

Familienrecht

Inhaltsübersicht

- A. Vorbemerkung
- B. Das Familienrecht bis zur Gründung der Bundesrepublik
 - I. Das Familienrecht des BGB
 - II. Weimarer Reformpläne
 - III. Das Ehegesetz von 1938
- C. Das Familienrecht seit der Gründung der Bundesrepublik
 - I. Einleitung
 - II. In Etappen zur Gleichberechtigung im Eherecht
 - 1. Das sogenannte Gleichberechtigungsgesetz
 - 2. Das „Erste Eherechtsreformgesetz“
 - III. Die entfesselte Ehe – neues Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht
 - 1. Das „Scheitern der Ehe“ als einziger Scheidungsgrund
 - 2. Die Maximierung der Scheidungsfolgen
 - 3. Die Einführung der Familiengerichte
 - IV. Auf dem Weg zu einem einheitlichen Kindschaftsrecht
 - 1. Das Zögern des Gesetzgebers und das Reformgesetz von 1969
 - 2. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997
 - V. Die Entdeckung der Rechte des Kindes
 - VI. Konkurrierende Elternschaft. Die Wiederbelebung von Vaterrechten
 - 1. Elterntrennung und Sorgerecht
 - 2. Der Ausbau des Umgangsrechts
 - VII. Der Ausbau des Umgangsrechts
 - VIII. Adoption, Familienpflege und Stiefelternschaft
 - 1. Die Entwicklung des Adoptionsrechts
 - 2. Zwischen rechtlicher und faktischer Elternschaft
 - IX. Von der Entmündigung zur Betreuung
 - X. Familienrecht und deutsche Einheit
 - XI. Nichteheliches Zusammenleben und eingetragene Lebenspartnerschaft
 - 1. Eheloses Zusammenleben und das Recht
 - 2. Die eingetragene Lebenspartnerschaft
- D. Zur Literaturgeschichte des Familienrechts
 - I. Von 1896 bis 1938
 - II. Von 1938 bis 1945
 - III. Die Literatur nach 1945
 - 1. Lehrbücher
 - 2. Die BGB-Kommentare
 - 3. Die Spezialliteratur
- E. Ein Rückblick

A. Vorbemerkung

Unter den Büchern des BGB ist das vierte bis heute am meisten von Gesetzesänderungen betroffen. Diese ergreifen die Rechtsinstitute in ihrem Kern. Eigentlich steht – abgesehen von dem weithin obsoleten Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft – kein Stein mehr auf dem anderen. Diese Umwälzung geschah weniger in großen Zäsuren als in vielen Einzelschritten. Zumal seit 1950 stellt sich die Entwicklung des deutschen Familienrechts als fortlaufender Veränderungsprozeß dar, in dem nicht selten die gerade durchgeführten Reformen schon kurze Zeit später als veraltet galten und korrigiert wurden. Das Familienrecht erscheint als eine immerwährende Baustelle, für welche die Baupläne ständig umprojektiert werden.

Die Gründe für diese Dynamik lassen sich erst diskutieren, wenn ein Überblick über die Entwicklung des letzten Jahrhunderts geschaffen ist. Dieser Aufgabe dienen die Teile B und C dieses Beitrags. Der Umstand, daß Gesetzgeber und Gerichte das Familienrecht in vielen Einzelschritten verändert haben, ließ es zweckmäßig erscheinen, die Rolle der juristischen Literatur nicht gesondert bei den einzelnen Reformschritten zu erörtern, weil dies – bei längerfristig bedeutsamen Werken – zu einer Unzahl von Wiederholungen geführt hätte. Vielmehr wird die Entwicklung der Literatur und ihrer Typologie einer gesonderten Betrachtung unterzogen (Teil D).

B. Das Familienrecht bis zur Gründung der Bundesrepublik

I. Das Familienrecht des BGB

Im 19. Jahrhundert bot das deutsche Familienrecht das Bild einer territorialen Zersplitterung. Zwar beruhten die Ordnungen auf übereinstimmenden christlichen, seit der Aufklärung nur in begrenztem Umfang säkularisierten Grundlagen, doch bedingten schon die unterschiedlichen konfessionellen Verständnisse vom Eherecht tiefgreifende Unterschiede. Auch darüber hinaus blieben viele Regelungsbereiche der einzelstaatlichen Differenzierung offen. Die mannigfaltigen Ausgestaltungen des ehelichen Güterrechts bilden dafür ein besonders eindrucksvolles Beispiel.¹

Die Gründung des deutschen Reiches im Jahre 1871 bot die Gelegenheit, für das neue politische Gebilde ein einheitliches Familienrecht zu schaffen. Ein Anlaß dafür ergab sich im Verlaufe des Kulturkampfes, als dessen Frucht das Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Februar 1875² angesehen werden kann. Dieses Gesetz führte für das gesamte Reichsgebiet die Zivilehe als obligatorische Eheschließungsform ein und überwand zugleich die konfessionellen Schranken des Ehescheidungsrechts. Es wurde nämlich bestimmt, daß in den Fällen, in denen nach

¹ Siehe nur für Bayern: *Roth*, Bayrisches Civilrecht, Erster Teil, Tübingen 1871, S. 278 ff.

² Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. 2. 1875 (RGBl. S. 23).

bisherigem Recht auf ständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett zu erkennen war, nun die Auflösung des Ehebandes ausgesprochen werden sollte.³ Praktisch war damit den Katholiken die Ehescheidung nach bürgerlichem Recht eröffnet, auch wenn ihr Landesrecht eine solche Möglichkeit nicht vorgesehen hatte.

Mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896⁴ wurde das Familienrecht sodann für das deutsche Reich einheitlich kodifiziert. Das vierte Buch des BGB bildet seitdem die Basis der weiteren familienrechtlichen Entwicklung in Deutschland, freilich mit Einschränkungen. Zum einen wurde im Jahre 1938 das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht in ein „Ehegesetz“ genanntes Spezialgesetz verlagert;⁵ die genannten Materien kehrten erst Ende des 20. Jahrhunderts wieder in das BGB zurück.⁶ Zum anderen schuf nach der Teilung Deutschlands die Deutsche Demokratische Republik im Jahre 1965 ein Familiengesetzbuch,⁷ das kurz vor Herstellung der deutschen Einheit im Jahre 1990 novelliert,⁸ dann aber auch für die Gebiete der ehemaligen DDR durch das Recht der Bundesrepublik Deutschland ersetzt wurde.⁹ Infolge der Übergangsvorschriften kann das Recht des Familiengesetzbuches im Einzelfall weiterhin Bedeutung haben. Insgesamt läßt sich jedoch sagen, daß sich das deutsche materielle Familienrecht heute wiederum fast komplett im BGB findet.

Das Familienrecht des BGB, in Kraft seit 1. Januar 1900, war einerseits dem konservativen Geist des 19. Jahrhunderts verpflichtet, nahm aber auf der anderen Seite durchaus auch neue Tendenzen in sich auf. Die fortschrittlichen Elemente ergaben sich insbesondere im Zusammenhang mit der allgemeinen Rechtsstellung, die das Gesetzbuch der Frau zuerkannte. Im allgemeinen Personen- und Vermögensrecht war die Frau dem Mann gleichgestellt: Gleiche Rechtsfähigkeit, gleiche Geschäftsfähigkeit – damit Wegfall auch der besonderen frauenschützenden Normen im Geschäftsverkehr –¹⁰, gleiches Erbrecht der Töchter neben den Söhnen, gleiche Fähigkeit zur Führung einer Vormundschaft!

Das Familienrecht des BGB spiegelt diese Tendenz zur Rechtsgleichheit nur in geringem Umfang wieder – von vorneherein ergab sich eine nicht auflösbare Antinomie zu den Regeln des allgemeinen Teils. Das herausragende beharrnde Element bildet die patriarchalische Ehestruktur, die das Gesetzbuch – nach Protestaktionen der Frauenbewegung und nach heftigen Auseinandersetzungen im Reichstag¹¹ – aufrechterhielt: Der Mann war nach wie vor das Haupt der Familie,

³ § 77 des Gesetzes. Zudem war bestimmt, daß in streitigen Verlöbnis- und Ehesachen die bürgerlichen Gerichte ausschließlich zuständig sein sollten, § 76.

⁴ RGBl. 1896, S. 195.

⁵ Siehe unten S. 292 ff.

⁶ Siehe unten S. 284 ff.

⁷ V. 20. 12. 1965 (GBl. 1966, S. 1).

⁸ Gesetz zur Änderung des Familiengesetzbuches der DDR (1. Familienrechtsänderungsgesetz) v. 20. 7. 1990 (GBl. I S. 1038).

⁹ Art. 234 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages v. 31. 8. 1990; Gesetz zu diesem Vertrag v. 23. 9. 1990 (BGBl. II S. 885).

¹⁰ Ausgenommen waren die durch eheliches Güterrecht bedingten Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit, Art. 200 Abs. 3 EGBGB ursprünglicher Fassung.

¹¹ Sie betrafen vor allem das Güterrecht, siehe *Klaus Schmid*, Die Entstehung der Güterrechtlichen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1990, S. 136 ff.; *Schwab*, Gleichberech-

er entschied in allen das gemeinschaftliche Eheleben betreffenden Angelegenheiten,¹² sein Name bestimmte den Ehe- und Familiennamen,¹³ er verwaltete und nutzte im gesetzlichen Güterstand das Vermögen der Frau,¹⁴ ihm stand hauptsächlich das Sorgerecht über die Kinder zu, Vermögenssorge und gesetzliche Vertretung des Kindes blieben ausschließlich ihm vorbehalten.¹⁵ Der Frau wurde hingegen der Platz im Hause angewiesen, sie war vor allem berechtigt, „das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten“¹⁶ und genoß als Ausweis dieser Funktion die Rechtsmacht, „innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten.“¹⁷ Doch zeigt sich die innere Spannung des Gesetzbuches besonders bei den Regeln über die elterliche Gewalt. Die Schöpfer des BGB diskutierten die Fähigkeit der Mutter, das volle Erziehungs- und Vertretungsrecht auszuüben, bei der Frage, was denn bei Tod des Vaters zu geschehen habe. Die Entscheidung für die volle elterliche Gewalt der Mutter in diesem Fall¹⁸ mußte aus der allgemeinen Handlungsfähigkeit der Frau begründet werden, nämlich damit „daß mit der grundsätzlich anerkannten Handlungsfähigkeit der Frauen auf dem Gebiet des Privatrechts zunächst jede Nötigung wegfällt, den Frauen da, wo sie nach den natürlichen Verhältnissen zum Handeln berufen sind, dieses Handeln zu versagen.“¹⁹ Warum aber sollte die Frau dann nicht zu Lebzeiten des Vaters neben und mit ihm für das Kind handeln dürfen?²⁰

Das Scheidungsrecht des BGB entsprach in etwa der moderneren protestantischen Konzeption: Ehebruch, Bigamie, widernatürliche Unzucht mit Tieren, Lebensnachstellung und bösliches Verlassen des Partners waren als „absolute Scheidungsgründe“ anerkannt,²¹ sonstige schwere Verfehlungen als „relative“, die nur dann zur Scheidung berechtigten, wenn durch sie eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses verschuldet war.²² Hinzu kam der objektive Scheidungsgrund langjähriger Geisteskrankheit des Partners.²³ Der schuldige Teil war im Urteil zu benennen²⁴ und trug die negativen Folgen; insbesondere traf ihn die Pflicht, dem Partner nach der Scheidung Unterhalt zu gewähren.²⁵

Die Grenzen der elterlichen Gewalt betreffend nahm das Gesetzbuch wiederum eine gemäßigt moderne Haltung ein – natürlich weit entfernt von einer Theorie

tigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: *Gerhard* (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 790, 792 ff.

¹² § 1354 BGB ursprünglicher Fassung.

¹³ §§ 1355, 1616 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁴ § 1363 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁵ §§ 1627, 1630, 1634 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁶ § 1356 Abs. 1 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁷ § 1357 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁸ § 1684 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁹ Motive zum BGB, Bd. 4, S. 736.

²⁰ Die Motive bemühen hier die „Natur der Dinge“, eine unbeholfene Floskel, siehe Motive zum BGB, Bd. 4, S. 736.

²¹ § 1565 BGB i. V. m. §§ 171, 175 des Reichstrafgesetzbuchs; §§ 1566, 1567 BGB, jeweils der ursprünglichen Fassung des BGB.

²² § 1568 BGB ursprünglicher Fassung.

²³ § 1569 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁴ § 1574 BGB ursprünglicher Fassung; ggf. waren beide für schuldig zu erklären.

²⁵ §§ 1578, 1579 BGB ursprünglicher Fassung.

der Kindesrechte, die sich gegen die Eltern richten könnten. Immerhin endete die primär dem Vater zustehende „elterliche Gewalt“ automatisch, wenn das Kind das 21. Lebensjahres vollendet hatte;²⁶ es bedurfte also nicht mehr, wie in früheren Ordnungen, einer Emanzipation aus der väterlichen Gewalt. Ebenso wichtig ist, daß § 1666 BGB das Wächteramt des Staates stark akzentuierte. Die Vorschrift reagierte auf Kindeswohlgefährdung durch Mißbrauch des Sorgerechts und durch Vernachlässigung des Kindes mit der Eingriffsbefugnis des Vormundschaftsgerichts. Überhaupt fällt auf, daß das BGB die gesetzliche Vertretungsmacht der Eltern im Vermögensbereich durch vielfältige Verweise auf die Einschränkungen des Vormundschaftsrechts in Grenzen hielt.²⁷

Der Vergangenheit verhaftet blieb im BGB das Recht des nichtehelichen Kindes. Im Bestreben, Ehe und außereheliche Verhältnisse streng zu scheiden und die Ehe als einzig legale Form der Paarbeziehung zu etablieren, hatten Kirche und Staat seit dem Mittelalter die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes außerordentlich gemindert. Denkmal dieser Bestrebungen ist der berüchtigte Satz des BGB „Ein uneheliches Kind und dessen Vater gelten nicht als verwandt.“²⁸ Der Vater war zwar dem Kind – in der Regel bis zu dessen 16. Lebensjahr – zum Unterhalt verpflichtet,²⁹ im übrigen aber hatte er nichts mit ihm zu tun. Im Verhältnis zur Mutter hatte das Kind immerhin die Stellung eines ehelichen Kindes,³⁰ doch mußte sie sich das Sorgerecht mit einem Vormund teilen, zur gesetzlichen Vertretung war sie nicht befugt.³¹

II. Weimarer Reformpläne

Die gesellschaftlichen Strömungen um die Entstehungszeit des BGB ließen erwarten, daß das so geformte Familienrecht ein rechtspolitischer Streitpunkt ersten Ranges bleiben würde. Diese Erwartung ist – hingezogen über ein ganzes Jahrhundert – voll erfüllt worden. Motor der rechtspolitischen Diskussion war in erster Linie die Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter, hinzu kamen die Idee gleicher Daseinsrechte ehelicher und nichtehelicher Kinder und der aufkeimende Gedanke, daß die Kinder selbst Träger einforderbarer Rechte gegen Staat und Eltern seien (Theorie der Kindesrechte). Das Scheidungsrecht betreffend war das Fortleben des romantischen Eheverständnisses³² namentlich in der Frauenbewegung und im Sozialismus von Bedeutung.

Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 schien den Reformbestrebungen starke Impulse zu geben, die freilich bis zum Untergang der Republik zu keinen

²⁶ §§ 2, 1626 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁷ § 1630 Abs. 2, § 1643 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸ § 1589 Abs. 2 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁹ § 1708 ursprünglicher Fassung.

³⁰ § 1705 ursprünglicher Fassung.

³¹ § 1707 ursprünglicher Fassung: „Der Mutter steht nicht die elterliche Gewalt über das uneheliche Kind zu. Sie hat das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt. Der Vormund des Kindes hat, soweit der Mutter die Sorge zusteht, die rechtliche Stellung eines Beistandes.“

³² Dazu *Schwab*, Jena und die Entdeckung des romantischen Eheverständnisses, ZNR 2005, 177 ff.

Gesetzesnovellen führten. Auf Betreiben konservativer Abgeordneter der Nationalversammlung waren in die Verfassungsurkunde Artikel über Ehe, Familie und Kindschaft aufgenommen worden. Die Mehrheit der Nationalversammlung war allerdings zur Verlautbarung einer bloß konservativen Institutsgarantie nicht bereit. Der Kompromiß lag infolgedessen darin, das Bekenntnis zu den tradierten Werten mit der Öffnung für neue Strukturprinzipien zu verbinden.³³ So wurde die Ehe unter den besonderen Schutz der Verfassung gestellt,³⁴ aber im gleichen Atemzuge mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung verbunden: „Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter.“³⁵ Die „Erziehung des Nachwuchses zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit“ wurde zur obersten Pflicht und zum natürlichen Recht der Eltern erklärt, gleichzeitig aber dem Staat das Amt zugesprochen, die Betätigung dieses Rechts zu überwachen.³⁶ Der Mutterschaft wurde Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge des Staates zugesichert.³⁷ Nach Art. 121 der Verfassung waren unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern. Die beharrenden Elemente der Verfassungsgarantie von Ehe und Familien waren also durch Reformperspektiven aufgebrochen.

Es verwundert somit nicht, daß es während der Weimarer Republik zu einer lebhaften Diskussion um die Reform des Ehe- und Familienrechts kam. Die legislatorischen Ergebnisse waren indes bescheiden. Am weitesten war das Kindschaftsrecht gediehen. Im Jahre 1921 wurde das „Gesetz über die religiöse Kindererziehung“³⁸ erlassen, das eine Einzelfrage aus dem Bereich des Elternrechts im Sinne der Rechtsvereinheitlichung herausgriff.³⁹ Immerhin klingen in diesem Gesetz Vorstellungen zum Eltern-Kind-Verhältnis an, die über das BGB hinausweisen: Die vorgezogene Religionsmündigkeit des Kindes ab vollendetem 14. Lebensjahr⁴⁰ anerkannte – im Anschluß an das preußische Allgemeine Landrecht⁴¹ – die Selbstbestimmung des jungen Menschen in höchstpersönlichen Angelegenheiten. „Die freie Einigung der Eltern“, die das religiöse Bekenntnis des Kindes im übrigen bestimmen sollte, akzentuiert den Elternkonsens als Element des gemeinschaftlichen Sorgerechts.⁴² Erhebliche Bedeutung kam ferner dem Reichsjugend-

³³ Quellennachweise dazu in: Schwab, Zur Geschichte des verfassungsrechtlichen Schutzes von Ehe und Familie, in: FS für F.W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 893 ff.

³⁴ Art. 119 S. 1 Weimarer Reichsverfassung.

³⁵ Art. 199 S. 2 Weimarer Reichsverfassung.

³⁶ Art. 120 Weimarer Reichsverfassung.

³⁷ Art. 119 Abs. 3 Weimarer Reichsverfassung.

³⁸ V. 15. 7. 1921 (RGBl. S. 939). Zur Entstehungsgeschichte und rechtshistorischen Einordnung *Kammerloher-Lis*, Die Entstehung des Gesetzes über die religiöse Kindererziehung vom 15. Juli 1921, Frankfurt am Main 1999.

³⁹ Dazu Nörr, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, 1988, S. 96.

⁴⁰ § 5 S 1 des Gesetzes.

⁴¹ Teil 2 Titel 2 § 84.

⁴² Freilich verweist das Gesetz (§ 2 Abs. 1) für den Fall, daß die Einigung der Eltern nicht besteht, auf die Zuständigkeitsverteilung des BGB, und das hieß für die damalige Zeit auf das Bestimmungsrecht des Vaters, das aber eingeschränkt wurde: Während bestehender Ehe

wohlfahrtsgesetz von 1922⁴³ zu, das mit der Formulierung eines – freilich noch nicht einklagbaren – Rechts des Kindes auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit dem Dreieck Kind-Eltern-Staat eine neue Perspektive gab und durch einheitliche Organisation der Jugendämter und Einführung der Amtsvormundschaft die staatliche Präsenz im Erziehungswesen deutlich verstärkte. Das Gesetz ergänzte der Sache nach die kindschaftsrechtlichen Regelungen des BGB, ohne daß dies im Text des BGB selbst seinen Ausdruck gefunden hätte.⁴⁴

Ansonsten kam es nur zu Entwürfen. Auch hier stand das Kindschaftsrecht im Vordergrund. Nachdem der Reichsjustizminister *Gustav Radbruch* schon 1922 den Ländern den „Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindesstatt“ übersandt hatte, wurde ein darauf beruhender Kabinettsentwurf 1925 dem Reichsrat vorgelegt, sodann der nach weiteren Beratungen vom Reichsrat verabschiedete Entwurf 1929 dem Reichstag übermittelt, wo es indes nicht mehr zu einer Beschlußfassung kam.⁴⁵ Auch das Ehescheidungsrecht war Gegenstand parlamentarischer Behandlung, bei der es insbesondere um die Einführung eines Zerrüttungstatbestandes als Scheidungsgrund ging. Die Bestrebungen führten auch in dieser Frage nicht zum Ziel.⁴⁶ Das vielfach angefeindete eheliche Güterrecht des BGB wurde zwar – unter anderem auf dem 33. Deutschen Juristentag (Heidelberg 1925)⁴⁷ – rechtspolitisch lebhaft diskutiert, wobei die Idee einer mit „Zugewinnsgemeinschaft“ verbundenen Gütertrennung weite Zustimmung fand.⁴⁸ Zu einem amtlichen Gesetzentwurf ist es auf diesem Feld indes nicht gekommen.⁴⁹

kann von keinem Elternteil ohne die Zustimmung des anderen bestimmt werden, daß das Kind in einem anderen als dem zur Zeit der Eheschließung gemeinsamen Bekenntnis oder in einem anderen Bekenntnis als bisher erzogen oder vom Religionsunterricht abgemeldet wird (§ 2 Abs. 2).

⁴³ Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt v. 9. 7. 1922 (RGBl. I S. 633). Zur Entstehungsgeschichte: *Jordan*, 65 Jahre (Reichs)Jugendwohlfahrtsgesetz – Ausgangssituation und Entwicklungen, in: *Jordan/Münder* (Hrsg.), 65 Jahre Reichsjugendwohlfahrtsgesetz – ein Gesetz auf dem Weg in den Ruhestand, Münster 1987, S. 13 ff.

⁴⁴ So mußte nunmehr die Vorschrift des § 1707 über das Sorgerecht der nichtehelichen Mutter im Zusammenhang mit § 35 Jugendwohlfahrtsgesetz (gesetzliche Amtsvormundschaft des Jugendamtes) gelesen werden.

⁴⁵ Der Hergang ist beschrieben bei *Schubert*, Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichteelichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts, Paderborn 1986, S. 29 ff.; dort auch die Wiedergabe der Entwürfe S. 122 ff., 153 ff., 364 ff.

⁴⁶ Dazu *Schubert* (Fn. 45), S. 82 ff., 455 ff.

⁴⁷ Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, Leipzig/Berlin 1925, Referate S. 325 ff.; Beschlußfassung S. 384. Auch der 36. Deutsche Juristentag (1931 in Lübeck) nahm sich des Familienrechts an und behandelte das Thema „Inwieweit bedürfen die familienrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches mit Rücksicht auf den die Gleichberechtigung der Geschlechter aussprechenden Art. 119 Abs. 1 S. 2 der Reichsverfassung einer Änderung?“, dazu *Schwab*, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert, in: *Gerhard* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, S. 790, 798.

⁴⁸ *Schwab* (Fn. 47), S. 790, 797 f.

⁴⁹ *Schubert* (Fn. 45), S. 92 ff.

III. Das Ehegesetz von 1938

Das nationalsozialistische Regime griff zur Verwirklichung seiner politischen, insbesondere rassistischen Zielsetzungen frühzeitig in das Familienrecht ein. Das „Gesetz gegen Mißbräuche bei der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt“ vom 23. November 1933⁵⁰ erweiterte die Ehenichtigkeitsgründe des BGB um den Tatbestand der „Namensehe“ (§ 1325a BGB) und erschwerte unerwünschte Adoptionen.⁵¹ Durch das „Gesetz über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen“ von 1938⁵² wurde – außer dem Adoptionsrecht – die Anfechtung der Ehelichkeit neu geregelt, insbesondere das Anfechtungsrecht des Staatsanwalts (§ 1595a BGB) eingeführt. Außerhalb des BGB blieben die rassistischen und eugenischen Vorschriften des „Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ vom 15. September 1935⁵³ und des „Gesetzes zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz)“ vom 18. Oktober 1935.⁵⁴

Den Anschluß Österreichs im Jahre 1938 nahm das Regime zum Anlaß, das gesamte Eheschließungsrecht und Scheidungsrecht einer einschneidenden Neuerung zu unterziehen. Durch das „Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschließung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet“ vom 6. Juli 1938⁵⁵ wurden diese Materien aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ausgegliedert. Das Ehegesetz wurde als „erster Schritt zur Schaffung eines einheitlichen großdeutschen Ehe- und Familienrechts“⁵⁶ begriffen.

Inhaltlich stellt sich das Gesetzbuch als eine Kombination von dezidiert nationalsozialistischen, insbesondere rassistischen Zielsetzungen mit Reformgedanken dar, die bereits in der Weimarer Zeit entwickelt worden waren. Zur erstgenannten Kategorie gehören die Bestimmungen, welche auf die Vorschriften der genannten Rasse- und Erbgesundheitsgesetze verweisen und diese in das System des Ehegesetzes integrieren.⁵⁷ Auch im Scheidungsrecht finden sich Ausprägungen der nationalsozialistischen Ideologie, etwa in der Schaffung eines absoluten Scheidungsgrundes der Verweigerung der Fortpflanzung⁵⁸ und des Scheidungsgrundes der „vorzeitigen Unfruchtbarkeit“⁵⁹.

Im Zusammenhang mit Reformvorstellungen, die schon in der Weimarer Republik diskutiert worden waren, steht die Einführung eines Scheidungstatbestandes

⁵⁰ RGBl. I S. 979; Text mit Amtlicher Begründung auch bei *Schubert*, Das Familien- und Erbrecht unter dem Nationalsozialismus, Paderborn 1993, S. 3, 6. Zum ideologischen Charakter dieses Gesetzes *Eisfeld*, Die Scheinehe in Deutschland im 19. und 20. Jahrhundert, Tübingen 2005, S. 117 ff.

⁵¹ Dazu unten B. VII. 1.

⁵² V. 12. 4. 1938 (RGBl. I 380). Text auch bei *Schubert* (Fn. 50), S. 95 ff.

⁵³ RGBl. I S. 1146.

⁵⁴ RGBl. I S. 1246.

⁵⁵ RGBl. I S. 807.

⁵⁶ Amtliche Begründung zum Ehegesetz, Deutsche Justiz 1938, 1102; abgedruckt auch bei *Schubert* (Fn. 50), S. 143.

⁵⁷ Siehe §§ 4, 5, 20, 29 EheG ursprünglicher Fassung.

⁵⁸ § 48 EheG ursprünglicher Fassung.

⁵⁹ § 53 EheG ursprünglicher Fassung.

der Zerrüttung der Ehe, der neben den Verschuldenstatbeständen zum Zuge kommen sollte. Nach § 55 EheG konnte jeder Ehegatte die Scheidung begehren, wenn die häusliche Gemeinschaft seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Herstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war. Freilich schlug auch hier das Verschuldensprinzip noch durch: Für den Fall, daß der Scheidungskläger die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet hatte, wurde dem anderen Teil ein Widerspruchsrecht eingeräumt, das unter dem Vorbehalt sittlicher Rechtfertigung stand.⁶⁰ Diese „Heimtrennungsklage“ des Ehegesetzes bildet den Ausgangspunkt der neueren Entwicklung des deutschen Ehescheidungsrechts.

Andererseits erscheint in einer Reihe von Bestimmungen das Ehegesetz eher traditionell. Das gilt für die schon erwähnte Verschuldenscheidung und die vielfach an das Verschulden anknüpfenden Scheidungsfolgen. Ein Unterhaltsanspruch nach der Scheidung richtete sich in erster Linie gegen den allein oder überwiegend für schuldig erklärten Ehegatten,⁶¹ in Fällen gleicher Schuld oder einer Scheidung ohne Schuldausspruch konnte Unterhalt „nach Billigkeit“ zugesprochen werden.⁶² Auch bei der – obligatorischen – Entscheidung über die elterliche Sorge aus Anlaß der Scheidung sollte das Verschulden eine Rolle spielen.⁶³

Erstaunlich ist – bei allen Novellierungen der Folgezeit – die Langlebigkeit des Ehegesetzes trotz seiner Herkunft aus der nationalsozialistischen Diktatur. Die letzten Teile des Ehegesetzes wurden in der Bundesrepublik Deutschland erst im Jahre 1998 aufgehoben.⁶⁴ In Österreich gilt das auch dort vielfach reformierte Gesetz bis heute.

Für die Bundesrepublik wurde entscheidend, daß sich der Alliierte Kontrollrat entschloß, das Gesetz von den größten Verirrungen zu reinigen und in der neuen Fassung mit Wirkung zum 1. März 1946 in Kraft zu setzen.⁶⁵ Die meisten Vorschriften des Gesetzes blieben unverändert, insbesondere blieb es bei dem Nebeneinander von Verschuldungs- und Zerrüttungsscheidung und bei den geschilderten Grundstrukturen des Scheidungsfolgenrechts. Die Scheidung wegen Ehezerstörung, nunmehr in § 48 des Gesetzes zu finden, wurde um ein weiteres Scheidungshindernis erschwert: Dem darauf gestützten Scheidungsbegehren durfte fortan auch dann nicht entsprochen werden, wenn das wohlverstandene Interesse

⁶⁰ § 55 Abs. 2 S. 2 EheG ursprünglicher Fassung: „Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.“

⁶¹ Bei Unterschieden zwischen der Unterhaltungspflicht des für schuldig erklärten Mannes und der für schuldig erklärten Frau, § 66 Abs. 1 und 2 EheG. Siehe auch § 69 Abs. 1 EheG.

⁶² §§ 68, 69 Abs. 2 EheG.

⁶³ § 81 Abs. 3 EheG. „Einem Ehegatten, der allein oder überwiegend für schuldig erklärt ist, soll die Sorge nur übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“

⁶⁴ In Kraft ist noch die Sechste Durchführungsverordnung zum EheG – Verordnung über die Behandlung der Ehewohnung und des Hausrats nach der Scheidung – v. 21. 10. 1944 (RGBl. I S. 256).

⁶⁵ Gesetz Nr. 16 der Alliierten Kontrollbehörde, ausgefertigt in Berlin v. 20. 2. 1946 (KRABl. S. 77). Das Gesetz trat zum 1. 3. 1946 in Kraft (§ 80).

der aus der Ehe hervorgegangen Kinder die Aufrechterhaltung der Ehe erfordert.⁶⁶ Aufrechterhalten blieb das 1938 anstelle der Eheanfechtung eingeführte Institut der Aufhebung einer Ehe wegen bestimmter Willensmängel,⁶⁷ dem noch eine besondere Karriere bevorstehen sollte.

C. Das Familienrecht seit der Gründung der Bundesrepublik

I. Einleitung

Daß das Familienrecht des BGB mit seiner patriarchalischen Konzeption der Ehe und der enormen Benachteiligung der nichtehelichen Kinder reformbedürftig war, lag nach dem Untergang des „Dritten Reiches“ offen zu Tage. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes war eine grundlegende Reform auch verfassungsrechtliche Notwendigkeit. Lapidar stellt Art. 3 Abs. 2 GG fest: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“. Die Verfassung ließ klar erkennen, daß dieses Gebot als aktuelles Verfassungsrecht gemeint war: Gemäß Art. 117 Abs. 1 GG blieb das dem Art. 3 Abs. 2 GG entgegenstehende Recht bis zu seiner Anpassung an diese Bestimmung, aber nicht länger als bis zum 31. März 1953 in Kraft. Art. 6 Abs. 5 GG gebot wie schon die Weimarer Verfassung eine Gesetzgebung, die den unehelichen Kindern die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft schaffen sollte wie den ehelichen Kindern. Schon von Verfassungswegen war Dynamik im Familienrecht zu erwarten.

Freilich war von Anfang an das Ausmaß des Reformbedarfs umstritten. Konservative rechtspolitische Strömungen, die in den fünfziger und sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts den Ton angaben, waren geneigt, die rechtlichen Veränderungen auf das Nötigste zu beschränken, wobei „das Nötigste“ in diesem Sinne auch mit einer entsprechend traditionsorientierten Interpretation des Grundgesetzes einherging.⁶⁸ Dementsprechend ließen sich die familienrechtlichen Reformen zunächst zögernd und zurückhaltend an, so daß das *BVerfG* mehrere Male zugunsten der Verwirklichung von Verfassungsgeboten eingreifen mußte.

Die rechtspolitische Szenerie änderte sich schlagartig ab den siebziger Jahren. Nun begann der deutsche Gesetzgeber, zum Teil nach Interventionen des *BVerfG*, mit einem radikalen Umbau des Familienrechts, der auf konsequente Verwirklichung des vom Grundgesetz vorgegebenen Programms ausgerichtet war, sich zudem aber neuen Rechtsvorstellungen und Familienverständnissen öffnete. Schließlich geriet das Familienrecht zu einem Experimentierfeld unterschiedlicher, oft in rascher Folge aufeinander folgender Vorstellungen, die teils schon seit Aufklärung und Romantik formuliert, teils neu konzipiert waren. Die Impulse resultierten nicht nur aus politischen Machtwechseln, sondern kamen auch vom Bundesverfas-

⁶⁶ § 48 Abs. 3 EheG i. d. F. des Kontrollratsgesetzes.

⁶⁷ §§ 28–37 (früher §§ 33–42).

⁶⁸ Einen guten Einblick in die damaligen Diskussionen gibt die Dissertation von *Rolland*, Die Entwicklung des deutschen Eherechts seit 1920 unter besonderer Berücksichtigung der Stellungnahmen der christlichen Kirchen, Marburg 1957 (ungedruckt), S. 81 ff.

sungsgericht, dessen Rechtsprechung über die Zeit hinweg bemerkenswerte Veränderungen erfuhr. Die Entwicklung wird im folgenden nach Problemfeldern geordnet dargestellt.

II. In Etappen zur Gleichberechtigung im Eherecht

1. Das sogenannte Gleichberechtigungsgesetz

Das Grundgesetz hatte dem Gesetzgeber die Aufgabe zugewiesen, das Familienrecht auf der Grundlage der Gleichberechtigung der Geschlechter zu erneuern. War die Aufgabe zu groß für die Jahre des aufblühenden Wirtschaftswunders? Jedenfalls war man am Stichtag des 31. März 1953 über Entwürfe nicht hinausge-
langt.⁶⁹ Es oblag demzufolge zunächst der Rechtsprechung, das Gebot der Gleichberechtigung durchzusetzen. Die Judikative verweigerte sich nicht und schuf in den Jahren nach 1953 – bestätigt durch das *BVerfG*⁷⁰ – Gleichberechtigung durch Richterrecht.⁷¹ Dieses war die erste Etappe auf einer längeren Tour, die bis zur Gegenwart andauern sollte.

Schließlich wurde der Gesetzgeber tätig und versuchte, mit dem umfangreichen „Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz)“ vom 18. Juni 1957⁷² den Reformauftrag umfassend zu erledigen. Diese Erwartung trog, obwohl das Gesetz eine Vielzahl von Paragraphen des BGB beseitigte oder neu schuf: Zu tief schien der Vorrang des Mannes im kollektiven Bewußtsein verankert, als daß sogleich alle Diskriminierungen der Frau begriffen worden wären. Vor allem stieß das Prinzip der strikten Gleichheit der Rechte in weiten Kreisen noch auf Unverständnis: Gleichwertigkeit statt formaler Gleichheit hieß die Formel, mit der man das Verfassungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG mit traditionellen Familienauffassungen zu versöhnen hoffte.⁷³

So brachte das Gleichberechtigungsgesetz der Ehefrau zwar in vieler Hinsicht eine Stärkung ihrer Rechte, eine wirkliche Gleichberechtigung in der Familie war ihr indes nicht zugesichert: Ehenamen blieb obligatorisch der Familienname des Mannes, als Neuerung erhielt die Frau nur die Befugnis, dem Ehenamen ihren „Mädchenamen“ hinzuzufügen.⁷⁴ Die ehelichen Pflichten waren nach Geschlecht verteilt. Der Frau war der Haushalt zugewiesen, den sie freilich „in eigener Verantwortung“ führte,⁷⁵ ausgestattet mit der primär den Mann verpflichten-

⁶⁹ Entwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 3802 v. 23. 10. 1952.

⁷⁰ Urt. v. 18. 12. 1953, *BVerfGE* 3, 225 ff.

⁷¹ Nachweise bei *Rolland* (Fn. 68), S. 89 ff.

⁷² BGBl. I S. 609. Zum Entwurf siehe: *Maßfeller*, Das Neue Familienrecht. Gesetzentwurf über die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, ohne Jahr.

⁷³ Besonders eindrucksvoller Vorkämpfer für diese Auffassung war damals der Bonner Rechtsgelehrte *Friedrich Wilhelm Bosch*, siehe dessen Schrift: Familienrechtsreform, Siegburg 1952, S. 54 ff., 81 ff.

⁷⁴ § 1355 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁷⁵ § 1356 Abs. 1 S. 1 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

den „Schlüsselgewalt“.⁷⁶ Zwar wurde dem Mann in der Ehe kein Direktionsrecht mehr eingeräumt.⁷⁷ Zur Erwerbstätigkeit sollte die Frau indes nur berechtigt sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie, mithin im Haushalt und bei Kindererziehung vereinbar war.⁷⁸ Wenigstens wurde die Befugnis des Mannes beseitigt, ein von der Frau eingegangenes Dienstverhältnis zu kündigen.⁷⁹ Haushaltsführung und Kindererziehung auf der einen, Erwerbstätigkeit auf der anderen Seite erhielten allerdings gleichen Rang, indem sie als gleichwertige Beiträge zum Familienunterhalt begriffen wurden⁸⁰ – ein fruchtbarer Gedanke, der in das eheliche Vermögensrecht und auch das öffentliche Versorgungsrecht ausstrahlen sollte.

