

Die fortschrittshehmende Kraft des (Familien-)Rechts

Rechtliche und andere soziale Entwicklungen, Recht und Gesellschaft – und somit Recht und Kritik – stehen in einem komplexen Verhältnis.

Die grundlegende Konstellation von Recht und Gesellschaft in Demokratien ist folgende: Durch die formelle Beteiligung in Wahlen, aber auch durch zivilgesellschaftliche demokratische Partizipation wird das Programm von Parteien und deren relative Macht im Parlament und in der Verwaltung bestimmt. Diese Institutionen erarbeiten Gesetzesvorhaben, die schließlich Recht werden. In dieser Konstellation steht das Recht im Dienst der Politik und der Gesellschaft. Zeitlich betrachtet *folgt* das Recht auf gesellschaftliche Entwicklungen und Aushandlungsprozesse.

Aufgrund von Gewaltenteilung und der Komplexität sozialer Entwicklung wird diese Grundkonstellation von vier weiteren Verhältnissen von Recht und Gesellschaft überlagert. Erst durch diese wird Kritik durch Recht und Kritik am Recht möglich und nötig.

Recht kann gesellschaftlichen Wandel beschleunigen. Dies kann progressiven sozialen Wandel fördern. Erfolgreiche Klimaklagen etwa können den notwendigen ökologischen Wandel, dem politisch und gesellschaftlich die Mehrheit fehlt, vorantreiben: Kritik durch Recht.

Das Recht kann in seiner beschleunigenden Funktion aber auch regressiv wirken. Wenn eine populistische Regierungspartei ihre Macht für Verfassungsänderungen verwendet, durch die etwa Legislaturperioden verlängert werden, dann kann Recht den autokratischen Umbau einer Gesellschaft vorantreiben. Das Recht wird dadurch kritikwürdig.

Recht kann aber auch sozialen Wandel hemmen oder verunmöglichen. Auch diese hemmende oder bremsende Wirkung kann progressiv oder regressiv sein. Progressiv ist sie, wenn sie verhängnisvolle soziale Entwicklungen aufhält oder bremst. Das ist die Hoffnung, die mit einem verfassten Staat und „Ewigkeitsklauseln“ einhergeht. Erneut: Kritik durch Recht.

Zuletzt kann die Beharrungskraft des Rechts aber auch progressive soziale Entwicklungen ausbremsen oder sogar sozialen Wandel auf eine Weise vorstrukturieren, dass er nicht radikal sein kann: Kritik am Recht.

In diesen vier Verhältnissen von Recht und Gesellschaft erscheint das Recht mal als Medium und mal als Objekt der Kritik. Es scheint dann eine Frage der kontextbezogenen Abwägung zu sein, ob das Recht progressiv oder regressiv wirkt.

Radikale Rechtskritik verneint allerdings diese abwägende Haltung und meint, dass Recht unterm Strich progressiven sozialen Wandel hemmt, und zwar durch die Art und Weise, wie Recht sozialen Wandel vorstrukturiert. Recht, das Individuen mit subjektiven Rechten ins Zentrum rückt, sei im Prinzip konservativ (in dem Sinne, dass es bestehende Machtverhältnisse eher stabilisiere) und depolitisierend (indem es den Fokus auf private Interessen anstatt kollektiver politischer Ziele lenke).

Im Folgenden beschreibe ich einen Fall, in dem Recht heute in Deutschland, meiner Ansicht nach, progressiven sozialen Wandel hemmt. Ob dieser Fall bloß zeigt, dass Recht fortschritthemmend wirken kann oder im Sinne der radikalen Rechtskritik ver-

anschaulicht, wie Recht sozialen Wandlungsprozessen *stets* ihre politische Schlagkraft nimmt, lasse ich allerdings offen.

