



University of Zurich
Zurich Open Repository and Archive

Winterthurerstr. 190
CH-8057 Zurich
<http://www.zora.uzh.ch>

Year: 2009

Von Irrungen und Wirrungen rund um die elterliche Sorge

Büchler, A

Büchler, A (2009). Von Irrungen und Wirrungen rund um die elterliche Sorge. In: Kantongsericht, St. Gallen. Mitteilungen zum Familienrecht: Jubiläumsausgabe. St. Gallen (Switzerland), 7-9.

Postprint available at:
<http://www.zora.uzh.ch>

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich.
<http://www.zora.uzh.ch>

Originally published at:
Kantongsericht, St. Gallen 2009. Mitteilungen zum Familienrecht: Jubiläumsausgabe. St. Gallen (Switzerland), 7-9.

VON IRRUNGEN UND WIRRUNGEN RUND UM DIE ELTERLICHE SORGE

von Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Zürich

Von Sorge, Verantwortung und Entscheidungsrechten

Unbefangen meint elterliche Sorge zum einen Besorgnis, zum andern Fürsorge. Der im Familienrecht fest verankerte Begriff suggeriert Nähe, Alltag, Bezogenheit. Und er impliziert, dass eine so von Besorgnis und Fürsorge geprägte Beziehung Eltern vorbehalten ist. Das Konzept der Elternschaft wiederum verweist auf biologische Zusammengehörigkeit. Das heisst: Die unzertrennliche, weil über die Gene definierte Verwandtschaft vermittelt eine exklusive Position der Besorgnis und der Fürsorge.

Diese Assoziationskette beruht auf einer ganzen Reihe von Irrtümern: Erstens ist Elternschaft kein biologisches Konzept, sondern ein kulturell-rechtliches; zweitens können auch Personen, denen Elternschaft rechtlich nicht zugestanden wird, dem Kind nahe sein; und drittens hat elterliche Sorge im Recht wenig mit Alltag und viel mit Entscheidungsmacht zu tun.

Es trifft freilich zu, dass das rechtliche Institut der elterlichen Sorge zum einen Fürsorge für das Kind sicherstellen und zum andern die Position der fürsorgeleistenden Person absichern will. So beinhaltet elterliche Sorge nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch nämlich die Pflicht zu Pflege und Erziehung und das Recht, die nötigen Entscheidungen zu treffen. Inwiefern sie diese Funktionen wahrzunehmen vermag, bleibt zu diskutieren.

Funktionen und Disfunktionalitäten

Elterliche Sorge im rechtlichen Kontext ist vor allem Anlass zu Auseinandersetzungen: Im Scheidungsverfahren der Eltern, in der Lehre, in der gerichtlichen Praxis, in der Politik. Die Auseinandersetzung wird meist darüber geführt, wem diese privilegierte Position nach der Scheidung der Eltern zukommen soll. Einigen sich die Eltern nicht darauf, dass trotz Scheidung niemand diese Position aufgeben muss, wird sie von Amtes wegen jemandem entzogen. Ein Entzug der elterlichen Sorge setzt eigentlich eine schwerwiegende Kindeswohlgefährdung voraus. Offenbar setzt der Gesetzgeber die Scheidung mit einer Kindeswohlgefährdung gleich. Entzogen wird die elterliche Sorge in der grossen Mehrheit der Fälle dem Vater, weshalb die Auseinandersetzung nicht selten als Geschlechterkampf fehlgedeutet oder missbraucht wird.

Richtig ist, dass diese Einseitigkeit auf tradierte gesellschaftliche Zuständigkeiten verweist, die in der Schweiz nach wie vor weit verbreitet sind. Die Befragung von über 2000 geschiedenen Eltern hat dies bestätigt: 86 % von ihnen haben angegeben, dass sie ein traditionelles Familienmodell gelebt haben und leben, wonach die Mutter im Alltag für die Kinder zuständig und allenfalls Teilzeit erwerbstätig ist, der Vater Vollzeit erwerbstätig ist und Besuchskontakte zu den Kindern pflegt. Das Bild verändert sich kaum, wenn die Eltern nach der Scheidung gemein-

sam die rechtliche elterliche Sorge innehaben: Lediglich 16 % der geschiedenen Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge haben angegeben, die Betreuung der Kinder partnerschaftlich zu teilen. Und diese Realität hat sich als Quelle der Unzufriedenheit erwiesen: Ein Drittel der Mütter mit gemeinsamer elterlicher Sorge würde nach eigenen Angaben zu diesem rechtlichen Modell die Zustimmung nicht mehr geben, könnten sie nochmals wählen. Hingegen wäre kaum ein Vater bereit, die Position zu räumen, unabhängig davon, wie sich der Alltag gestaltet. Im Gegenteil: Die grosse Mehrheit der Väter, denen die elterliche Sorge mit der Scheidung entzogen wurde, gab an, darüber unglücklich zu sein, was mitunter mit einem Gefühl des Verstossenwordenseins einhergeht.¹

Die Befragung offenbart ein Spannungsfeld zwischen sorgerechtlicher Entscheidungskompetenz und Alltagsleistungen. Erstere ist eine Rechtsposition, die zweiten sind reales Leben. Und nicht immer harmonieren die beiden Ebenen. Darin liegt, wenn man sich die Funktionen der rechtlichen elterlichen Sorge nochmals vergegenwärtigt, eine Disfunktionalität, die freilich dem rechtlichen Konstrukt selbst innewohnt. Eine Rechtsposition hat man inne oder auch nicht. Jedenfalls kann man sie geltend machen oder deren Verlust beklagen. Pflege und Erziehung hingegen leistet man, kann solche aber kaum durchsetzen.

