

Herausgeber

Professor Dr. Dr. Eric Hilgendorf, Würzburg
Professor Dr. Matthias Jestaedt, Freiburg i.Br.
Professor Dr. Dr. h.c. Herbert Roth, Regensburg
Professor Dr. Astrid Stadler, Konstanz

Redaktion

Martin Idler, Tübingen

Mohr Siebeck

13 75. Jahrgang
3. Juli 2020
Seiten 645–696

JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg*

Emanzipationsdebatten

Beobachtungen aus Anlass der Kinderrechte-Debatte

Der Beitrag stellt die aktuelle Kinderrechte-Debatte in eine Reihe mit früheren Emanzipationsdebatten. Dies ermöglicht die Einsicht in Gemeinsamkeiten. Außerdem wird erläutert, warum Emanzipationsdebatten fruchtbar für die Rechtswissenschaft sind.

I. Anlass und Anliegen der Überlegungen

Die Rechte von Kindern sind immer wieder Gegenstand politischer und rechtlicher Debatten. Die damit aufgeworfenen Fragen erstrecken sich über weite Teile der Rechtsordnung. Sie betreffen beispielsweise die Leistungsberechtigung von Kindern im Hinblick auf Sozial- und Bildungsansprüche, den Aufenthaltsstatus von Kindern, ihre politischen Wahlrechte, ihre Rechte im Schutz vor Gewalt und ihre familienrechtlichen Entscheidungs-, Beteiligungs- und Anhörungsrechte.¹ In jüngerer Zeit zieht die Frage nach den Rechten von Kindern wieder einmal größere Kreise über die verzweigten Fachdebatten hinaus. Denn im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. 3. 2018 ist verabredet worden, Kinderrechte im Grundgesetz zu „verankern“.² Dazu liegen inzwischen mehrere Entwürfe vor.³

* Die Verfasserin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht der Bucerius Law School, Hochschule für Rechtswissenschaft, Hamburg.

¹ Diese Fragen sind nicht neu. Exemplarisch aus den 1970er Jahren Ostermeyer, in: v. Braunmühl/Kupffer/Ostermeyer, Die Gleichberechtigung des Kindes, 1976, S. 61 ff.; aus der jüngeren Diskussion siehe nur Wapler, Kinderrechte und Kindeswohl, 2015; zuletzt Uble (Hrsg.), Kinder im Recht, 2019.

² Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 12. 3. 2018, S. 21: „Wir werden Kinderrechte im Grundgesetz ausdrücklich verankern. Kinder sind Grundrechtsträger, ihre Rechte haben für uns Verfassungsrang. Wir werden ein Kindergrundrecht schaffen.“

³ Aus dem Justizministerium stammt der Vorschlag, Art. 6 GG um einen neuen Absatz 1a zu ergänzen: „Jedes Kind hat das Recht auf Achtung, Schutz und Förderung seiner Grundrechte einschließlich seines Rechts auf Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft. Das Wohl des Kindes ist bei allem staatlichen Handeln, das es unmittelbar in seinen Rechten betrifft, angemessen zu berücksichtigen. Jedes Kind hat bei staatlichen Entscheidungen, die seine Rechte unmittelbar betreffen, einen Anspruch auf rechtliches Gehör“ (WD 3 – 3000 – 272/19, S. 3). – Überblick über weitere Vorschläge bei Wapler, Kinderrechte ins Grundgesetz?, in: Sachverständigenkommission 15. Kinder- und Jugend-

Die Rechtswissenschaft hat sich an der daraus entsponnenen Debatte von Anfang an beteiligt, sowohl durch rechtspolitische Parteinahmen als auch durch dogmatische Aufklärung der Grundrechtsberechtigung des Kindes und seine Rechtssubjektivität im einfachen Recht.⁴ Mit den folgenden Überlegungen geht es indes um etwas anderes: Aus einer beobachtenden Perspektive wird die Kinderrechte-Debatte als Emanzipationsdebatte analysiert. Anliegen der folgenden Überlegungen ist es, anhand der Kinderrechte-Debatte gemeinsame Kennzeichen von Emanzipationsdebatten aufzuzeigen und zu erläutern, warum Emanzipationsdebatten für die Rechtswissenschaft besonders aufschlussreich sind.

II. Emanzipationsdebatten – eine Eingrenzung

Dies setzt zunächst eine Verständigung über die Begriffe „Emanzipation“ und „Emanzipationsdebatte“ voraus. Im Zusammenhang mit dem Recht hat sich noch kein fester Sprachgebrauch durchgesetzt.⁵ Geht man von einem weiten Verständnis von Emanzipation aus, könnte Emanzipation im Rechtszusammenhang alle Prozesse thematisieren, bei denen es um rechtliche „Anerkennung“ geht.⁶ Das macht es allerdings schwer, Emanzipation abzugrenzen von sämtlichen Fragen, die irgendwie mit einem „mehr“ an Rechtsmacht und rechtlich geschützter Freiheit zu tun haben. Eine so verstandene Emanzipation zielt auf alle rechtlichen Grenzen individueller Autonomie, von der Zugänglichkeit von Sterbehilfe bis zur Angemessenheit einer Höchstgeschwindigkeit

bericht (Hrsg.), Materialien, 2017, S. 13–16 (einzusehen unter <https://www.dji.de>).

⁴ Dazu exemplarisch aus jüngerer Zeit nur Wapler (Fn.1), sowie die Beiträge in Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Mehr Kinderrechte: Nutzen und Nachteil, 2019 m. w. N.

⁵ Siehe aber die Begriffsverwendung bei Muscheler, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 77 ff., die sich mit dem hier im Folgenden zugrunde gelegten engen Verständnis deckt.

⁶ Weit verstanden bei Honneth, Der Kampf um Anerkennung, 1994; spezifischer bei Bambey, Das Geschlechterverhältnis als Anerkennungsstruktur, 1991, S. 7–21.

auf Autobahnen, und beträfe alle Begrenzungen der Teilhabe an rechtlichen Institutionen wie Ehe, Personenstand, Abstammung und Staatsangehörigkeit. Für die folgenden Überlegungen wird daher ein engeres Verständnis von Emanzipation gewählt, um spezifisch die Prozesse der rechtlichen Anerkennung *zwischen Individuen* zu analysieren. Dieses enge Verständnis von Emanzipation lässt sich anlehnen an die lateinische Wortbedeutung von *emancipatio* als „Freigabe aus dem eigenen Besitz“.⁷ Damit richtet sich der Blick gezielt auf solche Prozesse, die auf die Einräumung von Rechten zur Überwindung vorhergehender rechtsförmiger Herrschaft und Bevormundung durch Private zielen.⁸ Emanzipation hat es dann mit rechtlichen Asymmetrien im Verhältnis von Individuen zu tun. Aus der Perspektive des Rechts lässt sich Emanzipation im Gegensatz zur Entmündigung auch als Phänomen der „Er-Mündigung“ beschreiben. Emanzipation in diesem engeren Sinn thematisiert die Veränderung von Berechtigungen in persönlichen Rechtsverhältnissen, wie sie sich besonders anschaulich an der Rechtsstellung der Frau im Verhältnis zum Ehemann und eben an der Rechtsstellung des Kindes im Verhältnis zu seinen Eltern und dem Staat ablesen lässt. Weitere Beispiele für solche Emanzipation im engeren Sinn sind die Entwicklung des rechtlichen Arbeitsverhältnisses, die Stärkung der rechtlichen Stellung von Patienten gegenüber Ärztinnen und von Schülern gegenüber ihren Lehrern sowie die Stärkung des Selbstbestimmungsrechts schutzbedürftiger Erwachsener gegenüber Betreuern und Gerichten.⁹

Die rechtspolitischen Debatten, in denen über die Berechtigung und Richtung solcher Emanzipationswünsche verhandelt wird, lassen sich als Emanzipationsdebatten bezeichnen. Die derzeitige Kinderrechte-Debatte ist ein Beispiel für eine solche Emanzipationsdebatte. Ihre nähere Untersuchung wird die Sicht auf allgemeinere Kennzeichen von Emanzipationsdebatten freilegen. Es lässt sich zeigen, dass die wesentlichen Einwände, mit denen der Forderung nach einer Stärkung von Kinderrechten begegnet wird, eigentümlich vertraut klingen, wenn man sie mit Äußerungen in früheren Emanzipationsdebatten vergleicht.

