schwab*, Sp. 72.

möglichst frei zu halten.⁶⁴ Die romantische Familienauffassung deutete familiäre Beziehungen als im Psychischen gegründete Naturverhältnisse, die dem Zugriff des Rechts noch nicht einmal für den Individualschutz, geschweige denn für andere soziale Anforderungen, offen stand.⁶⁵ Grundlage dieser Familientheorie war das Vertrauen auf die Naturinstinkte, die auch ohne Gesetz und Gericht dem Missbrauch der familiären Herrschaft entgegenwirken würden. Die Familie wurde insofern als konfliktlos gedacht und idealisiert.⁶⁶ Die Ablehnung staatlicher Kontrolle und damit der Rückzug des Rechts und des Rechtsschutzes führten in der Folge zu einer Abschwächung der Rechtsposition des Kindes, zur Stärkung der väterlichen Gewalt und zum vorläufigen Ende der emanzipatorischen Bestrebungen des Individualrechts. Das Kind hatte kein Recht auf Erziehung und ihm gegenüber waren die Eltern Richter in eigener Sache.⁶⁷ Ein Schutz der Kinder wurde nur als Reflex der Pflicht der Eltern zur Erziehung der Kinder gegenüber dem Staat erreicht.⁶⁸

IV. Das gemeine Recht

Nach der auf deutschen Anschauungen beruhenden Praxis des gemeinen Rechts wurde die Stellung des Vaters der eines Vormundes angenähert. Dennoch behielt die väterliche Gewalt vorwiegend den Charakter eines den Interessen des Vaters dienenden Herrschaftsrechts, da dieser wesentlich freier gestellt war als der Vormund und dessen besondere Beschränkungen für ihn keine Geltung hatten.⁶⁹ Dem Vater stand insbesondere ein selbständiges Verwaltungs- und Nutznießungsrecht am Kindesvermögen zu.⁷⁰ Trotzdem verlor der Vater infolge der sachlichen Begrenzung seiner Herrschaftsmacht die Möglichkeit der egoistischen Handhabung seiner Gewalt. Er stand unter amtlicher und gerichtlicher Aufsicht und konnte unter Umständen das Erziehungsrecht vollständig verlieren.⁷¹

Die lebenslängliche Natur der väterlichen Gewalt hat das gemeine Recht nicht aufrechterhalten, sondern unter dem Namen der *emancipatio juris germanici* anerkannt, dass

⁶⁴ Erler/Kaufmann – Schwab, Sp. 722.

⁶⁵ Erler/Kaufmann – Schwab, Sp. 722; Brunner/Conze/Koseleck – Schwab, S. 287.

⁶⁶ Brunner/Conze/Koseleck – Schwab, S. 286.

⁶⁷ Schwab, Familienrecht, Rn. 433.

⁶⁸ Brunner/Conze/Koseleck – Schwab, S. 295.

⁶⁹ Enneccerus/Kipp/Wolff, S. 316.

⁷⁰ Haidlen, S. 433.

⁷¹ Behler, S. 383.

das Kind aus der väterlichen Gewalt austritt, wenn es eine selbständige Wirtschaft beginnt (*seperatio oeconomica*), die Tochter auch, wenn sie sich verheiratete.⁷²

Eine Beteiligung der Mutter an der elterlichen Gewalt war dem gemeinen Recht ebenso fremd wie dem römischen. Nach dem Tode des Vaters war jedoch eine Vormundschaft einzuleiten, bei der die Mutter regelmäßig heranzuziehen war.⁷³

V. Die Partikularrechte

Die rechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kind war innerhalb der Partikularrechte unterschiedlich geregelt. Teilweise passten sich die Partikularrechte dem gemeinen Recht an, teilweise brachten sie eigene abweichende Regelungen hervor.

Von den Partikularrechten standen das preußische ALR und später das sächsische BGB im Wesentlichen auf dem Boden des gemeinen Rechts. Beide versetzten den primär mit der elterlichen Gewalt betrauten Vater in die Rechtslage eines bestellten Vormundes und unterwarfen die väterliche Gewalt damit der Kontrolle des Staates.⁷⁴ Dem Vater verblieb zwar das Erziehungs- und Bestimmungsrecht, einschließlich der Befugnis Zwangsmittel anzuwenden, aber die Ausübung der Gewalt war streng reguliert.⁷⁵ Insofern bestand auch ein gewisser Schutz des Kindes gegenüber seinen Eltern. Das Vormundschaftsgericht hatte die Möglichkeit bei Meinungsverschiedenheiten, Misshandlungen, Verleitung zum Bösen und Versagung des Unterhalts, dem Vater das Erziehungsrecht zu nehmen.⁷⁶

Der Mutter stand bis zur Vollendung des vierten Lebensjahres ein ausschließliches, danach ein dem Vater untergeordnetes Fürsorge- und Erziehungsrecht zu. Die Kinder waren verpflichtet zu Ehrfurcht und Gehorsam gegenüber beiden Eltern.⁷⁷

Die väterliche Gewalt wurde bei Söhnen in der Regel erst nach erlangter Volljährigkeit durch Erreichung der wirtschaftlichen Selbständigkeit beendet, bei Töchtern endete sie durch Heirat.⁷⁸

⁷² *Staudinger – Donau*, (10./11. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 1626 – 1631, Rn. 5 f..

⁷³ *Enneccerus/Kipp/Wolff*, S. 316. Die Frau musste gerichtlich versprechen, sich nicht wieder verheiraten zu wollen, den so genannten weiblichen Rechtswohlthaten entsagen und den Kindern ihr ganze Vermögen ausdrücklich verpfänden.

⁷⁴ *Ramm*, S. 155.

⁷⁵ *Behler*, S. 383.

⁷⁶ *Behler*, S. 383.

⁷⁷ *Planck*, S. 1362; *Enneccerus/Kipp/Wolff*, S. 301 f..

Im Familienrecht des Code Civil, das auch im nach 1871 wieder deutsch gewordenen Elsass – Lothringen, in der bayerischen Pfalz, in Rheinhessen und als badisches Landesrecht galt, stimmte die elterliche Gewalt grundsätzlich mit der des Vormundes überein.⁷⁹ Das Kind schuldete den Eltern Achtung und Ehrerbietung. Es wurde bis zur Volljährigkeit der elterlichen Gewalt unterworfen, die während der Ehe der Vater ausübte. Bis 25 Jahre bedurfte der Sohn, bis 21 Jahre die Tochter der elterlichen Einwilligung bei Eheschließung.⁸⁰

VI. Fazit

In der früheren Zeit des römischen und des deutschen Rechts bestanden zwischen der *patria potestas* und der *munt* kaum Unterschiede. Im Laufe der Entwicklung brachten das gemeine Recht und die Partikularrechte jedoch wesentliche Neuerungen: Der Einfluss der Mutter wurde erweitert und die Beendigung der väterlichen Gewalt durch Volljährigkeit wurde statuiert. Zudem erfuhr auch der Inhalt der väterlichen Gewalt eine Änderung: Während schon in vorgemeinrechtlicher Zeit weitgehende Rechte des Vater gegenüber dem Kind zunächst durch die Sitte, später auch rechtlich eingeschränkt wurden, berücksichtigte man nun den mit der elterlichen Gewalt verbundenen Pflichtgedanken stärker. So wurde neben dem Recht der Eltern auch ihre Pflicht zur Erziehung und Sorge der Kinder in den Vordergrund gestellt und die Gewalt war insofern zumindest teilweise im Interesse des Kindes auszuführen. Aufgrund einer sittlichen Pflicht sollten die Eltern zudem das Wohl der Kinder fördern. Der Fortschritt der geschichtlichen Entwicklung führte damit zu einer Abschwächung des einseitigen Gewaltbegriffs und zu einer Verschärfung des Gesichtspunktes der elterlichen Schutzgewalt. Beides sind Gesichtspunkte, die für die gesetzgeberische Entwicklung der letzten hundert Jahre besonders ins Gewicht fielen.

⁷⁸ Staudinger – Donau, (10./11. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 1626 – 1631, Rn. 6 ff..

⁷⁹ Ramm, S. 30.

⁸⁰ Ramm, S. 30.

B. Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 1. Januar 1900

Im Folgenden werden zunächst kurz die gesetzgeberischen Leitgedanken bei der Schaffung des neuen Kindschaftsrechts sowie in einem weiteren Abschnitt die Regelungen der elterlichen Gewalt dargestellt. Im Anschluss werden die staatlichen Regelungsmöglichkeiten im Bereich der Scheidungsfolgen und die Eingriffsmöglichkeiten in die elterliche Gewalt zum Schutz des Kindes aufgezeigt und es wird ausführlich untersucht, nach welchen Grundsätzen die Gerichte von ihren Möglichkeiten Gebrauch machten.

I. Die Leitgedanken des Gesetzgebers

Das Bürgerliche Gesetzbuch, das 1896 nach achtjähriger Vorlaufzeit verabschiedet wurde und zum 1. Januar 1900 in Kraft trat, legte im zweiten Abschnitt seines vierten Buches erstmals ein einheitliches Familien- und Kindschaftsrecht für ganz Deutschland fest.

Die für die Eltern – Kind – Beziehung maßgeblichen Vorschriften der §§ 1626 ff. BGB⁸¹ waren dabei stark geprägt von den geistigen Anschauungen des 19. Jahrhunderts. Die Lehre vom rechtsfreien Raum der Familie hatte einen entscheidenden Einfluss auf den Gesetzgeber genommen.⁸² Demnach sollte der Inhalt der Familienverhältnisse primär durch das natürliche und sittliche Gesetz beherrscht werden.⁸³ Das Familienrecht sollte möglichst ohne inhaltliche Vorschriften und mit einem Minimum an gerichtlichen Kompetenzen auskommen und ein Eingreifen des Staates nur in Notfällen gestattet sein. Jede in Betracht kommende Regelung eines Sachverhalts aus dem Bereich des Eltern – Kind – Verhältnisses wurde von den Verfassern dahingehend überprüft, ob sie nicht zu tief in die Selbständigkeit und die natürliche Stellung des Gewaltinhabers eingriff oder eine zu starke Einmischung Dritter in die Familienverhältnisse bedeutete.⁸⁴

Zu beobachten ist zudem die Tendenz nach möglicher Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Eltern und Kindern. Dies bedeutete einen weitgehenden Verzicht auf eigene

⁸¹ §§ – Angaben ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung vom 01. Januar 1900.

⁸² *Brunner/Conze/Koseleck – Schwab*, S. 297.

⁸³ *Planck*, S. 1259.

⁸⁴ *Mugdan*, S. 393.

Rechtspositionen des Kindes und eine Stärkung der elterlichen Gewalt. Die Autorität der Eltern leide unter Befugnissen des Kindes, so die gängige Auffassung.

Trotzdem geht aus den Regelungen des BGB deutlich hervor, dass die Gesetzgeber die Stellung des Kindes verbessern wollten. Während in früheren Zeiten die elterliche Autorität wesentlich die Eltern – Kind – Beziehung bestimmte, sollte nunmehr die Fürsorgepflicht der Eltern gegenüber dem Kind in den Mittelpunkt treten und der Pflichtcharakter der elterlichen Gewalt stärker betont werden. Das Bedürfnis der Kinder nach Schutz und Fürsorge sollte Ausgangspunkt der elterlichen Befugnisse und Pflichten sein.⁸⁵

Insofern war der Gedanke des Kindeswohls bereits bei den Gesetzgebern präsent. Welchen Stellenwert sie diesem Gedanken jedoch zuordneten, das Kindeswohl also zu berücksichtigen war, und inwiefern sie dies in den einzelnen Normen umsetzten, ist noch festzustellen.

II. Die elterliche Gewalt, §§ 1626 ff.

1.) Wesen und Allgemeine Grundsätze

a.) Die Träger der elterlichen Gewalt

Als zunächst augenscheinlichste Neuerung sprach das BGB in § 1626 nicht mehr von väterlicher, sondern von elterlicher Gewalt und trat so in Gegensatz zur römischen *patria potestas* und zur deutschen *mund*. Hintergrund dieser neuen Formulierung war, dass die elterliche Gewalt nunmehr nicht nur dem Vater, sondern grundsätzlich beiden Elternteilen zustehen sollte.⁸⁶

Grundlage dieser Neuerung war die veränderte Beziehung des Mannes zu seiner Frau. Anders als in den älteren Rechten unterstand die Frau nicht mehr der Gewalt des Mannes, sondern war diesem hinsichtlich der personenrechtlichen Beziehungen grundsätzlich gleichgestellt. Dies hatte insofern Einfluss auf die väterliche Gewalt, als dem Vater seine Befugnisse nicht mehr als Folge einer Hausherrschaft gebührten, sondern kraft seiner Stellung als Elternteil. Die elterliche Gewalt war damit Ausfluss des Verwandtschaftsverhältnisses zwischen dem Kind und den Eltern und stand demzufolge beiden Eltern zu.⁸⁷

⁸⁵ Endemann, S. 496 f..

⁸⁶ Planck, S. 1356.

⁸⁷ Knitschky, S. 139.

Diesem Grundgedanken entsprechend wäre das Wesen einer wirklichen elterlichen Gewalt im Gegensatz zu einer väterlichen, dass sie nicht einem, sondern beiden Elternteilen gleichzeitig zusteht. Dem ist das BGB jedoch entgegen dem Wortlaut seiner Formulierung nicht gefolgt. Es enthielt getrennte Regelungen für Vater (§§ 1627 ff.) und Mutter (§§ 1634 und §§ 1684 ff.) und räumte der väterlichen Gewalt den Vorrang ein. Die mütterliche Gewalt war lediglich als eine unterstützende und ergänzende Gewalt gedacht.⁸⁸

b.) Charakter der elterlichen Gewalt

Neben dieser eher äußerlichen Änderung wurde auch der Inhalt des Begriffes „elterliche Gewalt“ neu überdacht. Im Gegensatz zur Auffassung des römischen und älteren deutschen Rechts verlieh das BGB der elterlichen Gewalt den Charakter einer vormundschaftlichen Gewalt und betrachtete sie damit als eine den Interessen des Kindes dienende Schutzeinrichtung, die den Gewalthaber berechtigte und verpflichtete für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen und ihn zugleich zur gesetzlichen Vertretung des Kindes berief.⁸⁹ Nicht mehr die Autorität der Eltern war es, die das BGB zum Ausgang der gesetzlichen Ordnung nahm, sondern die Fürsorgepflicht gegenüber den Kindern. Elternschaft wurde als Verpflichtung angesehen und alle elterlichen Rechte wurden durch entsprechende Fürsorgepflichten gebunden.⁹⁰ Der Begriff „Gewalt“ war folglich bereits aus damaliger Sicht nicht ganz passend, da er dem vergleichsweise modernen Verständnis von elterlicher Gewalt nicht mehr entsprach.⁹¹

Ihre Berechtigung leitete die elterliche Gewalt aus der natürlichen Unselbständigkeit des Kindes ab. Weil es seine Angelegenheiten noch nicht selber ordnen und seine Rechte nicht verteidigen konnte, beziehungsweise der Gesetzgeber ihm in Hinblick auf sein jugendliches Alter die Fähigkeit dazu nicht zutraute, musste ein anderer diese Aufgaben für das Kind ersatzweise übernehmen.⁹² Aus dieser Ersatzfunktion folgte zugleich, dass die elterliche Gewalt nicht losgelöst von den Interessen des Kindes ausgeübt werden konnte, sondern, dass

⁸⁸ Kohler, S. 444.

⁸⁹ Rothe, S. 6.

⁹⁰ Endemann, S. 496 f..

⁹¹ Rothe forderte dementsprechend bereits 1905 den Begriff „elterliche Gewalt“ durch „elterliche Sorge“ zu ersetzen.

⁹² Knitschky, S. 136.

dessen Wohl zu berücksichtigen war.⁹³ Die Gesetzgeber des BGB hatten es jedoch versäumt dies als Grundsatz gesetzlich zu normieren, so dass die Berücksichtigung der Kindesinteressen in der Regel eine ungesetzliche Sollforderung blieb. Nur einige wenige Normen nannten das Kindeswohl ausdrücklich als Entscheidungsmaßstab.

c.) Beendigung und Verwirkung der elterlichen Gewalt

aa.) Ende der elterlichen Gewalt

Während die elterliche Gewalt automatisch mit der Geburt des Kindes begann, sah das BGB für die Beendigung diverse Gründe vor. So endigte die elterliche Gewalt mit dem Tod des Kindes oder des Gewaltinhabers. § 1679 schrieb zudem die Beendigung bei Wiederverheiratung der Frau vor, § 1765 bei der Annahme an Kindesstatt durch einen Dritten. Ein aus Kindessicht bedeutenderer Beendigungsgrund war jedoch der Eintritt der Volljährigkeit des Kindes. Hatte das Kind das 21. Lebensjahr vollendet oder wurde es für volljährig erklärt erhielt es unbeschränkte Geschäftsfähigkeit und war damit in wirtschaftlicher Hinsicht selbständig. Es fehlte dem Kind nunmehr an der Schutzbedürftigkeit, aus der die elterliche Gewalt ihre Berechtigung herleitete.

bb.) Verwirkung, § 1680

Einen in Bezug auf die Wahrung des Kindeswohls besonderen Fall der Beendigung bildete zudem die Verwirkung nach § 1680⁹⁴.

Der Schutzfunktion des Gewaltverhältnisses entsprechend trat diese ein, wenn ein Elternteil⁹⁵ wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens⁹⁶ oder vorsätzlichen Vergehens⁹⁷ zu

⁹³ Knitschky, S. 136.

⁹⁴ Die vollständige Fassung des § 1680 lautete:

„[Abs.1] Der Vater verwirkt die elterliche Gewalt, wenn er wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu Zuchthausstrafe oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird. Wird wegen des Zusammentreffens mit einer anderen strafbaren Handlung auf eine Gesamtstrafe erkannt, so entscheidet die Einzelstrafe, welche für das an dem Kind verübte Verbrechen oder Vergehen verwirkt ist.

[Abs. 2] Die Verwirkung der elterlichen Gewalt tritt mit Rechtskraft des Urteils ein.“

Zuchthaus oder zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wurde. Fahrlässige Vergehen oder Übertretungen⁹⁸ hatten keine Verwirkung zur Folge. Eine Einwilligung des Kindes in die Straftat konnte die Verwirkung nicht ausschließen.⁹⁹

Das Verbrechen oder vorsätzliche Vergehen musste „an dem Kind“ verübt worden sein. Dies bedeutete, dass die Tat in die Rechtsphäre des Kindes eingreifen musste.¹⁰⁰ In erster Linie zählten hierzu die gegen die Person des Kindes gerichteten Delikte, wie beispielsweise vorsätzliche Körperverletzung, Versuch eines Verbrechens wider das Leben, Sittlichkeitsdelikte, Aussetzung, Vergiftung, Einsperrung, Nötigung, Bedrohung oder Beleidigung. Ob unter die strafbaren Handlungen im Sinne des § 1680 auch vermögensrechtliche Delikte fielen war innerhalb der Rechtsprechung umstritten. Überwiegend wurde jedoch angenommen, dass sich die Straftat nicht unmittelbar gegen die Person des Kindes richten musste, sondern dass Straftaten gegen das Vermögen genühten. Unter § 1680 fielen also auch Delikte wie Betrug oder Raub.¹⁰¹

d.) Das Recht der unehelichen Kinder

Der gemeinrechtlichen Praxis folgend unterschied das BGB zwischen ehelicher und unehelicher Kindschaft. Hintergrund dieser Trennung war die Ansicht, dass nur die durch eheliche Abstammung vermittelte Verbindung eine sittliche Grundlage für familienrechtliche Rechte und Pflichten bilden konnte.¹⁰² Es stellte daher das uneheliche Kind im Verhältnis zur Mutter und deren Verwandten im Allgemeinen einem ehelichen Kind gleich, erkannte aber ein Verwandtschaftsverhältnis zum Vater nicht an.

⁹⁵ § 1680 sprach ausdrücklich nur von Verwirkung der väterlichen Gewalt. Da die Vorschriften über die elterliche Gewalt des Vaters jedoch nach § 1686 entsprechend auf die elterliche Gewalt der Mutter anzuwenden waren, ergab sich hieraus die Möglichkeit der Verwirkung der mütterlichen Gewalt.

⁹⁶ Nach § 1 I StGB eine mit dem Tode, mit Zuchthaus oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung.

⁹⁷ Gemäß § 1 II StGB eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als 150 Reichsmark bedrohte Tat.

⁹⁸ Handlungen, die mit Haft oder Geldstrafe bis zu 150 Reichsmark bedroht sind, § 1 III StGB.

⁹⁹ *Planck*, S. 546.

¹⁰⁰ *RGRK – Gann*, § 1680, Nr. 1.

¹⁰¹ *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), § 1680 2.b).

¹⁰² *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 1705 ff. Nr. 2.

Solange das uneheliche Kind minderjährig war unterstand es der gesetzlichen Vormundschaft, eine elterliche Gewalt der Mutter existierte nicht. Der Mutter wurde als einzigem Elternteil jedoch die Sorge für das Wohl des Kindes übertragen, die der Personensorge bei ehelichen Kindern entsprach.¹⁰³

2.) Die Sorge für die Person des Kindes

Die Inhaber der elterlichen Gewalt hatten nach § 1627 unter anderem das Recht und die Pflicht für die Person Kindes zu sorgen. Diese elterliche Sorge erstreckte sich auf alle, das geistige und leibliche Wohl des Kindes betreffenden Maßnahmen. Dazu gehörten insbesondere das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. In der Erziehungsgewalt war auch die Befugnis miteinbegriffen, das Kind in angemessener Weise zu züchtigen. Mit der Personensorge ging nach § 1630 zudem das Recht der Vertretung des Kindes in den die Person betreffenden Angelegenheiten einher.

a.) Erziehung des Kindes

Aus § 1631 ergab sich die elterliche Pflicht das Kind zu erziehen. Während gemeinrechtlich diese Sorge als ein neben der elterlichen Gewalt stehendes selbständiges Recht aufgefasst wurde, behandelte das BGB die Sorge für die Erziehung als einen Bestandteil der elterlichen Gewalt. Eine nähere Bestimmung des Inhaltes der Erziehungsgewalt enthielt das Gesetz nicht, da davon ausgegangen wurde, dass sich dies aus dem Begriff der Erziehung und der Natur der Sache selbst ergeben würde.¹⁰⁴ Die Literatur und Rechtsprechung verstanden unter Erziehung die Ausbildung von Körper, Geist und Charakter in einer den sozialen Verhältnissen und der individuellen Natur des Kindes entsprechenden Weise.¹⁰⁵

Das Erziehungsrecht schloss zunächst die Befugnis ein, den zukünftigen Beruf des Kindes zu bestimmen und seinen Bildungsgang dementsprechend zu ordnen. Eine Norm, die die Eltern zur Rücksicht auf die Fähigkeiten und Anlagen des Kindes verpflichtete, existierte dabei

¹⁰³ *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), § 1707 Nr.1.

¹⁰⁴ *Mugdan*, S. 398.

¹⁰⁵ *Endemann*, S. 582.

nicht. Man ging davon aus, dass Wünsche und Neigungen des Sohnes oder der Tochter umso weniger eine Rolle spielen konnten, als sie einerseits noch nicht die für so wichtige Entscheidungen erforderliche Einsicht und Lebenserfahrung besaßen und andererseits regelmäßig der Vater die Kosten der Ausbildung zu tragen hatte und diesem nicht zugemutet werden konnte aus seiner Sicht unzweckmäßige und nutzlose Kosten zu tätigen.¹⁰⁶ Dementsprechend wurden von der Rechtsprechung sogar Entscheidungen des Gewaltinhabers, die offensichtlich auf Eigennutz und Halsstarrigkeit zurückzuführen waren, als zulässig angesehen, solange nicht die Grenze zu § 1666 Abs.1 überschritten war.¹⁰⁷

Zu der Erziehung gehörte auch die Sorge für die körperliche Pflege des Kindes, also die ausreichende und geordnete Ernährung, die Pflege in Krankheitsfällen, die Verhütung vor lasterhaftem Lebenswandel und die Sorge für das gebrechliche oder geistesranke Kind.¹⁰⁸

Einen besonders wichtigen Bestandteil der Erziehung bildeten zudem die religiöse Erziehung des Kindes und die Festlegung von dessen Religion. Allerdings bestimmte hierüber nach Art. 134 EGBGB das Landesrecht. Die meisten landesrechtlichen Regelungen enthielten jedoch den Grundsatz, dass die Eltern die Religion frei bestimmen konnten, solange das Kind das 14. Lebensjahr noch nicht erreicht hatte.¹⁰⁹

b.) Beaufsichtigung des Kindes, Herausgabeanspruch

Das Recht zur Personensorge schloss die Beaufsichtigung des Kindes und damit die Bestimmung seines Aufenthaltes mit ein. Die Beaufsichtigung erfolgte sowohl zum Schutz des Kindes als auch zum Schutz anderer, denen die Eltern für durch das Kind entstandene Schäden verantwortlich waren.¹¹⁰

Den Gewaltinhabern stand dementsprechend das Recht zu, die Herausgabe des Kindes von jedem verlangen zu können, der es ihnen widerrechtlich vorenthielt. Gegenüber dem die Rückkehr verweigernden Kind selbst war der Gewaltinhaber berechtigt Zwangsmittel anzuwenden oder auch polizeiliche Hilfe in Anspruch zu nehmen.¹¹¹ Auf den Willen des

¹⁰⁶ *Endemann.*, S. 583.

¹⁰⁷ BayOLG, 31.03.1906; zu § 1666 Abs.1 siehe unten S. 38 ff..

¹⁰⁸ *Endemann*, S. 583.

¹⁰⁹ *Cosack/Mitteis*, VI. Buch, 3. Abschnitt, S. 211.

¹¹⁰ *Kohler*, S. 421.

¹¹¹ *Haidlen*, S. 455.

Kindes kam es dabei nicht an.¹¹² Daneben hatte der Gewaltinhaber auch das negative Recht den Umgang eines Dritten mit dem Kind zu verbieten.¹¹³

Dem Kind selbst stand das Recht auf Aufnahme in das Elternhaus zu, sofern der Aufenthaltsort nicht anderswo bestimmt und eingerichtet war.¹¹⁴

c.) Züchtigungsrecht

Die Pflicht und das Recht zur Erziehung enthielt die Befugnis, die zum Zwecke der Erziehung gefassten Beschlüsse gegenüber dem Kind durchzuführen. Das Kind war insoweit Gehorsam schuldig und der Inhaber der Erziehungsgewalt befugt, die Durchführung der getroffenen Maßnahmen durch Anwendung von so genannten „Zuchtmitteln“ zu erzwingen. Unter Züchtigung verstanden die Gesetzgeber dabei die Schmerzerregung zur Lenkung der Seele nach bestimmter Richtung.¹¹⁵ Die Art der Züchtigungsmittel war im Gesetz nicht geregelt und lag im Ermessen der Gewaltinhaber.

Eine Grenze setzte das BGB nur dadurch, dass die Züchtigung „angemessen“ sein musste. Dies bedeutete zunächst, dass Misshandlungen ausgeschlossen waren. Darüber hinaus war die Züchtigung dem Alter und der Bildungsstufe des Kindes entsprechend einzusetzen.¹¹⁶

Wann der Gewaltinhaber die Grenze der Angemessenheit überschritt war stark einzelfallabhängig und dem Ermessen der Richter überlassen. Allerdings betonten die Gesetzgeber, dass nicht jedes Überschreiten des zutreffenden Maßes der Züchtigung als strafbare Misshandlung anzusehen sei, da ansonsten die elterliche Gewalt zu stark beschränkt wäre.¹¹⁷ War das Maß des Zulässigen jedoch überschritten, war das Vormundschaftsgericht nach § 1666 Abs.1 gegebenenfalls zum Einschreiten berufen. Im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung der Eltern war auch eine Verwirkung nach § 1680 möglich.

¹¹² RG, 13.04.1916.

¹¹³ Nach einer Entscheidung des Bayerischen Obersten Landgerichts war es beispielsweise zulässig, dass ein Vater der Schwester seiner geschiedenen Ehefrau den Kontakt mit dem Sohn untersagte, da er damit rechnen musste, dass die Schwester den Kontakt mit dem Sohn dazu ausnutzen würde, ihn auf die Seite der Mutter zu ziehen und ihn so mehr oder weniger gegen den Vater einzunehmen. (ROLG 24, S. 23 ff.).

¹¹⁴ *Crome*, S. 499.

¹¹⁵ *Knitschky*, S. 150.

¹¹⁶ *Kohler*, S. 42.

¹¹⁷ *Knitschky*, S. 150.

III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung auf die elterliche Gewalt

1.) Der Einfluss der Ehescheidung auf die Personensorge, § 1635

a.) Die Regelung des § 1635

aa.) Der gesetzliche Regelfall

Im Falle einer Ehescheidung oder sonstigen Auflösung der Ehe richtete sich der Einfluss auf die Personensorge gemäß § 1635¹¹⁸ in erster Linie nach dem elterlichen Verschulden. Wurde demnach ein Ehegatte für schuldig erklärt fiel gemäß § 1635 Abs.1 S.1 die Sorge für die Person – unabhängig von dessen Willen – dem anderen Elternteil zu. Während das Gesetz bei einseitiger Schuld die Rechtsfolge also grundsätzlich unabhängig von den Kindesinteressen und dem Kindeswohl festlegte, entschied es bei beiderseitiger Schuld mit Rücksicht auf das Alter und Geschlecht des Kindes über die Zuweisung an den Vater oder die Mutter. Bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres sollte die tatsächliche Personensorge der Mutter zufallen. Von da ab entschied das Geschlecht derart, dass Söhne dem Vater und Töchter der Mutter zugewiesen wurden.

Außerhalb der Personensorge hatte die Scheidung keinen Einfluss auf die elterliche Gewalt.¹¹⁹ Unabhängig von der Schuldfrage verblieben dem Gewaltinhaber also die Vermögensverwaltung, das Nutznießungsrecht und die gesetzliche Vertretung des Kindes. Hintergrund dieser Regelung war der Gedanke, dass der schuldig Geschiedene – in der Regel der Mann – oft moralisch als der weniger Schuldige angesehen und eine weitere Auswirkung der Scheidung insofern als unangemessen betrachtet wurde. Zudem galt der Vater als besser geeignet, das Vermögen zu verwalten und das Kind im rechtsgeschäftlichen Verkehr zu

¹¹⁸ § 1635 lautete:

„[Abs.1] Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, 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, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist.

[Abs.2] Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.“

¹¹⁹ *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), § 1635 Nr. 3.

vertreten. Würde man dem Vater diese Rechte nehmen würde dies eine Mitbestrafung des Kindes bedeuten.¹²⁰

§ 1635 Abs.1 S.1 war nach ständiger Rechtsprechung bindend, so dass für vertragliche Vereinbarungen der Eheleute hinsichtlich der Personensorge kein Raum war. Begründet wurde diese Ansicht damit, dass bei einer von den Bestimmungen des § 1635 Abs.1 S.1 abweichenden vertraglichen Regelung die Wahrung der Kindesinteressen nicht garantiert wäre.¹²¹ Problematisch an dieser Begründung war jedoch, dass aufgrund der starren Regelung des § 1635 Abs.1 S. 1 die Kindesinteressen sowieso nur eine untergeordnete Rolle spielten. Die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge kannte das Gesetz nicht.

bb.) Die Möglichkeit einer abweichenden Regelung nach § 1635 Abs.1 S.2

Im Interesse der Kinder konnte das Vormundschaftsgericht gemäß § 1635 Abs.1 S.2 bei besonderen Gründen sowohl im Falle der einseitigen wie auch der beiderseitigen Schuld nach pflichtgemäßen Ermessen eine abweichende Entscheidung treffen.¹²² Was unter den „besonderen Gründen“ zu verstehen war und nach welchen Grundsätzen die Gerichte ihre Entscheidung zu treffen hatten, legte das Gesetz nicht fest. Die Auslegung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes war damit den Gerichten überlassen.

b.) Die Rechtsprechung zu § 1635 Abs.1 S.2

aa.) Grundsätze

Wenngleich den Gerichten die Feststellung und Würdigung der Voraussetzungen des § 1635 Abs.1 S.2 im Einzelfall überlassen war, entwickelten sie im Laufe der Jahre bestimmte Anforderungen an die „besonderen Gründe“. Diese waren insofern hoch, als die Tatsache allein, dass das Kind beim schuldlos oder minderschuldig geschiedenen Elternteil gut, beim anderen aber besser untergebracht sein würde, nicht genügte.¹²³ Die abweichende Anordnung

¹²⁰ *Mugdan*, S. 334.

¹²¹ RG, 04.02.1905; RG, 26.11.1904.

¹²² *Knitschky*, S. 155.

¹²³ BayOLG BayZ 12, S. 325; BayZ 4, S. 145.

musste zum Wohl des Kindes geboten sein und die Anwendung des gesetzlichen Grundsatzes das Interesse des Kindes ernstlich gefährden („Gefährdungsmaßstab“).¹²⁴ Eine solche Gefährdung war noch nicht in der vorteilhafteren körperlichen und geistigen Entwicklung des Kindes bei einer abweichenden Regelung zu sehen, auch nicht im Verbringen in neue, ungewohnte Verhältnisse, sondern erst in der Schädlichkeit für die leibliche und seelische Gesundheit und in erheblichen Nachteilen für die Erziehung.¹²⁵ Die bloße Bezugnahme auf Erfahrungswerte und Umstände allgemeiner Art war nicht zulässig.¹²⁶

Standen zudem trotz Bejahung der besonderen Gründe andere Möglichkeiten zur Verfügung, durch die ohne Eingriff in die Rechte des an sich fürsorgeberechtigten Elternteils die Interessen des Kindes ebenso gewahrt werden konnten, war eine abweichende Anordnung unzulässig.¹²⁷

Dementsprechend waren abweichende Anordnungen des Vormundschaftsgerichts auf seltene Ausnahmefälle beschränkt und die Wünsche und Neigungen der Kinder blieben in der Regel unberücksichtigt.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) Kammergericht, Beschluss vom 9. Februar 1905, OLGZ 10, S. 287 f.:

Sachverhalt:

Das Landgericht hatte der im Ehescheidungsprozess für allein schuldig erklärten Mutter das aus der Ehe entsprossene Kind mit folgender Begründung belassen: Das Kind sei seit seiner Geburt länger als 14 Jahre bei der Mutter gewesen; es hänge mit Liebe an der Mutter und sei von ihr körperlich und geistig gut gepflegt und erzogen worden. Der Vater kenne das Kind noch gar nicht; bei ihm befinde sich nur seine betagte Mutter, welche die Pflege übernehmen solle. Gegen die Entscheidung legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

¹²⁴ BayOLG BayZ 9, S. 479; 4, S. 197.

¹²⁵ Vgl. KG ROLG 9, S. 457.

¹²⁶ LG Leipzig ZBIJR 2, S. 736; RG 15.02.1906, 09.02.1905, 06.04.1904.

¹²⁷ RG, 18.12.1914; *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), § 1635 I.c) a).

Begründung:

Das Vormundschaftsgericht ist nach § 1635 Abs.1 S.2 nur dann befugt, eine von Satz 1 abweichende Anordnung zu treffen, (...), wenn eine solche Anordnung aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist. Was derartige besondere Gründe sind wird im Gesetz nicht gesagt, sondern deren Feststellung und Würdigung im Einzelfalle dem Vormundschaftsgericht überlassen. Soviel ist jedoch ohne weiteres klar, dass es sich um solche tatsächlichen Umstände handeln muss, wie sie nicht bei den Fällen des § 1635 S.2 regelmäßig vorzuliegen pflegen. (...)

Der Richter verkennt danach den Rechtsbegriff der besonderen Gründe, wenn er tatsächliche Umstände allgemeiner Art, wie sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit bei Kindern vorzuliegen pflegen, die der Pflege ihrer für schuldig erklärten Mutter entzogen werden, ohne weiteres als solche besonderen Gründe anerkennt. Selbstverständlich ist es für jedes Kind etwas ungemein Trauriges, wenn es in einem Alter, wo die Pflege der Mutter ihm noch von großem Werte ist, dieser beraubt wird. Aber deshalb ist darin allein hier doch noch nichts Außergewöhnliches zu finden. Vielmehr trifft dieses Missgeschick regelmäßig die Kinder einer bei der Ehescheidung alleinig für Schuldig erklärten.

(2) Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 05. Dezember 1914,
BayZ 15, S. 701 ff.:

Sachverhalt:

Die Ehe von Otto und Gertrud G. wurde am 04. Januar 1910 aus beiderseitigem Verschulden geschieden. Gertrud G. heiratete am 21. Dezember 1914 den D.. Hubert, der Sohn von Otto und Gertrud, blieb bei seiner Mutter. Otto und Gertrud hatten vereinbart, dass der Sohn im Interesse einer planmäßigen einheitlich wirkenden Erziehung zunächst bei der Mutter bleiben und in den Ferien den Vater besuchen solle. In den Schulferien des Jahres 1914 weigerte sich die Mutter diese Vereinbarung einzuhalten und stellte beim Vormundschaftsgericht den Antrag, ihr die Sorge für die Person des Kindes zu übertragen. Sie begründete ihren Antrag damit, dass Otto sittlich nicht einwandfrei sei. Er habe seit der Trennung verschiedene Verhältnisse mit Frauen gehabt und lebe jetzt im Konkubinat mit einer früheren Kellnerin. Zudem pflege er im Haus und Garten vor den Dienstboten vollständig nackt zu gehen. Er sei hierfür auch bereits gerichtlich bestraft worden. Das Vormundschaftsgericht übertrug der Mutter daraufhin für die Dauer von zwei Jahren die Sorge für die Person des Hubert.

Otto erhob hiergegen Beschwerde.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Gemäß § 1635 steht dem Vater die Sorge für die Person des Hubert zu. Die Vereinbarung der Parteien hat hieran nichts geändert. Eine abweichende Anordnung kann nur durch das Vormundschaftsgericht getroffen werden, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist.

Mit Recht haben die Vorinstanzen solche besonderen Gründe als gegeben erachtet. Der Beschwerdeführer wurde wegen Vergehens wider die Sittlichkeit und wegen groben Unfugs zu Gefängnisstrafe verurteilt. In dem Urteil ist festgestellt, dass der Beschwerdeführer, der sich 1 bis 2 mal täglich in seinem zu ebener Erde gelegenen Schlafzimmer zu duschen pflegte, in einer Reihe von Fällen sich nackt an das Fenster begeben und sich so vorübergehenden Dienstmädchen, die er durch Klopfen, Pfeifen usw. auf sich aufmerksam machte, gezeigt hat und dass er diese Handlungen sogar noch fortgesetzt hat, als bereits Anzeige gegen ihn erstattet war. (...)

Hieraus im Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Beschwerdeführer an diesen ihm zur Last gelegten Handlungen überhaupt nichts findet, sondern sie als natürlich und selbstverständlich hinstellt, geht mit hinreichender Deutlichkeit hervor, dass er entweder nicht des Willens oder nicht fähig ist, sich innerhalb der Grenzen des nach den herrschenden Begriffen sittlich Zulässigen zu halten. In beiden Fällen aber ist er nicht geeignet, die Erziehung zu leiten; die Rücksichtslosigkeit, mit der er sich in den oben erörterten Fällen über die herrschenden Begriffe von Sitte und Anstand hinweggesetzt hat, lässt besorgen, dass er in gleicher Weise bei der Erziehung seines Kindes verfahren und dass dadurch dessen sittliche Gesundheit Schaden leiden wird.

2.) Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind, § 1636

a.) Die Regelung des § 1636

§ 1636¹²⁸ bestimmte, dass derjenige Elternteil, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes übertragen war, dem anderen Elternteil den persönlichen Verkehr mit dem Kind nicht völlig untersagen durfte. Die Befugnis zum persönlichen Verkehr wurde als unverzichtbar und unentziehbar angesehen.¹²⁹ Zweck dieser Regelung war, dem nicht Fürsorgeberechtigten die Möglichkeit zu geben, sich selbst von dem geistigen und leiblichen Wohl des Kindes zu überzeugen und danach das Nötige zur Förderung des Wohles zu veranlassen.¹³⁰

Eine Verpflichtung zum Kontakt normierte § 1636 nicht. Der nicht Fürsorgeberechtigte musste von seiner Befugnis aus § 1636 also keinen Gebrauch machen.

§ 1636 S.2 räumte dem Vormundschaftsgericht die Möglichkeit ein, den persönlichen Verkehr näher zu regeln. Welche Anordnungen zur Regelung dieses Verkehrs erforderlich waren, hatte das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu entscheiden. Eine Bindung der Gerichte an das Kindeswohl oder andere Grundsätze enthielt das Gesetz nicht.

b.) Die Rechtsprechung zu § 1636

aa.) Grundsätze

Wenngleich das Gesetz dies nicht ausdrückliche verlangte, musste nach ständiger Rechtsprechung bei einem Einschreiten nach § 1636 S.2 oberste Richtschnur das geistige und leibliche Wohl des Kindes sein.¹³¹ Es musste also, soweit es ohne ungebührliche Beeinträchtigungen der Interessen beider Eltern möglich war, jedem schädlichen Einfluss des nicht Fürsorgeberechtigten auf das Kind vorgebeugt werden.¹³²

¹²⁸ § 1636 lautete: „Der Ehegatte, dem nach § 1635 die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren. Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln.“

¹²⁹ RGZ 64, S. 50.

¹³⁰ *Opet*, S. 323; *RGRK – Gann*, § 1636 Nr. 1.

¹³¹ BayOLG 4.05.1906; RG 30.03.1905.

¹³² *Staudinger – Engelmann*, (9. Auflage), § 1636 2. a).

Entgegen diesem selbst gesetzten primären Entscheidungsmaßstab haben die Gerichte jedoch auch Grundsätze aufgestellt, die die Bedeutung des Kindeswohls im Rahmen des § 1636 stark zurückdrängten. So wurde von den Gerichten immer wieder betont, dass es für den persönlichen Verkehr unerheblich sei, inwieweit das Kind selbst den Kontakt pflegte und pflegen wollte.¹³³ Es war sogar möglich den Verkehr gegen den Willen des Kindes mit Hilfe von Züchtigungsmitteln zu erzwingen.¹³⁴ Auch wenn das Kind Angst vor dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil empfand, konnte dessen Recht auf den Verkehr nicht ohne weiteres beschränkt werden. Vielmehr war der andere Elternteil verpflichtet, dem Kind diese Angst zu nehmen und die Einflüsse zu beseitigen, die diese Angst hervorriefen.¹³⁵

Die völlige Versagung des Verkehrs wurde von der Rechtsprechung bis zu Beginn der 20er Jahre zudem für strikt unzulässig gehalten.¹³⁶ Erst nach und nach gaben die Gerichte ihre starre Haltung auf und erklärten die zeitweilige oder dauerhafte Untersagung des Verkehrs als letztes Mittel für zulässig, wenn auf andere Weise einer besonders schweren Gefährdung des Kindes, insbesondere einer Lebensgefährdung, nicht vorgebeugt werden konnte.¹³⁷ Doch ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung auch dann noch große Zurückhaltung übte und die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Verkehrsrechts regelmäßig verneinte.¹³⁸

Im Einzelnen wurden als Ausschlussgründe anerkannt:

- Ansteckende Krankheit des verkehrsberechtigten Elternteils
- Unsittlicher Lebenswandel
- Dirnentum
- Trunksucht
- Verhetzung des Kindes.¹³⁹

¹³³ RJA 37 A, S. 24.

¹³⁴ KG ROLG 37, S. 20 ff..

¹³⁵ RG 23.2.01 IV 266/01.

¹³⁶ BayOLG BayZ 16, S. 45; RG ROLG 31, S. 403; OLG Darmstadt ROLG 11, S. 297.

¹³⁷ BayOLG BayZ 18, S. 60; OLG München JFG 14, S. 189.

¹³⁸ OLG München JFG 14, S. 189.

¹³⁹ Vgl. die Aufzählung des RG in JFG 4, S. 33.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) Landgericht Aurich, Beschluss vom 23. Dezember 1908, RJA 37, S. 19 ff.:

Sachverhalt:

Die Eheleute B. sind rechtskräftig geschieden. Die Ehefrau ist für allein schuldig erklärt. Die aus der Ehe hervorgegangen Kinder sind zwölf und zehn Jahre alt. Sie befinden sich bei dem Vater. Der Mutter wurde durch das Vormundschaftsgericht ein Besuchsrecht eingeräumt. In der Folgezeit verhinderte der Vater die Besuche jedoch, da die Kinder die Besuche der Mutter nicht wollten und sich weigerten sie zu sehen. Daraufhin ordnete das Gericht zur Erzwingung der auferlegten Verpflichtung Ordnungsstrafen an und verhängte auch eine Strafe von 50 Mark. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Bei der Entscheidung der Tatfrage, ob die von dem Ehemanne vorzunehmenden Handlungen (Bereithaltung der Kinder, Zuführung zur Mutter) deshalb nicht ausschließlich von seinem Willen abhängen, weil die Kinder nicht wollen, hat sich das Vormundschaftsgericht auf den Standpunkt gestellt, dass beide Kinder noch in einem so jugendlichen Alter wären, dass sie in einem Falle wie dem vorliegenden keinen eigenen Willen hätten und sich der väterlichen Autorität fügen müssten.

(...) Es fragt sich nun, ob und inwiefern der personensorgeberechtigte Elternteil für eine Weigerung des Kindes verantwortlich zu machen ist. Hierbei fällt hauptsächlich der Umstand ins Gewicht, dass der Vater seinem Kind nicht etwa macht- oder willenlos gegenübersteht, sondern als Inhaber der elterlichen Gewalt, die ihm das Recht gibt angemessene Zuchtmittel anzuwenden. Der Vater ist damit in der Lage, gegen das sich sträubende Kind seine elterliche Autorität geltend zu machen und dessen unberechtigten Widerstand zu brechen. Notfalls ist gerichtliche Hilfe zu beantragen.

(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 14. Juli 1932, BayZ 32, S. 365 ff.:

Sachverhalt:

Die Ehe von Karl und Rosa G. ist geschieden. Das aus der Ehe hervorgegangene, 1929 geborene Kind lebt bei der Mutter. Das Vormundschaftsgericht regelte das Verkehrsrecht näher und räumte dem Vater ein regelmäßiges Besuchsrecht ein. Die von der Mutter wegen der strikten Weigerungshaltung des Kindes eingelegten Beschwerden blieben erfolglos. Darauf hin legte die Mutter weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Der Umstand, dass das Kind Angst vor dem nicht fürsorgeberechtigten Elternteil empfindet, kann nicht ohne weiteres einen Grund zur Beschränkung des persönlichen Verkehrs dieses Elternteils mit dem Kind bilden. Es ist die Pflicht des anderen Elternteils, durch vernünftige Vorstellungen dem Kind diese Angst zu nehmen und die Einflüsse zu beseitigen, die die Angst hervorrufen.

IV. Die Eingriffsmöglichkeiten des Staates zum Schutze des Kindes

Anders als der Vormund war der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht der ständigen Aufsicht des Vormundschaftsgerichtes unterworfen. Aus dem vormundschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt ergab sich jedoch, dass das Vormundschaftsgericht unter gewissen Voraussetzungen im Interesse des Kindes tätig werden musste. Obwohl die elterliche Gewalt durch das Gesetz allgemeingültig festgestellt war, hatte sie also nicht den Charakter einer absoluten, unabänderlichen Macht, sondern war abhängig von der Würdigkeit und Fähigkeit des Gewaltinhabers. Die Rücksicht auf das nahe Verhältnis zwischen Eltern und dem Kind sowie auf das elterliche Ansehen verlangte allerdings, dass die Aufsicht und Fürsorge des Vormundschaftsgerichtes gegenüber der elterlichen Gewalt nicht als Regel, sondern nur aus besonderem Anlass eintrat und auf ein möglichst geringes Maß beschränkt war.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Mugdan, S. 425.

Aus diesen Gründen waren die für die Vormundschaft geltenden Normen auf die elterliche Gewalt nicht übertragbar und das BGB enthielt spezielle für die elterliche Gewalt geltende Regelungen.

1.) Die Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohls gemäß § 1666 Abs.1

Die zur Wahrung der Kindesinteressen wohl bedeutendste Norm war § 1666 Abs.1.¹⁴¹ Danach war das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen, wenn der Vater durch Missbrauch des Personensorgerechts, durch Vernachlässigung des Kindes oder durch ehrloses oder unsittliches Verhalten das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdete. Die Mutter wurde in § 1666 Abs.1 nicht erwähnt. Da die Vorschriften für die elterliche Gewalt des Vaters gemäß § 1686 jedoch entsprechend auf die elterliche Gewalt der Mutter anzuwenden waren, ergab sich hieraus die Möglichkeit eines Vorgehens auch gegen die Mutter.

a.) Die Regelung des § 1666 Abs.1

aa.) Das Kindeswohl

Nach § 1666 Abs.1 hatte das Vormundschaftsgericht dann einzugreifen, wenn durch bestimmte Maßnahmen oder Verhaltensweisen das leibliche oder geistige Wohl des Kindes gefährdet war. Was man unter einer Gefährdung des Kindeswohls zu verstehen hatte und wann sie vorlag, ließ das Gesetz offen. Die Gesetzgeber hatten die Deutung und Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ bewusst in die Hände der Rechtsprechung gelegt und lediglich durch die Beschränkung auf das „geistige und leibliche“

¹⁴¹ Die vollständige Fassung des § 1666 Abs.1 lautete:

„[Abs.1] Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, dass der Vater das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich sonst eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen. Das Vormundschaftsgericht kann insbesondere anordnen, dass das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungsanstalt oder einer Besserungsanstalt untergebracht wird.“

Wohl des Kindes eine genauere Beschreibung vorgenommen. § 1666 Abs.1 sollte so einen allumfassenden Schutz bieten und die genaue Einordnung des Einzelfalls in geistiges oder leibliches Wohl von geringerer Bedeutung sein.

bb.) Der Gefährdungsbegriff

Der Begriff „Gefährdung“ war ebenso wie der Begriff „Kindeswohl“ ein unbestimmter, normativer und damit wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff, dessen Konkretisierung stark vom Einzelfall abhing. Um eine Ausweitung oder Einengung der Eingriffsvoraussetzungen zu verhindern¹⁴², nahmen die Gesetzgeber in ihrer Gesetzesbegründung jedoch zu ihrem Verständnis von „Gefährdung“ Stellung: Sie grenzten den Begriff insofern ein, als sie eine Gefährdung grundsätzlich als gegeben ansahen bei Verhältnissen, die die Befürchtung einer geistigen oder leiblichen Schädigung des Kindes rechtfertigten. Dies sollte im Allgemeinen der Fall sein, wenn die Gefährdung des Kindes sich bereits in greifbarer Weise verwirklicht hatte. Die bloße Befürchtung, dass sie in Zukunft eintreten könnte, sollte nicht genügen. Voraussetzung eines Einschreitens war demnach, dass sich eine Schädigung mit ziemlicher Sicherheit voraussagen lies. Dabei konnte eine gegenwärtige Gefährdung auch durch frühere Verfehlungen des Gewaltinhabers begründet werden, wenn eine Fortdauer oder Wiederholung zu befürchten war. Eine einmalige Verfehlung konnte in der Regel keine ausreichende Gefährdung darstellen.¹⁴³

¹⁴² Dies gelang in der Folgezeit jedoch nur eingeschränkt. Der Versuch, den nach wie vor unbestimmten Rechtsbegriff damit zu füllen, wann konkret eine Gefährdung vorliegt, führte infolge verschiedener ethischer, moralischer Wertvorstellungen, sowie philosophischer und politischer Anschauungen zu einer unterschiedlichen Einschätzung insbesondere des geistigen Kindeswohls.