Besonders im Kindschaftsrecht des Gleichberechtigungsgesetzes zeigte sich der ungebrochene patriarchalische Geist: Zwar wurde die elterliche Gewalt über das minderjährige Kind Vater und Mutter zugesprochen, beide hatten gemeinschaftlich das Sorgerecht inne.⁸¹ Doch blieb die Befugnis der gesetzlichen Vertretung des Kindes in der Regel allein dem Manne vorbehalten.⁸² Darüber hinaus kam ihm das Entscheidungsrecht („Stichentscheid“) zu, wenn sich das Elternpaar in einer Kindesangelegenheit nicht einigen konnte, vorbehaltlich einer Korrektur durch das Vormundschaftsgericht.⁸³ Ein derartiger Versuch, die alte Familienstruktur aufrechtzuerhalten, konnte vor dem *BVerfG* keinen Bestand haben: Alleinige gesetzliche Vertretung des Vaters und Stichentscheid wurden durch Entscheidung des Gerichts vom 29. Juli 1959 für nichtig erklärt⁸⁴: Der Gesetzgeber reagiert hierauf sehr lange nicht: In diesem Punkte galt nun wiederum für zwei Jahrzehnte Richterrecht anstelle des Gesetzes.

Zukunftsweisende Gedanken verwirklichte das Gleichberechtigungsgesetz demgegenüber im ehelichen Güterrecht. Der neue gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, dessen Konzept schon in der Weimarer Zeit entwickelt worden war,⁸⁵ erweiterte den Gedanken der Gleichberechtigung zu einem Prinzip gleicher Teilhabe an dem während der Ehe von den Partnern erwirtschafteten Vermögen. In diesem Güterstand bleiben zwar die Vermögen von Mann und Frau getrennt; doch bei Aufhebung des Güterstandes wird die Teilhabe realisiert, sei es durch Stärkung der erbrechtlichen Position des überlebenden Ehegatten,⁸⁶ sei es durch einen Beteiligungsanspruch desjenigen Partners, der in der Ehe den geringeren Zugewinn gemacht hat.⁸⁷ Tragende rechtspolitische Begründung ist nicht

⁷⁶ § 1357 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁷⁷ Wie noch in der ursprünglichen Fassung des BGB, § 1354.

⁷⁸ § 1356 Abs. 1 S. 2 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁷⁹ Wie noch nach § 1358 BGB ursprünglicher Fassung; das Kündigungsrecht setzte die Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht voraus.

⁸⁰ Siehe §§ 1360 und 1606 Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁸¹ § 1626 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁸² § 1629 Abs. 1 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁸³ § 1628 Abs. 1–3 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁸⁴ BGBl. 1959 I S. 633.

⁸⁵ Siehe oben B. II.

⁸⁶ § 1371 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

⁸⁷ §§ 1372ff. BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

die Vorstellung, die Tätigkeit des haushaltführenden Partners sei indirekt mitursächlich für das Erwerbseinkommen des anderen Teils, vielmehr der Gedanke der Gleichwertigkeit von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit.⁸⁸ Damit übersprang der Gleichberechtigungsgrundsatz seine formale Qualität und schlug sich als Prinzip quantitativer Teilhabe nieder. Dieser Gedanke sollte sich in der Folgezeit weiter entfalten, etwa in der Einführung des Rechtsinstituts des Versorgungsausgleichs⁸⁹ und neuestens in der Rechtsprechung des *BVerfG* zum nachehelichen Unterhalt.⁹⁰

2. Das „Erste Eherechtsreformgesetz“

Fast zwei Jahrzehnte blieb der Text des Gleichberechtigungsgesetzes in den Gesetzesausgaben des BGB stehen, auch soweit es der Gleichberechtigung widersprach. Um die Mitte der siebziger Jahre unternahm der Gesetzgeber einen zweiten Anlauf, das Ehe und Familienrecht im Sinne wirklicher Rechtsgleichheit von Frau und Mann neu zu gestalten. Das Reformgesetz von 1976 wurde in der Öffentlichkeit mit großer Emphase propagiert und erhielt seltsamerweise die Bezeichnung „Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)“⁹¹, so als ob die Erneuerung des Familienrechts jetzt erst begänne. Das Gesetz geriet zu einem der umstrittensten Reformprojekte in der Bundesrepublik.

Außer Streit blieb freilich die neue Ehestruktur, mit der das Gesetz die Formel „Gleichwertigkeit statt Gleichheit“ überwand: Als Ehepartner war nun der Geburtsname des Mannes oder der Frau zu wählen.⁹² Derjenige Ehepartner, der mit seinem Namen nicht zum Zuge kam, konnte seinen Geburtsnamen oder den zur Zeit der Eheschließung geführten Namen dem Ehepartner voranstellen (persönlicher „Namenszusatz“ oder „Begleitname“, der freilich nicht den Namen gemeinschaftlicher Kinder bestimmte).⁹³ Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit bleiben nun ganz der Privatautonomie der Ehepartner überlassen, beide haben bei Wahl und Ausübung des Erwerbs die gebotene Rücksicht auf den Partner und die Familie zu nehmen.⁹⁴ Die Schlüsselgewalt steht beiden Ehepartnern gleichermaßen zu.⁹⁵ Das Eherecht kennt nun kaum mehr „Mann“ und „Frau“, sondern nurmehr „Ehepartner“, und zwar auch dort, wo sozialtypisch das eine Geschlecht mehr betroffen ist als das andere („der nichterwerbstätige Ehepartner“ etc.). Das Gesetz verzichtete darauf, ein Ehemodell vorzugeben: Alles ist seitdem dem Einvernehmen der Eheleute überlassen. Im Kindschaftsrecht allerdings versäumte es der Gesetzgeber, die vom *BVerfG* für nichtig erklärten Vorschriften über den Stichtenscheid des Vaters

⁸⁸ Siehe die Begründung zum Entwurf des Gleichberechtigungsgesetzes in: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 2. Wahlperiode, Anlagen Bd. 27, Drs. 224, S. 37; Bericht des Abgeordneten *Seidl*, a. a. O., Anlagen Bd. 51, zu Drs. 3409, 5.

⁸⁹ Unten S. 294 ff.

⁹⁰ Entscheidung v. 5. 2. 2002, *BVerfGE* 105, 1.

⁹¹ V. 14. 6. 1976 (BGBl. I S. 1421 ff.).

⁹² § 1355 Abs. 1 S. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

⁹³ § 1355 Abs. 3 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

⁹⁴ § 1356 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

⁹⁵ § 1357 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

und dessen alleinige Befugnis zur gesetzlichen Vertretung durch positive Bestimmungen über die gleichberechtigte Elternschaft zu ersetzen.

Das 1. EheRG bildete auch den Gedanken der materiellen Gleichberechtigung in der Ehe vom Gedanken des Zugewinnausgleichs aus weiter: An die Seite dieses Instituts trat nun der Versorgungsausgleich, der das Prinzip des gleichberechtigten gemeinsamen Erwerbs auf alle Anwartschaften und Aussichten der Ehegatten auf eine Versorgung wegen Alters oder Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit erstreckt, soweit sie „in der Ehezeit“ begründet oder aufrechterhalten sind.⁹⁶ Der entscheidende Fortschritt war, daß im Versorgungsausgleich nicht nur privatrechtlich begründete Rentenwerte zu berücksichtigen sind, die sonst dem Zugewinnausgleich unterfallen würden, sondern auch im öffentlichen Recht wurzelnde Anrechte, insbesondere die Versorgungswerte der gesetzlichen Rentenversicherung und der Beamtenversorgung. Die Konstruktion ist ähnlich wie beim Zugewinnausgleich: Erst bei Auflösung der Ehe wird bilanziert; der Ehegatte, der in der Ehezeit die höheren Versorgungspositionen erworben hat, muß die Hälfte des Wertunterschieds ausgleichen, sei es durch reale Teilung der Anrechte, sei es auf andere Weise. Die rechtstechnische Durchführung des Ausgleichs geriet perfektionistisch und kompliziert. Die strukturelle Schwäche des Versorgungsausgleichs liegt darin, daß oft „Aussichten“ ausgleichend werden, von denen im Zeitpunkt der Entscheidung oft noch völlig unklar ist, zu welchen Versorgungen sie später wirklich führen. Diese wie andere Schwächen haben das Bundesverfassungsgericht zu mehreren Korrekturen veranlaßt,⁹⁷ die wiederum Novellierungen nach sich zogen.⁹⁸ Die Herstellung der deutschen Rechtseinheit bedingte zudem schwierige Probleme,⁹⁹ die Reformen des Rentenrechts machte wiederum Umformulierungen des Normtextes erforderlich.¹⁰⁰ Die Regelung des Versorgungsausgleichs gleicht heute einem Flickwerk, das nur mehr von hochrangigen Spezialisten voll begriffen wird auf weitere Novellierungen wartet.

An einem – wie sich zeigen sollte – wunden Punkt blieben auch die fortschrittlich gesinnten Schöpfer des 1. EheRG in veralteten Vorstellungen verhaftet: der Regelung des Ehenamens. Für den Fall, daß sich die Verlobten bei der Heirat nicht auf einen gemeinsamen Ehenamen einigen konnten oder wollten, wurde der Mannesname kraft Gesetzes zum Ehenamen.¹⁰¹ Dieser Regelung verdanken wir das Nachhutgefecht um die Gleichberechtigung, das bis in die Gegenwart um den

⁹⁶ § 1587 Abs. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG. Heute sind die auszugleichenden Versorgungen umschrieben als „Anwartschaften oder Aussichten auf eine Versorgung wegen Alters oder verminderter Erwerbsfähigkeit“; die Änderung des Textes erfolgte durch das Rentenreformgesetz 1999 v. 16. 12. 1997 (BGBl. I S. 2998), Art. 19 Nr. 3.

⁹⁷ BVerfG v. 28. 2. 1980, BVerfGE 53, 257; BVerfG v. 27. 1. 1983, BVerfGE 63, 88; BVerfG v. 8. 4. 1986, BVerfGE 71, 364.

⁹⁸ Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich (VAHRG) v. 21. 2. 1983 (BGBl. I S. 105); Gesetz über weitere Maßnahmen auf dem Gebiet des Versorgungsausgleichs (VAWMG) v. 8. 12. 1986 (BGBl. I S. 2317).

⁹⁹ Renten-Überleitungsgesetz (RÜG) v. 25. 7. 1991 (BGBl. I S. 1606), dort Art. 31 (Gesetz zur Überleitung des Versorgungsausgleichs auf das Beitrittsgebiet, VAÜG).

¹⁰⁰ Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1992 – RRG 92) v. 18. 12. 1989 (BGBl. I S. 2261), Art. 58.

¹⁰¹ § 1355 Abs. 2 S. 2 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

Ehenamen ausgetragen wird. Das *BVerfG* erklärte im Jahre 1991 die Vorschrift des § 1355 Abs. 2 S. 2 für grundgesetzwidrig, gab dem Gesetzgeber die Schaffung eines neuen Ehenamensrechts auf und verkündete eine Übergangsregelung, die den Grundsatz der Namensseinheit in der Ehe preisgab.¹⁰² Dem folgte auch das „Gesetz über die Neuordnung des Familiennamensrechts“ von 1993.¹⁰³ Die Eheschließenden „sollen“ zwar einen gemeinsamen Ehenamen wählen, müssen es aber nicht.¹⁰⁴ Als Ehename sollten die Geburtsnamen des Mannes oder der Frau zu Gebote stehen, die Bildung eines Doppelnamens aus Frauen- und Mannesname war weiterhin ausgeschlossen.¹⁰⁵ Damit ist die Geschichte nicht zu Ende, denn das *BVerfG* nahm auch an dem 1993 reformierten Recht Anstoß. Zwar billigte es den Ausschluß der Doppelnamenbildung,¹⁰⁶ verwarf aber die Regelung, daß nach dem Gesetz als Ehename nur der Geburtsname, nicht aber ein von Mann oder Frau durch frühere Eheschließung erworbener Name bestimmt werden konnte.¹⁰⁷ Darin sieht das *BVerfG* einen Verstoß gegen die freie Entfaltung der Persönlichkeit und nimmt sogar die Menschenwürde Bezug, aber auch der Grundsatz der Gleichberechtigung soll den Spruch tragen. Der Gesetzgeber war folglich zu einer erneuten Revision des ehelichen Namensrechts gezwungen. Diese erfolgte durch ein Gesetz aus dem Jahre 2005.¹⁰⁸ Nunmehr kann nicht nur der Geburtsname, sondern auch derjenige Name des Mannes und der Frau zum Ehenamen bestimmt werden, den sie zur Zeit der Namensbestimmung führen, also auch ein durch frühere Ehe oder eingetragene Lebenspartnerschaft erworbener Name.¹⁰⁹ Die heute geltende Regelung dürfte nicht das Ende der Reform bedeuten: Denn nun kann zwar ein Paar keinen Doppelnamen aus Mannesname und Frauenname als Ehename bilden, wohl aber kann diese Namensverbindung einer späteren Ehe zur Firma dienen Beispiel: Frau Bieder (Geburtsname) heiratet Herrn Meier (Geburtsname), als Ehename wird Meier gewählt, die Frau trägt ihren Geburtsnamen als persönlichen Namenszusatz, heißt also Bieder-Meier. Diesen Namen, der als gemeinsamer Name für die Ehe der ursprünglichen Namensträger unzulässig war, kann die Frau aber nun nach der Scheidung in die neue Ehe mit Herrn Schulze als Ehenamen einbringen – das deutsche Namensrecht ist an der Grenze zur Posse angelangt.

Im übrigen war der Gesetzgeber auch auf dem Gebiet des Internationalen Privatrechts in Sachen Gleichberechtigung lange säumig gewesen. Das Einführungsgesetz zum BGB vom 18. August 1896 hatte, das Internationale Eherecht betreffend, in einer Reihe von Regelungen die Staatsangehörigkeit des Mannes zum entscheidenden Anknüpfungskriterium erhoben. Eine Reihe von Vorschriften

¹⁰² Entscheidung v. 5. 3. 1991, *BVerfGE* 84, 9 ff.

¹⁰³ Familiennamensrechtsgesetz – FamNamRG v. 16. 12. 1993 (BGBl. I S. 2054). Zur Gesetzgebungsgeschichte: BT-Drs. 12/3163 v. 14. 8. 1992. Dazu meine Glosse: Der Name ist Schall und Rauch, FamRZ 1992, 1015 ff.

¹⁰⁴ § 1355 Abs. 1 BGB i. d. F. des FamNamRG.

¹⁰⁵ § 1355 Abs. 2 BGB i. d. F. des FamNamRG.

¹⁰⁶ Kammer-Entscheidung v. 7. 2. 2002, FamRZ 2002, 530.

¹⁰⁷ Urt. v. 18. 2. 2004 (BGBl. 2004 I S. 431).

¹⁰⁸ Gesetz zur Änderung des Ehe- und Lebenspartnerschaftsnamensrechts v. 6. 2. 2005 (BGBl. I S. 203).

¹⁰⁹ § 1355 Abs. 2 BGB i. d. F. des Gesetzes v. 6. 2. 2005.

mußte daher vom *BVerfG* für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt werden.¹¹⁰ Die Reform des Internationalen Privatrechts durch Gesetz vom 25. Juli 1986¹¹¹ war überfällig.

III. Die entfesselte Ehe – neues Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht

1. Das „Scheitern der Ehe“ als einziger Scheidungsgrund

In das allgemeine Bewußtsein ist das 1. EheRG hauptsächlich wegen der Reform des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts zusammen mit der Einführung der Familiengerichte in Deutschland gelangt. Unzweifelhaft stellt das Gesetz, wenn man die praktischen Auswirkungen betrachtet, den wichtigsten Einschnitt in der Entwicklung des deutschen Familienrechts seit Gründung der Bundesrepublik dar: Dieses Rechtsgebiet, auch vorher schon spannend, verwandelte sich in ein Schlachtfeld des individuellen Geschlechterkampfes ebenso wie des ideologischen Streits. Die Zahl der Scheidungen und der damit verbundenen Folgestreitigkeiten schnellte ebenso in die Höhe¹¹² wie die Auflage der 1954 gegründeten Familienrechtszeitschrift und die Zahl der einschlägigen Publikationen.¹¹³

Rechtsgeschichtlich gesehen sind vier Konzeptionen des Rechts der Eheauflösung in die Gegenwart überkommen: 1) das Prinzip der Unauflöslichkeit, das im Prinzip die Auflösung einer gültig geschlossenen Ehe nur durch den Tod kennt und eine „Scheidung“ nur als Nichtigerklärung wegen bestimmter Mängel bei der Eheschließung zuläßt; 2) das Prinzip der Verschuldenscheidung, demzufolge ein Ehegatte durch schwere Eheverfehlungen dem unschuldigen Teil das Recht gibt, die Auflösung der Ehe zu verlangen; 3) das Konsensprinzip, wonach die Ehegatten durch Willensübereinstimmung die Ehe ebenso beenden können, wie sie sie durch Willensübereinstimmung begründet haben; schließlich 4) das Zerrüttungsprinzip, das im Erlöschen der ehelichen Gesinnung bei einem oder beiden Ehegatten einen zureichenden Grund für die Scheidung sieht. Vereinfacht gesagt entspricht das erste Konzept dem Eherecht der katholischen Kirche, das zweite der Eheethologie der Reformatoren, das dritte entspringt dem Denken der Aufklärung und das vierte dem der Romantik.¹¹⁴

¹¹⁰ Siehe *BVerfG* v. 4. 5. 1971, *BVerfGE* 31, 58; *BVerfG* v. 22. 2. 1983, *BVerfGE* 63, 181; *BVerfG* v. 8. 1. 1985, *BVerfGE* 68, 384 ff.

¹¹¹ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts v. 25. 7. 1986 (BGBl. I S. 1142).

¹¹² Die Zahl der gerichtlichen Ehelösungen betrug im Jahre 2003 betrug 214 274, bei 382 911 Eheschließungen im gleichen Zeitraum (zum Vergleich: gerichtliche Ehelösungen 1970: 76 711). Siehe die Daten des Statistischen Bundesamtes, Statistisches Jahrbuch 2005, S. 50, 56.

¹¹³ Dazu unten S. 296 ff.

¹¹⁴ Für näheres darf ich auf meine rechtshistorischen Arbeiten verweisen: Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, 1967; Die Familie als Vertragsgesellschaft in der Aufklärung, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1 (1972), S. 357 ff.; Art. „Familie“ in: *Brunner/Conze/Koselleck*, Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 1, Stuttgart 1975, S. 253 ff.

Das Scheidungsrecht des BGB näherte sich, wie oben dargestellt,¹¹⁵ in etwa der protestantischen Konzeption, das Ehegesetz von 1938 hatte mit der „Heimtrennungsklage“ zwar einen ersten Schritt zum Zerrüttungsprinzip getan, war aber insgesamt noch dem System der Verschuldensscheidungen verhaftet geblieben.¹¹⁶ Dies zeigte sich u. a. darin, daß auch bei dem Scheidungsgrund der Ehezerrüttung dem beklagten Ehegatten ein Widerspruchsrecht gegen die Scheidung eingeräumt war, wenn der Kläger die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet hatte.¹¹⁷ Um die Grenzen dieses Widerspruchsrechts, das unglückliche Ehen über Jahrzehnte aufrechterhalten konnte, ist viel gestritten worden: Eine gesetzliche Novellierung im Jahre 1961¹¹⁸ erstrebte eine Abschwächung des Widerspruchsrechts, ohne eine überzeugende Lösung zu erreichen.¹¹⁹

Das 1. EheRG stellte das Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht gegenüber den traditionellen Konzepten regelrecht auf den Kopf. Als Scheidungsgrund wird nun einzig die unheilbare Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses angesehen, nun „Scheitern des Ehe“ genannt.¹²⁰ Die Prüfung des Scheiterns wird durch unwiderlegbare Zerrüttungsvermutungen formalisiert, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide die Scheidung wollen oder wenn sie drei Jahre getrennt leben.¹²¹ Die Zerrüttung der Ehe ist auch dann beachtlich, wenn sie nur in der Person eines der Ehegatten vorliegt. Verschulden spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle mehr.

Die ehestabilisierenden Elemente des neuen Scheidungsrechts sind demgegenüber schwach ausgebildet. Auf Betreiben der damaligen Bundesratsmehrheit wurde die Bestimmung eingefügt, daß eine Scheidung im Regelfall erst erfolgen darf, wenn die Ehegatten schon ein Jahr getrennt leben, außer wenn für den Antragsteller die Fortsetzung der Ehe aus Gründen, die in der Person des anderen Ehegatten liegen, eine unzumutbare Härte bedeutet.¹²² Darüber hinaus kennt das Scheidungsrecht eine Härteklausele, mit deren Hilfe auch eine gescheiterte Ehe gerettet werden kann (§ 1568 BGB). Voraussetzung ist, daß entweder die Aufrechterhaltung der Ehe im Interesse der minderjährigen Kinder aus besonderen Gründen ausnahmsweise notwendig ist oder daß die Scheidung für den Ehegatten, der nicht geschieden werden will, aufgrund außergewöhnlicher Umstände eine so schwere Härte darstellt, daß die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint. Um diese Härteklausele ist viel gestritten worden. Der Gesetzgeber des

¹¹⁵ Siehe oben S. 278 ff.

¹¹⁶ Siehe oben S. 284 ff.

¹¹⁷ § 48 Abs. 2 EheG i. d. F. des Kontrollratsgesetzes.

¹¹⁸ Familienrechtsänderungsgesetz (FamÄndG) v. 11. 8. 1961 (BGBl. I S. 1221).

¹¹⁹ Nach der ursprünglichen Fassung des Ehegesetzes war der Widerspruch des unschuldigen oder minder schuldigen Teils unbeachtlich „wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.“ In der Fassung des FamÄndG hatte der Klagegegner kein Widerspruchsrecht, wenn bei ihm die Bindung an Ehe und eine zumutbare Bereitschaft, sie fortzusetzen, fehlten. Die Rechtsprechung des BGH zur Neufassung war ihrerseits umstritten, vgl. *Johannsen*, FamRZ 1969, 353.

¹²⁰ § 1565 Abs. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹²¹ § 1566 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹²² § 1565 Abs. 2 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

1. EheRG hatte ihre Anwendbarkeit mit fünfjährigem Getrenntleben enden lassen,¹²³ ein Schematismus, der vom *BVerfG* beanstandet wurde.¹²⁴ Die Härteklausele des § 1568 BGB gilt seit dem „Unterhaltsänderungsgesetz“ von 1986 unbefristet,¹²⁵ ohne freilich eine erhebliche praktische Bedeutung zu gewinnen. Zugunsten des die Scheidung ablehnenden Ehegatten wird die Härteklausele nach wie vor im Sinne einer „Gnadenfrist“-Regelung begriffen;¹²⁶ zugunsten der von der Scheidung betroffenen Kinder kommt sie kaum zur Anwendung.¹²⁷

2. Die Maximierung der Scheidungsfolgen

Die leichte Scheidbarkeit der Ehe, die das 1. EheRG erstaunlicherweise mit dem ausdrücklichen Bekenntnis zur Ehe auf Lebenszeit verband,¹²⁸ wurde flankiert durch ein üppiges Scheidungsfolgenrecht, das im Grundsatz ebenfalls verschuldensunabhängig gestaltet war. Auf die Einführung des Versorgungsausgleichs, ist schon oben hingewiesen worden.

Als noch brisanter sollte sich die Gestaltung des nachehelichen Unterhaltsrechts durch das 1. EheRG erweisen. Auch hier sollte das Verschuldensprinzip eliminiert werden. Indes erschien es schwierig, stattdessen ein griffiges Kriterium für die Anknüpfung von Unterhaltspflichten zu finden. Die Regelung des nachehelichen Unterhalts¹²⁹ ist daher von inneren Spannungen gekennzeichnet, die der Rechtsprechung schwierige Probleme aufbürden. Vor allem ist das rechtspolitische Prinzip, aus dem sich Unterhaltsansprüche unter Geschiedenen begründen lassen, aus dem Gesetz nicht ohne weiteres erkennbar.¹³⁰ Im Ergebnis favorisiert der Gesetzgeber den ökonomisch schwächeren Ehegatten in auffälliger Weise: Der Unterhaltsanspruch ist aus mehreren Tatbeständen begründbar; seine Höhe bestimmt sich grundsätzlich nach den ehelichen Lebensverhältnissen,¹³¹ so daß also das Niveau der ehelichen Konsumgemeinschaft soweit möglich aufrechterhalten muß. Interessanterweise ist das Unterhaltsmaß, das vordem der an der Scheidung schuldige Mann der unschuldigen Frau zu gewähren hatte,¹³² durch das 1. EheRG zum allgemeinen Maßstab bei der Zerrüttungsscheidung geworden. Wie weit die nacheheliche Verantwortung für das Wohl des Ex-Partners ausgedehnt wurde, zeigt § 1573 BGB¹³³: Der leistungsfähige Teil trägt das Risiko, daß der andere, an sich arbeitsfähige Teil keinen Arbeitsplatz zu finden vermag¹³⁴ und zudem dafür, daß

¹²³ § 1568 Abs. 2 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹²⁴ *BVerfG* v. 21. 10. 1980, *BVerfGE* 55, 134; anders noch *BVerfG* v. 28. 2. 1980, *BVerfGE* 53, 224, 251 (bei 4: 4 Richterstimmen).

¹²⁵ Wegfall des Abs 2 durch das UÄndG v. 20. 2. 1986.

¹²⁶ Zur Problematik *BGH FamRZ* 1985, 905, 908.

¹²⁷ Ein seltener Fall *OLG Hamburg*, *FamRZ* 1986, 469.

¹²⁸ § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹²⁹ §§ 1569 ff. BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹³⁰ Dazu *Hofer*, in: *Hofer/Schwab/Henrich*, Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich, Bielefeld 2003, S. 1 ff.

¹³¹ § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹³² § 58 Abs. 1 EheG i. d. F. des Kontrollratsgesetzes.

¹³³ I. d. F. des 1. EheRG.

¹³⁴ § 1573 Abs. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

der andere Teil, sofern er erwerbstätig ist, mit den Erträgen seiner Arbeit das vor- dem eheliche Unterhaltsniveau aufrechterhalten kann (sog. Aufstockungsunter- halt).¹³⁵ Waren etwa die Ehegatten in der Ehe beide berufstätig, hatten sie aber unterschiedliches Einkommen, so bleiben sie in der Regel auch nach der Ehe praktisch verpflichtet, den Einkommensunterschied auszugleichen – die Teilhabe betrifft so nicht nur das in der Ehe erwirtschaftete Vermögen, sondern auch noch das nach der Ehe erzielte Einkommen.¹³⁶

Besonders das Unterhaltsrecht war, im Kontext mit den übrigen Regelungen des 1. EheRG, Anlaß für erregten rechtspolitischen Streit. Um die auch heute noch nicht abgeklungenen Erregungen zu verstehen, muß man sich die Gesamt- heit des neuen Scheidungsrechts vor Augen halten: Es war nun für einen Ehe- gatten möglich, einseitig aus der Ehe auszuscheren, die Scheidung zu erzwingen, seinen Anteil an den Vermögenszuwächsen in der Ehe mitzunehmen und sich möglicherweise weiterhin vom ehemaligen Partner ernähren zu lassen. Hinzu kam, daß auch über die elterliche Sorge nun völlig unabhängig vom Zerrüttungs- verschulden zu entscheiden war.¹³⁷ Gleiches galt ohnehin für die Regelung der Rechtsverhältnisse an der Ehewohnung und für die Verteilung des Hausrats nach der Hausratsverordnung.¹³⁸

Der Streit um die Scheidungsfolgen mündete in eine gesetzliche Korrektur ins- besondere des Unterhaltsrechts ein. Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz von 1986¹³⁹ stellte sich die Aufgabe, die Flut der Unterhaltsansprüche einzudämmen und, ohne Veränderung der Strukturen, mehr individuelle Gerechtigkeit zu errei- chen. Der Hebel wurde vor allem an der unterhaltsrechtlichen Härteklausel (§ 1579) angesetzt, der Katalog der Gründe für die Versagung oder Schmälerung von nachehelichem Unterhalt von vier auf sieben Tatbestände erweitert. Darunter befindet sich auch der schon zuvor von der Rechtsprechung entwickelte¹⁴⁰ Grund eines offensichtlich schwerwiegenden, eindeutig beim Unterhaltsberechtigten lie- genden Fehlverhaltens¹⁴¹ – das Verschulden hielt also doch, terminologisch ver- hüllt, wieder Einzug in das Scheidungsfolgenrecht. Gleiches gilt für die Härte- klauseln bei Zugewinn- und Versorgungsausgleich,¹⁴² wo allerdings die Meßlatte wegen des Teilhabegedankens höher gelegt wurde.¹⁴³ Den Geschiedenenunterhalt betreffend brachte das Unterhaltsänderungsgesetz schließlich den Gedanken einer zeitlichen Befristbarkeit ein, etwa des oben erwähnten Unterhalts wegen Ar-

¹³⁵ § 1573 Abs. 2 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹³⁶ In diesem Sinne auch die Entscheidung des *BVerfG* v. 5. 2. 2002, *BVerfGE* 105, 1, 12.

¹³⁷ § 1671 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹³⁸ Die Hausratsverordnung (6. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz von 1938) stammt vom 21. 10. 1944 (RGBl. I S. 256) und hat die Zeitläufe – bei gewissen Veränderungen insbe- sondere hinsichtlich des Verfahrensrechts – erstaunlich gut überstanden.

¹³⁹ Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschriften (UÄndG) v. 20. 2. 1986 (BGBl. I S. 301).

¹⁴⁰ Siehe *BGH* v. 23. 4. 1980, FamRZ 1980, 665 und die Folgerechtsprechung.

¹⁴¹ § 1579 Nr. 6 *BGH* i. d. F. des UÄndG.

¹⁴² § 1381 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes; §§ 1587 c, 1587 h BGB i. d. F. des 1. EheRG.

¹⁴³ Vgl. *BGH* v. 22. 4. 1966, *BGHZ* 46, 343, 354; *BGH* v. 27. 5. 1981, *BGHZ* 80, 384 (zu § 1381 BGB).

beitslosigkeit oder unzureichenden Erwerbseinkommens,¹⁴⁴ schließlich auch der „Lebensstandardgarantie“ nach ehelichen Verhältnissen.¹⁴⁵

Das Ergebnis des 1. EheRG und seiner Korrekturen ist ein Unterhaltsrecht, das einerseits durch viele Unterhaltstatbestände gibt, auf der anderen Seite durch ebenso viele Härte-, Zumutbarkeits- und Befristungsklauseln wieder nimmt – die Entscheidung des Einzelfalls ist schwer vorherzusehen. Es bleibt nicht aus, daß die Unzufriedenheit mit dem Unterhaltsrecht weiter schwelt. Die Tendenzen sind nicht einheitlich. Einerseits führt die Rechtsprechung des *BVerfG* und des *BGH* zur Anwendung der sogenannten Differenzmethode beim Aufstockungsunterhalt zu weiteren Belastungen vieler Unterhaltsschuldner: Auch das erstmals nach der Scheidung erzielte Erwerbseinkommen der geschiedenen Hausfrau prägt noch die „ehelichen Lebensverhältnisse“ und bestimmt deren Niveau mit.¹⁴⁶ Andererseits sind starke Bestrebungen wirksam, die Unterhaltslasten, die aus geschiedenen Ehe resultieren, zurückzufahren.¹⁴⁷

3. Die Einführung der Familiengerichte

Als bleibende Errungenschaft des 1. EheRG ist die Einführung der Familiengerichte anzusehen, die bei den Amtsgerichten¹⁴⁸ und bei den Oberlandesgerichten (Familiensenate)¹⁴⁹ gebildet wurden. Damit schloß sich der deutschen Gesetzgeber der internationalen Entwicklung der Spezialisierung an und verknüpfte damit die Einführung eines Verbundverfahrens in Scheidungssachen.¹⁵⁰ Der Verfahrens- und Entscheidungsverbund ermöglicht es dem Gericht, über die Ehescheidung und über die typischen daraus resultierenden Rechtswirkungen („Folgesachen“) gleichzeitig zu verhandeln und zu entscheiden. Die Einführung der Familiengerichte mit einem Instanzenzug bis zum *BGH* ist weithin begrüßt worden. Bedauert wird, daß die Familiengerichte keineswegs für alle aus Familienverhältnissen entstehenden Streitigkeiten zuständig sind. Im weiteren Verlauf der Gesetzgebung sind den Familiengerichten – vor allem zu Lasten der Vormundschaftsgerichte – weitere Kompetenzen zugewachsen.¹⁵¹ Pläne für eine grundlegende Neuregelung des familiengerichtlichen Verfahren im Rahmen einer um-

¹⁴⁴ § 1577 Abs. 5 BGB i. d. F. des UÄndG.

¹⁴⁵ § 1578 Abs. 1 S. 2 BGB i. d. F. des UÄndG. Dazu meine Glosse „Maß für Maß“, FamRZ 1986, 128.

¹⁴⁶ Grundlegend *BVerfG* v. 5. 2. 2002, *BVerfGE* 105, 1; *BGH* v. 13. 6. 2001, *BGHZ* 148, 105.

¹⁴⁷ Siehe den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 7. 4. 2006, BR-Drs. 253/06.

¹⁴⁸ § 23 b GVG i. d. F. des 1. EheRG.

¹⁴⁹ § 119 Abs. 2 i. V. m. § 23 b GVG.

¹⁵⁰ Siehe insbesondere §§ 623–629 d ZPO. Dieser zunächst durch das 1. EheRG geregelte Normenkomplex wurde nach einigen Jahren durch das UÄndG v. 20. 2. 1986 (BGBl. I S. 301) einer Novellierung unterzogen, weitere Veränderungen erfolgten durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz v. 16. 12. 1997 (BGBl. I S. 2942), Art. 6.

¹⁵¹ Auch aufgrund des Beschlusses des *BVerfG* v. 5. 11. 1991, *BVerfGE* 85, 80 ff.: Der 1. Senat sah eine Benachteiligung des nichtehelichen Kindes liegt darin, daß z. B. Unterhaltsklagen vor dem allgemeinen Zivilgericht geltend zu machen waren, wo der Instanzenzug in 2. Instanz, nämlich beim Landgericht endete.

fassenden Reform des FGG zielen auf eine weit ausgedehnte Zuständigkeit der Familiengerichte ab.¹⁵²

IV. Auf dem Weg zu einem einheitlichen Kindschaftsrecht

1. Das Zögern des Gesetzgebers und das Reformgesetz von 1969

Das Grundgesetz erteilt in Art. 6 Abs. 5 dem Gesetzgeber einen in der Zielrichtung klaren, in der Durchführung komplizierten Auftrag. Daß eine Reform des Kindschaftsrechts¹⁵³ durch Art. 6 Abs. 5 GG geboten war, unterlag keinem vernünftigen Zweifel. Wiederum zögerte der Gesetzgeber, obwohl das *BVerfG* seine Interpretation des Verfassungsgebots frühzeitig hatte anklingen lassen:¹⁵⁴ Zwar verlangt das Grundgesetz keine schematische Gleichstellung mit den ehelichen Kindern, das bedeutet aber nicht, daß sich der Gesetzgeber mit moderaten Annäherungen an die Rechtsstellung ehelicher Kinder begnügen durfte. „Bei jeder Regelung, die zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern differenziert“, muß nach Auffassung des *BVerfG* geprüft werden, „ob es für die Ungleichbehandlung überzeugende sachliche Gründe gibt“. Eine danach zulässige Benachteiligung des nichtehelichen Kindes muß möglichst anderweitig ausgeglichen werden.¹⁵⁵

Gleichwohl blieb der Gesetzgeber untätig. Anders als beim Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau war ihm hier von der Verfassung selbst keine Frist gesetzt, so daß ihn schließlich erst das Ultimatum des *BVerfG* vom 29. Januar 1969¹⁵⁶ zu raschem Handeln zwang.¹⁵⁷

Ergebnis der dann eilig aufgenommenen gesetzgeberischen Bemühungen war das Nichtehelichengesetz von 1969.¹⁵⁸ Die Reform ersetzte zunächst den Terminus „unehelich“ durch „nichtehelich“ (während in der Verfassung nach wie vor „unehelich“ steht!) und versuchte, die Diskriminierung nichtehelicher Kinder durch alle Gesetze hindurch zu beseitigen oder doch abzubauen. Der berüchtigte § 1589 Abs. 2 BGB wurde gestrichen, folglich ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen Vater und Kind bejaht. Verbessert wurden das Recht der Vaterschaftsfeststellung und -anerkennung¹⁵⁹ und das Unterhaltsrecht des Kindes,¹⁶⁰ das den Mindestunterhalt (Regelunterhalt) nun in einem erleichterten Verfahren durchsetzen konnte.¹⁶¹ Die elterliche Sorge wurde ausnahmslos der Mutter des Kindes zugeordnet; freilich

¹⁵² Zu den Reformplänen *Meyer-Seitz/Kröger/Heiter*, FamRZ 2005, 1430, 1432.

¹⁵³ Siehe oben S. 278 ff.

¹⁵⁴ Zuerst in der Entscheidung des 1. Senats v. 23. 10. 1958, *BVerfGE* 8, 210.

¹⁵⁵ Grundsätze zusammengefaßt in der Entscheidung v. 5. 11. 1991, *BVerfGE* 80, 87 f.; siehe auch *BVerfG* v. 29. 1. 1969, *BVerfGE* 25, 167, 196; *BVerfG* v. 3. 11. 1981, *BVerfGE* 58, 377, 389; *BVerfG* v. 18. 11. 1986, *BVerfGE* 74, 33, 39.

