

Leitartikel: Warum wir nicht nach einem einfachen Familienrecht rufen sollten

Anne Röthel, Hamburg*

1. Befund

Vielen gilt das Familienrecht heute als ähnlich kompliziert wie das Steuerrecht. Auch auf Juristinnen und Juristen mache das Familienrecht den Eindruck eines „juristischen Dickichts“.¹ Die beratende Praxis hat dies längst zu einem Verkaufsargument umgemünzt: Sieht man die Internetseiten von familienrechtlichen Fachanwaltskanzleien durch, wird mit der Kompliziertheit des Familienrechts gezielt um Mandate geworben. Etwas anders ist die Resonanz im akademischen Schrifttum. Hier wird die Kompliziertheit des Familienrechts eher im Grundton der Klage vorgebracht,² verbunden mit der Sorge, wie sichergestellt werden kann, dass bei Richterinnen und Richtern, Jugendämtern und Betreuern der nötige familienrechtliche Fachverstand vorhanden ist.³

Diese Klage über die Kompliziertheit des Familienrechts stützt sich auf viele Beobachtungen. Im ersten Atemzug werden zumeist das Unterhaltsrecht und das Recht des Versorgungsausgleichs genannt. Das deutsche Unterhaltsrecht weise eine im internationalen Vergleich einmalige „Tatbestandsfülle und Normendichte“ auf⁴ und sei „überkomplex“ geworden.⁵ Auch der Versorgungsausgleich gilt als „schwer zu bewältigen“,⁶ sogar als „gefürchtet“.⁷ Im Güterrecht steht es nur auf den ersten Blick besser, nämlich wenn man von den unübersichtlichen Ausgleichsmechanismen des sogenannten Nebengüterrechts und der weit gespannten richterli-

* Verf. ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hamburg.

1 Wendung nach *Schwab, D.*, Familienrecht im Umbruch, FamRZ 1995, S. 513 (515).

2 *Schwab, D.*, Familie und Staat, FamRZ 2007, S. 1 (4); *Frank, R.*, 100 Jahre BGB – Familienrecht zwischen Rechtspolitik, Verfassung und Dogmatik, AcP 200 (2000), S. 401 (417 ff.); *Schumann, E.*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Behrends, O./Schumann, E. (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 2008, S. 169. Siehe auch aus der Sicht der Familiengerichtbarkeit *Rotax, H.-H.*, Familienrichters Traum – Plädoyer für eine Reform des bürgerlichen Rechts mit dem Ziel der Vereinfachung, in: FS für G. Bruder Müller, 2014, S. 581.

3 Siehe nur die Stellungnahme der Kinderrechtekommission des DFGT „Die Richterschaft in der Familiengerichtbarkeit – Plädoyer für eine Qualitätsoffensive“, abrufbar unter www.dfgt.de und dazu die Erwiderung von *Nolte, J.*, Die Richterschaft in der Familiengerichtbarkeit, FamRZ 2018, S. 1225.

4 *Dethloff, N.*, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 67. DJT, 2008, A 66.

5 *Schürmann, H.*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.2.2017 – XII ZB 565/15, Barunterhalt beim Wechselmodell, FamRZ 2017, S. 442 (442).

6 *Peschel-Gutzeit, L.*, Fortwährende Reformen – Die Entwicklung des Familienrechts seit 1947, NJW 2017, S. 2731 (2734).

7 *Lies-Benachib, G.*, Generalisten vs. Spezialisten – Warum wir eine Fachgerichtsbarkeit für das Familienrecht brauchen, FamRZ 2019, S. 427 (427).

chen Inhaltskontrolle absieht.⁸ Die „komplexen Anspruchsvoraussetzungen“ stellen „besondere Anforderungen“ an die Rechtsberatung, wie schon mehrfach in Haftungsprozessen betont wurde.⁹

Längst hat die Klage über die Kompliziertheit des Familienrechts auch das Kindschafts- und Jugendrecht erfasst.¹⁰ Hier ist in den letzten Jahrzehnten eigentlich alles komplizierter geworden: An die Stelle eines bei Inkrafttreten des BGB noch einigermaßen übersichtlich gestalteten Herrschaftsverhältnisses („elterliche Gewalt des Vaters“, § 1627 BGB a.F.) ist ein kompliziertes Geflecht aus Rechten, Akteuren, Institutionen und Verfahren getreten, das schwierige Aufgaben zu bewältigen hat. Konfligierende Elternrechte müssen koordiniert und ihre Ausübung überwacht werden. Dabei sind die Erwartungen an das Wächteramt mit der Zeit eher größer als geringer geworden: Nicht nur gilt es, die Fremdnützigkeit der elterlichen Befugnisse in Bezug auf das Kindeswohl zu gewährleisten;¹¹ auch in Bezug auf die Eigenzuständigkeit des Kindes ist die rechtliche Sensibilität gestiegen.¹² Weil das geltende Recht heute die gemeinsame elterliche Sorge favorisiert (§§ 1626, 1626 a BGB), muss organisiert werden, wie und von wem Entscheidungen getroffen werden, wenn die Eltern nicht zusammen leben (§§ 1687 ff. BGB). Es sind eine Fülle von Verfahren zur Bewältigung von Elternkonflikten um die Erlangung und Ausübung der Sorge nötig geworden (§§ 1626 a, 1671, 1687, 1696 BGB).¹³ Kompliziert wird es insbesondere, wenn sich gemeinsam sorgeberechtigte, aber getrennt lebende Eltern dazu entschließen, die Betreuung des Kindes untereinander aufzuteilen. Neue Modelle der geteilten Betreuung (Wechselmodell, Nestmodell) werfen nicht nur neuartige Unterhaltsfragen, sondern auch Fragen in Bezug auf das Verhältnis von Elternrecht, Kindeswille und Kindeswohl auf.¹⁴ Komplizierter ist das Kindschaftsrecht auch geworden, seitdem das Umgangsrecht, das ursprünglich nur einem geschiedenen, nicht sorgeberechtigten Ehegatten zustand (§ 1636 BGB a.F.), inzwischen auf andere nahe Bezugspersonen (§ 1685 BGB) einschließlich des „nur leiblichen Vaters“ ausgedehnt wurde (§ 1686 a BGB). Gerade die Verfahren nach § 1686 a BGB gelten als „extrem schwierig“.¹⁵

