

Anne Röthel\*

## Familienrechte unter den Bedingungen der Moderne – eine Erprobung\*\*

Seit der Wende zum 20. Jahrhundert haben sich viele europäische Rechtsvorstellungen zu Ehe, Scheidung, Elternstellung und Familie fundamental gewandelt. Die Rede ist von Öffnungen, Liberalisierungen, Pluralisierungen, Individualisierungen und Emanzipationen. Häufig ist dann die Rede davon, dass Familienrechte „moderner“ geworden oder „modernisiert“ worden seien. Dahinter steht ein alltagssprachliches Verständnis von „modern“ im Sinne von „neu“ oder „verändert“. – In diesem Beitrag geht es dagegen um das spezifische Verständnis der Moderne als Inbegriff bestimmter Rechtsideale und bestimmter Annahmen über Rechtsentwicklungen, wie sie in der soziologischen Modernisierungstheorie entfaltet wurden. Hier wird exemplarisch aufgenommen, worin europäische Familienrechte in diesem spezifischen Sinn „modern“ sind, über welche Rechtsstrukturen sich diese Modernisierungen vollziehen und an welchen Punkten Spannungslagen zu den Rechtsidealen der Moderne fortbestehen. Das Ergebnis ist ein nuanciertes Bild von der Modernität der europäischen Familienrechte und ihrer Entwicklungsdynamiken. Die Moderne ist so weit vollendet wie gescheitert. Aber die Moderne hat die Erwartungen an die Begründung von familienrechtlichen Rechtsvorstellungen und auch die Annahmen über die legitime Rolle des Rechts fundamental verändert.

**Family Law Under the Conditions of Modernity – An Essay.** Since the turn of the twentieth century, many European legal concepts of marriage, divorce, parentage, and family have been fundamentally transformed. These shifts are spoken of in terms of relaxation, liberalization, pluralization, individualization, and emancipation, whereupon family law is often said to have been “modernized” or become “more modern”, premised on the everyday usage of “modern” to signify what is new or has changed. This article focuses instead on the concept of modernity as the quintessential identifier of particular legal ideals and particular assumptions about developments in the law as they have unfolded in the sociological theory of modernization. Based on examples, this article shows how family law in European jurisdictions can be described as “modern” in this specific sense of the word, identifies the legal structures through which these modernizing instances have been accomplished, and points out ongoing tensions over the legal ideals of modernity. The result is a nuanced portrait of the modernity of family law in Europe and the various dynamics affecting it. Modernity is as much of a failure as it is a *fait accompli*. But modernity has fundamentally changed expectations, both about how the core notions of family law are to be justified as well as about law’s legitimate function.

---

\* Dr. iur., Direktorin am Institut, Professorin an der Bucerius Law School; [roethel@mpipriv.de](mailto:roethel@mpipriv.de).

\*\* Mein besonderer Dank gilt Leonard Jaritz, der mich mit größter Akribie und wissenschaftlicher Eigeninitiative dabei unterstützt hat, die Nachweise auf diesen Stand zu bringen.

**Inhaltsübersicht**

I. Die Leitfrage . . . . .	2
II. Die Moderne und das Familienrecht: Theorien und Thesen . . . . .	3
III. Befunde: Modernisierungen und ihre Grenzen . . . . .	8
1. Ehe und Paarbeziehungen . . . . .	8
a) Öffnungen . . . . .	8
b) An den Grenzen des Modernisierungspfades: Inzestverbot, Frühehe, Polyamorie . . . . .	12
2. Elternstellung und Abstammung . . . . .	15
a) Pluralisierungen . . . . .	16
b) An den Grenzen des Modernisierungspfades: Die Sonderrolle der Geburtsmutter . . . . .	18
3. Familiäres Innenverhältnis . . . . .	20
a) Emanzipationen . . . . .	20
b) An den Grenzen des Modernisierungspfades . . . . .	24
IV. Zusammenführungen . . . . .	26
1. Standort und Strukturen der familienrechtlichen Moderne . . . . .	26
a) Unvollendete familienrechtliche Moderne . . . . .	26
b) Moderne und familienrechtliche Rechtsstrukturen . . . . .	27
2. Moderate familienrechtliche Moderne . . . . .	29
3. Familienrechtliche Moderne als Modus . . . . .	31

**I. Die Leitfrage**

Die Leitfrage dieses Beitrags lautet: Entwickeln sich Familienrechte auf eine Weise, die sich im Rahmen der soziologischen Vorhersagen zur Moderne bewegt? Dabei geht es um eine Standortbestimmung der familienrechtlichen Gegenwart: Worin sind Familienrechte modern im engeren, gesellschaftstheoretischen Sinn und worin auch nicht? Es wird exemplarisch aufgenommen, über welche rechtlichen Institutionen und dogmatischen Figuren die Rechtsideale der Moderne verwirklicht werden und an welchen Punkten der Modernisierungspfad verlassen wird. Dabei geht es einerseits darum, Familienrechte und ihre Entwicklung mit den Augen der Gesellschaftstheorie zu beobachten (unten III.). Andererseits geht es darum, auf dem begrenzten Feld des Familienrechts Antworten auf die gesellschaftstheoretisch kontrovers diskutierte Frage zu geben, ob die Moderne eigentlich eine Wachstumsgrenze hat und irgendwann zwangsläufig kippt und wo diese Kippunkte gegebenenfalls zu vermuten sind. Sind also weitere Modernisierungen plausibel oder bewegt sich die familienrechtliche Moderne auf ein absehbares Ende zu (unten IV.)?

Die Untersuchung verfolgt mehrere Anliegen. Erstens geht es darum, die Leistungsfähigkeit der gesellschaftstheoretischen Perspektive für die Beobachtung familienrechtlicher Gegenwartsentwicklungen vor Augen zu führen und zugleich

deren Gesprächsangebote aufzunehmen. Es soll gezeigt werden, wie produktiv es ist, Rechtswissenschaft und Gesellschaftstheorie miteinander zu verknüpfen, und was auf diese Weise sichtbar und erkennbar werden kann, was ansonsten beiden Wissenschaften dunkler und weniger nuanciert geblieben wäre. Zugleich versteht sich die Untersuchung zweitens als Beitrag zur familienrechtlichen Rechtsvergleichung. Die Fragen sind zwar entlang von deutschen Debatten entwickelt, doch ist der Beobachtungsradius auf die europäisch geprägte Moderne bezogen. Allerdings ist offensichtlich, dass auf den wenigen folgenden Seiten keine umfassende Klärung zum Verhältnis von Moderne und europäischen Familienrechten geleistet werden kann, weder in der Tiefe noch in der Breite. Es mussten Gesichtspunkte ausgewählt werden, und die meisten Beobachtungen konnten nur stichworthaft belegt und kaum je für das gesamte Ausmaß der europäischen Rechtsvielfalt begründet werden. Die Untersuchung versteht sich daher nicht als abschließende Antwort, sondern mehr als eine *Erprobung*, gleich einem ersten Stein, der in trübes, stilles Wasser geworfen wird, um weitere Kreise zu ziehen und Folgeforschungen zu inspirieren, die das Untersuchungsdesign präzisieren und für andere Modernen und ihre Rechtsordnungen erproben mögen.<sup>1</sup>

## II. Die Moderne und das Familienrecht: Theorien und Thesen

Doch zunächst gilt es zu klären, was hier mit „Moderne“ und „modern“ gemeint ist. In der alltagssprachlichen Verwendung ist „modern“ zumeist ein Synonym für „heutig“ oder „gegenwärtig“, im Gegensatz zu „vorhergehend“ und „veraltet“. Das Moderne ist das jeweilige Neue, Veränderte.<sup>2</sup> Dieses Verständnis von „modern“ findet sich auch im familienrechtlichen Schrifttum, exemplarisch bei Ingeborg Schwenzer in ihrer Ernst-Rabel-Vorlesung des Jahres 2006: „Grundlinien eines mo-

- 
- 1 Gestützt auf die Analysen von: *Shmuel N. Eisenstadt*, *Die Vielfalt der Moderne* (2000); dazu: *Reflections on Multiple Modernities*, hrsg. von Dominic Sachsenmaier/Jens Riedel (2002); *Varieties of Multiple Modernities*, hrsg. von Gerhard Preyer/Michael Sussmann (2016); *Martin Slama*, Artikel „Multiple Modernen“, in: *Lexikon der Globalisierung*, hrsg. von Ferdinand Kreff/Eva-Maria Knoll/Andre Gingrich (2011) 277–278; *Konfigurationen der Moderne*, hrsg. von Shalini Randeria/Martin Fuchs/Antje Linkenbach (2004).
  - 2 Semantische und etymologische Erläuterungen bei: *Hans-Ulrich Gumbrecht*, Artikel „Modern, Modernität, Moderne“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. IV, hrsg. von Otto Brunner/Werner Conze/Reinhard Koselleck (1978) 93–131, 95–96; *The Oxford Dictionary of English Etymology*, hrsg. von Charles T. Onions (1966) 584; *Dictionnaire historique de la langue française*, hrsg. von Alain Rey, Bd. II (2019) 2235–2236. Zur Begriffsgeschichte: *Rainer Piepmeier*, Artikel „Modern, die Moderne“, in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie online*, hrsg. von Joachim Ritter/Karlfried Gründer/Gottfried Gabriel; zum „Zeitbewusstsein der Moderne“: *Armin Nassehi*, *Moderne Gesellschaft*, in: *Klassische Gesellschaftsbegriffe der Soziologie*, hrsg. von Georg Kneer/Armin Nassehi/Markus Schroer (2001) 208–245, 214–218.

dernen Familienrechts“.<sup>3</sup> „Modern“ dient Gesetzgebungsbegründungen als Selbstbeschreibung,<sup>4</sup> Rechtskritik als Maßstab<sup>5</sup> und Rückblicken als Zäsur.<sup>6</sup> Ersichtlich ist damit nicht immer dasselbe gemeint. Dennoch gibt es einen gemeinsamen Kern in dieser alltagssprachlichen Bedeutung von „modern“, der näher an die spezifische Bedeutung heranführt, die hier zugrunde gelegt wird: „Modern“ hat etwas mit Veränderung zu tun. Wenn das Moderne das Neue, Gegenwärtige ist, ist das Moderne zugleich das *Veränderliche* im Gegensatz zum Ewigen, Unabänderlichen oder zyklisch Wiederkehrenden.<sup>7</sup>

Im Folgenden werden „modern“ und „Moderne“ in dem spezifischen Sinn verwendet, der in der europäischen Soziologie entfaltet worden ist. Dabei hängen Moderne und Soziologie zusammen: Eine Wissenschaft, die Gesellschaft beobachtet und analysiert (also: Soziologie), konnte erst entstehen, als die Welt erkennbar wurde als etwas Veränderliches und Gestaltbares; die Soziologie gilt als „Kind der Moderne“.<sup>8</sup> Die Grundlagen für ein solches Zeitbewusstsein und Weltverständnis wurden mit der europäischen Aufklärung geschaffen. Aufklärung, Reformation und

- 
- 3 Ingeborg Schwenzer, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 71 (2007) 705–728; *dies.*, Model Family Code (2006) 3; siehe außerdem etwa Siegfried Willutzki, 40 Jahre modernes Familienrecht in Deutschland, Familie und Recht 2017, 286–295; Mary Ann Glendon, The Transformation of Family Law (1989) 143–147, 297; Susan Golombok, Modern Families (2015); Tim Bracken, The Modern Family (2016).
  - 4 Exemplarisch *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG), BT-Drs. 16/6308 vom 7.9.2007, S. 1; *Bundesministerium der Justiz*, Zyperien: Bausteine für ein modernes Familienrecht, Mitteilung der Pressestelle des Bundesministeriums der Justiz vom 28.8.2009, Forum Familienrecht 2009, 348–349; *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BT-Drs. 19/24445 vom 18.11.2020, S. 107; *Bundesministerium der Justiz*, Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts: Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht vom 25.1.2024 (einzusehen unter <www.bmj.de>); für Frankreich: Ordonnance n°2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille.
  - 5 Anita Grandke, Familienrecht in der ehemaligen DDR nach dem Einigungsvertrag, Deutsch-Deutsche Rechts-Zeitschrift 1990, 321–325, 324: Im Zuge des Einigungsvertrags sei die Möglichkeit zur Entwicklung eines „modernen Familienrechts“ versäumt worden.
  - 6 Exemplarisch Dieter Schwab, Familienrecht in den 60er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, in: Reform und Revolte: Eine Rechtsgeschichte der 1960er und 1970er Jahre, hrsg. von Martin Löhnig/Mareike Preisner/Thomas Schlemmer (2012) 119–135, 135: die 1960er-Jahre als „Einstieg in die Modernisierung des deutschen Familienrechts“, Willutzki, 40 Jahre modernes Familienrecht (Fn. 3) 286–295.
  - 7 Franz-Xaver Kaufmann, Religion und Modernität, in: Die Moderne – Kontinuitäten und Zäsuren, hrsg. von Johannes Berger (1986) 283–307, 292: „Modern sind soziale Verhältnisse insoweit, als ihre Änderbarkeit und damit Vergänglichkeit in ihrer Definition mitgedacht wird“.
  - 8 Armin Nassehi, Der soziologische Diskurs der Moderne<sup>2</sup> (2017) 62; *dies.*, Moderne Gesellschaft (Fn. 2) 209.

