

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 39



Wolfgang Metzner Verlag

Band 39

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Herausgegeben von
Professor Dr. Anatol Dutta
Professor Dr. Tobias Helms
Professor Dr. Martin Löhnig
Professorin Dr. Anne Röthel

Fortführung der
Schriften zum deutschen und ausländischen Familienrecht
und Staatsangehörigkeitsrecht.
Verlag für Standesamtswesen, 1998–2010.

Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2023

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 978-3-96117-146-0

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

Am 10. Februar 2023 fand in Münster das sechste Fachgespräch Familienrecht statt. Wir hatten uns lange auf ein Wiedersehen in vertrauter Runde aus Wissenschaft, Praxis und Politik gefreut und sind reich belohnt worden von klugen Referaten und offenen Diskussionen.

Mit dem Tagungsband können wir auch in diesem Jahr wieder einen Teil des genauso ertragreichen wie kontroversen Gesprächs der Öffentlichkeit zugänglich machen. Wir danken den Referentinnen, dass sie die Mühe auf sich genommen haben, sich unserer möglicherweise provokant erscheinenden Frage, ob das Geschlecht für das Familienrecht eine »überholte Kategorie« sei, auch schriftlich zu stellen. Wir hatten weder erwartet noch gewünscht, dass die Frage einhellig mit einem »ja« oder »nein« beantwortet würde. Umso mehr hat sich eine andere Hoffnung erfüllt: die Hoffnung auf gleichermaßen differenzierte wie unterschiedliche Antworten. Wer im Februar 2023 in Münster dabei war, wird bei der Lektüre des Bandes auch bemerken, dass die Gesprächsfäden in den nun vorliegenden Beiträgen um vieles weiter geführt worden sind. Auch dafür sind wir dankbar.

Die Durchführung des Fachgesprächs und die Publikation der Referate wurde ermöglicht von der Bucerius Law School und vom Institut für Deutsches und Internationales Familienrecht der Universität Münster. Das Erscheinen des Tagungsbandes ist abermals willkommene Gelegenheit, dem Wolfgang Metzner Verlag für die wie immer umsichtige Unterstützung zu danken. Dankbar sind wir schließlich auch Frau Lara Bucholski, LL.B. (Bucerius Law School), die die Durchsicht der Beiträge übernommen hat.

Hamburg und Münster, im Dezember 2023

Anne Röthel *Bettina Heiderhoff*

■ Inhalt

Vorwort 5

Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*

Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung 9

Professorin Dr. *Marina Wellenhofer*

Spuren des Geschlechts im geltenden Familienrecht 27

Professorin Dr. *Saskia Lettmaier*

Geschlechtliche Selbstbestimmung und Abstammungsrecht 53

Professorin Dr. *Ulrike Lembke*

Familienrecht »ohne Geschlecht«? – Familienrecht ohne
Geschlechtsdiskriminierung! 87

Professorin Dr. *Anne Röthel*

Natur als Normbegründung 197

■ Geschlecht im Familienrecht – eine Einführung

Von Professorin Dr. Bettina Heiderhoff, Münster

I. Überblick über die Beiträge dieses Bandes

Den Anlass für die Themenwahl für das Fachgespräch »Geschlecht im Familienrecht – eine überholte Kategorie?« gaben viel diskutierte Defizite im Abstammungsrecht insbesondere bei trans- und intergeschlechtlichen Elternteilen. Bei näherer Befassung hat sich die Frage des Geschlechts im Familienrecht dann jedoch zu einer Mischung aus einem Füllhorn und einer Büchse der Pandora entwickelt. Ausgehend vom Abstammungsrecht eröffnete sich ein Blick auf alte und neuere Diskriminierungsphänomene bis hin zu der Frage, ob Geschlecht als eine vermeintlich natürlich vorgefundene Kategorie im Recht überhaupt noch verwendet werden sollte.

Im Folgenden sollen die Themenschwerpunkte des Fachgesprächs und die vier in diesem Band enthaltenen Beiträge kurz vorgestellt werden, bevor abschließend überlegt wird, welche Konsequenzen sich daraus für die Weiterentwicklung des Familienrechts ergeben.

