

## Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung

*Der Weg zu einem europäischen Familienrecht ist noch weit*

Entscheidung des Österreichischen Obersten Gerichtshofes vom  
10. Juni 1992<sup>1</sup> mit Anmerkung von *Ingeborg Schwenzer*, Basel

Jede Gesetzesauslegung findet am äußersten Wortsinn der anzuwendenden Bestimmung ihre Grenze. Die Obsorge über ein gemeinsames Kind kann den geschiedenen Elternteilen gemeinsam nur für den Fall einer dauernden häuslichen Gemeinschaft zugeteilt werden.

Gegen § 177 Abs 1 und 2 ABGB bestehen – auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes – keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

Auszug aus der Begründung:

„Die Ehe der Eltern der Pflegebefohlenen wurde am 5.12. 1990 über ihr einvernehmliches Begehren geschieden. Gemäß der anlässlich der Scheidung getroffenen, pflegschaftsbehördlich genehmigten Vereinbarung kommt die Obsorge für das Kind der Mutter allein zu.

Das ErstG wies den Antrag des Vaters vom 3.11. 1991, die Obsorge für das Kind den Eltern gemeinsam zuzuteilen, ab. Die Eltern hätten den Antrag nicht gemeinsam gestellt und lebten mit dem Kind auch nicht in dauernder häuslicher Gemeinschaft, weshalb die Voraussetzungen der §§ 167 und 177 Abs.3 ABGB nicht erfüllt seien.

Das RekG gab dem Rekurs des Vaters des Kindes nicht Folge und sprach aus, daß der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei.

Der vom Vater des Kindes gegen diesen Beschluß des RekG erhobene Revisionsrekurs ist nicht berechtigt.

Den Schwerpunkt der Rekursausführungen bildet die Ansicht, daß schon § 177 Abs.1 und 2 ABGB die Zuteilung der Obsorge für ein Kind an beide Eltern gemeinsam zulasse und erfordere, wenn sie dem Wohl des Kindes entspreche. Der OGH hat aber schon in seiner E vom 27.8. 1991, 5 Ob 536/91 (= JUS extra 1991/888) und somit nach dem Vorliegen der E vom 10.5. 1990, 8 Ob 719/89 (= EvBl 1991/99 = ÖA 1991, 54) (= JBl 1992, 175; Red.) und abweichend von der darin angedeuteten Möglichkeit ausgesprochen, daß die Obsorge über die gemeinsamen Kinder beiden geschiedenen Elternteilen gemeinsam nur für den Fall des Bestehens der dauernden häuslichen Gemeinschaft zugeteilt werden dürfe. Eine Auslegung des § 177 Abs.3 ABGB idF des KindRÄG BGBl 1989/162 dahin, daß auch im Fall des Nichtbestehens einer dauernden häuslichen Gemeinschaft zwischen den geschiedenen Ehegatten die Zuteilung der Obsorge an beide Elternteile gemeinsam erfolgen könnte, verbiete sich aus dem Gesetzeswortlaut selbst und sei auch generell vom Wohl der Kinder her gesehen nicht erforderlich.

---

<sup>1</sup> Juristische Blätter (JBl.) 1992, 699 ff. mit Anmerkung *Pichler*.

Der erkennende Senat schließt sich dieser Auffassung auch für § 177 Abs.1 und 2 ABGB an. Jede Auslegung eines Gesetzes findet am äußersten Wortsinne der anzuwendenden Bestimmung ihre Grenze (SZ 57/181). Im § 177 Abs.1 und 2 ABGB deuten aber schon die Worte „wem von ihnen“ (Abs.1) und „welchem Elternteil“ (Abs.2) eindeutig darauf hin, daß immer nur ein Elternteil gemeint ist. Wenn aber der Gesetzgeber außerdem noch das Wort „allein“ verwendet hat, verbietet der Wortlaut der angeführten Bestimmung, daß die Obsorge für ein Kind auch dann beiden Elternteilen gemeinsam zugeteilt wird, wenn § 177 Abs.3 iVm § 167 ABGB nicht angewendet werden kann, weil die Eltern mit dem Kind nicht in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben. (. . .)