Denn die Kinderrechte-Debatte wird erstens von Einwänden geprägt, die in Zweifel ziehen, ob Rechte die angemessene Problemlösung darstellen. Hier begegnen dieselben Argumente, die sich als Verrechtlichungskritik zusammenfassen lassen und die ähnlich schon die großen

Emanzipationsbewegungen des 20. Jahrhunderts im Familienrecht und im Arbeitsrecht begleitet haben (unten III.). Zweitens begegnet der Einwand, „Kinder haben doch längst Rechte“ (unten IV.). Hierbei handelt es sich um ein besonderes Argumentationsmuster, mit dem auf eine bestimmte Art und Weise ein Bild vom geltenden Recht gezeichnet wird, das sich ebenfalls für andere Emanzipationsdebatten nachweisen lässt (unten IV.). Die Zusammenschau der Kinderrechte-Debatte mit anderen Emanzipationsdebatten eröffnet aber nicht nur Einsichten in Gemeinsamkeiten und Eigentümlichkeiten von Emanzipationsdebatten. Sie führt auch vor Augen, dass Emanzipationsdebatten für die Rechtswissenschaft in besonderem Maße produktiv sind. Denn Emanzipationsdebatten sind rechtskritische Debatten, die Unterscheidungen hervorbringen und die Wirkmächtigkeit von Imaginationen und Erzählungen offenbar machen (unten V.).

III. „Rechte sind nicht die Lösung“

Die politisch angestoßene Überlegung, Kinderrechte im Grundgesetz zu verankern, hat nicht viel Fürsprache in der Rechtswissenschaft gefunden. Es überwiegen Vorbehalte, Einwände und Kritik.¹⁰ Die zentralen Einwände gehen dahin, dass eine Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz keinen positiven Nutzen hätte: sei es, weil eine damit verbundene Stärkung von Kinderrechten kontraproduktiv sei für das Eltern-Kind-Verhältnis („Rechte sind nicht die Lösung“, dazu sogleich), sei es, weil eine Verankerung gar nicht nötig sei, da Kinderrechte ohnehin schon in der Verfassung enthalten seien („Sie haben längst Rechte“, dazu unten III.).

Der erste Einwand – „Rechte sind nicht die Lösung“ – spiegelt sich in verschiedenen Argumentationen wider, die sich als Verrechtlichungskritik¹¹ zusammenfassen lassen. Es wird eingewendet, dass das Eltern-Kind-Verhältnis durch Kinderrechte „sachwidrig verrechtlicht“ werde.¹² Überhaupt sei zweifelhaft, ob das Paradigma der Rechte geeignet ist, das Eltern-Kind-Verhältnis zutreffend zu erfassen.¹³ Es gerate „tendenziell das familiäre Gemeinschaftsinteresse aus dem

⁷ Zur ursprünglichen Bedeutung der *emancipatio* im römischen Recht *Meder*, Rechtsgeschichte, 5. Aufl. 2014, S. 57f.

⁸ Weil Emanzipation immer an einen bestimmten vorhergehenden Rechtszustand anknüpft, lässt sich Emanzipation nicht als historisch universales Phänomen analysieren. Emanzipation ist genauso wie Verrechtlichung immer nur relativen Beschreibungen und Einsichten zugänglich; darauf komme ich noch zurück im Text bei Fn. 69.

⁹ Wenn im Folgenden ein enges Verständnis von Emanzipation zugrunde gelegt wird und dabei das Eltern-Kind-Verhältnis und das Verhältnis von Ehegatten im Vordergrund stehen, soll damit nicht gesagt sein, dass nicht manches, was sich für diese beiden Emanzipationsdebatten beobachten lässt, auch in Bezug auf sämtliche Anerkennungsdebatten richtig wäre. So wurde auch in den Fragen, ob intersexuelle Personen einen eigenen Personenstand erhalten sollten (exemplarisch *Helms*, Brauchen wir ein Drittes Geschlecht?, 2015, S. 24ff.; das „eigentliche Problem“ liege in der binär geprägten gesellschaftlichen Geschlechterordnung) oder ob die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden sollte (exemplarisch *Pawłowski*, in: *Barnstedt* u.a. [Hrsg.], Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, 2002, S. 16ff.), bezweifelt, ob mehr Rechte die „Lösung“ sein könnten (dazu unten III.). Gewisse Ähnlichkeiten zu den hier näher untersuchten Emanzipationsdebatten bestehen auch im Hinblick auf das Argumentationsmuster der „geborgten Landschaft“ (dazu unten IV. 2.). Dagegen ist der Einwand, mehr Rechte würden die Privatheit des Verhältnisses verfehlen (dazu unten III.), stärker mit den Emanzipationsdebatten im engeren Sinne verknüpft.

¹⁰ Beispielfhaft *Kirchhof* NJW 2018, 2690ff.; *Heiß* NZFam 2015, 532, 536f.; *Rossa*, Kinderrechte. Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes im internationalen und nationalen Kontext, 2014, S. 118ff. Speziell gegen eine Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz *Wapler* (Fn. 1), S. 502ff.; *Coester*, in: Festschrift für Salgo, 2016, S. 13, 18f.; *ders.*, in: *Kinder und Jugendliche im Sozialleistungssystem* (Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes), 2009, S. 7, 18ff.; *Jestaedt*, Kindesrecht zwischen Elternverantwortung und Staatsverantwortung, in: *Brühler* Schriften zum Familienrecht, Bd. 19, 2016, S. 65, 86ff.; *Heiderhoff*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 9, 14; *Veit* ZKJ 2018, 56, 57; *Becker*, in: *Uhle* (Fn. 1), S. 251ff. – Gegenseiten bei *Höfling* ZKJ 2017, 364ff.; *Benassi/Eichholz* DVBl. 2017, 614ff.; *Lischewski* DÖV 2020, 102ff. Politische Standpunkte etwa bei *Lambrecht* DRiZ 2020, 14; *Thomae* DRiZ 2020, 15; *Zypries* Bucerius Law Journal 2009, 1f.

¹¹ Verrechtlichung ist ein schwieriger Begriff: Er ist tendenziös und unscharf. Dennoch hat er sich in der deutschen Diskussion seit den 1980er Jahren fest etabliert, wenn es darum geht, die Wirkungen, Entwicklungsrichtungen und Strukturen der Gestaltung mittels Recht zu erfassen und vor allem zu kritisieren. Für die jüngere deutsche Debatte prägend wurden die Sammelbände von *Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980; *ders.* (Hrsg.), Gegendenden zur Verrechtlichung, 1983. Begriffsgeschichte und Annäherungen an eine Begriffsklärung bei *Teubner*, in: *Kübler* (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, 1985, S. 289ff.

¹² *Kirchhof* NJW 2018, 2690, 2691.

¹³ Darauf gründet sich die „relationale Theorie“ der Rechte von Eltern und Kindern bei *Wapler* (Fn. 1), S. 460ff.; sowie *dies.*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 45, 53ff. – Spezifischere Bedenken bei *Heiderhoff*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 9, 27: Verrechtlichung in Gestalt gesetzlicher „Ausbuchstabilisierung birgt jedoch die Gefahr der Rückentwicklung“, weil darin im Verhältnis zu dem nach jetzigem Recht in Anwendung der Kindeswohl-Generalklausel erreichbaren Grad an Individualisierung eine Verschlechterung zulasten des Kindesschutzes liege.

Blick – und damit ein wesensspezifischer Aspekt der Familie als Kernzelle der Gesellschaft.“¹⁴ Solche vom Individuum ausgehende Regulierung verfehle die Eigentümlichkeit der Familie als Gemeinschaft.¹⁵ Mit der „grundrechtlichen Auf- ladung“ werde „das natürlich gegebene Wesen der Familie, das durch die persönliche Beziehung, das wechselseitige Ver- trauen und die fürsorgende Verantwortung geprägt ist, fun- damental verändert.“¹⁶ Schließlich würden Kinderrechte mit ihrer Betonung von Individualinteressen die Familie destabi- lisieren.¹⁷

Auch wenn diese Überlegungen so klingen, als gehe es dabei spezifisch um Eigentümlichkeiten des Eltern-Kind- Verhältnisses, haben sie historische Vorläufer. Solche Ver- rechtlichungskritik begleitet die arbeitsrechtlichen Debatten schon seit der Weimarer Zeit.¹⁸ Aber wir treffen auf sie auch in anderen Zusammenhängen. Ähnliche Bedenken sind be- reits geäußert worden, als es um die Stärkung der Patienten- rechte im Ärztin-Patienten-Verhältnis¹⁹ ging, und vor allem finden sie sich in vielen familienrechtlichen Debatten. Hier wurde immer wieder bezweifelt, ob die im Familienrecht liegende „Individualisierung“ durch Ermächtigung strate- gisch handelnder Rechtssubjekte überhaupt dem Lebenssach- verhalt „Familie“ gerecht werde.²⁰ Besonders eindrücklich trifft man in den Debatten über die Rechtsstellung der Frau auf den Einwand, mehr Rechte bedeuteten eine sachwidrige Individualisierung.²¹