Viel Aufmerksamkeit bekommt seit der Öffnung der Ehe für alle im Jahr 2017 die Tatsache, dass verheiratete Frauen weiterhin nicht beide Mutter eines in der Ehe geborenen Kindes werden können. Seit langem wird hier an einer Reform gearbeitet, ohne dass ein politischer Konsens bisher erreicht werden konnte.¹ Das liegt allerdings weniger daran, dass die Notwendigkeit und Richtigkeit der Möglichkeit der Abstammung von zwei Frauen noch generell bestritten würde. Deshalb haben wir diese Frage nicht mehr zum Thema eines gesamten Vortrags gemacht, sondern wir haben *Marina Wellenhofer* gebeten, allgemein nach Spuren des Geschlechts im Familienrecht zu forschen und sie zu analysieren.

Da die Möglichkeit der Abstammung eines Kindes von zwei Frauen, wie auch die Beiträge in diesem Band nochmals zeigen, schon aus verfassungsrechtlichen Gründen unerlässlich ist und eine Reform insofern zwingend erfolgen muss, ist die derzeitige politische Verzögerung inakzeptabel. Zumindest hat sie aber den Nebeneffekt, dass in der Familienrechtswissenschaft – aber auch in der Politik – immer stärker eine Diskussion über die

¹ Siehe dazu https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2019_Reform_Abstammungsrecht.html (zuletzt abgerufen am 11.10.2023).

Bedeutung des Geschlechts bei der Abstammung im Allgemeinen aufgenommen ist. Heute wird vielfach die Ansicht vertreten, dass es für die Abstammung an sich überhaupt nicht auf das Geschlecht der jeweiligen Elternteile ankommen sollte.² Auch *Marina Wellenhofer* zieht dies in Erwägung (in diesem Band, S. 48 ff.).

Eine nicht mehr nach dem Geschlecht der Elternteile differenzierende Lösung drängt sich vor allem auf, weil die derzeitigen abstammungsrechtlichen Normen nicht zu den verfassungsrechtlichen Entwicklungen zur Bestimmung des Geschlechts passen. Nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG dürfen Menschen, die nicht das männliche oder das weibliche Geschlecht haben, auch nicht einfach rechtlich einem dieser Geschlechter zugeordnet werden.³ Wenn das Abstammungsrecht dennoch vorsieht, diese Personen zwingend als Vater oder Mutter zu bezeichnen, verstößt dies also klar gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.⁴ Für die Rechte transgeschlechtlicher Menschen ist die derzeitige Rechtslage ebenfalls untragbar. Denn derzeit wird ein transgeschlechtlicher Mann, der ein Kind geboren hat, rechtlich zur Mutter des Kindes.⁵ Versuche rechtliche Diskriminierung transgeschlechtlicher Menschen zu verhindern, werden im Abstammungsrecht damit konterkariert. Der nun vorliegende Regierungsentwurf für ein Selbstbestimmungsgesetz verstärkt diesen Bruch, denn er erleichtert zwar die Korrektur des eigenen Geschlechtseintrags, sieht aber dennoch keine befriedigende Lösung für die Abstammungsfrage vor.⁶ *Saskia Lettmaier* zeigt in ihrem Beitrag (S. 53–86) im Einzelnen auf, welche Defizite und Widersprüchlichkeiten für trans- und intergeschlechtliche Menschen im Abstammungsrecht vorhanden sind. Sie erläutert, dass die dafür vorgebrachten Gründe, zu denen neben Ordnungsinteressen auch verschiedene angebliche Interessen des Kindes gehören, nicht tragfähig sind, und zeigt, wie man die Widersprüchlichkeiten auflösen könnte. Zugleich beleuchtet sie jedoch auch die derzeitige

2 Mit einem dahin gehenden Regelungsvorschlag *Coester-Waltjen*, Die Herausforderungen der Reproduktionsmedizin für das deutsche Abstammungsrecht, FF 2022, 279; ohne Unterscheidung auskommend auch der Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung von Entscheidungen und die Annahme öffentlicher Urkunden in Elternschaftssachen sowie zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats, COM(2022) 695 final.

3 BVerfGE 147, 1 (19 f.) = NJW 2017, 3643; von Mangoldt/Klein/Starck/*Baer/Markard*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 454.

4 Näher zum Verfassungsrecht *Lembke*, in diesem Band, S. 87 (106 f., 147 ff.).

5 BGH FamRZ 2022, 701; BGHZ 215, 318 = FamRZ 2017, 1855.

6 Entwurf abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/229616/b4f835d1a1da28f1ef51552846f1e20a/gesetzentwurf-kabinett-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2023).

tige politische Realität, die mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das Abstammungsrecht nicht mitzuhalten scheint.