Der Fall, der mich interessiert, ist das „Dogma der Zweielternschaft“¹ im deutschen Recht. Meine These ist: Das Familienrecht (bzw. dieser Bestandteil desselben) hinkt der (progressiven) gesellschaftlichen Entwicklung hinterher *und* bremst sie aus; hier ist das Recht also *fortschrittshemmend*. Mich interessiert insbesondere die stärkere Variante der These, dass das Recht aktiv bremst, anstatt bloß hinterherzuhinken.

„Dogma der Zweielternschaft“ beschreibt den Umstand, dass es innerhalb des deutschen Rechts schwer bis unmöglich ist, Familienkonstellationen zu denken, in denen mehr als zwei Personen gleichberechtigte Eltern sind. Das Ideal der klassischen Kernfamilie mit einem heterosexuellen Elternpaar und von ihnen gezeugten Kindern ist die Grundlage dieses Dogmas. Familien, die diesem Ideal nur teilweise entsprechen (durch homosexuelle Eltern, Stiefelternschaft etc.) werden zum Glück mittlerweile durch das deutsche Recht auch geschützt.

Dass das Modell der Kleinfamilie insbesondere für die beteiligten Frauen und Kinder in vielen Fällen gar nicht so ideal war und ist, wird etwa von der sozialistischen Frauenbewegung (z. B. Alexandra Kollontai) schon lange kritisiert. Die Kritik an der Kleinfamilie kann dabei auf Grundlage der liberalen Werte der Freiheit und Gleichheit geäußert werden. Die weiterhin häufig ökonomisch schwächere Partnerin befindet sich in einer finanziell weniger mächtigen Position und schlimmstenfalls einer Abhängigkeit gegenüber ihrem Partner. Diese ökonomische Ungleichheit übersetzt sich häufig in andere Ungleichheiten, etwa der Verhandlungsmacht in ehelichen Absprachen. Dadurch und durch den Umstand, dass Frauen in Familien weiterhin den

1 Kallikat (2021).

Großteil der nicht-entlohnerten Care-Arbeit verrichten, sind diese für sie zudem häufig freiheitseinschränkend.

Wenn man die Kritik am Modell der klassischen Kernfamilie in Teilen überzeugend findet – oder auch nur, wenn man Personen eine Wahl zwischen klassischer Familie und anderen Familienformen offenlassen möchte –, dann scheint die Existenz und das Ausprobieren von alternativen Familienmodellen wünschenswert. Googelt man einmal Co-Parenting oder Ähnliches wird deutlich, dass in Deutschland Care-Gemeinschaften mit Kindern und mehr als zwei hauptverantwortlichen Erwachsenen bereits ein Teil der Realität sind. Das Recht hinkt der Gesellschaft also hinterher. Dies zeigt auch an, dass die deutsche Gesellschaft ‚reif‘ für (rechtliche) Alternativen ist.

Nichtsdestotrotz bewirkt das „Dogma der Zweielternschaft“, dass alternative Familienmodelle mit mehr als zwei erwachsenen Hauptbezugspersonen im Streit- oder Krankheitsfall, keine hinreichende rechtliche Absicherung haben. Das eröffnet Kritiker:innen an alternativen Familienmodellen Spielraum, um diese schlechtzureden, da sie *unter den gegenwärtigen Bedingungen*, wohl tatsächlich weniger krisenfest als klassische Modelle sind.

Auch vor der Gründung einer Familie liefert das derzeitige Recht Individuen deshalb rationale Gründe dafür, *kein* alternatives Modell anzustreben. Es ist *unter gegebenen Bedingungen* ein vernünftiger Grund, etwa als Mann in einer homosexuellen Ehe *nicht* der Idee zuzustimmen, dass der eigene Partner mit einer Freundin ein Kind zeugt, um dieses zu dritt zu erziehen. Der Mann mag wortwörtlich berechtigte Zweifel daran haben, dass seine Rolle in der Erziehung tatsächlich gleichwertig wäre. Außerdem könnte etwa die beteiligte Frau berechtigte Zweifel anmelden, wie es mit dem Kindeswohl stünde, wenn es zu einer Trennung des Ehepaars käme: Würde der leibliche Vater seinem Expartner ohne rechtliche Ansprüche den Umgang mit dem Kind

verbieten und zwar zu Lasten des Kindes, das bisher mit dem Expartner aufgewachsen ist?