¹⁵⁶ *BVerfG* v. 29. 1. 1969, *BVerfGE* 25, 167.

¹⁵⁷ Das Gericht setzte Frist bis zum Ende der laufenden Legislaturperiode, also bis Sommer desselben Jahres; geschah bis dahin nichts, so würde dem Art. 6 Abs. 5 GG entgegenstehendes Recht unmittelbar derogiert.

¹⁵⁸ Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder v. 19. 8. 1969 (BGBl. I S. 1243).

¹⁵⁹ §§ 1600 a–o BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

¹⁶⁰ §§ 1615 a–o BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

¹⁶¹ § 1615 f BGB; §§ 642–644 ZPO i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

war das Sorgerecht belastet durch eine kraft Gesetzes eintretende Pflegschaft des Jugendamtes für Status- und Namensangelegenheiten, Unterhaltsansprüche und Erb- und Pflichtteilsrechte beim Tod des Vaters oder eines seiner Verwandten.¹⁶² Diese Pflegschaft konnte nur auf Antrag vom Vormundschaftsgericht eingeschränkt oder aufgehoben werden.¹⁶³ Der Vater vermochte zur elterlichen Sorge hingegen nur durch Legitimation,¹⁶⁴ Ehelicherklärung¹⁶⁵ oder Adoption des Kindes zu gelangen, äußerstenfalls als dessen Vormund fungieren. Im übrigen blieb er auf einen Auskunftsanspruch gegen die Mutter über die persönlichen Verhältnisse des Kindes¹⁶⁶ und auf den persönlichen Umgang mit ihm beschränkt, den er gegen den Willen der Mutter aber nur dann durchsetzen konnte, wenn der Umgang „dem Wohle des Kindes dient“.¹⁶⁷

Auffälligerweise maß die Reform dem nichtehelichen Kind im Verhältnis zum Vater und der väterlichen Verwandtschaft nicht das gleiche gesetzliche Erbrecht zu wie ehelichen. Konkurierte das nichteheliche Kind in der Erbfolge nach seinem Vater mit dessen ehelichen Abkömmlingen und dessen Ehegatten, so beschränkte sich sein Erbrecht auf einen schuldrechtlichen Erbersatzanspruch,¹⁶⁸ der sich zwar nach dem Wert des Erbteils bemaß, aber keine reale Teilhabe am Nachlaß bedeutete.

2. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997

Die Regelungen des Nichtehelichengesetzes von 1969 wurden weithin als unbefriedigend empfunden. Die Zweifel mehrten sich, ob das Verfassungsgebot des Art. 6 Abs. 5 GG voll verwirklicht war.¹⁶⁹ Ein Regierungsentwurf vom März 1988 zielte auf eine Stärkung des Umgangsrechts des nichtehelichen Vaters hin,¹⁷⁰ doch war diesem sehr partiellen Reformversuch kein Erfolg beschieden. Daß eine grundlegende Reform des gesamten Kindschaftsrechts anstand, wurde auf dem 59. Deutschen Juristentag von 1992 deutlich, dessen mit großen Mehrheiten gefaßte Beschlüsse ganz in diese Richtung wiesen.¹⁷¹

Die Dynamik der Entwicklung wurde wiederum durch das *BVerfG* beschleunigt. Das Gericht hatte zwar die Regelung des § 1705 BGB, wonach das nichteheliche Kind unter der elterlichen Gewalt der Mutter steht, im Jahre 1981 als

¹⁶² § 1706 BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes. Eine Verbesserung der sorgerechtlichen Stellung der Mutter hatte zuvor schon das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961 (Fn. 118) gebracht: Auf Antrag der Mutter konnte das Vormundschaftsgericht ihr nun die elterliche Gewalt übertragen (§ 1707 Abs. 2 BGB).

¹⁶³ § 1707 BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

¹⁶⁴ Durch nachfolgende Ehe mit der Mutter, § 1719 BGB.

¹⁶⁵ §§ 1723 ff. BGB, neugefaßt durch das Nichtehelichengesetz.

¹⁶⁶ § 1711 Abs. 3 BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

¹⁶⁷ § 1711 Abs. 1 S. 2 BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes

¹⁶⁸ §§ 1934 a ff. BGB i. d. F. des Nichtehelichengesetzes.

¹⁶⁹ Nachweise bei *Schwenzer*, FamRZ 1992, 121 ff.

¹⁷⁰ Entwurf eines Gesetzes über die rechtliche Möglichkeit des Umgangs zwischen Vater und nichtehelichem Kind, Nichtehelichen-Umgangsgesetz, NEhelUmgG, BT-Drs. 11/5494. Dazu *Hahne* FamRZ 1990, 928.

¹⁷¹ Siehe die Beschlüsse FamRZ 1992, 1275.

verfassungsgemäß bestätigt.¹⁷² Doch gab eine Richtervorlage zu Fragen der Ehelicherklärung dem Gericht im Jahr 1991 Gelegenheit, eine neue Sicht der Dinge einzuleiten. Es ging um die Regelung des § 1738 Abs. 1 BGB, wonach bei Ehelicherklärung eines nichtehelichen Kindes durch seinen Vater die Mutter die Ausübung der elterlichen Sorge verlor, und zwar auch dann, wenn sie mit dem Vater zusammenlebte und beide gemeinsam das Kind betreuten. Der Vater hatte die Ehelicherklärung mit der vom Gesetz nicht vorgesehenen Maßgabe beantragt, daß die elterliche Sorge ihm und der Mutter gemeinsam übertragen werde. Das *BVerfG* sah in der Regelung des § 1738 Abs. 1 BGB einen Verstoß gegen das Elternrecht und hielt diese Vorschrift mit Art. 6 Abs. 5 GG für unvereinbar. Entscheidend für die weitere Entwicklung wurde die Erkenntnis des Gerichts, daß ein genereller Ausschluß des gemeinsamen Sorgerechts nichtehelicher Eltern nicht aus Gründen des Kindeswohls geboten sei, daß vielmehr die zwingende Zuordnung zu einem Elternteil das Kindeswohl erheblich beeinträchtigen könne.¹⁷³ Damit war der bisherigen Regelung des Sorgerechts für nichteheliche Kinder der verfassungsrechtliche Boden entzogen.

Die fälligen Konsequenzen zog die Gesetzgebung im Rahmen der großen Reform des Kindschaftsrechts im Jahre 1997. Diese stellte praktisch das gesamte Kindschaftsrecht auf neue Grundlagen, ihre Bedeutung läßt sich mit der Eherechtsreform des Jahres 1976 vergleichen. Ein wesentlicher Programmpunkt war die Schaffung eines einheitlichen Kindschaftsrechts für eheliche wie nichteheliche Kinder. Schon der Begriff des nichtehelichen Kindes entfiel; das Gesetz spricht nunmehr von einem Kind, dessen „Eltern im Zeitpunkt der Geburt nicht miteinander verheiratet“ sind.¹⁷⁴ Das einheitliche Kindschaftsrecht betreffend findet sich der Reformstoff auf vier Gesetze aufgeteilt:

- Das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997¹⁷⁵ gestaltete im wesentlichen das Abstammungsrecht, das Namensrecht, das Recht der elterlichen Sorge, das Umgangsrecht und das Adoptionsrecht neu.
- Das Beistandschaftsgesetz vom 4. Dezember 1997¹⁷⁶ beseitigte die von Gesetzes wegen eintretende Pflegschaft des Jugendamtes für nichteheliche Kinder. An ihre Stelle trat eine Beistandschaft des Jugendamts in Fragen der Feststellung der Vaterschaft und des Kindesunterhalts auf Antrag des allein sorgeberechtigten Elternteils. Die Beistandschaft ist bei ehelichen Kindern ebenso möglich wie bei nichtehelichen. In der Folgezeit wurde die Beistandschaft auch für den Fall zugelassen, daß zwar gemeinsames Sorgerecht besteht, das Kind sich aber in der Obhut eines Elternteils befindet.¹⁷⁷

¹⁷² *BVerfG* v. 24. 3. 1981, *BVerfGE* 56, 363.

¹⁷³ *BVerfG* v. 7. 5. 1991, *BVerfGE* 84, 168.

¹⁷⁴ § 1626a Abs. 1 BGB i. d. F. des KindRG. Siehe auch die Überschrift des Untertitels vor § 1615a.

¹⁷⁵ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) v. 16. 12. 1997 (BGBl. I S. 2942).

¹⁷⁶ Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft (Beistandschaftsgesetz) v. 4. 12. 1997 (BGBl. I S. 2846).

¹⁷⁷ § 1713 Abs. 1 S. 2 BGB i. d. F. des Gesetzes zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG) v. 9. 4. 2002 (BGBl. I S. 1239).

- Das Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16. Dezember 1997¹⁷⁸ beseitigte die erbrechtliche Sonderstellung nichtehelicher Kinder, die nun auch nach dem Vater und den väterlichen Verwandten das volle Erbrecht erhielten.
- Das Kindesunterhaltsgesetz vom 6. April 1998¹⁷⁹ brachte – bei vielen Verbesserungen im einzelnen – ein gleiches Unterhaltsrecht für eheliche wie nichteheliche Kinder mit der Möglichkeit eines vereinfachten Verfahrens, in dem der Kindesunterhalt u.a. dynamisch in Höhe eines Prozentsatzes des jeweiligen Regelbetrags festgelegt werden kann.

In einzelnen, wenngleich wichtigen Fragen blieben indes nach wie vor Sonderregelungen für die nichtehelichen Kinder und ihre Eltern. Besonders nahe lag dies im Abstammungsrecht, wo der Satz „*pater est quem nuptiae demonstrant*“ aufrechterhalten wurde,¹⁸⁰ während sich der Gesetzgeber zu einer Parallelregelung für Kinder, die in einer ehähnlichen Gemeinschaft geboren wurden, nicht entschließen konnte. Bei nichtehelichen Kindern muß die rechtliche Vaterschaft nach wie vor erst durch Anerkennung oder gerichtliche Feststellung begründet werden. Ein Recht zur Anfechtung einer bestehenden rechtlichen Vaterschaft wurde erstmals auch der Mutter zuerkannt,¹⁸¹ während dem genetischen Vater des Kindes das Anfechtungsrecht vorenthalten wurde. In diesem Punkt hatte der Gesetzgeber aufgrund eines Urteils des *BVerfG* im Jahre 2003¹⁸² nachzubessern: Das Anfechtungsrecht kommt nun auch dem potentiellen leiblichen Vater zu, allerdings nur, wenn zwischen dem Kind und seinem rechtlichen Vater keine „sozial-familiäre Beziehung“ besteht,¹⁸³ die bestehenden Familienbande sollen also geschützt bleiben.

Wesentliche Unterschiede zum Recht des ehelichen Kindes verbleiben nach dem Kindschaftsrechtsreformgesetz auch in der Sorgerechtsfrage. Der Gesetzgeber mußte dem Wink des *BVerfG* von 1991 folgen und nichtehelichen Eltern den Weg zum gemeinsamen Sorgerecht öffnen. Es geschah dies durch Einführung des Instituts der Sorgeerklärung: Geben beide Eltern eine öffentlich beurkundete Erklärung ab, das Sorgerecht gemeinsam „übernehmen“ zu wollen, so entsteht kraft dieser Erklärungen die gemeinsame Sorge.¹⁸⁴ Diese wird auch durch nachfolgende Eheschließung der Eltern begründet – das Institut der *legitimatio per subsequens matrimonium*, durch das Reformgesetz abgeschafft, klingt noch als Erwerb des gemeinsamen Sorgerechts nach. In den übrigen Fällen – keine Sorgeerklärung und auch keine Eheschließung – bleibt es bei der Regelung, daß die

¹⁷⁸ Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder (Erbrechtsgleichstellungsgesetz – ErbGleichG) v. 16. 12. 1997 (BGBl. I S. 2968).

¹⁷⁹ Gesetz zur Vereinheitlichung des Unterhaltsrechts minderjähriger Kinder (Kindesunterhaltsgesetz – KindUG) v. 6. 4. 1998 (BGBl. I S. 666).

¹⁸⁰ § 1592 Nr. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

¹⁸¹ § 1600 BGB i. d. F. des KindRG.

¹⁸² Entscheidung v. 9. 4. 2003, *BVerfGE* 108, 82.

¹⁸³ § 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 und 3 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern v. 23. 4. 2004 (BGBl. I S. 598).

¹⁸⁴ § 1626 a Abs. 1 Nr. 1; §§ 1626 b–1626 d BGB i. d. F. des KindRG.

Mutter das Sorgerecht allein innehat.¹⁸⁵ Der Unterschied zwischen den beiden Gestaltungen – alleiniges Sorgerecht der Mutter oder gemeinsames Sorgerecht – ist grundlegend. Im ersteren Fall entsteht bei Trennung des Elternpaares kein Sorgerechtskonflikt, die Mutter bleibt auch weiterhin unangefochten alleinige Inhaberin des Sorgerechts, im letzteren Fall ist nach den selben Regeln zu entscheiden wie bei der Trennung miteinander verheirateter Eltern (§ 1671 BGB). Auch der Name des Kindes richtet sich nach der Sorgerechtslage (§§ 1617, 1617a BGB). Hingegen ergeben sich beim Umgangsrecht gegenüber den ehelichen Kindern keine Unterschiede mehr.¹⁸⁶

Der Gesetzgeber konnte sich somit weder dazu entschließen, das gemeinsame Sorgerecht an das Zusammenleben der Eltern anzuknüpfen noch gab es dem Vater Mittel in die Hand, die Haltung der Mutter gerichtlich überprüfen zu lassen, wenn sie die Abgabe einer Sorgeerklärung verweigert. Hiergegen setzte alsbald die Kritik ein, die das Elternrecht der Väter über das vom Kindeswohl geforderte Maß eingeschränkt sieht. Doch hat das *BVerfG* die gesetzliche Regelung vorerst bestätigt.¹⁸⁷

Ein rechtlicher Unterschied zwischen ehelicher und nichtehelicher Elternschaft ergibt sich besonders deutlich beim Unterhaltsanspruch, der dem das Kind betreuenden Elternteil gegen den anderen zusteht. Das BGB ursprünglicher Fassung kannte einen solchen Anspruch nicht und gestand der nichtehelichen Mutter nur einen marginalen Entschädigungsanspruch gegen den Kindesvater zu (Kosten der Entbindung, weitere Sachaufwendungen, Unterhalt für die ersten sechs Wochen nach der Entbindung).¹⁸⁸ Schritt für Schritt wurde der Unterhaltsanspruch der nichtehelichen Mutter ausgebaut. Das Nichtehechengesetz von 1969 gewährte der Mutter Unterhalt u.a.¹⁸⁹ dann, wenn sie nicht oder nur beschränkt erwerbstätig ist, weil das Kind andernfalls nicht versorgt werden könnte; freilich endete der Unterhaltsanspruch ein Jahr nach der Entbindung.¹⁹⁰ Der nächste Reformschritt erfolgte 1995 durch das Schwangeren- und Familienhilfänderungsgesetz. Seitdem hat die Mutter, die ein nichteheliches Kind betreut, einen Anspruch, „soweit“ von ihr „wegen der Pflege und Erziehung des Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“.¹⁹¹ Damit formulierte das Gesetz die-

¹⁸⁵ § 1626 a Abs. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

¹⁸⁶ Siehe §§ 1684, 1686 i. d. F. des KindRG.

¹⁸⁷ Entscheidung v. 29. 1. 2003, *BVerfGE* 107, 150. Das Gericht gibt dem Gesetzgeber aber auf, die weitere tatsächliche Entwicklung daraufhin zu beobachten, ob zusammenlebende nichteheliche Eltern die Möglichkeit der Sorgeklärungen auch wirklich in der Regel nutzen. Siehe ferner die Kammerentscheidung zu § 1626 a Abs. 2, 1672 BGB v. 23. 4. 2003, *FamRZ* 2004, 87.

¹⁸⁸ § 1715 BGB ursprünglicher Fassung.

¹⁸⁹ Ohne weitere Begründung für die Dauer von sechs Wochen vor und acht Wochen nach der Geburt des Kindes, weiterhin für den Fall, daß die Mutter einer Erwerbstätigkeit nicht nachgeht, weil sie aufgrund der Schwangerschaft oder einer durch Schwangerschaft oder Entbindung verursachten Krankheit dazu außerstande ist, § 16151 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BGB i. d. F. des Nichtehechengesetzes v. 19. 8. 1969.

¹⁹⁰ § 16151 Abs. 2 S. 2 und 3 BGB i. d. F. des Nichtehechengesetzes.

¹⁹¹ § 16151 Abs. 2 S. 2 BGB i. d. F. des Schwangeren- und Familienhilfänderungsgesetzes v. 21. 8. 1995 (BGBl. I S. 1050, 1055).

selbe Anspruchsvoraussetzung wie beim Betreuungsunterhalt geschiedener Eltern (§ 1570 BGB).¹⁹² Im Gegensatz dazu blieb es aber bei einer zeitlichen Befristung, die auf drei Jahre nach der Geburt des Kindes ausdehnt wurde.

Für den Gesetzgeber der großen Kindschaftsrechtsreform von 1997 stellte sich die Frage, ob die unterschiedliche unterhaltsrechtliche Behandlung geschiedener und nichtehelicher Mütter nach dem Konzept eines einheitlichen Kindschaftsrechts aufrechterhalten bleiben konnte. Er versuchte einen Mittelweg: Zwar blieb die zeitliche Begrenzung bis drei Jahre nach der Geburt bestehen, doch wurde sie durch eine Billigkeitsklausel geöffnet: Auch über diese Zeit hinaus ist nun die Mutter gegenüber dem Vater unterhaltsberechtig, „sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen.“¹⁹³ Im Sinne der Gleichberechtigung wurde vice versa auch dem Kindesbetreuenden Vater ein solcher Anspruch gegen die Mutter zugestanden.¹⁹⁴ Die unterschiedliche Behandlung ehelicher und nichtehelicher Eltern wirft die Frage der Gleichbehandlung insbesondere der zu betreuenden Kinder auf. Die geplante Unterhaltsrechtsreform will die Struktur des geltenden Rechts beibehalten mit dem Unterschied, daß die zeitliche Sperre nicht erst bei „grober Unbilligkeit“, sondern schon bei „Unbilligkeit“ durchbrochen wird.¹⁹⁵

V. Die Entdeckung der Rechte des Kindes

Die „väterliche“ oder „elterliche Gewalt“ über die im Hause lebenden Kinder war von alters her stark ausgebildet, noch im Mittelalter hielt sich die Vorstellung, der Vater dürfe die Kinder im Falle echter Not verkaufen.¹⁹⁶ Das Christentum wirkte zwar erfolgreich auf eine Stärkung der Rechtsposition des Kindes auch gegenüber den Eltern hin, doch räumte der Obrigkeitsstaat der Neuzeit dem Hausregiment wiederum eine gesteigerte Rechtsgewalt über die Kinder ein.¹⁹⁷ Das Kind war als Untertan des Hausregenten begriffen ebenso wie dieser als Untertan des Fürsten – Staat und Familie wurden als strukturell analoge Gebilde verstanden. Eingriffsmöglichkeiten gegen Pflichtverletzungen der Eltern, die in den Gesetzen der frühen Neuzeit durchaus gegeben waren, wurden nicht von Rechten des Kindes her entwickelt, sondern von der christlich-obrigkeitsstaatlichen Aufgabe des Staates, die Aufzucht ehrbarer und tüchtiger Untertanen sicherzustellen. Ein Schutz des Kindes ergab sich als bloßer Reflex dieser Staatsfunktion.

¹⁹² Seit der Fassung durch das 1. EheRG.

¹⁹³ § 16151 Abs. 2 S. 3 BGB i. d. F. des KindRG. Die heute geltende Fassung des § 16151 BGB beruht insgesamt auf Änderungen sowohl durch das KindRG als auch durch das KindUG.

¹⁹⁴ § 16151 Abs. 5 BGB i. d. F. des KindRG.

¹⁹⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Unterhaltsrechts v. 7. 4. 2006, BR-Drs. 253/06.

¹⁹⁶ *Jacob Grimm*, Deutsche Rechtsaltertümer, Reprint der 4. Aufl. 1899, Darmstadt 1983, Bd. 1, S. 635.

¹⁹⁷ Einzelheiten in meinem Artikel „Kind“, in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von *Erler/Kaufmann*, Bd. 2 Sp. 717 ff.

Der Anstoß dazu, das Eltern-Kind-Verhältnis von den Menschenrechten des Kindes her zu deuten, kam aus der Aufklärung,¹⁹⁸ deren Theorien die Eltern-Kind-Beziehung zum Teil sogar auf ein Vertragsverhältnis gründeten.¹⁹⁹ Nach restaurativen Tendenzen im 19. Jahrhundert nahm das BGB eine gemäßigt moderne Haltung ein²⁰⁰. Im ganzen blieb es jedoch der Vorstellung von einer einseitigen Bestimmungsgewalt des Vaters verpflichtet, die der Staat zum Schutz des Kindes zu begrenzen hatte.

Das 20. Jahrhundert, schon zu seinem Beginn zum „Jahrhundert des Kindes“ ausgerufen,²⁰¹ nahm den Faden der Rechte und Selbstbestimmungsinteressen des Kindes wieder auf. Freilich dauerte es lange, bis dieses Verständnis in der deutschen Gesetzgebung Früchte trug. Wichtige Etappen waren das Gesetz über die religiöse Kindererziehung von 1921 und das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz von 1922,²⁰² das unter dem 11. August 1961 als „Gesetz für die Jugendwohlfahrt (JWG)“ neu bekannt gemacht²⁰³ und erst in neuester Zeit durch das Kinder- und Jugendhilfegesetz vom 26. Juni 1990 modernisiert wurde.²⁰⁴

Die allgemeine Deutung der kindbezogenen Rechtsregeln als Verwirklichung von Kindesrechten, die sich sowohl gegen Staat und Gesellschaft als auch gegen die Eltern richten, blieb der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts vorbehalten. Der Trend zeigte sich auch in internationalen Dokumenten und wurde durch sie begünstigt. So ratifizierte die Bundesrepublik Deutschland die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989.²⁰⁵ Auch das Europäische Abkommen über die Ausübung von Kinderrechten vom 25. Januar 1996 fand die Unterzeichnung und Zustimmung von deutscher Seite.²⁰⁶

Der Reformimpuls für die deutsche Gesetzgebung ging augenscheinlich vom emanzipatorischen Denken der 68er Jahre aus, das den jungen Menschen aus der elterlichen „Fremdbestimmung“ zu erlösen trachtete. Eine „Grundrechtsmündig-

¹⁹⁸ Vgl. *Locke*, The Second Treatise of Government, 1690, §§ 58, 65, 67 (hier nach der Ausgabe von *Laslett*, Two Treatises of Government, 2. ed., Cambridge 1970).

¹⁹⁹ *Schwab*, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1972, S. 357 ff. (= Geschichtliches Recht und moderne Zeiten. Ausgewählte rechtshistorische Aufsätze, hrsg. *Klippel*, Heidelberg 1995, S. 179 ff.).

²⁰⁰ Siehe oben S. 278 ff.

²⁰¹ *Key*, Das Jahrhundert des Kindes, erschienen 1900 in schwedischer Sprache, erste deutsche Übersetzung 1902.

²⁰² RGBl. 1922 I S. 633, dazu oben B. II.

²⁰³ Gesetz für die Jugendwohlfahrt (JWG) v. 11. 8. 1961 (BGBl. I S. 1206).

²⁰⁴ V. 26. 6. 1990 (BGBl. I S. 1163). Die Jugendhilfe ist nun als Buch 8 in das Sozialgesetzbuch integriert. Das KJHG ist bereits diversen Novellierungen unterzogen worden, die rastlosen Änderungen zeugen nicht vor klaren Konzeptionen. Siehe neuerdings das Gesetz zur Weiterentwicklung der Kinder- und Jugendhilfe (Kinder- und Jugendhilfeweiterentwicklungsgesetz – KICK) v. 8. 9. 2005 (BGBl. I S. 2729).

²⁰⁵ Gesetz zu dem Übereinkommen v. 20. 11. 1989 über die Rechte des Kindes, v. 17. 2. 1992 (BGBl. II S. 121). Die Ratifikationsurkunde wurde am 6. 3. 1992, freilich mit einer Vorbehaltserklärung der Bundesregierung, in New York hinterlegt, dazu *Stöcker*, FamRZ 1992, 245 ff.; Text der Vorbehaltserklärung auch in FamRZ 1992, 266 ff.

²⁰⁶ Gesetz zu dem Übereinkommen v. 25. 1. 1996 über die Ausübung von Kinderrechten v. 5. 11. 2001 (BGBl. II S. 1074, 1075).

keit“ schon des Minderjährigen sollte eine frühzeitige Selbstbestimmung ermöglichen. Erste Frucht dieser Bestrebungen war die Herabsetzung des Mündigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre, die auch dem deutschen Bankgewerbe nicht unwillkommen war. Das einschlägige Gesetz²⁰⁷ wurde mit großer Mehrheit verabschiedet²⁰⁸ und trat zum 1. Januar 1975 in Kraft.

Zur gleichen Zeit liefen die Arbeiten zu einer Reform des elterlichen Sorgerechts an. Ein Regierungsentwurf von 1974²⁰⁹ führte zu lebhaften politischen Auseinandersetzungen.²¹⁰ Schließlich wurde das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge (SorgeRG) mit breiter Zustimmung verabschiedet und trat zum 1. Januar 1980 in Kraft.²¹¹

Kernanliegen des Gesetzes war es, das Sorgerecht der Eltern als bloßes Mittel zum Zweck des Kindeswohls darzustellen und innerhalb des Erziehungsverhältnisses die Selbstbestimmungsrechte des jungen Menschen zu stärken. „Elterliche Gewalt“ wurde in „elterliche Sorge“ umbenannt. Den Eltern wurde auferlegt, bei der Erziehung ihrer Kinder deren wachsende Fähigkeit und wachsendes Bedürfnis zu selbständigem verantwortungsbewußten Handeln zu berücksichtigen und einen diskursiven Erziehungsstil zu pflegen: Sie „besprechen mit dem Kind, soweit es nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.“²¹² Die – kraft Verfassung ohnehin gegebene – gemeinsame gesetzliche Vertretung durch beide Eltern wurde auch im BGB ausdrücklich festgestellt.²¹³ Entwürdigende Erziehungsmaßnahmen wurden für unzulässig erklärt,²¹⁴ die freiheitsentziehende Unterbringung eines Kindes von vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung abhängig gemacht.²¹⁵ Wichtig ist auch das Absenken der staatlichen Eingriffsschwelle im Rahmen des § 1666 BGB: Auch unverschuldetes Versagen der Eltern und das Verhalten Dritter ruft seitdem, wenn es zur Gefährdung des Kindeswohls führt, gerichtliche Maßnahmen auf den Plan,²¹⁶ zudem konnten Auseinandersetzungen zwischen Eltern und Kind um Angelegenheiten der Ausbildung und des Berufs unter bestimmten Voraussetzungen vom Vormundschaftsgericht entschieden werden.²¹⁷ Der Schutz der Pflegekinder – auch gegenüber ihren leiblichen Eltern – wurde durch das Reformgesetz gestärkt.²¹⁸ Eine Neuerung des Sorgerechtsgesetzes bildet das ausdrücklich in das BGB aufgenom-

²⁰⁷ Gesetz zur Neuregelung des Volljährigkeitsalters v. 31. 7. 1974 (BGBl. I S. 1713).

²⁰⁸ Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 7. Wahlperiode, 89. Sitzung, S. 5870 B ff.

²⁰⁹ BT-Drs. 7/2060.

²¹⁰ Siehe sodann den Fraktionsentwurf SPD/FDP von 1977, BT-Drs. 8/111 und die Beschlüsse des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drs. 8/2788. Die letzten Korrekturen gehen, nachdem der Bundesrat den Vermittlungsausschuß angerufen hatte (BT-Drs. 8/2936, 2958 und 2998), auf den Vermittlungsausschuß zurück.

²¹¹ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge v. 18. 7. 1979 (BGBl. I S. 1061).

²¹² § 1626 Abs. 2 BGB i. d. F. des SorgeRG.

²¹³ § 1629 Abs. 1 BGB i. d. F. des SorgeRG.

²¹⁴ § 1631 Abs. 2 BGB i. d. F. des SorgeRG.

²¹⁵ § 1631 b BGB i. d. F. des SorgeRG.

²¹⁶ § 1666 Abs. 1 BGB i. d. F. des SorgeRG. § 1666 war zuvor bereits durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 verändert worden.

²¹⁷ § 1631 a BGB i. d. F. des SorgeRG.

²¹⁸ §§ 1630 Abs. 3, 1632 Abs. 4 BGB i. d. F. des SorgeRG.

mene Gebot an Eltern und Kindern, einander Beistand zu leisten und aufeinander Rücksicht zu nehmen.²¹⁹ Das materielle Recht wurde durch Verfahrensnormen ergänzt, welche die persönliche Anhörung von Kindern regeln, differenziert nach Alter und Angelegenheit.²²⁰ Das SorgeRG hatte allerdings im Gegensatz zum neuen Scheidungsrecht im allgemeinen keine hektische Tätigkeit der Gerichte zur Folge: Das einigermaßen intakte Eltern-Kind-Verhältnis erwies sich als immun gegen Verrechtlichung.

Die Linie des Sorgerechtsgesetzes wurde in den folgenden Reformen weitergeführt. Die Kindschaftsrechtsreform von 1997 beließ im Großen und Ganzen für das allgemeine Kind-Eltern-Verhältnis die 1979 geschaffenen Strukturen. Einen weiteren Eingriff in das elterliche Sorgerecht zugunsten des Kindeswohls, so wie der Gesetzgeber es verstand, brachten allerdings Neuregelungen zum Umgang des Kindes. Nach dem eingefügten Absatz 3 des § 1626 BGB gehört der Umgang mit beiden Elternteilen in der Regel zum Wohl des Kindes. Mehr noch: das Gleiche gilt nach der Vorstellung des Gesetzgebers für den Umgang des Kindes mit anderen Personen, „zu denen das Kind Bindungen besitzt, wenn ihre Aufrechterhaltung für seine Entwicklung förderlich ist.“²²¹ Der Theorie der Kindesrechte folgend wurde nicht nur den Eltern, sondern dem Kind selbst ein förmliches Umgangsrecht mit den Eltern eingeräumt.²²² Als Eingriff in die Elternrechte gravierender war die Einführung förmlicher Umgangsrechte für Großeltern, Geschwister sowie (ehemalige) Stief- und Pflegeeltern, wenn der in Frage kommende Umgang „dem Wohl des Kindes dient“.²²³ Da im streitigen Fall das Gericht entscheidet, welcher Umgang dem Wohl des Kindes dient, verläßt das BGB mit dieser Regelung die Anerkennung der elterlichen Erziehungskompetenz und kehrt zur obrigkeitstaatlichen Erziehungshoheit früherer Zeiten zurück. Das förmliche Umgangsrecht Dritter ist umso brisanter, als der Personenkreis der Berechtigten im Jahre 2004, veranlaßt durch eine Entscheidung des *BVerfG* zugunsten des „leiblichen Vaters“, ²²⁴ stark ausgedehnt wurde. Ein Umgangsrecht hat seitdem jede enge Bezugsperson des Kindes, wenn sie für das Kind tatsächliche Verantwortung trägt oder getragen hat. Eine derartige von *BVerfG* und Gesetz sogenannte sozial-familiäre Beziehung soll in der Regel anzunehmen sein, „wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat“.²²⁵

In einem weiteren Punkt suchte das Kindschaftsrechtsreformgesetz den Schutz des Kindes zu verstärken. Die schon vom Sorgerechtsgesetz ausgesprochene Disqualifikation „entwürdigender Erziehungsmaßnahmen“ wurde näher erläutert.

²¹⁹ § 1618 a BGB i. d. F. des SorgeRG.

²²⁰ §§ 50 b, c FGG i. d. F. des SorgeRG.

²²¹ § 1626 Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

²²² § 1684 Abs. 1 Hs. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

²²³ § 1685 BGB i. d. F. des KindRG.

²²⁴ Entscheidung v. 9. 4. 2003, *BVerfGE* 108, 82.

²²⁵ § 1685 Abs. 2 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes, zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbe treuern v. 23. 4. 2004 (BGBl. I S. 598).

„Insbesondere“ sollten darunter körperliche und seelische Mißhandlungen zu verstehen sein.²²⁶ Auch wenn man, anknüpfend an den strafrechtlichen Mißhandlungsbegriff, schon in dieser Regelung ein Züchtigungsverbot auch für die Eltern sehen konnte, war die Rechtslage nach verbreiteter Meinung noch unklar. So wurde der einschlägige § 1631 Abs. 2 BGB im Jahre 2000 erneut geändert: Den Kindern ist seitdem ausdrücklich ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“ gewährt, körperliche Bestrafungen, seelische Verletzungen und andere entwürdigende Maßnahmen sind für unzulässig erklärt.²²⁷

Auf anderem Felde sorgte das *BVerfG* durch seine Entscheidung vom 13. Mai 1986 zu einer Erweiterung des Schutzes von Kindern, in diesem Fall in Bezug auf ihre künftigen Interessen als Erwachsene. Das Gericht erklärte die Regelungen über die gesetzliche Vertretung für verfassungswidrig, die es den Eltern erlaubten, ihre Kinder bei Fortführung eines ererbten Handelsgeschäfts unbegrenzt zu verpflichten.²²⁸ Nach Auffassung des Gerichts dürfen die Eltern das Kind um seines Persönlichkeitsrechts willen nicht mit erheblichen, in Ausübung der gesetzlichen Vertretungsmacht begründeten Schulden in die Selbständigkeit entlassen. Der Gesetzgeber trug diesem Votum im Jahre 1998 Rechnung.²²⁹ Der neu geschaffene § 1629a BGB beschränkt die Haftung des Kindes für Verbindlichkeiten, welche die Eltern in Ausübung der gesetzlichen Vertretung für das Kind begründet haben, auf den Bestand des bei Eintritt der Volljährigkeit vorhandenen Kindesvermögens.

Der Konzeption von Rechten des Kindes ist ferner das „Kinderrechteverbesserungsgesetz“ von 2002²³⁰ verpflichtet, dessen Titel allerdings mehr verspricht, als das Gesetz hält. Es handelt sich um punktuelle Veränderungen. Zu nennen ist insbesondere die nun ausdrückliche Regelung, daß bei konsentierter heterologer Insemination weder der zustimmende Mann noch die Mutter die Vaterschaft anfechten können.²³¹ Außerdem wurde klargestellt, daß eine Maßnahme des Familiengerichts zum Schutz eines Kindes auch in der Verweisung eines Elternteils oder eines Dritten aus der Wohnung bestehen kann,²³² nachdem das Gewaltschutzgesetz dieses Schutzbedürfnis aus seinem Anwendungsbereich ausgeschlossen hatte.²³³

²²⁶ § 1631 Abs. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

²²⁷ § 1631 Abs. 2 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Ächtung der Gewalt in der Erziehung und zur Änderung des Kindesunterhaltsrechts v. 2. 11. 2000 (BGBl. I S. 1479).

²²⁸ Entscheidung v. 13. 3. 1986, *BVerfGE* 72, 155.

²²⁹ Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger (Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz – MHbG) v. 25. 8. 1998 (BGBl. I S. 2487).

²³⁰ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz – KindRVerbG) v. 9. 4. 2002 (BGBl. I S. 1239).

²³¹ § 1600 Abs. 2 BGB i. d. F. des KindRVerbG.

²³² § 1666a Abs. 1 S. 2 und 3 BGB i. d. F. des KindRVerbG.

²³³ § 3 Abs. 1 Gewaltschutzgesetz v. 11. 12. 2001 (BGBl. I S. 3513).

VI. Konkurrierende Elternschaft. Die Wiederbelebung von Vaterrechten

1. Elterntrennung und Sorgerecht

Das Kindschaftsrecht ist zunächst für die ideale Konstellation konzipiert, daß das Elternpaar mit dem Kind zusammenlebt und gemeinsam für das Kind sorgt. Für diese Lebensform primär versteht sich die Garantie der elterlichen Autonomie und die Zurückweisung staatlicher Einmischung. Die Realität entspricht dem Ideal in immer geringer werdenden Maße. Die Trennung der Eltern oder sonstige Konflikte unter ihnen bilden das klassische Einfallstor für die staatliche Intervention. Das Thema der elterlichen Sorge bei Trennung und Scheidung der Eltern bildet ein Feld von besonderer Dynamik, auf dem sich unterschiedliche Verständnisse vom Kindeswohl und eine neue Akzentuierung von Elternrechten mit widersprüchlichen Tendenzen begegnen.

Aus der Rechtstradition überkommen war die Vorstellung, daß bei Scheidung der Eltern die Erziehung eines minderjährigen Kindes einem der Elternteile zugeordnet werden müsse. Freilich sah schon die ursprüngliche Fassung des BGB – ähnlich wie zuvor das preußische Allgemeine Landrecht²³⁴ – eine gewisse Aufspaltung vor. Die Frage, welchem Elternteil die Sorge für die Person des Kindes zustehen solle, wurde an das Scheidungsverschulden geknüpft: Wurde ein Elternteil für allein schuldig erklärt, so kam dem anderen kraft Gesetzes die Personensorge zu. Waren beide Elternteile für schuldig erklärt, wurde das die Personensorge für Söhne unter sechs Jahren und für Töchter der Mutter, für Söhne ab sechs Jahren dem Vater zugesprochen.²³⁵ Die Befugnis zur gesetzlichen Vertretung verblieb indes beim Vater.²³⁶

Diese Konzeption wirkte auch in den Regelungen des Ehegesetzes noch nach: Bei einer Scheidung war durch das Vormundschaftsgericht zu bestimmen, welchem Ehegatten die Personensorge zustehen soll,²³⁷ nun inklusive der gesetzlichen Vertretung auf diesem Gebiet.²³⁸ Die Vermögenssorge blieb – wie bisher – beim bisherigen Inhaber, also in der Regel dem Vater. Als Entscheidungskriterium für die Zuweisung der Personensorge wurde nun ausdrücklich das Kindeswohl genannt,²³⁹ doch spielte das Scheidungsverschulden weiterhin eine zentrale Rolle. Dem allein oder überwiegend für schuldig erklärten Ehegatten sollte die Sorge nur

²³⁴ Mit der Möglichkeit des Wechsels von einem Elternteil auf den anderen, z.B. ALR Teil II Tit. 2 § 95: War keiner der Eltern für schuldig an der Scheidung befunden worden, so wurden die Kinder bis zur Vollendung des 4. Lebensjahres bei der Mutter, danach beim Vater erzogen. Auch blieb die faktische Pflege bei Kindern vor Vollendung des 4. Lebensjahres in der Regel bei der für schuldig befundenen Mutter, während das Erziehungsrecht dem Vater als dem unschuldigen Teil zustand (ALR Teil II Tit. 2 §§ 92, 94).