8 Siehe nur *Wever, R.*, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 7. Aufl. 2018; für eine Gegenseite *Röthel, A.*, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten, FamRZ 2012, S. 1916-1922; Die dogmatischen Anfänge liegen einerseits bei *Lieb, M.*, Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungsausgleich und gesetzlichem Güterstand, 1970 und *Hepting, R.*, Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Ehe-recht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, 1984, andererseits bei *Schwenzer, I.*, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), S. 88.

9 Diesen Hinweis verdanke ich *Klein, M.*, System der Schenkungen und Zuwendungen im Familienvermögensrecht, in: FS für G. Brudermüller, 2014, S. 389 (389).

10 Statt vieler *Rotax, H.-H.* (Anm. 2), S. 582.

11 Siehe aber *Peschel-Gutzeit, L.*, Das missverständliche Wächteramt. Unzulässige Eingriffe in das Recht der elterlichen Sorge, in: FS für D. Coester-Waltjen, 2015, S. 173.

12 *Röthel, A.*, Das Recht des Kindes auf Eigenzuständigkeit, in: Röthel, A./Heiderhoff, B. (Hrsg.), Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, 2019, S. 89; gleichsinnig *Schumann, F.*, Die Selbstbestimmung einwilligungsfähiger Minderjähriger in der medizinischen Behandlung, RW 2018, S. 67.

13 *Schumann, E.*, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, Gutachten B zum 72. DJT, 2018, S. B 54 ff.; *Ostholt, F.*, Die rechtliche Behandlung von Elternkonflikten, 2016, S. 341.

14 *Schumann* (Anm. 13), S. B 80 ff.; *Röthel, A.*, Das Recht der Elternverantwortung, JZ 2018, S. 803 (808 ff.).

15 *Götz, I.*, Brücke an Maschinenraum: Auswirkungen von gesetzlichen Reformen und höchstrichterlicher Rechtsprechung in der Praxis, in: Hilbig-Lugani, K./Huber, P. (Hrsg.), Moderne Familienformen, 2019, S. 95 (110).

Die Liste an Beispielen für kompliziert gewordenes Familienrecht ließe sich noch um Einiges verlängern: Auch das Abstammungsrecht ist schwierig geworden, seitdem nicht mehr selbstverständlich ist, dass die Frau, die ein Kind geboren hat, auch genetisch mit dem Kind verwandt ist,¹⁶ seitdem sich Abstammungsverhältnisse schnell und kostengünstig klären lassen (§ 1598 a BGB) und seitdem Kinder in immer größerer Zahl ihre Existenz anonym bleiben wollenden Samenspendern verdanken.¹⁷ Es gilt, Kinderwünsche von gleichgeschlechtlichen Paaren rechtlich abzubilden,¹⁸ und die Abstammungsfolgen in Fällen von Inter- und Transidentitäten zu bedenken.¹⁹ Und auch das Namensrecht, das über lange Zeit als wenig konflikträchtig galt, lässt sich nicht mehr in wenigen Sätzen resümieren, seitdem auch nachträgliche gemeinsame Sorge und Scheinvaterschaft namensrechtliche Folgen haben (§§ 1617 a-1617 c BGB).²⁰

2. Kritik

Muss das alles so kompliziert sein? Wäre ein einfaches Familienrecht nicht im Interesse aller, also der betroffenen Kinder und ihren Eltern, aber auch derjenigen, die sich täglich mit der Lebenssituation der Familien in Deutschland befassen und die Streit zu schlichten und über Sorge, Umgang, Unterhalt und Versorgungsausgleich zu richten haben? Müssen wir wirklich so viele Wahlmöglichkeiten im Namensrecht einräumen? Ist es nötig, so viele unterschiedliche Lebensmodelle bei der Entscheidung über Sorge, Betreuung und Umgang rechtlich abzubilden? Brauchen wir wirklich so ins Einzelne gehende, ausdifferenzierte Regelungen und Rechtsprechungskonstruktionen für die finanzielle Folgenbewältigung gescheiterter Paarbeziehungen? Kann es nicht einfach dabei bleiben, dass jedes Kind von Geburt an immer nur eine Mutter und einen Vater hat? Müssen sich Gerichte wirklich mit den Wünschen und Vorstellungen von Kleinstkindern auseinandersetzen, wenn es um Erziehungsfragen oder die elterliche Organisation des Kindesalltags geht?

Das akademische Substrat dieser Fragen lässt sich mit Verrechtlichungskritik zusammenfassen. Solche Verrechtlichungskritik hat das Familienrecht immer wieder erfasst. Seit der Wiedervereinigung richtete sie sich mehr denn je auf das Kindschafts- und Jugendrecht. Der Staat sei dazu übergegangen, so die Kritik, sich „als Inhaber eines überlegenen Wissens vom Kindeswohl zu gerieren und das Eltern-Kind-Verhältnis fortlaufend zu verrechtlichen.“²¹ Dabei werde die Wirkung des Rechts gerade im Eltern-Kind-Verhältnis überschätzt: Man dürfe sich nicht einbilden, „dass das Heil in juristischen Konstruktionen beschlossen ist, dass man etwa nur das

16 Röthel, A./Heiderhoff, B. (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung*, 2016.

17 Helms, T., *Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen*, Gutachten F zum 71. DJT, 2016, S. F 11 ff. sowie *Arbeitskreis Abstammungsrecht*, Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, S. 54 ff.; zur Solo-Mutterschaft s. den Beitrag von K. Seebode in diesem Heft.