Französische Revolution gelten als Schlüsselereignisse und wesentliche Voraussetzung für ein ganzes Bündel von Entwicklungen, die seither von den neuzeitlich-europäischen Ursprüngen abgelöst sind und zum Inbegriff der Moderne als einer bestimmten Form von Gesellschaftlichkeit gezählt werden. Zu ihren zentralen Merkmalen werden insbesondere gezählt: Subjektbetonung und Säkularisierung, Verwissenschaftlichung und Rationalisierung, Industrialisierung und Demokratisierung, Politisierung, Ausdifferenzierung und Globalisierung.<sup>9</sup> In diesem spezifischeren Sinn ist nicht alles modern, was neu oder heutig ist. Sondern die Moderne zeigt sich darin, *wie* Gesellschaften ihre politischen, wirtschaftlichen, rechtlichen etc. Institutionen ausrichten, anpassen und begründen. Als Ausdruck der Moderne gelten Prozesse der Emanzipation und der Freisetzung aus Traditionen und Ständewesen sowie das Bewusstsein beständiger Veränderlichkeit der Welt. Diese Linien lassen sich ins Recht verlängern. Im Recht spiegeln sich die Anliegen der Moderne in vielen in Europa vertrauten und verbreiteten Rechtsidealen wider. Die Moderne ist eingeschrieben im Bekenntnis zu universellen Menschenrechten, Gleichberechtigung und personaler Würde, sie manifestiert sich in bestimmten Erwartungen an die Begründung und Veränderlichkeit von Recht (Demokratie, Zweckrationalität, Kontingenz) und im Streben nach Rückbeziehung allen Rechts auf das Individuum, seine Selbstbestimmung und Autonomie (normativer Individualismus).<sup>10</sup>

Ab hier werden die Dinge allerdings unübersichtlich. In vielen Punkten gehen die Einschätzungen auseinander. Fügen sich die Erfahrungen des 20. und 21. Jahrhunderts noch in das Deutungsmuster der klassischen Moderne oder sind wir in einer veränderten Form von Gesellschaftlichkeit angekommen, einer reflexiven zweiten Moderne, einer kapitalistischen Spätmoderne oder in einer grundsätzlich anderen, postmodernen Gesellschaftlichkeit? Diese Fragen werden in den Debatten der Modernisierungstheorie<sup>11</sup> verhandelt. In grober Zuspitzung und hoffentlich verzeih-

- 
- 9 Hier angelehnt an: *Andreas Reckwitz*, Gesellschaftstheorie als Werkzeug, in: Spätmoderne in der Krise, hrsg. von dems./Hartmut Rosa (2021) 23–150, 69 ff. Aus den deutschen Debatten sei verwiesen auf die *Ceuvres* von Ulrich Beck, Armin Nassehi und Hartmut Rosa; für einen Überblick: *Nina Degele/Christian Dries*, Modernisierungstheorie (2005); *Nassehi*, Moderne Gesellschaft (Fn. 2) 233–238. Siehe außerdem *Talcott Parsons*, *The Evolution of Societies* (1977); *Anthony Giddens*, *Modernity and Self-Identity* (1991); *ders.*, *The Consequences of Modernity* (1990); *Matt Dawson*, *Late Modernity, Individualization and Socialism* (2013).
- 10 Zu den normativen Institutionen der Moderne aus deutscher Sicht nur: *Marietta Auer*, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne* (2014) 6 ff.; *Jürgen Habermas*, *Der philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen* (1985/2022<sup>14</sup>) 390 ff.; *Dietmar von der Pfordten*, *Normativer Individualismus*, *Zeitschrift für philosophische Forschung* 58 (2004) 321–346.
- 11 Die Literatur ist unübersehbar. Exemplarisch *David Lerner*, *The Passing of Traditional Society* (1958): „regularities of modernization“; *Talcott Parsons*, *Evolutionary Universals in Society*, 28 *American Sociological Review* 339–357 (1964); jüngerer Überblick bei *Degele/Dries*, *Modernisierungstheorie* (Fn. 9); aus deutschen Debatten zuletzt: *Jens Beckert*, *Die verkaufte Zukunft* (2024); *Reckwitz*, *Gesellschaftstheorie* (Fn. 9) 99–128; *ders.*, *Verlust: Ein Grundproblem der Moderne* (2024).

licher Vereinfachung lässt sich das unübersichtliche Meinungsfeld für den Zweck dieser Untersuchung auf zwei Positionen herunterbrechen: Die erste Position ist die These von der *begrenzten* Moderne. Danach folgt die Moderne einer Steigerungslogik, die sich nicht unendlich fortsetzen kann, sondern auf Wachstumsgrenzen zuläuft und zwangsläufig an Kippunkte gerät oder bereits geraten ist. Diese Position findet sich exemplarisch in den *Cœuvres* von Max Horkheimer und Theodor Adorno („Dialektik der Aufklärung“)<sup>12</sup> sowie bei Ulrich Beck (Modernisierung als „Auflösungsprozess“, „Zeitalter der Nebenfolgen“).<sup>13</sup> Die zweite Position gründet auf der These von der fortdauernden, aber sich *wandelnden* Moderne. Danach lässt sich auch die globalisierte Gegenwart im 21. Jahrhundert mit den Idealen und Mechanismen einer sich immer wieder verändernden, im Kern jedoch noch selbstständigen Moderne erklären und nachvollziehen, sodass ein Ende der Moderne „noch lange nicht in Sicht [ist]“.<sup>14</sup>

Es wäre vermessen, hier zu versuchen, das soziologische Debattenfeld global zu weiten und ordnend aufzufächern. Aber schon mit den wenigen Bruchstücken lässt sich fassen, was im Folgenden untersucht werden soll: Es geht darum, für einen eng umgrenzten Ausschnitt – ausgewählte Regelungsfragen des Familienrechts – nachzuvollziehen, ob und inwieweit sich die europäischen Familienrechte und ihre Entwicklung mit den Idealen und Mechanismen der Moderne erklären lassen. Was geschieht, wenn man familienrechtliche Institutionen und ihre Entwicklungen mit den Augen der Gesellschaftstheorie betrachtet? Bestätigen familienrechtliche Entwicklungen die These von der Übersteigerungslogik oder fügen sie sich eher in das Bild von der Gesellschaft in Dauerrevision? Dieser Ansatz umfasst eine statische und eine dynamische Fragestellung. In statischer Hinsicht dienen die Ideale der Moderne als diagnostischer Maßstab. Es geht um die Frage: „Wie modern sind Familienrechte?“<sup>15</sup> Zugleich wird es unternommen, den familienrechtlichen Möglich-

12 Max Horkheimer / Theodor Adorno, *Dialektik der Aufklärung* (1944/2006).

13 Ulrich Beck, *Der Konflikt der zwei Modernen*, in: *Die Modernisierung moderner Gesellschaften*, hrsg. von Wolfgang Zapf (1991) 40–54, 45; *ders.*, *Risikogesellschaft* (1986/2020<sup>24</sup>); *ders.*, *Das Zeitalter der Nebenfolgen und die Politisierung der Moderne*, in: *Reflexive Modernisierung*, hrsg. von dems. / Antony Giddens / Scott Lash (1996) 19–112; in diese Richtung auch Oliver Nachtwey, *Die Abstiegsgesellschaft* (2016) 71 ff., 75–76, zur „regressiven Modernisierung“ und einem Fortschritt, „der den Rückschritt in sich trägt“.

14 Stefan Hradil, *Sozialstrukturelle Paradoxien und gesellschaftliche Modernisierung*, in: Zapf (Fn. 13) 361–369, 368. – Exemplarisch Andreas Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017) 430 ff.; *ders.*, *Verlust* (Fn. 11) 120 ff., 289 ff., 410 ff.; Giddens, *Consequences of Modernity* (Fn. 9); Dawson, *Late Modernity* (Fn. 9); Brian Heaphy, *Late Modernity and Social Change* (2007). – Wiederum anders Zygmunt Bauman, *Modernity and Ambivalence* (1991; dt.: *Moderne und Ambivalenz*, 1992): die Moderne als „unmögliche Aufgabe“; Peter Wehling, *Die Moderne als Sozialmythos: Zur Kritik sozialwissenschaftlicher Modernisierungstheorien* (1992): die Moderne als „Sozialmythos“.

15 Das hier angewandte Forschungsdesign unterscheidet sich auch darin von der Untersuchung von Ingeborg Schwenzer, dass sie die zugrunde gelegten Rechtsideale ihrerseits aus der

keitsraum auszumessen, also die Frage zu beantworten: „Wie modern kann Familienrecht überhaupt sein?“

Dieses Untersuchungsdesign ist zugegebenermaßen stark vereinfachend und mag als simplifizierend kritisiert werden. Für die Aussagekraft der Ergebnisse erscheint mir ein anderes Eingeständnis bedeutsamer: dass der Beitrag aus einer bestimmten Grundhaltung geschrieben ist, in der die Rechtsideale der Moderne wie Selbstbestimmung, Autonomie und Gleichberechtigung positiv bewertet und geteilt werden.<sup>16</sup> Diese Grundhaltung ist aus zwei Gründen problematisch. Erstens weil sie zu Überoptimismus, Überblendungen und anderen Verzerrungen führen kann. „Ein nach vorne gerichteter zukunftsoptimistischer Blick betrachtet das aussterbende schlechte Alte mit Ungeduld und ohne echtes Interesse“, meinte Hans Joas, um sich die Wirkmächtigkeit des Traums von der „gewaltfreien Moderne“ im 20. Jahrhundert zu erklären.<sup>17</sup> Und zweitens könnten das hier zugrunde gelegte Verständnis von Moderne, die positive Bewertung ihrer Rechtsideale und die Fokussierung auf die europäischen Familienrechte als eurozentrisch kritisiert werden. Dies ist genauso richtig wie unausweichlich, wenn man sich für die abendländische Moderne und die europäischen Familienrechte sowie deren Entwicklungskräfte interessiert.<sup>18</sup> Doch ist die positive Bewertung dieser Moderne und ihrer Rechtsideale nicht gleichbedeutend mit der Art und Weise, *wie* die europäische Moderne mitunter als Argument eingesetzt wird.<sup>19</sup> Solcher Überlegenheitsgestus ist hier nicht gewollt.

---

Rechtsvergleiche entwickelte. Die „Aufgaben eines modernen Familienrechts“ leitete sie aus der Rechtsvergleichung mit dem angloamerikanischen Rechtskreis ab. Daraus folgerte sie drei Prinzipien: „Nichteinmischung“, „Einfordern von Verantwortung“ und „Vorrang des Kindeswohls“; *Schwenzler*, Grundlinien (Fn. 3) 711–712. – Hier geht es dagegen nicht darum, Rechtsideale aus bestehendem Recht abzuleiten und dann rechtspolitisch anzuwenden („Rechtsvergleiche als Argument“), sondern es sollen die Thesen der Modernisierungstheorie auf beobachtbare Rechtsentwicklungen angewendet werden. Wie die weiteren Überlegungen zeigen, laufen die unterschiedlichen Quellen des Rechtsideals nicht zwingend auf Unterschiedliches hinaus, denn die von Schwenzler rechtsvergleichend abgeleiteten Prinzipien lassen sich ihrerseits als Ausdruck der Rechtsideale der Moderne verstehen. Aber es bleiben die Unterschiede im Erkenntnisinteresse.

- 16 Für Gegenseiten und kritische Perspektiven etwa: *Martha Fineman*, *The Autonomy Myth: A Theory of Dependency* (2005); *Sarah Conly*, *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism* (2012); *Jennifer Nedelsky*, *Reconceiving Autonomy: Sources, Thoughts and Possibilities*, 1 *Yale Journal of Law and Feminism* 7–36 (1989).
- 17 *Hans Joas*, *Der Traum von der gewaltfreien Moderne, Sinn und Form* 46 (1994) 309–318.
- 18 Vgl. *Giddens*, *Consequences of Modernity* (Fn. 9) 174–176: Modernität als „western project“; *Armin Nassehi*, *Geschlossenheit und Offenheit: Studien zur Theorie der modernen Gesellschaft* (2003) 209–228: der Diskurs über die Moderne als „westlicher Diskurs“.
- 19 Zu den dunklen Seiten der Moderne zähle ich ihre Tendenz zu einem Überlegenheitsgestus – in Weiterführung von Thesen, wie sie etwa *Francis Fukuyama*, *The End of History and the Last Man* (1992), entwickelt hat (liberale Demokratie als „endgültige menschliche Regierungsform“ und „universelles langfristiges Entwicklungsmuster“); für Gegenbewegungen siehe die Debatten über „multiple modernities“, dazu schon oben Fn. 1. Vielmehr ist einzu-



### III. Befunde: Modernisierungen und ihre Grenzen

Für den Zweck dieser Untersuchung sind drei familienrechtliche Themen ausgewählt, nämlich die Rechtsvorstellungen zu den familiären Rechtsformen Ehe und Partnerschaften (unten III.1.), Elternstellung und Abstammung (unten III.2.) und zum familiären Innenverhältnis (unten III.3.). Und abermals sei vorab eingeräumt, dass hier nicht nach Konvergenzen oder Divergenzen gefragt wird<sup>20</sup> und dass sich die Befunde auch nicht als rechtsvergleichende Tiefenanalysen verstehen mit dem Anspruch, die verschlungenen Wege von Transfers und Transplants aufzuspüren. Sondern die Leitfrage ist lediglich: Worin sind Familienrechte modern im gesellschaftstheoretischen Sinn und worin auch nicht?

#### 1. Ehe und Partnerschaften

Von Weitem betrachtet hat die Ehe als soziales und rechtliches *Phänomen* in Europa alle sozialen, politischen und wirtschaftlichen Umwälzungen seit der Wende zur Moderne überdauert. Sie ist nach wie vor existent und präsent, als soziale Institution genauso wie als Rechtsinstitut. Rechtsordnungen unterscheiden zwischen faktischem und rechtsförmigem Zusammenleben und eröffnen mit der Ehe einen herausgehobenen rechtlichen Status. Die Rechtsideale der Moderne haben die Ehe als rechtliches Phänomen also nicht unter sich begraben, und Überlegungen, die Ehe ganz abzuschaffen, sind vereinzelt geblieben.<sup>21</sup>

#### a) Öffnungen

Zugleich ist unübersehbar, dass sich die Rechtsvorstellungen zur Ehe gerade an der Wende zum 21. Jahrhundert fundamental geändert haben. Aus der Dichotomie von

---

räumen, dass gerade das westliche Selbstverständnis der Moderne den Boden bereitet für „sozialräumliche Unterscheidungsmöglichkeit“; siehe *Nassehi*, *Moderne Gesellschaft* (Fn. 2) 236.

- 20 Allerdings ist plausibel, dass Familienrechte in Richtung der Moderne konvergieren und Zusammenhänge zwischen Modernisierung und Konvergenzbewegungen bestehen; so die These von *Jens M. Scherpe*, *Comparative Family Law*, in: *The Oxford Handbook on Comparative Law*, hrsg. von Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann<sup>2</sup> (2019) 1088–1109, 1090: Konvergenz in Richtung „secular, pragmatic view of the family“ und „reason-based solutions“; anders zum Scheidungsrecht: *Masha Antokolskaia*, *Convergence and Divergence of Divorce Laws in Europe*, (2016) 18 *Child and Family Law Quarterly* (CFLQ) 307–330: Modernisierung ohne Konvergenz.
- 21 Siehe aber *Clare Chambers*, *Against Marriage* (2017) 11–112; *Elizabeth Brake*, *Minimizing Marriage* (2012): nur Regelungsrahmen für „caring relationships“; ähnlich *Jonathan Herring*, *Caring and the Law* (2013) 197: „If there is a case for retaining marriage as a primary concept (and perhaps, I accept we would need a different name), it should be as a way of safeguarding or promoting caring relationships“.



