

Das unterschätzte Familienrecht Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht

Konstanze Plett

Familienrecht hat leider keinen besonders hohen Stellenwert in der juristischen Ausbildung, obwohl es für viele Anwältinnen und Anwälte die Grundsicherung ihres beruflichen Lebens bildet. Diese Vernachlässigung korrespondiert mit dem Ansehen des Familienrechts in der Rechtswissenschaft. Obwohl alle Juristen und Juristinnen einmal gelernt haben, dass das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) das gesamte Zivilrecht regelt – also nicht nur das Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht, sondern auch das Familien- und Erbrecht –, werden die letzten beiden Bücher des BGB oft unerwähnt gelassen, wenn es um die Charakterisierung des bürgerlichen Rechts oder die Darstellung seiner zentralen Materien geht. Das beruht – so die These, die ich hier näher ausführen werde – auf folgendem Zusammenhang: Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft basiert rechtshistorisch auf den individuellen Freiheits- und Gleichheitsrechten, wie sie durch die Aufklärung vorformuliert waren und nach den bürgerlichen Revolutionen entsprechende rechtliche Gestaltungen erhalten haben. Ein auf Individualrechten basierendes Recht ist aber strukturell nicht in der Lage, Familie zu integrieren, ohne Geschlechterungleichheiten zu produzieren. Eine Ungleichbehandlung der Geschlechter verstößt aber nun seit Mitte des 20. Jahrhunderts gegen die Grund- und Menschenrechte. Dieser Widerspruch ist am leichtesten auflösbar, wenn das Familienrecht ausgeblendet wird und die noch bestehende faktische Geschlechterungleichheit schlicht als ein sich mit der Zeit erledigendes Überbleibsel der bürgerlich-patriarchalen Gesellschaften angesehen wird.

Wie weit das Familienrecht über seine eigentliche Aufgabe, nämlich Familienbeziehungen zu regulieren, hinauswirkt, haben ich gemeinsam mit Sabine Berghahn schon früher einmal dargestellt.¹ Diese Wirkungen lassen sich als Spätwirkungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs begreifen, das bereits 1896 verabschiedet wurde, am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist und heute noch gilt.² Hier will ich jedoch nicht erneut diese Spätwirkungen des BGB darstellen, sondern zunächst noch einen Schritt zurückgehen und die Bedeutung des Familienrechts für die Konstitution des männlichen bürgerlichen Subjekts im 19. Jahrhundert unter der Überschrift „Emanzipation des Mannes von der Herkunftsfamilie“ behandeln. Dann komme ich zum 20. Jahrhundert, das ich unter die

1 Plett, Konstanze/Berghahn, Sabine: 100 Jahre BGB, in: Dickmann, Elisabeth/Schöck-Quinteros, Eva (unter Mitarbeit von Sigrid Dauks) (Hrsg.): Barrieren und Karrieren, Berlin 2000, S. 363-382.

2 Natürlich nicht mehr in der ursprünglichen Fassung: Seit dem 1. 1. 1900 wurden gut zweihundert Gesetze erlassen, die einzelne oder eine Vielzahl von Paragraphen des BGB geändert haben. Eine Übersicht der Änderungen in den Jahren 1900 bis 1999 findet sich in Repgen, Tilman/Schulte-Nölke, Hans/Strätz, Hans-Wolfgang: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB-Synopse 1896-2000: Gesamtausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches von seiner Verkündung 1896 bis 2000 mit sämtlichen Änderungen im vollen Wortlaut in synoptischer Darstellung, Neubearbeitung, Berlin 2000, S. XVII-XLI.

Überschrift „Emanzipation der Frau vom Ehemann“ stelle. Das noch junge 21. Jahrhundert lässt sich dann mit „Emanzipation der Familie“ charakterisieren; dem gilt mein Ausblick zum Schluss. Insgesamt werde ich meine These teils historisch, teils analytisch einkreisen. Vorweg sind jedoch einige Sätze zum Begriff „Geschlecht“ erforderlich.

1. *Geschlecht und Familie*

Das Recht verwendet den Begriff „Geschlecht“, regelt ihn aber nicht. Es darf nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert werden, aber es ist nicht weiter ausgeführt, was Geschlecht bedeutet. Sprachlich hat Geschlecht im Deutschen drei Bedeutungen. Zunächst wird unter Geschlecht das biologische Geschlecht verstanden, also das, was im Englischen mit „sex“ bezeichnet wird. Im Englischen gibt es ferner das Wort „gender“ für Geschlecht. „Gender“ ist ursprünglich ein Begriff der Sprachwissenschaft, die ihn für das grammatikalische Geschlecht verwendet. Dann aber hat die feministische Theorie diesen Begriff entdeckt, um soziale Zuschreibungen und Zuweisungen von Aufgaben an eines der beiden Geschlechter zu bezeichnen;³ im Deutschen wird deshalb für „gender“ häufig auch der zusammengesetzte Begriff „soziales Geschlecht“ verwendet. Im Deutschen hat Geschlecht noch eine dritte Bedeutung, die weder in „sex“ noch in „gender“ aufgehoben ist, nämlich die Bedeutung von Familie, und zwar dann, wenn Abstammungslinien und generationsübergreifende Beziehungen zu bezeichnen sind. Erhalten hat sich dies in der Bezeichnung von Adelsfamilien als dem „Geschlecht derer von und zu ...“, womit die über verschiedene Generationen hinausreichenden familiären Zusammenhänge angesprochen sind.