¹⁴³ Vgl. zum Gefährdungsbegriff in der Gesetzesbegründung *Mugdan*, S. 426 und die damit übereinstimmende Rechtsprechung: RG 12.12.1907; RG 11.07.1907; RG 30.05.1907; BayOLG 13.02.1903; BayOLG BayZ 24, S. 250.

cc.) Die Gefährdungsursachen

§ 1666 Abs.1 nannte drei Verhaltensweisen, auf die die Gefährdung des Kindeswohls ursächlich zurückzuführen sein musste:

(1) Missbrauch des Personensorgerechts

Wann ein „Missbrauch des Personensorgerechts“ anzunehmen war, war im BGB nicht legaldefiniert. Es war somit Sache der Literatur und der Rechtsprechung den unbestimmten Rechtsbegriff „Missbrauch“ zu konkretisieren. Die Gesetzgeber gaben jedoch insofern eine Vorgabe, als sie betonten, es müsse sich nicht um einen „schweren“ Missbrauch handeln.¹⁴⁴ Zudem hatten sie einige Beispiele in ihrer Begründung hervorgehoben:

- Verleitung des Kindes zum Bösen
- Bestimmung des Kindes zu einem seinen Neigungen, Fähigkeiten oder den sonstigen Verhältnissen nicht entsprechenden Beruf
- Misshandlung des Kindes durch Überschreiten des Züchtigungsrechts
- Grundlose Versagung der Einwilligung zur Verheiratung
- Übermäßige oder ungeeignete Ausnutzung der Arbeitskraft des Kindes
- Rohe Misshandlungen
- Schlechte Pflege des kranken oder schwächlichen Kindes
- Anleitung des Kindes zum Betteln und Stehlen.

(2) Vernachlässigung

Die zweite von § 1666 Abs.1 genannte Gefährdungsvariante war die „Vernachlässigung“ des Kindes. Als unbestimmter Rechtsbegriff unterlag diese Gefährdungsursache ebenso wie der Missbrauch der Personensorge der genauen Konkretisierung durch die Gerichte und die Literatur. Während der Missbrauch aber eher auf aktives Verhalten der Eltern ausgelegt war, bezog sich „Vernachlässigung“ auf ein passives Verhalten.

¹⁴⁴ Staudinger – Engelmann, (9. Auflage), § 1666 Rn. 1.

(3) Ehrloses oder unsittliches Verhalten

Weiterhin war das Vormundschaftsgericht zum Einschreiten berufen, wenn die Gefährdung auf „ehrlosem“ oder „unsittlichem“ Verhalten des Gewalthabers beruhte. Damit sollte der Gefahr vorgebeugt werden, dass das schlechte Beispiel der Eltern einen verderblichen Einfluss auf das Kind hatte.¹⁴⁵

Eine Definition von „ehrlos“ oder „unsittlich“ enthielt das BGB auch bei dieser Gefährdungsursache nicht. Aus der Gesetzesbegründung geht jedoch hervor, dass ein Verhalten dann als „ehrlos“ oder „unsittlich“ einzustufen war, wenn es von der Rechtsordnung und der Gesellschaft missbilligt und als unzulässig angesehen wurde.¹⁴⁶ Der Maßstab der Qualifizierung war demnach ein relativer und die Einordnung eines Verhaltens abhängig von den Moralvorstellungen der Bevölkerung einer Zeit.

Ein besonderes Problem stellte die Erziehung in weltanschaulich – politischer Hinsicht dar. Grundsätzlich sollte die politische Erziehung entsprechend dem allgemeinen Grundsatz der politischen und religiösen Entscheidungsfreiheit dem Gewaltinhaber überlassen sein. Die Gesetzgeber hatten jedoch im Zuge ihrer Beratungen einen Antrag, nachdem die politische und religiöse Einstellung der Eltern und eine dementsprechende Einwirkung auf die Kinder nicht als ehrlos oder unsittlich einzustufen sei, ausdrücklich abgelehnt.¹⁴⁷ Dadurch eröffneten sie den Gerichten die Möglichkeit, weitreichend in die geistige Erziehung der Kinder einzugreifen und den elterlichen Spielraum stark einzuschränken. So konnte, wie von den Gesetzgebern betont, beispielsweise die Unterweisung eines bislang im christlichen Glauben erzogenen Kindes in einer anderen Religion, ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 ermöglichen. Gleiches galt, wenn die Erziehung das Kind „seinem deutschen Vaterland und seiner deutschen Gesinnung entfremdete“.¹⁴⁸

dd.) Verschulden des Gewaltinhabers

Seinem Wortlaut nach setzte § 1666 Abs.1 nicht ausdrücklich ein Verschulden des Gewaltinhabers voraus. Bei den Beratungen des BGB hatte der I. Entwurf das

¹⁴⁵ *Mugdan*, S. 804.

¹⁴⁶ *Opet*, S. 204.

¹⁴⁷ *Freisler – Siebert*, S. 73.

¹⁴⁸ *Planck*, S. 530.

Verschuldensprinzip zwar noch vorgesehen um der Gefahr eines staatlichen Machtmissbrauches zu begegnen, doch gab die II. Kommission dieses Vorhaben wieder auf.¹⁴⁹ Lediglich in der dritten Alternative des § 1666 Abs.1 S.1 war der Begriff des „Schuldig – Machens“ in den Zusammenhang mit einem ehrlosen unsittlichen Verhalten gestellt.

ee.) Maßnahmen

Dem Vormundschaftsgericht standen mehrere Maßnahmen zur Abwendung der Kindeswohlgefährdung zur Verfügung. Es hatte nach pflichtgemäßem Ermessen zu erwägen, welche Maßregeln zur Abwendung der Gefährdung des Kindes notwendig waren und den Kindesinteressen am besten entsprechen würden.¹⁵⁰ Die Grenze bildete dabei das zur Gefahrabwendung Erforderliche und jedes Übermaß an Einmischung in die inneren Familienverhältnisse war zu vermeiden.¹⁵¹

Die elterliche Gewalt in ihrem Rechtsbestand konnte das Vormundschaftsgericht dem Gewaltinhaber nicht entziehen. Es durfte ihm aber die Ausübung der einzelnen Fürsorgerechte ganz oder zum Teil absprechen. Maßnahmen, die ohne eine Entziehung oder Beschränkung der Personensorge getroffen werden konnten, waren beispielsweise die Verwarnung oder die Androhung weiterer Maßnahmen. Als einschneidendes Mittel hatte das Vormundschaftsgericht nach § 1666 Abs.1 S.2 die Möglichkeit die Zwangserziehung anzuordnen und das Kind in einer geeigneten Familie, Erziehungs- oder Besserungsanstalt unterzubringen.¹⁵²

¹⁴⁹ *Höhne*, S. 110; eingehend zur Entstehungsgeschichte des § 1666: *Hirsch*, S. 78 ff..

¹⁵⁰ *Haidlen*, S. 493.

¹⁵¹ *Crome*, S. 538.

¹⁵² *Knitschky*, S. 216.

b.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1

aa.) Grundsätze

(1) Die Gefährdung des Kindeswohls

Entsprechend der Vorstellung der Gesetzgeber sollte § 1666 Abs.1 einen allumfassenden Schutz des Kindeswohls bieten. Eine einheitliche Definition des unbestimmten Rechtsbegriffes „Kindeswohl“ hatten die Gesetzgeber daher bewusst nicht vorgegeben. Auch die Rechtsprechung unterließ es, den Begriff näher zu konkretisieren. Bei der Prüfung einer Kindeswohlgefährdung wurde der Schwerpunkt vielmehr auf das Verhalten der Eltern gelegt, das, eingegliedert in verschiedene Gefährdungsgruppen, generell als gefährdend oder ungefährdend angesehen wurde. Die Gerichte beschäftigten sich also weniger mit der Frage, ob das individuelle Wohl des Kindes tatsächlich gefährdet war, als vielmehr mit dem elterlichen Fehlverhalten.

Hinsichtlich des Gefährdungsgrades hatten die Gesetzgeber in ihrer Begründung ausführlich Stellung genommen. Die Rechtsprechung griff diese Grundsätze weitgehend auf und bejahte eine Gefährdung, wenn Verhältnisse vorlagen, die die Befürchtung einer geistigen oder leiblichen Schädigung des Kindes rechtfertigten.¹⁵³ Der Eintritt der Schädigung war nicht abzuwarten, eine bloße Möglichkeit einer späteren Gefährdung genügte jedoch nicht.¹⁵⁴ Die Gefährdung musste sich mit ziemlicher Sicherheit voraussagen lassen.¹⁵⁵

(2) Die Gefährdungsursachen

Die von den Gesetzgebern in ihrer Begründung vorgegebene Erläuterung des „Missbrauchs des Personensorgerechts“ und die betonten Beispiele wurden von der Rechtsprechung aufgegriffen und bestätigt.¹⁵⁶ Das RG entwickelte zudem eine Definition, wonach ein

¹⁵³ OLG Stuttgart ROLG 8, S. 349 ff; RG ROLG 1, S. 484; BayOLG BayZ 7, S. 183 ff.

¹⁵⁴ BayOLG BayZ 4, S. 85 ff; 3, S. 802 ff; RG ROLG 16, S. 18; OLG Kolmar Recht 1912 Nr. 1635.

¹⁵⁵ BayOLG BayZ 24, S. 250; 20, S. 122; 19, S. 111.

¹⁵⁶ RG ROLG 9, S. 444; OLG Stuttgart RJA 11, S. 252; BayOLG BayZ 18, S. 159 ff..

Missbrauch bei falscher, zweck- oder rechtswidriger Anwendung der elterlichen Sorge vorliegen sollte.¹⁵⁷

Unter „Vernachlässigung“ verstand man grundsätzlich, dass die Gewaltinhaber den ihnen durch die Personensorge auferlegten Verbindlichkeiten nicht oder nur unvollkommen nachkamen, obwohl ihnen dies möglich gewesen wäre.¹⁵⁸ Dies konnte sowohl auf dem Gebiet der allgemeinen und beruflichen Erziehung als auch auf demjenigen der leiblichen Sorge zutreffen.¹⁵⁹ Eine Vernachlässigung war nach ständiger Rechtsprechung demnach gegeben, wenn der Gewaltinhaber das Kind ohne Aufsicht und Erziehung heranwachsen lies, nicht für geregelten Schulbesuch sorgte oder duldete, dass das Kind in schlechter Gesellschaft verkehrte. Auch ungenügende Ernährung und Bekleidung des Kindes oder mangelhafte Pflege in Krankheitsfällen wurden als Vernachlässigung angesehen.¹⁶⁰

Hinsichtlich des „ehrlosen“ oder „unsittlichen“ Verhaltens hoben die Gerichte im Laufe der Jahre einige Fallgruppen besonders hervor. Insbesondere Trunksucht, Ehebruch oder die Aufnahme von Dirnen in die Wohnung konnten unter § 1666 Abs.1 fallen.¹⁶¹ Die Beeinflussung auf politischem und religiösem Gebiet bot, solange sie nicht mit unzulässigen Mitteln erfolgte, keinen Grund zum Einschreiten. Die Gerichte betonten, dass das Vormundschaftsgericht es nicht als seine Aufgabe ansehen dürfe, der politischen und religiösen Agitation der Eltern im allgemeinen Staatsinteresse entgegenzutreten.¹⁶² Ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 war demnach nur in Ausnahmefällen möglich. Bejaht wurde die staatliche Intervention auf politischem Gebiet beispielsweise, wenn der Vater das Kind in anarchistischen Grundsätzen unterwies und das Kind dadurch seinem deutschen Vaterland und seiner deutschen Gesinnung entfremdet wurde.¹⁶³ Hinsichtlich der Beeinflussung im religiösen Bereich spielte das Alter und die Religionsmündigkeit eine entscheidende Rolle, deren Eintritt allerdings je nach Landesrecht unterschiedlich geregelt war. Religionsmündige Kinder wurden den Erwachsenen weitgehend gleichgestellt, so dass eine Beeinflussung nur dann als unzulässig angesehen wurde, wenn sie durch Zwang oder Gewalt in das religiöse

¹⁵⁷ RG, 23.01.1907.

¹⁵⁸ SächsOLG, 29.06.1909.

¹⁵⁹ *Opet*, S. 202.

¹⁶⁰ OLG Hamburg ROLG 30, S. 83; 8, S. 351 f.; RG ROLG 6, 288 ff; 4, S. 422; Recht 1904, S. 105 f; BayOLG BayZ 2, S. 466.

¹⁶¹ RG ROLG 6, S. 62, S. 170 ff; BayOLG Recht 1911 Nr. 758; BayZ 20, S. 397.

¹⁶² KG KGJ 31 A, S. 36; ROLG 16, S. 10; KGJ 33 A, S. 14 ff.; ROLG 7, S. 419 ff..

¹⁶³ RG Recht 1917, S. 409 Nr. 873.

Selbstbestimmungsrecht eingriff, nicht aber, wenn sie sich in den Grenzen einer Belehrung hielt.¹⁶⁴

(3) Das Verschuldensprinzip

Trotz des neutralen Wortlautes von § 1666 Abs.1 erklärte der Großteil der Rechtsprechung schon kurz nach Inkrafttreten des BGB, dass ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts nach § 1666 Abs.1 stets ein Verschulden erfordere.¹⁶⁵ Diese restriktive Auslegung sei zum einen deshalb berechtigt, weil die in § 1666 Abs.1 genannten Tatbestandsmerkmale „Missbrauch“ und „Vernachlässigung“ begrifflich schon einen Schuldvorwurf beinhalten. Zum anderen sei diese Annahme einer ungeschriebenen Verschuldensvoraussetzung auf die Entstehungsgeschichte des § 1666 Abs.1 in den Kommissionssitzungen und im Reichstag zu begründen.¹⁶⁶ Diese Ansicht wurde in den Folgejahren immer wieder bestätigt.¹⁶⁷

Allerdings hatten die Gerichte nie einheitlich zu Wesen, Maß und Richtung dieses Verschuldens Stellung genommen, so dass die Gerichte den Verschuldensbegriff unterschiedlich definierten.

Ausgehend von dem damals herrschenden allgemeinen zivilrechtlichen Verschuldensbegriff war ein Verhalten nur dann vorwerfbar, wenn dem Handelnden Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorzuwerfen war. Unter Vorsatz war dabei das „wissentliche und willentliche“ Verwirklichen eines Tatbestandes zu verstehen.¹⁶⁸ Unter Fahrlässigkeit verstand das Gesetz das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt trotz objektiver Vorhersehbarkeit des Erfolgseintritts. Dabei war zwischen bewusster und unbewusster Fahrlässigkeit zu differenzieren. Erstere setzte voraus, dass der Handelnde die Gefährlichkeit seines Tuns erkannte, letztere, dass er die Gefährlichkeit hätte erkennen müssen.¹⁶⁹

Unter Berufung auf die gesetzgeberische Intention bei der Formulierung des I. Entwurfes¹⁷⁰, lehnte ein Großteil der Rechtsprechung jedoch die Übertragung der allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze auf das für die Anwendung des § 1666 Abs.1 erforderliche

¹⁶⁴ KG ROLG 18, S. 281; 12, S. 331 ff.; 7, S. 419 ff..

¹⁶⁵ RG 29.05.1901; RG 21.05.1900.

¹⁶⁶ ROLG 3, S. 2.

¹⁶⁷ RG, 27.11.1914; BayOLG, 03.04.1913; OLG Hamburg, 8.03.1912; RG, 11.07.1907.

¹⁶⁸ *Staudinger – Werner*, (9. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 275 -282, S. 265.

¹⁶⁹ *Staudinger – Werner*, (9. Auflage), Vorbemerkung zu §§ 275 -282, S. 268 ff..

¹⁷⁰ *Balks*, S. 223.

Verschulden ab und forderte stets ein vorsätzliches Versagen der Erziehungsberechtigten.¹⁷¹ Folge dieser Judikatur war eine weitgehende Einschränkung des Anwendungsbereiches von § 1666 Abs.1 und damit eine Erweiterung des elterlichen Wirkungskreises zum Nachteil der Kinder.

Dem entgegnetend versuchte ein anderer Teil der Rechtsprechung den Anwendungsbereich des § 1666 Abs.1 zugunsten des Kindesschutzes durch die Einbeziehung der fahrlässigen Verursachung auszuweiten.¹⁷² Ein Verschulden wurde bereits bejaht, wenn die Eltern bei ihrem objektiv falschen Verhalten beharrten, obwohl sie die Möglichkeit einer dadurch bedingten ernsthaften Gefährdung des Kindes erkannten oder erkennen mussten.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) Kammergericht, Beschluss vom 14. März 1907, OLGZ 16, S.10 ff.:

Sachverhalt:

Die zwölfjährige Anna B. besucht die katholische Schule. In ihrer Klasse wird der Unterricht durchweg in deutscher Sprache erteilt. Es war üblich, dass die Kinder, wenn der Lehrer das Klassenzimmer betrat, ihn in deutscher Sprache zu begrüßen hatten. Ende 1906 trat hierin eine Änderung ein. 16 Kinder sprachen den Gruß in polnischer Sprache. Der Lehrer stellte fest, dass die Kinder namentlich von der Anna B. dazu aufgestachelt waren. In der Religionsstunde antworteten sie auf deutsche Fragen überhaupt nicht mehr. Einige der Kinder gaben ihren Widerstand bald auf; andere, darunter Anna B., setzten ihn in der Weise fort, dass sie sich beim Gruße und beim Gebet stillschweigend verhielten und nur in der Religionsstunde auf deutsche Fragen nicht antworteten. Die Vorinstanzen haben der Witwe B., welche ihrer Tochter gesagt hatte, dass diese streiken solle, das Recht der Erziehung der Anna B. und der Bestimmung ihres Aufenthalts entzogen. Hiergegen legte die Mutter Beschwerde ein.

Entscheidung:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

¹⁷¹ KG ROLG 4, S. 273; 31, S. 409; BayOLG DR 1906, S. 1263.

¹⁷² KG ROLG 17, S. 277; 17, S. 279; BayOLG DR 1912, Nr. 1634.

Begründung:

(...) Zuvörderst erscheint die Annahme eines Missbrauchs durch die Mutter rechtlich insofern unbedenklich, als sie ihre Kinder zum offenen Widerstande gegen die Schulzucht angereizt hat. In Preußen besteht die allgemeine Schulpflicht, welche sich namentlich auch auf den Religionsunterricht erstreckt. Daraus ergibt sich eine Beschränkung des Erziehungsrechts der Eltern, welche, weil sie öffentlich rechtlicher Natur ist, durch die privatrechtliche Vorschrift des § 1631 nicht berührt worden ist. Aus dieser Schulpflicht ergibt sich aber der Natur der Sache nach nicht allein die Verpflichtung der Kinder die Schule zu besuchen, und der Eltern, ihre Kinder zum Schulbesuch anzuhalten, sondern auch die Verbindlichkeit beider, sich der Schulzucht während des gesamten Unterrichts zu fügen; denn die Verletzung der Schuldisziplin ist unter Umständen ebenso geeignet, den Schulunterricht zu vereiteln, wie eine vollständige Säumnis der Schule. Wenn nun die Eltern, anstatt ihre Kinder zum Gehorsam gegenüber den berechtigten, auf den geltenden Gesetzten und rechtsgültigen Verordnungen beruhenden Anordnungen der Schulbehörden und ihrer Organe anzuhalten, diese zur Auflehnung dagegen anreizen, so verstoßen sie damit nicht allein gegen das Gesetz, sondern sie stiften auch ihre Kinder rechtswidrig zur Zuwiderhandlung gegen dieses an.

Die Annahme eines Missbrauchs und einer Gefährdung des geistigen Wohles ist insofern nicht zu beanstanden.

(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 11. April 1912, BayZ 13, S. 212 ff.:

Sachverhalt:

Die ledige Wilhelmine B. gebar am 19. Februar 1896 ihre Tochter Frieda Wilhelmine, als dessen Vormund Stephan B, der Ehemann der Mutter der Wilhelmine B. bestellt wurde. Wilhelmine B. verehelichte sich im Jahre 1900 mit Joseph G.. Das Kind, das durch die Ehe nicht legitimiert wurde und bis dahin bei den Eheleuten B. untergebracht war, nahmen sie zu sich. Am 20. Februar 1911 erstattete der Vormund die Anzeige, dass das Kind mit seiner Mutter seit einigen Tagen aus der Wohnung der Eheleute G. verschwunden sei. Er teilte gleichzeitig mit, dass die Mutter dem Trunke sehr ergeben sei und ihr Kind, das sie bei ihren Gängen in Wirtschaften bei sich habe, sittlichen Gefahren ausgesetzt sei. Das Amtsgericht entzog der Mutter daraufhin die elterliche Sorge. Wilhelmine G. legte hiergegen in allen Instanzen Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ist Wilhelmine G. dem Trunke ergeben. Infolge ihrer Trunksucht ereignen sich häufig hässliche Szenen zwischen den Ehegatten, deren Zeuge dann das Kind ist. Joseph und Wilhelmine G. halten sich abends meist in Wirtschaften auf und haben dabei schon seit Jahren auch das Kind bei sich, das in den mit schlechter Luft erfüllten Räumen bis in die späte Nacht zu verweilen und die oft wenig anständigen Redensarten der Gäste zu hören gezwungen ist. (...) Mit Recht hat das Beschwerdegericht angenommen, dass in diesem Verhalten der Mutter eine Vernachlässigung des Kindes und ein Missbrauch des Rechtes der Sorge für dessen Person liegen und dadurch sowohl das leibliche als auch das geistige Wohl des Kindes gefährdet wird. Wie weit die Gefährdung schon fortgeschritten ist, ergibt sich aus der Feststellung des Beschwerdegerichts, dass Frieda Wilhelmine B. schon im Alter von 15 Jahren schwanger geworden ist; es besteht der Verdacht, dass ihr Stiefvater selbst der Erzeuger ist. Nur durch den Entzug des Rechts zur Sorge für die Person ist es möglich, den völligen sittlichen Verderb des Mädchens zu verhindern.

(3) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 23. April 1912, BayZ 13, S. 253 ff.:

Sachverhalt:

Der Vater der Kinder Anton, Franziska und Barbara lebte seit einiger Zeit in ehebrecherischem Verkehr mit seiner Haushälterin Barbara zusammen. Das Amtsgericht ordnete daraufhin die Zwangserziehung der Kinder an. Der Vater legte hiergegen Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Es ist in einwandfreier Weise bewiesen, dass der Vater mit seiner Haushälterin Barbara in ehebrecherischer Weise zusammenlebt. Hierdurch ist das geistige und sittliche Wohl der

Kinder gefährdet. Ob der Vater sonst ein ordentlicher Hausvater ist, ob er insbesondere um das leibliche Wohl seiner Kinder besorgt ist, ist in dieser Sachlage von nebensächlichem Belang.

(4) Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 28. Juli 1917, OLGZ 18, S. 208 ff.:

Sachverhalt:

Das Oberste Landesgericht hatte zu entscheiden, ob einer Mutter, deren Ehemann als verschollen galt, das Sorgerecht nach § 1666 Abs.1 zu entziehen sei. Die Mutter hatte ihren Sohn aus einer Laune heraus wiederholt geschlagen und mit der Begehung eines Verbrechens gedroht. Ferner hat sie ihren Sohn täglich mit einem großen Teil der Hausarbeit beschäftigt, so dass dessen schulische Leistungen litten. Er wurde von der Oberrealschule zurückgewiesen und schaffte nur mit Mühe und Not die Aufnahme in der Realschule. Das Vormundschaftsgericht hatte der Mutter darauf hin die Sorge für die Person des Sohnes entzogen. Das Landgericht hat die Beschwerde der Mutter zurückgewiesen. Die Mutter legte weitere Beschwerde ein.

Entscheidung:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Die Ansicht der Klägerin, dass weder eine Überschreitung des Züchtigungsrechts noch eine Ausbeutung der Arbeitskraft noch ein Verschulden vorliegen, ist irrig.

Die Misshandlungen des Sohnes erfolgten nicht aus erzieherischen Zwecken, sondern aus einer Laune heraus. Sie geschahen also nicht in Ausübung des elterlichen Züchtigungsrechts, sondern stellen vorsätzliche Körperverletzungen dar.

Die Verwendung des Sohnes anstelle des im Haushalt fehlenden Dienstmädchens überstieg nach Art und Maß die gesetzliche Verpflichtung des Kindes zu Diensten im Hauswesen der Mutter. Die Mutter war sich dabei der schädlichen Einwirkungen auf den Fortschritt des Sohnes in der Schule bewusst oder es hätte ihr wenigstens bewusst sein müssen. Nach dem ganzen Verhalten der Mutter, ist eine wiederholte Gefährdung des Wohls des Kindes zu besorgen und die Entziehung der Sorge für die Person des Kindes im Interesse des Kindes daher nicht zu beanstanden.

2.) Die Fürsorgeerziehung nach §§ 55, 56 StGB und Art. 135 EGBGB

Lag kein Verschulden des Gewaltinhabers vor, konnte das Vormundschaftsgericht nicht aufgrund des BGB, sondern lediglich aufgrund anderer Gesetze eingreifen.

Nach §§ 55, 56 StGB war ein Einschreiten möglich, wenn das Kind eine strafbare Handlung begangen hatte. Bei Delikten, die das Kind vor Vollendung des zwölften Lebensjahres begangen hatte, entschied nach § 55 StGB das Vormundschaftsgericht. War der Angeschuldigte zwölf bis achtzehn Jahre alt entschied das Prozessgericht.

Auf Grundlage des Art. 135 EGBGB konnte das Vormundschaftsgericht zudem einschreiten, wenn dies zur Verhütung der völligen sittlichen Verwahrlosung des Kindes notwendig war.

V. Fazit

Die elterliche beziehungsweise väterliche Gewalt hatte lange Zeit den Charakter eines Herrschaftsrechts im alleinigen Interesse des Gewaltinhabers. Das BGB hat dies weitgehend geändert indem es der elterlichen Gewalt einen vormundschaftlichen Charakter verlieh und insofern eine Ersatz- und Schutzfunktion gab. Oberste Richtschnur jeglichen Handelns sollte das Interesse und Wohl des Kindes sein.

Diesen Grundsatz hat das BGB jedoch nicht ausreichend umgesetzt, so dass der ursprüngliche Herrschaftscharakter der *patria potestas* und *munt* nicht vollständig beseitigt wurde. Dem Vater blieben alle wichtigen Entscheidungen vorbehalten, der Mutter stand die Personensorge zu, von eigenständigen Rechtsansprüchen des Kindes war kaum die Rede. Es gab zudem nur wenige Vorschriften, die ausdrücklich auf die Kindesinteressen eingingen. Insbesondere im Bereich der Personensorge bedeutete die Postulierung von Rechten und Pflichten und die Bezeichnung der elterlichen Gewalt als Schutzgewalt im Interesse des Kindes mehr einen moralischen und sittlichen Appell, denn eine rechtlich fixierte Verbindlichkeit. Die Gewaltinhaber waren in der Ausübung ihrer Personensorge nahezu unantastbar. Hintergrund dieses weitgehenden Kontrollverzichtes war das Vertrauen, dass der Gewaltinhaber das Kindeswohl am besten interpretieren und die Interessen des Kindes am besten sichern könnte.

Zwar war die Justiz aufgerufen bei einer Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes einzugreifen, doch beschränkten sich diese Eingriffe auf vergleichsweise wenige Einzelfälle. Den von § 1666 Abs.1 tatbestandlich zunächst weit gefassten Eingriffsrahmen hat die Rechtsprechung durch das Verschuldensprinzip stark eingeschränkt und so zu Lasten des Kindes den herrschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt noch gestärkt. Trotz der Absicht mit § 1666 Abs.1 das Kind zu schützen und der starken Betonung des Pflichtcharakters wurde damit das Kindwohl kaum berücksichtigt. Es zeigt sich zudem, dass bei § 1666 Abs.1 meist nur an den Konflikt zwischen dem Elternrecht und dem Recht des Staates gedacht wurde und dass die Kindesinteressen in den Hintergrund gerückt wurden. Das Kind wurde quasi als Objekt dieser beiden Gruppen behandelt und damit letztlich weitgehend rechtlos gestellt. Dem individuellen Wohl des Kindes wurden allgemeine Werturteile vorangestellt, die sich an der gängigen Auffassung von Sitte und Moral orientierten. So fand bei den Entscheidungen des Gerichts der Wille des Kindes ebenso wie dessen Bindung an die Eltern keinerlei Berücksichtigung. Konnten die Gerichte ein Fehlverhalten der Eltern bejahen, bedeutete dies in der Regel automatisch die Bejahung der Kindeswohlgefährdung. Dieser Automatismus

zeigt deutlich, dass im Vordergrund des § 1666 Abs.1 nicht wie von den Gesetzgebern betont der Schutz des Kindes stand, sondern die Sanktionierung der Eltern. Der als Schutznorm idealisierte § 1666 Abs.1 wurde damit zu einer Interventionsbefugnis, die sich zumindest teilweise in ihr Gegenteil verkehrte und für das individuelle Kindeswohl keine unbedingte rechtliche Besserstellung bedeutete.

Auffallend ist auch, dass im Rahmen der Ehescheidung in erster Linie das Verschuldensprinzip über eine Zuweisung der Kinder entschied. Die Kindesinteressen und das Wohl des Kindes spielten bei diesem Automatismus keinerlei Rolle. Auch die Befugnis des Vormundschaftsgerichts bei Vorliegen besonderer Gründe eine abweichende Anordnung zu treffen, war gesetzlich nicht an das Kindeswohl gebunden. § 1635 war damit insgesamt eine Norm, bei der das Kindeswohl keine gesetzlich vorgeschriebene Rolle spielte oder sogar Entscheidungsmaxime war. Lediglich die Judikatur machte im Rahmen ihres gesetzlich gegebenen Ermessens das Kindeswohl zur Voraussetzung einer abweichenden Anordnung nach § 1635 Abs.1 S.2. Nach ständiger Rechtsprechung war für die Bejahung der besonderen Gründe erforderlich, dass die abweichende Anordnung zum Wohl des Kindes geboten war. Die besonderen Gründe wurden von der Rechtsprechung jedoch nur dann angenommen, wenn ungewöhnliche, das Kind in einem besonderen Maße schädigende Umstände zu Tage traten. Damit schränkten die Gerichte – ähnlich wie bei dem Verschuldensprinzip in § 1666 Abs.1 – ihre Handlungsmöglichkeiten zu Lasten des Kindes ein.

Daneben lässt sich innerhalb der Judikatur zu § 1635 eine vergleichbare Beobachtung machen wie bei § 1666 Abs.1: Im Mittelpunkt der richterlichen Entscheidungen stand weniger das Kind, als vielmehr dessen Eltern. Deren Handeln und Verhalten war Anknüpfungspunkt einer abweichenden Anordnung und nicht die einzelne Person des Kindes, dessen Interessen, Vorstellungen und Wünsche. Die beiden zitierten Entscheidungen machen deutlich, wie wenig Rücksicht auf das Wohlergehen des einzelnen Kindes genommen wurde. Es geht erkennbar hervor, dass maßgebliches Kriterium für die Beurteilung des elterlichen Verhaltens die gängige Auffassung von Moral und Sitte war. Sah man diese von dem jeweiligen Elternteil als nicht erfüllt an, wurden die besonderen Gründe ohne Rücksicht auf das Kind bejaht. Man ging also davon aus, dass das Kindeswohl zwangsläufig bei unsittlichem und unmoralischem Verhalten gefährdet wäre. Dies galt sogar dann, wenn das als unmoralisch und unsittlich eingestufte Verhalten keinerlei Bezug zu dem Kind hatte, das Kind von dem Verhalten also gar nicht unmittelbar betroffen war.

Diese Tendenz lässt sich auch im Bereich des Verkehrsrechts nach § 1636 beobachten. Auch hier betonten die Gerichte immer wieder, dass das Wohl des Kindes ausschlaggebendes

Kriterium bei der Regelung des Verkehrs sein sollte. Was sie in diesem Zusammenhang unter Kindeswohl im Allgemeinen verstanden, ließen die Gerichte jedoch offen. Aus den Entscheidungen der Gerichte geht allerdings deutlich hervor, dass die individuellen Interessen und Wünsche des Kindes nicht nur unberücksichtigt blieben, sondern bewusst übergangen wurden. Das Kindeswohl war insofern nur so lange maßgebliches Kriterium, als es das unentziehbare elterliche Recht auf Verkehr mit dem Kind nicht einschränkte. War dies der Fall, waren die Gerichte eher bereit Zwangsmaßnahmen zu Lasten des Kindes anzuordnen als das Elternrecht zu beschränken.

Damit lässt sich insgesamt sagen, dass das Kindeswohl aus heutiger Sicht von den Gerichten nur unzureichend berücksichtigt und interpretiert wurde. Trotzdem bedeutete das Kindschaftsrecht des BGB aus Sicht der Kindesinteressen einen Fortschritt. Wenn auch der herrschaftliche Charakter nicht vollständig beseitigt und die Kindesinteressen nur unzulänglich berücksichtigt wurden, brachte das BGB im Vergleich zu vorherigen Rechten durch die Betonung des Pflichtgedankens eine Stärkung der Position des Kindes. Insofern lässt sich die Ansicht, das BGB sei der Beginn des „Jahrhunderts des Kindes“ durchaus bejahen.

C. Erste Veränderungen

I. Die Weimarer Republik

1.) Die Weimarer Reichsverfassung

Einen neuen Abschnitt der Gesetzgebung leitete die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 ein. Die im Zweiten Hauptteil enthaltenen Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen regelten in Art. 120 WRV das Elternrecht und in Art. 122 WRV den Jugendschutz. Mit diesen zwei Bestimmungen griff die Weimarer Reichsverfassung erstmals¹⁷³ in der deutschen Verfassungsgeschichte Kernbereiche des Kindschaftsrechts verfassungsrechtlich auf und brach mit der bis dahin überwiegenden Meinung, nach der das Recht und die Pflicht zur Sorge für das Kind ausschließlich in die Ebene des Privatrechts gehörten.¹⁷⁴

a.) Das Elternrecht des Art. 120 WRV

Art. 120 WRV lautete in seiner endgültigen Fassung: „Die Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit ist oberste Pflicht und natürliches Recht der Eltern, über deren Betätigung die staatliche Gemeinschaft wacht.“

In der Literatur war die Bedeutung dieser verfassungsrechtlichen Regelung vielfach umstritten.¹⁷⁵ Die überwiegende Ansicht sprach sowohl den Eltern als auch dem Staat einen eigenen Erziehungsauftrag zu. Zwar blieb es primär das Recht der Eltern, für das Kind zu

¹⁷³ Die Reichsverfassung von 1871 enthielt keinerlei Vorschriften über das Erziehungsrecht der Eltern oder einen öffentlich – rechtlichen Erziehungsanspruch des Kindes. *Frantziach*, S. 7.

¹⁷⁴ Diese nationale Akzentverlagerung korrespondierte auf internationaler Ebene mit der Verabschiedung der „Genfer Erklärung“ von 1924, mit der erstmalig eine Anerkennung und Definition eigenständiger Interessen des Kindes durch die internationale Gemeinschaft erfolgte, die ihm eine in materieller und geistiger Hinsicht gesicherte natürliche Entwicklung zubilligte.

¹⁷⁵ Übereinstimmung herrschte lediglich insoweit, als Art. 120 WRV als klare Absage an die Lehren des sozialistischen Radikalismus, der die Jugenderziehung unter Aufhebung des Elternrechts und Sprengung des Familienverbandes zur Staatssache machen wollte, angesehen wurde. Teilweise wurde auch die These vertreten, Art. 120 WRV sei ein Bekenntnis zum Naturrecht im Sinne der katholischen Kirchenlehre. *Erichsen/Reuter*, S. 27.

sorgen, es zu erziehen und seine Gefährdung und Verwahrlosung zu verhindern, aber dem Staat war diesbezüglich ein Wächteramt übertragen. Der Staat hatte das Recht und die Pflicht seine subsidiäre Erziehungsbefugnis erst dann wahrzunehmen, wenn die Erziehungstätigkeit der Eltern eine Gewähr für das Erreichen des staatlichen Erziehungszieles nicht mehr bot. Zu der Einzelverantwortlichkeit der Eltern trat damit ergänzend die Gesamtverantwortlichkeit des Staates.¹⁷⁶

Als Erziehungsziele nannte Art. 120 WRV die „leibliche, seelische und gesellschaftliche Tüchtigkeit“. Hierunter wurde nicht die Ausbildung der Persönlichkeit verstanden, sondern die Heranbildung zu einem tüchtigen Staatsbürger. Letztlich regelte Art. 120 WRV damit nur den Teil der Erziehung, der die staatliche Gemeinschaft anging und der auch von ihr in Übereinstimmung mit den Prinzipien des Staates und des Volkes gefordert werden konnte.¹⁷⁷ Die Bestimmung der Erziehungsziele stand dem Staat also nur für den Bereich zu, an dem er und die Verfassung ein unmittelbares Interesse hatten, die lebenswichtige staatliche Belange berührten und von daher einer verfassungsrechtlichen Regelung bedurften. Aufgaben der Erziehung, die darüber hinausgingen, waren dem freien Ermessen der Eltern überlassen.¹⁷⁸

b.) Der Jugendschutz des Art. 122 WRV

Während Art. 120 WRV die Grundsätze elterlicher Erziehung und staatlicher Überwachung aufstellte, normierten die ihm nachfolgenden Artikel die hierzu gehörenden Ausnahmen.

Art. 122 WRV¹⁷⁹ regelte die öffentliche Jugendfürsorge und legte in diesem Rahmen fest, dass alle staatlichen Maßnahmen entweder im Schutz der Jugend gegen Ausbeutung oder gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung begründet sein müssten. Der Schutz gegen Ausbeutung meinte im Wesentlichen Schutz gegen Ausbeutung der Kräfte des Kindes durch zu schwere, zu lange oder für Kinder generell ungeeignete Arbeit. Unter

¹⁷⁶ Gilles, S. 10.

¹⁷⁷ Nipperdey – Klumker, Art. 120, S. 98.

¹⁷⁸ Nipperdey – Klumker, Art. 120, S. 99.

¹⁷⁹ In seiner endgültigen Fassung lautete Art. 122 WRV:

„[Abs.1] Die Jugend ist gegen Ausbeutung, sowie gegen sittliche, geistige und körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinden haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen.

[Abs.2] Fürsorgemaßregeln im Wege des Zwangs können nur auf Grund des Gesetzes angeordnet werden.“

„Verwahrlosung“ wurde das Zurückbleiben hinter den in Art. 120 WRV genannten Erziehungszielen verstanden.

c.) Verhältnis der Art. 120 und 122 WRV zu den zivilrechtlichen Normen

Während im Rahmen der Art. 120, 122 WRV nur der Teil der Erziehung, der unmittelbar die gesellschaftliche Tüchtigkeit des Nachwuchses im Auge hatte, geregelt wurde, ging der Erziehungsbegriff des Bürgerlichen Rechts sehr viel weiter. Die elterliche Gewalt umfasste die gesamte Erziehung des Kindes, so dass ein großer Teil des familienrechtlichen Erziehungsumfangs verfassungsrechtlich ungeregelt blieb. Dieser ungeregelte Bereich war demnach auch nicht an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden.¹⁸⁰

Fraglich ist insofern, inwieweit der verfassungsrechtlich geregelte Bereich mit den zivilrechtlichen Regelungen übereinstimmte. Im Bereich des Jugendschutzes sprach Art. 122 WRV nur von „Verwahrlosung“, nicht wie § 1666 Abs.1 von einer „Gefährdung“. Dies bedeutete insofern einen Unterschied, als § 1666 Abs.1 eine Intervention von staatlicher Seite sehr viel früher ermöglichte und öffentliche Maßnahmen nicht erst an die Feststellung einer eingetretenen Verwahrlosung knüpfte. Während man dementsprechend von einer teilweisen Einengung der zivilrechtlichen Normen seitens der Verfassung sprechen konnte, wurden auf der anderen Seite die Grenzen, die das Bürgerliche Gesetzbuch der Staatsgewalt gegenüber dem Elternrecht bis dato gesteckt hatte, erheblich überschritten. Der bedeutendste Unterschied hinsichtlich der staatlichen Eingriffsvoraussetzungen ergab sich bei der Frage nach dem Verschuldenserfordernis. Während nach ständiger Rechtsprechung staatliches Eingreifen nach § 1666 Abs.1 stets an ein elterliches Verschulden geknüpft war, stellte die Verfassung diese Voraussetzung nicht auf. Art. 120, 122 WRV ermöglichten ein staatliches Eingreifen bereits dann, wenn die Erziehungstätigkeit der Eltern keine Gewähr mehr für das Erreichen des staatlichen Erziehungszieles bot. Ob dieser Zustand durch ein Verschulden der Eltern hervorgerufen wurde, spielte keinerlei Rolle.

Allerdings enthielten die verfassungsrechtlichen Bestimmungen keine subjektiven Rechte, sondern stellten lediglich eine institutionelle Garantie dar. Sie waren also nur Programmsätze für die künftige Gesetzgebung und Richtlinien für die Verwaltung und Rechtsprechung bei der Anwendung und Auslegung der Gesetze.¹⁸¹ Eine Bindungswirkung erzeugten sie nicht.

¹⁸⁰ Nipperdey – Klumker, Art. 120, S. 103.

¹⁸¹ Frantziöch, S. 16.

2.) Wichtige Reformgesetze

Nach Inkrafttreten der Weimarer Reichsverfassung kam es zu einer Reihe neuer Regelungen auf dem Gebiet des Kindschaftsrechts, die das Personensorgerecht modifizierten oder einschränkten. Besondere Bedeutungen kamen in diesem Zusammenhang dem Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RKEG) vom 15. Juli 1921¹⁸² und dem Reichsjugendwohlfahrtsgesetz (RJWG) vom 09. Juli 1922¹⁸³ zu.

a.) Das RKEG

Das Recht zur religiösen Erziehung des Kindes als Teil der tatsächlichen Personensorge im Sinne von § 1631 Abs.1 erfuhr durch die Regelungen des RKEG teilweise erhebliche Einschränkungen.

Zum einen legte § 5 RKEG das für den Eintritt der Religionsmündigkeit maßgebliche Alter rechtseinheitlich auf die Vollendung des vierzehnten Lebensjahres fest, zum anderen normierte § 5 RKEG, dass ein zwölfjähriges Kind nicht mehr gegen seinen Willen in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen werden sollte. Mit diesen Neuregelungen erkannte das RKEG die stufenweise Entwicklung des Kindes zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit an und räumte ihm erstmals das Recht auf eine ungebundene, von der elterlichen Meinung völlig unabhängige Eigenentscheidung ein.¹⁸⁴

Im Rahmen der zunehmenden gesetzlichen Berücksichtigung des Kindeswillens und der Kindesinteressen kam dem RKEG damit eine besondere Bedeutung zu.

¹⁸² RGB1 I 939.

¹⁸³ RGB1 I 633.

¹⁸⁴ *MüKo – Hinz*, (1. Auflage), Anhang zu § 1631, Rn. 2 u. 29.

b.) Das RJWG

Das auf Grundlage der Art. 120, 122 WRV erlassene RJWG formulierte in § 1 Abs.1 den Grundsatz: „Jedes deutsche Kind hat ein Recht auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit.“¹⁸⁵

Wenn auch gemäß § 1 Abs.2 in erster Linie die Familie diesen Erziehungsanspruch ausfüllen sollte, enthielt § 1 Abs.3 folgende entscheidende Neuerung: „Insoweit der Anspruch des Kindes auf Erziehung von der Familie nicht erfüllt wird, tritt (...) öffentliche Jugendhilfe ein.“

Diese Bestimmung bedeutete gegenüber der bisherigen Gesetzgebung einen wesentlichen Fortschritt. Denn bereits dann, wenn die normalen Erziehungsbedingungen nicht gegeben waren, also rein objektiv ohne Rücksicht auf Verschulden, ohne Rücksicht auf völlige Verwahrlosung, einfach nach den bestehenden Tatsachen, konnte die Erziehungsleistung des Staates neben die elterliche Gewalt treten. Waren das Kind und der Jugendliche bisher nicht zuletzt auch Objekt einer vielfach eigennützig aufgefassten elterlichen Gewalt, so begannen mit dieser Regelung das Eigenwesen und Eigenrecht des jungen Menschen im Rahmen der Familie und der weiteren Rechtsgemeinschaft der Allgemeinheit bewusst zu werden.¹⁸⁶ Zwar blieb primär das elterliche Erziehungsrecht erhalten, der Staat übernahm jedoch eine zunehmende Verantwortung für deren Ordnungsgemäßheit. Nicht mehr der Schutz der Gesellschaft war Ausgangspunkt der öffentlichen Jugendhilfe, sondern der Schutz des Kindes.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Dem Kind stand damit allerdings kein klagbares Recht zu. § 1 Abs.1 sollte lediglich die staatliche Verantwortung klarstellen.

¹⁸⁶ *Kalb*, S. 11.

¹⁸⁷ Insofern wurde das RJWG auch als „Markstein nicht nur in der Entstehungsgeschichte der Jugendfürsorge und Jugendpflege, sondern auch für die soziale und kulturelle Entwicklung“ bezeichnet. *Friedeberg/Polligkeit/Giese*, S. XIII.

3.) Die Rechtsprechung zu den Regelungen des BGB unter Einfluss der Weimarer Reichsverfassung und der Reformgesetze

Wenngleich die Regelungen der Weimarer Reichsverfassung und der Reformgesetze keinen unmittelbaren Einfluss auf die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches hatten, machten sie doch eine neue gesetzgeberische Intention und Tendenz deutlich, die auch Auswirkung auf die richterliche Auslegung der zivilrechtlichen Normen hatte beziehungsweise hätte haben können.

So ist insbesondere festzustellen, ob die Gerichte im Rahmen des § 1666 Abs.1 an dem Verschuldenserfordernis festhielten, obwohl nach Art. 120, 122 WRV und § 1 Abs. 1 RJWG ein staatliches Eingreifen gerade nicht an ein Verschulden anknüpfte. Des Weiteren ist zu überprüfen, inwieweit der von Art. 120 und 122 WRV geforderte Schutz vor Ausbeutung der Arbeitskraft der Kinder und die Heranziehung der Kinder zu tüchtigen Staatsbürgern sowie das sich aus dem RJWG ergebende Verständnis von elterlicher Gewalt und Jugendschutz von den Gerichten umgesetzt wurde. Zu untersuchen ist zudem die Auswirkung des RKEG auf die Rechtsprechung hinsichtlich der religiösen Kindererziehung.

a.) Die Auswirkungen einer Ehescheidung

aa.) Der Einfluss der Ehescheidung auf die Personensorge, § 1635

Die Rechtsprechung im Rahmen von § 1635 hatte bis zum Erlass der Weimarer Reichsverfassung das Wohl des einzelnen Kindes immer wieder zurückgestellt und in erster Linie auf die Vereinbarkeit des elterlichen Verhaltens mit der gängigen Vorstellung von Sitte und Moral geachtet. Dieser Tendenz entsprach in weiten Teilen auch die Rechtsprechung in der Weimarer Zeit. Abweichende Anordnungen wurden nur in Ausnahmefällen erlassen und knüpften in den meisten Fällen an unsittliches oder unmoralisches Verhalten der Eltern an.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Eine von dieser Tendenz abweichende Entscheidung fällte das BayOLG in seiner Entscheidung vom 26.07.1924 (BayZ 28, S. 151 ff.). Darin betonte es, dass ausschlaggebend für eine abweichende Anordnung das Interesse des Kindes sei und dessen Wünsche zu berücksichtigen seien.

Die Gerichte betonten in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung zudem immer wieder, dass die bloße Verbesserung der Situation für das Kind nicht ausreiche, sondern eine Gefährdung des körperlichen oder seelischen Wohls zu befürchten sein müsse.¹⁸⁹

Insofern bleibt festzuhalten, dass sich die Situation des Kindes im Falle einer Ehescheidung nicht verbesserte. Zwar wurde das Kindesinteresse als ausschlaggebendes Kriterium bei der Anordnung einer abweichenden Regelung immer wieder betont¹⁹⁰, umgesetzt wurde dies jedoch nur ungenügend.

bb.) Die Regelung des Verkehrs, § 1636

Auch bei der näheren Regelung des Verkehrs nach § 1636 knüpfte die Rechtsprechung der Weimarer Zeit an die bisherige Judikatur an. Die Bedeutung des Kindeswohls wurde immer wieder hervorgehoben¹⁹¹, in entscheidenden Fällen jedoch hinten angestellt.¹⁹²

b.) Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls gemäß § 1666 Abs.1

aa.) Allgemeine Grundsätze

Im Rahmen des § 1666 Abs.1 setzte die Judikatur die sich aus den Reformgesetzen ergebenden Leitgedanken im Bereich der Ausbeutung der Arbeitskraft der Kinder und der religiösen Selbstbestimmung weitgehend um.¹⁹³

Hinsichtlich des Verschuldenserefordernisses hielten die Gerichte dagegen an ihren in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen fest, obwohl Art. 120, 122 WRV und § 1 Abs.1 RJWG ein staatliches Eingreifen nicht an ein Verschulden knüpften.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Recht 21, Nr. 119 und Nr. 121.

¹⁹⁰ Recht 21, Nr. 2394; RGZ 102, S. 283.

¹⁹¹ BayOLG BayZ 23, S. 118 ff.; BayZ 22, S. 280 ff..

¹⁹² Vgl. insbesondere BayOLG BayZ 32, S. 364 ff..

¹⁹³ Vgl. BayOLG BayZ 27, S. 26 ; 29, S. 558 ff..

¹⁹⁴ BayOLG BayZ 32, S. 294; 31, S. 34; 29, S. 558.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 05. Juli 1927, BayZ 27, S. 26:

Sachverhalt:

Kilian wurde am 08. Juli 1920 außerehelich von seiner katholischen Mutter Josefia geboren. Das Kind wurde katholisch getauft und katholisch bei seiner Großmutter erzogen. 1925 heiratete die Mutter des Kilian den evangelischen Adolph. Sie trat wenig später aus der katholischen Kirche aus und in die evangelische Kirche ein. Kurz darauf erklärte sie auch den Austritt ihres Sohnes Kilian aus der katholischen Kirche. Der Vormund des Kindes beantragte daraufhin gerichtlich die Austrittserklärung für rechtsunwirksam zu erklären und der Mutter das Recht der religiösen Erziehung des Kindes zu entziehen.

Urteil:

Der Antrag wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Ein Missbrauch liegt nur dann vor, wenn die Religion des Kindes in einer gegen die guten Sitten verstoßenden und dem persönlichen Wohl des Kindes zuwiderlaufenden Weise geändert wird. Dies wäre vorliegend der Fall, wenn die Änderung der religiösen Erziehung auf direktem oder indirektem Zwang des Stiefvaters zurückzuführen wäre. Dies würde gegen die persönliche Freiheit auf religiösem Gebiete und damit gegen die guten Sitten verstoßen. Ein derartiger Zwang wird aber von der Mutter bestritten. Sie sei aus freien Stücken zur Religion ihres Mannes übergetreten. Unlautere Motive sind damit nicht dargetan. Ein Missbrauch des Sorgerechts ist nicht nachgewiesen.

(2) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 18. Dezember 1929,
BayZ 29, S. 558 ff.:

Sachverhalt:

Die Eheleute G. betrieben früher in Sch. ein Kolonialgeschäft. Als sie mit den Kindern von dort nach R. zogen, konnten sie keine Wohnung finden und übernachteten mit ihren elf bis vierzehn Jahre alten Kinder in zweifelhaften Gastwirtschaften. Die Kinder waren während

dieser Zeit hinsichtlich Ernährung und Bekleidung vernachlässigt und gingen nicht zur Schule. Der Vater, der erwerbslos gewesen ist, verwendete seine Kinder zum Austragen von Bettelbriefen und hielt sie dazu an selbst zu arbeiten. Auf Antrag des katholischen Jugendfürsorgevereins entzog das Vormundschaftsgericht den Eltern daraufhin die Personensorge und ordnete die vorläufige Fürsorgeerziehung an. Auf die sofortige Beschwerde des Vaters hin wurde der Beschluss durch das Landgericht mit der Begründung, die Eltern lebten nunmehr in gesicherten Verhältnissen im Armenhaus, aufgehoben. Hiergegen legte der katholische Jugendfürsorgeverein wiederum Beschwerde ein.

