

Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland

Debatten, Arbeitsweisen, Wahrnehmungen

von Prof. Dr. *Anne Röthel*, Bucerius Law School, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Anliegen	610
II. Debatten	613
1. <i>Paarbeziehungen</i>	613
a) <i>Ehe: Von der Schicksalsgemeinschaft zur Verursachungs-</i> <i>gemeinschaft</i>	614
b) <i>Gleichgeschlechtliche Partnerschaften:</i> <i>Vom Tabu zum Statusverhältnis</i>	616
c) <i>Faktische Lebensgemeinschaften:</i> <i>Von der Realbeziehung zur Rechtsgemeinschaft</i>	617
2. <i>Eltern-Kind-Beziehung</i>	618
a) <i>Kindeswohl, Elternrechte, Gleichberechtigung</i>	620
b) <i>Paradismenhäufung</i>	622
c) <i>Gespaltene Familienrechtswissenschaft</i>	623
3. <i>Schutzverhältnisse für Volljährige</i>	624
a) <i>Private Freiheit und publizierte Fürsorge</i>	626
b) <i>Personalisierung und Privatisierung</i>	628
III. <i>Arbeitsweisen</i>	630
1. <i>Historische Arbeitsweisen</i>	630
a) <i>Von nüchterner Dogmengeschichte zur illustrierenden</i> <i>Einstimmung</i>	630
b) <i>Wiedervereinigung: die ausgeblendete Zäsur</i>	631
2. <i>Vergleichende Arbeitsweisen</i>	634
a) <i>Ausland als Argument</i>	635
b) <i>Principles, Modellgesetze und optionales Recht:</i> <i>imitierte Arbeitsweisen</i>	637
3. <i>Dogmatische Arbeitsweisen</i>	639
a) <i>Krise und Konstitutionalisierung</i>	639
b) <i>Daueraufgaben und explizite Dogmatisierung</i>	642
4. <i>Interdisziplinäre Arbeitsweisen</i>	645

* Dieser Bericht wäre nicht in dieser Form möglich gewesen ohne vielfältige Hilfe. Dank gebührt vor allem meiner Mitarbeiterin Frau Dr. Anna-Luisa Lemmerz, die mit Sorgfalt und Weitblick das verstreute Material sichtete und mir während vieler Wochen eine zugleich ermunternde wie kritische Gesprächspartnerin war. Wichtige Anregungen verdanke ich abermals der aufmerksamen Lektüre meines lieben Kollegen Professor Dr. Christian Bumke. Ohne ihn wäre mein Bild davon, was Rechtswissenschaft sein und leisten kann, ungleich blasser.

a) Geöffnete Oberfläche	646
b) Transdisziplinäre Familienwissenschaft oder doch „strictly legal point of view“?	648
IV. Wahrnehmungen	652
1. Innerhalb der Rechtswissenschaft	652
2. Außerhalb der Rechtswissenschaft	654
V. Zusammenführungen	658
1. Kontinuitäten auf dem Weg von Bonn nach Berlin	659
2. Familienpolitische Wende: Wo Berlin nicht Bonn ist	660
3. Entpolitisierte Familienrechtswissenschaft in einem re-politisierten Familienrecht	663

I. Anliegen¹

Die Familienrechtswissenschaft hat keinen leichten Stand innerhalb der Rechtswissenschaft. Vielen gilt sie als praxisaffin, politiknah und undogmatisch. Mehr oder weniger ausgesprochen trägt sie den Stempel der unakademischen Frauenmaterie. Doch worauf stützen sich solche Bilder? Sind sie über-

¹ Abgekürzt werden zitiert *Behrends/Schumann* (Hrsg.), Gesetzgebung, Menschenbild und Sozialmodell im Familien- und Sozialrecht, 2008 (zit. *Behrends/Schumann*); *Dethloff*, Familienrecht, 30. Aufl. 2012 (zit. *Dethloff*); *dies.*, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich. Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, 67. DJT 2008 (zit. *Dethloff*, 67. DJT 2008); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010 (zit. *Gernhuber/Coester-Waltjen* *Jayme/Furtak* (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtseinheit, 1991 (zit. *Jayme/Furtak*); *V. Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 2000 (zit. *V. Lipp*, Fürsorge); *ders./Röthel/Windel*, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2007 (zit. *V. Lipp/Röthel/Windel*, Familienrechtlicher Status); *Martiny*, Empfiehlt es sich, die rechtliche Ordnung finanzieller Solidarität zwischen Verwandten in den Bereichen des Unterhaltsrechts, des Pflichtteilsrechts, des Sozialhilferechts und des Sozialversicherungsrechts neu zu gestalten?, 64. DJT 2002 (zit. *Martiny*, 64. DJT 2002); *Meder*, Familienrecht. Von der Antike bis zur Gegenwart, 2013 (zit. *Meder*, Familienrecht); *Muscheler*, Familienrecht, 3. Aufl. 2013 (zit. *Muscheler*); *Nave-Herz* (Hrsg.), Wandel und Kontinuität der Familie in der Bundesrepublik Deutschland, 1988 (zit. *Nave-Herz*); *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. 2008 (zit. *Rauscher*); *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), Regelungsaufgabe Paarbeziehung, 2012 (zit. *Röthel/Heiderhoff*, Paarbeziehung); *Röthel*, Institution und Intimität, in: *Röthel/Löhnig/Helms* (Hrsg.), Ehe, Familie, Abstammung, 2010, S. 9 ff. (zit. *Röthel*, Institution); *Schwab*, Familienrecht, 21. Aufl. 2013 (zit. *Schwab*); *ders.*, Konkurs der Familie?, 1994 (zit. *Schwab*, Konkurs); *ders.*, Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jh., in: *Gerhardt* (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, S. 790 ff. (zit. *Schwab*, Gleichberechtigung); *ders./Habne* (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004 (zit. *Schwab/Habne*); *ders./Vaskovics* (Hrsg.), Pluralisierung von Elternschaft und Kinderschaft, 2011 (zit. *Schwab/Vaskovics*); *Schwenzer*, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, 59. DJT 1992 (zit. *Schwenzer*, 59. DJT 1992); *Simon* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994 (zit. *Simon*).

zeichnet oder nur realistisch? Was wäre zu entgegnen? Wer sich diesen Fragen stellt, wird zunächst eingestehen müssen, dass unser Wissen darüber, wer eigentlich „die“ Familienrechtswissenschaft ist, wofür sie sich interessiert und wie sie arbeitet, unscharf ist. Hier will der folgende Beitrag Aufklärung leisten und die jüngere Familienrechtswissenschaft, hier verstanden als die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland, charakterisieren. Zugleich sollen Zäsuren, Kontinuitäten und Wandlungsprozesse auf dem Weg von Bonn nach Berlin² aufgezeichnet werden.³

Die Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland zu charakterisieren, ist ohne Zweifel ein anfälliges Unterfangen. Es ist nicht möglich, über die eigene Disziplin und die eigene Zeit zu schreiben, ohne dabei unbeteiligt zu sein. Der Zeitzeuge ist in der Regel kein guter Historiker, gab bereits *Dieter Simon* zu bedenken.⁴ Damit gehen Verzerrungen einher: Manches erscheint bedeutsamer und grundsätzlicher, nur weil es gerade geschieht.

² Im Folgenden wird „Berliner Republik“ historisch weit und zugleich staatsrechtlich eng verstanden als Zeitraum des wiedervereinigten Deutschland. Sie beginnt also am 3.10.1990 mit dem Beitritt der Deutschen Demokratischen Republik zur Bundesrepublik Deutschland nach Art. 23 S. 2 GG a.F. (Art. 1 Abs. 1 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – vom 31.8.1990, BGBl. II, 889) und nicht erst mit dem am 20.6.1991 vom Deutschen Bundestag (BT-Drs. 12/815) beschlossenen und im Jahr 1999 vollzogenen Umzug von Regierung und Parlament von Bonn nach Berlin. Denn es liegt nahe, für einen Bericht über die Rechtswissenschaft auch einen rechtlichen Bezugspunkt zu wählen, hier also die Herstellung der Rechtseinheit. Sollte sich erweisen, dass es überhaupt eine so einschneidende Zäsur gibt, die die Berliner Republik aus dem Kontinuum der Bundesrepublik heraushebt und sie in eine Reihe mit der Weimarer und der Bonner Republik stellt, dann dürfte diese Zäsur eher in der staatsrechtlichen Umsetzung der Wiedervereinigung liegen als in dem langwierigen Umzug von Parlament, Regierung und Ministerien vom Rhein an die Spree oder in dem noch langwierigeren lebensweltlichen Zusammenwachsen von „Ost“ und „West“. Andere Begriffsverständnisse angedeutet bei *Sonthheimer*, Berlin schafft keine neue Republik – und sie bewegt sich doch, in: bpb (Hrsg.), Berliner Republik. Aus Politik und Zeitgeschichte (B 1–2/2001); *Brunssen*, Das neue Selbstverständnis der Berliner Republik, 2005, S. 11, 19; kritisch zum Begriff der „Berliner Republik“ etwa *Czada*, Nach 1989. Reflexionen zur Rede von der „Berliner Republik“, in: ders./Wollmann (Hrsg.), Von der Bonner zur Berliner Republik. 10 Jahre Deutsche Einheit, 2000, S. 13 ff.

³ Dieser Bericht ist zugleich Teil des Projekts „Rechtswissenschaft in der Berliner Republik“ unter der Leitung von Prof. Dr. *Christian Duwe* und Dr. *Stefan Ruppert*, Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, das voraussichtlich im Jahr 2016 einer größeren Öffentlichkeit zugänglich werden wird. Inhaltlich schließt der Bericht an die Studie von *Simitis* im Vorgängerband von Simon, S. 390 ff. an. Für die Möglichkeit der Vorabveröffentlichung bin ich dankbar.

⁴ *Simon*, S. 7 (8).

Anderes verliert sich als Umgebungsrauschen in der Fülle des Gleichzeitigen und erweist sich erst im Nachhinein als Wegmarke oder gar Wendepunkt. Erst mit einigem Abstand lässt sich sicherer bezeichnen, welche Debatte die eigentlich Prägende war und von welcher Stimme die maßgeblichen Impulse herrührten. Hinzu kommt, dass sich die Familienrechtswissenschaft weniger als andere Disziplinen der Rechtswissenschaft, wie zum Beispiel die Wissenschaft vom öffentlichen Recht, kontinuierlich selbst beobachtet, reflektiert und dokumentiert. Es fehlt also ein objektivierender Bezugspunkt, an dem die eigenen Wahrnehmungen gemessen werden könnten.

Diese Ausgangslage mahnt zu Bescheidenheit. Der folgende Bericht versteht sich daher in erster Linie als Sammlung von Themen und Stimmen. Darin gleicht er eher einem Steinbruch als einer Landkarte. Gesammelt und beschrieben werden die Debatten, die Arbeitsweisen und die Wahrnehmungen der auf das Familienrecht bezogenen Rechtswissenschaft seit Inkrafttreten des Einigungsvertrags. Die *Debatten* geben Aufschluss darüber, welche Themen die Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland interessiert haben (unten II.). Eine Sichtung der Arbeitsweisen ermöglicht eine Annäherung an das Selbstverständnis der Familienrechtswissenschaft (unten III.). Die *Wahrnehmungen* geben schließlich Aufschluss darüber, welche Rolle die Familienrechtswissenschaft innerhalb der Rechtswissenschaft sowie gegenüber Rechtsprechung und Gesetzgebung eingenommen hat, also ihre Wirksamkeit und ihre Position im Gefüge des Rechts (unten IV.).

In einem letzten Schritt sollen die Stränge zusammengeführt werden (unten V.). Die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschlands hat sich, so die Grundbeobachtung, in ihren Debatten, Arbeitsweisen und Wahrnehmungen im Wesentlichen in dem thematischen und methodischen Raum der „alten“ Bundesrepublik weiterbewegt (unten V. 1.). Die politischen Umorientierungen der vergangenen 25 Jahre durch die Wiedervereinigung und später durch die neue ökonomisierte und dezidiert bevölkerungs- und arbeitsmarktpolitische Familienpolitik der Berliner Republik (unten V. 2.) haben weniger Irritationen hervorgerufen als etwa die Entscheidungen des BVerfG über das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung oder über die Gestaltungsgrenzen von Eheverträgen. Die thematische und methodische Verarbeitung von Konstitutionalisierungs- und Europäisierungsprozessen überlagerte historische Interessen, veränderte die Anliegen der rechtsvergleichenden Arbeitsweise und begünstigte eine Wiederbetonung des dogmatischen Selbstverständnisses. Mit einiger Vergrößerung ließe sich resümieren: Die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland reagierte auf die historische und politische Aufladung des Familienrechts in der Berliner Republik mit Redogmatisierung und Entpolitisierung (unten V. 3). Diese vielfältige Bedrängnis in Produktivität umzumünzen, so der

abschließende Befund, war indes keine geringe Leistung, zumal wenn man bedenkt, wie klein der Kreis der Familienrechtswissenschaft mit der Zeit geworden ist.

II. Debatten

Es erscheint verführerisch, die im wiedervereinigten Deutschland geführten Debatten der Familienrechtswissenschaft nach Gesichtspunkten zu ordnen, die entweder schon seit Langem die Rechtswissenschaft insgesamt beschäftigen oder die jedenfalls zu den großen, haltungsbestimmenden Fragen gehören. Hierzu gehören die Konstitutionalisierung und die Europäisierung des Rechts sowie das Verhältnis insbesondere des Familienrechts zu Religion, Politik und Gesellschaft, wie sie unter den Stichworten Säkularisierung, Politisierung, Verrechtlichung, Ökonomisierung, Pluralisierung oder Privatisierung diskutiert werden. Ob sich auf diese Weise ein Bild von den Debatten der jüngeren Familienrechtswissenschaft zeichnen lässt, das auch nachfolgenden Blicken stand hält, erscheint schon wegen der Allgemeinheit der Bezugspunkte zweifelhaft. Vor allem aber könnte auf diese Weise nur Aufschluss über die Weiterführung von Langzeitdebatten gewonnen werden. Dies birgt die Gefahr, Entwicklungen jenseits der bislang benannten Pfade oder untergründigere Verschiebungen zu übersehen. Daher soll ein offenerer und weniger wählerischer Zugriff erfolgen, indem die zu den klassischen familienrechtlichen Themen – Ehe, Kindschaft, Vormundschaft – geführten Debatten durchgemustert werden.

1. *Paarbeziehungen*

Veränderungen und Verschiebungen im Verständnis lassen sich häufig als erstes an neu eingeführten Begriffen ablesen. Dazu gehört der Begriff der *Paarbeziehung*, der seit der Wiedervereinigung seinen Weg aus der Soziologie in das rechtswissenschaftliche Schrifttum fand⁵ und bereits eine erste Entwicklungsrichtung bezeichnet: Die dichotome Anordnung „Ehe“ und „Nicht-Ehe“, wie sie sich ihrer Struktur nach auch in der aus den 1980er Jahren herrührenden Unterscheidung zwischen Statusbeziehung und Realbeziehung⁶ wiederfindet, wurde abgelöst von Denkmodellen, die mehr auf Inklus-

⁵ *Röthel/Heiderhoff* (Hrsg.), *Paarbeziehung*; noch fragend *Martiny*, FF 2011, 345: „Auf dem Weg zu einem Recht der ‚Paarbeziehungen‘?“.

⁶ *Schwenzer*, *Vom Status zur Realbeziehung. Familienrecht im Wandel*, 1987; *Haus-*

sion orientiert sind und sich zugleich von gesellschaftlichen und konfessionellen Grundhaltungen zunehmend lösten. Hergebrachte Dichotomien wie diejenige zwischen verschiedengeschlechtlichen und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften (unten b) sowie zwischen Ehe und Nichtehe (unten c) gerieten genauso auf den Prüfstand wie im Kindschaftsrecht die Dichotomie zwischen ehelicher und nichtehelicher Kindschaft sowie zwischen Mütterrechten und Väterrechten (unten 2. a).

a) Ehe: Von der Schicksalsgemeinschaft zur Verursachungsgemeinschaft

Ungeachtet dessen stand die *Ehe* in den Einzeldebatten zu den Paarbeziehungen als am dichtesten verrechtlichte Paarbeziehung im Vordergrund. Das bestimmende Thema der „alten“ Bundesrepublik, die Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ehe, spielte hierbei nur noch am Rande eine Rolle.⁷ Auch die noch in den 1980er Jahren geführten Debatten über die Rechtsqualität des persönlichen Innenverhältnisses der Ehegatten während bestehender Ehe („eheliche Lebensgemeinschaft“ i.S. des § 1353 BGB)⁸ traten zurück.⁹ Die zuvor vielfältig betonte „Autonomie der Ehegatten“ gegenüber staatlichem Recht erschien gesichert.¹⁰ Nun interessierte man sich mehr für die Vermögensfolgen nach Scheitern der Ehe („nacheheliche Solidarität“). Die zentralen Anliegen waren De-Stereotypisierung und Individualisierung. Dies erklärt zunächst das gestiegene Interesse für Vereinbarungen unter Ehegatten und ihre Rechtsqualität. Aufschlussreich sind die Begründungslinien. *Ingeborg Schwenzler* verknüpfte ihr folgenreiches Plädoyer für eine Begrenzung der Ehevertragsfreiheit („Inhaltskontrolle von Eheverträgen“) im Jahr 1996 mit dem Gedanken, dass sich eine Frau bei der Verhandlung eines Ehevertrags mit ihrem künftigen Ehemann in einer Situation „struktureller Unterlegen-

mann, Entwicklungstendenzen im deutschen Familienrecht. Vom Status zur Realbeziehung, in: Vollkommer (Hrsg.), *Die Familie in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, 1990, S. 39 ff.; später *Windel*, in: V. Lipp/Röthel/Windel, *Familienrechtlicher Status*, S. 1 ff.

⁷ Etwa in der Bewertung des gesetzlichen Güterstands, dazu noch im Text. Für eine Rückschau *Schwab*, Gleichberechtigung, S. 790 ff.

⁸ Siehe nur *Hepting*, Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, 1984; *M. Lipp*, Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung, 1988; *Fenn*, Ehevereinbarungen, in: Bosch (Hrsg.), *Neuere Entwicklungen im Familienrecht*, 1990, S. 37 ff.; *Pawlowski*, Die „bürgerliche Ehe“ als Organisation, 1983; *Gernhuber*, FamRZ 1979, 193 ff.

⁹ Siehe aber *Röthel*, Institution, S. 9 ff. und *Struck*, FuR 1996, 118 ff.

¹⁰ Etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 18 Rn. 13 ff.

heit“ befinde.¹¹ Daran entzündete sich teils heftige Kritik.¹² Die Reformulierung von *Barbara Dauner-Lieb* aus dem Jahr 2001, es gehe mehr um situativen oder beziehungsbedingten Überoptimismus als um strukturelle Unterlegenheit,¹³ setzte sich als die überzeugendere Lesart für die Begründung der ansonsten heute in ihren Grundlagen weitgehend akzeptierten Inhaltskontrolle von Eheverträgen durch.

Das Bemühen um Individualisierung und De-Stereotypisierung prägte auch die Debatten zur Reichweite nahehelicher Solidarität. Der konkrete „ehebedingte Nachteil“ wurde zur vornehmlichen Legitimationsformel für den begründungsbedürftiger erschienenen nahehelichen Unterhalt.¹⁴ Genauso wurde die Grundlage güterrechtlicher Teilhabe mit der Abgeltung ehebedingter Vermögenszuwächse sowohl erklärt als auch begrenzt.¹⁵ Auch hier ging es um mehr Differenzierung und Individualisierung.¹⁶ Unterhaltsverantwortung und Vermögensteilhabe sollten konkret-individuell aus der jeweiligen Aufgaben- und Lastenteilung begründet werden. Differenzierungen wurden auch im Hinblick auf das Unterhaltsmaß angemahnt. *Dieter Schwab* hielt es für „unbegreiflich, dass alle Unterhaltsansprüche ... zum selben Unterhaltsmaß führen.“¹⁷ Genauso erschien die güterrechtliche Halbteilung als zu pauschal.¹⁸ Dahinter stand eine gemeinsame Entwicklungsrichtung: Arbeitslosigkeit und Krankheit sollten nicht mehr abgesichert, bloße Wertsteigerungen an eingebrachtem Vermögen oder sonstige „eheneutrale“ Vermögenszuwächse nicht mehr geteilt werden.¹⁹ Schicksalsschläge und Glücksfälle wurden aus der Ehe herausgerechnet. Die auf lebenslange Verbundenheit und Rollenstereotype („Ernährerehe“) gegründete Vorstellung der Ehe als Einstandsgemeinschaft fand sich abgelöst von der Vorstellung einer befristeten und individualisierten Verursachungsgemeinschaft (*Stephan Meder*).²⁰ Die günstige Beurteilung nicht-stereotypisierter, konkreter Ehebedingtheit

¹¹ *Schwenzer*, AcP 196 (1996), 88.

¹² Pointiert *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (15 ff.); siehe aber auch *Coester-Waltjen*, in: FS für 50 Jahre BGH, 2000, Bd. I, S. 985 (1001 ff.).

¹³ *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 295.

¹⁴ Etwa bei *Dethloff*, 67. DJT 2008, A 47 f.; *V. Lipp*, in: V. Lipp/Röthel/Windel, Familienrechtlicher Status, S. 53 (76 ff.).

¹⁵ *Meder*, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft, 2010; *Koch*, Die Teilungsmasse des Zugewinns, in: Schwab/Hahne, S. 139 ff.; *Battes*, FamRZ 2007, 313 ff.

¹⁶ *Gernhuber*, NJW 1991, 2238 (2239 ff.): „Grobes, weil zu wenig differenzierendes Recht“.

¹⁷ *Schwab*, FamRZ 1997, 520 (524).

¹⁸ *Dethloff*, 67. DJT 2008, A 109 f.

¹⁹ *Schwab*, in: FS für Söllner, 2000, S. 1079 (1084 ff.).

