

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 9



Wolfgang Metzner Verlag

Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?

Herausgegeben von

Professor Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professor Dr. Bettina Heiderhoff

Hamburg



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-04-2

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

■ Vorwort

Im April 2012 diskutierten Juristen und Soziologen aus Wissenschaft, Praxis und Politik in Hamburg über die Regelungsaufgabe Paarbeziehung. Anlass des Fachgesprächs bildete die Beobachtung, dass der Staat zwar vielfältig auf das Leben in Paarbeziehungen einwirkt, dass aber gleichwohl über die Regelungsaufgabe Paarbeziehung große Unsicherheit besteht. Dies betrifft nicht nur die genuin rechtliche Frage nach den durch Verfassung und Grundrechte gezogenen Regelungsgrenzen (was darf der Staat?), sondern gleichermaßen die Frage nach der Wirksamkeit von Recht im Bereich der Paarbeziehung (was kann der Staat?) und schließlich die rechtspolitische Frage nach möglichen Anliegen des Staates bei der Regelung der Paarbeziehung (was will der Staat?).

Der Tagungsband versammelt die schriftlichen Beiträge der Referenten, ergänzt um eine erweiterte Einführung in das Thema von Bettina Heiderhoff und einige Seitenblicke aus dem spanischen Recht durch Cristina González Beilfuss. Als erste Antwort auf die Frage »was darf der Staat« erläutert Susanne Baer die verfassungsrechtlich angestoßenen Verschiebungen in der Wahrnehmung der Regelungsaufgabe Paarbeziehung. Das Recht der Paarbeziehung habe eine Pluralisierung, Rationalisierung und Ent-Ideologisierung erfahren. Daran schließen sich die Überlegungen von Anne Röthel zur Leistungsfähigkeit des Rechts an. Sie sucht Antworten auf die Frage, worin das genuin rechtliche Interesse des Staates an der Paarbeziehung liegen könnte und plädiert für eine De-Sexualisierung des Rechts der Paarbeziehung. Auf dieser Basis geht es den Beiträgen von Marina Wellenhofer und Katharina Boele-Woelki darum, das rechtspolitische Spektrum näher auszuleuchten. Marina Wellenhofer zeigt nach Art eines Planspiels am Beispiel der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare und der Ermöglichung außergerichtlicher Scheidungen auf, dass der rechtliche Aufwand für Umorientierungen im Recht der Paarbeziehungen zumeist überschätzt wird. Die Ausführungen von Katharina Boele-Woelki zur Arbeitsweise der Commission on European Family Law (CEFL) erinnern schließlich daran, dass sinnvolles Diskutieren und Bewerten von rechtlichen Konzepten der Paarbeziehung nur möglich ist, wenn zuvor eine Verständigung über die zugrunde liegenden Werte gelungen ist.

Es wird kaum überraschen, dass die Beiträge zu lebhaften Diskussionen geführt haben. Wir haben also einigen Grund, allen Referenten in mehrfacher Hinsicht dankbar zu sein: für ihre klaren und mutigen Thesen und für ihre offenen Diskussionsbeiträge, aber auch dafür, dass wir nur weni-

ge Monate nach dem Fachgespräch bereits den Tagungsband auf den Weg bringen konnten. Auf diese Weise hoffen wir, dass einige der Diskussionsfäden nun im größeren Kreis aufgenommen werden können.

Dankbar sind wir schließlich dem Bundesministerium der Justiz für die unkomplizierte und großzügige Förderung des Fachgesprächs und auch der Drucklegung. Und schließlich ist das Erscheinen des Tagungsbandes willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag und dort insbesondere Frau Flessner für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken.

Hamburg, im August 2012

Anne Röthel *Bettina Heiderhoff*

■ Inhalt

Vorwort 5

Professor Dr. *Bettina Heiderhoff*

Was will der Staat? Was darf der Staat? Was kann der Staat?

Vorüberlegungen 9

Professor Dr. *Anne Röthel*

Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts 17

Professor Dr. *Susanne Baer*

Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was darf der Staat? 35

Professor Dr. *Marina Wellenhofer*

Welche Reformen mit welchen Zielen? 47

Professor Dr. *Katharina Boele-Woelki*

Ziel- und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum europäischen Familienrecht 67

Professor Dr. *Cristina González Beilfuss*

Die Regelung der Paarbeziehungen im neuen spanischen Familienrecht 89

■ Was will der Staat? Was darf der Staat? Was kann der Staat?

Vorüberlegungen¹

Von Professor Dr. *Bettina Heiderhoff*, Hamburg

Das typische Alltagsgeschäft in der Privatrechtswissenschaft besteht darin, Normen zu analysieren. Nur selten bleibt die Zeit, den Blick zu öffnen und in die Zukunft zu richten, erst recht dann, wenn es nicht um die Arbeit an einem ganz konkreten gesetzgeberischen Projekt geht.

Mit den drei Fragen: Was will der Staat? Was darf der Staat? Was kann der Staat?, soll zu solch einem raren, freien Nachdenken angeregt werden.

Die Fragen sollen dazu bewegen, eine zukunftsgerichtete, kreative Perspektive einzunehmen, und danach zu fragen, welche Regelungsziele bei der Normsetzung im Paarbeziehungsrecht eigentlich anzustreben sind.