Nach Ansicht des erkennenden Senates bestehen gegen § 177 Abs.1 und 2 ABGB entgegen der im Revisionsrekurs vertretenen Meinung keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Der VfGH hat in seinem Erk VfSlg 12.103 = ZfRV 1990, 215 § 177 Abs.1 ABGB bereits auf seine Verfassungsmäßigkeit geprüft und diese bejaht. (. . .)

Der VfGH hat im angeführten Erkenntnis zwar nur geprüft, ob § 177 Abs.1 ABGB wegen des vom OGH damals geltend gemachten Widerspruchs zu Art.8 MRK verfassungswidrig ist, und damit nicht, ob die Verfassungswidrigkeit wegen der Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes (Art.7 B-VG) gegeben ist. Der erkennende Senat ist aber der Meinung, daß die wiedergegebenen Ausführungen aus den Entscheidungsgründen des Erkenntnisses die sachliche Rechtfertigung dafür aufzeigen, daß der Gesetzgeber im § 177 Abs.1 und 2 ABGB nach der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe einen Elternteil in bezug auf die Ausübung der Obsorge gegenüber dem anderen ungleich behandelt, und daß dasselbe auch für die ungleiche Behandlung des betroffenen Kindes im Verhältnis zu einem Kind, deren Eltern in aufrechter Ehe leben, gilt. Er kommt daher zu dem Ergebnis, daß gegen die angeführte Bestimmung auch unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen, weshalb er sich nicht veranlaßt sieht, den VfGH neuerlich zu befassen.

Die im Revisionsrekurs enthaltenen umfangreichen Ausführungen des Inhalts, daß es allgemein besser dem Wohl des Kindes entspreche, wenn nach der Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe die Obsorge für ein Kind beiden Eltern gemeinsam zugeteilt wird, und daß dies auch für den hier zu entscheidenden Fall gelte, sind nicht zielführend. Dem ersten Argument kann nur vom Gesetzgeber Rechnung getragen, das zweite Argument kann wegen der eindeutigen Gesetzeslage nicht beachtet werden. (. . .)

Die vom Rekurswerber beantragte Zuteilung der Obsorge an beide Elternteile käme daher nur auf Grund der § 177 Abs.3 iVm § 167 ABGB in Betracht. Dies würde aber nicht nur voraussetzen, daß die Verfügung für das Wohl des Kindes nicht nachteilig ist, sondern auch, daß die Eltern die Verfügung gemeinsam beantragen und mit dem Kind in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben. Beide Voraussetzungen sind aber, wie schon die Vorinstanzen richtig erkannten, hier nicht erfüllt. Daß die verhältnismäßig geringe Entfernung zwischen dem Wohn- oder Aufenthaltsort der getrennt lebenden Eltern einer dauernden häuslichen Gemeinschaft nicht gleichgehalten werden kann, bedarf keiner näheren Begründung, zumal, wie Pichler (ÖA 1991, 56) zutreffend bemerkt, die gegenteilige Annahme dann, wenn die Ehe der Eltern im Einvernehmen geschieden wurde, oft damit in Widerspruch stünde, daß die Scheidung gem § 55a Abs 1 EheG die Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft voraussetze . . .“

## I. Die Entwicklung in Österreich

Die Geschichte der gemeinsamen elterlichen Sorge (nach neuer österreichischer Terminologie „Obsorge“<sup>2</sup>) nach Scheidung ist in Österreich äußerst wechselvoll.