²³⁵ § 1635 Abs. 1 BGB ursprünglicher Fassung; das Vormundschaftsgericht konnte eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten war.

²³⁶ § 1635 Abs. 2 BGB ursprünglicher Fassung.

²³⁷ § 81 Abs. 1 S. 1 EheG 1948; § 74 Abs. 1 S. 1 EheG 1946.

²³⁸ Palandt/Lauterbach, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, München und Berlin 1938, § 81 EheG Anm. 5.

²³⁹ § 81 Abs. 1 S. 2 EheG 1938; § 74 Abs. 2 EheG 1946.

übertragen werden, wenn dies aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dienete.²⁴⁰ Im Unterschied zum BGB ergaben sich die Sorgerechtswirkungen nicht mehr automatisch aus der Schuldigerklärung, es bedurfte stets einer besonderen Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, welches die Frage des Kindeswohls einzubringen hatte. Die Fassung des Ehegesetzes von 1946 brachte zudem auch die Einigung der Eltern ins Spiel: Die Eltern konnten binnen zwei Wochen nach Rechtskraft des Scheidungsurteils dem Vormundschaftsgericht eine Vereinbarung über das Sorgerecht zur Genehmigung vorlegen; wenn das Gericht diese Einigung genehmigte, so war eine weitere Entscheidung über das Sorgerecht nicht mehr nötig.²⁴¹

Mit dem Gleichberechtigungsgesetz von 1957 kehrten die einschlägigen Regelungen wieder in das BGB zurück. § 1671 BGB führte das Konzept des Ehegesetzes von 1946 weiter, freilich mit einem bedeutsamen Unterschied: Nun ging es nicht mehr, wie bisher, nur um das Personensorgerecht, sondern um die gesamte elterliche Gewalt, die – wie das Gesetz ausdrücklich bestimmte – in der Regel einem Elternteil allein zu übertragen war.²⁴² Primär setzte die Vorschrift auf einen gemeinsamen Vorschlag der Eltern, von dem das Gericht nur abweichen durfte, wenn dies zum Wohl des Kindes erforderlich war.²⁴³ Im übrigen war das Kindeswohl maßgeblich, freilich noch immer eingeschränkt durch ein – reduziertes – Verschuldensmoment: War ein Elternteil allein für schuldig erklärt, so sollte das Gericht die elterliche Gewalt dem schuldlosen Elternteil übertragen, wenn keine schwerwiegende Gründe für eine Überlassung an den Schuldigen sprachen.²⁴⁴ Mit der Aussage, daß die elterliche Gewalt *in der Regel* einem Elternteil allein übertragen werden soll, stellte das Gleichberechtigungsgesetz die Frage nach einem gemeinsamen Sorgerecht nach der Scheidung. Ausdrücklich sah es nur die Möglichkeit der Spaltung in Personen- und Vermögenssorge vor, wie sie bereits dem ursprünglichen BGB bekannt gewesen war. Ob das Gericht aufgrund eines gemeinsamen Elternvorschlags auch das gemeinsame Sorgerecht nach der Scheidung belassen konnte, wurde alsbald streitig, von der h. M. aber verneint.²⁴⁵ Für den Fall der bloßen Trennung der Elternteile war die Fortdauer der gemeinsamen Sorge allerdings möglich; zwar galten die gleichen Kriterien und Gestaltungsmöglichkeiten für eine gerichtliche Regelung, doch setzte diese den Antrag eines Elternteils voraus.²⁴⁶ Unterblieb die Antragstellung, so dauerte folglich die gemeinsame Elternsorge ungeschmälert fort.

Das 1. EheRG übernahm im großen und ganzen die Regelungen des Gleichberechtigungsgesetzes, freilich unter Wegfall des Verschuldensmoments: Da es keine Schuldigerklärung eines Ehegatten bei der Scheidung mehr gab, entfiel dieser Gesichtspunkt bei der Sorgerechtsentscheidung völlig.²⁴⁷ Es blieb auch dabei, daß die

²⁴⁰ § 81 Abs. 3 EheG 1938; § 74 Abs. 4 EheG 1946.

²⁴¹ Siehe die Regelung des § 74 Abs. 1 und 2 EheG 1946.

²⁴² § 1671 Abs. 1, Abs. 4 S. 1 BGB i. d. F. des GleichberG.

²⁴³ § 1671 Abs. 2 BGB i. d. F. des GleichberG.

²⁴⁴ § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des GleichberG.

²⁴⁵ Siehe Palandt/*Diederichsen*, 35. Aufl., 1976, § 1671 Anm. 2 mit Nachweisen.

²⁴⁶ § 1672 BGB BGB i. d. F. des GleichberG.

²⁴⁷ § 1672 Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des GleichberG entfiel also ersatzlos.

elterliche Gewalt in der Regel Mutter oder Vater allein zu übertragen war, als Ausnahme war, wie zuvor, nur die Trennung der Personen- und Vermögenssorge genannt.²⁴⁸ Einen grundsätzlichen Wechsel brachte indes das Verfahrensrecht des 1. EheRG. Zuständig war anstelle des Vormundschaftsgerichts nunmehr das Familiengericht. Während bislang die scheidungsbedingte Sorgerechtsentscheidung der Ehescheidung nachfolgte, bewirkte der nun eingeführte Verbund von Scheidungs- und Folgesachen eine zeitliche Vorverlagerung. Besonders der Umstand, daß der Verbund des Scheidungsverfahrens mit dem Sorgerechtsverfahren von Amts wegen herzustellen war,²⁴⁹ brachte den möglichen Streit um das Sorgerecht in das Scheidungsverfahren selbst ein.

Das Sorgerechtsgesetz von 1979 fügte der Regelung des § 1671 weitere Facetten zu. Aus dem „gemeinsamen“ Vorschlag wurde der „übereinstimmende“ Vorschlag der Eltern; die Bindung an diesen entfiel nicht nur, wenn ein Abweichen zum Wohl des Kindes erforderlich war, sondern auch dann, wenn das Kind das vierzehnte Lebensjahr vollendet hatte und einen abweichenden Vorschlag unterbreitete.²⁵⁰ Das Kindeswohl, an dem sich die Entscheidung des Gerichts nach wie vor zu orientieren hatte, wurde mit dem Bindungsbegriff aufgefüllt: die „Bindungen des Kindes, insbesondere an Eltern und Geschwister“ seien insbesondere zu berücksichtigen.²⁵¹ Von besonderer Tragweite aber war, daß das SorgeRG die Vorschrift des § 1671 BGB umgestaltete: Das 1. EheRG hatte theoretisch die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung offen gelassen, indem es bestimmte, daß die Sorge bei Scheidung *in der Regel* einem Elternteil allein übertragen werden sollte.²⁵² Das SorgeRG hingegen schloß die Fortsetzung der gemeinsamen Sorge nach der Scheidung definitiv aus. „Die elterliche Sorge *ist* einem Elternteil allein zu übertragen“.²⁵³

Damit war das Pendel zu weit nach der einen Seite ausgeschlagen: Das *BVerfG* beanstandete 1982 die Fassung der Vorschrift durch das SorgeRG als verfassungswidrig,²⁵⁴ weil sie als ausnahmslose Regelung das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG verletzt. Merkwürdig lange blieb der Gesetzgeber untätig. Die familiengerichtliche Praxis entschied die einschlägigen Fälle auf der Grundlage der verfassungsgerichtlichen Entscheidung: Waren sich die geschiedenen Eltern darüber einig²⁵⁵ und ergaben sich keine Bedenken aus dem Kindeswohl, so wurde den Eltern das gemeinsame Sorgerecht belassen.²⁵⁶

²⁴⁸ § 1617 Abs. 4 i. d. F. des 1. EheRG.

²⁴⁹ § 623 Abs. 3 S. 1 ZPO i. d. F. des 1. EheRG.

²⁵⁰ § 1671 Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des Sorgerechtsgesetzes.

²⁵¹ § 1671 Abs. 2 Hs. 2 BGB i. d. F. des Sorgerechtsgesetzes.

²⁵² § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

²⁵³ § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB i. d. F. des Sorgerechtsgesetzes.

²⁵⁴ Entscheidung 3. 11. 1982, *BVerfGE* 61, 358.

²⁵⁵ Vereinzelt auch ohne solche Einigkeit, siehe *Amtsgericht Groß-Gerau*, FamRZ 1993, 462.

²⁵⁶ Unter welchen Voraussetzungen im einzelnen die gemeinsame Sorge nach Scheidung in Betracht kommt, ob sie die Ausnahme oder die Regel sein müsse, war in der juristischen wie psychologischen Literatur weiterhin umkämpft, vgl. *Luthin*, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, 1987; *Michalski*, Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern, FamRZ 1992, 128 ff.; *Limbach*, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, 1988.

Erst im Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997 erfolgte eine gesetzliche Neuregelung des rechtspolitisch stets umstrittenen Problems. Nun schlug allerdings das Pendel wieder extrem in die andere Richtung aus. Statt sich an die Vorgabe des *BVerfG* zu halten, folgten die Schöpfer des Gesetzes einem Konzept, das fast keinen Stein auf dem anderen ließ. Unter dem Einfluß der sogenannten systemischen Theorie hieß die Parole: Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge trotz Trennung und Scheidung, selbst wenn die Eltern sich darüber gar nicht einig sind!

Die seitdem geltende Regelung weist folgende Elemente auf:

- Die Ehescheidung ist materiellrechtlich gesehen überhaupt kein Tatbestandselement für eine Sorgerechtsregelung mehr. Die Scheidung der Eltern als solche ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers kein hinreichender Anlaß für eine gerichtliche Prüfung der Frage, welche Gestaltung des Sorgerechts für das Wohl des Kindes erforderlich oder ersprießlich ist. Deshalb wurde auch die Regelung abgeschafft, wonach die Gestaltung der elterlichen Sorge von Amts wegen in den Verbund mit der Scheidungssache zu nehmen ist. Das Gericht begnügt sich im Scheidungsverfahren damit, die Ehegatten zur elterlichen Sorge anzuhören und sie auf die Beratungsmöglichkeiten bei den Trägern der Jugendhilfe hinzuweisen.²⁵⁷ Zugleich teilt es dem Jugendamt Namen und Adresse der Parteien mit, damit dieses die Eltern über seine Leistungsangebote unterrichten kann.²⁵⁸
- Tatbestandselement für eine mögliche Sorgerechtsregelung ist ausschließlich das dauerhafte Getrenntleben der Eltern. Allerdings besteht bei Trennung der Eltern grundsätzlich die gemeinsame Sorge fort, soweit keine anderweitige gerichtliche Regelung erfolgt. Eine solche ergeht – abgesehen von den Fällen eines nötigen Eingriffs zur Abwehr einer Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) – nicht mehr von Amts wegen, sondern nur noch auf Antrag eines Elternteils. Inhalt der stattgebenden gerichtlichen Entscheidung kann nur die Übertragung der alleinigen elterlichen Sorge oder eines Teils davon auf den Antragsteller sein. Für die Fortdauer der gemeinsamen Sorge bedarf es hingegen keiner Gerichtsentscheidung.
- Jeder Elternteil kann den Antrag auf Zuweisung der alleinigen elterlichen Sorge stellen, doch wird dem nur unter engen Voraussetzungen stattgegeben. Entweder muß der andere Teil zustimmen – auch in diesem Fall kann das Gericht anders entscheiden, wenn das Kind, das 14 Jahre oder älter ist, der Übertragung widerspricht. Oder es muß zu erwarten sein, daß die Aufhebung der gemeinsamen Sorge und die Übertragung auf den Antragsteller dem Wohl des Kindes am besten entspricht. Wenn diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, bleibt in streitigen Fällen die gemeinsame Sorge auch dann aufrechterhalten, wenn ein Elternteil sie ablehnt.
- Das gemeinsame Sorgerecht nach der Trennung weist nach dem neuen Recht eine gesetzlich festgelegte Struktur auf. Es stellt letztlich eine Mischung aus Alleinsorge eines Elternteils und der gemeinsamen Sorge in vollem Sinne dar: Der Elternteil, bei dem sich das Kind mit Einwilligung des anderen oder aufgrund gerichtlicher Entscheidung gewöhnlich aufhält, hat die Befugnis zur

²⁵⁷ § 613 Abs. 1 S. 2 ZPO i. d. F. des KindRG.

²⁵⁸ Siehe § 17 SGB VIII i. d. F. des KindRG.

alleinigen Entscheidung in Abgelegenenheiten des täglichen Lebens; hingegen ist bei der Entscheidung in Angelegenheiten, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, das gegenseitige Einvernehmen der Eltern erforderlich.²⁵⁹

Diese Regelung führte zu einer erheblichen Verminderung von scheidungsbedingten Sorgerechtsverfahren und fand verbreiteten Beifall.²⁶⁰ Sie stärkte die Position der Väter, bei denen die Kinder gewöhnlich nicht ihren ständigen Aufenthalt haben, erheblich, weil ihnen über das Umgangsrecht hinaus ein Mitspracherecht in wichtigen Belangen des Kindes verbleibt. Hinzu kommt, daß die Möglichkeit, über § 1671 zu einem Alleinsorgerecht zu gelangen, von vielen Gerichten sehr restriktiv gehandhabt wird; vielfach ist es auch in Fällen mit hohem Streitpotenzial zwischen den Eltern, ja selbst in Fällen erheblicher häuslicher Gewalt, kaum möglich, zu einem Alleinsorgerecht zu gelangen,²⁶¹ die Zuerkennung der alleinigen Teilsorge (z.B. Aufenthaltsbestimmung) ist oft das Maximum des Erreichbaren. Der *BGH* versuchte, diesem Trend mit der These entgegenzuwirken, die gemeinsame Sorge nach der Trennung habe vor der Alleinsorge keinen Vorrang, Gemeinsamkeit lasse sich nicht verordnen.²⁶² Die Schwierigkeiten, in der familienrechtlichen Alltagspraxis zum alleinigen Sorgerecht zu gelangen, sind mit dieser Entscheidung aber nicht grundlegend behoben. Es wirkt sich ein Paradigmenwechsel aus, der dem neuen Kindschaftsrecht uneingestanden zugrunde liegt: Nicht mehr das Interesse des Kindes an einem Aufwachsen in einer stabilen Lebensumwelt steht im Vordergrund, sondern die Rechte der Väter und Mütter, deren Verwirklichung jeweils als vom Kindeswohl gefordert fingiert wird. Symptomatisch dafür ist eine Kammerentscheidung des *BVerfG* vom 1. März 2004,²⁶³ wonach sich die Gerichte in Sorgerechtsverfahren mit Teilentscheidungen als milderem Mittel begnügen müssen, „wo immer dies dem Kindeswohl Genüge tut“. Es geht also nicht primär um eine Gestaltung der Lebensverhältnisse, die – nach menschlichem Ermessen – dem von der Elterntrennung in eine Lebenskrise geratenen Kind die möglichst besten oder am wenigsten schädlichen Bedingungen für seine weitere Entwicklung bieten, sondern zunächst um die Realisierung der Elternrechte, deren „Kindeswohlverträglichkeit“ dann erst im zweiten Schritt überprüft wird.

²⁵⁹ § 1687 Abs. 1 S. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

²⁶⁰ Siehe vor allem die Untersuchung von *Proksch*, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts – Begleitforschung zur Umsetzung des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, 2002. Kritisch zur Methodik und Aussagekraft dieses Unternehmens *Kostka*, FamRZ 2004, 1924.

²⁶¹ Siehe den Fall *BVerfG* v. 18. 12. 2003, FamRZ 2004, 354; Das *OLG* hatte trotz rechtskräftiger Verurteilung des Vaters wegen massiver Gewalttätigkeiten gegen die Mutter deren Antrag auf Alleinsorge abgewiesen; das *BVerfG* sah im konkreten Fall keine tragfähigen sozialen Beziehung zwischen den Eltern, die ein gemeinsames Sorgerecht rechtfertigten.

²⁶² *BGH* v. 19. 9. 1999, FamRZ 1999, 1646.

²⁶³ FamRZ 2004, 1015.

2. Der Ausbau des Umgangsrechts

Die historisch überwunden geglaubte Konstruktion des Kindschaftsrechts als Treffpunkt von Elternrechten führt zunehmend zu einer Aufspaltung der Lebenswelt des Kindes. Die Tendenzen finden ihre Bestätigung im Bereich des Umgangsrechts. Daß auch der Elternteil, bei dem das Kind nicht ständig lebt, ein Recht auf angemessenen Kontakt mit seinem Kind hat, ist – für eheliche Kinder – seit langem anerkannt. Die ursprüngliche Fassung des BGB beließ dem Ehegatten, dem die Sorge für die Person des Kindes nicht zustand, „die Befugnis, mit dem Kinde persönlich zu verkehren“; dem Vormundschaftsgericht konnte Näheres zu regeln.²⁶⁴ Die Regelung des BGB ging in das Ehegesetz ein, wo dem Gericht ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wurde, den Verkehr zeitweise oder dauernd auszuschließen, wenn dies „aus besonderen Gründen dem Wohl des Kindes dient.“²⁶⁵ Fast wörtlich transportierte das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 die Vorschrift in das BGB,²⁶⁶ mit dem Unterschied, daß statt von einem Ehegatten von einem „Elternteil“ die Rede war und daß der Ausschluß des Verkehrs keiner besonderen Gründe mehr bedurfte, sondern die Erforderlichkeit zum Wohl des Kindes genügte.²⁶⁷ Das 1. EheRG übernahm wiederum diese Regelung mit dem Unterschied, daß fortan statt des Vormundschaftsgerichts das Familiengericht zuständig war.²⁶⁸

Erst die Neuregelung des Themas im Sorgerechtsreformgesetz von 1979 ging sachlich über das hinaus, was schon im ursprünglichen BGB gestanden hatte. Das „Recht zum persönlichen Verkehr“ wurde nun in ein „Recht zum persönlichen Umgang“ umgetauft. Die Entscheidungsmöglichkeiten des Gerichts wurden näher umschrieben. Die ausdrückliche Normierung von Wohlverhaltenspflichten sollte der Verwirklichung dieses Rechts zugute kommen: Die Eltern haben alles zu unterlassen, was das Verhältnis des Kindes zum jeweils anderen Elternteil beeinträchtigt oder die Erziehung erschwert.²⁶⁹ Schließlich wurde der Umgang durch einen Anspruch auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes ergänzt.²⁷⁰

Den entscheidenden Konzeptionswechsel brachte wiederum das Kindschaftsrechtsreformgesetz. Die „Befugnis“ des nicht sorgeberechtigten Elternteils verwandelte sich in ein „Pflichtrecht“ beider Elternteile, zudem wurde dem Kind selbst das Recht auf Umgang mit jedem Elternteil eingeräumt.²⁷¹ Erstmals unterschied das Gesetz beim Umgangsrecht nicht zwischen ehelichen und nichtehelichen Eltern.²⁷²

²⁶⁴ § 1636 BGB ursprünglicher Fassung. Siehe schon ALR Teil II Tit. 2 §§ 101, 102.

²⁶⁵ § 82 EheG 1938; § 75 EheG 1946. Daß das Recht zum persönlichen Verkehr aus dringenden Gründen vorübergehend ganz untersagt werden könne, war schon zuvor angenommen worden, siehe RGRK-Sayn, 8. Aufl., Bd. 4, Berlin und Leipzig 1935, § 1636 BGB Anm. 1.

²⁶⁶ Nun § 1634 BGB i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

²⁶⁷ Das darf nicht zu Fehlschlüssen führen; § 1634 BGB betraf auch i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes nur die ehelichen Kinder.

²⁶⁸ § 1634 BGB i. d. F. des 1. EheRG.

²⁶⁹ § 1634 Abs. 1 S. 2 BGB i. d. F. des Sorgerechtsgesetzes.

²⁷⁰ § 1634 Abs. 3 BGB i. d. F. des Sorgerechtsgesetzes.

²⁷¹ § 1684 Abs. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

²⁷² Die v. Nichtehelichengesetz eingeführte besondere Vorschrift für nichteheliche Väter (§ 1711 BGB) wurde aufgehoben, der neue § 1684 gilt für eheliche wie nichteheliche Eltern gleichermaßen.

Die Wohlverhaltenspflicht wurde mit dem Hinweis darauf akzentuiert, daß das Gericht die Beteiligten durch Anordnungen zur Pflichterfüllung anhalten könne.²⁷³ Auf der anderen Seite erschwerte das Gesetz den Ausschluß des Umgangsrechts: Eine Entscheidung, die das Umgangsrecht für längere Zeit oder auf Dauer einschränkt oder ausschließt darf danach nur ergehen, wenn andernfalls das Wohl des Kindes gefährdet wäre.²⁷⁴ Mit der ausdrücklich genannten Möglichkeit eines „begleiteten Umgangs“²⁷⁵ ist ein völliger Ausschluß nur noch in seltenen Fällen zu erreichen.

Der Wechsel von der bloßen „Befugnis“ eines Elternteils zum „Recht des Kindes“ auf Umgang darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es letztlich darum ging, den Umgangswünschen des Elternteils, bei dem das Kind nicht ständig lebt, mehr als bisher zur Durchsetzung zu verhelfen. Fälle, in denen im Namen des Kindes versucht wird, dessen Umgangsrecht gegen den unwilligen Elternteil geltend zu machen, sind selten, wohl aber häufen sich die Streitigkeiten auf Initiative des umgangsberechtigten Elternteils. Im Gefolge des Gesetzes, aber auch des Trends zugunsten der „Väterrechte“ verstärkt die Praxis den Druck auf den sorgeberechtigten Elternteil.²⁷⁶ Ob die Tendenz, auch bei spannungsgeladenen Paarverhältnissen Umgangsrechte um jeden Preis durchzusetzen, dem ständig beschworenen Kindeswohl dient, kann man anzweifeln. Die Aufspaltung der Lebenswelt des Kindes wird zudem durch die Schaffung von Umgangsrechten dritter Personen vorangetrieben, mit denen das elterliche Erziehungsrecht gravierende Einschränkungen erfährt.²⁷⁷

VII. Adoption, Familienpflege und Stiefelternschaft

1. Die Entwicklung des Adoptionsrechts

Das Adoptionsrecht des BGB wurde in zahlreichen Schritten weiterentwickelt.²⁷⁸ Die „Annahme an Kindesstatt“ der ursprünglichen Fassung des BGB beruhte, der Rechtstradition folgend, auf dem Vertragssystem: Die Annahme geschah durch Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Angenommenen, der durch das Gericht bestätigt werden mußte und erst mit dieser Bestätigung in Kraft trat.²⁷⁹ Annehmen konnte nur, wer selbst keine ehelichen Abkömmlinge hatte,²⁸⁰ gemeinschaftliche Adoption war nur durch ein Ehepaar zulässig.²⁸¹ Zwischen der Adop-

²⁷³ § 1684 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

²⁷⁴ § 1684 Abs. 4 S. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

²⁷⁵ § 1684 Abs. 4 S. 3 und 4 BGB i. d. F. des KindRG.

²⁷⁶ Siehe *BVerfG* v. 9. 6. 2004, FamRZ 2004, 1166. Symptomatisch auch die Entscheidung des *BGH* v. 19. 6. 2002 zur Schadensersatzpflicht des Elternteils, der dem anderen den Umgang nicht in der durch gerichtliche Entscheidung festgelegten Weise gewährt, FamRZ 2003, 927.

²⁷⁷ Siehe S. 318 ff.

²⁷⁸ Einen Überblick über die Gesetzgebungsgeschichte seit 1900 findet sich bei *Maurer* im Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Bd. 8, München 2002, Vor § 1741 Rn. 11. Im folgenden können nur diejenigen Änderungen hervorgehoben werden, welche die Grundstrukturen betreffen.

²⁷⁹ §§ 1741, 1754 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸⁰ § 1741 S. 1 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸¹ § 1749 Abs. 1 BGB ursprünglicher Fassung.

tion eines Minderjährigen und eines Volljährigen wurde nicht grundsätzlich unterschieden: Es galt ein einheitliches Adoptionsrecht, das den Besonderheiten der Annahme von minderjährigen Kindern in wenigen Spezialvorschriften Rechnung trug. So bedurfte die Adoption eines Minderjährigen der Einwilligung von dessen Eltern, bei unehelichen Kindern der Mutter, während in diesem Fall der Vater noch außer Betracht blieb.²⁸² Die Wirkungen der Annahme waren gegenüber der Idee einer „Volladoption“ beschränkt: Sie erstreckten sich nicht auf die Verwandten des Annehmenden,²⁸³ für diesen selbst entstand auch kein gesetzliches Erbrecht;²⁸⁴ die leiblichen Eltern wurden der Unterhaltungspflicht gegenüber dem Kinde nicht völlig ledig, sondern hafteten im Range nach dem Annehmenden.²⁸⁵ Auch war die Bestandskraft der Adoption generell dadurch gefährdet, daß die zur Annahme nötigen Erklärungen nach den Regeln des Allgemeinen Teils angefochten werden konnten.²⁸⁶ Generell trug das Gesetzbuch der Erkenntnis, daß die Annahme eines minderjährigen Kindes eine weitgehend andere Bedeutung hat als die einer volljährigen Person, wenig Rechnung.

Reformpläne der Weimarer Republik²⁸⁷ kamen nicht zur Vollendung. Das nationalsozialistische Regime nahm einige Änderungen des Adoptionsrechts vor,²⁸⁸ als deren Hintergrund zum Teil die Rassen- und Erbgesundheitspolitik des Regimes erkennbar ist.²⁸⁹ Das gilt vor allem für die 1938 eingeführte Möglichkeit, das durch Adoption begründete Rechtsverhältnis gerichtlich aufzuheben, „wenn wichtige Gründe in der Person der Annehmenden oder des Kindes die Aufrechterhaltung des Annahmeverhältnisses sittlich nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen.“²⁹⁰ Daß vor allem Rasseverschiedenheit, Erbkrankheit und ähnliche Umstände „wichtige Gründe“ sein sollten, läßt sich auch der Kommentarliteratur der Zeit entnehmen.²⁹¹

Die Modernisierung des Adoptionsrechts setzte erst nach dem Kriege ein, allerdings zunächst in vielen Einzelschritten. Ein Gesetz von 1950²⁹² sah vor, daß

²⁸² § 1747 BGB ursprünglicher Fassung. Siehe ferner § 1760 (Verwaltung des Kindesvermögens); § 1766 BGB (Verlust der elterlichen Gewalt auf Seiten der leiblichen Eltern).

²⁸³ § 1763 S. 1 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸⁴ § 1759 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸⁵ §§ 1764, 1766 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸⁶ Siehe § 1755 BGB ursprünglicher Fassung.

²⁸⁷ Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme an Kindes Statt v. 22. 5. 1925, Reichstags-Drs. Nr. 108/1925, abgedruckt auch bei *Schubert* (Fn. 45), S. 152ff., dort auch zum weiteren Schicksal des Entwurfs.

²⁸⁸ So durch das Gesetz gegen Mißbräuche der Eheschließung und der Annahme an Kindes Statt v. 23. 11. 1933 (RGBl. I S. 979) – betr. §§ 1754, 1770; ferner durch das Ehegesetz.

²⁸⁹ Das genannte Gesetz v. 23. 11. 1933 erschwerte die gerichtliche Bestätigung des Annahmevertrages, u. a. sollte die Bestätigung versagt werden, „wenn vom Standpunkt der Familie des Annehmenden oder im öffentlichen Interesse wichtige Gründe gegen die Herstellung eines Familienbandes zwischen den Vertragsschließenden sprechen“ (§ 1754 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB i. d. F. des genannten Gesetzes).

²⁹⁰ Art. 5 § 12 Abs. 1 des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen v. 12. 4. 1938 (RGBl. I S. 380).

²⁹¹ Siehe die amtliche Begründung, abgedruckt bei *Schubert* (Fn. 50), S. 106f.; Palandt/*Lauterbach*, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Aufl., München 1938, Anhang zu § 1772, § 12 FamR-ÄndG Anm. 1) b).

²⁹² Gesetz zur Erleichterung der Annahme an Kindes Statt v. 8. 8. 1950 (BGBl. 356).

auf seiten des Annehmenden vom Erfordernis der Kinderlosigkeit befreit werden konnte. Das Gleichberechtigungsgesetz (1957) begnügte sich noch mit einigen eher marginalen Änderungen.²⁹³ Erst das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 griff in weiterem Umfang in das Regelwerk ein, ohne aber seine Grundstrukturen zu verändern. Immerhin wurde die Scheidung von Minderjährigen- und Volljährigenadoption klarer vollzogen. Die Minderjährigkeit des Anzunehmenden wurde zum Regelerfordernis erhoben, eine Befreiung von diesem Erfordernis sollte nur gewährt werden, wenn die „Herstellung eines Annahmeverhältnisses sittlich gerechtfertigt ist“.²⁹⁴ Erstmals wurde bestimmt, daß die Einwilligung eines leiblichen Elternteils des minderjährigen Kindes durch das Gericht ersetzt werden konnte.²⁹⁵ Deutlich wird die Ausrichtung der Regeln an der Minderjährigenadoption: Die gerichtliche Bestätigung des Adoptionsvertrages war zu versagen, wenn „begründete Zweifel daran bestehen, daß durch die Annahme ein dem Eltern- und Kindesverhältnis entsprechendes Familienband hergestellt werden soll.“²⁹⁶ Die gerichtliche Aufhebung eines Annahmeverhältnisses war bei minderjährigen Kindern nun auch aus schwerwiegenden Gründen des Kindeswohls möglich,²⁹⁷ die Unwirksamkeitsgründe wurden eingeschränkt.²⁹⁸

Nur partielle Korrekturen bietet auch das Nichtehechengesetz von 1969, das hauptsächlich die für nichteheliche Kinder geschaffene Rechtslage im Adoptionsrecht berücksichtigte. Allerdings betritt nun der Vater des nichtehelichen Kindes die Szene: Vor der Annahme, in der Regel sogar schon vor Beginn des Adoptionspflege sollte er nunmehr gehört werden, durch das Gericht oder das Jugendamt.²⁹⁹ Seine Einwilligung war allerdings noch nicht erforderlich, auch konnte von der Anhörung schon dann abgesehen werden, wenn sonst die Adoption erheblich verzögert und dadurch das Wohl des Kindes beeinträchtigt würde.³⁰⁰ Ausdrücklich war nun verlautbart, daß der Vater – wie auch die nichteheliche Mutter – sein Kind selbst adoptieren konnte.³⁰¹

Die entscheidende Zäsur in der Entwicklung des deutschen Adoptionsrechts bildet das Adoptionsgesetz aus dem Jahre 1976,³⁰² das die Rechtslage weitgehend bis heute bestimmt. Die Reform veränderte mit dem Begriff („Annahme als

²⁹³ Vor allem das Namensrecht betreffend, siehe §§ 1758, 1758 a i. d. F. des Gleichberechtigungsgesetzes.

²⁹⁴ §§ 1744 S. 3, 1745 c BGB i. d. F. des Familienrechtsänderungsgesetzes.

²⁹⁵ § 1747 Abs. 3 BGB i. d. F. des Familienrechtsänderungsgesetzes. Die Ersetzungsmöglichkeit wurde dann neu geregelt durch das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Adoptionsrechts v. 14. 8. 1973 (BGBl. I S. 1013) – Einfügung eines neuen § 1747 a.

²⁹⁶ § 1754 Abs. 2 Nr. 2 BGB i. d. F. des Familienrechtsänderungsgesetzes.

²⁹⁷ § 1770 a BGB i. d. F. des Familienrechtsänderungsgesetzes.

²⁹⁸ § 1756 BGB i. d. F. des Familienrechtsänderungsgesetzes.

²⁹⁹ § 1747 a Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 BGB i. d. F. des NichteheG. Im Jahre 1973 rückte die Vorschrift durch das Gesetz zu Änderung von Vorschriften des Adoptionsrechts nach § 1747 b. Seit dem Adoptionsgesetz von 1976 findet sich die Problematik in § 1748.

³⁰⁰ § 1747 a Abs. 3 S. 1 BGB i. d. F. des NichteheG.

³⁰¹ § 1742 a BGB i. d. F. des NichteheG.

³⁰² Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften (Adoptionsgesetz) v. 2. 7. 1976 (BGBl. I S. 1749), zu überwiegendem Teil in Kraft getreten zum 1. 1. 1977.

Kind“ statt „an Kindes Statt“) auch die grundlegenden Strukturen. Die Adoption von Minderjährigen wird als Hauptfall vorab und ausführlich geregelt, diejenige von Volljährigen in einem weiteren Untertitel angefügt. Das Vertragssystem wird auf das Dekretsystem umgestellt: Der konstitutive Akt ist ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts, während die nötigen Erklärungen als Antrag des Annehmenden an das Gericht und als Einwilligungen hierzu zu bloßen Voraussetzungen der gerichtlichen Gestaltung zurückgestuft werden.³⁰³ Kinderlosigkeit des Annehmenden wird nicht mehr vorausgesetzt. Das Wohl der minderjährigen Kindes, das angenommen werden soll, rückt nun dezidiert in das Zentrum: Die Adoption darf nur ausgesprochen werden, wenn sie dem Wohl des Kindes dient und die Entstehung eines Eltern-Kind-Verhältnisses zu erwarten ist.³⁰⁴ Ein Ehepaar kann ein Kind in der Regel nur gemeinschaftlich annehmen,³⁰⁵ nur einem Ehepaar ist die gemeinschaftliche Adoption vorbehalten. Wer nicht verheiratet ist, kann ein Kind nur allein annehmen.³⁰⁶ Möglich ist aber, daß jemand das Kind seines Ehegatten mit der Wirkung adoptiert, daß das Kind den Status eines gemeinschaftlichen Kindes erhält (Stiefkindadoption).³⁰⁷ Nichteeliche Kinder betreffend blieb es dabei, daß die Einwilligung des Vaters nicht erforderlich war; doch konnte der Vater die Adoption seines Kindes durch Dritte dadurch verhindern, daß er selbst einen Antrag auf Annahme stellte.³⁰⁸ Die Wirkungen betreffend führte die Reform die Volladoption ein, die das Kind aus seiner bisherigen Verwandtschaft löst und in die Verwandtschaft des Annehmenden überwechseln läßt.³⁰⁹ Das Annahmeverhältnis wurde mit starker Bestandskraft ausgestattet, die allgemeinen Regeln über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften sind seitdem nicht mehr anwendbar, die Aufhebbarkeit ist auf extreme Sachverhalte beschränkt.³¹⁰ Für die Adoption Volljähriger, die nach wie vor unter dem Vorbehalt sittlicher Rechtfertigung steht,³¹¹ gelten diese Grundsätze nur zum Teil, vor allem treten nicht die vollen Adoptionswirkungen ein.³¹²

Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997 beließ es bei diesem Konzept, brachte aber zahlreiche Änderungen des einschlägigen Gesetzestextes im Detail. Von besonderer Bedeutung ist nun, daß – nach Entscheidungen des *BVerfG*³¹³ und des *EGMR*³¹⁴ – die Einwilligung auch des Vaters eines nichtehelichen Kindes zu dessen Adoption erforderlich ist.³¹⁵ Noch immer gelten für seine Zustimmung Besonderheiten. Die Einwilligung des Vaters kann durch das Vormundschaftsgericht

³⁰³ §§ 1752, 1746 ff. BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁴ § 1741 Abs. 1 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁵ § 1741 Abs. 2 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁶ § 1741 Abs. 3 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁷ §§ 1741 Abs. 2 S. 2, 1754 Abs. 1 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁸ § 1747 Abs. 2 S. 2 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³⁰⁹ Grundsätze und einige Besonderheiten in §§ 1754–1757 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³¹⁰ §§ 1759–1766 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³¹¹ § 1767 Abs. 1 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³¹² § 1770 BGB i. d. F. des Adoptionsgesetzes.

³¹³ *BVerfG* v. 7. 3. 1995 (BGBl. I S. 884) = *BVerfGE* 92, 158.

³¹⁴ *EGMR* v. 26. 5. 1994, *EuGRZ* 1995, 113 = *FamRZ* 1995, 110.

³¹⁵ § 1747 Abs. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

leichter als sonst ersetzt werden, wenn keine Sorgeerklärungen abgegeben sind und somit die Mutter das alleinige Sorgerecht ausübt.³¹⁶ Ferner kann die Einwilligung des Vaters im Gegensatz zur allgemeinen Regel bereits vor Geburt des Kindes erteilt werden.³¹⁷ Die Chancen des Vaters, die elterliche Sorge für das Kind selbst zu erlangen, werden durch die Möglichkeit gewahrt, nach § 1672 BGB ohne Adoption das Sorgerecht zu erhalten; über einen entsprechenden Antrag muß entschieden werden, bevor die Adoption durch einen Dritten erfolgen kann; der Zustimmung der Mutter zum Sorgerechtserwerb des Vaters bedarf es in diesem Zusammenhange nicht, wenn sie der Adoption durch den Dritten zugestimmt hat.³¹⁸ Die Adoption des eigenen Kindes – sei es durch Vater oder Mutter – kennt das einheitliche Kindschaftsrecht des KindRG nicht mehr.