Die in der Kinderrechte-Debatte geäußerte Verrecht- lichungskritik wendet sich aber nicht nur gegen die mit Kin- derrechten verbundene Betonung individueller Rechte. Au- ßerdem wird eingewendet, Kinderrechte gefährdeten die Pri-

vatheit der Familie und ihre Autonomie gegenüber dem Staat. So wird befürchtet, Kinderrechte würden gar nicht zur Emanzipation des Kindes, sondern vielmehr dazu füh- ren, dass anstelle der Eltern nunmehr der Staat für das Kind handle.²² Die mit der Einführung von Kinderrechten ver- bundene Verrechtlichung errichte eine „Distanz“ zwischen Kindern und ihren Eltern, woraus „wie [bei] kommunizie- rende[n] Röhren“ zwangsläufig eine größere Nähe zum Staat folge.²³ Ohnehin sei der staatliche Einfluss auf die elterliche Sorge immer größer geworden; diese Entwicklung erscheine „bedenklich“.²⁴ Daher könnten Kinderrechte im Ergebnis vor allem mehr staatliche „Besserwisserei“ bedeuten.²⁵ Da- gegen wird ein Bild der Familie als „Privatsache“ gezeich- net.²⁶ Es sei wichtig, darauf vertrauen zu können, dass der Staat nicht jederzeit in das Familienleben und die Kinder- erziehung „hineinblickt“ und sich erst recht nicht als „stiller Miterzieher in die Familie einmischt“.²⁷

Auch diese Kontrastierung von Privatheit und Staat in der Kinderrechte-Debatte hat historische Vorläufer. Mit ähn- lichen Wendungen wurde auch schon in den Debatten über die Reform des Eherechts in den 1970er Jahren eingewendet, dadurch werde das rechtliche „Bekenntnis zur Freiheit der Privatsphäre in Ehe und Familie“ gefährdet.²⁸ Umgekehrt gelte es, die Familie als „letzte noch einigermaßen intakte Reserve gegen die völlige Verstaatlichung [...] des Men- schen“ zu bewahren.²⁹ Überhaupt könne „die Rolle des Rechts gegenüber der Ehe nur im Respekt vor ihrer Privat- heit bestehen“.³⁰ Gleichlautende Befürchtungen lassen sich auch schon in den arbeitsrechtlichen Debatten der 1980er Jahre nachlesen. Damals wurde Arbeitsrecht kritisiert als Eingriff in die „Lebenswelt des Arbeitnehmers“.³¹ Teubner hat diese Bedenken allgemeiner formuliert als die Sorge, dass Recht die Selbstorganisation gesellschaftlicher Lebensberei- che gefährde.³²

IV. „Sie haben längst Rechte“

In der Kinderrechte-Debatte spielt aber noch ein weiterer Einwand eine Rolle, der in eine andere Richtung zielt als die bisher beschriebene Kritik an „zu viel“ Recht. Er lautet, dass Kinder längst Rechte hätten, so dass jede Explizierung ihrer Rechte, zumal im Grundgesetz, letztlich unnötig sei. Es werde ein „Regelungsbedarf konstruiert, der nicht be- steht“.³³ Das „System hat keine Lücke, die es zu schließen gälte“.³⁴ Oder: Im Hinblick auf die „Jedermanns-Grund-

¹⁴ Coester, in: Festschrift für Salgo, 2016, S. 13, 19.

¹⁵ Die dahinter stehenden Vorstellungen über die „Rechtsfreiheit der Familie“ spiegeln die große Prägenkraft der Lehre vom „rechtsfreien Raum“ wider; ablesbar insbesondere an den Begründungen von Planck, Familienrecht, Teil 2, (unveränderter Nachdruck der als Manuskript vervielfältigten Ausgabe aus den Jahren 1875–1888) 1983, S. 1259 f.; siehe auch Mot. IV, S. 802; hervorgehoben von Schumacher, Das Rechtsverhältnis von Kindern und Eltern in der Privatrechtsgeschichte, 1999, insbes. S. 432 ff. – Indes gibt es nach heutigem Verständnis keine Sachverhalte, die „aus der Natur der Sache“ für eine rechtliche Regelung nicht in Betracht kommen; statt vieler Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 296 und öfter.

¹⁶ Becker, in: Uble (Fn. 10), S. 251, 284.

¹⁷ Etwa Coester, in: Röthel/Heiderhoff (Fn. 4), S. 43; rechtliche Individualansprüche wirken innerhalb der Familiengemeinschaft „tendenziell des- integrierend.“ Ähnliche Kritik an früheren kindschaftsrechtlichen Reformen bei Frank AcP 200 (2000), 401, 420 und auch schon bei W. Becker, in: Festschrift für Bosch, 1976, S. 37, 39 f., der in der Stärkung der Eigenrechte des Kindes eine Tendenz in Richtung „Auflösung der Familie“ beobachtet.

¹⁸ Verrechtlichung sei zum „Kampfbegriff“ der arbeitsrechtlichen Debatte der Weimarer Republik geworden; so Teubner in: Kübler (Fn. 11), S. 289 unter Hinweis auf Kirchheimer Die Gesellschaft 10 (1933), 20 ff. – Exem- plarisch aus jüngerer Zeit die Nachzeichnung bei Simitis, in: Kübler (Fn. 11), S. 73, 103 ff.

¹⁹ Die im 19. Jh. einsetzende Stärkung der Patientenrechte durch die Körperverletzungsdoktrin und das Einwilligungserfordernis wurde vor allem von Seiten der Ärzte als Verrechtlichung kritisiert; Nachzeichnung bei Lemmerz, Die Patientenverfügung, 2014, S. 19–26.

²⁰ Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. II, 1981 (4. Aufl. 1987), S. 532; ähnliche Befürchtungen bei Schwab, Konkurs der Familie?, 1994.

²¹ Die Verfasser des BGB lehnten eine Gleichstellung der Ehefrau im Familienrecht mit der Begründung ab, es gelte einer „bedenklichen Locke- rung der Familienbände“ entgegenzuwirken; siehe Mugdan, Materialien IV, 1899, S. 1213. Derselbe Grundton findet sich später wieder als Kritik an den Eherechtsreformen nach 1954; Nachzeichnung bei Coester-Waltjen StAZ 1992, 34, 37 ff.; exemplarisch Giesen, Ehe, Familie und Erwerbsleben, 1977, S. 44: Gefahr der „Auflösung der Familie bei einer zu starken Individuali- sierung“. – Die Vorstellung eines bestimmten „richtigen“ Verhältnisses von Gemeinschafts- und Individualbezug bei der Ehe führt allerdings zu einem elementaren Begründungsproblem; dazu Auer AcP 216 (2016), 239, 265 ff.

²² Coester, in: Festschrift für Salgo, 2016, S. 13, 19; ihm folgend Veit ZKJ 2018, 56, 57; Jestaedt (Fn. 10), S. 65, 88.

²³ Becker, in: Uble (Fn. 10), S. 251, 284 f.

²⁴ Muscheler (Fn. 5), Rn. 590 sowie Rn. 86: der Staat als neues „Familien- oberhaupt“; siehe auch schon Dieckmann AcP 178 (1978), 298, 299 f.

²⁵ In diese Richtung Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 57 Rn. 30.

²⁶ Zugespitzt bei Lüderitz AcP 178 (1978), 263, 264.

²⁷ So das rechtspolitische Argument von Thomae DRiZ 2020, 15.

²⁸ Giesen (Fn. 21), S. 49.

²⁹ Giesen (Fn. 21), S. 67.

³⁰ Struck FuR 1996, 118, 123. Für die 1980er Jahre hatte Struck allerdings schon eine „Entregelung“ im Familienrecht beobachtet; siehe Struck, in: Voigt (Hrsg.), Gegentendenzen zur Verrechtlichung, 1983, S. 140 ff.

³¹ Simitis, in: Kübler (Fn. 11), S. 73, 116 ff.

³² Teubner, in: Kübler (Fn. 11), S. 289, 321 ff.

³³ So Wapler, in: Röthel/Heiderhoff (Fn. 4), S. 45. Allerdings ist Wapler nicht prinzipiell gegen eine „rechtbasierte Perspektive“, dazu noch unten bei Fn. 49.

³⁴ Heiß NZFam 2015, 532, 536.

rechte“ der Art. 1 ff. GG sei „in der Tat kein zwingendes Argument zu erkennen, warum diese für Kinder noch einmal speziell garantiert werden sollten“.³⁵ Vielmehr gelte: „Dem Grundgesetz ist demgegenüber selbstverständlich, dass jedes Mitglied der Rechtsgemeinschaft Rechte hat und umfassend grundrechtsberechtigt ist.“³⁶ Es sei „offensichtlich, dass ein wirklicher Handlungsbedarf nicht besteht“.³⁷

Während der Einwand „Rechte sind nicht die Lösung“ auffällig von unterschiedlichen Haltungen zu den Aufgaben des Rechts und unterschiedlichen Erwartungen an die Rolle des Staates bei der Ordnung der Familie oder des Arbeitslebens geprägt ist, klingt der Einwand „Kinder haben längst Rechte“ nüchterner und weniger abhängig von Setzungen: Er klingt danach, als würden damit überprüfbare Aussagen zum geltenden Recht getroffen werden, deren Einsicht man sich schlechterdings nicht verschließen könnte. Das Bemerkenswerte ist nun, dass der Einwand „Kinder haben längst Rechte“ ein Bild vom geltenden Recht zeichnet, das sich nur bedingt mit der Realität in Einklang bringen lässt (unten 1.), aber dennoch in dem Sinne „funktioniert“, als er das emanzipatorische Anliegen – wie auch schon in anderen Emanzipationsdebatten (unten 3.) – auf eine gewisse Zeit einfängt. Dies gelingt nach einem Muster, das sich als „geborgte Landschaft“ beschreiben lässt (unten 2.).