Im Jahre 1988 stellte der österreichische Oberste Gerichtshof in zwei Verfahren Antrag an den Verfassungsgerichtshof, die Regelung des § 177 Abs.1 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), wonach nach Scheidung die elterliche Sorge nur einem Elternteil übertragen werden kann, für verfassungswidrig zu erklären. Der österreichische Verfassungsgerichtshof<sup>3</sup> verneinte freilich – im Gegensatz zum deutschen Bundesverfassungsgericht<sup>4</sup> und zum niederländischen Hoge Raad<sup>5</sup> – die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung. Gerügt war vor allem ein Verstoß gegen Art.8 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) – Schutz des Familienlebens –, der in Österreich Verfassungsrang zukommt<sup>6</sup>. Der Verfassungsgerichtshof bejahte zwar einen Eingriff in das durch Art.8 Abs.1 EMRK gewährleistete Recht auf Achtung des Familienlebens. Dieser sei jedoch gerechtfertigt, zumal es den Eltern unbenommen sei, trotz anderslautender gesetzlicher Bestimmungen jedenfalls faktisch die elterliche Sorge gemeinsam auszuüben, und andererseits auch dem Elternteil, der die elterliche Sorge nicht ausübe, gewisse Mitwirkungsrechte verblieben.

Inzwischen war freilich auch der österreichische Gesetzgeber im Bereich der elterlichen Sorge tätig geworden. Mit dem am 1. Juli 1989 in Kraft getretenen Kindesrechts-Änderungs-Gesetz (KindRÄG) war einerseits für nicht verheiratete Eltern in § 167 ABGB n.F. die Möglichkeit geschaffen worden, bei dauernder häuslicher Gemeinschaft auf gemeinsamen Antrag hin die gemeinsame Obsorge zu erhalten. Für den Fall der Scheidung wurde in § 177 Abs.3 ABGB n.F. ein Verweis auf § 167 ABGB aufgenommen, d.h., nach Scheidung sollte die gemeinsame elterliche Sorge unter denselben Umständen wie bei nicht verheirateten Eltern möglich sein.

---

<sup>2</sup> Der Begriff wurde eingeführt durch das KindRÄG, in Kraft seit 1.7.1989.

<sup>3</sup> VfGH, 22.6.1989, Österreichische Juristenzeitung (ÖJZ) 1991, 607 = JBl. 1990, 305 = Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1990, 215; vgl. dazu auch *Dieter Henrich*, Auch weiterhin kein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern in Österreich, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1990, 483f.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfGE, 3.11.1982, BVerfGE 61, 358 = FamRZ 1982, 1179.

<sup>5</sup> Vgl. *Hoge Raad*, 4.5.1984, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1985, Nr.510; 23.3.1986, NJ 1986, Nrn. 585 ff.

<sup>6</sup> Zum Geltungsbereich internationaler Konventionen mit familienrechtlichen Bezügen in Europa vgl. *Ingeborg Schwenzler*, Elterliche Sorge für nichteheliche Kinder im Lichte internationaler Konventionen, ZEuP 1994, 673 ff.

Trotz dieser engen Voraussetzungen sprach sich der Oberste Gerichtshof<sup>7</sup> im Jahre 1990 grundsätzlich dafür aus, daß die Genehmigung einer Scheidungsvereinbarung über die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung nicht von vornherein ausgeschlossen sei und die Scheidung der Ehe deshalb nicht nach § 55 a Abs.2 EheG<sup>8</sup> abgelehnt werden könne. Eine derartige Vereinbarung entspreche zwar nicht dem Wortlaut des § 177 ABGB, jedoch dessen Intentionen. Das Gericht müsse deshalb im Einzelfall prüfen, ob die Vereinbarung gemeinsamer elterlicher Sorge dem Kindeswohl entspreche. Während diese Entscheidung in der deutschen Literatur als vorsichtiger Schritt in die richtige Richtung gewertet wurde, stieß sie in Österreich selbst auf Ablehnung<sup>9</sup>. In der Folge der Entscheidung des Obersten Gerichtshofs haben nun freilich verschiedene Untergerichte Scheidungsvereinbarungen, die eine gemeinsame elterliche Sorge zum Gegenstand hatten, genehmigt<sup>10</sup>.