Ehe und Nicht-Ehe ist in vielen europäischen Rechtsordnungen eine differenzierte Landschaft geworden: Die Ehe wurde „geöffnet“ für Paare gleichen Geschlechts.<sup>22</sup> Neben der Ehe sind weitere Rechtsformen entstanden (registrierte oder eingetragene Partnerschaften, *Pacte civil de solidarité*).<sup>23</sup> In Deutschland liegen Eckpunkte zur Einführung einer Verantwortungsgemeinschaft vor.<sup>24</sup> Zugleich verringert sich der Abstand von nichtehelichen, faktischen Lebensgemeinschaften zur Ehe, indem

- 
- 22 Niederlande (2001), Belgien (2003), Spanien (2005), Norwegen und Schweden (2009), Portugal und Island (2010), Dänemark (2012), Frankreich (2013), Vereinigtes Königreich (2014), Irland und Luxemburg (2015), Malta, Finnland und Deutschland (2017), Österreich (2019), Schweiz und Slowenien (2022) sowie zuletzt Estland, Griechenland und Andorra (2024). Überblick bei *Kees Waaldijk*, *What First, What Later? – Patterns in the Legal Recognition of Same-Sex Partners in European Countries*, in: *Same-Sex Families and Legal Recognition in Europe*, hrsg. von Marie Digoix (2020) 11–44, 14; außerdem *Ferdinand Wollenschläger/Dagmar Coester-Waltjen*, *Ehe für Alle* (2018) 133–217. Anders ist die Rechtslage in Zentral- und Osteuropa, z. B. in Tschechien (registrierte Partnerschaft seit 2006, weitere Annäherung an die Ehe ab 2025), Polen (Art. 18 der polnischen Verfassung), Lettland (Art. 110 der lettischen Verfassung), Ungarn (Art. L der ungarischen Verfassung), Rumänien (Art. 258 rumänisches ZGB), Kroatien (Art. 62 der kroatischen Verfassung), Litauen (Art. 38 der litauischen Verfassung) und Bulgarien (Art. 46 der bulgarischen Verfassung); exemplarisch *Marta Bucholc*, *Conditions for LGBTIQ+ Families in Poland*, in: *Between Sexuality, Gender and Reproduction*, hrsg. von Nina Dethloff/Katharina Kaesling (2023) 155–172; *Suzana Kraljić*, *Same-Sex Partnerships in Eastern Europe: Marriage, Registration or No Regulation?*, in: *Same-Sex Relationships and Beyond*<sup>3</sup>, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs (2017) 55–75. – Differenziert zur Frage eines East-West-Divide *Konrad Duden/Denise Wiedemann*, *Concluding Remarks: Changing Families, Changing Family Law*, in: *Changing Families, Changing Family Law in Europe*, hrsg. von dens. (2024) 339–357, 350–352.
- 23 *The Future of Registered Partnerships*, hrsg. von Jens M. Scherpe/Andy Hayward (2018); zum PACS *Nicola Hoischen*, *Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich* (2017) 187 ff.; *Wilfried Rault*, *Twenty Years of PACS: The Specificities of the French Civil Union*, in: *Research Handbook on Marriage, Cohabitation and the Law*, hrsg. von Rebecca Probert/Sharon Thompson (2024) 256–274; *Philippe Malaurie/Hugues Fulchiron*, *Droit de la famille*<sup>8</sup> (2022) Rn. 296–395; älterer Überblick bei *Anne Röthel*, *Lebensformen – Status – Personenstand: rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet*, *Das Standesamt 2006*, 34–42. Anders ist die Rechtslage in der Schweiz, wo die nichteheliche Lebensgemeinschaft nicht als eigenes Rechtsinstitut anerkannt ist; siehe *Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller*, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches* (2022) Rn. 74.
- 24 *Bundesministerium der Justiz*, Eckpunkte für die Einführung der Verantwortungsgemeinschaft (2.2.2024), einzusehen unter <[www.bmj.de](http://www.bmj.de)>; dazu *Anne Röthel/Luise von Kügelgen/Christopher Reibetanz*, *Bedeutung der Verantwortungsgemeinschaft für Lebensgefährten, Geschwister und Pflegende*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2024, 1925–1930; rechtsvergleichend *Anatol Dutta*, *Die Verantwortungsgemeinschaft aus rechtsvergleichender Perspektive*, in: *Verantwortung und Gemeinschaft in modernen Gesellschaften*, hrsg. von Dagmar Coester-Waltjen/Volker Lipp/Philipp Reuß/Eva Schumann/Barbara Veit (2024) 47–64; *Konrad Duden*, *Verantwortungsgemeinschaft: Regelungsvorhaben und rechtsvergleichende Impulse*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 2023, 1838–1847.

Rechtsansprüche nach Scheitern der Beziehung begründet werden.<sup>25</sup> Diese Entwicklungen lassen sich leicht als Modernisierungen entziffern. Die Rechtsideale der Moderne zeigen sich nicht nur in der ausdifferenzierten Rechtsformenlandschaft, sondern auch in veränderten Begründungsordnungen. Die Öffnungen und Ausdifferenzierungen tragen vor allem darin die Züge der Moderne, dass sie religiöse und traditionale Begründungen (Ehe als Verbindung von Mann und Frau) zurückgewiesen und individualbezogene Forderungen nach Anerkennung aufgewertet haben.<sup>26</sup> Die über lange Zeit selbstverständlichen, traditionsfundierte „Abstandsgebote“, die die Ehe von anderen Formen des Zusammenlebens scharf unterschieden,<sup>27</sup> haben den Nachfragen nicht standgehalten, als rationale, säkulare und individualbezogene Begründungen eingefordert wurden.<sup>28</sup>

Auch in den Rechtsvorstellungen zur Scheidung sind Entwicklungen beobachtbar, die sich als Modernisierungen lesen lassen. Die „Liberalisierung“ der Scheidung, die viele europäische Familienrechte seit der Mitte des 20. Jahrhunderts vollzogen haben, bewirkte eine Aufwertung des Scheidungswillens gegenüber objektiven Scheidungsgründen (Eheverfehlung, Zerrüttung, Getrenntleben).<sup>29</sup> Damit lösten

25 Aufarbeitung in: *European Family Law in Action*, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Charlotte Mol/Emma van Gelder, Bd. V: *Informal Relationships* (2015) 697–821; rechtsvergleichend *Joanna Miles, Unmarried Cohabitation in a European Perspective*, in: *European Family Law*, Bd. III, hrsg. von Jens M. Scherpe (2016) 82–115; *Elise Goossens, One Trend, a Patchwork of Laws: An Exploration of Why Cohabitation Law is so Different throughout the Western World*, (2021) 35 *International Journal of Law, Policy and the Family* 1–36; Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften / *The Legal Status of Cohabitants*, hrsg. von Jens M. Scherpe/Nadjma Yassari (2005); siehe außerdem *Nausica Palazzo, Legal Recognition of Non-conjugal Families: New Frontiers in Family Law in the US, Canada and Europe* (2021).

26 Vgl. nur: *Familienrecht und Religion*, hrsg. von Claudia Mayer/Dieter Schwab/Peter Gottwald/Dieter Henrich (2019); *Patrick N. Parkinson, The Future of Marriage in Secular Societies*, in: *The Contested Place of Religion in Family Law*, hrsg. von Robin Fretwell Wilson (2018) 617–640; *Marriage, Law and Modernity*, hrsg. von Julia Moses (2018).

27 Exemplarisch für Frankreich das Napoleon Bonaparte zugeschriebene Diktum: „Les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d’eux“, zitiert nach: *Aline Cheynet de Beaupré, Droit de la famille* (2019) 10; für Deutschland siehe: *Christian Seiler, Ehe und Familie – noch besonders geschützt? – Der Auftrag des Art. 6 GG und das einfache Recht*, in: *Zur Disposition gestellt? – Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit*, hrsg. von Arnd Uhle (2014) 37–58, 41–43.

28 Etwa *Wollenschläger/Coester-Waltjen, Ehe für Alle* (Fn. 22) 21–120, zu der Frage, ob die Verschiedengeschlechtlichkeit noch Strukturmerkmal der Institutsgarantie ist.

29 Ablesbar etwa an der Reduzierung der Trennungszeit in Irland (*Family Law Act 2019 sec. 3(1) – Einführung der Scheidung 1996 durch Family Law (Divorce) Act 1996*) und Italien (*Art. 1 Legge n. 55 del 6 maggio 2015*) oder an der Eröffnung der einvernehmlichen Scheidung in Frankreich (*Artt. 229, 230 Code civil, eingeführt durch Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce*) und Österreich (§ 55a EheG, eingeführt durch das Bundesgesetz vom 15.6.1978 über Änderungen des Ehegattenerbrechts, Ehegüterrechts und des Ehescheidungsrechts, BGBl. Nr. 280/1978); eingehend *Roderick Phillips, Putting Asunder: A*

sich Rechtsordnungen von institutionellen Rückanbindungen der Scheidungsgründe an ein traditionales vorgegebenes „Wesen“ der lebenslangen Ehe, das über den Nachweis eines objektiven Scheidungsgrundes geschützt werden sollte. Der nächste Schritt auf diesem Weg ist die private Konsensualscheidungsordnung, wie sie in Spanien, Frankreich, Italien, Griechenland, Slowenien und Estland erprobt wird.<sup>30</sup> Das deutsche Recht befindet sich in einer Zwischenphase. Der Sache nach ist ein objektiver Scheidungsgrund erforderlich („Zerrüttung“), auch wenn dies durch Vermutungsregeln weitgehend „unsichtbar“<sup>31</sup> geworden ist (§ 1566 BGB) und gerichtlich kaum ermittelt wird.<sup>32</sup> Das englische Recht ist diesem Weg jüngst gefolgt.<sup>33</sup> In Deutschland wird einem vollständigen Rückbezug der Scheidung auf die Belange der Scheidungswilligen allerdings die Verfassung entgegengehalten: Art. 6 Abs. 1 Grundgesetz schützt die Ehe als überindividuelle Institution und nicht als „bloßes“ Freiheitsrecht.<sup>34</sup> Aber schon jetzt klingt das institutionelle Argument zurückgenommen gegenüber dem gesellschaftlich und fachgerichtlich eingeschlagenen Modernisierungspfad.<sup>35</sup> Ähnliche Richtungskämpfe lassen sich im schweizerischen Recht ab-

---

History of Divorce in Western Society (1988); außerdem *Antokolskaia*, Convergence and Divergence (Fn. 20) 307–330; *Glendon*, Transformation (Fn. 3) 191–196.

- 30 Spanien: Artt. 82, 87 Código Civil, eingeführt durch Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; Frankreich: Art. 229 Code civil, eingeführt durch Loi n° 2016-1547; Italien: Artt. 6, 12 Decreto-Legge n. 132 del 12 settembre 2014; Griechenland: Art. 1441 Astikos Kodikas, eingeführt durch Art. 22 Νόμος 4509/2017; Slowenien: Art. 97 Družinski zakonik; Estland: §§ 64, 64/-1 Perekonnaseadus; näher *Pablo Quinzá Redondo*, The Recognition of Non-Judicial Divorces in Europe, in: Duden/Wiedemann (Fn. 22) 23–38; außerdem: Scheidung ohne Gericht?, hrsg. von Anatol Dutta/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald/Martin Löhnig (2017).
- 31 *Bettina Heiderhoff*, Autonomie als Privatheit – Scheidung und Scheidungsfolgenrecht, in: Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?, hrsg. von Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (2022) 41–60, 44.
- 32 *Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester*, Dogmatik und Familienrecht, in: FS Claus-Wilhelm Canaris (2017) 659–680, 674.
- 33 Siehe sec. 1 Divorce, Dissolution and Separation Act 2020 (England/Wales): Voraussetzung für die Scheidung ist die unheilbare Zerrüttung der Ehe („broken down irretrievably“), aber es genügt eine entsprechende Erklärung, die das Gericht seiner Entscheidung als „conclusive evidence“ zugrunde legen muss, sowie eine spätere Bestätigung; zur Vorgeschichte *Stephen Cretney*, Family Law in the Twentieth Century (2003) 319–391.
- 34 BVerfG 28.2.1980 – 1 BvL 136/78, 1 BvR 890/77, 1 BvR 1300/78, 1 BvR 1440/78, 1 BvR 32/79, BVerfGE 53, 224, 245–246; BVerfG 4.5.1971 – 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58, 69–70.
- 35 Mit dieser Betonung *Christian Bumke*, Autonomie und familienrechtliche Institution am Beispiel der lebenslangen, aber auflösbaren ehelichen Lebensgemeinschaft, in: Röthel/Heiderhoff (Fn. 31) 19–40: „gesellschaftliche Institution“; *Heiderhoff*, Autonomie als Privatheit (Fn. 31) 44, 48: Abbildung von gesellschaftlichen Erwartungen an Verbindlichkeit; *Ingeborg Schwenzler*, Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2014, 966–1008, 974: „[Es] kann heute kaum mehr zweifelhaft sein, dass der Schutz der Institution der Ehe und noch weniger der damit einhergehende Schutz der ehemännlichen Vorrangstellung Ziel des Familienrechts sein kann. Familienrechtliche Re-

lesen. Die scheidungsrechtlichen Restbestände von Institutionenschutz werden mit dem „hohen ethischen Gehalt“ des Eheschutzes gerechtfertigt.<sup>36</sup> An diesem Beispiel zeigt sich zugleich, dass Modernisierung nicht abhängig ist vom Ausmaß der Konstitutionalisierung. Das schweizerische Recht lehrt, dass Verfassungen nicht die einzige Quelle für Institutionendenken sind. Im französischen Verständnis gilt Moral als Rechtsmaßstab für das Eherecht.<sup>37</sup> Und der Blick auf die deutschen Debatten führt vor Augen, dass Verfassungen im Hinblick auf die Rechtsideale der Moderne mehrdeutig sind: Über die Gewährleistung von Individualrechten können sie die Modernisierung antreiben und beschleunigen, aber sie können den Modernisierungspfad durch institutionelle Festlegungen auch verengen (unten IV.1.b)(1)).

### **b) An den Grenzen des Modernisierungspfades: Inzestverbot, Frühehe, Polyamorie**

Damit geraten die verbliebenen Festlegungen der Ehe durch die sogenannten Eheverbote in den Blick. Der Modernisierungsbefund hängt von den Bezugspunkten ab. Je weiter man zurückgeht, umso eindrücklicher bestätigt die Gegenwart die These von der fortschreitenden Modernisierung. Von den schätzungsweise 25 bis 50 kirchenrechtlichen Eheverboten, die Jack Goody bis zur Reformation zählte,<sup>38</sup> sind im Wesentlichen drei Eheverbote geblieben: das Eheverbot für Verwandte gerader Linie und Geschwister („Inzestverbot“)<sup>39</sup>, das Eheverbot der Mehrehe<sup>40</sup> sowie das

---

gelungen [...] müssen [...] geeignet sein, die Pluralität der familialen Beziehungen abzubilden. Dies setzt voraus, dass nach der real gelebten Beziehung gefragt und diese zum Ausgangspunkt rechtlicher Regelung genommen wird“.

- 36** *Walter Bühler/Karl Spühler*, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Familienrecht, 1. Abteilung: Eherecht, 1. Teilband 2. Hälfte (1980) Einleitung Rn. 22.
- 37** *Malaurie/Fulchiron*, Droit de la famille (Fn. 23) Rn. 1214: „une institution dont le sens et la finalité dépassent les volontés individuelles“.
- 38** *Jack Goody*, The Development of the Family and Marriage in Europe (1983); außerdem *Cretney*, Family Law (Fn. 33) 38–89.
- 39** Deutschland: § 1307 BGB; Spanien: Art. 47 Código Civil; Frankreich: Artt. 161–163 Code civil; Italien: Art. 87 Codice civile; Österreich: § 6 EheG; Schweiz: Art. 95 ZGB; England/Wales: Marriage Act 1949 und Marriage (Prohibited Degrees of Relationship) Act 1986; rechtsvergleichend *Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester*, Formation of Marriage, in: International Encyclopedia of Comparative Law, hrsg. von Aleck Chloros/Max Rheinstein/Mary Ann Glendon, Bd. IV (2007) Kap. 3, 53–58; außerdem schon *Hans Dölle*, Familienrecht, Bd. I (1964) 103–104; sowie die Beiträge in: Épouser au plus proche, hrsg. von Pierre Bonte (1994). – Nachzeichnung der Geschichte des Inzestverbots bei: *David Warren Sabean*, A Delicate Choreography (2023).
- 40** Deutschland: § 1306 BGB; Spanien: Art. 46 Código Civil; Frankreich: Art. 147 Code civil; Italien: Art. 86 Codice civile; Österreich: § 8 EheG; Schweiz: Art. 96 ZGB; England/Wales: Matrimonial Causes Act 1973; rechtsvergleichend: *Coester-Waltjen/Coester*, Formation (Fn. 39) Kap. 3, 29–37.

