

Jutta Bahr-Jendges

Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch?

Die rechtliche Gestaltung von Geschlechter- und Elternbeziehungen bei der Regelung des Sorgerechts

Wenn die Lichter in Westeuropa nicht trügen, hat der Zeitgeist es mit sich gebracht, daß die „gemeinsame Sorge“ geschiedener Eltern als Regelfall zumindest gewünscht ist, wo sie nicht schon eingeführt ist oder eingeführt werden soll. Die gesetzliche Regelung des § 1671 Abs. 4 BGB „Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen“, die schon wegen ihrer Ausnahmslosigkeit durch die Entscheidung des BVerfG vom 3.11.1982 für verfassungswidrig erklärt worden war, steht nun als Regel ebenso vor dem Fall wie die gesetzliche Regelvorschrift des § 1705 BGB, wonach das nichteheliche Kind unter der elterlichen Sorge der Mutter steht¹.

Mehrere Entwürfe aus den Ministerien, den Parteien und verschiedenen Arbeitsgruppen liegen inzwischen zur Reform des Kindschaftsrechts vor. Im wesentlichen besagen sie, daß die elterliche Sorge für ein Kind, dessen Eltern verheiratet sind oder waren, beiden Eltern gemeinsam zusteht; daß die elterliche Sorge für ein Kind, dessen Eltern nicht verheiratet sind, der Mutter zusteht, jedoch auf gemeinschaftlichen Antrag beider Eltern diesen die gemeinsame elterliche Sorge eingeräumt wird.

Selten zuvor – bis auf die Zeit der großen Kodifikationen – haben sich Gesetzgeber und Gerichte so intensiv mit dem Familienrecht beschäftigt, in sichtbarem Bemühen und „penetranter Konstanz“², den Interessen aller Familienmitglieder gerecht zu werden, insbesondere aber jenen, die jahrzehntelang unter Vater- und Mannesverdikt standen. Der Begriff „Kindeswohl“ als universale Kategorie fand seinen Niederschlag im Gesetz, gleichwohl er dort nie definiert wurde.

Bemühen wir zum Verständnis des Zusammenhangs noch einmal die Rechtshistorie. Gesetzliche Regelungen, insbesondere über elterliche Gewalt, sind seit Beginn des 20. Jh. Gegenstand von Veränderung in Rechtstheorie, Rechtsetzung, Parlamentarischen Entscheidungen, Prozessen, politischem Kampf und Rechtspraxis. Mit einigen Differenzierungen war zunächst einheitlich in den westlichen Ländern bzw. der nördlichen Hemisphäre die Grundlage des elterlichen Rechts die väterliche Ge-

walt, auch wenn das Gesetz dies elterliche Gewalt nannte. Eine der väterlichen Gewalt grundsätzlich entsprechende mütterliche Gewalt war den Zivilrechtsgesetzgebungen der Länder, insbesondere dem BGB, bekanntlich ebenso fremd wie die Beziehung der „Personensorge“ allein auf den Vater. Elterliche Gewalt war väterliche Rollenzuweisung an die Mutter. Die Mutter hatte neben dem Vater das Recht zur Sorge für die Person des Kindes als das Recht und die Pflicht für die Person des Kindes zu sorgen, eben mit der Klarstellung, daß sie von der Vertretung des Kindes und den übrigen Berechtigungen und Verpflichtungen der elterlichen Gewalt ausgeschlossen war.

Das Gesetz stellte auch für den Fall der Scheidung klar, daß das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes im Rechtsverkehr unberührt blieb, auch wenn die Mutter die Personensorge bei der Scheidung erhielt, Personensorge also als das, was in unserem Rechtskreis auch anders, Obhut, genannt wird. Wir leben also – und ich betone dies mit gutem Grund in Hinsicht auf spätere Folgerungen – mit einer historischen Hypothek, der Trennung von Obhut (Personensorge) in Form der privaten Personenbeziehung und Entscheidungsbefugnis (elterliche Gewalt) in Form der Rechtsbeziehung nach außen, im Verhältnis also zu anderen BürgerInnen und dem Staat; einer Trennung also von Rechtsstatus und Realbeziehung. Die väterliche Rolle war die der Rechtsbeziehung, der Er- und Bemächtigung; die mütterliche Rolle die der Obhut und Sorge als gegebenenfalls Verrechtlichung einer tatsächlichen Beziehung.

Viel deutlicher als in unserem BGB tritt die fortwährende Trennung zwischen Rechtsbeziehung und höchstens verrechtlicher Realbeziehung zutage etwa in Art. 252 Schweizer ZGB, wonach das Kindesverhältnis zwischen Kind und Vater erst durch ein weiteres Rechtsverhältnis, nämlich die Ehe, begründet oder richterlich festgestellt wird, während es zwischen Kind und Mutter mit der Geburt entsteht.

Ebenso verdeutlicht die Vorschrift des Art. 297 Abs. 3 des Schweizer BGB, daß nach der Scheidung die elterliche Gewalt dem Ehegatten zusteht, dem die Kinder anvertraut werden. Im Gegensatz dazu besagt die Regelung des § 1671 Satz 1 und Satz 4 BGB keineswegs, daß Entscheidungsbefugnis und Personensorge zumindest in der Regel zusammengehören oder zusammengefügt werden. Ohne Benennung der Divergenz der beiden Sachverhalte läßt die Vorschrift des BGB die Spaltung im Grundsatz zu.

1 BVerfGE vom 3.11.82 in FamRZ 1982, 1182 ff. und vom 7.5.1991 in FamRZ 91, 913 ff.

2 Spiros Simitis, in: Jenseits des Kindeswohls, hrsg. von Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1974, S. 95, 98

Vom Institut der Ehe zum Institut der Elternschaft

Unter Benennung des Zielkonflikts mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung kam die Aufspaltung der väterlichen männlichen Gewalt und der mütterlichen Sorge und Obhut zunächst nach dem 2. Weltkrieg scheinbar – oder nur tatsächlich – zur Auflösung. Das Recht schien sich zu diesem Zeitpunkt der Wirklichkeit anzupassen, als Frauen und Mütter elterliche Entscheidungsbefugnis und mütterliche Obhut vereinten. Es ergab sich für kurze Zeit eine tatsächliche substantielle oder auch qualitative Rechtsgleichheit der Frauen; im Nachhinein besehen scheinbar womöglich nur deshalb, weil die Familienväter weder die mütterliche Obhut noch die mütterliche Entscheidungsbefugnis während dieser Zeit bestritten.

Das Kind als einzelnes Familienmitglied rückte nun ins Blickfeld, kurz nachdem die Frau für sich als einzelne Rechtsperson Sichtbarmachung, Wahrnehmung und eigenen Handlungsspielraum verlangte. „Gleichberechtigung der Frau und Beseitigung der Diskriminierung des Kindes sind deshalb die Determinanten legislativer Tätigkeit“³.

Deutlich sichtbar wird dies z.B. an den beiden aufeinanderfolgenden UNO-Konventionen der 80er Jahre:

1. der sog. Kopenhagener Konvention, dem „Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau“ vom 18.12.1979 (BGBl. 1985 II S. 648),
2. der UNO-Kinderkonvention, dem „Übereinkommen über die Rechte des Kindes“ vom 20.11.1989 (BGBl. 1992 I S. 121).

Scheinbar einfach räumen Normative, Judikative wie auch überwiegend Literatur dem „Kindeswohl“ hierbei den Vorrang ein⁴, wiewohl dies

„universelle stereotyp wiederholte Bekenntnis zum Kindeswohl nur allzu leicht die Schwierigkeiten verdeckt, denen sich die einzelnen Rechtsordnungen bei dem Versuch gegenüber stehen, konkret zu formulieren, was denn unter Kindesinteressen zu verstehen sei“⁵. So nimmt es denn auch nicht Wunder, daß dieser unbestimmte Rechtsbegriff, wie jeder andere unbestimmte Rechtsbegriff, nach den jeweiligen historischen, kulturellen, politischen und religiösen Werten und Standards von Gesellschaften und Staaten verwandt und vernutzt wird. Eine Definition wäre auch allenfalls nur negativ möglich. Vor der Familienrechtsreform 1977 wurde der Begriff des Kindeswohls in der richterlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland im wesentlichen an äußeren Bedingungen gemessen, an körperlicher Unversehrtheit, Ordnung der Haushaltsführung und Sicherung der körperlichen und sozialen Grundbedürfnisse. Das Kind war im großen und ganzen sichtbar Objekt, das der Verantwortung der Familien, vor allem des Familienoberhauptes unterstand, und das man dort in aller Regel gut aufgehoben glaubte. Die Familienrechtsreform 1977 wurde durch die Bemühungen um die Anerkennung der Belange des Kindes als dem schwächsten Glied in der Auseinandersetzung der Eltern bei der Ehescheidung mitbestimmt. Es gelang, das Kind aus seiner Rolle als passives Objekt ein wenig herauszuheben und ihm in Ansätzen eine gewisse Selbständigkeit zuzuweisen.