Rechtspolitische Desiderate

Die rechtspolitischen Desiderate sind zahlreich. Die Diskussion um die elterliche Sorge ist in der Öffentlichkeit und teilweise auch in gerichtlichen Entscheidungen eine Diskussion um Rechte der Eltern. Diese zu überwinden zugunsten einer Debatte um elterliche Verantwortung muss primäres Ziel sein. Das zentrale Anliegen ist das Wohl der Kinder und nicht eine gleichmässige Verteilung von Elternrechten.

Deshalb darf die Diskussion nicht auf die Frage reduziert werden, ob die gemeinsame elterliche Sorge nun als Regefall eingeführt werden soll oder nicht, wie das leider zur Zeit geschieht. Denn das Institut der gemeinsamen elterlichen Sorge ist ein juristisches Konstrukt, das zunächst mit Inhalt zu füllen ist. Von grösserer praktischer Relevanz ist hingegen die Frage, wie elterliche Sorge als rechtliches Instrument für Eltern und Kinder tatsächlich einen konstruktiven Beitrag zur Reorganisation ihres Alltags leisten kann, also die Frage nach dessen Ausübung.

Weil die Zunahme und Normalisierung von Scheidungen ein unumkehrbarer gesellschaftlicher Prozess ist, wird es wichtig, die Scheidung nicht als krisenhaftes Ende einer Familie, sondern als Phase der Neuordnung zu begreifen. Ganz allgemein darf elterliche Verantwortung nicht eine Frage des Zivilstands sein. Es ist erst recht kein Grund ersichtlich, einem Elternteil

¹ Zum empirischen und interdisziplinären Projekt "Kinder und Scheidung" im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms (NFP) 52 unter der Leitung von Andrea Büchler und Heidi Simoni: BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, FamPra.ch 2007, 207 ff.; BÜCHLER/SIMONI (Hrsg.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009 (erscheint demnächst).

einzig wegen der Zivilstandsänderung die elterliche Sorge zu entziehen. Ein solcher Entzug steht auch im Widerspruch zu einem Verständnis von Elternschaft, das gemeinsame und eigenständige Aspekte elterlicher Verantwortung zu integrieren vermag. Dennoch sind mit der Scheidung zugleich Ort und Zeitpunkt markiert, wo Behörden auf die Reorganisation der Familie einwirken und einen Beitrag zur Wahrung des Kindeswohls leisten können. So soll die Scheidung zum Anlass genommen werden, unter Einbezug der Kinder eine möglichst taugliche Regelung für den Alltag zu gestalten. Die Alltagstauglichkeit verlangt, dass sich Entscheidungsbefugnisse in erster Linie nach der Beziehungsrealität und nicht einzig und ohne Weiteres nach einem rechtlichen Konstrukt richten. Dies bedeutet, dass zwar kein Elternteil aus seiner elterlichen Verantwortung entlassen oder aus dieser Position verdrängt werden soll. Die mit der Ausübung der elterlichen Sorge verbundenen notwendigen Entscheidungsbefugnisse sollen allerdings mit dem realen Leben harmonieren, das heisst in erster Linie derjenigen Person zukommen, welche die Betreuung des Kindes wahrnimmt.

Stehen gelebte Beziehungen im Vordergrund, so muss ferner – dies ein weiteres Postulat – das Recht allen Personen, die mit Fürsorge für das Kind betraut sind und die an seiner Lebensgestaltung teilnehmen, die Besorgnis hegen und seine Sorgen kennen, rechtlich abgesicherte Verantwortung zuteil werden lassen. Das geltende Recht kennt nur einen Vater und eine Mutter und schliesst alle anderen, den Elternstatus nicht innehabenden Personen aus dem System der Elternrechte und Elternpflichten aus. So vermag es auch nicht das Netz von Beziehungen, Gefühlen und Loyalitäten abzubilden, welches das Leben eines Kindes umspannt. Grossmütter, Stiefväter, Pflegeeltern: Sie alle können tatsächliche Fürsorge in einem Masse wahrnehmen, das es rechtfertigt, ihnen elterliche Verantwortung einzuräumen.

So würde uns die Verwirklichung dieser Postulate zum einen ein Stück näher zum allgemeinen Verständnis der elterlichen Sorge führen, zur Besorgnis und zur Fürsorge als Ausgangspunkt rechtlicher Positionen. Zum andern würde sie die Komplexität und Vielfalt heutiger Familienrealitäten, die Möglichkeit, mehrere Eltern zu haben, die Idee eines Netzes emotionaler Verbundenheiten, weit besser einzufangen vermögen. Steht die Perspektive des Kindes im Zentrum, so ist es hehre Aufgabe der Rechtsordnung, der von Verantwortung bestimmten Verbundenheit und sozialen Geborgenheit einen verbindlichen Rahmen zu bieten.