18 Siehe nur BVerfG, Urteil vom 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, BVerfGE 133, 59 (Sukzessivadoption durch eingetragene Lebenspartner).

19 Dazu der Beitrag von T. Richarz in diesem Heft sowie die Entscheidungen BGH, Beschluss vom 6.9.2017 – XII ZB 660/14, BGHZ 215, 318 (Frau-zu-Mann-Transsexueller im Rechtssinne Mutter) und BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NJW 2018, S. 471 (Mann-zu-Frau-Transsexuelle im Rechtssinne Vater).

20 Zur jüngeren Rechtsentwicklung siehe nur Kienemund, F., *Neuere Entwicklungen im Namensrecht*, NZ-Fam 2017, S. 1073; zuvor Arndt, N., *Die Geschichte und Entwicklung des familienrechtlichen Namensrechts in Deutschland*, 2004.

21 Schwab (Anm. 2), S. 4.

obligatorische gemeinsame Sorgerecht einführen müsse, und die Welt des Kindes sei in Ordnung.“²² Überhaupt sei das Familienrecht „zu einem kaum mehr überschaubaren Dickicht klagbarer Individualansprüche geworden“. Dies trage „den Keim der Zerstörung in sich [...] Mehr Zurückhaltung wäre ein Gewinn.“²³ Wo sich der Staat über das Kindeswohl zum „Miterzieher“ aufschwinge, gerate die Elternautonomie in Gefahr.²⁴ Ganz generell wird gefordert, das „Prinzip der Nichteinmischung“ zum ersten Grundprinzip für die Entwicklung eines modernen Familienrechts zu erheben²⁵ und das Familienrecht noch mehr an die Privatrechtsgesellschaft „freizugeben“.²⁶

3. Ein exemplarisches Gegenmodell

Tatsächlich ist es gar nicht so einfach, angesichts dieser weit geteilten Skepsis, was das Recht eigentlich für die Familien wirklich leisten kann, die Komplexität unseres heutigen Familienrechts zu rechtfertigen. Doch lohnt ein Blick zurück, um sich zu vergegenwärtigen, dass sich Verrechtlichung nicht einfach mit Einmischung gleichsetzen lässt und dass die Kompliziertheit im Familienrecht, die wir uns heute leisten, auf Errungenschaften beruht, die man nicht leichtfertig mit Halbsätzen abtun sollte.

Wie ein Familienrecht aussieht, das einen ganz anderen, reduzierten, zurück genommenen Abbildungs- und Regelungsanspruch verfolgt, lässt sich exemplarisch für die Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts²⁷ an den Erwägungen ablesen, die *Savigny* im Jahr 1840 zum Familienrecht anstellte. Nach *Savigny* besteht das Familienrecht erstens nur aus drei Institutionen: Der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Verwandtschaft.²⁸ Was aber für unseren Zusammenhang bedeutungsvoller ist als die möglicherweise schon fremd erscheinende Auswahl und Orientierung der familienrechtlichen Institutionen ist, wie *Savigny* die Aufgabe des Rechts bei der Gestaltung der Familie beschreibt: Er sieht erstens den „Stoff“ eines jeden dieser Verhältnisse in ihrem „Naturverhältnis“.²⁹ Zweitens betont er, dass die „juristische Seite“ von Ehe, Kindschaft und Verwandtschaft „gerade die geringe ist, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechts angehört.“³⁰ Dieses ganz andere Gebiet bezeichnet er als das Gebiet der „Sittlichkeit“. Er wolle nicht leugnen, so *Savigny* weiter, dass „zum Wesen der Ehe Treue und Hingebung so wie zur väterlichen Gewalt Gehorsam und Ehrfurcht gehöre; allein

22 *Schwab, D.*, Konkurs der Familie? Familienrecht im Umbruch, 1994, S. 25. In Bezug auf die gegenwärtige Debatte über Kinderrechte wendet *Heiderhoff, B.*, Kinderrechte – ein Überblick, in: Röthel/Heiderhoff (Anm. 12), S. 1 ein, dass eine gesetzliche „Ausbuchstabierung“ von Kinderrechten auch die Gefahr einer „Rückentwicklung“ berge (27).

23 *Frank* (Anm. 2), S. 419.

24 So *Schumann* (Anm. 2), S. 169-227.

25 *Schwenzer, I.* Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RebelsZ* 71 (2007), S. 705 (711 ff.).

26 *Coester-Waltjen, D.*, Die Theorie der Privatrechtsgesellschaft: Wirkkraft der Theorie im heutigen Familienrecht, in: *Riesenhuber, K.* (Hrsg.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, 2009, S. 271.

27 Näher *Bextermöller, C.*, Das Familienrecht in den Systemen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts, 1970; zum Entstehen des „bürgerlichen Familienbegriffs“ zu dieser Zeit *Schwab, D.*, Artikel Familie, in: *Brunner, O./Conze, W./Koselleck, R.* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 2, 1975, S. 253 (287 ff.).

28 *Savigny, F.*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, 1840, § 53 (S. 342).

29 *Savigny* (Anm. 28), § 54 (S. 345).