In den späten 60er und 70er Jahren hatten Psychiater, Psychologen und Juristen, die „Kindeswohl“ wohlmeinend kritisch definierten und Selbstbestimmung und Autonomie, relative Freiheit von Zwängen in diesen bürgerlichen Desideraten von Kleinfamilie für Kinder und Frauen gleichermaßen einbezogen, die sog. „Bindungslehre“ vertreten, wonach die Aufrechterhaltung und Kontinuität von emotionalen Bindungen für die psychische Entwicklung von Kindern von entscheidender und vorrangiger Bedeutung sei. Dabei stellte sich in der Praxis – wen verwundert es – heraus, daß zumeist die Bindung zu derjenigen Person sich als zentral erwies, die dank ständiger Beziehung und Betreuung zum Kind zu seiner zentralen Bezugsperson geworden war. Die Frage der Bindungen hieß dabei eine zumindest annähernd psychologische Betrachtungsweise der realen Lebenszusammenhänge und subjektiven Lebenssituation von Kindern, Müttern und Vätern. Jene – Mütter und Väter – sind dabei nicht ein undefinierbares Eltern-Konglomerat gewesen. Die Frage der Stabilität und Kontinuität beinhaltete die Betrachtung von tatsächlicher Obhut und Sorge im Zusam-

3 Spiros Simitis, a.a.O., S. 99

4 Gisela Zenz, Ludwig Salgo, Zur Diskriminierung der Frau im Recht der Eltern-Kind-Beziehung, Hrsg.: Der Bundesminister

für Jugend, Familie und Gesundheit, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1983, S. 19–34

5 Spiros Simitis, a.a.O., S. 101

menhang der sozialen äußeren wie der innerpsychischen Lebensverhältnisse. Das Förderungsprinzip betraf dabei insbesondere die Verantwortung für Erziehung und Versorgung, des Anspruchs auf Fürsorglichkeit und Verantwortlichkeit, wobei hier auch die äußeren Umstände zur Wertung anstehen, nämlich soziale Stellung, Berufsausbildungschancen, Güte der Unterbringung etc., aber niemals isoliert betrachtet werden.

So forderten die Vertreter der Bindungslehre auch konsequent, den primär sorgenden und betreuenden Elternteil zu ermitteln und diesem die Entscheidungsbefugnis zu übertragen, unabhängig von Geschlecht des Elternteils⁶, obgleich tatsächlich das Geschlecht dieses Elternteils als „caretaker“ oder „carer“ oder „primary taker“ eben weiblich war, allerdings teilweise nicht leiblich mütterlich, da diese Obhutregel unabhängig von den Blutsbanden galt, insbesondere im Verhältnis zwischen leiblichen Elternteilen und Pflegeeltern. Diese Autoren suchten nach der „am wenigsten schädlichen Alternative“ für das Kind, nicht nach dem verordneten Glück. Sie nahmen die Gestalten von Kindern als Menschen wahr, nicht die Formen von Menschen als Statusträgern im System von Lebensformen und Rechtsinstituten (insbesondere Ehe und Familie). Ihre Betrachtungsweise war sowohl individuell wie gesellschaftlich.

In den 80er Jahren traten sodann die „Systemtheoretiker“ – die Vertreter der systemischen Familienpsychologie und Familien(rechts)soziologie – auf den Plan mit der Meinung, daß das Kind nach Möglichkeit in eine vollständige Familie kommen sollte und/oder zumindest die Organisation der alten Familie für das Kind erhalten bleiben müsse, auch wenn diese Familie in der Form der Ehe zerbrochen sei; denn die Familie bestehe weiterhin fort mit zwei gleichen Elternteilen, Mutter und Vater, wobei der Vater jedoch als besonders wichtig erachtet wird⁷.

Damit begann der Siegeszug des „Systems Familie“ im Kampf um das Kind, und das patriarchale Begehren kaschierte und bagatellierte das „Kindes-

wohl“. Die Bindungen des Kindes traten wieder in den Hintergrund, indem ihm „Familie verordnet“ wurde⁸.

So befinden sich stets als fortschrittlich hervorgehobene Begriffe „Kindeswohl“ und „Rechtsgleichheit“ als Begriffe in einer neuen Phase der Interpretation, die sich modern benennt, jedoch aus alter patriarchaler Tradition speist. „Kindeswohl“ bedeutet danach in der Realität vorrangig Beschränkung weiblicher Freiheit und Stärkung männlicher Position.

Die Legitimation liegt in der angeblich neutralen Bestimmung des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“. Anknüpfend an das fortbestehende christliche wie mosaische Dogma von der Unauflösbarkeit von Ehe und Familie wird „Familie“ als irreversibel und unauflösbare Beziehung zwischen den Geschlechtern und Generationen angesehen, in der ein Mangel durch staatlichen Akt verdrängt werden soll. Der *tatsächliche* Mangel des Elternteils – ganz überwiegend der tatsächliche Mangel an vorhandenen Vätern – wird normativ umgeschrieben als Mangel des *Rechtsverhältnisses* und Rechtsinstituts „Familie“ im Sinn der Verfassung (Art. 6 GG) oder auch gar der Menschenrechte (Art. 8 Abs. 1 MRK). Bei der weiteren verfassungsrechtlichen Prüfung wird schließlich gefolgert, daß „Kindeswohl“ nicht ohne den Begriff des „Familienwohls“ und schließlich „Gemeinwohls“ zu sehen sei, da der Staat entsprechend der Festlegung der Grundwerte in der Verfassung „Ehe und Familie“ zu schützen und zu regeln habe. Von den Kriterien der Sorgerechtsübertragung zur inhaltlichen Bestimmung, was den tatsächlichen Bedürfnissen der Kinder diene, bleibt ein abstraktes Konzept der Re-Organisation der Scheidungs„familie“, anstatt die Nach-Scheidungs-Familie neu zu konstituieren in „Mutter-Familie“ oder „Vater-Familie“⁹.

Dabei wird geflissentlich übersehen, „daß über das Kind verfügt wird, daß ihm Familie verordnet wird, kurz, daß das Kind wieder zum Objekt gemacht wird.“¹⁰

Es wird eben geflissentlich übersehen, daß das Eherecht innerhalb des Familienrechts in seiner gesamten Entwicklung durchaus dem Wandel der Familienstruktur Rechnung trägt, indem die frühere Grundlage der Familie, nämlich die Ehe, sich scheinbar von der offenen Institution zum jederzeit wechselseitig kündbaren ebenso wechselseitigen Vertragsverhältnis verändert. Es verbleibt aber die staatlich

6 Joseph Goldstein, Anna Freud, Albert J. Solnit, *Jenseits des Kindeswohls*, a.a.O., S. 1; dieselben Hrsg., *Das Wohl des Kindes, Grenzen professionellen Handelns*, Suhrkamp Verlag Frankfurt a. M. 1988; Reinhart Lempp, *Familie und das Recht des Kindes*, in: Zeitschr. f. Kinder- und Jugendpsychiatrie, Verlag Hans Hans Huber, Bern, Stuttgart, Toronto 1985, S. 45–46.

7 W.E. Fthenakis, *Kindeswohl – gesetzlicher Anspruch und Wirklichkeit*, in: Deutscher Familiengerichtstag e.V.: 5. DFGT 1984, Gieseking Verlag Bielefeld, S. 33–66; derselbe, *Der Vater als sorge- und umgangsberechtigter Elternteil*, in: H. Remschmidt (Hrsg.) *Kinderpsychiatrie und Familienrecht*, 1984; derselbe u. R. Niesel, H. R. Kunze, *Ehescheidung – Konsequenzen für Eltern und Kinder*, 1982, hier insbesondere S. 200 ff.