Das Thema ist nicht plötzlich geboren worden, sondern es hat sich langsam herausgebildet. Die Entwicklung begann mit einem Workshop zu den »Geschlechter-Rollenbildern« in eherechtlichen Normen, den ich gemeinsam mit *Tobias Helms* im November 2009 veranstaltet habe.

Es ging damals um die Frage, wo heute in den eherechtlichen Normen noch – offen, oder eher verdeckt, bewusst, oder vielleicht auch unbewusst – von einer bestimmten Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern ausgegangen wird.

Anlass war damals vor allem die Unterhaltsreform mit den Kürzungen beim nachehelichen Betreuungsunterhalt. Aber die Frage lässt sich auch für andere Bereiche des Eherechts stellen. Auch das gesamte Zugewinnausgleichsrecht basiert ursprünglich auf der Idee der Hausfrauenehe. Bei den allgemeinen Ehwirkungen kann man etwa an §1357 BGB denken, der die gesamtschuldnerische Mitverpflichtung des anderen Ehegatten enthält, die bekanntlich ihren Ausgangspunkt darin hatte, der Hausfrau die Schlüsselgewalt zu sichern. Wir haben damals das eher Typische getan: Bestehende Normen analysiert und nach Rollenbildern gesucht. Jedoch war Normkritik dabei unvermeidlich. Ein Schritt, der sich regelrecht aufdrängte, bestand darin, zu überle-

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten.

gen, welche Rollenbilder man denn gern in den Normen sehen würde? Gelebte Gleichberechtigung der Geschlechter? Oder vielleicht im Gegenteil: Überhaupt keine Rollenprägung? Also Autonomie?

Nachdem dieser Schritt getan war und in der Diskussion zumindest im Ansatz nach einer geeigneten Lösung bei der Rollenvorgabe gesucht wurde, zeigte sich, dass es nötig ist, sich beim Blick in die Zukunft von einer Beschränkung auf die Rollenfrage zu lösen. Es gibt weitere wesentliche Regelungsziele, die mit zu bedenken sind.

Wenigstens gelegentlich sollte man also den Blick aus den Gesetzbüchern heben und einmal nach Zielen, oder nach Idealen suchen, die mit eherechtlichen Normen überhaupt verfolgt werden können. Dabei ist es in der modernen Diskussion natürlich unbedingt nötig, sich von der Beschränkung auf die Ehe lösen. Alle Paarbeziehungen müssen einbezogen werden.

So waren *Anne Röthel* und ich bei der Frage angelangt, welche Regelungsziele im Recht der Paarbeziehung verfolgt werden sollten.

Entsprechend lautet die erste Frage, die wir uns stellen wollen: Was *will* der Staat mit dem Recht der Paarbeziehungen? Eigentlich müsste es heißen: Was sollte der Staat im Recht der Paarbeziehungen wollen? Die Frage mag einfach klingen, aber sie ist hochkomplex.

Denn es gibt zwar vielleicht Ziele, die zunächst eher konsensfähig scheinen. Dazu gehören Gleichberechtigung und Gleichstellung. Auf den ersten Blick wird man sagen: Gleichberechtigung ist in jedem Fall konsensfähig. Aber stimmt das wirklich? Ist Gleichberechtigung womöglich sogar überhaupt kein geeignetes Regelungsziel für das Recht der Paarbeziehungen?

Gleichberechtigung ist zweifellos solange ein ganz wichtiges Ziel, wie durch die Normen des Paarbeziehungsrechts selbst eine Ungleichbehandlung erfolgt. Wenn das noch der Fall ist, dann muss korrigiert werden. Die signifikanten Fälle von Ungleichbehandlung, wie z. B. der frühere Stichtscheid des Ehemanns, sind allerdings seit vielen Jahrzehnten behoben.

Sicherlich gibt es mit Blick auf die Gleichbehandlung durch das Gesetz noch einige diskussionswürdige Fragen, wie etwa die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. In der Vornahme letzter Korrekturen kann aber keine Antwort auf die Frage gesehen werden, welche Regelungsziele der Staat im Paarbeziehungsrecht verfolgen sollte.

Etwas anders ist es vielleicht mit der *Gleichstellung* – oder anders gesagt mit einer aktiven Förderung der gelebten Gleichberechtigung innerhalb der Paarbeziehung durch das Paarbeziehungsrecht. Jeder wird in diesem Kontext sofort an die Unterhaltsreform und den Betreuungsunterhalt denken.

Für die Unterhaltsreform könnte man nämlich durchaus zu der Ansicht gelangen, sie *sei* auf die Förderung einer gelebten Gleichberechtigung ausgerichtet. Zwar wird nicht ausdrücklich der Begriff der Gleichstellung verwendet, aber es heißt doch, Ziel sei die Eigenverantwortung *beider* Partner.² Und wenn man wirtschaftliche Eigenverantwortung von *beiden Ehegatten* verlangt, dann ist das durchaus eine Form der Gleichstellung. Es entsteht nämlich ein Druck dazu, dass beide Partner eine Erwerbstätigkeit ausüben. Gerade dieses Eingreifen des Gesetzes in die gelebte Eherealität hatte uns vor zwei Jahren zur Frage nach den Rollenbildern gebracht.

Ohne dass es nötig wäre, hier ins Detail zu gehen, zeigt sich bereits, dass die Ausgangsfrage, ob Gleichstellung als geeignetes und konsensfähiges Regelungsziel dienen könnte, wohl nicht so klar bejaht werden kann. Im Rahmen der Debatte über die Unterhaltsreform war jedenfalls erkennbar, dass gerade der Druck zur gelebten Gleichberechtigung kritisiert wurde.