Wenn wir jetzt das Geschlecht von Menschen betrachten, realisiert sich das biologische Geschlecht erst dann, wenn wir zur Familie kommen: Das Geschlecht der einzelnen Menschen spielt erst dann eine Rolle, wenn es um die Hervorbringung von Nachkommenschaft geht. Bevor es dazu kommt, ist das Geschlecht der Menschen eigentlich nur ein Potenzial, das sich realisieren *kann*, aber nicht *muss*. Viele Frauen bekommen keine Kinder, viele Männer werden keine Väter, sodass Geschlecht in den Varianten „weiblich“ und „männlich“ als Kategorisierung von Menschen – theoretisch jedenfalls – entbehrlich ist. Der Geschlechtsunterschied zwischen Männern und Frauen wird also erst im Zusammenhang mit Nachkommenschaft bedeutsam. Bevor die Medizintechnik Einzug in die menschliche Reproduktion gehalten hat, ließ sich sagen: Zwar bekommen nicht alle Menschen Kinder, aber jeder Mensch hat eine biologische Mutter und einen biologischen Vater, unabhängig davon, ob sich das sozial realisiert, und auch unabhängig davon, ob es ein Familienrecht gibt und wenn ja, wie das Familienrecht aussieht.⁴

3 Stephan, Inge/Braun, Christina von: Einleitung, in: Braun, Christina von/Stephan, Inge (Hrsg.): *Gender-Studien*, Stuttgart/Weimar 2000, S. 9-15; Connell, R. W.: *Gender*, Cambridge 2002.

4 Eine Vervielfältigung der biologischen Eltern hat die Medizintechnik bereits im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts gebracht; Stichworte: heterologe Insemination, In-vitro-Fertilisation und Leihmutterschaft. Vgl. hierzu Coester-Waltjen, Dagmar: *Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zu-*

Worin liegt nun die Bedeutung des Familienrechts für die Konstruktion von Geschlecht und geschlechtsspezifischen Aufgabenzuweisungen? Das Familienrecht ist bedeutsam in allen Gesellschaften, die nicht ausschließlich matrilinear organisiert sind, und zwar aus folgendem, auf dem biologischen Geschlechtsunterschied beruhenden Grund: Es hängt mit der rechtlichen Definition von Mutterschaft und Vaterschaft zusammen. Mutterschaft lässt sich in ihrem Entstehen beobachten und ist damit beweisbar, nämlich durch Schwangerschaft und den Vorgang der Geburt eines Kindes. Anders bei der Vaterschaft, die *immer* einer rechtlichen oder rechtsähnlichen Norm über die rein biologischen Zusammenhänge hinaus bedarf, um etabliert zu werden. Im römischen Recht gab es dafür den Spruch „*mater certa, pater incertus est*“.⁵ Dies will ich etwas näher erläutern.

Es gibt grundsätzlich vier Mechanismen, um eine Vaterschaft zu etablieren. Da ist zunächst die Adoption: Ein Mann gibt die Willenserklärung ab, ich will ein Kind – oder auch einen erwachsenen Menschen – *als* Kind annehmen. Das ist prinzipiell kein nur Männern vorbehaltenen Zurechnungsgrund; auch Frauen können adoptieren, soweit sie nicht durch das Recht daran gehindert werden. Der zweite Mechanismus zur Herstellung von Vaterschaft ist die Anerkennung eines Kindes in jedem Einzelfall, also eine Willensäußerung des Musters: Ich erkenne an, dass dieses von jener Frau geborene Kind das meine ist, ich erkenne es *als* meines an. Die dritte Möglichkeit der Etablierung von Vaterschaft bedarf bereits eines rechtlichen Verfahrens: die Verurteilung durch ein Gericht in die Vaterschaft. Die vierte Variante ist die am weitesten verbreitete und zugleich die älteste, nämlich die Ehe: Der Ehemann *gilt als* Vater der von seiner Ehefrau geborenen Kinder, mit der Möglichkeit des Gegenbeweises im Anfechtungsprozess.⁶ Aber auch die Begründung einer Ehe setzt Rechtsakte voraus, die dann zugleich die eheliche Vaterschaft später geborener Kinder implizieren, das heißt, auch hier wird die Vaterschaft nicht „biologisch-natürlich“ etabliert, sondern durch einen Rechtsvorgang.

Nunmehr lässt sich bestimmen, wie der biologische Geschlechtsunterschied im Recht wirkt, welche Bedeutung er im Recht hat. Er ist bedeutsam für die Zuordnung Neugeborener an die Mutter und/oder den Vater. Damit wird zugleich die Familienbeziehung zwischen Neugeborenen und den für sie verantwortlichen Erwachsenen hergestellt, die Zusammensetzung einer bestimmten Familie, das heißt, es wird Rekurs genommen auf Geschlecht in der oben genannten dritten Bedeutung. Um durch das Recht neugeborene

lässigkeit und zivilrechtliche Folgen, 2. Teilgutachten: zivilrechtliche Probleme, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1986. Demgegenüber führt das Klonen u. U. zu einer Vereinfachung der biologischen Eltern, wenn eine Frau ein mit ihren eigenen Erbanlagen befruchtetes Ei austrägt oder ein mit den Erbanlagen eines Mannes befruchtetes Ei extra-uterin herangezchtet wird.