8 R. Lempp, s. Fußnote 6 a.a.O., S. 47.

9 Rainer Balloff und Eginhard Walter, *Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen*, FamRZ 1990, 445–454.

10 R. Lempp, a.a.O., *Zeitschrift für Kinder- und Jugendpsychiatrie*, S. 47.

verordnete Leerformel der institutionellen Garantie des Art. 6 GG, um der Gesellschaft eine Ordnung zu verleihen und dem Nationalstaat eine Quelle.

Wo das Institut *Ehe* jedoch scheinbar aufzuweichen beginnt, wird es flugs durch ein anderes Institut ersetzt, nämlich das Institut der *Elternschaft*, nun ebenso vom „Lichte der Grundwerte der Verfassung“ beschienen.

Dabei bleibt die Ungleichheit der Individuen Frau und Mann erhalten, auf der das institutionelle Verständnis von Familie, insbesondere als Ehe, basiert. Die Ehe ist bei uns in der Regel kein echter Vertrag. Sie ist immer noch eine Institution oder bestenfalls hat sie die Form des Vertrages erreicht, der wenig formuliert ist; und bislang ist es kaum möglich, für die verschiedenen Formen von Zusammenleben individuell abgestufte Vertragstypen zu entwickeln, wo die Institution den Übergang von einem zum anderen Vertrag oder auch nur faktischen Lebensverhältnis versperrt¹¹. Der im deutschen Idealismus geprägte, institutionalisierte und immer noch ständische Blick kennt keine Individuen, kennt nicht Mann und/oder Frau, nicht Vater und/oder Mutter, sondern nur Paare, Eheleute oder Eltern; der deutsche Idealist (und die deutsche Idealistin – und derer gibt es auch viele!) denkt nur in Paaren und nach der Ent-Zweigung nur daran, diese wieder-her-zu-stellen.

In Hegels Rechtsphilosophie ist nachzulesen, was Familie im bürgerlichen Staat ist, auch heute noch. Familie ist kein Bündnis, vielmehr undifferenzierte substantielle Einheit, in der individuelle Einheiten gründen, die ihre Glieder ausmachen, die aber in ihr ihr individuelles Recht verlieren. Die Familie steht in einem Spannungsverhältnis: Sie ist einerseits substantielle Einheit, die zu wenig bestimmt und differenziert ist, andererseits wird ein Teil von ihr durch das Funktionieren des Staates, der bürgerlichen Gesellschaft, bestimmt, in der wiederum im öffentlichen Bereich, in der „polis“, nur *ein* Subjekt bestimmt, das männliche Subjekt, sei es allein oder in männlicher Statusgruppe¹².

Das ist der Trick der Institutionalisierung und der Status-Regelung. Dem *für sich* fehlen Bestimmungen, Rechte und Gesetze. Daran hat sich bis heute bei uns in Deutschland nichts geändert. Solange die Familie gleichzeitig den Gesetzen der polis entzogen ist und wiederum von denselben Gesetzen der polis als Institut geschützt wird, solange gibt es keine Gleich-

heit und Freiheit der einzelnen Subjekte, innerhalb oder außerhalb (nach der) Familie. Das Recht, das von der Autonomie der Geschlechter ausginge, von der Kategorie weibliches wie männliches Subjekt, müßte die heutige Familienstruktur zerstören, anstatt sie zu sichern. Das Gebot, nach der Scheidung möglichst viel an seitheriger Familiensubstanz weiterzutransportieren bzw. zu re-organisieren, zeitigt m.E. sichtbar ein institutionelles Denken und kein privatautonomes Denken, auch wenn von Vertragsautonomie die Rede ist. In der Institution Familie und Ehe bleibt der patriarchale Staat jedenfalls erhalten. Nicht von ungefähr ziehen RechtswissenschaftlerInnen aus vielen Staaten der westlichen Welt die Parallele von der Einheit väterlicher und staatlicher Macht und Kontrolle und der Einheit von Familie und Nationalstaat.

Rechtstatsachen, empirische Daten über Lebensformen oder gar gesellschaftliche Zusammenhänge, insbesondere Fragen der verschiedenen Ordnung und Hierarchie der Geschlechter als Elternteile spielen keine Rolle mehr. Deshalb ist die gemeinsame elterliche Sorge, gleich welcher soziale Lebenssachverhalt vorliegt, m.E. nur die konsequente ideologische Bestätigung des Modells Familie, der Beibehaltung des gesellschaftlichen Systems, aus dem sich Kinder jedenfalls nicht fortbewegen sollen. Ein alleinlebender Elternteil soll in der Regel nicht mit Kind für sich als eigenständige Gruppe, als Person zu Person, sei es sozial, sei es rechtlich, gewertet werden, vielmehr in der Regel nur im Zusammenhang mit einem anderen, Dritten, sei dieser auch noch so abwesend. Das Gefüge von tatsächlich vorhandenen oder nicht vorhandenen Beziehungen – Abhängigkeit, Kontrolle, Verfügungsbeschränkung – soll gefestigt bleiben und werden, insbesondere für den tatsächlich sorgenden Elternteil, der die Entscheidungsbefugnis des nichtsorgenden Elternteils zu achten hat. „Auf der Ebene des Ordnungsziels betrachtet, hat das gemeinsame Sorgerecht Vorbildfunktion auch für das Alleinsorgerecht eines Elternteils“¹³, womit unter dem Begriff „Ordnungsziel“ die Familie an den Ort gesetzt ist, an dem die Normen der Gesellschaft und des Staates gehütet und gespiegelt werden.

Wie Normenfaktoren und Ordnungsziele simpel verdeutlicht werden können, beweist ein westdeutsches Familiengericht in einem Fall, in dem die Mutter nach der Trennung vom Vater den 6jährigen Sohn im nunmehr eigenen Haushalt weiter betreute, wie sie ihn auch vorher im gemeinsamen Haushalt allein betreut und versorgt hatte. Das Gericht verordne-

11 Monika Frommel, Eheliches Sonderrecht oder privatautonome Beziehungen, in: Zeitschrift für Sexualforschung 1991, S. 181–191

12 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Die Familie, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Verlag Felix Meiner, Hamburg 1955, S. 149 f., 165, s.a. Jutta Bahr-Jendges, Grenzgänge – der feministische Blick in Rechtstheorie und Praxis, STREIT 1990, S. 99 f., 100

13 Jutta Limbach, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe/C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1988

te zunächst die alleinige elterliche Sorge des Vaters mit folgenden Argumenten:

„Letztlich ist es auch für das Aufwachsen eines Kindes entscheidend, daß dieses in seiner Umgebung geeignete Bezugspersonen hat, die sein Aufwachsen förderlich beeinflussen. Insoweit fällt auf, daß der Junge derzeit ausschließlich weiblichen Bezugspersonen ausgesetzt ist. Wie die Anhörung der Mutter ergeben hat, wohnt diese mit zwei Frauen und einem Mädchen zusammen. Außerdem hat sie Kontakt zur Großmutter und zwei Tanten des Jungen. Auch bei der Lehrerin des Grundschulkindes, der für seine Entwicklung große Bedeutung zukommt, handelt es sich um eine Frau. Es ist jedoch anerkannt, daß in der z.Z. einsetzenden Entwicklungs- und Reifungsphase des Jungen das Vorhandensein einer männlichen Bezugsperson erhebliche Auswirkungen für seine charakterliche Reife, insbesondere seine Orientierung an Normen ... hat. Nach Ansicht des Gerichts wird der Junge beim Vater voraussichtlich am besten gefördert ..., dieser kann seine Arbeitszeit einteilen, wie er erklärt ..., soweit er verhindert sein sollte, besteht durchaus die Möglichkeit, daß die Putzfrau der Schule den Jungen betreut und in dieser Funktion zu einer weiblichen Bezugsperson wird ...“¹⁴

Das Verfahren wurde schließlich beendet mit der gerichtlichen „Verordnung“ der gemeinschaftlichen elterlichen Sorge, nachdem sich herausstellte, daß die tatsächliche Betreuung und Versorgung des Jungen durch die Mutter zum einen geordneter war und zum anderen die Bindung des Kindes an die Mutter (wegen der kontinuierlichen Betreuung) intensiver war.

Die Vaterrechtler und die Systemtheoretiker trafen sich in der Forderung nach Institutionalisierung der Elternschaft als der Forderung nach gemeinsamer elterlicher Sorge auch nach Scheidung der Eltern. Und auch die Vertreter der Bindungslehre befanden die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung für praktikabel, allerdings nur als Einzelfallregelung. Mit offenem Blick und mit Hilfe kritischer Wissenschaft und Praxis wäre wohl auch mit einer von beiden Elternteilen gewünschten Einzelfallregelung der gemeinsamen elterlichen Sorge die „am wenigsten schädliche Alternative“ für das Kind zu finden.