Welche Bedeutung das Geschlecht im übrigen Familienrecht hat oder haben sollte, ist weniger eindeutig. Denn während im Abstammungsrecht erhebliche Zweifel daran bestehen, ob das Geschlecht überhaupt noch irgendeine rechtliche Relevanz haben sollte, ist es im Familienrecht sonst eher umgekehrt. Wie *Marina Wellenhofer* genauer nachweist, kommt das Geschlecht im Familienrecht fast nur noch vor, wenn es um die Geburt und die Versorgung des Kindes geht. Beim Unterhaltsanspruch der mit dem Vater nicht verheirateten Mutter in § 1615l Abs. 1 BGB wird dies gut erkennbar. Auch bei den Regelungen zu Sorge und Umgang wird jeweils auf Mutter und Vater Bezug genommen. Ansonsten ist eine Bezugnahme auf das Geschlecht fast völlig »verschwunden«, sodass wir uns, wie sie sagt, bereits in der post-gender-Phase befinden. Hierzu zeigt *Marina Wellenhofer* sodann auf, dass diese Streichung des Geschlechts aus dem Gesetz oftmals dazu führen kann, dass die Normen ihren ursprünglichen, meist die Hausfrau schützenden Zweck verlieren: insbesondere viele der neutral gefassten Normen des Familienvermögensrechts sind inhaltlich noch von Rollenverteilungen geprägt, die heute nicht mehr unbedingt zutreffen. Aber man kann auch die umgekehrte Frage stellen. Hat das Geschlecht womöglich in der sozialen Realität teils auch eine größere Bedeutung, als sie im Gesetz zu finden ist?

Fundamentale Diskriminierungen mögen durch ein »Verstecken« des Geschlechts im Recht womöglich verstärkt, zumindest aber aufrechterhalten werden. Dann wäre es gerade wegen der verfassungsrechtlich gebotenen Gleichbehandlung womöglich richtig, das Geschlecht im Familienrecht als Kategorie beizubehalten. *Ulrike Lembke* hat sich deshalb mit der Frage beschäftigt, wie man statt eines Familienrechts »ohne Geschlecht« ein Familienrecht ohne Geschlechtsdiskriminierung schaffen kann. Ihr fiel damit die große Aufgabe zu, zu analysieren, wie sich das Verständnis des Art. 3 GG in Hinsicht auf Diskriminierungen wegen des Geschlechts und wegen der sexuellen Orientierung entwickelt hat, und herauszuarbeiten, wie sich diese Entwicklungen auf das Familienrecht auswirken. Nach einer Erläuterung der Erkenntnisse der Forschung zum Geschlecht und zur Transgeschlechtlichkeit (S. 96 ff.) berichtet sie gerafft von der tatsächlichen und rechtlichen Diskriminierungsgeschichte des Familienrechts, die fest mit der Annahme einer Geschlechterbinarität verknüpft ist. Das Bild ist erschreckend, zumal *Ulrike Lembke* aufzeigt, wie es sich bis in die Gegenwart von Unterhalts- und Sorgerecht hin fortsetzt. So wird auch deutlich, wie wenig Aufmerksamkeit das Familienrecht und die Familienrechtswissenschaft den feministischen Denkansätzen gewährt haben und auch bis heute gewähren. In Bezug auf die Vorgaben des Grundgesetzes zeigt sie unter anderem genauer auf, dass von der Frage des Geschlechts gelöste und auf

Verantwortungsübernahme basierende Elternpositionen auch nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zwingend sind und im Übrigen auch im Einklang mit Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG stehen.