²⁰ *Meder*, JCSW 53 (2012), 139 (164 f.).

begegnet auch an anderer Stelle. Als der Gesetzgeber den Betreuungsunterhalt im Jahr 2008 drastisch begrenzte (§ 1570 BGB n.F.),²¹ begegnete die unterschwellige Orientierung auf die Doppelverdienerehe Bedenken. Dies werde den immer noch gelebten Hausfrauenehen nicht gerecht.²² Überhaupt sei die „Vielfalt“ der konkreten Betreuungsverhältnisse „im Gesetz nicht abgebildet“.²³

Mit der zunehmenden Betonung der konkreten Ehebeiträge war es naheliegend, dass auch die *Bewertung* der während der Ehe erbrachten Rollenleistungen in die Diskussion rückte, hier allerdings mit gegenläufiger Tendenz. Das gesetzliche Solidarmodell sollte „nach oben“ korrigiert werden. Die verfassungsgerichtlich geprägte Einsicht in die Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit nährte Zweifel an der Grundanlage des gesetzlichen Güterstands. Dass jeder Ehegatte sein Vermögen selbst verwaltet (§§ 1363, 1364 BGB) erschien als bedenkliches „dingliches Gefälle“.²⁴ Die bis dahin stets als „modern“ gefeierte Zugewinngemeinschaft verlor ein Stück ihrer Unangefochtenheit. Selbst konservative Wissenschaftler wie *Dieter Schwab* scheuten nicht das Wort von der Krise.²⁵ Eine neue Frage wurde aufgeworfen: „Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?“²⁶

*b) Gleichgeschlechtliche Partnerschaften:
Vom Tabu zum Statusverhältnis*

In die Zeit der Berliner Republik fiel die Einführung des Rechtsinstituts der eingetragenen Lebenspartnerschaft im Jahr 2001.²⁷ Innerhalb kurzer Zeit veränderte sich das Diskussionsklima nachhaltig. Noch Anfang der 1990er Jahre, so *Ingeborg Schwenzer*, war allein der Begriff der „gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften“ für „seriöse“ Familienrechtswissenschaftler ein „absolutes Tabu“.²⁸ Diesen kurzen Weg vom Tabu zum Rechtsinstitut in wenig mehr als zehn Jahren hatte die Familienrechtswissenschaft indes kaum

²¹ Neugefasst durch Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, 3189.

²² *Helms*, in: FS für Spellenberg, 2010, S. 27 ff.; auch *Röthel*, Institution, S. 9 (18 ff.).

²³ *Heiderhoff*, FamRZ 2012, 1604 (1605).

²⁴ *Röthel*, FPR 2009, 273 ff.; aufgenommen von *Helms*, in: FS für Spellenberg, 2010, S. 27 (40 ff.).

²⁵ *Schwab*, in: FS für Alfred Söllner, 2010, S. 1079 ff.

²⁶ *Bruder Müller/Dauner-Lieb/Meder* (Hrsg.), Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, 2013.

²⁷ Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften vom 16.2.2001, BGBl. I, 266.

²⁸ *Schwenzer*, Ein Familienrecht für das 21. Jahrhundert. Brühler Schriften, 2008, S. 27 (29).

mitgeprägt, und schließlich wurde es vergleichsweise still um die eingetragene Lebenspartnerschaft. „Die intensiv geführte Diskussion um verfassungsrechtliche Probleme einer gesetzlichen Normierung für gleichgeschlechtliche Partnerschaften“, resümierte *Thomas Rauscher*, ist „vor der rechtspolitischen Faktizität nahezu verstummt.“²⁹ Die Zeit der großen Aufregung („Ehe und Familie am Scheideweg“³⁰, „schiere Unvernunft“³¹, „Untergang des Abendlandes?“³²) ist zwar noch nachlesbar,³³ gehörte aber im Wesentlichen den ersten Jahren nach Einführung der Lebenspartnerschaft an. Es rückten die technischen Einzelfragen in den Vordergrund. „Ungenauigkeiten“, „Lückenhaftigkeit“, „Halbherzigkeit“ und „Planlosigkeit“ des Gesetzgebers werden konstatiert.³⁴ Die zentrale Frage nach der Ehenähe der Lebenspartnerschaft wurde immer weniger thematisiert, spiegelte sich aber in der Stoffanordnung wieder: Während *Dieter Schwab* und *Karlheinz Muscheler* die Lebenspartnerschaft im letzten Kapitel ihrer monographischen Darstellungen des Familienrechts erläutern,³⁵ hat *Nina Dethloff* sie in das erste Kapitel „Ehe und Partnerschaft“ aufgenommen,³⁶ und bei *Thomas Rauscher* firmiert sie zusammen mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Anschluss an die Ehe als „Lebensgemeinschaften ohne Ehe“.³⁷ Was zunächst nicht denkbar war, wurde allmählich nur noch eine Frage der Zeit: die „Öffnung der Ehe“ für Paare gleichen Geschlechts.³⁸

c) Faktische Lebensgemeinschaften:

Von der Realbeziehung zur Rechtsgemeinschaft

Während die Institutionalisierung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften ihre Triebkraft vor allem im Verfassungsrecht fand, schlug sich im Umgang mit faktischen Lebensgemeinschaften die größere Verbreitung nichtehelichen Zusammenlebens in den neuen Bundesländern nieder. Aber-

²⁹ *Rauscher*, Rn. 38.

³⁰ *Braun*, Ehe und Familie am Scheideweg. Eine Kritik des sog. Lebenspartnerschaftsgesetzes, 2002.

³¹ *Windel*, in: Barnstedt u.a. (Hrsg.), Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, 2002, S. 45 (69).

³² *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 42 Rn. 1.

³³ Bis in die jüngste Auflage des Münchener Kommentar etwa bei *Wacke*, 6. Aufl. 2013, Vor § 1 LPartG Rn. 6 ff.

³⁴ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 42 Rn. 1; kritisch zur Regelungstechnik auch *Wacke*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, Vor § 1 LPartG Rn. 7.

³⁵ *Schwab*, §§ 94 ff.; *Muscheler*, § 49.

³⁶ *Dethloff*, § 7.

³⁷ *Rauscher*, § 27.

³⁸ Vgl. *Rötbel*, Institution, S. 9 (32).

mals lassen sich schon an den Bezeichnungen geänderte Bewertungen ablesen: Aus dem unehelichen Zusammenleben wurde in den 1980er Jahren die nichteheliche Lebensgemeinschaft³⁹ und im wiedervereinigten Deutschland die „faktische Lebensgemeinschaft“⁴⁰ Fortan wurden faktische Lebensgemeinschaften nicht mehr negativ als Nicht-Ehe, sondern positiv als Realbeziehung⁴¹ erfasst. Auch waren nicht nur heterosexuelle, sondern auch homosexuelle Paare gemeint. Als der BGH schließlich im Jahr 2008 erstmals einen richterlichen Billigkeitsausgleich für erhebliche Vermögenszuwendungen nach Scheitern einer Lebensgemeinschaft eröffnete und sie damit ausdrücklich als „Rechtsgemeinschaft“ anerkannte,⁴² entsprach er langjährigen Forderungen aus Teilen der Familienrechtswissenschaft.⁴³ Die damit verbundene Verrechtlichung wurde ganz überwiegend begrüßt und als Schutz berechtigten Vertrauens auf den Fortbestand der Lebensgemeinschaft erklärt.⁴⁴ Ob sich das Familienrecht überhaupt von der Grundkategorie des Status' lösen sollte, wurde weiterhin unterschäplich gesehen, aber nicht mehr so lebhaft diskutiert wie noch in den 1980er Jahren.⁴⁵ Mit der Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft und der Institutionalisierung der eingetragenen Lebenspartnerschaft hatte die ursprünglich paradigmatische Unterscheidung zwischen Status und Realbeziehung in den 2000er Jahren ein Stück ihrer Gegensätzlichkeit verloren.

2. Eltern-Kind-Beziehung

Ähnlich wie das Recht der Paarbeziehungen erlebte auch das Recht der Eltern-Kind-Beziehung Veränderungen, die als „Inklusion“ umschrieben werden können: Nicht-Eltern rückten über das Umgangsrecht näher an das Kind heran, der Status der Elternbeziehung trat zurück, die reale Eltern-Kind-Beziehung wurde aufgewertet. Abermals deuten sich die Entwicklungsrichtungen bereits in den Begriffen an. Die etablierte Bezeichnung „Abstammungsrecht“ wurde kritisiert als „einseitige Fixierung auf die biologische

³⁹ Etwa *Hausmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989.

⁴⁰ Siehe bereits *Löhnig*, in: Staudinger, Neubearb. 2007, Anh zu § 1297 ff. Rn. 8 ff.

⁴¹ *Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987; *Hausmann*, Entwicklungstendenzen im deutschen Familienrecht. Vom Status zur Realbeziehung, in: Vollkommer (Hrsg.), Die Familie in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, 1990, S. 39 ff.

⁴² BGHZ 177, 193 ff.

⁴³ Siehe BGHZ 177, 193 (202 ff.) unter Hinweis auf *Löhnig*, *Hausmann*, *Wellenbofer*, *Coester* und *Dethloff*.

⁴⁴ Für eine Gegenseite: *Diederichsen*, in: FS für Zöllner, 1998, S. 1077 ff.

⁴⁵ Näher V. *Lipp/Röthel/Windel*, Familienrechtlicher Status.

Elternschaft“. Anstelle von Abstammung und elterlicher Sorge wurden „Elternschaft“ oder „rechtliche Zuordnung“ und „Elternverantwortung“ als Elemente der Eltern-Kind-Beziehung favorisiert.⁴⁶

Gemessen an der Anzahl grundlegender Reformgesetze ist das Kindschaftsrecht der Bereich innerhalb des Familienrechts, der seit der Wiedervereinigung die tiefgreifendsten legislativen Verschiebungen erlebte. Zu sämtlichen Grundkategorien der rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung – Abstammung, Sorge, Umgang – gab es Reformaufträge des BVerfG⁴⁷ und später auch des EGMR⁴⁸ sowie legislatorische Umsetzungen, die es akademisch zu verarbeiten galt. Es folgten in rascher Abfolge Reformgesetze zur rechtlichen Stellung des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters in Bezug auf Abstammung und Sorge, zur Klärung der leiblichen Abstammung auf Wunsch des Kindes und/oder des Vaters, zu Adoptions- und Umgangsrechten des eingetragenen Lebenspartners sowie zum Umgangsrecht des nur-leiblichen Vaters.⁴⁹ Diese

⁴⁶ Etwa bei *Schumann*, FamRZ 2000, 389 ff. und *Coester*, FamRZ 2012, 1337 (1344).

⁴⁷ BVerfGE 61, 358 – gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung; BVerfGE 74, 33 – Erbrecht des nichtehelichen Kindes; BVerfGE 79, 256 – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; BVerfGE 84, 168 – Sorgerecht bei nichtehelichem Kind; BVerfGE 85, 80 – Benachteiligung nichtehelicher Kinder durch ungleichen Instanzenzug für Unterhaltsstreitigkeiten; BVerfGE 90, 263 – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei Anfechtung der Ehelichkeit durch volljährig gewordenes Kind; BVerfGE 92, 158 – Rechte nichtehelicher Väter im Adoptionsverfahren; BVerfGE 107, 150 – § 1626a BGB „derzeit verfassungsgemäß“; BVerfGE 108, 82 – Rechte des nur-leiblichen Vaters; BVerfGE 117, 202 – heimliche Vaterschaftstests; BVerfGE 121, 69 – Umgangspflicht; BVerfGE 127, 123 – § 1626a BGB verfassungswidrig.

⁴⁸ EGMR v. 3.12.2009 – Rs. 22028/04 = NJW 2010, 501 (Zaunegger/Deutschland) – Sorgerecht; EGMR v. 21.12.2010, Rs. 20578/07 = NJW 2011, 3565 (Anayo/Deutschland); EGMR v. 15.9.2013, Rs. 17080/07 = NJW 2012, 2781 (Schneider/Deutschland) – jeweils zum Umgangsrecht; EGMR v. 22.3.2012, Rs. 23338/09 = NJW 2013, 1937 (Kautzor/Deutschland); EGMR v. 22.3.2012, Rs. 45071/09 = FuR 2012, 473 (Ahrens/Deutschland) – zum Anfechtungsrecht der rechtlichen Vaterschaft durch den leiblichen Vater.

⁴⁹ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997, BGBl. I, 2942; Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und Neuordnung des Rechts der Beistandschaft vom 4.12.1997, BGBl. I, 2846; Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten vom 9.4.2002, BGBl. I, 1239; Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des BVerfG vom 13.12.2003, BGBl. I, 2547; Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes zur Registrierung von Vorsorgeverfügungen und zur Einführung von Vordrucken für die Vergütung von Berufsbetreuern vom 23.4.2004, BGBl. I, 598; Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004, BGBl. I, 3396; Gesetz zur Ergänzung des Rechts zur Anfechtung der Vaterschaft vom 13.3.2008, BGBl. I, 313; Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26.3.2008, BGBl. I, 441; Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16.4.2013, BGBl. I, 795; Gesetz zur Stär-

Umorientierungen bestimmten die Debatten in Gegenstand und Grundton. Sie lassen sich weitgehend in vorbereitende Reformdebatten und nachbereitende Gesetzgebungskritik unterteilen. Nur wenige Debatten wurden losgelöst von erwiesenem Reformbedarf geführt; hierzu gehörten Leihmutterchaft und Eizellspende, die Zeitgemäßheit der Adoption sowie die Koordination der Eltern-Kind-Beziehungen in „Patchwork“- und „Regenbogenfamilien“.

a) Kindeswohl, Elternrechte, Gleichberechtigung

Die gedanklichen Entwicklungskräfte waren einerseits die Rechtsstellung des Kindes und andererseits die gleichberechtigten Elternrechte von Müttern und Vätern. Zunächst war es die Entdeckung der Rechte des Kindes, die das ursprüngliche BGB-Kindschaftsrecht geradezu unter sich begrub. Anstelle der Eltern rückte „das Kind als Rechtssubjekt ... in den Mittelpunkt des kindschaftsrechtlichen Denkens“.⁵⁰ Dies äußerte sich in der Loslösung vom Status der Elternbeziehung. Die kategoriale Unterscheidung zwischen dem „ehelichen Kind“ und dem „unehelichen Kind“, die in den 1980er Jahren noch weithin selbstverständlich war,⁵¹ wich einem „einheitlichen“ bzw. „eindimensionalen“⁵² Kindschaftsrecht.⁵³ Ausgehend vom Kindesinteresse erschien dann aber auch die einzelne Ausgestaltung der Regeln über Abstammung, Sorge, Erziehungsziele und Umgangsrechte in anderem Licht. Aus dem Kindesinteresse folgte *Michael Coester* im Jahr 1992 die „psychosoziale Elternschaft“,⁵⁴ die später über die verfassungsgerichtliche Wendung vom Schutz der „sozial-familiären Beziehung“⁵⁵ Eingang in die Regelung der Vaterschaftsanfechtung (§ 1600 Abs. 2–4 BGB) und des Umgangsrechts (§ 1685 Abs. 2 BGB) fand. Nachdem die Zuweisung der elterlichen Sorge und die Ausübung des Umgangsrechts eine stärkere Orientierung auf das Kindeswohl erfahren hatten (vgl. § 1684 BGB gegenüber §§ 1634, 1711 BGB a.F.), rückte im Verlauf des wiedervereinigten Deutschland das Kindeswohl auch für die Entscheidung über die Elternschaft in den Vordergrund. „Wichtigstes Ziel auch des Abstammungsrechts“, betonte *Bettina Heiderhoff*, „muss heute das Kindes-

kung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4.7.2013, BGBl. I, 2176; Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt vom 28.8.2013, BGBl. I, 3458.

⁵⁰ *Coester*, JZ 1992, 809 (810).

⁵¹ Siehe noch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 3. Aufl. 1980, §§ 45 ff. einerseits und §§ 57 ff. andererseits.

⁵² *Diederichsen*, in: FS für Rolland, 1999, S. 87 ff.

⁵³ Siehe nur *Schwab*, § 46.

⁵⁴ *Coester*, JZ 1992, 809 (810).

⁵⁵ BVerfGE 108, 82 (Lts. 2).

wohl sein.⁵⁶ Daraus werden konsequentere Beteiligungsrechte des Kindes bei der Anerkennung und der Anfechtung der Vaterschaft⁵⁷ und überhaupt mehr Differenziertheit im Abstammungsrecht gefolgert, etwa durch abgestufte Anfechtungsfolgen.⁵⁸

Der zweite, die Debatten um das Kindschaftsrecht prägende Gedanke rankte sich um die Gleichberechtigung von Männern und Frauen im Hinblick auf den Zugang zur Elternschaft und die Wahrnehmung ihrer Elternrechte. Dies diente im Wesentlichen der Stärkung der Position des nichtehelichen Vaters, und zwar nicht nur im Verhältnis zum ehelichen Vater, sondern vor allem im Verhältnis zur Mutter. Aus dem sozialwissenschaftlichen Interesse für die Väter seit den 1980er Jahren⁵⁹ wurden im Verlauf der 1990er Jahre rechtswissenschaftliche Argumentationen, die vor allem den generellen Ausschluss des nichtehelichen Vaters von der Sorge (§ 1705 BGB a.F.) und seine zurückgesetzte Beteiligung am Adoptionsverfahren (§ 1747 Abs. 2 BGB a.F.) als Verletzung seiner gleichberechtigten Elternstellung ansahen. *Michael Coester* forderte im Jahr 1995 die „grundsätzliche und gleichberechtigte Anerkennung des Vaters“⁶⁰, *Uwe Diederichsen* kritisierte wenig später die „eklatante Zurücksetzung von Vätern“⁶¹ und *Thomas Rauscher* bemerkte „rechtspolitisch gewollte Defizite der Gleichstellung“ beim Sorgerecht.⁶² Aber auch zugunsten der Mutter wurden Gleichberechtigungsargumente angeführt. *Nina Dethloff* sah in der früheren Amtspflegschaft (§§ 1706–1710 BGB a.F.) eine „nichteheliche Mütter diskriminierende Regelung“, die „geprägt ist von dem Bild der ökonomisch, sozial und psychisch völlig unselbständigen Frau.“⁶³ Ähnlich begründete *Ingeborg Schwenzer* das Recht der Mutter auf Vaterschaftsanfechtung: „Es kann kaum zweifelhaft sein, dass schon unter Gleichheitsgesichtspunkten der Mutter auch bei Ehelichkeit des Kindes ein eigenes Anfechtungsrecht einzuräumen ist.“⁶⁴ Unter dem Blickwinkel gleichberechtigter Elternstellungen erschien schließlich auch die Unterscheidung zwischen (unzulässiger) Leihmutterchaft und (zulässiger) heterologer Samenspende bedenklich. Es verstoße gegen das Gebot der Gleichbehandlung, eine gespaltene

⁵⁶ *Heiderhoff*, Die Auflösung nicht abstammungsgemäßer rechtlicher Elternschaft, in: Schwab/Vaskovics, S. 273 (279).

⁵⁷ Etwa *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 52 Rn. 49; *Wellenhofer*, „Segmentierung“ der Elternschaft und Rechte des Kindes, in: Schwab/Vaskovics, S. 173 ff.

⁵⁸ *Heiderhoff*, in: Schwab/Vaskovics, S. 273 (283 ff.); für Kindeswohlbetonung auch *Coester-Waltjen*, FamRZ 2013, 1693 ff.

⁵⁹ *Fthenakis*, Väter, 1985.

⁶⁰ *Coester*, FamRZ 1995, 1245 ff.

⁶¹ *Diederichsen*, NJW 1998, 1977 (1983).

⁶² *Rauscher*, in: Staudinger, Neubearb. 2011, Einl zu §§ 1589 ff. Rn. 81.

⁶³ *Dethloff*, NJW 1992, 2200 (2201).

⁶⁴ *Schwenzer*, 59. DJT 1992, A 35.

Vaterschaft zuzulassen, eine gespaltene Mutterschaft indes zu verbieten.⁶⁵ Auch die Zulassung „anonymer Geburt“ wurde als Frage der Gleichbehandlung diskutiert: „Warum müssen sich die einen [Mütter] dem geordneten Weg der Kindesadoption unterziehen, während andere sich ihrer Verantwortung faktisch voraussetzungs- und folgenlos entziehen können?“⁶⁶

b) Paradigmenhäufung

Mit dem Gedanken der Gleichberechtigung hatten Elternrechte (wieder) Einzug in die Deutung des Eltern-Kind-Verhältnisses gehalten. Damit lag die Frage auf der Hand, wie sich diese wiederentdeckten Elternrechte zu der konsentierten Kindeswohlorientierung verhalten und auf welche Art den dadurch zutage tretenden Spannungen rechtlich beizukommen ist. Die Familienrechtswissenschaft wich dieser Frage eher aus und schien die Lösung in einer Paradigmenhäufung⁶⁷ gefunden zu haben. Das gleichberechtigte Elternrecht wurde mit den Rechten und Interessen des Kindes verknüpft: Es ging nun um das „Recht des Kindes“ auf seinen Vater oder auf beide Eltern. Diese Verknüpfung von Elterninteressen und Kindeswohl war im Grundsatz nichts Neues. Genauso wie das Kindeswohl dem Gesetzgeber lange Zeit als „Zusatzlegitimation“⁶⁸ für die Zurücksetzung des nichtehelichen Vaters diente, wurde es nun für die Verwirklichung der Elterninteressen funktionalisiert. Abermals wurde einem Gleichheitsthema die „Tarnkappe des Kindeswohls“ aufgesetzt,⁶⁹ und das mit so viel Pathos vorgetragene Kindeswohl geriet zur „Legitimationsphrase“⁷⁰.

Gleichwohl wurde das Kindeswohl zum „offiziellen“ argumentativen Leitbegriff im Kindschaftsrecht. Die im erkenntnisoffeneren Begriff des Kindeswohls umschlossene Veränderlichkeit mag „beherrschbarer“ erschienen sein als eine auf justiziable Gleichberechtigung gestützte Debatte. Die Argumentation mit Elternrechten wurde jedenfalls nicht selbstverständlich, sowohl wegen ihres „egoistischen Einschlags“ als auch wegen ihrer Assoziation mit autoritären Familienbildern. „Da in unserer politisch-moralisierenden Gesellschaft die Verfolgung schlichter Eigeninteressen verpönt scheint, müssen diese auf eine andere Ebene gehoben ... werden“, resümierte *Dieter Schwab*,

⁶⁵ *Kaiser*, in: Schwab/Vaskovics, S. 239 (257 m.w.N.).

⁶⁶ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 51 Rn. 14.

⁶⁷ *Schwab*, Gleichberechtigung, S. 790 (824).

⁶⁸ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 7 Rn. 8.

⁶⁹ Nochmals *Schwab*, Gleichberechtigung, S. 790 (826).