Mit der zu besprechenden sowie einer weiteren, am selben Tag ergangenen Entscheidung<sup>11</sup> vollzieht der Oberste Gerichtshof nun wiederum eine Kehrtwendung<sup>12</sup>. In der vorstehend abgedruckten Entscheidung hatten die Eltern zunächst die Alleinsorge der Mutter vereinbart. Ein Jahr nach Scheidung stellte der Vater allein den Antrag, die elterliche Sorge für das Kind den Eltern gemeinsam zuzuteilen. Im anderen Verfahren<sup>13</sup> ging es hingegen wiederum um die Frage, ob eine Scheidungsvereinbarung, die die gemeinsame elterliche Sorge zum Gegenstand hatte, genehmigungsfähig im Sinne des § 55 a Abs.2 EheG sei. In beiden Fällen wird nun die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge kategorisch verneint. Der Oberste Gerichtshof schließt sich dabei der vor allem von Pichler<sup>14</sup> vertretenen Auffassung an, wonach sich eine Auslegung des § 177 Abs.3 ABGB dahin, daß auch im Fall des Nichtbestehens einer dauernden häuslichen Gemeinschaft zwischen den geschiedenen Ehegatten die Zuteilung der elterlichen Sorge an beide Elternteile erfolgen könnte, bereits aus dem Gesetzeswortlaut selbst verbiete und auch generell vom Kindeswohl her gesehen nicht erforderlich sei. Was die verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die ausschließliche Alleinsorge nach Scheidung der Elternehe sowohl im Hinblick auf Art. 8 EMRK als auch auf den Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG) betrifft, so schließt sich der Oberste Gerichtshof

---

<sup>7</sup> Vgl. OGH, 10. 5. 1990, ÖJZ 1991, 444 = JBl. 1992, 175 = Der Österreichische Amtsvormund 1991, 54 mit ablehnender Anmerkung Pichler = FamRZ 1991, 1085 mit Anmerkung Henrich.

<sup>8</sup> Nach § 55 a Abs.2 EheG erfolgt eine Scheidung aufgrund Einvernehmens u. a. nur, wenn die Ehegatten eine schriftliche Vereinbarung über die kindbezogenen Scheidungsfolgen vorlegen.

<sup>9</sup> Vgl. die in Fn. 7 genannten Anmerkungen.

<sup>10</sup> Vgl. nur LGZ Wien, 16. 7. 1992, JBl. 1992, 695.

<sup>11</sup> Vgl. OGH, 10. 6. 1992, 3 Ob 506/92, JBl. 1992, 694.

<sup>12</sup> In einer bislang unbeachtet gebliebenen Entscheidung – OGH, 27. 8. 1991, Juristische Schulung extra 1991, 888 – hatte der OGH freilich bereits entsprechend geurteilt.

<sup>13</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>14</sup> Vgl. Fn. 7.

nunmehr vollumfänglich den Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes<sup>15</sup> an und verneint diese Einwände<sup>16</sup>.

Im Ergebnis ist damit die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung der Elternehe in Österreich nicht möglich, und zwar gleichgültig, ob lediglich ein Elternteil oder beide Eltern diese beantragen. Die in §§ 177 Abs. 3, 167 ABGB allein vorgesehene Möglichkeit gemeinsamer elterlicher Sorge, wenn die Eltern in dauernder häuslicher Gemeinschaft leben, kann im Falle der Scheidung der Ehe schon deshalb nicht zum Zuge kommen, weil die einverständliche Scheidung nach § 55 a Abs. 1 EheG u. a. voraussetzt, daß die eheliche Lebensgemeinschaft der Ehegatten seit mindestens einem halben Jahr aufgehoben ist.