Zu den streitigen Themen gehört auch nach diesen grundlegenden Reformen die Frage, ob auch nichtehelich zusammenlebenden Paaren die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption eröffnet werden soll. Ein heftig umkämpftes Sonderproblem wirft die Möglichkeit der gemeinsamen Adoption durch eingetragene Partner gleichen Geschlechts auf. Die ursprüngliche Fassung des Lebenspartnerschaftsgesetzes hatte diese Möglichkeit generell nicht vorgesehen. Die Novellierung von 2004 läßt es nun zu, daß ein Lebenspartner das Kind des anderen mit der Wirkung annehmen kann, daß beiden das Sorgerecht gemeinsam zusteht.³¹⁹

Ingesamt gesehen ist die Entwicklung nicht von einheitlichen Tendenzen geprägt. Unzweifelhaft zeigt der deutsche Staat eine Tendenz, die Adoption unter strenger staatlicher Kontrolle zu halten und Mißbräuche zu verhindern. Auf der anderen Seite wird anerkannt, daß es für die Möglichkeit der Adoption starke individuelle und soziale Bedürfnisse gibt. So schwanken die Regelungen zwischen Förderung und Mißtrauen. Das Adoptionsrecht des BGB wird von einem Adoptionsvermittlungsgesetz³²⁰ sowie Regelungen zur internationalen Adoption begleitet.³²¹

³¹⁶ § 1748 Abs. 4 i. V. m. § 1626 a Abs. 2 BGB i. d. F. des KindRG.

³¹⁷ § 1747 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 im Gegensatz zu § 1747 Abs. 2 S. 1 BGB i. d. F. des KindRG (wonach das Kind 8 Wochen alt sein muß).

³¹⁸ § 1751 Abs. 1 S. 6 BGB i. d. F. des KindRG.

³¹⁹ § 9 LPartG i. d. F. des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsgesetzes v. 15. 12. 2004.

³²⁰ Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind – Adoptionsvermittlungsgesetz – (AdVermiG) v. 2. 7. 1976 (BGBl. I S. 1762), geändert durch Gesetz zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes (AdVermiÄndG) v. 27. 11. 1989 (BGBl. I S. 2016), sowie Gesetz zur Regelung von Rechtsfragen auf dem Gebiet der internationalen Adoption und zur Weiterentwicklung des Adoptionsvermittlungsrechts v. 5. 11. 2001 (BGBl. I S. 2950).

³²¹ Haager Übereinkommens über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (AdÜbk), in der Bundesrepublik ratifiziert durch Gesetz zu dem Haager Übereinkommen v. 29. 5. 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (BGBl. II S. 1034). Siehe auch vorstehende Fn.

2. Zwischen rechtlicher und faktischer Elternschaft

Psychische Eltern-Kind-Verhältnisse können außerhalb der rechtlichen Zuordnung entstehen. Es ergibt sich dann ein Zwiespalt zwischen rechtlicher und faktischer Elternschaft, daraus können schwerwiegende Konflikte resultieren. Der Rechtsordnung kommt die Aufgabe zu, im Dreieck zwischen den Interessen der rechtlichen und faktischen Eltern und des Kindes einen Ausgleich zu finden, der sich in erster Linie am Kindeswohl orientieren und zugleich die Rechtsposition der rechtlichen Eltern respektieren muß. Das deutsche Recht tut sich dabei besonders schwer, weil es einerseits die aus der genetischen Abstammung resultierenden Rechtspositionen stark akzentuiert, andererseits der sozialen Wirklichkeit der faktischen Elternschaft Rechnung tragen will.

Wichtigstes Beispiel ist die Pflegekindschaft. Das BGB ursprünglicher Fassung verzichtete darauf, nach dem Vorbild älterer Rechtsordnungen³²² das Rechtsverhältnis zwischen Kind und Pflegeeltern zu normieren. Als Begründung geben die Motive die Sorge an, die Pflegeeltern könnten die Kinder zu häuslichen Diensten mißbrauchen oder ihren Beistand jederzeit zurückziehen.³²³ Die Reformbestrebungen der Weimarer Republik nahmen einen Anlauf zur Regelung des Pflegekindverhältnisses, es blieb jedoch bei Entwürfen.³²⁴

Der Reformprozeß in der Bundesrepublik setzt mit dem Sorgerechtsgesetz von 1979 ein und wurde durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997 weiter vorangebracht. Das *BVerfG* stellte die Pflegeelternschaft zudem unter den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG.³²⁵ Die Probleme wurden auf dem 54. Deutschen Juristentag 1982 eingehend diskutiert.³²⁶ Einmal geht es darum, den Pflegeeltern unter bestimmten Voraussetzungen eine Rechtsposition zu verschaffen, sie also – wenigstens in einem minderen Grade – als „rechtliche Eltern“ anzuerkennen. Zum anderen soll das Kind vor schädlichen Eingriffen in die gewachsene Beziehung zu seinen Pflegeeltern geschützt werden.

– Dem erstgenannten Ziel diene die durch das Sorgerechtsgesetz eingeführte Befugnis des Vormundschaftsgerichts, auf Antrag der Eltern Angelegenheiten der elterlichen Sorge auf die Pflegeperson zu übertragen, sofern das Kind für längere Zeit in Pflege gegeben war. Die Pflegeperson erhält im übertragenen Kreis die Rechtstellung eines Pflegers,³²⁷ ist also insoweit gesetzlicher Vertreter des Kindes anstelle der Eltern. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz von 1997 erweiterte die Möglichkeit insofern, als nun auch die Pflegeperson selbst diesen Antrag stellen kann, dafür freilich ausnahmslos der Zustimmung der Eltern be-

³²² Siehe das Preußische ALR Teil II Tit. 2 §§ 753 ff.

³²³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 4, Berlin und Leipzig 1888, S. 953 f.

³²⁴ Entwurf eines Gesetzes über die unehelichen Kinder und die Annahme von Kindesstatt v. 11. 1. 1929, abgedruckt bei *Schubert* (Fn. 45), S. 364 ff., §§ 1772 a–1772 g BGB.

³²⁵ *BVerfGE* 68, 176, 187 = *FamRZ* 1985, 39, 41; *FamRZ* 1989, 31 und öfter.

³²⁶ Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentages Nürnberg 1982, München 1982. „Soll die Rechtsstellung der Pflegekinder unter besonderer Berücksichtigung des Familien-, Sozial-, und Jugendrechts neu geregelt werden?“

³²⁷ § 1630 Abs. 3 BGB i. d. F. des Sorgerechtsreformgesetzes.

darf.³²⁸ Zuständig ist nun das Familiengericht. Offen und streitig bleibt, in welchem Umfang und unter welchen sachlichen Voraussetzungen eine solche Übertragung zulässig ist. Gegenüber der Adoption hat diese Lösung den Nachteil geringer Bestandskraft.³²⁹

- Auch für die Fälle, in denen eine derartige Sorgerechtsübertragung nicht stattfindet, wurde die rechtliche Position der Pflegeeltern aufgewertet. Das Kindschaftsrechtsreformgesetz erklärt die Pflegeperson für berechtigt, „in Angelegenheiten des täglichen Lebens“ zu entscheiden und die Eltern insoweit zu vertreten. Sie ist befugt, den Arbeitsverdienst zu verwalten und Unterhalts-, Versicherungs- und Sozialleistungen des Kindes geltend zu machen und zu verwalten.³³⁰ Freilich stehen diese Befugnisse unter dem Vorbehalt anderweitiger Entscheidung der Eltern.³³¹
- Zum Schutz des bestehenden Pflegekindverhältnisses führte das Sorgerechtsreformgesetz ausdrücklich die Möglichkeit einer gerichtlichen Bleibeordnung ein: Lebt das Kind seit längerer Zeit in Familienpflege und wollen die Eltern das Kind von der Pflegeperson wegnehmen, so kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 1666 Abs. 1 S. 1 BGB anordnen, daß das Kind bei der Pflegeperson verbleibt.³³² Die Hürde für eine solche Anordnung wurde durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz anders formuliert, es genügt die durch die Wegnahme drohende Kindeswohlgefährdung.³³³
- Schließlich erkennt das Gesetz das Pflegeverhältnis dadurch an, daß es der Person, bei der ein Kind längere Zeit in Pflege war, ein Umgangsrecht einräumt.

Die Regelungen des BGB über die Pflegekindschaft sind von jugendhilferechtlichen Vorschriften flankiert. Diese betreffen hauptsächlich die amtliche Pflegeerlaubnis und die Aufsicht der Jugendämter über die Pflegeverhältnisse und waren – mit anderem Gehalt – schon im Jugendwohlfahrtsgesetz von 1922 enthalten.³³⁴

Parallel zum rechtlichen Ausbau des Pflegeverhältnisses vollzog sich die Anerkennung bestimmter Rechtspositionen von Stiefeltern (Mitentscheidungsrecht in Angelegenheiten des täglichen Lebens,³³⁵ Handlungskompetenz bei Gefahr im Verzug,³³⁶ mögliche Anordnung des Verbleibens des Kindes beim Stiefelternanteil,³³⁷ Umgangsrecht³³⁸). Auch die Rechtsposition der Großeltern ist in den Reformen

³²⁸ § 1630 Abs. 3 BGB i. d. F. des KindRG.

³²⁹ Dazu *Peter Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl., Bd. 8, München 2002, § 1630 Rn. 29.

³³⁰ § 1688 Abs. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

³³¹ § 1688 Abs. 3 S. 1 BGB i. d. F. des KindRG.

³³² § 1632 Abs. 4 BGB i. d. F. des Sorgerechtsreformgesetzes.

³³³ § 1632 Abs. 4 BGB i. d. F. des KindRG.

³³⁴ §§ 19–31 Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, später §§ 27–36 JWG, heute § 44 SGB VIII.

³³⁵ § 1687b Abs. 1 BGB i. d. F. des LPartG; Gleiches nach § 9 Abs. 1 LPartG für den eingetragenen Lebenspartner, siehe unten S. 326 ff.

³³⁶ § 1687b Abs. 2 BGB i. d. F. des LPartG; Gleiches nach § 9 Abs. 2 LPartG für den eingetragenen Lebenspartner, siehe unten S. 326 ff.

³³⁷ § 1682 BGB i. d. F. des KindRG.

³³⁸ § 1685 Abs. 2 BGB i. d. F. des KindRG; geändert zunächst durch das LPartG (siehe unten S. 326 ff.), sodann durch das Gesetz v. 23. 4. 2004 (BGBl. I S. 598).

des zu Ende gehenden Jahrhunderts wesentlich gestärkt worden (Umgangsrecht,³³⁹ Möglichkeit der Verbleibensanordnung³⁴⁰). Die Ausdehnung von förmlichen Rechten Dritter auf Einmischung in das Erziehungsverhältnis bedeutet einen gravierenden Eingriff in die elterliche Sorge. Die Ausdehnung von Umgangsrechten auf leibliche, nicht rechtliche Väter, die keinerlei Pflichten gegenüber dem Kind haben, und auf sonstige „sozial-familiäre“ Bezugspersonen bildet ein markantes Beispiel für diese Entwicklung.

VIII. Von der Entmündigung zur Betreuung

Wie eine Rechtsordnung geistig behinderte und seelisch kranke Menschen behandelt, sagt viel über ihren Geist aus. Während frühere Rechte „Wahnsinnigen“ eine nur beschränkte Rechtsfähigkeit zumaßen,³⁴¹ ist die Regelung des BGB schon vom Schutzgedanken geprägt: Nur die rechtliche Handlungsfähigkeit kann durch geistige oder seelische Defizite berührt sein. Der Betroffene, der in der Fähigkeit des Erkennens, der Willensbildung oder Willenssteuerung eingeschränkt ist, bedarf eines gesetzlichen Vertreters.

Dafür war nach der ursprünglichen Fassung des BGB hauptsächlich das Rechtsinstitut der Entmündigung mit anschließender Bestellung eines Vormunds³⁴² vorgesehen. Die Entmündigung geschah durch Gerichtsbeschluß.³⁴³ Sie führte zur völligen Geschäftsunfähigkeit, wenn sie wegen Geisteskrankheit ausgesprochen war,³⁴⁴ zur beschränkten Geschäftsunfähigkeit, wenn ihr der Befund der „Geisteschwäche“, Verschwendung oder Trunksucht zugrunde lag;³⁴⁵ der Trunksucht wurde im Jahre 1976 die Rauschgiftsucht als Entmündigungsgrund hinzugefügt.³⁴⁶

Die Wirkungen der Entmündigung erstreckten sich im Prinzip auf den gesamten Rechtsbereich des Betroffenen. Das widersprach der Erkenntnis, daß sich geistige Ausfallserscheinungen oft nur in Teilbereichen des Lebens bemerkbar machen („partielle Geschäftsunfähigkeit“). Namentlich die süddeutsche Rechtspraxis versuchte daher, die Entmündigung zu vermeiden und stattdessen dem Betroffenen einen Pfleger zur Seite zu stellen. Die Gebrechlichkeitspflegschaft, ebenfalls ein Institut des BGB schon von Anfang an,³⁴⁷ ermöglichte es, einem körperlich oder geistig Gebrechlichen einen Pfleger zur Seite zu stellen, der für ihn handeln konnte, ohne daß damit von Gesetzes wegen ein Eingriff in seine Geschäftsfähigkeit verbunden war. Die Gebrechlichkeitspflegschaft bedurfte im Regelfall der Einwilligung des Betroffenen, außer wenn eine Verständigung mit ihm nicht möglich war.³⁴⁸

³³⁹ § 1685 Abs. 1 i. d. F. des KindRG.

³⁴⁰ § 1682 S. 2 i. V. m. § 1685 Abs. 1 BGB, jeweils i. d. F. des KindRG.

³⁴¹ Vgl. nur Sachsenspiegel Landrecht (um 1220–1230) I 4: „Blödsinnige“, Zwerge und Verkrüppelte sind nicht erb- und lehnsfähig.

³⁴² Vormundschaft über Volljährige: §§ 1896–1908 BGB ursprünglicher Fassung.

³⁴³ §§ 645–687 ZPO ursprünglicher Fassung.

³⁴⁴ § 6 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt., § 104 Nr. 3 BGB ursprünglicher Fassung.

³⁴⁵ § 6 Abs. 1 Nr. 1, 2. Alt., § 114 BGB ursprünglicher Fassung.

³⁴⁶ Gesetz v. 2. 7. 1976 (BGBl. I S. 1729).

³⁴⁷ § 1910 BGB ursprünglicher Fassung.

³⁴⁸ § 1910 Abs. 3 BGB ursprünglicher Fassung.

Auch die zuletzt genannte „Zwangspflegschaft“ hatte gegenüber der Entmündigung den Vorteil, flexibler zu sein und auf bestimmte Lebensbereiche beschränkt werden zu können.

Die Rechtslage wurde seit den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts als unbefriedigend empfunden, insbesondere erschien die Entmündigung nicht mehr als angemessene Reaktion auf die Lage eines behinderten oder kranken Menschen.³⁴⁹ Nach langen Vorarbeiten und Diskussionen³⁵⁰ kam schließlich im Jahre 1990 mit breiter politischer Zustimmung das Betreuungsgesetz³⁵¹ zustande und trat am 1. Januar 1992 in Kraft.

Das Gesetz schaffte Entmündigung, Vormundschaft über Volljährige und Gebrechlichkeitspflegschaft ab und ersetzte diese Einrichtungen durch das neue Rechtsinstitut der „Betreuung“.³⁵² Wer wegen psychischer Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht mehr zu besorgen vermag, erhält auf Antrag oder von Amts wegen einen Betreuer, der als sein gesetzlicher Vertreter fungiert.³⁵³ Der Betreuer darf nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen eine Betreuung erforderlich ist,³⁵⁴ die Bestellung eines Betreuers kann durch Bevollmächtigung einer Vertrauensperson vermieden werden.³⁵⁵ Der Betreuer hat die Selbstbestimmung des Betreuten soweit möglich zu achten.³⁵⁶ Durch die Bestellung eines Betreuers für sich gesehen wird die Geschäftsfähigkeit des Betreuten nicht tangiert. Die Geschäftsunfähigkeit einer volljährigen Person ist nur noch dann anzunehmen, wenn sie sich in einem „die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet“³⁵⁷, was derjenige beweisen muß, der sich auf diese Tatsache beruft. Eine gewisse Reminiszenz an die Entmündigung enthält noch der „Einwilligungsvorbehalt“³⁵⁸: Soweit es zur Abwendung einer erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Betreuten erforderlich ist, kann das Vormundschaftsgericht das Handeln des Betroffenen an die Zustimmung des Betreuers binden, es gelten die gleichen Regeln wie für beschränkt geschäftsfähige Minderjährige. Verstärkt wurde die Aufsicht des Vormundschaftsgericht über die Amtswaltung des Fürsorgers, z. B. durch neue Genehmigungsvor-

³⁴⁹ Siehe Bericht über die Lage der Psychiatrie in der BRD, Unterrichtung durch die Bundesregierung v. 25. 11. 1975, BT-Drs. 7/4200.

³⁵⁰ Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger (Betreuungsgesetz – BtG), Erster Teil 1987, Zweiter Teil 1988; Regierungsentwurf BT-Drs. 11/4528, Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung ebendort in den Anlagen; Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs. 111/6949. Die Reform war insbesondere Thema des 57. Deutschen Juristentages 1988 in Mainz (Gutachten von *Holzhauser* und *Bruder*, Referate von *Schwab* und *Hopff*).

³⁵¹ Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG) v. 12. 9. 1990 (BGBl. I S. 2002).

³⁵² §§ 1896–1908i BGB i. d. F. des BtG.

³⁵³ § 1902 BGB i. d. F. des BtG.

³⁵⁴ § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB i. d. F. des BtG.

³⁵⁵ § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB i. d. F. des BtG.

³⁵⁶ Insbesondere § 1901 Abs. 1 und 2 BGB i. d. F. des BtG.

³⁵⁷ § 104 Nr. 2 BGB in ursprünglicher und auch heute noch geltender Fassung.

³⁵⁸ § 1903 BGB i. d. F. des BtG.

behalte für ärztliche Maßnahmen,³⁵⁹ Sterilisation³⁶⁰ und „unterbringungsähnliche Maßnahmen“³⁶¹, mittelbar auch durch Änderung und Ergänzung einiger Vorschriften der Minderjährigenvormundschaft, auf welche das Betreuungsrecht verweist (z. B. jährliche Berichtspflicht des Vormunds/Betreuers über die persönlichen Verhältnisse seines Schutzbefohlenen)³⁶². Wichtiger Teil der Reform war schließlich die Einführung eines detaillierten, die Selbstbestimmung des Betroffenen achtenden Betreuungsverfahrens³⁶³ und eines neuen und einheitlichen Unterbringungsverfahrens.³⁶⁴

Das Betreuungsgesetz sah sich alsbald Novellierungsbestrebungen ausgesetzt. Ergebnis war zunächst das (erste) Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25. Juni 1998.³⁶⁵ Eigentlicher praktischer Kern der Reform war die Änderung der Vorschriften über Vergütung und Aufwendungsersatz, um die frappante Steigerung der Kosten für die Staatskasse, die für mittellose Betreute entsteht, aufzuhalten.³⁶⁶ Um klarzustellen, daß den Betreuern nicht die Aufgabe bloß faktischer Hilfeleistung und Fürsorge zugewiesen ist, benannte das Gesetz das Rechtsinstitut um: An die Stelle des Begriffs „Betreuung“ trat die „rechtliche Betreuung“, dem Betreuer wurde daher die Aufgabe zugewiesen, die Angelegenheiten des Betreuten *rechtlich* zu besorgen.³⁶⁷ Weiter wurde der Vorrang der ehrenamtlichen vor der berufsmäßig ausgeübten Betreuung im Gesetz verankert.³⁶⁸ Für die Ausübung von Vorsorgevollmachten führte die Reform einiger Beschränkungen ein,³⁶⁹ obwohl sie der Tendenz nach durchaus auf Förderung solcher Vollmachten abzielte. Zudem wurde eine Reihe von FGG-Vorschriften im Sinne der Vereinfachung des Verfahrens geändert.

Auch diese Novellierung führte zu keinen für den Staat hinreichenden Einsparungseffekten, so daß sich alsbald neue Änderungsvorhaben ankündigten. Diese zielten auf eine grundlegende Privatisierung des Betreuungswesens ab. Nach Vorarbeiten einer Bund-Länder-Kommission legte der Bundesrat im Jahre 2004 den Entwurf zu einem 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz³⁷⁰ vor. Kernstück war die Einführung von gesetzlichen Vertretungsbefugnissen von nahen Angehörigen für eine durch Krankheit oder Behinderung nicht handlungsfähige Person. Eine solche kraft Gesetzes zugeteilte Rechtsmacht, die auf einem bloßen ärztlichen Zeugnis über die Handlungsunfähigkeit des Vertretenen beruhen sollte, wurde der rechtspolitischen Diskussion als freiheitsgefährdend empfunden. In das schließlich

³⁵⁹ § 1904 BGB BGB i. d. F. des BtG.

³⁶⁰ § 1905 BGB i. d. F. des BtG.

³⁶¹ § 1906 Abs. 4 BGB i. d. F. des BtG.

³⁶² § 1840 Abs. 1 BGB i. d. F. des BtG.

³⁶³ §§ 65 bis 69m FGG i. d. F. des BtG.

³⁶⁴ §§ 70 bis 70n FGG i. d. F. des BtG.

³⁶⁵ Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG) v. 25. 6. 1998 (BGBl. I S. 1580).

³⁶⁶ §§ 1835–1836 e BGB i. d. F. des 1. BtÄndG.

³⁶⁷ Titel vor § 1896 und § 1897 Abs. 1 BGB i. d. F. des 1. BtÄndG.

³⁶⁸ § 1897 Abs. 6 BGB i. d. F. des 1. BtÄndG.

³⁶⁹ §§ 1896 Abs. 1 S. 2, 1904 Abs. 2, 1906 Abs. 5 BGB i. d. F. des 1. BtÄndG.

³⁷⁰ BT-Drs. 15/2494 v. 12. 2. 2004.

im Jahre 2005 verabschiedete zweite Änderungsgesetz³⁷¹ ist sie nicht eingegangen. Die Bedeutung dieses Gesetzes beschränkt sich auf die abermalige Änderung der Vorschriften über Vergütung und Aufwendungsersatz im Sinne weiterer Kostendämpfung. Deutlich ist das Bestreben, die berufsmäßige Betreuung so weit wie möglich zurückzudrängen. Der nun ausdrücklich in das BGB aufgenommene einprägsame Satz „Gegen den freien Willen eines Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden“³⁷² spricht nur aus, was die Rechtsprechung seit langem praktiziert hatte.³⁷³ Das deutsche Betreuungsrecht bietet ein Beispiel dafür, wie ein gut gemeintes, aber ohne Sinn für die Realität gefertigtes Gesetz im Katzenjammer enden kann.

IX. Familienrecht und deutsche Einheit

Der „Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag –“ vom 31. August 1990³⁷⁴ entschied sich grundsätzlich für ein einheitliches deutsches Familienrecht in der Form, daß das Bundesrecht vom 3. Oktober 1990 an auch in den Beitrittsgebieten für alle an diesem Stichtag bestehenden familienrechtlichen Verhältnisse galt.³⁷⁵

Für die Bevölkerung der ostdeutschen Länder und Ostberlins bedeutete dies einen erheblichen Einschnitt in gewachsene Rechtsverhältnisse. Die DDR hatte schon im Jahre 1965 ein Familiengesetzbuch³⁷⁶ erlassen, das die politischen Systemvorstellungen zur Geltung brachte, darüber hinaus aber im internationalen Vergleich von relativ moderner Prägung war. So konnte etwa dem nichtehelichen Vater nach dem Tode der Mutter das Sorgerecht übertragen werden.³⁷⁷ Während der Verhandlungen über den Einigungsvertrag bestand in der DDR noch die Hoffnung, das Familiengesetzbuch als bundesrechtliche Teilordnung für Ostdeutschland zu retten: Durch Gesetz vom 20. Juli 1990³⁷⁸ wurde das Familiengesetzbuch einer weitreichenden Revision unterzogen, die den ideologischen Ballast abwarf und im übrigen neuere rechtspolitische Trends aufzunehmen suchte. Indes wurden diese Bestrebungen vom Einigungsvertrag überholt: Die Novelle trat am 1. Oktober 1990 in Kraft, ab 3. Oktober galten indes bereits die Bestimmungen des Einigungsvertrags.

³⁷¹ Zweites Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 2. BtÄndG) v. 21. 4. 2005 (BGBl. I S. 1073). Dazu die Beschlüsse des Rechtsausschusses des Bundestages BT-Drs. 15/4874.

³⁷² § 1896 Abs. 1 a BGB i. d. F. des 2. BtÄndG.

³⁷³ Seit der Entscheidung des BayObLG v. 25. 11. 1993, FamRZ 1994, 720.

³⁷⁴ Vertragsgesetz v. 23. 9. 1990 (BGBl. II S. 885).

³⁷⁵ Art. 230 Abs. 2, Art. 234 § 1 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages.

³⁷⁶ V. 20. 12. 1965, GBl. I 1966 Nr. 1 S. 1, später i. d. F. des Einführungsgesetzes v. 19. 6. 1975 zum Zivilgesetzbuch der DDR (GBl. I S. 517).

³⁷⁷ § 46 Abs. 2 Familiengesetzbuch.

³⁷⁸ Interessanterweise genannt „1. Familienrechtsänderungsgesetz“ (GBl. I 1990 S. 1038). Der Text der alten und neuen Fassung des Familiengesetzbuch sind im Vergleich abgedruckt in: Schwab/Reichel, Familienrecht und deutsche Einigung, Bielefeld 1991, S. 19 ff.

Ob es klug und angemessen war, die bestehenden familienrechtlichen Verhältnisse von einem Tag auf den anderen auf ein neues Rechtssystem umzustellen, wird zweifelhaft bleiben. Wichtig ist, daß in bestimmten Fragen Ausnahmen von der Rechtseinheit gelten, so daß hier noch für längere Zeit das Nebeneinander von zwei Teilrechtsordnungen zu erwarten ist. So konnten Ehegatten, die bisher im gesetzlichen Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des DDR-Rechts gelebt hatten, bis 3. Oktober 1992 erklären, daß dieser Güterstand anstelle der Zugewinnngemeinschaft des BGB fortgelten solle.³⁷⁹ Wo von dieser Option Gebrauch gemacht wurde, ist also DDR-Recht weiterhin anwendbar. Für den Unterhaltsanspruch eines Ehegatten, dessen Ehe vor dem 3. Oktober 1990 geschieden worden war, bleibt ebenfalls das bisherigen DDR-Recht maßgebend,³⁸⁰ was insbesondere diejenigen Ehegatten benachteiligte, denen nach der Scheidung die elterliche Sorge für die Kinder oblag und die nach BGB-Recht einen sicheren Unterhaltsanspruch gegen den Ex-Partner hätten.³⁸¹ Für das Kindschaftsrecht war bedeutsam, daß die – damals noch vom BGB angeordnete – gesetzliche Amtspflegschaft des Jugendamts für nichteheliche Kinder im Beitrittsgebiet nicht galt.³⁸² Als arger Faux-Pas muß angesehen werden, daß der Einigungsvertrag Väter, die nach DDR-Recht das Erziehungsrecht über ihre Kinder innehatten, nachträglich zu Vormündern degradierte.³⁸³ Auch soweit die Rechtseinheit hergestellt ist, bleiben Unterschiede in den familienrechtlichen Verhältnissen, die in den sozialen und ökonomischen Bedingungen wurzeln.³⁸⁴ Auf Ganze gesehen ist im Familienrecht die Rechtseinheit hergestellt, die wenigen Differenzen werden alsbald verschwinden oder bedeutungslos sein.

X. Nichteheliches Zusammenleben und eingetragene Lebenspartnerschaft

1. Eheloses Zusammenleben und das Recht

Die Eheschließungszahlen sinken in der Bundesrepublik kontinuierlich, obwohl die steigende Scheidungshäufigkeit viele Personen für eine neue Heirat freisetzt. Immer mehr Menschen leben als „Singles“, die nichteheliche Lebensgemeinschaft besonders junger Leute ist heute eine gewohnte Erscheinungsform des sozialen Lebens. Man kann sagen: Das Angebot des Staates, eine Paarbeziehung auf die Grundlage des staatlichen Eherechts zu stellen, wird zunehmend ausgeschlagen. Das gibt zu rechtspolitischen Überlegungen Anlaß, ob es angemessen ist, die

³⁷⁹ Art. 234 § 4 Abs. 2, 3 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages.

³⁸⁰ Art. 234 § 5 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages.

³⁸¹ § 1570 BGB i. d. F. des 1. EheRG; vgl. demgegenüber § 29 Familiengesetzbuch in den diversen Fassungen (Unterhalt nur für Übergangszeit, höchstens 2 Jahre!). Die familienrechtlichen Probleme der deutschen Einheit sind vielfach erörtert, insbesondere in den Beiträgen des o. g. Sammelwerks (Fn. 378) sowie in einer Aufsatzfolge von *Bosch*, FamRZ 1991, 749, 878, 1001, 1370; 1992, 869, 993.

³⁸² Art. 230 Abs. 1 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages.

³⁸³ Art. 234 § 11 Abs. 1 S. 2 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrages.

³⁸⁴ Daher unterschiedliche Regelbedarfssätze für das nichteheliche Kind, siehe Art. 234 § 9 EGBGB i. d. F. des Einigungsvertrags mit den auf dieser Grundlage erlassenen Regelbedarfsverordnungen.

unverheirateten Paare gänzlich in einem diffusen rechtlichen Raum zu belassen. Einige europäische Staaten haben in der Tat rechtliche Regelungen für ehelos zusammenlebende Paare geschaffen.³⁸⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat sich zu einer grundsätzlichen Normierung, die auf eine Ehe zweiten Ranges hinauslaufen würde, bisher nicht verstehen können. Vielmehr nähert sich das deutsche Recht der Problematik von einzelnen Problembereichen her, für die Regelungen eingeführt worden sind, die zwar nicht speziell für nichteheliche Lebensgemeinschaften gelten, doch typischerweise auch deren Rechtslage mitbestimmen. Das wichtigste Beispiel ist die Möglichkeit für nicht miteinander verheiratete Eltern, durch Erklärungen die gemeinsame elterliche Sorge über ihre Kinder zu begründen.³⁸⁶ Wenn die Eltern so die Erziehung ihrer Kinder gemeinsam leisten müssen, so muß notwendig auch eine Rechtsbeziehung zwischen ihnen bestehen (gegenseitige Pflicht zum Zusammenwirken), die allerdings der Gesetzgeber nicht gesehen hat oder hat sehen wollen. Ferner bestehen – unabhängig von der Sorgerechtslage – eine Unterhaltsverpflichtung unter den Eltern nichtehelicher Kinder zugunsten desjenigen, der die Kinder pflegt und erzieht.³⁸⁷ Auch das gilt unabhängig davon, ob die Eltern zusammenleben oder gelebt haben, doch eben auch für ehelos zusammenlebende Eltern.

Darüber hinaus sind bestimmte Schutzvorschriften auf Personen ausgedehnt, die miteinander einen „auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt“ führen. So besteht für den Partner einer solchen Haushaltsgemeinschaft ein Eintrittsrecht in das Mietverhältnis, wenn der andere, der die Wohnung gemietet hatte, stirbt.³⁸⁸ Die gerichtliche Befugnis nach dem Gewaltschutzgesetz, die bisher gemeinsam genutzte Wohnung dem Opfer einer Gewalttat zur alleinigen Nutzung zuzuweisen, besteht nicht nur im Verhältnis unter Ehegatten, sondern immer dann, wenn die verletzte Person mit dem Täter „einen auf Dauer angelegten gemeinsamen Haushalt geführt“ hat.³⁸⁹ Hinzu kommen Regelungen, welche nachteilige Folgen, von denen Ehegatten betroffen sind, auch an das Bestehen einer „eheähnlichen“ Gemeinschaft knüpfen, um eine Schlechterstellung von Ehegatten zu vermeiden.³⁹⁰

Insgesamt stellt sich die Rechtslage der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als diffus dar: Einzelregelungen verschiedenster Art treffen sich mit den Normen des allgemeinen Zivilrechts, deren Geltung für ein Paar, welches eherechtlich nicht verbunden sein möchte, oft zweifelhaft erscheint. Ob der deutsche Gesetzgeber in absehbarer Zeit ein neues Rechtsinstitut schaffen wird, ist derzeit nicht abzusehen.

³⁸⁵ Vgl. über den französischen „Pacte civil de solidarité“ *Ferrand*, FamRZ 2000, 517.

³⁸⁶ Siehe oben S. 298 ff.

³⁸⁷ § 1615I BGB, siehe oben S. 298 ff.

³⁸⁸ § 563 Abs. 2 S. 4 BGB i. d. F. des Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) v. 19. 6. 2001 (BGBl. I S. 1149).

³⁸⁹ § 2 Abs. 1 des Gesetzes zum zivilrechtlichen Schutz vor Gewalttaten und Nachstellungen (GewSchG) v. 11. 12. 2001 (BGBl. I S. 3513).

³⁹⁰ Z. B. § 20 SGB XII. Siehe auch die Rechtsprechung zum Verlust des Geschiedenenunterhalts bei Aufnahme einer verfestigten Lebensgemeinschaft BGH v. 21. 12. 1988, FamRZ 1989, 487; BGH v. 24. 10. 2001, FamRZ 2002, 93.

2. Die eingetragene Lebenspartnerschaft

Lange Zeit schon sah sich der Gesetzgeber der Forderung interessierter Verbände gegenüber, gleichgeschlechtliche Paare zur Ehe zuzulassen. Nach dem das *BVerfG* die Ehe begrifflich auf die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau festgelegt hatte,³⁹¹ waren die Forderungen nur durch Einführung eines Rechtsinstituts erfüllbar, das parallel zum Eherecht verlief. Fördernd auf solche Bestrebungen wirkte eine Entschließung des Europäischen Parlaments vom 8. Februar. 1994.³⁹² So kam es – nachdem schon einige andere Entwürfe eingebracht waren – zum „Entwurf eines Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 4. Juli 2000, den die Fraktion der SPD und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN ins Parlament einbrachten.³⁹³ Die Gesetzgebungsgeschichte geriet kompliziert,³⁹⁴ da ein Teil der in das Versorgungs-, Beamten- und Steuerrecht hineinreichenden Regelungen von der Zustimmung des Bundesrates abhängig war. Daher wurden die nach Meinung der Mehrheit des Rechtsausschusses zustimmungsbedürftigen Parteien von den nicht zustimmungsbedürftigen separiert und zum Gegenstand eines eigenen Gesetzes gemacht.³⁹⁵ Zwar wurden beide Teilgesetze vom Bundestag beschlossen, aber nur das nicht zustimmungsbedürftige Teilgesetz konnte in Kraft treten.

Das offenbare Ziel des Lebenspartnerschaftsgesetzes war es, für gleichgeschlechtliche Paare ein der Ehe ähnliches Institut zu schaffen, aber vom Eherecht so viele Abweichungen vorzusehen, daß man dem Vorwurf einer möglicherweise verfassungswidrigen Einführung der Ehe für Homosexuelle entgehen konnte. Die Unterschiede zum Eherecht – von der Terminologie bis zu völlig unbegreiflichen sachlichen Differenzen – erscheinen weitgehend als künstlich und von der genannten Taktik bestimmt.

Diese hatte allerdings Erfolg, als der I. Senat des *BVerfG* mit fünf zu drei Stimmen die Vereinbarkeit des neuen Rechtsinstituts mit dem Grundgesetz bejahte.³⁹⁶ Der Leitsatz, 6 Abs. 1 GG hindere den Gesetzgeber nicht, für die gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft Rechte und Pflichten vorzusehen, die denen der Ehe gleich- oder nahe kommen, ermunterte den Gesetzgeber alsbald zu einer ehrlicheren Version: Die Novelle von 2004³⁹⁷ verfolgte die weitestgehende Angleichung des Lebenspartnerschaftsrechts an das Eherecht, ohne den Ehebegriff selbst auszudehnen. Die Grundregeln für die eingetragene Lebenspartnerschaft blieben

³⁹¹ *BVerfG* v. 17. 11. 1992, FamRZ 1993, 164, 168; *BVerfG* v. 4. 10. 1993, FamRZ 1993, 1419.

³⁹² BT-Drs. 12/7069.

³⁹³ BT-Drs. 14/3751. Die FDP hatte einen eigenen Entwurf eingebracht: „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse eingetragener Lebenspartnerschaften (Eingetragene-Lebenspartnerschaften-Gesetz – ELPSchG)“ v. 23. 6. 1999 (BT-Drs. 14/1259).

³⁹⁴ Siehe im einzelnen Schwab, FamRZ 2001, 385 ff.

³⁹⁵ Lebenspartnerschaftsergänzungsgesetz – LPartErgG, BR-Drs. 739/00 mit Anlage 2).

³⁹⁶ Urt. v. 17. 7. 2002, *BVerfGE* 105, 313; so zuvor bereits Wasmuth, Der Staat 41 (2002), S. 47 ff.

³⁹⁷ Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts v. 15. 12. 2004 (BGBl. I S. 3396).

weiterhin außerhalb des BGB. Selbst Verlöbnis und Versorgungsausgleich wurden nun auch für eingetragene Lebenspartner eingeführt, das Unterhalts- und das Erbrecht gleichläufig geregelt. Gewisse Unterschiede zum Eherecht ergeben sich noch bei Begründung und Auflösung der Partnerschaft und vor allem im Adoptionsrecht: Zwar bleibt den Lebenspartnern im allgemeinen die Möglichkeit gemeinsamer Adoption verwehrt, doch eröffnete das Gesetz den Weg zur „Stiefkind-Adoption“: Ein Lebenspartner kann das Kind seines Partners allein annehmen mit der Wirkung, daß das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Lebenspartner erhält und unter ihrer gemeinsamer elterlicher Sorge steht.³⁹⁸ Auch weitere kindschaftsrechtliche Regelungen wurden auf die eingetragene Partnerschaft übertragen (Einbenennung; Mitsorgerecht des Lebenspartners). Ob das Übergreifen in das Kindschaftsrecht verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden kann oder sogar ausgedehnt werden muß, ist Gegenstand weiterer Kontroversen.