Es scheint also, dass Gleichstellung als Regelungsziel im Recht der Partnerschaft zumindest dann versagen kann, wenn sie den realen Lebensbedingungen oder Lebensplanungen der betroffenen Paare nicht entspricht.

Der Grund für dieses Versagen ist recht leicht zu verorten. Der Fehler besteht nicht darin, dass Gleichstellung als solche abzulehnen wäre, sondern darin, dass es nicht richtig ist, durch Gesetz bestimmte Rollenverteilungen und Lebensweisen innerhalb der Partnerschaft zu diktieren.

Das eigentliche, große Dilemma des Partnerschaftsrechts besteht nämlich darin, dass Partnerschaften fürchterlich unterschiedlich sind. Dadurch erst wird es so schwierig, sie rechtlich überzeugend auszugestalten. Es muss mit sehr viel Sensibilität und Zurückhaltung überlegt werden, wie viel Prägung – und sei es auch zu einem guten Ziel, wie zur Gleichberechtigung – der Staat ausüben sollte.

Ein weiteres Ziel, das konsensfähig sein und zugleich für jedes Paar passen könnte, mag in der Bindungsstabilität liegen. Bindungsstabilität, also der Erhalt von einmal geschlossenen Beziehungen, ist bestimmt ein zunächst weitgehend konsensfähiges Ziel. Die meisten Menschen wünschen, dass Beziehungen lange halten. Wer die Ehe oder Lebenspartnerschaft eingeht, richtet seine Hoffnung auf eine lebenslange Dauer der Verbindung.

Insofern ist es vielleicht interessanter zu überlegen, ob Bindungsstabilität auch ein für den Staat relevantes Ziel sein kann. In der Tat lässt sich auch das klar bejahen. Bindungsstabilität wird den Staat sogar ganz entscheidend interessieren. Denn stabile Partnerschaft bilden nicht nur eine sta-

² BT-Drucks. 16/1830, insbes. S. 2; BT-Drucks. 16/6980, S. 1.

bile gesellschaftliche Einheit, sondern sie entlasten auch ganz konkret den staatlichen Haushalt, vor allem die Sozialkassen.

Hier hat sich ein erster »Realitäts-Check« eingeschlichen. Es muss wohl akzeptiert werden, dass die Entlastung des staatlichen Haushalts für den Gesetzgeber ein ständig präsentenes Regelungsziel darstellt. Es wäre naiv zu glauben, dass den Staat die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit im Unterhaltsrecht nicht aus diesem Grunde besonders interessiert hat.

Damit bin ich – nicht ungewollt – bei einem Regelungsziel angelangt, dass die Rechtswissenschaftler sicherlich gerade *nicht* zu den primär anzustrebenden Zielen im Recht der Paarbeziehungen zählen möchten. Es wäre jedoch falsch, die finanziellen Interessen des Staates bei einer Diskussion wie unserer auszusparsen. Bei Lektüre der Begründungen zu Reformen und Reformentwürfen im Recht der Paarbeziehungen in den letzten Jahren zeigt sich, dass finanzielle staatliche Interessen darin häufig vorkommen.

Als ein drittes, konsensfähiges Ziel käme vielleicht die Freiheit in Betracht. Wäre das Paarbeziehungsrecht besonders freiheitsorientiert, ließe sich zumindest die Kritik vermeiden, es werde in die Lebenswelt der einzelnen Paare eingegriffen.

In Deutschland ist von Freiheit der Persönlichkeit bisher vor allem die Rede, wenn es um die Nichtregelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft geht. Dann hören wir oft, die Lebensgefährten wollten frei sein. Gemeint ist damit allerdings in erster Linie »Regelungsfreiheit«. In Spanien dagegen hat der Gesetzgeber bei der Neuregelung des Eherechts im Jahr 2005 die Freiheit als wichtigstes Regelungsziel angesehen und das gesamte Eherecht vollständig umgestaltet.³ Die Ehescheidung ist nun fast jederzeit und fast formlos möglich.

In unserem Kontext sollte besonders die Frage interessieren, warum ein nationaler Gesetzgeber an Freiheit der Ehegatten oder Partner interessiert sein sollte. Derzeit wäre »Freiheit«, zumindest für das *Eherecht*, in Deutschland noch ein unkonventionelles Ziel. Immerhin meinen wir heute nicht mehr, wie noch die Materialien zum BGB verzeichnen, in der Ehe dürfe keine Freiheit herrschen. Ob nicht gerade Autonomie der Schlüssel zur Lösung des Problems der Diversität von Paaren ist, sollte gründlich überlegt werden. Die Schranken, die Art. 6 Abs. 1 GG vorsieht, sollten dabei nicht überbewertet werden.

Insbesondere zu Art. 6 Abs. 1 GG haben wir die zweite Frage gestellt: Was *darf* der Staat?

³ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Die Frage nach dem Dürfen im Recht der Paarbeziehungen ist in Deutschland ganz vom Grundgesetz beherrscht. Wenn man von einer Neugestaltung des Rechts der Paarbeziehungen spricht, muss man sich klar sein, dass man sich im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 GG bewegen muss.