Wenn man die Fragilität des so stark auf einer überbrachten, geschlechtsbezogenen Diskriminierung basierenden – oder diese zumindest nicht verhindernden – Familienrechts erkannt hat, dann kann man sich die abstraktere Frage stellen, ob das Recht Kategorien wie das »Geschlecht«, das zumindest vermeintlich aus der »Natur« entnommen ist, überhaupt verwenden sollte. Die schon rechtsphilosophische Frage, ob Natur sich als Normbegründung eignet, stellt sich daher abschließend *Anne Röthel*. Im Nachdenken darüber, ob das Recht überhaupt auf die Natur rekurren sollte, deckt sie zunächst auf, dass unter Natur sehr viele unterschiedliche Dinge verstanden worden sind, die mit Biologie oft weniger zu tun haben als mit einer vermeintlich feststehenden Ordnung (S. 200 ff.). Sie zeigt, dass die Menschen sich jedenfalls bei der Bezugnahme auf die Natur sehr irren können – und dass auch die Grundrechte, die an sich geeignet sein könnten, solche Irrtümer aufzudecken, immer im Lichte gesellschaftlicher Rahmenbedingungen verstanden werden. Das führt sie dann zu der Überlegung, ob ein postkategoriales Familienrecht geschaffen werden müsste.

II. Überlegungen zu den Zwecken und Möglichkeiten des Familienrechts

Aus diesen Ergebnissen des Fachgesprächs ergeben sich viele Erwartungen an das Familienrecht. Daher soll hier noch ein wenig darüber nachgedacht werden, ob das Familienrecht überhaupt dafür geeignet ist, eine diskriminierungsfreie Gesellschaft zu gestalten oder dazu wenigstens beizutragen und ob es gar postkategorial ausgestaltet werden könnte.

Vorab kann man konstatieren, dass zumindest ein Aspekt feststeht: Das Familienrecht darf nicht selbst diskriminierende oder sonst grundgesetzwidrige Regeln enthalten. Darum mussten in den 1950er und 1970er Jahren große Reformen vorgenommen werden, und darum muss heute dringend das Abstammungsrecht geändert werden. Es wurde durch die hier gesammelten Beiträge aber auch deutlich, dass es damit allein nicht getan sein wird, sondern dass auch in anderen Gebieten, wie etwa bei den Regelungen zur Paarbeziehung, noch Diskriminierungen auffindbar sind.

Ungleich schwieriger ist jedoch die Frage zu beantworten, ob das Familienrecht auch ein Instrument sein kann, mit dem *gesellschaftliche* Diskriminierung verhindert oder zumindest reduziert werden kann. Daran bestehen aus mehreren Gründen Zweifel.

Eine erste Schwierigkeit besteht darin, dass das Familienrecht das, was *Anne Röthel* als »Natur« beschreibt, zum Regelungsgegenstand hat. Jung und alt, stark und schwach, allein oder gemeinsam – das Familienrecht ändert nicht die Menschen, sondern es muss sie nehmen, wie sie sind. Es hat seine wichtigste Aufgabe darin, das reale familiale Leben mit einer Art rechtlichem Sicherheitsnetz zu versorgen. Diese für das Privatrecht im Ansatz vielleicht recht typische Aufgabe ist im Familienrecht deshalb noch deutlicher ausgeprägt, weil das Familienrecht in besonderem Maße freiheitssichernd ausgestaltet sein muss.⁷ Denn für das Zusammenleben in der Familie gilt nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG, sondern es gibt noch den hervorgehobenen Schutz von Ehe, Familie und elterlicher Sorge in Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 GG.

Diese freiheitssichernde Distanz wahrt das Familienrecht sowohl bei den Paarbeziehungen als auch bei der Ausgestaltung der elterlichen Sorge, indem die Regelungen denkbar weit gehalten sind und den Paaren und Familien sehr viel Freiraum bei der Ausgestaltung ihres familialen Umgangs miteinander lassen. So sind die Eltern bei der Erziehung fast vollständig frei, solange nicht das Kindeswohl ernsthaft gefährdet wird und der Bereich des staatlichen Wächteramts erreicht ist. Selbst die Regelungen zur Ehe, die wegen Art. 6 Abs. 1 GG notwendig sind, sind zurückhaltend ausgestaltet. Das Innenverhältnis der Ehe bleibt fast gänzlich rechtsfrei. Und bei den »äußeren« Konturen der Ehe kann man schon erkennen, was für das Familienrecht insgesamt gilt. Um die grundgesetzlich geschützte Ehefreiheit zu gewähren, müssen die einfachrechtlichen Normen zur Regelung der Ehe dem entsprechen, was als Ehebild in der Gesellschaft anerkannt und nachgefragt ist.⁸

Rechtsnormen, die das Verhalten von Familien und familialem Zusammenleben steuern, wären somit schon angesichts der verfassungsgeschützten, freiheitssichernden Funktion des Familienrechts problematisch. Allerdings gilt das für öffentlich-rechtliche, auf das familiale Verhalten bezogene Regelungen wohl nicht ausnahmslos. Während der Versuch, familiales Verhalten zu lenken, indem man ein Betreuungsgeld für Eltern einführen wollte, die ihre kleinen Kinder zu Hause betreuen, in verschiede-

⁷ Nur Bonner Kommentar/*Seiler*, GG, Art. 6 Abs. 1 Rn. 104; von Mangoldt/Klein/Starck/*Robbers*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 75.

