

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

*Ingeborg Schwenzer*: Grenzen der Vertragsfreiheit in  
Scheidungskonventionen und Eheverträgen

*Ingeborg Schwenzer*: Die elterliche Sorge –  
die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen

*Max Peter*: Kindesinteressen in Zeiten familiärer Veränderungen

## AUSLAND L'ETRANGER L'ESTERO

*Florian Mohs*: Brüssel IIa – Die neue EG-Verordnungen  
zum internationalen Familienverfahrensrecht

## PRAXIS LA PRATIQUE LA PRASSI

*Susanne Leuzinger-Naef*: Die familienbezogene Rechtsprechung  
des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Jahre 2003

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONE

Literatur Littérature Letteratura

Rezensionen Recensions Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER

## Redaktionsmitglieder

Katerina Baumann

Peter Breitschmid

Dieter Bürgin

Laura Cardia-Vonèche

Annka Dietrich

Jeanne DuBois

Joseph Duss-von Werdt

Emanuela Epiney-Colombo

Wilhelm Felder

Elisabeth Freivoegel

Thomas Geiser

Urs Gloor

Marianne Hammer-Feldges

Monique Jametti Greiner

Margareta Lauterburg

Marcel Leuenberger

Susanne Leuzinger-Naef

Peter Liatowitsch

Ueli Mäder

Andrea Maihofer

Ursula Nordmann

Renate Pfister-Liechti

Alexandra Rumo-Jungo

Jonas Schweighauser

Daniel Steck

Martin Stettler

Thomas Sutter-Somm

Rolf Vetterli



## Die elterliche Sorge – die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen\*

Ingeborg Schwenzer, Prof. Dr. iur., LL.M., Basel

**Stichwörter:** *Elterliche Sorge, historische Entwicklung, Rezeption humanwissenschaftlicher Forschung, gemeinsame elterliche Sorge, internationale Kindesentführung, PAS.*

**Mots clefs:** *Autorité parentale, évolution historique, réception de la recherche en sciences humaines, autorité parentale conjointe, enlèvement international d'enfant, PAS.*

### I. Einleitung

Innen und aussen – fast ist man versucht, diesem Begriffspaar weitere zur Seite zu stellen, z.B. Psychoanalyse und Jurisprudenz oder Subjekt und Objekt. Der Analytiker ist primär am Innen interessiert, an den inneren Bildern des Analysanden, weniger daran, was sich denn nun «wirklich» aussen zugetragen hat. Für ihn steht das Subjekt im Mittelpunkt. Demgegenüber ist die Ausgangslage für den Juristen geradezu gegensätzlich: Nicht der Wunsch oder die Absicht, einen anderen Menschen zu töten, ist strafbar, sondern erst der Beginn der Realisierung dieser Absicht<sup>1</sup>. Oder: Eine Ehe ist eine Ehe, wenn sie nach dem dafür vorgesehenen behördlichen Verfahren geschlossen wurde<sup>2</sup>, mag der Beweggrund dafür Liebe, Vernunft oder berechnende Erbschleicherei gewesen sein. Bei all dieser Objektivierung droht der Mensch zum Objekt zu werden.

Wo prallen diese Gegensätze aufeinander, wo müssen Vertreter der Jurisprudenz mit Vertretern der Humanwissenschaften umgehen, sich auseinander setzen, um vielleicht zusammenzukommen? Es sind dies Krisensituationen, in denen Systeme zusammengebrochen sind. Bricht z.B. das System des Individuums zusammen, wird das Innen zum Aussen, so kommt der Jurist ohne den Psychiater nicht aus, um

\* Um Fussnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, gehalten am 29. Januar 2004 anlässlich des interdisziplinären Symposiums «Innen... und Aussen», 30 Jahre Basler Kinder- und Jugendpsychiatrie mit Dieter Bürgin, in Basel. Für wertvolle Unterstützung danke ich meiner wissenschaftlichen Assistentin lic. iur. Caroline Meyer.

1 Vgl. Art. 21 ff. StGB.

2 Art. 97 Abs. 1 ZGB.

Fragen der so genannten fürsorglichen Freiheitsentziehung<sup>3</sup>, der Entmündigung<sup>4</sup> oder auch der Zurechnungsfähigkeit<sup>5</sup> entscheiden zu können. Dasselbe gilt beim Zusammenbruch des Systems Familie, wenn dieses in hohem Masse dysfunktional geworden oder nicht mehr in der Lage ist, sich selbst zu reorganisieren, und sei es auch nur im Sinne einer einvernehmlichen Regelung der Nachscheidungssituation. In diesen Fällen sind Juristen und Humanwissenschaftler gefordert, von aussen vor allem dem im dysfunktionalen System gefangenen Kind Hilfe zu leisten.

Am Beispiel der elterlichen Sorge nach Scheidung will ich versuchen, darzulegen, wie Juristen – von aussen kommend – das Innen sehen und damit umgehen und wie in den letzten Jahrzehnten humanwissenschaftliches Gedankengut durch die Jurisprudenz rezipiert wurde.

### II. Die historische Entwicklung

Gestatten Sie mir zunächst einen kurzen historischen Rückblick. Im 19. Jahrhundert war für die Juristen die Welt noch in Ordnung. Es dominierte ein klar patriarchales Familienverständnis<sup>6</sup>. Bestimmt wurde hiervon einerseits das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, andererseits aber auch das Verhältnis der Eltern untereinander: Der Mann war das Oberhaupt der Familie. Schon bei bestehender Ehe konnte die Mutter nicht Inhaberin der «väterlichen» Gewalt sein, ihr stand allenfalls ein subsidiäres Erziehungsrecht zu. Mit besonderer Schärfe verfolgte das englische Recht den Grundsatz, dass eheliche Kinder «Eigentum»<sup>7</sup> des Vaters waren. So ordnete etwa im Jahre 1804 ein englisches Gericht<sup>8</sup> die Herausgabe eines Säuglings an den französischen Vater an, nachdem die englische Mutter das Haus wegen Gewalttätigkeiten des Mannes mit dem Kind verlassen hatte. Angesichts der damaligen politischen Situation wird die Absolutheit des Vatervorrangs insoweit