30 *Savigny* (Anm. 28), § 54 (S. 347).

diese an sich wichtigsten Elemente jener Verhältnisse stehen unter dem Schutz der Sitte, nicht des Rechts, gerade so wie der edle und menschliche Gebrauch, den der Hausvater von seiner Familiengewalt machen soll, auch nur der Sitte überlassen bleiben kann [...]“³¹

Übersetzen wir dies in unsere Zeit und unsere Rechtssprache, so entwirft *Savigny* hier die Grundlinien eines Familienrechts, das seine Übersichtlichkeit und seine so leicht erschließbare Gestalt zwei Annahmen verdankt: Erstens sollen sich Art und Anzahl der familienrechtlichen Rechtsverhältnisse, also die Entscheidung über das „ob“, nach der „Natur“ bestimmen, die auf diese Weise zentrales normatives Gewicht erhält. Und zweitens soll für das Innenverhältnis, also das „wie“ der familienrechtlichen Rechtsverhältnisse, weitgehend auf gesellschaftliche Praktiken, also Selbstregulierung durch Konvention, vertraut werden.³²

4. Einwände

Warum kann uns dieser so verführerisch reduzierte Abbildungsanspruch heute nicht mehr überzeugen? Auf eine einfache Formel gebracht: Weil Natur und gesellschaftliche Praxis keinen normativen Selbststand mehr genießen. Es war vor allem das 20. Jahrhundert, das einem ungeprüften Anvertrauen des Familienrechts auf Natur und gesellschaftliche Praxis den Boden entzogen hat. Verfassungsrechtlich abgesicherte Gleichbehandlungsansprüche ungeachtet des Geschlechts und der sexuellen Orientierung, die Anerkennung gleichberechtigter Elternrechte, die staatliche Schutzpflicht für das Kind und selbstverständliche Grundrechtsmündigkeit des Kindes haben die frühere Selbstverständlichkeit, mit der sich gestützt auf Natur oder „sittliche Anschauung“ sagen ließ, was eine Ehe von einer Nichtehe unterscheidet, wer Mutter und Vater eines Kindes ist, wem die Sorge für ein Kind zusteht, wieviel Gehorsam das Kind schuldet etc., weithin in Zweifel gezogen. Dies soll im Folgenden näher ausgeführt werden.

4.1. Rechte von Frauen und Kindern

Ein großer Teil dessen, was heute als Kompliziertheit des Familienrechts wahrgenommen wird, hat damit zu tun, dass im Verlauf des 20. Jahrhunderts, vor allem seit Inkrafttreten des Grundgesetzes, zunächst die Frauen³³ und dann die Kinder³⁴ zu berechtigten Rechtspersonen avanciert sind. Aus heutiger Sicht mag es einfacher gewesen sein, als das Eherecht vor allem aus der Sicht des Mannes und das Kindschaftsrecht vor allem aus der Sicht des Vaters entworfen wurde. Mit unseren Verfassungsversprechen auf Gleichberechtigung und gleichberechtigte El-

31 *Savigny* (Anm. 28), § 54 (S. 350).

32 Gleichsinnig *Meder, S.*, Familienrecht. Von der Antike bis zur Gegenwart, 2013, S. 149 ff.: „selbstregulative Kompetenz der Sitte“ bei *Savigny*.

33 Nachzeichnung der Entwicklung bei *Koch, E.*, Zur Entwicklung der Rechte der Frauen in der Bundesrepublik Deutschland, in: FS für G. Brudermüller, 2014, S. 409; Gerhard, U. (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997; *Franzius, C.*, Bonner Grundgesetz und Familienrecht. Die Diskussion um die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der westdeutschen Zivilrechtslehre der Nachkriegszeit, 2005; *Müller-List, G.*, Gleichberechtigung als Verfassungsauftrag. Eine Dokumentation zur Entstehung des Gleichberechtigungsgesetzes vom 18. Juni 1957, 1995; *Duncker, A.*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003 sowie *Grünberger, M.*, Personale Gleichheit, 2013, S. 88-106.

34 Dazu etwa *Reuter, D.*, Kindesgrundrechte und elterliche Gewalt, 1968; *ders.*, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, AcP 192 (1992), S. 108; *Wapler, F.*, Kindeswohl und Kinderrechte. Eine Untersuchung zum Status des Kindes im öffentlichen Recht, 2015.

ternrechte, auf freie Entfaltung und Schutz der Persönlichkeit des Kindes sind solche Reduktionen indes nicht mehr vereinbar.³⁵

4.2. Rückkehr zur Bionormativität?

Im Abstammungsrecht beruht ein großer Teil der neuen Unübersichtlichkeit darauf, dass heterosexuelle Sexualität nicht mehr der einzige Weg ist, um Kindern zum Leben zu verhelfen. Elternschaft ist auf vielen Wegen möglich geworden: durch Eizellübertragung und Embryonenspende, durch Eierstockverpflanzung, „Eizellverjüngung“ und Kernttransfer, durch Samenspende, in-vitro-Befruchtung und ICSI.³⁶ Diese technische Entwicklung hat dazu geführt, dass das argumentative Band, das früher zwischen Sexualität, Reproduktion und (heterosexueller) Ehe gespannt werden konnte, brüchig geworden ist. Damit hat „die Natur“ an Autorität und Aussagekraft für das Familienrecht verloren. Früher vermeintlich scharf gezogene Grenzlinien, insbesondere in Bezug auf Elternschaft, sind mit den reproduktiven Verfahren des 20. Jahrhunderts ins Schwimmen geraten. Wir müssen vielmehr eine zunehmende Unklarheit der Verhältnisse zwischen Natürlichkeit und Artifizialität konstatieren. Wenn „die Natur“ es ermöglicht, dass eine Eizelle den Transfer in eine fremde Gebärmutter überlebt und dort zu einem lebensfähigen Baby heranreift, wird die Unterscheidung zwischen natürlicher und unnatürlicher Elternschaft zur Wertungsfrage: Es geht nicht mehr um die Abbildung eines Naturgesetzes, sondern mehr und mehr um eine „soziale Institution“.³⁷ Damit scheidet „die Natur“ als normatives Referenzsystem nicht völlig aus. Aber sie hat an Eindeutigkeit und Prägekraft verloren.³⁸ Natur taugt nur noch als Heuristik, als Grenzbegriff und Orientierungshilfe,³⁹ verbürgt aber weder selbstverständliche noch trennscharfe normative Maßstäbe.