Urteil:

Das Urteil des Landgerichts wurde aufgehoben und die sofortige Beschwerde des Vaters zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Bei ihrem außerordentlich kärglichen Verdienste sind die Eheleute G. nicht in der Lage für die sonstigen Lebensbedürfnisse der Kinder, insbesondere Nahrung und Kleidung, in der erforderlichen Weise zu sorgen. Bei diesen Verhältnissen ist das Verlangen der Eltern, dass ihre Kinder ihnen belassen werden, als ein Missbrauch des Rechts der Sorge für die Person der Kinder anzusehen. Ein schuldhaftes Verhalten der Eltern im Sinne des § 1666 Abs.1 liegt vor, wenn sie sich ohne einen stichhaltigen Grund der besseren Einsicht verschließen, dass sie nicht imstande sind, ihren Kindern ein genügendes Unterkommen zu gewähren und eine ausreichende Verpflegung angedeihen zu lassen. Zudem sind die Eltern bei dem Verlangen, dass die Kinder ihnen belassen werden, hauptsächlich von dem eigennütigen Bestreben geleitet, die Arbeitskraft der Kinder für sich ausnützen zu können. In einem solchen Fall hat das Vormundschaftsgericht die Pflicht einzugreifen um eine Ausbeutung der Kinder und damit eine Schädigung der geistigen und körperlichen Entwicklung zu verhüten.

4.) Fazit

Die Weimarer Zeit prophezeite durch die verfassungsrechtliche Verankerung des staatlichen Wächteramtes und der elterlichen Erziehungsverpflichtung eine Wende im bisherigen Kindschaftsrecht. Die eigenständigen Interessen des Kindes sollten eine größere Beachtung und einen stärkeren Schutz finden und die bisherige Exklusivität der elterlichen Interpretation von Kindeswohl sollte zugunsten der staatlichen Vorstellung einer leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit aufgelöst werden. In diesem Zusammenhang wurde durch das RJWG erstmals die programmatische Leitformel vom „Recht des Kindes auf Erziehung“ normiert und dem Kind ab Vollendung des 14. Lebensjahres die volle Religionsmündigkeit durch das RKEG zugesprochen. Insgesamt schwächte die Weimarer Gesetzgebung den herrschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt also weiter ab und verstärkte die Rechtsposition des Kindes.

Wenngleich die Weimarer Verfassung und die nachfolgenden Reformgesetze also eine neue gesetzgeberische Intention für den Bereich des Kindschaftsrechts deutlich machten, blieben die Auswirkungen auf die Auslegung der bestehenden und nach wie vor rechtswirksamen Normen durch die Gerichte gering. Insbesondere im Bereich der Scheidungsfolgen hielt die Judikatur an ihren Grundsätzen fest und griff das gesetzgeberische Ziel einer verstärkten Fokussierung der Kindesinteressen nicht auf. Auch im Bereich des zivilrechtlichen Jugendschutzes nach § 1666 Abs.1 wurden die verfassungsrechtlichen Forderungen weitgehend nicht umgesetzt. Zwar schritten die Gerichte bei der Gefahr der Ausbeutung der Arbeitskraft oder der unzulässigen Beeinflussung im religiösen Bereich ein, doch bedeutete dies im Vergleich zur vorhergehenden Rechtsprechung hinsichtlich der Gefährdungsursachen keine wesentliche Neuerung. So bejahten die Gerichte auch vor Inkrafttreten des RKEG eine Gefährdung des Kindeswohls, wenn das Kind nach Eintritt der Religionsmündigkeit auf unzulässige Art und Weise beeinflusst wurde. Eine Wende brachte die Weimarer Zeit diesbezüglich also nicht. Hervorzuheben ist zudem, dass die Gerichte das Verschuldenserfordernis aufrechterhielten, obwohl das verfassungsrechtlich fixierte staatliche Wächteramt an ein elterliches Verschulden gerade nicht gebunden war.

Damit bleibt festzuhalten, dass die Weimarer Zeit zwar eine rechtliche Besserstellung des Kindes brachte, die Rechtsprechung jedoch zum Nachteil des Kindes überwiegend an den alten Grundsätzen festhielt.

II. Der Nationalsozialismus

1.) Die nationalsozialistische Erziehungslehre

Der Nationalsozialismus brach mit dem humanistisch – aufklärerischen Erziehungsideal, das von der Vorstellung der unumschränkten Erziehbarkeit des Menschen getragen war, und ersetzte es durch ein System, dessen Schwerpunkt auf der Entwicklung der kollektiven Volkspersönlichkeit innerhalb streng definierter ideologischer Kriterien lag.

Ziel und zugleich Begrenzung der nationalsozialistischen Erziehung war das „Rasseprinzip“. In „Mein Kampf“ hatte *Hitler* ausgeführt: „Die gesamte Bildungs- und Erziehungsarbeit des völkischen Staates muss ihre Krönung darin finden, dass sie den Rassesinn und das Rassegefühl instinkt- und verstandesmäßig in Herz und Gehirn der ihr anvertrauten Jugend einbrennt“.¹⁹⁵

Das zweite Grundprinzip der Erziehung war das der „Menschenauslese“. Aus der Gesamtzahl der Volksgenossen sollte „das von Natur aus ersichtlich befähigte Menschenmaterial herausgesiebt und im Dienste der Allgemeinheit verwandt werden“.¹⁹⁶

Im Übrigen diente die Erziehung als Instrument, um den Einzelnen vom frühesten Zeitpunkt an zum Einsatz und zur Einordnung in die Gemeinschaft anzuhalten. Der Militärdienst galt dabei als letzte Vollendung der Erziehung.

Ausgerichtet war das Erziehungskonzept auf den Jungen. Mittels einer Analogie wurde es jedoch auch auf die Mädchen angewandt.

2.) Die Gesetzgebung

a.) Das geplante „Volksgesetzbuch“

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im nationalsozialistischen System weit weniger Veränderungen erfahren als die Gesetzbücher anderer Rechtsgebiete. Eine Umgestaltung des gesamten Bürgerlichen Rechts war zwar in Planung und die Arbeiten an einem „Volksgesetzbuch“ zunächst in vollem Gange, infolge des Kriegsausbruches kamen diese

¹⁹⁵ *Hitler* in „Mein Kampf“, S. 475 aus *Ramm*, S. 39.

¹⁹⁶ *Hitler* in „Mein Kampf“, S. 482 aus *Ramm*, S. 39.

Bestrebungen jedoch zum Erliegen.¹⁹⁷ Lediglich in einzelnen Teilgebieten des Zivilrechts kam es zu Reformen, um die Ideologie von „Rasse“ und „Gemeinschaft“ zu verankern.¹⁹⁸

Das zivilrechtliche Kindschaftsrecht blieb von derartigen Neuordnungen jedoch verschont und der Nationalsozialismus tastete diesen Bereich des Familienrechts formal nicht an. Seinen Angriff auf die elterliche Sorge vollzog der Nationalsozialismus durch Auslegung der bestehenden Normen im Sinne der Ideologie, insbesondere der §§ 1626, 1680 und 1666 Abs.1¹⁹⁹, und außerhalb des BGB in öffentlich – rechtlicher Einkleidung.²⁰⁰

b.) Das Gesetz über die Hitler Jugend vom 01. Dezember 1936

Das Gesetz über die Hitler – Jugend vom 01. Dezember 1936 (HJG) war im Bereich des nationalsozialistischen Jugendrechts die bedeutendste Neuerung. § 2 HJG normierte einen Grundsatz, der die Inhalte des nationalsozialistischen Jugendrechts wiedergab: „Die gesamte deutsche Jugend ist (...) körperlich, geistig und sittlich im Sinne des Nationalsozialismus zum Dienste am Volk und zur Volksgemeinschaft zu erziehen“²⁰¹

Ergänzend enthielt die Präambel des HJG, dass die Erziehung als Zwangserziehung zur Vorbereitung auf die künftigen Pflichten ausgestaltet werden solle.²⁰²

¹⁹⁷ Eine ausführliche Darstellung der geplanten Reform des BGB findet sich bei: *Müller*, S. 3 ff..

¹⁹⁸ Zu nennen ist hier insbesondere das EheG von 193, das einschneidende Veränderungen im Bereich der Eheschließung und Eheauflösung brachte.

¹⁹⁹ Siehe zur Auslegung des § 1666 Abs.1 durch die Rechtsprechung unten S. 72 ff..

²⁰⁰ *Salje – Saar*, S. 97; *Ramm*, Familienrecht, S. 162.

²⁰¹ Etwas ausführlicher, aber in der Sache übereinstimmend, bestimmte § 1 Jugendwohlfahrtsgesetz als Erziehungsziel den „körperlich und seelisch gesunden, sittlich gefestigten, geistig entwickelten, beruflich tüchtigen deutschen Menschen, der rassebewusst in Blut und Boden wurzelt und Volk und Reich verpflichtet und verbunden ist.“ .

²⁰² *Ramm*, Familienrecht, S. 186.

c.) Das Ehegesetz vom 06. Juli 1938

An die Stelle der bisherigen §§ 1635, 1636²⁰³ traten mit dem Ehegesetz vom 06. Juli 1938²⁰⁴ die §§ 81, 82 EheG 1938.

aa.) Der Einfluss einer Ehescheidung auf die Personensorge, § 81 EheG 1938

Das Ehegesetz vom 06. Juli 1938 rezipierte die Rassengesetzgebung und das eugenische Recht und ersetzte das Verschuldensprinzip des bisherigen Scheidungsrechts durch das Zerrüttungsprinzip. Nach nationalsozialistischer Anschauung sollte nicht die Schuldfrage, sondern allein das Interesse des Kindes darüber entscheiden, welcher Elternteil die Personensorge ausüben sollte.²⁰⁵

Diesem Grundgedanken entsprechend regelte § 81 EheG 1938²⁰⁶, dass bei der Verteilung der Elternrechte nach einer Ehescheidung das Wohl des Kindes ausschlaggebend sei. Der Vormundschaftsrichter hatte damit die Aufgabe vom Standpunkt des Kindeswohls aus die Eignung der Eltern zur Erziehung zu überprüfen und dem Ergebnis dieser Prüfung entsprechend über die Zuteilung des Sorgerechts zu entscheiden. Die Eignung zur Erziehung richtete sich danach, ob ein Elternteil nach seinen Eigenschaften die Gewähr für eine dem Wohl des Kindes förderliche Erziehung bot.²⁰⁷ Dabei hatte sich der Richter nach dem Willen der Legislativen an den nationalsozialistischen Grundsätzen zu orientieren. Das Wohl des Kindes sei umso besser gewahrt, je mehr seine Erziehung zu einem tüchtigen Mitglied der

²⁰³ Die ursprünglichen Normen des Zivilrechts werden nunmehr mit dem Zusatz „a.F.“ gekennzeichnet.

²⁰⁴ RGBI I 807.

²⁰⁵ *Volkmar*, § 81 Nr. 8, S. 297.

²⁰⁶ § 81 EheG 1938 lautete:

„[Abs. 1] Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Ehegatten die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes zustehen soll. Maßgebend ist, was nach Lage der Verhältnisse, dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

[Abs. 2] Sind mehrere gemeinschaftliche Kinder vorhanden, so soll die Sorge für die Person aller Kinder dem gleichen Elternteil übertragen werden, sofern nicht eine abweichende Regelung aus besonderen Gründen geboten ist und dem Wohl des Kindes dient.

[Abs. 3] Einem Ehegatten, der allein überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

²⁰⁷ *Greiff*, § 81 EheG, S. 673.

deutschen Volksgemeinschaft gesichert war, so die Auffassung der Gesetzgeber. Die rassische Zugehörigkeit der Eltern sollte hierbei von besonderer Bedeutung sein.²⁰⁸

Im Zusammenhang mit der elterlichen Erziehungseignung konnte auch die Scheidungsschuld eine gewisse Rolle spielen. Nach § 81 Abs.3 sollte einem Ehegatten, der allein überwiegend für schuldig erklärt worden war, das Sorgerecht nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes diene. Diese zunächst scheinbare Rückkehr zur Bedeutung der Scheidungsschuld hatte jedoch andere Motive. Hintergrund der Regelung war nicht mehr die Bestrafung des schuldigen Ehegatten, sondern der Rückschluss aus der Scheidungsschuld darauf, dass ein ehebrechender oder gewalttätiger oder sonst hinsichtlich der Ehepflichten verantwortungsloser Ehegatte in der Regel auch für das Kind kein erzieherisches Vorbild sein würde.²⁰⁹ An die besonderen Gründe waren insofern keine hohen Anforderungen zu stellen.

bb.) Die Regelung des persönlichen Verkehrs, § 82 EheG 1938

Den Verkehr des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind regelte § 82 EheG 1938²¹⁰. Wie unter der Herrschaft des § 1636 a.F. behielt der nichtsorgeberechtigte Elternteil die Befugnis mit dem Kind persönlich zu verkehren und das Gericht hatte die Möglichkeit den Verkehr näher zu regeln. Eine gesetzliche Bindung an das Kindeswohl existierte hierbei nach wie vor nicht.

Neu eingeführt wurde, dass das Gericht nach § 82 Abs.2 S.2 EheG 1938 das Verkehrsrecht für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen konnte, wenn dies für das Kindeswohl dienlich war.²¹¹ Nach der amtlichen Begründung wollte der Gesetzgeber damit ermöglichen „Unzuträglichkeiten, die sich erfahrungsgemäß aus einer missbräuchlichen Ausnutzung des Verkehrsrechts ergeben, wirkungsvoll zu verhindern.“²¹²

²⁰⁸ *Volkmar*, § 81 Nr. 8, S. 298.

²⁰⁹ *Scanzoni*, S. 290 f..

²¹⁰ § 82 EheG 1938 lautete:

„[Abs. 1] Der Ehegatte, dem die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis mit ihm persönlich zu verkehren.

[Abs. 2] Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauern ausschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

²¹¹ Ausführlich zu den Folgen einer Ehescheidung auf das Sorgerecht: *Boschan*, S. 47 ff..

²¹² DJ 1938, S. 1112.

3.) Die Rechtsprechung unter Einfluss des Nationalsozialismus

a.) Die Auswirkungen einer Ehescheidung

aa.) Die Rechtsprechung zu § 1635 a.F. und zu § 81 EheG 1938

(1) Grundsätze

Während zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft die Vorschriften des BGB von 1900 in Kraft blieben und sich die Auswirkungen einer Ehescheidung auf die Personensorge nach §§ 1635, 1636 a.F. richteten, galten ab dem 06. Juli 1938 die neuen Vorschriften des EheG 1938.

Bis zu diesem Zeitpunkt versuchten die Gerichte der nationalsozialistischen Weltanschauung durch entsprechende Auslegung der alten Normen Geltung zu verschaffen. Da das Verschuldensprinzip des § 1635 a.F. allgemein als mit der nationalsozialistischen Erziehungslehre unvereinbar angesehen wurde, der Grundsatz des § 1635 Abs.1 S.1 a.F. für die Gerichte aber bindend war, änderten die Gerichte zunehmend die bisher in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu den „besonderen Gründen“ des § 1635 Abs.1 S.2 a.F.. In den Vordergrund rückte mehr und mehr die Eignung des schuldigen Elternteils zur Erziehung unter zunehmender Aufgabe der strengen Anforderung des „Gefährdungsmaßstabes“.²¹³

Unter der Herrschaft des § 81 Abs.3 EheG 1938 führten die Gerichte, insbesondere auch das Reichsgericht, diese Entwicklung fort und sahen die „besonderen Gründe“ als gegeben an, wenn hinsichtlich eines Elternteils begründete Bedenken an der Geeignetheit als Erzieher und Betreuer des Kindes bestanden und bei dem für schuldig erklärten Elternteil eine völlig einwandfreie Betreuung des Kindes gewährleistet war.²¹⁴ Dies führte letztlich dazu, dass der „Gefährdungsmaßstab“ allgemein aufgegeben wurde.²¹⁵ Man ließ unter dem Blickpunkt des Kindeswohls alle Gründe gelten, die wichtig genug erschienen, um dem Interesse des Kindes den Ausschlag geben zu lassen.

²¹³ OLG Frankfurt DR 1936, S. 499; OLG München JFG 15, S. 197 f..

²¹⁴ RG JFG 22, S. 271; JFG 19, S. 269.

²¹⁵ Vgl. KG DR 1939, S. 1000 und alle folgenden Entscheidungen; zuletzt noch KG DJ 1944, S. 323.

Die Tatsache allein, dass das Kind beim schuldlos oder minderschuldig geschiedenen Elternteil gut, beim anderen aber besser untergebracht sein würde, reichte jedoch weiterhin nicht aus.²¹⁶ Gleichwohl entwickelten die Gerichte einige Fallgruppen, die aus Sicht des Kindeswohls durchaus positiv zu bewerten sind. So konnte beispielsweise die lieblose Behandlung der Kinder²¹⁷, die Gefahr der Schädigung der seelischen Entwicklung²¹⁸ oder die bessere schulische und berufliche Ausbildung der Kinder²¹⁹ einen „besonderen Grund“ darstellen. Allerdings war die Rechtsprechung entsprechend der damaligen Tendenz rassischer und ideologischer Vorurteile nicht frei von Erwägungen, die mit den wahren Interessen des Kindes nichts mehr gemein hatten. Insbesondere bei einer Gefährdung der Erziehung des Kindes im deutschen Geist oder Vorliegen nichtdeutschen, namentlich jüdischen und marxistischen Einflusses, wurden die „besonderen Gründe“ von den Gerichten bejaht ohne näher auf das individuelle Kindeswohl einzugehen.²²⁰

(2) Einzelne Entscheidungen

(α) Kammergericht, Beschluss vom 07. August 1936, JFG 14, S. 24 ff.:

Sachverhalt:

Aus der wegen alleinigen Verschuldens des Ehemannes geschiedenen Ehe des F. und der R. ist ein 1928 geborenes Kind hervorgegangen. Eltern und Kind sind jüdischer Abstammung und deutscher Staatsangehörigkeit. Die Mutter wanderte nach der Ehescheidung mit dem Kind nach Amerika aus.

Auf Antrag des Vaters wurde der Mutter durch das Amtsgericht das Sorgerecht entzogen. Hiergegen legte die Mutter erfolgreich Beschwerde ein. Der Vater legte daraufhin weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

²¹⁶ RG JFG 22, S. 271; JFG 19, S. 269.

²¹⁷ OLG München JFG 15, S. 197.

²¹⁸ RG ZBIJR 1927, S. 134.

²¹⁹ RG 1a Wx 344/39 bei *Volkmar*, § 81, S. 300.

²²⁰ RG JFG 14, S. 25 f.; AG Saalfeld JW 1937, S. 2596; OLG Dresden DJ 1936, S. 692.

Begründung:

Es kommt darauf an, ob durch die Verbringung des Kindes nach Amerika dessen Wohl gefährdet ist. Eine solche Gefährdung ist in einer Entscheidung des Senats vom 31. März 1911 in einem Falle angenommen worden, in welchem die deutsche Mutter ihr Kind nach dem Auslande verbringen wollte, ohne dass eine deutsche Erziehung gewährleistet war. In der Entscheidung ist ausgeführt worden, dass eine deutsche Mutter die Pflicht habe, das Kind deutsch zu erziehen, und zwar nicht allein ihm seine deutsche Staatsangehörigkeit zu bewahren, sondern es auch in der deutschen Sprache zu unterrichten und in den Sitten und Anschauungen seines deutschen Volkes aufwachsen zu lassen. (...)

Nachdem jedoch der Rassegedanke im deutschen Volke zum Durchbruch gelangt ist, kann der in der angeführten Entscheidung aufgeführte Grundsatz nicht mehr unterschiedslos auf alle Staatsangehörigen angewendet werden. Allerdings ist heute mehr denn je daran festzuhalten, dass ein deutschblütiges Kind eine deutsche Erziehung erhalten, in deutscher Weise erzogen werden muss und dass der sorgeberechtigte Elternteil, der hierzu nicht gewillt ist, das Wohl des Kindes gefährdet.

Dieser Betonung des Rassenstandpunkts in der Erziehung entspricht es aber, dass für ein jüdisches Kind die Erziehung im deutschen Geiste nicht mehr als so wesentlich angesehen werden kann, dass die Annahme gerechtfertigt wäre, das jüdische Kind könne in seinem geistigen Wohle schon allein dadurch gefährdet sein, dass ihm im Ausland eine deutsche Erziehung nicht in der bisherigen Weise zuteil werden kann.

(β) Kammergericht, Beschluss vom 25. April 1941, JFG 22, S. 271 ff.:

Sachverhalt:

Die Ehe ist aus alleinigem Verschulden der Frau geschieden. Aus der Ehe sind eine Tochter im Alter von 11 Jahren und ein Sohn im Alter von 5 Jahren hervorgegangen. Beide Eltern haben erneut geheiratet.

Das Vormundschaftsgericht hat der Mutter das Sorgerecht zugeteilt. Die hiergegen vom Vater eingelegte Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Der Vater legte weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Zur Erhebung der Scheidungsklage ist es dadurch gekommen, dass der Vater im März 1939 einen Ehebruch begangen hatte und dass die Mutter sich deswegen scheiden lassen wollte. Auf Bitten des Vaters, der andernfalls gesellschaftliche und wirtschaftliche Nachteile für sich befürchtete, hat sich die Mutter jedoch bereit gefunden, die Schuld an der Scheidung zu übernehmen, nachdem über die Kinder und den Unterhalt eine Verständigung herbeigeführt war. (...) Eine Übertragung des Sorgerechts auf die Mutter ist damit nur nach § 81 Abs.3 EheG möglich. (...) Der rechtsbedenkenfrei festgestellt Sachverhalt ergibt, dass (...) für den Vater die Kinder nur ein Tauschobjekt gewesen sind (...) und dass er somit sein egoistisches Interesse über das Wohl der Kinder gesetzt hat. (...) Hiernach hat der Vater einen egoistischen, das Wohl seiner Kinder hinter den eigenen Interessen zurücksetzenden, äußerst rücksichtslosen Charakter und es liegen folglich in seiner Person besondere Gründe vor, um zum Wohle der Kinder von der Regel des § 81 Abs.3 abzuweichen.

bb.) Die Rechtsprechung zu § 1636 a.F. und § 82 EheG 1938

Bei der näheren Regelung des Verkehrs waren die Gerichte weder nach § 1636 a.F. noch nach § 82 EheG 1938 gesetzlich an das Kindeswohl gebunden. Gleichwohl führte die Judikatur unter der Herrschaft des nationalsozialistischen Regimes die bisherige Rechtsprechung fort und betonte, dass das Kindeswohl oberste Richtschnur bei der Verkehrsregelung sein müsse. Das Gericht hatte darauf zu achten, dass das geistige, sittliche und leibliche Wohl des Kindes durch den Verkehr keinen Schaden erleiden würde, und dass eine einheitliche, gleichmäßige und ungestörte Erziehung des Kindes gewährleistet war.²²¹

Der Wille des Kindes bei der näheren Regelung des Verkehrs spielte weiterhin eine nur sehr untergeordnete Rolle.²²² Hintergrund dieser Fortführung der Rechtsprechung war der auch im Nationalsozialismus vorherrschende Gedanke, dass das Kind nicht in der Lage sei, zu beurteilen, ob die Pflege des nicht sorgeberechtigten Elternteils seinem Wohl diene oder nicht. Zudem wurde als Hintergrund der ablehnenden Haltung des Kindes oftmals der sorgeberechtigte Elternteil vermutet, der dem anderen Elternteil infolge der Scheidung feindlich gesinnt war.

²²¹ KG KGJ 48 A, S. 6.

²²² Vgl. insbesondere OLG München JFG 14, S. 464.

Gegenüber der früheren Rechtsprechung, die sich bei dem Entzug des Verkehrsrechts eher zurückhaltend verhielt, eröffnete die neue Regelung des § 82 Abs.2 S.2 EheG 1938 den Gerichten die Möglichkeit für ein entsprechendes Eingreifen bereits dann, wenn dies dem Wohl des Kindes diene. Trotzdem beließ es die Rechtsprechung dabei, den völligen, dauerhaften oder vorübergehenden Entzug des Verkehrsrechts auf seltene Ausnahmefälle zu beschränken.²²³ Angst, Furcht und Abneigung des Kindes wurden weiterhin in der Regel nicht als Grund zu einer Einschränkung des Verkehrsrechts angesehen.²²⁴ Gegebenfalls hatte der sorgeberechtigte Elternteil zur Durchsetzung des Verkehrsrechts auch von Zuchtmitteln Gebrauch zu machen.²²⁵

Wie auch bei der Rechtsprechung zu § 1635 a.F. und § 81 EheG 1938 waren die Entscheidungen der Gerichte oftmals geprägt von der nationalsozialistischen Rassenideologie. Insbesondere bei dem Verkehrsrecht mit Kindern aus geschiedenen Mischehen achteten die Gerichte verstärkt darauf, dass die Kinder vor undeutschen Einflüssen bewahrt blieben.²²⁶

b.) Der Missbrauch der elterlichen Gewalt, § 1666 Abs.1

aa.) Allgemeine Grundsätze

(1) Die Gefährdung des Kindeswohls

Die nationalsozialistische Weltanschauung und der damit einhergehende Wandel des Erziehungsziels fanden ihren Niederschlag auch in der Judikatur zum Gefährdungstatbestand des § 1666 Abs.1.

Ein deutliches Beispiel hierfür liefert die Umsetzung des Rasseprinzips. Eine Gefährdung des Kindeswohls wurde ganz allgemein darin gesehen, dass fremdrassige oder nicht rassebewusste Eltern ihren Kindern die nationalsozialistische Weltanschauung nicht oder nicht richtig vermitteln konnten, die Kinder also nicht zu deutschen Menschen im Sinne des

²²³ OLG München JW 1939, S. 289.

²²⁴ Vgl. ZBlJR 1939, S. 135.

²²⁵ OLG München JFG 14, S. 464 ff..

²²⁶ RG JW 1937, S. 1998; OLG München JFG 14, S. 455.

nationalsozialistischen Erziehungsziels erziehen konnten.²²⁷ Insbesondere, wenn nichtjüdische oder nicht volljüdische Kinder in jüdischen Haushalten lebten, hielten die Gerichte eine staatliche Intervention für geboten.²²⁸ „Es widerspricht der nationalsozialistischen Weltanschauung und damit dem deutschen Volksempfinden, dass ein Kind arischen Blutes durch die enge Lebensgemeinschaft mit einem Juden der dauernden Beeinflussung im Sinne einer art- und rassefremden Gedankenwelt ausgesetzt wird“, so die gängige Begründung in den richterlichen Entscheidungssätzen.²²⁹

Aber auch wenn die Kinder nicht unter dauerndem jüdischen Einfluss standen, der sorgeberechtigte Elternteil aber durch sein Verhalten deutlich machte, dass er den rassistischen Anforderungen des Nationalsozialismus ablehnend oder verständnislos gegenüberstand, griffen die Gerichte ein. Während in der Zeit vor 1933 eine Intervention des Vormundschaftsgerichts wegen der politischen Gesinnung und Erziehung der Eltern an sehr strenge Voraussetzungen geknüpft war und entsprechende Entscheidungen nur in Ausnahmefällen ergingen, wurde es im Nationalsozialismus eine Selbstverständlichkeit, dass das Vormundschaftsgericht einzuschreiten hatte, wenn die elterliche Erziehung nicht der nationalsozialistischen Weltanschauung entsprach.²³⁰ So konnte bereits die mangelnde Einwilligung der Eltern zum Eintritt des Sohnes in die Hitlerjugend eine staatliche Intervention rechtfertigen.²³¹

Hinsichtlich der religiösen Erziehung hielt man weitgehend an der früheren Rechtsprechung fest. Sofern die Glaubensgemeinschaften nicht gleichzeitig politische Ziele verfolgten und sich nicht staatsfeindlich einstellten, stand es den Eltern frei, in welchem Glaubensbekenntnis sie die Kinder erziehen wollten.²³²

Den Wandel der Anschauungen über das, was im Nationalsozialismus bereits als Gefährdung durch falsche körperliche Erziehung anzusehen ist, kennzeichnet die Stellungnahme des Kammergerichts in dem Beschluss vom 11. Dezember 1936²³³ zu einem Fall, der früher kaum Anlass zum Einschreiten des Vormundschaftsgerichts gegeben hätte. Das Kammergericht ordnete trotz Fehlens der allgemeinen Verwahrlosung die Fürsorgeerziehung an, weil der

²²⁷ KG ZBIJR 29, S. 283; LG Torgau JW 1936, S. 895; AG Berlin ZBIJR 28, S. 282; LG Berlin ZBIJR 28, S. 243; AG Bremen ZBIJR 28, S. 267.

²²⁸ LG Berlin ZBIJR 28, S. 243; LG Torgau JW 1936, S. 895.

²²⁹ KG ZBIJR 29, S. 283; AG Bremen ZBIJR 28, S. 267.

²³⁰ AG Berlin ZBIJR 28, S. 282; 27, S. 232.

²³¹ AG Wilster JW 1938, S. 1264.

²³² KG ZBIJR 34/35, S. 215.

²³³ JW 1937, S. 640.

Minderjährige infolge falscher Erziehung zu einem „einzelgängerischen, schlappen und verpimpelten Jungen“ geworden war, der weder Selbstbehauptungstrieb noch Disziplin und Kameradschaftssinn kannte und somit nicht dem Bild eines deutschen Jungen entsprach.

(2) Das Verschulden

Das bis zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft von der Rechtsprechung im Rahmen des § 1666 Abs.1 geforderte Verschulden war mit der nationalsozialistischen Auffassung vom Recht der Volksgemeinschaft auf Durchführung einer ordnungsgemäßen Erziehung der Kinder nicht zu vereinbaren. Denn das Verschuldensprinzip hatte nach der überwiegenden Ansicht der Gerichte zur Folge, dass nur bei vorsätzlichen Gefährdungen des Kindeswohls ein Eingreifen von staatlicher Seite möglich war.²³⁴ Die nationalsozialistische Erziehungslehre forderte jedoch, dass eine Intervention auch bei rein objektiven Gefährdungen möglich sein musste.²³⁵ Dementsprechend hoben die Gerichte in der nationalsozialistischen Zeit das Verschuldenserfordernis zwar nicht auf, objektivierten es jedoch deutlich. Überall dort, wo sie es den Verhältnissen nach für wünschenswert hielten, bejahten die Gerichte das Verschuldenserfordernis mit der Begründung, dass die Eltern ihrer, an objektiven Maßstäben gemessenen Erziehungspflicht nicht entsprachen.²³⁶ Subjektive Momente fanden dabei so gut wie keinerlei Berücksichtigung, so dass es bedeutungslos war, ob den Eltern von ihrem Standpunkt aus ein anderes Verhalten zugemutet werden konnte.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) Landgericht Torgau, Beschluss vom 27. November 1935, JW 1936, S. 895:

Sachverhalt:

Die Witwe W. lebte seit 1926 in wilder Ehe mit dem Kaufmann L.. L. ist Sohn eines Krakauer Rabbiners und Volljude. Die Witwe hat ihn in ihrer eigenen Wohnung beherbergt und mit ihm

²³⁴ Siehe oben S.45 f..

²³⁵ Müller, S. 19 und 29 ff..

²³⁶ OLG München JFG 17, S. 17; AG Wilster JW 1938, S. 1264; LG Torgau JW 1936, S. 895; LG Berlin JW 1936, S. 2487 ff..

regelmäßig Geschlechtsverkehr gehabt. Sie hat den Geschlechtsverkehr auch fortgesetzt, nachdem ihre Beziehung zu L. zum Ortsgespräch geworden war und unter der Bevölkerung erhebliche Erregung und Empörung hervorgerufen hat. Auch als L. am 01. Februar 1934 vom Landrat als Kreispolizeibehörde aus dem Kreis ausgewiesen wurde, hat sie die unsittlichen Beziehungen ständig aufrechterhalten. Im Juli 1935 wurde sie auf Veranlassung der Geheimen Staatspolizei wegen ihres rasseschänderischen Verhaltens verhaftet und dem Sammellager zugeführt. Das Amtsgericht hat der Witwe W. daraufhin das gesamte Recht zur Personensorge entzogen. Hiergegen legte diese Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Durch den jahrelangen Verkehr mit dem Juden hat sich Frau W. eines ehrlosen und unsittlichen Verhaltens im Sinne des § 1666 Abs.1 schuldig gemacht, dass sie zur weiteren Erziehung ihrer Kinder ungeeignet erscheinen lässt. (...) Sie hat die rassepolitischen Bestrebungen des nationalsozialistischen Staates sabotiert.

In dem fortdauernden Geschlechtsverkehr mit L. ist auch eine erhebliche Gefahr für die minderjährigen Söhne der Frau W. zu erblicken. Es muss ohne weiteres angenommen werden, dass diesen die Gerüchte über den Lebenswandel ihrer Mutter zu Ohren gekommen sind. (...) Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Kinder durch das schamlose Verhalten der Mutter seelisch gefährdet worden sind. Diese Gefahr für das Wohl der Kinder besteht auch jetzt, nachdem die Witwe W. und L. zwangsweise getrennt worden sind, noch fort. Dem Amtsgericht ist darin beizupflichten, dass die verwerfliche Gesinnung, welche die Witwe W. bewiesen hat, es notwendig macht, der Mutter das gesamte Personensorgerecht für ihre minderjährigen Kinder zu entziehen, um eine ordnungsmäßige Erziehung der Kinder zu brauchbaren Gliedern der Volksgemeinschaft sicherzustellen.

(2) Landgericht Berlin, Beschluss vom 23. April 1936, JW 1936, S. 2487 ff.:

Sachverhalt:

Der 1923 geborene uneheliche Sohn der Beschwerdeführerin, der das Recht der Sorge für seine Person zusteht, befand sich von klein auf bei ihr. 1925 heiratete die

Beschwerdeführerin, die ebenso wie das Kind arischer Abstammung ist, ihren jetzigen Ehemann, der Jude ist. Sie trat zum Judentum über und führte auch ihren Sohn der jüdischen Religionsgemeinschaft zu, ließ es am jüdischen Religionsunterricht teilnehmen und vom jüdischen Hilfsverein unterstützen. Im April 1935 erklärte die Beschwerdeführerin auf Veranlassung des die Amtsvormundschaft führenden Jugendamts den Austritt des Kindes aus der jüdischen Religionsgemeinde und lässt es seit Oktober 1935 am evangelischen Religionsunterricht teilnehmen. Sie weigert sich jedoch, das Kind dem Vormund, der es im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung erzogen und aus dem jüdischen Haushalt der Beschwerdeführerin entfernt wissen will, herauszugeben.

Auf Antrag des Vormundes verurteilte das Amtsgericht die Beschwerdeführerin zur Herausgabe des Kindes. Hiergegen legte die Mutter Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Durch den Bericht des Jugendamtes ist dargetan, dass das Kind durch sein Aufwachsen in dem jüdischen Haushalt der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes in einer für sein Alter schon sehr bedenklichen Weise deutscher Art und Lebensanschauung entfremdet worden ist. Dies bedeutet höchste Gefahr für das Kind und seine Weiterentwicklung. Da die Beschwerdeführerin sich dieser Gefahr verschließt und ihre Mutterrechte als höherwertig betrachtet als das Recht des deutschen Volkes auf eine artgemäße Erziehung seiner Jugend, sind Maßnahmen nach § 1666 Abs.1 notwendig.

(3) Oberlandesgericht München, Beschluss vom 03. Dezember 1937, JFG 17, S. 17:

Sachverhalt:

Die Eheleute U. haben früher der evangelischen Religionsgemeinschaft angehört. Im Jahre 1932 sind sie mit ihren beiden minderjährigen Töchtern aus der evangelischen Kirche ausgetreten und haben sich der Vereinigung der Ernsten Bibelforscher angeschlossen und sind bis zu deren Auflösung Mitglieder geblieben. Sie hängen der Lehre auch heute noch an. Am 22. April 1937 hat das Jugendamt beim Amtsgericht beantragt, den Eltern die Personensorge

zu entziehen. Dieses lehnte den Antrag ab. Auf die Beschwerde des Jugendamtes hin hat das Landgericht die Entscheidung aufgehoben und die Kinder der Fürsorgeerziehung übergeben. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

Die Anhänger der Lehre der Vereinigung der Ernsten Bibelforscher stehen dem heutigen Staate und der von ihm vertretenen völkischen Lebensauffassung feindlich gegenüber; sie lehnen die völkischen und nationalen Ziele der Staatsführung ab, versagen den der Erreichung dieser Ziele dienenden Gesetzen und Anordnungen den Gehorsam, leugnen jedes nationale Zusammengehörigkeitsgefühl und stellen sich in ihrem ganzen Denken und Handeln bewusst außerhalb der Volksgemeinschaft. Ihre Anschauungen sind sonach in hohem Grade volksverhetzend und staatsgefährdend. Die Vereinigung ist denn auch wegen ihrer Staatsgefährlichkeit in allen deutschen Ländern aufgelöst und verboten worden. Bei dieser Sachlage steht außer Zweifel, dass ein deutsches Kind in seinem geistigen Wohle schwer gefährdet wird, wenn es in den Anschauungen der Ernsten Bibelforscher erzogen wird. Eine Erziehung in diesen Grundsätzen führt dazu, dass das Kind seinem Vaterland und seinem Volke entfremdet wird, dass es zur Missachtung und zur Unbotmäßigkeit gegenüber den staatlichen Anordnungen und Maßnahmen geneigt gemacht wird und dass es die Fähigkeit verliert, dereinst ein brauchbares Mitglied der Volksgemeinschaft zu werden und seine Pflichten gegenüber dem Staat zu erfüllen. (...)

Aus alledem ergibt sich, dass ein deutscher Vater, der sein Kind in der Lehre der Ernsten Bibelforscher erzieht, seine Erziehungspflichten gröblich verletzt und damit das Recht der Sorge für die Person des Kindes missbraucht. (...)

Zur Verhinderung der drohenden Verwahrlosung müssen die Kinder aus dem Elternhaus entfernt und anderweitig untergebracht werden.

4.) Fazit

Deutlicher als in allen anderen Rechtsgebieten kam im nationalsozialistischen Jugendrecht zum Ausdruck, wie das Individuum hinter staatlichen Interessen zurücktreten musste. Die Ziele des nationalsozialistischen Staates, dem es, so die Ideologie, „nicht um das Wohl des Einzelnen, sondern des ganzen Volkes“²³⁷ ging, hatten nicht nur Vorrang vor dem individuellen Kindeswohl, sondern auch vor den elterlichen Rechten.

Gleichwohl brachte die nationalsozialistische Gesetzgebung im Bereich der Sorgerechtsregelung nach einer Ehescheidung und des Verkehrsrechts eine Stärkung der Position des Kindes. § 81 EheG 1938 beseitigte das bis dahin geltende Verschuldensprinzip und übertrug dem Vormundschaftsgericht die Aufgabe, die dem Kindeswohl am besten entsprechende Entscheidung zu treffen. Das Kindeswohl war damit zur Entscheidungsmaxime erhoben worden, wenngleich die Scheidungsschuld auch weiterhin nicht völlig ohne Bedeutung war. Während nach dem früheren Recht Hintergrund des Verschuldensprinzips jedoch die elterliche Sanktion war, zog man nunmehr aus der Scheidungsschuld den Rückschluss darauf, dass ein hinsichtlich der Ehepflichten verantwortungsloser Ehegatte in der Regel auch für das Kind kein erzieherisches Vorbild sein würde. Auch im Bereich des Verkehrsrechts erfuhr die Position des Kindes insofern eine Stärkung, als das Gericht nunmehr gesetzlich die Möglichkeit hatte, das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils zum Wohle des Kindes vorübergehend oder dauerhaft auszuschließen.

Wenngleich diese gesetzlichen Reformen aus Sicht der Kindesinteressen also einen Fortschritt bedeuteten, waren die Veränderungen jedoch weniger von berechtigten Reformwünschen beeinflusst, als vielmehr von dem Gedanken, gleichzeitig einen staatlichen Machtzuwachs über die Erziehungsgewalt der Kinder zu gewinnen. Primäreres Ziel der nationalsozialistischen Gesetzgebung war es, den Einfluss der Gerichte auf die Erziehung zu stärken um so die ideologischen Grundsätze effektiver umsetzen zu können. Dass sich dadurch auch die Rechtstellung des Kindes verbesserte, war dabei eher eine in Kauf genommene Nebenwirkung. Zwar war die Ausrichtung der Gesetze auf das Kindeswohl äußerlich nicht immer mit der nationalsozialistischen Ideologie in Verbindung zu bringen, doch die für Wertungen und Wertwandel offenen Generalklauseln ermöglichten es den Gerichten, die den staatlichen Maßstäben entsprechenden und den Zwecken der Staatsregierung entgegenkommenden Entscheidungen zu treffen. So sind die Beschlüsse der Gerichte durchgehend geprägt von rassistischen Wertungen, der Fokussierung auf das

²³⁷ *Althaus*, zit. aus *Otto/Sinker*, S. 67.

Führertum, der Absage an die Erziehung zur Individualität und der Ablehnung des Rechts auf Erziehung. Obgleich die Objektivierung des Verschuldenserfordernisses bei § 1666 Abs.1 sowie die Aufgabe des Gefährdungsmaßstabes im Rahmen von § 1635 a.F. und § 81 EheG 1938 für sich genommen aus Sicht der Kindesinteressen auch hier wieder zu begrüßen waren, geschah diese Stärkung der Position des Kindes offensichtlich nicht um des Kindes willen, sondern um die staatliche Erziehungsideologie besser umsetzen zu können. Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass unter der Herrschaft des nationalsozialistischen Regimes das Kind zum bloßen Objekt staatlicher Machtpolitik degradiert und die Generalklausel „Kindeswohl“ für die Erreichung nationalsozialistischer Ziele instrumentalisiert und damit ihres Sinnes entleert wurde.

III. Das Ehegesetz vom 20. Februar 1946

Nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges erließen die Besatzungsmächte das Kontrollgesetz über die Ehe vom 20. Februar 1946 und hoben damit das Ehegesetz aus dem Jahre 1938 auf. Die §§ 81, 82 EheG 1938 wurden abgelöst von §§ 74, 75 EheG 1946.

1.) Der Einfluss einer Ehescheidung auf die Personensorge

a.) Die Regelung des § 74 EheG 1946

In § 74 EheG 1946²³⁸ war das Verhältnis der Eltern zu den Kindern nach einer Ehescheidung geregelt. Die Vorschrift bedeutete gegenüber den früheren Regelungen eine grundsätzliche Neuregelung. Wem die Sorge für die Person des oder der Kinder zustand, entschied nicht mehr das Schuldausspruch, auch nicht wie nach § 81 EheG 1938 ausschließlich das Vormundschaftsgericht, sondern in erster Linie die Einigung der Eltern. Zwar musste das Vormundschaftsgericht den elterlichen Vorschlag genehmigen, doch konnte es die Genehmigung nur versagen, wenn schwerwiegende Gründe vorlagen.²³⁹

Hatte das Vormundschaftsgericht nach Abs.2 die Regelung zu treffen, so musste diese „dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten“ entsprechen. Maßgeblich war nach dem Willen der Gesetzgeber also ausschließlich das wohlverstandene, das heißt in verständiger, sachlicher Betrachtungsweise

²³⁸ § 74 Abs.1, 2 und 4 EheG 1946 lautete:

”[Abs. 1] Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, falls eine Einigung der Ehegatten nicht zustande gekommen ist, welchem von ihnen die Sorge für die Person des oder der gemeinschaftlichen Kinder zustehen soll. Die Einigung der Ehegatten ist in einem schriftlichen Vorschlag binnen einer Frist von zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht zur Genehmigung vorzulegen.

[Abs. 2] Ist der Vorschlag innerhalb der in Abs. 1 bestimmten Frist nicht vorgelegt worden oder findet er nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, so hat dasselbe diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des oder der Kinder unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht. Es kann dabei auch mit den Kindern persönlich Fühlung nehmen.”

[Abs.4] Einem Ehegatten, der allein überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

²³⁹ Huth, S. 120.

zu ermittelnde Interesse des Kindes, wobei namentlich auch dessen Alter, Geschlecht, Gesundheitszustand und Anlagen eine Rolle spielten. Die Belange der Ehegatten kamen nicht in Betracht.²⁴⁰

Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt worden war sollte wie unter der Herrschaft des § 81 EheG 1938 die Sorge für die Person nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohle des oder der Kinder diene.

b.) Die Rechtsprechung zu § 74 EheG 1946

aa.) Grundsätze

Unter der Herrschaft des § 74 EheG 1946 wurde die Rechtsprechung aus der Zeit des Nationalsozialismus – jedoch unter Außerachtlassung der durch den Nationalsozialismus entwickelten ideologischen Vorzeichen – im Großen und Ganzen fortgesetzt. Allerdings hatte das Gericht nur dann die Möglichkeit eine eigene Entscheidung über die Zuteilung der elterlichen Sorge zu treffen, wenn die Eltern keine Einigung finden konnten, der elterliche Vorschlag verfristet war oder schwerwiegende Gründe eine eigene Entscheidung des Gerichts erforderlich machten. Zu einer Entscheidung des Gerichts kam es daher meist nur dann, wenn die Eltern sich nicht einigen konnten.

Bei der Frage, welche Regelung dem wohlverstandenen Interesse des Kindes am besten entsprechen würde, hatte das Gericht insbesondere zu prüfen, wie sich die Sorgerechtsregelung in erzieherischer, häuslicher, vermögensrechtlicher, seelischer und körperlicher Beziehung auf das Kind auswirkte.²⁴¹ Zu berücksichtigen waren nach ständiger Rechtsprechung namentlich das Alter, das Geschlecht, der Gesundheitszustand und die Anlagen der Kinder.²⁴²

Hinsichtlich der „besonderen Gründe“ im Rahmen des § 74 Abs.4 EheG 1946 entwickelten sich im Laufe der Zeit zwei unterschiedliche Richtungen. Teilweise wurde die Rechtsprechung aus der Zeit des Nationalsozialismus von den Gerichten noch mehr

²⁴⁰ Huth, S. 120.

²⁴¹ OLG Köln DRZ 1949, S. 568; OLG Frankfurt SJZ 1948, S. 89.

²⁴² BGH NJW 1952, S. 879; NJW 1951, S.881.

abgemildert²⁴³, teilweise entstand jedoch auch eine strengere Rechtsprechung, die sogar auf den alten „Gefährdungsmaßstab“ zurückgriff.²⁴⁴ Diese Judikatur erfuhr allerdings heftige Kritik von Seiten anderer Gerichte, die geltend machten, dass die Rechtsprechung der Bedeutung der Scheidungsschuld gegenüber dem Kindeswohl zu große Bedeutung beimesse und damit praktisch wieder zu den Ergebnissen wie unter der Herrschaft des § 1635 a.F. führe.²⁴⁵ Diese Kritik veranlasste die meisten Gerichte letztlich dazu, die Schuldvorschrift nur als eine Richtlinie im Rahmen der nach dem Kindeswohl ausgerichteten Gesamtvorschrift anzusehen und die aus ihr genommene Vermutung der besseren Eignung des nicht- oder minderschuldigen Elternteils schon durch den Beweis der besseren Eignung des anderen Elternteils als widerlegt anzusehen.²⁴⁶ Auf die zur Durchsetzung dieser Auffassung erfolgten Vorlage an den BGH entschied dieser jedoch im Sinne der strengern Ansicht: Die Schuldvorschrift bezwecke den Schutz des nichtschuldigen Elternteils, der nicht auch noch den Verlust des Kindes solle hinnehmen müssen. Besondere Gründe seien solche, die wesentlich genug seien, um im Interesse des Wohles des Kindes das Vorrecht des nicht- oder minderschuldigen Elternteils außer Kraft zu setzen.²⁴⁷ Diese Entscheidung stieß innerhalb der Rechtsprechung jedoch kaum auf Zustimmung, so dass es letztlich bei der geteilten Rechtsprechung blieb.

bb.) Einzelne Entscheidungen

(1) OLG Stuttgart, Beschluss vom 11. April 1956, FamRZ 1956, S. 190:

Sachverhalt:

Die Eheleute sind geschieden. Der Mutter als formell schuldlos Geschiedenen wurde das Sorgerecht für die gemeinsame zehnjährige Tochter Christa übertragen, obwohl sie ein außereheliches Liebesverhältnis mit einem verheirateten Mann führte.

Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

²⁴³ So dass des Öfteren nicht einmal mehr „schwerwiegende“ Gründe noch „sehr erheblicher Art“ gefordert wurden. Vgl. OLG Saarbrücken in FamRZ 1955, S. 145.

²⁴⁴ BGH NJW 1952, S. 1254.

²⁴⁵ Vgl. LG Nürnberg – Fürth FamRZ 1956, S. 243; OLG Karlsruhe ZBIJR 1955, S. 327.

²⁴⁶ OLG Freiburg DRZ 1950, S. 207; OLG Hamburg MDR 1950, S. 494; OLG Hamm MDR 1948, S. 417.

²⁴⁷ BGH NJW 1952, S. 879.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

Zutreffend geht das Landgericht von dem grundsätzlichen Vorrecht des schuldlos geschiedenen Elternteils aus. (...) Schließlich hat das Landgericht nicht verkannt, dass die Regel des § 74 Abs.4 EheG eine Durchbrechung erfahren muss, wenn das Wohl des Kindes aus besonders schwerwiegenden Gründen eine anderweitige Regelung erfordert. Unter letzterem Gesichtspunkt hat das LG auch das Vorbringen des Beschwerdeführers gewürdigt, die Mutter unterhalte ein außereheliches Liebesverhältnis mit einem verheirateten Mann. (...) Dieses Treiben muss von der zehnjährigen Christa in seiner wahren Bedeutung, nämlich als ehebrecherisches Verhältnis, erkannt werden. Das Kind hätte also in für seine seelische Entwicklung ausschlaggebenden Jahren ständig die hartnäckige Missachtung eines Grundgebots der sittlichen Gemeinschaftsordnung vor Augen. (...) So ist das ganze geeignet, die Bedeutung des Eheinstituts in der noch in der Entwicklung begriffenen sittlichen Vorstellung des Kindes in gefährlicher Weise zu verwischen.

Dass ein solcher Zustand eine schwere erzieherische Gefahr bedeutet, lässt sich ohne Verstoß gegen allgemein gültige Erfahrungssätze nicht verkennen.

(2) Kammergericht, Beschluss vom 21. März 1957, FamRZ 1957, S. 176 f.:

Sachverhalt:

Die 1946 geschlossene Ehe der Eltern des Kindes Matthias K. wurde am 26. Oktober 1954 geschieden; beide Eltern wurden für schuldig erklärt.

Das Amtsgericht übertrug das Sorgerecht für Matthias auf die Mutter. Auf Beschwerde des Vaters, der im Juni 1956 eine neue Ehe geschlossen hatte, hob das Landgericht die Entscheidung auf. Gegen diesen Beschluss legte die Mutter Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

Nach § 74 Abs.2 EheG hat das Vormundschaftsgericht diejenige Regelung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des Kindes unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse am besten entspricht. (...)