3 Art. 397a ff. ZGB.

4 Art. 369 ff. ZGB.

5 Art. 10 ff. StGB.

6 Vgl. etwa DÖLEMEYER, Frau und Familie im Privatrecht des 19. Jahrhunderts, in: GERHARD (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 633, 641 ff., mit Hinweisen auf das preussische ALR und andere Rechtsnormen; BRAUCHLI, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Zürich 1982, 141 ff.; SCHWAB, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: GERHARD (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, 790, 792 ff.; WILLEKENS, Long Term Developments in Family Law in Western Europe: an Explanation, in: EEKELAAR/NHLAPO (Hrsg.), The Changing Family, Oxford 1998, 47, 51 ff.; CRETNEY, Family Law in the Twentieth Century, New York 2003, 566 ff. Zur Stellung der Frau in Ehe und Gesellschaft vgl. auch ARNI, «Ein seit Jahren morscher Bau». Ehekritik, Scheidungsrecht und Konflikte in der bürgerlichen Ehe um 1900, FamPra.ch 2001, 458, 462 ff., sowie MESMER, Familienformen und gesellschaftliche Strukturen, in: FLEINER-GERSTER/GILLIAND/LÜSCHER (Hrsg.), Familien in der Schweiz, Freiburg i. Ue. 1991, 31, 38.

7 Vgl. MNOOKIN, 39 Law and Contemp. Problems 226, 233 f. (1975).

8 Vgl. King v. De Manneville, 102 English Report 1054 (K.B. 1804).

besonders deutlich. Kindern kam damit eine eindeutige und ausschliessliche Objektstellung zu.

Gegen Mitte des 19. Jahrhunderts wurde der Vaterprimat allmählich überall<sup>9</sup> abgelöst durch das, was später in den USA als die so genannte *tender years doctrine*<sup>10</sup> bezeichnet wurde, nämlich den Muttervorrang kleine Kinder und Mädchen betreffend, jedenfalls wenn die Ehe nicht wegen Verschuldens der Frau geschieden wurde<sup>11</sup>. Noch weniger als heute scheuten sich damals die Richter, auf biologistische Alltagserfahrungen zurückzugreifen. So liest man etwa in einem amerikanischen *leading-case* von 1830: «[We] will not go so far as to hold nature in contempt, and snatch helpless, pining infancy from the bosom of an affectionate mother and place it in the coarse hands of a father.»<sup>12</sup> Damit begann jedenfalls eine gewisse Sensibilisierung für die Situation des Kindes. Zu Zeiten Sigmund Freuds gingen bereits eine überwiegende Zahl von Rechtsordnungen vom Primat des Kindeswohls bei Zuteilung der – damals noch – elterlichen Gewalt aus. Daraus folgte zwar, dass die Schuld eines Elternteils an der Scheidung nicht bzw. nicht mehr allein den Ausschlag für die Zuteilung des Kindes geben konnte. Eine individuelle Beurteilung der kindlichen Interessen und Bedürfnisse – eine Wahrnehmung des Kindes als Subjekt – war damit freilich noch nicht verbunden. Vielmehr glaubte man, das Kindeswohl durch Stereotypen verwirklichen zu können. Den Stand der herrschenden Meinung und Rechtsprechung, der für Juristen – ich werde noch darauf zurückkommen – von grundlegender Bedeutung ist, fasste der Basler Professor und Appellationsgerichtspräsident HINDERLING<sup>13</sup> für die Schweiz der 1950er-Jahre wie folgt zusammen: «Vor allem entscheidet die Fähigkeit zur Erziehung. Unseriöser Lebenswandel der Mutter muss deshalb dazu führen, das Kind dem gutbeumdeten Vater zuzusprechen. Sind beide Eltern zur Erziehung geeignet, jedoch nur der eine tatsächlich in der Lage, die Erziehung zu übernehmen oder zu überwachen, so sind die Kinder diesem zuzuweisen. Kleinkinder sind wenn immer möglich der Mutter zuzuteilen. Sind mehrere Kinder vorhanden, so sollen sie ... nicht auseinander gerissen werden.» Ganz im Mittelpunkt stand damit der so genannte Mutterprimat<sup>14</sup>, wie er auch in anderen Rechtsordnun-

9 Vgl. auch schon im preussischen allgemeinen Landrecht, ALR II. 2. § 94.

10 Dazu SCHWENZER, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden 1987, 104 m. Nachw.; COHEN/GERSH-BAIN, For the Sake of the Fathers? Child Custody Reform and the Perils of Maximum Contact, 19 Can.Fam.L.Q. 121, 124 (2001–2002); GILBERT, «Oh Yeah, I Have A Dad»: The Dismissal of the Father Figure in Custody and Access Decisions, 19 Can.Fam.L.Q. 327, 331 ff. (2001–2002).

11 Vgl. ANDRITZKY, Entfremdungsstrategien im Sorgerechts- und Umgangsstreit: Zur Rolle von (kinder) ärztlichen und -psychiatrischen «Attesten», in: VON BOCH-GALHAU/KODJOE/ANDRITZKY/KOEPEL (Hrsg.), Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Berlin 2003, 249, 251.

12 Vgl. Helms v. Franciscus, 2 Bland Ch. (Md.) 544 (1830).

13 Vgl. HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zürich 1952, 100 f.

14 Dazu SCHWENZER (Fn. 10), 104 m. w. Nachw.; vgl. auch MASON/QUIRK, Are Mothers Losing Custody? Read My Lips: Trends in Judicial Decision-Making in Custody Disputes – 1920, 1960, 1990, and 1995, 31 Fam.L.Q. 215, 219 (1997).

gen ausdrücklich befürwortet wurde<sup>15</sup> und sich in der Schweiz bis weit in die 1980er-Jahre zu halten vermochte<sup>16</sup>.

Diese juristische Praxis befand sich durchaus in Übereinstimmung mit dem damaligen Erkenntnisstand humanwissenschaftlicher Forschung. In der bis heute in der Schweiz einzigen breit angelegten rechtstatsächlichen Untersuchung über «Kinder aus geschiedenen Ehen» aus dem Jahre 1948 betonte HAFFTER<sup>17</sup>, damals leitender Arzt der psychiatrischen Universitätspoliklinik Basel, dass die vorrangige Kindes-zuteilung an die Mutter den Kindern günstige Entwicklungsbedingungen schaffe, regelmässig den Wünschen des Kindes entspreche und Kontinuität und Stabilität verspreche<sup>18</sup>. Einem Besuchsrecht des Vaters, das damals ausschliesslich als Recht der Eltern und aus der natürlichen Elternstellung flussend betrachtet wurde, stand diese Untersuchung äusserst skeptisch gegenüber<sup>19</sup>. Eine eigentliche Auseinandersetzung und schliesslich gegenseitige Befruchtung zwischen Jurisprudenz und Humanwissenschaften scheint damals allerdings noch nicht stattgefunden zu haben.