Es bedürfte keiner gesetzlichen allgemeinen Regelung; die gemeinsame elterliche Sorge könnte ein praktikabler Einzel- bzw. Ausnahme-Fall von der Regel sein, daß die tatsächlich betreuende Eltern-Person die elterliche Sorge hat. Dies aber befriedigt nicht das patriarchale Begehren. Nach Meinung des neuen einheits-nationalstaatlichen Gesetzgebers verlangt „das Kindeswohl“ die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge auch nach Scheidung im Regelfall aus dem Institut der Elternschaft. Das „Konsens“prinzip mag dann noch herhalten für die nicht-institutionalisierten Eltern, also Eltern außerhalb von Ehen.

Zielkonflikts-Schlichtung durch das BVerfG

Mit seiner Entscheidung vom 3.11.82 zu § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB und mit seiner Entscheidung vom 7.5.91 zu § 1738 BGB im Fall der nichtehelichen Elternschaft ließ das BVerfG Gesetzgeber und Rechtspraxis alle Wege offen. Es legte sich weder auf das „Konsens“prinzip noch auf das Institut „Elternschaft“ fest.

Das BVerfG erklärte 1982 die Bestimmungen des § 1671 Abs. 4 Satz 1 BGB für verfassungswidrig, wonach die elterliche Sorge einem Elternteil ohne Ausnahme allein zu übertragen sei. Es eröffnete den Gerichten die Möglichkeit, das Sorgerecht nach der Scheidung im Einzelfall beiden Elternteilen zu belassen. Dafür sollten folgende Voraussetzungen erfüllt sein: 1. beide Eltern sind gewillt, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Ehescheidung weiter zu tragen; 2. beide Eltern sind voll erziehungsfähig und 3. es liegen keine Gründe im übrigen vor, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen.

Das heißt, in diesem Konzept sind zwei Konzepte enthalten, die wiederum inhaltlich zu definieren sind. „Gleichberechtigung“ in Eltern- und Geschlechterbeziehungen sowie „Kindeswohl“ sollen in einer Konfliktregelung vereint werden.

In der Entscheidung vom 7.5.91 zur nichtehelichen Elternschaft greift das BVerfG auf das Konzept gleicher Vertragspartnerelternteile zurück und eröffnet die Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge für nichteheliche Kinder durch Vertragskonzept, wo es an einer garantierten Institution Ehe und Familie sichtlich mangelt. Den Hinweisen des BVerfG ist zunächst eine Einzelfallregelung zu entnehmen, auf gemeinschaftlichen Antrag beider Eltern eines nichtehelichen Kindes die gemeinsame elterliche Sorge durch Entscheidung des Gerichts zu erhalten, wie dies auch den Reformvorschlägen überwiegend zu entnehmen ist. Unter der Maßgabe, daß „auf der Ebene des Ordnungsziels betrachtet, das gemeinsame Sorgerecht Vorbildfunktion auch für das Alleinsorgerecht eines Elternteils“¹⁵ hat, und nach der Entwicklung des Rechts der gemeinsamen elterlichen Sorge von ehelichen Kindern nach Scheidung im Verlaufe der 10 Jahre nach der Entscheidung des BVerfG von 1982 ist jedoch auch hier die Tendenz zum Regelfall einer gemeinsamen elterlichen Sorge zu mutmaßen.

Zunächst werden zwei Elternteile als Vertragspartner in einem Konzept formaler Rechtsgleichheit und Vertragsfreiheit begriffen. Dabei scheint zunächst die Grenze überschritten vom Institut von Ehe und Familie hin zum Vertragssystem freier bürgerlicher Individuen, die, im Wandel der Struktur der

¹⁴ Amtsgericht Bocholt, unveröffentlichte Entscheidung vom 27.9.83, zu 5 F 358/83

¹⁵ Jutta Limbach, a.a.O., S. 28

Familie wie des Familienrechts, als Ehepartner ihre Ehe frei schließen und auch frei verlassen können, wie sie wollen, mit einer Kündigung auch ohne Grund. Für die Restverwaltung des gemeinsamen Besitzes in der freien Austausch- wie Wegwerfgesellschaft ist der Konsens ebenso qualitativer Wertmaßstab wie die bürgerlich patriarchale Rationalität und Normalität, sowohl für die materiale Begriffsinterpretation wie für die Verfahrensmodalität. Konsens wird als einer der zentralen Strukturprinzipien des modernen Familienrechts deshalb benannt¹⁶. „Dis-sens disqualifiziert, Konsens legitimiert“, wird als eine Denkhilfe begriffen, die spätestens dann ins Leere greift, wo sich die Grenzen rational-analytischer Denkweisen zeigen, in divergenten Lebenswirklichkeiten und auch Gefühlswelten von ehemaligen Mitgliedern einer jetzt zerfallenen Familiengruppe.

Da bleibt die Frage, was denn im modernen bürgerlichen Industriestaat und dessen Familienrecht das Konsensprinzip als Verhandlungskonzept zweier GeschäftspartnerInnen gilt, das einerseits durch jahrhundertelange patriarchale Kultur und entsprechendes Recht geprägt ist und in dem das Prinzip der Geschlechterhierarchie grundlegend weiterbesteht und andererseits die weiterhin staatlich legitimierte Institution Ehe und Familie ein offenes Vertragssystem freier Vertragspartner ohnehin verhindert. Vom Maß und von der Bedeutung der Benachteiligung und der Diskriminierung von Frauen (und Mädchen)

in dieser Gesellschaft und der danach gebotenen Neukonstruktion auch von Rechtsbegriffen ist nicht die Rede. Es bleibt die Frage, ob auch das Vertrags- und Gleichheitskonzept das Institutionenkonzept nur modern verpacken soll.

Die praktische Anwendung

Die Verfassungsrichter nahmen 1982 noch Rechtstatsachen wahr, indem sie feststellten, daß nur wenige geschiedene Eltern zu derartiger Übereinstimmung fähig seien; allenfalls solche „vernünftigen Bürger“, deren Vernunftmöglichkeit jedenfalls teilweise in ökonomischer Gleichheit und deshalb Vertragsgleichheit lag – wie es auch 8 ausschließlich gut situierte, beruflich nicht eingeschränkte, voneinander relativ unabhängige geschiedene Eheleute waren, die ihren Wunsch nach gemeinsamem Sorgerecht bis zum Verfassungsgericht durchgefochten haben. Dies scheint eher ein Fall von „Entscheidungsbefugnis“ als reiner Legitimation beider Eheleute zu sein bei Obhut durch überwiegend dritte Personen, HaushälterInnen, ErzieherInnen, Schulen etc. ...

Unentschieden zwischen Bindungs- und Systemlehre forderte das Verfassungsgericht, daß dieses ideal-typische Konzept sich nur mit zusätzlichen Kriterien legitimiere: 1. Vertrag und 2. Kindeswohl. Das heißt, eine formal egalitäre Gleichheit der Familienmitglieder allein genügte nicht. Mit der Benennung der Kriterien *Bindung* der Eltern an das Kind und der Kinder an die Eltern als einem Gesichtspunkt der *Kontinuität*, *Erziehungsfähigkeit* der Eltern und *Ver-*

¹⁶ Michael Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 6. DFGT 1986, Giesecking Verlag Bielefeld, S. 45; Jutta Limbach, a.a.O.

antwortlichkeit der Eltern, die zur harmonischen Entfaltung von Kindern in körperlicher, seelischer und geistiger Hinsicht notwendig sind, setzte das BVerfG der formalen Privatautonomie in der Familie flugs wieder Grenzen. Diese formale Privatautonomie durch freie Vertragsgestaltung von freien Vertragspartnern in einem egalitären System widerspricht der weiter herrschenden Auffassung von Ehe und Familie sowie nunmehr Elternschaft als Intuition.

Die Tatsache, daß im Regel-Fall der justiziellen Praxis diese noch vom BVerfG vorgegebenen Kriterien zur Bestimmung des „Kindeswohls“ bei der Vorgabe der gemeinsamen elterlichen Sorge ebensowenig aufgeklärt werden wie die Frage, ob *tatsächlich* eine Übereinstimmung vorliegt oder ein nur freiwilliges Zu-Geständnis, beweist am besten das Muster der institutionellen Elternschaft ohne rechtliche Individualisierung, schon gar nicht Individualisierung der Rechte von Kind, Mutter, Vater.