## II. Die Entwicklung in anderen europäischen Rechtsordnungen

Ähnlich restriktiv in Bezug auf die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung zeigt sich in Europa heute nur noch die Schweiz. Auch dort bestimmt Art. 297 Abs. 3 Zivilgesetzbuch (ZGB), daß die elterliche Sorge – nach schweizerischer Terminologie immer noch elterliche Gewalt – nach Scheidung einem Elternteil allein zuzuweisen ist. Trotz verschiedener Vorstöße in Literatur und instanzgerichtlicher Rechtsprechung, entgegen des Wortlauts dieser Bestimmung auch die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung zuzulassen<sup>17</sup>, hat das Schweizer Bundesgericht<sup>18</sup> diese Möglichkeit erst in jüngerer Zeit ausdrücklich auch für den Fall, daß die gemeinsame elterliche Sorge in einer Scheidungskonvention durch die Eltern vereinbart wird, kategorisch abgelehnt. Die Argumente ähneln jenen, die der österreichische Oberste Gerichtshof anführt: die Berufung auf den Wortlaut der entsprechenden Bestimmung, den Willen des historischen Gesetzgebers und die Verneinung eines Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz. Die Vereinbarkeit mit Art. 8 EMRK wird vom Bundesgericht freilich gar nicht geprüft.

Im Zuge der gerade angelaufenen Scheidungsrechtsrevision wird sich nun allerdings auch der schweizerische Gesetzgeber des Problems der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung annehmen. Nach Art. 138 Abs. 3 Vorentwurf<sup>19</sup> soll gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung dann möglich

---

<sup>15</sup> Vgl. Fn. 3.

<sup>16</sup> Vgl. nun ebenfalls die Entscheidung OGH, 20. 4. 1993, JBl. 1994, 114 f. mit Anmerkung Pichler.

<sup>17</sup> Vgl. OberG Basel-Landschaft, 22. 3. 1993, plädoyer 3/1993, 59; BezG St. Gallen, 8. 11. 1988, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1989, 139 ff.; Peter Balscheit, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, SJZ 1988, 25 ff.; mit weiteren Hinweisen zu unveröffentlichten Entscheidungen ders., Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 1993, 1204, 1205 ff.; Bericht der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen, Juristische Auswirkungen des neuen Eherechts, Bern, 1991, S. 196.

<sup>18</sup> Vgl. BGER, 12. 12. 1991, BGE 117 II 523 = AJP 1992, 906, mit Anmerkung Schwenzler.

<sup>19</sup> Bericht mit Vorentwurf für eine Revision des ZGB, Bern, 1992.

sein, wenn die Eltern dies gemeinsam beantragen, der Richter die gemeinsame Sorge für mit dem Kindeswohl vereinbar hält und die Eltern eine Vereinbarung darüber vorlegen, welchem Elternteil die Obhut für das Kind zustehen soll. Damit geht die geplante schweizerische Regelung zwar über das nach österreichischem Recht Mögliche hinaus, hinter der gesamteuropäischen Entwicklung bleibt sie jedoch ebenfalls weit zurück.

Auch in Deutschland herrscht in vielen Kreisen nach wie vor eine deutliche Skepsis gegenüber der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung vor. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht<sup>20</sup> bereits im Jahre 1982 die Bestimmung des § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB, wonach die elterliche Sorge einem Elternteil allein zu übertragen ist, für verfassungswidrig erklärt. Es hat jedoch selbst drei Voraussetzungen für die Belassung der gemeinsamen elterlichen Sorge aufgestellt: Beide Eltern müssen erziehungsfähig sein, sie müssen gewillt sein, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind auch nach der Scheidung zu tragen, und schließlich dürfen keine anderen Gründe vorliegen, die im Interesse des Kindes die Alleinsorge eines Elternteils angezeigt erscheinen lassen. Teilweise wird von der Literatur zusätzlich die richterliche Überzeugung von der Durchführbarkeit des gemeinsamen Sorgerechts gefordert<sup>21</sup>.

Dementsprechend wird von deutschen Gerichten die gemeinsame elterliche Sorge nur bei gemeinsamem Antrag beider Eltern angeordnet<sup>22</sup>. Dem vereinzelt gebliebenen Vorstoß eines Amtsgerichtes<sup>23</sup>, gemeinsame elterliche Sorge auch dann anzuordnen, wenn ein Elternteil die Alleinsorge begehrt, wurde in zweiter Instanz<sup>24</sup> eine Absage erteilt. Fällt die Einigkeit der Eltern bezüglich der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Sorge später weg, so ist das Sorgerecht in Abänderung der ursprünglichen Entscheidung einem Elternteil allein zu übertragen<sup>25</sup>.