35 Zur Konstitutionalisierung des Familienrechts etwa *Simitis, S.*, Familienrecht, in: Simon, D. (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 390 (401 ff.); *Ramm, T.*, Grundgesetz und Eherecht, 1972; *Wapler, F.* (Anm. 34).

36 Siehe etwa *Diedrich, K./Ludwig, M./Griesinger, G.* (Hrsg.), Reproduktionsmedizin, 2. Aufl. 2019 (im Erscheinen); *Coester-Waltjen, D. et al.* (Hrsg.), Kinderwunschmedizin. Reformbedarf im Abstammungsrecht?, 2015; *Bockenheimer, L./Thorn, P./Wendehorst, C.* (Hrsg.), Umwege zum eigenen Kind, 2008; *Rosenau, H.* (Hrsg.), Ein zeitgemäßes Fortpflanzungsmedizingesetz für Deutschland, 2012.

37 So das Fazit von *Peukert, A. et al.*, Soziale Elternschaft – ein konzeptionelles Stiefkind der Familiensoziologie, NZFam 2018, S. 322 (326): „Elternschaft, so unser Fazit, ist kein Naturgesetz, sondern eine *soziale Institution*. Das heißt: Auch da, wo Elternschaft scheinbar ‚biologisch‘ und ‚natürlich‘ ist, bedarf dies der rechtlichen und sozialen Anerkennung. Gleichzeitig wird Elternschaft tagtäglich in Interaktionen immer wieder hervorgebracht, gelebt und (um-)gestaltet – vielfältig und auch jenseits der zweigeschlechtlichen Paardiyade und der rechtlichen Anerkennung als Eltern.“

38 Zum Verlust der normativen Überzeugungskraft des „Natürlichen“ in Bezug auf die Mutterstellung zuletzt *Gutmann, T.*, Mutterschaft zwischen Natur und Selbstbestimmung, in: Röthel, A./Heiderhoff, B. (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung, 2016, S. 63 (72 ff.); gleichsinnig dort auch *Kaufhold, A.-K.*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung, S. 87 (98 ff.): „genetische Abstammung als Wertung“. – Diese Diskussion wird schon seit längerer Zeit im Zusammenhang mit dem Klonen geführt; siehe etwa die Kritik an der Bionormativität von *Steinvorth, U.*, Zur Legitimität des Klonens, in: *Schwarze, L./Wulf, C.* (Hrsg.), Körper und Recht, 2003, S. 289. Ähnliche Einsichten stammen aus den *disability studies*, wenn dort beobachtet wird, dass sich die Grenzen zwischen Natur und Kultur zunehmend auflösen; dazu *Dederich, M.*, Körper, Kultur und Behinderung, 2007, S. 65 f.; generell zur Kontextabhängigkeit und Zeitgebundenheit der Unterscheidung von Natur und Technik in Bezug auf den Körper *Harrasser, K.*, Körper 2.0., 2013.

39 So etwa aus der Diskussion über die ethische Vertretbarkeit des Klonens *Lanzerath, D.*, Der geklonte Mensch: eine neue Form des Verfügens, in: *Düwell, M./Steigleder, K.* (Hrsg.), Bioethik, 2003, S. 258.

Aus dieser Überwindbarkeit, Korrigierbarkeit und damit Uneindeutigkeit der Natur ergeben sich fortwährend neue Regelungsaufgaben für das Recht. Mutterschaft und Vaterschaft sind erklärungs- und ausfüllungsbedürftige rechtliche Kategorien geworden. Es bedarf einer rechtlichen Zuordnung des Kindes zu „seinen“ Eltern, wobei sich heute weder von selbst versteht, dass ein Kind nur zwei Eltern haben kann,⁴⁰ noch dass die Eltern geschlechtsverschieden sein müssen.⁴¹ Das Familienrecht muss heute klären, begründen und entscheiden, worauf sich Elternschaft gründen soll und welche (Paar-)Beziehungen durch rechtsförmige Ausgestaltung als Ehe rechtlich herausgehoben werden sollen. Was das Familienrecht in diesem Fragen kompliziert gemacht hat, ist zu einem großen Teil die Überwindung der Natur. Oder anders gewendet: Wer hier für ein einfacheres Familienrecht plädiert, schaut auf vergangene Zeiten zurück, als man „der Natur“ noch eindeutige normative Antworten ablauschen wollte.