⁷⁰ *Ramm*, JZ 1996, 987 ff.; ähnlich *Diederichsen*, in: FS für Rolland, 1999, S. 87 (93 ff.).

als sich die gesetzliche Entscheidung für eine gemeinsame Sorge geschiedener Eltern andeutete. Ein echter Fortschritt für das Kindeswohl liege darin nicht.⁷¹ Gleichwohl schimmerte unter der weitgehend kindeswohl-poliierten Sprachoberfläche die Vorstellung von Elternrechten auch in grundsätzlichen Fragen immer wieder durch. *Michael Coester* trat dafür ein, bei der elterlichen Sorge zwischen Rechtsinhaberschaft und Ausübungsbefugnis zu unterscheiden, weil dies den betroffenen Elternteil schone, „der sich nicht ‚entrechtet‘ fühlen muss“.⁷² Auch im Abstammungsrecht erlebte die Kindeswohrrhetorik unerschwellige Relativierungen, etwa in der Vorstellung, dass die „wahre“ Abstammung doch eigentlich die biologische Abstammung sei.⁷³

c) *Gespaltene Familienrechtswissenschaft*

Die gerade erst errungene Einheit des Kindschaftsrechts war also nur oberflächlich. Die alte Dichotomie von ehelicher und nichtehelicher Kindschaft war zwar überwunden, doch blieb die Familienrechtswissenschaft gespalten und lief auf neue Dichotomien zu. Das Verhältnis zwischen Kindeswohl und Gleichberechtigung blieb unklar, und auch in der Frage nach der Rolle des Rechts – Nichteinmischung oder Verrechtlichung – lässt sich kein einheitliches Bild zeichnen. Viele kritisierten das „neue“ Kindschaftsrecht als übermäßige Verrechtlichung. Das Familienrecht sei „zu einem kaum mehr überschaubaren Dickicht klagbarer Individualansprüche geworden“. Dies trage „den Keim der Zerstörung in sich... Mehr Zurückhaltung wäre ein Gewinn.“⁷⁴ Der Staat sei dazu übergegangen, sich „als Inhaber eines überlegenen Wissens vom Kindeswohl zu gerieren und das Eltern-Kind-Verhältnis fortlaufend zu verrechtlichen.“⁷⁵ Auch 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 obligatorische gemeinsame Sorgerecht einführen müsse, und die Welt des Kindes sei ein Ordnung.“⁷⁶ Diese Verrechtlichung stoße auch an verfassungsrechtliche Grenzen. Wo sich der Staat über das Kindeswohl zum „Miterzieher“ aufschwinge, gerate die Elternautonomie in Gefahr.⁷⁷ Vielmehr müsse

⁷¹ *Schwab*, in: FS für Gaul, 1997, S. 717 (728).

⁷² *Coester*, FamRZ 2012, 1337 (1344).

⁷³ *Helms*, FamRZ 2010, 1 (5).

⁷⁴ *Frank*, AcP 200 (2000), 401 (420); genauso schon *Schwab*, Konkurs, S. 26.

⁷⁵ *Schwab*, FamRZ 2007, 1 (4).

⁷⁶ *Schwab*, Konkurs, S. 25.

⁷⁷ *Schumann*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Behrends/Schumann, S. 169 ff.

das „Prinzip der Nichteinmischung“ das erste Grundprinzip für die Entwicklung eines modernen Familienrechts sein.⁷⁸

Zugleich wurden aber auch immer neue Erwartungen an das Recht formuliert. Nach der „nichtehelichen Familie“⁷⁹ müsse das Recht der Pluralisierung der Eltern-Kind-Beziehungen Rechnung tragen und insbesondere zur rechtlichen Bewältigung von „Regenbogenfamilien“⁸⁰ beitragen, etwa durch Anerkennung intentionaler Elternschaft.⁸¹ Regelungsbedarf ergebe sich bei „segmentierter Elternschaft“⁸², gespaltener Mutterschaft⁸³ und „Mehrväterkonstellationen“.⁸⁴ Mehr Differenzierung bedürfe es auch im Bereich der Adoption: Es sei ein Statusverhältnis für Eltern-Kind-Beziehungen jenseits der Adoption anzubieten.⁸⁵

In dem ohnehin dynamischen und vielfältigen Einflüssen ausgesetzten Kindschaftsrecht blieb die Familienrechtswissenschaft also unruhig und reformorientiert. Rechtskritik bildete weiterhin den vorherrschenden Grundton in kindschaftsrechtlichen Publikationen. Aus den vielen Fäden um Kindeswohl und Gleichberechtigung, Statusverhältnis und Realbeziehung sowie um Verrechtlichung oder Nichteinmischung entstand indes kein gemeinsamer Stoff. Unter der Oberfläche blieben die Familienrechtswissenschaftler in diesen Fragen ähnlich gespalten wie ihre Vorgänger in Bezug auf das Verhältnis von ehelicher und nichtehelicher Kindschaft.

3. Schutzverhältnisse für Volljährige

Wahrscheinlich war das Recht der Eltern-Kind-Beziehung der Teilbereich des Familienrechts, der am meisten Kraft und Aufmerksamkeit der Familienrechtswissenschaft gebunden hat. Gemessen an der legislatorischen Tätigkeit steht das Erwachsenenschutzrecht dem Recht der Eltern-Kind-Beziehung indes nicht nach. Das Erwachsenenschutzrecht erlebte ähnlich grundstürzende Veränderungen und geriet in ähnlicher Weise zur „Dauerbaustelle“. Zum 1.1.1992 wurden Entmündigung, Erwachsenenvormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft abgelöst von dem neu geschaffenen Rechtsinstitut

⁷⁸ *Schwenzer*, *RabelsZ* 71 (2007), 705 (711 ff.).

⁷⁹ *Schumann*, *Die nichteheliche Familie*, 1998.

⁸⁰ *Dethloff*, *Regenbogenfamilien*, in: *GS für Heinze*, 2005, S. 133 ff.

⁸¹ Begriff nach *Schwenzer*, *RabelsZ* 71 (2007), 705 (722 f.).

⁸² *Wellenhofer*, „Segmentierung“ der Elternschaft und Rechte des Kindes, in: *Schwab/Vaskovics*, S. 173 ff.

⁸³ *Kaiser*, Die mögliche Aufspaltung der Mutterschaft, in: *Schwab/Vaskovics*, S. 239 ff.

⁸⁴ *Heiderhoff*, in: *Schwab/Vaskovics*, S. 273 (285); *dies.*, *FamRZ* 2008, 1901 ff.

⁸⁵ *Muscheler*, *StAZ* 2006, 189 ff.; weitergehend *Frank*, *FamRZ* 2007, 1693 ff.

der „Betreuung“ (§§ 1896 ff. BGB),⁸⁶ seit dem Jahr 1998 in der amtlichen Titelüberschrift verdeutlicht als „rechtliche Betreuung“. Abermals klingt bereits in den Begriffen das Anliegen der Umorientierung an. Die Ersetzung von Vormundschaft und Gebrechlichkeitspflegschaft stand, „für das Bemühen, veraltete und negativ besetzte Termini durch neue, (noch) nicht verbrauchte zu ersetzen und damit gewissermaßen auch einen ‚neuen Geist‘ zu beschwören, der die künftige Praxis beseelen soll.“⁸⁷ Das „obrigkeitsstaatliche Altenrecht“⁸⁸ mit seinem „Makel“ einer „gerichtlichen Dekretierung“⁸⁹ erschien zunehmend als Entrechtung und diskriminierende Herabwürdigung des Betroffenen („sozialer Tod“).⁹⁰ Der im Jahr 1992 eingeschlagene Weg von der pauschalen Entmündigung zur flexibleren, auf Subsidiarität und Selbstbestimmung orientierteren Fürsorge entsprach daher langjährigen Forderungen des familienwissenschaftlichen Schrifttums.⁹¹ Schon kurze Zeit später wurde darin eine der „wichtigsten und tiefgreifendsten Reformen ... in diesem Jahrhundert“ gesehen.⁹² „Nach der rechtlichen Emanzipation der Frau und des Kindes von patriarchalisch-bevormundender Fürsorge erreicht die Reformbewegung damit auf dritter Stufe nun die Alten und Behinderten“, resümierte *Michael Coester* das gedankliche Klima, das die Reform gespeist hat.⁹³

Auch der weitere Weg von der Einführung der Betreuung im Jahr 1992 über die rasch nachfolgenden Reformgesetze aus den Jahren 1998 und 2005 wurde in der Grundstimmung positiv begleitet. Manche zweifelten an der Realisierbarkeit und Praxistauglichkeit des neuen Rechts, aber nur wenige kritisierten so drastisch wie *Uwe Diederichsen* die Ersetzung der „scharfen juristischen Strukturen des BGB von 1900 mit seinem straffen und rechtsstaatlich voll ausgeprägten Entmündigungs- und Vormundschaftsrechts ... durch eine

⁸⁶ Eingeführt durch Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige vom 12.9.1990, BGBl. I, 2002; seither geändert durch BtÄndG vom 25.6.1998, BGBl. I, 1580; 2. BtÄndG vom 21.4.2005, BGBl. I, 1073; 3. BtÄndG vom 29.7.2009, BGBl. I, 2286; Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013, BGBl. I, 266.

⁸⁷ *Coester*, JURA 1991, 1 (3).

⁸⁸ Vgl. *Müller-Freienfels*, in: FS für Keller, 1989, S. 35 ff.

⁸⁹ *Rauscher*, § 4 Rn. 88.

⁹⁰ So *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, ab der 4. Aufl. 1994, § 76 I 1 (heute § 76 Rn. 4).

⁹¹ *Holzhauser*, Empfiehlt es sich, das Entmündigungsrecht, das Recht der Vormundschaft und der Pflegschaft für Erwachsene sowie das Unterbringungsrecht neu zu ordnen?, 57. DJT 1988, B 35 ff.

⁹² *Schwab*, in: Münchener Kommentar, 3. Aufl. 1992, vor § 1896 Rn. 1, 3; später *V. Lipp*, Fürsorge, S. 1.

⁹³ *Coester*, JURA 1991, 1 (3).

Fülle von wertungsleeren Verweisungen auf wechselseitige Empathie“.⁹⁴ Insgesamt überwog indes die positive Bewertung. Dabei ist die Aufmerksamkeit für die Rechtsfragen des Erwachsenenschutzes – im Unterschied etwa zum Umgang mit Lebenspartnerschaften, die nach Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes kaum noch interessierten – mit der Zeit eher gestiegen als zurückgegangen. Darin spiegelten sich die breite Akzeptanz der gesetzlichen Reformtendenz, aber wohl auch die weithin geteilte Empfindung von der Bedeutsamkeit des Themas und den Eigenleistungen der Familienrechtswissenschaft für die Durchdringung und Ausformung des neuen Rechtsinstituts wider. Entsprechend theorieorientiert lesen sich die Debatten der 1990er und 2000er Jahre zum Betreuungsrecht. Es ging nicht um die wertentscheidende Ausrichtung des Erwachsenenschutzrechts auf Selbstbestimmung und Subsidiarität, sondern um die Beantwortung dogmatischer Strukturfragen.

a) Private Freiheit und publizierte Fürsorge

Dazu gehörte zunächst das Verhältnis von Betreuungsbedürftigkeit und Geschäftsfähigkeit. Als mit der Einführung der Betreuung der Status der „rechtlichen“ Geschäftsunfähigkeit abgeschafft wurde, sahen manche darin zunächst noch eine Lücke der Reform.⁹⁵ Schon wenige Jahre später fand sich solche Kritik kaum noch. Was zunächst als Unentschiedenheit erschien, wurde schnell als sinnvolle Orientierung auf Flexibilisierung der Geschäftsunfähigkeit gesehen. Das Betreuungsbedürfnis sollte nicht mehr als eine „der Person anhaftende Eigenschaft“, sondern „handlungs- und bereichsbezogen“ verstanden werden.⁹⁶ Nun erschien das frühere Recht statusorientiert, das neue Recht flexibel, abgestuft und realorientiert. Im Einzelnen gelang es dann vergleichsweise schnell, die angestrebte Flexibilisierung im Verhältnis von Betreuung und Geschäftsfähigkeit dogmatisch umzusetzen, etwa in der Vorstellung einer „Doppelzuständigkeit“ von Betreuer und Betreutem.⁹⁷

Gleichwohl erwies sich der nähere Umgang mit der vom Gesetzgeber nur „ungenau“ bezeichneten Schwelle für die Anordnung einer Betreuung als diffizil. Die im wissenschaftlichen Schrifttum noch vor Inkrafttreten des Betreuungsrechts aufgeworfene Frage, unter welchen Voraussetzungen eine „Zwangsbetreuung“ zulässig sei, führte zu lebhaften Debatten über das Ver-

⁹⁴ *Diederichsen*, in: FS für Deutsch, 1999, S. 131.

⁹⁵ *Schwab*, in: FS für Mikat, 1989, S. 881 (896); bis heute kritisch *ders.*, Rn. 945: „beziehungsloses Nebeneinander“.

⁹⁶ Vgl. *Schwab*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 1896 Rn. 24.

⁹⁷ Näher *V. Lipp*, Fürsorge, S. 171 ff.; *ders.*, FamRZ 2003, 721 ff.; *G. Müller*, Betreuung und Geschäftsfähigkeit, 1998; *Schwab*, FamRZ 1992, 493 (503 ff.).

hältnis von Selbstbestimmung, Willensfreiheit und Einwilligungsfähigkeit. Auch wenn Einvernehmen darüber bestand, dass nach dem Grundverständnis des neuen Rechts die Schwelle zur Betreuerbestellung nicht abgesenkt werden sollte, wurde es für entbehrlich gehalten, die Betreuerbestellung zusätzlich an eine Zustimmung des entscheidungsfähigen Betroffenen zu knüpfen.⁹⁸ Jedenfalls aber sollte dies nicht zu einer automatisierten Wiederverknüpfung von Betreuung mit Geschäftsunfähigkeit führen.⁹⁹ Die Rechtsprechung entschied indes anders¹⁰⁰ und bereitete damit den Weg für eine Ergänzung des § 1896 BGB um einen Abs. 1a BGB: „Gegen den freien Willen des Volljährigen darf ein Betreuer nicht bestellt werden.“

Einen ähnlichen Verlauf nahmen die Debatten über die Zulässigkeit von medizinischen Zwangsbehandlungen, wenn der Betroffene nicht einwilligungsfähig und sein Betreuer mit der Behandlung einverstanden ist. Abermals ging es um das Grundverständnis der Betreuung. Die allgemein geteilte Sorge vor einer Entrechtung des Betreuten hatte dazu geführt, dass die Betreuung ganz überwiegend als Eingriff in Grundrechtspositionen des Betreuten und die Tätigkeit des Betreuers als Ausübung von Hoheitsgewalt interpretiert wurden.¹⁰¹ Daraus resultierten Forderungen nach gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für Zwangsbehandlungen zum Wohl des Betreuten, die den Anforderungen von Art. 104 Abs. 2 GG genügen. Hilfsweise wurde für eine verfassungskonforme Auslegung der bestehenden Ermächtigung zu einer freiheitsentziehenden Unterbringung des Betreuten plädiert.¹⁰² Im wissenschaftlichen Schrifttum setzte sich indes überwiegend eine andere Lesart der Betreuung durch. „Gegenüber einer solchen öffentlich-rechtlichen Sicht“, so *Volker Lipp*, „ist zu betonen, dass der Betreuer eine private Fürsorgeperson ist, die zwar staatlicher Kontrolle unterliegt, aber ebenso wie Vormund oder Eltern keine Staatsgewalt ausübt, sondern vielmehr umgekehrt gerade auch die Rechte des Betreuten gegenüber dem Staat wahrnimmt.“¹⁰³ Auch *Dieter Schwab* hielt es für ein „Missverständnis“, wenn angenommen werde, der Betreuer übe „wie eine beliebige staatliche Stelle“ Hoheitsgewalt über den Betreuten aus, „während er ihn in Wirklichkeit *repräsentiert*.“¹⁰⁴ Als sich die

⁹⁸ *Schwab*, in: Münchener Kommentar, 4. Aufl. 2002, § 1896 Rn. 23 ff.

⁹⁹ Differenzierend *V. Lipp*, *Fürsorge*, S. 79 ff.; *von Sachsen Gessaphe*, *Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige*, 1999, S. 415 ff.; *Pawlowski*, JZ 2004, 13 (17); *Holzbauer*, FamRZ 1995, 1463 (1467 ff.).

¹⁰⁰ Erstmals BayObLG FamRZ 1994, 720; siehe später auch etwa OLG Hamm FamRZ 1995, 433.

¹⁰¹ Etwa *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 346 (390 ff.).

¹⁰² Etwa *Diederichsen*, in: Palandt, 71. Aufl. 2012, § 1906 Rn. 20 m.w.N.

¹⁰³ *V. Lipp*, JZ 2006, 661 (663); *ders.*, *Fürsorge*, S. 118 ff.

¹⁰⁴ *Schwab*, in: FS für Frank, 2008, 491 ff.

Rechtsprechung gleichwohl für die hoheitliche Deutung des Betreuungsverhältnisses entschied,¹⁰⁵ wurde die für ambulante Zwangsbehandlungen vermisste gesetzliche Ermächtigung kurzfristig im Jahr 2013 geschaffen.¹⁰⁶ In der „alten“ Frage nach der eher privatrechtlichen oder eher öffentlich-rechtlichen Natur des Erwachsenenschutzes waren die Weichen damit wieder in Richtung Publizierung gestellt. Dies führte zu grundsätzlicheren Zweifeln darüber, ob Betreuung und Pflegschaft als Rechtsinstitute überhaupt noch „etwas mit dem bürgerlichen Familienrecht zu tun“ haben.¹⁰⁷

b) Personalisierung und Privatisierung

Mit dem Betreuungsrecht sollte der Erwachsenenschutz von „anonymer Verwaltung zu persönlicher Betreuung“¹⁰⁸ weiter entwickelt werden. Gesetzliches Leitbild wurde die Einzelbetreuung durch eine natürliche Person, und die Personensorge bildete einen Schwerpunkt der Reform. Diese Personalisierung wurde weithin positiv bewertet; Verrechtlichungskritik, wie sie zur selben Zeit die Debatten im Kindschaftsrecht beherrschte, ist nur vereinzelt in den Anfangsjahren des neuen Rechts geäußert worden.¹⁰⁹ Die insgesamt günstige Beurteilung der Reform und ihrer Anliegen im Sinne von größerer Personalisierung mag dazu beigetragen haben, dass jede Form der Privatisierung des Erwachsenenschutzes zunächst eher kritisch gesehen wurde. Dies betraf sowohl Patientenverfügungen als auch Vorsorgevollmachten. Die Entscheidung über medizinische Behandlungen, Aufenthalt, Umgang und Unterbringung sei „insofern höchstpersönlich, als sie nicht an einen gewillkürten Vertreter delegiert werden kann“, bemerkte *Heinz Holzbauer* im Jahr 1990. Der staatlichen Betreuung komme insoweit „größere Legitimationskraft“ zu als der Entscheidung des Betroffenen. „Auch eine Altersvorsorgevollmacht stößt insoweit an ihre Grenzen“.¹¹⁰ Aus denselben Gründen hielt *Dieter Schwab* eine Vorsorgevollmacht in personalen Angelegenheiten für unzulässig: Die „Disposition über den eigenen Körper bildet einen derart höchstpersönlichen Akt, dass die Vertretung im Willen ... an die Form der gerichtlich überwach-

¹⁰⁵ BGHZ 145, 297 ff.; 166, 141 ff.

¹⁰⁶ Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18.2.2013, BGBl. I, 266.

¹⁰⁷ *Koch*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2013, Einl. (vor § 1298) Rn. 40 f.; ähnlich *Rauscher*, § 3 Rn. 60: „in der Sache eher Sozialrecht“.

¹⁰⁸ *Coester*, JURA 1991, 1 ff.

¹⁰⁹ Andeutungsweise bei *Holzbauer*, FuR 1990, 249 (252): Grenze zum „rechtsfreien Raum“ werde im neuen Recht anders gezogen.

¹¹⁰ *Holzbauer*, FuR 1990, 249 (252 f.).

ten gesetzlichen Vertretung gebunden werden muss.¹¹¹ In diesen Fragen „gibt es, wenn nötig, gesetzliche ... Treuhänderschaft ..., nicht aber ein gewillkürtes privatrechtliches Abhängigkeitsverhältnis auf der Grundlage einer Vollmacht.“¹¹² Auf ähnliche Skepsis trafen Patientenverfügungen. Es wurde bezweifelt, ob sie „bindend“ sein könnten für Ärzte und Betreuer. Dies wurde insbesondere aus den Kreisen des Medizinrechts abgelehnt: Sie seien lediglich „Indiz zur Ermittlung bis hin zur Vermutung des aktuellen Willens“.¹¹³ Anders wurden die Dinge erst, als der Gesetzgeber zunächst die Wirksamkeit von Vorsorgevollmachten in personalen Angelegenheiten¹¹⁴ und kurze Zeit später die Anerkennung von Patientenverfügungen¹¹⁵ klarstellte. Damit war zugleich eine privatrechtliche – und nicht eine strafrechtliche – Bewältigung der Patientenautonomie entschieden.¹¹⁶ Gleichwohl sah sich gerade das familienrechtliche Schrifttum in diesen Fragen auch noch längere Zeit nach diesen Umorientierungen vielfach in der Rolle des Bedenkenträgers. Das Erfordernis hinreichend bestimmter Patientenverfügungen erschien übermäßig,¹¹⁷ die Entscheidung gegen ein Aufklärungserfordernis oder gesteigerte Förmlichkeiten hingegen überoptimistisch.¹¹⁸ Dabei spielte auch die Befürchtung eine Rolle, die in der Förderung von antizipierten eigenen Entscheidungen liegende Privatisierung des Erwachsenenschutzes diene fiskalischen Erwägungen: Der finanziell und organisatorisch überforderte Staat suche nur nach Möglichkeiten, die schon zahlenmäßig immer aufwändigere Aufgabe der Organisation des Erwachsenenschutzes wieder auf den Betroffenen zu delegieren. Schließlich sei von der angestrebten „persönlichen Betreuung“ in der Realität der Berufsbetreuung nicht viel geblieben.¹¹⁹ Diese Sorge kam auch zur Sprache, als

¹¹¹ *Schwab*, in: FS für Gernhuber, 1993, S. 815 (821).

¹¹² *Schwab*, FamRZ 1992, 493 (496); für Gegenseiten siehe *V. Lipp*, Fürsorge, S. 209 ff.; *Walter*, Die Vorsorgevollmacht. Grundprobleme eines Rechtsinstituts unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach Vorsorge im personalen Bereich, 1997.

¹¹³ *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (405); für eine Gegenseite *Taupitz*, Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?, 63. DJT 2000, A 107 ff.

¹¹⁴ § 1904 Abs. 2 BGB eingefügt durch BtÄndG vom 25.6.1998, BGBl. I, 1580.

¹¹⁵ § 1901a BGB eingefügt durch 3. BtÄndG vom 29.7.2009, BGBl. I, 2286.

¹¹⁶ Die Patientenautonomie war Gegenstand des 56. DJT 1986 (*Otto*, Recht auf den eigenen Tod?) und des 66. DJT 2006 (*Verrel*, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung), jeweils in der strafrechtlichen Abteilung. Siehe aus öffentlich-rechtlicher Sicht *Albers* (Hrsg.), Patientenverfügungen, 2006.

¹¹⁷ *Diederichsen* in: Palandt, 71. Aufl. 2012, § 1901a Rn. 6: Gefahr der Entwertung.

¹¹⁸ *Röthel*, AcP 211 (2011), 196 ff.; *Taupitz*, 63. DJT 2000, A 111 ff.; *Schumann*, Dignitas – Voluntas – Vita, 2006, S. 65 ff.