Die gemeinsame elterliche Sorge im bislang zugelassenen justiziellen Einzelfall auch für den Fall der Scheidung wurde nach Antrag der Eltern nicht nur ohne detaillierte Prüfung und Bestimmung der einzelnen Kriterien vorgenommen, sondern darüber hinaus nicht selten propagiert auch ohne Vorliegen eines Antrags der Eltern, sei es von den zur Entscheidung berufenen FamilienrichterInnen, sei es von den um Stellungnahme ersuchten Jugendämtern. Nur in Ausnahmefällen wurde der Lebenssachverhalt von Amts wegen konkret ermittelt, nur in wenigen Ausnahmefällen ein Gutachten in Auftrag gegeben. Es genügte im allgemeinen der gemeinsame Vorschlag der Eltern, ohne daß die Gemeinsamkeit auch nur sorgfältig hinterfragt und die Umstände ebenso sorgfältig aufgeklärt worden wären. An den Nachweis der Kooperationsfähigkeit und -bereitschaft wurden geringe Anforderungen gestellt. Ebensowenig war (und ist bislang) das Konsenskonzept gebunden an den Konsens über andere Fragen, insbesondere die Folgen der Scheidung, die Regelung der tatsächlichen Obhut, des Kindesunterhaltes, des Ehegattenunterhaltes, der Regelung von ehelicher Wohnung, Vermögen etc. Und auch dies zeigt am besten, daß tatsächlich kein Konsenskonzept vorliegt. Es war und ist ein Konzept ausschließlich formaler rationaler Legitimation. Entsprechend wird dieses Konzept aussehen bei der Regelung der elterlichen Sorge über nichteheliche Kinder. Es ist verbunden mit Erpressung in geschlechtsspezifischem und arbeitshierarchischem Gefälle zwischen den Eltern.

Das Konzept der elterlichen Sorge nach Scheidung war und ist nicht gebunden an die tatsächliche Verpflichtung zur Sorge. Ganz im Gegenteil. In fast allen Fällen lebt das Kind bei der Mutter, die damit

in der alttradierten Aufspaltung die Obhut, die Personensorge, ausübt, und zwar für zwei Personen, nämlich nicht nur für sich selbst, sondern auch für den abwesenden Vater, der diese tatsächlich nicht ausfüllt. In den wenigsten Fällen nämlich lebt das Kind tatsächlich beim Vater. Und wenn dies so ist, beantragt dieser nach derzeitiger Regelung in der Praxis auch die alleinige elterliche Sorge, nicht die gemeinsame Sorge, da *er* jedenfalls nicht teilen will, so er schon sorgt.

Betrachten wir konkret die Eltern- und Geschlechterbeziehungen, so zeigt sich schnell, welcher der Regel-Fall ist: Vielfältige Analysen weisen nach, daß die traditionellen Strukturen der innerfamiliären geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung kaum aufgebrochen werden, auch wenn Ehefrauen erwerbstätig sind und auch wenn Ehemänner und Väter andere Einstellungen verbal äußern. Die Realisierung einer sog. partnerschaftlichen, insbesondere hälftigen, Teilung der familialen Arbeit für Kinder scheint nach allen Kenntnissen allenfalls 2–5% aller Eltern zu gelingen. Verstärkt gilt dies nach Trennung oder nach Scheidung. Nach einer Trennung oder Scheidung leben kleine Kinder zu über 97% bei ihren Müttern, erst bei jugendlichen Kindern steigt der Anteil sorgeberechtigter Väter etwas an – verständlich daraus, daß jugendliche Kinder schon erfahren sind in der Selbstversorgung. Nach Trennung oder Scheidung der Eltern wohnen Väter überwiegend nicht mehr mit ihren Kindern zusammen und treten für sie noch stärker in den Hintergrund, als dies vorher im familialen Zusammenleben der Fall war. Für die BRD jedenfalls gilt, daß es nahezu keinen Mann gibt, der alleine ein noch nicht schulpflichtiges Kind erzieht. Das heißt, alle Kleinkinder werden zumindest auch von einer Frau erzogen, die meisten Kinder von der Frau allein (die vielen Mütter, Schwestern, Tanten, Freundinnen der Väter etc.).

Hinzu kommt, daß sich Familie als gesellschaftliche Formation in sehr verschiedene und flexible Lebensformen verteilt; daß es keine eindeutigen familialen Formen des Zusammenlebens von Erwachsenen und Kindern mehr gibt, zunehmend sog. nichteheliche Ehen, und daß sich die verschiedenen Formen auch verschieden auf die Lebenszeit von Menschen verteilen, die in verschiedenen Phasen verschiedene Lebensweisen bevorzugen. „Mit den Auswirkungen des Strukturwandels familiärer Lebensformen kollidieren nun aber ersichtlich wachsende männliche Bedürfnisse nach Nähe zu ihren Kindern“. „Ein wachsendes männliches Interesse am Zusammenleben mit Kindern geht zwar zögernd einher mit realen Versuchen und Möglichkeiten einzelner Väter, sich paritätisch an der allgemeinen alltäglichen Betreuung und Versorgung von Kindern

zu beteiligen ... Wir finden aber nur wenig Entsprechendes im allgemeinen tatsächlichen Verhalten von Männern ... Norm und Verhalten klaffen weit auseinander“¹⁷.

Was nützen also egalitär paritätische Regelungen als ehevertragliche oder nichteheliche Konzepte über die Gestaltung der Ehe (z.B. § 1356 ff. BGB) oder elterliche Gewalt, wenn mit den ausgesprochenen Berechtigungen in Ehe und Familie keinerlei Verpflichtungen einhergehen und wenn flankierende Rechte, insbesondere Steuer-, Renten- und Versicherungsrecht, das Modell des männlichen außerhäuslichen Familienernährers und Entscheidungsträgers garantieren, so daß immer noch selbstverständlich in der Öffentlichkeit wie in Privatheit der Begriff „Familienoberhaupt“ für den Ehemann und Vater gilt und Jugendliche von ihrer „Regierung“ reden, wenn sie den Vater meinen.

Es kollidieren auch die Ansprüche männlicher väterlicher Macht über die Familienmitglieder. Kinder leben zwar tatsächlich überwiegend in einer vaterlosen Familie, aber nicht in einer vaterlosen Gesellschaft, schon gar nicht in vaterlosen Staaten, wie unübersehbar ist. Die Re-Formulierung väterlicher Ansprüche dreht sich deshalb konsequent um Statusfragen, die nicht im geringsten mit einer Übernahme väterlicher Pflichten für Kinder korreliert. Die Behauptung nämlich, Männer würden sich geändert haben und sich längst in bedeutendem Maße einer väterlichen, im Sinne einer fürsorglichen, Rolle im Versorgungsaltag von Frauen und Kindern zugewandt haben, hält Nachprüfungen nicht stand, ebenso wenig, wie im übrigen die Behauptung einer Nachprüfung standhält, daß das Alleinerziehen (gemeint das mütterliche Alleinerziehen) als Erziehungsform an sich im Prinzip schädliche Folgen für Kinder habe. Die positiven Aspekte der Mutter-Kind-Familie werden ebenso übersehen wie die Möglichkeit des Alleinerziehens als Befreiung, sowohl für Kind wie Mutter¹⁸.

Es ist kein Zufall, daß das Gefälle aus tatsächlichem Lebenszusammenhang nicht thematisiert wird von den Befürwortern egalitärer Konzepte elterlicher Sorge, die in concreto die Väter berechtigen sollen. Unter dem Schlagwort „Besser ein schlechter Vater als gar keiner“ drückt sich diese Philosophie in Reinform aus¹⁹.

Dieser Vater-Status entspricht im übrigen dem Status der Männer in industrieller Organisation, deren Entscheidungsbefugnis – sei es nun im Management über Menschen oder in der Produktion über Maschinen – keine Verknüpfung hat mit realer Obhut und tatsächlicher Fürsorge. Und es entspricht dem Status in der modernen nationalstaatlichen Organisation, in der Bindungen über Regelungssysteme entstehen, die zudem grundsätzlich patriarchal geprägt sind, nämlich durch Männerbündnisse.