⁸ Mit speziellem Bezug zur Ehescheidung *Heiderhoff*, Autonomie als Privatheit – Scheidung und Scheidungsfolgenrecht, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?, 2022, S. 41 (49 f.).

ner Hinsicht zweifelhaft war,⁹ wird etwa die gesonderte Elternzeit für den zweiten Elternteil meist weniger kritisch gesehen. Auch wenn das Verhalten, das erreicht werden soll, zugleich der Verringerung von Diskriminierungen dient, muss die Ausgestaltung aber den Freiheitsschutz der Familie respektieren.¹⁰

Wendet man sich dem privaten Familienrecht zu, so gibt es dort ein erhebliches Problem an einer anderen, vorgelagerten Stelle, nämlich bei seiner Eignung dafür, familiales Verhalten zu beeinflussen. Dabei ist hier nicht der Raum, generell über die Eignung von Privatrecht als Instrument zur Verhaltenssteuerung nachzudenken. Es wird davon ausgegangen, dass es verschiedene Gründe gibt, auch privatrechtliche Normen zu befolgen.¹¹ Doch auch ohne näher darauf einzugehen, ob und wie diese Mechanismen funktionieren, kann man erkennen, dass gerade das Familienrecht in seinen meisten Teilstücken kaum in der Lage ist, das Verhalten von Menschen in ihren familialen Beziehungen zu steuern. Dies liegt zum einen schon daran, dass es Handlungsbereiche gibt, in denen Menschen generell wesentlich schwieriger durch Gesetze steuerbar sind. Dass dazu Liebesverhalten zählt, wird man kaum bezweifeln können. Ähnlich dürfte es beim Kinderwunsch sein.¹²

Bei einem großen Teil der familienrechtlichen Normen kommt jedoch noch ein zweiter Faktor hinzu. Sie werden nämlich überhaupt erst spürbar, wenn eine Krise eintritt – wie etwa das Zerbrechen einer Partnerschaft oder zumindest ein Streit. Warum hier Recht so schlecht wirken kann, ist etwas näher untersucht worden. Es ist die so genannte *Optimism Bias*, die dazu führt, dass sich glückliche Paare überhaupt nicht mit der Rechtssituation für den Fall des Scheiterns der Beziehung beschäftigen. Anschaulich ha-

9 Zur Klärung der Vereinbarkeit mit den Grundrechten kam es nicht, weil dem Bund schon die Gesetzgebungskompetenz fehlte, BVerfGE 140, 65 = NJW 2015, 2399; zur Geschlechterverteilung bei der Nutzung *Pernice-Warnke*, Gleichberechtigte Vereinbarkeit von Beruf und Familie, FamRZ 2014, 1237; näher und dem Betreuungsgeld eher zugeneigt *Rixen*, Verfassungsgemäße Familienförderung nach dem Urteil zum Betreuungsgeld, NJW 2015, 3136.

10 Zum Verhältnis der Normen *Brosius-Gersdorf*, Demografischer Wandel durch Familienförderung, 2011, S. 363 ff., 697 ff., 712 ff.

11 Insbesondere zu finanziellen Anreizen *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, S. 6, 551, 556.

12 Zu den Schwierigkeiten mit der (mit verschiedenen sehr intensiv eingreifenden, nicht familienrechtlichen Instrumenten implementierten) Ein-Kind-Politik in China und deren Umkehrung etwa *Frank/Bu*, Familienplanung und Ein-Kind-Politik in China, ZfRV 2009, 83; allgemein zu den kriminologischen Erkenntnissen über die begrenzte Wirkung von Strafdrohungen NK-StGB/*Neumann/Saliger*, 6. Aufl. 2023, Vor § 1 Rn. 283.