Hierbei kommt dem Umstand entscheidende Bedeutung zu, dass der Vater im Juni 1956 wieder geheiratet hat und dass seine jetzige Frau einen elfjährigen Sohn mit in die Ehe gebracht hat. Hierdurch entsteht die Gefahr, dass Matthias, wenn er der Absicht des Vaters entsprechend zusammen mit seinem Stiefbruder aufwachsen würde, von seiner Stiefmutter gegenüber ihrem eigenen Sohn benachteiligt und in seiner Entwicklung gehemmt werden könnte. Diese, sich aus der naturgegebenen engeren Bindung der Mutter gegenüber dem eigenen Kinde ergebende Gefahr bliebe auch dann bestehen, wenn die jetzige Ehefrau des Vaters den ernstesten Willen hätte, Matthias wie ein eigenes Kind zu halten und aufzuziehen. Einer für Matthias ungünstigen und abträglichen Entwicklung der Verhältnisse könnte vermutlich auch der Vater nicht begegnen, weil die Erziehung der Kinder jedenfalls im Kindesalter erfahrungsgemäß überwiegend in der Hand der Mutter liegt.

Daher erscheint es gerechtfertigt, das Sorgerecht auf die Mutter zu übertragen.

2.) Der persönliche Verkehr mit dem Kind

a.) Die Regelung des § 75 EheG 1946

§ 75 EheG 1946²⁴⁸ regelte das Verkehrsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils mit dem Kind und entsprach dabei wörtlich § 82 EheG 1938.

Nach Abs.2 hatte das Vormundschaftsgericht weiterhin die Befugnis den Verkehr näher zu regeln. Hierbei sollte sich das Gericht am Kindeswohl orientieren und darauf bedacht nehmen, dass das Kind durch den Verkehr nicht irgendwelchen schädlichen Einflüssen, sei es

²⁴⁸ § 75 EheG 1946:

„[Abs. 1] Der Ehegatte, dem die Sorge für die Person eines gemeinschaftlichen Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren.

[Abs. 2] Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“.

gesundheitlicher Art oder in sittlicher Hinsicht, ausgesetzt war.²⁴⁹ Ausdrücklich gesetzlich normiert war die Bindung an das Kindeswohl allerdings nicht.

Der vollständige Ausschluss des Verkehrsrechts für eine bestimmte Zeit oder dauernd war nach Abs.2 S.2 möglich, wenn dies für das Kindeswohl dienlich war.

b.) Die Rechtsprechung zu § 75 EheG 1946

Die Rechtsprechung zu § 75 EheG 1946 orientierte sich im Wesentlichen an den bisher ergangenen Entscheidungen zu § 82 EheG 1938 und § 1636 a.F..²⁵⁰ Die Gerichte betonten in ihren Entscheidungen stets, dass ausschlaggebendes Kriterium das Kindeswohl sei. Entgegen diesem Grundsatz räumten die Gerichte den Interessen des Kindes aber in der Regel eine gegenüber den Interessen der Eltern subsidiäre Stellung ein.²⁵¹ Den Zweck des Verkehrsrechts sah man nach wie vor ausschließlich darin, dem nichtsorgeberechtigten Elternteil die Möglichkeit zu geben, sich vom Wohlbefinden des Kindes zu überzeugen und einer Entfremdung zwischen ihm und dem Kind vorzubeugen.²⁵² Dementsprechend wurde dem Willen des Kindes nur zurückhaltend Bedeutung beigemessen.²⁵³

Der völlige Ausschluss des Verkehrsrechts war auch unter der Herrschaft des § 75 EheG 1946 auf seltene Ausnahmefälle begrenzt. Er war grundsätzlich erst dann statthaft, wenn andere zum Schutz des Kindes geeignete Mittel nicht zu Gebote standen, es also keine Möglichkeit gab, das Kind auf andere Weise zu schützen.²⁵⁴

²⁴⁹ Gerold, S. 124.

²⁵⁰ Allerdings unter Außerachtlassung der ideologischen Ansichten des Nationalsozialismus.

²⁵¹ OLG Freiburg RPfleger 1950, S. 425; OLG Düsseldorf ZBIJR 55, S. 274.

²⁵² BayOLG BayZ 51, S. 357.

²⁵³ BayOLG BayZ 57, S. 145.

²⁵⁴ OLG Düsseldorf ZBIJR 1955, S. 274; OLG Celle ZBIJR 1954, S. 86; OLG Freiburg RPfleger 50, S. 425; BayOLG BayZ 57, S. 141.

3.) Fazit

Nachdem das Elternrecht in der Zeit des Nationalsozialismus zu Gunsten der staatlichen Erziehungspolitik stark eingeschränkt wurde, erfuhr es durch das EheG 1946 erneut eine deutliche Stärkung.

Erstmals hatten die Eltern die Möglichkeit selbst über die Zuteilung der elterlichen Sorge nach einer Ehescheidung zu bestimmen. Eine gerichtliche Überprüfung der elterlichen Entscheidung am Wohl des Kindes fand in aller Regel nicht statt. In den seltenen Fällen, in denen die Rechtsprechung zu einer eigenen Entscheidung berufen war, war das Gericht jedoch gesetzlich an das Kindeswohl gebunden. Allerdings hatte es nur dann die Möglichkeit dem schuldig erklärten Elternteil die Personensorge zu übertragen, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes diene. Anders als die Judikatur unter der Herrschaft der Nationalsozialisten, die an die besonderen Gründe keine hohen Anforderungen stellte, griffen die Gerichte nunmehr teilweise auf den alten „Gefährdungsmaßstab“ zurück und verstärkten so noch den Vorrang der Scheidungsschuld vor dem Kindeswohl. Daneben lässt sich beobachten, dass die Gerichte, wie auch unter der Herrschaft des § 1635 a.F., dem individuellen Wohl des Kindes allgemeine, an der gängigen Auffassung von Moral und Sitte orientierte Erwägungen voranstellten. Die tatsächlichen Auswirkungen einer Situation auf das Kind blieben meist gänzlich unberücksichtigt. Dieser Tendenz entsprach auch die Rechtsprechung im Rahmen des Verkehrsrechts. Dem Willen des Kindes wurde weiterhin keinerlei Bedeutung zugesprochen und die Gerichte räumten den elterlichen Interessen den Vorrang ein. Ein wesentlicher Wandel innerhalb der Rechtsprechung zugunsten des Kindeswohls lässt sich also auch unter der Herrschaft des EheG 1946 nicht feststellen.

D. Das Gleichberechtigungsgesetz vom 1. Juli 1958

I. Einleitung

Das am 1. Juli 1958 in Kraft getretene Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des Bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz)²⁵⁵ brachte neue positive Regelungen des Kindschaftsrechts, indem es die bisher nur für und gegen den Vater geltenden Regelungen auf die Mutter erstreckte und so die Rechtsunsicherheit der zurückliegenden Jahre beseitigte.²⁵⁶

Bei der dem Gesetzgeber gestellten Aufgabe ging es aber nicht allein um die Verwirklichung der Gleichberechtigung in Ehe und Familie. Es musste die Neuordnung auch so vorgenommen werden, dass sie der nicht minder wichtigen Verfassungsnorm des Art. 6 GG, wonach Ehe und Familie unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stehen, entsprach. Es ging also neben der Verwirklichung der Gleichberechtigung auch und vor allem um die familiengerechte Neuordnung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern. Aus diesem Grund genügte es auch nicht, lediglich den Wortlaut einiger Vorschriften zu ändern, sondern es bedurfte teilweise einer umfassenden Neuregelung.

In diesem Zuge wurde die Regelung der elterlichen Gewalt in den §§ 1626 – 1698 a.F. durch eine vollständige Neufassung in den §§ 1626 – 1698 n.F.²⁵⁷ ersetzt, wobei die bisherige Reihenfolge nicht immer gewahrt blieb.²⁵⁸

²⁵⁵ BGBl. I 609.

²⁵⁶ Das in Art. 3 Abs.2 GG verankerte Grundrecht der Gleichberechtigung von Mann und Frau gelangte mit Inkrafttreten des Grundgesetzes noch nicht gleich zur Wirksamkeit. Den Gesetzgebern sollte Zeit und Gelegenheit gegeben werden, das bisherige Recht an den Gleichberechtigungssatz durch ein ausdrückliches und umfangreiches Gesetz anzupassen. In Art. 117 Abs.1 GG wurde deshalb die Übergangsbestimmung getroffen, dass das dem Gleichberechtigungsgrundsatz entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung an Art. 3 Abs.2 GG in Kraft bleibe, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953. Nachdem bis zum Ablauf dieser Frist ein entsprechendes Anpassungsgesetz jedoch nicht erlassen worden war, entschied das Bundesverfassungsgericht durch Urteil vom 18. Dezember 1953, dass alle dem Gleichberechtigungsgrundsatz widersprechenden Vorschriften als nicht mehr geltend zu behandeln seien.

²⁵⁷ Die nicht weiter bezeichneten Paragraphenangaben beziehen sich nunmehr auf die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches in der Form, die es nach dem Gleichberechtigungsgrundsatz erfahren hat. Die ursprünglichen Normen werden mit dem Zusatz „a.F.“ gekennzeichnet.

²⁵⁸ *Beitzke* (FamRZ 1958, S.7) kritisierte hieran, dass das dadurch die Handhabung des Gesetzes unnötig erschwert würde.

II. Die elterliche Gewalt

1.) Die Grundzüge der Neuregelung

Obwohl auch § 1626 a.F. von „elterlicher Gewalt“ sprach war diese überwiegend eine „väterliche Gewalt“. Diese Ordnung war unbestrittenermaßen mit Art. 3 Abs.2 GG unvereinbar und bedurfte einer grundlegenden Wandelung vom „Vaterrecht zum Elternrecht“. Dementsprechend regelte § 1626 Abs.1 nunmehr, dass das minderjährige Kind unter der gemeinsamen elterlichen Gewalt des Vaters und der Mutter stand.²⁵⁹

Die Personensorge umfasste wie nach altem Recht gemäß § 1631 Abs.1 das Recht und die Pflicht beider Elternteile, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen. Dass kraft des Erziehungsrechts angemessene Zuchtmittel gegen das Kind angewendet werden können, wurde nicht mehr ausdrücklich gesetzlich geregelt, verstand sich aber nach dem damaligen Verständnis von Erziehung von selbst.²⁶⁰

2.) Die Bindung an das Kindeswohl

Nach § 1627 S.1 hatten die Eltern die elterliche Gewalt in eigener Verantwortung und im gegenseitigen Einvernehmen auszuüben, wobei allein das Wohl des Kindes richtungweisend und bestimmend sein sollte. Damit wurde das Kindeswohl ausdrücklich zur Maxime jeglichen elterlichen Handelns. Gleichzeitig wurden die Eltern verpflichtet bei Meinungsverschiedenheiten eine Einigung zu finden, da man dies zum Schutze des Kindeswohls für erforderlich hielt.²⁶¹

²⁵⁹ Die gesonderten Vorschriften für eine elterliche Gewalt der Mutter und deren bloße Nebengewalt fielen weg.

²⁶⁰ *Paulick*, FamRZ 1958, S. 5; *Donau*, MDR 1958, S. 9.

²⁶¹ Eingehend zum Grundsatz des gegenseitigen Einvernehmens: *Seidl*, S. 53 ff..

III. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Gewalt, §§ 1671, 1672

1.) Die elterliche Gewalt im Falle einer Ehescheidung, § 1671

Während das EheG 1938 und das EheG 1946 die Auswirkungen einer Ehescheidung auf die elterliche Gewalt außerhalb des BGB regelten, führte das Gleichberechtigungsgesetz die Vorschrift in Gestalt des § 1671²⁶² wieder in das BGB ein. Nach Abs.1 war jetzt über die gesamte elterliche Gewalt Bestimmung zu treffen, also über die Personen- und Vermögenssorge einschließlich der Vertretung auf beiden Gebieten. Über diese durch den Grundsatz der Gleichberechtigung veranlasste Änderung hinaus hatte der Gesetzgeber die Gelegenheit genutzt, eine Reihe von weiteren Änderungen vorzunehmen, die ihm nach den Erfahrungen der Praxis als zweckdienlich erschienen:

Nach § 1671 Abs.1 hatte nunmehr das Vormundschaftsgericht zu entscheiden, welchem Elternteil die elterliche Gewalt zustehen sollte. Allerdings sollte das Gericht gemäß Abs.2 nur dann von einem Vorschlag der Eltern abweichen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich würde. Hintergrund dieser Bindung an den Elternvorschlag war die Ansicht, dass die Eltern selbst am besten und sorgfältigsten prüfen könnten, welche Regelung dem Kindeswohl am ehesten entgegenkomme.²⁶³ Nur dann, wenn die Eltern den Vorschlag nicht innerhalb der gesetzlichen Frist unterbreiteten oder das Vormundschaftsgericht den Vorschlag missbilligte, konnte das Vormundschaftsgericht nach Abs.3 S.1 eine Regelung treffen, die

²⁶² § 1671 Abs.1 bis 3 lautete:

”[Abs. 1] Ist die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

[Abs. 2] Von einem Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

[Abs.3] Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil allein für schuldig erklärt und sprechen keine schwerwiegenden Gründe dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen übertragen.”

²⁶³ *Schwoerer*, FamRZ 1958, S. 435 ff..

unter der Berücksichtigung der Gesamtsituation dem Kindeswohl am ehesten entsprach.²⁶⁴ Dabei spielte die Scheidungsschuld weiterhin eine wesentliche Rolle. Während das Gesetz früher die Übertragung des Sorgerechts auf den schuldigen Teil davon abhängig machte, dass dies „aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes diene“, war nunmehr erforderlich, dass „schwerwiegende Gründe für die Übertragung auf den schuldigen Teil“ sprachen.

2.) Die elterliche Gewalt bei Getrenntleben der Eltern, § 1672

Neben der Vorschrift des § 1671 brachte das Gleichberechtigungsgesetz auch die neue Vorschrift des § 1672. Diese befasste sich erstmals mit der elterlichen Gewalt getrenntlebender Eltern. Während das Vormundschaftsgericht bisher nur unter den Voraussetzungen des § 1666 Abs.1 tätig werden konnte, ordnete § 1672 nunmehr an, dass das Vormundschaftsgericht die elterliche Gewalt einem Elternteil allein zuteilen oder dem einen Elternteil die Personensorge, dem anderen die Vermögenssorge übertragen konnte. Das Gericht hatte dabei die in § 1671 aufgestellten Entscheidungsgrundsätze analog anzuwenden. Dies galt auch für die Schuldvorschrift des § 1671 Abs.3.

3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1671, 1672

a.) Grundsätze

aa.) Der elterliche Vorschlag

Gemäß § 1671 Abs.2 durfte das Vormundschaftsgericht nur dann von einem Vorschlag der Eltern abweichen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich war. Dies war nach ständiger Rechtsprechung nicht schon dann der Fall, wenn eine andere Regelung dem Wohl des Kindes dienlicher erschien, besser oder am besten entsprechen würde, wenn das Vormundschaftsgericht den Vorschlag für unzumutbar hielt oder bei selbständiger Entscheidung dem anderen Elternteil den Vorzug gegeben hätte. Vielmehr musste das Wohl

²⁶⁴ Das Gesetz war damit zur Formulierung des § 81 Abs.1 S.2 EheG 1938 zurückgekehrt, nachdem § 74 Abs. 2 S.1 EheG 1946 vom „wohlverstandenen Interesse des Kindes“ gesprochen hatte, ohne dass dies eine inhaltliche Änderung bedeutet hätte.

des Kindes durch eine dem Vorschlag entsprechende Regelung ernstlich beeinträchtigt, wenn auch nicht gerade gefährdet sein.²⁶⁵

bb.) Die Bindung an das Kindeswohl und die Scheidungsschuld

(1) Die Grundregel des § 1671 Abs.3 S.1

In § 1671 Abs.3 S.1 regelte das Gesetz, dass das Vormundschaftsgericht die Entscheidung zu treffen habe, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entsprechen würde. Da diese Vorschrift ihrem materiellen Inhalt nach mit der Regelung des § 74 Abs.2 S.1 EheG 1946 übereinstimmte, orientierte sich auch die Rechtsprechung zunächst an den zu der früheren Regelung aufgestellten Grundsätzen.²⁶⁶ Unter Berücksichtigung des Alters, des Geschlechts, des Gesundheitszustandes und der Anlagen des Kindes war zu prüfen, wie sich die Sorgerechtsregelung in erzieherischer, häuslicher, vermögensrechtlicher, seelischer und körperlicher Beziehung auf das Kind auswirkte.²⁶⁷ Im Rahmen dieser am Kindeswohl orientierten Abwägung aller Umstände des Falles entwickelten die Gerichte im Laufe der Zeit allgemeine Kriterien, die es bei der Entscheidung zu berücksichtigen galt:

- Bindungen und Kontinuität:

Lebte das Kind bereits seit längerer Zeit bei einem Elternteil in geordneten Verhältnissen, ging dort zur Schule und hatte dort Freunde und andere Verwandte, sollte ein Wechsel der Sorgeberechtigung nur bei Vorliegen triftiger Gründe angeordnet werden.²⁶⁸

- Alter und Geschlecht des Kindes:

In den ersten Lebensjahren sollte das Kind möglichst nicht von der Mutter getrennt werden.²⁶⁹

²⁶⁵ Vgl. OLG Stuttgart FamRZ 1975, S.105; OLG Hamm FamRZ 1973, S. 181; OLG Köln FamRZ 1971, S. 186; KG NJW 1968, S. 362; BayOLG FamRZ 1964, S. 310; KG FamRZ 1958, S. 423; BayOLG BayZ 52, S. 387.

²⁶⁶ Allerdings waren Entscheidungen in diesem Bereich verhältnismäßig selten, da eine materielle Gesetzesverletzung durch den Vorschlag der Eltern nur schwer zu begründen war und Fälle, in denen die Eltern keinen fristgerechten Vorschlag machten, die Ausnahme blieben.

²⁶⁷ Vgl. OLG Köln DRZ 1949, S. 568; OLG Frankfurt SJZ 1948, S. 89.

²⁶⁸ OLG Köln FamRZ 1976, S. 32 ff.; OLG Hamburg FamRZ 1959, S. 255 ff..

²⁶⁹ KG FamRZ 1964, S. 641; BayOLG FamRZ 1962, S. 165; KG FamRZ 1959, S. 509 ff..

Bei älteren Kindern galt der Grundsatz, dass Söhne eher dem Vater, Töchter eher der Mutter zuzuteilen seien.²⁷⁰

- Wille des Kindes:

Je nach Alter und Reife des Kindes wurde dessen Willen eine gewisse Bedeutung zugesprochen. Voraussetzung war, dass das Kind das zehnte Lebensjahr erreicht hatte und sein Wunsch nicht nur auf dem Einfluss des Elternteils beruhte, bei dem es sich zurzeit aufhielt.²⁷¹ Bei nahezu erwachsenen Kindern durfte sich das Gericht zudem nur bei besonders starken Gründen über den Willen hinwegsetzen.²⁷²

- Geschwister:

Dass es regelmäßig dem Willen der Kinder am besten entsprach, wenn sie bei einem Elternteil gemeinsam aufwuchsen und nicht getrennt wurden, wurde von den Gerichten als Grundsatz anerkannt.²⁷³ Trotzdem kam es nicht selten vor, dass die Geschwister getrennt wurden, weil man es als unbillig ansah, wenn ein Elternteil alle Kinder und der andere keines erhielt.²⁷⁴

Daneben sollten noch Gesichtspunkte wie Religionszugehörigkeit²⁷⁵ oder die Nichtabstammung des Kindes vom Ehemann der Mutter²⁷⁶ eine Rolle spielen.

(2) Die Bedeutung der Scheidungsschuld

Nach § 1671 Abs.3 S.2 war eine Übertragung des Sorgerechts auf den schuldigen Elternteil nur bei Vorliegen „schwerwiegender Gründe“ möglich. Das KG und das BayOLG definierten die „schwerwiegenden Gründe“ im Anschluss an BGHZ 3, S. 52 als solche, die in ihrer Gesamtheit schwer genug wiegen, um im Interesse des Wohls des Kindes das Vorrecht des schuldlosen Elternteils auszuschalten, ohne dass jedoch das Wohl des Kindes bei dem

²⁷⁰ OLG Karlsruhe FamRZ 1959, S. 258.

²⁷¹ OLG Köln FamRZ 1976, S. 32; BayOLG FamRZ 1976, S. 282; OLG Karlsruhe FamRZ 1966, S. 315; OLG Hamburg FamRZ 1959, S. 255.

²⁷² BayOLG FamRZ 1977, S. 650.

²⁷³ OLG Köln FamRZ 1986, S. 32; OLG Stuttgart FamRZ 1976, S. 282; BayOLG BayZ 1960, S. 133 und S. 412.

²⁷⁴ OLG Karlsruhe 5 W 66/62; BayOLG BayZ 1960, S. 412.

²⁷⁵ BayOLG FamRZ 1963, S. 195; BayOLG BayZ 1961, S. 243 ff..

²⁷⁶ BayOLG BayZ 1961, 349; FamRZ 1959, 122.

schuldlosen Elternteil bereits gefährdet sein müsste.²⁷⁷ In einer späteren Entscheidung hat das KG die Einschränkung, dass eine Gefährdung des Kindeswohls beim schuldlosen Elternteil nicht erforderlich sei, bereits nicht mehr erwähnt und das Vorrecht dieses Elternteil auf die bessere Eignung zur Erziehung gegründet.²⁷⁸ Insgesamt lässt sich jedoch sagen, dass es eine einheitliche Definition der Rechtsprechung nicht gab, zumal auch die einzelnen Oberlandesgerichte und Landgerichte jeweils eigene Definitionen entwickelten.²⁷⁹

Dessen ungeachtet wurden von der Rechtsprechung als ausreichende Gründe unter anderem anerkannt: Dauernde Krankheit oder abnorme geistige Veranlagung²⁸⁰; Unzuverlässigkeit²⁸¹; ungenügende Wohnverhältnisse²⁸²; außereheliche Geschlechtsverbindungen²⁸³; besonders ablehnende Haltung des fast volljährigen Kindes.²⁸⁴

b.) Einzelne Entscheidungen

aa.) OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. April 1966, FamRZ 1966, S. 315 ff.:

Sachverhalt:

Die Ehe von Walter und Agnes S. wurde durch Urteil vom 30. Juli 1964 aus Verschulden beider Ehegatten geschieden und das überwiegende Verschulden des Mannes festgestellt. Aus der Ehe sind die 1946 geborene Mechthild, die 1950 geborene Beatrix und die 1957 geborene Angelika hervorgegangen. Im Januar 1965 heiratete Walter die Schwester von Agnes. Zu ihr unterhielt der Vater schon seit Jahren eine außereheliche Beziehung.

Das Amtsgericht übertrug dem Vater die elterliche Gewalt für die älteste Tochter und der Mutter die elterliche Gewalt für die beiden jüngeren Töchter. Der Vater legte daraufhin insoweit Beschwerde ein, als durch den Beschluss des Amtsgerichts der Mutter die elterliche

²⁷⁷ BayOLG FamRZ 1962, S. 169 und S. 436; KG FamRZ 1959, S. 509.

²⁷⁸ KG FamRZ 1964, S. 641.

²⁷⁹ OLG Oldenburg FamRZ 1965, S. 335; OLG Neustadt FamRZ 1963, S. 300; OLG Hamburg FamRZ 1959, S. 255.

²⁸⁰ BGHZ 3, S. 61.

²⁸¹ KG FamRZ 1962, S. 435.

²⁸² BGHZ 3, S. 60.

²⁸³ OLG Karlsruhe FamRZ 1960, S. 108.

²⁸⁴ OLG Hamburg FamRZ 1959, S. 255.

Gewalt über Beatrix übertragen wurde. Das Landgericht wies diese als unbegründet zurück. Der Vater legte hiergegen weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

Zutreffend stellt das Landgericht in erster Linie auf das geistige Wohl des Kindes und die erzieherischen Fähigkeit sowie den Charakter der Eltern ab. Indessen berücksichtigt es nur die sich für den Vater aus seiner Scheidungsschuld, insbesondere der Verletzung der ehelichen Treuepflicht, ergebenden charakterlichen und erzieherischen Mängel, nicht aber die auf Seiten der Mutter ebenfalls bestehenden Mängel solcher Art, die zu ihrer Mitschuld an der Scheidung geführt haben. (...) Bei der Gesamtlage kommt zudem dem schon bei seiner Anhörung geäußerten Wunsche der nahezu 16 Jahre alten Beatrix, beim Vater verbleiben zu wollen, entscheidende Bedeutung zu. Die gegenteilige Auffassung des Landgerichts, das ausführt, der Wille des Kindes sei nach der Sachlage „nicht mehr unverfälscht und frei“, sondern vom Vater entscheidend beeinflusst, findet im Ergebnis der Ermittlungen keine Stütze und ist im Hinblick auf das fortgeschrittenen Alter des Mädchens auch nicht der Lebenserfahrung zu entnehmen. (...)

Da hiernach bei Abwägung aller Umstände des Falles die Übertragung der elterlichen Gewalt auf den Vater dem Wohl des Kindes besser entspricht als eine Übertragung auf die Mutter, konnte der vom Landgericht hervorgehobene Gesichtspunkt, dass die Mutter das größere moralische Anrecht auf das Kind habe, keine Bedeutung gewinnen. Die Belange der Eltern können nämlich nur dann Berücksichtigung finden, wenn die Prüfung nach Maßgabe des Kindeswohls keinen Elternteil in Vorteil bringt.

bb.) OLG Köln, Beschluss vom 13. August 1975, FamRZ 1976, S. 32 ff.:

Sachverhalt:

Aus der 1970 geschiedenen Ehe sind zwei Söhne, Jörg und Georg, hervorgegangen. Die Ehe wurde ohne Schuldausspruch geschieden. Die Eltern vereinbarten, dass das Vormundschaftsgericht über die Übertragung der elterlichen Gewalt entscheiden solle. Durch Beschluss des Amtsgerichtes wurde dem Vater schließlich 1972 die elterliche Gewalt für

beide Söhne übertragen. In der Begründung hieß es, die Mutter sei voller Hass gegen den Vater und beziehe die Kinder in diesen Hass ein. Außerdem habe die Mutter ein gestörtes Verhältnis zu ihrem Sohn Jörg und sei auf Grund ihrer angegriffenen psychischen Konstitution und schwachen seelischen Struktur nicht zur Erziehung der Kinder geeignet.

Die Mutter legte daraufhin Beschwerde zum Landgericht ein, das den Beschluss des Amtsgerichts teilweise abänderte. Die Mutter erhielt die elterliche Gewalt über Georg, während dem Vater die elterliche Gewalt über Jörg belassen wurde.

Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Rechtlich zutreffend hat das Landgericht zunächst erhebliche Bedeutung dem Gesichtspunkt der Stetigkeit der Entwicklung und Erziehung des Sohnes Georg beigemessen. Nach den nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts befindet sich dieser Sohn bereits seit 1969 bei der Mutter. Er lebt dort in geordneten Verhältnissen, besucht dort die Schule, hat dort Freunde und hat auch eine starke Bindung an den in der Nähe gelegenen Haushalt der Großeltern mütterlicherseits. Wenn daraus gefolgert wird, dass ein Wechsel dieser Bindungen und Umweltbedingungen und eine Einstellung auf eine völlig andere Umwelt, verbunden auch mit einer Umstellung auf eine andere Erziehungsart des Vaters, dem Sohne Georg nicht nur nicht zum Wohle gereichen würde, sondern eher zu seinem Schaden wäre, so sind diese Erwägungen rechtlich und tatsächlich nicht zu beanstanden.

Ein Wechsel der Sorgeberechtigung kann im Allgemeinen dem Wohle eines Kindes abträglich sein und wird nur bei Vorliegen triftiger Gründe gerechtfertigt werden. Für derartige Gründe ergeben sich keine Anhaltspunkte.

(...) Dabei hat Georg geäußert, er wolle auf keinen Fall zum Vater hin. Er hat sogar erklärt, er wolle seinen Vater nicht mehr besuchen und dies mit einem besonderen Erlebnis beim letzten Besuch motiviert. Damals habe er nämlich vier Stunden lang baden müssen, obwohl es schon zu regnen anfing, so dass er nachher erkältet gewesen sei. (...) Diese entschiedene und eindeutige Meinung eines nahezu 13jährigen Jungen kann, mag sie auch für sich allein nicht ausschlaggebend sein, bei der Frage der Regelung der elterlichen Gewalt nicht außer Betracht bleiben.

IV. Der persönliche Verkehr mit dem Kind

1.) Die Regelung des § 1634

Durch das Gleichberechtigungsgesetz wurde § 75 EheG 1946 durch § 1634²⁸⁵ ersetzt, der seinen Standort erstmals nicht in dem Abschnitt über die Rechtsfolgen der Ehescheidung, sondern der elterlichen Gewalt fand.²⁸⁶

Nach § 1634 Abs.1 behielt derjenige Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zustand, die Befugnis mit dem Kind persönlich zu verkehren. Damit fand die mit dem früheren § 75 Abs.1 EheG 1946 wörtlich übereinstimmende Bestimmung uneingeschränkt auch Anwendung auf nicht – geschiedene Eltern, wenn ihnen oder einem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes nicht zustand.²⁸⁷

Das Vormundschaftsgericht hatte die Befugnis das Verkehrsrecht näher zu regeln. Zwar sollte es grundsätzlich Sache der Eltern sein, sich über den Verkehr zu einigen, kam eine solche Einigung jedoch nicht zustande oder fand sie nicht die Billigung des Vormundschaftsgerichts, konnte dieses jederzeit eine eigene Regelung treffen.

Daneben hatte das Gericht auch die Befugnis den Verkehr für eine bestimmte Zeit oder dauernd auszuschließen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich war. Anders als bei § 75 Abs.2 EheG 1946 konnte das Verkehrsrecht also nicht mehr bereits dann ausgeschlossen werden, wenn dies aus besonderen Gründe dem Wohle des Kindes diene. § 1634 bedeutete damit eine Stärkung des elterlichen Verkehrsrechts.²⁸⁸

²⁸⁵ § 1634 lautete:

„[Abs. 1] Ein Elternteil, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht, behält die Befugnis, mit ihm persönlich zu verkehren.

[Abs. 2] Das Vormundschaftsgericht kann den Verkehr näher regeln. Es kann ihn für eine bestimmte Zeit oder dauernd ausschließen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist.“

²⁸⁶ Insofern wird das Verkehrsrecht auch nicht mehr innerhalb der Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Gewalt behandelt, sondern als eigenes Kapitel.

²⁸⁷ Beispielsweise, wenn einem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes nach § 1666 Abs.1 entzogen wurde.

²⁸⁸ *Schnitzerling*, FamRZ 1958, S. 445.

2.) Die Rechtsprechung zu § 1634

a.) Grundsätze

Die Rechtsprechung zu § 1634 vertrat überwiegend den Standpunkt, die jetzige Fassung des Gesetzes stelle gegenüber § 75 EheG 1946 eine Verstärkung des elterlichen Verkehrsrechts dar. So betonte das OLG Karlsruhe²⁸⁹, „das Verkehrsrecht müsse als elementarster Teil des Elternrechts dem nichtsorgeberechtigten Elternteil, der in dieser Hinsicht gerade wegen des Verlustes des Sorgerechts besonders schutzbedürftig erscheine, in der Regel erhalten bleiben.“ Wenngleich der Zweck des Verkehrsrechts also nach wie vor aus dem Schutz des Elternrechts hergeleitet wurde, erfuhr das Kindeswohl eine deutliche Stärkung innerhalb der Rechtsprechung. Hintergrund war die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes.²⁹⁰ Ausgehend von Art. 6 Abs.2 GG wurde die Pflicht der Eltern, ihre Gewalt im Interesse des Kindes auszuüben, betont und das individuelle Kindesinteresse als Grundlage aller Rechtsfindung im Rahmen des § 1634 hervorgehoben.²⁹¹

In diesem Zusammenhang ging die Rechtsprechung erstmals seit Inkrafttreten des BGB dazu über dem Willen des Kindes bei der Regelung des Verkehrs eine nicht unerhebliche Bedeutung beizumessen.²⁹² Wünsche fast erwachsener Kinder über die Regelung ihrer Besuche bei dem nichtsorgeberechtigten Elternteil wurden grundsätzlich beachtet. Dies galt auch dann, wenn die Kinder den Verkehr gänzlich ablehnten. Voraussetzung war jedoch, dass der Entschluss des Kindes auf beachtlichen Gründen beruhte und freiverantwortlich getroffen war.²⁹³ Dementsprechend hatten die Gerichte den Gründen für die Abneigung des Kindes gegen den verkehrsberechtigten Elternteil nachzugehen und zu prüfen, welchen Grad die Ablehnung hatte. Hintergrund dieser Einschränkung war, dass das Kind wissen sollte, wo es im Notfall Schutz und Hilfe finden konnte. Das Verkehrsrecht wurde also auch als dem Kindeswohl dienend betrachtet.²⁹⁴

²⁸⁹ FamRZ 1958, S. 332.

²⁹⁰ OLG Hamm FamRZ 1965, S. 83 ff..

²⁹¹ OLG Karlsruhe FamRZ 1959, S. 70 ff.; OLG Stuttgart FamRZ 1959, S. 296 ff..

²⁹² Anderweitige Entscheidungen, wie die des AG Ravensburg (DAVorm. 1975, S. 242), wonach die Ausübung eines der Mutter zugebilligten Besuchsrechts nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, ob die Kinder diesen Verkehr wünschen oder nicht, sind vereinzelt gewesen.

²⁹³ LG München FamRZ 1971, S. 311 f.; KG FamRZ 1970, S. 93 ff.; OLG Frankfurt, FamRZ 1968, S. 661; FamRZ 1966, S. 258f.; OLG Hamm FamRZ 1965, S. 83 ff..

²⁹⁴ LG München FamRZ 1971, S. 311; BayOLG BayZ 1969, S. 194.

Eine starre Altersgrenze für die Beachtlichkeit des Kindeswillens zogen die Gerichte nicht. Es war vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob das Kind die entsprechende Reife besaß, die Bedeutung des Verkehrs mit dem anderen Elternteil zu erfassen, die Umstände richtig zu beurteilen und eine freiverantwortliche Entscheidung zu treffen.²⁹⁵

b.) Einzelne Entscheidungen

aa.) OLG Hamm, Beschluss vom 22. September 1964, FamRZ 1965, S. 83 ff.:

Sachverhalt:

Nach der Scheidung der Ehe wurde der Mutter von Seiten des Vormundschaftsgerichts die Personensorge für die drei gemeinsamen Kinder übertragen und das Verkehrsrecht des Vaters geregelt. Beide Elternteile heirateten erneut. Auf die Beschwerde des Vaters hin, wurde die Verkehrsregelung abgeändert und dem Vater gestattet die Kinder für zwei Wochen während der Sommerferien zu sich in die Wohnung zu nehmen. Darauf hin legte die Mutter Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Alle drei Kinder haben bei ihrer richterlichen Anhörung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie sich weigern, den Vater in seiner Wohnung zu besuchen, will sie nicht mit seiner zweiten Ehefrau zusammentreffen wollen. Diese Weigerung haben die Kinder damit begründet, dass ihnen die zweite Ehefrau fremd sei und der Vater nichts getan habe, um den seit Jahren unterbrochenen Verkehr aufzunehmen, dass sie aber auch eine Abneigung gegen die zweite Ehefrau hätten. Diese Ansicht scheint vom Standpunkt der Kinder aus verständlich. (...) Unter diesen Umständen erscheint es nicht schlechthin unbeachtlich, wenn die nahezu erwachsenen Töchter sich weigern, den Vater für längere Zeit in seiner Wohnung zu besuchen und dabei mit seiner jetzigen Ehefrau zusammenzutreffen. Das LG hätte bei dieser Sachlage auf den Willen der Kinder eingehen und sich mit ihren Wünschen über die Ausgestaltung der Besuche eingehen auseinandersetzen müssen. Insoweit ist der Hinweis der weiteren

²⁹⁵ OLG Frankfurt FamRZ 1968, S. 661; BayOLG ZBIJR 1968, S. 145.

Beschwerde darauf, dass das Persönlichkeitsrecht der nahezu erwachsenen Kinder nicht außer Acht gelassen werden dürfe, durchaus berechtigt.

bb.) LG München, Beschluss vom 17. Februar 1971, FamRZ 1971, S. 311 :

Sachverhalt:

Aus der Ehe des Werner D. mit Erika D. sind die Kinder Kurt, geboren 1953, Hans, geboren 1956, und Gabriele, geboren 1957, hervorgegangen. Nach der Scheidung wurde die elterliche Gewalt über alle Kinder dem Vater übertragen. Aufgrund des Antrages der Mutter, ihr Verkehrsrecht mit den Kindern zu regeln, ordnete das Amtsgericht an, dass ihr Hans und Gabriele im Abstand von sechs Wochen am Samstag und zusätzlich je am letzten Schultag vor den Ferien zu überlassen seien.

Gegen den Beschluss legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Lehnt ein Kind es ab, mit dem nicht sorgeberechtigten Elternteil zu verkehren, ist grundsätzlich der sorgeberechtigte Elternteil verpflichtet, kraft seiner Autorität darauf hinzuwirken, dass das Kind seinen Widerstand aufgibt. Notfalls hat er den Widerstand des Kindes durch geeignete Erziehungsmaßnahmen zu brechen. Dies hat seinen Grund darin, dass die Ausübung des Verkehrs mit dem Elternteil, bei dem es sich nicht ständig aufhält, dem Wohl des Kindes dient, da dadurch insbesondere einer Entfremdung vorgebeugt und ihm die Möglichkeit gegeben wird zu wissen, wo es im Notfall Schutz und Rückhalt finden kann.

(...) Der Verpflichtung des sorgeberechtigten Elternteils sind andererseits aber auch Grenzen gesetzt. Sie liegen dort, wo der ablehnenden Haltung des Kindes rechtliche Relevanz zukommt, nämlich wenn das Kind reif genug ist, die Bedeutung des Zusammenseins mit dem anderen Elternteil zu erfassen, die Umstände richtig zu beurteilen und unabhängig von Einflüssen der Umwelt eine eigenverantwortliche, vernünftige Entscheidung zu treffen. Bestimmte Altersvoraussetzungen lassen sich hierfür nicht allgemeingültig festlegen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere, ob die Ablehnung des Kindes aus ernsthaften Gründen erfolgt.

(...) Die Gründe, auf welche die Kinder ihre ablehnende Haltung stützen, sind gewichtig. Sie bringen vor, zu ihrer Mutter keine innere Beziehung mehr zu haben, sie bedeute ihnen nichts mehr und sei für sie eine fremde Frau. Dies beruht darauf, dass die Kinder sich von ihrer Mutter im Stich gelassen fühlten, als diese im Jahre 1964 ihren Vater und sie verließ. (...) 1965 riss zudem jeder Kontakt zur Mutter ab. (...) Diese Umstände brachten eine tief greifende Entfremdung mit sich. (...)

V. Die Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohls gemäß § 1666 Abs.1

Im Zuge der Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde § 1666 Abs.1 dahingehend geändert, dass neben dem Vater auch die Mutter eine Kindeswohlgefährdung verursachen konnte. Bisher war eine Anwendung des § 1666 Abs.1 auf die Mutter nur über § 1686 zu begründen.

An den Gefährdungsursachen der Schutzvorschrift des § 1666 Abs.1 änderte das Gleichberechtigungsgesetz nichts. Zwar empfahl der Bundesrat bei den ersten Beratungen in § 1666 Abs.1 S.1 die Worte „das Kind vernachlässigt“ zu streichen und folgenden Satz einzufügen: „Das gleiche gilt, wenn das Kind vernachlässigt wird und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Eltern ein Verschulden trifft“. Dieser Vorschlag wurde von der Bundesregierung jedoch abgelehnt, so dass es bei der ursprünglichen Fassung des § 1666 Abs.1 blieb.²⁹⁶

²⁹⁶ Staudinger – Donau, (10./11. Auflage), § 1666 Rn. 5.

VI. Fazit

Während die bisherige Entwicklung der Sorgerechtsvorschriften und der Verkehrsregelungen bei Ehescheidung insgesamt dahingehend interpretiert werden kann, dass die Interessen der Eltern im Vordergrund standen und eine besondere Berücksichtigung der Kindesinteressen im Regelfall nicht vorgesehen war, zeichnete sich mit Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes ein Wandel ab. Obwohl das Gesetz – mit Ausnahme des neuen § 1627 S.1 – an sich keine wesentliche Besserung der Rechtsposition des Kindes brachte, änderte sich doch die Rechtsprechung in erheblicher Weise und räumte den Interessen des Kindes infolge der Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erstmals wirklichen Vorrang gegenüber denen der Eltern ein.

§ 1671, der dem Kindeswohl nach wie vor eine hinter dem Elternvorschlag und dem Schuldprinzip nur zurückgedrängte Bedeutung gewährte, wurde von der Rechtsprechung deutlich im Sinne dieser Stärkung der Kindesinteressen ausgelegt. Dies geschah zunächst dadurch, dass der Gefährdungsmaßstab weitgehend aufgegeben wurde und die elterliche Erziehungseignung in den Mittelpunkt rückte. Darüber hinaus entwickelten die Gerichte Entscheidungskriterien, die offensichtlich nicht mehr an ein elterliches Fehlverhalten, sondern an die individuellen Interessen des Kindes anknüpften. In diesem Zusammenhang erfuhr auch der Wille des Kindes erstmals wirkliche Beachtung. Trotzdem blieb es dabei, dass dem Kindeswohl nur die Bedeutung eines Korrektivs zukam und der Elternvorschlag wie eine Vermutung der für das Kindeswohl am besten entsprechenden Lösung behandelt wurde.

Auch im Bereich von § 1634 zeigt sich der Wandel innerhalb der Rechtsprechung deutlich. Obwohl sich die Norm ihrem Inhalt nach nur unwesentlich veränderte, hielt die Rechtsprechung nicht an ihrer bisherigen Entscheidungspraxis fest, sondern gestand dem Kindeswillen eine nicht unerhebliche Bedeutung bei der Regelung des Verkehrsrechts zu.

E. Das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976

Im Zuge des 1. Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976²⁹⁷, das das bisherige Verschuldensprinzip durch das Zerrüttungsprinzip ersetzte, verlor § 1671 Abs.3 seine Bedeutung und wurde zum 01. Juli 1977 gestrichen. Das im BGB seit seiner Einführung bestehende Junktum zwischen Scheidungsschuld und Sorgerechtsregelung wurde damit endgültig aufgehoben. Falls die Eltern dem Gericht keinen gemeinsamen Vorschlag unterbreiteten oder das Gericht diesen nicht billigte, traf es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entsprach. Gleichzeitig trat die Zuständigkeit des Familiengerichts an die Stelle des Vormundschaftsgerichts.

²⁹⁷ BGBl. I 1421.

F. Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1 seit Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes

Seit seiner Entstehung hatte § 1666 Abs.1 kaum inhaltliche Änderungen erfahren. Trotzdem wurde die Regelung innerhalb der letzten fünfzig Jahre von den Gerichten teilweise sehr unterschiedlich ausgelegt. Art. 6 Abs.2 S.1 GG sollte diese, insbesondere im Nationalsozialismus missbrauchte, weitgehende Auslegungsmöglichkeit beschränken und das Kind in den Mittelpunkt des § 1666 Abs.1 setzen. Das Wohl des Kindes, und nur dieses allein, sollte die staatlichen Eingriffe legitimieren. Dabei waren die Gerichte nunmehr auch verpflichtet, das in Art. 2 Abs.1 und Art. 1 Abs.1 GG verankerte Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes zu respektieren.²⁹⁸

Es gilt zu untersuchen, inwieweit die Gerichte diese verfassungsrechtlichen Vorgaben berücksichtigten und in ihrer Rechtsprechung umsetzten.

I. Die Gefährdung des Kindeswohls

Als allgemeines, für alle Eingriffe geltendes Tatbestandsmerkmal verlangte § 1666 Abs.1, dass das geistige oder leibliche Wohl des Kindes gefährdet wurde. Die Gefährdungsgrenze war zentrale Voraussetzung und zugleich Demarkationslinie zwischen elterlichem Erziehungsprimat und staatlichem Wächteramt.

In Anlehnung an die von der früheren Rechtsprechung hervorgebrachte Definition setzte eine Gefährdung nach der neueren Judikatur des BGH und der Oberlandesgerichte eine „gegenwärtige, in einem solchen Maße vorhandene Gefahr voraus, dass sich bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Sicherheit voraussagen ließ“.²⁹⁹ Die Besorgnis künftiger Gefährdungen genügte dementsprechend nicht.³⁰⁰ Die zu erwartenden, das Kind schädigenden Folgen brauchten dagegen aber nicht unmittelbar bevorzustehen.³⁰¹

Die inhaltliche Bestimmung, wann das Kindeswohl gefährdet war, blieb der Einzelfallentscheidung überlassen. Zu berücksichtigen waren jedoch die

²⁹⁸ Ausführlich hierzu: *Brokamp*, S. 75 ff..

²⁹⁹ BayOLG NJW 1971, S. 1464 ff.; FamRZ 1964, S. 639; BGH FamRZ 1956, S. 350.

³⁰⁰ Vgl. auch BayOLG NJW 1976, S. 2018.

³⁰¹ LG Stuttgart ZBIJR 1967, S. 2017; BayOLG ZBIJR 1954, S. 28.

verfassungsrechtlichen Vorgaben. Der Vormundschaftsrichter hatte nicht darüber zu entscheiden, ob eine andere Unterbringung oder andere Erziehungsmaßnahme besser oder zweckmäßiger wäre, sondern ob die Eltern den Rahmen des Vertretbaren überschritten hatten.³⁰²

II. Die Gefährdungsursachen

1.) Allgemeine Tendenzen

In seiner damaligen Fassung verlangte das Gesetz für ein Einschreiten nach § 1666 Abs.1, dass das Kindeswohl durch Missbrauch des Personensorgerechts, Vernachlässigung, ehrloses oder unsittliches Verhalten gefährdet wurde.

Seit Inkrafttreten des BGB von 1900 hatten die Gerichte versucht gängige Definitionen der einzelnen Gefährdungsursachen zu entwickeln, um so eine genauere Subsumtion zu ermöglichen. Oftmals waren die Grenzen zwischen den einzelnen Gefährdungsursachen jedoch fließend, so dass die Gerichte zunehmend ihre Entscheidungen nicht mehr auf die genaue Subsumtion unter eine der Tatbestandalternativen stützten, sondern lediglich darauf hinwiesen, dass das Verhalten zumindest missbräuchlich sei.³⁰³ Eine Begründung fehlte. Die Gefährdungsursache „Missbrauch des Personensorgerechts“ wurde damit immer mehr zu einer Art Auffangtatbestand. Parallel dazu entwickelten die Gerichte die Tendenz gänzlich offen zu lassen, auf welches Merkmal sie sich im Einzelfall stützen. Die Festlegung auf eine Gefährdungsursache wurde als überflüssig und häufig als kaum möglich angesehen.³⁰⁴

Demnach wird im Folgenden die Rechtsprechung auch nicht mehr entsprechend der einzelnen Gefährdungsursachen gegliedert, sondern in die denkbaren Verletzungen der Kindessphäre unterteilt.

³⁰² LG Mannheim DAVorm 1964, S. 9 f..

³⁰³ OLG Frankfurt NJW 1955, S. 1725.

³⁰⁴ OLG Hamm JMBInRW 1961, S. 112; BayOLG BayZ 1952, S. 178 ff..

2.) Berufs- und Ausbildungsfragen

In Fragen der Berufs- und Schulausbildung wurde nach einer viel zitierten Formel des OLG Schleswig³⁰⁵ eine Entscheidung der Eltern nur dann als missbräuchlich angesehen, wenn sie „willkürlich, böswillig oder doch so unverständig ist, dass sie sich in keiner Weise rechtfertigen lässt“. Es genügte nicht, wenn die Entscheidung unzweckmäßig war, dem Willen des Kindes widersprach oder von der Schule oder Ausbildungsstätte im Interesse des Kindes bedauert wurde. Die Wahl der Ausbildung der Kinder war damit bis zur Grenze extremer Fehlhaltungen zur Disposition der Eltern gestellt. Hintergrund dieser Rechtsprechung war die Ansicht, die Eltern würden in diesem Falle noch im Rahmen ihres von Art. 6 Abs.2 GG gewährleisteten Elternrechts handeln.³⁰⁶ Dass dies unter Umständen eine Verletzung des Art. 12 GG des Kindes bedeuten konnte, wurde von den Gerichten nicht berücksichtigt.

Einen Sonderfall stellte die elterliche Forderung nach einem Abbruch einer bereits begonnenen Ausbildung dar. In der Regel sah man dies als mit den Kindesinteressen unvereinbar an, wenn nicht besondere Gründe einen Abbruch erforderlich machten.³⁰⁷

Neben den Fragen zur Ausbildung hatte sich das Gericht auch mit Problemen bei der Berufsausübung zu befassen. Diese bestanden überwiegend darin, dass die Eltern die berufliche Tätigkeit der Kinder an einem anderen Ort beenden und die Kinder nach Hause zurückholen wollten.³⁰⁸ Die Gefährdung des Kindeswohls konnte sich hierbei nicht nur aus dem Eingriff in den beruflichen Lebensraum des Kindes ergeben, sondern auch aus dem damit verbundenen Ortswechsel.

Die Gerichte behandelten diesen Problembereich uneinheitlich. So hatte das Vormundschaftsgericht Bad Kreuznach einen Fall zu entscheiden, in dem die nahezu 18 Jahre alte Tochter mit der Zustimmung der Eltern in den Dienst eines Gastwirts als Haus- und Küchenhilfe getreten war und die Eltern ein Jahr später die Rückkehr der Tochter verlangten. Das Gericht lehnte einen Eingriff nach § 1666 Abs.1 mit der Begründung ab, dass das weibliche Bedienungspersonal dieser Altersstufe in Gastwirtschaften sittlich stärker gefährdet

³⁰⁵ SchlHOLG SchlHA 1957, S. 281.

³⁰⁶ OLG Köln FamRZ 1973, S. 265 ff.; LG Kassel FamRZ 1970, S. 597; OLG Stuttgart FamRZ 1962, S. 208.

³⁰⁷ OLG Köln FamRZ 1972, S. 144; BayOLG FamRZ 1964, S. 639.

³⁰⁸ OLG Karlsruhe OLGZ 1966, S. 582 ff.; LG Bad Kreuznach RPfleger 1965, S. 57 f.; AG Frankfurt/Main ZBIJR 1964, S. 582 ff..

sei als bei einer anderen beruflichen Tätigkeit.³⁰⁹ Anders entschied das Vormundschaftsgericht Frankfurt/Main und schütze das Selbstbestimmungsrecht einer 20 Jahre alten Tochter, deren Mutter das Arbeitsverhältnis wegen des Verdachts einer sexuellen Beziehung der Tochter mit einem älteren Mann kündigte.³¹⁰

3.) Gefährdung der sexualmoralischen Entwicklung

Die Entwicklung des Kindes hin zu einer im sexuellen Bereich entfalteten Persönlichkeit hatte innerhalb der Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1 einen besonderen Stellenwert. Stärker als in den anderen Bereichen nahm hier die gängige Auffassung von Sitte und Moral Einzug in die richterlichen Entscheidungen. Daneben galt es jedoch auch die mit zunehmendem Alter größer werdende Selbstständigkeit und Reife des Kindes sowie dessen sexuelles Selbstbestimmungsrecht zu respektieren.

a.) Beeinflussung durch das Verhalten Dritter

Entsprechend der früheren Judikatur konnte eine Gefährdung des Kindes zunächst darin liegen, dass es ein zu missbilligendes Verhalten Dritter, insbesondere der Eltern, beispielhaft erlebte und dadurch in seinen moralischen Ansichten negativ beeinflusst wurde.

Insbesondere bei außerehelichen Beziehungen eines Elternteils neigte die Rechtsprechung dazu, sehr schnell ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 zu bejahen.³¹¹ Unter weitgehendem Verzicht einer differenzierenden Prüfung der Kindesbelange setzen die Gerichte den Schutz der Ehe oftmals schematisch mit dem des Kindeswohls gleich. Grundlage solcher Vorsorge gegenüber sexuellen Aktivitäten Minderjähriger war das höchstrichterliche Postulat, es könne „nicht zweifelhaft sein, dass die Gebote, die das Zusammenleben der Geschlechter und ihre geschlechtlichen Beziehungen grundlegend ordnen und dadurch zugleich die gesollte Ordnung der Ehe und der Familie festlegen und verbürgen, Normen des Sittengesetzes sind und nicht bloße, dem wechselnden Belieben wechselnder gesellschaftlicher Gruppen

³⁰⁹ LG Bad Kreuznach RPfleger 1965, S. 57 f..