1. Gegensichten: Kinderrechte in der Praxis

Bleibt man im Allgemeinen, so kann man der Aussage, dass Kinder doch längst Rechte haben, zunächst nicht ernsthaft widersprechen. Denn Kinder sind Träger von eigenen Rechten. Die Rechtsordnung hat seit dem 19. Jahrhundert viel dazu getan, Kinder mit den Mitteln des Rechts vor Gewalt, Ausbeutung und Unterdrückung zu schützen und sie aus der patriarchalen Vorherrschaft zu emanzipieren. Diese Emanzipationsbewegung spiegelt sich auch in der Leiterzählung zur Entwicklung des Kindschaftsrechts des 20. Jahrhunderts wider. Danach ist das Kind seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs vom Objekt zum Subjekt geworden.³⁸

Dieser Leiterzählung entspricht es, dass Kinder als grundrechtsberechtigt gelten, weil das Grundgesetz keine Altersgrenzen für Grundrechte benennt. In st. Rspr. bekräftigen *BVerfG* und *BGH*, dass Kindern die Grundrechte als eigene Rechte zukommen³⁹ und dass die im Elternrecht wurzelnden Rechtsbefugnisse der Eltern mit zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes automatisch „zurückgedrängt“ werden.⁴⁰ Doch ist nicht alles, was aus der Verfassung abgelesen und mit Leiterzählungen bekräftigt wird, deshalb auch ins Leben gesetztes, praktisch wirksames, einforderbares und durchsetzbares Recht. Grundrechtsdogmatische Bekenntnisse haben nicht als solche Gesetzeskraft.⁴¹ Weder wird umliegendes widersprechendes Recht

sogleich zu Totholz, noch entsteht Vorhergesagtes aus sich heraus. Denn in der verfassungsgerichtlichen Praxis ist nicht vorgesehen, dass Kinder eigenständig ihre verfassungsmäßigen Rechte geltend machen.⁴² Überhaupt ergibt sich ein weniger helles und weniger eindeutiges Bild, wenn man konkret nach den Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung für Kinder fragt. Versprochene und praktizierte Kinderrechte liegen in vielen Bereichen weit auseinander, wenn der Wille des Kindes in Konflikt mit elterlichem Sorgehandeln gerät. Der *BGH* hat seinen eigenen Standpunkt zwar dahingehend beschrieben, dass „auch ohne gesetzliche Regelung eine selbständige Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen [...] schon vor Erreichen der Volljährigkeit anerkannt“ sei,⁴³ doch ist nach wie vor unsicher, was aus dieser „Anerkennung“ wirklich folgt. Viel beklagte Unsicherheiten bestehen bei medizinischen Entscheidungen⁴⁴ und im Umgang mit Schwangerschaften Minderjähriger.⁴⁵ Unsicher ist auch, wie das Kind sein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung⁴⁶ und sein Recht auf Umgang⁴⁷ gegen den Willen der Sorgeberechtigten verwirklichen kann. Es fehlen schon die dazu nötigen gerichtlichen Verfahren.⁴⁸ Diese Bewertung der Unzulänglichkeiten des geltenden Rechts wird auch von denjenigen geteilt, die sich von einer verfassungsrechtlichen Stärkung von Kinderrechten nicht viel versprechen.⁴⁹

BVerfGG, 2. Aufl. 2015, § 31 Rn. 42. Zum Verhältnis von Dogmatik und Geltung aus der Sicht der Dogmatik *Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 56 ff.

42 Dies betrifft die Verfahrensfähigkeit von Kindern vor dem *BVerfG*. Die Rspr. des *BVerfG* wird als „einzelfallorientiert“ wahrgenommen; so *Lischewski* DÖV 2020, 102, 105. Im Schrifttum wird dagegen ganz überwiegend eine Anlehnung an die einfachrechtliche Verfahrensfähigkeit für richtig gehalten, so dass das minderjährige Kind in der Regel zwar Grundrechtsträger, aber nicht prozessfähig ist; siehe *W. Roth*, Die Grundrechte Minderjähriger im Spannungsfeld selbständiger Grundrechtsausübung elterlichen Erziehungsrechts und staatlicher Grundrechtsbindung, 2003, S. 167 ff.; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 524.

43 *BGH* NJW 1972, 336, 337.

44 Siehe schon *Röthel*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 89, 93 ff.; *Wapler*, ebd., S. 45, 58 ff.

45 *OLG Hamm* NJW 1998, 3424 ff.; genauso *OLG Naumburg* FamRZ 2004, 1806; *OLG Hamburg* FamRZ 2014, 1213; ähnlich *Huber*, in: Münch-KommBGB, 8. Aufl. 2020, § 1626 Rn. 48; Zustimmung der Eltern „in der Regel“ erforderlich; Gegensichten bei *Amend-Traut/Bongartz* FamRZ 2016, 5 ff.; *Spickhoff* FamRZ 2018, 412 ff.; für Co-Konsens *Coester-Waltjen* MedR 2012, 553, 560. – Anders *OLG Hamm* NZFam 2020, 14: „Eine Minderjährige bedarf zum Schwangerschaftsabbruch nicht der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter, wenn sie einwilligungsfähig ist, also nach ihrer geistigen und sittlichen Reife die Tragweite dieses Eingriffs erfassen und ihren Willen hiernach ausrichten kann“ (Ls. 1).

46 Grundlegend *BVerfGE* 79, 256, 268 f.

47 Zwar kennt § 1684 BGB seit Inkrafttreten des KindRG vom 16. 12. 1997 ein Recht des Kindes auf Umgang mit jedem Elternteil, doch wird dieses Umgangsrecht in der Rechtspraxis als ein Recht von Erwachsenen auf Umgang mit dem Kind, nicht aber als ein eigenes Recht des Kindes verwirklicht. Lehnt ein Kind einen Umgangswunsch ab, akzeptieren die angerufenen Gerichte dies häufig nicht als Ausdruck der Selbstbestimmung des Kindes, wie *Coester*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 29, 36–38 bereits nachgewiesen hat. Hinzu kommt, dass das Kind sein Umgangsrecht nicht selbst geltend machen kann. Vorschläge, das Umgangsrecht des Kindes um ein Antragsrecht des Kindes zu ergänzen, sind nicht Gesetz geworden (BT-Drs. 13/4899, S. 153).

48 Jenseits von §§ 59, 159 FamFG gibt es kein Klärungsverfahren des Kindes im Verhältnis zu elterlichem Sorgehandeln mit einem expliziten Initiativrecht des Kindes unterhalb der Schwelle des § 1666 BGB. Auch dies ist hinlänglich bekannt; siehe nur *Scheiwe* ZKJ 2009, 7, 10 und *Wapler* (Fn. 1), S. 296 f.

49 Exemplarisch *Coester*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 29, 36 ff. und *Wapler*, ebd., S. 45, 58 ff.

35 *Coester*, in: Festschrift für Salgo, 2016, S. 13, 18.

36 *Kirchhof* NJW 2018, 2690, 2691; gleichsinnig *Thomae* DRiZ 2020, 15: „Die Grundrechte entfalten ihre Wirkung selbstverständlich für alle Gruppen von Menschen.“

37 *Becker* in: *Uhle* (Fn. 10), S. 251, 278.

38 Anstatt vieler *Coester-Waltjen*, in: 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, 1998, S. 143, 149; *Schwab*, Familienrecht, 27. Aufl. 2019, § 55: „Von der väterlichen Gewalt zu den Rechten des Kindes“; *Coester*, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, S. 204 ff.

39 Siehe nur *BVerfGE* 121, 69, 92 f. und schon *BVerfGE* 24, 119, 144 sowie *BGH* FamRZ 1974, 595, 597 unter Hinweis auf *BGHZ* 21, 352.

40 *BVerfGE* 59, 360, 382.