5 „Die Mutter ist sicher, der Vater ist ungewiss.“

6 Das Recht, die Vaterschaft anzufechten, war ursprünglich nur dem Vater und, wenn er während der Anfechtungsfrist verstarb, dessen Eltern gegeben. Erst seit dem 1. 7. 1998 haben die Mutter und das Kind ein eigenständiges Anfechtungsrecht, § 1600 BGB. Aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. 4. 2003 (BGBl I S. 737) haben nunmehr auch die leiblichen Väter unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenes Anfechtungsrecht (Gesetz vom 13. 12. 2003, BGBl I 2547).

Kinder qua Ehe einem Vater zuzuordnen, ist jedoch keine bestimmte Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Ehe erforderlich, schon gar nicht eine patriarchale.⁷ Kern ist nur die Etablierung einer anerkannten Linie vom Vater zum Kind, um Männern die Möglichkeit zu geben, sich in ihren Kindern fortzusetzen. Das Familienrecht, vor allem das Rechtsinstitut der Ehe, ist zugleich aber bedeutsam für die Konstitution von Klassen und Ständen, um bestimmte Herrschaftspositionen und Vermögen weiterzugeben. Dies will ich mit historischen Beispielen illustrieren.

2. Historischer Exkurs

Das erste Beispiel führt zurück in das antike Sparta, das zweite in das antike Rom – wobei letzteres weniger weit entfernt liegt, als die Zahl der vergangenen Jahre vermuten lässt, da das römische Recht das deutsche Recht sehr stark beeinflusst hat.⁸

In Sparta galt eine gesetzliche Regel, die dem § 1592 Nr. 1 BGB entspricht: Vater eines Kindes ist der Ehemann der Mutter, die das Kind geboren hat. Aufgrund dieses rechtlichen Mechanismus gab es aber auch einen einfachen Weg für Männer, trotz Zeugungsunfähigkeit zu eigenen Kindern zu kommen. Der Ehebruch war nämlich nicht geächtet und nicht sanktioniert, sondern es war im Gegenteil ein probates Mittel, Freunden Geschlechtsverkehr mit der Ehefrau zu gestatten, um so der Kinderlosigkeit zu entgehen und doch noch zu eigenem Nachwuchs zu kommen.⁹

Im patriarchalen alten Rom war die Ehefrau gar nicht so rechtlos gestellt, wie das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 es beispielsweise hinsichtlich eigener Erwerbstätigkeit von Ehefrauen vorsah. Die Familie war insgesamt anders strukturiert. Inhaber der väterlichen Gewalt (*patria potestas*) in Rom war der Patriarch im Wortsinne: Der Vater als Herrscher stand der Familie vor. Der Hausvater in diesem Sinne (*pater familias*) hatte allein die Gewalt über die Nachkommenschaft. Er konnte sogar seiner Gewalt unterstehende Kinder in die Sklaverei verkaufen. Aber dies bedeutete nicht, dass Frauen in jeder Hinsicht rechtlos waren. So unterschied beispielsweise das Erbrecht im alten Rom nicht zwischen Söhnen und Töchtern, die im Wege des gesetzlichen Erbanges ihren Vater gleichermaßen beerben konnten. In der zweiten Generation der Nachkommenschaft gab es also Gleichberechtigung der Kinder. Allerdings konnten Kinder nicht von Gesetzes wegen ihre Mutter beerben. Das lag aber nicht daran, dass sie ihre Mutter ge-

7 Beherrschung der (Ehe-)Frauen durch (ihre Ehe-)Männer gehört also nicht notwendig dazu, auch wenn der hier beschriebene Vorgang teilweise zur historischen Begründung des Patriarchats herangezogen wird; vgl. etwa Engels, Friedrich: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, in: Marx, Karl/Engels, Friedrich (Hrsg.): *Ausgewählte Schriften in zwei Bänden* (MEAS), Berlin 1952, 155-301.

8 Vgl. z. B. Wieacker, Franz: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967; Stein, Peter G.: *Römisches Recht und Europa: Die Geschichte einer Rechtskultur*, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1996.

9 Claus, Manfred: *Sparta. Eine Einführung in seine Geschichte und Zivilisation*, München 1983, S. 104 f.; Link, Stefan: *Der Kosmos Sparta. Recht und Sitte in klassischer Zeit*, Darmstadt 1994, S. 39 ff.

nerell nicht beerben konnten, sondern dass dies einem anderen rechtlichen Muster folgte. Hatte eine Frau Vermögen, das sie ihren Kindern zukommen lassen wollte, so musste sie dafür ein Testament machen.¹⁰ Dies beruhte auf dem normativ gemachten Unterschied zwischen Männern und Frauen, dass Frauen nur für sich allein, aber nicht für andere, das heißt weder für ihre Kinder noch für sonstige Personen rechtswirksam handeln konnten, während der *pater familias* für alle seiner *patria potestas* unterstehenden Personen handeln konnte. Neben den Kindern waren das auch sonstige zum Haushalt gehörige Personen.