Insgesamt ist damit auch in Deutschland eine deutliche Zurückhaltung gegenüber der gemeinsamen Sorge spürbar, was schon aus der häufig betonten Aussage, die gemeinsame elterliche Sorge sei der Ausnahmefall und dürfe nicht zum Regelfall werden<sup>26</sup>, deutlich wird. Wie häufig gemeinsame elterli-

---

<sup>20</sup> Vgl. *BVerfG*, 3.11.1982 (Fn. 4).

<sup>21</sup> Vgl. *Harald Oelkers/Hartwig Kasten*, Zehn Jahre gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, *FamRZ* 1993, 18, 19; *Lutz Michalski*, Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern, *FamRZ* 1992, 128, 129; *Peter Finger*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung – eine Umfrage bei hessischen Familiengerichten, *Deutsche Richterzeitung* 1985, 91, 92; *Jan Kropholler*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Ehescheidung im deutschen und ausländischen Recht, *Juristische Rundschau (JR)* 1984, 89 ff.; *Gottfried Knöpfel*, Zum gemeinsamen Sorgerecht der Eltern nach Scheidung, *Neue Juristische Wochenschrift* 1983, 905, 907.

<sup>22</sup> Vgl. umfangreiche Nachw. bei *BGH*, 14.10.1992, *FamRZ* 1993, 314, 315; zur Entwicklung vgl. auch *Oelkers/Kasten*, (Fn. 21) 18 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *AG Groß-Gerau*, 25.11.1992, *FamRZ* 1993, 462.

<sup>24</sup> Vgl. *OLG Frankfurt*, 6.7.1993, *FamRZ* 1993, 1352.

<sup>25</sup> Vgl. *BGH*, 14.10.1992, *FamRZ* 1993, 314.

<sup>26</sup> Vgl. *Anita Heiliger*, Zur Problematik einer Konzeption nahehegender gemeinsamer elterlicher Sorge als Regelfall im Kontext einer geplanten Reform des Kindschaftsrechts, *FamRZ* 1992, 1006, 1010 f.;

che Sorge in der deutschen Gerichtspraxis zum Zuge kommt, ist unsicher. Die oft genannte Zahl von zwei bis drei Prozent bezieht sich auf Untersuchungen aus Mitte der 80er Jahre<sup>27</sup> und dürfte heute keine Gültigkeit mehr besitzen. Gleichwohl wird die Quote wohl nur wenig über 10% liegen<sup>28</sup>. Ob sich dies mit dem in § 17 Abs.1 Nr.3, Abs.2 Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG) normierten Beratungs- und Unterstützungsangebot bereits wesentlich geändert hat, bzw. ändern wird, muß offen bleiben.

Ganz anders als im engeren deutschen Rechtskreis sieht es in vielen anderen europäischen Rechtsordnungen aus. In viel weiterem Umfang wird dort den in der humanwissenschaftlichen Forschung inzwischen allgemein anerkannten Erkenntnissen, daß fortdauernde gemeinsame Elternverantwortung die dem Kindeswohl am besten dienende Lösung darstellt, Rechnung getragen. Paradigmatisch sei hier nur auf die Entwicklung in Frankreich, England und Skandinavien hingewiesen<sup>29</sup>.

Nachdem in Frankreich zunächst die Rechtsprechung entgegen dem Gesetzeswortlaut bereits Anfang der 80er Jahre die gemeinsame elterliche Sorge zugelassen hatte<sup>30</sup>, sah der Gesetzgeber mit der sog. Loi Malhuret<sup>31</sup> in Art.287 Cc a.F. die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung ausdrücklich vor, ohne dieser Lösung freilich gegenüber der Alleinsorge den Vorzug zu geben. In der Folgezeit trat die gemeinsame elterliche Sorge in der französischen Praxis einen wahren Siegeszug an; schon im Jahre 1991 wurde gemeinsame elterliche Sorge in fast zwei Drittel aller Scheidungsfälle angeordnet<sup>32</sup>. Mit einer erneuten Reform von 1993<sup>33</sup>, die das französische Recht in Einklang mit den Anforderungen der UN-Kinderrechtskonvention bringen sollte, wurde dieser Praxisentwicklung weiter Rechnung getragen. Art.287 Abs.1 S.1 Cc n.F. bestimmt nunmehr, daß die Eltern die elterliche Sorge auch nach Scheidung gemeinsam ausüben. Nur wenn das Kin-