Dies änderte sich erst allmählich mit den beiden bahnbrechenden Werken des Autorentrios GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT «Jenseits des Kindeswohls» (1973) und «Diesseits des Kindeswohls» (1979). GOLDSTEIN war Jus-Professor in Yale und Psychoanalytiker, SOLNIT Professor für Pädiatrie und Psychiatrie ebenfalls in Yale, zu ANNA FREUD erübrigen sich Erläuterungen in diesem Kreise. So erreichte auch Juristen die Erkenntnis, dass es nicht gelingen kann, in vor Gericht kommenden Konfliktfällen dem Kindeswohl gerecht zu werden, sondern allenfalls darum geht, die «am wenigsten schädliche Alternative»<sup>20</sup> zu finden. Bahnbrechend war damals die Betonung des generellen Vorrangs der kindlichen Bedürfnisse und Interessen sowie der psychologischen Elternschaft und des kindlichen Zeitbegriffs<sup>21</sup>, die namentlich allmählich im Pflegekinderbereich zu Fortschritten geführt hat. Zu jener Zeit geradezu revolutionär war für Juristen auch die Forderung nach einer eigenständigen Kindesvertretung im Verfahren, einem so genannten Anwalt des Kindes<sup>22</sup>. Letztere wurde schliesslich in der im Jahre 1989 geschaffenen UN-Kinder-

15 Vgl. für Deutschland MÖBS, Die elterliche Gewalt bei Scheidung und Trennung, München 1965, 97 ff.; für die USA insbesondere Kalifornien, wo die *preference for maternal custody* bis 1972 galt, vgl. MAC-COBY/MNOOKIN, Dividing the Child, Cambridge/London 1992, 9 m. Nachw.; Utah (Geltung bis 1977), dazu BAHR S./HOWE/MANN/BAHR M., Trends in Child Custody Awards: Has the Removal of Maternal Preference Made a Difference?, 28 Fam.L.Q. 247, 249 (1994).

16 Vgl. BGE 111 II 225, 227; 109 II 193, 194; 108 II 369, 370 f.; PraxKomm/WIRZ, Art. 133 ZGB, N 4.

17 Vgl. HAFFTER, Kinder aus geschiedenen Ehen, Bern 1948, 162 f.

18 Vgl. zur psychoanalytischen Perspektive FEGERT, Das Kind verstehen aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: SALGO (Hrsg.), Vom Umgang der Justiz mit Minderjährigen, Neuwied u.a. 1995, 291, 296 ff.

19 Vgl. HAFFTER (Fn. 17), 165.

20 Vgl. GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, Jenseits des Kindeswohls, (deutsche Ausgabe Frankfurt a.M. 1974), 49 ff.

21 Vgl. GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT (Fn. 20), 39 ff., 49 ff.

22 Vgl. GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, Diesseits des Kindeswohls (deutsche Ausgabe Frankfurt a.M. 1982), 96 ff.

rechtskonvention<sup>23</sup> (Art. 12) umgesetzt und hat von dort Einzug in die nationalen Gesetzgebungen – in der Schweiz in das Scheidungsrecht von 2000<sup>24</sup> – gefunden.

In den späten 1970ern und frühen 1980ern nahmen sich vor allem in Deutschland mehrere juristische Arbeiten des Kindeswohlbegriffs an und rezipierten dabei erstmalig humanwissenschaftliches, vor allem auch psychoanalytisches Gedankengut. Führend dabei waren GISELA ZENZ<sup>25</sup>, Juristin und Psychoanalytikerin, und SPIROS SIMITIS<sup>26</sup>, selbst zwar Jurist, aber mit einer Psychoanalytikerin verheiratet. Von humanwissenschaftlicher Seite war es vor allem der Tübinger Kinderpsychiater REINHART LEMPP<sup>27</sup>, der auf die Juristen zuging, und durch Publikationen in genuin juristischen Fachzeitschriften den fachspezifisch eingegengten Horizont der Juristen in interdisziplinärer Richtung erweiterte<sup>28</sup>. Nicht zuletzt seinem beharrlichen Engagement ist es zu verdanken, dass die Kindesanhörung in die elterliche Sorge betreffenden Verfahren in Deutschland bereits im Jahre 1979 institutionalisiert wurde<sup>29</sup>, ein erster Schritt auf dem juristischen Weg zu einer Subjektstellung des Kindes<sup>30</sup>.

Mit dem rapiden Anstieg der Scheidungsziffer, der aufkommenden Väterbewegung und wohl auch in dezidiert abgegrenzter Abgrenzung von GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT<sup>31</sup> brach sich ab den 1970ern eine Sichtweise der Nachscheidungsituation Bahn, die jedenfalls auf den ersten Blick das Kind ganz in den Mittelpunkt rückt, seine Subjektstellung anerkennt: das so genannte Recht des Kindes auf beide Eltern<sup>32</sup>. Es wurde die Trennung der Paar- von der Elternebene gefordert und betont, dass man sich zwar von seinem Partner, aber niemals von seinen Kindern scheiden lassen könne. Damit begann allerdings – jedenfalls verglichen mit der Position GOLDSTEIN/

23 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989, für die Schweiz in Kraft getreten am 26.3.1997, SR 0.107.

24 Art. 146 f. ZGB; vgl. PraxKomm/SCHWEIGHAUSER, Art. 146 ZGB, N 4.

25 Z.B. Kindesmisshandlung und Kindesrechte: Erfahrungswissen, Normstruktur und Entscheidungs rationalität, Frankfurt a.M. 1979.

26 Z.B. Kindeswohl, Frankfurt a.M. 1979; zur Bedeutung interdisziplinärer Untersuchungen für das Familienrecht vgl. auch *ders.*, Familienrecht, in: SIMON (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, Frankfurt a.M. 1994, 390, 431 ff.

27 Z.B. Familie im Umbruch, München 1986.

28 Vgl. auch REXILIUS, Psychologie im Familienrecht – Überlegungen aus psychologischer Sicht, Kind-Prax 2000, 3 ff.

29 Vgl. § 50b FGG.

30 Zum englischen Recht vgl. auch LOWE/MURCH, Children's participation in the family justice system – translating principles into practice, 13 CFLQ 137 ff. (2001).

