

Zeitschrift für

Familien- forschung

Journal of Family Research

In diesem Heft:

Schwerpunktthema:

**Das Recht und der Wandel der Familie:
ein Spannungsverhältnis?**

- Regelungsaufgabe Paarbeziehungen
- Neue Familienformen: Herausforderungen für das Recht
- Kindschaftsrecht und Human-/Sozialwissenschaften
- Die rechtswissenschaftliche Sicht auf familienbezogene Forschung
- Familienrecht aus sozialwissenschaftlicher Perspektive
- Endogamy versus homogamy: Marital choice among descendants of immigrants in France

Referiert im SSCI

2/2016



ISSN 1437-2940
28. Jahrgang 2016, Heft 2
Verlag Barbara Budrich

Inhalt

Editorial	146
<i>Laszlo A. Vaskovics</i>	
Das Recht und der Wandel der Familie: ein Spannungsverhältnis? Einführung in das Schwerpunktthemenheft	149
<i>Marina Wellenhofer</i>	
Regelungsaufgabe Paarbeziehungen: Was kann, was darf, was will der Staat?	162
<i>Nina Dethloff</i>	
Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht	178
<i>Ludwig Salgo</i>	
Die Beziehung zwischen Familienrecht und Human-/Sozialwissenschaften am Beispiel des Kindschaftsrechts	191
<i>Dieter Schwab</i>	
Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung – aus rechtswissenschaftlicher Sicht	208
<i>Laszlo A. Vaskovics & Johannes Huinink</i>	
Werden die Regelungen des Familienrechts heutigen Familien und Kindern gerecht? Reflexionen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive	221
Forschungsbeiträge	
<i>Beate Collet & Emmanuelle Santelli</i>	
Endogamy versus homogamy Marital choice among descendants of North African, Sahelian African and Turkish immigrants in France	245

Editorial

Liebe Leserinnen,
liebe Leser,

unter der Herausgeberschaft von *Laszlo A. Vaskovics* widmen sich in diesem Schwerpunktthemenheft Rechtswissenschaftler(innen) – mit Beiträgen von *Marina Wellenhofer*, *Nina Detloff*, *Ludwig Salgo* und *Dieter Schwab* – verschiedenen Aspekten der *Frage nach dem Spannungsverhältnis zwischen dem Recht und dem Wandel der Familie*. *Laszlo A. Vaskovics* und *Johannes Huinink* resümieren dann die gewonnenen Erkenntnisse aus sozialwissenschaftlicher Perspektive.

In einem regulären Beitrag in englischer Sprache setzen sich schließlich *Beate Collet* und *Emmanuelle Santelli* mit *Endogamie versus Homogamie in der Partnerwahl der Nachkommen von Immigranten aus Nordafrika, der Sahelzone und der Türkei in Frankreich* auseinander.

Wir möchten unsere Leser(innen) darüber informieren, dass es dem Herausgeberkreis der Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research gelungen ist, *Anette Eva Fasang* (Humboldt-Universität zu Berlin) und *Birgit Pfau-Effinger* (Universität Hamburg) als Herausgeberinnen zu gewinnen.

Des Weiteren möchten wir auf folgende Angebotserweiterungen des Verlags Barbara Budrich hinweisen:

Der Verlag vergibt in Zusammenarbeit mit *Crossref* – einer der größten DOI-Registrierungsstellen – künftig auch für die Beiträge unserer Zeitschrift *Digital Object Identifiers (DOIs)*. Auf diese Weise können die Beiträge eindeutig und dauerhaft identifiziert werden, sind online weltweit sichtbar und garantiert auffindbar. Die Redaktion wird künftig die Autor(inn)en der *ZfF/JFR* über die technischen Voraussetzungen der Vergabe eines DOI für den jeweiligen Beitrag und die obligatorische Integration vorhandener externer DOIs in

Dear Readers,

In this Special Issue edited by *Laszlo A. Vaskovics*, law scholars discuss and analyze various aspects of the question whether there exists a conflict relationship between family law proper and family change in society in contributions written by *Marina Wellenhofer*, *Nina Detloff*, *Ludwig Salgo* and *Dieter Schwab*. Finally, by employing the viewpoint of the social sciences, *Laszlo A. Vaskovics* and *Johannes Huinink* draw conclusions from these authors' analyses.

In an article (written in English) that is not part of the special issue, *Beate Collet* and *Emmanuelle Santelli* present their research on *endogamy versus homogamy with regard to marital choice among descendants of North African, Sahelian African and Turkish immigrants in France*.

We would like to inform our readers that *Anette Eva Fasang* (Humboldt University of Berlin) and *Birgit Pfau-Effinger* (University of Hamburg) have accepted the invitation of the members of the Editorial Board to become members of this Board.

We would also like to inform you that our publishing house, *Barbara Budrich Publishers*, have expanded their services for our authors.

In collaboration with *Crossref*, i.e. one of the largest DOI registration agencies, our publisher shall provide *Digital Object Identifiers (DOI)* for the contributions in our journal from now on. In doing so, the contributions can be identified distinctively and permanently. Thus, they are visible globally and surely traceable online. In the future, the editorial office shall provide the journal's authors with instructions on the technical prerequisites for both issuing the DOI for the contribution and the mandatory inclusion of all available DOIs

die bibliographischen Angaben im Literaturverzeichnis informieren.