ben dies die berühmten US-amerikanischen Studien von *Baker/Emery* gemacht, in denen es um die Ehescheidung und die Scheidungsfolgen ging. Im Ausgangsexperiment stellte sich dort bei der Nachfrage bei frisch Vermählten heraus, dass allen Paaren zwar die sehr hohe Scheidungsrate zumindest im Groben bekannt war. Keines der Paare glaubte jedoch, selbst davon betroffen werden zu können. Noch darüber hinausgehend glaubten die Befragten, dass der Partner fairen Unterhalt bezahlen werde, falls es doch zur Scheidung komme.¹³

Die Studie, die später vielfältig verfeinert wurde, hat sicherlich durch den Zeitpunkt der Befragung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Eheschließung zu extremen Ergebnissen geführt.¹⁴ Aber die Eheschließung ist zugleich der Zeitpunkt, zu dem typischerweise auch Eheverträge geschlossen werden. Scheidungsfolgenrecht dürfte für das Verhalten der verheirateten Paare aufgrund dieser positiven Zukunftseinschätzung insgesamt eine sehr niedrige Relevanz für das Verhalten haben.

Ein zweites Element besteht in einer ohnehin zu konstatierenden, generalen Rechtsunkenntnis in Bezug auf das Familienrecht. Diese mag im Zusammenhang mit einer optimistischen Wahrnehmung der eigenen Zukunft stehen, hat aber ihrerseits Auswirkungen auf die Möglichkeit der Verhaltenssteuerung durch Familienrecht. Hierzu wurde 2009 in Deutschland im Auftrag des BMFSFJ eine großangelegte Studie durchgeführt. Es ging dabei unter anderem darum, welche Kenntnis vom Scheidungsfolgenrecht in der Bevölkerung überhaupt besteht. Die Studie erfolgte im Rahmen von Überlegungen dazu, die Zugewinnngemeinschaft durch eine Errungenschaftsgemeinschaft zu ersetzen. Die Ergebnisse zeigen, um es etwas überspitzt zusammenzufassen, dass Verheiratete in Deutschland überwiegend nicht wissen, wie die güterrechtliche Rechtslage in ihrer Ehe ist.¹⁵ Dieselbe Studie

13 *Baker/Emery*, When Every Relationship Is Above Average – Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, Law and Human Behaviour 17 (1993), 439 (443); allgemein zur optimism bias insbesondere *Eisenberg*, The Limits of Cognition and the Limits of Contract, Stanford Law Review 47 (1995), 211 (224 f.); im Kontext von Eheverträgen *Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, 2008, S. 314 f.; *Schmolke*, Grenzen der Selbstbindung im Privatrecht, 2014, S. 439 ff.

14 Deutlich weniger extrem etwa die Ergebnisse einer Studie mit Studierenden, *Helweg-Larsen/Harding/Klein*, Will I Divorce or Have a Happy Marriage?: Gender Differences in Comparative Optimism and Estimation of Personal Chances Among U.S. College Students, Basic and Applied Social Psychology 33 (2011), 157.

15 BMFSFJ (Hrsg.), Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebensverlauf, Studie unter Leitung von *Wippermann*, 2011, S. 48 ff., abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/94440/671bcfbbfe9ee1104122fc759de71bOb/partnerschaft-und-ehe-data.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2023).

hat im Übrigen auch ergeben, dass rechtliche Rahmenbedingungen (sogar einschließlich des Steuerrechts) nach der Selbsteinschätzung der Befragten kaum Einfluss auf den Entschluss zur Eheschließung haben.¹⁶

Mangels weiterer Studien mit Familienrechtsbezug ist es nicht einfach, die Auswirkungen dieser Erkenntnisse für weitere Bereiche des Familienrechts einzuschätzen. Auch ohne genauere Untersuchungen ist man jedoch geneigt, auch bei weiteren faktischen Phänomenen wie der Inanspruchnahme einer privaten Samenspende durch lesbische Paare (bei der die gemeinsame Elternschaft nicht sicher erreichbar ist) oder bei der Beauftragung von Leihmüttern im Ausland (teils unter Verstoß gegen gesetzliche Verbote) die Wirkkraft der Optimism Bias zu vermuten. Zumindest werden rechtliche Hindernisse offenbar nicht allgemein als abschreckend wahrgenommen.