D. Zur Literaturgeschichte des Familienrechts

I. Von 1896 bis 1938

Die Literatur zum Familienrecht³⁹⁹ ist seit 1896 zunächst durch die Tatsache geprägt, daß das Familienrecht innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches normiert wurde. Dies entsprach nur teilweise dem überkommenen Recht, waren doch bis in das 19. Jahrhundert hinein bestimmte Teile des Familienrechts, vor allem das Recht der Eheschließung und Ehescheidung, noch im Kirchenrecht angesiedelt worden. Mit dem BGB hingegen war das Familienrecht als Ganzes Teil des Bürgerlichen Rechts.⁴⁰⁰

Infolgedessen finden wir die Beschäftigung mit ihm hauptsächlich im Rahmen der rasch aufblühenden Kommentarliteratur zum BGB.⁴⁰¹ Auch die Lehrbücher des Bürgerlichen Rechts nach 1900 beschäftigten sich mit dem Familienrecht in gleicher Weise wie mit den anderen Materien des Gesetzbuches.⁴⁰²

³⁹⁸ § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i. d. F. des Gesetzes v. 15. 12. 2004 i. V. m. § 1754 Abs. 1, 3 BGB.

³⁹⁹ Im folgenden wird auf allgemeine Darstellungen des Familienrechts und seiner Teilgebiete eingegangen. Eine Geschichte der familienrechtlichen Forschung kann im Rahmen dieses Beitrags nicht geleistet werden.

⁴⁰⁰ Unbeschadet der Zuständigkeit der Kirchen für ihren Rechtsbereich, siehe § 1588 BGB.

⁴⁰¹ Aus dem Verlag C. H. Beck zum Beispiel: *Fischer/Henle*, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Einleitung, erläuternden Anmerkungen und Sachregister, 5. Aufl., München 1902. *Hölder et al.*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, davon der Vierte Band: Familienrecht, Erster Abschnitt: Die bürgerliche Ehe, erläutert von *Schmidt*, *Hedemann* und *Fuchs*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1907 ff. Siehe ferner: *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 4 Familienrecht, 1. und 2. Aufl., J. Gutentag Verlagsbuchhandlung, Berlin 1901; *Biermann et al.* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Familienrecht, erläutert von *Opet* und *von Blume*, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1906. Auf das Familienrecht beschränkt sich der Kommentar von *Scherer*, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Verlag Palm & Enke, Erlangen 1900.

⁴⁰² Siehe etwa *Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Verlag von Gustav Fischer, Jena 1903/1904; *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 2. Bd.

Zum führenden Lehrbuch in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts wurde das in der von *Enneccerus/Kipp/Wolff* herausgegebenen Reihe erschienene Werk aus der Feder von *Theodor Kipp* und *Martin Wolff*.⁴⁰³ Es stellte das Familienrecht des BGB im Kontext mit der historischen Entwicklung der Rechtsinstitute dar. Interessant sind die Proportionen. In der zweiten Bearbeitung von 1914 befassen sich von ca. 500 Seiten etwa 110 mit dem ehelichen Güterrecht, aber nur 20 mit dem Scheidungsrecht (inklusive Unterhalt, dem knapp drei Seiten gewidmet sind!).

Dazu kamen grundrißartige Lehrbücher für den studentischen Gebrauch, wie etwa ein „Familienrecht“ von *Heinrich Mitteis*, dessen erste Auflage ganze 65 Seiten umfaßte und – sprachlich in germanistischem Stil gehalten – der Sache nach recht modern wirkt: Das BGB bedeutete für *Mitteis*’ Empfinden eine schon überwundene Stufe, über die hinaus zur Gleichstellung der Frau vorgeschritten werden müsse.⁴⁰⁴ Im BGB vermißte *Mitteis* „den Hauch echter Menschlichkeit“, es gehe nicht von der gesunden, sondern von der zerrütteten Ehe aus.⁴⁰⁵

Gewichtiger erscheint das Lehrbuch von *Heinrich Lehmann*, das erstmals 1926 erschien.⁴⁰⁶ Das 356 Seiten starke Werk hält die Mitte zwischen Grundriß und vertiefter Darstellung. Lehmann läßt sich ausführlich auf die sozial- und zeitgeschichtlichen Zusammenhänge des Familienrechts ein. Dem Grundgehalt nach sei das Familienrecht Sozialrecht. Lehmann ordnet es gleichwohl dem Privatrecht zu, da der Staat die Gestaltung in weitem Umfang der Privatautonomie überlasse und der Schutz der Familienbeziehungen durch privatrechtliche Instrumente erfolge.⁴⁰⁷ Auch die Frage der Gleichberechtigung wird in dem Lehrbuch diskutiert: Das BGB hätte in diesem Punkt weiter gehen können, doch findet der Vorrang des Mannes seine Rechtfertigung im „Gemeinschaftsgedanken“.⁴⁰⁸

Insgesamt betrachtet erscheint das Familienrecht nicht als Spezialmaterie, die – über die allgemeine zivilistische Kompetenz hinaus – besonderer Kenntnisse oder

Sachenrecht, Familienrecht, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1900; *Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 4 Deutsches Familienrecht, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses, Halle a. S. 1903; *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 3 Teil 1: Familienrecht, Carl Heymanns Verlag, Berlin 1915. Spezielle Darstellungen des Familienrecht finde ich in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des BGB nur wenige, z. B.: *Erler*, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß einschließlich der Nichtigerklärung der Ehe im Deutschen Reiche, 2. Aufl., Verlag von H. W. Müller, Berlin 1900 (die erste Auflage von 1892 hatte das BGB noch nicht berücksichtigt); *Sauer*, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, J. Schweitzer Verlag, München und Berlin 1909.

⁴⁰³ *Enneccerus Kipp/Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band Zweite Abteilung: Das Familienrecht von *Kipp* und *Wolff*, Zweite Bearbeitung, N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, Marburg 1914; 6. Bearbeitung 1928.

⁴⁰⁴ *Mitteis*, Bürgerliches Recht – Familienrecht, 1. Aufl., Verlag von Julius Springer, Berlin 1923, Einleitung § 1 II; freilich sollte dies nicht völlige formale Gleichstellung bedeuten, siehe die Ausführungen zur elterlichen Gewalt §§ 17, 18. Die weiteren Auflagen: 2. Aufl., Springer Verlag, Berlin 1928 (auf 90 Seiten Umfang angewachsen), 3. Aufl., Springer Verlag, Berlin 1931 (nunmehr 96 Seiten); 4. Aufl., Springer Verlag, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949 (172 Seiten).

⁴⁰⁵ 1. Aufl., § 1 IV.

⁴⁰⁶ *Lehmann*, Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches einschließlich Jugendfürsorge-recht, Verlag Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig 1926.

⁴⁰⁷ 1. Aufl., § 1 II (S. 2 f.).

⁴⁰⁸ 1. Aufl., § 2 V (S. 10 f.).

eines besonderen Problemverständnisses bedurfte. Familienrecht war bürgerliches Recht wie die anderen Bücher des BGB auch. Die Autoren waren, wie sich aus den genannten Namen auf den ersten Blick ergibt, auch nicht auf das Familienrecht spezialisiert, sondern bekannte Zivilisten und Rechtshistoriker.

II. Von 1938 bis 1945

Erste Veränderungen an diesem Befund lassen sich beobachten, seitdem mit dem Ehegesetz von 1938 ein Spezialgesetz für Eheschließung und Ehescheidung gegeben war. Von da an fährt die Literatur zweispurig: Die Kommentare zum BGB behandelten die Regelungen des Ehegesetzes als Einschub an geeigneter Stelle mit, auch die Lehrbücher boten eine Gesamtdarstellung aus den Regelungen des BGB und des Ehegesetzes. Auf der anderen Seite entstanden spezielle Erläuterungsbücher zum Ehegesetz.

Von besonderer Bedeutung war, daß bereits die erste Auflage des Palandt⁴⁰⁹ das Ehegesetz nebst den einschlägigen Rasse- und Erbgesundheitsvorschriften des Naziregimes ausführlich kommentierte. Der Bearbeiter, der damalige Kammergerichtsrat *Wolfgang Lauterbach*, legte seine Kommentierung durchaus im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie an. In methodischer Hinsicht plädierte er beispielsweise dafür, das Ehegesetz „aus sich selbst heraus zu verstehen“, also nicht im Sinne herkömmlicher Zivilistik, vielmehr umgekehrt das im Ehegesetz ausgedrückte neue Verständnis auf das Eherecht des BGB ausstrahlen zu lassen.⁴¹⁰

Die gleichzeitig entstehende Spezialliteratur betreffend setzte geradezu ein Run auf das Ehegesetz ein, bot seine Kommentierung doch auch die Gelegenheit zu ideologischen Bekenntnissen, die besonders die Vorworte und Einleitungen füllen.⁴¹¹ Im Beck-Verlag erschien unter dem Titel „Großdeutsches Eherecht“ eine Art Referentenkommentar überwiegend aus der Feder von Mitarbeitern des Reichsjustizministeriums.⁴¹²

Auch der Lehrbuchmarkt belebte sich offenbar unter dem Eindruck der neuen Gesetzgebung. Zu nennen sind vor allem zwei Werke von später prominenten Juristen, die Familien- und Erbrecht zu verbinden suchten. Von *Hellmut Georg Isele* erschien das Buch „Familie und Familienerbe“⁴¹³, von *Rolf Dietz* ein „Deutsches

⁴⁰⁹ Palandt (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, 1. Aufl., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1938.

⁴¹⁰ A. a. O., Einleitung vor § 1 EheG Anm. 7.

⁴¹¹ Z. B.: *Maßfeller*, Das neue Ehegesetz vom 6. Juli 1938 und seine Ausführungsvorschriften sowie die Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938, Verlag für Standesamtswesen, Berlin 1938; *Auert*, Das neue großdeutsche Eherecht. Gesetzestexte und Kommentar, 2. Auflage von „Die Eheauflösung im neuen deutschen Recht“, Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1938; *von Scanzoni*, Das großdeutsche Ehegesetz vom 6. Juli 1938, Verlag Franz Vahlen, Berlin 1939; 1943 erschien bereits die 3. Auflage.

⁴¹² *Volkmar/Antoni/Ficker/Rexroth/Anz*, Großdeutsches Eherecht. Kommentar zum Ehegesetz vom 6. Juli 1938 mit sämtlichen Durchführungsvorschriften, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1939.

⁴¹³ *Isele*, Familie und Familienerbe, 1. Aufl., Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1938; 2. Aufl. 1942.

Personen-, Familien- und Erbrecht“.⁴¹⁴ Wissenschaftsgeschichtlich von besonderem Interesse ist der im letztgenannten Werk unternommene Versuch, das Familienrecht mit dem allgemeinen Personenrecht zu verbinden – der zeitbedingte Preis war allerdings die Verstrickung in die nationalsozialistische Ideologie über das Maß hinaus, zu dem die Darstellung des neuen Eherechts für sich gesehen Anlaß gegeben hätte.

III. Die Literatur nach 1945

Die Verhältnisse in den Gerichten und Universitäten sowie die Bedingungen für Buchdruck und Publikation in den ersten Nachkriegsjahren ließen das Aufblühen neuer juristischer Literatur zunächst nicht zu. Nur langsam reorganisierte sich das juristische Publikationswesen, nach einer Pause von einigen Jahren erschienen – zum Teil unter geändertem Namen – die Rechtszeitschriften. So ist es erklärlich, daß die in den Bibliotheken vorhandene Literatur weiter benutzt wurde. Das galt, soweit nicht durch Gesetzgebung veraltet, für die im Kaiserreich und während der Weimarer Republik erschienen Titel, es galt aber auch für Bücher aus der Zeit nach 1933, insbesondere wenn es um Gesetze aus dieser Zeit wie das Ehegesetz ging. Es ist bekannt, daß beispielsweise der „Palandt“ weiter benutzt wurde, nachdem in manchen Gerichtsbibliotheken anstößige Stellen durch Schwärzung unleserlich gemacht worden waren.

Mit der Neufassung der Ehegesetzes durch die Alliierten im Jahre 1946 war dringender Bedarf nach neuen Darstellungen des Familienrechts offenkundig. Solche erschienen in sehr begrenzter Zahl in den Jahren von 1947 bis 1950. Der Zusammenbruch bedingte – von Ausnahmen abgesehen – auch einen Neuanfang in der Literatur des Familienrechts.

1. Lehrbücher

Die Lehrbuchliteratur betreffend fand die Darstellung von *Heinrich Lehmann* eine Wiederauferstehung. 1948 erschien die zweite Auflage seines während des „Dritten Reiches“ vom Markt verschwundenen Lehrbuchs.⁴¹⁵ Im Vorwort schrieb Lehmann: „Eine Neuauflage des Familienrechts unter der Herrschaft des Nazismus herauszubringen, widerstrebte mir. Ich hätte die Grundhaltung meines Buches aufgeben müssen.“ Nachdem Lehmann noch selbst im Jahre 1960 die dritte Auflage besorgt hatte⁴¹⁶, erschien das Lehrbuch nach dem Tode des Verfassers in einer durch *Dieter Henrich* bearbeiteten 4. Auflage.⁴¹⁷ Der Grundriß von *Heinrich Mitteis* fand noch eine Neuauflage im Jahre 1949,⁴¹⁸ um sodann vom Büchermarkt zu

⁴¹⁴ Dietz, Deutsches Personen-, Familien- und Erbrecht, Bd. 1: Die Rechtsstellung des Volksgenossen und das Familienpersonenrecht, Junker und Dünhaupt Verlag, Berlin 1943.

⁴¹⁵ Lehmann, Deutsches Familienrecht, 2. Aufl., Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1948.

⁴¹⁶ Lehmann, Deutsches Familienrecht, 3. Aufl., Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1960.

⁴¹⁷ Lehmann, Deutsches Familienrecht, 4. Aufl. bearbeitet von Henrich, Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1967.

⁴¹⁸ Mitteis, Bürgerliches Recht – Familienrecht, 4. Aufl., Springer Verlag, Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949 (172 Seiten).

verschwinden. Das große Lehrbuch von *Kipp/Wolff* wurde überhaupt nicht mehr neu bearbeitet.

Die Zukunft gehörten neuen Buchprojekten.⁴¹⁹ Im Jahre 1947 veröffentlichte der damals in Göttingen, später in Bonn lehrende ordentliche Professor der Rechte *Günther Beitzke* in der Reihe „Juristische Kurz-Lehrbücher“ des Beck-Verlages⁴²⁰ das Studienbuch „Familienrecht“⁴²¹, das ein außerordentlicher Erfolg werden sollte und Generationen von Studenten und Referendaren in die Examina geführt hat. Das Buch war von der ersten Auflage an wie aus einem Guß geschrieben. Daher brauchte der Autor, obwohl sich der Inhalt durch die Reformen ständig wandelte, seinen Stil im Laufe der Jahre nicht verändern. Selbst die wesentlichen Aussagen des Vorworts kehren in den späteren Auflagen wieder: Die kurze Darstellung habe nicht zum Ziel, neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu vermitteln; sie sei vielmehr für Studenten geschrieben, die Darstellung bemühe sich jedoch, mehr zu geben als ein auf klare Wiedergabe des Gesetzesinhalts beschränkter Grundriß; sie wolle mit knappen Worten auch in die Probleme des Familienrechts einführen.

In späteren Auflagen⁴²² wendet sich der Autor auch an die Praxis: Wenn auch der pädagogische Zweck des Lehrbuchs im Vordergrund stehe, so hoffe das Buch doch zugleich mit der Herausarbeitung von Grundgedanken und Zusammenhängen, mit Kritik des Gesetzes und selbständiger Stellungnahme zu Streit- und Zweifelsfragen dem Praktiker nützlich sein zu können. In der Tat hatte das Lehrbuch über den Lehrbetrieb für Studenten und Referendare hinaus wissenschaftliches und praktisches Ansehen erlangt und wurde auch vom Bundesgerichtshof zitiert. Besondere Bedeutung erlangte es in der Zeit der Scheidungsrechtsreform der Jahre 1976/1977, als die Rechtspraxis nach Informationen geradezu lechzte.⁴²³ Die Darstellungsform war knapp und präzise, durch Beispiele aufgelockert. Die Grundeinstellungen zum Familienbetreffend hatte der Autor den für seine Generation beinahe üblichen Lernprozeß zurückzulegen. Beim Problem der Gleichberechtigung der Geschlechter muß man bedenken, daß die 1. Auflage noch vor Inkrafttreten des GG erschienen war. *Beitzke* bezieht sich auf Art. 119 der Weimarer Reichsverfassung und Art. 91 der Bayerischen Verfassung, deren Forderungen das BGB nicht entspreche. Andererseits, so meint der Autor, könne die Gleichberechtigung angesichts der naturgegebenen verschiedenartigen Funktionen von Mann und Frau nie unbedingte Gleichheit der Rechtsstellung bedeuten; aber

⁴¹⁹ Außer den nachfolgend besprochenen Werken finde ich folgende weiteren Lehrbücher der Nachkriegszeit: *Eggel*, Familienrecht, Wissenschaftliche Verlagsanstalt, Hannover 1950; *Feldmann/von Franqué/Hamelbeck*, Bürgerliches Recht, BGB Familienrecht, West-Verlag Essen/Kettwig, 1948; *Kummerow*, Familienrecht, Verlag Walter de Gruyter, Berlin 1947; *Rudolf Schmidt*, Bürgerliches Recht, Vierter Band Familienrecht, 2. Aufl., Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1957; *Schnorr von Carolsfeld*, Familienrecht, Erlanger Vorlesungshefte, Dipax-Verlag, Erlangen, ohne Jahresangabe.

⁴²⁰ Damals Biederstein Verlag.

⁴²¹ *Beitzke*, Familienrecht. Ein Studienbuch, 1. Aufl., Biederstein Verlag, München Berlin 1947.

⁴²² 23. Aufl., München 1983.

⁴²³ Siehe die Auflagen 18 (1976), 19 (1977) und 20 (1978). Die 18. Auflage stellte das alte und das neue Scheidungsrecht nebeneinander dar (S. 117ff. und S. 132ff.).

schon heute sei die Ehe „kein Herrschaftsverhältnis des Mannes, sondern ein Gemeinschaftsverhältnis, in dem der Mann seine Entscheidungen nur nach Beratung mit der Frau treffen darf.“⁴²⁴ Mit der Zeit hat der Autor auch mit der formalen Gleichberechtigung seinen Frieden gemacht.

Beitzke betreute 25 Auflagen seines Lehrbuchs selbst.⁴²⁵ Es wurde dann von *Alexander Lüderitz* fortgeführt,⁴²⁶ der 1999 noch die Kindschaftsrechtsreform zu bewältigen hatte; der frühe Tod des Bearbeiters hinderte eine weitere kontinuierliche Fortsetzung des Werkes. *Beitzkes* Familienrecht wurde in didaktischer Hinsicht ergänzt durch das gleichfalls im Beck-Verlag erschienene Bändchen „Prüfe Dein Wissen – Familienrecht“, das *Beitzke* von der 5. (1968) bis zur 9. Auflage (1986) bearbeitete.⁴²⁷

Das beschriebene Kurzlehrbuch konnte eine vertiefte Darstellung nicht ersetzen. Nachdem das führende Lehrbuch aus der ersten Jahrhunderthälfte keine Neubearbeitung erfahren hatte, traten andere Werke an seine Stelle: das voluminöse, rechtsvergleichend angelegte Lehrbuch von *Hans Dölle*⁴²⁸ und das Lehrbuch von *Joachim Gernhuber*. Das im Umfang gewaltige – über 2000 Seiten – Lehrbuch von *Dölle* bildet ein Gemeinschaftswerk mit „ehemaligen und jetzigen“ Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht.⁴²⁹ Die besondere Bedeutung dieses Werkes liegt darin, daß die Regelungen des deutschen Rechts im Kontext mit den Lösungen, die in andere Rechtsordnungen zu finden waren, dargestellt und erörtert wurden. Bedauerlicherweise fand das zukunftsweisende Werk keine Neubearbeitungen.

Die Darstellung von *Gernhuber* erschien in erster Auflage 1964 in der Reihe der großen Lehrbücher des Beck-Verlages.⁴³⁰ Um diese Zeit war durch das Gleichberechtigungsgesetz und die Rechtsprechung des *BVerfG* in Sachen Gleichstellung der Frau einiges geklärt, die großen Reformen standen aber noch aus.

Das Lehrbuch war in einer eigengeprägten, dichten Sprache verfaßt und erreichte ein auf dem Gebiet des Familienrechts bisher kaum erreichtes wissenschaftliches Niveau.⁴³¹ Es überschritt den Charakter einer bloß deskriptiven, das Gesetz strukturiert wiedergebenden und Einzelprobleme diskutierenden Darstellung in mehrfacher Hinsicht. Zum einen erkannte *Gernhuber*, daß das Familienrecht nur

⁴²⁴ *Beitzke*, Familienrecht, 1. Aufl. 1947, S. 3.

⁴²⁵ Zuletzt also die 25. Aufl., München 1988.

⁴²⁶ 26. Aufl. München 1992 und 27. Aufl. München 1999. Nunmehr 28. Aufl., bearb. von *Nina Dethloff*, München 2006.

⁴²⁷ *Beitzke*, Prüfe Dein Wissen. Rechtsfälle und Frage und Antwort, Heft 5 Familienrecht, 5. Aufl. München 1968; 9. Aufl. München 1986. Das Büchlein war zunächst von *Heinrich Schönfelder* herausgebracht worden, die 3. Aufl. (1950) und die 4. Aufl. (1958) von *Ulrich Hohe* bearbeitet. Seit der 10. Aufl. (München 2003) ist das Fallbuch von mir verfaßt.

⁴²⁸ *Dölle*, Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen, 2 Bde, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe 1964, 1965.

⁴²⁹ So das Vorwort, das die Namen denn auch auflistet.

⁴³⁰ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin 1964.

⁴³¹ An größeren Darstellungen erschien erst relativ spät ein konkurrierendes Werk, nämlich: *Rauscher*, Familienrecht, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2001, das die Umschlagseite als „Lehr- und Handbuch“ bezeichnet.

begriffen werden kann, wenn man die soziale Gestalt der Familie und der familiären Verhältnisse mit ins Auge faßt. Der Autor setzte folglich mit einer Einführung in die Familiensoziologie ein. Dieser Ansatz bestimmte auch die Lösung einzelner Probleme. Zum andern bot *Gernhuber* eine eigene Theorie des Familienrechts, die – bei einem Rechtshistoriker erstaunlich – nicht historisch, sondern rechtstheoretisch gespeist war. *Gernhuber* anerkennt einerseits die Autonomie der Familie, die staatliche Regelungen namentlich des Innenbereichs abweist, sieht und begründet andererseits aber deren Grenzen: „Das Verlangen der Familie nach Freiheit von staatlichen Einflüssen ist in ihrer Eigenart als Intimgruppe begründet, wird aber von der Notwendigkeit begrenzt, der versagenden Familie zu helfen und Gefahren abzuwenden. Das Eigenleben der Familie soweit als irgend möglich zu achten und doch an allen dem Staat überhaupt zugänglichen Störungsstellen bereit zu stehen, kann danach als Aufgabe des Staates in unserer Gesellschaft bezeichnet werden.“⁴³² Stark betont der Autor die Eigenart des Familienrechts gegenüber den ersten drei Büchern des BGB, siedelt es aber – gegenüber Tendenzen, dieses Gebiet dem Sozialrecht zuzuordnen – im Privatrecht an, um seinen freiheitlichen Charakter zu wahren: „Rechtsdogmatisch und rechtssystematisch ist also die Charakterisierung des Familienrechts als Sozialrecht fast wertlos. Mit ihr verbinden sich dafür alle Gefahren, die von einem schillernden Begriff ausgehen, insbesondere die Gefahr einer weiteren Verstärkung jener Tendenzen, die den Geist der Sozialverwaltung in das Familienrecht tragen.“⁴³³

Auch die einzelnen Institute des Familienrechts erhalten bei *Gernhuber* ein theoretisches Fundament, als das weder das konfessionell geprägte Naturrecht noch rein individualistisches Denken tauglich erscheinen. Die Ehe wird als „soziale Verhaltensform“ gedeutet, „in der sittliche Gehalte die tragenden Elemente bilden.“⁴³⁴ Diese sittlichen Gehalte müssen aber allgemein bejaht werden können, jeder Rückgriff auf die Institutionenlehre wird abgelehnt, jeder Rekurs auf „das Wesen der Ehe“⁴³⁵ wie überhaupt Argumentationen aus einer die Familie tranzendierenden Ebene mißtrauisch beäugt.⁴³⁶ Daraus ergibt sich eine gemäßigt moderne rechtspolitische Einstellung. *Gernhuber* bekennt sich zu einem absoluten Differenzierungsverbot als Konsequenz des Gleichheitsgrundsatzes; die Versuche, aus der „Natur der Geschlechter“ oder aus Wertigkeitsvorstellungen Argumente für das traditionelle Geschlechterbild zu gewinnen, lehnt er ab.⁴³⁷ Das damals geltende Scheidungsrecht des EheRG findet zwar keine grundsätzliche Gegnerschaft: „Die bürgerliche Ehe ist grundsätzlich nur durch den Tod lösbar. Die Existenz eines Scheidungsrechts überhaupt rechtfertigt kein anderes Urteil.“⁴³⁸ Allerdings läßt *Gernhuber* diesem Recht eine moderne Interpretation zukommen: Er verneint die

⁴³² *Gernhuber*, 1. Aufl., § 1 II 2 (S. 4).

⁴³³ § 3 I 2 (S. 5).

⁴³⁴ § 3, 3 (S. 21).

⁴³⁵ § 3, 4 (S. 21).

⁴³⁶ Vgl. die Stellungnahme zur Regelung, welche die Zuweisung der elterlichen Gewalt nach Trennung oder Scheidung von der Schuldfrage abhängig machte, § 56 V 1 (S. 614).

⁴³⁷ § 6 II 1 (S. 44 f.).

⁴³⁸ § 35 (S. 22).

antithetische Gegenüberstellung von Verschuldensgrundsatz und Zerrüttungsgrundsatz, sieht vielmehr auch das Scheidungsrecht des Ehegesetzes auf das Zerrüttungsprinzip gegründet: „Es gibt keinen Scheidungsgrund mehr, der seine Legitimation nicht aus dem Gedanken empfängt, daß nur die faktische Zerstörung des ehelichen Verhältnisses eine Ehescheidung rechtfertigen kann.“⁴³⁹

Zukunftsweisend erscheinen die Auffassungen zum Kindschaftsrecht. *Gernhuber* lehnt es ab, die gesamte elterliche Gewalt über Art. 6 Abs. 2 GG einer Verfassungsgarantie zu unterstellen⁴⁴⁰ und öffnet damit den Raum für verfassungsmäßige Reformen. Diese betreffen besonders das nichteheliche Kind: Wenngleich der Autor in der aktuellen Situation des Jahres 1964 noch keinen aktuellen Verfassungsbruch des säumigen Gesetzgebers sah,⁴⁴¹ so maß er diesem keine lange Frist mehr zu. Die Zielrichtung ist so beschrieben: „Das Recht des ehelichen Kindes aber ist das Modell der Verfassung für ideale Entwicklungsmöglichkeiten überhaupt und muß deshalb auch dem unehelichen Kind soweit als möglich dienstbar gemacht werden.“⁴⁴²

Dem Lehrbuch *Gernhubers* wurde weithin Anerkennung und Verbreitung zuteil, die Gerichte bedienten sich seiner als Quelle für ihre Erkenntnisse, keine wissenschaftliche Abhandlung über familienrechtliche Fragen konnte an ihr vorüber gehen. Das trifft auch auf die weiteren Auflagen zu. Die zweite erschien im Jahr 1971,⁴⁴³ die dritte im Jahr 1980,⁴⁴⁴ die vierte, in der die Münchener Professorin *Dagmar Coester-Waltjen* die Bearbeitung des Kindschaftsrechts übernommen hatte, im Jahre 1994.⁴⁴⁵

Im Ganzen fällt auf, daß das Lehrbuch überwiegend nicht unmittelbar im Anschluß an große Reformen neu herausgebracht wurde, sondern in „Zwischenzeiten“. Das hatte den Vorteil, daß neue Regelungen schon in einer durch Rechtsprechung und Literatur konturierten Form dargestellt werden konnten. Insbesondere war bei der Auflage von 1980 zwar das SorgeRG noch frisch, das neue Scheidungsrecht aber bereits vier Jahre alt; dieses konnte also in einer Zeit erörtert werden, in welcher sich der Pulverdampf der ersten heftigen Auseinandersetzungen bereits lichtete. Auch die Auflage von 1994, deren stark gewachsener Umfang davon zeugt, wie sehr sich die Autoren auf die vielen praktischen Rechtsfragen einließen, erschien am Vorabend der großen Reformen des Kindschaftsrechts in den Jahren 1997/1998.

Als rechtsgeschichtlich besonders interessant erscheint die dritte Auflage, in der das Scheidungsrecht des Eherechtsreformgesetzes verarbeitet ist. Dieses liegt auf der Linie von *Gernhubers* Grundauffassungen. Er betont, daß das neue Recht nicht

⁴³⁹ § 24 II 2 (S. 202).

⁴⁴⁰ § 5 IV 3 (S. 36).

⁴⁴¹ § 5 V 1 (S. 41).

⁴⁴² § 5 V 3 (S. 42).

⁴⁴³ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1971.

⁴⁴⁴ *Gernhuber*, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1980.

⁴⁴⁵ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1994; im Jahre 2006 erschien die von *Coester-Waltjen* fortgeführte 5. Aufl.

etwa das Zerrüttungsprinzip eingeführt, sondern ihm nur „weiteren Raum“ gesichert hat.⁴⁴⁶ Auch sieht er das Verschuldensprinzip im Hinblick auf die Härteklauseln des Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts nicht völlig überwunden. Die unwiderlegbaren Zerrüttungsvermutungen des § 1566 BGB lassen den Autor zweifeln, ob das neue Recht wirklich vom reinen Zerrüttungsprinzip beherrscht ist.⁴⁴⁷ Die zeitliche Scheidungssperre des § 1565 Abs. 2 BGB interpretiert der Verfasser als reine Rechtsmißbrauchsklausel, daher sei sie bei einverständlichen Scheidungen nicht anwendbar.⁴⁴⁸ Bei § 1568 BGB sieht *Gernhuber* in der Härteklausele zugunsten des scheidungsunwilligen Partners offenkundig mehr Sinn, als in der Kinderschutzklausel: „Unübersehbar ist freilich, daß die Interessen der Kinder kaum je gewahrt werden, wenn sie Elternteilen entgegengesetzt werden, die gleicherweise auseinanderstreben und gezwungen werden, in den Kindern das einzige Hindernis auf dem Weg zum Ziel zu sehen.“⁴⁴⁹ Dem ist die Praxis durch weitestgehende Nichtanwendung dieses Scheidungshindernisses gefolgt. Für den Geschiedenenunterhalt sucht auch *Gernhuber* ein Grundprinzip, das er nicht in einer nachehelichen Solidarität findet (die Frage nach dem Maß der geschuldeten Solidarität bliebe ohne Antwort), sondern im Gedanken der „ehebedingten Bedürftigkeit“, den er im Gesetz aber nur als Tendenz wirken sieht.⁴⁵⁰ Auch beim Aufstockungsunterhalt schlägt nach seiner Auffassung diese Tendenz durch: „Ehebedingt ist hier die Gewöhnung an einen bestimmten Lebensstandard ...“.⁴⁵¹ Die Darstellung des Unterhaltsrechts läßt sich auf die wichtigen Einzelprobleme ein, enthält aber auch immer wieder rechtspolitische Perspektiven. So bemängelt der Autor – ganz im Sinne der heutigen Reformtendenzen – den unbedingten Vorrang des geschiedenen Ehegatten, der Kinder versorgt, vor dem zweiten Ehegatten des Schuldners, damit möglicherweise zu Lasten der Kinder aus zweiter Ehe.⁴⁵² Die Darstellung des Kindschaftsrechts bejaht im Großen und Ganzen die Reform von 1979. Das gilt auch für die Regelung des Gesetzes, nach der die gemeinsame Sorge der Eltern nach ihrer Scheidung ausgeschlossen sein sollte⁴⁵³ – „Art. 6 Abs. 2 GG ist für das Verhältnis der Elternteile untereinander ohne Bedeutung“.⁴⁵⁴ Eine neue Ausrichtung hat das Kindschaftsrecht dann freilich in der 4. Auflage durch die Mitautorin *Dagmar Coester-Waltjen* erfahren,⁴⁵⁵ die auch erstmals den Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaften einen Platz im Lehrbuch zugewiesen hat.⁴⁵⁶

Neue grundrißartige Darstellungen des Familienrechts erschienen erst wieder im zeitlichen Zusammenhang mit der Reform des Ehe- und Scheidungsrechts

⁴⁴⁶ 3. Aufl., § 24 III 1 (S. 265).

⁴⁴⁷ 3. Aufl., § 24 III 2 (S. 267).

⁴⁴⁸ 3. Aufl., § 27 II 1 und 4 (S. 298 ff.).

⁴⁴⁹ 3. Aufl., § 27 V 2 (S. 308).

⁴⁵⁰ 3. Aufl., § 30 I 2 (S. 383).

⁴⁵¹ 3. Aufl., § 30 I 2 (S. 384).

⁴⁵² 3. Aufl., § 30 II 5 (S. 389).

⁴⁵³ § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB i. d. F. des SorgeRG.

⁴⁵⁴ 3. Aufl., § 56 II 1 (S. 857).

⁴⁵⁵ 4. Aufl., insbesondere zum Scheidungsproblem § 65 (S. 1029 ff.).

⁴⁵⁶ 4. Aufl., §§ 41–44 (S. 646 ff.).

von 1976.⁴⁵⁷ Hier sind vor allem zwei Werke zu nennen, die bis heute ihren Platz behaupten konnten: Das Werk „BGB-Familienrecht“ von *Wilfried Schlüter*, das erstmals 1979 im Verlag C.F. Müller erschienen war⁴⁵⁸ und seitdem elf weitere Auflagen erlebt hat,⁴⁵⁹ sowie mein Grundriß „Familienrecht“ im Verlag C.H. Beck. Dieser wurde 1980 erstmals publiziert⁴⁶⁰ und liegt nunmehr in 14. Auflage vor.⁴⁶¹ Die kurze Zeitspanne, in denen die beiden Werke jeweils neu aufgelegt wurden, setzte die Autoren instand, auf die vielfältigen Reformen des Familienrechts kurzfristig zu reagieren: Es handelt sich um rasch hintereinander hergestellte Querschnitte, mit deren Hilfe sich die rasante Entwicklung des Rechtsgebiets unschwer nachvollziehen läßt. Die Vermehrung des Stoffes durch Gesetzgebung und höchstrichterliche Erkenntnisse bedingte – wie bei praktisch allen Lehrbüchern – eine kontinuierliche Erweiterung des Umfangs. Die beiden Werke dürften eine Vielzahl von Studenten und Referendaren erreicht haben, wirkten aber auch in die Praxis hinein. Erst nach geraumer Zeit erhielten sie weitere Konkurrenz.⁴⁶²

Eigene Bücher historisch zu verorten, ist schwierig, zudem verdächtig. Erlaubt sei ein Hinweis auf die Konzeption. Ich wollte trotz der gebotenen Kürze nicht bloße Lerndaten bieten, vielmehr versuchen, die Information über die aktuellen Probleme des Familienrechts in einen Kontext mit den grundlegenden Verständnisfragen und der historischen Entwicklung zu stellen. Daß dieses Ziel umso schwieriger zu erreichen ist, je stärker der Stoff anwächst und die Dogmatik des Einzelfalls triumphiert, liegt auf der Hand.

Für die Rechtspraxis waren in erster Linie andere Werke gefragt als die didaktisch ausgerichteten Lehrbücher. Die nun schon gewohnte Zweispurigkeit – einerseits die BGB-Kommentare, andererseits die familienrechtlichen Hand- und Erläuterungsbücher – setzte sich fort, allerdings bei einem bemerkenswerten Aufstieg und Zuwachs der Spezialliteratur.

2. Die BGB-Kommentare

Die BGB-Kommentare betreffend hatten es die sehr umfangreichen Werke schwer, mit der Dynamik des Rechtsgebietes Schritt zu halten. Demgegenüber erwies sich der Palandt mit seiner jährlichen Erscheinungsweise als ideales Medium, um die Rechtspraxis auf dem laufenden zu halten. Bemerkenswert ist nicht nur, daß die Autoren es schafften, gegen Ende eines jeglichen Kalenderjahres das Werk auf jeweils neuem Stand zu präsentieren, sondern auch die Art und Weise, wie dies im Familienrecht geschah.

⁴⁵⁷ Z.B. *Ramm*, Familienrecht, Bd. 1: Recht der Ehe, Beck-Studienbücher im dtv, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 1985; *Diederichsen*, Familienrecht, Schaeffers Grundriß des Rechts und der Wirtschaft, Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1984.

⁴⁵⁸ *Schlüter*, BGB-Familienrecht, 1. Aufl., Heidelberg 1979.

⁴⁵⁹ *Schlüter*, BGB-Familienrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2006.

⁴⁶⁰ *Schwab*, Familienrecht, Reihe Grundrisse des Rechts, München 1980.