Art. 6 Abs. 1 GG wird zum Beispiel gebetsmühlenartig vorgebracht, wenn es um eine Erleichterung der Ehescheidung geht. Wann immer in Deutschland an eine Vereinfachung der Scheidung gedacht wurde, wurde dem entgegen, der grundrechtliche Schutz der Ehe verbiete solche Schritte.

Hier sei ein Einschub erlaubt: Man mag ja fragen, was bei den Versuchen, eine Erleichterung der Scheidung einzuführen, überhaupt der Grund für die Regelungsaktivitäten war. Was wollte der Staat damit erreichen? Mehr Freiheit? Mehr Gleichheit? Mehr Gerechtigkeit? Diese Fragen sind überspitzt gestellt. Doch die Antwort trifft uns hart. Regelungsziel war stets vor allem, die Kosten des Scheidungsverfahrens zu reduzieren.

Konzentriert man sich auf Art. 6 Abs. 1 GG, so meine ich, dieser werde mit Abstand zu oft und zu leichtfertig vorgebracht. Art. 6 Abs. 1 GG ist keinesfalls ein starres Korsett, sondern zumindest teilweise eine ganz bewegliche Norm. Allerdings muss erst noch erarbeitet werden, wie genau die Beweglichkeit angelegt ist und sich auswirkt. Als Anregung sei wenigstens ein Gedanke dazu ein wenig näher ausgeführt. Wenn man Art. 6 Abs. 1 GG vorrangig als Abwehrrecht der Bürger gegen den Staat betrachten würde, dann ergäbe sich daraus, dass der Staat die Ehe so schützen müsste, wie die betroffenen Menschen sie in der jeweiligen gesellschaftlichen Gegenwart zu führen wünschen. Es wäre dann ähnlich wie bei der Religionsfreiheit, für welche ganz klar ist, dass der Staat nicht vorgeben kann, was die »richtige« Religion ist, sondern die von den Menschen gewählten Religionen respektieren muss. Für die Einführung einer schnelleren, einfacheren Scheidung käme es bei einer solchen Prämisse allein darauf an, ob diese Scheidung zu dem von der Bevölkerung gelebten, konsentierten Eheverständnis passen würde. Der Staat müsste dann sogar gleichsam begleitend hinter den gesellschaftlichen Entwicklungen hereilen und sie im Gesetz abbilden.

Dieser Gedankengang ist nun eindeutig übertrieben und die Ehefreiheit ist unstreitig mehr als ein reines Abwehrrecht, nämlich auch eine Institutsgarantie und eine wertentscheidende Grundsatznorm.

Erstaunlich ist daher, dass die gerade skizzierte »Pflicht zum Hinterhereilen« offenbar zumindest in Ansätzen auch dem Verständnis des Gesetzgebers entspricht.

Zumindest bei der Reform des Zugewinnausgleichs tut der Gesetzgeber seinen eigenen Worten nach genau das. Dort heißt es, die Zugewinnngemeinschaft passe für die arbeitsteilige Lebensführung der Eheleute, welche un-

verändert eine gewichtige gesellschaftliche Realität sei. Es spreche, heißt es sogar, »viel dafür, dass die rechtliche Absicherung einer arbeitsteiligen Lebensführung ein wichtiger Grund für eine Heirat« sei. Das »Prinzip der hälftigen Teilung des erwirtschafteten Vermögens« sei »im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert«. Die Halbteilung des Vermögens entspreche dem »Rechtsverständnis vieler Ehegatten, wie etwa die üblich gewordene Praxis zeigt, beim Erwerb eines ›Familiengrundstücks‹ beide Ehegatten als Eigentümer einzutragen«, auch wenn nur ein Ehegatte bezahlt habe.⁴

Ganz ähnliche Tendenzen finden sich in der Begründung zur Unterhaltsreform, die wie folgt ansetzt: »Das Unterhaltsrecht soll an die geänderten gesellschaftlichen Verhältnisse und den eingetretenen Wertewandel *angepasst werden*«. ⁵

Der Staat läuft also offenbar in der Tat – wenigstens zum Teil – dem Verständnis in der Gesellschaft hinterher. Das soll hier keinesfalls als Fehler eingeordnet werden – es muss aber vor dem Hintergrund der Facetten des Art. 6 Abs. 1 GG und sonstiger Regelungsziele reflektiert werden.

Zumindest nicht immer, wenn sich das Bewusstsein in der Bevölkerung wandelt, muss der Gesetzgeber hinterhereilen. Ihm verbleibt wohl eine gewisse Möglichkeit, zu prägen. Es ist dabei auch zu überlegen, ob sich die Werte des Art. 6 Abs. 1 GG womöglich doch langsamer wandeln als die gesellschaftliche Realität.

Geht es um die Regelung anderer Paarbeziehungen, also insbesondere um die nichteheliche Lebensgemeinschaft und die eingetragene Lebenspartnerschaft, wird Art. 6 Abs. 1 GG ebenfalls viel zitiert. Es fragt sich allerdings vor dem Hintergrund der neuesten verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, mit wie viel Berechtigung dies noch möglich ist.

Schließlich bleibt noch eine dritte Frage: Was kann der Staat? Damit ist eine weitere Art der Realitätsrückkopplung gemeint. Es gilt nämlich zu diskutieren und erforschen, welche Ziele sich durch familienrechtliche Regelungen überhaupt erreichen lassen.