Die Beschreibung des antiken Rom wäre als nur noch historisch interessant abzutun, wenn sich darin nicht Elemente fänden, die wir im deutschen Recht und insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch wiedererkennen. Deshalb lohnt die Frage, was mit der Regelung der väterlichen Hausgewalt bezweckt war, welche Funktionen ihr zukamen. Ein Teil der Antwort liegt darin, dass nur ein *pater familias* römischer Vollbürger war. Der Vollbürger war dadurch definiert, dass er frei war und niemanden über sich hatte. Die Vätereigenschaft allein machte römische Männer aber noch nicht zum Vollbürger. Ein Mann konnte Vater sein, ohne Bürger im Rechtssinne zu sein. Umgekehrt konnte er *pater familias* sein, ohne eigene oder adoptierte Kinder zu haben. Zum Vollbürger wurde er dann, wenn er von römischen Eltern abstammte und seinerseits keiner väterlichen Gewalt mehr unterstand, also mit der Freilassung durch seinen Vater oder dem Tode seines Vaters.¹¹

3. Emanzipation des Mannes von der Herkunftsfamilie im 19. Jahrhundert

Das Familienrecht in Deutschland lässt im 19. Jahrhundert Elemente aus dem römischen Recht deutlich erkennen. Der Ehemann und Vater konnte über die zu seinem Hause, zu seiner Familie gehörenden Personen – Ehefrau und Kinder, aber auch die Sklaven und sonstige Domestiken – bestimmen, hatte das alleinige Sagen und vertrat sie nach außen hin. Mit der Herausbildung des bürgerlichen Individuums – basierend auf Freiheits- und Gleichheitsrechten – entfiel jedoch, dass erwachsene Männer ihrerseits noch ihren Vätern unterstanden. Ich hatte auf die Konnotation von Geschlecht in der dritten Bedeutung auch mit Adelsgeschlechtern hingewiesen. Wir sehen hier in der Entwicklung des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert auch davon eine Befreiung, eine Emanzipation von Familienverbänden. Die Adelsfamilien hatten mit den so genannten Hausrechtsordnungen zum Großteil ihre eigene, partikuläre Rechtsordnung.¹²

10 Thomas, Yan: Die Teilung der Geschlechter im römischen Recht, in: Schmitt-Pantel, Pauline (Hrsg.): Antike, Frankfurt a. M./New York 1993, S. 105-171.

11 Vgl. ebd.

12 Solche Hausrechte werden teilweise heute noch anerkannt; vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. 2. 2000 (Az: 1 BvR 1937/97). Nach dem fraglichen Hausrecht führte eine Heirat ohne Zustimmung des Familienoberhaupts zum Verlust des Erbrechts. Der Rechtsstreit ist aber immer noch nicht zu Ende; das Bundesverfassungsgericht hat ihn mit Beschluss vom 22. 3. 2004 (Az.: 1 BvR 2248/01) an das Landgericht zurückverwiesen.

Insofern war das bürgerliche Recht einschließlich Familien- und Erbrecht allgemein, als es für alle dem Bürgerstande Zugehörigen und nach und nach dann wirklich für alle Staatsangehörige galt. Die bürgerlichen Revolutionen galten primär der Befreiung von Adels Herrschaft, aber sekundär auch der Befreiung von Herkunftsfamilien und entsprechenden Bindungen.

In Hegels Rechtsphilosophie¹³, die als Blaupause des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches dienen kann, gilt Familie als etwas auf Zeit, um ererbtes oder erworbenes Vermögen weitergeben zu können. Familie beginnt für Hegel mit der Heirat, setzt sich fort durch Kinder, die in der Ehe geboren werden, und endet, wenn die Kinder auf eigenen Füßen stehen und selbst eine neue Familie begründen.¹⁴ Also lässt sich sagen, dass das Familienrecht durchaus zumindest *auch* die Funktion hatte, das bürgerliche Individuum mit dem Recht auszustatten, eine eigene Familie zu begründen.

Um eine Familie zu gründen, waren aber nun Eheschließung und Herrschaft über die Nachkommenschaft erforderlich. Das Bürgerliche Gesetzbuch, so wie es 1896 verabschiedet wurde, lässt sich als Realisierung eines solchen Familienbildes auffassen. Reste der über mehrere Generationen hinweg laufenden Familiengestaltung finden wir noch im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, wie er im Januar 1896 in den Reichstag eingebracht wurde.¹⁵ Es handelt sich zwar nur um eine Marginalie in juristischer Hinsicht, sagt aber doch etwas aus. Es war nämlich bereits im Entwurf vorgesehen, dass die Volljährigkeit mit 21 Jahren eintreten sollte, aber für die Eheschließung sollte bei Söhnen noch bis zum Alter von 25 Jahren, bei Töchtern bis zum Alter von 24 Jahren die Zustimmung des Vaters erforderlich sein.¹⁶ Im 19. Jahrhundert, vor der Gründung des Deutschen Reiches, gab es in Deutschland die vielen Partikularstaaten, die jeweils auch ihr eigenes Zivilrecht hatten. Die Regelung eines unterschiedlichen Alters für Volljährigkeit und selbstständige Eheschließungsfähigkeit gab es im preußischen Recht und war wohl auch sonst nicht unüblich. So wurde in bürgerlichen Familien, vertreten durch das Familienoberhaupt, noch über Eheschließung mitbestimmt; schließlich hing von der Ehegattenwahl ab, wer künftig zur Familie gehörte und, wenn Kinder kamen, welchen „Stammbaum“ diese hatten.