4.3. De-Stereotypisierung

Schließlich ist ein großer Teil der Kompliziertheit unseres Familienrechts den Anliegen nach Individualisierung, Differenzierung und De-Stereotypisierung des Familienrechts geschuldet.⁴² Dahinter stehen zwei Entwicklungskräfte:

Pluralisierung

Die erste Entwicklungskraft wird zumeist mit Pluralisierung umschrieben. Gemeint ist eine zunehmende Vielfalt an familiären Lebensformen, bei der Gestaltung von Paarbeziehungen genauso wie im Hinblick auf das Leben mit Kindern.⁴³ „Moderne Familien sind so bunt und vielfältig wie nie zuvor“, heißt es.⁴⁴ Die internationale Familienforschung betont die zunehmende Sichtbarkeit und quantitative Zunahme vielfältiger Lebens- und Familienformen.⁴⁵ Auch wenn für große Teile der Bevölkerung das Ideal familiären Lebens nach wie vor die lebenslang währende Ehe mit einem Hauptverdiener und gemeinsamen Kindern darstellt,⁴⁶ nehmen alternative familiäre Lebensformen zu. Dies beruht zu einem großen Teil darauf, dass Erst-Familien zer-

40 Dazu die Beiträge von Helms, T., Röthel, A. und Walper, S., Wie viele Eltern trägt ein Kind? in: Hilbig-Lugani, K./Huber, P. (Hrsg.), *Moderne Familienformen*, 2018, S. 125; dazu Bergold, P. et al. (Hrsg.), *Familien mit multipler Elternschaft: Entstehungszusammenhänge, Herausforderungen und Potentiale*, 2017.

41 Siehe nur Heiderhoff, B., Kann ein Kind mehrere Väter haben?, *FamRZ* 2008, S. 1901.

42 Dazu für das Eherecht Röthel, A., *Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland*, AcP 214 (2014), S. 603 (614 ff.).

43 Siehe nur für Paarbeziehungen die Diagnose von Dethloff, N., Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 67. DJT, 2008, A 12: „wachsende Vielfalt“; genauso Helms, T. (Anm. 17), S. F8: Zunahme von nicht-konventionellen Familienmodellen. Siehe auch schon Schwab, D./Vaskovics, L. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft: Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*, 2011; Brosius-Gersdorf, F., Biologische, genetische, rechtliche und soziale Elternschaft. Herausforderungen für das Recht durch Fragmentierung und Pluralisierung von Elternschaft, RdJB 64 (2016), S. 136.

44 Dethloff, N., Familienrecht in Europa – quo vadis, NJW 2018, S. 23 (23).

45 Peukert, A. et al., Soziale Elternschaft – ein konzeptionelles Stiefkind der Familiensoziologie, NZFam 2018, S. 322 (322).

46 Abermals Peukert, A. et al., Soziale Elternschaft – ein konzeptionelles Stiefkind der Familiensoziologie, NZFam 2018, S. 322 (325): „fest institutionalisierte Normalannahme einer heterosexuellen Zweielternfamilie mit gemeinsamen leiblichen Kindern“.

brechen und sich daraufhin neue, in höherem Maße heterogene familiäre Arrangements herausbilden. So wenig es „die“ Patchworkfamilie gibt,⁴⁷ so wenig gibt es „das“ Kinder-Betreuungsmodell, vor allem nach Scheitern der Elternbeziehung.⁴⁸ Eine Pluralisierung der Familienkonstellationen wird schließlich auf die zunehmende Inanspruchnahme reproduktiver Verfahren zurückgeführt.⁴⁹ Überhaupt gelten Mehr-Eltern-Arrangements als in hohem Maße heterogen.⁵⁰ Schließlich ist auch die Zunahme und zunehmende Sichtbarkeit von gleichgeschlechtlichen Lebens- und Familienformen zu einem bedeutenden Pluralisierungsfaktor geworden.⁵¹

Anerkennung von Autonomie

Für sich genommen folgt aus der Beobachtung, dass familiäres Leben vielfältiger („pluraler“) geworden ist, allerdings noch nicht zwangsläufig, dass deshalb auch das Familienrecht kompliziert werden muss. Aber es kommt die Erwartung hinzu, dass das Recht dieser Vielfalt und Heterogenität auch zunehmend Rechnung tragen soll. Diese Erwartung lässt sich zusammenfassen als die Forderung nach Anerkennung von Autonomie im Familienrecht.⁵² In Deutschland geht es dabei zugleich um die Distanzierung von der nationalsozialistischen Überformung des Familienrechts und die Wiederbetonung des Familienrechts als Teil des Privatrechts.⁵³ Dahinter stehen Wesensmerkmale der Familienrechtsentwicklung in der Moderne: Aus der Einsicht in die Wandelbarkeit des rechtlichen Ehe- und Familienbegriffs⁵⁴ folgt die Umformung von vorgeprägten Institutionen zu gewählten Freiräumen,⁵⁵ die Umorientierung von „Fremdreferenz“ (Natur, Gesellschaft, Staat) auf „Selbstreferenz“ (Selbstbestimmung).⁵⁶

Bemerkenswert ist dabei, dass die Forderung nach Anerkennung von Autonomie im Familienrecht – anders als im Schuldvertragsrecht – gerade nicht auf De-Regulierung durch bloße Beseitigung zwingenden Rechts, also ein „weniger“ an rechtlichen Regeln, hinausläuft. Im Familienrecht bedeutet die Forderung nach mehr Anerkennung von Autonomie zumeist, dass es nicht damit getan ist, familienrechtliche Institutionen mit ihren Beständen an zwingendem

47 Helms (Anm. 17), S. F 66.

48 Schumann (Anm. 13), S. B 9; zu den verschiedenen Formen geteilter Betreuung Sünderhauf, H., Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, 2013, S. 57 ff.

49 Bernard, A., Kinder machen. Neue Reproduktionstechnologien und die Ordnung der Familie, 2014; siehe schon Gross, P./Honer, A., Multiple Elternschaften: Neue Reproduktionstechnologien, Individualisierungsprozesse und die Veränderung von Familienkonstellationen, Soziale Welt 41 (1990), S. 97.