Sieht man noch einmal auf die extreme Reform des Scheidungsrechts in Spanien und fragt, was für Folgen sie auf das Heirats- und Scheidungsverhalten hat, so lassen sich zumindest keine auffälligen Veränderungen verzeichnen. Wohl kam es kurzfristig zu einem Ansteigen der Scheidungsrate – was aber für eine verfahrensvereinfachende, kostenreduzierende Reform typisch ist. Langfristig scheinen Scheidungs- und insbesondere Ehe-

4 BT-Drucks. 16/10798, S. 10.

5 BT-Drucks. 16/1830, S. 1 (Hervorhebung durch die Autorin).

schließungsraten sich – zumindest im laienhaften Blick der Rechtswissenschaftlerin – nicht signifikant verändert zu haben.⁶

Muss uns das zu der desillusionierenden Erkenntnis bringen, dass das Recht die Realität der Paarbeziehungen gar nicht erreicht?

Lassen Sie mich zum Abschluss provokante Fragen dazu stellen, was sich überhaupt erreichen lässt: Gelebte Gleichberechtigung durch weitere Reduzierung des nahehehlichen Unterhalts? Bindungsstabilität durch eine Erschwerung der Ehescheidung? Oder gar eine Erhöhung der Geburtenrate und Verbesserung des Kindeswohls durch staatliche Verstärkung autonomer Entscheidungen für die Aufgabenteilung in der Paarbeziehung?

⁶ Nur <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=de&pcode=tps00012&plugin=0> – wo es nach einem erheblichen Sinken der Eherate aussieht; auch <http://www.bpb.de/nachschlagen/zahlen-und-fakten/europa/70518/eheschliessungen-und-scheidungen>.

■ Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts

Von Professor Dr. *Anne Röthel*, Hamburg*

I. Einführung

Partnerschaften und Beziehungen sind selbstverständlicher Bestandteil der Rechtsordnung. Das Recht bildet Rechtsformen heraus, die die Paarbeziehung im Rechtssinne definieren. Ehe, Lebenspartnerschaft und nicht-eheliche Lebensgemeinschaft sind solche rechtlich herausgehobenen Paarbeziehungen, die vom Recht adressiert werden über Anerkennung, Einstandspflichten, Schutzgebote und Ausgleichsmechanismen. Paarbeziehungen sind also sicherlich kein rechtsfreier Raum, und genauso wenig hat das Recht das Interesse für Paarbeziehungen verloren.¹ Mit der möglicherweise etwas provokanten Frage »Was kann der Staat?« soll es daher nicht um das »ob«, sondern um inhaltliche Beobachtungen zur Leistungsfähigkeit des Rechts gehen. Gibt es Bereiche, in denen das Recht die Paarbeziehung nicht oder nicht mehr erreicht? Wo liegen die Regelungsaufgaben, die auf die Mittel des Rechts angewiesen sind? Und mit welchen Mitteln kann das Recht die Paarbeziehung am vielversprechendsten erreichen?

In der wissenschaftlichen Wahrnehmung hat das Nachdenken über die Rolle des Rechts angesichts von Paarbeziehungen im Wesentlichen zwei Grundhaltungen hervorgebracht, die sich bis heute in den Ehelehren widerspiegeln: institutionelle Sichtweisen betonen staatlich vorzugebende Gehalte der Paarbeziehung, interindividuelle Verständnisse stellen die gelebte Realbeziehung und vertragliches Einvernehmen in den Vordergrund.² Wenn es um diese Grundhaltungen geht, lässt sich über »Richtig-

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

1 Zu gemeinsamen Entwicklungen im Recht der Paarbeziehungen in Europa etwa *D. Martiny*, Europäische Vielfalt – Paare, Kulturen und das Recht, FF 2011, 345 ff.; *I. Schwenger*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, *RabelsZ* 71 (2007), 705 ff.

2 Zum deutschen Recht siehe beispielhaft für eine institutionelle Deutung die Ausführungen von *P. Mikat*, Ethische Strukturen der Ehe in unserer Zeit. Zur Normierungsfrage im Kontext des abendländischen Eheverständnisses, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* Bd. 21, 1986; beispielhaft für individuums-

keit« nicht sinnvoll urteilen. Deshalb soll es hier weniger darum gehen, ein rechtspolitisches Plädoyer in die eine oder in die andere Richtung zu entwerfen. Meine Überlegungen zielen vielmehr auf die *Wirksamkeit* von Recht mit Blick auf die Paarbeziehung. Dies steht insofern in Zusammenhang mit den klassischen Kontroversen der Ehelehren um Status, Vertrag oder Realbeziehung,³ als sich die Wirksamkeit von Recht nur für präskriptive, also vorschreibende Rechtsregeln sinnvoll beurteilen lässt. Solche präskriptiven Rechtsregeln sind typischerweise Ausdruck institutioneller Gehalte und statusorientierten Rechts. Die Frage nach der Wirksamkeit von Recht ist damit zugleich die Frage nach der Überzeugungskraft von institutionellen Regelungsgehalten der Paarbeziehung.