Wir kommen danach nicht umhin, die Regelung eines egalitären elterlichen Sorgekonzepts ohne qualitative Betrachtung der familialen Lebenslage als das zu sehen, was es schon von Alters her war, eine Statusfrage und ein Rechtsverhältnis, dem keine Fürsorgebeziehung adäquat sein muß. Das heißt weiterhin und wieder: kann oder soll die elterliche Gewaltinhaberschaft aufzuspalten sein in die „elterliche Gewalt“ und die „Personensorge“ oder „Obhut“, wobei in aller Regel der Vater die Entscheidungsbefugnis ohne jede Obhut hat? Derzeit bliebe dann der einzige – sicher nicht unwichtige – Unterschied, daß Müttern das Innehaben der elterlichen Gewalt (Entscheidungsbefugnis) nicht mehr allgemein versagt ist wie früher, weil das egalitäre Konzept dies denn doch verbietet.

Nun kann der Vater-Status heutzutage allein das Konzept der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall nicht offen legitimieren, weil dies den Regeln egalitärer demokratischer Rechtssysteme sichtbar widersprechen würde. So pendelt die Diskussion zwischen dem Argument der Egalität der Elternteile und dem der Institution Elternschaft und Familie, je nach Gusto.

Dieser Zielkonflikt ist im patriarchalen, konservativen und justitionellen deutschen Staat, wenn er dennoch ein liberaler bürgerlicher Rechtsstaat sein will, nur mit einem zusätzlichen Kriterium zu lösen, eben dem „Kindeswohl“. Diesem werden dann wiederum alle Inhalte institutionellen Denkens eingeprägt. Wie bei allen unbestimmten Rechtsbegriffen sind die Möglichkeiten der Interpretation vielfältig und ist die herrschende Werte-Ordnung für die endgültige Definition nach wie vor entscheidend.

Und so müssen wir in eine neue Phase der Inter-

17 Marlene Stein-Hilbers, Männer und Kinder, reale, ideologische und rechtliche Umstrukturierungen von Geschlechter- und Elternbeziehungen, FuR 1991, S. 198, 199; Geschlechterrollen im Wandel, Partnerschaft und Aufgabenteilung der Familie, Schriftenreihe des BMJFFG, Bd. 235, Stuttgart 1988; R. Lempp, Familie im Umbruch, Kösel Verlag München 1986; Sibylla Flügge, Ambivalenzen im Kampf um das Sorgerecht, die Geschichte der elterlichen Gewalt und die aktuelle Diskussion um die gemeinsame Sorge, STREIT 1991, S. 4–18; Nora Holtrust, Selma Sevenhuijsen, Annick Verbraken, Alte Rechte für neue Väter und den Staat, STREIT 1987, S. 3–15; Hannelore Pöschl, Formen des Zusammenlebens, in: Wirtschaft und Statistik 1989, S. 672–634

18 Anita Heiliger, Alleinerziehen als Befreiung, Mutter-Kind-Familie als positive Sozialisationsform und als gesellschaftliche Chance, Centaurus-Verlagsgesellschaft, Pfaffenweiler 1991

19 Cheryl Benard und Edit Schlaffer, Sagt uns, wo die Väter sind, Rowohlt Verlag, Reinbek b. Hamburg 1991, insbes. S. 34–36

pretation des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ eintreten, mit der Erkenntnis, daß die Kategorie Geschlecht, die Geschlechterdifferenz, ein der Gesellschaft zugrundeliegendes System der Bewertung ist, das die rechtliche Umstrukturierung von Geschlechter- und Elternbeziehung erfaßt. Ohne materiale substantielle Bestimmung der Elternbeziehungen auch als Geschlechterbeziehungen im Rechtsverhältnis bleibt die Interpretation des Rechtsbegriffs „Kindeswohl“ eine Leerformel patriarchaler Struktur. Solange wir in einer Gesellschaft leben, in der Menschen unter unterschiedlichen Lebensbedingungen leben und in der Menschen verschiedene Lebenswege gehen, wirken sich die Regeln der Gesellschaft notwendigerweise verschieden aus; solange Männer und Frauen verschiedene Lebenswege gehen und unterschiedliche Lebensbedingungen haben, mit unterschiedlichen Bedürfnissen und Möglichkeiten, wirken sich Vorschriften und Gesetze notwendigerweise auf Männer und Frauen verschieden aus und damit auch auf deren Kinder. Was unter „Interessen“ zu verstehen ist, bedarf schließlich erst genauer Betrachtung²⁰.

Die geschlechtsneutrale Justizmaschinerie von heute trifft auf die geschlechtsspezifische Realität – oder anders ausgedrückt: die oftmals geschlechtsrelative Realität trifft auf ein schon modernes einheitsgeschlechtliches Recht. Ohne genauere Betrachtung dieses komplizierten Zusammenspiels können wir dem Ziel, zu echter Gleichheit, gleichem Wert und größerer Freiheit für Menschen zu kommen, nicht näherkommen. Dies gilt selbstverständlich auch für das Recht des privaten Lebens. Bevor wir Einzelregelungen zu konstruieren beginnen, müssen wir zum Verständnis aller Regelungen systematisch empirisches, historisches, politisches und ethisches Material heranziehen und nutzbar machen, als Rechtshistorie, empirische Daten und politisch moralische Werte mit der Rechtsdogmatik gesamtstrukturell betrachten und niemals ein – dogmatisches – System allein zur Grundlage machen²¹.

Dies ist i.ü. ein notwendiges Element jeder kritischen Rechtstheorie, nicht nur der feministischen. Der Bereich der Geschlechterbeziehungen, die die erste Stufe im Bereich der gesellschaftlichen Beziehungen bilden und also die Eltern-Kind-Beziehungen

prägen, kann davon nicht ausgenommen werden. In der Art der Auslegung und der Handhabung der rechtlichen Normen wird Benachteiligung und Diskriminierung von Frauen und Müttern entweder sichtbar oder vermeidbar. Im Familienrecht wechseln die Phasen der Interpretation wie überall. Die sozialgeschichtlich evidente Erkenntnis ergibt, daß das Geschlechterverhältnis in allen Gesellschaftsformationen die gesellschaftliche Realität der Menschen – für Frauen wie für Männer – unterschiedlich strukturiert und ihre gesellschaftlichen Erfahrungen zunächst einmal nicht identisch, sondern antagonistisch sind, auch wenn wir das nicht goutieren.

Diese Erkenntnis – daß also Dissens und nicht Konsens eine tatsächlich allgemeine gesellschaftliche Erfahrung ist –, ist eine wichtige Durchgangsstation für alle heutigen rechtlichen Gestaltungen, auch für die Frage der Zuordnung von Kindschaftsrechten innerhalb der Geschlechterbeziehungen. Wenn wir uns über Rechte von kleinen Menschen Gedanken machen, dann müssen wir nach der Konstruktion der Lebenszusammenhänge fragen, der Konstruktion geschlechtsspezifischer Lebenszusammenhänge, nach der Kategorie Geschlecht²². Zwangsläufig müssen

20 Jutta Bahr-Jendges, Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch?, in: Frauenfragen, hrsg. von der Eidg. Kommission für Frauenfragen, Bundesamt für Kultur, Bern, 15. Jg. Nr. 1, April 1992; Jutta Bahr-Jendges, Grenzgänge, Der feministische Blick in Rechtstheorie und Praxis, STREIT 1990, 99, 102; sowie Jutta Bahr-Jendges, Männlichkeit und Moderne, die scheinbare Gleichheit, in: Weiblichkeit in der Moderne, Ansätze feministischer Vernunftkritik, hrsg. von Judith Conrad und Ulrike Konnertz, edition discord, Tübingen 1986

21 Tove Stang Dahl, Frauen zum Ausgangspunkt nehmen: Der Aufbau eines Frauenrechts, STREIT 1986, S. 115–120.

22 u.a. Ulrike Prokop, Weiblicher Lebenszusammenhang, Von der Beschränktheit der Strategien und der Unangemessenheit der Wünsche, Edition Suhrkamp, Frankfurt/a.M. 1976, S. 11, 26; Ute Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, Frauen im

wir dies dann – wenn wir unsere eigenen Grundlagen und Methoden ernstnehmen – in die Bestimmung des unbestimmten Rechtsbegriffes „Kindeswohl“ hereinnehmen, wenn diesem Begriff überhaupt eine ernstzunehmende entscheidungserhebliche Bedeutung zukommen sollte.