¹¹⁹ Nachlesbar etwa bei *Muscheler*, Rn. 782: „Nimmt man hinzu, dass mittlerweile statt des ehrenamtlichen Betreuers der Berufsbetreuer das Feld beherrscht..., wird der

im Jahr 2004 der Vorschlag im Raum stand, nahen Angehörigen gesetzliche Vertretungsmacht einzuräumen.¹²⁰ Der Gesetzgeber entschied sich schließlich doch gegen die Einführung einer solchen gesetzlichen Vertretungsmacht für nahe Angehörige und berief sich auf Missbrauchsgefahren.¹²¹

III. Arbeitsweisen

Je nach Anliegen und Gegenstand kann wissenschaftliches Nachdenken über das Recht mit anderen Arbeitsweisen, Argumentationsstilen und Argumentquellen verbunden sein. Für die Familienrechtswissenschaft der Bonner Republik hatte *Spiros Simitis* darauf aufmerksam gemacht, wie die „klassischen Reflexionsgrundlagen“ der Familienrechtswissenschaft durch „Konstitutionalisierung“, „Universalisierung“ und angrenzende Wissenschaften („Interdisziplinarität“) in Frage gestellt wurden.¹²² In der Zeit des wiedervereinigten Deutschlands konnten Konstitutionalisierung und Europäisierung in die dogmatischen Arbeitsweisen integriert werden (unten 3.). Die Haltung zu den Sozialwissenschaften blieb kontrovers, aber bewusst (unten 4.). Zugleich traten historische Arbeitsweisen weiter zurück (unten 1.), während dem Blick ins Ausland (unten 2.) mehr Bedeutung beigemessen wurde.

1. Historische Arbeitsweisen

Der Bedeutungsverlust historischer Arbeitsweisen in der Familienrechtswissenschaft setzte sich im wiedervereinigten Deutschland fort (unten a). Auch die Wiedervereinigung selbst ist allenfalls am Rande zum Bezugspunkt historischer Arbeitsweisen geworden (unten b).

a) Von nüchterner Dogmengeschichte zur illustrierenden Einstimmung

Die Verknüpfung von Privatrechtsgeschichte und Familienrecht bei Forschungsprofilen und Lehrstühlen wurde noch seltener.¹²³ Zugleich änderten sich Anliegen und Gegenstand dieses Blicks in die Vergangenheit. Nüchterne Dogmengeschichte wich „lockerer“ thematischer Einstimmung, die eher der

Betrachter wohl eher nüchterne und skeptische als hoffnungsvolle Gefühle gegenüber dem gesetzlichen Ideal der persönlichen Betreuung hegen“.

¹²⁰ BR-Drucks. 15/2494.

¹²¹ Von Seiten der Wissenschaft siehe nur *Chiusi*, ZRP 2004, 119 ff.

¹²² *Simitis*, Familienrecht, in: Simon (Hrsg.), S. 390 (401 ff., 420 ff., 425 ff.).

¹²³ Vertreten aber noch in den Schriften von *Dieter Schwab* und *Heinz Holzbauer*, und in jüngerer Zeit durch *Schumann*, *Koch* und insbesondere *Meder*.

Illustration von gesellschaftlichem Wandel¹²⁴ als dem pointillistischen Nachweis von Entwicklungspfaden diene.¹²⁵

Es liegt nahe, dieses zurückgehende Interesse der Familienrechtswissenschaft für die Geschichte des Familienrechts auf die geschilderten Umbrüche und Wandlungen zurückzuführen, die das Familienrecht in allen Teilbereichen erfasst hatten.¹²⁶ Zugleich spiegelt der Bedeutungsverlust historischer Arbeitsweisen den weiter gestiegenen Bedeutungsgewinn rechtsvergleichender Arbeitsweisen wider (unten 2.). Darin unterscheidet sich die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschlands weder von der „alten“ Familienrechtswissenschaft vor der Wiedervereinigung noch überhaupt von der Privatrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts. Seitdem sich Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik auseinander entwickelten, lässt sich für die Privatrechtswissenschaft insgesamt eine Horizontalisierungstendenz des Erkenntnisinteresses ausmachen: von der vertikalen (historischen) zur horizontalen (gegenwärtigen) Rechtsvergleichung. In dieser generellen Verlagerung von Erkenntnisinteressen und Arbeitsweisen nimmt die Familienrechtswissenschaft keine Sonderstellung ein. Genauso wenig gingen von ihr in dieser Frage allerdings Impulse für Umorientierungen aus: Das vor allem mit dem Oeuvre von *Reinhard Zimmermann* verbundene Anliegen, historische und vergleichende Arbeitsweisen wieder „aufeinander“ statt „auseinander“ zu denken,¹²⁷ nahm seinen Anfang im Vertragsrecht und strahlte von dort weiter in das Erbrecht.

b) Wiedervereinigung: die ausgeblendete Zäsur

Auch die Wiedervereinigung hat sich bislang nicht als besonderer Bezugspunkt für historische Arbeitsweisen herausgestellt. Im Gegenteil: Einigungsprozess und Wiedervereinigung wurden kaum thematisiert. Die Wiedervereinigung erscheint weder als Zäsur noch überhaupt als hervortretendes Datum. Andere Ereignisse markierten die Beobachtungszeiträume, etwa das Inkrafttreten des BGB und später das Inkrafttreten des Grundgesetzes.¹²⁸

¹²⁴ Etwa bei *Holzbauer*, JZ 2000, 1076 ff. oder bei *Schwab*, JAmt 2006, 549 ff.

¹²⁵ Siehe aber *Holzbauer*, in: FS für Jayme, Bd. II, 2004, S. 1447 ff.; *Koch*, FamRZ 1995, 321 ff.; *Köbler*, in: FS für Holzbauer, 2005, S. 355 ff.; *Meder*, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft, 2010; *ders.*, Familienrecht.

¹²⁶ Dazu bereits oben II.

¹²⁷ Siehe nur *Zimmermann*, Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht, in: *Zimmermann/Knütel/Meincke* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 2000, S. 1 ff.

¹²⁸ *Frank*, AcP 200 (2000), 401 ff.; *Limbach*, Die Entwicklung des Familienrechts seit 1949, in: *Nave-Herz*, S. 11 ff.; *Schwab*, Entwicklungen und Perspektiven des Fami-

Es wurden ganze Epochen („Von der Antike bis zur Gegenwart“), Jahrhunderte oder Jahrzehnte („1990er Jahre“) betrachtet, nur selten indes explizit das Familienrecht der „alten“ Bundesrepublik und des „neuen“ wiedervereinigten Deutschland.¹²⁹ Dies mag erstaunen, wenn man bedenkt, wie sehr sich die Familienrechtswissenschaft zugleich für die Sichtung und Verarbeitung von „Wandel“ und „Umbruch“ interessierte.¹³⁰ Die politische Wende der Jahre 1989 und 1990 wurde nicht zu einem selbstverständlichen Kapitel dieser Wandlungserzählung.

Dies hat im Wesentlichen damit zu tun, dass der Einigungsvertrag die Kontinuität des „alten“ bundesrepublikanischen Familienrechts sicherte. Das Familienrecht der DDR hat die Wiedervereinigung nicht überlebt, und auch das im Zuge des Einigungsprozesses von der Volkskammer noch grundlegend reformierte Familiengesetzbuch der DDR, das am 1.10.1990 in Kraft getreten ist,¹³¹ wurde bereits am 3.10.1990 Makulatur und konnte also keine Praxis mehr erleben. Zugleich entstand von dem ursprünglichen FGB im Nachhinein ein Bild von einem weltanschaulich entfernten und vorbelasteten Recht, das von der „alten“ Familienrechtswissenschaft nicht als Stimulanz für produktive wissenschaftliche Anleihen wahrgenommen wurde: „Das Familienrecht der DDR war für eine demokratische, offene, subjektivistische, stark von finanziellen und wirtschaftlichen Belangen dominierte Gesellschaft nicht geeignet“,¹³² lautete eine Erklärung, die ihren Weg aus dem Bundesministerium der Justiz¹³³ in das Grundgefühl der Familienrechtswissenschaft gefunden

lienrechts, in: FS 40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 63 ff.; *ders.*, Gleichberechtigung.

¹²⁹ Siehe aber *Simon*, Von der sozialistischen und von der bürgerlichen zur post-modernen Familie, in: Koch (Hrsg.), 10 Jahre Deutsche Rechtseinheit, 2001, S. 89 ff.; *Diederichsen*, Wiedervereinigung im Familienrecht. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Phil.-Hist. Klasse, 1991, Nr. 6, S. 197 ff.; *Ramm*, in: *ders.*, Familienrecht. Verfassung, Geschichte, Reform, 1996, S. 247 ff. Siehe auch die Beiträge von *Henrich* und *Lingelbach* in: *Jayme/Furtak* sowie die in *Schwab* (Hrsg.), Familienrecht und Rechtseinheit, 1991 versammelten Beiträge aus der FamRZ und der IPRax der Jahre 1990 und 1991.

¹³⁰ Siehe nur die Beiträge in *Nave-Herz* (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der Familie in Deutschland: Eine zeitgeschichtliche Analyse, 2002 sowie *Willutzki*, in: *Ev. Kirche in Deutschland* (Hrsg.), Gottes Gabe und persönliche Verantwortung, 1998, S. 142 ff.; *Limbach*, in: FS für *Schwenzer*, 2011, S. 1079 ff.; *Schwab*, FamRZ 1995, 512 ff.

¹³¹ Dazu *Eberhardt*, Die Novellierung des Familiengesetzbuchs der DDR, FamRZ 1990, 917 ff.

¹³² So Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz *Wolf*, Das Familienrecht der DDR und der Einigungsvertrag, DtZ 1995, 386 (388).

¹³³ Nachlesbar auch bei *Helmut Kohl*, 40 Jahre Familienpolitik, in: Bundesministerium für Familie und Senioren (Hrsg.), 40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, 1993, S. 7 (8): „Der Familie der DDR war eine andere Rolle zugebracht als

hatte. Sogar dort, wo das Familienrecht der DDR spätere Rechtsentwicklungen im wiedervereinigten Deutschland vorweggenommen hatte, erschwerten ideologische Vorbehalte eine vorurteilsfreie Bewertung. Dass es im Einigungsvertrag politisch nicht vermittelbar war, die Vorschriften über die Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder (§§ 1706–1710 BGB a.F.)¹³⁴ auf die neuen Bundesländer überzuleiten, wurde in der „alten“ Familienrechtswissenschaft als „ideologische Besessenheit“ wahrgenommen.¹³⁵ Zu den selbstverständlichen Mängeln des DDR-Familienrechts zählte seine „politische Ausrichtung“.¹³⁶ Insgesamt entstand „eine Situation, in der von den Besonderheiten des DDR-Familienrechts nichts übriggeblieben ist“, konstatierte *Dietrich V. Simon* im Jahr 2001.¹³⁷ Auch der von *Thilo Ramm* und *Anita Grandke* geleitete Arbeitskreis „Deutsche Rechtseinheit im Familien- und Jugendrecht“, der im Jahr 1995 seinen Abschlussbericht vorlegte, diente mehr dem Blick in die Zukunft: „Die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit ist demgegenüber zu kurz gekommen“, bedauern die Herausgeber in ihrem Vorwort.¹³⁸ So wenig das Familienrecht der DDR zu Zeiten der Trennung aus der Perspektive der Rechtsvergleichung interessierte,¹³⁹ so wenig interessierte es später aus der Perspektive der Rechtsgeschichte. Nur einige Jahre nach der Deutschen

in der Bundesrepublik Deutschland. Sie hatte aktiv am Aufbau der sozialistischen Gesellschaft an der Erziehung und Entwicklung der ‚sozialistischen Persönlichkeit‘ mitzuwirken. Indem der SED-Staat die Familie für seine ideologischen Ziele in die Pflicht nahm, engte er den Erziehungs- und Verantwortungsspielraum der Familie massiv ein. ... Der SED-Staat hat die Familie zur Förderung seiner Ideologie instrumentalisiert; sie hatte sich seinen Zielen unterzuordnen. Die Bundesrepublik Deutschland dagegen schützt die Familie und schafft Rahmenbedingungen für ihre freie Entfaltung“.

¹³⁴ Aufgehoben durch Gesetz zur Abschaffung der gesetzlichen Amtspflegschaft und zur Neuordnung des Rechts der Beistandschaft (Beistandschaftsgesetz) vom 4.12.1997, BGBl. I, 2846.

¹³⁵ *Diederichsen*, Wiedervereinigung im Familienrecht. Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, 1. Phil.-Hist. Klasse, 1991, Nr. 6, S. 197 (199 ff.): „Ideologie und Übergangsrecht“; ähnlich *Simon*, Von der sozialistischen und von der bürgerlichen zur postmodernen Familie, in: Koch (Hrsg.), 10 Jahre Deutsche Rechtseinheit, 2001, S. 89 (104): „ideologische Verbohrtheit“. Zwar betonen beide, dass dies „auch für die westdeutsche Seite“ gilt. Dies hat aber nicht verhindern können, dass dem FGB der DDR bis heute ein „Ideologieverdacht“ anhaftet, der einem offenen Interesse der Familienrechtswissenschaft entgegensteht.

¹³⁶ So für das Güterrecht *Bosch*, Familien- und Erbrecht als Themen der Rechtsvergleichung nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik Deutschland, FamRZ 1991, 1001 (1011).

¹³⁷ *Simon*, in: Koch (Hrsg.), 10 Jahre Deutsche Rechtseinheit, 2001, S. 89 (101).

¹³⁸ *Ramm/Grandke* (Hrsg.), Deutsche Wiedervereinigung. Zur Familienrechtspolitik nach der Wiedervereinigung, 1995, S. X.

¹³⁹ Kritisch *Ramm*, Wiedervereinigung und Familienrecht, in: *ders.*, Familienrecht. Ausgewählte Aufsätze, 1996, S. 246 (285).

Einheit fanden sich in den größeren systematischen Darstellungen zum Familienrecht kaum noch Spuren von der Wiedervereinigung. Dies galt selbst für die Fragen, in denen sich das Familienrecht nach der Wiedervereinigung in eine Richtung entwickelte, die im reformierten FGB der DDR bereits angelegt war. Auch hier wurden Bezugnahmen und Anleihen eher vermieden. Bei der Neuordnung der nichtehelichen Kindschaft war der Seitenblick auf ausländische Rechtsentwicklungen bei den westlichen Bündnispartnern oder der Hinweis auf verfassungsrechtliche Vorgaben fruchtbarer als der Rückblick auf die Regelungsvorbilder des DDR-Familienrechts.¹⁴⁰ Weniger als das Nichtehelehenrecht der DDR wurde die durch den Einigungsvertrag bewirkte Rechtsspaltung als „Reformimpuls“¹⁴¹ und „Reformdruck“¹⁴² wahrgenommen. Genauso vorsichtig war die Familienrechtswissenschaft, als es darum ging, die Vorzüge der Errungenschaftsgemeinschaft zu verdeutlichen. Dass dieser Güterstand im Familienrecht der DDR bereits ein historisches Regelungsvorbild kannte, wurde mehr erwähnt als wissenschaftlich ausgeschöpft.¹⁴³ So konnte *Rainer Frank* im Jahr 2000 resümieren: „Bekanntlich hat das FGB der DDR ... die Entwicklung nach 1990 jedenfalls nicht nachhaltig beeinflusst.“¹⁴⁴

2. Vergleichende Arbeitsweisen

Mit dem abnehmenden Interesse für historische Arbeitsweisen korrespondierte ein wachsendes Interesse für ausländisches Recht und Rechtsvergleichung. Die schon von *Spiros Simitis* für die Zeit der Bonner Republik beobachtete Öffnung für Debatten und Reformprozesse innerhalb und außerhalb Europas setzte sich seit der Wiedervereinigung nicht nur fort, sondern erlebte neue Qualitäten und Dynamiken. Was in der Breite gewonnen wurde, ging allerdings teilweise in der Tiefe verloren: Der Blick ins Ausland gewann Alltagskraft (unten a), reduzierte sich aber häufig auf die unkontextualisierte Nachzeichnung nackter Regelungsmodelle (unten b).

¹⁴⁰ Etwa bei *Dethloff*, NJW 1992, 2200 ff.; für eine Gegenseit *Ramm*, JZ 1996, 987 (994): „In jedem Falle wäre es höchst wünschenswert gewesen, wenn der KindRGE sich mit dem FGB auseinandergesetzt und dieses bei seiner Ausarbeitung ... zum Vorbild genommen hätte“; rechtsvergleichende Bezugnahmen auf das Recht der DDR bei *Schwenzer*, FamRZ 1992, 121 ff.

¹⁴¹ So bei *Coester*, JZ 1992, 809.

¹⁴² *Henrich*, Reformfragen im bundesdeutschen Nichtehelehenrecht, in: *Jayme/Furtak*, S. 263.

¹⁴³ Etwa bei *Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder* (Hrsg.), *Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?*, 2013; für eine Gegenseit siehe *M. Lipp*, FamRZ 1996, 1117 ff. sowie *Pawlowski/V. Lipp*, FamRZ 1992, 377 ff.

¹⁴⁴ *Frank*, AcP 200 (2000), 401 (404).

a) *Ausland als Argument*

Mit gestiegener Selbstverständlichkeit avancierte der Blick ins Ausland zum zentralen Argument, um Reformbedarf und Entwicklungsrichtungen zu bezeichnen. „Ausland“ wurde zur vielfach geschöpften Argumentquelle für rechtspolitische Stellungnahmen der zunehmend „internationaler“ ausgerichteten Familienrechtswissenschaft.¹⁴⁵ Häufig entstand auf diese Weise ein Bild von einem internationalen Entwicklungsstandard, hinter dem das deutsche Familienrecht zurückblieb. Solches „Hinterherhinken“ des deutschen Rechts wurde in vielen Einzeldebatten zum prägenden Argument. Dies gilt insbesondere für das Kindschaftsrecht. Seine Zeitgemäßheit wurde „im Lichte der internationalen Entwicklung“¹⁴⁶, in „rechtsvergleichender Umschau“¹⁴⁷, „mit Blick auf die Rechtslage in anderen Ländern“¹⁴⁸ und angesichts „bereits unternommener weitreichender Reformen im Ausland“¹⁴⁹ betrachtet und erschien Ende der 1990er Jahre gemessen an den „Reformen in den Nachbarländern als völlig veraltet“.¹⁵⁰ *Michael Coester* bedauerte das „ungünstige Abschneiden“ des deutschen Rechts „im Vergleich mit anderen nationalen Rechtsordnungen“¹⁵¹ und rief nach Reformen, mit denen „man sich auch in Europa wieder gut sehen lassen“¹⁵² kann. Später konnte mit spürbarer Erleichterung bemerkt werden, das deutsche Kindschaftsrecht habe wieder „den Anschluss an die internationalen Standards des Kindschaftsrechts gefunden“.¹⁵³ Auch in der Auseinandersetzung mit verfassungsgerichtlichen Vorgaben erwuchs die Rechtsvergleichung zur Argumentquelle. Mit der Anerkennung eines Anfechtungsrechts des biologischen Vaters habe das BVerfG, so *Rainer Frank* „eine Lawine losgetreten, die es ... möglicherweise nicht losgetreten hätte, wenn es das Problem rechtsvergleichend angegangen wäre.“¹⁵⁴ Indem das BVerfG ein weitreichendes Recht auf Kenntnis der Abstammung durchgesetzt hatte, habe es das deutsche Recht international isoliert.¹⁵⁵ Dieselbe Kritik wurde laut, als das BVerfG ein Vaterschaftsklarungsverfahren forderte: „Man hätte sich ge-

¹⁴⁵ Insbesondere verbunden mit den Oeuvres von *Schwenzer, Dethloff, Martiny, Henrich, Frank* und *Coester-Waltjen*.

¹⁴⁶ *Dethloff*, NJW 1992, 2200.

¹⁴⁷ *Coester*, FamRZ 2007, 1137.

¹⁴⁸ *Dethloff*, JAmt 2005, 213.

¹⁴⁹ *Schwenzer*, FamRZ 1992, 121.

¹⁵⁰ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 48 Rn. 14.

¹⁵¹ *Coester*, JZ 1992, 809.

¹⁵² *Coester*, FamRZ 2007, 1137 (1145).

¹⁵³ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 48 Rn. 14.

¹⁵⁴ *Frank*, FamRZ 2004, 841 (842).

¹⁵⁵ *Frank*, FamRZ 2004, 841 (845).

wünscht, dass das BVerfG den Blick auf ausländische Rechtsordnungen richtet, bevor es eine Entscheidung von solcher Tragweite trifft.¹⁵⁶

Auch im Recht der Paarbeziehungen wurde es zunehmend selbstverständlich, das Nachdenken über das deutsche Recht mit einer internationalen Standortbestimmung zu verknüpfen.¹⁵⁷ In den Gutachten von *Ingeborg Schwenzer* (1992), *Dieter Martiny* (2002) und *Nina Dethloff* (2008) für den Deutschen Juristentag kam den ermittelten ausländischen Reformtendenzen maßgebliches Gewicht für die Reformempfehlungen zu.¹⁵⁸ Räumlich weitete sich der Horizont von den kontinentaleuropäischen Nachbardemokratien über die neuen Demokratien Osteuropas bis hin zu den außereuropäischen Rechtsordnungen des Commonwealth. Eine weitere Bezugsquelle für das immer selbstverständlichere Argumentieren mit ausländischem Recht wurden die Tagungsbände des von *Dieter Schwab* und *Dieter Henrich* im Jahr 1992 ins Leben gerufenen Symposiums für Europäisches Familienrecht, das weite Bereiche des Familienrechts einem „europäischen Vergleich“ zugänglich machte.¹⁵⁹ Zugleich zogen Darstellungen zu „Europäisierung“, „Europa“ und „Ausland“ in die größeren systematischen Darstellungen zum Familienrecht ein.¹⁶⁰

Die Familienrechtswissenschaft der Berliner Republik suchte geradezu den Vergleich, strebte nach Standortbestimmungen, Standards und Benchmarks.

¹⁵⁶ *Frank/Helms*, FamRZ 2007, 1277 (1278).

¹⁵⁷ Etwa im Umgang mit nichtehelichen Lebensgemeinschaften und gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften; siehe nur die rechtsvergleichenden Gutachten von *Basedow u.a.* (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, 2000 und *Scherpe/Yassari* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, 2005.

¹⁵⁸ *Schwenzer*, 59. DJT 1992, A 15 ff.; *Martiny*, 64. DJT 2002, A 37 ff., 51 f., 54 f.; *Dethloff*, 67. DJT 2008, A 28 ff.