Verbot der Kinder- oder Frühehe.<sup>41</sup> Die bis ins 20. Jahrhundert verbreiteten Eheverbote wegen Geschlechtsgemeinschaft, Ehebruchs oder Schwägerschaft sind inzwischen aufgegeben.<sup>42</sup> Die Rechtsideale der Moderne haben säkulare und zweckrationale Begründungen eingefordert. Für das deutsche Recht erklärte das BVerfG im Jahr 1973 zum Eheverbot wegen Geschlechtsgemeinschaft, dass es zur verfassungsrechtlichen Legitimation von Eheverboten nicht genügt, sie „aus ‚uralten kultischen Vorstellungen‘ oder aus ‚rational nicht enthüllbaren Auffassungen‘ oder sonst aus metaphysischen Gründen oder bestimmten religiös-kirchlichen Regeln [herzuleiten]“, und forderte „sachliche, verstandesmäßig faßbare Gründe“ ein.<sup>43</sup> Dies richtete sich vor allem gegen das Traditionsargument („überkommene“ Regelung). Kurze Zeit später wurde im wissenschaftlichen Schrifttum zusammengefasst: „Die bloße Berufung auf das frühere Recht liefert im Grunde überhaupt kein Argument.“<sup>44</sup>

Heutige rechtspolitische Debatten drängen auf dem Modernisierungspfad weiter voran und verlangen nicht nur rationale, sondern individualbezogene Begründungen für Eheverbote. Dies richtet sich gegen institutionelle Herleitungen und Argumentationen, die sich auf ein vorfindliches „Wesen der Ehe“ o.Ä. gründen.<sup>45</sup> Genau so wenig wird es langfristig gelingen, Ebehindernisse allein damit zu begründen,

- 
- 41 Zur Ehemündigkeit in Deutschland: § 1303 BGB; Spanien: Art. 46 Código Civil; Frankreich: Art. 144 Code civil; Italien: Art. 84 Codice civile; Österreich: § 1 EheG; Art. 94 ZGB; England/Wales: sec. 2 Marriage Act 1949. Rechtsvergleichend *Nadjma Yassari/Ralf Michaels*, Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht, in: Die Frühehe im Recht, hrsg. von dens. (2021) 17–97; *Philipp Reuß*, Das Verbot von „Kinderehen“ – die deutsche Regelung aus rechtsvergleichender Sicht, FamRZ 2019, 1–10; *Megan Arthur/Alison Earle et al.*, Child Marriage Laws around the World: Minimum Marriage Age, Legal Exceptions, and Gender Disparities, (2018) 39 Journal of Women, Politics & Policy 51–74.
- 42 Das Eheverbot wegen Schwägerschaft wurde 1978 in Österreich und 1998 in Deutschland aufgegeben; das Eheverbot wegen Ehebruchs, das England/Wales und die Schweiz gar nicht kannten und das man in Italien nicht in den Codice civile von 1865 aufgenommen hatte, wurde in Deutschland (1976), Frankreich (1904), Portugal (1910), Dänemark (1922), Belgien (1935) und in den Niederlanden (1970) aufgegeben; näher *Wolfram Müller-Freienfels*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Eheverbots wegen Ehebruchs, Juristenzeitung (JZ) 1974, 305–314. – Zur internationalen Entwicklung *Andrea Büchler/Justyna Gora*, Die Eheschließung in rechtsvergleichender Sicht, FamPra.ch 2011, 96–118, 106: „wesentliche Liberalisierung“.
- 43 BVerfG 14.11.1973 – 1 BvR 719/69, BVerfGE 36, 146, 163 zu § 4 Abs. 2 EheG 1946.
- 44 *Müller-Freienfels*, Verfassungsmäßigkeit (Fn. 42) 310. – Gegensicht bei *Friedrich Wilhelm Bosch*, Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts (Teil I), FamRZ 1997, 65–75, 75: „Ist Eheschließungsrecht wirklich nur gemäß erbbiologischen und medizinischen Aspekten auszurichten? Ist es nicht ein Skandalum, wenn den Befürwortern der Beibehaltung der bisherigen Regelung [...] vorgehalten wird, sie beriefen sich ja nur auf ‚geschichtlich überkommene Tabus und allgemein-ethische Erwägungen?‘“
- 45 So aber BVerfG 26.2.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, 248 zu § 173 StGB: Unterstützung eines „in der Gesellschaft verankerten Unrechtsbewusstseins“; kritisch *Tatjana Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, 2085–2088.

dass sie „allen Rechtsordnungen des westlichen Kulturkreises gemeinsam sind“,<sup>46</sup> dass sie den Schutz der „Ordnung der Familie“<sup>47</sup> bezwecken oder dass ansonsten die „security of the family“<sup>48</sup> in Gefahr sei. „Tradition“ könne kein rechtfertigender Umstand sein, heißt es.<sup>49</sup> Die Gegenwartsdebatten verlangen nach individualbezogenen Begründungen. Sie lauten derzeit wie folgt: Die Anforderungen an die Ehemündigkeit werden mit dem Schutz gegen Zwangsehen erklärt,<sup>50</sup> das Verbot von Verwandtenehen soll Rollenverwirrung vermeiden und das Funktionieren der Kleinfamilie garantieren,<sup>51</sup> und das Verbot von Mehrehen gilt als Gewähr für Gleichberechtigung und Diskriminierungsschutz.<sup>52</sup> Hier zeigt sich die Moderne in umgestellten Begründungen.<sup>53</sup> Doch liegt darin kein Endpunkt. Vielen leuchtet heute schon das Eheverbot der Verwandtenehe nicht mehr ein.<sup>54</sup> Soweit Rechtsord-

46 So aber *Schwenzer*, Grundlinien (Fn. 3) 714.

47 So zum slowenischen Recht *Barbara Novak*, Familienrecht und Religion – Länderbericht Slowenien, in: Mayer / Schwab / Gottwald / Henrich (Fn. 26) 261–280, 263, m. w. N.

48 Dazu *Jonathan Herring*, Family Law<sup>11</sup> (2023) 98.

49 *Novak*, Familienrecht und Religion (Fn. 47) 265–267.

50 Für Deutschland: *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen, BT-Drs. 18/12086 vom 25.4.2017, S. 15; BVerfG 1.2.2023 – 1 BvL 7/18, BVerfGE 166, 1, 57–58; für Frankreich: siehe die Begründung zu Loi n°2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein d’un couple ou commises contre les mineurs: „lutte contre les mariages forcés“; für England/ Wales siehe exemplarisch die Stellungnahmen im Gesetzgebungsverfahren zum Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022, *Hansard*, HL Deb 1.4.2022, Bd. 820, Sp. 1801 f.; *Jens M. Scherpe*, Neues Mindestalter für Ehen und Civil Partnerships in England und Wales, FamRZ 2023, 1426–1427; für die Niederlande: Kamerstukken II 2012–2013, 33488, Nr. 3, S. 1. In Österreich ist im Jahr 2024 ein Regierungsentwurf zur Anhebung des Mindestalters angekündigt worden; siehe im Übrigen die Berichte in *Yassari / Michaels* (Fn. 41).

51 Für Deutschland etwa BVerfG 26.2.2008 (Fn. 45) 244–245 zu § 173 StGB: Vermeidung von Rollenkonkurrenz; *Dölle*, Familienrecht (Fn. 39) 101: „Reinheit der Familie“; *Martin Löhnig*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2023) § 1307 BGB Rn. 1: Sicherung eindeutiger Rollen in der Familie; funktionale Begründung bei *Talcott Parsons*, The Incest Taboo in Relation to Social Structure and the Socialization of the Child, (1954) 5 British Journal of Sociology 101–117: notwendig für das Funktionieren der Kleinfamilie. Siehe auch BVerfG 14.11.1973 (Fn. 43) 167: „Jedoch hat die Verhinderung sexueller Beziehungen im Familienverband [...] ihren guten Sinn. Die lebenswichtige Funktion der Familie für die menschliche Gemeinschaft [...] wird entscheidend gestört, wenn das vorausgesetzte Ordnungsgefüge durch sexuelle Beziehungen ‚über Kreuz‘ ins Wanken gerät“.

52 *Nina Dethloff*, Polygamie – Wer definiert Ehe und Familie in Europa?, in: FS Ingeborg Schwenzer, Bd. 1 (2011) 409–426, 420–425: „Polygyne Ehen widersprechen der Gleichberechtigung der Frau“ (420) und den menschenrechtlichen Verpflichtungen zum Diskriminierungsschutz, m. w. N.

53 Begründungsveränderungen konstatiert auch *Sabeen*, Delicate Choreography (Fn. 39) 909 ff., dort von moralischen zu biologischen Begründungen.

54 Zum Straftatbestand *Heike Jung*, Das Inzestverbot oder der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte auf den Spuren des Bundesverfassungsgerichts, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 2012, 617–620, 620: „[eine] wirklich schlüssige (rationale) Begründung für eine



nungen Feststellungsverbote für „Inzestabstammung“ kannten, werden diese zusehends aufgehoben.<sup>55</sup> Auf lange Sicht werden die europäischen Rechtsordnungen der Frage nicht ausweichen können, warum eine Ehe eigentlich nur von zwei Personen geschlossen werden kann. Die Konzeption der Verantwortungsgemeinschaft in Deutschland, die früheren Überlegungen zum französischen PACS<sup>56</sup> und die jüngeren Debatten über Polyamorie<sup>57</sup> mit ihrer Kritik an „compulsory monogamy“<sup>58</sup> spiegeln dies wider.<sup>59</sup> Damit lässt sich zusammenfassen: Die Rechtsentwicklungen im Recht der Paarbeziehungen bestätigen sowohl eine fortschreitende als auch eine unvollendete Verwirklichung der Rechtsideale der Moderne.

## 2. Elternstellung und Abstammung

Im Abstammungsrecht fallen die Beobachtungen ähnlich aus. Dies betrifft zunächst die Ausgangsbeobachtung, die auch schon im Zusammenhang mit der Ehe gemacht wurde: Eine Abschaffung von Abstammung und damit von Elternschaft im Rechtsinn liegt genauso außerhalb der Vorstellung wie eine völlige Abschaffung der Ehe als Rechtsinstitut. Auch die in den Rechtsordnungen des Civil Law selbstverständlichere Statusförmigkeit der Abstammung steht nicht grundsätzlich infrage.<sup>60</sup> Auch

---

gesonderte Strafbestimmung gegen den Inzest gibt es nicht“; näher *dies.*, Zur Strafbarkeit des Inzests, in: FS Heinz Leferez (1983) 311–322.

55 Belgien, Art. 325 ZGB, geändert durch Gesetz vom 21.12.2018.

56 Ursprünglich war vorgesehen, den PACS auch für die sog. *fratries* zu öffnen; Art. 10 des ersten Gesetzesvorschlages der Assemblée Nationale vom 9.12.1998; hierzu Rapport de la commission des lois constitutionnelles, N°1138 vom 14.10.1998; näher zum Gesetzgebungsverfahren: *Anne Röthel*, Nichtehele Lebensgemeinschaften – Neue Rechtsfragen und Regelungsaufgaben im In- und Ausland, Zeitschrift für Rechtspolitik 1999, 511–519, 515.

57 *Maura Strassberg*, The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory, 31 Capital University Law Review 439–563 (2003); *Luke Brunning*, The Distinctiveness of Polyamory, 35 Journal of Applied Philosophy 513–531 (2018).

58 *Jamie Heckert*, Love without Borders? – Intimacy, Identity and the State of Compulsory-Monogamy, in: *Understanding Non-Monogamies*, hrsg. von Meg Barker / Darren Langdrige (2010) 255–266; exemplarisch *Becky Rosa*, Anti-Monogamy: A Radical Challenge to Compulsory Heterosexuality?, in: *Stirring It: Challenges for Feminism*, hrsg. von Gabriele Griffin / Marianne Hester / Shirin Rai / Sasha Roseuil (1994) 107–120.

59 Wie hier *Ingeborg Schwenzer*, Ein Familienrecht für das 21. Jahrhundert, in: *Vierte Schweizer Familienrechtstage*, hrsg. von Ingeborg Schwenzer / Andrea Büchler (2008) 3–18, 9: Das Verbot der Mehrfachehe werde „verhandelbar“. Ansätze auch in Slowenien; so *Novak*, Familienrecht und Religion (Fn. 47) 265: „hie und da Zweifel“. Siehe auch schon *Glendon*, Transformation (Fn. 3) 49 („Even the prohibitions related to polygamy [...] have become in fact less absolute than is generally believed“), 52–55.

60 Die familienrechtliche Moderne hat den familienrechtlichen Status also nicht überwunden; dies kann man lesen als Widerlegung der viel zitierten These von *Henry Sumner Maine*, *Ancient Law* (1861), dass die Entwicklung von „primitive“ zu „progressive societies“ mit einer Entwicklung „from Status to Contract“ einhergehe. Gegensätzlichkeit und Alternativi-



der Gesamtbefund fällt ähnlich aus wie im Recht der Paarbeziehungen und lässt sich zusammenfassen als fortschreitende Annäherung an die Rechtsideale der Moderne.

### a) Pluralisierungen

Die Rechtsideale der Moderne spiegeln sich auch hier in einer drängenderen Forderung nach Rückbezug der rechtlichen Festlegungen auf rationale, säkulare, individualbezogene Begründungen wider. Dadurch sind die vorrangige Anknüpfung der Elternstellung an Geburt und Ehe, die Festlegung auf zwei Eltern und das Rechtsideal exklusiver und unanfechtbarer Elternstellungen unter Druck geraten.<sup>61</sup> Die Bestimmung der Rechtseltern wird zunehmend auf individualbezogene Begründungen verpflichtet, und zwar auf beiden Seiten. Abstammungsrechte werden rechtspolitisch und rechtlich daran gemessen, inwieweit sie dem Kindeswohl entsprechen,<sup>62</sup> aber es sind auch auf der gegenüberliegenden Seite der Eltern individu-

---

tät von *status* und *contract* betonen etwa: *Ingeborg Schwenzer*, Vom Status zur Realbeziehung (1987); *La contractualisation de la famille*, hrsg. von Dominique Fenouillet/Pascal de Vareilles-Sommières (2001); *From Status to Contract?*, hrsg. von Sibylle Hofer/Dieter Schwab/Dieter Henrich (2005); *Stephen Cretney*, Family and the Law – Status or Contract?, (2003) 15 CFLQ 403–416. Siehe auch die Beschreibung der Rechtsentwicklung bei *Schwenzer*, Model Family Code (Fn. 3) 2–3 („from status to contract and relation“); für „hybrid-models“ (Zwischenformen) plädiert *Katharina Isabel Schmidt*, Henry Maine’s „Modern Law“: From Status to Contract and Back Again, 65 American Journal for Comparative Law 145–186 (2017): Verbrauchereigenschaft als Beispiel für einen „contract-status“ und relationale Verträge als Beispiel für „status-contracts“.

61 Zum Folgenden siehe nur: Streit um die Abstammung: Ein europäischer Vergleich, hrsg. von Andreas Spickhoff/Dieter Schwab/Dieter Henrich/Peter Gottwald (2007); *Ingeborg Schwenzer*, Empfiehlt es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?, in: Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages, Bd. I (1992) A5–A112.