Obgleich die Entwicklungspsychologie sehr wohl weiß, daß einerseits die Eltern-Kind-Beziehung nicht von der Qualität der Eltern-Beziehung zu trennen ist und andererseits Eltern sich aus der Qualität Mann und Frau zusammensetzen, die Kindern entscheidende Werte und Normen vermitteln, fließen die Fragen nach der Konstruktion des Menschen, des Weiblichen und des Männlichen, in den Prozeß von Wissens-, Erkenntnis- und Entscheidungsvermittlung nicht ein, weder in der herrschenden psychologischen Wissenschaft noch der Rechtswissenschaft noch der Rechts-Praxis. Die Verfahrensgestaltung, die Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs, die Gestaltung der Anhörung und Intervention, die Gutachtenerstellung durch Jugendämter und Psychologen bleiben frei davon.

Die Frage der Geschlechterbeziehung, der Geschlechtshierarchien, der konkreten Rollenverteilung, ist in Jugendamtsberichten ebenso wenig wie in Sachverständigengutachten untersucht. Wir verfügen zwar inzwischen über genaueres Wissen über die Qualität der Jugendamtsberichte hinsichtlich klassen- und schichtenspezifischer Diskriminierung²³, nicht aber über geschlechtsspezifische Diskriminierung, jedenfalls ersichtlich nicht aus der Gerichtspraxis. Untersuchungen über die geschlechtsspezifische Dimension von Jugendamtsberichten und Gutachten für Familiengerichte sind, so sie überhaupt veröffentlicht sind, wenig bekannt und verbreitet²⁴.

So werden weiterhin traditionelle, realitätsfremde Frauenbilder angeboten. Die besonderen Lebensverhältnisse von Frauen und Mädchen werden gar nicht reflektiert, geschweige denn Schlußfolgerungen daraus gezogen. Für nonkonformes Rollenverhalten werden Frauen negativ und Männer positiv sanktioniert. An die ökonomische und soziale Lebenssitua-

tion, aber auch an die Erziehungskompetenzen, werden geschlechtsspezifisch unterschiedliche Anforderungen gestellt. Sogenannte soziale Abweichungen (z.B. Alkohol, Vernachlässigung der häuslichen Reproduktionsarbeit, Berufsorientiertheit, Erwerbstätigkeit, aktive Verhaltensweisen, aggressive Verhaltensweisen, Sexualität) werden geschlechtsspezifisch differenz beurteilt, in Bezug auf die Erziehungskompetenz von Männern werden Abweichungen wenig thematisiert, während sie Frauen disqualifizieren und diskriminieren. Tabuisiert wird das gesamte Problem des sexuellen Mißbrauchs von Kindern, insbesondere Mädchen, das nach allen derzeitigen Forschungen zum einen ein quantitativ häufiges Problem und zum anderen ein klar erkenntlich geschlechtsspezifisches ist²⁵.

Anti-Diskriminierungspostulate im Kindschaftsrecht

Wenn die Interessen und Bedürfnisse von Kindern zu klären sind, sind im Streitfall konkrete Fragen zu stellen, auch diese:

Wie und wohin erziehen die Eltern?

Welche Verkehrsformen pflegen sie untereinander, zwischen Frau und Mann, Mutter und Vater?

Was bedeuten Anspruch auf Fürsorglichkeit und Verantwortlichkeit für den geschlechtsspezifischen und geschlechtshierarchischen Bezug?

Können egalitäre Konzepte von zukünftigen BürgerInnen entstehen in tatsächlich ungleichen Beziehungsgefügen, in denen Pflicht und Recht, Macht und Autorität ungleich verteilt sind?

Können abwesende Väter erziehen, wenn sie nicht betreuen?

Was bedeutet es für Kinder, die in Familien aufwachsen, in denen Väter noch abwesender sind als früher im gemeinsamen Haushalt, aber der Vater weiterhin die Normen setzt, die außerhäuslichen Maßstäbe setzt, die in Ausbildung, Erziehung etc. liegen?

Was bedeutet es, daß nach Auseinanderfallen der Gruppe immer noch das Leitbild der Gruppe als Autorität erfahren wird?

Können Kinder unbeschadet groß werden, die sich in einem Sorgerechtskonzept loyal zu einem patriarchalen Vater, einschließlich dessen Gewalt, verhalten müssen, ebenso loyal gegenüber einer schwachen Mutter, die sich gegebenenfalls einem Sorgerechtskonzept unterwirft, in dem sie allein Pflichten hat, während der abwesende Vater keine Pflichten, aber nur Berechtigungen hat?

Ganz konkret also ist dann auch zu klären, welche Wirklichkeit vorliegt. Angeblich geschlechtsneutrale Eltern gibt es ebenso wenig wie geschlechts-

Recht, Verlag C. H. Beck München, S. 168–209; dsh.: Vera Slupik, Weibliche Moral versus männliche Gerechtigkeitsmathematik? Zum geschlechtsspezifischen Rechtsbewußtsein, in: B.O. Bryde, W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Rechtsproduktion und Rechtsbewußtsein, Nomos, Baden-Baden 1988

23 Spiros Simitis, Gisela Zenz u.a. (Hrsg.) – Kindeswohl, Suhrkamp Verlag Frankfurt a.M. 1979

24 Ute Weinmann und Claudia Burgsmüller, Diskriminierung von Frauen in gutachterlichen Stellungnahmen der Jugendämter zur Regelung der elterlichen Sorge, Forschungsarbeit für die FH Wiesbaden 1990/1991, noch nicht veröffentlicht; s. auch: R. Lempp, Die Bindungen des Kindes und ihre Bedeutung für das Wohl des Kindes gem. § 1671 BGB, FamRZ 1984, S. 741, 744; Rainer Balloff, vgl. Fußn. 9

25 Ute Weinmann und Claudia Burgsmüller, vgl. Fußn. 24

neutrale Kinder. Eine verallgemeinernde systematische Sicht verhindert die Sicht auf die Wirklichkeit und die Konfrontation mit der Wirklichkeit. Nur daraus aber ist der Zielkonflikt zwischen Gleichberechtigung und Kindeswohl zu lösen. Die Berufung auf „Kindeswohl“ als geschlechtsneutraler Begriff beinhaltet die Gefahr der Kaschierung von Diskriminierung oder zumindest Diskriminierungstendenzen. Diese Vorgehensweise gilt für alle Fälle, in denen Lebenskonflikte rechtlich zu regeln und zu entscheiden sind, die sich typischerweise im Leben von Frauen und Männern abspielen und in denen frauenbezogene Gleichberechtigungsgrundsätze heranzuziehen sind. Dies bedeutet die Akzeptanz einer Interessenkonfiguration, und dies bedeutet auch eine andere Wertsetzung²⁶.

Es wäre sicherlich eine Illusion zu glauben, die Lösung des Zielkonflikts (zwischen „Gleichberechtigung“ und „Kindeswohl“) würde sich dergestalt schon im Rechtsbegriff „Kindeswohl“ zugunsten von Frauen und Müttern niederschlagen. Denn, gleich legitimiert, berufen sich heutzutage ja auch Väter auf „Gleichberechtigung“, wenn auch in vollständig konträrer Weise. Die männliche Seite macht sich den Gleichheitsbegriff in formal egalitärer Weise zunutze, die weibliche Seite beruft sich auf substantielle Gleichberechtigung aus zu differenzierender Theorie wie Methode, unter Verwendung der Kategorie Geschlecht als Geschlechterdifferenz. Deshalb wird sowohl bei der Konstruktion wie Dekonstruktion eines Zielkonflikts zwischen „Gleichberechtigung“ und „Kindeswohl“ zwei Begriffen und zwei Werten verschiedenes Maß beigelegt. Dies sollte uns Frauen aber weder davon abhalten, andere Werte zu setzen noch konkrete Fragen nach konkreten Lebenszusammenhängen und Wirklichkeiten zu stellen.