¹⁵⁹ Siehe *Schwab/Henrich* (Hrsg.), Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, 1994; *dies.* (Hrsg.), Der Schutz der Familienwohnung in Europäischen Rechtsordnungen, 1995; *dies.* (Hrsg.), Familiäre Solidarität. Die Begründung und die Grenzen der Unterhaltspflicht unter Verwandten im europäischen Vergleich, 1997; *dies.* (Hrsg.), Eheleiche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999; *Hofer/dies.* (Hrsg.), Scheidung und nachehelicher Unterhalt im europäischen Vergleich, 2003; *dies.* (Hrsg.), From Status to Contract? Die Bedeutung des Vertrages im europäischen Familienrecht, 2005; *Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg.), Streit um die Abstammung. Ein europäischer Vergleich, 2007; *Kroppenberg/Schwab/Henrich/Gottwald/Spickhoff* (Hrsg.), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, 2009; *Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald/Kroppenberg* (Hrsg.), Vorsorgevollmacht und Erwachsenenschutz in Europa, 2011; *Löhnig/Schwab/Henrich/Gottwald* (Hrsg.), Kindesrecht und Elternkonflikt, 2013.

¹⁶⁰ Stilbildend wurde die Darstellung von *Dethloff*. Seit der 28. Aufl. aus dem Jahr 2007 umfasst ihr „Familienrecht“ durchgehend Unterkapitel mit einem europäischen Rechtsvergleich.

Das hierfür benötigte Wissen lieferte indes eine Rechtsvergleichung, die zwar in der Breite arbeitsam und produktiv war, sich aber nicht immer gleichermaßen für die historischen, institutionellen und gesellschaftlichen Verwurzelungen interessierte. Nur wenige sahen darin eine Herausforderung oder gar ein Defizit, wie es bei *Joachim Gernhuber* und *Dagmar Coester-Waltjen* anklingt: „Insofern eignet sich die familienrechtliche Rechtsvergleichung nicht ohne weiteres dazu, für die eigene Rechtsordnung neue Lösungen zu finden. Vielmehr muss derartigen Vorschlägen eine sorgfältige Analyse, eine breit angelegte Studie von Recht und Gesellschaft vorausgehen. ‚Tunnelblick‘ und ‚Rosinenpicken‘ sind noch viel weniger als in anderen Rechtsgebieten angebracht.“¹⁶¹ Den Siegeszug der Rechtsvergleichung konnten solche Bedenken nicht aufhalten. Im wiedervereinigten Deutschland konstituierte sich eine vor allem an der Bewertung, weniger am Befund interessierte Rechtsvergleichung zur rechtspolitischen Argumentationsgehilfin.

*b) Principles, Modellgesetze und optionales Recht:
imitierte Arbeitsweisen*

Zugleich weitete sich der rechtspolitische Horizont der Rechtsvergleichung: Das Ende des kalten Kriegs markierte „new approaches to comparative law“¹⁶². Auch in der Familienrechtswissenschaft konstituierten sich übernationale Forschungsverbände mit gemeineuropäischer Ausrichtung. Nach dem Vorbild der *principles*-Bewegung aus dem Schuldrecht¹⁶³ wurde im Jahr 2001 die *Commission on European Family Law* (CEFL) gegründet, an der von deutscher Seite zunächst *Dieter Martiny* beteiligt war und später *Nina Dethloff*. Bei den Arbeitsergebnissen der CEFL, den sog. *principles*, handelt es sich um ausformulierte Modellgesetze, die als optionales Recht oder jedenfalls als unionsweites Vorbild für die nationalen Gesetzgeber der Europäischen Union gedacht sind.¹⁶⁴ Die CEFL blieb nicht der einzige Ort für rechtsvergleichend unterlegte Modellbildung mit europäischem oder gar globalem Anspruch.

¹⁶¹ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 2 Rn. 1.

¹⁶² *Schwenzer*, *Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2008, S. 69 (99 ff.).

¹⁶³ Siehe die Arbeiten der *Commission on European Contract Law* und der *Study Group on a European Civil Code*.

¹⁶⁴ *Boele-Woelki/Ferrand/González-Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Pintens*, *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, 2004; *dies.*, *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, 2007; *dies.*, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations between Spouses*, 2013; einzusehen unter www.ceflonline.net.

Auch außerhalb der CEFL entdeckte die deutschsprachige Familienrechtswissenschaft in der Entwicklung von Modellgesetzen ein neues Betätigungsfeld für rechtsvergleichende Arbeitsweisen. Es interessierte, ob die Zugewinnsgemeinschaft zum „europäischen Modell“ taugt, und welche Gestalt eine optionale „europäische Ehe“ oder schließlich ein globaler „Model Family Code“ haben könnten.¹⁶⁵

Diese Hinwendung zu *principles*, Modellgesetzen und optionalem Recht mag abermals etwas damit zu tun gehabt haben, Arbeitsweisen und Anliegen, die sich andernorts etabliert hatten, nun für das Familienrecht zu übernehmen, um „nicht den Anschluss“ zu verlieren. Sie belegt die Wirksamkeit von *Benchmarks* und ist zugleich Beispiel für Austauschprozesse innerhalb der Zivilrechtswissenschaft. Die Entwicklung einer eigenen Arbeitsweise für das Familienrecht stand dabei nicht im Vordergrund. Es sollte der „bereits im Vertrags- und Deliktsrecht beschrittene Weg“ eingeschlagen werden.¹⁶⁶ Damit ging eine weitere methodische Abschleifung der Rechtsvergleichung einher. Nicht historisch gewachsene Rechtskreise, sondern „nackte“ Regelungsmodelle interessierten, nicht verschlungene Wanderungsbewegungen und Entwicklungsstränge, sondern die „vorurteilsfreie“ Bezeichnung des „better law“. Die gesellschaftlichen, historischen und politischen Verwurzelungen des Familienrechts wurden zwar als Einflussfaktoren wahrgenommen. Ihre sorgfältige Aufarbeitung sollte indes nicht mehr zur Hauptaufgabe zählen: „Natürlich ist sich die CEFL der Tatsache bewusst“, so *Katharina Boele-Woelki*, „dass innerhalb Europas erhebliche soziale, ökonomische und politische Unterschiede bestehen, aber auch innerhalb einer nationalen Rechtsordnung gibt es keine homogene Gesellschaft.“¹⁶⁷

Was methodisch als Verlust an Tiefenschärfe erscheint, lässt sich aber auch als Schritt in Richtung einer Emanzipation der Familienrechtswissenschaft von den Bedingtheiten nationaler Gesetzgebung lesen. In diese Richtung plädierte *Thilo Ramm* im Jahr 1995 dafür, es gelte „die Rechtswissenschaft von ihrer begrifflich-systematischen Selbstfesselung an das bestehende Recht zu befreien.“¹⁶⁸ Das gestiegene Interesse für transnationale und staatsgelöste *principles* begünstigte solche Emanzipation der Familienrechtswissenschaft.

¹⁶⁵ Neben Einzelveröffentlichungen von *Martiny* und *Dethloff* siehe insbesondere *Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), *Die Zugewinnsgemeinschaft – ein europäisches Modell?*, 2008; *Coester-Waltjen*, in: FS für Peschel-Gutzeit, 2002, S. 35 ff.; *Henrich*, FamRZ 2002, 1520 ff.; *Schwenzer*, *Model Family Code from a Global Perspective*, 2006.

¹⁶⁶ *Dethloff*, AcP 204 (2004), 544 (568).

¹⁶⁷ *Boele-Woelki*, Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum Europäischen Familienrecht, in: *Liber Amicorum Pintens*, 2012, S. 167 ff. sowie in *Röthel/Heiderhoff*, *Paarbeziehung*, S. 67 ff.

¹⁶⁸ *Ramm*, *Wiedervereinigung und Familienrechtsreform*, in: *Ramm/Grandke/*

3. Dogmatische Arbeitsweisen

Über die Bedeutung dogmatischer Arbeitsweisen in der Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland lässt sich kein einheitliches Bild zeichnen. Im Kindschaftsrecht und im Recht der Paarbeziehungen musste die Zivilrechtsdogmatik grundstürzende Impulse aus der Verfassung und der EMRK aufnehmen. Sie drohte hierüber an Aussagekraft und Leistungsfähigkeit zu verlieren, ging aus dem Konflikt aber letztlich bereichert hervor (unten a). An der Bearbeitung des Erwachsenenschutzrechts und dem ehelichen Vermögensrecht lässt sich indes ablesen, dass dogmatische Arbeitsweisen auch ohne neu entdeckte Reformaufträge ungebrochen das Selbstverständnis der Familienrechtswissenschaft ausmachten und dass das dazu erforderliche Handwerkszeug nicht in Vergessenheit geriet (unten b).

a) Krise und Konstitutionalisierung

Mit der Gleichstellung von ehelicher und nichtehelicher Kindschaft, der Anerkennung von Väterrechten und dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung hatten das BVerfG¹⁶⁹ und später auch der EGMR¹⁷⁰ die Grundstrukturen des „alten“ Kindschaftsrechts der Bonner Republik regelrecht in Stücke gebrochen. Die Familienrechtswissenschaft traf dies zumindest teilweise unvorbereitet: Während die Rechtsstellung des nichtehelichen Kindes seit den 1970er Jahren mit zunehmender Distanz zum geltenden Recht dogmatisch durchgemustert worden war,¹⁷¹ wurde die Entdeckung eines Rechts des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung¹⁷² als „Unterbrechung“ und „Irritation“ langjähriger Diskussionsverläufe empfunden.¹⁷³ Uwe Diederichsen malte das Bild vom „Krebsschaden für eine konsistente Zivilrechtsdogmatik“ an die Wand. Das Zusammenwirken von BVerfG und Gesetzgeber

Berié (Hrsg.), Familie und Recht, Materialien zum 5. Familienbericht, 1994, Bd. II, S. 63.

¹⁶⁹ Oben II. 2. bei Fn. 47.

¹⁷⁰ Oben II. 2. bei Fn. 48.

¹⁷¹ Kropholler, Kritische Bestandsaufnahme im Nichtehelehenrecht, AcP 185 (1985), 244 ff.; umfassendste Kritik bei Ramm, Grundgesetz und Ehe recht, 1972.

¹⁷² BVerfGE 79, 256 (268 f.); später BVerfGE 90, 263 (270); 96, 56 (63).

¹⁷³ Coester, JZ 1992, 807 (810). Auch im verfassungsrechtlichen Schrifttum wurde darin ein Entwicklungssprung gesehen, siehe nur Wahl, in: FS für Frank, 2008, S. 31 (39 f.): „verfassungsgerichtliche Kreation“. Ähnlich später die Kritik von Coester, FamRZ 2012, 1336 (1338): Die Rechtsprechung des EGMR aus dem Jahr 2009 (EGMR, vom 3.12.2009, NJW 2010, 501 – Zaunegger) und des BVerfG aus dem Jahr 2010 (BVerfGE 127, 132) zum Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern habe die „Phase der Erkenntnisgewinnung nicht unerwartet, von der Wirkung her aber doch revolutionär beendet.“

stelle „in ihrem Ergebnis die klassischen Funktionen von Rechtsdogmatik und damit das erfolgreiche Funktionieren der Privatrechtsordnung ... in Frage“.¹⁷⁴ Diese Grundstimmung konnte sich von der vehementen privatrechtlichen Konstitutionalisierungskritik ernähren, die nach der Handelsvertreter-Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1990¹⁷⁵ weite Teile der Vertragsrechtswissenschaft ergriffen hatte¹⁷⁶ und zunehmend auch die Verfassungsrechtswissenschaft interessierte.¹⁷⁷

Mit der Zeit wurde das Hadern mit dem „Vorrang der Verfassung“ seltener. Auch wenn so rechte Begeisterung über die Reformimpulse aus Karlsruhe und Straßburg nicht aufkommen mochte, fand die Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland doch im Verlauf nur weniger Jahre zu einem konstruktiven Umgang mit der Grund- und Menschenrechtsbindung des Familienrechts. Die noch Anfang der 1990er Jahre geäußerte Kritik, es fehle eine „wissenschaftliche Zusammensicht“ von Privatrecht und Verfassungsrecht und überhaupt habe die Familienrechtswissenschaft „bei der Interpretation des GG versagt“¹⁷⁸, verlor im Verlauf weniger Jahre an Berechtigung. Aus Desinteresse und Fremdheit wurden Aufmerksamkeit und Vertrautheit. Die Einbeziehung der Grund- und Menschenrechte avancierte zum weithin selbstverständlichen Bestandteil dogmatischer Arbeitsweisen der Familienrechtswissenschaft.¹⁷⁹ Das Blatt wendete sich: Aus einer reaktiven und resignativen Grundstimmung erwuchs im wiedervereinigten Deutschland allmählich eine Familienrechtswissenschaft, die sich wieder als voraus- und zu Ende denkender Wissensspeicher¹⁸⁰ für Gesetzgebung und Rechtsprechung empfahl. Im Streben nach Konsistenz und in der Aufmerksamkeit für Folge-

¹⁷⁴ *Diederichsen*, NJW 1998, 1977 (1991).

¹⁷⁵ BVerfGE 81, 242.

¹⁷⁶ *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 ff.; *Medicus*, AcP 192 (1992), 43 ff.; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 ff.

¹⁷⁷ Siehe nur *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, schon im Titel angelehnt an *Wabl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401 ff.; *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000.

¹⁷⁸ *Ramm*, Wiedervereinigung und Familienrechtsreform, in: *Ramm/Grandke/Beirić* (Hrsg.), Familie und Recht 1994, Bd. II, S. 38, 48.

¹⁷⁹ Indes ohne ausdrückliche Selbstreflexion. Breitere Debatten über Begriff, Methoden und den Stellenwert der Rechtsdogmatik, wie sie in jüngerer Zeit in weiten Teilen der Rechtswissenschaft geführt werden, insbesondere im öffentlichen Recht (siehe nur *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, 2013 sowie die Beiträge in *Kirchhof/Magen/Schneider* [Hrsg.], Was weiß Dogmatik?, 2012), lassen sich in der Familienrechtswissenschaft nicht explizit nachweisen.

¹⁸⁰ Begriff nach *Harenburg*, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, S. 183 ff.

richtigkeit und „Systemfugen“¹⁸¹ waren nun die Grundrechte und die EMRK in ihrer Ausdeutung durch das BVerfG und den EGMR in die kontinuierlichen Herausforderungen der dogmatischen Alltagsarbeit eingeschlossen.¹⁸² Es kam zu einer Entwicklung, die *Wolfram Müller-Freienfels* bereits im Jahr 1991 prognostiziert hatte: Die Familienrechtswissenschaft zeigte eine „zunehmende Präferenz verfassungsrechtlicher Argumentationen“.¹⁸³ Um nur beim Kindschaftsrecht zu bleiben: Nun wurde im Vorfeld gefragt, ob ein Reformgesetz die verfassungsrechtlichen Anforderungen „erfüllt“¹⁸⁴ oder den „Vorgaben des BVerfG gerecht wird“,¹⁸⁵ ob Begründungen auf „gesichertem ... grundrechtsdogmatischen Boden gestellt“ sind,¹⁸⁶ wie ein „verfassungskonformes Zivilrecht ... die Eltern identifizieren“ kann,¹⁸⁷ ob ein Adoptionsrecht durch registrierte Lebenspartner verfassungsrechtlich geboten ist¹⁸⁸ und welche zivilrechtlich denkbaren Modelle für die Gestaltung der Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern den „verfassungsrechtlichen Vorgaben“ am besten entsprechen.¹⁸⁹ Auch Langzeitentwicklungen und Rechtsprechungswege wurden nun eigeninitiativ auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 6 GG durchgemustert.¹⁹⁰ Immer häufiger fand sich aber auch die Betonung, dass die Verfassung in vielen Fragen lediglich „rechtliche Grunddaten“ oder „Richtpfeiler“ liefert.¹⁹¹ Die Konstitutionalisierung hatte also nicht nur an Fremdheit, sondern auch an Ubiquität verloren. Mit den zunehmend sichtbarer werdenden „Außengrenzen“ konnte der für die privatrechtliche Dogmatik „frei“ verfügbare Innenraum wieder an Konturen gewinnen.

Ähnliche Verlagerungen in den Argumentationsweisen fanden im ehelichen Güterrecht¹⁹² und in Bezug auf die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften statt. Das Für und Wider einer institutionalisierten

¹⁸¹ Begriff nach *M. Lipp*, FamRZ 1998, 65 (67).

¹⁸² Um nur einige Beispiele zu geben: *Henrich*, in: FS für Peter Lerche, 1993, S. 239 ff.; *Coester*, FamRZ 1995, 1245 ff.; *Löhnig/Preisner*, FamRZ 2012, 489 ff.

¹⁸³ *Müller-Freienfels*, in: FS für Rittner, 1991, S. 423 (460 ff.).

¹⁸⁴ Typisch etwa *Schumann*, FamRZ 2000, 389 ff.

¹⁸⁵ *Frank/Helms*, FamRZ 2007, 1277 (1280).

¹⁸⁶ *Coester*, JZ 1992, 809 (814).

¹⁸⁷ *Coester*, FamRZ 1995, 1245 (1246).

¹⁸⁸ *Coester*, in: *Liber Amicorum Pintens*, 2012, S. 313 ff.

¹⁸⁹ *Coester*, FamRZ 2012, 1337 (1342 f.).

¹⁹⁰ Etwa bei *Schumann*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: *Behrends/Schumann*, S. 169 ff.

¹⁹¹ Etwa bei *M. Lipp*, FamRZ 1998, 65 (66).

¹⁹² Beispielsweise spielte in den güterrechtlichen Debatten der vom BVerfG entwickelte Gedanke der *Gleichwertigkeit* der Ehebeiträge (BVerfGE 53, 257 [296] – Versorgungsausgleich; BVerfGE 79, 106 [126] – Zugewinnausgleich; BVerfGE 105, 1 [10 f.] – nahehelicher Unterhalt) eine zunehmende Rolle; siehe *Rötbel*, FPR 2009, 273 ff.

sierten Anerkennung reduzierte sich auch im familienrechtlichen Schrifttum im Wesentlichen auf die Frage, ob das Schutzgebot des Art. 6 Abs. 1 GG zugleich als Abstandsgebot zu verstehen sei.¹⁹³ Hatte die Familienrechtswissenschaft zunächst noch eingestimmt in den verfassungsrechtlichen Kritikchor an der „Selbstherrlichkeit“ und „Eigenmächtigkeit“ des BVerfG, war hier- von mit der Zeit immer weniger nachzulesen. „Obwohl es in Deutschland kaum ein familienrechtliches Problem gibt, das nicht auf verfassungsrechtlicher Ebene diskutiert wird“, so *Rainer Frank* im Jahr 2000, „sind Zweifel angebracht, ob unser Familienrecht ohne die Rechtsprechung des BVerfG heute wesentlich anders aussehen würde. Man darf nämlich nicht übersehen, dass das Familienrecht Spiegelbild der sozialen Wirklichkeit ist und dass diese wiederum von der Verfassung nur unwesentlich beeinflusst wird.“¹⁹⁴ Auf der Ver- lustliste dieser Entwicklung standen die überpositiven Arbeitsweisen. Indem die Familienrechtswissenschaft zu einer konstitutionalisierten dogmatischen Arbeitsweise gefunden hatte, beschleunigte sich der Bedeutungsverlust kon- fessioneller¹⁹⁵, rechtsphilosophischer und rechtsethischer Bezugnahmen.¹⁹⁶

b) Daueraufgaben und explizite Dogmatisierung

In den Vermögensfragen des Familienrechts ging es weniger stürmisch zu. Hier gelangen kontinuierlich dogmatische Ausleuchtungen und Verdeutlichungen des Rechtsstoffes. Auf vergleichsweise stiller See konnte die Familienrechtswissenschaft – um nur einige Beispiele zu geben – die „Grundlagen“ der finanziellen Solidarität zwischen Verwandten aufzeigen,¹⁹⁷ eine Rückbe- sinnung auf „tragende Wertungen“¹⁹⁸ des ehelichen Güterrechts leisten, den „Sinn“ des vinkulierten Vermögens im gesetzlichen Güterstand klären,¹⁹⁹ eine

¹⁹³ Etwa bei *Diederichsen*, JZ 2002, 23 ff. und *Wacke*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vor § 1 LPartG Rn. 6: „Von der Besonderheit des verfassungsrechtlichen Schutzes der Ehe als Institution bleibt nichts übrig, wenn andere Partnerschaften eben- falls in diesen Genuss kommen.“

¹⁹⁴ *Frank*, AcP 200 (2000), 401 (406).

¹⁹⁵ *Schwab*, Konfessionelle Denkmuster und Argumentationsstrategien im Fami- lienrecht, in: Concik/Henne/Simon/Ruppert/Vec (Hrsg.), Konfession im Recht, 2009, S. 163 (177); *ders.*, FamRZ 2014, 1.

¹⁹⁶ Siehe aber *Brudermüller*, Geschieden und doch Gebunden. Ehegattenunterhalt zwischen Recht und Moral, 2008; *Diederichsen*, in: Schwab/Hahne, S. 115 (132 ff.): „zur rechtsethischen Begründung von Elternunterhalt und Unterhalt gegenüber selbständi- gen Kindern“.

¹⁹⁷ *V. Lipp*, NJW 2002, 2201 ff.

¹⁹⁸ *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296 (312 ff.).

¹⁹⁹ *Braun*, in: FS für Musielak, 2004, S. 119 ff.

„Rechtsdogmatik der ‚ehelichen Lebensverhältnisse‘“ formulieren²⁰⁰, die „Eigentümlichkeit“ familialer Ausgleichsordnungen im Verhältnis zum Schuldrecht herausarbeiten,²⁰¹ auf Systembrüche und Inkonsistenzen aufmerksam machen, „heimliche“ Leitbilder aufdecken²⁰² u.v.m. Adressat und Gegenstand waren in erster Linie die Rechtsprechung und weniger der Gesetzgeber. Zwar wurde die Familienrechtswissenschaft auch hier mitunter überrascht von „Zwischenrufen“ des BVerfG, doch konnte sie die weitere Rechtsentwicklung im familiären Vermögensrecht wirkungsvoller dogmatisch begleiten. Dies gilt auch für eine der lebhaftesten Debatten der Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland: die Grenzen der Ehevertragsfreiheit. Nachdem das BVerfG die Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle von „evident einseitigen Eheverträgen“ aufgerufen hatte, leistete *Barbara Dauner-Lieb* die entscheidenden dogmatischen Vorarbeiten,²⁰³ die vom BGH dankbar rezipiert und dort in kurzer Zeit zur „Kernbereichslehre“ ausgebaut wurden.²⁰⁴ „Rechtssicherheit durch klare Dogmatik“, wurde dieser Prozess später zusammengefasst: „Die bemerkenswert sorgfältig entwickelte und begründete Entscheidung des XII. Zivilsenats gehört zu den bedeutsamsten familienrechtlichen der jüngeren Vergangenheit. Sie stellt die richterliche Kontrolle von Eheverträgen, die vor fast genau drei Jahren durch ein aufsehenerregend rechtspolitisches Urteil des BVerfG jäh ihrer gesicherten Grundlagen beraubt wurde, wieder auf ein solides dogmatisches Fundament, das rechtssichere Gestaltung erlaubt.“²⁰⁵ Dieses „solide dogmatische Fundament“, so müsste man ergänzen, wäre ohne die vorangegangene Aufarbeitung der Familienrechtswissenschaft nicht so leicht verfügbar gewesen. Auch in anderen Fragen stand die Familienrechtswissenschaft in kontinuierlichem Gespräch mit der Rechtsprechung und wirkte an der systematischen Sammlung, Sichtung und Durchdringung des Rechts mit. Sie führte die Unterscheidung zwischen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle ein,²⁰⁶ prägte den Begriff der „ehebedingten Nachteile“²⁰⁷, hinterfragte die gesetzlichen Leitbilder²⁰⁸ und bemühte sich um

²⁰⁰ *Diederichsen*, in: Völmicke/Brudermüller (Hrsg.), *Familie – ein öffentliches Gut?*, 2010, S. 15 (30 ff.).