Die unterschiedlichen Altersgrenzen der Handlungsautonomie wurden dann zwar nicht Gesetz, sondern die Altersgrenze wurde einheitlich auf 21 Jahre festgelegt.¹⁷ Aber es wurde ganz deutlich unterschieden zwischen ehelichen im Sinne von legitimen Kindern und unehelichen im Sinne von illegitimen Kindern. Es wurde dem Mann die recht-

13 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaften im Grundrisse, Frankfurt a. M. 1821/1970.

14 Dies ist die männliche Sicht, also: Ein Mann heiratet, um seine Familie zu gründen, eine Frau heiratet, um die Familie ihres Mannes zu gründen.

15 Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, Berlin 1896.

16 Vgl. ebd.

17 Mit der interessanten Variante, dass Frauen bereits mit 16 Jahren ehemündig waren (dann allerdings zur Eheschließung die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters brauchten), während Männer nur als Volljährige heiraten durften, d. h. ab 21 Jahren oder wenn sie gerichtlich für volljährig erklärt wurden, was ab 18 Jahren möglich war. Diese Altersgrenzen wurden übrigens erst 1974 im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre vereinheitlicht.

liche Macht gegeben zu entscheiden, ob er Kinder als seine eigenen wollte oder nicht. Von Gesetzes wegen waren das zunächst nur die ehelichen; die unehelichen, wie es damals noch hieß, galten als mit dem Vater nicht verwandt (§ 1589 Abs. 2 BGB a. F.). Der Vater hatte allerdings die Möglichkeit, seine außerhalb einer Ehe geborenen Kinder für ehelich zu erklären – um den Preis, dass dann die Mutter das Recht der elterlichen Sorge verlor (§ 1738 Abs. 1 BGB a. F.)¹⁸. Die Frauen hatten in jedem Fall eine Rechtsbeziehung zu ihren Kindern. Also wurde eine Begründung von Familien für Frauen, egal, ob sie verheiratet waren oder nicht, zwar hergestellt, aber Frauen hatten keine Gewalt im Sinne von Herrschaft über die Nachkommenschaft, weil die elterliche Gewalt so ausgestaltet war, dass sämtliche Rechte bei Ehemann und Vater lagen. Wenn eine Frau keinen Ehemann und damit keinen legitimen Vater ihrer Kinder hatte, erhielt sie nicht automatisch die elterliche Gewalt, sondern ihr wurde dafür zunächst ursprünglich ein Amtsvormund zur Seite gestellt. Erst ab 1970 wurde diese Regelung etwas gemildert und nur noch für bestimmte Kindesangelegenheiten ein Amtspfleger zugeordnet. Und erst seit 1998 sind Frauen, die, ohne verheiratet zu sein, Kinder gebären dann auch allein und voll verantwortlich für diese Kinder.¹⁹ Insgesamt war das Familienrecht am Ende des 19. Jahrhunderts so gestaltet, dass es zwar väterliche Gewalt gab, aber sofort und von vornherein ohne auf das Ableben irgendwelcher Altvorderen warten zu müssen.

4. Emanzipation der Ehefrau vom Ehemann im 20. Jahrhundert

Die Emanzipation der Ehefrau vom Ehemann weist demgegenüber im Vergleich zur Emanzipation des Mannes von seiner Herkunftsfamilie verschiedene strukturelle Probleme auf. Der Ausgangspunkt zu Beginn des 20. Jahrhunderts war, dass wir ein männliches bürgerliches Subjekt haben, das Bürger im Verhältnis zum Staat und innerhalb der Familie deren Vorstand war. Es war aber unerheblich, in welchem Familienstand der Mann lebte. Frauen hingegen wurden über den Familienstand definiert, obgleich die sonstigen gesellschaftlichen Stände aufgehoben waren. Bezogen auf ihre Rechte verhielt es sich für Frauen umgekehrt proportional zu gesellschaftlichen Erwartungen und dem entsprechenden Ansehen, das sie in der Gesellschaft genossen. Das BGB von 1900 war insoweit teilweise ein Fortschritt für Frauen, indem es auch Frauen volle Rechtssubjektivität verschaffte, wenn sie volljährig wurden, das heißt ab dem Alter von 21 Jahren unterstanden sie dann auch nicht mehr einer väterlichen Autorität. Aber die unverheiratete, kinderlose Frau war nicht besonders angesehen. Die gesellschaftliche Erwartung ging dahin, dass sie heiratete und Ehefrau und Mutter wurde. Wenn sie es etwa wagte,