³¹⁰ AG Frankfurt/Main ZBIJR 1964, S. 332 ff..

³¹¹ KG FamRZ 1965, S. 158 ff., OLG Hamm NJW 1962, S. 243; OLG Karlsruhe ZBIJR 1960, S. 338; LG Lübeck FamRZ 1955, S. 270.

ausgelieferte Konventionalregel. Die sittliche Ordnung will, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich in der Einehe vollziehe, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist.“³¹² Wenngleich eine Übertragung dieser Wertung in das Familienrecht äußerst fragwürdig war, blieb die der Entscheidung zugrunde liegende Einschätzung noch lange Zeit Anhaltspunkt der kindschaftsrechtlichen Gerichtsentscheidungen.³¹³

Neben einer außerehelichen Beziehung konnte auch ehelicher Sexualverkehr einen Missbrauch begründen, wenn die Eltern diesen vor den Augen des Kindes ausführten.³¹⁴

b.) Sexualbeziehungen des Kindes

Die Frage gerichtlicher Reaktion stellte sich weiterhin auch bei eigenen Sexualbeziehungen des Kindes.

Unumstritten waren die Fällen, in denen ein Elternteil mit dem Kind eine sexuelle Beziehung aufnahm. Eine Intervention nach § 1666 Abs.1 galt hier als selbstverständlich.³¹⁵

Hatte das Kind, insbesondere die Tochter, unehelichen sexuellen Verkehr, konnte das Gericht wegen Vernachlässigung der elterlichen Sorgspflicht ebenfalls eingreifen.³¹⁶ Hintergrund der gerichtlichen Beurteilung war auch hier die – mittlerweile zwei Jahrzehnte alte - Entscheidung des BGH in Strafsachen³¹⁷, der eine Ausnahme von der Verpflichtung der Verlobten zur Enthaltensamkeit nur zugelassen hatte, „wenn sie ernsthaft zur Ehe entschlossen und sich ihrer Verantwortung bewusst ist, wenn sich der Eheschließung aber zwingende Hindernisse entgegenstellen, die von der Verlobten nicht zu verantworten sind und die in absehbarer Zeit nicht beseitigt werden können“.³¹⁸ Die vormundschaftliche Rechtsprechung fügte dem noch hinzu: „Im übrigen aber haben sich die Gerichte auch nicht von laxen

³¹² BGHSt 6, S. 53 (zu §§ 181 ff. StGB).

³¹³ Im Rahmen der §§ 180, 181 StGB geht es um das Unterbinden „unzüchtiger“ Handlungen, im Kindschaftsrecht jedoch um die Belange des Kindes. Vgl. dazu *Höhne*: S. 265.

³¹⁴ OLG Hamm JMBINRW 1962, S. 243, RPfleger 1960, S. 297.

³¹⁵ LG Lübeck SchlHA 1960, S. 257; BayOLG BayZ 1958, S. 97 ff.; AG Kiel NDV 1953, S. 347.

³¹⁶ Vgl. BayOLG FamRZ 1963, S. 525; OLG Hamm JMINNRW 1962, S. 243 f.; OLG Stuttgart ZBIJR 1961, S. 334; OLG Nürnberg FamRZ 1959, S.71.

³¹⁷ BGHSt 6, S. 54.

³¹⁸ Zu den Bedenken einer Übertragung strafrechtlicher Wertungen in das Familienrecht, siehe bereits Fn. 313.

Beurteilungen leiten zu lassen, wie sie vielleicht in einigen Bevölkerungskreisen herrschen.“³¹⁹

Allerdings ist zu betonen, dass Entscheidungen im Rahmen von § 1666 Abs.1 eher die Ausnahme bildeten und diese Fallgruppe den Gerichten in der Regel in Form der Unterlassungsklage vorlag.³²⁰

4.) Vernachlässigung

Bereits seit Inkrafttreten des BGB von 1900 konnte mangelnde Fürsorge eine Vernachlässigung im Sinne des § 1666 Abs.1 bedeuten. Insbesondere ungenügende Ernährung und Bekleidung des Kindes, Unterlassen der nötigen Körperpflege oder auch die Vernachlässigung des gesamten Haushaltes konnten zu einem staatlichen Eingreifen führen. Diese Rechtsprechung wurde auch nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes fortgeführt und bestätigt.³²¹

Allerdings legten die Gerichte zunehmenden Wert auf die äußerlichen Verhältnisse. Blieben beispielsweise Sauberkeit und Ordnung in der elterlichen Wohnung hinter dem von den Gerichten geforderten Maß zurück, wurde oft schematisch die Gefährdung des Kindes bejaht und der Staat hatte die Möglichkeit einzugreifen.³²² Dagegen war bei lieblosem Verhalten der Eltern ein Eingriff nur dann möglich, wenn die Kindesbelange dies tatsächlich erforderlich machten.³²³

5.) Die religiöse Erziehung

Hinsichtlich der religiösen Erziehung des Kindes konnte im Hinblick auf Art. 4 Abs.1 GG und Art. 6 Abs.2 GG nur in besonderen Ausnahmefällen ein missbräuchliches Handeln der Eltern angenommen werden.

³¹⁹ OLG Hamm RPfleger 1960, S. 297.

³²⁰ Vgl. hierzu LG Tübingen FamRZ 1967, S. 109; OLG Schleswig FamRZ 1965, S. 224 ff.; LG München NJW 1962, S. 809.

³²¹ BGHZ 8, S. 134 ff.; OLG Celle ZBIJR 1954, S. 305; OLG Hamm NJW 1950, S. 393 ff..

³²² LG Mannheim DAVorm. 1964, S. 9 ff.; OLG Celle ZBIJR 1954, S. 305; OLG Hamm NJW 1950, S. 393 ff..

³²³ OLG Karlsruhe DAVorm. 1969, S. 279 ff.; AG Kiel NDV 1953, S. 347 f..

Hierunter fielen insbesondere die Fälle, die zu einer Verwirrung der religiösen Vorstellungen des Kindes auf Grund erheblicher unterschiedlicher Beeinflussung führten.³²⁴ Die Gerichte hatten also stets zu überprüfen, wie das Kind bisher erzogen wurde, auf welchen Gründen der Wechsel der Religion oder Konfession beruhte, wie sich der Wechsel auf die charakterliche und seelische Entwicklung des Kindes auswirken würde und, ob sich das Kind mit dem neuen Bekenntnis identifizieren konnte.³²⁵

Inhaltliche Überprüfung fand die neue Konfession nicht. Angesichts wachsender Toleranz einer an Pluralismus auch im religiösen Bereich sich gewöhnenden Öffentlichkeit wollte man einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht möglichst vermeiden.³²⁶

6.) Kindesmisshandlung

In Anbetracht der verfassungsrechtlichen Verankerung der Menschenwürde und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Bonner Grundgesetz, der verstärkten Diskussion in der juristischen Literatur sowie der zunehmenden Sensibilisierung der Bevölkerung nahm die Problematik der körperlichen Misshandlung durch Überschreitung des elterlichen Züchtigungsrechts auch in der Rechtsprechung an Bedeutung zu.

Während in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts von Seiten der Gerichte weitgehende Zurückhaltung geübt wurde und ein Missbrauch des Personensorgerechts nur in krassen Ausnahmefällen angenommen wurde, setzten sich die Gerichte nunmehr eingehender mit der Frage der Zulässigkeit körperlicher Züchtigungen auseinander. Waren nach früherem Recht angemessene körperliche Züchtigungen gesetzlich erlaubt, enthielt das Kindschaftsrecht seit dem Gleichberechtigungsgesetz keinerlei Regelung mehr zu dieser Frage. Trotzdem hielten die Gerichte an der früheren Formulierung fest und bejahten die grundsätzliche Zulässigkeit angemessener Züchtigungen.

Eine körperliche Misshandlung wurde nur bei Überschreitung des Züchtigungsrechts angenommen. Wann dies anzunehmen war, hing von den zur Züchtigung verwendeten Mitteln, der Häufigkeit der Züchtigung, dem Alter und der Konstitution des Kindes, dem verletzten Körperteil sowie dem Zweck der Züchtigung ab.³²⁷ Starre Grenzen gab es jedoch

³²⁴ BayOLG FamRZ 1963, S. 193; AG Braunschweig FamRZ 1958, S. 470; BayOLG BayZ 1951, S. 423.

³²⁵ Vgl. dazu BayOLG BayZ 1962, S. 414.

³²⁶ LG Lübeck SchlHA 1964, S. 170f.; BayOLG BayZ 1962, S. 413.

³²⁷ Vgl. OLG Köln FamRZ 1973, S. 403 f.; BGH NJW 1953, S. 1440 f..

nicht und es war immer eine Frage des Einzelfalls, ob die Züchtigung ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 rechtfertigte. Dementsprechend war die Rechtsprechung oft uneinheitlich und beurteilte gleichartige Fälle häufig unterschiedlich.³²⁸ Allerdings lässt sich in den drei Jahrzehnten zwischen Bonner Grundgesetzgebung und dem Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge ein entscheidender Wandel innerhalb der Rechtsprechung beobachten:

1953 lehnte der BGH³²⁹ noch im Rahmen eines Strafverfahrens die Verurteilung von Vater und Stiefmutter ab, obwohl diese die 16 Jahre alte Tochter mehrfach geschlagen und gefesselt, ihr das Kopfhair abrasiert und ihr zahlreiche Mahlzeiten verweigert hatten. Der BGH hielt das Vorgehen der Eltern für drastisch, aber zweckmäßig: „Zuchtmittel, die einem ungehorsamen Kinde gegenüber angewendet werden, bestehen ihrem Wesen und ihrem Zwecke nach in der Zufügung körperlichen oder seelischen Schmerzes. Dadurch soll auf die Gesinnung und den Willen des Kindes eingewirkt werden. (...) Art und Maß der Züchtigung muss sich nach der körperlichen Beschaffenheit des Kindes, nach seinem Alter, nach der Größe seiner Verfehlung und nach seiner allgemeinen sittlichen Verdorbenheit richten. Rechtfertigen die Umstände die Anwendung solcher Züchtigungsmittel, die eine nachhaltige und schmerzhaftige Wirkung hervorrufen, so wird regelmäßig anzunehmen sein, dass damit die Grenzen einer vernünftigen Züchtigung nicht überschritten sind.“

Rund zwanzig Jahre später entzog dagegen das OLG Karlsruhe³³⁰ einem Vater das Sorgerecht für sein 16 Jahre altes Kind, weil „Schläge in diesem Alter kein geeignetes Erziehungsmittel“ seien.

An diesem Beispiel zeigt sich also, dass an die Zulässigkeit körperlicher Züchtigungen im Laufe der Jahre zunehmend strengere Anforderungen gestellt wurden.

7.) Ärztliche Behandlungen

Bereits seit Inkrafttreten des BGB von 1900 hatten die Gerichte immer wieder die Annahme eines Sorgerechtsmissbrauchs bei der Verweigerung einer erforderlichen ärztlichen Behandlung bejaht. Diese Rechtsprechung wurde auch nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes weitergeführt und ausgebaut.³³¹ Dabei hatten sich die Gerichte zunehmend mit

³²⁸ Vgl. LG Lübeck SchIHA 1964, S. 170; OLG Stuttgart FamRZ 1962, S. 208; KG FamRZ 1959, S. 256.

³²⁹ BGH NJW 1953, S. 1440.

³³⁰ FamRZ 1974, S. 538 ff..

³³¹ OLG Hamm FamRZ 1968, S. 221 f.; LG Lübeck SchIHA 1962, S. 201.

der Verweigerung von Operationen auseinanderzusetzen. Voraussetzung für die Annahme eines Missbrauchs war hier, dass die Verweigerung so unverständlich war, dass die Haltung der Eltern als nicht vertretbar erschien.³³²

8.) Abbruch von gewachsenen Bindungen

Neben der Pflicht der Eltern den Kontakt des Kindes mit Dritten zu verhindern, wenn dies das Kindeswohl erforderte³³³, waren die Eltern auch verpflichtet, Verbindungen des Kindes zu schützen.

Hierunter fiel zunächst das Verbot, den Kontakt des Kindes zu dem von der elterlichen Sorge ausgeschlossenen Elternteil nicht unnötig zu erschweren oder zu unterbinden.³³⁴

Daneben waren die Gerichte häufig auch mit Fallgestaltungen konfrontiert, in denen eine Gefährdung des Kindeswohls deshalb in Frage stand, weil der Umgang des Kindes mit sonstigen Verwandten, insbesondere den Großeltern, behindert wurde. Oftmals verwiesen die Gerichte hier lediglich auf pauschale Behauptungen, wie der, es liege im Interesse des Kindes, dass „die verwandtschaftlichen Beziehungen der Enkelkinder zu den Großeltern gepflegt und aufrecht erhalten werden, (...) weil die Pflege des Familiensinns und der kindlichen Zuneigung zu den Großeltern für sie charakterlich förderlich und von ideellen Vorteilen“³³⁵ sei, und begründeten damit eine Verkehrsregelung mit den Großeltern. Daneben gab es aber auch Entscheidungen, in denen ein Umgangsrecht der Großeltern abgelehnt wurde, weil diese in einem gespannten Verhältnis zu den Eltern standen³³⁶ oder, weil das Kind sowieso aus der Elternfamilie ausgegliedert war³³⁷.

³³² LG Lübeck SchlHA 1962, S. 201.

³³³ Gemeint sind hiermit in erster Linie die Fälle des sexuellen Kontaktes des Kindes.

³³⁴ Vgl. BGHZ 3, S. 220 ff und BVerfGE 4, S. 52 ff..

³³⁵ OLG Köln NJW 1961, S. 2163; Vgl. auch BayOLG FamRZ 1965, S. 442 ff..

³³⁶ KG OLGZ 1970, S. 301; OLG Düsseldorf FamRZ 1967, S. 340 f..

³³⁷ LG Mannheim FamRZ 1967, S. 230; BayOLG BayZ 1963, S. 293 ff..

III. Das Verschulden

Als allgemeine Voraussetzung für ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts wurde in der Rechtsprechung seit Entstehung des § 1666 Abs.1 überwiegend ein schuldhaftes Verhalten der Eltern gefordert. Obwohl der Normtext ein solches Tatbestandsmerkmal nicht nannte, die verfassungsrechtliche Einbettung der Norm es nicht forderte und es dem Normzweck sogar eher zuwiderlief, hielten die Gerichte auch nach Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes größtenteils an der Verschuldensvoraussetzung fest.

Während die frühere Rechtsprechung den Verschuldensbegriff allerdings sehr uneinheitlich definierte, entwickelten die Gerichte nunmehr eine allgemeingültige Formel, die neben dem Vorsatz auch die fahrlässige Kindeswohlgefährdung einbezog.³³⁸ Eine staatliche Intervention war demnach bereits dann möglich, wenn der Elternteil auf sein Verhalten beharrte, obwohl er die Möglichkeit einer dadurch bedingten ernstlichen Gefährdung des Kindes erkannte oder erkennen musste.³³⁹

Mit der Einbeziehung der Fahrlässigkeit verlor das Verschuldenserfordernis in der Rechtsprechung allerdings zunehmend an Bedeutung.³⁴⁰ Dementsprechend wurde – soweit ersichtlich – kaum jemals ein Verschulden des Sorgeberechtigten bei objektivem Fehlgebrauch der elterlichen Gewalt verneint.³⁴¹ Die erforderliche subjektive Komponente wurde ohne eingehende Prüfung einfach bejaht.

³³⁸ BGHZ 20, S. 320; OLG Hamm FamRZ 1974, S. 31; KG FamRZ 1962, S. 200.

³³⁹ KG FamRZ 1972, S. 646f.; BayOLG NJW 1971, S. 1265; BayOLG FamRZ 1965, S. 280 f.; BayOLG FamRZ 1964, S. 638 ff.; OLG Hamm JMINRW 1956, S. 125.

³⁴⁰ Das BVerfG (E 10, S. 77) räumte in seiner Entscheidung ein, das Verschuldenserfordernis falle praktisch wenig ins Gewicht, weil eine Verletzung des Wohles des Kindes in einer Angelegenheit von besonderer Bedeutung meist auch verschuldet sei.

³⁴¹ Das OLG Hamm (ZBIJR 1961, S. 237) lehnte allerdings Maßnahmen gegen eine Mutter ab, die in die Eheschließung ihrer sechzehnjährigen Tochter mit einem 41 Jahre älteren Mann einwilligte. In der Entscheidung hieß es, die Gesichtspunkte der Mutter seien „aber auch nicht abwegig oder sachfremd, und deshalb ist der Vorwurf der groben Uneinsichtigkeit, die ein Verschulden der Mutter begründen könnte, nicht berechtigt.“

IV. Einzelne Entscheidungen

1.) Schleswig – Holsteinisches OLG, Beschluss vom 19. August 1957, SchlHA 1957, S. 280 f.:

Sachverhalt:

Die 17 – jährige K. lebte zusammen mit ihrer Mutter bei den Großeltern. Der Vater war in Kriegsgefangenschaft. Als die Mutter 1949 verstarb blieb K. bei den Großeltern. Nach seiner Entlassung aus der Kriegsgefangenschaft zog der Vater in eine Wohnung im gleichen Haus. 1953 heiratete er und zog kurz darauf mit seiner neuen Ehefrau in eine andere Wohngegend. K. blieb auch weiterhin bei den Großeltern.

Bis 1956 besuchte K. die Oberschule in der Nähe der großelterlichen Wohnung. Nach ihrer Versetzung in die Untersekunda wechselte sie auf Verlangen des Vaters hin an eine andere Schule. Dort wurden ihre Leistungen wesentlich besser. Ihre Lehrer beurteilten sie sehr günstig und hielten sie in besonderem Maße für bildungsfähig, gewissenhaft, zielstrebig und zuverlässig. Seit dem 01. April 1957 war K. ein Stipendium von monatlich 70 DM auf die Dauer von drei Jahren zugesprochen. Trotzdem beschloss der Vater K. nach Abschluss der Untersekunda von der Schule abzumelden. K. sollte Postbeamtin werden, bestand jedoch die Aufnahmeprüfung nicht. K. äußerte den Wunsch auf der höheren Schule zu bleiben um später Volksschullehrerin zu werden. Damit erklärte sich der Vater jedoch nicht einverstanden.

Schließlich entzog das AG dem Vater das gesamte Personensorgerecht. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein. Das LG änderte die Entscheidung des AG dahin ab, dass es dem Vater das Recht zur Bestimmung der Schulausbildung des Aufenthalts entzog, wies im Übrigen aber die Beschwerde zurück. Daraufhin legte der Vater weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Die Entscheidung der Eltern über die Schulausbildung, die ein Kind genießen soll, ist Ausfluss und Bestandteil des Erziehungsrechts. Sie liegt, wie jede Erziehungsmaßnahme, weitgehend im Ermessen des Erziehungsberechtigten, der bei der Ausübung seines Ermessens das wohlverstandene Interesse des Kindes, aber auch alle anderen Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen hat, die für die Entschließung bedeutsam sind. (...) Daraus folgt, dass ein

Missbrauch des Sorgerechts im Sinne des § 1666 Abs.1 auf dem Gebiete der Schulwahl nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden kann. (...) Es muss sich immer um ein schwerwiegendes Versagen des Sorgeberechtigten handeln. Nur wenn seine Entscheidung willkürlich, böswillig oder doch so unverständig ist, dass sie sich in keiner Weise rechtfertigen lässt, kann sie als missbräuchlich angesehen werden. (...) Die Entscheidung des Vaters mag nicht zweckmäßig sein und von der Schule im Interesse des Kindes bedauert werden. (...) Indessen solche Erwägungen genügen eben nicht, um dem Verhalten des Vaters das Gepräge eines Missbrauchs seines Sorgerechts zu geben.

2.) OLG Hamm, Beschluss vom 08. August 1960, RPfleger 1960, S. 296 f.:

Sachverhalt:

Die minderjährige A. lebt bereits seit längerer Zeit mit dem 23 Jahre älteren X. zusammen. Dessen Ehe wurde infolgedessen geschieden. Bereits vor Beginn seiner Beziehung zu A. hatte er mehrere außereheliche Beziehungen zu anderen Frauen. Die Eltern verweigerten der minderjährigen A. die nach § 3 EheG erforderliche Einwilligung zur Eheschließung mit X.. Das Amtsgericht hat den Antrag der Tochter, die Einwilligung zu ersetzen, abgelehnt. Die Beschwerde zum Landgericht blieb erfolglos. Die Tochter legte daraufhin weitere Beschwerde zum OLG ein. In dem Verhalten ihrer Eltern sah sie einen Missbrauch des elterlichen Sorgerechts.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Die Verweigerung der Eltern ist dann gerechtfertigt, wenn nach den gesamten Umständen begründeter Anlass für die Annahme besteht, dass die Eheschließung den Belangen des Minderjährigen abträglich sein wird. (...) Die erheblichen Bedenken gegen die charakterliche Eignung des Verlobten reichen bei objektiver Betrachtung bereits völlig aus, die Verweigerung der Einwilligung seitens der Eltern als berechtigt anzuerkennen. X., dessen Ehe inzwischen wegen seines ehewidrigen Verhältnisses zur Beschwerdeführerin geschieden worden ist, hat während dieser Ehe ehewidrige Beziehungen zu mehreren Frauen unterhalten.

(...) Die Ausführungen der Tochter gehen völlig fehl. Sie meine für die vorgenommene sittliche Bewertung des Verhaltens ihres Verlobten seien nicht rechtliche Vorschriften oder sittliche Normen maßgebend, sondern die sittlichen Anschauungen, die in der Allgemeinheit über ehewidrige Beziehungen bestünden, die nicht als ehezerstörend empfunden und aus denen Bedenken gegen eine spätere Eheschließung nicht hergeleitet würden; die Bedenken der Eltern beruhten hingegen auf ihrer sittlich-religiösen Einstellung und seien nur als subjektive Bedenken zu werten. (...) Im Übrigen aber haben sich die Gerichte auch nicht von laxen Beurteilungen leiten zu lassen, wie sie vielleicht in einigen Bevölkerungskreisen herrschen mögen.

V. Fazit

Während in der Vergangenheit der von § 1666 Abs.1 zunächst weit gefasste Eingriffsrahmen durch das Verschuldensprinzip stark eingeschränkt und so der herrschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt noch gestärkt wurde, verlor das Verschuldensprinzip seit Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes zunehmend an Bedeutung. Zwar hielt die Rechtsprechung überwiegend an dem Verschuldenserfordernis fest, doch wurde nunmehr ein fahrlässiges Versagen der Eltern allgemein für ausreichend erachtet. Häufig verzichteten die Gerichte zudem auf eine eingehende Prüfung der Fahrlässigkeitsvoraussetzungen und bejahten das Verschulden lediglich mit einem Hinweis auf das objektive Fehlverhalten der Eltern. Dadurch wurde zugunsten des Kindesschutzes der Eingriffsrahmen des § 1666 Abs.1 deutlich erweitert.

Bei der Prüfung der Gefährdungsursachen fand das individuelle Wohl des Kindes allerdings nach wie vor kaum Berücksichtigung. Im Mittelpunkt der richterlichen Entscheidung stand weniger das konkret betroffene Kind, als vielmehr das elterliche Fehlverhalten. War dieses mit der gängigen Auffassung von Sitte und Moral nicht vereinbar, bedeutete dies in der Regel die automatische Bejahung der Kindeswohlgefährdung. Ob das elterliche Fehlverhalten also tatsächlich das individuelle Wohl des Kindes beeinträchtigte, blieb von den Gerichten unberücksichtigt. Die elterliche Sanktionierung stand damit weiterhin im Vordergrund der richterlichen Entscheidungen. Besonders deutlich wird dies bei außerehelichen Beziehungen eines Elternteils. Hier wurde der Schutz der Ehe oft schematisch mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, ohne dass die tatsächlichen Auswirkungen auf das Kind überprüft wurden. Während die Judikatur unmoralisches oder unsittliches Verhalten der Eltern also schnell als Fehlverhalten im Sinne des § 1666 Abs.1 einstufte und eine Kindeswohlgefährdung automatisch bejahte, ließ sie den Eltern in anderen Bereichen wesentlich mehr Freiraum und stärkte so den herrschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt deutlich. Insbesondere bei Beruf- und Schulausbildungsfragen waren die Eltern in ihren Entscheidung bis zur Grenze extremer Fehlhaltungen weitgehend frei. Gleiches galt zunächst auch für das elterliche Züchtigungsrecht. Die Gerichte hielten sich auch nach der verfassungsrechtlichen Verankerung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Menschenwürde anfangs weitgehend zurück und gestanden den Eltern oftmals einen großen Freiraum zu. Nur langsam begann die Rechtsprechung in diesem Bereich die elterliche Gewalt zugunsten des Kindes zu begrenzen und dem Schutz des Kindes vor körperlicher Misshandlung mehr Bedeutung einzuräumen.

G. Das Gesetz zur Neuregelung der elterlichen Sorge vom 01. Januar 1980

I. Die Entstehungsgeschichte

Das Sorgerechtsgesetz, das am 18. Juli 1979 verabschiedet wurde und am 01. Januar 1980 in Kraft trat, stellte seit Inkrafttreten des BGB von 1900 die erste allumfassende Neuerung des Eltern – Kind – Verhältnisses dar und beendete eine außerordentlich lebhaft geführte Diskussion.

1.) Die Gründe für die Neuregelung

Gesetzgeberischer Ansatz für die Reform war die Erkenntnis, dass das Kindschaftsrecht des BGB hinsichtlich Terminologie und Ausgestaltung verschiedener Vorschriften nur noch unvollkommen dem Verständnis entsprach, das zu der damaligen Zeit über das Verhältnis von Eltern und Kindern sowie über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten bestand. Die Regelungen der elterlichen Gewalt waren fast acht Jahrzehnte lang – abgesehen von den Reformen des Gleichberechtigungsgesetzes – so gut wie nicht angetastet worden und stammten größtenteils noch aus der Zeit der Entstehung des BGB, also aus dem ausgehenden 19. Jahrhundert. Damit spiegelte das Recht zwangsläufig den Geist und die Familienauffassung einer Zeit wider, deren soziale Verhältnisse mit den nunmehrigen Gegebenheiten und der tatsächlichen Situation der Familien nicht mehr übereinstimmte.³⁴² War das BGB von 1900 noch geprägt von der Lehre vom rechtsfreien Raum der Familie und der damit verbundenen weitgehenden Zurückhaltung des Staates, galt der den Eltern überlassene weitgehende Spielraum bei der Erziehung des Kindes nicht mehr als zeitgemäß. Das ehemalige Über-/Unterordnungsverhältnis wurde als nicht mehr zwingend angesehen und den Kindern wurden zunehmend eigene Rechte und Pflichten zugestanden. Die Grundrechte des Kindes auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und Achtung der Menschenwürde galt es im Verhältnis zu den Eltern zu wahren.³⁴³

³⁴² *Belchous*, ZBIJR 1979, S. 325.

³⁴³ *Gernhuber*, FamRZ 1962, S. 85 ff.; *Baer*, ZBIJR 1977, S. 517; *Bosch*, FamRZ 1973, S. 506.

2.) Der Gesetzgebungsgang

Mit der Verabschiedung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge war ein Reformprojekt realisiert worden, das von Anfang bis Ende heftigst umstritten war.

Die Anstöße zur Reform lagen bereits einige Jahre zurück. Sie gingen von der Praxis der Jugendhilfe aus, die die Reform der Eingriffsnorm des § 1666 Abs.1 forderte weil die überwiegende Rechtsprechung trotz Art. 6 Abs.2 S.2 GG weiterhin am Verschuldenserfordernis festhielt.³⁴⁴ Weitere zwei Jahre später legte die Regierung 1973 den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Gewalt vor, der geprägt war von der Betonung der elterlichen Pflichtenstellung und der Stärkung der Bedeutung des Kindeswillens.³⁴⁵ So enthielt der Entwurf eine neue Bestimmung, nach der der persönliche Verkehr mit dem Kind gegen dessen Willen nicht ausgeübt werden konnte, wenn das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hatte. Im Rahmen des § 1671 fiel die Bedeutung der Scheidungsschuld weg und das Kindeswohl wurde zur alleinigen Entscheidungsmaxime. Darüber hinaus wurde als wesentliche Neuerung das Verschuldenserfordernis in § 1666 Abs.1 ausdrücklich aufgegeben. Wegen seines emanzipatorischen Ansatzes stieß der Entwurf allerdings auf starke Kritik der Opposition³⁴⁶, so dass es zu einer Verabschiedung nie kam. Erst im Jahre 1977 kam es erneut zu einem Regierungsentwurf.³⁴⁷ Dieser stimmte zunächst weitgehend mit dem früheren Entwurf überein und war somit schnell heftiger Kritik ausgesetzt. Einigen Reformern gingen die Neuregelungen zu weit. Sie befürchteten eine völlige Untergrabung der Familienautonomie und eine Entrechtung der Eltern.³⁴⁸ Die Kritiker der Gegenseite warfen dem Entwurf vor, er brächte keine wirkliche Verbesserung der Rechtstellung der Kinder, da beispielsweise wichtige Probleme wie die Kindesmisshandlung und das damit zusammenhängende Verbot des elterlichen Züchtigungsrechts nicht geregelt worden waren.³⁴⁹ Als Folge der Diskussionen erfuhr der Entwurf im Laufe der Beratungen erhebliche Änderungen. Entfallen sind so beispielsweise die Umstellung der Wortfolge „Recht und Pflicht“ in § 1626 oder die Betonung des Kindeswillens in § 1671 und § 1634.

³⁴⁴ Bereits bei den Beratungen zum Nichtehechengesetz hatte der Bundesrat erfolglos die Beseitigung des Verschuldenserfordernisses angeregt.

³⁴⁵ BT-Drucks. 7/2060.

³⁴⁶ Gewarnt wurde immer wieder vor einer „Aushöhlung des Elternrechts“. *Bosch*, FamRZ 1973, 489 ff..

³⁴⁷ BT-Drucks. 8/111.

³⁴⁸ *Belchaus*, ZBIJR 1979, S. 327.

³⁴⁹ *AK – Münder*, vor § 1626 Rn. 9; *Coester – Waltjen*, ZRP 1977, S. 180.

In der Sitzung am 10. Mai 1979 nahm der Bundestag nunmehr mehrheitlich an. Nach der Verkündung am 24. Juli 1979 trat das Gesetz am 01. Januar 1980 schließlich in Kraft.

II. Die Leitgedanken der Gesetzgeber

Die Reform des Kindschaftsrechts war eingebunden in die Konzeption einer umfassenden Neuordnung des Familienrechts³⁵⁰ unter allgemeiner Zielsetzung einer gerechteren und sozialeren Gestaltung des Ehe- und Familienrechts.

Soweit es um das Kindschaftsrecht ging, sollte entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben vor allem das Kindeswohl als entscheidender Gesichtspunkt in den Mittelpunkt gestellt und betont werden.³⁵¹ Dabei legten die Reformer den Akzent auf die Partnerschaft zwischen Eltern und Kindern und die Emanzipation des jungen Menschen, verstanden als Selbständigwerden durch Selbstverwirklichung und Sich – Befreien vom Einfluss des elterlichen Willens.³⁵² Die Gesetzgeber waren bestrebt, dem Kind mit zunehmender Reife mehr Möglichkeiten zu selbständigem Handeln einzuräumen, um so die Heranbildung zur Eigenverantwortlichkeit zu fördern.³⁵³

III. Die elterliche Sorge

1.) Der neue § 1626

Die Entwicklung des § 1626 vom Erlass des Familienrechts im BGB von 1900 über das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 hin zum Sorgerechtsgesetz von 1979 macht die Entwicklung vom Patriarchat zur Partnerschaft besonders deutlich. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kind sollte nach neuem Recht nicht länger als Gewaltverhältnis missverstanden werden können und die Fürsorgefunktion deutlicher zum Ausdruck kommen.³⁵⁴

³⁵⁰ Zu nennen sind hier insbesondere das 1. EheRG von 1976 und das Adoptionsgesetz von 1976.

³⁵¹ *Belchus*, ZBIJR 1979, S. 325.

³⁵² *Soergel/Siebert – Strätz*, vor § 1626 Rn. 9; *Schwab*, S. 205.

³⁵³ *Kuntze*, JR 1973, S. 273; *AK – Münder*, vor § 1626 Rn.8; *Coester – Waltjen*, ZRP 1977, S. 178.

³⁵⁴ *Schlüter*, S. 167.

Um § 1626³⁵⁵ diesem Verständnis anzupassen war eines der gesetzgeberischen Hauptanliegen die Abkehr vom Begriff „elterliche Gewalt“³⁵⁶ und die Hinwendung zum Fürsorgefunktion indizierenden Begriff „elterliche Sorge“.³⁵⁷

Im Verhältnis zu dem Kind war die elterliche Sorge ihrer Funktion nach wesentlich auf den Schutz des Kindes und die Förderung seiner Entwicklung und seines Wohls bezogen.³⁵⁸ Diesem Ziel entsprechend waren die Eltern nach der neuen Regelung des § 1626 Abs.2 gehalten, bei der Pflege und Erziehung ihres Kindes dessen wachsende Fähigkeiten und wachsendes Bedürfnis nach selbständigem, verantwortungsbewusstem Handeln zu berücksichtigen. Sie hatten Fragen der Personensorge je nach Entwicklungsstand des Kindes mit diesem zu besprechen und ein Einvernehmen anzustreben. Das Kind war aktiv in den Erziehungsprozess eingebunden.³⁵⁹

2.) Die nähere Ausgestaltung der Erziehung

a.) Die familienrechtliche Generalklausel des § 1618 a

Vollkommen neu eingeführt wurde die Bestimmung des § 1618 a³⁶⁰, die als allgemeines Leitbild für die Eltern – Kind – Beziehung dienen sollte.³⁶¹ Die neu formulierte Verpflichtung

³⁵⁵ § 1626 lautete:

„[Abs.1] Der Vater und die Mutter haben das Recht und die Pflicht, für das minderjährige Kindes zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

[Abs.2] Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.“

³⁵⁶ Bereits 1976 hatte der BGH (BGHZ 66, S. 334; NJW 1976, S. 1540) den Begriff als eine wenig passende Reminiszenz an das römische Recht bezeichnet.

³⁵⁷ Damit einhergehend wurde auch die Überschrift zum Fünften Titel von vormalis „Elterliche Gewalt über eheliche Kinder“ in „Elterliche Sorge für eheliche Kinder“ umformuliert.

³⁵⁸ BT-Drucks. 8/2788, S. 34.

³⁵⁹ Damit war dem Kind zwar kein einklagbares Recht, subjektives Recht gewährt worden, die Regelung stellte aber eine richtungweisende Leitlinie dar, die bei der Auslegung anderer gesetzlicher Vorschriften und bei gerichtlichen Entscheidungen, die sich am Kindeswohl zu orientieren hatten, von maßgebender Bedeutung war.

³⁶⁰ § 1618 a lautete: „Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig.“

von Eltern und Kinder zu gegenseitigem Beistand und gegenseitiger Rücksichtnahme war Ausdruck der partnerschaftlichen Familie und wies auf die Bedeutung der gegenseitigen Verantwortung als Grundlage des gesamten Familienrechts hin.³⁶² Wenngleich ein Verstoß gegen diese Verpflichtung nicht sanktionsbewehrt war, diente die Regelung der Praxis als Auslegungssatz und Zeugnis des gesetzgeberischen Willens.³⁶³

b.) Das Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen, § 1631 Abs.2

Das erstmalig in der Geschichte des Kindschaftsrechts in § 1631 Abs.2 formulierte ausdrückliche Verbot entwürdigender Erziehungsmaßnahmen basierte auf der bereits seit langem geführten Diskussion um ein gesetzliches Verbot des elterlichen Züchtigungsrechts und auf dem Problem der Kindesmisshandlung.³⁶⁴

Von einem speziellen Verbot der elterlichen Züchtigung hatten die Gesetzgeber indes abgesehen und entwürdigende Erziehungsmaßnahmen allgemein disqualifiziert. Auf eine gesetzliche Definition des Begriffes „entwürdigende Erziehungsmaßnahmen“ hatte der Rechtsausschuss verzichtet und lediglich in seinem Bericht festgehalten, dass darunter nicht nur unangemessene körperliche Strafen, sondern auch Maßnahmen fallen sollten, die das Ehr- und Selbstwertgefühl eines Kindes in einem von dem Anlass der Erziehungsmaßnahme nicht zu rechtfertigenden Maß verletzen.³⁶⁵

Nach dem Willen der Gesetzgeber sollte es sich auch bei dieser Norm nicht um ein striktes Verbot, sondern um eine eher programmatische Norm, um ein Leitbild ohne Sanktionsbewehrung handeln. Rein tatsächlich hatte § 1631 Abs.2 jedoch nicht den Charakter eines bloßen Appells, sondern erhielt über § 1666 Abs.1 echte Verbotsnormqualität.³⁶⁶

³⁶¹ Die Regelung knüpfte an eine entsprechende Vorschrift im schweizerischen Zivilgesetzbuch und eine ähnliche Bestimmung im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch an.

³⁶² *Diedrichsen*, NJW 1980, S. 2.

³⁶³ *Belchus*, ZBIJR 1979, S. 330.

³⁶⁴ *Baer*, ZBIJR 1977, S. 516; *Petri*, ZRP 1976, S. 64; *Vormbaum*, RdJ 1977, S. 373.

³⁶⁵ BT-Drucks. 8/2788, S. 35.

³⁶⁶ *Schwab*, Familienrecht, S. 224.

c.) Beruf und Ausbildung, § 1631 a

Mit dem neuen § 1631 a wurden die Eltern verpflichtet in Berufs- und Ausbildungsfragen auf die Eignung und Neigung des Kindes Rücksicht zu nehmen.

Dabei war die Eignung nach den geistigen und körperlichen Fähigkeiten, der Begabungsstruktur, der gesundheitlichen Konstitution und der Leistungsvitalität zu beurteilen. Zu vermeiden waren sowohl Überforderung als auch Unterforderung.³⁶⁷ Die Neigung äußerte sich in dem von Seiten des Kindes geäußerten Wunsch.

Durch das im Gesetzestext enthaltene Wort „insbesondere“ sollte klargestellt werden, dass die Eltern neben der Neigung und Eignung auch andere Gesichtspunkte, wie etwa die Zukunftsaussichten des Berufes oder die finanzielle Situation der Familie, berücksichtigen konnten.

Nahmen die Eltern offensichtlich keine Rücksicht auf die Eignung und Neigung des Kindes und wurde dadurch die Besorgnis begründet, dass die Entwicklung des Kindes nachhaltig und schwer beeinträchtigt war, war das Familiengericht nach Abs.2 zum Einschreiten ermächtigt. Sachlich handelte es sich bei der Bestimmung damit um eine tatbestandliche Verselbständigung der Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1. Allerdings war gegenüber § 1666 Abs.1 die Eingriffsschwelle insofern vorverlegt, als es für das Eingreifen des Gerichts nach dem Willen der Gesetzgeber nicht mehr auf die akute Gefährdung des Kindeswohls, sondern auf die begründete Besorgnis einer schweren und nachhaltigen Beeinträchtigung ankommen sollte.³⁶⁸ Die Bestimmung war jedoch so formuliert, dass eine Entscheidung grundsätzlich innerhalb der Familie getroffen werden sollte. § 1631 Abs.2 sollte nur die Fälle klarer Ermessensüberschreitungen erfassen.

³⁶⁷ Schwab, Familienrecht, S. 252.

³⁶⁸ BT-Drucks. 8/2788, S. 50.

IV. Die Auswirkungen einer Ehescheidung oder Trennung auf die elterliche Sorge, §§ 1671, 1672

1.) Die Sorgerechtsregelung im Falle einer Ehescheidung, § 1671

Entsprechend der gesetzgeberischen Maxime dem Wohl des Kindes verstärkt Rechnung zu tragen und die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte des Kindes auszubauen, erfuhr auch die Regelung des § 1671³⁶⁹ durch die Sorgerechtsreform eine Umgestaltung.

Die Entscheidung über die Sorgerechtszuteilung hatte nach Abs.1 das Familiengericht zu treffen. Es hatte sich dabei gemäß Abs.2 ausschließlich am Wohl des Kindes zu orientieren, wobei ausdrücklich die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen waren.

Nach Abs.3 S.1 sollte das Gericht von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich war. Damit wurde die alte Regelung unverändert übernommen und dem Kindeswohl wiederum nur die Bedeutung eines Korrektivs eingeräumt. Der Elternvorschlag wirkte weiterhin wie eine Vermutung der für das Kindeswohl am besten entsprechenden Lösung. Neu eingeführt wurde jedoch, dass ein dem Elternvorschlag widersprechender Antrag des mindestens 14 Jahre alten Kindes den Elternvorschlag mit der Folge entkräften konnte, dass das Familiengericht von seiner grundsätzlichen Bindung befreit wurde und sich nunmehr allein am Kindeswohl zu orientieren hatte.³⁷⁰ Hintergrund dieser gesetzgeberischen Entscheidung war die Erwägung,

³⁶⁹ In seiner endgültigen Fassung lautete § 1671 Abs.1 - 4:

„[Abs.1] Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

[Abs.2] Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohl des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.

[Abs.3] Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.

[Abs.4] Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.“

³⁷⁰ Der erste Gesetzesentwurf sah noch vor, den Kindeswillen, auch den der jüngeren Kinder, zur ausschließlichen Entscheidungsmaxime zu machen, doch wurde dies aus Sorge einer Überforderung des Kindes und der Gefahr der Beeinflussung von Seiten der Eltern in dem geplanten Ausmaß abgelehnt. BT-Drucks. 8/2788, S. 40 f..

dass die Eltern im Falle eines Widerspruchs des Kindes entgegen dem Grundsatz des § 1626 Abs.2 die Verteilung des Sorgerechts über den Kopf des Kindes hinweg regeln wollten und nicht ausreichend mit dem Kind gesprochen hatten. Der Widerspruch des Kindes wurde als Indiz dafür gesehen, dass die Eltern sich nicht am Wohle des Kindes orientierten, sondern das Kind als Handelsobjekt zur Erreichung einer leichteren Durchführung des Scheidungsverfahrens benutzen wollten.³⁷¹

Gemäß Abs.4 S.1 durfte die elterliche Sorge auch weiterhin nur einem Elternteil allein übertragen werden. Die Beibehaltung der gemeinsamen Sorge war demnach nicht möglich. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass Eltern nach dem Zerbrechen ihrer Lebensgemeinschaft in der Regel so sehr zerstritten sind, dass ein gedeihliches Zusammenwirken bei der Betreuung, Versorgung und Erziehung des Kindes nicht mehr möglich wäre.³⁷² Bereits 1982 wurde diese Regelung jedoch vom BVerfG für verfassungswidrig erklärt.³⁷³ Das Gericht stellte fest, dass der Staat kein Recht habe, in das von Art. 6 GG verbürgte Elternrecht einzugreifen, wenn sich die Eltern über die gemeinsame Ausübung der Sorge für das Kind einig seien und eine Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil allein nicht durch das Kindeswohl geboten sei. Gerade die Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes und eine an beide Eltern bestehende Bindung verlangten das Fortbestehen eines gemeinsamen Sorgerechts, wenn und soweit dies in der jeweiligen Situation möglich sei.

2.) Die Sorgerechtsregelung bei Getrenntleben der Eltern, § 1672

Lebten die Eltern nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft getrennt, hatte das Familiengericht nach § 1672 auf Antrag eines Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 1671 die Übertragung der elterlichen Sorge zu regeln. Insoweit wurde die Regelung unverändert dem alten Recht entnommen.

Eine wesentliche Änderung des § 1672 bedeutete jedoch, dass das Vormundschaftsgericht nunmehr auch von Amts wegen entscheiden konnte, wenn das Wohl des Kindes andernfalls

³⁷¹ BT-Drucks. 7/2788, S. 62 f..

³⁷² Bereits nach damaligen Erkenntnissen der kinderpsychologischen Forschung sowie der Familien- und Scheidungsforschung entsprach dies jedoch nicht unbedingt den Tatsachen. *Staudinger – Adelman*, (12. Auflage), § 1671 Rn.8.

³⁷³ BVerfGE 61, S. 358; FamRZ 1892, S. 1179.

gefährdet war und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage gewesen waren, die Gefahr abzuwenden.

3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1671, 1672

a.) Grundsätze

aa.) Die Bindung des Familiengerichts an das Wohl des Kindes

Gemäß § 1671 Abs.2 hatte das Familiengericht die Entscheidung zu treffen, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohl des Kindes am besten entsprach.

Da diese Vorschrift ihrem materiellen Inhalt nach mit der Regelung des § 1671 Abs.3 S.1 a.F. übereinstimmte, orientierte sich auch die Rechtsprechung an den zu der früheren Regelung aufgestellten Sorgerechtskriterien und entwickelte diese weiter:

- Förderungsgrundsatz:

Im Vordergrund der gerichtlichen Praxis stand das als Förderungsgrundsatz bezeichnete Prinzip, wonach auf Grund aller Umstände des jeweiligen Falles zu prüfen war, welcher Elternteil angesichts seiner Persönlichkeit, seiner Befähigung und Veranlagung sowie seiner Lebensverhältnisse in besserer Weise Gewähr für die Förderung des geistigen, seelischen und körperlichen Wohls des Kindes, die besseren Entwicklungschancen und die meiste Unterstützung für den Aufbau und die Entfaltung der Persönlichkeit des Kindes bieten konnte.³⁷⁴ Es war dabei zu fragen, welcher Elternteil das Kind mit seinen Charaktermerkmalen und seinen Entwicklungsmöglichkeiten besser beurteilen und besser auf das Kind eingehen konnte, zu welchem Elternteil die wechselseitig stärkere Zuneigung bestand und welcher Elternteil in größerem Maße bereit war, sich unter angemessenem Verzicht auf eigene Vorteile und Interessen dem Kind zu widmen.³⁷⁵

³⁷⁴ BGH FamRZ 1985, S. 169; KG 1983, S. 1159; OLG Frankfurt FamRZ 1983, S. 758; OLG Hamburg FamRZ 1982, S. 532; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1232; OLG München FamRZ 1981, S. 389; BVerfG FamRZ 1981, S. 126; OLG Hamm FamRZ 1980, S. 484.

³⁷⁵ OLG Stuttgart NJW 1988, S. 2661; OLG Celle FamRZ 1984, S. 1035; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1984, S. 296.

Daneben waren insbesondere Unterbringungs- und Betreuungsmöglichkeiten³⁷⁶, innere Stabilität, psychische Belastbarkeit und Krankheiten der Eltern³⁷⁷, Erziehungsziele, Erziehungsmethoden³⁷⁸, Toleranz im Umgang mit dem anderen Elternteil³⁷⁹, neue Partner der Eltern³⁸⁰ oder in engen Grenzen die Religionszugehörigkeit der Eltern³⁸¹ zu berücksichtigen. Keine Rolle spielten dagegen regelmäßig die Ausbildung, Bildung und der soziale Status der Eltern.³⁸²

- Kontinuitätsprinzip:

Ein weiterer wichtiger Gesichtspunkt war die Gewährleistung der Stetigkeit, Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit in Erziehung und Betreuung sowie die Aufrechterhaltung der Bindungen des Kindes.³⁸³ Unnötige, ohne triftigen Grund gerechtfertigte Wechsel waren zu vermeiden.³⁸⁴ Die elterliche Sorge war in der Regel demjenigen Elternteil zu übertragen, der das Kind bereits längere Zeit vor der Scheidung allein betreut hatte, wenn das Kind dort in geordneten Verhältnissen lebte, einwandfrei versorgt wurde und ein Wechsel der so entstandenen Bindungen und Umweltbedingungen sowie die Umstellung auf die andere Erziehungsart eher schädlich wirken mussten.³⁸⁵

- Bindungen des Kindes:

Die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, hatte der Gesetzgeber in Abs.2 S.2 als Kindeswohlkriterium besonderes hervorgehoben. Auch die Rechtsprechung betonte immer wieder, dass dem Erhalt der Beziehungen und Bindungen des

³⁷⁶ OLG Frankfurt FamRZ 1984, S. 296; BVerfG FamRZ 1981, S. 127; OLG Hamm FamRZ 1980, S. 487.

³⁷⁷ KG FamRZ 1983, S. 1161; OLG Frankfurt FamRZ 1982, S. 531.

³⁷⁸ OLG Bamberg FamRZ 1985, S. 1175; OLG Hamburg FamRZ 1985, S. 1284; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1233.

³⁷⁹ OLG Bamberg FamRZ 1985, S. 1175; KG FamRZ 1983, S. 1160; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1235.

³⁸⁰ OLG Frankfurt FamRZ 1982, S. 531; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1234.

³⁸¹ OLG Düsseldorf FamRZ 1995, S. 1512; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1994, S. 921; OLG Hamburg FamRZ 1985, S. 1285.

³⁸² OLG Hamm FamRZ 1980, S. 485.

³⁸³ OLG Hamm FamRZ 1986, S. 715; BGH FamRZ 1985, S. 169; OLG Frankfurt FamRZ 1982, S. 531; OLG Hamburg FamRZ 1982, S. 532.

³⁸⁴ OLG Düsseldorf FamRZ 1983, S. 293; OLG Hamm FamRZ 1980, S. 487.

³⁸⁵ OLG Köln FamRZ 1976, S. 33 ff..

Kindes nach dem Zusammenbruch der Familiengemeinschaft besonderes Gewicht beizumessen sei.³⁸⁶

Dabei spielte zum einen die Beziehung des Kindes zu seinen Eltern eine entscheidende Rolle. Es galt herauszufinden, ob das Kind zu einem Elternteil eine stärkere Bindung hatte und wenn ja, auf welchen Gründen dies beruhte.³⁸⁷ Zum anderen war zu prüfen, in welchem Maße eine Trennung der Geschwister von diesen als belastend empfunden werden würde.³⁸⁸ Dabei entwickelte sich der Grundsatz, dass Geschwister, jedenfalls dann, wenn sie nur einen geringen Altersunterschied aufwiesen, in der Regel nicht getrennt werden sollten. Daneben waren auch die Bindungen des Kindes zu seinen Großeltern zu berücksichtigen.³⁸⁹

- Wille des Kindes:

In Fortführung der bisherigen Rechtsprechung wurde dem Willen des Kindes weiterhin eine nicht unerhebliche Bedeutung zugesprochen.³⁹⁰ Er war zum einen Ausdruck und Indiz für die Bindungen des Kindes und zum anderen ein Zeichen bewusster Eigenentscheidung und Selbstbestimmung.³⁹¹

Eine starre Grenze, ab welchem Alter der Wille des Kindes zu berücksichtigen war, gab es nicht. Es kam letztlich darauf an, inwieweit das Kind zu einer eigenen Beurteilung und autonomen Willensbildung fähig war.³⁹² In der Rechtsprechung bestand insofern Einigkeit über die Berücksichtigung des Willens älterer, nahezu erwachsener Kinder. Zunehmend begannen die Gerichte jedoch auch den Willen jüngerer Kinder zu berücksichtigen.³⁹³ Daneben wurde auch den unbewussten Wünschen des Kindes sowie seinen Neigungen und Abneigungen Bedeutung beigemessen.³⁹⁴

³⁸⁶ OLG Düsseldorf FamRZ 1986, S. 296; BGH FamRZ 1985, S. 169; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1232.

³⁸⁷ KG FamRZ 1983, S. 1161; OLG Köln FamRZ 1982, S. 1232; OLG Stuttgart NJW 1980, S. 484.