31 Vgl. zur Rezeption bzw. Ablehnung der Thesen von GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT CROUCH, 13 Fam.L.Q. 49 ff. (1979).

32 Vgl. z.B. COCHRAN/VITZ, Child Protective Divorce Laws: A Response to the Effects of Parental Separation on Children, 17 Fam.L.Q. 327, 352 ff. (1983); COHEN/GERSHBAIN, 19 Can.Fam.L.Q. 121, 130 ff. (2001–2002); vgl. auch HAFELI, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern, ZVW 1999, 176, 183 ff.; WEBER, Eltern bleiben Eltern?! – oder: Warum eine gute Idee manchmal scheitern muss, Kind-Prax 2002, 120 ff.

FREUD/SOLNITS – wieder eine stärkere Reobjektivierung des Kindeswohlbegriffs. Auch diese Entwicklung nahm – wie vieles andere – ihren Ausgang in den USA. Im deutschen Sprachraum war es vor allem FTHENAKIS<sup>33</sup>, der dieses Gedankengut einer breiten juristischen Öffentlichkeit nahe brachte.

Die Konsequenzen dieses Ansatzes im rechtlichen Bereich waren einmal die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung und zum anderen – so vor allem in den USA – bei Alleinsorge die Zuteilung der elterlichen Sorge an denjenigen Elternteil, der die bessere Gewähr für dauerhafte Kontakte zum anderen, nicht sorgeberechtigten Elternteil bietet, die so genannte friendly parent rule<sup>34</sup>. Auch das Postulat des Rechts des Kindes auf beide Eltern hat schliesslich Eingang gefunden in die bereits erwähnte UN-Kinderrechtskonvention. Art. 18 Abs. 1 UN-KRK stellt den Grundsatz auf, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind, ohne zwischen verheirateten und nicht oder nicht mehr verheirateten oder zusammenlebenden Eltern zu differenzieren. Zum Teil unter ausdrücklicher Berufung auf die UN-KRK haben praktisch alle nationalen Gesetzgeber deshalb inzwischen die Staatsintervention bei Scheidung abgeschafft<sup>35</sup>. Das heisst, dass grundsätzlich die gemeinsame elterliche Sorge der Eltern auch nach Scheidung bestehen bleibt, es sei denn, es läge ein Ausnahmefall vor und ein Elternteil beantrage die Alleinsorge für das Kind. Auch bei nicht verheirateten Eltern sehen immer mehr Rechtsordnungen die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall vor<sup>36</sup>.

Der Schweizer Gesetzgeber wollte soweit allerdings noch nicht gehen<sup>37</sup>. Immerhin ist seit der Scheidungsrechtsrevision von 2000<sup>38</sup> auch in der Schweiz die gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern überhaupt rechtlich möglich, freilich jeweils nur, wenn sich die Eltern in einer Vereinbarung über ihre Anteile an der Betreuung des Kindes und die Verteilung der Unterhaltskosten

33 FTHENAKIS/NIESEL/KUNZE, Ehescheidung, 1982; FTHENAKIS, Väter, Bd. I und II, 1985.

34 Vgl. etwa COHEN/GERSHBAIN, 19 Can.Fam.L.Q. 121, 144 (2001–2002).

35 Vgl. nur Deutschland (§ 1671 BGB), Grossbritannien (Sec. 2 [1] und Sec. 1 [5] Children Act 1989), Frankreich (Art. 286 und Art. 373–2 CC, i.d.F. des loi no. 2002–305 vom 4.3.2002), Italien (Art. 317 Abs. 2 CC), Niederlande (Art. 251 Abs. 2 NBW) und Schweden (Kap. 6 § 3 Abs. 2 Elterngesetz); vgl. auch SCHWENZER, Gemeinsame elterliche Gewalt nach Scheidung, BGE 123 III 445 ff., recht 1998, 212, 214 f. m. w. Nachw.

36 Z.B. Italien (Art. 317<sup>bis</sup> Abs. 2 CC, sofern beide Elternteile das Kind anerkannt haben und zusammenleben), Belgien (Art. 373 Abs. 1 CC) und die Niederlande (Art. 251 Abs. 2 NBW); in Deutschland müssen die unverheirateten Eltern dazu eine Sorgeerklärung abgeben (§ 1626a Abs. 1 BGB), ansonsten steht die elterliche Sorge allein der Mutter zu (§ 1626a Abs. 2 BGB); ähnlich insoweit das englische (Sec. 4 Abs. 1 Children Act 1989) und das dänische Recht (§ 5 Personensorgegesetz).

37 Vgl. auch FREIBURGHAN-ARQUINT, Der Einfluss des Übereinkommens auf die schweizerische Rechtsordnung, Das Beispiel des revidierten Scheidungsrechts, in: GERBER JENNI/HAUSAMMANN (Hrsg.), Die Rechte des Kindes, Das UNO-Übereinkommen und seine Auswirkungen auf die Schweiz, Basel/Genf/München 2001, 185, 188 ff.

38 Zum alten Recht vgl. SUTTER/FREIBURGHAN, Allg. Einl., N 9 und Art. 133 ZGB, N 2 ff.; Basler-Komm/BREITSCHEID, Art. 133 ZGB, N 17.

geeignet haben, die gemeinsame elterliche Sorge gemeinsam beantragen und diese mit dem Kindeswohl vereinbar ist<sup>39</sup>.

So viel soll zur historischen Entwicklung und zu den Grundstrukturen der rechtlichen Regelung elterlicher Sorge genügen. Wie gestaltet sich nun die Praxis, die Rechtswirklichkeit? Hat sich für die Kinder Entscheidendes verbessert, nachdem wir das Jahrhundert des Kindes hinter uns gelassen haben? Sind die Entscheide der Gerichte tatsächlich an den Bedürfnissen und Interessen des Kindes ausgerichtet, oder bleibt das Kind immer noch Objekt? Lassen Sie mich versuchen, diese Fragen aus der Perspektive einer Juristin, die interdisziplinären Denkansätzen gegenüber zumindest offen ist, zu beantworten.