18 Vgl. hierzu BVerfG 84, 159.

19 Seit dem 1. 7. 1998 in Kraft. Seither können auch unverheiratete Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, doch sind dafür entsprechende Erklärungen von beiden erforderlich. Ohne Willen der unverheirateten Mutter ist eine gemeinsame Sorge also nicht möglich; dazu ist nach wie vor die Eheschließung der Eltern Voraussetzung. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht bestätigt (Urteil vom 29. 1. 2003, Az.: 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01).

trotz fehlenden Ehemannes Kinder zu gebären, war sie noch weniger angesehen als die „einfach ledige Frau“ und hatte in Bezug auf ihre Kinder kaum Rechte. Die Ehefrau und Mutter hingegen, also die Frau, die sich der gesellschaftlichen Erwartung entsprechend verhielt, verlor die Rechte, die sie nach Erreichen der Volljährigkeit schon gehabt hatte, und wurde in ökonomischer Hinsicht in den Zustand eines unmündigen Kindes zurückversetzt.

Seit Mitte des 20. Jahrhunderts ist für unser Rechtssystem die Verabschiedung und das In-Kraft-Treten des Grundgesetzes mit seinem Artikel 3 Absatz 2 entscheidend, der die Gleichberechtigung der Geschlechter als unmittelbares subjektives Recht ausgestaltet hat. Das theoretische Dilemma liegt im Folgenden – und dass hier ein theoretisches Dilemma gegeben ist, wird deutlich durch die lange Zeit, die es gebraucht hat, um das einfache Gesetzesrecht an den Artikel 3 Absatz 2 anzupassen, und die Widerstände, die über die Jahrzehnte dabei sichtbar wurden. Selbst beim Familienrecht, das mit den unterschiedlichen Rechten für Männer und Frauen, für Mütter und Väter am deutlichsten geschlechtsdiskriminierend war, hat es fast fünfzig Jahre gedauert, die Ungleichbehandlungen in der Familie abzubauen.²⁰ Wenn zum Vollbürgerstatus das Recht gehört, eine Familie zu gründen und dann zu „haben“, so lässt sich Gleichberechtigung eben nicht durch schlichte Ausdehnung von Rechten auf die bislang ausgegrenzte Gruppe bewerkstelligen, wie dies beispielsweise mit dem politischen Wahlrecht möglich war. Es ist deshalb gewiss kein historischer Zufall, dass die Einführung des Frauenwahlrechts 1918 noch nicht mit Gleichberechtigung in Ehe und Familie einherging.²¹ Vielmehr muss also eine Umgestaltung *innerhalb* der Familie stattfinden, um auch in diesem Rechtsinstitut Gleichberechtigung möglich zu machen. Das ist aber bis heute nicht oder erst in minimalen Ansätzen erfolgt.

Was der Gesetzgeber in den letzten fünfzig Jahren in Bezug auf das Familienrecht an Gleichberechtigung eingeführt hat, war immer nur der Versuch, die Rechte innerhalb der Familie nicht mehr an ein Geschlecht zu binden. Die Begriffe „Ehefrau“ und „Ehemann“ wurden ersetzt durch „der eine Ehegatte“ und „der andere Ehegatte“, die Begriffe „Mutter“ und „Vater“ durch „der eine Elternteil“ und „der andere Elternteil“. Das ist jedoch nur sprachliche Kosmetik.²² Die alten Ungleichgewichte in der Familie hätten dadurch beseitigt werden können, dass Eheleute bzw. Eltern als Gesamtheit für die

20 Zu den Etappen der Reform vgl. Plett/Berghahn: a. a. O.

21 Die einschlägigen Artikel der Weimarer Reichsverfassung lauten:

„Art. 109 Abs. 1: Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.

Art. 109 Abs. 2: Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. [Anm.: „Grundsätzlich“ heißt in der Rechtssprache nicht „ausnahmslos“.]

Art. 119 Abs. 1: Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und der Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.“

Dieser Artikel war aber nur ein Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, kein unmittelbar geltendes Recht. Entsprechende Reformgesetzgebung hat es in der Weimarer Zeit nicht gegeben.

22 Die Bedeutung der Sprache, in der Rechtsnormen formuliert sind, unterschätze ich ganz gewiss nicht, weil sie auch Bilder im Kopf schafft. Die neuen Begriffe des BGB eignen sich hierzu aber gerade nicht; denn der Artikel ist stets männlich. Besser und geschlechtergerecht wäre gewesen, bei den alten Begriffen zu bleiben und dann jeweils beide nebeneinander zu nennen.