²⁰¹ *Röthel*, FamRZ 2012, 1916 ff.

²⁰² *Röthel*, *Institution*, S. 9 ff.

²⁰³ *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 296 (312 ff.).

²⁰⁴ Grundlegend BGHZ 158, 81 ff., in der Folge siehe BGH NJW 2005, 137 ff.; NJW 2005, 139 ff.; NJW 2005, 1370 ff.; NJW 2007, 907 ff.; NJW 2008, 1076 ff.; NJW 2009, 2124 ff.

²⁰⁵ *Rauscher*, DNotZ 2004, 524 ff.

²⁰⁶ Zusammenführungen bei *Sanders*, *Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung*, 2008.

²⁰⁷ Siehe schon oben, Fn. 14 f.

²⁰⁸ *Röthel*, *Institution*, S. 9 (14 ff.).

die Reintegration des als „Nebengüterrecht“ entdeckten schuldrechtlichen Vermögensausgleichs unter Ehegatten und Lebenspartnern.²⁰⁹ Überhaupt interessierte das Verhältnis von Familienrecht, Vertragsrecht und Deliktsrecht. Das Zusammentreffen widerstreitender Grundorientierungen begünstigte eine dogmatische Selbstreflexion der Familienrechtswissenschaft zwischen „Verschuldrechtlichung“ und „Familiarisierung“.²¹⁰ Bemerkenswert ist, dass dogmatische Kritik an Verschuldrechtlichungstendenzen auch dort geübt wurde, wo die Rechtsprechung mit den Mitteln des Schuldrechts im Ergebnis Teilhabeansprüche wegen konkludenter Innengesellschaft oder Wegfalls der Geschäftsgrundlage einer ehebedingten Zuwendung bejahte. Während viele dem BGH das gerechte Ergebnis zugutehielten,²¹¹ kritisierten andere gerade die „dogmatisch bedenkliche Art und Weise“ dieser Konstruktion.²¹²

Ging es im ehelichen Vermögensrecht eher um die Bewältigung von Daueraufgaben, gab das Inkrafttreten des neuen Rechtsinstituts der Betreuung zum 1.1.1992 und die damit verbundene Umorientierung im Erwachsenenschutzrecht besonderen Anlass zum Nachdenken über den Stellenwert dogmatischer Arbeitsweisen. Hier ging kritische Selbstreflexion mit einer expliziten Hinwendung zu dogmatischen Arbeitsweisen einher. *Volker Lipp* kritisierte noch im Jahr 2000, dass sich die „rechtswissenschaftliche Literatur ... bislang vorwiegend mit unmittelbar anwendungsbezogenen Fragen und weniger mit den Strukturfragen des neuen Rechts beschäftigt“ habe: „Zentrale Fragen und Begriffe des Betreuungsrechts sind bis heute ungeklärt. Die Rechtswissenschaft hat damit ihre eigentliche Aufgabe noch nicht erfüllt, das neue Recht systematisch aufzubereiten, auf seine Auswirkungen zu überprüfen und damit zugleich an seiner Anwendbarkeit zu arbeiten, indem sie der Praxis klare Kriterien und praktikable Lösungsvorschläge an die Hand gibt.“²¹³ Die hier angemahnte Hinwendung zu den „Strukturfragen“ und zur dogmatischen Arbeitsweise trug in der Folge vielfältige Früchte. Die Familienrechtswissenschaft nahm die Herausforderungen der vom Gesetzgeber im Jahr 1992 bewusst stehen gelassenen Leerstellen²¹⁴ auf. Das neue Rechtsin-

²⁰⁹ Siehe nur *Dauner-Lieb*, FuR 2009, 361 ff.; *Röthel*, FamRZ 2012, 1916 ff.

²¹⁰ Siehe einerseits *Haas*, FamRZ 2002, 205 ff., andererseits *Schwab*, FamRZ 2002, 1296 ff.: „kritisch“; *Heiderhoff*, FamRZ 2004, 324 ff.: „problematisch“; konzeptionelle Zweifel an der Eignung des Vertrags als Denkform für familiäre Beziehungen bei *Röthel*, FamRZ 2012, 1916 ff. sowie die in Röthel (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, 2014, versammelten Beiträge.

²¹¹ Siehe nur *Dauner-Lieb*, AcP 210 (2010), 580 (589 ff.) m.w.N.

²¹² *Koch*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2013, Vor § 1363 Rn. 18.

²¹³ *V. Lipp*, Fürsorge, S. 5.

²¹⁴ Siehe Diskussions-Teilentwurf eines Gesetzes über die Betreuung Volljähriger, hrsgg. vom Bundesminister der Justiz, 1987, S. 99, 268 f., 279.

stitut der Betreuung wurde mit dogmatischen Konzepten unterlegt, um seinen systematischen Standort im Gefüge von Geschäftsfähigkeit, Willensfreiheit, Bevollmächtigung und antizipierten Erklärungen zu klären.²¹⁵ Zwar wurden nicht alle Deutungsvorschläge später aufgenommen. Dies hat der Bedeutung des Betreuungsrechts als einem Ort expliziter Reflexion der Familienrechtswissenschaft über dogmatische Arbeitsweisen indessen nicht geschadet. Dass zur selben Zeit die Klärung der Betreuungsbedürftigkeit als Beispiel für den allgemeinen „Rückbau der Rechtsdogmatik“ und die Abschleifung überkommener dogmatischer Figuren beklagt wurde,²¹⁶ liest sich in der Rückschau vor allem als Zeugnis dafür, wie hoch die selbstgenährten Erwartungen an die dogmatische Arbeitsweise in diesem Bereich des Familienrechts waren.

4. Interdisziplinäre Arbeitsweisen

Gemessen an anderen Teilbereichen des Privatrechts wird dem Familienrecht gemeinhin eine besondere Nähe zu den Sozial- und Lebenswissenschaften nachgesagt. Das Kindeswohl gilt seit Langem als Scharnierbegriff zur Entwicklungspsychologie und den Erziehungswissenschaften,²¹⁷ das Betreuungsrecht knüpft mit der in § 1896 BGB umschriebenen Betreuungsbedürftigkeit an einen medizinischen Befund an und berührt sich mit Psychiatrie und Geriatrie, im Scheidungsrecht und im Umgang mit nichtehelichen Lebensgemeinschaften finden Begegnungen mit der Familiensoziologie statt etc. Diese Nähe insbesondere zu den Sozialwissenschaften bildete auch schon für die Zeit der Bonner Republik ein Charakteristikum der Arbeitsweisen der Familienrechtswissenschaft.²¹⁸

²¹⁵ Monographisch durch die Habilitationsschriften von V. Lipp, Freiheit und Fürsorge, 2000 und von Sachsen Gessaphe, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige, 1999; siehe weiter Pawlowski, JZ 2004, 13 ff. und schon Schwab, in: FS für Mikat, 1989, S. 881 ff.

²¹⁶ Holzhauser, JZ 2000, 1076 (1080): „Rechtsdogmatische Arbeiten bestehen heute weitgehend darin, die überkommenen dogmatischen Figuren, denen keine normative Kraft mehr beigelegt wird, abzuschleifen. Es wäre zwecklos, sich dagegen zu sträuben, denn der Dekonstruktivismus ist ein Zeichen der Zeit und reicht weit über die Rechtswissenschaft hinaus. Er bezeichnet den Übergang zu dem dritten Stadium der von Auguste Comte aufgestellten *lois des trois états, des état théologique, des état métaphysique ou abstrait* und des *état positif*.“

²¹⁷ Grundlegend Simitis, Kindeswohl, 1979; später Limbach, Die Suche nach dem Kindeswohl – Ein Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz, Zeitschrift für Soziologie 8 (1988), S. 155 ff.; aus jüngerer Zeit Willutzki, Psychologie im Familienrecht, Kind-Prax 1999, 3 (5): „Einfallstor“ der Psychologie in das Recht.

²¹⁸ Simitis, Familienrecht, in: Simon (Hrsg.), S. 390 (425 ff.).

a) Geöffnete Oberfläche

Die intensiven Debatten der 1970er Jahre um das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft²¹⁹ hatten zumindest in einem Punkt Früchte getragen: Es wurde selbstverständlich, an die Stelle unausgesprochener Annahmen und „gefühltem“ Alltagswissen nunmehr einen expliziten und nachweislichen Befund voranzustellen. Im Umgang mit nichtehelichen Lebensgemeinschaften wurden empirische Einsichten über Eheschließungen und Scheidungsverhalten sowie zu Vorkommen, Zusammensetzung und Stabilität nichtehelicher Lebensgemeinschaften zu zentralen Argumenten.²²⁰ Überlegungen zur Zeitgemäßheit des Verwandtenunterhalts knüpften an Daten zur „soziodemographischen Entwicklung“ an.²²¹ In der Auseinandersetzung über den Elternunterhalt rückten die „gesellschaftlichen Realitäten“ über Lebenserwartung und Pflegekosten in den Vordergrund.²²² Bei der zeitlichen Bemessung des Betreuungsunterhalts galt es, ein näheres Bild über die „gelebte Realität in Bezug auf die Kinderbetreuung“ anhand der Erwerbstätigkeit von alleinerziehenden Müttern zu gewinnen.²²³ Darüber hinaus interessierte die Rechtswissenschaft, wie häufig und mit welchem Inhalt Eheverträge geschlossen oder Vorsorgeverfügungen erteilt wurden, wie viele Betreuungen eingerichtet, wie häufig es zu gemeinsamen Sorgeerklärungen zu Schutzmaßnahmen wegen Kindeswohlgefährdungen kam,²²⁴ wie Familienarbeit und Erwerbsarbeit zwischen Ehegatten und Lebensgemeinschaften verteilt waren²²⁵ etc. Wo solche Daten nicht verfügbar waren, entstand schnell der Ruf nach „Rechtstatsachenforschung“.²²⁶ Diesem Ruf kam eine im wiedervereinigten

²¹⁹ Programmatisch *Lautmann*, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz, 1971; *Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973; mit Blick auf das öffentliche Recht *Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1981.

²²⁰ Siehe nur *Hausmann*, in: Hausmann/Hohloch (Hrsg.), Das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, 2. Aufl. 2004, Einführung, Rn. 6 ff.: „sozialwissenschaftlicher Hintergrund“.

²²¹ Siehe schon *Schwenzer*, FamRZ 1989, 685 ff.; später *dies.*, 59. DJT 1992, A 11 ff.; ähnlich *Dethloff*, 67. DJT 2008, A 12 ff.: „Veränderungen der Rechtswirklichkeit und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse“.

²²² Siehe nur *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 47 Rn. 1 f.

²²³ *Heiderhoff*, FamRZ 2012, 1604 (1605 f.).

²²⁴ *Dethloff*, § 13 Rn. 101 f.

²²⁵ *Dethloff*, 67. DJT 2008, A 16 ff.

²²⁶ So beklagt *Coester*, FamRZ 2007, 1137 ff. einen „Mangel an Verlässlichkeit, das heißt aktueller und auf die deutschen Verhältnisse bezogener Rechtstatsachenforschung“ zu den Gründen dafür, warum eine Mutter eines nichtehelich geborenen Kindes die Abgabe von gemeinsamen Sorgeerklärungen verweigert: „Es dürfte allgemeinem Eindruck entsprechen, dass die ... Vermutung des BVerfG ... etwas ‚ins Blaue auf-

Deutschland gestärkte, öffentlich finanzierte Rechtstatsachenforschung immer häufiger nach²²⁷ und begünstigte damit die zunehmende *Zahlenorientierung* der Familienrechtswissenschaft. Was zunächst in den Gutachten für den Juristentag selbstverständlich wurde, fand seinen Weg über die Lehrbücher bis in den Großkommentar.²²⁸ Zugleich rückten die Nachbarwissenschaften näher heran: Die Familiensoziologie etablierte sich als hervortretende eigenständige Teildisziplin der Soziologie,²²⁹ und innerhalb der Psychologie bildete sich die Familienrechtspsychologie²³⁰ als Teilrichtung heraus.

Auch Sprachveränderungen belegen eine Öffnung für Nachbarwissenschaften. Was aus der Perspektive der Soziologie als „manifeste Soziologisierung ... durch extensive Adaption soziologischer Fachterminologie“²³¹ beobachtet wurde, galt ähnlich für die Psychologie und schließlich für die Verhaltensökonomie. Es war die Rede von Pluralisierung, Individualisierung, Segmentierung und Wandel, man interessierte sich für Lebensformen, Geschlechterrollen und die Lebensverlaufsperspektive, betonte die Bedeutung von Partizipation, Bindungen und Zeitempfinden für die Kindesentwicklung und argumentierte mit *overconfidence* und *bounded rationality*, um Entscheidungssituationen in personalen Beziehungen zu beschreiben. An der Oberfläche waren die Weichen in Richtung einer „offenen“²³² Familienrechtswissenschaft gestellt. Vordergründig suchte eine interdisziplinär „geläuterte“ oder jedenfalls „angehauchte“ Familienrechtswissenschaft den „Dialog“ zu

gestellt worden ist: Die Vermutung nämlich, dass eine ne. Mutter, die den Wunsch des Vaters nach Abgabe von Sorgeerklärungen ablehnt, hierfür ‚schwerwiegende‘, ‚von der Wahrung des Kindeswohls getragene‘ Gründe haben werde und nicht etwa von sachfremden, insbesondere Eigeninteressen geleitet sei.“

²²⁷ Siehe nur *Limbach*, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis: eine rechtstatsächliche Studie, 1989; von *Eicken/Ernst/Zenz*, Fürsorglicher Zwang, 1990; *Rottleuthner-Lutter*, Gründe von Ehescheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, 1992; *Vascovics/Rost/Rupp*, Lebenslage nichtehelicher Kinder, 1997; *Buba/Vaskovics*, Benachteiligung gleichgeschlechtlich orientierter Personen und Paare, 2000; *Rupp*, Rechtstatsächliche Untersuchung zum Gewaltschutzgesetz, 2005; *dies.*, Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, 2009; *Karle/Gathmann/Klosinski*, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Praxis der Kindesanhörung nach § 50b FGG, 2010.

²²⁸ Siehe die als Anhang zum 6. Band des Münchener Kommentars, 6. Aufl. 2013 aufgeführten „Rechtstatsachen zum Familienrecht“, S. 1791 ff.

²²⁹ Nachzeichnung etwa bei *Nave-Herz*, Wozu Familiensoziologie?, in: Busch (Hrsg.) Aktuelle Forschungsfelder der Familienwissenschaft, 1999, S. 15 ff.

²³⁰ *Dettenborn/Walter*, Familienrechtspsychologie, 2002.

²³¹ *Lucke*, Rechtssoziologie, Familiensoziologie und Familienrecht, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 86 (93 ff.).

²³² Begriff nach *Vofskuhle*, Wie betreibt man offen(e) Rechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft. Ausgewählte Schriften, 2010, S. 153 ff.

den angrenzenden Wissenschaften: Soziologen und Psychologen wurden zu rechtswissenschaftlichen Tagungen eingeladen, Rechtswissenschaftler empfanden es als attraktiv, an nicht-juristischen Tagungen teilzunehmen, und es entstanden gemeinsame Publikationsformate.²³³

b) Transdisziplinäre Familienwissenschaft oder doch „strictly legal point of view“?

Hält dieses Selbstbild einer interdisziplinär zumindest interessierten, jedenfalls aber unvoreingenommenen Familienrechtswissenschaft näherer Prüfung stand? Aus der Perspektive der Soziologie stellte sich diese Annäherung jedenfalls weniger grundlegend dar. „Das Familienrecht ist traditionell soziologiefreudlich“, konstatierte *Doris Lucke* noch im Jahr 2000.²³⁴ Aber auch der Vergleich mit anderen Teildisziplinen der Rechtswissenschaft gab Grund zur Relativierung. Explizite methodische Selbstreflexion, wie sie zur selben Zeit etwa mit dem Oeuvre von *Wolfgang Hoffmann-Riem* in der Verwaltungsrechtswissenschaft verbunden ist,²³⁵ fand in der Familienrechtswissenschaft eher selten statt,²³⁶ und dort, wo sie stattfand, deckte sie letztlich auf, wie

²³³ Etwa in den Sonderheften für Familienforschung („Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog“), siehe nur *Schwab/Vaskovics*; überdisziplinär angelegt auch der Band von *Coester-Waltjen/V. Lipp/Schumann/Veit* (Hrsg.), Reformbedarf im nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis, 2011 sowie *Funcke/Thorn* (Hrsg.), Die gleichgeschlechtliche Familie mit Kindern. Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform, 2010; *Scheiwe/Krawietz* (Hrsg.), (K)Eine Arbeit wie jede andere? Die Regulierung von Arbeit im Privathaushalt, 2014. Auch in der FamRZ wurden, wenngleich vereinzelt, außerrechtliche Beiträge veröffentlicht, etwa von *Hermanns*, FamRZ 1994, 1001 ff.

²³⁴ *Lucke*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 86 (105).

²³⁵ *Hoffmann-Riem*, Offene Rechtswissenschaft, 2010; siehe im Übrigen *Möllers*, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), 22 ff.; *Engel*, Rechtswissenschaft als angewandte Sozialwissenschaft, in: ders. (Hrsg.), Methodische Zugänge zu einem Recht der Gemeinschaftsgüter, 1998, S. 11 ff.; für eine Gegenseite *Krebs*, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Integration oder Multiperspektivität, in: FS für Schmidt-Aßmann, 1999, S. 127 ff.

²³⁶ Ablesbar auch daran, dass das Familienrecht auch in den später dazu entstandenen Sammelbänden nicht vertreten ist. Bei *Engel/Schön* (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, ist aus dem Privatrecht einzig das Kapitalmarktrecht zur konkreten Referenz gewählt. Bei *Cottier/Estermann/Wrase* (Hrsg.), Wie wirkt Recht?, 2010, ist es das Erbrecht, und auch in dem Band der Jungen Zivilrechtswissenschaftler, hrsgg. von *Domey et al.*, Einheit des Privatrechts, komplexe Welt: Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität, 2008, hat sich die Familienrechtswissenschaft nicht zu Wort gemeldet.

brüchig der „common sense“ über Inhalt, Entwicklungsrichtung und Aussagekraft interdisziplinärer Arbeitsweisen doch war.

Hinter der Fassade einer weithin konsentierten „latenten Übernahme von soziologischen Denkweisen“²³⁷ und außerrechtlichen Wissensbeständen verbargen sich zwei Grundhaltungen, an denen sich die Extrempositionen markieren lassen. Nur wenige traten explizit für eine inter- oder sogar transdisziplinäre Öffnung ein: Die Familienrechtswissenschaft solle über die bloße Rezeption psychologischen oder soziologischen Wissens hinausgehen. Sie solle vielmehr teilnehmen an einer integrativen Bündelung der verschiedenen, mit Familie befassten Disziplinen wie der Soziologie, der Ökonomie, der Psychologie, der Pädagogik, der Bevölkerungswissenschaft und schließlich der Politikwissenschaft. Es gelte, eine transdisziplinär geöffnete Familienwissenschaft zu konstituieren, lautete eine Forderung, die in den 2000er Jahren zusammen mit der Thematisierung von Transdisziplinarität²³⁸ etwa zeitgleich sowohl von sozialwissenschaftlicher als auch von rechtswissenschaftlicher Seite formuliert wurde.²³⁹ Doch blieb solche voraussetzungsvolle Öffnung dem Erkenntnisinteresse von Außenseitern vorbehalten. Typischer blieb die Gegenauffassung, die die angrenzenden Wissenschaften auf der Höhe von „Hilfswissenschaften“ beließ,²⁴⁰ zwar immer wieder betonte, wie wichtig der interdisziplinäre Austausch sei,²⁴¹ die Interdisziplinarität aber gemessen

²³⁷ Wendung nach *Cottier*, Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft, in: FS für *Schwenzer*, 2011, S. 351 (359). Genauso beobachtete *Lucke*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 86 (96 ff.) eine „latente Versozialwissenschaftlichung“ familienrechtlicher Gesetzgebungsprozesse.

²³⁸ *Mittelstraß*, Transdisziplinarität – wissenschaftliche Zukunft und institutionelle Wirklichkeit, 2003.

²³⁹ Siehe einerseits *Wingen*, Auf dem Weg zur Familienwissenschaft? Vorüberlegungen zur Grundlegung eines interdisziplinär angelegten Fachs, in: *Etrich/Scherzberg/Wegner* (Hrsg.), Erfurter Beiträge zu den Staatswissenschaften, 2004; *ders.*, Auf dem Weg zur Familienwissenschaft?, in: *Busch/Nave-Herz* (Hrsg.), Familie und Gesellschaft. Beiträge zur Familienforschung, 2005, S. 33 ff.; andererseits *Schwenzer/Aeschlimann*, Zur Notwendigkeit einer Disziplin „Familienwissenschaft“, in: FS für *Giger*, 2006, S. 501 ff.; dazu *Cottier*, in: FS für *Schwenzer*, 2011, S. 351 ff.

²⁴⁰ Diagnose und Kritik immer wieder bei *Lüscher*, siehe nur *Lüscher*, Widersprüchliche Vielfalt – Neue Perspektiven zum juristischen und soziologischen Verständnis von Ehe und Familie, *Bitburger Gespräche*, Jahrbuch 2001, S. 15 ff. Genauso die Kritik aus der Sicht der Psychologie bei *Fegert*, Kindeswohl – Definitionsdomäne der Juristen oder der Psychologen, in: Dt. Familiengerichtstag 13 (1999), S. 33 ff.