---

Michalski (Fn.21) 128, 137; Rainer Balloff/Eginhardt Walter, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen, FamRZ 1990, 445 ff.; Ulrich Magnus/Silvia Dietrich, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine Erhebung beim Familiengericht Hamburg-Mitte, FamRZ 1986, 416, 419; Kropholler, JR 1984, 89, 95.

<sup>27</sup> Vgl. Jutta Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechts-tatsachenstudie, Bonn, 1989, S.14 ff.; Magnus/Dietrich (Fn.26) 416 ff.; Horst Luthin, Gemeinsames Sorge-recht nach der Scheidung, Bielefeld, 1987, S.5 ff.; Finger (Fn.21) 91 ff.

<sup>28</sup> Vgl. Ingeborg Schwenger, Gutachten A zum 59. DJT, Hannover, 1992, A 66, Fn.11.

<sup>29</sup> Für weitere Rechtsordnungen vgl. Schwenger (Fn.28) A 66.

<sup>30</sup> Vgl. Ingeborg Schwenger, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden, 1987, S.122 f.

<sup>31</sup> G. Nr. 87–570 vom 22.7.1987.

<sup>32</sup> Vgl. Hugues Fulchiron, Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, Recueil Dalloz Sirey (D.) 1993, Chron. 117, 118.

<sup>33</sup> G. Nr. 93–22 vom 8.1.1993; vgl. dazu Jacqueline Rubellin-Devichi, Une importante réforme en droit de la famille: La loi n. 93–22 du 8 janvier 1993, Juris-Classeur Périodique, La Semaine Juridique (J. C. P.) 1993.I.3659; Caroline Steindorff, Familienrechtsreform in Frankreich – Das Gesetz vom 8. Januar 1993, Familie und Recht (FuR) 1993, 319 ff.; Robert Battes/Frank Meixner, Namensrecht – nicht-eheliche Kinder – Familiengericht, Neue französische Gesetzgebung zum Familienrecht, FuR 1993, 219 ff.

deswohl es erfordert, kann der Richter nach Art. 287 Abs. 2 Cc n. F. Alleinsorge eines Elternteils anordnen. Die Alleinsorge wird damit zum eindeutigen Ausnahmefall für Fälle der Erziehungsunfähigkeit eines Elternteils oder unüberwindbarer, schwerwiegender Konflikte zwischen den Eltern. Allein die Tatsache, daß ein Elternteil die Alleinsorge begehrt, reicht – wie bereits nach bisheriger Rechtsprechung – nicht aus, um Alleinsorge anzuordnen.

In Skandinavien und England ist die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung ebenfalls schon seit mehr als 25 Jahren bekannt<sup>34</sup>. In den letzten Jahren wurde in Norwegen, Schweden und England freilich noch ein weiterer Schritt vollzogen, nämlich die Abschaffung der automatischen Staatsintervention in Bezug auf die elterliche Sorge bei Scheidung<sup>35</sup>. Grundsätzlich verbleibt es auch nach Scheidung bei der gemeinsamen elterlichen Sorge, ohne daß der Richter die Kindeswohlverträglichkeit einer solchen Lösung überprüft. Nur wenn ein Elternteil einen Antrag auf Übertragung der Alleinsorge stellt, kann der Richter Alleinsorge anordnen. Doch selbst bei Uneinigkeit der Eltern, die – wie übrigens auch in anderen Ländern – lediglich in ca. 10 % aller Fälle vorkommt, bleibt gemeinsame elterliche Sorge das anzustrebende Idealziel. So verwundert es nicht, daß in den genannten Ländern der Anteil gemeinsamer elterlicher Sorge nach Scheidung bei über zwei Dritteln liegt<sup>36</sup>.