41 Dies gilt auch für Aussagen des *BVerfG*: In Gesetzeskraft erwächst gemäß § 31 Abs. 2 *BVerfGG* nur „die im Tenor enthaltene Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit eines Gesetzes“; siehe nur *Lenz/Hansel*,

2. Wie das Argument funktioniert: Imaginiertes Recht vor geborgter Landschaft

Wenn sich dennoch große Teile der Rechtswissenschaft für den Einwand „Kinder haben längst Rechte“ gewinnen lassen, zeugt dies von einem sehr wirkungsvollen Argumentationsmuster. Es beruht darauf, dass der Blick auf die rechtliche Landschaft in bestimmter Weise gelenkt wird: weg von den Einzelfragen des einfachen Rechts hin zu den großen Versprechungen der Verfassung, weg vom Konkreten, hin zum Abstrakten. Es wird ein Bild vom Recht hervorgerufen, in dem die Grenzen zwischen wirklichen und versprochenen Kinderrechten nur noch mit Mühe erkennbar sind. So geraten ganze Felder des geltenden Rechts aus dem Blick und werden unsichtbar gemacht, überlagert und kaschiert von versprochenem, imaginiertem Recht⁵⁰. Im Zusammenhang mit der Gartengestaltung werden solche Effekte als „geborgte Landschaft“ beschrieben.⁵¹ Gemeint ist die geschickte Einbeziehung der äußeren Landschaft in den eigenen Garten, so dass sich auf kleinstem kultivierten Raum noch natürliche Weite evozieren lässt. Indem Grenzen überdeckt und Blicke gezielt gelenkt werden, öffnet sich die diesseitige Szenerie in die Jenseitslandschaft, und was jenseits liegt, wird herangeholt für den Gesamteindruck: Die Jenseitslandschaft wird einbezogen und damit zugehörig gemacht, also „geborgt“. Im Fall der Kinderrechte ist es die in der Verfassung versprochene Grundrechtsträgerschaft des Kindes, die mit dem Argument „Kinder haben längst Rechte“ zur geborgten Landschaft geworden ist.

3. Vorläufer

Der erste Eindruck, dass das Argument „Kinder haben längst Rechte“ mit einer spezifischen und sehr wirksamen Technik arbeitet, erhärtet sich, wenn man unter diesem Gesichtspunkt noch einmal den Verlauf der Debatten des 20. Jahrhunderts über die Rechtsstellung der Frau betrachtet. Denn auch damals lautete ein zentrales Argument, dass Frauen längst gleiche Rechte hätten. Damit war zunächst § 1 BGB und die darin angekündigte Rechtsgleichheit angesprochen. § 1 BGB bewirkte, dass die eklatante Zurücksetzung der Frau im Familienrecht des BGB in seiner Ursprungsfassung⁵² über lange Zeit für viele nicht ernsthaft als ein gebro-

chenes Versprechen⁵³ sichtbar war. Zwar wurde bereits im Entwurfsstadium auf die zahlreichen Brüche zwischen § 1 BGB und den familienrechtlichen Abstufungen hingewiesen.⁵⁴ Doch ließ sich daraus kein mehrheitsfähiger Einwand herleiten. Darin spiegeln sich zunächst die ungleichen Repräsentationsverhältnisse und die dominanten gesellschaftlichen Vorstellungen wider.⁵⁵ Aus heutiger Sicht drängt sich aber auf, dass der Einsicht in die Unterschiedlichkeit der Rechtsstellungen von Mann und Frau – genauso wie derzeit in der Kinderrechte-Debatte – das Recht selbst mit seinem allgemeinen und imaginationsoffenen Versprechen in § 1 BGB im Weg stand. Die Zurücksetzung der Frau im Familienrecht konnte sich auch deshalb so lange halten, weil das BGB in § 1 BGB die Vorstellung nährte, dass es dem deutschen Privatrecht an der Wende zum 20. Jahrhundert doch eigentlich um die Verwirklichung von Rechtsgleichheit zu tun war. § 1 BGB verlieh dem Bürgerlichen Recht insgesamt eine Gleichstellungs-Aura, die die konkreten Zurücksetzungen der Frau durch das Familienrecht und den tiefen Graben zwischen Vertragsrecht und Familienrecht überdeckte.⁵⁶ Exemplarisch dafür steht die Äußerung von *Gottlieb Planck*: „Das Bürgerliche Gesetzbuch beruht principiell auf dem Standpunkte der vollständigen Gleichberechtigung der Männer und Frauen.“⁵⁷ Der „princielle“ Standpunkt der im Hintergrund wirkenden allgemeinen Rechtsgleichheit verdeckte die unterschiedlich bemessenen Rechte in den konkreten Fragen des Eherechts. So konnte *Planck* den „Standpunkt der vollständigen Gleichberechtigung“ zitieren, ohne dass dies als Widerspruch zu den vielfältigen Ungleichberechtigungen des Eherechts wahrgenommen wurde.⁵⁸

Bei dieser Diskrepanz zwischen allgemein versprochener Rechtsgleichheit und den vielen konkreten Rechtsungleichheiten blieb es auch in der Folge. So sprach sich der 36. DJT im Jahr 1931 „generell“ für eine Reform des Familienrechts im Sinne der Gleichberechtigung aus, konnte sich aber nicht zu konkreten Beschlüssen in Einzelfragen durchringen.⁵⁹

mungsrechten des Mannes (§§ 1395 bis 1405 BGB a.F.) und schließlich der sorgerechtlichen Stellung der Mutter (§§ 1627 ff. BGB a.F.).

53 Angelehnt an die Wendung von *Grünberger*, *Personale Gleichheit*, 2003, S. 88 ff.: „gebrochene Gleichheit“.

54 Für zeitgenössische Kritik durch die „bürgerliche Frauenbewegung“ siehe exemplarisch die Schriften von *Kempin* (abgedruckt bei *Meder/Duncker/Czelk* [Hrsg.], *Die Rechtsstellung der Frau um 1900*, 2010, Nrn. 28–37) sowie *Marianne Weber*, *Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung*, 1907, S. 461 ff. (ebd., Nr. 65); Aufarbeitungen bei *Duncker*, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe*, 2003, S. 538 ff.; sowie *Lehmann*, *Die Ehefrau und ihr Vermögen*, 2006; *Rabe*, *Gleichwertigkeit von Mann und Frau*, 2006; *Riedel*, *Gleiches Recht für Mann und Frau. Die bürgerliche Frauenbewegung und die Entstehung des BGB*, 2010.

55 Dies beruht schon darauf, dass Frauen bei den Beratungen zum BGB im Reichstag noch gar nicht vertreten waren; näher zur rechtspolitischen Stimmung zu Beginn des 20. Jahrhunderts *Schwab*, in: *Gerhard* (Hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, S. 790, 794 ff.

56 Auch *Rückert*, in: *HKK-BGB*, Bd. I, 2003, vor § 1 Rn. 48 resümiert den Ausgangspunkt des BGB dahingehend, dass der Grundsatz „gleiche rechtliche Freiheit ... in allen Büchern [Hervorhebung im Original] des BGB durchgeführt“ sei, wie sich an der „Ehefreiheit in Abschluss und Güterrecht“ zeige.

57 *Planck*, *Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche*, 2. Aufl. 1899, S. 4.

58 Ein anderer Begründungsstrang erklärte die vermögensrechtliche Zurücksetzung mit dem Schutz der Frau. Diesen Gesichtspunkt betont die Nachzeichnung der Entwurfspositionen bei *Reppen*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2001, S. 397 ff., 400 ff.

59 Siehe Verh. des 36. DJT, Bd. 2, 1932; aufgearbeitet bei *Schwab* (Fn. 55), S. 790, 798 ff.

50 Mit der Bezeichnung „imaginiertes Recht“ knüpfe ich an die in der Bildwissenschaft gebräuchliche Unterscheidung zwischen mentalen Bildern („images“) und materiellen (wahrnehmungsnahen) Bildern („pictures“) an; siehe für den Zusammenhang des Rechts nur *Röhl*, in: *Festschrift für Lampe*, 2003, S. 227, 230 ff.; *Braun*, *Leitbilder im Recht*, 2015, S. 50 ff.; *Baer*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungswissenschaft*, 2004, S. 223, 238.

51 Das Prinzip der „geborgten Landschaft“ (chinesisch *jiè jǐng*, japanisch *shakkei*) wird zurückgeführt auf die Beschreibung durch den chinesischen Gartenarchitekten *Ji Cheng* in seinem heute als klassisch geltenden Gartenhandbuch aus dem Jahr 1631. Unter der Bezeichnung *shakkei* gilt es zugleich als fundamentales Konzept der japanischen Gartengestaltung. Inzwischen ist es zum Gemeingut zeitgenössischen Gartendesigns geworden; Beschreibungen bei *Kyutert*, *Borrowing scenery and the landscape that lends*, *Journal of Landscape Architecture* 10 (2015), 32–43; *Stepanova*, in: *Kraushaar* (ed.), *Eastwards. Western Views on East Asian Culture*, 2010, S. 155, 162 ff. – Das lyrische Potential der „geborgten Landschaft“ hat *Marion Poschmann* mit ihrem im Jahr 2016 erschienenen Band „Geliebene Landschaften. Lehrgedichte und Elegien“ entfaltet.