³⁸⁸ BGH NJW 1985, S. 1703; AG Stuttgart FamRZ 1981, S. 597 f.; BayOLG FamRZ 1976, S. 535.

³⁸⁹ OLG Hamm FamRZ 1985, S. 637; FamRZ 1980, S. 485.

³⁹⁰ BGH FamRZ 1985, S. 169; OLG Düsseldorf FamRZ 1983, S. 195.

³⁹¹ OLG Celle FamRZ 1992, S. 466; BGH FamRZ 1990, S. 393.

³⁹² BGH FamRZ 1985, S. 169.

³⁹³ BGH FamRZ 1990, S. 392 f.; KG FamRZ 1980, S. 829 f..

³⁹⁴ BayOLG FamRZ 1983, S. 948; OLG Köln FamRZ 1980, S. 1153 f..

- Elterliches Fehlverhalten:

Beachtung fand auch elterliches Fehlverhalten gegenüber dem Kind und in besonders schwerwiegenden Fällen auch gegenüber dem Ehepartner.³⁹⁵ Die Scheidungsschuld blieb jedoch ohne jedwede Relevanz.³⁹⁶ Auch die so genannte Konkubinatsrechtsprechung galt als überholt.³⁹⁷

Eine Rangordnung für die einzelnen Kriterien gab es nicht. Vielmehr galt es im Rahmen einer umfassenden Einzelfallabwägung herauszufinden, bei welchem Elternteil das Kind sich in Zukunft am besten seelisch, geistig und körperlich entwickeln konnte. Dabei herrschte innerhalb der Rechtsprechung der Grundsatz, dass derjenigen Regelung der Vorzug zu geben sei, die die Befriedigung der emotionalen Bedürfnisse des Kindes am besten gewährleistete, wohingegen der Befriedigung der materiellen Bedürfnisse eher geringe Bedeutung beigemessen wurde.

Stereotype Formeln, wie „Kleinkinder gehören zur Mutter“ oder „Töchter sind besser bei der Mutter aufgehoben“ wurden von der Judikatur als überholt und ungeeignet angesehen.³⁹⁸

bb.) Die Anordnung der gemeinsamen elterlichen Sorge

Nach der Entscheidung des BVerfG, welche Abs.4 S.1 für verfassungswidrig erklärt hatte, wurde die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge auch nach der Scheidung rechtlich möglich. Allerdings hatte das BVerfG hieran bestimmte Anforderungen gestellt:

- Beide Eltern mussten nach der Scheidung voll erziehungsfähig sein.
- Beide Eltern mussten gewillt sein, die gemeinschaftliche Verantwortung weiter zu tragen.
- Es durften keine Gründe vorliegen, welche die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil im Interesse des Kindes angezeigt erschienen ließen.
- Der Familienrichter musste zu der Überzeugung gelangen, dass beide Eltern auch tatsächlich in der Lage waren das Kind gemeinsam zu erziehen. Die Eltern mussten also die gleichen Erziehungsvorstellungen und Erziehungsziele haben und durften räumlich nicht zu weit voneinander getrennt sein.

³⁹⁵ KG FamRZ 1983, S. 1161; BVerfG NJW 1981, S. 1771.

³⁹⁶ Vgl. BT-Drucks. 7/2060, S. 32.

³⁹⁷ OLG Köln FamRZ 1980, S. 1153.

³⁹⁸ OLG Celle FamRZ 1984, S. 1035 f; SchlHOLG SchlHA 1979, S. 49; OLG München FamRZ 1979, S. 70 f..

In der Folgezeit bestätigten die Gerichte diese Voraussetzungen³⁹⁹ und machten verstärkt von der Möglichkeit der Anordnung der gemeinsamen Sorge Gebrauch.⁴⁰⁰

cc.) Der Elternvorschlag

Hatten die Eltern einen Vorschlag gemacht, musste das Familiengericht diesen am Maßstab des Kindeswohls überprüfen. Eine abweichende Anordnung durfte es nur erlassen, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich war.⁴⁰¹ Dies war nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn triftige, das Wohl des Kindes nachhaltig berührende Gründe, deren Außerachtlassung die Entwicklung des Kindes ungünstig beeinflussen würden, eine andere als die vorgeschlagene Regelung geboten, ohne dass eine Gefährdung oder objektive Schädigung des Kindeswohls vorzuliegen brauchte.⁴⁰² Hierbei orientierte sich das Gericht an den zu Abs.2 entwickelten Kriterien.

b.) Einzelne Entscheidungen

aa.) OLG Köln, Beschluss vom 10. August 1982, FamRZ 1982, S. 1232 f.:

Sachverhalt:

Durch Urteil hat das Familiengericht 1982 die Ehe der Parteien geschieden und der Mutter die elterliche Sorge für die 1973 geborene Katja übertragen. Der Vater legte gegen die Sorgerechtsentscheidung Beschwerde ein.

³⁹⁹ OLG Hamburg FamRZ 1985, S. 1284; OLG Frankfurt FamRZ 1983, S. 758; KG FamRZ 1983, S. 1055.

⁴⁰⁰ In der 1989 veröffentlichten Studie von *Limbach* ergab sich, dass in 1 – 2 % aller Fälle, die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam belassen wurde. Nach einer Sondererhebung im Rahmen der Justizstatistik ergab sich für den Erhebungszeitraum Juli 1994 bis Juni 1995 bundesweit bereits ein Prozentsatz von 17,07 % für die gemeinsame elterliche Sorge (BT-Drucks. 13/4899, S. 37).

⁴⁰¹ Die durch einen gemeinsamen elterlichen Vorschlag beeinflusste Sorgerechtsregelung hatte in der familiengerichtlichen Praxis eine außerordentlich große Bedeutung. In bis zu 90 % aller Fälle war ein Elternvorschlag gegeben und in nur 10 % der Fälle hatte das Gericht eine Entscheidung zu treffen. *Koehler*, FamRZ 1986, 637.

⁴⁰² Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1983, S. 294; OLG Hamburg FamRZ 1982, S. 532.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung.

Ausschlaggebendes Gewicht für die zu treffende Entscheidung kommt indessen der Beantwortung der Frage zu, welcher Elternteil angesichts seiner gesamten Persönlichkeit, vornehmlich seiner charakterlichen Veranlagung und Befähigung voraussichtlich in besserer Weise die Gewähr für die Beförderung des geistig – seelischen Teilbereiches des kindlichen Wohlergehens zu bieten vermag. Diese Frage ist nach Ansicht des Senats dahin zu beantworten, dass hierfür zur Zeit der Antragsgegner die bessere Gewähr bietet.

Um diese Entscheidung treffen zu können, musste vornehmlich ergründet werden, wie die wechselseitigen Neigungen und Bindungen des Kindes und des jeweiligen Elternteils in quantitativer und qualitativer Hinsicht beschaffen sind und ob sich bei vergleichender Gegenüberstellung spürbare Unterschiede erkennen lassen. Art, Umfang und Intensität dieser wechselseitigen Neigungen, (...), kommt für die Entscheidung aus dem Grunde maßgebliche Bedeutung zu, weil ein Kind nach gesicherten psychologischen Erkenntnissen und Erfahrungen jedenfalls auf Dauer gesehen nur dann vor Schäden oder ernstlicher Gefährdung seines Wohlergehens bewahrt bleiben kann, wenn es sich in einer wechselbezüglichen, genügend tragfähigen und vor allem stetigen Bindung zu dem betreffenden Elternteil behütet und geborgen weiß und vermöge dieser Grundlage zu einem für die erfolgreiche Bewältigung aller Probleme und Konflikte des Daseins gerüsteten, lebensstaugliche Menschen heranwachsen kann. Gleichermäßen ist auch eine erfolgreiche, für die Gewährleistung des Kindeswohls unerlässlich wichtige Erziehung ohne Erfüllung der vorgenannten Voraussetzungen nicht möglich. (...)

bb.) BGH, Beschluss vom 11. Juli 1984, FamRZ 1985, S. 168 ff.:Sachverhalt:

Aus der Ehe der Parteien sind eine im Jahre 1970 geborene Tochter und ein im Jahre 1972 geborener Sohn hervorgegangen. Seit August 1981 lebten die Eltern getrennt. Die Kinder blieben bei der Mutter. Nach Scheidung der Ehe hat das Familiengericht die elterliche Sorge für beide Kinder auf den Vater übertragen.

Auf die Beschwerde der Mutter hat das OLG die Sorgerechtsregelung geändert und die elterliche Sorge auf die Mutter übertragen. Hiergegen legte der Vater weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Zur Anwendung des § 1671 werden in Rechtsprechung und Schrifttum in Ausfüllung des Kriteriums „Kindeswohl“ unter anderem das so genannte Förderungsprinzip und der Kontinuitätsgrundsatz hervorgehoben. Nach ersteren ist die elterliche Sorge dem Elternteil zu übertragen, der am besten zur Erziehung und Betreuung des Kindes geeignet erscheint und von dem es vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erwarten kann. (...)

Nach dem Kontinuitätsgrundsatz gilt es, die Stetigkeit der Erziehung und Betreuung sicherzustellen. (...) Unabhängig davon sind, wie das Gesetz besonders herausstellt, die Bindungen des Kindes zu berücksichtigen. Dies erfordert eine Beachtung – wenn auch nicht in jedem Falle Befolgung – seiner Neigungen und Wünsche (...) aber auch – auf Grund seiner Betroffenheit als Grundrechtsträger – seines Willens als „Entscheidungselement von hoher Bedeutung“ (...), soweit es nach Alter und Reife zu einer Willensbildung im natürlichen Sinne in der Lage ist. (...) Außer den genannten Gesichtspunkten sind je nach den Begleitumständen des Falles weitere Kriterien wie Erziehungsbereitschaft, häusliche Verhältnisse, soziales Umfeld und Grundsätze wie der einzubeziehen, dass Geschwister nicht ohne besonderen Grund getrennt werden sollen.

(...) Da hier (...) die Ablehnung des Vaters und der Wunsch der Kinder, bei der Mutter zu bleiben, auf Beeinflussung durch die Mutter zurückzuführen ist, durfte das OLG daher dem Willen der Kinder (anders als den emotionalen Bindungen) keine entscheidende Bedeutung beimessen. Dies ist aber auch nicht geschehen.

(...) Der Haupteinwand der weiteren Beschwerde (...) geht dahin, dass die Mutter wegen ihrer Verantwortlichkeit für die Ablehnung des Vaters durch die Kinder zur Erziehung nicht geeignet sei. Hier liegt in der Tat die Hauptschwierigkeit des Falles. Das OLG stellt in Auswertung der Äußerungen und Verhaltensweisen der Kinder seinerseits fest, dass sie den Vater „in einer bestürzenden Art und Weise“ ablehnen und dies auf den Einfluss der Mutter zurückzuführen sei, bei der sich „ein fast pathologisch zu nennender Hass“ auf ihren geschiedenen Ehemann entwickelt habe. Obwohl das OLG hiernach zu der Auffassung

gelangt, dass die Erziehungseignung der Mutter erheblich in Frage gestellt sei, hat es sich nach den weiteren Umständen des Falles nicht in der Lage gesehen, die Kinder der Mutter wegzunehmen.

(...) Aufgrund einer vergleichenden Würdigung der in Betracht kommenden Alternativen hat das OLG die elterliche Sorge auf die Mutter übertragen, obwohl sie einem wichtigen Teilbereich erzieherisch versagt, weil eine Sorgerechtsregelung zugunsten des Vaters den Kindern mehr schaden würde als eine weitere Erziehung durch die Mutter. Das Gericht hat dabei keinen nach Lage des Falles für die Entscheidung bedeutsamen Gesichtspunkt außer Acht gelassen. So hat es im Sinne des Förderungsprinzips darauf abgestellt, dass die Kinder bei der Mutter günstige häusliche Verhältnisse vorfinden und von ihr als einer nur halbtags außer Haus tätigen Lehrerin gut betreut und ersichtlich schulisch vorzüglich gefördert werden. Es hat weiter im Sinne des Kontinuitätsgrundsatzes berücksichtigt, dass die Mutter die Kinder bereits seit August 1981 allein erzieht und dass sie, wenn sie bei der Mutter bleiben, ihre bisherige Schule weiter besuchen und in ihrer ihnen inzwischen vertraut gewordenen Umgebung verbleiben können. Nicht zuletzt hat das OLG zu Recht die starke Bindung der Kinder an die Mutter berücksichtigt. (...)

cc.) BGH, Beschluss vom 06. Dezember 1989, FamRZ 1990, S. 392 ff.:

Sachverhalt:

Aus der Ehe der Parteien stammen die 1980 geborene Tochter P. und der 1981 geborene A.. Seit der Trennung der Eltern im Jahre 1984 lebten die Kinder bei der Mutter. 1986 zog die Mutter mit ihren Kindern und ihrer eigenen Mutter nach Italien. 1987 wurde die Ehe geschieden und der Mutter das Sorgerecht zugesprochen. Hiergegen legte der Vater erfolglos Beschwerde ein. Mit der weiteren Beschwerde versuchte der Vater weiter das Sorgerecht für die beiden Kinder zu erlangen.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Der Senat hat die in der Rechtsprechung und im Schrifttum hervorgehobenen Prinzipien der Förderung, der Kontinuität und der Beachtung des Kindeswillens als gewichtige

Gesichtspunkte für die zu treffende Regelung bestätigt. Danach soll das Sorgerecht demjenigen Elternteil übertragen werden, der dem Kind voraussichtlich die besseren Entwicklungsmöglichkeiten vermitteln und ihm die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit und eine gleichmäßige und stetige Erziehung geben kann; der stets zu beachtende Kindeswille liefert auch bei kleineren Kindern unter zehn Jahren daneben ein ernstzunehmendes Indiz für die zu berücksichtigenden persönlichen Bindungen. Alle Kriterien stehen aber letztlich nicht wie Tatbestandsmerkmale kumulativ nebeneinander; jedes kann im Einzelfall mehr oder weniger bedeutsam für die Beurteilung sein, was dem Wohl des Kindes am besten entspricht. (...)

Die Beschwerde beanstandet, dass das OLG allein das Kontinuitätsprinzip habe ausschlaggebend sein lassen. Das trifft jedoch nicht zu. Das OLG hat in gleichem Maße berücksichtigt, dass die Kinder durch die Mutter besser gefördert werden könne, weil sie nicht erwerbstätig ist, während der Vater durch seine Berufstätigkeit gehindert sei, sich tagsüber um sie zu kümmern. Das OLG hat außerdem in seine Abwägung zu Recht auch den von den Kindern bei ihrer Anhörung geäußerten Wunsch einbezogen, auf Dauer zusammen und bei ihrer Mutter zu bleiben. (...)

V. Die Umgangsbefugnis des nichtsorgeberechtigten Elternteils, § 1634

1.) Die Regelung des § 1634

§ 1634⁴⁰³ erfuhr durch das Sorgerechtsgesetz nur wenig bedeutende inhaltliche Änderungen. Neben der neuen Bezeichnung „Umgangsrecht“ enthielt § 1634 in Abs.1 S.2 nunmehr die Bestimmung, dass die Eltern ihrerseits alles zu unterlassen hatten, was das Verhältnis des jeweils anderen Elternteils zum Kind beeinträchtigen oder die Erziehung erschweren würde (so genannte „Wohlverhaltensklausel“). Ebenso wie nach frühem Recht konnte das

⁴⁰³ § 1634 Abs.1 und Abs. 2 lautete:

„[Abs.1] Ein Elternteil, dem die Personensorge nicht zusteht, behält die Befugnis zum persönlichen Umgang mit dem Kinde. Der Elternteil, dem die Personensorge nicht zusteht, und der Personensorgeberechtigte haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum anderen beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert.

[Abs.2] Das Familiengericht kann über den Umfang der Befugnis entscheiden und ihre Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln; soweit es keine Bestimmung trifft, übt während der Dauer des Umgangs der nicht personenberechtigte Elternteil das Recht nach § 1632 Abs.2 aus. Das Familiengericht kann die Befugnis einschränken oder ausschließen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.“.

Familiengericht die Umgangsbefugnis einschränken oder ausschließen, wenn dies „zum Wohl des Kindes erforderlich war.“

Ein Mitspracherecht des Kindes hatte sich im Rahmen der Reformdiskussionen nicht durchsetzen können. In den Entwürfen war zunächst vorgesehen, Jugendlichen, welche das vierzehnte Lebensjahr vollendet hatten, ein Widerspruchsrecht einzuräumen. Letztlich konnte sich diese geplante Regelung jedoch nicht durchsetzen. Man befürchtete, den Jugendlichen ein Mittel an die Hand zu geben, seine Eltern zu schikanieren oder unter Druck zu setzen. Zudem bestand die Gefahr der Beeinflussung des Kindes durch Verwöhnung und ähnliches.⁴⁰⁴

2.) Die Rechtsprechung zu § 1634

a.) Grundsätze

aa.) Die Voraussetzungen einer abweichenden Anordnung

Bereits seit längerem sah die Rechtsprechung den Zweck des Umgangsrechts darin, es dem umgangsberechtigten Elternteil zu ermöglichen, sich von dem Wohlbefinden seines Kindes zu überzeugen, dem gegenseitigen Liebesbedürfnis Rechnung zu tragen und einer Entfremdung vorzubeugen. Allerdings hatten die Gerichte auch schon vor Inkrafttreten des Sorgerechtsgesetzes in zunehmendem Maße betont, dass das Umgangsrecht ebenso im wohlverstandenen Interesse des Kindes bestehe.

Diese Entwicklung wurde unter der Herrschaft des neuen § 1634 weitergeführt und bestätigt.⁴⁰⁵ Bei der Einschränkung und dem Ausschluss des persönlichen Umgangs nach § 1634 Abs.2 S.2 achteten die Gerichte verstärkt auf das Wohl des Kindes indem sie berücksichtigten, dass eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Umgangsrechts auch einen Schaden für das Kind bedeuten konnte.⁴⁰⁶ Der völlige oder zeitweilige Ausschluss sollte nach Ansicht des BGH demnach nur angeordnet werden, um eine Gefährdung der körperlichen oder seelischen Entwicklung des Kindes abzuwenden und nur, wenn diese

⁴⁰⁴ *Diedrichsen*, FamRZ 1978, S. 465.

⁴⁰⁵ BGH FamRZ 1988, S. 711; FamRZ 1984, S. 1084; OLG Frankfurt FamRZ 1984, S. 614.

⁴⁰⁶ BGH FamRZ 1988, S. 711; FamRZ 1984, S. 1084; BVerfGE 31, S. 194.

Gefahr nicht auf andere Weise ausreichend abgewehrt werden konnte.⁴⁰⁷ Dem schloss sich die übrige Rechtsprechung weitgehend an.⁴⁰⁸ Die Gegenansicht⁴⁰⁹, die triftige, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe genügen lassen wollte, fand innerhalb der Judikatur nur wenige Anhänger.⁴¹⁰

Bei der Frage nach der Gefährdung der körperlichen und seelischen Entwicklung des Kindes stellten die Gerichte nicht nur auf das augenblickliche Kindeswohl ab, sondern berücksichtigten gleichrangig die Zukunftsperspektive.⁴¹¹ Es fand also eine Abwägung zwischen dem kurzzeitigen Schutzinteresse und dem langfristigen Kontaktbedürfnis des Kindes statt. Aus der Sphäre der Eltern ließ die Rechtsprechung daher beispielsweise die Tatsache, dass der Vater ein Gewaltverbrechen begangen hatte ebenso wenig für den Ausschluss des Umgangsrechts ausreichen wie die Anfechtung der Ehelichkeit des Kindes. Gleiches galt für einen Verstoß gegen die Wohlverhaltensklausel.⁴¹² Für erforderlich wurde ein Ausschluss gehalten, wenn ansonsten mit schweren seelischen Schocks oder psychischen Belastungen gerechnet werden musste, die die Entwicklung des Kindes gefährden würden.⁴¹³ Bejaht wurden diese Voraussetzungen beispielsweise bei pädophilen Vätern⁴¹⁴ oder bei Verdacht des sexuellen Missbrauchs.⁴¹⁵

bb.) Der Wille des Kindes

Wie schon unter der Herrschaft des § 1634 a.F. wurde dem Willen des Kindes als Ausdruck seiner Selbstbestimmung bei der Entscheidung des Gerichts eine Bedeutung zugebilligt. Es galt den Willen des Kindes im Rahmen seines wohlverstandenen Interesses mit dem Interesse des um Umgang ersuchenden Elternteils abzuwägen. Dabei musste der Wille des Kindes stets

⁴⁰⁷ BGH FamRZ FamRZ 1988, S. 711; FamRZ 1984, S. 1084; 1980, S. 131.

⁴⁰⁸ OLG Köln MDR 1997, S. 653; OLG Hamburg FamRZ 1996, S. 423; OLG Düsseldorf FamRZ 1994, S. 1277; OLG Hamm FamRZ 1994, S. 59; OLG Celle NJW-RR 1990, S. 1290.

⁴⁰⁹ OLG Hamburg FamRZ 1991, S. 471; KG FamRZ 1989, S. 659.

⁴¹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 1997, S. 1096; OLG Hamm FamRZ 1996, S. 361.

⁴¹¹ KG FamRZ 1985, S. 639; OLG Frankfurt FamRZ 1984, S. 614.

⁴¹² BGH FamRZ 1988, S. 711; FamRZ 1984, S. 1084.

⁴¹³ BGH FamRZ 1984, S. 1084; FamRZ 1981, S. 659.

⁴¹⁴ OLG Hamm FamRZ 1993, S. 1233.

⁴¹⁵ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1995, S. 1432; OLG Bamberg FamRZ 1995, S. 181; OLG Stuttgart FamRZ 1994, S. 718.

auf subjektiv beachtlichen und verständlichen Beweggründen beruhen.⁴¹⁶ Darüber hinaus war erforderlich, dass das Kind seinem Alter und seiner Reife nach zu einer eigenen Beurteilung und autonomen Willensbildung in der Lage war.⁴¹⁷ Dies wurde von der Rechtsprechung etwa ab dem 12./13. Lebensjahr angenommen.⁴¹⁸ Zunehmend fand aber auch der Wille jüngerer Kinder Beachtung. Allerdings war hier nicht nur auf deren erklärten Willen, sondern insbesondere auch auf ihre oft unbewussten Wünsche und Neigungen Rücksicht zu nehmen.⁴¹⁹ Dabei wurde von den Gerichten betont, dass der Wille zwar für sich allein nicht ausschlaggebend sei, der Einstellung des Kindes aber wesentliche Bedeutung zukomme, weil sie für die Durchsetzung der Umgangsregelung eine entscheidende Rolle spiele.⁴²⁰ Weigerte sich das Kind also strikt den Kontakt mit einem Elternteil aufrecht zu erhalten, konnte dies zu einem Ausschluss der Umgangsbefugnis führen.⁴²¹ Die zwangsweise Durchsetzung des Umgangsrechts war allerdings nach wie vor möglich.

b.) Einzelne Entscheidungen

aa.) BGH, Beschluss vom 12. Juli 1984, FamRZ 1984, S. 1084 ff.:

Sachverhalt:

Aus der Ehe der Beteiligten, die durch Urteil 1981 geschieden worden ist, stammt der 1978 geborene Sohn Sven. Das Recht der elterlichen Sorge wurde der Mutter übertragen. Der Vater befindet sich seit 1980 wegen Vergewaltigung, versuchter Vergewaltigung in zwei Fällen sowie Fahrens ohne Fahrerlaubnis in Strafhaft. Das Strafende ist auf den 03. Februar 1986 berechnet. Seit der Inhaftierung hat er keinen Kontakt mehr zu dem Kind.

Der Vater hat beantragt, ihm ein Umgangsrecht mit dem Kind zu gewähren und dessen Ausübung zu regeln. Das Familiengericht hat den Antrag zurückgewiesen. Die Beschwerde des Vaters zum OLG wurde ebenfalls zurückgewiesen. Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde verfolgt der Vater sein Begehren weiter.

⁴¹⁶ BGH FamRZ 1980, S. 131; KG FamRZ 1979, S. 448.

⁴¹⁷ BGH FamRZ 1985, S. 169; NJW 1980, S. 454.

⁴¹⁸ OLG Bamberg FamRZ 1989, S. 890; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1983, S. 217; OLG Bamberg FamRZ 1979, S. 858; KG FamRZ 1979, S. 448; OLG Düsseldorf FamRZ 1979, S. 857.

⁴¹⁹ OLG Hamburg FamRZ 1991, S. 471; AG Bad Iburg FamRZ 1988, S. 537, KG FamRZ 1984, S. 503.

⁴²⁰ KG FamRZ 1984, S. 503.

⁴²¹ OLG Hamburg FamRZ 1991, S. 471; AG Bad Iburg FamRZ 1988, S. 537.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Die Beziehungen zu dem nichtsorgeberechtigten Elternteil durch persönlichen Umgang zu pflegen, liegt generell im Interesse des Kindes. Gleichwohl werden gerade die Belange des Kindes durch die Möglichkeit gewahrt, den Umgang auszuschließen, wenn der Schutz des Kindes dies nach den Umständen des Einzelfalls erfordert, um eine Gefährdung seiner körperlichen oder seelischen Entwicklung abzuwehren. Der völlige Ausschluss des Umgangs als einschneidendster Eingriff darf dabei nur angeordnet werden, wenn der Gefährdung des Kindes durch eine bloße Einschränkung des Umgangsrechts und dessen sachgerechte Ausgestaltung nicht ausreichend vorgebeugt werden kann.

(...) Die Tatsache, dass der Vater Gewaltverbrechen begangen hat und deswegen zweimal zu längeren Freiheitsstrafen verurteilt worden ist, rechtfertigt für sich allein nicht den Schluss, dass das Kindeswohl durch Beziehungen zu ihm gefährdet ist, solange der Strafvollzug nicht beendet und eine Resozialisierung des Vaters nicht erweislich ist. Diese Folgerung steht zunächst im Widerspruch zu der Feststellung, dass zwischen dem Kind und seinem Vater bis zu dessen Inhaftierung gute emotionale Beziehungen bestanden haben; damals hatte der Vater diese Straftaten schon begangen und war wegen der einen auch bereits verurteilt worden. Sodann rechtfertigt allein die Tatsache der Inhaftierung des Berechtigten den Ausschluss des Umgangsrechts regelmäßig noch nicht. Wenn wie im vorliegenden Fall Möglichkeiten bestehen, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Umgangsrechts außerhalb der Strafanstalt, etwa im Zusammenhang mit Hafturlaub des Umgangsberechtigten, die Gefahr einer Beeinträchtigung des Kindeswohls ausreichend zu beheben, verliert der Umstand, dass der Berechtigte Strafhaft verbüßt, zudem erheblich an Bedeutung.

bb.) OLG Hamburg, Beschluss vom 03. Juli 1990, FamRZ 1991, S. 471:

Sachverhalt:

Das Amtsgericht hatte die Befugnis des Vaters zum Umgang mit der 1980 geborenen Tochter D. bis Ende 1989 ausgeschlossen, weil diese den Umgang strikt ablehnte. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Das Persönlichkeitsrecht des Kindes, das in gleicher Weise wie das Elternrecht verfassungsrechtlich geschützt ist, verdient schon dann Beachtung, wenn nachvollziehbare, das Kindeswohl nachhaltig berührende Gründe vorliegen, die besorgen lassen, dass sich das Kind ohne Einschränkung oder Ausschluss des Umgangs ungünstig entwickeln könnte. Diese Gründe liegen vor, wenn das Kind sich aus nachvollziehbaren Gründen gegen den Umgang ausspricht und die Umstände der familiären Situation keinen Anhalt dafür bieten, dass das Kind die Belastung ungewollter Kontakte mit dem anderen Elternteil innerlich verkraftet. Die Belastung des Kindes liegt in solcher Situation zum einen darin, dass sein eigener geäußelter Wille, wenn nicht gebrochen, so doch überwunden wird; zum anderen liegt die Belastung des Kindes darin, dass seine Bindung an den Elternteil in Frage gestellt wird, bei dem es lebt und mit dessen Einstellungen und Ängsten es sich teils bewusst, vor allem aber unbewusst um so stärker identifiziert oder solidarisiert, je intensiver das Kind den Konflikt und die Trennung der Eltern miterlebt hat. Deshalb ist der Rechtsbegriff „erforderlich“ in § 1634 Abs.2 S.2 weniger als materiell – rechtliche Eingriffsschranke gegen einen Umgangsausschluss, sondern als verfahrensbestimmende Aufforderung an die Beteiligten und Gerichte zu verstehen, die familiäre Situation aufzuklären und gegebenenfalls mit Hilfe psychologisch – therapeutischer Gutachten alle Möglichkeiten einer für das Kind seelisch erträglichen, also möglichst konfliktfreien Anbahnung von Kontakten gewissenhaft zu prüfen. Ergibt die Prüfung, dass die familiäre Situation zurzeit keine solche Chance bietet, ist es erforderlich, die Umgangsbezugnis des Elternteils auszuschließen, in erster Linie, weil das bald 10 – jährige Kind dies so will.

VI. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1

1.) Die Regelung des § 1666 Abs.1

Kernstück der Sorgerechtsreform, aber auch ihr bis zum Schluss umstrittenster Teil, war die Änderung des § 1666 Abs.1⁴²².

a.) Die Gefährdung des Kindeswohls

Mit der Einbeziehung auch des seelischen Kindeswohls fand § 1666 Abs.1 hinsichtlich des geschützten Rechtsguts eine neue Form. Seine Berücksichtigung war insbesondere auf die zunehmende Verlagerung der Aggressionen von Eltern gegen Kinder vom körperlichen zum psychischen Bereich zurückzuführen.⁴²³ Trotzdem bedeutete die Änderung keine wesentliche Neuerung, da § 1666 Abs.1 auch schon vor der Sorgerechtsreform umfassend alle Facetten des Kindeswohls schützen sollte und die Gefährdung der psychischen Entwicklung von der Rechtsprechung bereits dem Schutzbereich der Norm zugeordnet wurde.⁴²⁴

b.) Die Gefährdungsursachen

Nach dem Regierungs- und Fraktionsentwurf sollte § 1666 Abs.1 eine verkürzte Fassung erhalten und das Vormundschaftsgericht bereits dann die erforderlichen Maßnahmen treffen können, wenn das persönliche Wohl des Kindes gefährdet wurde und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage waren, diese Gefahr abzuwenden.⁴²⁵ Auf die Nennung spezifischer

⁴²² § 1666 Abs.1 lautete:

„[Abs.1] Wird das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes durch missbräuchliche Ausübung der elterliche Sorge, durch Vernachlässigung des Kindes, durch unverschuldetes Versagen der Eltern oder durch das Verhalten eines Dritten gefährdet, so hat das Vormundschaftsgericht, wenn die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden, die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Das Gericht kann auch Maßnahmen mit Wirkung gegen einen Dritten treffen.“

⁴²³ *Staudinger – Coester*, (12. Auflage), § 1666 Rn. 59.

⁴²⁴ BGH FamRZ 1963, S. 563.

⁴²⁵ BT-Drucks. 7/2060, S. 28.

Gefährdungsursachen sollte verzichtet werden. Diese Fassung wurde jedoch heftig kritisiert und stieß auf breite Ablehnung. Der Entwurf wurde als zu unbestimmt angesehen, da bereits der Begriff Kindeswohl an sich viel zu wenig determiniert sei und daher zuviel interpretatorischen Spielraum lasse.⁴²⁶

Es blieb daher letztlich dabei, die Gefährdungsursachen explizit aufzuzählen:

Der erste und wichtigste Tatbestand war und blieb der Sorgerechtsmissbrauch. Hierunter verstanden die Gesetzgeber in Anlehnung an die in ständiger Rechtsprechung entwickelte Definition, das Ausnutzen der Sorgeberechtigung zum Schaden des Kindes.⁴²⁷

Der zweite Tatbestand war die Vernachlässigung. Auch diese Gefährdungsursache wurde unverändert dem alten Recht entnommen.

Neu war, dass auch das „unverschuldete Versagen“ der Eltern eine Gefährdungsursache sein konnte. Was darunter zu verstehen war, wurde von Seiten des Rechtsausschusses nicht näher erläutert. Der Begriff stimmte jedoch im Wesentlichen mit der verfassungsrechtlichen Regelung in Art. 6 Abs.3 GG überein, wo er eine gröbliche Vernachlässigung der elterlichen Pflichten zur Pflege und Erziehung des Kindes bedeutete.⁴²⁸

Der vierte Tatbestand stellte die Kindeswohlgefährdung durch das Verhalten eines Dritten dar. Dieser neu geschaffene Eingriffstatbestand sollte dem Vormundschaftsgericht Gelegenheit zu einem unmittelbaren Vorgehen gegen den Dritten geben und den Eltern die Last eines eigenen Vorgehens abnehmen.⁴²⁹

Vollkommen weggefallen ist die Eingriffsbefugnis des ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens.

c.) Das Verschuldenserfordernis

Die Rechtsprechung zur früheren Fassung des § 1666 Abs.1 setzte für ein Einschreiten regelmäßig ein Verschulden der Eltern voraus, wenngleich der Wortlaut nicht zu dieser Annahme zwang und Sinn und Zweck der Vorschrift ein Verschulden nicht erforderte. Bei den Beratungen zum Sorgerechtsgesetz herrschte unter den Gesetzgebern Einigkeit darüber, dass sich dieses Verschuldenserfordernis zur Begrenzung richterlicher Eingriffsmacht als untauglich erwiesen habe und es eine sinnvolle, kindesorientierte Interventionspraxis eher

⁴²⁶ *Jans/Happe*, 1 ff..

⁴²⁷ *Soergel/Siebert – Lange*, § 1666 Rn. 20.

⁴²⁸ Vgl. *Staudinger – Coester*, (12. Auflage), § 1666 Rn. 72.

⁴²⁹ BT-Drucks. 8/2788, S. 59.

behindere, die Chance zur Überzeugung und Kooperation der Eltern verbaue und es verfassungsrechtlich nicht geboten sei.⁴³⁰ Nach allgemeiner Überzeugung der Legislativen, sollte es dem Gericht zukünftig ermöglicht werden auch solchen Kindern zu helfen, deren Wohl objektiv gefährdet war, deren Eltern dies subjektiv aber nicht vorgeworfen werden konnte. Gleichzeitig herrschte aber die Besorgnis, dass die Schwelle für Eingriffe in das Elternrecht zu niedrig angesetzt würde.

Der Regierungs- und Fraktionsentwurf hatte für § 1666 Abs.1 vorgeschlagen, dass das Gericht dann die erforderlichen Maßnahmen treffen könne, wenn das persönliche Wohl des Kindes gefährdet würde und die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage waren, die Gefahr abzuwenden.⁴³¹ Dies konnte sich jedoch aufgrund heftiger Kritik von Seiten der Opposition nicht durchsetzen. Es blieb damit letztlich bei der unglücklichen Formulierung der früheren Regelung. Zwar wurde das „unverschuldete Versagen“ als neue Gefährdungsursache eingeführt, damit aber nicht eindeutig das Verschuldensprinzip hinsichtlich der übrigen Alternativen aufgegeben. Es ist damit zumindest unklar geblieben, ob für den Sorgerechtsmissbrauch und die Vernachlässigung ein Verschulden der Eltern gegeben sein musste.

d.) Mangelnde Bereitschaft oder Fähigkeit der Eltern zur Gefahrabwehr

Als weiteres Tatbestandsmerkmal forderte § 1666 Abs.1 nunmehr, dass die Eltern nicht gewillt oder nicht in der Lage waren, die Gefahr abzuwenden. Dieses zusätzliche Eingriffskriterium bedeutete eine Subsidiaritätsklausel, die gewährleisten sollte, dass die gerichtlichen Gefahrenabwehrmaßnahmen nur dann und nur in dem Maß ergriffen wurden, wie sie bei Gesamtwürdigung des Elternverhaltens vor und während der Verfahrens und anlässlich der hierauf aufbauenden Prognose notwendig waren.⁴³² Damit sollte dem Vorrang elterlicher vor staatlicher Erziehung ebenso wie der Grenze richterlichen Ermessens ein stärkeres Gewicht im Rahmen des § 1666 Abs.1 eingeräumt werden.

⁴³⁰ BT-Drucks. 8/2788, S. 38 f..

⁴³¹ Jans/Happe, S. 1 ff.

⁴³² MüKo – Hinz, (3. Auflage), § 1666 Rn. 46.

2.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1

a.) Die Gefährdung des Kindeswohls

Bereits seit längerer Zeit war es ständige Rechtsprechung, dass das Wohl des Kindes nicht nur aus der subjektiven Sicht des Kindes (Wohlbefinden), sondern auch objektiv-normativ (Zukunftsperspektive) zu beurteilen sei.⁴³³ Auch nach Inkrafttreten des Sorgerechtsgesetzes hielten die Gerichte an dieser Konkretisierung des Kindeswohlbegriffs fest und betonten darüber hinaus, dass es in Anlehnung an das in § 1626 Abs.2 S.1 anerkannte Erziehungsziel darum gehe, die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung des Kindes in jeder Beziehung sicherzustellen, um eine allseitige und harmonische Entwicklung der Gesamtpersönlichkeit des Kindes zu ermöglichen.⁴³⁴ Zu berücksichtigen waren in diesem Zusammenhang insbesondere die inneren Bindungen des Kindes, dessen subjektiver Wille, der familiäre Gesamtzusammenhang sowie die Grundsätze der Kontinuität und Stabilität.

§ 1666 Abs.1 erlaubte staatliches Einschreiten jedoch nicht bei jeder Beeinträchtigung des Kindeswohls, sondern forderte eine Gefährdung. Die Frage, was unter Gefährdung zu verstehen sei, beantworteten die Gerichte seit Entstehung des BGB nahezu einheitlich. Voraussetzung war eine gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, die sich bei der weiteren Entwicklung mit ziemlicher Sicherheit in eine erhebliche Schädigung umwandeln würde.⁴³⁵

In Bezug auf die Schwere des drohenden Schadens waren die Vorgaben des Art. 6 Abs.2 S.1 GG zu berücksichtigen. Nach Ansicht des BVerfG hatte der Staat nicht die Aufgabe für „eine den Fähigkeiten des Kindes bestmögliche Förderung zu sorgen“. Vielmehr hätten sich die Kinder mit etwaigen Nachteilen der elterlichen Erziehung abzufinden. Alleinige Wahrer der Kindesinteressen seien grundsätzlich die Eltern und nicht der Staat.⁴³⁶ Voraussetzung einer staatlichen Intervention war dementsprechend stets das Überschreiten der Vertretbarkeitsgrenze.⁴³⁷

In diesem Zusammenhang hatten sich die Gerichte auch mit den Besonderheiten auseinanderzusetzen, die sich in ausschließlich oder gemischt ausländischen Familien durch

⁴³³ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1984, S. 614.

⁴³⁴ BayOLG ZBIJR 1983, S. 310.

⁴³⁵ BayOLG DAVorm.1983, S. 81; DAVorm. 1981, S. 898.

⁴³⁶ BVerfGE 34, S. 184.

⁴³⁷ BVerfGE 24, S. 145; BayOLG DAVorm. 1983, S. 81; DAVorm. 1981, S. 898 f..

ihren abweichenden kulturellen, sozialen und religiösen Hintergrund ergaben. Hier galt es die Balance zwischen der Respektierung der von westeuropäischen Kulturtraditionen abweichenden Erziehungsvorstellungen und dem Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1 zu finden.⁴³⁸

Abweichende Alltagsgestaltungen, beispielsweise durch Rauch- oder Schminkverbote sowie Bekleidungs Vorschriften, wurden nicht als Kindeswohlgefährdend angesehen, sondern waren zu akzeptieren. Anders verhielt es sich jedoch bei einschneidenderen Konflikten zwischen den Kulturen, verursacht durch schwerwiegende körperliche Züchtigungen⁴³⁹, soziale Isolation⁴⁴⁰, Zwangsheiraten⁴⁴¹, Ausbildung und Berufswahl⁴⁴² oder sonst entwürdigende Maßnahmen⁴⁴³. Hier trat die Toleranz gegenüber der fremden Kultur hinter der staatlichen Wächterfunktion zurück.

b.) Die Gefährdungsursachen

aa.) Allgemeine Grundsätze

Das Gesetz nannte drei elterliche Verhaltensweisen sowie, als vierten Gefährdungstatbestand, das Verhalten Dritter, auf die die Kindesgefährdung ursächlich zurückzuführen sein musste. Nach der Rechtsprechung der letzten Jahre war die Festlegung auf eine bestimmte Gefährdungsursache jedoch nachrangig und in erster Linie das Merkmal der Kindesgefährdung für die staatliche Intervention maßgeblich. Wenngleich die Gefährdungstatbestände also grundsätzlich eine nur untergeordnete Rolle spielten und die Gerichte bereits seit längerer Zeit dazu übergegangen waren, die Ursachen der Gefährdung nicht in die gesetzlichen Kategorien, sondern in einzelne Fallgruppen zu gliedern, bedeutete die Erweiterung der Tatbestände durch das Sorgerechtsgesetz auch eine Erweiterung der gerichtlichen Eingriffsmöglichkeiten:

Der dritte Gefährdungstatbestand des unverschuldeten Versagens wurde von den Gerichten als eine Art Auffangtatbestand betrachtet, der zum Einsatz kam, wenn die Voraussetzungen

⁴³⁸ KG NJW 1985, S. 68; LG Berlin FamRZ 1983, S. 943.

⁴³⁹ LG Bochum ZBIJR 1993, S. 212; BayOLG FamRZ 1993, S. 229; OLG Düsseldorf NJW 1985, S. 1291.

⁴⁴⁰ BayOLG FamRZ 1993, S. 230; FamRZ 1984, S. 1260.

⁴⁴¹ Vgl. LG Berlin FamRZ 1983, S. 943.

⁴⁴² KG NJW 1985, S. 68 ff.; LG Berlin FamRZ 1983, S. 947.

⁴⁴³ BayOLG DAVorm. 1983, S. 78 ff..

der anderen Gefährdungsursachen nicht unproblematisch gegeben waren.⁴⁴⁴ Darüber hinaus umfasste das Versagensmerkmal als eigenständiger Tatbestand auch die Situationen, in denen die Kindesgefährdung aus einer allgemeinen Überforderung oder Ungeeignetheit der Eltern erwuchs, aus einem Gesamtverhalten also, das sich der Aufgliederung in gefährdungsursächliche Einzelhandlungen der Eltern weitgehend entzog.⁴⁴⁵ Hierunter fielen insbesondere Alkoholsucht⁴⁴⁶ und Drogenabhängigkeit⁴⁴⁷, chaotische Wohnverhältnisse⁴⁴⁸ oder häufige Streitereien und Schlägereien zwischen den Eltern in Gegenwart des Kindes⁴⁴⁹, psychische Erkrankungen⁴⁵⁰ oder die Verweigerung der erforderlichen stationären Behandlung des verhaltensgestörten Kindes⁴⁵¹.

Die Kindesgefährdung durch das Verhalten eines Dritten verdeutlichte, dass das staatliche Wächteramt auch Dritten gegenüber bestand. Dies entband die Eltern jedoch nicht von ihrer eigenen Schutzpflicht gegenüber dem Kind. Waren die Eltern zur Abwehr der Gefahr durch den Dritten nicht bereit oder nicht in der Lage, konnte unter Umständen auch eigenes Versagen vorliegen.⁴⁵²

bb.) Berufs- und Ausbildungsfragen

Die Eingriffsrechte des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der Wahl der Ausbildung und des Berufs waren durch den neu eingeführten § 1631 a Abs.2 gesondert geregelt. Die Vorschrift ermöglichte den Gerichten ein Einschreiten ohne an die Gefährdung des Kindeswohls gebunden zu sein. Trotzdem verlor § 1666 Abs.1 nicht gänzlich an Bedeutung. Die Gerichte stützen nach wie vor ihre Entscheidungen auch auf § 1666 Abs.1, jedoch nicht ohne auf die besondere Regelung des § 1631 a Abs.2 einzugehen. Ein Eingreifen nach

⁴⁴⁴ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1983, S. 530; BayOLG ZBIJR 1983, S. 311.

⁴⁴⁵ Vgl. BayOLG DAVorm 1984, S. 1054.

⁴⁴⁶ BayOLG ZBIJR 1983, 302; LG Berlin DAVorm 1980, S. 143.

⁴⁴⁷ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1983, S. 530.

⁴⁴⁸ LG Berlin DAVorm 1980, S. 145.

⁴⁴⁹ BayOLG DAVorm 1981, S. 901.

⁴⁵⁰ LG Berlin DAVorm 1980, S. 143.

⁴⁵¹ BayOLG FamRZ 1984, S. 829 f..

⁴⁵² OLG Frankfurt/Main FamRZ 1981, S. 306.

§ 1666 Abs.1 konnte insbesondere das Hineindrängen eines Kindes in einen ungeeigneten Beruf oder das Abhalten vom Besuch der Schule rechtfertigen.⁴⁵³

cc.) Sittliche und moralische Wertbildung

Auch die sittliche und moralische Wertbildung des Kindes wurde als Teil seiner geistig – seelischen Gesundheit betrachtet.

Bei der Anwendung des § 1666 Abs.1 waren die Gerichte jedoch insofern zur Zurückhaltung aufgerufen, als das GG lediglich das selbstbestimmungsfähige, selbstverantwortliche und gemeinschaftsfähige Individuum postulierte, sonst aber keine inhaltlichen Erziehungsziele vorgab⁴⁵⁴ und insofern wertoffen war. Wichen die Eltern in ihrer Erziehung von den herrschenden moralischen Vorstellungen ab, konnte dies in der Regel ein staatliches Eingreifen nicht mehr rechtfertigen. Doch selbst bei rechtlich beachtlichen Wertgefährdungen war nicht nur der Aspekt der Erziehung zur „Gemeinschaftsfähigkeit“ zu berücksichtigen, sondern auch die anderen Kindesinteressen, wie etwa die Kontinuität der Lebensverhältnisse und die Aufrechterhaltung gewachsener Bindungen.⁴⁵⁵

Im sexuellen Bereich war das Kindeswohl nach ständiger Rechtsprechung stets gefährdet, wenn das Kind von den Eltern, sonstigen Verwandten oder Dritten unmittelbar in sexuelle Handlungen hineingezogen wurde.⁴⁵⁶ Etwas anderes konnte jedoch für partnerschaftliche Sexualbeziehungen des Heranwachsenden gelten. Sie und ihre Duldung durch die Eltern bedeutete nicht unbedingt eine Kindesgefährdung. Auch das Sexualleben der Eltern bildete grundsätzlich keinen Anknüpfungspunkt für ein staatliches Eingreifen. Dies galt auch dann, wenn das elterliche Verhalten von der herrschenden Sexualmoral abwich.⁴⁵⁷

Im religiösen Bereich verhielten sich die Gerichte im Hinblick auf Art. 4 GG weitestgehend neutral. Ein Eingreifen der Gerichte war nur möglich, wenn das Kind zum Instrument und Objekt der religiösen Überzeugung der Eltern gemacht wurde und so dessen Entwicklung beeinträchtigt wurde.⁴⁵⁸

⁴⁵³ OLG Düsseldorf ZBIJR 1996, S. 533; AG Zweibrücken MDR 1985, S. 256.

⁴⁵⁴ Vgl. *Brokamp*, S. 82.

⁴⁵⁵ OLG Stuttgart NJW 1985, S. 67 f..

⁴⁵⁶ Vgl. insbesondere LG Köln FamRZ 1992, S. 712; OLG Düsseldorf FamRZ 1992, S. 205.

⁴⁵⁷ Vgl. BVerfGE 7, S. 320.

⁴⁵⁸ OLG Hamburg FamRZ 1985, S. 1284.

dd.) Vernachlässigung

Eine weitere Gefährdungsursache konnte die Vernachlässigung des Kindes sein. Darunter verstanden die Gerichte jedes Unterlassen einer von der Elternpflicht gebotenen Handlung. Hierunter fielen insbesondere schwere Mängel an Fürsorge und Betreuung⁴⁵⁹, unter Umständen Drogenkonsum⁴⁶⁰ oder Desinteresse der Eltern⁴⁶¹.

Ungünstige äußerliche Wohnverhältnisse sowie mangelnde Sauberkeit und Ordnung in der elterlichen Wohnung konnten – entgegen einer Tendenz in der früheren Rechtsprechung – grundsätzlich eine staatliche Intervention nicht mehr rechtfertigen. Lediglich bei schweren Hygienemängeln war ein Einschreiten der Gerichte zu bejahen.⁴⁶²

ee.) Kindesmisshandlung

Einer der mittlerweile klassischen Eingriffsfälle des § 1666 Abs.1 war die Kindesmisshandlung durch Überschreitung des elterlichen Züchtigungsrechts.⁴⁶³ Nachdem auch das Sorgerechtsgesetz kein Verbot elterlicher Gewalt gegenüber Kindern enthielt, hatten die Gerichte nach wie vor die schwierige Aufgabe zulässige Züchtigungen von Kindesmisshandlungen abzugrenzen. Lediglich § 1631 Abs.2 gab nunmehr vor, dass „entwürdigende Erziehungsmaßnahmen“ niemals zulässig waren und stets das Kindeswohl gefährdeten. Darüber hinaus gab es keine gesetzliche Konkretisierung und auch die Gerichte entwickelten keine einheitliche Definition von zulässiger und unzulässiger Züchtigung.⁴⁶⁴ Die Rechtsprechung erkannte jedoch überwiegend die grundsätzliche Möglichkeit von angemessenen Züchtigungen „im Rahmen des Erziehungszwecks“ an, griffen aber ein, wenn die Züchtigung entweder von der Schwere her jedes vertretbare Maß überstieg oder durch ihre

⁴⁵⁹ BayOLG FamRZ 1989, S. 422; FamRZ 1988, S. 748; ZBIJR 1980, S. 288.

⁴⁶⁰ LG Berlin ZBIJR 1980, S. 188.

⁴⁶¹ BayOLG FamRZ 1980, S. 1064.

⁴⁶² BayOLG FamRZ 1989, S. 422.

⁴⁶³ Grundlegend hierzu *Zens*, S. 1 ff..

⁴⁶⁴ Dagegen gab es in der Literatur zahlreiche Versuche den Begriff „Kindesmisshandlung“ und damit auch den Ausdruck „unzulässige Züchtigung“ zu definieren. So schlug beispielsweise *Wolff* (*Zens*, S. 96) folgende Definition vor: „Kindesmisshandlung stellt eine nicht zufällige gewaltsame physische und/oder psychische Beeinträchtigung oder Vernachlässigung des Kindes durch die Eltern oder Erziehungsberechtigten dar, die das Kind schädigt, verletzt, in seiner Entwicklung hemmt und gegebenenfalls zu Tode bringt.“

Häufigkeit dazu führte, dass das Kind seelischen Schaden davontrug.⁴⁶⁵ Einmalige unangemessene Züchtigungen genügten für ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 in der Regel nicht, da es an einer Gefährdung für die Zukunft fehlte.⁴⁶⁶ Verbreitet innerhalb der Rechtsprechung war zudem die Auffassung, körperliche Züchtigungen seien bei älteren Kindern eher unangemessen als bei jüngeren.⁴⁶⁷

ff.) Ärztliche Behandlungen

Eine Gefährdung des Kindeswohls konnte angenommen werden, wenn die Eltern objektiv gebotene oder vom Kind gewünschte ärztliche Behandlungen verweigerten. Insofern wurde auch nach dem Sorgerechtsgesetz die frühere Rechtsprechung fortgeführt.⁴⁶⁸

Zunehmende Bedeutung erlangte im Rahmen der Rechtsprechung die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs. Weitgehende Einigkeit herrschte hinsichtlich der Fälle, in denen die minderjährige Tochter das Kind austragen wollte, die Eltern dies jedoch ablehnten. Hier sollte der Wille des Kindes allein maßgeblich sein und das Gericht konnte gegen die Eltern, die das Kind zum Abbruch der Schwangerschaft bewegen wollten, gegebenenfalls Maßnahmen nach § 1666 Abs.1 ergreifen.⁴⁶⁹

Anders beurteilte die Rechtsprechung die Fällen, in denen die minderjährige Töchter einen nach § 2018 a StGB zulässigen Schwangerschaftsabbruch wünschte, bei dem die Eltern ihre Zustimmung jedoch verweigerten. Die Rechtsprechung stellte sich hier auf den Standpunkt, dass sich die elterliche Verweigerung dann im Rahmen der Erziehungsrechts hielt, wenn die Eltern der Schwangeren die erforderliche seelische, materielle und organisatorische Unterstützung anboten⁴⁷⁰ und der Wille der Minderjährigen auf Grund ausreichender geistiger und sittlicher Reife zu berücksichtigen war⁴⁷¹. Eine Verweigerung aus starren dogmatischen Gründen, die ohne Berücksichtigung der Belange der Schwangeren und ohne Angebot

⁴⁶⁵ BayOLG DAVorm 1985, S. 916; FamRZ 1984, S. 928; DAVorm 1983, S. 82; LG Berlin FamRZ 1983, S. 944.