62 Für Deutschland etwa: *Nina Dethloff*, Was will der Staat? – Mutterschaft als Regelungsaufgabe, in: *Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, hrsg. von Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (2016) 19–30, 20; *Bettina Heiderhoff*, Herausforderungen durch neue Familienformen, NJW 2016, 2629–2634, 2630; *Herring*, Caring (Fn. 21) 199–203; *ders.*, Family Law (Fn. 48) 370 ff.; *Jens M. Scherpe*, The Present and the Future of European Family Law (2016) 85; *Paul Servais*, Historical Insights: The Historic Evolution of the Place of the Child in His or Her Family: From the Periphery, to the Centre, and Back?, in: *Adults and Children in Postmodern Societies*, hrsg. von Jehanne Sosson/Geoffrey Willems/Gwendoline Motte (2019) 625–640. Siehe auch BVerfG 9.4.2024 – 1 BvR 2017/21, NJW 2024, 1732 Rn. 51: „Für die Entwicklung des Kindes ist neben seiner Abstammung und neben der Qualität der Beziehungen zu seinen jeweiligen Bezugspersonen das Wissen und die Gewissheit von maßgeblicher Bedeutung, zu wem es gehört, welcher Familie es zugeordnet ist und wer als Mutter oder Vater Verantwortung für es trägt und das Vertrauen, dass die Zugehörigkeit von Bestand ist. Die rechtliche familiäre Zuordnung nimmt im Bewusstsein der Einzelnen eine Schlüsselstellung für die Individualitätsfindung sowie für das Selbstverständnis und das familiäre Verhältnis zu anderen ein.“ – Für die Schweiz: *Hausheer/Geiser/Aebi-Müller*,

elle Rechte entstanden.<sup>63</sup> Dies hat die europäischen Abstammungsrechte an vielen Punkten in Bewegung gebracht. Es ist erklärungsbedürftig geworden, wenn sorgerebereite leibliche Väter, die nicht mit der Mutter verheiratet sind, von der rechtlichen Elternstellung ausgeschlossen werden,<sup>64</sup> warum als Rechtseltern nur zwei Personen in Betracht kommen<sup>65</sup> und welche Rolle Geschlecht und geschlechtliche Identität bei der Bestimmung der Rechtseltern spielen.<sup>66</sup> Um Mehrelternschaft heute plausibel zurückzuweisen, genügen nicht Rekurse auf „überkommene Vorstellungen“, sondern es bedarf überprüfbarer Annahmen, zum Beispiel über die „Koordinierbarkeit“ mehrerer gleichrangiger Elternpositionen und das Risiko hoher Konflikthaftigkeit.<sup>67</sup>

Häufig ist die Rede davon, dass das Abstammungsrecht Prozesse der Pluralisierung und Individualisierung erlebe.<sup>68</sup> Der zutreffende Kern davon ist, dass die rechtlichen Begründungen für die Elternstellung pluraler geworden sind in dem Sinne, dass heute nebeneinander mehrere plausible Anknüpfungspunkte für die El-

---

Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fn. 23) Rn. 1165: Kindeswohl als „Maxime des Kindesrechts“.

- 63 Ein Beispiel ist die Aufwertung der Rechtsstellung des leiblichen Vaters; siehe etwa EGMR 21.12.2010 – 20578/07 (*Anayo./. Deutschland*) und EGMR 15.9.2011 – 17080/07 (*Schneider./. Deutschland*); dazu *Anatol Dutta*, The Status of Biological Fathers, in: The European Convention on Human Rights and its Impact on National Private Law, hrsg. von Matteo Fornasier/Maria Gabriella Stanzione (2023) 87–97; *Alice Margaria*, The Construction of Fatherhood: The Jurisprudence of the European Court of Human Rights (2019); für Deutschland zuletzt BVerfG 9.4.2024 (Fn. 62).
- 64 BVerfG 9.4.2024 (Fn. 62).
- 65 Überblick bei: *Dafni Lima*, Three Models for Regulating Multiple Parenthood: A Comparative Perspective, in: Duden/Wiedemann (Fn. 22) 95–111; *Courtney G. Joslin/Douglas NeJaime*, Multi-Parent Families, Real and Imagined, 90 *Fordham Law Review* 2561–2589, 2562 (2022), m. w. N.
- 66 Ein Beispiel ist die Anerkennung der Trans-Elternschaft in Schweden im Jahr 2018; näher *Alice Margaria*, Trans(forming) Fatherhood? – European Legal Approaches to „Seahorse Fatherhood“, in: Duden/Wiedemann (Fn. 22) 177–191.
- 67 Daraus resultiert die Vorstellung, dass es nicht zu viele Eltern geben sollte; BVerfG 9.4.2024 (Fn. 62) Leitsatz 3: Aus der Kindeswohlorientierung von Art. 6 GG folgt eine „enge Begrenzung der Zahl der Elternteile“. Dahinter steht die Vorstellung, dass eine Erhöhung der Zahl der Elternteile „mit einer Zunahme von Rollenkonflikten und Kompetenzstreitigkeiten zwischen den Elternteilen“ einhergehen könne (Rn. 43); zuvor schon BVerfG 19.2.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, BVerfGE 133, 59, 78: Die Begrenzung der Zahl der Elternteile soll Verantwortungunklarheiten, Kompetenz- und Rollenkonflikte vermeiden.
- 68 Exemplarisch: Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft, hrsg. von Dieter Schwab/Laszlo A. Vaskovics (2011); Plurality and Diversity in Law, hrsg. von Jacqueline Heaton/Aida Kemelmajer (2023); *Jehanne Sosson/Geoffrey Willems*, General Conclusion: The Challenge of Transparent and Inclusive Parenthood/Parentality in a Pluralist and Cosmopolitan Context, in: Sosson/Willems/Motte (Fn. 62) 865–873: demands of pluralism, flexibility and diversification; Plurality and Diversity of Family Relations in Europe, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Dieter Martiny (2019).

ternstellung bestehen: biologische, genetische, leibliche, soziale und intentionale Anknüpfungen. Zugleich ist eine Individualisierung des Abstammungsrechts beobachtbar, verstanden als zunehmende Zurückweisung von Typisierungen und Aufwertung von konkret-individuellen Kindesinteressen.<sup>69</sup> Beide Entwicklungen gehen in den Civil-Law-Rechtsordnungen mit einer abnehmenden Statusorientierung einher.<sup>70</sup> Der Elternstatus wird heute weniger exklusiv und auch weniger bestandskräftig gedacht. Es sind Rechte und Pflichten jenseits der Elternstellung entstanden,<sup>71</sup> und die Abstammung gliedert sich inzwischen auf in Primär- und Sekundärzuordnungen mit zunehmenden Korrekturmöglichkeiten.<sup>72</sup> So ist auch die Rechtstechnik des Statusverhältnisses den Nachfragen der Moderne ausgesetzt und ihrem Bestehen auf rationalen Rückbezug auf konkrete Individualinteressen. Auch wenn dies hier nur in Bruchstücken und Umrissen skizziert werden konnte, lässt sich abermals feststellen, dass die wesentlichen jüngeren Entwicklungen in den europäischen Abstammungsrechten mit dem Grundton der Moderne und ihren Rechtsidealen im Einklang stehen.

## **b) An den Grenzen des Modernisierungspfades: Die Sonderrolle der Geburtsmutter**

Zugleich ist absehbar, dass die Rechtsideale der Moderne weitere Veränderungen einfordern und derzeitige Rechtsvorstellungen bedrängen werden. Dies ist augenfällig für das abstammungsrechtliche Gewicht von Schwangerschaft und Geburt.<sup>73</sup>

- 
- 69 Michael von Landenberg-Roberg, Elternverantwortung im Verfassungsstaat (2021) 600–602: „Von weitreichenden Typisierungsbefugnissen zum Gebot der Einzelfallsensibilität“; rechtsvergleichend ablesbar an der zunehmenden, aber rechtlich variierenden Form der Anerkennung sozialer Elternschaft; vgl.: Social Parenthood in Comparative Perspective, hrsg. von Clare Huntington/ Courtney G. Joslin/ Christiane von Bary (2023).
- 70 Siehe schon Schwenzer, Grundlinien (Fn. 3) 725: „Abkehr vom rein statusorientierten Denken“; außerdem Anne Röthel, Was kann der Staat? – Der Statusgedanke im Abstammungsrecht, in: Regelungsaufgabe Vaterstellung, hrsg. von ders./ Bettina Heiderhoff (2014) 89–117. Zu Debatten des englischen Rechts: Rob George, Ideas and Debates in Family Law (2012) 129–146: parental responsibility, parenting and status.
- 71 In Deutschland ablesbar an § 1685 BGB (Umgangsrecht anderer Bezugspersonen) und an § 1687b BGB (kleines Sorgerecht für Stiefeltern); weitere Darstellungen bei: Huntington Joslin/ von Bary (Fn. 69); Heaton/ Kemelmajer (Fn. 68).
- 72 Für Deutschland siehe den Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht, Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, hrsg. vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2017) 24–25; zu Regelungsmodellen Tobias Helms, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, in: Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages, Bd. I (2016) F1–F104, F41–F44; rechtsvergleichend: The Law of Parenthood – A Comparative Guide, hrsg. von Josh Fenton-Glynn (im Erscheinen).
- 73 Deutschland: § 1591 BGB; Frankreich: Art. 311-25 Code civil; Österreich: § 143 ABGB; Schweiz: Art. 252 Abs. 1 ZGB; Griechenland: Art. 1463 Satz 1 Astikos Kodikas, neu gefasst

Die hoch kontroversen Debatten, die in weiten Teilen Europas über Eizellspende und Leihmutterschaft geführt werden,<sup>74</sup> haben spürbar gemacht, wie wirkmächtig die lange Tradition naturgegründeter Verbesonderungen und Höherbewertungen der Mutterstellung im christlichen Kulturkreis ist.<sup>75</sup> An dieser Fixierung der Mutterstellung auf die Geburtsmutter brechen sich derzeit die Rationalitätsansprüche der Moderne. Noch werden diese Modernisierungsforderungen auch dadurch zurückgehalten, dass Leihmutterschaft mit Verletzungen der Menschenwürde in Verbindung gebracht wird.<sup>76</sup> Der Menschenwürde-Einwand errichtet hochwirksame

---

durch Art. 14 G 4365/2015, in Kraft seit 24.12.2015; Irland: Children and Family Relationships Act 2015, s. 4; Polen: Art. 61(9) Familien- und Vormundschaftsgesetzbuch.

- 74 Exemplarisch zuletzt die Berichte in: Heaton/Kemelmajer (Fn. 68); außerdem *Katarina Trimmings/Paul Beaumont*, Parentage and Surrogacy in a European Perspective, in: European Family Law III (Fn. 25) 232–283; und die Beiträge in: Eastern and Western Perspectives on Surrogacy, hrsg. von Jens M. Scherpe/Claire Fenton-Glynn/Terry Kaan (2019).
- 75 Dass es sich dabei um eine relativierbare Vorstellung handelt, wird deutlich, wenn man die Höherbewertung der Vaterstellung in islamischen Familienrechten betrachtet; dazu *Nadjma Yassari*, Gespaltene Elternschaft – zur kulturellen Bedeutung von Mutter und Vater im deutschen und iranischen Recht, in: FS Hans-Joachim Dose (2022) 577–587, 583 ff. Zur Sonderrolle von Deutschland: *Barbara Vinken*, Die deutsche Sonderrolle – Familienpolitik und Geschlechtermodelle im europäischen Vergleich, in: Fragmentierte Familien, hrsg. von Inge Kroppenber/Martin Löhnig (2010) 71–88; außerdem *Harry Willekens*, Motherhood as a Legal Institution: A Historical-Sociological Introduction, in: Motherhood and the Law, hrsg. von dems./Kirsten Scheiwe/Theresa Richarz/Eva Schumann (2019) 21–52.
- 76 Für Deutschland siehe die Begründung des Leihmutterschaftsverbots in: *Deutscher Bundestag*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, BT-Drs. 11/4154 vom 9.3.1989, S. 6–7; für Frankreich: *Muriel Fabre-Magnan*, La gestation pour autrui (2013): „dignité“ (S. 120), „marchandisation“ (S. 48, 100); *Malaurie/Fulchiron*, Droit de la famille (Fn. 23) Rn. 1127: „dignité de la femme“, „rejet de tout réification de l’enfant“; für Italien: Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 28.1.2021, Nr. 33/2021, *Familia* 2021, 391: Leihmutterschaft verletzt „in einer nicht zu tolerierenden Weise die Würde der Frau und untergräbt [menschliche] Beziehungen zutiefst“ („la pratica della maternità surrogata ‚offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane““, mit Verweis auf das Urteil des Verfassungsgerichtshofs vom 18.12.2017, Nr. 272/2017); für die Schweiz: Art. 1 Abs. 2, Art. 4 des Bundesgesetzes über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (FMedG) vom 18.12.1998 in der Fassung vom 1.7.2023; für Österreich: Regierungsvorlage 216 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVIII. GP, S. 10, in der die Menschenwürde zwar als „Schlagwort, mit dem sich je nach dem Standpunkt des Betrachters sowohl ablehnende als auch befürwortende Ansichten zur Fortpflanzungsmedizin begründen lassen“, eingeordnet wird, aber dennoch zur Begründung des Verbots dient, weil der Gesetzgeber „unter Bedachtnahme auf die Würde des Menschen über höchst fragwürdige Erscheinungen bei der Anwendung medizinischer Fortpflanzungsmethoden, etwa die Herabwürdigung des Kindes zum Gegenstand einer ‚Herausgabeverpflichtung‘ oder die mögliche Ausbeutung der Gebärfähigkeit der Frau, nicht hinwegsehen“ könne. – Für rechtsvergleichende Überblicke siehe die Länderberichte in: Scherpe/Fenton-Glynn/Kaan (Fn. 74); aus der deutschen Debatte etwa: *Elisabeth Koch*, Die Leihmutterschaft im Familienrecht der europäischen Länder, in: Leihmutterschaft und Familie, hrsg. von Edward

Diskursgrenzen und Tabuzonen.<sup>77</sup> Dennoch ist absehbar, dass sich auf lange Sicht nicht plausibel machen lässt, warum Schwangerschaft und Geburt stärkere Prädikatoren im Hinblick auf Elternverantwortung und Zugehörigkeitsgefühl des Kindes sein sollen als der Wille zur Elternschaft, genetische Abstammung oder gelebte Fürsorge.

### 3. Familiäres Innenverhältnis

Die Untersuchung zur Erklärungskraft der Moderne soll nun für Fragen fortgesetzt werden, die bislang in der europäischen Rechtsvergleichung allenfalls am Rande interessiert haben: Vorstellungen zum familiären Innenverhältnis. Die rechtliche Anerkennung von familiären Verhältnissen – ob Ehe, Lebensgemeinschaft oder Elternschaft – geht einher mit der Vorstellung, dass auf diese Weise rechtliche Linien gezogen werden zwischen einem Innenverhältnis und einem Außenverhältnis. Die besondere Rechtlichkeit der familiären Rechtsformen war immer beides: sowohl Anknüpfungspunkt für *Privilegien* als auch Legitimation für *Privatheit*. So gelten Ehe, Elternschaft und andere rechtsförmige familiäre Beziehungen einerseits als plausible Begründung für herausgehobene Rechte und Ansprüche gegenüber privaten Dritten und dem Staat, andererseits speisen sie zugleich Forderungen nach „Nichteinmischung“<sup>78</sup>.