Familie begriffen werden und nicht als zwei Individuen. Es hätte einer Regelung bedurft, die *beiden* die Rechte zuschreibt, die vorher dem Ehemann und Vater allein zustanden, vor allem das Bestimmungsrecht über eheliche und familiäre Angelegenheiten. Eine solche Formulierung war auch bei der Beratung des ersten Gleichberechtigungsgesetzes 1957²³ vorgesehen, aber so hoch umstritten, dass sie sich nicht durchsetzen konnte. Die Männer konnten sich damals in der parlamentarischen Beratung nicht vorstellen, wie das in der Realität aussehen könnte, und sie meinten, wenn es zum Streit zwischen den Eheleuten komme, müsse doch einer entscheiden können, ohne dass gleich die Gerichte damit befasst würden. Entsprechend solle dem Ehemann in ehelichen Angelegenheiten der „Stichentscheid“ zukommen. Dieses wurde dann allerdings heftig von den damals wenigen Frauen im Deutschen Bundestag kritisiert. Das Resultat war, dass dieser Paragraph (§ 1354) nicht reformiert, sondern ersatzlos gestrichen wurde. Damit ist das alleinige Bestimmungsrecht des Mannes weggefallen, ohne dass ein gleichberechtigtes Bestimmungsrecht beider an die Stelle getreten wäre. Aus der rechtssoziologischen Forschung wissen wir aber, dass, wenn altes Recht nicht neu geregelt wird, sondern einfach abgeschafft wird, ein Trend dahingehend besteht, nach dem alten Recht weiterzuleben, weil kein neues Bild, kein neues normatives Ziel an die Stelle gesetzt worden ist. Bei der gemeinsamen elterlichen Gewalt konnten die Parlamentarierinnen sich (zunächst) ebenfalls nicht durchsetzen: Der Stichentscheid des Vaters wurde zunächst eingeführt (§ 1628 Abs. 1 BGB a. F.), jedoch bereits ein Jahr später vom Bundesverfassungsgericht als der Gleichberechtigung der Geschlechter widersprechend aufgehoben.²⁴

Zur Emanzipation der Frauen im 20. Jahrhundert vom Ehemann gehört vor allem die Reform des Scheidungsrechts Mitte der siebziger Jahre, mit der die Hausfrauenehe als gesetzliches Modell seit dem 1. Juli 1977 abgeschafft wurde. Aber damit war es auch noch nicht getan, weil viele alte Vorstellungen noch weiter wirkten und vor allem unverheiratete Mütter immer noch als nicht voll verantwortungsfähig gesehen wurden. Erst mit der Abschaffung der Amtspflegschaft ab 1. Juli 1998 für nichteheliche Kinder²⁵ kann die Anpassung des Familienrechts an Artikel 3 Absatz 2 GG und damit die Emanzipation der Frauen im Familienrecht als annähernd erledigter Verfassungsauftrag gelten.²⁶

23 BVerfGE 10, 59.

24 Urteil des BVerfG vom 29. 7. 1959, BVerfGE 10, 59 und BGBl I, S. 633. Seither können auch Juristen ganz gut mit der Regelung des BGB für Streitfälle bei der Kindererziehung leben: Auf Antrag überträgt das Familiengericht der Mutter oder dem Vater für die streitige Angelegenheit die alleinige Entscheidungskompetenz. Eine gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst wird also nicht getroffen (§ 1628 BGB).

25 Als Gesetzesbegriff gibt es die nichtehelichen Kinder nicht mehr. Der Tatbestand wird aktuell umschrieben mit „Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind“.

26 Bis zum In-Kraft-Treten des neuen Kindschaftsrechts gab es übrigens, was in der deutschen Rechtskultur eher selten ist, hinsichtlich des Nichtehelichenrechts ein gespaltenes Recht, weil dieses nach dem Einigungsvertrag nicht für die unverheiratete Frauen und ihre Kinder in den neuen Bundesländern galt.

5. *Ausblick in das 21. Jahrhundert: Emanzipation der Familie vom Recht?*

Leider wirken geschlechtsspezifische Arbeitsteilungen im Familienrecht auch zu Beginn des 21. Jahrhunderts immer noch weiter, besonders über die ungleich verteilte Möglichkeit, Betreuungsleistung zu delegieren. Wir haben immer noch Anreize im Recht – allerdings nicht nur im Familienrecht, sondern in der Zusammenschau des Familienrechts mit der übrigen Rechtsordnung –, die dahin gehen, dass die Bürgerinnen und Bürger in alten Rollenmustern bleiben, weil das ökonomisch einfach sinnvoller ist. Das hängt in erster Linie mit dem Unterhaltsrecht zusammen, aber auch mit solchen Randbedingungen wie fehlenden Ganztagschulen, fehlenden Kindertageseinrichtungen und dergleichen mehr. Die Konstruktion von Geschlecht findet eben zwar in erster Linie, aber nicht ausschließlich im und durch Familienrecht statt. Die dort vermittelten Bilder und Sichtweisen auf Männer und Frauen in ihrer Geschlechtsspezifität werden in anderen Gesetzen und Rechtsgebieten abgesichert. Vor allem darf das Strafrecht nicht vergessen werden, und zwar nicht nur mit dem Abtreibungsparagrafen, sondern auch der Sanktionierung von Eheverboten²⁷ und dem alten § 175, wonach Homosexualität unter Männern als nicht tolerabel angesehen wurde. Hier zeigt sich die gesellschaftliche Vorstellung, dass ein Mann nur *die* Sexualität haben darf, die dem Bild eines Ehemanns und Vaters entspricht. Auch hier ist viel liberalisiert worden in den letzten dreißig Jahren.²⁸ Das Ehemännerprivileg bei Vergewaltigungen, wonach die Vergewaltigung in der Ehe straflos war und durch das ein Bild von der jederzeit auf jede Art gegebenen sexuellen Verfügbarkeit der Ehefrau vermittelt wurde, ist hingegen erst jüngst aufgehoben worden.²⁹