50 Bergold, P. et al. (Hrsg.), Familien mit multipler Elternschaft, 2017; Eggen, B., Multiple Elternschaft – Zur neuen Normalität von Elternschaft, RPsych 2018, S. 182 sowie Röthel, A., Wie viele Eltern trägt ein Kind? Konzepte für originäre Mehr-Elternschaft, in: Hilbig-Lugani, K./Huber, P. (Hrsg.), Moderne Familienformen, 2019, S. 129 (129 m.w.N.).

51 Siehe nur Helms (Anm. 17), S. F 28 ff.

52 Nachzeichnung bei Röthel, A., Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, JZ 2017, S. 116; zuletzt dies, Das Recht der Elternverantwortung, JZ 2018, S. 803 (808 ff.); grundsätzlich Bumke, C./Röthel, A. (Hrsg.), Autonomie im Recht, 2017.

53 Simitis (Anm. 35), S. 390 ff.: „Entpolitisierung und Rückkehr zum Privatrecht“.

54 Dies betont Auer, M., Eigentum, Familie, Erbrecht: Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), S. 239 (265 ff.); siehe im Übrigen dies., Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014; dies., Privatrecht ist doch wie Liebe, in: Grünberger, M./Jansen, N. (Hrsg.), Privatrechtstheorie heute, 2017, S. 98.

55 Darin liegt keine Besonderheit des deutschen Rechts; vgl. Pocar, V./Ronfani, P., From Institution to Self-regulation, in: Commaille, J./F. de Singly (Hrsg.), The European Family, 1997, S. 195.

56 So explizit für das Abstammungsrecht Eggen, B., Multiple Elternschaft – Zur neuen Normalität von Elternschaft, RPsych 2018, S. 182 (201).

Recht einfach abzuschaffen. Vielmehr verbindet sich mit der Forderung nach mehr Anerkennung von Autonomie im familiären Verhältnis die Erwartung, dass neue Institutionen, Verfahren und Rechtsregeln geschaffen werden.⁵⁷

Dies lässt sich am Beispiel der Elternautonomie studieren. Hintergrund ist das Recht der Eltern, die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten.⁵⁸ Die in dem Elternrecht wurzelnde Forderung nach Elternautonomie hat heute gleich zwei Wirkungen: Erstens stellt sie Regeln in Frage, mit denen bestimmte Modelle oder Leitbilder bei der Wahrnehmung und Organisation der Elternverantwortung vorgegeben werden. Die bis zur Kindschaftsreform des Jahres 1998 weithin selbstverständliche Präferenz des Rechts für die Alleinsorge eines Elternteils nach Trennung oder Scheidung⁵⁹ ist genauso fragwürdig geworden wie die Orientierung des geltenden Rechts auf das sogenannte Residenzmodell bei der Organisation der Betreuung (§§ 1687 Abs. 1 S. 2, 1629 Abs. 2 S. 2, 1606 Abs. 3 S. 2 BGB). Doch geht es nicht nur darum, neue Modelle und Leitbilder an die Stelle von überkommenen Modellen und Leitbildern zu setzen. Vielmehr richtet sich die Erwartung weitergehend darauf, dass auch solche familiären Praxen, die von den bisherigen Modellen abweichen, hier insbesondere das sogenannte Wechselmodell, normativ abgebildet werden.⁶⁰ Damit verbinden sich Erwartungen an einen Rechtsrahmen für Elternvereinbarungen und die Bewältigung von Elternkonflikten.⁶¹ Für die verfassungsrechtlichen Eltern werden diese Erwartungen an gesetzliche Ordnung und Schlichtung inzwischen auch als Bestandteil des Verfassungsversprechens aus Art. 6 GG thematisiert.⁶²

Zwischen De-Stereotypisierung und Re-Stereotypisierung

Die beobachtbare Pluralisierung der Lebensverhältnisse und ihre auf Autonomie gestützten Anerkennungsansprüche sind also maßgebliche Gründe dafür, dass das Familienrecht eine De-Stereotypisierung und Differenzierung erlebt. Ein solches auf Differenzierung und De-Stereotypisierung zulaufendes Familienrecht ist – wie gesehen – zugleich ein komplizierteres Familienrecht. Doch lassen sich nicht alle Entwicklungen im jüngeren Familienrecht auf diese Formel bringen. Das Familienrecht erlebt nicht nur einen Wandel, Pluralisierung, Individualisierung zulaufende *Öffnung*. Es gibt auch Bereiche, in denen das Familienrecht bewusst eingesetzt wird, um bestimmte politische Vorstellungen von familiärem Leben gegen bisherige gesellschaftliche Praktiken durchzusetzen und auf diese Weise politisch definierte Stereotype von fa-

57 Dahinter steht auch die Einsicht, dass Selbstbestimmung in familiären Verhältnissen besonders voraussetzungsvoll und gefährdet ist; dazu *Herring, J.*, Relational Autonomy and Family Law, 2014; für das Medizinrecht siehe *Donchin, A.*, Understanding Autonomy Relationally: Toward a Reconfiguration of Bioethical Principles, *Journal of Medicine and Philosophy* 26 (2001), S. 365.

58 Siehe nur BVerfG, Beschluss vom 29.7.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (143) sowie die Nachzeichnung bei *Schumann* (Anm. 13), S. B 13; mit besonderer Betonung auch schon bei *Neuhaus, P.*, Ehe und Kindschaft in rechtsvergleichender Sicht, 1979, S. 254 ff.

59 Nachzeichnung der Rechtsentwicklung durch das KindRG und das NEheSorgeRG bei *Meckling, S.*, Die gemeinsame Trennungssorge, 2009.

60 Dazu *Schumann* (Anm. 13), S. B 41 ff., B 94 ff.; zu den sozial- und steuerrechtlichen Auswirkungen *E. Schumann* in diesem Heft.

61 *Osthold* (Anm. 13).