#### a) Emanzipationen

Im Folgenden soll nur der zweite Aspekt analysiert werden, also wie sich die Rechtsvorstellungen zum familiären Innenverhältnis bei Ehe, Familie, Elternschaft und Erwachsenenschutz gemessen an den Rechtsidealen der Moderne entwickelt haben. Hier spiegeln sich die Rechtsideale der Moderne in zwei Entwicklungsprozessen wider: Emanzipationen und Deprivatisierung.<sup>79</sup> Auf vielen Feldern sind die Rechtsideale der Moderne mit ihren Ansprüchen auf Gleichberechtigung und Selbstbestim-

---

Schramm/Michael Wermke (2018) 151–170, 152–155; Nina Dethloff, Leihmutterchaft in rechtsvergleichender Perspektive, in: Regulierung der Leihmutterchaft, hrsg. von Beate Ditzen/Marc-Philippe Weller (2018) 55–67.

77 Susanne Baer, Menschenwürde zwischen Recht, Prinzip und Referenz: Die Bedeutung von Enttabuisierungen, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 53 (2005) 571–588, 585–588; Ralf Poscher, „Die Würde des Menschen ist unantastbar“, JZ 2004, 756–762, 758; Josef Isensee, Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 131 (2006) 173–218, 179; Lothar Michael/Martin Morlok, Grundrechte<sup>8</sup> (2022) 141: „Tabu und Skandalon“; genauso für das Inzestverbot: Stefan Haack, Verfassungshorizont und Taburaum, AöR 136 (2011) 365–401.

78 Vgl. Schwenger, Grundlinien (Fn. 3) 711.

79 Gleichsinnig Anthony Giddens, The Transformation of Intimacy (1992) 184–203: „Democratisation of the private sphere“.

mung auf Ehefrauen, Kinder und Entmündigte zugelaufen. Patriarchale Vorrechte der Ehemänner wurden abgebaut, Kinder werden zunehmend als Rechtssubjekte anerkannt, und aus Entmündigten sind schutzbedürftige Erwachsene geworden mit justiziablen Rechtsansprüchen auf Selbstbestimmung. Um nur einige Entwicklungen in Erinnerung zu rufen: Die pauschale Entmündigung ist aus den europäischen Familienrechten verschwunden. Seit den 1980er-Jahren sind europaweite Reformprozesse beobachtbar, die hochdifferenzierte Verfahrens- und Rechtseinrichtungen hervorgebracht haben mit einem bis dahin ungekannten Grad an Justizibilität und materiellen Verpflichtungen in Bezug auf Erforderlichkeit und Selbstbestimmung. Die Entmündigung verschwand weitgehend aus den europäischen Familienrechten,<sup>80</sup> und viele Rechtsordnungen ersetzten die früheren Vormundschaften und Pflugschaften durch neue Rechtsinstitute wie Sachwalterschaft und später Erwachsenenvertretung (Österreich 2018),<sup>81</sup> rechtliche Betreuung (Deutschland 1992),<sup>82</sup> administration légale (Belgien 1991),<sup>83</sup> Beistandschaft (Schweiz 2013)<sup>84</sup> und Acompanhamento (Portugal 2019)<sup>85</sup> oder reformierten sonst ihr Erwachsenenschutzrecht in Richtung Selbstbestimmung.<sup>86</sup> Außerdem ist der Schutz vor familiärer Gewalt zu einem Thema europäischer Familienrechte geworden.<sup>87</sup> In denselben Zusammenhang gehört es, dass es Eltern inzwischen in den meisten europäischen Rechtsord-

---

80 In der Slowakei sieht das materielle Recht zwar noch eine Entmündigung vor, doch wurde am 1.7.2016 das entsprechende Verfahren durch eine Änderung der Außerstreitprozessrechtsordnung abgeschafft; hier nach: *Róbert Dobrovodský*, Zu aktuellen Entwicklungen im slowakischen Familienrecht in den Jahren 2020–2021, FamRZ 2021, 1452–1455.

81 Erwachsenenschutz-Gesetz (2. ErwSchG), Österreichisches BGBl. I 2017/59.

82 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflugschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG), BGBl. 1990 I 2002; Umbenennung in „rechtliche Betreuung“ durch das Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsrechtsänderungsgesetz – BtÄndG), BGBl. 1998 I 1580.

83 Loi relative à la protection des biens des personnes totalement ou partiellement incapables d'en assumer la gestion en raison de leur état physique ou mental, Moniteur belge vom 26.7.1991, S. 16553 ff.

84 Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Erwachsenenschutz, Personenrecht, Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, Amtl. Sammlung (AS) 2011 725 ff. vom 1.3.2011, in Kraft getreten am 1.1.2013.

85 Gesetz Nr. 49/2018 vom 14.8.2018.

86 Etwa England/Wales (2005), Frankreich (2007), Estland (2010), Norwegen (2013), Slowakei (2016), Italien (2017) sowie Spanien (2021); weiterführend die Länderberichte von: Family Law in Europe, einzusehen unter <<https://fl-eur.eu/>>. Ältere Überblicke bei: *Anne Röthel*, Erwachsenenschutz in Europa: Von paternalistischer Bevormundung zu gestaltbarer Fürsorge, FamRZ 2004, 999–1005; *The International Protection of Adults*, hrsg. von Richard Frimston/Alexander Ruck Keene/Claire van Overdijk/Adrian D. Ward (2015).

87 Seit 2011 auch sichtbar in der sogenannten Istanbul Convention des Europarates: Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CETS Nr. 210.

nungen ausdrücklich untersagt ist, ihre Kinder körperlich zu strafen.<sup>88</sup> Ebenso ist Vergewaltigung nun auch in der Ehe strafbar.<sup>89</sup> Und schließlich sind gesetzliche Leitbilder über die Aufgabenbewältigung in der Ehe zurückgenommen oder geschlechtsneutral gefasst worden.<sup>90</sup>

Erklärte das Bürgerliche Gesetzbuch im Jahr 1900: „Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu“ (§ 1354 Abs. 1 BGB a. F.), und: „Die Frau ist, unbeschadet der Vorschriften des § 1954, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten“, heißt es seit 2001 an derselben Stelle: „Die Ehegatten regeln die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen“ (§ 1356 Abs. 1 Satz 1 BGB). Dieselben Verschiebungen lassen sich im französischen Code civil ablesen. Nach den Vorstellungen des Code civil von 1804 schuldete die Ehefrau ihrem Ehemann „obéissance“ im Gegen-

- 88 Schweden (1979): Kap. 6 § 1 Elterngesetzbuch (1949:381); Finnland (1983): § 1 des Gesetzes über das Sorge- und Umgangsrecht vom 8.4.1983 i.d.F. vom 14.4.2023; Norwegen (1987): § 30 des Gesetzes vom 8.4.1981 über Kinder und Eltern; Österreich (1989): § 137 Abs. 2 Satz 2 ABGB; Zypern (1994); Dänemark (1997): § 2 Abs. 2 des Gesetzes über die elterliche Verantwortung; Litauen (1998); Lettland (1998); Kroatien (1999); Island (2003): Art. 1 des Gesetzes über die Rechtsstellung von Kindern Nr. 76/2003; Rumänien (2004): Art. 489 ZGB; Ukraine (2004); Deutschland (2000): § 1631 Abs. 2 BGB; Spanien (2007): Art. 154 Código Civil; Portugal (2007); Niederlande (2007): Art. 1:247 Burgerlijk Wetboek; Luxemburg (2008); Liechtenstein (2008); Litauen (2017); Frankreich: Art. 371-1 Abs. 3 Code civil seit 2020 (Art. L.1111-5 al. 2 Loi n° 2019-721 du 28 décembre 2019 relative à l’interdiction des violences éducatives ordinaires). – Anders ist die Rechtslage in Griechenland (Art. 1518 ZGB: Zuchtmittel sind zulässig, wenn sie erzieherisch geboten sind und die Würde des Kindes nicht verletzen). Auch in England und Wales existiert kein explizites Verbot; näher *Herring, Family Law* (Fn. 48) 547–549; siehe hierzu auch die Rechtsprechung des EGMR 25.4.1978 – 5856/72 (*Tyrer./United Kingdom*); EGMR 25.2.1982 – 7511/76, 7743/76 (*Campbell and Cosans./United Kingdom*); EGMR 18.7.1986 – 9471/81 (*Warwick./United Kingdom*); EGMR 25.3.1992 – 13134/87 (*Costello-Roberts./United Kingdom*); EGMR 23.9.1998 – 100/1997/884/1096 (*A./United Kingdom*).
- 89 Zu Frankreich: Art. 222-22 Strafgesetzbuch, Klarstellung durch Art. 36 Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants (1); zuvor wurde ein Einverständnis aufgrund der Ehe vermutet; dazu *Anne-Marie Leroyer, Droit de la famille* (2022) Rn. 444.
- 90 Zu Polen: *Błażej Bugajski, Familienrecht und Religion – Länderbericht Polen*, in: Mayer/Schwab/Gottwald/Henrich (Fn. 26) 281–302, 293; Überblick bei: *Max Rheinstein/Mary Ann Glendon, Interspousal Relations*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law IV* (Fn. 39) Kap. 4, 10–20. – Ein Gegenbeispiel ist Irland, wo ein Referendum zur Abänderung des geschlechtsbezogenen Eheleitbilds, das 1937 als Art. 41.2 in die Irish Constitution aufgenommen wurde („1. In particular, the State recognises that by her life within the home, woman gives to the State a support without which the common good cannot be achieved. 2. The State shall, therefore, endeavour to ensure that mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of their duties in the home“), am 8. März 2024 mit 73,93 Prozent der Stimmen abgelehnt worden ist; zu Reformdiskursen etwa: *Louise Crowley, Ireland: Sheltering the Homemaker in Irish Family Law*, in: *International Survey of Family Law*, hrsg. von Margaret Brinig (2018) 271–296, 277–282.



zug für „protection“ (Art. 213 Code civil in der Fassung bis 1938). Bis Ende 1970 hieß es an dieser Stelle: „Le mari est le chef de la famille“. Und wer heute in den Code civil schaut, trifft dort auf die Wendung, die Ehegatten schulden einander „respect“ (Art. 212 Code civil).<sup>91</sup> Mit ähnlicher Zielrichtung erklärt das griechische Zivilgesetzbuch: „Die Regelung des gemeinsamen Lebens der Ehegatten darf die beruflichen oder sonstigen Tätigkeiten jedes einzelnen Ehegatten nicht behindern und seine Persönlichkeitssphäre nicht verletzen.“<sup>92</sup> Was über lange Zeit als privat galt, ist Gegenstand von Rechten und Ansprüchen geworden. Emanzipations- und Gleichberechtigungsansprüche sichern wirtschaftliche und persönliche Entfaltungsfreiheit innerhalb der Ehe. Dies hat zu weiteren Verschiebungen geführt: Auch die Gestaltung der güterrechtlichen Vermögensfolgen der Ehe und die Regeln über die Zuweisung des Sorgerechts werden heute als Gleichberechtigungsfragen thematisiert.<sup>93</sup>

Diese hier nur näherungsweise skizzierbaren Rechtsentwicklungen sind oberflächlich rückführbar auf supranationale Verpflichtungen (EMRK, UN-KRK, UN-BRK, Istanbul-Konvention des Europarats) und dichtere Verfassungsvorstellungen zu Gleichberechtigung. Doch war es überhaupt erst möglich, die früheren Abstufungen, Rechtsunterschiede und Vorrechte von Ehemännern, Eltern und Vormündern als problematisch wahrzunehmen, nachdem sie sich nicht mehr selbstverständlich mit Natur, Tradition und Moral plausibel machen ließen. Abermals zeigt sich die rechtliche Moderne in einer Umstellung des Argumentationshaushalts. In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch begegnet „Natur“ in vielen Varianten als nicht näher spezifizierte Mischung von biologischen Annahmen und „sittlichen“ Vorstellungen, um den Namensvorrang des Ehemanns und sein Recht auf Güterverwaltung sowie die väterliche Letztentscheidung und sein Züchtigungsrecht plausibel zu machen.<sup>94</sup> Als dies nicht mehr trug, traten „Überlieferung“ und „uralte

---

91 *Leroyer*, Droit de la famille (Fn. 89) Rn. 445–448: Sie deutet das neue Leitbild „respect“ als Ausdruck einer „conception plus individualiste des relations entre époux“.

92 Art. 1387 Astikos Kodikas.

93 Zum güterrechtlichen „equal sharing“ siehe nur: *Jens M. Scherpe*, The Financial Consequences of Divorce in a European Perspective, in: *European Family Law III* (Fn. 25) 146–208; *Walter Pintens*, Matrimonial Property Law in Europe, in: *The Future of Family Property in Europe*, hrsg. von Katharina Boele-Woelki / Joanna Miles / Jens M. Scherpe (2011) 19–46; *European Family Law in Action*, Bd. IV: Property Relations between Spouses, hrsg. von Katharina Boele-Woelki / Bente Braat / Ian Curry-Sumner (2009). – Beim Sorgerecht zielt dies auf den Zugang nicht miteinander verheirateter Eltern, soweit keine automatische gemeinsame Sorge vorgesehen ist. Dies betrifft neben Deutschland (§ 1626a BGB) auch Österreich (§ 177 Abs. 2 ABGB) sowie England / Wales (sec. 4(1) Children Act 1989); dazu auch schon: *European Family Law in Action*, Bd. III: Parental Responsibilities, hrsg. von Katharina Boele-Woelki / Bente Braat / Ian Curry-Sumner (2005) 339–344.

94 Eingehender *Anne Röthel*, Natur als Normbegründung: Familienrechtliche Fallstudien und Folgerungen, in: *Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?*, hrsg. von ders. / Bettina Heiderhoff (2023) 197–230, 202–206.

Tradition<sup>95</sup> als Argumente hinzu, um die näher rückenden Gleichberechtigungsansprüche abzuwehren. Von hier lässt sich ein größerer Bogen erkennen: An die Stelle unverfügbarer Natur, gemeinsamer Tradition, kollektiver Sitte und gesellschaftlicher Moral sind individuelle Rechte und Ansprüche getreten.<sup>96</sup> Ehe, Familie und Vormundschaft schirmen Recht nicht mehr weitläufig ab, sondern werden an den Rechtsidealen der Moderne gemessen. Die Moderne hat die früheren rechtlichen Linien zwischen „innen“ und „außen“ aufgebrochen.

## b) An den Grenzen des Modernisierungspfades

Die Emanzipation von Ehefrauen, Kindern und Entmündigten machte die Familienrechte insofern modern, als sie sie dem Rechtsideal gleicher und universeller individueller Rechte näherbrachte. Damit ging einher, dass die früheren rechtlichen Abstufungen und Vorrechte nicht mehr damit plausibel gemacht werden konnten, etwa dass Ehe und Familie als Innenverhältnis vor dem Eindringen des Rechts geschützt werden müssten. Die Annäherung an die Rechtsideale der Moderne vollzog sich also nicht nur durch Prozesse der Emanzipation aus früheren Ungleichsverhältnissen, sondern diese Emanzipation war zugleich eine Überwindung von Rechtsvorstellungen über Privatheit. Mit dieser Beobachtung deutet sich schon an, wo Grenzen des Modernisierungspfades zu vermuten sind: dort, wo Rechtsvorstellungen nach wie vor mit Privatheit der Familie als Institution plausibel gemacht werden.