### III. Die aktuelle Situation

#### 1. Gemeinsame elterliche Sorge

Die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung hat nicht allein in den Gesetzbüchern, sondern auch in der Praxis einen ausgesprochenen Siegeszug angetreten. In den skandinavischen Ländern besteht heute in mehr als drei Vierteln aller Fälle die gemeinsame elterliche Sorge auch nach Scheidung fort<sup>40</sup>. In Deutschland, wo die Staatsintervention die elterliche Sorge bei Scheidung betreffend durch die Kindschaftsrechtsreform im Jahre 1998 abgeschafft wurde, steigt die Zahl von Fällen gemeinsamer elterlicher Sorge von Jahr zu Jahr. Schon im Jahre 2000 wurde sie mit ca. 75% das übliche Sorgemodell nach Scheidung<sup>41</sup>. Selbst in der Schweiz, wo wie bereits erwähnt die gemeinsame elterliche Sorge überhaupt erst seit dem Jahre 2000 gesetzlich zulässig ist, ist diese Sorgerechtsform stark auf dem Vormarsch begriffen<sup>42</sup> und dürfte sich bald der 50%-Marke nähern.

Was sind die mit der gemeinsamen elterlichen Sorge verbundenen positiven Effekte für das Kind? Die Abschaffung der Staatsintervention bei Scheidung – das international vorherrschende Modell – hat zunächst eine hohe Symbolfunktion. Sie macht deutlich, dass Scheidung in der heutigen Zeit, wo die Scheidungsziffer vie-

39 Vgl. Art. 133 Abs. 3, 298a Abs. 1 ZGB; vgl. dazu PraxKomm/WIRZ, Art. 133 ZGB, N 19 ff. sowie Art. 298a ZGB, N 4 ff.; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 4. Aufl., Bern 2000, N 11.68 ff.

40 Vgl. nur LØDRUP, Sorge- und Umgangsrecht im europäischen Rechtsvergleich – Schwerpunkt Nord-europa, in: 10. Deutscher Familiengerichtstag, Bielefeld 1994, 37, 40.

41 Vgl. PROKSCH, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts, 2002, 51; SALGO, Gutachten im Zivilrecht – Rechtliche Grundlagen (BGB), in: LEMPP/SCHÜTZE/KÖHNKEN (Hrsg.), Forensische Psychiatrie und Psychologie des Kindes- und Jugendalters, 2. Aufl., Darmstadt 2003, 23, 25.

42 Nur zwei Jahre nach Einführung der gemeinsamen elterlichen Sorge im Jahr 2002 waren es bereits gut 26%, so GLOOR, Gemeinsame elterliche Sorge – erste Erfahrungen und besondere Fragestellungen, AJP 2004, 217, 217. Im Kanton Zürich wurden 2002 in knapp 22,5% der Fälle die unmündigen Kinder beiden Elternteilen, in 72,8% der Mutter und in knapp 4,7% dem Vater zugeteilt (Quelle: Bundesamt für Statistik).

lerorts bereits 50% erreicht<sup>43</sup>, nicht per se gleichzusetzen ist mit einer Gefährdung des Kindeswohls, dass vielmehr den Beteiligten zugetraut wird, ihren Streit auf der Partnerebene nicht auf die Elternebene durchschlagen zu lassen. Auch die Beratungspraxis der Anwaltschaft hat sich damit entscheidend verändert: Wo früher der Zwang zur Sorgerechtsregelung im Scheidungsverfahren oft selbst zum Streit, die Angst vor dem Verlust des Sorgerechtes zur Kampfhaltung führte, kann heute deutlich gemacht werden, dass Scheidung kein Grund ist für einen «Streit ums Kind» und dass das Kind nicht Handelsobjekt im Streit um finanzielle Interessen sein darf.

In Deutschland hat eine vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebene flächendeckende Begleitforschung zum neuen Kindschaftsrecht<sup>44</sup> durchwegs positive Erfahrungen mit der gemeinsamen elterlichen Sorge zu Tage gefördert. Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge kooperieren und kommunizieren besser als Eltern mit Alleinsorge. Sie beurteilen ihre Beziehungen untereinander insgesamt gesehen als konstruktiver und zufriedenstellender. In der Folge bestehen auch bessere Kontakte zwischen dem Kind und dem Elternteil, bei dem es nicht lebt. All dies trägt zur nachehelichen Konfliktentschärfung und Entlastung der Eltern bei. Als Effekt sind auch zufriedenstellendere Regelungen zum Unterhalt festzustellen als bei Elternteilen mit Alleinsorge. So berichten 76,6% der Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge, aber nur 58,1% der Mütter mit alleiniger elterlicher Sorge, dass der Kindesunterhalt von den Vätern regelmässig gezahlt werde. Auch die in die Befragung einbezogenen im Familienrecht tätigen Professionen (Gerichte, Anwaltschaft, Jugendämter) beurteilten die Neuregelung der elterlichen Sorge ganz überwiegend positiv.

Von daher sind mit der gemeinsamen elterlichen Sorge durchaus positive Effekte für das Kind verbunden. Denn verschiedene Untersuchungen<sup>45</sup> zu den Scheidungsfolgen für Kinder weisen nach, dass es für die kurzfristige wie auch für die langfristige Anpassung der Kinder an ihr durch Scheidung der Eltern verändertes Leben entscheidend ist, wie gut die sorgeberechtigte Person, d.h. regelmässig die Mutter, ihre elterlichen Aufgaben erfüllt, ob ein möglichst niedriges Konfliktniveau zwischen Mutter und Vater besteht und ob befriedigender Kontakt zum andern Elternteil erhalten bleiben. Dies scheint durch die Abschaffung der Staatsintervention bei Scheidung und das Postulat fortbestehender gemeinsamer Elternverantwortung in den Fällen, in denen das Konfliktpotenzial nicht allzu hoch ist, gefördert zu werden.

43 2002 wurden durchschnittlich 40% der Ehen geschieden, 46% davon betrafen Eltern mit unmündigen Kindern (Angaben des Bundesamtes für Statistik, [www.statistik.admin.ch/stat\\_ch/ber01/du0106.htm](http://www.statistik.admin.ch/stat_ch/ber01/du0106.htm)). Im Kanton Genf betrug die Scheidungsziffer bereits 1996 49%, in Basel-Landschaft 46% (Quelle: Statistisches Lexikon der Schweiz, Bundesamt für Statistik, [www.jahrbuch-stat.ch/bfsfiles/K01.42\\_s.pdf](http://www.jahrbuch-stat.ch/bfsfiles/K01.42_s.pdf)).