⁴⁶⁶ LG Berlin FamRZ 1983, S. 944; BayOLG DAVorm 1981, S. 899.

⁴⁶⁷ BayOLG DAVorm 1983, S. 82.

⁴⁶⁸ BayOLG FamRZ 1987, S. 87; FamRZ 1984, S. 930.

⁴⁶⁹ LG Hamburg FamRZ 1981, S. 309; AG Dorsten DAVorm. 1978, S. 131.

⁴⁷⁰ LG Köln FamRZ 1987, S. 207; AG Helmstedt ZBIJR 1987, S. 85 f.; LG München FamRZ 1979, S. 850 f..

⁴⁷¹ LG Berlin FamRZ 1980, S. 285 ff.; LG München FamRZ 1979, S. 850 f..

flankierender Hilfe getroffen war, konnte hingegen ein Eingreifen nach § 1666 Abs.1 rechtfertigen.⁴⁷²

War der von der Tochter gewünschte Schwangerschaftsabbruch nach § 218 a StGB unzulässig und damit strafbar, war die elterliche Ablehnung nicht als Kindeswohlgefährdend anzusehen.⁴⁷³

gg.) Abbruch von gewachsenen Bindungen

Die fundamentale Bedeutung kontinuierlicher Lebensverhältnisse und menschlicher Beziehungen für die kindliche Persönlichkeitsentwicklung wurde von der Rechtsprechung bereits seit längerer Zeit als Entscheidungskriterium, insbesondere im Rahmen von § 1634 und § 1671, anerkannt.⁴⁷⁴ Konsequenterweise konnte das Kindeswohl also auch durch einen Abbruch gewachsener Bindungen gefährdet werden. Wann dies der Fall war hing von mehreren Faktoren ab. Zum einen spielte die Stärke der Bindung des Kindes an die Person eine Rolle, zum anderen aber auch das Alter des Kindes, die Art des Abbruchs der Bindung sowie sonstige Umweltbedingungen.⁴⁷⁵ Bei Großeltern und Geschwistern trat neben den Bindungsaspekt noch der Gesichtspunkt der Verwandtschaft. Eine Untersagung des Umgangs mit diesen Personen wurde dann als missbräuchlich angesehen, wenn die Versagung ohne verständigen Grund erfolgte.⁴⁷⁶ Hintergrund dieser Ansicht war, dass der Kontakt mit Großeltern und Geschwister als im Allgemeinen förderlich für das Kindeswohl angesehen wurde. Als verständige Gründe wurden von der Rechtsprechung insbesondere mangelnde Respektierung des elterlichen Erziehungsvorrangs, tief greifende Zerwürfnisse mit den Eltern oder ein entgegenstehender Wille des älteren Kindes anerkannt.⁴⁷⁷

⁴⁷² LG Berlin FamRZ 1980, S. 285 ff..

⁴⁷³ LG Köln FamRZ 1987, S. 207.

⁴⁷⁴ BayOLG FamRZ 1981, S. 1000; OLG Hamburg FamRZ 1981, S. 1273.

⁴⁷⁵ BVerfG NJW 1986, S. 2129; BayOLG DAVorm 1983, S. 82; FamRZ 1982, S. 1118.

⁴⁷⁶ BayOLG FamRZ 1984, S. 614; DAVorm 1982, S. 363 ff..

⁴⁷⁷ BayOLG DAVorm 1982, S. 363 ff..

c.) Das Verschuldenserfordernis

Obwohl mit der Neuregelung des § 1666 Abs.1 das Verschuldenserfordernis für die Tatbestände des Sorgerechtsmissbrauchs und der Kindesvernachlässigung nicht ausdrücklich beseitigt wurde, gingen die Gerichte dazu über, die beiden Tatbestände verschuldensunabhängig auszulegen oder die Verschuldensfrage dahingestellt sein zu lassen.⁴⁷⁸

Dies war eine Konsequenz aus dem neu geschaffenen Tatbestand des elterlichen Versagens, der als Auffangtatbestand die Voraussetzungen des Missbrauchs und der Vernachlässigung mitumfasste und ausdrücklich von einem Verschulden der Eltern unabhängig war.⁴⁷⁹ Da das Gesetz dem Gericht keine verbindliche Prüfungsreihenfolge vorschrieb, brauchte das Gericht nach Feststellung der objektiven Eingriffsvoraussetzungen nicht mehr in die Verschuldensprüfung einzusteigen. Dementsprechend verlor das Verschuldenserfordernis seine Bedeutung und spielte bei den Entscheidungen der Gerichte kaum mehr eine Rolle.

d.) Mangelnde elterliche Gefahrabwendung

Die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals blieb in der Entscheidungspraxis sehr gering und fand meist überhaupt keine Erwähnung in den Entscheidungsgründen. Dies lag insbesondere daran, dass die mangelnde Bereitschaft oder Fähigkeit der Eltern zur Gefahrabwendung bereits bei den Gefährdungstatbeständen sozusagen mitgeprüft wurde und somit nicht als zusätzliche Tatbestandsvoraussetzung behandelt wurde.

⁴⁷⁸ BayOLG FamRZ 1997, S. 1554; OLG Hamm FamRZ 1996, S. 1030; BayOLG DAVorm 1984, S. 1054; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1983, S. 530; KG FamRZ 1981, S. 590 f..

⁴⁷⁹ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1983, S. 530; 1980, S. 826; BayOLG ZBIJR 1983, S. 311; KG FamRZ 1981, S. 590 f..

e.) Einzelne Entscheidungen

aa.) Landgericht Berlin, Beschluss vom 20. November 1979, FamRZ 1980, S. 285:

Sachverhalt:

Die 1962 geborene Sabine ist das älteste von drei ehelichen Kindern der Eltern A.. Sie begann 1972 LSD – Trips zu sich zu nehmen und ging später zu Heroin – Injektionen über. Im März 1979 ließen die Eltern Sabine im Diakoniezentrum unterbringen, wo sie in der Folgezeit mehrfach ausbrach. Zur Finanzierung ihres Drogenkonsums ging Sabine teilweise der Prostitution nach.

Im November 1979 wurde Sabine ungewollt schwanger. Die Eltern verweigerten ihrer Tochter die Zustimmung zu dem von ihr gewünschten Schwangerschaftsabbruch. Sie begründeten ihren Entschluss mit moralischen Beweggründen und der Hoffnung, Sabine würde durch das Kind von den Drogen und der Prostitution Abstand nehmen.

Eine Tante von Sabine beantragte daraufhin die Zustimmung nach § 1666 Abs.1 zu ersetzen. Diesen Antrag lehnte das AG ab. Hiergegen legte die Tante Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Mit der strikten bloßen Ablehnung eines Schwangerschaftsabbruches, ohne die verzweifelte Situation ihrer Tochter gebührend zu berücksichtigen und ohne ihrer Tochter elterlichen Zuspruch und elterliche Hilfe zu gewähren, missbrauchen die Eltern ihre Personensorgerechtigkeit in einem Maße, dass das geistige und leibliche Wohl ihres Kindes erheblich gefährdet wird. Gewiss ist die Situation, in der sich die Eltern befinden, für diese nicht leicht. Sie haben mit Sabine jedoch ein Kind in die Welt gesetzt, dem sie als Eltern in Erfüllung ihres Rechts auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit und ihrer entsprechenden Pflicht beizustehen haben. (...) Die Eltern wollen zwar unbedingt, dass Sabine das empfangene Kind austrägt; sie sind jedoch nicht bereit, Sabine jetzt oder später – oder später wenigstens das auszutragende Kind – bei sich aufzunehmen oder ihnen sonst zu helfen. (...)

Ihre Haltung, sie könnten ihre Einwilligung aus moralischen Gründen nicht geben, denn sie seien nicht Gott, sie könnten ihr Gewissen nicht damit belasten und sie sähen in der

Austragung des Kindes die einzige Möglichkeit, Sabine von Drogen und Prostitution abzubringen, ist eine grundsätzlich beachtenswerte Grundhaltung, die jedoch nicht, wie im vorliegenden Fall, ohne Bemühungen um das künftige Wohl von Mutter und Kind und ohne Abwägung auch der für einen Schwangerschaftsabbruch sprechenden Gründe einfach zu einem unabänderlichen Dogma erstarren darf.

bb.) KG, Beschluss vom 14. September 1984, NJW 1985, S. 68 ff.:

Sachverhalt:

Die betroffene Minderjährige, die zunächst in der Türkei aufgewachsen war und seit Mitte 1979 im Haushalt ihrer Eltern, gläubiger Muslim, in Berlin wohnte, wandte sich im September 1983 mit der Bitte um Hilfe an das Jugendamt und das Vormundschaftsgericht, weil sie befürchtete, von ihren Eltern in die Türkei zurückgebracht und dort gegen ihren Willen verheiratet zu werden. AG und LG haben beide vormundschaftsgerichtliche Maßnahmen mangels ernstlicher Gefährdung des Kindeswohls nicht für erforderlich und zulässig gehalten.

Gegen die landgerichtliche Beschwerdeentscheidung wendet sich die Minderjährige mit der weiteren Beschwerde.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Darin, dass die durch die heimatliche Rechts- und Sittenordnung geprägte Vorstellung der Eltern über die erzieherische Behandlung, die sie ihren Kindern angedeihen lassen wollen, bei Entscheidungen im Aufenthaltsland über Eingriffe in das Sorgerecht nicht unberücksichtigt bleiben können, stimmt der Senat mit dem LG überein. (...) Diese Verpflichtung zur grundsätzlichen Respektierung elterlicher Erziehungsvorstellungen schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass sich aus der Durchsetzung jener Vorstellung eine schwerwiegende Konfliktsituation ergibt, die zu einer Gefährdung des Kindeswohls führt und von den Eltern nicht gelöst werden kann.

(...) Der Konflikt zwischen dem Mädchen und ihren Eltern ist nach den vom LG getroffenen Feststellungen schwerwiegender Art und hat eine ernstliche Gefährdung des körperlichen und

geistig – seelischen Wohls der Minderjährigen zur Folge. (...) Die von den Eltern insbesondere bei ihrer mündlichen Anhörung dargestellte Haltung in den ihre Tochter betreffenden Erziehungsfragen entspricht im Wesentlichen in geradezu typischer Weise traditionellen türkisch – mohammedanischen Moralvorstellungen. Das gelte für die elterlichen Vorschriften, keine Hosen zu tragen und die Arme bedeckt zu halten, während die Tochter zum Tragen eines Kopftuches zuletzt nicht mehr gezwungen worden sei. Das gelte ferner für die elterlichen Versuche, das Mädchen vom Schulbesuch abzuhalten, und für die ihr auferlegten erheblichen Beschränkungen im Verkehr mit anderen Jugendlichen. Die restriktiven Maßnahmen der Eltern fänden ihre Erklärung maßgeblich in dem elterlichen Bemühen, ihre Tochter entsprechend mohammedanischen Moralvorstellungen für eine künftige Ehe zu erhalten und die Familie zu schützen, indem jede Gefahr der Verletzung zu moralgefährdendem Verhalten nach Möglichkeit von vornherein ausgeschlossen werde. (...) Der so gekennzeichneten erzieherischen Einstellung der Eltern steht die Haltung der zur Zeit der landgerichtlichen Entscheidung im sechzehnten Lebensjahr stehenden Minderjährigen gegenüber, die geprägt ist von einer entschiedenen und energischen Ablehnung der einengenden Maßnahmen, von dem Wunsch nach schulischer Ausbildung und Studium, der Gleichgültigkeit und Ablehnung gegenüber der eigenen Familie und dem Hass gegen türkische Männer.

(...) Die sich aus den vorstehenden Ausführungen ergebende Kindeswohlgefährdung beruht nach Auffassung des Senats auf einem elterlichen Erziehungsversagen, mit dem nach § 1666 kein Verschuldensvorwurf verbunden ist. (...)

cc.) Bayerisches Oberstes Landgericht, Beschluss vom 19. August 1992,

FamRZ 1993, S. 229 ff.:

Sachverhalt:

Das 1976 geborene Mädchen ist ebenso wie ihr Vater türkische Staatsangehörige und lebt seit der Scheidung ihrer Eltern mit dem Vater und dessen zweiter Ehefrau in Deutschland. Dem Vater war die alleinige elterliche Sorge übertragen.

Im Jahre 1991 wandte sich das Mädchen an ihren Schulleiter und erklärte, der Vater habe sie misshandelt und sie wolle nicht mehr zurück nach Hause. Vor dem Vormundschaftsgericht erklärte das Mädchen, ihr Vater habe sie geschlagen und mit einem Schraubenzieher verletzt,

weil sie die Schule geschwänzt habe. Ihr Vater schlage sie bei jeder Kleinigkeit. Sie wolle nicht mehr zu ihm zurück, eher wolle sie sich das Leben nehmen.

Mit Beschluss vom 05. September 1991 wurde dem Vater die Personensorge entzogen. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Das LG hat auf Grund der Angaben des Mädchens sowie eines ärztlichen Attests und beigefügter Lichtbilder festgestellt, dass der Beteiligte zu 1. am 12. April 1991 seine damals 15 – jährige Tochter so geschlagen und mit einem Schraubenzieher verletzt habe, dass die Spuren dieser Misshandlungen noch mehrere Tage nach dem Vorfall zu sehen gewesen seien. Auf Grund der für glaubhaft erachteten Angaben der Jugendlichen hat es ferner festgestellt, der Beteiligte zu 1. habe sie auch früher schon misshandelt. Er habe öfter versprochen, sie nicht mehr zu schlagen, dies aber nie eingehalten und habe ihr zu erkennen gegeben, dass Schläge die einzige Methode seien, um mit ihr umzugehen.

Die übermäßige körperliche Züchtigung eines 15 – jährigen Mädchens und die Gefahr der Wiederholung derartiger Vorfälle hat das LG ohne Rechtsfehler als Missbrauch der elterlichen Sorge gewertet. Nach türkischem Recht haben zwar die Eltern das Recht, ihre Kinder zu züchtigen, jedoch wird dadurch nicht die körperliche Misshandlung und das Zufügen von Verletzungen mit einem gefährlichen Werkzeug gedeckt, auch dann nicht, wenn das Mädchen am 12. April 1991 zu Erziehungsmaßnahmen Anlass gegeben hatte, weil es die Schule geschwänzt habe.

Dass LG hat nach Anhörung der Jugendlichen angenommen, durch die Misshandlungen des Beteiligten zu 1. sei das körperliche, geistige und seelische Wohl des Mädchens gefährdet worden. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

VII. Fazit

Die Entwicklung der elterlichen Gewalt seit Entstehung des BGB bis hin zum Sorgerechtsgesetz von 1979 war eine Entwicklung vom Patriarchat hin zur Partnerschaft. Der ehemals herrschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt musste einer zunehmenden Anerkennung eigenständiger Kindesinteressen weichen.

Dieser Entwicklung entsprechend wurde im Zuge der Sorgerechtsreform der bereits seit langem als unmodern kritisierte Begriff der „elterlichen Gewalt“ umgeändert in „elterliche Sorge“ und dadurch der Fürsorgecharakter deutlicher zum Ausdruck gebracht. Ergänzend forderte § 1618 a Eltern und Kinder zu gegenseitigem Beistand und gegenseitiger Rücksichtnahme auf, um den partnerschaftlichen Charakter der Eltern – Kind – Beziehung noch hervorzuheben. Parallel dazu waren die Gesetzgeber bestrebt, das Kind mit zunehmender Reife aktiv in den Erziehungsprozess einzubinden und mit entsprechenden Entscheidungs- und Mitwirkungsrechten auszustatten. Die Umsetzung dieser Grundsätze ist der Gesetzgebung jedoch nicht in ausreichendem Maße gelungen.

Insbesondere im Bereich der Sorgerechtsregelung nach einer Ehescheidung oder Trennung der Eltern blieb die gesetzliche Regelung, gemessen an den Zielen der Legislativen, hinter den an die Sorgerechtsreform gestellten Erwartungen zurück. Dem Wohl des Kindes wurde nach wie vor nur eine hinter dem elterlichen Vorschlag zurücktretende Bedeutung zugebilligt. Lediglich das Kind, das das 14. Lebensjahr vollendet hatte, konnte dem elterlichen Vorschlag widersprechen und so die grundsätzliche Bindungswirkung des Elternvorschlages beseitigen. Für eine allein an den Kriterien des Kindeswohls ausgerichtete Entscheidung des Familiengerichts war damit letztlich nur Raum, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Vorschlag machten, von einem solchen abgerückten oder wenn dem Elternvorschlag ein abweichender Vorschlag des mindestens vierzehnjährigen Kindes entgegenstand. Trotzdem bedeute die Neuregelung der Sorgerechtsregelung im Vergleich zum früheren Recht einen Fortschritt. Die Scheidungsschuld verlor gänzlich an Bedeutung und musste dem nunmehr einzig maßgeblichen Kriterium des Kindeswohls weichen. Diese grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers für das Kindeswohl als dem entscheidenden Maßstab für die Sorgerechtsregelung führte im Gegensatz zu den früheren, an Alter und Geschlecht sowie der Scheidungsschuld orientierten und insoweit schematischen Regelungen, zu einer Berücksichtigung der Kindesinteressen und hob das Kind über den Status eines bloßen Objekts im Rahmen des Scheidungsverfahrens hinaus.

Dieser Entwicklung schloss sich auch die Judikatur an. Entgegen der früheren Tendenz, die Sorgerechtsregelung im Wesentlichen von der Scheidungsschuld und dem elterlichen Fehlverhalten abhängig zu machen, waren die Entscheidungen deutlich darauf ausgerichtet, dem individuellen Wohl des Kindes Geltung zu verschaffen. Die Gerichte waren bemüht anhand des Einzelfalles die elterliche Erziehungseignung festzustellen und die für das jeweilige Kind beste Regelung zu finden.

Parallel dazu nahmen die individuellen Kindesinteressen auch im Rahmen des Umgangsrechts des nichtsorgeberechtigten Elternteils einen höheren Stellenwert ein. Wenngleich die gesetzliche Regelung eine nur unwesentliche Umgestaltung erfuhr, betonte die Rechtsprechung zunehmend die Bedeutung des Umgangsrechts auch für das Kind. Insbesondere im Bereich des Ausschlusses oder der Einschränkung des elterlichen Umgangsrechts wurden die gegenwärtigen und zukünftigen Nachteile und Vorteile für das Kind miteinander abgewogen und die Sanktion des elterlichen Fehlverhaltens trat in den Hintergrund. In diesem Zusammenhang erfuhr auch der Wille des Kindes durch die von der Rechtsprechung entwickelte Figur des „einsichtsfähigen Minderjährigen“ eine weitgehende Berücksichtigung, auch wenn sich dies im Gesetz nicht ausdrücklich niederschlug. Allerdings behandelte auch die Rechtsprechung den Kindeswillen nicht als ein allüberlagerndes Entscheidungskriterium. Die Gerichte waren vielmehr bestrebt, der Bedeutung des Umgangsrechts für das Kind Rechnung zu tragen und zu berücksichtigen, dass eine längerfristige Trennung des Kindes von einem Elternteil für die Entwicklung des Kindes durchaus auch nachteilhaft sein konnte. Insofern bemühten sich die Gerichte auch die Ursachen etwaiger Abneigungen oder Ängste des Kindes zu erforschen und diesen entgegenzuwirken.

Eine wesentliche Stärkung der Position des Kindes trat durch die Sorgerechtsreform auch im Bereich des Schutzes des Kindes ein. Entsprechend der zunehmenden Sensibilisierung hinsichtlich der vielfältigen Gefährdungen, denen ein Kind im Laufe seiner Entwicklung ausgesetzt sein konnte, sowie der verfassungsrechtlichen Verankerung der Menschenwürde und des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, war die zentrale Vorschrift des § 1666 Abs.1 erheblich umgestaltet worden. Insbesondere der Tatbestand des unverschuldeten Versagens bewirkte eine Ausweitung des Kindesschutzes, weil er eine sachgerechte Gesamtwürdigung der Familiensituation erlaubte und sich nicht an bestimmten Sachverhaltsausschnitten orientierte. Die vorherige Notwendigkeit, Kindesschutzmaßnahmen vom Nachweis eines konkreten Sorgerechtsmissbrauchs oder einer konkreten Vernachlässigung abhängig zu machen, wurde damit überwunden. Zugleich ermöglichte der Tatbestand den Gerichten auch

die weniger schweren Verfehlungen, die vormals noch häufig als zulässig erachtet wurden, in den Schutz mit einzubeziehen.

Ein entscheidender Wandel vollzog sich auch innerhalb der Rechtsprechung. Wurde § 1666 Abs.1 von der Judikatur vormals häufig als Vorschrift zur Sanktion elterlichen Verhaltens missverstanden, rückte jetzt der tatsächliche Schutz des Kindes in Vordergrund. Die Gerichte sahen nunmehr ihre Aufgabe darin, gemäß § 1626 die Voraussetzungen für eine gedeihliche und altersgemäße Entwicklung des Kindes in jeder Beziehung sicherzustellen, um eine allseitige und harmonische Entwicklung der Gesamtpersönlichkeit des Kindes zu ermöglichen. Eine deutliche Besserung trat zudem durch die ausdrückliche Aufgabe des Verschuldenserfordernisses ein.

Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass das Sorgerechtsgesetz den ehemals herrschaftlichen Charakter der elterlichen Gewalt endgültig beseitigte und insofern eine entscheidende Bedeutung in der Entwicklung des Kindschaftsrechts einnahm.

H. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 01. Juli 1998

I. Die Entstehung und Konzeption des neuen Kindschaftsrechts

1.) Gründe für die Neuregelung

Die Gründe der Gesetzgeber für die Reform des Kindschaftsrechts waren vielfältig. Neben der nationalen und internationalen Rechtsentwicklung, spielten auch die rechtsunsichere Situation nach der Wiedervereinigung und die gesellschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte eine entscheidende Rolle.

a.) Die Rechtsprechung des BVerfG

Zum einen führte eine Reihe von Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit wesentlicher Teile des Kindschaftsrechts und damit zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit. Bereits mit Urteil vom 03. November 1982 hatte das BVerfG entschieden, dass die Regelung des § 1671 Abs.4 S.1, wonach die elterliche Sorge im Falle einer Trennung oder Scheidung der Eltern einem Elternteil allein zu übertragen war, das Grundrecht des Art. 6 Abs.2 S.1 GG verletzt.⁴⁸⁰ Die zweite Entscheidung des BVerfG vom 07. Mai 1991 erklärte die bisherige Rechtslage für verfassungswidrig, wonach nicht miteinander verheiratete Eltern keine gemeinsame Sorge über nichteheliche Kinder ausüben konnten, auch wenn sie mit den Eltern zusammenlebten.⁴⁸¹ Schließlich entschied das BVerfG am 07. März 1995, dass die Väter nichtehelicher Kinder grundsätzlich Träger des verfassungsrechtlich geschützten Elternrechts sind und die Zurücksetzung des nichtehelichen Vaters, wie sie in einigen zivilrechtlichen Vorschriften zum Ausdruck komme, mit dem Grundgesetz nicht vereinbar ist.⁴⁸²

⁴⁸⁰ BVerfGE 61, S. 358.

⁴⁸¹ BVerfGE 84, S. 186.

⁴⁸² BVerfGE 92, S. 158.

b.) Die UN - Kinderrechtskonvention

Anstöße für eine Reform des Kindschaftsrechts ergaben sich auch aus dem internationalen Bereich. Am 20. November 1989 wurde von der Vollversammlung der Vereinten Nationen einstimmig das Übereinkommen über die Rechte des Kindes (UN – Kinderrechtskonvention) verabschiedet. Sie verfolgte das Ziel, das Kind als eigenständige Persönlichkeit zu schützen und zu fördern, sowie sein Recht auf Beteiligung in allen es berührenden Angelegenheiten zu gewährleisten. Das Wohl des Kindes sollte gemäß Art. 3 bei allen Maßnahmen der öffentlichen Hand und gemäß Art. 18 auch in der Erziehung der Eltern zu einem vorrangig zu berücksichtigendem Gesichtspunkt werden. Daneben wurde in Art. 12 eine Pflicht statuiert, den Willen von Kindern, die fähig sind, sich eine Meinung zu bilden, in allen sie betreffenden Angelegenheiten zu berücksichtigen.

c.) Gesellschaftliche Entwicklung

Eine bedeutende Rolle spielte auch die gesellschaftliche Entwicklung im Bereich der ehelichen und nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Während die Gesetzgeber bei der Schaffung des Sorgerechtsgesetzes noch davon ausgegangen waren, dass es zum Wohl des Kindes legitim sei, die eheliche Lebensgemeinschaft als Gewähr für eine dauerhafte und verbindliche Beziehung zu bevorzugen, und dies vom BVerfG auch als verfassungsgemäß bestätigt wurde⁴⁸³, wurde diese Ansicht von der gesellschaftlichen Entwicklung überholt. Von 1970 bis 1994 hatte sich die Scheidungsrate in allen Bundesländern mehr als verdoppelt. Sie stieg von 17 % auf 37 %.⁴⁸⁴ Dieser zunehmenden Instabilität entsprach ein deutliches Anwachsen der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, deren Anzahl sich seit 1970 nahezu verzehnfacht hatte.⁴⁸⁵ Diese gesellschaftliche Realität erhöhte den Druck auf den Gesetzgeber, mehr als 50 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes Art. 6 Abs. 5 GG, der die Gleichbehandlung nichtehelicher Kinder vorschrieb, endlich gerecht zu werden.

⁴⁸³ BVerfGE 56, S. 386.

⁴⁸⁴ *Schimke*, S. 7.

⁴⁸⁵ *Schimke*, S. 7.

d.) Die Wiedervereinigung

Schließlich ergab sich infolge der Wiedervereinigung das Problem, dass das Recht der ehemaligen DDR bereits seit 1965 eine Differenzierung von ehelichen und unehelichen Kindern nicht mehr kannte. Zwar wurden durch den Einigungsvertrag⁴⁸⁶ weite Teile der Vorschriften über nichteheliche Kinder in die neuen Bundesländer eingeführt, doch blieb die Aufrechterhaltung der Differenzierung von ehelichen und nichtehelichen Kindern auf Dauer nicht tragbar.

2.) Der Gesetzgebungsgang

Angesichts der vielfachen Veränderungen im nationalen und internationalen Recht, der gesellschaftlichen Wandelung und schließlich auch der innerdeutschen Situation nach der Wiedervereinigung, stellte der 59. Deutsche Juristentag 1992 im Bereich des Familienrechts das Thema „Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?“ zur Diskussion. Ergebnis der Verhandlungen war die grundsätzliche Bejahung einer Reform.

Begleitet von zahlreichen weiteren Abhandlungen zu diesem Thema, beschloss die Regierung der 13. Legislaturperiode schließlich einen Entwurf zur Reform des Kindschaftsrechts in den Bundestag einzubringen. Nach der Verabschiedung im Bundestag stimmte der Bundesrat dem Gesetz am 17. Oktober 1997 zu, so dass das Gesetz am 1. Juli 1998 in Kraft treten konnte.⁴⁸⁷

3.) Die Leitgedanken

Das Wohl des Kindes und die rechtliche Absicherung ehelicher wie unehelicher Kinder war das zentrale Anliegen der Gesetzgeber. Während das Kindeswohl als Entscheidungsmaxime bisher nicht in allen maßgeblichen Normen ausdrücklich genannt wurde, sollte nunmehr das gesamte Kindschaftsrecht von diesem Grundsatz geprägt sein. Dies bedeutete zum einen, dass die Rechte aller Kinder, unabhängig von der Art der Lebensgemeinschaft der Eltern, verstärkt werden sollten. Hierzu gehörte insbesondere die Formulierung eines Rechts auf Umgang mit

⁴⁸⁶ BGBI. II, 885.

⁴⁸⁷ Zur Entstehungsgeschichte im Einzelnen: *Schwab/Wagenitz*, FamRZ 1997, S. 1377; *Greßmann*, Rn. 31; *Schimke*, S. 7 ff..

beiden Elternteilen sowie mit sonstigen Bezugspersonen. Zudem sollte den Kindern ein Recht auf Sorge und Betreuung zugesprochen werden.

Neben der Leitidee „Kindeswohl“ sollten auch die Rechtspositionen der Eltern – soweit dies mit dem Kindeswohl vereinbar war – gestärkt werden und die Autonomie der Familien, insbesondere der Scheidungsfamilien, stärkeren Respekt erfahren.⁴⁸⁸

II. Die elterliche Sorge im Allgemeinen, §§ 1626 ff.

1.) Begriff, Inhalt und allgemeine Prinzipien

a.) Der neue § 1626

In § 1626 Abs.1 sind die Begriffe „Vater“ und „Mutter“ durch „Eltern“ ersetzt und die Reihenfolge der Begriffe „das Recht und die Pflicht“ in „die Pflicht und das Recht“ geändert worden. Damit wollte der Gesetzgeber die Gemeinsamkeit der elterlichen Verantwortung verdeutlichen, aber auch zum Ausdruck bringen, dass die Elternschaft stärker mit Pflichten als mit Rechten verbunden ist.⁴⁸⁹

Die erzieherische Leitlinie des § 1626 Abs.2 ist unverändert geblieben. § 1626 wurde aber um einen Abs.3 ergänzt, in dem der Grundsatz formuliert ist, dass der Umgang mit beiden Elternteilen und anderen wichtigen Bezugspersonen in der Regel zum Wohl des Kindes gehört. Damit schufen die Gesetzgeber eine Auslegungsregel für Streitige Umgangsfälle.⁴⁹⁰

b.) Das Misshandlungsverbot, § 1631 Abs.2

Gegenstand heftiger Diskussionen und kontroverser Abstimmungen in Bundesrat und Bundestag war die Neuregelung des § 1631 Abs.2. § 1631 Abs.2 a.F. regelte bereits die Unzulässigkeit entwürdigender Erziehungsmaßnahmen. Hierunter verstand die Rechtsprechung Maßnahmen, die durch den Erziehungszweck nicht gerechtfertigt waren, weil

⁴⁸⁸ Zu den Zielsetzungen des Gesetzes siehe die Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses: BT-Drucks. 13/8511, S. 64; *Schimke*, S. 19.

⁴⁸⁹ *Schwab/Wagenitz*, FamRZ 1997, S. 1379.

⁴⁹⁰ Siehe unten S. 172 ff..

sie das Erziehungsziel der Heranbildung zur eigenverantwortlichen Persönlichkeit durch Gefährdung oder Schädigung des kindlichen Selbstbewusstseins und Ehrgefühls zu vereiteln drohten.⁴⁹¹ Die Frage, ob § 1631 Abs.2 a.F. auch die körperliche Züchtigung verbot, wurde innerhalb der Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet. Überwiegend wurde jedoch die grundsätzliche Zulässigkeit von körperlicher Züchtigung bejaht.

Unter dem Eindruck zunehmender Gewalt gegen Kinder in Gesellschaft und Familien⁴⁹² hatten Verbände wie der Kinderschutzbund, Parteien, aber auch die Kinderkommission des Bundestages Anfang der 90er Jahre in Stellungnahmen und Gesetzesentwürfen ein absolutes Gewaltverbot in der Erziehung gefordert. Demgegenüber erklärte die Bundesregierung in dem Entwurf eines Misshandlungsverbotsgesetzes aus der 12. Legislaturperiode lediglich „Misshandlungen“ für unzulässig. Hintergrund war, dass nach Ansicht der Regierung ein generelles Gewaltverbot das Erziehungsrecht der Eltern zu sehr eingrenzen und die Strafbarkeit der Eltern zu sehr ausdehnen würde.⁴⁹³ Der Bundesrat knüpfte in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf an den Forderungen nach Gewaltfreiheit an und schlug folgende Formulierung vor: „Kinder sind gewaltfrei zu erziehen. Körperstrafen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig“.⁴⁹⁴ Obwohl diese Formulierung auf breite Zustimmung in der Fachwelt stieß, konnte sie sich innerhalb des Bundestages nicht durchsetzen.⁴⁹⁵

§ 1631 Abs.2 n.F. lautet nunmehr wie folgt: „Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen, insbesondere körperliche und seelische Misshandlungen, sind unzulässig“. Die Gesetzgeber hatten damit den in § 223 StGB bereits vorhandenen Begriff der körperlichen Misshandlung übernommen. Nach allgemeiner Meinung versteht man im Strafrecht hierunter eine „üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden des Opfers nicht nur

⁴⁹¹ *MüKo – Hinz*, (4. Auflage), § 1631 Rn.19.

⁴⁹² Nach einer Statistik der Sorgerechtskommission des Deutschen Familiengerichtstags zum Referentenentwurf eines Misshandlungsverbots aus dem Jahre 1993 (*FamRZ* 1993, S. 1168) setzten mehr als 80 % aller Eltern Erziehungsmittel wie einen „Klaps“ oder „Schütteln“ manchmal und 10 % häufig ein. Schläge und Ohrfeigen werden von 50 % manchmal und von 5 % häufig zur Durchsetzung von Erziehungszielen verwandt. Knapp 10 % der 16 – 30jährigen berichten in einer anonymen Befragung von Erfahrungen massiver Gewaltanwendungen. Züchtigungen wie Ohrfeigen oder Schlagen mit einem Gegenstand hatten 70 % dieser Altersgruppe erlebt. Diese und andere Zahlen ergeben eine Schätzung von 150 000 Kindern pro Jahr, die in Deutschland körperliche Misshandlungen durch die Eltern erleben.

⁴⁹³ BT-Drucks. 13/8511, S. 64 f..

⁴⁹⁴ BT-Drucks.13/4899, S. 152.

⁴⁹⁵ Zur Entstehungsgeschichte des § 1631 Abs. 2 im Ganzen: *Schimke*, S. 26 f; *Lipp/Wagenitz*, § 1631 Rn. 2; *Von Luxemburg*, S. 8 f..

unerheblich beeinträchtigt“.⁴⁹⁶ Damit blieb der Misshandlungsbegriff flexibel und die Gerichte hatten die Möglichkeit im Rahmen der Überprüfung der Unangemessenheit von elterlichen Erziehungsmaßnahmen auch Anlass und Motive der körperlichen Einwirkung zu berücksichtigen. Deutlich ist aber auch geworden, dass die Neufassung nicht jeden Klaps verbieten will.⁴⁹⁷

c.) Die Generalklausel, § 1697 a

Der durch die Reform neu eingeführte § 1679 a macht das Kindeswohl zur obersten Maxime gerichtlicher Entscheidungen. Soweit nichts anderes bestimmt ist, sind die Gerichte nunmehr verpflichtet, die Entscheidungen zu treffen, die „unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der berechtigten Interessen der Beteiligten dem Wohl des Kindes am besten entspricht“.

Hintergrund dieser Generalklausel ist, dass das Wohl des Kindes Prüfungsmaßstab für alles Handeln im Familienrecht sein soll.⁴⁹⁸ Materiellrechtlich bedeutet dies allerdings keine wesentliche Neuerung. Bereits im früheren Recht war Richtschnur für Entscheidungen das Wohl des Kindes. Dies war jedoch nicht immer ausdrücklich im Gesetz erwähnt, sondern fand sich teilweise nur in Gesetzesbegründungen oder in Entscheidungsbegründungen der Rechtsprechung. § 1679 a fungiert damit lediglich als Auffangregelung, wenn das Kindeswohl als Entscheidungsmaßstab nicht gesondert erwähnt ist.

2.) Die Elterliche Sorge für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind

Nach der bisherigen Rechtslage war das Sorgerecht systematisch getrennt in das Recht der elterlichen Sorge für eheliche und nichteheliche Kinder. Während in der Ehe grundsätzlich beiden Eltern automatisch die elterliche Sorge über die Kinder zustand, hatte bei nichtehelichen Kindern in der Regel die Mutter das alleinige Sorgerecht. Der Vater hatte

⁴⁹⁶ *Tröndle/Fischer*, § 223 StGB Rn. 3.

⁴⁹⁷ BT-Drucks. 13/85, S. 65.

⁴⁹⁸ KindRG-E, S. 111.

lediglich durch Legitimation oder Adoption die Möglichkeit, sorgeberechtigt zu werden. Dies hatte allerdings den Verlust des Sorgerechts bei der Mutter zur Folge.⁴⁹⁹

Die §§ 1626 a bis § 1626 e regeln nunmehr die elterliche Sorge für Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind.⁵⁰⁰ Die Unterscheidung zwischen ehelichen und unehelichen Kindern wurde damit abgeschafft. Unverheiratete Eltern haben nunmehr – außer wie bisher durch Heirat – die Möglichkeit, durch eine gemeinsame Sorgeerklärung die gemeinsame elterliche Sorge zu erlangen. Die Gerichte sind dabei insofern an die elterliche Erklärung gebunden, als ihnen eine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Wohl des Kindes verwehrt ist.

III. Die elterliche Sorge bei Trennung und Scheidung, § 1671

1.) Die Grundzüge der Neuregelung

Eine grundlegende Neufassung erhielt die Regelung der elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern. Ausgangspunkt für die Umgestaltung der §§ 1671, 1672 a.F. war die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1982, die gemeinsame Sorge auch nach Scheidung zuzulassen. Der dadurch ausgelöste politische und wissenschaftliche Reformstreit brachte eine endgültige Neuregelung erst durch die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses.⁵⁰¹

Die nunmehr geltende Fassung des § 1671⁵⁰² regelt die elterliche Sorge im Fall der nicht nur vorübergehenden Trennung von Eltern, denen die gemeinsame elterliche Sorge zusteht. Eine

⁴⁹⁹ Diese Rechtslage verstieß nach Ansicht des BVerfG gegen Art. 6 GG. Aber auch mit dem Prinzip der UN – Kinderrechtskonvention, dass ein Kind das Recht auf Zugang zu beiden Elternteilen hat, war diese Regelung nicht vereinbar.

⁵⁰⁰ Ausführlich hierzu: *Brokamp*, S. 212 ff.; *Schimke*, S. 28 ff..

⁵⁰¹ BT-Drucks. 13/8511, S. 66.

⁵⁰² § 1671 lautet:

„[Abs.1] Leben Eltern, denen die elterliche Gewalt gemeinsam zusteht, nicht nur vorübergehend getrennt, so kann jeder Elternteil beantragen, dass ihm das Familiengericht die elterliche Sorge oder einen Teil der elterlichen Sorge allein überträgt.

[Abs.2] Dem Antrag ist stattzugeben, soweit

1. der andere Elternteil zustimmt, es sei denn, dass das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat und der Übertragung widerspricht, oder
2. zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragssteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht.

Unterscheidung zwischen Scheidung und Getrenntleben der Eltern findet nicht statt. Die Ehescheidung ist damit materiellrechtlich gesehen keinerlei Anknüpfungspunkt mehr für eine Sorgerechtsregelung, sondern ausschließlich das Getrenntleben der Eltern.

a.) Das Antragsprinzip

Grundsätzlich ist für Eltern, die sich trennen oder scheiden lassen, der automatische Fortbestand der gemeinsamen elterlichen Sorge vorgesehen.⁵⁰³ Eine Sorgerechtsregelung durch das Gericht von Amts wegen wird nicht mehr getroffen.⁵⁰⁴ Erst auf Antrag eines Elternteils hat das Gericht die Möglichkeit einem Elternteil die elterliche Sorge ganz oder zum Teil zu übertragen. Eine zusätzliche Antragsbefugnis für das Jugendamt oder das Kind kennt § 1671 nicht. Zwar wurde vielfach gefordert, auch dem Kind ein Antragsrecht zuzusprechen, um Fällen vorzubeugen, in denen die Eltern aus Gleichgültigkeit oder sachfremden Motiven auf eine Antragsstellung verzichten, obwohl das fortlaufende gemeinsame Sorgerecht dem Kindeswohl widersprechen würde.⁵⁰⁵ Bei den Beratungen der Gesetzgeber konnte sich dies jedoch nicht durchsetzen.⁵⁰⁶

b.) Antrag und Zustimmung des anderen Elternteils

Das Gericht hat dem Antrag eines Elternteils gemäß § 1671 Abs.1 Nr.1 stattzugeben, wenn der andere Elternteil dem zustimmt, es sei denn, das Kind ist über vierzehn Jahre alt und widerspricht der Übertragung.

[Abs.3] Dem Antrag ist nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge auf Grund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.“.

⁵⁰³ Bisher hatte das BVerfG dies nur ausnahmsweise und unter engen Voraussetzungen zugelassen: NJW 1983, S. 101.

⁵⁰⁴ Es besteht lediglich die Möglichkeit im Rahmen von § 1666 Abs.1 oder § 1671 Abs. 3 von Amts wegen eine Sorgerechtsregelung zu treffen.

⁵⁰⁵ Vgl. *Staudinger – Coester*, (Neubearbeitung 2004), § 1671 Rn. 14; *Baer* ZBIJR 1996, S. 123; *Bergmann/Gutdeutsch* FamRZ 1996, S. 1187 f..

⁵⁰⁶ BT-Drucks. 13/ 4899, S. 64.

Der gemeinsame Elternvorschlag hat für die Gerichte damit Bindungswirkung. Dies ist zum einen Ausdruck des grundrechtlich geschützten Elternrechts aus Art. 6 Abs.2 GG.⁵⁰⁷ Zum anderen wird bei Einigkeit der Eltern vermutet, dass die von beiden angestrebte Lösung die für das Kind sinnvollste Variante darstellt. Eine Überprüfung des Antrages im Lichte des Kindeswohls findet daher grundsätzlich nicht statt.

Lediglich der Widerspruch eines Kindes, das das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, hebt die Bindung des Elternvorschlags auf. Das Kind hat damit die Möglichkeit zu verhindern, dass der übereinstimmende Elternvorschlag vom Familiengericht ohne Sachprüfung übernommen wird.⁵⁰⁸ Auf ein Vetorecht des Kindes hat man bewusst verzichtet. Hierdurch sollte sichergestellt werden, dass das Gericht nicht an eine Ablehnung des Kindes gebunden ist, die häufig auf Trotzreaktionen oder mangelnde Einsicht zurückzuführen ist, sondern entsprechend der Generalklausel des § 1697 a entscheiden kann, welche Regelung dem Wohl des Kindes am besten entspricht.⁵⁰⁹

c.) Antrag ohne Zustimmung des anderen Elternteils

Sind sich die Eltern nicht einig, hat das Gericht dem Antrag eines Elternteils nur zu entsprechen, wenn „zu erwarten ist, dass die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragssteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht“.

Das Gericht hat damit die Möglichkeit, die gemeinsame elterliche Sorge aufrecht zu erhalten, auch wenn dies dem Willen beider Eltern oder dem Willen eines Elternteils zuwiderläuft. Hinter dieser Regelung steht der Gedanke, dass die gemeinsame elterliche Sorge grundsätzlich die für das Kind beste Lösung darstellt.⁵¹⁰ Die Alleinsorge eines Elternteils ist nach dem Willen der Gesetzgeber jedoch dann anzuordnen, wenn zu befürchten ist, dass die das Kind betreffenden erforderlichen Entscheidungen auf Grund der bestehenden Disharmonie zwischen den Eltern nicht getroffen werden können.⁵¹¹ Bedenken gegen das gemeinsame Sorgerecht können sich insofern vor allem aus der mangelnden

⁵⁰⁷ Schwab, FamRZ 1998, S. 467 f..

⁵⁰⁸ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

⁵⁰⁹ Vgl. hierzu insbesondere: *Diedrichsen* NJW 1998, S. 1986.

⁵¹⁰ Vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 62.

⁵¹¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

Kooperationsfähigkeit oder Kooperationswilligkeit des Elternpaares ergeben.⁵¹² Dies kann sich insbesondere in häufigen, feindlich oder gar gehässig geführten Streitigkeiten in Kindesangelegenheiten äußern.⁵¹³ Gegen die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts spricht auch, wenn das Verhältnis der Eltern durch Gewaltanwendung eines Elternteils gegen den anderen belastet ist.⁵¹⁴

Bevor das Gericht die Alleinsorge jedoch zuweisen kann, muss es auch „erwarten“ können, dass die Übertragung gerade auf den Antragssteller die beste Alternative für das Kind darstellt.⁵¹⁵

d.) Die Sorgerechtsregelung nach §§ 1666 Abs.1, 1671 Abs.3

Dem Antrag auf Zuteilung der alleinigen Sorge gemäß § 1671 Abs.1 und Abs.2 ist gemäß § 1671 Abs.3 nicht stattzugeben, soweit die elterliche Sorge aufgrund anderer Vorschriften abweichend geregelt werden muss.

Gemeint ist vor allem eine vorrangige Regelung der Sorgerechtsverhältnisse nach dem gleichfalls neu gestalteten § 1666 Abs.1.⁵¹⁶ § 1666 Abs.1 kommt dabei unabhängig von einem nach § 1671 gestellten Antrag zum Einsatz. Die Sorgerechtsentscheidung kann von Amts wegen getroffen werden, wenn mit einer Gefährdung des Kindeswohls zu rechnen ist. Schlichte Nachteile oder Belastungen für das Kind sowie elterliche Pflichtwidrigkeiten sind insofern unbeachtlich.

Ist von einer Gefährdung auszugehen, hat das Gericht die Möglichkeit einem Elternteil die Alleinsorge zu übertragen, einen Pfleger zu bestellen, sowie als äußerste Maßnahme den Eltern die gesamte elterliche Sorge zu entziehen und einen Vormund zu bestellen.⁵¹⁷

⁵¹² BT-Drucks. 13/4899, S. 63 .

⁵¹³ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

⁵¹⁴ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

⁵¹⁵ Ist das Gericht der Auffassung, die alleinige Sorge eines Elternteils sei die beste Lösung, geeigneter Elternteil sei aber nicht der Antragssteller, sondern der andere Elternteil, kann es letzterem die elterliche Sorge nicht einfach übertragen, sondern bei einer entsprechenden Antragsstellung dieses Elternteils.

⁵¹⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 99.

⁵¹⁷ Auf die Voraussetzungen der Sorgerechtsregelung nach § 1666 Abs.1 wird im Einzelnen im Abschnitt über den Kinderschutz gesondert eingegangen.

2.) Die Rechtsprechung zu § 1671

a.) Allgemeine Grundsätze

Während den Gerichten im Rahmen des § 1671 Abs.2 Nr.1 die Überprüfung des elterlichen Vorschlags anhand des Kindeswohls grundsätzlich verwährt bleibt⁵¹⁸, kommt dem Kindeswohl bei fehlender elterlicher Übereinstimmung wesentliche Bedeutung zu.⁵¹⁹ Die Gerichte haben im Rahmen der zweifachen Kindeswohlprüfung zu klären, ob die Aufhebung der gemeinsamen Sorge an sich dem Kindeswohl am besten entspricht und ob die Übertragung der Alleinsorge auf den Antragssteller die beste Lösung für das Kind bedeutet.

aa.) Der Vorrang der gemeinsamen Sorge vor der Alleinsorge

§ 1671 ist insgesamt von der gesetzgeberischen Präferenz der gemeinsamen Elternsorge geprägt. Zwar besteht für die gemeinsame Sorge keine gesetzliche Kindeswohlvermutung, doch ist die gemeinsame elterliche Sorge der normative Regelfall.⁵²⁰ Von diesem Grundsatz geht auch die Rechtsprechung aus.⁵²¹ Sie interpretiert das Kindeswohl im Rahmen von Abs.2 Nr.2 im Wesentlichen als eine aus der gemeinsamen Sorge entspringende besondere Verantwortung der Eltern für ihr Kind in der Getrenntlebenssituation. Dies ist jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass der gemeinsamen Sorge der Vorrang gegenüber der Alleinsorge zukommt und dass die Alleinsorge nur als ultima ratio in Betracht käme.⁵²² Das Gericht hat in einer umfassenden Prognose zu klären, ob zwischen den Eltern eine Einigung in erheblichen Angelegenheiten noch möglich ist, ob die Eltern also kooperationsfähig sind.⁵²³

⁵¹⁸ Zur Gefährdung des Kindeswohls im Rahmen des §§ 1671 Abs.3, 1666 Abs.1 siehe die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1.

⁵¹⁹ Laut einer Untersuchung aus dem Jahre 2002 kam es im Jahr 2000 allerdings nur in 30,65 % der Scheidungsfälle zu einer Antragsstellung eines Elternteils. In etwa 75 % der Fälle hat das Gericht die gemeinsame Sorge angeordnet und den Antrag auf Alleinsorge abgelehnt. *Motzer*, FamRZ 2004, S. 1145, 1155.

⁵²⁰ In diese Richtung zielt auch die Faustregel „soviel gemeinsame Sorge wie möglich, so viel Alleinsorge wie nötig“, vgl. *Willutzki*, S. 11.

⁵²¹ OLG Hamm FamRZ 1999, S. 38 f.; OLG Stuttgart FamRZ 1999, S. 39; AG Chemnitz FamRZ 1999, S. 321.

⁵²² BVerfG-KA FamRZ 2004, S. 354; BGH NJW 2000, S. 203.

⁵²³ OLG Köln FamRZ 2003, S. 1036.

Konkurrenzfähig ist die gemeinsame elterliche Sorge mit der beantragten Alleinsorge also nur dann, wenn ihre Fortführung, sprich ein gedeihliches Zusammenwirken der Eltern zum Wohle des Kindes überhaupt ernstlich in Betracht gezogen werden kann.⁵²⁴ Dies setzt die Prognose des Gerichts voraus, dass trotz mangelnder Bereitschaft der Eltern die gemeinsame Sorge fortzuführen und trotz etwaiger Verständigungsprobleme in der Vergangenheit, die beiderseitige Fähigkeit zur Kooperation vorhanden ist und in Zukunft auch bleiben wird.⁵²⁵ Bereits 1982 hatte das BVerfG entschieden, dass die bloße Trennung der Eltern nicht als unwiderlegliches Indiz für die Kooperationsunfähigkeit auch auf Elternebene genommen werden dürfe.⁵²⁶ Vielmehr müssten weitere Umstände hinzutreten, die die Annahme einer Kooperationsunfähigkeit rechtfertigen könnten. Notwendig sind stets schwere Störungen oder Verweigerungshaltungen, die sich auf die Entwicklung des Kindes auswirken.⁵²⁷

Der entgegenstehende Wille eines Elternteils allein rechtfertigt nicht die Aufhebung der gemeinsamen Sorge.⁵²⁸ Aus der verfassungsrechtlich garantierten Elternverantwortung folgt nämlich auch eine Verpflichtung der Eltern und die Unverzichtbarkeit des Elternrechts. Dies wiederum hat zur Folge, dass die willkürliche Aufkündigung der gemeinsamen Elternverantwortung grundsätzlich unzulässig ist.⁵²⁹ Dementsprechend genügt der bloße Wille nach ungestörter Alleinsorge ebenso wenig wie das Unbehagen oder Unbequemlichkeit, sich mit dem anderen Elternteil auseinandersetzen zu müssen.⁵³⁰ Solange den Eltern eine Konsensfindung zum Wohl des Kindes zumutbar ist, können sie aus ihrer elterlichen Sorge nicht entlassen werden und der Antrag auf Alleinsorge eines Elternteils muss abgelehnt werden.⁵³¹

Während der Wille der Eltern also nur eine untergeordnete Rolle spielt, kommt dem persönlichen Verhältnis der Eltern untereinander eine wesentlichere Bedeutung zu. Insbesondere tief greifende Zerwürfnisse im zwischenmenschlichen Bereich führen zu

⁵²⁴ OLG Hamm FamRZ 1999, S. 38 f.; AG Chemnitz FamRZ 1999, S. 323.