²⁴¹ Etwa im Zusammenhang mit dem Adoptionsrecht bei *Frank*, *FamRZ* 2007, 1693 (1699): „Vor allem bedarf es dringend eines Diskurses zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften. Juristen sollten über die Herkunftsproblematik von Adoptivkindern besser informiert werden, als das derzeit der Fall ist.“

an dem Gewicht der Arbeitsweise doch ins „Okkasionelle“ abdrängte²⁴² und im Übrigen die Eigenständigkeit des rechtlichen Standpunkts herausstellte. Darin unterschied sich die Familienrechtswissenschaft nicht von der Verwaltungsrechtswissenschaft, für die *Christian Bumke* eine ähnliche Gleichzeitigkeit von „Öffnung“ und „Schließung“ beobachtete.²⁴³ So blieb das Kindeswohl unangetastet ein „Rechtsbegriff“²⁴⁴, der allerdings „unbestimmt“ sei und „rechtstheoretischer Präzisierung“ bedürfe. Außengrenzen seien durch „rechtliche Kindeswohl-Kriterien und gesellschaftliche Standards“ zu gewinnen, ansonsten garantiere der verfassungsrechtliche Schutz für den „elterlichen Erziehungsprimat“ eine Definitionshoheit der Eltern.²⁴⁵ Mit solchen Argumentationslinien konnte zugleich die Deutungshoheit der Familienrechtswissenschaft abgesichert werden, und unkontrollierte „Unterspülungen“ durch Nachbarwissenschaften ließen sich leichter abwehren. In ähnlicher Weise wurde die Lebenszeitlichkeit der Ehe (§ 1353 Abs. 1 BGB) als „begrifflicher ... Ausdruck der verfassungsrechtlichen Institutsgarantie“²⁴⁶ gegen außerrechtliche Einsichten wie die „soziologisch ermittelte Scheidungsrealität“ aufrechterhalten.²⁴⁷

Bedeutsam sind die Akzentverlagerungen in den Reformdebatten. Über lange Zeit erschienen Reformdebatten als der Raum innerhalb der familienrechtlichen Debatten, der den Nachbarwissenschaften besonders zugewandt war.²⁴⁸ Aber auch hier kam es nun häufiger zu Wiederbetonungen des genuin rechtlichen Standpunkts. Es wurde dazu ermahnt, soziodemographischen

²⁴² Nach *Lubmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 457 ff.

²⁴³ *Bumke*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 73 (115 ff., 123): „Charakteristisch und verblüffend für den Umgang der Verwaltungsrechtswissenschaft mit den nichtdogmatischen Disziplinen ist der Umstand, dass der Vorgang des Öffnens und Verschließens gegenüber dem Nichtdogmatischen weder kontinuierlich noch systematisch erfolgt und auch selten Gegenstand des fachlichen Selbstgesprächs über die verwaltungsrechtswissenschaftliche Arbeitsweise war. Alles hängt vielmehr von der Vorbildung und dem persönlichen Forschungsinteresse ... ab.“

²⁴⁴ Grundlegend *Coester*, Kindeswohl als Rechtsbegriff, 1983, insbes. S. 163 ff.: „im Einzelfall zu aktualisierender Wertmaßstab“.

²⁴⁵ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, § 57 Rn. 30.

²⁴⁶ Etwa bei *Roth*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2013, § 1353 Rn. 15; für eine Gegenseit siehe *Röthel*, Institution, S. 9 (30 f.).

²⁴⁷ Nach *Lucke*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 87 (S. 103) ist dies ein Beispiel dafür, wie empirische Widerlegung und sozialwissenschaftliche Aufklärung Reformdiskussionen über weite Strecken „unbeschadet überstanden haben“.

²⁴⁸ Daher auch die „Dauerkonjunktur“ der Rechtssoziologie im „Gesamtbereich Familie“; näher *Röhl*, Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 39 ff.

Veränderungen und überhaupt soziologischen Beobachtungen keinen argumentativen Selbststand einzuräumen. „Die Notwendigkeit einer Reform der derzeitigen rechtlichen Ordnung finanzieller Solidarität“, so *Volker Lipp*, „wird meist damit begründet, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seit der Schaffung des BGB erheblich verändert hätten und mit ihnen auch soziale Funktion und Bedeutung von Ehe, Familie und Verwandtschaft. ... Aus den Änderungen der sozialen Verhältnisse lassen sich aber kaum unmittelbare Schlussfolgerungen für oder gegen konkrete Regelungen ... ziehen.“²⁴⁹ An anderer Stelle wird betont, es bedürfe „einer sorgfältigen Vergewisserung, wie sicher und nachhaltig die beobachteten Veränderungen sind und ob sie überhaupt einen Umstand betreffen, der als bedeutsam für die Gestaltung des Rechts anzusehen ist.“²⁵⁰ In den rechtspolitischen Kontroversen um die elterliche Sorge wurde beobachtet, dass sowohl die Befürworter der Alleinsorge als auch die Verfechter des gemeinsamen Sorgerechts „Unterstützung [fanden] in sehr unterschiedlichen entwicklungspsychologischen und kinderpsychiatrischen Erkenntnissen.“²⁵¹ Die außerrechtlichen Haltepunkte waren also nicht von der Eindeutigkeit, wie dies zunächst erschienen sein mag. Das interdisziplinäre Argument wurde skeptischer gewogen.

Solche Stimmen mögen nicht das Ende „apodiktischer“ Argumentationen²⁵² mit außerjuristischem Wissen bedeutet haben. Sie belegen aber ein wachsendes Unbehagen gegenüber eingefahrenen Verknüpfungen zwischen außerrechtlichem Befund und rechtspolitischem Plädoyer. Auch in der Ausdeutung des Betreuungsrechts fand sich in der Familienrechtswissenschaft solche Betonung des „strictly legal point of view“: „Für die Rechtswissenschaft geht es dagegen ausschließlich um die Betreuung als Erscheinung des Rechts. ... Als Recht verstehen kann man die mit der Betreuung verbundenen Rechtsnormen nur, wenn man sie als Antworten des Rechts auf bestimmte Sachfragen begreift, die sich einer Rechtsordnung stellen. Außerrechtliche

²⁴⁹ *V. Lipp*, NJW 2002, 2201 (2202); genauso zur Frage eines argumentativen Selbststandes außerrechtlicher Beobachtungen *Otte*, AcP 202 (2002), 317 (330 ff.).

²⁵⁰ So, wenngleich zum Erbrecht, *Röthel*, Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?, 68. DJT 2010, A 13.

²⁵¹ *Limbach/Willutzki*, Die Entwicklung des Familienrechts seit 1949, in: *Nave-Herz* (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der Familie in Deutschland, 2002, S. 7 (35).

²⁵² Eindrücklich geschildert von *Simitis*, Familienrecht, in: *Simon* (Hrsg.), S. 390 (433 f.): „Statt also ... die Voraussetzungen für weniger apodiktische, tentativere Reflexionen und Reaktionen zu verschaffen, verkürzten vor allem soziologistische und ökonomistische Argumentationsansätze den Argumentationsprozess auf die ‚bestmögliche‘ Implementation der durch den außerjuristischen Ansatzpunkt scheinbar zwingend indizierten Regelung. Die Kritik an der ‚juristischen‘ Dogmatik führte so lediglich dazu, deren Ergebnisse durch die Folgerungen einer nicht minder ‚dogmatisierten‘ außerjuristischen Methode oder Disziplin zu substituieren.“

Überlegungen haben dafür nur insofern Bedeutung, als sie im geltenden Recht ihren Niederschlag gefunden haben und damit zu rechtlichen Material gehören, das Gegenstand der rechtswissenschaftlichen Dogmatik ist.²⁵³

Dass es zu einer solchen Wiederbetonung des „strictly legal point of view“ kam und dass sie aber auch nicht zu einseitig geriet, dürfte abermals mit der herausragenden Wirksamkeit des BVerfG im Familienrecht zu tun haben. Die von *Klaus Röhl* in der Rechtsprechung des BVerfG beobachtete „Resonanz der sozialwissenschaftlichen Rechtskritik“²⁵⁴ ist hier besonders nachweisbar. Das BVerfG maß dem sozialen Befund und dem Stand außerrechtlichen Wissens nicht nur zunehmenden Raum in den veröffentlichten Urteilsgründen bei, sondern räumte ihm auch immer häufiger dezisives Gewicht ein.²⁵⁵ Indem das BVerfG bei der Grundrechtsausdeutung bereits in die Auseinandersetzung mit den Nachbarwissenschaften eintrat, konnte die darum entlastete Familienrechtswissenschaft mit dem „strictly legal point of view“ zugleich ihre Privatrechtlichkeit betonen.

IV. Wahrnehmungen

Nach dem Blick auf die seit der Wiedervereinigung geführten Debatten in der Familienrechtswissenschaft und auf ihre Arbeitsweisen soll es nun darum gehen, wie die Familienrechtswissenschaft innerhalb der Rechtswissenschaft (unten 1.) und aus der Sicht von Rechtsprechung und Gesetzgebung (unten 2.) wahrgenommen wurde.

1. Innerhalb der Rechtswissenschaft

Das Familienrecht gilt seit langem mehr oder weniger ausgesprochen als politischer, praxisnaher und eher „undogmatischer“ Bereich des Privatrechts. Entsprechenden Vorbehalten sah sich auch die Familienrechtswissenschaft ausgesetzt: Wenn daran gezweifelt wurde, ob die Rechtswissenschaft überhaupt Wissenschaft sei, dann trafen diese Zweifel die Familienrechtler mehr als die Vertragsrechtler. Im Verlauf des wiedervereinigten Deutschland änderte sich an dieser Tendenz wenig. Eher wurde der Kreis um die Fami-

²⁵³ Abermals *Lipp*, Fürsorge, S. 9 f.

²⁵⁴ *Röhl*, Zur Bedeutung des Rechtssoziologie für das Zivilrecht, in: Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts, 2000, S. 39 (63).

²⁵⁵ Etwa BVerfGE 103, 89 (103 f.) – Eheverträge (soziologische Erkenntnisse zur Lebenssituation unverheirateter Mütter); BVerfGE 115, 1 (4 ff., 17, 21 ff.) – Transsexuellengesetz (sexualwissenschaftliche Erkenntnisse); BVerfGE 133, 59 (70 ff., 90 f.) – Sukzessivadoption (entwicklungspsychologische Erkenntnisse).

lienrechtswissenschaft noch enger. Dies hatte indes nicht damit zu tun, dass das Familienrecht auch in der Praxis an Bedeutung verloren hätte. Im Gegenteil: hohe Scheidungszahlen, neue Familienformen, die zunehmende Verrechtlichung von bislang nur als „Realbeziehungen“ verstandenen Beziehungen (nichteheliche Lebensgemeinschaft, soziale Elternschaft) und die rasante Entwicklung der Betreuungsverfahren bescherten dem Familienrecht des wiedervereinigten Deutschland geradezu einen Praxisboom. Während zahlreiche neue praxisorientierte Zeitschriften ins Leben gerufen wurden²⁵⁶ und ungezählte Praxiskommentare, Handbücher, Formularbücher, Fachanwaltskompendien ihren Markt fanden, ließ sich die Zahl der familienrechtlichen Habilitationsschriften an einer Hand abzählen,²⁵⁷ und auch familienrechtliche Archivbeiträge gerieten zunehmend in den Rang des Exzeptionellen.²⁵⁸ „Deutsches Familienrecht wird zunehmend den Praktikern überlassen“, resümierte *Nina Dethloff* im Jahr 2007.²⁵⁹ Anders als etwa im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht oder im Verbraucherschutzrecht wurde die Praxisnähe für die Wahrnehmung der Familienrechtswissenschaft kein Vorzug, sondern ein Nachteil: Zu dem Einwand des Politischen trat der Einwand des Praktischen.

Dem unterschweligen Vorwurf der „Unterdogmatisierung“ hätte eine selbstbewusste, mutige Familienrechtswissenschaft vielleicht entgegenwirken können. Bezeichnenderweise entschieden sich aber viele derjenigen, die später die familienrechtlichen Debatten mitprägen sollten, gegen eine „familienrechtliche“ Habilitation.²⁶⁰ Dies war eine naheliegende und strategisch

²⁵⁶ Darunter Familie und Recht (FuR) seit 1990; Betreuungsrechtliche Praxis (Bt-Prax) seit 1992; Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) seit 1995; Forum Familienrecht (FF) seit 1997; Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) seit 2006; Familienrecht und Familienverfahrensrecht (FamFR) seit 2009 sowie Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam) seit 2014.

²⁵⁷ von *Sachsen-Gessaphe*, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter, 1999; *Martiny*, Unterhaltsrang und -rückgriff, 2000; *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, 2000; *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002. Mit den Habilitationsverfahren von *Budzikiewicz* und *Hilbig-Lugani* im Jahr 2013 deutet sich möglicherweise eine Trendwende an.

²⁵⁸ Bei großzügiger Zuordnung kommt man auf etwa 25 Beiträge in der Zeit von 1990 bis einschließlich 2013.

²⁵⁹ *Dethloff*, Familien- und Erbrecht zwischen nationaler Rechtskultur, Verge-meinschaftung und Internationalität, ZEuP 2007, 992 (1005).

²⁶⁰ Etwa *Rauscher*, Reformfragen des gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts, 1993; *Dauner-Lieb*, Unternehmen in Sondervermögen, 1998; *Spickhoff*, Gesetzesverstoß und Haftung, 1998; *Veit*, Die funktionelle Zuständigkeit des Betriebsrats, 1998; *Wellenhofer*, Zulieferverträge im Privat- und Wirtschaftsrecht, 1999; *Kaiser*, Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB, 2000; *Dethloff*, Europäisierung des Wettbewerbsrechts, 2001; *Schumann*, Unrechtsausgleich im Frühmittelalter (unveröffentlicht, 2003); *Heiderhoff*, Grundstrukturen des natio-

sinnvolle Entscheidung, wenn man bedenkt, dass die Zahl der Lehrstühle, die mit erklärtem familienrechtlichen Profil ausgeschrieben wurden, kontinuierlich abnahm. Auch in den Justizprüfungsordnungen gehörte das Familienrecht zu den Fächern, die in der Tendenz eher gefährdet als ausgebaut wurden. Zugleich wurde das Familienrecht zu dem Teilbereich der Rechtswissenschaft, der möglicherweise als erste rechtliche Teildisziplin einen signifikanten Frauenanteil aufbauen konnte. Für die Wahrnehmung der Familienrechtswissenschaft innerhalb der Rechtswissenschaft trug dies indes nicht zu einem Prestigeerwerb bei.

Der Rückblick mag den Eindruck erwecken, als sei diese Entwicklungstendenz der jüngeren Familienrechtswissenschaft mit ihrer Praxisnähe und Politikaffinität mehr oder weniger zwingend. Wie *Nina Dethloff* betonte, genießt das Familienrecht in anderen europäischen Rechtsordnungen und insbesondere in den USA aber einen weitaus größeren Stellenwert in der universitären Forschung. Ihr Ruf nach mehr „Grundlagenforschung im Familien- und Erbrecht“²⁶¹ konnte den Ansehensverlust der Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland indes nicht nachhaltig aufhalten. Dies ist umso bezeichnender, als die Erbrechtswissenschaft zur selben Zeit eine spürbare Aufwertung innerhalb der Rechtswissenschaft erlebte und zum Modethema avancierte.

2. Außerhalb der Rechtswissenschaft

Das häufig gezeichnete Bild von einer praxisnah und politikaffin agierenden Familienrechtswissenschaft lässt eine besondere Wirksamkeit in Praxis und Politik vermuten. Doch so eindeutig liegen die Dinge nicht. In dem unübersichtlichen Geflecht von Verfestigungen und Veränderungen im Familienrecht des wiedervereinigten Deutschland fällt es schwer, darin durchgehende Muster für die Wahrnehmung der Wissenschaft aufzudecken. Im Sinne einer vergrößernden Annäherung lässt sich allenfalls resümieren, dass die Familienrechtswissenschaft in Vermögensfragen tendenziell unmittelbarer auf Praxis und Politik eingewirkt hat als in personalen Fragen. Als der BGH beispielsweise im Jahr 2008 erstmals Ausgleichsansprüche nach Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft anerkannte,²⁶² begründete er diese Umorientierung maßgeblich mit den Vorarbeiten der Familienrechts-

nenal und europäischen Verbraucherschutzrechts, 2004; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004; *Löhnig*, Treuhand, 2006; *Helms*, Gewinnherausgabe als haftungsrechtliches Problem, 2007.

²⁶¹ Nochmals *Dethloff*, ZEuP 2007, 992 (1005).

²⁶² BGHZ 177, 193 ff.; dazu schon oben, III. 3. b.

wissenschaft, die sich seit den ausgehenden 1980er Jahren vermehrt gegen den prinzipiellen Anspruchsausschluss gewendet hatte.²⁶³ Vergleichbare Rezeptionsprozesse lassen sich anhand der Kernbereichslehre im Umgang mit Eheverträgen²⁶⁴, bei der Orientierung des Scheidungsunterhalts auf „ehebdingte Nachteile“²⁶⁵ und in der gesetzlichen Entscheidung gegen das sog. Altersphasenmodell beim Betreuungsunterhalt²⁶⁶ ablesen. Genauso eindrücklich liefert das Kindschaftsrecht viele Beispiele dafür, dass die maßgeblichen Impulse für die großen Veränderungen in diesen mehr personalen Fragen gerade nicht unmittelbar von der Familienrechtswissenschaft ausgingen, sondern vom BVerfG und zunehmend auch vom EGMR angestoßen wurden. Die unterschiedliche Behandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern war im wissenschaftlichen Schrifttum bereits Anfang der 1990er Jahre als verfassungsrechtlich zweifelhaft aufgedeckt worden, doch reagierte der Gesetzgeber immer erst dann, wenn Regelungsbedarf verfassungsgerichtlich unabweisbar geworden war.²⁶⁷ Auch die weitere Ausgestaltung der elterlichen Sorge des nichtehelichen Vaters²⁶⁸ und des Umgangsrechts des

²⁶³ Insbesondere *Hausmann*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften und Vermögensausgleich, 1989. – Der BGH stützt seine Rechtsauffassung im Übrigen u.a. auf *Löhnig*, in: Staudinger, Neubearb. 2007, Anh zu §§ 1297 ff. Rn. 85, 112 ff.; *Coester*, JZ 2008, 315; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 24 Rn. 24, § 44 Rn. 20.

²⁶⁴ BGHZ 158, 81 ff.; vorbereitet von *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 295 ff.

²⁶⁵ Die Änderung des § 1578 BGB durch das UÄndG wurde in BT-Drs 16/1830, S. 13, 18 ausdrücklich mit der Kritik von *Schwab*, FamRZ 1997, 521 (524) u.a. erklärt. Die Neufassung des § 1578b BGB im Jahr 2013 durch Gesetz zur Durchführung des Haager Übereinkommens vom 23.11.2007 ... sowie zur Änderung von Vorschriften ... des materiellen Unterhaltsrechts vom 20.2.2013, BGBl. I, 273 wurde in BT-Drs. 17/11885, S. 6 indes vorrangig mit der Rechtsprechung des BGH erklärt, die aber ihrerseits auf Kritik des Schrifttums reagiert hatte.

²⁶⁶ BT-Drs. 16/1830 S. 16 f. erklärt die Änderung des § 1570 BGB durch das spätere Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, 3189 als Reaktion „auf die diesbezügliche Kritik der Literatur“. In diese Richtung bereits *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 24: „generelle Vermutung für die Verneinung einer Erwerbsobliegenheit bis zur Vollendung des 8. Lebensjahres des Kindes heute nicht mehr tragbar.“

²⁶⁷ Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16.12.1997, BGBl. I, 2942, angestoßen durch BVerfGE 61, 358 ff.; 72, 155 ff., 74, 33 ff.; 79, 256 ff.; 84, 168 ff., 85, 80 ff., 90, 262 ff., 92, 158 ff. (siehe dazu schon oben Fn. 47); genauso später Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des BVerfG vom 13.12.2003, BGBl. I, 2547 f., angestoßen durch BVerfGE 107, 150 ff. Siehe auch Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26.3.2008, BGBl. I, 441, angestoßen durch BVerfGE 117, 202 ff.

²⁶⁸ Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern

nur-biologischen Vaters²⁶⁹ entsprachen zwar langjährigen Forderungen des wissenschaftlichen Schrifttums,²⁷⁰ doch kam auch hier der maßgebliche Impuls entweder vom BVerfG oder vom EGMR. Der politische Wille wurde in diesen personalen Fragen also weniger von Einsicht und Erkenntnis als von äußerem Handlungsdruck bestimmt.

Die aufgezeigten Beispiele dafür, dass die Familienrechtswissenschaft in Vermögensfragen unmittelbarer wahrgenommen wurde als in personalen Fragen, bezeichnen gleichwohl allenfalls ein grobes Raster, das in mehrfacher Hinsicht zu relativieren ist. *Erstens* gibt es in beide Richtungen Gegenbeispiele. Beispielsweise fand die anhaltende Kritik des wissenschaftlichen Schrifttums an der Bestimmung des ausgleichspflichtigen Vermögens (§ 1374 BGB)²⁷¹ weder ihren Weg in die Rechtsprechung²⁷² noch wurde sie vom Gesetzgeber aufgegriffen.²⁷³ Und umgekehrt ist der Gesetzgeber dem wissenschaftlichen Schrifttum durchaus auch in einzelnen personalen Fragen gefolgt, etwa als im Jahr 2002 im Einklang mit großen Teilen des wissenschaftlichen Schrifttums²⁷⁴ und gegen die Rechtsprechung des BGH²⁷⁵ die Anfechtung der Vaterschaft bei heterologer Insemination ausgeschlossen wurde.²⁷⁶ *Zweitens* wäre es verkürzt, die Frage, ob und wie die Familienrechtswissenschaft in Praxis

vom 16.4.2013, BGBl. I, 795, angestoßen durch EGMR v. 3.12.2009, Rs. 22028/04, NJW 2010, 501 – *Zaunegger* sowie BVerfGE 127, 132 ff.

²⁶⁹ Gesetz zur Stärkung der Rechte des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters vom 4.7.2013, BGBl. I, 2176, angestoßen durch EGMR v. 21.12.2010, Rs. 20578/07, NJW 2011, 3565 – *Anayo/Deutschland*; nachfolgend EGMR v. 15.9.2013, Rs. 17080/07, NJW 2012, 2781 – *Schneider/Deutschland*.

²⁷⁰ Siehe insbesondere *Schwenzer*, 59. DJT 1992; *Henrich*, Reform im bundesdeutschen Nichtehelehenrecht, in: Jayme/Furtak, S. 253 ff.; *Coester*, JZ 1992, 809 ff.; *ders.*, FamRZ 2007, 1137 ff. sowie schon oben, II. 2. a).

²⁷¹ Siehe nur *Battes*, FamRZ 2007, 313 ff.; *Koch*, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2013, § 1374 Rn. 15 jeweils m.w.N.

²⁷² BGH FamRZ 2014, 62 ff. – § 1374 Abs. 2 BGB nicht auf Lottogewinne anwendbar; BGHZ 80, 384 ff. – § 1374 Abs. 2 BGB nicht auf Schmerzensgeldansprüche anwendbar.

²⁷³ Keine Änderung des § 1374 insoweit durch Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009, BGBl. I, 1696.

²⁷⁴ *Wanitzek*, Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung, 2002, insbes. S. 296 ff.; *Schwab*, Familienrecht, 11. Aufl. 2001, Rn. 490; zuvor schon *Zimmermann*, FamRZ 1981, 929 (931); *Holzbauer*, FamRZ 1986, 1162 (1164); rückblickend *Spickhoff*, in: FS für Schwab, 2005, S. 923 ff.