52 Zurücksetzungen der Frau resultierten aus der Alleinentscheidungsmacht des Ehemannes „in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten“ (§ 1354 BGB a.F.), dem Namensrecht (§ 1355 BGB a.F.), der Entscheidung für einen Güterstand, in dem „das Vermögen der Frau durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen [wird]“ (§ 1363 BGB a.F.), den daran anknüpfenden Zustim-

Es begegnet dasselbe Muster: „Gleichheit im Grundsatz, Ungleichheit im Detail.“⁶⁰ Auch noch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes waren große Teile der Familienrechtswissenschaft der Auffassung, dass selbst aus Art. 3 Abs. 2 GG kein oder jedenfalls nur bedingt Änderungsbedarf resultiere.⁶¹ Es wurden immer noch viele historische, soziale, religiöse und biologische Gründe angeführt, warum sich die Rechtsstellung der Frau in den Einzelfragen des Familienrechts nach wie vor rechtmäßigerweise unterscheiden könnte von derjenigen des Ehemannes.⁶² Dies entsprach auch der Haltung des Gesetzgebers, die von *Gernhuber* erst im Nachhinein charakterisiert werden konnte als „reformunwillig“ und „restaurativ gesinnt“.⁶³

Der Einwand, „Sie haben doch längst Rechte“, ist also alles andere als eine Eigentümlichkeit der derzeitigen Kinder-

rechte-Debatte. Der Einwand hat vielmehr eine lange Geschichte mit Vorläufern, und er prägt unübersehbar bis heute die Debatten über Gleichstellung und Schutz vor Benachteiligung.⁶⁴ Der Rückblick zeigt allerdings auch, dass der Einwand „Sie haben doch längst Rechte“ die emanzipatorische Suchbewegung nur auf gewisse Zeit einfängt. Denn die Technik der geborgten Landschaft „funktioniert“ nicht unbegrenzt. Im Rückblick erweist sich, dass das emanzipatorische Potential in der geschichtlichen Entwicklung langfristig dazu führt, dass sich die Rechtsordnung mehr und mehr auf das abstrakte, allgemeine Versprechen festlegt und die mit der geborgten Landschaft erzeugte Imagination irgendwann entlarvt wird. Die emanzipatorische Suchbewegung wird der Diskrepanzen gewahr und fordert die Verwirklichung des allgemeinen Versprechens. Auch wenn also abstrakte, allgemeine Versprechen einen emanzipatorischen Prozess zunächst behindern oder verlangsamen können, stützen sie langfristig die Suchbewegung, weil sie die Rechtsordnung normativ auf eine Richtung festlegen.⁶⁵

V. Kennzeichen von Emanzipationsdebatten

Damit lassen sich die Fäden zusammenführen: Ausgehend von der Kinderrechte-Debatte konnten Argumentationsmuster aufgezeigt werden, mit denen in der Rechtswissenschaft über emanzipatorische Anliegen verhandelt wird. Dieses Wissen über ihre Eigentümlichkeiten ist auch für andere Emanzipationsdebatten aufschlussreich, unabhängig von ihrem jeweiligen Anliegen. Kennzeichnend für Emanzipationsdebatten ist erstens, dass es sich um Debatten handelt, denen es um Rechtskritik zu tun ist. In diesem Sinne handelt es sich um reflexive Debatten (unten 1.). Aufschlussreich und interessant sind Emanzipationsdebatten auch deshalb, weil sie auf Differenzierungen zulaufen und Unterscheidungen produzieren (unten 2.). Schließlich handelt es sich bei Emanzipationsdebatten um Debatten, die in besonderem Maße geprägt sind von Imaginationen und Leiterzählungen (unten 3.). Damit verbinden sich methodische Herausforderungen an die Rechtswissenschaft.

1. Emanzipationsdebatten produzieren Rechtskritik

Emanzipationsdebatten legen die Ambivalenzen von Recht(en) offen („Rechte sind nicht die Lösung“, oben III.). Sie thematisieren in besonders anschaulicher und kondensierter Form, dass der Individualismus subjektiver Rechte, die mit staatlichem Recht einhergehende Öffentlichkeit und Publizierung sowie das in die Rechtsidee eingelegte Streben nach allgemeiner, abstrakter und universeller Regelbildung auch ihre dunkle Seiten haben. Auf dieselbe Weise legen Emanzipationsdebatten aber auch die dunklen Seiten der Gegenpositionen offen, also institutionelles Rechtsdenken

⁶⁰ So das Resümee von *Duncker* (Fn. 54), S. 1103 ff.

⁶¹ Nachzeichnungen der rechtspolitischen Diskussion bei *Schwab* (Fn. 55), S. 790, 805–812 sowie *Schumann*, in: HKK-BGB, Bd. IV: Familienrecht, 2018, §§ 1353–1362 Rn. 12–15. Exemplarisch *Neubaus* JZ 1952, 523: „M.E. könnte man [...] sagen, dass Art. 3 II [...] überhaupt nicht Ehe und Familie betrifft, dass er nur die Gleichberechtigung der Frauen als solcher meint, wo sie dieselben Funktionen wie Männer erfüllen, aber nicht in die Struktur spezieller Lebensverhältnisse eingreift, in denen sich ein Mann und eine Frau mit mehr oder weniger verschiedenen Funktionen gegenüberstehen.“ Derselbe Ausgangspunkt findet sich bei *Dölle* JZ 1953, 353, 355: Die „Gleichberechtigung der Geschlechter schließt ... eine differenzierte Behandlung von Mann und Frau dort nicht aus, wo unser Verständnis von Ehe und Familie sie verlangt.“ Allerdings hält *Dölle* im Ergebnis die meisten Vorrechte des Mannes für nicht mehr anwendbar (356–362). Eine Extremposition findet sich bei *Wolf* JZ 1973, 647, 649: Der mit der Eherechtsreform „unternommene Versuch, das Eherecht entsprechend einem verfassungsmäßigen Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau“ zu reformieren, ist nicht durchführbar, weil ein ‚Grundsatz‘ des Inhalts, dass Männer und Frauen nur gleiche Rechte haben könnten, nicht möglich ist und daher nicht existiert.“ – Wie sich allmählich die Wahrnehmung verändert, lässt sich an dem „Familienrecht“ von *Beitzke* ablesen. Dort heißt es in der 1. Aufl. 1947 und gleichlautend in der 2. Aufl. 1948 jeweils auf S. 3: „Andererseits kann die Gleichberechtigung angesichts der naturgegebenen verschiedenen Funktionen von Mann und Frau nie unbedingte Gleichheit der Rechtsstellung bedeuten. Die Gleichheit kann keine mechanische, sondern muss eine organische sein. [...] Sie darf auch die Einheit der Familie nicht antasten [...] und muss daher auch übertriebenen individualistischen Bestrebungen entgegenreten. Es gilt heute nach Verwerfung der ‚Herrschaftsehe‘ wie der ‚individualistischen Ehe‘ die Gleichberechtigung der Geschlechter in einer genossenschaftlichen Ehe zu verwirklichen.“ – Für Gegenseiten siehe exemplarisch neben *Ramm*, Grundgesetz und Eherecht, 1972, S. 7–14 etwa *Gernhuber*, Familienrecht, 3. Aufl. 1980, § 6 I (S. 53f.): „in einem letztlich vom allgemeinen Gleichheitssatz der Aufklärung inspirierten Prozess hat die Frau die ihr früher zugewiesenen spezifisch weiblichen Daseinsformen hinter sich gelassen. [...] Auch die Rechtsordnung hat nachgegeben: Die Gleichberechtigung der Frau ist dem Grundsatz nach kein Problem mehr.“

⁶² Nachzeichnung bei *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 119–126 sowie *Scheffler* Verh. 38. DJT 1950, 1951, B 32 ff. – Exemplarisch die Bedenken von *Diederichsen* NJW 1977, 217 ff. gegen das 1. EheRG: Die weitgehende Beseitigung des gesetzlichen Leitbildes der Hausfrauenehe und die gleiche Berechtigung zu Erwerbstätigkeit bedeute „mangelnde Orientierungshilfe“ und hohe „Konfliktträchtigkeit“; insgesamt handele es sich bei der Reform um eine „Befreiungstat einseitig auf Kosten der Frau“ (a. a. O. S. 220). Ähnliche Erwägungen finden sich bei *Giesen* (Fn. 21), S. 46 ff., 66. – Das gemeinsame Anliegen war, den Gleichberechtigungsauftrag in eine dem Grundgesetz vorgegebene Ordnung der Familie einzubinden und damit die Kräfte gewissermaßen umzukehren; so *Simitis*, in: *Simon* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, S. 390, 405 ff.

⁶³ *Gernhuber* FamRZ 1979, 193.

⁶⁴ Siehe die Aufarbeitung der politischen Argumentationsmuster in den Gleichstellungsdebatten der 1980er Jahre bei *Slupik*, in: *Voigt* (Hrsg.), Gentendenzen zur Verrechtlichung. Jb. f. RSoz und Rechtstheorie Bd. IX, 1983, S. 51–58, dort charakterisiert als „Leugnung der Problemgrundlage durch Bestreiten ihres Realitätsgehalts“ (S. 53f.). Exemplarisch zu den rechtswissenschaftlichen Gleichstellungsdebatten der jüngeren Zeit die gleichlautenden Beobachtungen von *Baer*, in: *Festschrift für Pfarr*, 2010, S. 104, 109f.: „ad acta“-Geste.