Das Recht hemmt also alternative Familienmodelle in zwei Hinsichten: Es verringert womöglich die Akzeptanz solcher Modelle, da sie unter gegebenen Umständen im Krisenfall vermutlich zu mehr tatsächlichem Leid führen. Außerdem liefert es Individuen unter gegebenen Umständen gute Gründe dafür, alternative Familienmodelle nicht auszuprobieren.

Das Recht macht daher die These, dass die Kleinfamilie (immer noch) das Beste für das Kind sei, zu einer sich selbst-erfüllenden Prophezeiung – und bremst somit gesellschaftliche Entwicklungen, die freiere und gleichere Care-Gemeinschaften und Geschlechterverhältnisse ermöglichen könnten, aus. In einer Gesellschaft, in der die Kleinfamilie rechtlich abgesichert ist, funktioniert diese natürlich auch am besten!

Was nun? Warten bis die ungleichen und unfreiheitlichen Effekte der Kleinfamilie gesellschaftlich mehr und mehr Anerkennung finden? Dass etwa Emilia Roigs Buch *Das Ende der Ehe* 2023 ein Spiegel-Bestseller war, zeigt, dass eine solche Hoffnung eventuell nicht ganz unbegründet ist. Die abwägende Haltung gegenüber dem rechtlichen „Dogma der Zweielternschaft“ im Speziellen könnte dann in ein Urteil münden, dass dieses unterm Strich weniger Freiheit, Gleichheit, Kindeswohl, Rechtssicherheit usw. schützt als dessen Abschaffung. Und in der Tat hat das Bundesverfassungsgericht am 9. April 2024 geurteilt, dass „das Innehaben von Elternverantwortung und die Anzahl der Träger des Elterngrundrechts von vornherein auf zwei Elternteile zu beschränken“ nicht zwingend sei (allerdings auch nicht erforderlich) und generell in Bezug auf die Frage, wer Elternrechte habe, die Ausgestaltungspflicht des Gesetzgebers angemahnt.² Hier ist also neben der gesellschaftlichen auch eine sanfte Kritik durch

2 1 BvR 2017/21.

das (Verfassungs-)Recht am einfachen Recht im Gange. Es ist allerdings zu vermuten, dass die neue Regierung nach der Wahl vom 23. Februar 2025 am „Dogma der Zweielternschaft“ festhalten wird.

Oder ist die Kritik am „Dogma der Zweielternschaft“ zu sehr in den klassischen individuellen Kategorien des Rechts verhaftet? Sollte es ein maßgeblicher Beweggrund für den oben erwähnten potentiellen schwulen Vater sein, dass *sein* Elternrecht geschützt ist? Ist diese Anspruchshaltung für ein radikales Umdenken im Kontext von Care-Gemeinschaften hinderlich? Ist diese Anspruchshaltung wiederum ein Ergebnis unseres derzeitigen Rechtssystems? Wenn ja, ist diese aber jedenfalls hinsichtlich des unendlichen Anspruchs des Kindes auf sein Wohl nicht gerade besonders wertvoll?

Unabhängig davon, wie man diese Fragen beantwortet, sollte bei der Kritik von gesellschaftlichen Konstellationen die rechtliche Kraft, selbsterfüllende Prophezeiungen zu erzeugen, erkannt werden: Die Kleinfamilie ist nicht besser als ihre Alternativen, weil sie besser rechtlich abgesichert ist.

Literatur

1 BvR 2017/21, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 09. April 2024, https://www.bverfg.de/e/rs20240409_1bvr201721 (9.3.2025).

Kallikat, Sinje (2021), Das verfassungsrechtliche Dogma der Zweielternschaft, Baden-Baden: Nomos.

Roig, Emilia (2023), Das Ende der Ehe, Berlin: Ullstein.