⁴⁶¹ *Schwab*, Familienrecht, München 2006.

⁴⁶² *Giesen*, Familienrecht, 1. Aufl., Verlag Mohr, Tübingen 1994; 2. Aufl. 1997; *Hohloch*, Familienrecht, Boorberg Verlag, Stuttgart 2002; *Muscheler*, Familienrecht, 2006.

Schon vor der Eherechtsreform von 1976 war es gelungen, den Göttinger Rechtsprofessor *Uwe Diederichsen* für das Familienrecht des Palandt zu gewinnen, das er seit der 33. Auflage (1974) betreute.⁴⁶³ Für die „wilden“ Reformjahre ab 1976 war es entscheidend, daß ein Autor gefunden war, der nicht nur Lese Früchte aus den Gesetzesmaterialien zusammentrug, sondern die Gesetzesänderungen aus einer kritischen wissenschaftlichen Distanz begleitete und auf diese Weise auch auf die Gestalt des neuen Rechts Einfluß nahm. Die Kommentierung des 4. Buchs des BGB gewann einen eigenständigen Charakter, der in der besonderen Entwicklungsdynamik des Familienrechts, mehr noch in der wissenschaftlichen Persönlichkeit des Autors gründete.

Besonders interessant sind die Auflagen, welche die Übergänge von altem zu neuem Recht zu bewältigen hatten. Zum 1. Juli 1977 war – zu überwiegenden Teilen – das Erste Eherechtsreformgesetz in Kraft getreten. Die 27. Auflage, welche die Jahreszahl 1978 trägt, nahm das neue Recht voll ins Visier und versuchte eine historische Verortung. Der Autor erblickte in der Entwicklung des Eherechts bis hin zur Abschaffung des Verschuldensgrundsatzes und der Übernahme des Zerrüttungsprinzips „ein ununterbrochenes Fortschreiten zur Säkularisierung der Ehe“. Während in anderen Bereichen wie dem Arbeitsrecht das Vertragsdenken einem immer stärkeren Statusdenken mit starren Regelungsmechanismen Platz mache, weise der in der Ehegesetzgebung beschrittene Weg in die entgegengesetzte Richtung. Das Außerkrafttreten gesetzlicher Leitbilder werfe im Kommentärbereich privatautonomer Lebensgestaltung automatisch das Problem der Rechtsverbindlichkeit auf. Das 1. EheRG trage dem notwendigen innerehelichen Vertrauensschutz nur durch weitgehende außereheliche, nämlich nach der Scheidung eingreifende Unterhalts- und Versorgungsgarantien Rechnung.⁴⁶⁴ Offenkundig sah *Diederichsen* damals die Gefahr, daß der Rechtscharakter der Ehe ausgehöhlt und auf ein bloßes Scheidungsfolgenrecht verlagert würde. Deshalb stritt er für die echte Vertragsnatur des Einvernehmens, das nach dem neuen § 1356 Abs. 1 S. 1 BGB den Ehegatten über die Eheführung auferlegt war.⁴⁶⁵ Die neu gestaltete Schlüsselgewalt hingegen ging ihm zu weit, nachdem das Gesetz nun auch die Doppelverdienerhe anerkannt habe.⁴⁶⁶

Im Scheidungsrecht sieht *Diederichsen*, daß das 1. EheRG bei den Scheidungsvoraussetzungen das Schuldprinzip gänzlich durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt, auch die Scheidungsfolgen seien von der Schuldfrage gelöst.⁴⁶⁷ Doch bleibt die Kommentierung auf der Linie, daß gravierende Eheverfehlungen auch im neuen Recht Bedeutung hätten. Das zeigt sich in der Lehre von dem zerrüttungsindizierenden Umständen, die dem Autor einen Rückgriff auf Eheverfehlungen des alten Rechts erlaubt,⁴⁶⁸ ebenso beim nachehelichen Unterhalt, wo er für die

⁴⁶³ Bis einschließlich der 58. Aufl. 1999 allein, ab der 59. Aufl. 2000 zusammen mit *Brudermüller*, der dann und in den Folgeauflagen das Eherecht übernahm.

⁴⁶⁴ Palandt/*Diederichsen*, 37. Aufl., München 1978, Einführung vor § 1353 Anm. 1.

⁴⁶⁵ A. a. O., § 1356 Anm. 2 a).

⁴⁶⁶ A. a. O., § 1357 Anm. 1 d).

⁴⁶⁷ A. a. O., Einführung vor § 1564 Anm. 2.

⁴⁶⁸ Siehe die ausführliche Kasuistik a. a. O. bei § 1565 Anm. 3.

Berücksichtigung evidenter Eheverfehlungen im Rahmen der Härteklauseel streitet. *Diederichsen* beruft sich gegenüber den Verfechtern des reinen Zerrüttungsprinzips auch bei den Scheidungsfolgen auf das Zeugnis von Politikern, die an den Verhandlungen des Vermittlungsausschusses beteiligt waren.⁴⁶⁹

Gegenüber der üppigen Ausgestaltung des Geschiedenenunterhalts spürt man bei *Diederichsen* deutlich eine reservierte Haltung. Er betont den Grundsatz der Eigenverantwortung nach der Scheidung und sieht einen Unterhaltsanspruch letztlich nur gerechtfertigt, wenn die Bedürfnislage „in Verbindung mit der Ehe steht.“⁴⁷⁰ Das trifft auch für die zurückhaltende Linie bei den Erläuterungen zu § 1570 BGB zu: Der Unterhaltsanspruch wegen Kindesbetreuung könne nicht allein vom Willen des betreuenden Elternteils abhängen; vielmehr seien objektive Gesichtspunkte wie die Möglichkeit der Teilzeitbeschäftigung oder Kindertagesstätten zu berücksichtigen.⁴⁷¹ Werde der betreuende Ehegatte trotz Kindesbetreuung erwerbstätig, so müsse er sich daran festhalten lassen⁴⁷² – die Doktrin von der Sonderbehandlung „überobligationsmäßiger Tätigkeit“ kam also nicht zum Einsatz. Gegen den Aufstockungsunterhalt hegt der Autor verfassungsrechtliche Bedenken und empfiehlt seine Beschränkung auf bestimmte Fallgruppen durch verfassungskonforme Auslegung.⁴⁷³ Zur unterhaltsrechtlichen Härteklauseel steuerte der Verfasser schon 1978 die Erkenntnis bei, daß der Unterhaltsverpflichtete nicht gehalten sei, eine neue Lebensgemeinschaft seines geschiedenen Ehegatten mitzufinanzieren. „Der Staat kann nicht dazu seine Hand reichen, daß ein Ehegatte unter Aufrechterhaltung der vermögensrechtlichen Vorteile aus der Eheschließung die Partnerwahl korrigiert.“⁴⁷⁴

Bei aller kritischer Distanz versagt sich *Diederichsen* keineswegs der Aufgabe, das Reformgesetz in einer die Anwendungsprobleme vorausschauenden Weise detailliert zu kommentieren. Die Rechtsprechung zunächst der Instanzgerichte, dann das BGH dankte es ihm durch sehr häufige Bezugnahmen auf seine Lösungsvorschläge. Die Kommentierung prägte die große wie die kleine Münze. Das gilt auch für den Fortgang der Kommentierung aus Anlaß weiterer Reformgesetze. In der 39. Auflage (1980), welche die Sorgerechtsreform von 1979 zu bewältigen hatte, verbindet der Kommentator wiederum Zustimmung zu vernünftigen Fortschritten mit Zurückhaltung gegenüber der konkreten Form des Gesetzes. Mit dem gesetzlichen Leitbild des § 1626 Abs. 2 BGB in der Fassung des SorgeRG sei ein „rein auf Gehorsam ausgerichteter und auf Unterwerfung unter den Willen der Eltern abzielender autoritärer Erziehungsstil, wie er Jahrzehnte hindurch gang und gäbe war und trotz seiner unbezweifelbaren Effektivität für Not- und Aufbauzeiten gesetzlich verboten.“ Die Vorschrift sei damit „Ausdruck des gegenwärtigen Zeitgeistes und insoweit trotz ihrer pädagogisch wertvollen Motivation verfassungsrechtlich nicht ganz bedenkenfrei“. „Die Schwierigkeit liegt darin, daß nur

⁴⁶⁹ A. a. O., § 1579 Anm. 2 d).

⁴⁷⁰ A. a. O., § 1569 Anm. 1.

⁴⁷¹ A. a. O., § 1570 Anm. 2 b) bb).

⁴⁷² A. a. O., § 1570 Anm. 2 c).

⁴⁷³ A. a. O., § 1573 Anm. 3.

⁴⁷⁴ A. a. O., § 1579 Anm. 2 d).

ein Teil der Eltern die argumentative Auseinandersetzung gelernt hat und daß die Eltern deshalb den Kindern gegenüber schlecht etwas zeigen können, was sie auch im Verkehr mit anderen Erwachsenen nicht beherrschen.“⁴⁷⁵ *Diederichsen* spricht von einem „Intellektuellenparagraph“. Die Mahnung des Gesetzes, Einvernehmen mit dem Kind anzustreben, veranlaßt den Autor zu folgender Einschränkung. „Das bedeutet vor allem auch, daß die Eltern ihre Erziehungsverantwortung im Sinne einer falsch verstandenen antiautoritären Erziehung nicht einfach auf das Kind abwälzen und seinem Willen überall nachgeben dürfen.“⁴⁷⁶ Solche Sätze sind ein Widerhall der scharfen Auseinandersetzungen um „autoritäre“ und „antiautoritäre“ Erziehung in den Jahren nach 1968. Im übrigen sind die rechtspolitischen Stellungnahmen dieser Auflage von einem vorsichtigen Konservatismus geprägt: Gegen die Regelung, daß der Vater eines nichtehelichen Kindes von der elterlichen Sorge ausgeschlossen ist, hat *Diederichsen* keine Bedenken,⁴⁷⁷ die Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder sieht er sachlich begründet.⁴⁷⁸

Unter den vielen Auflagen, die mit Novitäten zu kämpfen hatten, sei noch die 58. exemplarisch hervorgehoben, in der nicht weniger als sechs familienrechtliche Reformgesetze zu bewältigen waren: das Eheschließungsrechtsgesetz, das Kindschaftsrechtsreformgesetz, das Kindesunterhaltsgesetz, das Beistandschaftsgesetz, das Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz und das Betreuungsrechtsänderungsgesetz. Da ein Teil dieser Reformgesetze erst im Sommer 1998 in Gesetzblatt stand, kamen einige für andere Partien des Palandt zuständige Autoren *Diederichsen* zu Hilfe. Daß der Palandt in diesem Jahre einigermaßen pünktlich erschien, darf als außergewöhnliche Leistung bezeichnet werden. So sind die schwierigen Vorschriften des neuen Kindesunterhaltsrechts bereits ausführlich und praxisgerecht erläutert und durch Berechnungsbeispiele konkretisiert. Den Kern des Ehe- und Kindschaftsrechts bearbeitete nach wie vor *Diederichsen* allein, die Kommentierung trägt seine Handschrift. Wiederum verbindet sich die Bereitschaft, sich für die Praxis auf die einzelnen Anwendungsprobleme der neuen Normen einzulassen, mit dem kritischen rechtspolitischen Urteil. So stoßen die Regelungen der §§ 1626a Abs. 2 und 1672 Abs. 1 BGB, die eine Beteiligung des Vaters eines nichtehelichen Kindes an der elterlichen Sorge vom unkontrollierten Willen der Mutter abhängen lassen, nunmehr auf verfassungsrechtliche Bedenken, zumindest für den Fall, daß der Vater das Kind längere Zeit betreut hat.⁴⁷⁹ Die Neuregelung des Sorgerechts bei Trennung und Scheidung gemeinsam sorgeberechtigter Eltern (§ 1671) findet bei *Diederichsen* bereits in der Ende 1998 erschienenen Auflage eine sehr umfangreiche, substanzielle Darstellung. Im ganzen hält der Autor die Lösung des Gesetzgebers für „radikal“⁴⁸⁰, auch gesetzestechisch nicht gelungen: „Die Vorschrift läßt in ihrer einseitigen Anknüpfung an den Antrag eines Ehegatten weder erkennen, daß es verschiedene Auslöser für ein Sorgerechtsverfahren

⁴⁷⁵ Palandt/*Diederichsen*, 39. Aufl., München 1980, § 1626 Anm. 5.

⁴⁷⁶ A. a. O., § 1626 Anm. 5.

⁴⁷⁷ A. a. O., § 1705 Anm. 3.

⁴⁷⁸ A. a. O., § 1706 Anm. 1.

⁴⁷⁹ Palandt/*Diederichsen*, 58. Aufl., München 1999, § 1626a Rn. 13; § 1672 Rn. 3 und 9.

⁴⁸⁰ A. a. O., § 1671 Rn. 3.

geben kann, noch werden aus ihr die überragende Bedeutung des Kindeswohls oder überhaupt auch nur die verschiedenen dem Familiengericht zu Gebot stehenden Regelungsmöglichkeiten deutlich.⁴⁸¹ An mehreren Stellen macht *Diederichsen* geltend, daß in Bezug auf das Kindeswohl keine stimmige Regelung gelungen sei. „Die Technizität der Neuregelung in § 1671 und die Tatsache, daß das Kindeswohl erst in einem relativ späten Nebensatz auftaucht, dürfen aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Trennung der Eltern für die meisten Kinder eine psychische Katastrophe bedeutet.“⁴⁸² Der Gesetzgeber hat nach Auffassung *Diederichsens* noch nicht einmal den Versuch unternommen, die sich aus den vom ihm selbst geschaffenen Normen ergebenden Gebote der Kindeswohlprüfung aufeinander abzustimmen.⁴⁸³ Positiver beurteilt der Verfasser die vom neuen Recht eingeführte Möglichkeit partieller Zuweisung der Alleinsorge.⁴⁸⁴

Die Beispiele genügen, um die Eigenart der Kommentierung zu kennzeichnen. Ihr außergewöhnlicher Einfluß auf den weiteren Fortgang der Rechtsprechung steht außer Frage, so wie *Diederichsen* auch durch seine Schriften außerhalb des Kommentars und seine Tätigkeit als Sachverständiger die Geschichte des Familienrechts befruchtet hat.

Der Verlag C. H. Beck ließ es freilich mit der Kommentierung des neuen Familienrechts im Palandt nicht bewenden. Über die Entstehung des Münchener Kommentars zum BGB berichtet der Mitherausgeber *Franz-Jürgen Sacker* in diesem Buch ausführlich,⁴⁸⁵ es darf hierauf verwiesen werden. Entscheidend für den außergewöhnlichen Erfolg des Projekts war nach meiner Einschätzung das Wagnis, das sukzessive Erscheinen des Kommentars mit dem Familienrechtsband zu beginnen: Kurz nach Inkrafttreten des 1. EheRG erschien der Band 5 mit der Kommentierung des vierten Buchs des BGB (einschließlich Ehegesetz und Hausratsverordnung).⁴⁸⁶ Das war nicht ohne Risiko: Gerade zum alles beherrschenden neuen Scheidungs- und Unterhaltsrecht setzte die Rechtsprechung gerade erst ein, so daß das Buch rasch zu veralten drohte. Daß dies nicht geschehen ist, liegt an der hervorragenden Qualität der Kommentierung, die umgekehrt als Wegweiser für die folgende Rechtsprechung dienen konnte.

Obwohl der Kommentar das gesamte Familienrecht umfaßte, interessieren damals wie heute vor allem die Erläuterungen zum neuen Recht. Das Scheidungsrecht kommentierte *Alfred Wolf*, damals Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz und in dieser Eigenschaft mit dem Reformgesetz eng vertraut. Die Erläuterungen zeigen sich dem Ziel des Kommentars verpflichtet, vertiefte wissenschaftliche Durchdringung des Stoffes mit praktischer Brauchbarkeit zu verbinden. So enthält die Einleitung vor § 1564 BGB eine theoretisch-historische Grundlegung zum Scheidungsrecht, während die Erläuterungen zu § 1564 BGB die praktischen

⁴⁸¹ A. a. O., § 1671 Rn. 6.

⁴⁸² A. a. O., § 1671 Rn. 12.

⁴⁸³ A. a. O., § 1671 Rn. 13.

⁴⁸⁴ A. a. O., § 1671 Rn. 9.

⁴⁸⁵ Vgl. dazu S. 405 ff.

⁴⁸⁶ *Rebmann/Sacker* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch in sieben Bänden, Bd. 5 Familienrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1978.

Fragen vor allem des Scheidungsverfahrens in den Vordergrund rücken. Daß der Autor selbst in die Gesetzgebung involviert (und vielleicht über die im Vermittlungsausschuß gefundenen Kompromisse nicht immer glücklich) war, zeigt sich an verschiedenen Stellen. In der Regelung des § 1565 Abs. 2 BGB sieht er „wesentliche Elemente des Verschuldensprinzips“ in das neue Recht übernommen, die Norm selbst als Fremdkörper.⁴⁸⁷ Die Schwierigkeiten im Umgang mit der Norm stellt der Autor klar heraus, Unzumutbarkeit als gesetzlicher Tatbestand öffne der Willkür Tür und Tor.⁴⁸⁸ Besonders bemerkenswert erscheinen aus der Sicht von heute die Versuche *Wolfs*, die schwierige Unterscheidung von Scheitern der Lebensgemeinschaft, Getrenntleben und Erlöschen der sozialen Funktionen der Ehe in Worte zu fassen.⁴⁸⁹ Die Härteklausel des § 1568 bezeichnet *Wolf* als „neuralgischen Punkt“.⁴⁹⁰ Die Kommentierung greift auf die wechselvolle und sehr kontroverse Entstehungsgeschichte dieser Klausel zurück und befürwortet eine restriktive Handhabung.⁴⁹¹ Freilich sieht *Wolf* eine „große praktische Bedeutung“ der Kinderschutzklausel voraus⁴⁹² – niemand hatte sich wohl zur Entstehungszeit des 1. EheRG vorstellen können, daß schon bald die Kinderschutzklausel von den Gerichten praktisch ignoriert werden und daß überhaupt das materielle Scheidungsrecht nach einigen Jahren der Gewöhnung keinen Anlaß zu grundlegenden Kontroversen geben würde: Das neue Scheidungsrecht wird heute routiniert praktiziert, jeder Scheidungsantrag hat bei einiger Beharrlichkeit letztlich Erfolg und der Kampf hat sich längst auf die Scheidungsfolgen verlagert.

Für den Erfolg des Münchener Kommentars war es daher besonders wichtig, daß das Unterhaltsrecht geschiedener Ehegatten und das neue Institut des Versorgungsausgleichs von Beginn an Erläuterungen aus kundiger Hand erfuhren. Den Versorgungsausgleich betreffend waren es wenige, die den Durchblick hatten, soweit dies damals möglich war; zu ihnen gehörte zweifelsfrei *Kurt Maier*, Leiter der Direktor bei der BfA Berlin, der mit einem Autorenteam eine über 300-seitige Erläuterung der sperrigen Bestimmungen vorlegte.

Für das Unterhaltsrecht konnte der Ministerialrat im Justizministerium Baden-Württemberg *Gerhard Richter* gewonnen werden, der für lange Zeit in seiner Behörde für das Familienrecht zuständig war und auch das 1. EheRG mitgestaltend begleitet hatte. In die von der Rechtsprechung vielfach aufgenommene Deutung der unterhaltsrechtlichen Bestimmungen floß die Kenntnis der Gesetzesgeschichte ein, die der Autor bei den wichtigsten Vorschriften ausführlich zu Wort kommen ließ. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß *Richter* das System der Unterhaltstatbestände so deutet, daß „jedenfalls grundsätzlich“ Unterhalt nur dann zu gewähren sei, wenn die Unterhaltsbedürftigkeit mit der Ehe in Zusammenhang gebracht werden kann,⁴⁹³ doch gab es schon damals Gegenstimmen – die bis heute

⁴⁸⁷ MünchKomm/*Wolf*, 1. Aufl., Bd. 5 Familienrecht, § 1565 Rn. 1, 4.

⁴⁸⁸ A. a. O., § 1565 Rn. 88.

⁴⁸⁹ A. a. O., § 1565 Rn. 19–30.

⁴⁹⁰ A. a. O., § 1568 Rn. 1.

⁴⁹¹ Siehe namentlich die Erl. § 1568 Rn. 22–27.

⁴⁹² A. a. O., § 1568 Rn. 28.

⁴⁹³ MünchKomm/*Richter*, 1. Aufl., Bd. 5, München 1978, § 1569 Rn. 1.

schwelende Streitfrage war also von Beginn angelegt. Die Abschaffung des Schuldlements im nachehelichen Unterhalt wurde vom Autor mitgetragen, das zeigt sich auch bei der Interpretation der Härteklausel des § 1579: Persönliche Eheverfehlungen könnten nur ganze ausnahmsweise berücksichtigt werden, nämlich wenn sie sich über einen langen Zeitraum erstreckt und sich auch im wirtschaftlichen Bereich ausgewirkt haben.⁴⁹⁴ Der Wegfall des Verschuldens verknüpfe den nachehelichen Unterhalt enger als bisher mit der Ehe, „weil es grundsätzlich keine Unterhaltsansprüche mehr gibt, die mit der Ehe nicht in Zusammenhang zu bringen sind“.⁴⁹⁵ Die schwierige Frage, in welchen Fällen der geschiedenen Mutter eine Erwerbstätigkeit nach der Scheidung zuzumuten ist (§ 1570 BGB), erfährt bei *Richter* eine abgewogene, sehr lesenswerte Erörterung, die Andeutungen eines Phasenmodells mit der Berücksichtigung individueller Umstände verbindet. Die umstrittene Rangbestimmung des § 1582 BGB verteidigt *Richter* als verfassungsgemäß, obwohl er sich mit den Vorschlägen des damaligen Bundesrats eine ausgewogenere Regelung hätte vorstellen können.⁴⁹⁶ Im Rahmen des § 1585 c BGB streitet der Autor für die Vertragsfreiheit im Hinblick auf die enorme Erleichterung der Scheidung durch das neue Recht⁴⁹⁷ – ein Gesichtspunkt, der erstaunlicherweise in der heutigen Diskussion um die Privatautonomie im Scheidungsfolgenrecht keine Rolle mehr spielt.

Für die Erläuterungen zum Kindschaftsrecht konnte der Professor an der Freien Universität Berlin *Manfred Hinz* gewonnen werden. Obwohl das Kindschaftsrecht nicht im Zentrum des 1. EheRG stand, nutzte der Verfasser die Gelegenheit, eine gegenüber der bisherigen Kommentarliteratur moderne Deutung des Eltern-Kind-Verhältnisses vorzulegen. Den Ausgangspunkt bilden die Menschenrechte des Kindes⁴⁹⁸. Die elterliche Gewalt wurde ihres herrschaftlichen Charakters entkleidet⁴⁹⁹, zudem für Reformen dadurch geöffnet, daß *Hinz* es ablehnte, sie als ganzes in ihrer traditionellen Gestalt dem Grundrechtsschutz des Art. 6 Abs. 2 GG zu unterstellen.⁵⁰⁰ In vielem ist der Geist des Sorgerechtsgesetzes, dessen Entwurf bereits vorlag,⁵⁰¹ vorweggenommen und bestimmt die Stellungnahmen zu den Einzelproblemen des Kindschaftsrechts, so etwa zur Frage der Umgangsverbote an das heranwachsende Kind, dessen Grenzen im stufenweisen Abbau des elterlichen Bestimmungsrechts gefunden werden.⁵⁰² In der zweiten Auflage⁵⁰³ konnte *Hinz* sodann das SorgeRG als geltendes Recht kommentieren und auf dieser Grundlage seine vom Gedanken der Kinderrechte bestimmten Erläuterungen vorantreiben. Dies zeigt sich insbesondere bei der Kommentierung der Erziehungsmaximen des neuen § 1626 Abs. 2 BGB, für dessen Charakter als echte Rechtsnorm der Autor

⁴⁹⁴ A. a. O., § 1579 Rn. 15.

⁴⁹⁵ A. a. O., § 1569 Rn. 5.

⁴⁹⁶ A. a. O., § 1582 Rn. 10.

⁴⁹⁷ A. a. O., § 1585 c Rn. 14.

⁴⁹⁸ MünchKomm/*Hinz*, 1. Aufl., Bd. 5, München 1978, Vor § 1626 Rn. 7.

⁴⁹⁹ A. a. O., § 1626 Rn. 4, 5.

⁵⁰⁰ A. a. O., § 1626 Rn. 11–15.

⁵⁰¹ BT-Drs. 7/2060; *Hinz* hat den Entwurf bei den Erläuterungen bereits berücksichtigt, siehe a. a. O., Vor § 1626 Rn. 5.

⁵⁰² A. a. O., § 1631 Rn. 18.

⁵⁰³ MünchKomm/*Hinz*, 2. Aufl., Bd. 5 Zweiter Halbbd., München 1987.

stritt.⁵⁰⁴ Die elterliche Sorge nach der Scheidung betreffend äußerte *Hinz* schon in der ersten Auflage Bedenken gegen die Auffassung, ein bindender Elternvorschlag könne nicht die Belassung der gemeinsamen Sorge nach der Scheidung vorsehen.⁵⁰⁵ Ab der zweiten Auflage⁵⁰⁶ gehört *Hinz* unter dem Eindruck der Entscheidung des BVerfG zu den ausgesprochenen Anhängern dieser Möglichkeit. Insbesondere in der dritten Auflage⁵⁰⁷ wird diese Gestaltungsform aufgrund der möglichen „Erziehungskontinuität“ eindeutig favorisiert, wenngleich die Risiken nicht unerwähnt bleiben. Zu seinem großen Leidwesen hat *Hinz* die Kindschaftsrechtsreform von 1997, die viele seiner Vorstellungen verwirklichte, in der vierten Auflage des Kommentars nicht mehr selbst erläutern können.⁵⁰⁸

Der außergewöhnliche Erfolg des Münchener Kommentars ermöglichte bis heute vier Auflagen und damit eine fortlaufende Teilnahme an der rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Meinungsbildung im Familienrecht, die sich auch in einer auffallenden Zitathäufigkeit in Rechtsprechung und Literatur niederschlug. Das betraf auch Materien, die ihre Reform schon hinter sich hatten, wie etwa das von *Gernhuber* und dem Notar *Rainer Kanzleiter* erläuterte eheliche Güterrecht.⁵⁰⁹ Zur rechten Zeit war der Münchener Kommentar aber auch bei den weiteren Veränderungen zu Stelle, so bei der Herstellung der deutschen Einheit,⁵¹⁰ beim Betreuungsgesetz, zu dem im Jahre seines Inkrafttretens (1992) eine Kommentierung erschien,⁵¹¹ und schließlich bei den Reformen der Jahre 1997/1998, zu denen die Kommentierung eine gewisse zeitliche Distanz hielt, damit aber schon Gerichtsentscheidungen berücksichtigen konnte.⁵¹²

3. Die Spezialliteratur

Das Schrifttum zum Familienrecht in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts ist vor allem durch das Aufblühen der auf die Rechtspraxis zielenden Spezialliteratur gekennzeichnet. Grosso modo kann man sagen: Aus einer Materie, die in das System des Bürgerlichen Rechts voll eingebunden war, wurde – vor allen im letz-

⁵⁰⁴ A. a. O., § 1626 Rn. 58.

⁵⁰⁵ MünchKomm/*Hinz*, 1. Aufl., Bd. 5, München 1978, § 1671 Rn. 28, 29.

⁵⁰⁶ MünchKomm/*Hinz*, 2. Aufl., Bd. 5 Zweiter Halbbd., München 1987, § 1671 Rn. 4, 63–76.

⁵⁰⁷ MünchKomm/*Hinz*, 3. Aufl., Bd. 8, München 1992, § 1671 Rn. 65–66b, siehe auch Rn. 76.

⁵⁰⁸ Der Familienrechtsband II (Bd. 8 des Gesamtkommentars) erschien im Jahr 2002. Die von *Hinz* bearbeiteten Partien wurden in dieser Auflage unter mehrere Autoren aufgeteilt (*Peter Huber, Olzen, Finger, von Sachsen Gessaphe*).

⁵⁰⁹ Die von *Gernhuber* kommentierten §§ 1363–1390 BGB werden seit der 4. Aufl. von der Jenenser Professorin *Elisabeth Koch* bearbeitet.

⁵¹⁰ Die Erläuterungen zum Einigungsvertrag finden sich zunächst im Ergänzungsband zur 2. Aufl., als separates Buch publiziert unter dem Titel „Zivilrecht im Einigungsvertrag“, München 1991.

⁵¹¹ MünchKomm/*Schwab*, 3. Aufl. 1992, §§ 1896–1908i. Ich hatte seit der 2. Auflage außerdem das Vormundschafts- und Pflegschaftsrecht übernommen, seit der 4. Auflage liegt das Vormundschaftsrecht in den Händen des Richters am BGH *Thomas Wägenitz*.

⁵¹² Der erste Halbband des Familienrecht (Bd. 7 des Gesamtwerks) erschien im Jahre 2000, der zweite indes erst 2002.

ten Drittel des Jahrhunderts – ein Spezialfach, dessen Verklammerung mit dem BGB sich zusehends lockerte. Das wirkte sich auch auf die Autoren aus. Während vordem das Familienrecht von den Zivilisten als Materie neben anderen betrieben wurde – man erinnere sich an das Beispiel von *Heinrich Lehmann* –, läßt sich eine Konzentrierung auf das Familienrecht in doppeltem Sinne beobachten: Es gibt zunehmend spezifisch familienrechtliche Autoren, während die Generalisten unter den Zivilrechtlern beginnen, das Familienrecht – jedenfalls als Feld ihrer Forschung – auszusparen. Das wirkt auf die Situation in den juristischen Fakultäten zurück: Wo kein Spezialist vorhanden ist, wird das Familienrecht bei den Lehrenden oft zum wenig geliebten Fach. So scheint bei Schwerpunktbildung, welche die Fakultäten neuerdings vorzunehmen hatten, das Familienrecht im allgemeinen keine guten Chancen zu haben.

Die Spezialisierung knüpft äußerlich daran an, daß seit 1938 ein großer Teil des Eherechts außerhalb des BGB normiert war. Nach dem Kriege ergab sich daher ein Bedarf für Erläuterungswerke zu dem durch das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 16 (1946) bereinigten Ehegesetz.⁵¹³ Unter ihnen ragt das im Beck-Verlag erschienene Werk von *Edgar Hoffmann* und *Walter Stephan* hervor.⁵¹⁴ Die zweite Auflage⁵¹⁵, nun fortgeführt von *Wilhelm Appell*, *Kurt Johannsen* und *Walter Stephan* erschien im Jahre 1968, also in einer Zeit, in der ein neues Scheidungsrecht bereits lebhaft diskutiert wurde. Für die Rechtslage des Eherechts vor dem 1. EheRG bildet der sehr gut dokumentierte Kommentar eine unschätzbare Quelle, die familienrechtliche Literatur jener Zeit findet sich praktisch vollständig verarbeitet. Von Bedeutung war, daß für diese Auflage der im zuständigen Senat tätige Bundesrichter *Kurt Johannsen* gewonnen und das Buch später als Kommentar zum neuen Eherecht fortgeführt werden konnte.

Auch die weiteren Reformgesetze zu familienrechtlichen Fragen fanden ihre Kommentatoren. Das Gleichberechtigungsgesetz war Gegenstand des gleichfalls bei Beck veröffentlichten Erläuterungswerkes von *Krüger/Bretzke/Novak*.⁵¹⁶ Aus dieser Kommentierung ragen insbesondere die Texte von *Hildegard Krüger* hervor. Dem Kommentar stellte sie eine über 200 Seiten starke Einleitung voran, welche die Rechtsstellung der Frau aus biologischer, philosophischer, historischer und soziologischer Sicht erörtert und ein flammendes Plädoyer für die wirkliche Gleichstellung der Frau enthält. Auch das Nichtehelichengesetz von 1969 wurde speziell kommentiert.⁵¹⁷

⁵¹³ Es erschienen nicht wenige Werke, denen aber durchweg keine Langlebigkeit beschieden war, z. B.: *Reinhard von Godin/Hans von Godin*, Ehegesetz, 2. Aufl., Verlag de Gruyter, Berlin 1950; *Niesert/Lepsius*, Ehegesetz. Gesetz Nr. 16 des Kontrollrates. Textausgabe mit Anmerkungen, Verlag Aschendorff, Münster 1946; die Ausgabe von 1949 gibt eine Auflage „21.–23. Tausend“ an.

⁵¹⁴ *Hoffmann/Stephan*, Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, Verlag C. H. Beck, München 1950.

⁵¹⁵ *Hoffmann/Stephan*, Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, neu bearbeitet und fortgeführt von *Appell, Johannsen und Stephan*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1968.

⁵¹⁶ *Krüger/Bretzke/Nowack*, Gleichberechtigungsgesetz, Kommentar, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1958.

⁵¹⁷ *Odersky*, Nichtehelichengesetz, Verlag Giesecking, Bielefeld 1970; zuletzt 4. Aufl., Bielefeld 1978.

Quantitativ gesehen kann in den dreißig Jahren zwischen 1945 und 1975 nicht von einer besonderen Blüte der familienrechtlichen Literatur gesprochen werden. Die speziellen Kommentare erfuhren zum Teil zeitlich weit auseinander liegende, zum Teil überhaupt keine Neuauflagen. Die Reformgesetze wurden alsbald in die allgemeinen BGB-Kommentare und in die Lehrbücher eingearbeitet, ein deutlicher Trend zur Spezialisierung ist nicht spürbar. Wohl war inzwischen von dem Bonner Rechtsprofessor *Friedrich Wilhelm Bosch* die Familienrechtszeitschrift (FamRZ) ins Leben gerufen worden und erschien ab April 1954.⁵¹⁸ Der Gründer leitete die Redaktion zunächst allein und begleitete die Rechtsentwicklung durch fortlaufende, zum Teil gefürchtete Anmerkungen, die einen erheblichen Einfluß auf die Praxis gewannen.

Die Lage im familienrechtlichen Schrifttum änderte sich grundlegend seit 1976. Das zeigt sich schon im Aufblühen der FamRZ, deren Auflage kontinuierlich anstieg und bis 2004 etwa das Sechsfache ihres zum Vorabend der Reform erreichten Standes betrug. Andere Spezialperiodika wurden erst relativ spät gegründet,⁵¹⁹ was dafür spricht, daß die Dynamik des Familienrechts anfangs auch von den Verlagen unterschätzt wurde.

Den Aufschwung der Spezialliteratur hinderte das nicht. Just in time erschien nach Art eines Referentenkommentars der Titel „Das neue Ehe- und Familienrecht – 1. EheRG“ von *Walter Rolland*,⁵²⁰ seinerzeit Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz. Das Buch erläuterte das gesamte neue Recht für die Praxis und fand in den ersten Jahren nach der Reform weite Verbreitung.

Etwa gleichzeitig veröffentlichte ich mein Handbuch des Scheidungsrechts, das 1977 im Verlag Vahlen, einem von Beck übernommenen Verlagshaus, erschien. Die Form eines systematischen Handbuchs hatte ich gewählt, um das neue materielle Recht mit dem neuen Verfahrensrecht zu verzahnen. Daß ich die gesamte Kommentierung einschließlich des Versorgungsausgleichs allein zu bewältigen unternahm, war – um es vorsichtig auszudrücken – mutig. Schon um den gewaltig anschwellenden Stoff zu bewältigen erwies sich in späteren Auflagen als notwendig, den Stoff auf mehrere Autoren aufzuteilen, wofür mit *Meo-Micaela Hahne*, *Helmut Borth*, *Hans-Ulrich Maurer* und *Stefan Motzer* Sachkenner aus der Gerichtsbarkeit gewonnen werden konnten. Das Handbuch konnte im Jahre 2004 in fünfter Auflage publiziert werden.⁵²¹

Der Verlag C.H. Beck steuerte zur Reform des 1. EheRG zunächst eine Neuauflage des Familienrechtsbandes des Handbuchs der Rechtspraxis bei, das von *Karl Firsching*, ordentlicher Professor in Regensburg und Richter am BayObLG,

⁵¹⁸ Verlag Giesecking, Bielefeld. Zum Werdegang dieser Zeitschrift siehe meinen Beitrag „Aus der Geschichte der FamRZ“ in: *Schwab/Hahne* (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, Bielefeld 2004, S. 7 ff.

⁵¹⁹ Die Bedeutendsten: Familie und Recht (FuR), seit 1990, Verlag Luchterhand, Neuwied; Familie, Partnerschaft Recht (FPR), seit 1995, zunächst im Rudolf Haufe Verlag, Freiburg i. Br., seit 2002 im Verlag C. H. Beck; Der Familienrechts-Berater, seit 2002, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.

⁵²⁰ *Rolland*, Das neue Ehe- und Familienrecht. 1. EheRG. Kommentar zum 1. Eherechtsreformgesetz, 1. Aufl., Luchterhand, Neuwied 1977, 2. Aufl. 1982.