Allerdings liegt auf der Hand, dass Wirkungsforschung keine genuin rechtswissenschaftliche Fragestellung ist. Wenn wir genauer wissen wollen, ob ein Anstieg der Scheidungshäufigkeit wirklich mit geändertem Scheidungsrecht zu tun hat oder vielleicht nur zufällig in eine Zeit veränderter gesellschaftlicher Anschauungen getreten ist, welchen Einfluss das Unterhaltsrecht auf die Heiratsneigung hat und ob Ehen gerade wegen ihrer Rechtspflichten stabiler sind als nichteheliche Lebensgemeinschaften oder ob diejenigen Personen, die heiraten, eben diejenigen sind, die aus anderen

bezogene Deutungen *H.-M. Pawlowski*, Die »Bürgerliche« Ehe als Organisation, 1983; *R. Hepting*, Ehevereinbarungen. Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, 1984; *M. Lipp*, Die eherechtlichen Pflichten und ihre Verletzung, 1988, S. 61 ff.; *I. Schwenzler*, Vom Status zur Realbeziehung, 1987.

Ähnliche Positionen werden für den romanischen und den anglo-amerikanischen Rechtskreis diskutiert; siehe etwa *M. A. Glendon*, State, Law and Family, 1977; *L. Weitzman*, Legal Regulation of Marriage: Tradition and Change. A Proposal for Individual Contracts and Contracts in Lieu of Marriage, Cal. L. Rev. 62 (1974), 1169 ff.; *E. Clive*, Marriage: An Unnecessary Legal Concept?, in *J. Eekelaar/S. M. Katz* (Hrsg.), Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, Toronto 1980, S. 71 ff.; *M. L. Shanley* (Hrsg.), Just Marriage, Oxford 2004; *D. Fenouillet/P. de Vareilles-Sommères*, La contractualisation de la famille, Paris 2001; *M.-Th. Meulders-Klein*, L'évolution du mariage: de l'institution au contrat, et au-delà, in: *dies.*, La Personne, la famille, le droit, Bruxelles 1999, S. 35 ff.

³ Zusammenführungen aus deutscher Sicht etwa bei *V. Lipp/A. Röhel/P. Windel*, Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2007; *S. Hofer/D. Schwab/D. Henrich* (Hrsg.), From Status to Contract?, 2005; siehe aus anglo-amerikanischer Perspektive etwa *S. Cretney*, The Family and the Law – Status or Contract?, Child and Family Law Quarterly 15 (2003), 403 ff. und die in *M. L. Shanley* (Hrsg.), Just Marriage, 2004 versammelten Beiträge. Aus romanischer Perspektive etwa *J. Carbonnier*, A chacun sa famille, à chacun son droit, in: *ders.*, Essais sur les Lois, Paris 1979, S. 167–180; *F. Dekeuwer-Defossez*, Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, Revue Trim. de droit civil 1995, 249 ff. sowie abermals *M.-Th. Meulders-Klein* (Fn. 2), S. 35–52.

Gründen, etwa dank Pädagogik oder Predigt⁴, eine wirksamere Verpflichtung zueinander empfinden – dann setzt dies in erster Linie sozialempirisches Verständnis voraus. Und sicherlich wäre es zu kurz gegriffen, gerade bei Paarbeziehungen beobachtbares Verhalten allein auf die Wirkungen von Recht zurückzuführen.⁵ Gleichwohl kann die rechtswissenschaftliche Perspektive sinnvolle Beiträge zur Beurteilung der Wirksamkeit des Rechts bei der Regelungsaufgabe Paarbeziehung leisten. Die rechtswissenschaftliche Perspektive kann erstens die rechtliche Ummantelung der Regelungsaufgabe Paarbeziehung verdeutlichen und insbesondere das staatliche Interesse an Paarbeziehungen präzisieren (unten II.). Darüber hinaus lassen sich spezifisch rechtliche Aussagen über die Leistungsfähigkeit einzelner rechtlicher Regelungsansätze treffen (unten III.). Auf dieser Basis sollen schließlich einige Zukunftsaufgaben in der Wahrnehmung der Regelungsaufgabe Paarbeziehung formuliert werden (unten IV.).

II. Welches Interesse hat der Staat an der Paarbeziehung?

Wenn wir darüber nachdenken, was der Staat mit Blick auf Paarbeziehungen »kann«, dann setzen wir voraus, dass der Staat bei der Regelung der Paarbeziehung eigene, »setzende« Anliegen verfolgt, die mehr sind als nur ein Nachvollzug gesellschaftlicher Gewohnheiten und gelebter Wertungen. Auch heute tritt niemand ernsthaft für eine völlige Privatisierung der Paarbeziehung ein. Die große Tendenz spricht nicht für einen Rückzug des Rechts aus der Paarbeziehung. Im Gegenteil: je weiter man zurückgeht, umso deutlicher wird, dass der »Eigenanteil« des Rechts an der Regelung der Paarbeziehung mit der Zeit eher gestiegen ist. Ging es zunächst darum, die kirchlich geprägte Ehe zu säkularisieren und also eine vorgefundene und später naturrechtlich weiter vorgeprägte Institution in das aufgeklärte Recht des absoluten Staates zu überführen,⁶ ist die Paarbeziehung im weiteren Verlauf der Kodifikations- und Konstitutionalisierungsprozesse zu einer vom Recht zunehmend eigenständiger und vom Staat ausgreifender gefüllten Regelungsaufgabe geworden.

⁴ So *H.-M. Pawlowski*, Die Ehe als Problem des staatlichen Rechts, in: FS für Coing, Bd. I, 1982, S. 637 (639).