62 Näher für die Mutterstellung *Kaufhold, A.-K.*, Was darf der Staat? Verfassungsrechtliche Vorgaben für die einfach-rechtliche Regelung der Mutterstellung, in: Röthel, A./Heiderhoff, B. (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Mutterstellung*, 2016, S. 87 (107 ff.).

miliärem Leben zu begünstigen.⁶³ Ein jüngeres Beispiel hierfür ist die politisch gewollte Begünstigung der Erwerbstätigkeit beider Eltern durch die Unterhaltsreform des Jahres 2007, die Einführung des Elterngeldes im Jahr 2006 und schließlich mit dem Konzept des Betreuungsgeldes im Jahr 2013 (Stichwort Vätermonate).⁶⁴

5. Zusammenfassung und Ausblick

Aufs Ganze gesehen ist es also nicht unberechtigt, wenn heute darüber geklagt wird, dass das Familienrecht unübersichtlicher und insoweit komplizierter geworden ist. Von daher ist es auch nicht von der Hand zu weisen, dass unter dem Strich die sogenannte Verrechtlichung, also das Interesse des Rechts für die Familie, zugenommen hat. In dieser zunehmenden Rechtsprägung familiärer Beziehungen liegt zugleich eine Eigentümlichkeit des Familienrechts. Denn die zentralen Ideen, die ansonsten im Privatrecht eher für Privatisierung, Deregulierung und Rückzug des Rechts streiten – Privatheit und Autonomie – erfassen familiäre Verhältnisse auf andere Weise als Schuld- und Marktverhältnisse. Privatheit und Autonomie funktionieren in einem verfassungsrechtlich auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Gleichberechtigung und Schutz verpflichteten Familienrecht nicht einfach im Sinne von Rückzug und „weniger Recht“. Sowohl Privatheit als auch Autonomie sind im Zusammenhang mit Familie zu ambivalenten Chiffren geworden, weil sie nicht nur an staatsferne Intimität und selbstbestimmtes Leben denken lassen, sondern in ihrem Gedächtnis auch das Wissen um Macht und ihren Missbrauch sowie die Unbarmherzigkeit exklusiver, konventionaler gesellschaftlicher Normen umschließen.

63 An dieser Stelle ist es wichtig, zwischen Rechtsnormen zu unterscheiden, mit denen politisch favorisierte Stereotype familiären Zusammenlebens begünstigt werden sollen, und solchen Rechtsnormen, die aus Rechtsgründen bestimmte Verhaltenserwartungen erzwingen.

Beispiele für aus Rechtsgründen erzwingene Verhaltenserwartungen sind Verhaltenserwartungen, die sich auf die Verwirklichung der Gleichberechtigung oder auf den Schutz vor Gewalt beziehen. Mit dem Recht des Kindes auf gewaltfreie Erziehung (§ 1631 Abs. 2 S. 1 BGB; dazu *Coester, M.*, Elterliche Gewalt, in: FS für D. Schwab, 2005, S. 747) oder dem Abbau von patriarchalischem einseitigen Rollenbildern für das Innenverhältnis der Ehegatten (etwa §§ 1354 a.F., 1356 a.F. BGB; vgl. *Röthel, A.*, Institution und Intimität: Die Ehe, ihre Leitbilder und ihr Recht, in: Röthel, A./Löhnig, M./Helms, T. (Hrsg.), *Ehe, Familie, Abstammung – Blicke in die Zukunft*, 2010, S. 9 und *Schumann, E.*, in: Schmoeckel, M./Rückert, J./Zimmermann, R. (Hrsg.), *Historisch kritischer Kommentar zum BGB, Bd. IV: Familienrecht*, 2018, §§ 1353-1362 Rn. 50 ff., 64 ff.) werden zwar auch gesellschaftliche Praktiken bewusst gebrochen und neue Stereotype angelegt. Indes verwirklicht das Recht dabei verfassungsrechtliche Schutzpflichten und Gleichberechtigungsversprechen. Die auf diese Weise zu brechenden gesellschaftlichen Praktiken im Hinblick auf Gewaltanwendung und Unterdrückung liegen von vornherein außerhalb des für die Selbstgestaltung familiären Lebens geöffneten Raums. Daher stellt die damit verbundene Stereotypisierung auch keine Durchbrechung des im Text beschriebenen familienrechtlichen Trends zur De-Stereotypisierung dar. Stereotypisierung und De-Stereotypisierung werden als Beobachtungsmuster für die Anliegen und Wirkungen von Familienrecht überhaupt nur dort interessant, wo es um Fragen des Lebenszuschnitts geht, die von den Beteiligten aus Rechtsgründen tatsächlich „so oder anders“ gestaltet werden können. Erst innerhalb des zwingend durch Recht gezogenen Grenzen lässt sich sinnvoll von Re-Stereotypisierung und De-Stereotypisierung sprechen.

64 Näher *Röthel* (Anm. 42), S. 660 ff.; umfassende Aufarbeitung als bevölkerungs- und arbeitsmarktpolitische Inpflichtnahme des Familienrechts bei *Schumann, E.*, Die Ökonomisierung der Familie, in: *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen*, 2011, S. 443; *dies.*, Familienleitbilder in der Bundesrepublik, in: Kluth, W. (Hrsg.), *Familie als Wirtschaftsfaktor. Untersuchungen zu den Leitbildern der Familienpolitik und ihrem verfassungsrechtlichen Rahmen*, 2018, S. 9.

Dies sollte bedacht werden, wenn wieder einmal das pauschale Lamento über die Verrechtlichung und Verkomplizierung des Familienrechts angestimmt wird.

Professorin Dr. Anne Röthel

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

anne.roethel@law-school.de