44 Vgl. PROKSCH, Fn. 41, 404 ff.; vgl. auch SCHUMACHER, FamPra.ch 2003, 558 ff.

45 Vgl. FURSTENBERG/CHERLIN, Geteilte Familien, 1993, 112 ff.; zweifelnd allerdings WALLERSTEIN/LEWIS/BLAKESLEE, The Unexpected Legacy of Divorce, 2000, 302 ff.

Zur Analyse internationaler Wirkungsforschung zu Sorgerechtsmodellen vgl. KOSTKA, Im Interesse des Kindes?, Frankfurt a.M. 2004, passim.

## 2. Negative Folgen

Das «Recht des Kindes auf beide Eltern» kann jedoch auch zum Dogma gemacht werden und negative, mit dem Kindeswohl kaum mehr zu vereinbarende Folgen nach sich ziehen. Hinter der scheinbaren Subjektstellung des Kindes stehen dann handfeste Elterninteressen.

### a) Internationale Kindesentführung

Ein erstes Problemfeld sind die so genannten internationalen Kindesentführungen. Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Zahl von Vätern, die in den 1970er-Jahren Besuchskontakte mit ihren Kindern ausnutzten, um sie in ihre Heimatländer zu entführen, wurde im Jahre 1980 das Haager Kindesentführungsübereinkommen<sup>46</sup> geschaffen, das bezweckt, durch eine rasche Rückführung des Kindes den Zustand wieder herzustellen, wie er vor der Entführung des Kindes bestanden hat. Heute sind es allerdings überwiegend Mütter, die ihre eigenen Kinder entführen. Der typische Sachverhalt sieht folgendermassen aus<sup>47</sup>: Eine Frau ist einem Mann in dessen Heimatland gefolgt, um dort eine Familie zu gründen. Nach Scheitern der Beziehung kehrt die Frau, die nun keine Verbindung mehr zum Aufenthaltsstaat hat, mit dem Kind in ihr eigenes Heimatland – meist zu ihren Eltern – zurück. Da jedoch heute regelmässig nach Scheidung gemeinsame elterliche Sorge besteht und der Vater der Verbringung der Kinder in ein anderes Land, oft auf einem anderen Kontinent, nicht zugestimmt hat, liegt ein Fall internationaler Kindesentführung vor, das Kind ist grundsätzlich zurückzubringen. Zwar kann die Rückführung verweigert werden, wenn sie mit der schwer wiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt<sup>48</sup>. Gerade das Schweizer Bundesgericht<sup>49</sup> wendet das HEntfÜ indes mit besonderer Strenge an<sup>49a</sup>. Eine notwendige Trennung des Kindes von der Mutter wird grundsätzlich nicht als ein der Rückführung entgegenstehender Ausschlussgrund angesehen. Jedenfalls wird der Mutter

46 Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung vom 25.10.1980, für die Schweiz in Kraft getreten am 1.1.1984, SR 0.211.230.02.

47 Vgl. SCHMID, Neuere Entwicklungen im Bereich der internationalen Kindesentführungen, AJP 2002, 1325, 1328.

48 Vgl. Art. 13 Abs. 1 lit. b HEntfÜ; KUHN, «Ihr Kinderlein bleibet, so bleibet doch all», AJP 1997, 1093, 1098 ff.; für Neuseeland vgl. z.B. CALDWELL, Child welfare defences in child abduction cases – some recent developments, 13 CFLQ 121, 124 ff. (2001).

49 Vgl. nur BGer., 11.4.2002, FamPra.ch 2002, 618 ff.; 27.3.2003, FamPra.ch 2003, 716 ff.; 23.4.2003, FamPra.ch 2003, 720 ff.; BGer., 18.5.2004, FamPra.ch 2004, 722 ff., m. Anm. RITZEL; vgl. auch BUCHER A., Jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SZIER 2003, 373, 407 ff.

49a Kritisch dazu auch MOHS, Brüssel IIa – Die neue EG-Verordnung, FamPra.ch 2005, 39, 49, der insbesondere auf die Gefahr einer Verstärkung dieser Tendenz in den EG-Mitgliedstaaten durch Inkrafttreten der Brüssel-IIa-Verordnung hinweist.

eine Rückkehr mit dem Kind regelmässig zugemutet; dies gilt selbst dann, wenn der Vater gegen die Mutter gewalttätig geworden war oder die Mutter inzwischen eine neue Ehe eingegangen ist.

Dabei bleibt auch der kindliche Zeitbegriff oftmals auf der Strecke. So ordnete das Schweizer Bundesgericht<sup>50</sup> die Rückführung zweier Knaben im Alter von 9<sup>1</sup>/<sub>2</sub> und 8 Jahren nach Neuseeland nach dreijähriger Abwesenheit zur Ausübung des Besuchsrechts mit dem Vater an, der im Übrigen nicht mit der Mutter verheiratet war und nur kurz mit ihr und den Söhnen zusammengelebt hatte. Wegen Gewalttätigkeit des Vaters, die auch zur Trennung geführt hatte, hatte das neuseeländische Gericht das Besuchsrecht nur alle 14 Tage für zwei Stunden und nur als begleitetes Besuchsrecht gewährt.

### b) Parental Alienation Syndrome

Das zweite, auch in Kreisen der Kinderpsychiatrie inzwischen bekannte und diskutierte Problem stellt das Parental Alienation Syndrome dar bzw. seine Rezeption durch Gerichte. Beim PAS soll es darum gehen, dass Kinder durch den angeblich «geliebten» Elternteil (in aller Regel die Mutter) programmiert werden, den anderen vorgeblich «gehassten» Elternteil (in aller Regel den Vater) herabzusetzen, und deshalb jeden Kontakt zu diesem Elternteil rigoros ablehnen<sup>51</sup>. In der kinderpsychiatrischen und psychologischen Literatur wird diesem Konzept mit grosser Zurückhaltung und Skepsis begegnet<sup>52</sup>, beginnend damit, dass schon der Begriff «Syndrom» in Frage gestellt wird<sup>53</sup>.

50 Vgl. BGer. 18.11.2002, FamPra.ch 2003, 470 ff., dazu BUCHER A., SZIER 2003, 373, 423 ff.; vgl. auch BGer., 18.5.2004, FamPra.ch 2004, 722 ff., m. Anm. RITZEL.

51 Vgl. z.B. GARDNER, The Parental Alienation Syndrome: Past, Present and Future, in: VON BOCH-GALHAU/KODJOE/ANDRITZKY/KOEPEL (Hrsg.), Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Berlin 2003, 89 ff. m. Nachw.; KODJOE, Die feindselige Ablehnung eines Elternteils durch sein Kind (psychologischer Aspekt), in: BÄUERLE/MOLL-STROBEL (Hrsg.), Eltern sägen ihr Kind entzwei, Donauwörth 2001, 26, 27 ff.