⁵ So die Mahnung aus englischer Perspektive von *J. Eekelaar*, Evaluating Legal Regulation of Family Behavior, Int. Journal of the Jurisprudence of the Family 2010, 17 ff.; ähnliche Vermutungen für das deutsche Recht schon bei *H.-M. Pawlowski* (Fn. 4), S. 637 (640 ff.).

⁶ Eingehend nachgezeichnet bei *D. Schwab*, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 1 (1972), S. 357 (insbes. 374 ff.) sowie für die Ehe bereits *ders.*, Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit, 1967, S. 172 ff.

1. Kodifikation und Idealisierung

Hieran haben die Kodifikationsbewegungen des ausgehenden 18. und des beginnenden 19. Jahrhunderts maßgeblichen Anteil. Die während dieser Zeit entstandenen großen europäischen Kodifikationen, angefangen vom preußischen ALR (1794), über den französischen Code Civil (1804) und das österreichische ABGB (1811) bis hin zum BGB, haben die Paarbeziehung als staatliche Regelungsaufgabe nicht nur in besonderer Form *sichtbar* gemacht. Vor allem aber haben die Kodifikationen bei der Regelung der Paarbeziehung einzelne familiäre Lebensformen *ausgewählt* und ihre Regelungen nur an diesen Ausschnitt adressiert. Keine der Kodifikationen hat sich zunächst für die nichteheliche Lebensgemeinschaft oder für gleichgeschlechtliche Paarbeziehungen interessiert. Auch die konkrete Ausgestaltung der Ehe beruhte auf solchen Auswahlentscheidungen. Das preußische ALR und der französische Code Civil orientierten sich an der vorindustriellen Familie als sachlich gedachte Wirtschaftsgemeinschaft; mit dem BGB ist das bürgerliche Modell einer subjektiv-verinnerlichten Paarbeziehung zum Leitbild des Rechts erhoben worden.⁷ Diese schließlich Gesetz gewordenen Regelungen haben abweichende Familien- und Lebensformen bewusst ausgeklammert. Das BGB erhob mit dem bürgerlichen Familienideal eine Lebensform zum inneren Bezugspunkt der gesetzlichen Regelung, die zwar im Verlauf des 19. Jahrhunderts bedeutungsvoller geworden ist, aber bei Inkrafttreten des BGB quantitativ keine große Rolle spielte. Die Paarbeziehung von ausgebildeten und vermögenden Individuen wird im Rückblick nur zu leicht als Abbild der gesellschaftlichen Realität um das Jahr 1900 verklärt. Die Entscheidungen des BGB-Gesetzgebers waren also alles andere als bloß rezeptiv oder nur deskriptiv. Wir haben es mit idealisierenden Auswahlentscheidungen zu tun, die wohl nicht ganz unabhängig von der Erfahrungswelt der damaligen politischen Klasse waren,⁸ sich ansonsten mit der Attraktivität der bürgerlichen Ideale von Selbständigkeit und Individualität erklären lassen.⁹ Beide Gründe dürften uns nicht fremd sein: Die tiefgreifende Umorientierung des nahehelichen Unter-

7 Näher *H. Dörner*, Industrialisierung und Familienrecht, 1974, S. 97 ff.

8 So bezeichnete *Anton Menger* das familiäre Vermögensrecht des BGB treffend als »Ehegüterrecht für Geheime und der Millionäre«; siehe *A. Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 1968, S. 50.

9 So das Fazit von *H. Rosenbaum*, Formen der Familie. Untersuchungen zum Zusammenhang von Familienverhältnissen, Sozialstruktur und sozialem Wandel in der deutschen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, 1990, S. 476 ff.

haltsrechts im Jahr 2007¹⁰ verweist auf ähnliche Erklärungen.¹¹ Auch der post-industrielle Gesetzgeber setzt auf vorgeifliche, »edukative« Leitbilder, um über das Recht auf die Paarbeziehung einzuwirken.¹²

2. Konstitutionalisierung und Egalisierung

Aus heutiger Sicht spürbarer und tiefgreifender hat die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung zur Verrechtlichung der Paarbeziehung beigetragen. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird dies als »publicisation« diskutiert.¹³ Die mit dem Grundgesetz wirkungsvoll einforderbare Grundrechtskontrolle hat dazu geführt, dass Gleichheit und Gleichbehandlung (Art. 3 GG) zu den zentralen Bezugspunkten der Regelungsaufgabe Paarbeziehung geworden sind. Dabei ging es zunächst darum, innerhalb des Eherechts die Gleichstellung von Mann und Frau zu verwirklichen¹⁴ und Restbestände der Privatheit zugunsten des Integritätsschutzes zu überwinden.¹⁵ Inzwischen ist die gleichheitswahrende Abstimmung von Ehe, nichtehelichen und gleichgeschlechtlichen Lebensformen zur zentralen Aufgabe avanciert. Was auf verfassungsrechtlicher Ebene vielschichtig diskutiert wird – als das Verhältnis von Art. 3 und Art. 6 GG, von Schutz-

10 Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts (UÄndG) vom 21.12.2007, BGBl. I, S. 3189.

11 Mit dem erklärten Anliegen, »erhöhte Anforderungen an die Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit« zu stellen (BT-Drucks. 16/1830, S. 14) legt der Gesetzgeber beiden Ehegatten eine Erwerbstätigkeit nahe. Auf diese Weise soll späterer Bedürftigkeit – sowohl mit Blick auf den Ehegatten, aber wohl gleichermaßen mit Blick auf die große Solidargemeinschaft, den Sozialstaat – entgegengewirkt werden. Kritisch dazu *T. Helms*, Wandel der Geschlechterrollenbilder und vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, in: FS für U. Spellenberg, 2010, S. 27 (34 ff.).