Somit ist Verhaltenssteuerung im Familienrecht insgesamt nicht nur wegen der verfassungsgarantierten freiheitswahrenden Funktion problematisch, sondern oftmals auch aufgrund der fehlenden Wahrnehmung der vermeintlich steuernd wirkenden Rechtsnormen durch die jeweils gemeinten Personen.

Sieht man nun noch auf das Sicherheitsnetz, das das Familienrecht bilden muss, so gilt auch bei diesem wieder, dass es jedenfalls zu keiner Diskriminierung kommen darf. Hier bedeutet das aber vor allem, dass »unerwünschtes« Verhalten nie dazu führen darf, dass das Sicherheitsnetz nicht greift. Am eindringlichsten wurde das bei nichtehelichen Kindern erlebbar, für welche die Beseitigung der diskriminierenden Rechtslage trotz der Vorgabe in Art. 6 Abs. 5 GG viele Jahrzehnte gedauert hat. Heute muss beispielsweise darauf geachtet werden, dass Kinder, die mit Hilfe in Deutschland nicht zulässiger Fortpflanzungsmethoden gezeugt werden, nicht diskriminiert werden. Das gilt selbst dann, wenn ein Nebeneffekt darin besteht, dass die Nutzung solcher Methoden ansteigt.

Diese Funktion des Familienrechts als Sicherheitsnetz verhindert es daher zumindest teilweise, dass das Familienrecht die gesellschaftliche Stellung der Frau stärken kann. Es wäre falsch, nacheheliche Unterhaltspflichten zu streichen oder den Unterhalt wegen Kindesbetreuung zu kürzen, auch wenn diesen meist Frauen in Anspruch nehmen, die für die Ehe oder die Kinder beruflich zurückgesteckt haben oder zurückstecken.¹⁷

Im Gegenteil kann es sogar richtig sein, die wirtschaftlichen Diskriminierungsfolgen stärker auszugleichen, als dies in Deutschland bisher ge-

¹⁶ BMFSFJ (Hrsg.), Partnerschaft und Ehe – Entscheidungen im Lebensverlauf (Fn. 15), S. 24 ff.

¹⁷ Dazu auch noch gleich unter III. 2.

schiebt. So gibt es nicht nur in England, sondern auch in der Schweiz bei der Bemessung des finanziellen Ausgleichs nach der Scheidung eine Einberechnung der Vermögenseinbußen, die durch die Übernahme von Familienarbeit entstanden sind.¹⁸ Der Zwiespalt, dass das Familienrecht unter Umständen das ungleiche Verhalten positiv fördert, lässt sich nicht leugnen, aber aufgrund der eben beschriebenen Optimism Bias sollte man diese Gefahr nicht überschätzen.

Insgesamt bedeutet dies, dass das Familienrecht bei der gezielten Bekämpfung von gesellschaftlicher Diskriminierung nicht das bestgeeignete Instrument ist. Das heißt allerdings nicht, dass die Gesetzgebung die Gleichberechtigung als Ziel ignorieren kann. Erstens dürfen Rechtsnormen selbst wie gezeigt keinesfalls diskriminierend wirken. Und zweitens muss äußerst aufmerksam darauf geachtet werden, ob nicht bestimmte Rechtsnormen doch die Ungleichheit der Geschlechter eher zementieren oder verstärken, anstatt dieser entgegenzuwirken. Das sei im Folgenden noch an drei aktuellen Beispielen aufgezeigt.

III. Einige Gedanken zu aktuellen gesetzgeberischen Vorhaben

1. Verantwortungsgemeinschaft

Bei der viel diskutierten Verantwortungsgemeinschaft stellen sich mindestens zwei auf die Gleichberechtigung bezogene Fragen. Die Verantwortungsgemeinschaft ist im Koalitionsvertrag vorgesehen¹⁹ und stammt aus dem Wahlprogramm der FDP.²⁰ Die wohl zentrale Idee dahinter besteht darin, dass private Solidarität und Verantwortungsübernahme vorrangig gegenüber dem staatlichen Sozialnetz greifen sollen. Wenn Menschen sich verbindlicher zur Selbsthilfe zusammenfinden würden, hätte das zur Fol-

18 Zu England *Herring*, Family Law, 10. Aufl. 2021, S. 254 f., 269 ff.; zur Schweiz *Cottier/Widmer/Aeby/Sahdeva*, Autonomie und Scheidungsfolgen – Interpretationen der Geschlechtergleichheit im Kontext der Aushandlung von Scheidungsvereinbarungen, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?, 2022, S. 61 (80 f.).