52 Krit. aus psychologischer Perspektive z.B. BALLOFF, Kindeswille, Grundbedürfnisse des Kindes und Kindeswohl in Umgangsrechtsfragen, FPR 2002, 240, 244 f.; REXILIUS, Kindeswohl und PAS, KindPrax 1999, 149 ff.; aus kinderpsychiatrischer Sicht LEHMKUHL/LEHMKUHL, Wie ernst nehmen wir den Kindeswillen, KindPrax 1999, 159, 160 f.; aus psychoanalytischer Sicht FIGDOR, Psychodynamik bei so genannten «Entfremdungsprozessen» im Erleben von Kindern – ein kritischer Beitrag zum PAS-Konzept, in: VON BOCH-GALHAU/KODJOE/ANDRITZKY/KOEPEL (Hrsg.), Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Berlin 2003, 187 ff.; vgl. auch aus soziologischer Sicht HEILIGER, Das so genannte «PAS» und die Missachtung des Kindeswillens, in: HEILIGER/WISCHNEWSKI (Hrsg.), Verrat am Kindeswohl, München 2003, 229, 236 ff.

53 So z.B. FEGERT, Parental Alienation oder Parental Accusation Syndrome? (Teil 1), KindPrax 2001, 3, 4 f.; ders., Parental Alienation oder Parental Accusation Syndrome? (Teil 2), KindPrax 2001, 39, 42; GILBERT, 19 Can.Fam.L.Q. 327, 349 (2001–2002); O'LEARY/MOERK, Divorce, Children and the Courts: Evaluating the Use of the Parent Alienation Syndrome in Custody Disputes, Expert Evidence 7: 127, 135 ff. (1999); vgl. auch die Stellungnahme GARDNERS, Fn. 51, 89, 97 ff.



Gerade die Schlichtheit des Konzepts des PAS scheint jedoch Juristen anzuziehen, zumal GARDNER, der Erfinder des PAS, auch gleich – ebenso schlichte – Remedium vorschlägt: Die Übertragung der elterlichen Sorge vom «geliebten» auf den «gehassten» Elternteil, unter Umständen begleitet von einem mehrwöchigen Kontaktverbot zum «geliebten» Elternteil zum Zwecke der Deprogrammierung<sup>54</sup>. Dieser rein lineare und nicht systemische Ansatz kommt dem Bedürfnis der Juristen nach Eindeutigkeit entgegen, auch wenn die damit angebotene Lösung nur eine Scheinlösung ist<sup>55</sup>.

Ausgehend von den USA<sup>56</sup> haben weltweit inzwischen viele Gerichte PAS diagnostiziert und unzählige Kinder zum Umgang mit dem «gehassten» Elternteil gezwungen, Mütter, die diesen Umgang angeblich verhinderten, inhaftiert, ihren nahehelichen Unterhalt wegen Umgangsvereitelung gekürzt oder gar Sorgerechtsänderungen verfügt<sup>57</sup>.

Ein trauriges Lehrstück für die Rezeption des PAS durch Gerichte bietet eine Entscheidung des OLG Dresden aus dem Jahre 2002<sup>58</sup>. Nach drei Jahren Auseinandersetzungen, im Rahmen derer dem Vater auch wiederholt körperliche Misshandlungen der Kinder vorgeworfen wurden, entzog das Gericht der Mutter die elterliche Sorge wegen angeblich fehlender Bindungstoleranz und unter Berufung auf ein – man staune – bei ihr, nicht etwa bei den Kindern, vorliegendes Parental Alienation Syndrome, wobei das OLG noch nicht einmal das Wort versteht: Es spricht nämlich von «alientation» statt alienation. Dass hier unter Berufung auf pseudowissenschaftliche Theorien das Kindeswohl mit Füßen getreten wird und vom Kind als Subjekt in einem es betreffenden Verfahren nicht mehr die Rede sein kann, bedarf keiner weiterer Ausführungen. Doch derartige Entscheide sind leider

54 Vgl. GARDNER, Fn. 51, 89 ff.

55 Vgl. zur Kritik BRUCH, Parental Alienation Syndrome: Junk Science in Child Custody Determinations, EJLR 2001, 383, 385 ff.; WOOD, 27 Loy. L.A. L. Rev. 1367 ff. (1994); BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 273 ZGB, N 11; vgl. auch die Thesen des Arbeitskreises PAS – ein Beitrag zur Lösung von Umgangsproblemen?, in: Deutscher Familiengerichtstag e. V. (Hrsg.), Vierzehnter Deutscher Familiengerichtstag 2001, Bielefeld 2003, 76 f.

56 Vgl. z.B. BRUCH, Parental Alienation Syndrome and Alienated Children – getting it wrong in child custody cases, 14 CFLQ 381, 386 ff. (2002); zu Fällen aus England a.a.O., 390. Vgl. auch WILLIAMS, Alienated Children in Divorce: Should Judges Close the Gate on PAS and PA?, 39 Fam. Ct. Rev. 267, 273 ff.

57 Vgl. die Übersicht bei HOBBS, Parental Alienation Syndrome and UK Family Courts, Part 1, Fam Law 2002, 182 ff.; ders., Parental Alienation Syndrome and UK Family Courts – The Dilemma, Fam Law 2002, 381 ff.; MAIDMENT, Parental Alienation Syndrome – A Judicial Response?, Fam Law 1998, 264 ff. Zur Situation in Australien und insbesondere zum prozesstaktischen Einsatz des PAS vgl. BERNIS, Parents behaving badly: Parental alienation in the Family Court – magic bullet or poisoned chalice, 15 AJFL 191, 194 ff. (2001), für Norwegen vgl. HELLBLOM SÖGREN, Making a Parent Dangerous – PAS in Sweden and Norway, in: VON BOCH-GALHAU/KODJOE/ANDRITZKY/KOEPPEL (Hrsg.), Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Berlin 2003, 235 ff.

58 OLG Dresden, 29.8.2002, NJW 2003, 147 = FPR 2003, 140; vgl. dazu PESCHEL-GUTZEIT, FPR 2003, 271 ff.

nicht nur Einzelfälle, bedauernswerte Ausrutscher. Solche Ignoranz lässt sich bis hinauf zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte<sup>59</sup> feststellen.