⁶⁵ Dies verweist auf die Ambivalenz des Allgemeinen und Abstrakten im Recht; dazu noch unten IV. 2.

und die Präferenz im Recht für Privatheit und Konkretes.⁶⁶ Emanzipationsdebatten fragen die Haltungen hierzu ab und stellen gewissermaßen kontinuierlich Grundsatz- oder „Vertrauensfragen“. Dabei kommt es zu einer unvermuteten und ungewöhnlichen Lagerbildung: Es liegt eine gewisse Ironie darin, dass sich die emanzipatorische Suchbewegung mit dem Recht assoziiert,⁶⁷ während sich die Gegenkräfte die Argumente der Rechtskritik zu eigen machen. In der Auseinandersetzung über das emanzipatorische Anliegen produzieren Emanzipationsdebatten unablässig Rechtskritik. Schon dies macht Emanzipationsdebatten so aufschlussreich. In diesem Sinne lassen sich Emanzipationsdebatten als *reflexive* Debatten bezeichnen.⁶⁸

2. Emanzipationsdebatten produzieren Unterscheidungen

Außerdem führen Emanzipationsdebatten vor Augen, dass sich Aussagen zur Rechtsentwicklung sinnvoll nur von einem bestimmten relativen Ausgangspunkt und in Bezug auf eine bestimmte Richtung formulieren lassen. Emanzipationsdebatten lassen sich nicht als historisch universales Phänomen analysieren.⁶⁹ Schon dadurch begünstigen Emanzipationsdebatten die Entstehung kontextuell differenzierter Wissens. Noch bedeutsamer ist, dass Emanzipationsdebatten vor Augen führen, dass sich in Bezug auf Verrechtlichung keine sinnvollen rechtswissenschaftlichen Positionen einnehmen lassen, indem man pauschal „dafür“ oder „dagegen“ ist. Die Fragen, die sich stellen, wenn man darüber nachdenkt, wie das Eltern-Kind-Verhältnis, das Eheverhältnis, das ärztliche Behandlungs-, das Schul- oder das Arbeitsverhältnis im Recht abzubilden sind, lassen sich nicht anschlussfähig dadurch beantworten, indem man für mehr oder weniger Recht ist.⁷⁰ Daher lassen sich den großen Emanzipationsbewegun-

gen wie der Arbeiterbewegung und der Frauenbewegung auch keine einheitlichen Positionen in diesen Fragen zuordnen. Beide Bewegungen haben es auf je eigene Art mit der Ambivalenz des Rechts für ihre Anliegen zu tun gehabt.⁷¹ Die Entwicklung zum sozialen Rechtsstaat, insbesondere durch das Arbeitsrecht, wurde beargwöhnt als Konstitutionalisierung bestehender sozialer Gewaltverhältnisse und Domestizierung gewerkschaftlicher Macht.⁷² Genauso ist die feministische Rechtswissenschaft darin uneins, ob Recht als Phänomen männlicher Herrschaft abzulehnen ist, oder ob man sich sein emanzipatorisches Potential zur gesellschaftlichen Steuerung zunutze machen sollte.⁷³ Auch in der Frage, ob die Regulierung von Privatheit eher zu begrüßen oder abzulehnen ist, hat sich keine prinzipielle Position eindeutig durchgesetzt.⁷⁴ Vielmehr zeigt sich, dass kein Widerspruch darin liegt, Regulierungen des Intimen zurückzuweisen und dennoch für den Schutz vor Gewalt in der Ehe oder für ein Recht auf Abtreibung⁷⁵ einzutreten.⁷⁶ Genauso lässt sich einerseits für Patientinnenrechte plädieren und andererseits darauf dringen, dass die Vertraulichkeit des Behandlungsverhältnisses gewährleistet wird. Die in diesen Fragen aufscheinenden Dilemmata bewirken jedoch keine Lähmung des rechtswissenschaftlichen Gesprächs, sondern sie erweisen sich als außerordentlich produktiv: Emanzipationsdebatten produzieren fortlaufend Unterscheidungen. In diesem Sinne lassen sich Emanzipationsdebatten als *differenzierende* Debatten bezeichnen.

3. Emanzipationsdebatten sind geprägt von Imaginationen und Erzählungen

Schließlich sind Emanzipationsdebatten Debatten, die von Bildern und Erzählungen gelenkt werden. Sie sind *imaginierende* und *erzählende* Debatten. Hier konnte am Beispiel der Debatte über die Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz gezeigt werden, dass dabei mit einer bestimmten Technik, die ich als „geborgte Landschaft“ bezeichnet habe (oben IV. 2.), Imaginationen vom Recht entworfen werden, die von vorgreiflichen Leiterzählungen stabilisiert werden.

Mit dieser erheblichen Prägung durch Imaginationen und Narrative eröffnen Emanzipationsdebatten Einsichten in

⁶⁶ Für einige grundsätzliche Positionen siehe exemplarisch *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 177 ff.; *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 10. Aufl. 2005 (Erstausgabe 1951), S. 603 ff.; zu Vorzug und Nachteil von Abstraktion und Konkretisierung *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953; auch *Auer*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 144 ff.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004; *Raiser*, Summum ius, summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, 1963, S. 145 ff.

⁶⁷ Siehe näher die Beschreibungen von *Berghahn* Leviathan. Z.f. SozWiss. Jg. 1996 (1997), 241, 249–257 zu den Haltungen der Frauenbewegung der ausgehenden 1990er Jahre. Dabei wurde der neue „feministische Ruf nach dem Staat“ durchaus als „Lagerwechsel“ wahrgenommen und dann aus unterschiedlichen Stoßrichtungen wiederum prinzipiell kritisiert („Kritik der feministischen Kritik“).

⁶⁸ Hier lassen sich Verknüpfungen ziehen zu *Teubner*, in: *Grundmann/Thiessen* (Hrsg.), Recht und Sozialtheorie um Rechtsvergleich, 2015, S. 145 (158 ff.); *ders.* ARSP 68 (1982), 13 ff.

⁶⁹ Genauso wenig wie Verrechtlichung; siehe *Teubner*, in: *Kübler* (Fn. 11), S. 289, 302; ähnliche Bedenken später bei *Lubmann* (Fn. 15), S. 294 ff., weil beim gegebenen Forschungsstand empirische Aussagen, die Rückschlüsse auf eine Zu- oder Abnahme der Bedeutung des Rechts erlauben lassen, nicht getroffen werden können.

⁷⁰ Genauso für das Sozialrecht *Zacher*, in: *Kübler* (Fn. 11), S. 11, 72: „Nicht für oder gegen die Verrechtlichung kann die Frage sein“ und mit Bezug auf das Arbeitsrecht *Simitis*, in: *Kübler* (Fn.), S. 73, 165: „Verrechtlichung ist ein offener, längst nicht abgeschlossener Prozess.“ – Es deutet sich an, dass dieselbe Beobachtung für das Verhältnis von Privatheit und Öffentlichkeit, von Individuum und Gemeinschaft, von Abstraktion und Einzelfall aufgenommen werden kann; dies wäre einer weiteren Untersuchung vorzubehalten. Der Faden könnte bei *Benhabib*, in: *List* (Hrsg.), Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik, 1989, S. 454, 467–487 aufgenommen werden: „Der verallgemeinerte und der konkrete Andere“.

⁷¹ Auch für das Völkerrecht werden die Ambivalenzen der Verrechtlichung diskutiert, exemplarisch *Oeter*, in: *Zangl/Zürn* (Hrsg.), Verrechtlichung – Baustein für Global Governance, 2004, S. 46–73.

⁷² Siehe nur die Skizze bei *Habermas* (Fn. 20), S. 529–531; eingehend *Simitis*, in: *Kübler* (Fn. 11), S. 73, 116 ff. („Kolonialisierung“ der Lebenswelt des Arbeitnehmers), 122 ff. („Domestizierung“ der Gewerkschaften); kritisch etwa *Erd*, Verrechtlichung industrieller Konflikte, 1978; *Moritz*, in: *Voigt* (Hrsg.), Verrechtlichung, 1980, S. 170 ff.

⁷³ Siehe exemplarisch die gegenläufigen Positionen von *Fraser*, Widerpenstige Praktiken. Macht, Diskurs, Geschlecht, 1994, S. 280–283 und *Holzleitner* KJ 2008, 250–256, die beide dafür plädieren, sich das emanzipatorische Potential von Recht zunutze zu machen. Für eine Gegenseite siehe die Darstellung bei *Olsen* KJ 1990, 303, 307 ff. Differenzierend zu dem „Problem of Rights“ *Smart*, Feminism and the Power of Law, 1989, S. 138–163; einen Überblick über die US-amerikanischen Debatte der 1980er Jahre geben *Kittay/Meyers* (Hrsg.), Women and Moral Theory, 1987.

⁷⁴ Zur Ambivalenz von Privatheit *Cohen*, Regulating Intimacy, 2004; Wellenbewegungen zeichnet *Walby*, Theorizing Patriarchy, 1990, S. 173–201 nach: „from private to public patriarchy“. Kritisch zur diskursiven Aufspaltung dieser Fragen in Handlungsräume und spezialisierte Öffentlichkeiten *Fraser* (Fn. 73), S. 249 ff.