²⁷⁵ Erstmals BGHZ 87, 169 ff.; später relativierend BGHZ 167, 169 (177 ff.): Anfechtung sei jedenfalls dann nicht rechtsmissbräuchlich, wenn keine „besonderen Umstände“ dazu treten.

²⁷⁶ § 1600 Abs. 5 BGB eingefügt durch Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (KindRVerbG) vom 9.4.2002, BGBl. I, 1239. Im Kindschaftsreformgesetz war diese Frage bewusst ausgespart worden (BT-Drs. 13/8511, S. 69 f. und BT-Drs.

und Politik wahrgenommen wurde, darauf zu reduzieren, ob Umorientierungen eine Richtung angenommen haben, die in der Familienrechtswissenschaft nahegelegt und vorgedacht wurden. Neben dieser direkten Wirksamkeit gibt es den großen Bereich lediglich mittelbarer, indirekter, langfristigerer Wirksamkeit, der sich schon wegen seiner Fülle und Vielfalt nur schwer erfassen lässt. Die Familienrechtswissenschaft etablierte die konzeptionellen Querverbindungen, um neu geschaffene Rechtsinstitute wie die Betreuung, die Patientenverfügung und die Vorsorgevollmacht in das Gefüge von Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung und Einwilligung einzupassen, sie trug zur Sichtung und Systematisierung des nicht-güterrechtlichen Vermögensausgleichs („Nebengüterrecht“) bei, entwickelte Regelungsmodelle für die Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern und die rechtliche Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare, machte über weite Teile des Familienrechts rechtsvergleichendes Wissen zugänglich, führte die Unterscheidung zwischen biologischer, sozialer und rechtlicher Elternschaft aus dem soziologischen in den juristischen Diskurs ein, richtete den Blick auf neue Familienformen („Regenbogenfamilie“) etc. Manches fand seinen Weg in Praxis und Politik, anderes blieb schwer fassbar als Begleitwissen oder Meinungsspektrum erhalten, ohne dass sich für den Zeitraum des wiedervereinigten Deutschland im Vergleich zur Bonner Republik eine sichere Tendenz in Richtung Bedeutungsgewinn oder Bedeutungsverlust ausmachen ließe.

Bezeichnend erscheint indes diese Schwierigkeit, über die Wahrnehmung der Familienrechtswissenschaft durch Politik und Praxis jenseits der „klaren“ Fälle von Reformwirksamkeit sicher urteilen zu können. Sie verweist auf eine Eigentümlichkeit im Verhältnis von Wissenschaft zu Politik und Praxis, die sich im wiedervereinigten Deutschland weiter verstärkte: Familienrechtswissenschaft, Familienrechtspraxis und Familienrechtspolitik waren weniger denn je für sich abgeschlossene Bereiche, sondern verwachsen derart miteinander, dass die Unterscheidung zwischen „Wissenschaft“ und „Praxis“ für das Selbstverständnis und Rollenbewusstsein nicht nur vieler Praktiker, sondern auch vieler Wissenschaftler sowohl an Aussagekraft als auch an Attraktivität verlor. Wissenschaftler und Praktiker publizierten in denselben Formaten und an denselben Orten, nicht zuletzt in der „Zeitschrift für das gesamte Familienrecht“ (FamRZ). Die wesentlichen Foren wissenschaftlichen Austauschs waren zugleich Foren der Begegnung von Wissenschaft, Praxis und Politik. Es gab und gibt keine dem deutschen Recht verpflichtete institutionalisierte Begegnungsform, die – wie die Zivilrechtslehrervereinigung – nur der universitären Familienrechtswissenschaft vorbehalten war. Auf den Jahrestagungen

13/4899, S. 52). Das KindRVerbG ist daher ausdrücklich als „Korrektur“ der weiteren Rechtsentwicklung begründet worden (BT-Drs. 14/2096, S. 7).

der wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht traf man mehr Richter als Universitätsprofessoren, und auch die anderen Begegnungsformate waren entweder ganz in der Praxis verwurzelt (Familiengerichtstag) oder jedenfalls darauf bedacht, den Familienrechtssenat des BGH einzuladen und das Familienrechtsreferat des Bundesministeriums der Justiz als Förderer zu gewinnen.²⁷⁷ Diese Art der Selbstorganisation des Verhältnisses von Wissenschaft und Praxis versetzte die Familienrechtswissenschaft zwar in die Lage, Wissen und Haltungen frühzeitig in Praxis und Politik einzuspeisen. Doch entwickelte sich diese Nähe der Familienrechtswissenschaft zu Praxis und Politik nicht nur zu ihrem Vorteil. Mit der Distanz geriet auch die Unterscheidungskraft ihrer Beiträge in Gefahr. Dabei handelt es sich nicht um ein grundsätzlich neues Phänomen der Berliner Republik und auch nicht um eine Gefahr, der allein die Familienrechtswissenschaft unterläge. *Michael Stolleis* hatte ähnliches schon für die Zeit der Bonner Republik mit Blick auf das Verhältnis der Verwaltungsrechtswissenschaft zur Verwaltungspraxis aufgezeigt.²⁷⁸ Doch dürfte sich die Umarmung, die die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland erlebte, schon deshalb ungleich macht- und kraftvoller angefühlt haben, weil die Familienrechtswissenschaft zur immer kleiner werdenden Gruppe schrumpfte. So liest sich die geringe unmittelbare Wirksamkeit auch als Kompliment: Gerade in den Fragen, in denen die Familienrechtswissenschaft – wie im Kindschaftsrecht – eher weniger unmittelbaren Einfluss auf Praxis und Politik hatte, bewies sich, dass es weiterhin einen Selbststand gab, der nicht vollständig in der „Umspielung“ von Praxis und Politik aufging.

V. Zusammenführungen

Wie steht es also um die jüngere Familienrechtswissenschaft? Hat die Wiedervereinigung Zäsuren, Einschnitte, grundsätzlich Neues mit sich gebracht? Ist die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland auf neuartige Herausforderungen oder unbekannte Widerstände gestoßen? Versucht man nun, wieder etwas Abstand von der Fülle der geführten Debatten, der Vielfalt der praktizierten Arbeitsweisen und dem Spektrum an beobachtbaren Wahrnehmungen zu gewinnen, so entsteht ein zwiespältiger Befund:

²⁷⁷ So etwa die jährlich stattfindenden „Workshops“ zum Familienrecht an der Universität Göttingen oder die „Fachgespräche Familienrecht“, die seit dem Jahr 2012 zweijährig in Hamburg und Münster ausgerichtet werden.

²⁷⁸ *Stolleis*, Verwaltungsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland, in: Simon (Hrsg.), S. 227 (243).

Im Grundton überwiegt das Bild von einem *Kontinuum*, in dem die Wiedervereinigung keine Zäsur für die Debatten und Arbeitsweisen markiert (unten 1.). Zugleich lässt sich aber eine eigentümliche, neue Herausforderung für die Familienrechtswissenschaft ausmachen: Das Familienrecht erlebte mit der Wiedervereinigung und vor allem mit der Berliner Familienpolitik eine neuartige *Politisierung* (unten 2.). Diese Politisierung traf auf eine zwar kleinere, aber nicht weniger aufmerksame Familienrechtswissenschaft, die sich zunehmend um Redogmatisierung und damit *Entpolitisierung* bemühte (unten 3.).

1. Kontinuitäten auf dem Weg von Bonn nach Berlin

Die Durchmusterung der Debatten, Arbeitsweisen und Wahrnehmungen zeichnet insgesamt ein Bild von einer Familienrechtswissenschaft, die sich im Großen und Ganzen in einem Raum bewegte, der bereits vor der Wiedervereinigung in der „alten“ Bundesrepublik aufgespannt war. Die weitere Verarbeitung von Gleichberechtigung, Autonomie und Integrität im Recht der Paarbeziehungen (oben II. 1.), im Kindschaftsrecht (oben II. 2.) und insbesondere im Recht der Schutzverhältnisse für Erwachsene (oben II. 3.), der weitere Bedeutungsgewinn rechtsvergleichender Arbeitsweisen und der weitere Bedeutungsrückgang historischer Arbeitsweisen (oben III. 1. und 2.), die Integration von Konstitutionalisierung und Europäisierung in die dogmatischen Arbeitsweisen (oben III. 3.) und schließlich die kontrollierte Öffnung für angrenzende Geistes- und Sozialwissenschaften (oben III. 4.) sind genauso wenig grundsätzlich neu wie das Ringen um die Position der Familienrechtswissenschaft innerhalb der Rechtswissenschaft (oben IV. 1.) und ihr Gehör durch Praxis und Politik (oben IV. 2.).

Aus der Perspektive der Familienrechtswissenschaft war „Berlin“ im Großen und Ganzen nicht viel anders als „Bonn“: Die Wiedervereinigung bedeutete für die „alte“ Familienrechtswissenschaft der Bonner Republik keine Zäsur und führte auch nicht zu tiefgreifenden Neuorientierungen. Die Familienrechtswissenschaft bewegte sich sowohl personell als auch inhaltlich in einem Kontinuum. Akteure und Gegenstand blieben zunächst unverändert: Die Familienrechtswissenschaft der Bonner Republik konstituierte zugleich die „neue“ Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland,²⁷⁹ und der Einigungsvertrag hatte den Fortbestand des Bonner Familienrechts gesichert.²⁸⁰

²⁷⁹ Die beiden publizistisch hervortretenden Familienrechtswissenschaftler der DDR der 1980er Jahre waren die Hochschullehrerin *Anita Grandke* und der Justizrat *Karl-Heinz Eberhardt*. Nach der Emeritierung von Anita Grandke im Jahr 1994 ließ sich eine eigenständige Familienrechtswissenschaft mit „Ost-Vergangenheit“ jedenfalls im Nachhinein nicht mehr ausmachen.

²⁸⁰ Siehe bereits oben, III. 1. b).

Auch in der Selbstwahrnehmung wurde die Wiedervereinigung nicht zur Zäsur stilisiert – eher im Gegenteil. Der historische Moment interessierte allenfalls kurzfristig. Die ohnehin ständig mit „Wandel“ und „Umbruch“ beschäftigte Familienrechtswissenschaft sah sich durch die Wiedervereinigung weder methodisch herausgefordert noch inhaltlich in Frage gestellt.

2. Familienpolitische Wende: Wo Berlin nicht Bonn ist

Auch für das Familienrecht und die Familienpolitik mag es naheliegen, hier mehr ein Kontinuum als eine Zäsur zu betonen. In weiten Teilen trifft dies auch zu: Mit den wesentlichen Umorientierungen im Familienrecht des wiedervereinigten Deutschland wurde entweder eine Agenda abgearbeitet, die sich schon in den 1980er Jahren abzeichnete, oder aber es galt, akute verfassungsgerichtliche Reformaufträge umzusetzen. Gleichwohl war das Familienrecht der Berliner Republik nicht in allem bloß eine Fortsetzung der Familienpolitik der 1970er oder 1980er Jahre. Die Familienrechtswissenschaft sah sich vielmehr im Verlauf der 1990er Jahre mit einer Familienpolitik konfrontiert, die die Familie in einer für die alte Bundesrepublik neuen Direktheit und Offensichtlichkeit mit den Mitteln des Rechts ökonomisierte. Die Familienpolitik des wiedervereinigten Deutschland hatte ihre Vorbehalte gegen bevölkerungs- und arbeitsmarktpolitische Lenkung der Familie aufgegeben. Dass das Familienrecht der DDR im Zuge des Einigungsprozesses aus demselben Grund so dezidiert zurückgewiesen worden war,²⁸¹ war in Vergessenheit geraten, auch in der Familienrechtswissenschaft.²⁸² Die Berliner Familienpolitik hatte den „ökonomischen Charme“ der Familie und zugleich das Familienrecht als Instrument der Familienlenkung entdeckt.²⁸³ Dies kündigte sich bereits mit dem ersten Familienbericht der Bundesregierung nach der Wiedervereinigung an. Dieser Fünfte Familienbericht aus dem Jahr 1994 „Familien und Familienpolitik im geeinten Deutschland – Zukunft des Humanvermögens“²⁸⁴ ist zugleich der erste Familienbericht, der ein eigenes Kapitel zum

²⁸¹ Siehe oben bei Fn. 136 f.

²⁸² Es ist das besondere Verdienst von *Schumann*, Kindeswohl zwischen elterlicher und staatlicher Verantwortung, in: Behrends/Schumann, S. 169 (225 Fn. 186) hierauf aufmerksam gemacht zu haben.

²⁸³ Nachzeichnung bei *Schumann*, Die Ökonomisierung der Familie, Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften, 2001, S. 444 ff., dort unter Hinweis auf eine Aussage von *Renate Schmidt*, Bundesfamilienministerin von 2002 bis 2005, in: Schmidt/Mohn (Hrsg.), Familie bringt Gewinn, 2004, S. 15.

²⁸⁴ Fünfter Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs 12/7560. Siehe kurze Zeit später die Analysen von *Kaufmann*, Zukunft der Familie im vereinten Deutschland, 1995, insbes. S. 188 ff. („Zukunftsperspektiven und politische Optionen“) und S. 195 ff. („Was lässt sich politisch tun?“).

Familienrecht enthält. Mit dem Siebten Familienbericht der Bundesregierung aus dem Jahr 2006²⁸⁵ wurde aus ersten Andeutungen ein markanter neuer Ton in der Familienpolitik. Der demographische Wandel, ein absehbarer Mangel an gut ausgebildeten Fachkräften und der „PISA-Schock“ hatten einen Politikwechsel eingeleitet, in dessen Folge die Maximierung des ökonomischen Nutzens der Familie aus bevölkerungs-, arbeitsmarkt- und bildungspolitisch motivierten Gründen zum ausdrücklichen Ziel der Familienpolitik und damit auch des Familienrechts wurde. Marksteine dieser neuen Familienpolitik wurden mit der Unterhaltsreform des Jahres 2007²⁸⁶, mit der Einführung des Elterngeldes im Jahr 2006²⁸⁷ und schließlich mit der Einführung des Betreuungsgeldes im Jahr 2013²⁸⁸ gesetzt.

In der Familienrechtswissenschaft ist dieser Politikwechsel indes erst mit einigem Abstand und auch nicht in der Breite thematisiert worden.²⁸⁹ Zwar gab es durchgehend ein Nachdenken über die Rolle von Staat und Recht angesichts der Familie. Doch rieb sich die Familienrechtswissenschaft an anderen Punkten. Die „Überbetonung der Individualinteressen gegenüber den Belangen der Familiengemeinschaft“²⁹⁰ wurde als „Verrechtlichung“ und „Zunahme staatlicher Intervention“ kritisiert,²⁹¹ der Rückzug des Rechts aus dem Innenverhältnis der Ehegatten mit Erleichterung als Beispiel für „Tendenzen der Entrechtlichung“²⁹² zur Kenntnis genommen, und in der Frage des Elternunterhalts wurde umgekehrt beklagt, das Versprechen des Grundgesetzes, Ehe und Familie unter besonderen Schutz zu stellen, sei „nicht eingelöst“.²⁹³ In der Tendenz blieb die Familienrechtswissenschaft der privatrechtlichen

²⁸⁵ Siebter Familienbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1360: „Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit“; zuvor schon *Rürup/Gruescu*, Nachhaltige Familienpolitik im Interesse einer aktiven Bevölkerungsentwicklung. Gutachten im Auftrag des BMFSFJ, 2003.

²⁸⁶ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21.12.2007, BGBl. I, 3189. Die Unterhaltsreform betonte die „Eigenverantwortlichkeit“ geschiedener Ehegatten. Insbesondere wurde der Betreuungsunterhalt geschiedener Ehegatten (§ 1570 BGB n.F.) drastisch reduziert. Dadurch sollten Anreize zur Fortführung der Berufstätigkeit gesetzt werden. Zugleich wurde der Rang des Kindesunterhalts zulasten des Rangs geschiedener Ehegatten erhöht (§ 1609 BGB n.F.).

²⁸⁷ Gesetz zur Einführung des Elterngeldes vom 5.12.2006, BGBl. I, 2748.

²⁸⁸ Gesetz zur Einführung eines Betreuungsgeldes vom 15.2.2013, BGBl. I, 254.

²⁸⁹ Siehe aber *Schumann*, Die Ökonomisierung der Familie, Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften, 2011, S. 444 ff. und schon *dies.*, in: Behrends/Schumann, S. 169 (211 ff.).

²⁹⁰ *Frank*, AcP 200 (2000), 401 (420).

²⁹¹ Siehe schon im Zusammenhang mit dem Kindschaftsrecht unter II. 2. c) sowie *Schwab*, FamRZ 2007, 1 ff.; *ders.*, Konkurs, S. 16 ff.

²⁹² *Limbach*, in: FS für Schwenzler, 2011, S. 1079 (1081 ff.).

²⁹³ *Diederichsen*, in: Schwab/Hahne, S. 115 (136).

Idylle von der Familie als staatsfermem Innenraum verbunden: „Familienrecht ist Privatrecht ... Dementsprechend herrscht die Idee einer autonomen, von Staatszwecken freien Familie vor“, resümierte *Dagmar Coester-Waltjen* im Jahr 2009 die Wirkkraft der Idee der Privatrechtsgesellschaft im Familienrecht.²⁹⁴ War das Lebenspartnerschaftsgesetz noch geradezu empört zurückgewiesen worden mit der rhetorischen Frage „Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?“,²⁹⁵ blieb die neue familienpolitische Lenkung und Ökonomisierung der Familie in der privatrechtlichen Familienrechtswissenschaft als Gesamttendenz zunächst ohne nachlesbaren Widerhall. Die privatrechtliche Familienrechtswissenschaft interessierte sich mehr für die Verwirklichung von Geschlechtergerechtigkeit und die judizielle Umsetzung des geänderten Unterhaltsrechts. Dass hier die Autonomie der Familie, das Menschenbild des Familienrechts und die Grenzen zulässiger Lenkung berührt waren, wurde zuerst im öffentlichen Recht wahrgenommen. Bereits kurze Zeit nach der Veröffentlichung des Siebten Familienberichts der Bundesregierung wurde die Forderung laut, ein „öffentliches Familienrecht als Beitrag zur Bewusstseinsbildung“ auszuprägen.²⁹⁶ Interessierte sich die Wissenschaft vom öffentlichen Recht nun zunehmend für die Grenzen staatlicher Familienpolitik, traf die neue Ökonomisierung der Familie auf eine privatrechtliche Familienrechtswissenschaft, die dieser neuen Form dezidiert Familienlenkung zunächst mit Unaufmerksamkeit, später mit Desinteresse und jedenfalls mit geringeren Vorbehalten²⁹⁷ begegnete, bis sie schließlich unter dem wohlklingenderen Topos „Familiengerechtigkeit“ diskutiert wurde.²⁹⁸

²⁹⁴ *Coester-Waltjen*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 2009, S. 271 (292).

²⁹⁵ *Barnstedt/Häsemeyer/V. Lipp/Pawlowski/Windel* (Hrsg.), Was gehen den Staat Ehe und Partnerschaft an?, 2002.

²⁹⁶ Insbesondere von *Seiler*, Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts, 2008, S. 32 und passim. Siehe auch schon *dens.*, FamRZ 2006, 1717 ff. sowie *Schuler-Harms*, Familienleistungsausgleich als Herausforderung an das Verfassungsrecht. Unter Berücksichtigung von Familienautonomie und staatlicher Nachwuchssicherungspolitik (Habilitationsschrift 2003, unveröffentlicht); *Brosius-Gersdorf*, Demographischer Wandel und Familienförderung, 2011.

²⁹⁷ Dies mag auch damit zusammenhängen, dass „Ökonomisierung“ in der Privatrechtswissenschaft nicht generell negativ konnotiert war. Die familienpolitische Ökonomisierung fiel in eine Zeit, in der sich die Familienrechtswissenschaft mit den Lehren der *behavioral economics* vertraut machte (siehe nur *Wagner*, Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit im Eherecht, in: Röthel [Hrsg.], Verträge in der Unternehmerfamilie, 2014, S. 197 ff.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014) und auf diese Weise ihren Anschluss an die größeren Diskurse der Privatrechtswissenschaft zur ökonomischen Analyse des Rechts suchte.

²⁹⁸ *Löhnig*, Familiengerechtigkeit, in: Röthel/Löhnig/Helms (Hrsg.), Ehe, Familie,

3. Entpolitisierte Familienrechtswissenschaft in einem re-politisierten Familienrecht

Die Familienrechtswissenschaft des wiedervereinigten Deutschland reagierte auf die „neue“ bevölkerungs- und arbeitsmarktorientierte Familienpolitik des Bonner und später des Berliner Gesetzgebers wenig anders als auf die Familienpolitik der Wiedervereinigung selbst: Beide Male wurde die historische, politische und ökonomische Aufladung des Familienrechts zwar im Hintergrund wahrgenommen, avancierte aber nur nachrangig und allenfalls verzögert zum expliziten Gegenstand. Die Familienrechtswissenschaft antwortete auf die markante Politisierung des Familienrechts, die den Beginn des wiedervereinigten Deutschland bezeichnet und später zu den Eigentümlichkeiten der Familienpolitik der ersten 25 Jahre seit der Wiedervereinigung zählen sollte, in beiden Fällen durch Entpolitisierung. Diese Entpolitisierung lässt sich insbesondere an den Arbeitsweisen ablesen. Der ausländischen Rechtsentwicklung wurde mehr Gewicht beigemessen als der Geschichtlichkeit des eigenen Rechts, „nackte Regelungsmodelle“ interessierten mehr als der Nachvollzug komplizierter Wanderungsbewegungen zwischen Gesellschaft, Politik und Recht. Zugleich gelang es, auf diesem durch Konstitutionalisierung und Europäisierung verbreiterten und zunehmend bewusster formulierten dogmatischen Fundament, auch das eigene Familienrecht von historischer Überlieferung, gesellschaftlichen Anschauungen und konfessionellen Prägungen zu emanzipieren und hergebrachte Dichotomien – zwischen Ehe und Nichtehe, zwischen verschieden- und gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, zwischen ehelicher und nichtehelicher Kindschaft sowie zwischen Mütter- und Väterrechten – zu überprüfen. Angesichts der überdeutlichen Staatsnähe, der unübersehbaren Politikabhängigkeit ihres Gegenstands und der immer machtvoller werdenden Umklammerung durch Praxis und Politik wandte die Familienrechtswissenschaft dieselben Überlebensstrategien an, von denen sich die Rechtswissenschaft schon immer erhofft, ihren Selbststand als überzeitliche, staatsgelöste, politikferne und aus eigenen Quellen schöpfende Wissenschaft zu erhalten. Diese Bedrängnis in reflektierte Produktivität umzumünzen, ist keine geringe Leistung, zumal wenn man bedenkt, wie klein der Kreis um die Familienrechtswissenschaft wurde.

Abstammung, 2010, S. 33 ff.; ähnlich *Völmicke/Brudermüller*, in: dies. (Hrsg.), *Familie – ein öffentliches Gut?*, 2010, S. 7 ff.