### III. Schlußbetrachtung

Die Entwicklung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung ist Ausdruck einer allgemeinen Tendenz im Familienrecht, nämlich des Rückzugs des Staates von paternalistischen Regelungen und einer stärkeren Hinwendung zur Anerkennung privatautonomer Gestaltung und der Vorrangstellung der Interessen der Beteiligten.

Freilich zeigen gerade die vorstehenden Ausführungen, welcher Graben sich insoweit noch durch Europa zieht. Während nicht nur die skandinavischen Länder, sondern vor allem auch Frankreich und England als Vorreiter dieser Entwicklung in Europa<sup>37</sup> angesehen werden dürfen, hinken die Rechtsordnungen des engeren deutschen Rechtskreises nicht nur um Jahre, sondern teilweise um Jahrzehnte hinterher. Die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung ist freilich insoweit kein singuläres Beispiel. Dasselbe Phänomen ließe sich unschwer in anderen Bereichen des Familienrechtes – wie etwa in

---

<sup>34</sup> Vgl. *Schwenzer* (Fn. 30) 122.

<sup>35</sup> Vgl. Norwegen: § 34 Abs. 2 KinderG 1981; Schweden: 6. Kapitel, § 5 ElternG i. d. F. 1990; England: Section 1 Subsection 5 Children Act 1989.

<sup>36</sup> Vgl. *Peter Lødrup*, Sorge- und Umgangsrecht im europäischen Rechtsvergleich – Schwerpunkt Nordeuropa, in: *Brühler Schriften zum Familienrecht*, 10. DFGT 1993, Bielefeld, 1994, S. 37 ff.

<sup>37</sup> Weltweit freilich dürfen als Vorreiter im Familienrecht neben den USA vor allem auch Australien und Neuseeland gelten.



Bezug auf nichteheliche Kinder, im Abstammungsrecht, im Namensrecht oder bei der Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften – feststellen.

Die Unterschiede liegen dabei nur zum Teil auf der Ebene der Gesetzgebung. In den skandinavischen Ländern, Frankreich, aber auch in England reagiert der Gesetzgeber wesentlich schneller auf gesellschaftliche Veränderungen mit Reformen im Bereich des Familienrechtes als im deutschen Rechtskreis. Doch auch die Rechtsprechung zeigt sich in diesen Ländern wesentlich flexibler als im deutschen Rechtskreis, wo der Buchstabe des Gesetzes nicht selten vor dem Wohl der Beteiligten rangiert. Die vorstehende Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung wie auch die Parallelentscheidung des schweizerischen Bundesgerichtes machen dies sehr deutlich. Und wäre nicht die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes gewesen, so würde die Situation in Deutschland wohl kaum anders aussehen.

Auch wenn das Familienrecht nicht gerade in vorderster Front der Bemühungen um eine europäische Rechtsangleichung steht, so ist doch zu hoffen, daß es mit den Jahren ein wenig von der allgemeinen Europäisierung abkommt<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Die jetzt in Deutschland anlaufende Gesamtrevision des Kindschaftsrechts, in deren Rahmen wohl auch im Bereich der gemeinsamen elterlichen Sorge nach Scheidung gute Chancen bestehen, daß die automatische Staatsintervention abgeschafft wird – vgl. *Sabine Leutheusser-Scharrenberger*, Reform des Kindschaftsrechts, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1993, 415 –, wurde ganz wesentlich durch die Rechtsvergleichung beeinflusst.

---

### aufgespießt

---

“The weakness of the reasonable expectation principle is its dependence on the notion of reasonableness. Despite many judicial expeditions to find him, the reasonable man has not been reduced into captivity. In truth, as any man on the Clapham omnibus could tell us, the reasonable man does not exist at all” (J.H.Baker, from *Sanctity of Contract to Reasonable Expectation*, [1979] 32 *Current Legal Problems* 17 [33]).