⁷⁵ So *Gould*, Private Rechte und öffentliche Tugenden, in: *List* (Fn. 70), S. 66, 70–85.

⁷⁶ Exemplarisch die Bedenken an solcher „Dichotomisierung“ bei *Berghahn* Leviathan 1996, 241, 246 ff.; differenzierend auch *Smart* (Fn. 73).

weitere dem Recht eingeschriebene Paradoxien. So können Leiterzählungen Emanzipationsprozessen Orientierung und Legitimation vermitteln, aber sie können sie mit ihrer optimistischen Vorgreiflichkeit auch für eine gewisse Zeit empfindlich behindern, weil es ihnen zumeist nicht um akkurate Gegenwartsbeschreibungen zu tun ist.⁷⁷ Je glatter, prägnanter, einleuchtender und vielversprechender die Leiterzählung klingt, umso schwieriger wird es, sie anzugreifen und mit einer unübersichtlichen, komplizierten, in sich verwickelten Rechtsrealität zu konfrontieren. Daher führt auch die Bewertung von allgemeinen, abstrakten, affirmativen Rechtsbekenntnissen in einen Zwiespalt: Wie schon das Beispiel von § 1 BGB erfahrbar gemacht hat, tauchen gerade solche gesetzlichen „Leuchttürme“ den umliegenden Grund nur allzu leicht in Dunkelheit und begünstigen die Entstehung verklärender Imaginationen vom Recht (oben IV. 1.). Dennoch ist Sichtbarkeit typischerweise ein Anliegen von Emanzipationsprozessen.⁷⁸

77 Häufig werden Rechtsgebiete mit „von zu“-Wendungen umschrieben. Diese Wendungen sind von ihren Urhebern häufig mehr perspektivisch als diagnostisch gemeint. Dennoch setzen sie sich in den Debatten wegen ihrer Anschaulichkeit und Plastizität leicht als vermeintliche Gegenwartsbeschreibungen durch. So ist es weithin gebräuchlich geworden, die Entwicklung des Familienrechts anhand einer Wendung zu beschreiben, die im Jahr 1977 – rückblickend – mehr Versprechung als Beschreibung sein konnte: „Vom Patriarchat zur Partnerschaft“, angelehnt an die gleichlautende Schrift von *Mitterauer/Sieder*. Gleiches gilt in Bezug auf das Kindschaftsrecht, dessen Entwicklung seit den 1960er Jahren beschrieben wird als Entwicklung von einem patriarchalen Herrschaftsverhältnis zu einem Fürsorgeverhältnis; siehe zuerst *Gernhuber FamRZ* 1962, 89 ff.; später *Coester-Waltjen*, in: 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger, 1998, S. 143, 149. Ähnlich vorgreiflich ist es im Rückblick, wenn das Erwachsenenschutzrecht bereits im Jahr 1991 mit der Wendung zusammengefasst wurde „Von anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung“; so *Coester JURA* 1991, 1. – Insgesamt kritisch auch *Bumke AöR* 144 (2019), 1, 8.

78 Exemplarisch im Zusammenhang mit der Kinderrechte-Debatte die Betonung von *Heiderhoff*, in: *Röthel/Heiderhoff* (Fn. 4), S. 9, 13 ff. Differenzierend aus Sicht der feministischen Rechtswissenschaft *Foljanty/Lembke*, in: *dies.* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, § 14 Rn. 26–28: „zweischneidig“. Bloße Sichtbarkeit allein wird allerdings zumeist kritisch gesehen, sei es als „billiger Politikersatz“, „leere Versprechung“ oder „Rechtsrhetorik“ (*Scheiwe ZKJ* 2009, 7), sei es als „unnötige Symbolgesetzgebung“. – Mit *Kindermann*, in: *Grimm/Maibhofer* (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*. Jb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, 1988, S. 222 ff. lassen sich drei Motivationen für symbolische Gesetzgebung unterscheiden: soziale Werte zu bekräftigen, die Handlungsfähigkeit des Staates unter Beweis zu stellen („Alibigesetzgebung“) und die Lösung gesellschaftlicher Konflikte durch dilatorische Kompromisse aufzuschieben. Diese Typologie bringt zum Ausdruck, dass symbolische Gesetzgebung durchaus sinnvolle Ziele verfolgen kann, so dass der Einwand, es handle sich „nur“ um symbolische Gesetzgebung nicht notwendig verfehlt. Die Wirkungen von symbolischem Recht beschreibt *Boehme-Neßler*, *BilderRecht*, 2010, S. 121–124.

Emanzipationsdebatten haben es also in besonderer Weise mit der untergründigen Kraft von Erzählungen und Bildern im Recht zu tun. Diese Eigentümlichkeiten lassen sich nur durch eine Rechtswissenschaft erschließen, die sich dafür interessiert, wie Bilder im Recht wirken⁷⁹ und wie Geschichten vom Recht die Wahrnehmung des Rechts prägen.⁸⁰ Imaginationen und Narrative bedeuten methodische Herausforderungen.⁸¹ Emanzipationsdebatten stellen auch hier die Vertrauensfrage nach dem methodischen Selbstverständnis zwischen „strictly legal point of view“ und einer responsiven, geöffneten Rechtswissenschaft.⁸² Damit begünstigen Emanzipationsdebatten auch in methodischer Hinsicht ein erkundendes Hinauswachsen über Vertrautes.

79 Bildhaftes Rechtsdenken findet auf vielen Ebenen statt: Es zeigt sich in Gesetzesbegriffen („Schlüsselgewalt“, „Gesamthand“), in Bildern der Privatrechtsdogmatik („forderungsentkleidete“ Hypothek, „weiterfressender“ Mangel, „Wettlauf“ der Sicherungsgeber, Herrschaft der „kalten Hand“), bei der Erklärung der Rechtsgeltung (exemplarisch *White*, *The Legal Imagination*, 1973; *Kahn*, *The cultural study of Law*, 1999, S. 31–90: „imagining the rule of law“; *LoPucki*, *Northwestern Univ. L. Rev.* 90 [1995–1996], 1498 ff.: „Law as shared mental model“), der Beschreibung des Rechtssystems (*Luhmann* [Fn. 15], S. 565 ff.: „Immunsystem“) und bei der Ausprägung von Leitbildern (dazu nur *Braun* [Fn. 50]), Menschenbildern (*Bumke JöR* 57 [2009], 125, 137 ff.) u. v. m. Entsprechend weit reicht das Interesse der Rechtswissenschaft an der Aufklärung ihrer Rolle im Recht zurück; siehe exemplarisch *Bangemann*, *Bilder und Fiktionen in Recht und Rechtswissenschaft*, 1963; *Kocher*, *Zeichen und Symbole des Rechts*, 1992; *Großfeld*, *Bildhaftes Rechtsdenken*, 1995; *Röhl ZfRsoz* 21 (2000), 355–385; *ders.* *JZ* 2003, 339; *Münkler Der Staat* 55 (2016), 181–211; *T. Dreier*, *Bild und Recht. Versuch einer programmatischen Grundlegung*, 2019. – Dieses rechtswissenschaftliche Interesse lässt sich auch als Interesse für die kulturwissenschaftliche Debatte zum *iconic* oder *pictorial turn* lesen; dazu nur *Belting* (Hrsg.), *Bilderfragen. Die Bildwissenschaft im Aufbruch*, 2007.

80 Aus der Sprachgebundenheit des Rechts haben sich Anknüpfungspunkte zur Sprachwissenschaft und zur Literaturwissenschaft ergeben, deren Interesse als „Law as Literature“ zusammengefasst wird; siehe exemplarisch *Dworkin*, *How law is like literature*, in: *A Matter of Principle*, 1985, S. 146 ff.; *Ladueur*, *Die Textualität des Rechts*, 2016; *Posner*, *Law and Literature*, 3. Aufl. 2009; *Müller/Christensen/Sokolowski*, *Rechtstext und Textarbeit*, 1997; *I. Augsberg*, *Die Lesbarkeit des Rechts*, 2009. – Nachzeichnungen bei *Blufarb*, *Geschichten im Recht*, 2017, S. 146–193.

81 Die narratologische Analyse von Wirklichkeitserzählungen steht in der deutschen Rechtswissenschaft erst an ihrem Anfang; einig ist man sich aber in ihrem kritischen Potential; siehe nur *Lomfeld JZ* 2019, 369 ff. und *v. Arnould*, in: *Klein/Martinez* (Hrsg.), *Wirklichkeitserzählungen. Felder, Formen und Funktionen nicht-literarischen Erzählens*, 2009, S. 14, 43 ff.

82 Siehe nur *Grünberger AcP* 219 (2019), 924 ff. gegen *Riesenhuber AcP* 219 (2019), 892 ff.; zu den Methoden der Familienrechtswissenschaft *Röthel AcP* 214 (2014), 609 ff.