Dies geschieht derzeit durch Haftungsprivilegien im Familienverhältnis. Das deutsche Recht begrenzt die Haftung von Ehegatten untereinander und die Haftung der Eltern gegenüber ihren Kindern auf die eigenübliche Sorgfalt (§§ 1359, 1664 BGB).<sup>97</sup> Ähnliche Regelungen kennen das griechische Recht<sup>98</sup> sowie das estnische Recht.<sup>99</sup> Die deutschen Regelungen konnte der Gesetzgeber des Jahres 1900 noch schlüssig mit der „besonderen Natur des ehelichen Verhältnisses“ erklären.<sup>100</sup> In

95 BGH 13.7.1957 – IV ZB 23/57, BGHZ 25, 163, 168: „in allen Bevölkerungskreisen und bei beiden Geschlechtern weithin herrschendem Bewußtsein, daß der Mann vornehmlich die Familiengemeinschaft nach außen vertritt, die Frau sie im Inneren gestaltet“; außerdem BGH, Gutachten des I. Zivilsenats vom 6.9.1953, BGHZ 11 (Anhang) 34, 72: „der uralten Überlieferung in Deutschland folgend“.

96 Gleichsinnig *Laima Vaigé*, Violence as National Heritage?, in: Duden/Wiedemann (Fn. 22) 241–262.

97 Rechtsvergleichend zur Haftung innerhalb der Familie: *Salvatore Patti*, Intra-Family Torts, in: International Encyclopedia of Comparative Law IV (Fn. 39) Kap. 9, 13–18, 19–24.

98 Art. 1396 sowie Art. 1531 Astikos Kodikas: Haftung der Ehegatten bzw. der Eltern nur für eigenübliche Sorgfalt.

99 § 20 sowie § 133 Abs. 1 Perekonnaseadus: Haftung der Ehegatten bzw. der Eltern nur für eigenübliche Sorgfalt.

100 *Benno Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV (1899) 67, zu § 1359 BGB; § 1664 BGB wurde mit einer entsprechenden Rechtstradition erklärt, siehe *Mugdan*, ebd. 984. Aus jüngerer Zeit *Reinhard Voppel*, in:

dieselbe Richtung geht das deutsche Strafrecht mit dem Dogma von der eingeschränkten Notwehrbefugnis.<sup>101</sup> Ähnlich wurde die englische „interspousal immunity“ auf „family harmony“ und „domestic peace“ zurückgeführt.<sup>102</sup> Heute leuchtet beides vielen nicht mehr ein.<sup>103</sup> In den Einwänden spiegeln sich wiederum die Rechtsideale der Moderne wider: Die Haftungsprivilegien und Abstufungen sollen aufgegeben werden, weil ein überindividueller „Familienfrieden“ als Rechtsanliegen nicht mehr trägt und schutzwürdige individuelle Interessen gerade nicht gefördert, sondern eher gefährdet werden. Die Moderne zeigt sich auch hier im Bestehen auf einen individualschützenden Rückbezug der Rechtsvorstellungen.

Ein weiteres Beispiel für gegenwärtige Aushandlungsprozesse über die Rechtsideale der Moderne betrifft den Umgang der europäischen Rechtsordnungen mit religiös begründeten Erziehungsvorstellungen jenseits christlicher Traditionen. In vielen europäischen Rechtsordnungen ist beispielsweise die Frage des Umgangs mit Beschneidungen Neugeborener nach jüdischer Tradition diskutiert worden.<sup>104</sup> In Deutschland ist nach kurzer, kontroverser Debatte parlamentarisch entschieden worden, dass das Elternrecht die Entscheidung über die Beschneidung umfasst (§ 1631d BGB). Die Frage wurde also in die Privatheit der Familie überführt, anders als etwa in den Niederlanden, Schweden und Finnland.<sup>105</sup> Die Entscheidung des deutschen Rechts ist von vielen als fundamentaler Rückschritt gelesen worden.<sup>106</sup>

---

Staudinger, Kommentar zum BGB (2024) § 1359 Rn. 5–6: zur „Eheerhaltung“ und Sicherung des Rechtsfriedens; *Stefan Heilmann*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (2020) § 1664 Rn. 5: Schicksalsgemeinschaft.

101 BGH 26.2.1969 – 3 StR 322/68, NJW 1969, 802–803; BGH 25.9.1974 – 3 StR 159/74, NJW 1975, 62–63.

102 *Patti*, Intra-Family Torts (Fn. 97) 7–9.

103 Exemplarisch *Almuth Voß*, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse (2013); *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht<sup>7</sup> (2020) 654: problematische Entlastung.

104 Vgl. *Marie-Claire Foblets*, The Body as Identity Marker: Circumcision of Boys Caught between Contrasting Views on the Best Interest of the Child, in: *The Child's Interests in Conflict: The Intersections between Society, Faith and Culture*, hrsg. von Maarit Jänträ-Jareborg (2016) 125–162.

105 Siehe für Schweden: Lag (2001:499); für Finnland: Oberster Gerichtshof von Finnland (korkein oikeus) KKO:2008:93; näher *Maarit Jänträ-Jareborg*, The Child in the Intersection between Society, Family, Faith and Culture, in: dies. (Fn. 104) 1–30, 25–26.

106 Exemplarisch *Eva Schumann*, Beschneidung nach § 1631d BGB als Kindeswohlgefährdung?, in: FS Gerd Brudermüller (2014) 729–741; Gegensichten auch bei *Tatjana Hörnle/Stefan Huster*, Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern? – Am Beispiel der Beschneidung von Jungen, JZ 2013, 328–339.

## IV. Zusammenführungen

Die bis hierhin aufgenommenen Befunde erlauben nun Aussagen über Standort und Strukturen der familienrechtlichen Moderne (unten IV.1.). Zugleich sind Anhaltspunkte gewonnen in der Frage nach Entwicklungsgrenzen der familienrechtlichen Moderne (unten IV.2.). Als Resümee lässt sich festhalten, dass sich die familienrechtliche Moderne nicht nur in der Verwirklichung bestimmter materieller Rechtswerte offenbart, sondern zugleich als ein bestimmter Rechtsmodus erweist (unten IV.3.).

### 1. Standort und Strukturen der familienrechtlichen Moderne

Die Leitfrage dieses Beitrags lautet: Worin sind europäische Familienrechte modern im spezifischen Sinn der Gesellschaftstheorie und worin auch nicht? Die hier erhobenen Befunde haben ein nuanciertes Bild von der Erklärungskraft der Moderne für den Standort und die Strukturen der europäischen Familienrechte entstehen lassen.

#### a) Unvollendete familienrechtliche Moderne

Zunächst konnte gezeigt werden, dass die zentralen Verschiebungen in den Rechtsvorstellungen zu Ehe und Paarbeziehungen, Abstammung, Erwachsenenschutz und familiärem Leben den Rechtsidealen der Moderne entsprechen. Dies indiziert eine starke Erklärungskraft der gesellschaftstheoretischen Moderne für die rechtswissenschaftliche Erforschung europäischer Familienrechte. Sie vermittelt ein ertragreiches Raster. Schon darin erweist sich die soziologische Außenperspektive als fruchtbar. Eine weitere Einsicht ist, dass sich familienrechtliche Modernisierungen auf mehreren Ebenen vollziehen: *materiell* in der Verwirklichung der Geltungsansprüche von universellen Rechten, Selbstbestimmung und Gleichberechtigung, aber auch *formell* in umgestellten Erwartungen an die Begründung von Rechtsvorstellungen. Die Öffnung und Liberalisierung der rechtsförmigen Paarbeziehungen (III.1.a)), die Prozesse der Individualisierung und Pluralisierung im Abstammungsrecht (III.2.a)) sowie die Emanzipationsprozesse von Ehefrauen, Kindern und Entmündigten (III.3.a)) sind schlüssig als materielle Verwirklichungen der Rechtsideale der Moderne erklärbar. Diese Annäherungen sind aber ihrerseits Ausdruck und Ergebnis von geänderten formellen Erwartungen an die Begründung von Rechtsvorstellungen. Tradition, Überlieferung, Offenbarung und Natur haben an Begründungskraft zugunsten von säkularen und zweckrationalen Argumenten verloren; institutionenbezogene Regelungsbestände werden bedrängt von Forderungen nach individualbezogenen Rückanbindungen.

Aber die kursorische Durchsicht hat nicht nur ergeben, wo und inwiefern sich die europäischen Familienrechte auf dem Modernisierungspfad bewegen. Es ist auch

deutlich geworden, an welchen Punkten fortwährende Spannungslagen zu den Rechtsidealen der Moderne bestehen: in den dogmatischen Festlegungen auf Exogamie und Monogamie (III.1.b)), in der Fixierung der mütterlichen Abstammung auf die Geburtsmutter (III.2.b)) und in den dogmatischen Abschirmungen familiären Lebens gegen allgemeine Rechtsvorstellungen (III.3.b)). An diesen Punkten erweist sich die familienrechtliche Gegenwart mithin als *unvollendete* Moderne.

## b) Moderne und familienrechtliche Rechtsstrukturen

Die Durchsicht der familienrechtlichen Entwicklungen erlaubt außerdem erste Antworten auf die Frage nach spezifischen Zusammenhängen zwischen dem Modernisierungsgrad und ausgewählten familienrechtlichen Rechtsstrukturen.<sup>107</sup> Vielleicht hätte man vermutet, dass die Rechtsideale der Moderne umso vollständiger verwirklicht sind, je dichter die Konstitutionalisierung des Familienrechts ausfällt. Umgekehrt wäre es eine naheliegende Hypothese, dass die Verwirklichung der Rechtsideale der Moderne abhängig ist vom Ausmaß der Statusorientierung, sodass mit zunehmender Statusorientierung die Durchsetzung der Rechtsideale der Moderne eher behindert als gefördert wird. Die hier ermittelten Befunde tragen diese Thesen jedoch nicht. Vielmehr hat sich gezeigt, dass gegenüber den Anliegen der Moderne Konstitutionalisierung *mehrdeutig* und Statusorientierung *neutral* ist.

**(1) Konstitutionalisierung und Moderne: mehrdeutig.** Verfassungen können die Anliegen der Moderne sowohl bestärken als auch behindern – und beides sehr wirkungsvoll. Sie können die Rechtsideale der Moderne verkörpern und ihre Verwirklichung dynamisieren in Gestalt von Freiheits- und Gleichberechtigungsverbürgungen und Erwartungen an die Begründbarkeit von Rechtsregeln; aber sie können rechtliche Festlegungen auch über Institutsgarantien einfrieren, Annahmen tradieren und Diskursräume beschränken. Frankreich kennt seit 2024 ein verfassungsmäßiges Recht auf Abtreibung,<sup>108</sup> dagegen ist die irische Verfassung auf ein Verständnis von Familie als überpositive „moral institution“ festgelegt,<sup>109</sup> Ungarn hat im Jahr 2020 die Verfassung ergänzt um die Bestimmung: „Mutter ist eine Frau, Vater ist ein Mann“,<sup>110</sup> und viele osteuropäische Verfassungen haben sich auf ein

---

<sup>107</sup> Hier werden exemplarisch zwei Thesen verfolgt; weitere Untersuchungen könnten beispielsweise an der Rolle der Rechtsprechung des EGMR, der Bedeutung von UN-Konventionen, dem Verhältnis von expliziten Rechten zu Generalklauseln oder an der Bedeutung von Ethikkommissionen in Gesetzgebungsverfahren ansetzen.

<sup>108</sup> Art. 34 der französischen Verfassung, eingefügt durch Loi constitutionnelle n°2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse.

<sup>109</sup> Art. 41 Irish Constitution: „The State recognises the Family as the natural primary and fundamental unit group of Society, and as a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law.“

<sup>110</sup> Eingefügt im Jahr 2020 als Art. L Abs. 1.

heterosexuelles Eheverständnis festgelegt, etwa in Polen, Lettland, Ungarn und Rumänien.<sup>111</sup> Auch das deutsche Recht belegt, dass ein hoher Konstitutionalisierungsgrad keine Garantie für eine dynamische Modernisierung des Familienrechts bedeutet. Denn der gedankliche Möglichkeitsraum der Freiheits- und Gleichheitsrechte befindet sich in kontinuierlichem Widerstreit mit Institutsgarantien, verfassungsrechtlich fundierten Schutz- und Abstandsgeboten, „natürlichen“ Elternrechten sowie dem Einwand der Menschenwürde. Die lange Kette verfassungsgerichtlicher Entscheidungen zum Familienrecht gerät zu einer Schrittfolge, in der familienrechtliche Modernisierungen mal angestoßen und mal abgebremst werden.<sup>112</sup> Dies belegt: Verfassungen können die Rechtsideale der Moderne verkörpern, aber sie müssen es nicht. Genauso kann eine entwickelte, verdichtete Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie sich in der Bundesrepublik unter dem Grundgesetz ausgeformt hat, gemessen an den Rechtsidealen der Moderne sowohl für Öffnungen als auch für Schließungen stehen.<sup>113</sup> Und auch die Art der Konstitutionalisierung, die das bundesrepublikanische Recht seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts erlebt, hat sich gleichermaßen als Bürge wie als Bremse der Moderne erwiesen. Man kann diese verfassungsimmanenten Hürden als Unzulänglichkeit und Hemmnis der Moderne kritisieren oder aber umgekehrt als wertvolle Puffer ansehen, die den Aushandlungsprozess entschleunigen und dadurch ein Überschlagen oder Abkippen der Moderne verhindern (unten IV.2.).

**(2) Statusorientierung und Moderne: kein Widerspruch.** Ähnlich differenziert ist auf das Verhältnis von Statusorientierung und familienrechtlicher Moderne zu schauen. Die ausgeprägtere Statusorientierung in den Rechtsordnungen des Civil Law hat sich nicht als ein Distinktionsmerkmal auf der Modernisierungslandkarte erwiesen. Vielmehr erweist sich die Statusorientierung im Ausgangspunkt als neutral gegenüber den Rechtsidealen der Moderne, nicht anders als das Ausmaß an „Verrechtlichung“. Beides kann, muss aber nicht zu einem Modernisierungshemm-

111 Siehe schon oben Fn. 22.

112 Siehe einerseits die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur eingetragenen Lebenspartnerschaft (BVerfG 17.7.2022 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, BVerfGE 105, 313; BVerfG 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199) sowie zum Elternrecht nichtehelicher Väter (BVerfG 11.7.2010 – 1 BvR 420/09, BVerfGE 127, 132); andererseits die Beschränkung der rechtlichen Elternschaft auf zwei Elternteile (BVerfG 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, BVerfGE 108, 82, 102–103), die Billigung des Inzestverbots (BVerfG 26.2.2008 (Fn. 45)) und die Billigung der früheren Regelung zur Sorge nicht mit der Mutter verheirateter Väter (BVerfG 29.1.2003 – 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01, BVerfGE 107, 150).