⁵²⁵ OLG München FamRZ 1999, S. 1006; OLG Zweibrücken NJW 1998, S. 3786.

⁵²⁶ BVerfG FamRZ 1982, S. 1178 ff..

⁵²⁷ BGH NJW 2000, S. 203; OLG Karlsruhe FamRZ 2000, S. 111; KG ZBIJR 1999, S. 395.

⁵²⁸ Vgl. OLG Köln FamRZ 2003, S. 1492; OLG Dresden FamRZ 2002, S. 973.

⁵²⁹ OLG Zweibrücken FamRZ 1999, S. 41; Zu großzügig KG FamRZ 1999, S. 809.

⁵³⁰ AG Chemnitz FamRZ 1999, S. 321; OLG Hamm FamRZ 1999, S. 39; OLG Bamberg FamRZ 1999, S. 803

⁵³¹ OLG Zweibrücken FamRZ 2000, S. 1042; OLG Köln FamRZ 2000, S. 499; OLG München FamRZ 1999, S. 1006.

Kommunikations- und damit auch zu Kooperationsunfähigkeit.⁵³² Zu nennen sind hier vor allem offene Entwertungen und Abfälligkeiten⁵³³, Streit und Missgunst⁵³⁴ sowie Gewalttätigkeiten untereinander⁵³⁵.

bb.) Die Übertragung der Alleinsorge

Hat das Gericht die Aufhebung der gemeinsamen Sorge beschlossen, bleibt zu klären, ob die Übertragung der elterlichen Sorge auf den Antragssteller die für das Kindeswohl beste Alternative darstellt. Der Kindeswohlbegriff erfordert hierbei eine umfassende Berücksichtigung aller Aspekte, die im Einzelfall für das Kind und seine Entwicklung von Bedeutung sein könnten. Ausreichend ist in keinem Fall die Feststellung, ein Elternteil sei für das Kind „besser“, sondern sämtliche Einzelheiten sind von Amts wegen zu ermitteln und zu überprüfen sowie auf das Wohl des Kindes zu beziehen.⁵³⁶

Aus der Gesamtheit aller zu berücksichtigenden Gesichtspunkte hat die Rechtsprechung bereits seit längerem Kriterien entwickelt, die konkretisieren, was im Allgemeinen als dem Kindeswohl förderlich und was schädlich anzusehen ist. So prägen insbesondere das Förderungsprinzip, das Kontinuitätsprinzip, die Bindungen des Kindes und der Wille des Kindes die gerichtlichen Entscheidungen.⁵³⁷

Daneben spielt auch die allgemeine Erziehungseignung eines Elternteils eine wichtige Rolle. Wer schlechthin erziehungsungeeignet ist, kann das Sorgerecht nicht erhalten. So führen beispielsweise erhebliche Alkoholprobleme regelmäßig zu einer mangelnden Erziehungseignung.⁵³⁸ Auch die Zugehörigkeit eines Elternteils zu einer religiösen Gruppierung oder Sekte können die Fähigkeit zur Pflege und Erziehung des Kindes beeinträchtigen.⁵³⁹

⁵³² BGH Beschluss vom 29.09.1999 XII ZB 3/99; OLG Dresden FamRZ 1999, S. 325; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1999, S. 393.

⁵³³ KG FamRZ 2000, S. 1607; OLG Brandenburg ZBIJR 1998, S. 28.

⁵³⁴ OLG Karlsruhe NJW-RR 2001, S. 507; OLG Oldenburg FamRZ 1998, S. 1464.

⁵³⁵ BVerfG FamRZ 2004, S. 354; OLG Hamm FamRZ 2000, S. 501.

⁵³⁶ OLG München NJW 2000, S. 368.

⁵³⁷ Siehe oben S. 125 ff..

⁵³⁸ OLG Brandenburg FamRZ 2002, S. 120.

⁵³⁹ OLG Karlsruhe FamRZ 2002, S. 1728.

b.) Einzelne Entscheidungen

aa.) OLG Zweibrücken, Beschluss vom 01. Oktober 1998, FamRZ 1999, S. 40 f.:

Sachverhalt:

Die Eltern der betroffenen zwei Kinder sind seit Mai 1998 geschieden. Die Kinder leben seit der Trennung im August 1995 bei der Mutter. Diese will nunmehr die elterliche Sorge allein ausüben und hat einen entsprechenden Antrag gestellt. Das Familiengericht hat diesem stattgegeben und der Mutter das alleinige Sorgerecht übertragen. Hiergegen legte der Vater Beschwerde ein.

Urteil:

Der Beschwerde wurde stattgegeben.

Begründung:

(...) Der Senat ist bei der Anhörung der Beteiligten, insbesondere der Kinder, zur Überzeugung gelangt, dass es dem Wohl der Kinder dient, wenn sich ihr Verhältnis zum Vater nicht darauf beschränkt, dass die Beziehung im Rahmen eines beiderseitigen Umgangsrechts gemäß § 1684 aufrechterhalten wird. (...) Die Antragsstellerin, die sich gegen ein gemeinsames Sorgerecht wehrt, hat dem Senat Gegebenheiten berichtet, die die fehlende Konsensfähigkeit der Eltern untereinander dokumentieren sollten. Bei diesen geschilderten Kontroversen handelte es sich aber ausschließlich um aus der zerbrochenen Partnerschaft herrührende Konflikte. (...) Elternschaft und Partnerschaft sind mit Blick auf die elterliche Sorge für gemeinsame Kinder auseinander zu halten. Es ist die Pflicht und Verantwortung getrennt lebender Eltern, im Rahmen der elterlichen Sorge Konsens zu suchen und zu finden, möchten sie auch ihr Verhältnis als getrennte Partner nicht einvernehmlich gestalten. (...) Aus dieser Pflicht können Eltern auch nicht entlassen werden, solange ihnen ein gemeinsames Erziehungshandeln zum Wohl des Kindes zumutbar und die darauf gerichtete Erwartung nicht unbegründet erscheint. Derzeitige oder künftige Schwierigkeiten in der Elternbeziehung, sei es wegen fehlender Kommunikationsfähigkeit, sei es wegen sachlicher Differenzen, haben deshalb bei der Prüfung, ob die Ausübung der elterlichen Sorge allein durch einen Elternteil dem Kindeswohl am besten entspricht, außer Betracht zu bleiben, solange die kindlichen Belange davon nicht berührt werden.

bb.) BGH, Beschluss vom 29. September 1999, NJW 2000, S. 203:Sachverhalt:

Die Antragsstellerin (Mutter) und der Antragsgegner (Vater) streiten um die elterliche Sorge für ihre 1992 geborene Tochter. Die Ehe der Eltern ist 1998 geschieden worden. Auf Antrag der Mutter hat das Amtsgericht dieser die elterliche Sorge übertragen. Die Mutter hatte in ihrem Antrag geltend gemacht, der Vater habe bisher keine Verantwortung für das Kind übernommen, keinen Unterhalt gezahlt, sei überschuldet und bereits mehrfach wegen Betruges strafrechtlich zur Verantwortung gezogen worden.

Die Beschwerde des Vaters wies das OLG zurück. Darauf hin legte der Vater weitere Beschwerde ein.

Urteil:

Die Beschwerde wurde zurückgewiesen.

Begründung:

(...) Die Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz enthält keine Regel – Ausnahme – Verhältnis in dem Sinn, dass eine Priorität zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge besteht und die Alleinsorge eines Elternteils nur in Ausnahmefällen als ultima ratio in Betracht kommen sollte. (...) Ebenso wenig besteht eine gesetzliche Vermutung dafür, dass die gemeinsame elterliche Sorge im Zweifel die für das Kind beste Form der Wahrnehmung elterlicher Verantwortung ist. (...) Wenn sich die Eltern bei Fortbestehen der gemeinsamen Sorge fortwährend über das Kind betreffende Angelegenheiten streiten, kann dies zu Belastungen führen, die mit dem Wohl des Kindes nicht vereinbar sind. In solchen Fällen, in denen die gemeinsame elterliche Sorge praktisch nicht „funktioniert“ und es den Eltern nicht gelingt, zu Entscheidungen im Interesse des Kindes zu gelangen, ist der Alleinsorge eines Elternteils der Vorzug zu geben.

(...) Da sich die Konflikte der Eltern hier auf verschiedene wesentliche Bereiche der elterlichen Sorge – nämlich das Umgangsrecht, die Vermögenssorge einschließlich der finanziellen Angelegenheiten des Kindes und die damit zusammenhängenden Fragen der Erziehung – beziehen, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass unter diesen Umständen ein gedeihliches Zusammenwirken der Eltern zum Wohle des Kindes insgesamt ausgeschlossen ist. (...) Im Übrigen ist das OLG erkennbar davon ausgegangen, dass nicht jede Spannung oder Streitigkeit zwischen getrennt lebenden Eltern das gemeinsame

Sorgerecht ausschlieÙe, sondern dass die Entscheidung nach § 1671 Abs.2 Nr.2 maßgeblich darauf abzuheben habe, welche Auswirkungen die mangelnde Einigungsfähigkeit der Eltern bei einer Gesamtbeurteilung der Verhältnisse auf die Entwicklung und das Wohl des Kindes haben werde. Auf dieser Grundlage hat das Gericht die von ihm festgestellten Umstände rechtsfehlerfrei zum Anlass genommen, im Interesse des Kindes die gemeinsame Sorge der Eltern mit Rücksicht auf deren mangelnde Konsens- und Kooperationsbereitschaft zu beenden und die alleinige Sorge der Mutter anzuordnen.

IV. Das Umgangsrecht, §§ 1684, 1685

Eine wesentliche Neuerung erfuhr auch das Umgangsrecht der Eltern und dritter Personen mit dem Kind. Während unter der Herrschaft des alten Rechts in der Vorschrift des § 1634 lediglich dem nichtsorgeberechtigten Elternteil ein Umgangsrecht mit dem Kind eingeräumt wurde, regeln die §§ 1684 und 1685 nunmehr sowohl das Umgangsrecht der Eltern als auch das Umgangsrecht Dritter.

1.) Elterliches Umgangsrecht, § 1684

a.) Das Umgangsrecht als Elternrecht

Die Vorschrift des § 1684⁵⁴⁰ bringt erstmals eine einheitliche Regelung des elterlichen Umgangsrechts ohne Rücksicht darauf, ob die Eltern des Kindes miteinander verheiratet sind

⁵⁴⁰ § 1684 lautet:

„[Abs.1] Das Kind hat das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil; jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt.

[Abs.2] Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert. Entsprechendes gilt, wenn sich das Kind in der Obhut einer anderen Person befindet.

[Abs.3] Das Familiengericht kann über den Umfang des Umgangsrechts entscheiden und seine Ausübung, auch gegenüber Dritten, näher regeln. Es kann die Beteiligten durch Anordnungen zur Erfüllung der in Abs.2 geregelten Pflicht anhalten.

oder nichtehelich zusammenleben, ob sie verheiratet waren, ob sie getrennt leben oder ob und in welchem Umfang ihnen das Personensorgerecht zusteht.

Jeder Elternteil ist zum Umgang mit dem Kind verpflichtet und berechtigt. Die Betonung der elterlichen Verpflichtung ist zum einen Ausdruck der enormen Bedeutung, die ein Kontakt des Kindes mit den Eltern für dessen Entwicklung hat. Zum anderen verweist die Verpflichtung auch auf die Verantwortung, die dem betreuenden Elternteil zukommt, den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu ermöglichen und zu fördern. Unterstrichen wird dies auch durch die Rangfolge der Begriffe „verpflichtet und berechtigt“.

b.) Das Umgangsrecht als Recht des Kindes

Entsprechend der Forderung des BVerfG aus dem Jahre 1992⁵⁴¹ ist das Umgangsrecht mit den Eltern nunmehr erstmalig in der Geschichte des deutschen Kindschaftsrechts als Recht des Kindes ausgestaltet worden. Über den Entwurf der Bundesregierung hinausgehend⁵⁴² formuliert die auf Vorschlag des Rechtsausschusses Gesetz gewordene Fassung des Abs.1 Hs.1 die Kontakt- und Umgangsbeziehungen zwischen Eltern und Kind vorrangig als eigenes subjektives Recht des Kindes.⁵⁴³ Dadurch sollte die Bedeutung des Umgangs für das Kind betont und endgültig klargestellt werden, dass das Kind nicht nur Objekt des elterlichen Umgangs ist.⁵⁴⁴ Das Umgangsrecht des Kindes soll für die Eltern eine „Signalwirkung“ entfalten und zu einem „Bewusstseinswandel“ führen.⁵⁴⁵ In diesem Zusammenhang ist auch die neue Vorschrift des § 1626 Abs.3 zu sehen, wonach der Umgang mit beiden Elternteilen

[Abs.4] Das Familiengericht kann das Umgangsrecht oder den Vollzug früherer Entscheidungen über das Umgangsrecht einschränken oder ausschließen, soweit dies zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Eine Entscheidung, die das Umgangsrecht oder seinen Vollzug auf längere Zeit oder auf Dauer einschränkt oder ausschließt, kann nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre. Das Familiengericht kann insbesondere anordnen, dass der Umgang nur stattfinden darf, wenn ein mitwirkungsbereiter Dritter anwesend ist. Dritter kann auch ein Träger der Jugendhilfe oder ein Verein sein; dieser bestimmt dann jeweils, welche Einzelperson die Aufgabe wahrnimmt.”

⁵⁴¹ BVerfG FamRZ 1992, S. 662.

⁵⁴² BT-Drucks. 13/4899, S. 11: „Jeder Elternteil hat das Recht auf Umgang mit dem Kind“ (§ 1684 Abs.1 E).

⁵⁴³ BT-Drucks. 13/8511, S. 74.

⁵⁴⁴ BT-Drucks. 13/8511, S. 68.

⁵⁴⁵ BT-Drucks. 13/8511, S. 68.

in der Regel zum Wohl des Kindes gehört. Das Wohl des Kindes ist im Bereich des Umgangsrechts damit zur obersten Maxime erhoben worden.

Das Recht des Kindes ist klagbar und kann vollstreckt werden. Vor allem diese Konsequenzen waren für den zurückhaltenden Entwurf der Bundesregierung verantwortlich. Man befürchtete zum einen eine Verlagerung elterlicher Konflikte auf das Kind, zum anderen sah man erzwungenen, formalen Kontakt als für das Kindeswohl wenig förderlich an.⁵⁴⁶ Diese Bedenken konnten sich letztlich jedoch nicht durchsetzen. Die Gesetzgeber betonten, dass die Weigerung eines Elternteils, den Umgang zu pflegen oder den Umgang mit dem anderen Elternteil zuzulassen, nicht nur ein Konflikt der Eltern untereinander, sondern insbesondere ein Konflikt mit dem umgangsberechtigten Kind selber sei.

c.) Die Rolle des Familiengerichts

Über Einschränkungen und Ausschluss des Umgangsrechts entscheidet das Familiengericht. Das Gesetz differenziert hinsichtlich der Intensität der Beschränkung des Umgangsrechts zwischen Einschränkungen, Einschränkungen für längere Zeit sowie Ausschlüssen und verlangt je nach Maßnahme unterschiedliche Voraussetzungen.

Eine Einschränkung oder ein Ausschluss für längere Zeit ist nur möglich, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet erscheint. In diesen Fällen ist jedoch verstärkt auf die Möglichkeit eines beschützten Umgangs zu achten. Lediglich, wenn dieser keine Gewähr für die Sicherheit und das Wohl des Kindes bieten kann, soll der Ausschluss des Umgangsrechts in Betracht kommen.⁵⁴⁷

Eine wesentliche Neuerung bedeutet auch der neu eingefügte S.2 in § 33 Abs.2 FGG, wonach eine Gewaltanwendung gegen das Kind zur Durchsetzung des Umgangsrechts unzulässig ist.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ BT-Drucks. 13/4899, S. 11.

⁵⁴⁷ BT-Drucks. 13/4899, S. 106.

⁵⁴⁸ § 33 Abs.2 S.2 FGG lautet: „Eine Gewaltanwendung gegen ein Kind darf nicht zugelassen werden, wenn das Kind herausgegeben werden soll, um das Umgangsrecht auszuüben.“

2.) Das Umgangsrecht nahe stehender Personen

Mit der vollkommen neuen Regelung zum Umgangsrechts zwischen dem Kind und dritten Personen in § 1685 hat der Gesetzgeber den Forderungen nach einer rechtlichen Stärkung der über die Kleinfamilien hinausgehenden Sozialbeziehungen des Kindes stattgegeben.⁵⁴⁹ Die Zuerkennung eines Rechts auf Umgang auch an Dritte folgt der Erfahrung, dass vor allem bei nichtehelichen Kindern die wesentlichen Bezugspersonen nicht immer und nicht nur die Eltern des Kindes sind. Häufig werden die Kinder von einem Verwandten betreut, so dass die Eltern bei der Erziehung in den Hintergrund rücken.⁵⁵⁰

Das Recht auf Umgang mit dem Kind wird jedoch nur einem bestimmten Personenkreis zugesprochen. Außer den Großeltern, den Geschwistern, einem Stiefelternteil, der mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat und längerfristigen Pflegeeltern, steht anderen Personen kein Umgangsrecht zu.

Dieses besteht zudem nur, wenn der Umgang dem Wohl des Kindes dient. Maßgeblich hierfür ist die Feststellung vorhandener oder im Kindeswohlinteresse angestrebter Bindungen, die die Bedeutung der anderen Personen für die Entwicklung des Kindes ausmachen. Es darf nicht typisiert davon ausgegangen werden, dass der Umgang mit einer bestimmten Personengruppe immer dem Wohl des Kindes dient. Wo allerdings solche Bindungen existieren, ist ihre Aufrechterhaltung regelmäßig dem Kindeswohl nützlich.⁵⁵¹

Ogleich § 1626 Abs.3 S.2 auch den Umgang mit anderen Personen, dem Kindeswohl zurechnet, gibt § 1685 dem Kind kein subjektives Recht auf Umgang mit diesem Personenkreis. Die Differenzierung zu § 1684 rechtfertigt sich dadurch, dass Dritten eine Pflicht zum Umgang mit dem Kind nur schwerlich auferlegt werden kann.

⁵⁴⁹ Zu den rechtspolitischen Forderungen im Vorfeld der jetzigen Regelung. Vgl. *Rauscher FamRZ* 1998, S. 336.

⁵⁵⁰ BT-Drucks. 13/4899, S. 107.

⁵⁵¹ BT-Drucks. 13/4899, S. 107.

3.) Die Rechtsprechung zu §§ 1684, 1685

a.) Grundsätze zu § 1684

aa.) Einschränkungen und Ausschluss des Umgangsrechts

Bei der Reform des Umgangsrechts hatten die Gesetzgeber die bis dahin herrschende Rechtsprechung aufgegriffen und als Voraussetzung für einen längerfristigen Ausschluss oder längerfristige Einschränkungen eine Kindeswohlgefährdung normiert. Insofern hielt die Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes an ihren zu § 1634 a.F. entwickelten Grundsätzen fest.⁵⁵²

Allerdings hatten die Gerichte nunmehr ihre Abwägung an § 1626 Abs.3 auszurichten. Die Gerichte mussten also stets davon ausgehen, dass die Ausübung des Umgangsrechts grundsätzlich zum Wohl des Kindes gehört.⁵⁵³ Zwar hatte auch die frühere Judikatur stets betont, dass eine Einschränkung oder ein Ausschluss des Umgangsrechts auch negative Auswirkungen für das Kindeswohl haben könnte, doch hatte es den nunmehr gesetzlich fixierten Grundsatz in dieser Form nicht gegeben.

Längerfristige Anordnungen oder dauerhafte Regelungen sind insofern nur zulässig, wenn andere, weniger weitreichende Eingriffe nicht ausreichen.⁵⁵⁴

Keinen Anlass für Einschränkungen oder den Ausschluss des Umgangsrechts bieten nach ständiger Rechtsprechung in aller Regel Verfeindungen der Eltern und ständiger Streit zwischen ihnen. Allerdings darf ein gewisses Maß an gegenseitiger Entwertung und ständigen Abfälligkeiten nicht überschritten werden.⁵⁵⁵ Straftaten eines Elternteils können grundsätzlich nur dann Einschränkungen des Umgangsrechts nach sich ziehen, wenn sich die Straftat gegen das Kind gerichtet hat, Nachwirkungen offensichtlich sind und Wiederholungen drohen.⁵⁵⁶

Dies gilt auch in Fällen der Kindesentführung oder der Gewaltanwendung. Sonstiges Fehlverhalten der Eltern muss, damit das Umgangsrecht eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, gerade das Kind und seine Entwicklung erfassen und schon für weitere Besuche allein Gefährdungen mit sich bringen. Prostitution bleibt daher grundsätzlich ebenso

⁵⁵² Vgl. BT-Drucks. 13/8511, S. 74.

⁵⁵³ Vgl. OLG Celle FamRZ 2000, S. 48; OLG Schleswig FamRZ 2000, S. 48; OLG Köln FuR 2000, S. 238.

⁵⁵⁴ OLG Köln FuR 2000, S. 238

⁵⁵⁵ OLG Bamberg FamRZ 1998, S. 956.

⁵⁵⁶ OLG Köln KindPrax 1999, S. 173.

bedeutungslos wie Alkoholismus, Drogensucht oder Tablettenmissbrauch⁵⁵⁷, sexuelle oder weltanschauliche Orientierung⁵⁵⁸.

bb.) Der Wille des Kindes

Auch hinsichtlich der Bedeutung des Kindeswillens haben die Gesetzgeber die bisherige Rechtsprechung aufgegriffen und in der amtlichen Begründung betont, dass der Kindeswille ein wichtiges, aber nicht allein maßgebliches Kriterium sei.⁵⁵⁹

Das OLG Bamberg hat insofern zutreffend darauf hingewiesen, dass durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, insbesondere durch § 1626 Abs.3, die bisherige Rechtsprechung insoweit bestätigt wird, als die grundsätzliche Kindeswohldienlichkeit des Umgangs nicht durch den bloßen Kindeswillen beseitigt werden kann und eine Ablehnung des Umgangs eher noch kritischer hinterfragt werden muss.⁵⁶⁰

Dabei orientiert sich die Rechtsprechung nach wie vor an den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen und unterscheidet hinsichtlich der Beachtlichkeit des Kindeswillens nach der Einsichtsfähigkeit und Reife des Kindes. Bei kleineren Kindern im Alter bis zu zehn oder zwölf Jahren geht die Judikatur davon aus, dass der das Kind betreuende Elternteil zunächst die Aufgabe hat, den entgegenstehenden Willen des Kindes durch geeignete erzieherische Maßnahmen zu überwinden.⁵⁶¹ Bleibt das Kind bei seiner klaren und ernsthaften Weigerung ist zu differenzieren. Beruht der Wille des Kindes auf nachvollziehbaren Gründen, ist ihm als Indiz für die Betroffenheit des Kindeswohls Beachtung zu schenken.⁵⁶² Ergeben sich keine nachvollziehbaren Gründe kann der Umgang auch gegen den Willen des Kindes angeordnet, aber nicht mit Gewalt durchgesetzt werden.⁵⁶³ Bei ernsthafter Weigerung eines älteren Kindes ist bei Nachvollziehbarkeit der Gründe dieser ebenfalls Beachtung zu schenken. Dabei ist allein maßgeblich, dass aus Sicht des Kindes die

⁵⁵⁷ KG FamRZ 2002, S.412; AG Ratzeburg FamRZ 2000, S. 505.

⁵⁵⁸ AG Göttingen FamRZ 2003, S. 113.

⁵⁵⁹ BT-Drucks. 13/4899, S. 69.

⁵⁶⁰ OLG Bamberg MDR 1998, S. 1168.

⁵⁶¹ KG NJW-FER 2000, S. 176; OLG Frankfurt/Main FamRZ 1993, S. 730; OLG Celle FamRZ 1987, S. 622.

⁵⁶² OLG Schleswig FamRZ 2000, S. 49; OLG Celle FamRZ 1998, S. 1459.

⁵⁶³ Vgl. § 33 Abs.2 FGG.

Ablehnung berechtigt erscheint.⁵⁶⁴ Bei Fehlen nachvollziehbarer Gründe ist der Wille als Ausdruck der wachsenden Selbstbestimmung und damit des Persönlichkeitsrechts in die Abwägung einzubeziehen.⁵⁶⁵

b.) Grundsätze zu § 1685

Das Umgangsrecht nach § 1685 besteht nur, wenn der Umgang dem Wohl des Kindes dient. Anders als bei § 1684 besteht hierfür keine gesetzliche Vermutung, sondern die Kindeswohldienlichkeit muss positiv festgestellt werden.⁵⁶⁶ Bei der Abwägung kommt dem Willen der Eltern als Ausfluss des Personensorgerechts eine wesentliche Bedeutung zu. Beruht der elterliche Wille auf verständigen Gründen, ist das Umgangsrecht abzulehnen.⁵⁶⁷ Auch dem Willen des Kindes ist im Vergleich zum elterlichen Umgangsrecht eine stärkere Bedeutung beizumessen.⁵⁶⁸ Allerdings kann auch ein positiver Umgangswunsch des Kindes unbeachtlich sein, wenn er Umgang dem Kindeswohl objektiv eher schadet.⁵⁶⁹

V. Der Schutz des Kindes nach § 1666 Abs.1

1.) Die Regelung des § 1666 Abs.1

Durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz wurde § 1666 Abs.1 ohne inhaltliche Änderungen⁵⁷⁰ neu strukturiert und übersichtlicher gestaltet.

In der Neuregelung dient die Generalklausel des § 1666 Abs.1 als Grundlage zum Schutz sowohl der persönlichen Belange des Kindes als auch seiner Vermögensinteressen. Der neue Abs.1 verpflichtet das Familiengericht Maßnahmen zu treffen, wenn das körperliche, geistige oder seelische Wohl des Kindes oder sein Vermögen durch missbräuchliche Ausübung der

⁵⁶⁴ OLG Bamberg NJW-RR 1999, S. 517; OLG Hamm NJW-FER 1999, S. 235; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, S. 1461.

⁵⁶⁵ OLG Bamberg FamRZ 1998, S. 971.

⁵⁶⁶ OLG Koblenz MDR 2000, S. 161.

⁵⁶⁷ OLG Frankfurt/Main FamRZ 1998, S. 1042 (noch zu § 1666 Abs.1 a.F.).

⁵⁶⁸ OLG Frankfurt/Main, 1998, S. 1043.

⁵⁶⁹ AG Köln DAVorm. 1999, S. 311.

⁵⁷⁰ Entgegen einigen Bestrebungen, BT-Drucks. 13/4899, S. 64.

elterlichen Sorge, Vernachlässigung, unverschuldetes Versagen der Eltern oder das Verhalten eines Dritten gefährdet ist und die Eltern nicht gewillt oder in der Lage sind, die Gefahr abzuwenden.

Die Regelung des § 1631 a Abs.2 a.F., die das staatliche Eingreifen in Berufs- und Ausbildungsfragen regelte, wurde gestrichen. Neben § 1666 Abs.1 hatte die Norm in der Praxis kaum Bedeutung, da § 1631 a Abs.2 a.F. die gleichen Eingriffsvoraussetzungen wie § 1666 Abs.1 verlangte und so die Kindesinteressen im Bereich Ausbildung und Beruf von § 1666 Abs.1 ausreichend geschützt wurden.

2.) Die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1

Hinsichtlich der Judikatur zu § 1666 Abs.1 bedeute das Kindschaftsrechtsreformgesetz keinen wesentlichen Umschwung. Die Gerichte hielten an den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Gefährdung des Kindeswohls sowie zu den einzelnen Gefährdungsursachen weitgehend fest.⁵⁷¹ Auch hinsichtlich des Verschuldenserfordernisses blieb die Rechtsprechung unverändert, so dass auf weitere Ausführungen verzichtet werden kann.

⁵⁷¹ Ständige Rechtsprechung seit BGH FamRZ 1956, S. 350; Vgl. BayOLG FamRZ 1998, S. 1045 und BayOLG NJW 1999, S. 294.

VI. Fazit

Im Zuge des Kindschaftsrechtsreformgesetzes machten die Legislativen das „Kindeswohl“ zur obersten Entscheidungsmaxime jeglichen staatlichen Handelns im Bereich des Kindschaftsrechts.

Im Rahmen der Sorgerechtsregelung nach einer Ehescheidung oder Trennung der Eltern setzten die Gesetzgeber dabei auf die Verwirklichung des Kindeswohls durch die Stärkung der elterlichen Autonomie und den Rückzug des staatlichen Wächteramtes. Indem das Gesetz den automatischen Fortbestand der gemeinsamen Sorge als Regelfall vorsieht und lediglich den Eltern ein Antragsrecht auf Alleinsorge zubilligt, ist die Interpretation des Kindeswohls primär den Eltern überlassen. Sind sich die Eltern über den gestellten Antrag auf Alleinsorge einig, ist das Gericht zudem gebunden und eine Überprüfung anhand des Kindeswohls findet grundsätzlich nicht statt. Allerdings erkennt § 1671 Abs.2 Nr.1 das selbstbestimmungsfähige Kind als Mitträger familiärer Autonomie und räumt ihm ein Widerspruchsrecht ein, das die Bindung des Gerichts beseitigt. Das Gericht hat dann, ebenso wie in den Fällen des § 1671 Abs.2 Nr.2, zu entscheiden, ob die beantragte Alleinsorge die für das Kindeswohl beste Lösung darstellt. Dabei geht die Rechtsprechung davon aus, dass die gemeinsame Sorge bei Kooperationsfähigkeit der Eltern dem Kindeswohl am besten entspricht und eine Alleinsorge nur angeordnet werden soll, wenn die gemeinsame Sorge nicht funktionieren würde.

Hinsichtlich des Umgangsrechts ist eine deutliche Stärkung der Position des Kindes eingetreten. Das Gesetz enthält in § 1626 Abs.3 nunmehr den Grundsatz, dass der Umgang mit beiden Eltern und wichtigen Bezugspersonen in der Regel dem Wohl des Kindes dienlich ist und gibt insofern der Rechtsprechung eine Auslegungsregel vor. § 1684 normiert das Umgangsrecht erstmals als subjektives Recht des Kindes und betont damit nochmals die Bedeutung des Umgangs mit den Eltern für das Kindeswohl. Der Erhalt der Beziehungen des Kindes zu seinem gewohnten Umfeld wird dadurch mehr als zuvor gewährleistet und das Kind endgültig nicht mehr als Objekt des elterlichen Umgangsrechts behandelt. Auf den ersten Blick nachteilig erscheint, dass kein eigenes Umgangsrecht des Kindes hinsichtlich des Umgangs mit Dritten geschaffen wurde. Dies wäre jedoch auch nicht möglich gewesen, da Dritten eine Umgangspflicht mit dem Kind nur schwerlich auferlegt werden kann.

J. Nachfolgende Reformgesetze

I. Das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung

vom 03. November 2000

Keine drei Jahre nach dem Erlass des Kindschaftsrechtsreformgesetzes brachte die neue Regierungskoalition in Ausführung einer Koalitionsvereinbarung ihr Vorhaben, die Eltern zur gewaltfreien Erziehung zu verpflichten, zum Abschluss. Das Gesetz zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung⁵⁷² trat am 03. November 2000 in Kraft und statuierte erstmals nach jahrzehntelangen Reformdiskussionen einen Anspruch des Kindes auf gewaltfreie Erziehung und ein Verbot körperlicher Strafen.

Die Neufassung des § 1631 Abs.2 lautet nunmehr:

„Kinder haben ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind unzulässig.“

1.) Das Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung, § 1631 Abs.2 S.1

Anders als noch bei den Beratung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes gefordert, beschränkt sich die Neuregelung in § 1631 Abs.2 S.1 nicht darauf, den Eltern eine gewaltfreie Erziehung zu gebieten, sondern gibt den Kindern ein Recht auf gewaltfreie Erziehung. Dadurch soll zum einen verdeutlicht werden, dass die gewaltfreie Erziehung um des einzelnen Kindes willen festgeschrieben wird. Das Kind soll „als Person mit eigener Würde und als Träger von Rechten und Pflichten die Achtung seiner Persönlichkeit auch von seinen Eltern verlangen“ können.⁵⁷³ Zum anderen befürchtete der Gesetzgeber, ein bloßes Gebot zur gewaltfreien Erziehung könne von den Eltern nicht ernst genug genommen werden, etwa mit der Begründung, es handle sich dabei um einen zwar staatlich gebotenen, aber bei ihrem Kind konkret nicht durchführbaren Erziehungsstil.⁵⁷⁴

⁵⁷² BGBl I 1479.

⁵⁷³ BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

⁵⁷⁴ BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

Allerdings versteht der Gesetzgeber selbst das Recht des Kindes nicht als ein unmittelbar einklagbares Recht im Sinne eines Anspruchs, sondern vielmehr als eine Art Appell an die Eltern.⁵⁷⁵

2.) Das Verbot bestimmter Erziehungsmaßnahmen, § 1631 Abs.2 S.2

§ 1631 Abs.2 S.2 erklärt körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen für unzulässig.

Neu ist zunächst, dass das Gesetz nicht mehr von körperlichen Misshandlungen, sondern von körperlichen Bestrafungen, spricht. Hierdurch sollte eine Verschärfung gegenüber der bisherigen Rechtslage erreicht werden. In der Begründung heißt es ausdrücklich, dass jegliche Art der körperlichen Bestrafung unzulässig ist, auch wenn sie nicht die Intensität einer Misshandlung erreicht.⁵⁷⁶ Auch vormals zulässige „leichtere“ Formen der Züchtigung, wie beispielsweise der Klaps oder die Ohrfeige, sollten dadurch unzulässig werden.

Anhand der neuen Formulierung „seelische Verletzungen“ sollte im Vergleich zur bisherigen Rechtslage ebenfalls eine Verschärfung erreicht werden. Erfasst werden sollten insbesondere kränkende und herabsetzende Verhaltensweisen sowie extreme Kälte im Umgang mit dem Kind.⁵⁷⁷

Weiterhin erklärt die neue Regelung entwürdigende Maßnahmen für unzulässig. Im Unterschied zur bisherigen Regelung bedeutet diese Fassung eine Ausweitung nicht nur auf Erziehungsmaßnahmen, sondern auf alle elterlichen Maßnahmen.

3.) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 1631 Abs.2

Im Falle eines Verstoßes gegen das Gewaltverbot hat das Familiengericht lediglich die Möglichkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 1666 Abs.1 einzugreifen. Ein Sanktionsautomatismus dergestalt, dass ein Verstoß gegen die in § 1631 Abs.2 festgelegten Grundsätze zwingend zum Eingreifen nach § 1666 Abs.1 führt, besteht somit nicht. Allerdings weist der Gesetzgeber ausdrücklich darauf hin, dass die Gerichte die in

⁵⁷⁵ BT-Drucks. 14/1247, S. 7.

⁵⁷⁶ BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

⁵⁷⁷ BT-Drucks. 14/1247, S. 8.

§ 1631 Abs.2 normierte Wertentscheidung bei der Prüfung der Voraussetzungen zu berücksichtigen haben. Während nach bisheriger Rechtsprechung angemessene Züchtigungen „im Rahmen des Erziehungszwecks“ als zulässig angesehen wurden, wird der Wegfall der Rechtfertigung für elterliche Züchtigungen sich insofern auch auf die Schwere der Gewaltanwendung und ihre Regelmäßigkeit im Rahmen des Gefährdungsbegriffs auswirken. Allerdings haben die Gesetzgeber betont, dass aus der Präventivfunktion des Kindesschutzes und der Zukunftsorientiertheit des Gefährdungsbegriffes auch weiterhin folgt, dass „vereinzelt gebliebene körperliche Bestrafungen in der Regel keine familiengerichtlichen Maßnahmen auslösen“.⁵⁷⁸

II. Das Gesetz zur Änderung des Umgangsrechts von Bezugspersonen vom 23. April 2004

Durch das Gesetz zur Änderung des Umgangsrechts von Bezugspersonen vom 23. April 2004⁵⁷⁹ wurde auf die bisherige Aufzählung der umgangsberechtigten Dritten in § 1685 verzichtet.⁵⁸⁰ Gemäß Abs.2 ist die Umgangsberechtigung nicht mehr an ein Verwandtschaftsverhältnis gekoppelt. Maßgeblich ist lediglich, dass der Umgangsberechtigte eine enge Bezugsperson des Kindes war und in einer sozial – familiären Beziehung mit dem Kind gestanden hat. Großeltern und Geschwistern kann darüber hinaus auch dann ein Recht auf Umgang zustehen, wenn sie keine engen Bezugspersonen des Kindes sind oder waren und mit dem Kinde zu keinem Zeitpunkt in einer häuslichen Gemeinschaft zusammengelebt haben. Voraussetzung ist jedoch stets die Kindeswohldienlichkeit des Umgangs.

⁵⁷⁸ BT-Drucks. 14/1247, S. 5.

⁵⁷⁹ BGBl I 598.

⁵⁸⁰ Mit Urteil vom 09. April 2003 hatte das BVerfG (FamRZ 2003, S. 816) das in § 1685 a.F. enthaltene Umgangsrecht bestimmter Bezugspersonen insofern für nichtig erklärt, als es in den Kreis der Umgangsberechtigten den leiblichen, aber rechtlich nicht anerkannten Vater eines Kindes auch dann nicht mit einbezog, wenn zwischen ihm und dem Kind ein sozial – familiäre Beziehung bestand.

Dritter Teil: Schlussbetrachtung

Am Ende des „Jahrhunderts des Kindes“ bleibt rückblickend festzustellen, inwieweit das „Kindeswohl“ durch die unterschiedlichen Gesetzesänderungen rechtlich verankert wurde, wem die Interpretation oblag und wie es ausgelegt und konkretisiert wurde. Im Anschluss wird im Rahmen eines Resümees erneut auf die Kritik, der sich das Kindeswohlprinzip ausgesetzt sieht, eingegangen und vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung Stellung hierzu genommen.

A. Rückblickende Zusammenfassung

I. Der Vorrang der elterlichen Erziehungsautonomie

Als der unbestimmte Rechtsbegriff „Kindeswohl“ zu Beginn des 20. Jahrhunderts erstmals im Bürgerlichen Gesetzbuch verankert wurde, war das absolute Herrschaftsrecht im alleinigen Interesse des Gewaltinhabers bereits vielfach eingeschränkt. Die sittliche Bindung der väterlichen Gewalt hatte im Laufe der Jahrhunderte eine Verrechtlichung erfahren, die nun im Bürgerlichen Gesetzbuch als Erziehungspflicht konzipiert wurde. Allerdings wurde der herrschaftliche Charakter der väterlichen Gewalt nicht vollständig aufgelöst. Der Gewaltinhaber war in der Ausübung der Personensorge nahezu unantastbar und die Interpretation des Kindeswohls war in allen Belangen das Vorrecht der Eltern. Der Staat hatte nur die Aufgabe, das elterliche Interpretationsmonopol zu sichern und Fremdeinflüsse abzuwehren. Die Institution Familie sollte von äußeren Einflüssen möglichst unbehelligt bleiben und ein Eingreifen des Staates nur in Notfällen erfolgen. Diesem Grundgedanken entsprechend schränkten die Gerichte selbst ihre tatbestandlich zunächst weit gefassten Handlungsmöglichkeiten zu Lasten des Kindes ein. Wichtigstes Beispiel ist das im Rahmen von § 1666 Abs.1 in ständiger Rechtsprechung geforderte Verschuldensprinzip. Daneben stand im Mittelpunkt der richterlichen Entscheidungen weniger das Kind, als vielmehr die Sanktionierung elterlichen Fehlverhaltens.

Zu Beginn des 20. Jahrhunderts kam dem individuellen Kindeswohl in der Gesetzgebung und Rechtsprechung aus heutiger Sicht also nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Gleichwohl

kann das Kindschaftsrecht des BGB von 1900 durchaus als Beginn des „Jahrhunderts des Kindes“ bezeichnet werden.

II. Die zunehmende Auflösung des elterlichen Interpretationsmonopols

Im Zuge der gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklungen in der Weimarer Zeit wurde eine neue gesetzgeberische Intention deutlich. Um den individuellen Kindesinteressen größere Beachtung zu verschaffen und den Schutz des Kindes zu intensivieren, sollte das bisherige Interpretationsmonopol der Eltern durch verstärkte gerichtliche Überprüfung aufgelöst und in gewissen Bereichen durch eine staatliche Kindeswohlentscheidung ersetzt werden. In diesem Zusammenhang gab die Weimarer Verfassung erstmals eigene Maßstäbe für die Erziehung der Kinder vor, ohne jedoch näher zu konkretisieren, was die Erziehung zur „leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“ ausmachen sollte, wie also die Entwicklung des Kindes im Einzelnen verlaufen müsse. Das elterliche Privileg zu bestimmen, wie das individuelle Kindeswohl zu interpretieren sei, blieb damit zunächst erhalten und der Staat griff weiterhin nur in Ausnahmefällen ein.

Erst im nationalsozialistischen Regime kam es zu einer nahezu vollständigen Aufgabe der elterlichen Autonomie und der Staat nahm in weiten Teilen die Bestimmung der Erziehungsziele für sich in Anspruch. Die Ausrichtung der Erziehung im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie wurde für die Eltern zu einer Verpflichtung und das Wohl der Gemeinschaft hatte uneingeschränkten Vorrang vor den individuellen Interessen sowohl der Kinder als auch der Eltern. Als Instrument für den staatlichen Machtzuwachs über die Erziehungsgewalt dienten dabei auch die bereits bestehenden, für Wertungen und Wertwandel offenen Generalklauseln. Sie ermöglichten es den Gerichten, die nationalsozialistische Ideologie weitreichend umzusetzen und die den staatlichen Maßstäben entsprechenden und den Zwecken der Staatsregierung entgegenkommenden Entscheidungen zu treffen. In keiner anderen Zeit wurde die Kindererziehung derart als Mittel zum Zweck missbraucht und das Kindeswohl derart inhaltlich entleert.

III. Das individuelle Wohl des Kindes als Maxime

In der westdeutschen Nachkriegszeit kam es als Reaktion auf die nationalsozialistische Herrschaftsperiode zu einer deutlichen Stärkung der elterlichen Abwehr- und Schutzrechte gegen staatliche Intervention. Für die gesetzliche Verankerung der Interessen und Rechte des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit bedeutete dies zunächst eine weitestgehende Zurückstellung.

Erst mit dem Gleichberechtigungsgesetz wurde das Wohl des Kindes zum Maßstab der elterlichen Erziehung. Wenngleich das Gesetz darüber hinaus keine wesentliche Besserung für den Schutz und die Wahrung des Kindeswohls brachte, vollzog sich in der Rechtsprechung zu den Auswirkungen einer Ehescheidung auf die elterliche Gewalt jedoch ein Wandel. Den Interessen des Kindes wurde infolge der Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts erstmals Vorrang gegenüber denen der Eltern eingeräumt. Stand vormals im Mittelpunkt richterlicher Entscheidungen das elterliche Fehlverhalten, rückte nunmehr das Kind zunehmend in den Vordergrund. Dieser Entwicklung zur rechtlichen Anerkennung eigenständiger Kindesinteressen entsprach die Rechtsprechung zu § 1666 Abs.1 jedoch nur teilweise. Während in der Vergangenheit der von § 1666 Abs.1 zunächst weit gefasste Eingriffsrahmen durch das Verschuldensprinzip stark eingeschränkt und so der herrschaftliche Charakter der elterlichen Gewalt noch gestärkt wurde, verlor das Verschuldensprinzip seit Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes zunehmend an Bedeutung. Trotzdem wurde den Eltern zu Lasten des Kindes ein großer Entscheidungsfreiraum bei der Ausübung der elterlichen Gewalt zugestanden und in einigen Bereichen stand die elterliche Sanktionierung noch immer im Vordergrund der richterlichen Entscheidungen.

Eine deutliche und umfassende Stärkung in Gesetzgebung und Rechtsprechung erfuhr das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Kindes erst in den 70er Jahren. Vor dem Hintergrund der ökonomischen und gesellschaftlichen Umstrukturierung und der damit verbundenen Durchsetzung neuer Denkmodelle trat an die Stelle eigennütziger Elternrechte das Wohl des Kindes und wurde mehr und mehr zur Maxime für eine Ordnung der Rechtsbeziehungen zwischen Eltern, Kind und Staat.

Ihren vorläufigen Höhepunkt erfuhr diese Entwicklung mit Inkrafttreten des Sorgerechtsgesetzes von 1979. Unter der Maxime, den partnerschaftlichen Charakter der Eltern – Kind – Beziehung hervorzuheben, wurde als programmatischer Ausdruck die „elterliche Gewalt“ über das Kind durch die „elterliche Sorge“ für das Kind ersetzt und das Kind aktiver in den Erziehungsprozess miteinbezogen. Parallel dazu wich das vormals häufig

schematische, am elterlichen Fehlverhalten orientierte Vorgehen der Gerichte umfassend einer individuellen Prüfung des Kindeswohls. Die gegenwärtigen und zukünftigen Nachteile und Vorteile einer Entscheidung wurden miteinander abgewogen und der Wille des Kindes als Ausdruck der Selbstbestimmung und als Indiz für die Bindungen des Kindes fand zunehmende Berücksichtigung. Die Gerichte sahen ihre Aufgabe nunmehr darin, die Voraussetzungen für eine gedeihliche altersgemäße Entwicklung des Kindes in jeder Beziehung sicherzustellen, um eine allseitige und harmonische Entwicklung der Gesamtpersönlichkeit des Kindes zu ermöglichen. In diesem Zusammenhang ist die endgültige Aufgabe des Verschuldenserfordernisses im Rahmen von § 1666 Abs.1 besonders hervorzuheben.

Die letzte große Kindschaftsrechtsreform von 1998 markierte einen tendenziellen Rückzug des staatlichen Wächteramtes und eine erneute Stärkung der elterlichen Erziehungsverantwortung.

B. Resümee

Bereits in der Einleitung zu dieser Arbeit wurde die Kritik, der sich das Kindeswohl – Konzept ausgesetzt sieht, dargestellt. Es steht in dem Ruf, eine „mystifizierende Leerformel“, eine „jedes Motiv deckende Generalklausel“ und ein „staatliches Einfallstor in das private Erziehungskonzept“ zu sein.

In der Tat, die Geschichte zeigt, dass das „Kindeswohl“ nicht selten um seines Nimbus willen proklamiert und zugleich jeglicher Substanz beraubt wurde. Insbesondere zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde das Kindeswohlprinzip weniger um des Kindes willen gesetzlich verankert und von der Jurisdiktion zum Entscheidungsmaßstab erhoben, als vielmehr zum Zwecke der elterlichen Sanktionierung. Dementsprechend stand im Zentrum der richterlichen Entscheidung auch nicht das konkret betroffene Kind in seiner unaustauschbaren Identität sowie Familien- und Lebenssituation, sondern das elterliche Fehlverhalten. Schematisches Vorgehen anhand allgemeiner Werturteile anstelle individueller, kindzentrierter Betrachtung des Einzelfalles prägte die richterliche Entscheidungspraxis. In der Geschichte unübertroffen instrumentalisiert wurde die Generalklausel „Kindeswohl“ jedoch unter der Herrschaft der Nationalsozialisten. Die aus ideologischer Sicht für die staatlichen Interessen beste Lösung wurde ungeachtet des Einzelfalles gleichgesetzt mit dem Wohl des Kindes. Insofern stand nicht das Kind als Individuum, sondern das Kind als Mitglied der Volksgemeinschaft im

Mittelpunkt der richterlichen Abwägung. Das Kind wurde damit zum bloßen Objekt und Spielball der nationalsozialistischen Erziehungspolitik degradiert.

Wenngleich die Geschichte also deutlich macht, dass die Kritik am Kindeswohlkonzept nicht ohne Berechtigung ist, verkennt sie doch, dass einer erneuten missbräuchlichen und fremdnützigen Interpretation durchaus Grenzen gesetzt sind. Insbesondere die verfassungsrechtliche Verankerung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 1 Abs.1 und 2 Abs.1 GG sowie des Eltern – Kind – Verhältnisses in Art. 6 GG stellen dies zu einem gewissen Grade sicher. Darüber hinaus wurde einem erneuten Missbrauch auch in der Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte vorgebeugt. Kindeswohlfremde Kriterien wie beispielsweise die Scheidungsschuld bei der Sorgerechtszuteilung nach einer Ehescheidung wurden gänzlich beseitigt und die Mitwirkungsrechte des Kindes in diesem Bereich gestärkt. Das Umgangsrecht mit den Eltern wurde als Recht des Kindes ausgestaltet, so dass das Kind endgültig nicht mehr als Objekt des elterlichen Umgangs behandelt wird. Im Rahmen von § 1666 Abs.1 wurde das unverschuldete elterliche Versagen als Gefährdungsursache im Gesetz verankert und damit einer Einschränkung des Tatbestandes zu Lasten des Kindes durch das jahrzehntelang von der Rechtsprechung geforderte Verschulden eine Absage erteilt. Darüber hinaus erfuhr das Kindeswohl insofern eine gesetzliche Konkretisierung, als die Kindeswohldienlichkeit des Umgangs in § 1626 Abs.3 rechtlich fixiert und in § 1671 der Fortbestand der gemeinsamen Sorge zum gesetzlichen Regelfall wurde. Parallel dazu hat sich innerhalb der Rechtsprechung seit den 70er Jahren ein deutlicher Wandel vollzogen. Nicht die Interessen der Eltern oder des Staates stehen im Zentrum der richterlichen Entscheidungspraxis, sondern die Sicherstellung einer gedeihlichen und altersgemäßen Entwicklung des konkret betroffenen Kindes durch sorgfältiges Abwägen des Einzelfalls und kindzentriertes Denken. In diesem Zusammenhang haben die Gerichte in ständiger Praxis Kriterien entwickelt, die das Kindeswohl konkretisieren und eine gewisse Bindungswirkung entfalten.

Damit bleibt festzuhalten: Eine inhaltsleere Formel, die jegliche Interpretation zulässt, ist das Kindeswohl mitnichten. Gleichwohl hat es auch nicht die Qualität eines bestimmten Rechts, das unmittelbar auf den Einzelfall angewendet werden kann. Angesichts der vielfältigen Regelungszusammenhänge, in denen der Kindeswohlbegriff gebraucht wird, der Überfülle des Stoffes, der Unabsehbarkeit der Entwicklung aller maßgebenden Faktoren und der Unendlichkeit der Anwendungsfälle würde eine konkretere Fassung des Gesetzes durch präzise Definition des Kindeswohlbegriffes den Forderungen nach Individualgerechtigkeit jedoch nicht gerecht werden.

Lebenslauf

- 14. November 1979: Geburt in Tauberbischofsheim
- 1985 – 1999: Besuch der Grundschule und des Gymnasiums in Tauberbischofsheim
- Wintersemester 1999/2000: Beginn des Studiums der Rechtswissenschaft an der Julius – Maximilians – Universität in Würzburg
- 1. Juristisches Staatsexamen im Termin 2003/II
- Februar 2004 bis September 2005: Promotion an dem Lehrstuhl von Frau Prof. Dr. Scherer an der Julius – Maximilians – Universität in Würzburg
- Oktober 2005: Beginn des Rechtsreferendariats im Bezirk des OLG Bamberg
- 08. Februar 2006: Rigorosum