⁵²¹ *Schwab* (Hrsg.), Handbuch des Scheidungsrechts, 5. Aufl., München 2004.

bearbeitet wurde.⁵²² Einen besonderen Platz im Schrifttum nahm sodann der erstmals 1987 erscheinende Kommentar „Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen“⁵²³ ein, der an die Stelle des „Hoffmann/Stephan“ trat. Als Herausgeber fungierten nun Kurt Johannsen und der Regensburger Professor Dieter Henrich, als weitere Autoren wurden Meo-Micaela Hahne, damals Richterin am Landgericht Karlsruhe, Wolfgang Jaeger, damals Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf, die damalige Ministerialrätin Antje Sedemund-Treiber sowie der Ministerialrat Rudi Voelskow gewonnen. Das Erläuterungsbuch bezog die für Trennung und Scheidung wichtigen Vorschriften des BGB, des EGBGB, des Ehegesetzes, des FGG und der ZPO ein und bot den Familiengerichten und Scheidungspraxen eine vertiefte Information und Erörterung der anstehenden Rechtsprobleme. Entsprechend positiv wurde es aufgenommen, in den veröffentlichten Gerichtsurteilen und in der Rechtsliteratur findet sich das Standardwerk beinahe routinemäßig konsultiert. Das Erscheinen geraume Zeit nach Inkrafttreten des 1. EheRG hatte den Vorteil, daß schon eine erhebliche Menge an Material angefallen war, sodaß die Vorschriften schon ein einer von der Rechtsprechung geprägten Form erläutert werden konnten. Doch leisteten die Autoren gleichzeitig wichtige Beiträge für die weitere Entwicklung des Scheidungsrechts, in dem sie auch die noch nicht (befriedigend) gelösten Probleme auf anerkanntem wissenschaftlichem Niveau diskutierten. Der Kommentar hat seine herausragende Stellung bis heute behaupten können,⁵²⁴ auch wenn im Autorenteam diverse Veränderungen stattfanden. Das Werk liegt heute in 5. Auflage vor und wird nach dem Tode Johannsens nun von Henrich allein herausgegeben. Wie sich das Familienrecht quantitativ entwickelt hat, mag das Ansteigen des Umfangs von 1310 Seiten der ersten auf 2464 Seiten in der vierten Auflage belegen.

Aufs Ganze gesehen ist es auffällig, daß die Praktikerliteratur in den Anfangszeiten der Reform des Scheidungsrechts zunächst mit relativ wenigen Titeln einsetzte.⁵²⁵ Seit Mitte der achtziger Jahre belebte sich die Szene, es kam schließlich zu einem regelrechten Boom des familienrechtlichen Schrifttums.⁵²⁶ Es scheint, als

⁵²² Firsching, Familienrecht und anderer Rechtsgebiete in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Handbuch der Rechtspraxis, 4. Aufl., München 1979; nunmehr 6. Aufl., bearb. von Graba und Dodegge, München 1998/1999.

⁵²³ Johannsen Henrich (Hrsg.), Eherecht. Scheidung, Trennung, Folgen, Kommentar, 1. Aufl., München 1987.

⁵²⁴ 2. Aufl., München 1992; 3. Aufl., München 1998; 4. Aufl., München 2003 (unter geändertem Titel: „Eherecht. Trennung, Scheidung, Folgen“).

⁵²⁵ Außer dem Kommentar von Rolland und meinem Handbuch siehe z. B.: Ambrock, Ehe und Ehescheidung, Verlag de Gruyter, Berlin 1977; Kissel (Hrsg.), Ehe und Ehescheidung, 2 Bde, Athenäum Verlag, Kronberg/Ts. 1977. Aus der Zeit vor der Reform wurden weitergeführt: Bergerfurth, Der Ehescheidungsprozeß und die anderen Eheverfahren, 4. Aufl., Juristischer Fachbuchverlag, Essen 1977; ab 6. Aufl. (1986) im Deutschen Anwaltverlag; jüngste Auflage: Bergerfurth/Rogner, Der Ehescheidungsprozeß und die anderen Eheverfahren, 15. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2006. Das Werk von Maßfeller, Das gesamte Familienrecht, 1. Aufl., Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main 1958, 2. Aufl. in zwei Bänden, a. a. O., 1962, erschien ab 3. Aufl. als Loseblattwerk; die 3. Aufl. (ab 1974) wurde von Böhmer und Coester bearbeitet; eine weitere Ausgabe, bearbeitet von Coester, Derleder und Verschraegen, erschien im Luchterhand Verlag 1994.

⁵²⁶ Von den vielen Darstellungen seien genannt: Baumeister/Fehmel/Griesche/Hochgräber/Kaiser/Wick, Familiengerichtsbarkeit, Kommentar zu den materiellrechtlichen und verfahrensrecht-

hätten die Verlage eine gewisse Zeit gebraucht, um die Marktchancen auf diesem Gebiet zu erkennen. Heute stößt das ständig vermehrte Angebot freilich auf einen gesättigten Markt. Es bleibt auch nicht verborgen, daß die Handbücher und Spezialkommentare sich vorwiegend an den Aussagen der Rechtsprechung ausrichten, so daß sich viele Darstellungen in ihrem Informationsgehalt mehr oder minder gleichen.

Mit der Zeit spaltete sich die Praktikerliteratur weiter auf. Vor allem das Unterhaltsrecht, das die meiste Zahl der familienrechtlichen Streitfälle beisteuert, wurde nach und nach zu einer für den „Normaljuristen“ kaum mehr durchschaubaren Spezialistenmaterie. Schon im Jahre 1975 war in der NJW-Schriftenreihe das Buch „Die Rechtsprechung der Landgerichte zur Höhe des Unterhalts“⁵²⁷ aus der Feder der damaligen Bonner Richter *Elmar Kalthoener*, *Inga Haase-Becher* und *Helmut Büttner* erschienen, das die Judikatur von 93 Landgerichten in einer übersichtlichen Darstellung einfangen wollte. Die Autoren haben wohl damals selbst nicht geglaubt, was nach der Eherechtsreform aus dem schmalen Bändchen werden sollte, nämlich ein Standardwerk des deutschen Unterhaltsrechts, das weit über bloße Berechnungsfragen hinausging. Seit der 7. Auflage trat die Richterin *Birgit Niepmann* in das Autorenteam ein.⁵²⁸ Zuletzt erschienen die Neuauflagen im Zweijahrestakt und konnten so die Rechtspraxis fortlaufend auf neuem Stand informieren.⁵²⁹ Die Zitierhäufigkeit in den Gerichtsurteilen zeigt, daß das Werk auch an der Meinungsbildung im Unterhaltsrecht einen erheblichen Anteil hatte, auch in Entscheidungen des BGH wurde auf das Werk häufig zurückgegriffen.

Das Unterhaltsrecht erwies sich überhaupt als das große Schlachtfeld streitiger Familienbeziehungen, auf dem sich die Anwaltschaft täglich zu bewegen hat. Zudem erreichte das deutsche Unterhaltsrecht trotz der von den Oberlandesgerichten in den Verkehr gebrachten Leit- und Richtlinien eine kleinteilige Differenzierung wie weltweit kaum in einem anderen Rechtssystem. Dem entsprechen Menge und Art der unterhaltsrechtlichen Literatur. Ein Beispiel dafür ist das schon aus der

lichen Vorschriften, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1992 (ein hervorragendes Werk, das leider keine Neuauflagen erfahren hat); *Bäumel et al.*, Familienrechtsreformkommentar, Verlag Giesecking, Bielefeld 1998; *Finke/Garbe* (Hrsg.), Familienrecht in der anwaltlichen Praxis, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 1995; 5. Aufl., 2003; *Gerhardt/von Heinschel-Heinegg*, Familienrecht in gerichtlicher und anwaltlicher Praxis, Luchterhand Verlag, Neuwied 1995, jüngste Ausgabe unter dem Titel: *Gerhardt/von Heinschel-Heinegg/Klein*, Handbuch des Fachanwalts Familienrecht, 5. Aufl., Luchterhand Verlag, Neuwied 2005; *Hoppenz*, Familiensachen, Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1. Aufl., Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1986; jüngste Aufl.: *Hoppenz* (Hrsg.), Familiensachen, 8. Aufl., Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2005; *Rotax* (Hrsg.), Praxis des Familienrechts, 1. Aufl., Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2001; 2. Aufl. 2003; *Schnitzler* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, Verlag C. H. Beck, München 2002; *Scholz/Stein* (Hrsg.), Praxishandbuch Familienrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, ab 1998 (Loseblatt); *Thalmann*, Praktikum des Familienrechts, 1. Aufl., Verlag C. F. Müller, Heidelberg 1985; 5. Aufl., Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2006; *Weinreich/Klein*, Kompaktcommentar Familienrecht, Luchterhand Verlag, Neuwied 2002, 2. Aufl. 2005.

⁵²⁷ *Kalthoener/Haase-Becher/Büttner*, Die Rechtsprechung der Landgerichte zur Höhe des Unterhalts, 1. Aufl., München 1975.

⁵²⁸ *Kalthoener/Büttner/Niepmann*, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 7. Aufl., München 2000.

⁵²⁹ Die jüngste, 9. Auflage erschien im Jahre 2004.

Zeit vor dem 1. EheRG stammende, nun aber stark anwachsende Unterhaltsrechtsbuch von *Günter Brühl*,⁵³⁰ das seit der 3. Auflage von *Horst Göppinger* fortgeführt wurde und seit der 6. Auflage⁵³¹ von einem Autorenteam unter der Herausgeberschaft von *Peter Wax* im Verlag Giesecking erscheint. Mit diesem Werk konkurrieren zahlreiche andere, so etwa das von *Wolfgang Köhler* begründete⁵³², nun von *Horst Luthin* herausgegebene „Handbuch des Unterhaltsrechts“ im Verlag Vahlen⁵³³ und die im Beck-Verlag publizierte Loseblattkommentierung, die 1985 von *Beate Heiß* gegründet worden war.⁵³⁴

Von den Neugründungen nach der Eherechtsreform erwies sich das Werk „Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis“ der OLG-Richter *Philipp Wendl* und *Siegfried Staudigl* als besonders erfolgreich. Überwog in der 1986 publizierten ersten Auflage⁵³⁵ noch die systematisch geordnete Wiedergabe von Dokumenten aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung, so avancierte das Werk mit der Zeit zu einem meinungsbildenden Handbuch. Sein Umfang legt Zeugnis dafür ab, wie sehr sich das deutsche Unterhaltsrecht mittlerweile in den Details verliert.⁵³⁶

Auch in anderen Teilbereichen des Familienrechts läßt sich die fortschreitende Spezialisierung an der Literatur ablesen. Die Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung hat evident an Bedeutung gewonnen. Es scheint, als habe die Scheidungsrechtsreform und die durch sie bedingte Zunahme der Eheaufösungen den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft erst richtig aufgeweckt. Es kommt hinzu, daß der Ausbau der vermögensrechtlichen Ansprüche außerhalb des Güterrechts („Innengesellschaft“, „Innengemeinschaft“, „ehebdingte Zuwendung“) ein weites Feld eröffnet hat, das auch den Güterstand der Gütertrennung mit einbezieht. Als Standardwerk auf dem Gebiet des Ver-

⁵³⁰ 2. Aufl. Verlag Giesecking, Bielefeld 1963.

⁵³¹ *Göppinger/Wax u. a.*, Unterhaltsrecht, 6. Aufl., Bielefeld 1994; jüngste Ausgabe: 8. Aufl., Bielefeld 2003.

⁵³² *Köhler*, Handbuch des Unterhaltsrechts, 1. Aufl., Verlag Vahlen, München 1963.

⁵³³ Jüngste Auflage: *Luthin* (Hrsg.), Handbuch des Unterhaltsrechts, 10. Aufl., Verlag Vahlen, München 2004.

⁵³⁴ Jüngste Auflage: *Heiß/Born* (Hrsg.), Unterhaltsrecht, 30. Aufl., München 2006. Ferner: *Ehinger/Rasch*, Unterhaltsrecht, 4. Aufl., Haufe Verlag, Berlin 2003; *Eschenbruch* (Hrsg.), Der Unterhaltsprozeß, 1. Aufl., Werner-Verlag, Düsseldorf 1992, 4. Aufl., Luchterhand Verlag, Neuwied 2006; *Eschenbruch*, Ehegattenunterhalt, 2. Aufl., Verlag Luchterhand, Neuwied 2004; *Finke*, Unterhaltsrecht in der anwaltlichen Praxis, Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2000, 2. Aufl. 2004; *Hampel*, Bemessung des Unterhalts anhand von Unterhaltstabellen und Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte, Giesecking Verlag, Bielefeld 1994; *Soyka*, Die Berechnung des Ehegattenunterhalts, 2. Aufl., Verlag Erich Schmidt, Berlin 2002; *Soyka*, Die Berechnung des Volljährigenunterhalts, 3. Aufl., Verlag Erich Schmidt Berlin 2004.

⁵³⁵ *Wendl/Staudigl*, Das Unterhaltsrecht in der familiengerichtlichen Praxis. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und die Leitlinien der Oberlandesgerichte zum Unterhaltsrecht und zum Verfahren in Unterhaltsprozessen, 1. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1986.

⁵³⁶ Neueste Auflage: Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, begründet von *Wendl* und *Staudigl*, bearbeitet von *Dose/Gerhardt/Gutdeutsch/Kemper/Pauling/Scholz/Thalmann*, 6. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2004. Diese Auflage umfaßt 1814 Seiten, während die erste Ausgabe mit 701 Seiten ausgekommen war.

mögensausgleichs unter Ehegatten etablierte sich die Darstellung der Münchener Richter *Otto Haußleiter* und *Werner Schulz*, die seit der dritten Auflage im Verlag C. H. Beck erscheint⁵³⁷ und sowohl das Güterrecht als auch die allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüche umfaßt.⁵³⁸ Ihm steht das von *Rudolf Schröder* und *Ludwig Bergschneider* herausgegebene Familienvermögensrecht zur Seite.⁵³⁹ Auch dem Versorgungsausgleich wurden spezielle Darstellungen gewidmet⁵⁴⁰, was niemanden verwundert, überschreitet doch dieses komplizierte Institut die Kompetenz der Zivilrechtswissenschaft bei weitem.

Nicht in gleichem Maße ist das Kindschaftsrecht, obwohl in der Praxis nicht minder umkämpft, Gegenstand umfassender Handbücher geworden. Vielmehr gaben die einzelnen Reformen zu einer Einführungsliteratur⁵⁴¹ Anlaß, die nach einer Phase der Gewöhnung an das neue Recht als entbehrlich angesehen wurden; die allgemeinen Kommentare und Handbücher schienen zu genügen. Das Verhältnis von Eltern und Kindern betreffend gingen die Impulse ohnehin eher von psychologischer oder sonst außerjuristischer Seite aus.⁵⁴²

⁵³⁷ Erste Auflage: *Haußleiter*, Vermögensauseinandersetzung an anläßlich Scheidung und Trennung, Verlagsgruppe Jehle-Rehm, München 1992; an der 2. Aufl., 1997, wirkte *Schulz* bereits an dem Buch mit.

⁵³⁸ *Haußleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2002; 4. Aufl., 2004.

⁵³⁹ *Schröder/Bergschneider*, Familienvermögensrecht, Gieseking Verlag, Bielefeld 2003; siehe ferner *Börger/Engelsing*, Eheliches Güterrecht, 2. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2005; *Weyer*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 1. Aufl., Verlag Gieseking, Bielefeld 1998; 4. Aufl. 2006.

⁵⁴⁰ Zum Beispiel: *Ruland/Tiemann*, Versorgungsausgleich und steuerliche Folgen der Ehescheidung, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1977; 2. Aufl. 2000; *Ruland*, Probleme des Versorgungsausgleichs in der betrieblichen Altersversorgung und privaten Rentenversicherung, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1982; *Borth*, Versorgungsausgleich in anwaltschaftlicher und familiengerichtlicher Praxis, 2. Aufl., Luchterhand Verlag Neuwied 1992, 3. Aufl. 1998; *Glockner/Vouko-Glockner*, Versorgungsausgleich in der Praxis, 2. Aufl., Deutscher Anwalt Verlag, Bonn 2000; *Hauss*, Versorgungsausgleich und Verfahren in der anwaltlichen Praxis, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004; *Wick*, Der Versorgungsausgleich, Verlag Erich Schmidt, Berlin 2004.

⁵⁴¹ Zum Beispiel zum NehelG: *Odersky*, NeG, Kommentar zum Nichteelichen-Gesetz, 1. Aufl., Bielefeld 1970, 4. Aufl. 1978. Zum KindRG: *Greßmann*, Neues Kindschaftsrecht, Bielefeld 1998; *Mühlens/Kirchmeier/Greßmann*, Das neue Kindschaftsrecht, 1. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, Köln 1998; *Lipp/Wagenitz*, Das neue Kindschaftsrecht, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 1999; *Löhnig*, Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern, 2. Aufl., Verlag Erich Schmidt, Berlin 2004.

⁵⁴² In der juristischen Literatur sind insbesondere folgende Werke rezipiert worden: *Goldstein/Freud/Solnit*, Jenseits des Kindeswohls, Dt. Übersetzung, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1982; *Fthenakis/Niesel/Kunze*, Ehescheidung, Konsequenzen für Eltern und Kinder, Urban & Schwarzenberg, München/Berlin/Baltimore, 1982; *Wallerstein/Blakeslee*, Gewinner und Verlierer. Frauen, Männer, Kinder nach der Scheidung, deutsche Übersetzung, Verlag Drömer Knaur, München 1989; *Jopt*, Im Namen des Kindes. Plädoyer für die Abschaffung des alleinigen Sorgerechts, Verlag Rasch und Röhring, Hamburg 1992; vgl. auch das Buch des Journalisten *Rolf Lamprecht*, Kampf ums Kind, Spiegel-Buch, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek bei Hamburg 1982. Für die juristische Praxis wurden einige systematische Darstellungen geschrieben, z. B.: *Arntzen*, Elterliche Sorge und Umgang mit Kindern, 2. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 1994; *Salzgeber*, Familienpsychologische Gutachten, Verlag C. H. Beck, 4. Aufl., München 2005; *Lempp*, Die Ehescheidung und das Kind, 4. Aufl. 1982; *Balloff*, Kinder vor dem Familiengericht, Verlag Reinhardt, München 2004.

Als geschlossene Materie präsentiert das Betreuungsrecht, das isoliert oder in Verbindung mit dem Pflegschafts- oder Vormundschaftsrecht eine Reihe von systematischen Darstellungen und Spezialkommentierungen fand.⁵⁴³

Erwartungsgemäß erwies sich auch die Einführung des Rechtsinstituts der „Eingetragenen Lebenspartnerschaft“ als Anlaß für monographische Bemühungen.⁵⁴⁴ Dagegen sind Darstellungen des Rechts der „informellen“ nichtehelichen Lebensgemeinschaften aufgrund der sozialen Realität schon als traditionell zu betrachten. Frühzeitig war dazu in der NJW-Schriftenreihe das Buch von *Siegfried de Witt* und *Johann Friedrich Huffmann* erschienen, das heute von dem Regener Notar *Herbert Grziwotz* fortgeführt wird.⁵⁴⁵

Schließlich breitet sich besonders in jüngster Zeit – unter dem Eindruck der Entscheidungen des *BVerfG* von 2001 und des *BGH* seit 2004 – die Literatur über mögliche Vereinbarungen im Familienrecht aus. Klassiker auf diesem Gebiet ist das von *Horst Göppinger* begründete Werk „Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung“, das bereits 1969 in erster Auflage erschienen war und – bearbeitet von einem Autorenteam – heute in achter Auflage vorliegt.⁵⁴⁶ Besondere Bedeutung für die notarielle Praxis, aber auch für die Rechtsprechung hat das gleichfalls im Beck-Verlag publizierte Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen von *Gerrit Langenfeld* erlangt.⁵⁴⁷

⁵⁴³ *Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein*, Das neue Betreuungsrecht, 5. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2002; *Jürgens*, Betreuungsrecht, Kommentar, 1. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1995, 3. Aufl. 2005; *Bauer/Klie/Rink*, HK-BUR, Loseblatt, Stand Dezember 2006, Verlag C.F. Müller, Heidelberg 2006; *Bienwald*, Betreuungsrecht, Kommentar, 1. Aufl., Verlag Giesecking, Bielefeld 1992; nunmehr: *Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann*, Betreuungsrecht, Kommentar, 4. Aufl., Verlag Giesecking, Bielefeld 2005; *Damrau/Zimmermann*, Betreuung und Vormundschaft, 1. Aufl., Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart/Berlin/Köln 1991; 3. Aufl. 2001; *Dodegge/Roth*, Betreuungsrecht, 1. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, Köln 2003; 2. Aufl. 2005; *Knittel*, Betreuungsrecht, 4. Aufl., Bundesanzeiger Verlag, Köln 2005. Siehe ferner: *Oberloskamp* (Hrsg.) Vormundschaft, Pflegschaft und Vermögenssorge bei Minderjährigen, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1990; 2. Aufl. 1998; *Sonnenfeld*, Betreuungs- und Pflegschaftsrecht, 1. Aufl., Verlag Giesecking, Bielefeld 1996; 2. Aufl., 2001.

⁵⁴⁴ *Wellenhofer-Klein*, Die eingetragene Lebenspartnerschaft, 1. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2002; *Muscheler*, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 1. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 2001; 2. Aufl. 2004; *Grziwotz*, Beratungshandbuch Lebenspartnerschaft, Verlag C.H. Beck, München 2003.

⁵⁴⁵ *de Witt/Huffmann*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, 1. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1982; *Grziwotz*, Nichteeliche Lebensgemeinschaft, 4. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 2006. Ferner: *Hausmann/Hohloch*, Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 1. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin 1999; 2. Aufl. 2004; *Battes*, Nichteeliches Zusammenleben im Zivilrecht, Verlag RWS, Köln 1983; siehe schon: *von Münch*, Zusammenleben ohne Trauschein, Beck-Rechtsberater im dtv, 1. Aufl., München 1982, 7. Aufl. 2001.

⁵⁴⁶ *Göppinger*, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 1. Aufl., C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1969; jüngste Aufl.: *Göppinger/Börger et al.*, 8. Aufl., 2005.

⁵⁴⁷ *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 1. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 1984; 5. Aufl., 2005. Ferner: *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 1. Aufl., Verlag Giesecking, Bielefeld 1998; 3. Aufl. 2006; *Brambring*, Ehevertrag und Vermögenszuordnung unter Ehegatten, 5. Aufl., C.H. Beck, München 2003; *Dorsel/Zimmermann*, Eheverträge, Scheidungs- und Unterhaltsvereinbarungen, 4. Aufl., Deutscher Anwaltverlag, Bonn 2005; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte. Handbuch der Vertragsgestaltung, Verlag für Rechts- und Anwaltspraxis, 2004; *Lothar Müller*, Vertragsgestaltung im Familienrecht, 2. Aufl.,

E. Ein Rückblick

1. Im sachlichen Gehalt der Normen lassen sich seit Inkrafttreten des Grundgesetzes trotz der Vielzahl der einzelnen Reformschritte einige bestimmende Entwicklungslinien erkennen, die sich auf die Verfassung gründen. Unter ihnen steht die Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Familie an erster Stelle – sie ist der deutlich sichtbare rote Faden, der sich durch das Gemenge von Gesetzen und gerichtlichen Erkenntnissen zieht. Dabei werden unterschiedliche Facetten des Gleichheitsverständnisses wirksam. Dem Sieg der „formalen Gleichheit“ über die „Gleichwertigkeit“ der Frau folgen Tendenzen, welche der Gleichheit materielle Gehalte zuführen (Schutz des Schwächeren, Mutterschaft, Recht auf gleiche Teilhabe am ehezeitlichen Vermögenserwerb, gleiche Chancen auf eigene Erwerbstätigkeit). Der Gleichheitsdiskurs ist offenbar noch nicht an seinem Ende angelangt. Es fällt zudem auf, daß der Gleichheitssatz in manchen Fragen seine Stoßrichtung umzukehren begonnen hat, es geht nicht nur, wie lange Zeit, um die Gleichberechtigung der Frau, sondern auch um die des Mannes.

Die zweite Hauptlinie der Entwicklung betrifft das Kindschaftsrecht. Die Entrechtung der nichtehelichen Kinder und ihrer Eltern ist Geschichte, wenngleich auch hier mit Nachhutgefechten zu rechnen ist. Das einheitliche Kindschaftsrecht hat – in Verbindung mit weiteren Faktoren – freilich zur Folge, daß die Ehe nicht mehr, wie seit Jahrhunderten, das selbstverständliche Zentrum des Familienrechts bildet. Der Umstand, daß im Kindschaftsrecht beinahe alles auch ohne Heirat zu haben ist, wirkt auf das Eheverständnis zurück. Zudem kann das neuen Verständnis gemeinsamer elterlicher Verantwortung auch nicht miteinander verheirateter Eltern für ihr Kind nicht ohne Auswirkungen auf das Paarverhältnis bleiben – eine Beziehung, welche die Verpflichtung zur Kooperation zugunsten des Kindeswohl enthält, kann – besonders in den Fällen gemeinsamen Sorgerechts – kein juristisches Nichts sein. Wir erleben daher den rechtlichen Ausbau der gemeinsamen Elternschaft jenseits des Eherechts.

Das Kindschaftsrecht im allgemeinen ist durch die schon vielfach beschriebenen Perspektivenwechsel – von der väterlichen Gewalt zu den Rechten des Kindes – gekennzeichnet. Vieles davon ist, wie das Gebot der gewaltfreien Erziehung, wirklicher Fortschritt, manches auch rhetorische Fassade, hinter der die Interessen der Erwachsenen lauern. Das im Gefolge der 1968er Jahre beschworene Bild vom Kind, das sich gegen autoritäre Eltern seine Selbstbestimmung erkämpfen muß, ist Episode geblieben.

2. Das auffälligste Merkmal der neueren Geschichte des deutschen Familienrechts ist seine Dynamik, die in erster Linie auf den Gesetzgeber und das *BVerfG* zurückgeht. Sie war insofern notwendig, als es galt, die Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen und dem nichtehelichen Kind ein Recht zu verschaf-

Verlag C. F. Müller, Heidelberg 2002. Wissenschaftlich vertiefte Erörterung: *Hepting*, Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1984.

fen, das sich von den historischen Diskriminierungen löste. Diese Ziele sind freilich nicht mit Hilfe einer langfristig planenden und folgerichtigen Gesetzgebung erreicht worden, sondern in vielen Schritten, zu denen das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber nicht selten treiben mußte. Zu sehr scheint ein traditionelles Familienbild im Bewußtsein weiter Teile der Gesellschaft verankert gewesen zu sein, als daß die Postulate der Verfassung mit einigen wenigen Reformgesetzen und auf einem Schlage verkraftet worden wären. Verspätungen pflegen im Leben wie in der Gesetzgebung mit Hektik verbunden zu sein, und Hektik ist nicht die Mutter guter Gesetze. Daraus wiederum resultiert eine evidente Reparaturanfälligkeit der Reformen, die sich zum Teil in sich jagenden Novellen niederschlägt.

3. Die Dynamik der Rechtsentwicklung namentlich in jüngster Zeit erklärt sich freilich nicht nur aus der notwendigen Verwirklichung konsensfähiger Grundrechtspositionen, sondern zu einem guten Teil aus einer raschen Abfolge und einem rapiden Wechsel von rechtspolitischen Vorstellungen, die eine kurzatmig agierende Politik immer sogleich, ohne ausreichende Planung und oft ohne Rückversicherung bei der praktischen Vernunft „umzusetzen“ bestrebt ist. Es ist eben nicht nur das „alte“ Familienrecht des BGB reformiert worden, sondern fortlaufend auch das neue, oft gerade erst geschaffene Recht: Was gestern unumstößliche Gewißheit war, kann heute grundfalsch sein, die Mode von heute ist der Irrtum von morgen. Dazu trägt bei, daß die Reformen „radikal“ durchgeführt zu werden pflegen, das heißt: einer gerade im Schwange befindlichen Sichtweise mehr verpflichtet als der auf Erfahrung gegründeten konkreten Rationalität. Die so gefundenen Normen stoßen sich ebenso an der Wirklichkeit wie an den alsbald auftauchenden neuen Doktrinen, fortgesetzte Reparaturen an den Gesetzen und jähe Systemwechsel sind die Folge. Die betroffenen Menschen sehen sich einem Familienrecht gegenüber, das auf beinahe keinem Feld eine auch nur minimale Verlässlichkeit aufweist. Die Zahl der in das Familienrecht eingreifenden Gesetze ist, auch wenn man vom Sozial- und Steuerrecht absieht, enorm. Planungssicherheit auf dem für das persönliche Leben so wichtigen Rechtsgebiet ist umso weniger gegeben, als die Reformgesetze sich zunehmend dem Gedanken des Bestandsschutzes verweigern. Der Gesetzgeber ist dem Nebeneinander verschiedener Familienrechte abgeneigt und oktroyiert den Bürgern dafür ein kurzfristiges Nacheinander unterschiedlichster Regelungen. Daß die Bereitschaft zu Heirat und Elternschaft abnimmt, mag auch in diesem Befund eine Ursache haben.

4. Es fällt auf, daß die Begründungen für neue gesetzliche Regelungen im Familienrecht auch außerhalb der Kernfragen häufig auf das Grundgesetz gestützt werden, das für Divergierendes herhalten muß. Das Bundesverfassungsgericht ist an diesem Vorgang nicht unbeteiligt, insofern es in einigen Fällen Rechtsfragen, über deren Lösung man sachlich mit guten Gründen streiten kann, einer verfassungsrechtlichen Dezision unterwirft, damit dem sachlichen Diskurs entzieht und so die Gesetzgebung in eine bestimmte Richtung zwingt. Die verfassungsrechtliche Fundierung von Problemlösungen, zu denen sich die nationalen Rechtsordnungen durchaus unterschiedlich verhalten, kann auch als Sperre für die europäische Rechtsangleichung wirken. Das gilt besonders, wenn

einem rechtspolitisch-sachlichen Diskurs unter Berufung auf die Menschenwürde das Ende bereitet wird, wie dies z.B. zuletzt im Ehenamensrecht geschehen ist.

5. Die Neigung zu fortgesetzten Neuerungen wird vielfach mit dem „sozialen Wandel“ begründet, der das Recht von heute als durch die gesellschaftliche Realität überholt darstellt. Zweifellos erforderte die offenkundige Veränderung der durchschnittlichen Lebensgewohnheiten und Lebensauffassungen der Menschen seit Beginn des 20. Jahrhunderts eine Fortentwicklung des Familienrechts, doch schwerlich das rastlose Hin und Her der Gesetze. Zum einen beeinflussen die Gesetze selbst die Realität,⁵⁴⁸ in gewissem Grade schaffen sie sich ihren sozialen Wandel (wenngleich nicht immer den erstrebten), wie aus der Reform des Scheidungsrechts unschwer erkannt werden kann. Zum anderen gehen ernstzunehmende soziale Analysen oder Meinungsforschungen der Gesetzgebung selten voraus. Vielmehr sind die Impulse für Gesetzesreformen eher im Bewußtsein der mit Rechtspolitik befaßten Führungsschicht zu suchen, die sich eine Gesellschaft nach ihren Vorstellungen gestalten will. Insofern atmen gerade die jüngsten Reformen – bei voller demokratischer Legitimation des Normbildungsprozesses – nach Absicht, Form und Gehalt den Geist des „aufgeklärten Absolutismus“; es sind ähnlich der Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts „Reformen von oben“, die das Verhalten der Menschen verändern wollen.

6. Inwiefern spiegelt die Umwälzung des Familienrechts den so oft beschworenen „Wandel der Familie“? Die „Familie“ bildet sich in den sie betreffenden Rechtsregeln niemals getreu ab. Den Gesetzen kann aber das Bild entnommen werden, das sich die Politik von der Familie macht. Die Rechtsregeln können den familiären Beziehungen helfen oder auch zu ihrer Zerstörung beitragen. In diesem Zusammenhang fällt auf, daß die Familie – trotz des um sie herum erzeugten rhetorischen Mythos – im Spiegel des heutigen Rechts weniger als soziale Einheit erscheint, die dem Staat als Gegenpart gegenübertreten könnte, vielmehr als Treffpunkt von Ansprüchen, letztlich der subjektiven Grundrechte der beteiligten Personen. Die Individualisierung erscheint als ein Hauptimpuls der Reformpolitik: Es geht um das Recht der Frau auf Gleichheit und gleiche Teilhabe, um das Recht des Mannes auf ökonomische Freiheit nach der Scheidung, um die Rechte des neuen Ehegatten eines Geschiedenen, um das Recht des Kindes auf Wahrung seiner Interessen und Selbstbestimmung, um das Recht von Vätern und Müttern auf ihre Kindern wie umgekehrt der Kinder auf ihre Eltern, um das Recht des gebrechlichen Menschen auf Hilfe und Chance zur Selbstbestimmung, es geht um die Rechte von Großeltern, (ehemaligen) Pflege- und Stiefeltern und sonstigen „familiär-sozialen“ Beziehungspersonen, das Ende ist schwerlich abzusehen. Zwar pflegt das Recht generell erst bei Konflikten unter Einzelpersonen sichtbar auf den Plan zu treten, auch ist die Öffnung der Familie für Rechtskonflikte seit der konsequenten Verwirklichung der Gleichberechtigung in gewissem Umfang zwangsläufig. Doch hat die Individualisierung und Verrechtlichung der familiären Bezie-

⁵⁴⁸ Siehe *Wagenitz*, Die Änderung der Familie als Aufgabe des Gesetzgebers, FamRZ 1996, 577.

hungen inzwischen ein Ausmaß angenommen, das offenbar dem Gedanken der Einheit der Familie und den Postulaten der familiären Bindung widerstreitet. Wo diese Bindung noch eingefordert wird – wie etwa im Unterhaltsrecht –, gerät sie zunehmend in die rechtspolitische Kritik.

7. Die Art und Weise, wie sich die familienrechtliche Entwicklung vollzieht – nämlich hastig, von raschen Perspektiven- und Paradigmenwechseln gezeichnet – bedingt Antinomien und Widersprüche. So finden sich im Abstammungsrecht dediziert biologistische und an der sozialen Faktizität orientierte Positionen unverbunden nebeneinander. Das Interesse des Kindes an stabilen Lebensverhältnissen und einer von Feindseligkeiten im Nahraum freien Entwicklung wird durch den Ausbau der gespaltenen Elternschaft und förmlicher Einzelrechte „auf das Kind“ konterkariert. Das Scheidungsrecht gibt einen Schutz der bestehenden Ehe vor, den es auch nicht ansatzweise leistet. Im Scheidungsfolgenrecht wird durch die Rechtsprechung die Vertragsfreiheit zugunsten des schwächeren Teils eingeschränkt, während der Gesetzgeber sich fast gleichzeitig mit Plänen befaßt, die nachhehliche Solidarität – im wörtlichen wie übertragenen Sinn – zu verkürzen. Das Betreuungsgesetz wird mit großer Emphase als die Befreiung des kranken und behinderten Menschen in Kraft gesetzt, um alsbald durch Novellen gestutzt zu werden, die kaum verbrämt die fiskalischen Interessen des Staates im Blickfeld haben. Im Eheschließungsrecht schlägt einerseits das soziale Faktum gegen die Willensfreiheit durch – selbst die arglistige Täuschung hindert nicht die gültig Ehe –, andererseits ein rigider Formzwang gegen das soziale Faktum der dauerhaften Lebensgemeinschaft. Dies sind nur Beispiele für viele Diskrepanzen. Ohne Spannungen und Brüche wird es in unserer gesellschaftlichen Situation kein Familienrecht geben, die Frage ist nur ihr Ausmaß.

8. Für den historisch erfahrenen Beobachter weist die neuere Gesetzgebung im Familienrecht – wie auf vielen anderen Gebieten – ein obrigkeitsstaatliches Element auf. Offenbar wird dies am Beispiel des Kindschaftsrechts. Theoretisch bleibt anerkannt, daß die Eltern in der Regel am besten wissen, was für gut ihr Kind ist, sie definieren das Kindeswohl für ihr Kind. Das hätte zur Folge, daß der Staat in die Erziehung nur eingreifen darf, wenn die Eltern gegen elementare Kindesinteressen verstoßen, der Staat hat das Kindeswohl gleichsam nur negativ als Fehlen eindeutig kindschädlichen Verhaltens zu definieren. Diese Position hat der Gesetzgeber verlassen, seit er Erziehungsmaximen normiert und – zum Beispiel in Fragen der Kontakte des Kindes mit dritten Personen – positiv beschreibende Bestimmungen des Kindeswohls verkündet. So wie der christliche Fürst der frühen Neuzeit die Eltern unter Strafdrohung anhielt, ihre Kinder in die Gottesdienste zu schicken, so zwingt der postmoderne Staat die Eltern, ihre Kinder Kontakten mit dritten Personen zuzuführen, die – in welchem Sinne und in welcher Weise auch immer – „für die Kinder tatsächliche Verantwortung getragen haben“. Wenn der Staat in der Frage, welche Außenkontakte sie ihrem Kind verschaffen oder gestatten sollen, seine bessere Erkenntnis des Kindeswohls den Eltern vorschreiben kann, dann füglich auch auf anderen Feldern. Die wachsende Unzufriedenheit einiger Politiker, die sie den Leistungen der Elternhäuser entgegenbringen, läßt noch manches erwarten.

9. Die Familie als Treffpunkt von Individualrechten bescherte auch der Rechtspraxis ein streitiges Feld. Daran hat das gewaltige Ansteigen der Scheidungen und der Folgeprozesse den hauptsächlichen Anteil, doch reicht das Konfliktpotenzial darüber hinaus. Die Zunahme der Rechtsstreitigkeiten erklärt das Aufblühen der familienrechtlich tätigen Anwaltspraxen. Zugleich führt die immer weiter getriebene Komplizierung der Materie zur Spezialisierung, wie die Einführung der Fachanwaltschaft für Familienrecht und die üppige Vermehrung der Spezialliteratur zeigen. Bei alledem muß für die Rechtsbetroffenen die Lage immer verworrener erscheinen. Die Zerfaserung des Rechtsstoffes in eine endlose, ständig vermehrte Zahl von Einzelfragen macht selbst den Spezialisten oft die Prognose über den Ausgang eines Prozesses schwer. Den betroffenen Bürgern drängt sich der Eindruck auf, daß „Familie“ – jedenfalls wenn sie auf eine Ehe gegründet ist – ein unkalkulierbares Risiko darstellt. Mit der positiven Besetzung des Familienbegriffs durch die politische Propaganda kontrastiert eine negative, sobald der Bezirk von Recht und Gericht erreicht ist. Auch hier läßt sich ein Grund für die schwindende Akzeptanz der Familiengründung vermuten.