19 Mehr Fortschritt wagen – Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 101, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/koalitionsvertrag-2021-1990800> (zuletzt abgerufen am 11. 10. 2023).

20 Wahlprogramm der Freien Demokraten, 2021, S. 34, abrufbar unter: https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-06/FDP_Programm_Bundestagswahl2021_1.pdf (zuletzt abgerufen am 11. 10. 2023); einen Antrag der FDP-Fraktion im Bundestag zur Einführung der Verantwortungsgemeinschaft gab es auch bereits im Januar 2020, BT-Drs. 19/16454.

ge, dass der Staat – oder anders gesagt die Allgemeinheit – von Aufgaben entlastet wird.²¹ Die Ausgestaltung bereitet offenbar Schwierigkeiten, so dass sich die Informationen zu den Planungen derzeit weiterhin fast ausschließlich aus Reden des Bundesjustizministers entnehmen lassen. Das Konzept scheint sich in den letzten zwei Jahren dabei deutlich verändert zu haben. Zuletzt stellte der Bundesjustizminister klar, dass die Verantwortungsgemeinschaft als bloßes rechtliches Angebot gemeint sein soll, für welches Anreize wie steuerliche Vorteile nicht geplant seien.²² Insofern erscheint sie unter den Aspekten von Verhaltenssteuerung und Freiheitsbegrenzung zunächst eher unproblematisch. Dennoch sollte man im Kopf behalten, dass unentgeltliche Pflegearbeit (und weiterhin auch Familienarbeit) derzeit ganz überwiegend von Frauen geleistet wird. Es sollte daher verhindert werden, dass diese Schräglage in der Verantwortungsgemeinschaft institutionalisiert und dadurch indirekt verstärkt wird.

Auf der anderen Seite sollte man bedenken, dass im Hinblick auf das Ziel des Abbaus von geschlechtsbezogener Diskriminierung sowie mit Blick auf die Aufgabe des Familienrechts als Sicherheitsnetz, im geltenden Recht für Solidargemeinschaften wichtige Bausteine fehlen. Es gibt außerhalb der Ehe im Grunde weiterhin überhaupt kein Sicherheitsnetz beim Zerbrechen von Lebensgemeinschaften, und das ist faktisch weiterhin vor allem für Frauen riskant.²³ Insofern wäre es sinnvoll, bei der Gestaltung einer Verantwortungsgemeinschaft weniger an eine Entlastung des Staats zu denken als an das Ziel der Gleichberechtigung. Gelingen könnte das etwa mit einem güterrechtsähnlichen Ausgleich bei Auflösung von nichtehelichen Gemeinschaften. Dieser könnte unter Umständen abdingbar ausgestaltet sein, sollte aber zumindest dann greifen, wenn ein Lebensgefährte beziehungsbedingt oder sorgearbeitsbedingt Vermögensnachteile in Kauf genommen hat. Auch hier zeigt sich die Notwendigkeit, auf gesellschaftlich gelebte Geschlechterrollen einzugehen, obwohl eine Verstärkung diskriminierender Strukturen dadurch zumindest nicht ausgeschlossen werden kann.

21 So etwa auch Bundesjustizminister *Buschmann*, <https://www.nzz.ch/international/marco-buschmann-im-interview-selbstbestimmung-corona-fdp-ld.1687111> (Stichwort Subsidiarität) (zuletzt abgerufen am 11. 10. 2023).

22 <https://www.zeit.de/gesellschaft/2023-08/verantwortungsgemeinschaft-marco-buschmann-fdp-eckpunktepapier> (zuletzt abgerufen am 11. 10. 2023); anders noch die im Antrag aus 2020 enthaltenen Vorstellungen, BT-Drs. 19/16454, S. 2.

23 Anders z. B. im slowenischen Recht, siehe nur *Novak*, Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben in Slowenien, in: Kroppenberg/Schwab/Henrich/Gottwald/Spickhoff (Hrsg.), Rechtsregeln für nichteheliches Zusammenleben, 2009, S. 265 (266 f., 273 ff.); ausführlich rechtsvergleichend hierzu *Dutta*, Paarbeziehungsregime jenseits der Ehe, AcP 216 (2016), 609 (645 ff.).