#### IV. Ausblick

Wie kommt es zu dieser unbefriedigenden Situation?

Eines der Hauptprobleme besteht nach wie vor darin, dass es bei Juristen an elementaren Grundbegriffen der Humanwissenschaften mangelt. Dies beginnt schon damit, dass selbst der mit Familienrecht befasste Durchschnittsjurist nicht zwischen Psychiatrie, Psychologie, Psychotherapie und Psychoanalyse unterscheiden kann. Erst recht nicht vermag er irgendwelchem an ihn herangetragenem humanwissenschaftlichen Gedankengut kritisch gegenüberzustehen. Wie soll er wissen, dass die Arbeiten von GARDNER zum PAS ausser in juristischen Zeitschriften zunächst nur im Selbstverlag erschienen sind<sup>60</sup>?

Zwar nimmt inzwischen auch in der Schweiz das Bewusstsein der mit Familienrecht befassten Juristen für die Notwendigkeit interdisziplinärer Fortbildung zu. Dies gilt aber allenfalls für die instanzgerichtliche Praxis. Richter an obersten Gerichten oder gar zum Beispiel am EGMR schöpfen ihre Kenntnisse über Kinder und Familien leider überwiegend nach wie vor daraus, dass sie selbst Kinder ihrer Eltern sind und Frauen geheiratet haben, die ihre Kinder grossgezogen haben.

Die Kritik darf sich aber nicht allein an die Adresse der Juristen richten. Denn es gibt durchaus auch kinderpsychiatrische und -psychologische Gutachten, bei denen man sich fragen muss, ob ihr Hauptanliegen wirklich das Kindeswohl oder nicht eher das Elternwohl ist. Wie sollen Juristen den Mut aufbringen, sich davon zu distanzieren? Und schliesslich verharret auch manch Psychoanalytiker im Elfenbeinturm der Deutung, anstatt Kindern im wirklichen Leben Unterstützung und Hilfe angedeihen zu lassen.

Neben diesen Defiziten bei den beteiligten Professionen ist jedoch meines Erachtens auch ein strukturelles Problem dafür verantwortlich, dass das Kindeswohl in der gerichtlichen Sorgerechtspraxis nicht gut aufgehoben ist. Das Rechtssystem als solches ist auf objektive Vorhersagbarkeit, auf Sicherheit, auf Rechtssicherheit angelegt. Juristen orientieren sich an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, literarische Meinungen zählen erst dann, wenn sie zur so genannten herrschenden Meinung geworden sind. Selbst den Humanwissenschaften gegenüber aufgeschlossene Juristen<sup>61</sup> zeigen

59 Vgl. die Beispiele bei EBERT, Die Rechtssituation bei Kindesentfremdung im europäischen Vergleich, dargestellt vornehmlich an Fallbeispielen der Strassburger Menschenrechte-Judikatur, in: VON BOCH-GALHAU/KODJOE/ANDRITZKY/KOEPPEL (Hrsg.), Das Parental Alienation Syndrome (PAS), Berlin 2003, 19, 21 ff. Vgl. auch einen der jüngsten Entscheide des EGMR, in diesem Heft, S. 93 ff.

60 Vgl. die Nachw. bei BRUCH, EJLR 2001, 383, 390.

61 Vgl. WILLUTZKI, KindPrax 1999, 3, 7.

sich derzeit zu tiefst verunsichert angesichts divergierender Auffassungen in den Humanwissenschaften. Mit derartigen Ambiguitäten, Verunsicherungen haben Juristen nicht gelernt umzugehen.

Was ist zu tun? Zunächst sind sicher der interdisziplinäre Dialog, die gemeinsame Aus- und Fortbildung für alle mit dem Kindeswohl befassten Professionen unabdingbar. Darüber hinaus wird wohl nur ein interdisziplinär besetztes Familiengericht<sup>62</sup>, von dem wir in der Schweiz allerdings wahrscheinlich noch lange Zeit träumen müssen, die Chance dafür bieten, die für das individuelle Kind am wenigsten schädliche Alternative zu finden. Juristen werden dann erhebliche Abstriche an der von ihnen angestrebten Scheinobjektivität machen und sich auf die Unsicherheit einlassen müssen, die damit verbunden ist, auch das Kind als wirkliches Subjekt anzuerkennen.

---

**Zusammenfassung:** *Anhand der Wertungen im Rahmen der elterlichen Sorge untersucht der vorliegende Beitrag das Verhältnis zwischen Humanwissenschaften und Jurisprudenz, wobei besonderes Augenmerk auf die Rezeption humanwissenschaftlichen Gedankengutes durch die Jurisprudenz in den letzten Jahrzehnten gelegt wird. Neben der historischen Entwicklung der elterlichen Sorge befasst sich der Beitrag vor allem auch mit der aktuellen Situation, wo die gemeinsame elterliche Sorge ganz im Vordergrund steht. Unübersehbar sind jedoch auch die aus dem Dogma «Recht des Kindes auf beide Eltern» entspringenden negativen Konsequenzen im Bereich der internationalen Kindesentführung und der konflikthafter Sorge- und Besuchsrechtssituationen. Die Verwirklichung des Kindeswohls in der gerichtlichen Sorgerechtspraxis kann letztendlich nur durch den interdisziplinären Dialog aller mit Kindeswohl befassten Professionen verwirklicht werden.*

**Résumé:** *En s'appuyant sur les évaluations faites dans le cadre de l'autorité parentale, l'article examine le rapport entre la jurisprudence et les sciences humaines, une attention particulière étant mise sur la réception par la jurisprudence des vues développées par les sciences humaines au cours des dernières décennies. A part l'évolution historique de l'autorité parentale, l'article considère aussi et surtout la situation actuelle, où l'autorité parentale conjointe apparaît tout à fait au premier plan. Manifestes apparaissent toutefois les conséquences négatives découlant du dogme du «droit de l'enfant à ses deux parents», dans le domaine de l'enlèvement international d'enfant et des situations de conflit en matière d'autorité parentale et de droit de visite. La réalisation du bien de l'enfant dans la pratique judiciaire relative à l'autorité parentale n'est possible, en définitive, que par le dialogue interdisciplinaire de toutes les professions intéressées au bien de l'enfant.*

---

62 Vgl. SCHWENZER, in: VETTERLI (Hrsg.), Auf dem Weg zum Familiengericht, Bern 2004, 89 ff