Zusammenfassend stelle ich fest: Bilder vom bürgerlichen Rechtssubjekt sind zunächst im Familienrecht Recht geworden, haben im Familienrecht ihre Grundlage und wirken von dort in andere Rechtsgebiete hinein beziehungsweise werden durch andere Rechtsgebiete abgesichert. Hiervon ist etliches seit In-Kraft-Treten des Grundgesetzes reformiert worden. Manche Regelungen, die in den fünfziger, sechziger, siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts noch aktuell geltendes Recht waren, wirken auf die heutige Generation von Studierenden wie Relikte aus dem 19. Jahrhundert. Inzwischen sind gleichgeschlechtliche Lebensweisen nicht nur nicht mehr strafbar, sondern durch das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft³⁰ sogar eine anerkannte Lebensform

27 Mittlerweile ist nur noch die Doppelhehe kriminelles Unrecht (§ 172 StGB). Früher stand auch Ehebruch unter Strafe. Auch im Eherecht sind die meisten so genannten Eehindernisse inzwischen weggefallen oder stark abgeschwächt (beispielsweise ist nur noch die Ehe zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie sowie voll- und halbbürtigen Geschwistern unzulässig; Cousin und Cousine dürfen einander heute heiraten, ohne erst einen Dispens vom grundsätzlichen Verbot einholen zu müssen).

28 Dieser Reformprozess begann mit der ersten sozialliberalen Koalition ab 1969. Bereits mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 (BGBl I, S. 645) wurden u. a. Ehebruch, Erschleichung außerehelichen Beischlafs, Sodomie und Homosexualität unter Erwachsenen als Straftatbestände abgeschafft. Vgl. hierzu Laufhütte in Leipziger Kommentar, 11. Aufl., vor § 174.

29 Dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. 7. 1997 (BGBl I, S. 1607, in Kraft getreten am 5. 7. 1997) war eine lange Debatte vorausgegangen; erreicht wurde es letztlich nur durch einen interfraktionellen Zusammenschluss der Parlamentarierinnen. Vgl. hierzu Nelles, Ursula in diesem Buch.

30 Vom 16. 2. 2001 (BGBl I, S. 226).

geworden.³¹ Damit ist die alte Regel, dass die Ehe ein ausschließlich verschieden geschlechtlichen Paaren vorbehaltenes Rechtsinstitut ist, zumindest argumentativ etwas ins Wanken geraten. Juristen sehen das natürlich anders, weil die Ehe weiterhin nur geschlechtsverschiedenen Verbindungen vorbehalten ist.³² Aber gleichwohl können wir uns zu Beginn des 21. Jahrhunderts ein anderes Familienbild machen. Wenn auch Menschen gleichen Geschlechts sich zu einer zumindest eheähnlichen Gemeinschaft verbinden dürfen – was ist dann noch der Gehalt dieser Verbindung? Es wird gewissermaßen nicht mehr auf die Nachkommenschaft als Hauptzweck abgestellt, sondern in das Zentrum rückt die Unterstützungsgemeinschaft, die Familie ja immer *auch* war.

Diesen Gedanken könnten wir noch weiter spinnen, selbst wenn manches davon utopisch klingt und sicherlich nicht demnächst zu erwarten ist. Wenn Ehe und Familie immer weniger über die Produktion von Nachkommenschaft definiert werden und immer mehr über das Zusammenleben aus Zuneigung und zur wechselseitigen Unterstützung, dann findet jedenfalls eine Funktionsverschiebung statt. Dem müsste das Recht irgendwann auch grundsätzlich Rechnung tragen und statt der rechtsförmlich geschlossenen Zweierbünde auch so etwas wie Wahlfamilien anerkennen. Dafür wäre eventuell auch die Adoption zu erleichtern und weniger stark an traditionelle Familienmuster anzuknüpfen, auch um von entsprechenden geschlechtsspezifischen Zuschreibungen und Aufgabenverteilungen loszukommen. Gleichgeschlechtlichen Paaren steht die Adoption derzeit noch nicht offen, aber auch Unverheiratete haben es jedenfalls faktisch schwer. Ferner ist denkbar, dass das, was in unserem Rechtssystem durch den so genannten Familienleistungsausgleich gewährt wird, nicht mehr den Erwachsenen, die für die Kinder sorgen oder von Rechts wegen zuständig sind, zugeteilt wird, sondern denen, deretwegen diese Leistungen gewährt werden, nämlich den Kindern. Dadurch würden unterhaltsrechtlich bedingte Abhängigkeiten innerhalb der Familie ganz anders strukturiert, was zugleich neue Formen der Emanzipation *in* der Familie bedeuten könnte.

31 Noch ist diese Form dogmatisch von der Ehe unterschieden, auch wenn manche Bestimmungen des Eherechts entsprechend anwendbar sind.

32 In den Niederlanden und Belgien hingegen können auch gleichgeschlechtliche Paare eine „echte“ Ehe eingehen.