Gleichberechtigungspostulate (des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG) zum Abbau von Diskriminierung von Frauen in jeglichem Rechtsbereich – durch die Frauen in ihren tatsächlichen Lebensbeziehungen eingeschränkt waren und sind (Arbeit, Politik und Familie) – können nicht obsolet werden durch die formalen Gleichheitspostulate der Väter, die sie aus Gleichbehandlung in Rechtsverhältnissen aufstellen. Die Rechtstatsache, daß Mütter quantitativ überwiegend Obhut leisten und deshalb aus dieser Rechtstatsache die Rechtsfolge der Entscheidungsbefugnis für sich fordern und bislang zugesprochen bekamen, mag Männern als weibliches Vor-Recht, das nun auszugleichen sei, erscheinen. Von der Realbeziehung weit entfernt, verwenden Männer beide Begriffe für die Konstruktion ausschließlich eines Status. Unter Berufung auf Verfassungsrecht, auf Menschenrechte

(Art. 8 Abs. 1 MRK), auf EG-Recht (z.B. Richtlinie des Ministerausschusses des Europarates Nr. R (84) 4) wird für Gleichbehandlung von Männern und Frauen plädiert und Abbau von Väterdiskriminierung zum Kindeswohl gefordert.

Dabei beruft Mann sich wohlweislich auf verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Gleichberechtigungsgrundsatz nur in Hinsicht auf Differenzierungsverbote – als das Verbot der Anknüpfung an das Merkmal „Geschlecht“ bei der Festsetzung unterschiedlicher Rechtsfolgen –, nicht aber auf die ebenso vorliegenden verfassungsgerichtlichen Hinweise auf Differenzierungsgebote aus materiellem Gleichberechtigungsverständnis. Dem Differenzierungsverbot als dogmatischem Prinzip entspricht eine Beschreibung der Funktion des Art. 3 Abs. 3 GG als Gebot formaler Gleichstellung. Ziel des so verstandenen Gleichberechtigungsgebotes ist die Schaffung einer Rechtsordnung, in der das Merkmal „Geschlecht“ nicht vorkommt. Das heißt aber, daß nur dann, wenn man davon ausgeht, daß zwischen Männern und Frauen keine Unterschiede bestehen, die in der Rechtsordnung Berücksichtigung finden müssen oder sollen, die Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Differenzierungsverbot sinnvoll sein kann. Entsprechend ist auch ein vorsichtiger Wandel der verfassungsrechtlichen Theorie und Praxis erkennbar, der dem Gleichberechtigungssatz eine umfassende gesellschaftsverändernde Funktion einschließlich eines Verständnisses als Differenzierungsgebot zuweist²⁷.

27 Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Art. 3 Abs. 2 GG, Nomos Verlagsges. Baden-Baden 1991, S. 64, 65, 95; Vera Slupik, vgl. Fußn. 22, hier S. 231, 232, 235, 236

26 Tove Stang Dahl, a.a.O.; Doris Lucke, a.a.O., hier S. 91, 94

Die verfassungsrechtliche Auseinandersetzung mag in concreto zu führen sein, unter Heranziehung der *Rechtstatsachen*. Gemeinsame elterliche Verantwortung und/oder Entscheidungsbefugnis – als Inbegriffe elterlicher Sorge – taugen als gesellschaftliches Leitbild für das naheheilige Verhältnis von Eltern umso weniger, als das gesellschaftliche Leitbild während bestehender Ehe schon desorganisiert ist. Die Rechtstatsachen geben jedenfalls bislang in Deutschland keine Entsprechung zu einer Norm gemeinsamer Sorge. Als idealistisches und optimistisches Postulat an erfolgreiches Zusammenwirken geschiedener wie auch nicht-ehelicher Eltern hat es keine Zuordnung an Realität, bis auf Ausnahmen. Als Postulat an erfolgreiches Zusammenwirken während bestehender Ehe hat es nach allen rechtstatsächlichen Feststellungen ebenfalls keine Zuordnung an Realität, aber eine Zuordnung an ein Institut, die Ehe. Diese alleine legitimiert die gemeinsame elterliche Sorge. Dies rechtfertigt schon für sich allein heutzutage keine Norm-Fortgeltung, gewiß jedoch nicht eine Übertragung dieser Gesetzes-Regel auf die Sachverhalte außerhalb der Ehe oder nach der Ehe.

Zu suchen ist nach einer Regelung, die einerseits den Regel-Fall und andererseits insbesondere den Konflikt-Fall realistisch löst. Im Regel-Fall wäre entsprechend der Rechtstatsachen eine alleinige Entscheidungsbefugnis der Mütter gerechtfertigt. Insofern wäre die realistische Lösung für den Regel-Fall die Bestimmung des § 1705 BGB in der Form, daß das Kind, solange es minderjährig ist, unter der elterlichen Sorge der Mutter steht. Aus der Tatsache der Geburt eines Kindes könnte die rechtliche Zuordnung an die Mutter als Sorgeberechtigte entsprechend folgen. Die Mutter-Kind-Familie würde als gesellschaftliche Chance begriffen, wo sie längst als positive Sozialisationsform begriffen ist²⁸.

Aus der Übereinkunft der Mutter mit einer anderen Person, mit der sie sich verbindet oder verbunden hat, könnte die Legitimation einer Mit-Sorge folgen, gleichgültig, ob dies in oder außerhalb oder nach einer Ehe geschieht, und gleichgültig, welchen Geschlechts die andere Person ist.

Aus der Tatsache vorrangiger oder überwiegender Versorgung des Kindes könnte die Zuordnung der elterlichen Sorge im Konflikt-Fall folgen, gleichgültig, ob dies in, nach oder außerhalb einer Ehe geschieht oder welchen Geschlechts der/die andere Partner/in war.

Dieser Tatbestand wird die Regel sein nach dem Ende eines familialen Lebensabschnitts. Kriterium ist hier in der Tat ein geschlechtsneutrales, das davon

ausgeht, daß es von größtem Interesse für das Kind ist, daß es die Beziehungen mit dem Elternteil, der es überwiegend versorgt und pflegt, aufrechterhalten kann. Solch ein Kriterium basiert nicht auf stereotypen Begriffen wie Mutterliebe, sondern geht aus von der Feststellung, daß das Bedürfnis von Kindern nach Kontinuität und Nähe legitim ist. Vorläufig werden Mütter danach tatsächlich öfter die elterliche Sorge bekommen, aber Männer kommen dafür genauso in Frage. Männer, denen es nicht ausschließlich um die Möglichkeit der Machtausübung geht, die ein wirkliches Interesse an der Pflege und Erziehung der Kinder haben, können sich so verhalten, wie Mütter dies seit langem tun: sie können soviel Beziehungs- und Hausarbeit leisten, daß eine tragfähige Bindung zu den Kindern entsteht, die auch durch eine Trennung nicht zerrissen wird. Väter, die keine Rechtsposition und keine finanziellen Druckmittel einbringen können, werden danach gezwungen sein, die bisher traditionellen „weiblichen Waffen“ einzusetzen, nämlich die Fähigkeit und Bereitschaft zur Beziehungs- und Erziehungsarbeit²⁹. Daraus könnten ihnen Rechte entstehen, die unabhängig von gesellschaftlichem Status und institutioneller Macht Sorge für Kinder gewährleistet. Ein solchermaßen realistisches Recht sieht soviel feste Zuordnung zu einem Elternteil vor, wie zur Wahrung von Kindes-Interessen nötig ist und beläßt Eltern – in welcher personellen Form sie auch erscheinen – soviel gemeinsame Verantwortung, wie tatsächlich gewünscht und möglich ist. In Einzelfällen wird deshalb gemeinsame elterliche Entscheidungsbefugnis durchaus gerechtfertigt sein³⁰.

Ein neues Recht der Geschlechter- und Elternbeziehungen sollte klassisch-juristische Disziplinen und dogmatische Fixierungen aufgeben und an ihre Stelle ganzheitliche, von der Realität der bestehenden Geschlechterverhältnisse – und nicht von der Gleichheitsfiktion der Dogmatik – ausgehende Sichtweisen treten lassen. Solche Sichtweisen lassen undogmatische Problemlösungen zu, die in zweifacher Hinsicht zu gängigen Kategorienbildungen querliegen: quer zu den traditionellen Geschlechterrollen und auch quer zu den verkrusteten Zuständigkeitspatronaten von Familien-, Arbeits- und Sozialrecht³¹.

29 Nora Holtrust u.a., vgl. Fußn. 17; Sibylla Flügge, vgl. Fußn. 17

30 Marlene Stein-Hilbers, vgl. Fußn. 17; Jutta Bahr-Jendges, Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch?, in: Frauenfragen, a.a.O.

31 Doris Lucke, Vorüberlegungen für ein Recht der Geschlechterbeziehungen, zur Begründung eines „anderen“ Rechts, STREIT 1991, S. 91