113 Beide Bewegungen – Schließung und Öffnung – lassen sich exemplarisch anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsstellung von Vätern nachvollziehen. Während das Gericht im Jahr 2003 die rechtliche Elternschaft auf zwei Elternteile beschränkte (BVerfG 9.4.2003 (Fn. 112) Rn. 102–103), entschied es jüngst, dass die Strukturmerkmale des Elternrechts einem Nebeneinander von leiblichem und rechtlichem Vater nicht entgegenstehen (BVerfG 9.4.2024 (Fn. 62) Rn. 41–43).

nis geraten. Zwar wird man nicht übersehen, dass eine starke Statusorientierung dazu führen kann, dass feststehende, langfristige, stabile Rechtsverhältnisse bevorzugt werden. Dies kann den Rechtsidealen der Moderne entgegenstehen und in Widerstreit geraten mit Forderungen nach rationalen und individuellen (selbstbestimmungsbezogenen) Begründungen. So kann sich eine starke Statusorientierung in hohen Scheidungsanforderungen und begrenzter Abstammungsanfechtung niederschlagen. Dennoch sind Statusförmigkeit und Moderne kein Widerspruch. Entscheidend ist weniger, *ob* eine Rechtsordnung familienrechtliche Beziehungen zu Statusverhältnissen ausprägt, als vielmehr, *wie* sie ihre Ausformung begründet. Es kommt darauf an, ob Statusverhältnisse institutionell oder individuell rückgebunden werden. Dies erklärt, warum die bisherigen Modernisierungserfahrungen nicht zur Abschaffung von Ehe und Abstammung und zur Beseitigung des damit verbundenen Rechtsstatus geführt haben, sondern auf Öffnungen und Liberalisierungen *innerhalb* der Statusverhältnisse sowie auf die Einrichtung neuer Statusverhältnisse gerichtet waren.

## 2. Moderate familienrechtliche Moderne

Bislang ging es darum, die europäische familienrechtliche Gegenwart und ihren Weg auf der Modernisierungslandkarte zu verorten. Der Befund bestätigte eine gemeinsame Entwicklungsrichtung, die sich als unvollkommene Annäherung an die Rechtsideale der Moderne beschreiben lässt (IV.1.). Das Familienrecht bestätigt also keine der gesellschaftstheoretischen Kippthesen: Es gibt Ehe und Familie nach wie vor als rechtliche Institutionen. Was aber noch viel bedeutsamer ist: Gleiches gilt für das *doing family*. Anders als im ausgehenden 20. Jahrhundert prophezeit, werden nach wie vor Ehen geschlossen, Familien gegründet, und es leben Erwachsene mit Kindern in gemeinsamen Haushalten. Die von Charles Taylor ausgemalte „Malaise of Modernity“<sup>114</sup> und die Prophezeiungen von Ulrich Beck, dass das vereinzelt Individuum zum maßgeblichen Akteur der Existenzsicherung werde, haben sich nicht bewahrheitet.<sup>115</sup> Zu den prognostizierten dramatischen Funktionsverlusten und fundamentalen Entwertungen ist es nicht gekommen. Das Verhältnis von Familie und Modernisierung gilt als mehrdeutig, aber nicht als widersprüchlich.<sup>116</sup> Eher zeichnet sich ab, dass es eine dauerhafte Motivation zu Ehe und Elternschaft gibt, auch wenn sich die damit verbundenen Gehalte immer wieder wandeln.<sup>117</sup> Nach wie

---

114 Charles Taylor, *The Malaise of Modernity* (1991) 4: „[...] the dark side of individualism is a centering on the self, which both flattens and narrows our lives, makes them poorer in meaning, and less concerned with others or society.“

115 Beck, *Risikogesellschaft* (Fn. 13) 208–210.

116 So etwa Hans-Joachim Schulze/Jan Künzler, *Familie und Modernisierung: kein Widerspruch*, in: *Modernität und Solidarität*, hrsg. von Karl Gabriel/Alois Herlth/Klaus Peter Strohmeier (1997) 91–105.

117 So das Resümee von Rosemarie Nave-Herz, *Die Ehe in Deutschland* (2022) 162–163; *dies.*,



vor gelten familiäre Beziehungen für die allermeisten Menschen als „die wichtigsten Beziehungen überhaupt“.<sup>118</sup> Das Familienleben der Gegenwart hat viele Befürchtungen aus dem ersten Schub der Modernisierungskritik der 1980er-Jahre<sup>119</sup> leise widerlegt.

Aber auch eine andere Einschätzung hat sich nicht bewahrheitet: die These von der zwangsläufigen familienrechtlichen Gegenmoderne. Damit ist gemeint, dass die Moderne gesamtgesellschaftlich nur deshalb nicht an sich selbst scheitert („kippt“), weil sie sich dadurch im Gleichgewicht hält, dass sie gegenmoderne Enklaven beibehält,<sup>120</sup> und zwar gerade in der Familiensphäre. Mit anderen Worten: Die Familie ist nicht nur faktisch gegenmodern, weil ihr in ihren alltäglichen Vollzügen zum Bei-

- 
- Wozu noch Ehe? – Eine soziologische Analyse, in: FS Johannes Derleder (2005) 585–600; *Johannes Huinink*, Elternschaft in der modernen Gesellschaft, in: Gabriel/Herlth/Strohmeier (Fn. 116) 81–90; auch schon *Michael Erler*, Die Dynamik der modernen Familie: Empirische Untersuchung zum Wandel der Familienformen in Deutschland (1996). – Die ideale Bedeutung der Ehe betonend: *Jan Pryor*, Marriage and Divorce in the Western World, in: Contemporary Issues in Family Studies, hrsg. von Angela Abela/Janet Walker (2014) 46–58, 54; Ehe als „super-relationship to be aspired to rather than taken for granted“; *Brienna Perelli-Harris/Monika Mynarska et al.*, Towards a New Understanding of Cohabitation: Insights from Focus Group Research across Europe and Australia, Demographic Research 31 (2014) 1043–1078, 1066; ablesbar auch an der großen Zahl von Personen, die in nichtehelichen Lebensgemeinschaften leben, aber die Ehe anstreben; dazu *Nicole Hiekel/Aart C. Liefbroer/Anne-Rigt Poortman*, Understanding Diversity in the Meaning of Cohabitation Across Europe, European Journal of Population 30 (2014) 391–410, 399; *Kenneth Aarskaug Wiik/Renske Keizer/Trude Lappegård*, Relationship Quality in Marital and Cohabiting Unions Across Europe, 74 Journal of Marriage and Family 389–398, 392 (2012). Die Motivation zur Elternschaft ist ablesbar an den Erhebungen zu Kinderwunsch und ungewollter Kinderlosigkeit. Für Deutschland hat der Familienreport 2024 (einzusehen unter <[www.bmfsfj.de](http://www.bmfsfj.de)>) ergeben, dass sich etwa 90 Prozent der Kinderlosen „bestimmt oder vielleicht“ Kinder wünschen (S. 48–50); für Europa siehe: *Eva Beaujouan/Caroline Berghammer*, The Gap Between Lifetime Fertility Intentions and Completed Fertility in Europe and the United States: A Cohort Approach, Population Research and Policy Review 38 (2019) 507–535, 525–528. Außerdem hat der Familienreport 2024 ergeben, dass verheiratete Eltern nach wie vor die häufigste Familienform sind (S. 36); gleichsinnig die Ergebnisse von: *Eurostat*, People in the EU: Who Are We and How Do We Live? (2015), einzusehen unter <<https://ec.europa.eu/eurostat>>, S. 62; Ehe als häufigste Lebensform zur Kindererziehung. – Überblick über die demografische Studienlage bei: *Brienna Perelli-Harris/Bernice Kuang*, Demographic Perspectives on Cohabitation, in: Probert/Thompson (Fn. 23) 296–325. Der Zusammenhang von Modernisierung und Migration kann hier nur angedeutet werden; als Anfangspunkt sei empfohlen: *Bernhard Nauck*, Migration, ethnische Differenzierung und Modernisierung der Lebensführung, in: Zapf (Fn. 13) 704–723.
- 118** *Anja Steinbach/Karsten Hank*, Familie, in: Lehrbuch der Soziologie, hrsg. von Hans Joas/Steffen Mau (2020) 439–470, 466.
- 119** Exemplarisch bei *Beck*, Risikogesellschaft (Fn. 13), etwa S. 332 zur „vaterlosen“ Mutterschaft, S. 199; der Alleinstehende als Grundfigur der Moderne.
- 120** Dazu *Ute Gerhard*, „Bewegung“ im Verhältnis der Geschlechter und Klassen und der Patriarchalismus der Moderne, in: Zapf (Fn. 13) 418–432; *Ulrich Beck/Wolfgang Bonß*/

spiel keine Gleichberechtigung gelingt,<sup>121</sup> sondern sie muss auch zwangsläufig gegenmodern und ständisch bleiben, weil sonst die anderen Sphären der kapitalistischen Moderne nicht funktionieren könnten.<sup>122</sup> Wenn dies zuträfe, hätten die beobachteten Emanzipationen von Frauen und Kindern oder die Liberalisierungen des Scheidungsrechts entweder gar nicht stattfinden können oder nur um den Preis völliger Vereinzelung oder dysfunktionaler Arbeitsmärkte und brüchiger Marktökonomien. Dies hat sich nicht bewahrheitet. Eher ist zu beobachten, wie sich Arbeitsmärkte und familienrechtliche Emanzipationen gegenseitig beeinflussen und aufeinander einwirken.<sup>123</sup>

Mit diesem Gegenwartsbefund ist aber noch nichts darüber gesagt, ob nicht doch in der Zukunft Kippunkte lauern, wenn der Modernisierungspfad im Familienrecht weiter beschritten würde. Würde die Ehe dysfunktional werden, wenn sie rechtlich weiter geöffnet und die Scheidung weiter liberalisiert würde? Würde Elternschaft funktionslos, wenn nicht nur zwei oder drei, sondern vier und mehr rechtliche Elternstellungen eingeräumt würden? Niemand kann solche Entwicklungen völlig ausschließen. Doch hat der Rückblick darauf, wie die europäischen Familienrechte den Modernisierungspfad beschritten haben, auch ans Licht gebracht, dass zugleich gegenläufige Mechanismen in den Rechtsordnungen wirksam sind, die den Modernisierungsprozess immer wieder dämpfen und puffern. Darin erweist sich die familienrechtliche Moderne als eine *moderate* Moderne: eine Moderne mit der Fähigkeit zur Selbstbeobachtung und Selbstbegrenzung.<sup>124</sup>

### 3. Familienrechtliche Moderne als Modus

Die unvollendete und moderate (gemäßigte, gebremste) familienrechtliche Moderne ist zugleich eine Moderne, die die Moderne in ihrem Rechtsverständnis als *Modus* verinnerlicht hat. Denn die Rechtsideale der Moderne zeigen sich nicht nur in bestimmten materiellen Werten (Selbstbestimmung, Gleichberechtigung, universelle Rechte), sondern auch in bestimmten Vorstellungen von der Rolle des Rechts und seinen Entstehungsgründen. In der Moderne ist Recht begründungsbedürftig, veränderlich und in seinem Geltungsanspruch unbegrenzt. Der Moderne sind rechtsfreie Räume nicht plausibel, sie verlangt nach rationalen Begründungen für

---

*Christoph Lau*, Theorie reflexiver Modernisierung, in: Die Modernisierung der Moderne, hrsg. von Ulrich Beck/Wolfgang Bonß (2001) 11–62, 34.

121 *Cornelia Koppetsch/Günter Burkart*, Die Illusion der Emanzipation (1999) 317–320.

122 *Ulrich Beck/Elisabeth Beck-Gernsheim*, Das ganz normale Chaos der Liebe (1990) 38 ff.: „Die Industriegesellschaft ist eine moderne Ständegesellschaft“; nochmals *Beck*, Zeitalter der Nebenfolgen (Fn. 13) 56–64; *ders.*, Risikogesellschaft (Fn. 13) 176–204; *Beck/Bonß/Lau*, Reflexive Modernisierung (Fn. 120).

123 *Claudia Goldin*, Career and Family (2021) 109–132: „The Quiet Revolution“.

124 In Anlehnung an: *Detlef Pollack*, Modernisierungstheorie – revised: Entwurf einer Theorie moderner Gesellschaften, Zeitschrift für Soziologie 54 (2016) 219–240, 235.

Recht, sie weist Tradition, Überlieferung, Offenbarung etc. als einzige Abstützungen zurück, und sie geht von der beständigen Veränderlichkeit (Kontingenz) des Rechts aus. Die europäische familienrechtliche Moderne, wie sie hier in der groben Durchsicht einiger Entwicklungslinien nachvollzogen wurde, ist von diesem spezifischen Modus geprägt. Familiäres Leben ist kein rechtsfreier Raum, sondern wird mit großem Selbstverständnis von Rechtsvorstellungen erfasst und kontrolliert; nur noch in Randbereichen funktioniert Privatheit als Argument, um die Ausprägung von Recht zurückzuweisen (III.3.b)). Die familienrechtliche Moderne vollzieht sich *im Modus des Rechts*.<sup>125</sup>

Damit verbunden ist eine zweite Eigentümlichkeit: Die familienrechtliche Moderne vollzieht sich *im Modus der Dauerrevision*.<sup>126</sup> Die Moderne zeigt sich in der beständigen Veränderlichkeit und Verhandelbarkeit der gesellschaftlichen Institutionen. Hier liegen die Verbindungslinien zum landläufigen Verständnis von „modern“ als „neu“ und „geändert“ (II.). Diese Dauerrevision wiederum ist Ausdruck des durchgehenden Diskurs- und Begründungszwangs. Überlieferungen und Traditionen überleben langfristig nur insoweit, als sie in der Lage sind, auch mit ganz anderen Weltansichten „in Dialog zu treten“ und sich zu erklären.<sup>127</sup> Von daher ist es gemessen an den Rechtsidealen der Moderne zumindest mehrdeutig, wenn sich Rechtsordnungen, etwa mit den Mitteln des Verfassungsrechts, eigenständig Gesprächsgrenzen auferlegen. Dies kann Ausdruck der oben angesprochenen Fähigkeit zur Selbstbeschränkung inmitten der Anstrengungen und Anfechtungen der beständigen Dauerrevision sein (IV.2.) – aber auch ein Vorbote davon, dass sich die familienrechtliche Moderne auf neue Wege begibt. Auch wenn die europäischen Familienrechte in der Rückschau die These von der sich wandelnden Moderne bestätigt haben, kann niemand völlig ausschließen, dass die Moderne doch einmal an ihrer Steigerungslogik scheitert, „ungebremst“ auf einen Abgrund zusteuert und von ihren Nebenfolgen „begraben“ wird.<sup>128</sup> Umso bedeutungsvoller ist dann eine Rechtswissenschaft, die es sich zur Aufgabe macht, Rechtswissenschaften frühzeitig und weiträumig zu registrieren. Damit ist diese Erprobung an ihr Ende gekommen – in dem Bewusstsein der Moderne, dass die aufgenommenen Befunde genauso anfechtbar wie vorläufig sind.

125 Dies zeigt sich auch an dem Zusammenhang von Modernisierungskritik und Verrechtlichungskritik; pointiert bei: Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2 (1981/2019<sup>11</sup>) 522–547; ders., *Philosophischer Diskurs* (Fn. 10) 419–422; Gegensichten bei: Gunther Teubner, *Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege*, in: *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, hrsg. von Friedrich Kübler (1985) 289–344; Daniel Loick, *Juridismus* (2017/2020<sup>2</sup>) 234–242.

126 Reckwitz, *Gesellschaftstheorie* (Fn. 9) 72–78.

127 Anthony Giddens, *Leben in einer posttraditionalen Gesellschaft*, in: *Reflexive Modernisierung*, hrsg. von Ulrich Beck/ Anthony Giddens/ Scott Lash (1996) 113–194, 169 ff.

128 Hartmut Rosa, *Beschleunigung* (2005) insbes. 428–459: Die wahrscheinlichste Möglichkeit eines Endes der Beschleunigungsgeschichte liegt im „ungebremsten Weiterlaufen in einen Abgrund“ (489); außerdem ders., *Resonanz* (2019) 707–722.