12 Näher *A. Röthel*, Institution und Intimität, in *A. Röthel/M. Löhnig/T. Helms*, Ehe, Familie, Abstammung, 2010, S. 9 (17 ff.).

13 Siehe *R. Lackey*, Family Law as Fundamental Private Law, *Can Bar Rev.* 86 (2007), 69 ff.; *A. Diduck*, Ancillary Relief: Complicating the Search for Principle, *Journal of Law and Society* 38 (2011), 272 (283–298); *A. Diduck*, Public Norms and Private Lives: Rights, Fairness and Family Law, in: *J. Wallbank/S. Choudhry/J. Herring* (Hrsg.), *Rights, Gender and Family Law*, 2010, S. 199 ff.

14 BVerfGE 3, 225 (242) – Gleichberechtigung; 53, 257 (296) – Versorgungsausgleich I; BVerfGE 84, 9 (17 ff.) – Ehefrau; siehe auch BVerfGE 105, 1 (10 f.) – Gleichwertigkeit von Familien und Erwerbsarbeit.

15 Dies entspricht einer allgemeinen Tendenz im europäischen und außereuropäischen Familienrecht; rechtsvergleichender Überblick etwa bei *P. de Cruz*, *Family Law, Sex and Society. A Comparative Study of Family Law*, 2010, S. 285–319.

gebot und Abstandsgebot,¹⁶ von Ehe-Exklusivität und Ehe-Konkurrenz,¹⁷ von gemeinschaftsbezogenem und individualbezogenem Verständnis der Einrichtungsgarantie¹⁸ –, hat dem einfachen Gesetzgeber verfeinerte Begründungslasten auferlegt. Gleichheit und Gleichbehandlung sind zu den Strukturprinzipien bei der Wahrnehmung des Regelungsauftrags geworden. Ihre Rechtfertigungslasten führen dazu, dass der Gesetzgeber heute ein Regelungsanliegen verfolgen muss, das die Differenzierungen zwischen Ehe und anderen Lebensformen trägt. Diese neue Erklärungsbedürftigkeit hat indes an dem grundsätzlichen Regelungsanliegen, das die Rechtsordnung mit der Regelung der Paarbeziehung erfüllt, wenig geändert. Nach wie vor geht es um staatsentlastende Solidarität.¹⁹ Was früher als »sittliche« Funktion von Ehe und Familie bezeichnet und später vom BVerfG²⁰ in der Wendung von der »Keimzelle jeder menschlichen Gesellschaft« aufgefangen wurde, sind heute »soziale« Funktionen.²¹ Die Ehe wird gegenüber dem Gleichheitsanspruch alternativer Lebensformen aufgrund ihres gesteigerten Solidar- und Stabilitätsversprechens herausgehoben, also weil sie – wie es etwa *Nina Dethloff* formuliert hat – »soziale Aufgaben tatsächlich wahrnimmt, insbesondere persönliche Fürsorge erbringt, und die Öffentlichkeit hiervon entlastet.«²²

Dies heißt, dass der Gesetzgeber, wenn er einzelne Paarbeziehungen wie die Ehe und die eingetragene Lebenspartnerschaft als Orte besonderer So-

16 Siehe zunächst BVerfGE 105, 313 (342) – Lebenspartnerschaftsgesetz; später BVerfGE 124, 199 (224 ff.) – Hinterbliebenenversorgung. Damit ist einem Abstandsgebot schrittweise eine Absage erteilt worden; aus der wissenschaftlichen Diskussion siehe nur *M. Burgi*, Schützt das Grundgesetz die Ehe vor der Konkurrenz anderer Lebensgemeinschaften?, *Der Staat* 39 (2000), S. 487 ff. m. w. N.

17 *U. Steiner*, Schutz von Ehe und Familie, in: *D. Merten/H.-J. Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Bd. IV, 2011, § 108 Rn. 9 ff., 24 ff.

18 Für ein individuumsbezogenes Verständnis *C. Bumke*, Institution und Intimität, in: *Begegnungen im Recht*. Ringvorlesung der Bucerius Law School zu Ehren von K. Schmidt, 2011, S. 155 (164 ff.).

19 Lehnt man sich an die Unterscheidung familienrechtlicher Regelungsanliegen nach *J. Eekelaar*, *Family Law and Social Policy*, London 1984, S. 24–26 an, geht es hier um das dritte, von ihm als »supportive« genannte Regelungsanliegen: (i) Protective: to guard members of a family from physical, emotional or economic harm; (ii) Adjustive: to help families which have broken down to adjust to new lives apart; and (iii) Supportive: to encourage and support family life.

20 BVerfGE 6, 55 (71); BVerfGE 24, 119 (149); später BVerfGE 76, 1 (51): »grundlegende Bedeutung für die Ordnung des Gemeinschaftslebens«.

21 Vgl. *N. Dethloff*, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, 67. DJT 2008, A 44; ähnlich etwa *H. Hattenhauer*, *FamRZ* 1989, 225 (226): Ehe als »Versorgungsanstalt«.

22 *N. Dethloff*, *Familienrecht*, 30. Aufl. 2012, § 1 Rn. 11.