Im Rahmen des Verlagsangebotes *Open Express* wird es zudem künftig möglich sein, Beiträge gleichzeitig mit der Veröffentlichung der Print- und der Online-Version als *Open Access*-Version zu publizieren und somit den Leser(inn)en kostenlos zur Verfügung zu stellen. Für diese sofortige Freischaltung erhebt der Verlag von Autor(innen), die diese Möglichkeit nutzen möchten, einmalig eine Gebühr von 199 € (inklusive Mehrwertsteuer) pro Beitrag.

Hinweisen möchten wir zudem auf die Abstracting and Indexing (A&I) Services, die mit Hilfe von Metadaten und Abstracts die Inhalte wissenschaftlicher Zeitschriften und eBooks erschließen, in denen die Zeitschrift auf Initiative des Verlages geführt wird. Es sind dies: *Web of Science/SSCI* (Thomson Reuters), *ProQuest/CSA*, *Scopus* (Elsevier)/*SCImago*, *EBSCO* sowie *GESIS: Solis – Sozialwissenschaftliches Literaturinformationssystem*.

Zudem liefert der Verlag die Zeitschrift jeweils nach Erscheinen mit Angabe der Open-Access Moving Wall von 24 Monaten an das *Social Science Open Access Repository (SSOAR)*. Der bei *GESIS Leibniz-Institut für Sozialwissenschaften* gepflegte Volltextserver sammelt und archiviert sozialwissenschaftliche Literatur und stellt sie entsprechend der *Berliner Erklärung über den offenen Zugang zu wissenschaftlichem Wissen* im Open Access frei im Netz zur Verfügung.

Nach Verlagsangaben wurde zwischen Anfang 2016 und dem 25. April 2016 insgesamt bereits 16.800 Mal über den verlagseigenen Internetauftritt auf Volltexte der ZfF/JFR zugegriffen. Im Verlaufe des gesamten Jahres 2015 wurden 23.783 Zugriffe registriert, im Jahre 2014 wurden 22.189 Mal Volltexte heruntergeladen.

Die ZfF/JFR hat nunmehr – neben der weiterhin bestehenden Einbindung unter www.budrich-journals.de – einen neuen Auftritt im Online-Shop des Verlages: www.shop.budrich-academic.de

in bibliographical data in references.

By using the *Open Express* feature offered by the publisher, it will be possible to publish contributions as *Open Access* papers simultaneously to the print and online versions and provide them to the readers free of charge. For immediately offering contributions in open access mode, the publisher charges the authors, who wish to use this option, a non-recurring fee of 199 Euro (VAT included) for each paper.

Also, we would like to advise you of the abstracting and indexing (A&I) services that, by means of metadata and abstracts, make the content of scholarly journals and e-books accessible in internet users. These A&I services have been made available for retrieving our journal's content: *Web of Science/SSCI* (Thomson Reuters), *ProQuest/CSA*, *Scopus* (Elsevier)/*SCImago*, *EBSCO*, and *GESIS: Solis – Sozialwissenschaftliches Literaturinformationssystem* (the latter being in German only).

In addition, our publisher conveys the journal's full texts to the Social Science Open Access Repository (SSOAR) upon publication, allowing for full-text search, once the moving wall is lifted 24 months after initial publication. This full-text server maintained by *GESIS – Leibniz Institute for the Social Sciences* collects and files all literature in the social sciences and offers it in open access mode, i. e. free of charge, to internet users, in accordance with the *Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities*.

According to information from our publisher, full texts have been accessed via their own website no less than 16,800 times between the beginning of the year 2016 and April 25th, 2016. In the course of the entire year of 2015, 23,783 clicks on the journal's full texts, that already were available outside the moving wall, were registered. In 2014, openly accessible full texts were downloaded 22,189 times.

In addition to the still-existing representation at the special collective website for all journals issued by the publisher (www.budrich-journals.de), the Journal of Family Research/Zeitschrift für Familienforschung has got a new representation at

Darüber hinaus besteht weiterhin die eigene Website der Herausgeber(innen) und der Redaktion – www.zeitschrift-fuer-familienforschung.de – mit Informationen in deutscher und englischer Sprache.

Wir wünschen Ihnen nunmehr eine angeregte, eine anregende Lektüre.

Henriette Engelhardt-Wölfler
Geschäftsführende Herausgeberin | Editor-in-chief

www.shop.budrich-academic.de, i.e. the publisher's on-line shop.

Also still available is the journal's own website maintained by the Editorial Board and the Editorial Office – www.zeitschrift-fuer-familienforschung.de – with information in both the German and the English languages.

We wish you a pleasant and inspiring reading.

Kurt P. Bierschock
Redakteur | Managing editor

Laszlo A. Vaskovics

Das Recht und der Wandel der Familie: ein Spannungsverhältnis?

Einführung in das Schwerpunktthema

1. Warum die Frage nach dem „Spannungsverhältnis“ zwischen Recht und Wandel der Familie ?

Sozialwissenschaften, insbesondere Familiensoziologie, Familiendemographie und Familienpsychologie auf der einen Seite und Rechtswissenschaft, insbesondere Familienrecht auf der anderen Seite, haben den gleichen Gegenstandsbereich, verfolgen aber teilweise unterschiedliche Zielsetzungen, arbeiten mit unterschiedlichen Methoden und benützen teilweise auch unterschiedliche, gegenseitig erklärungsbedürftige, Fachbegriffe. Die Sozialwissenschaften erstellen gegenwartsbezogene Bestandsaufnahmen, stellen empirisch Entwicklungstrends fest und machen Aussagen über künftig erwartbare Entwicklungstendenzen bei der Veränderung von Partnerschafts- und Familienformen sowie von Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen. Aufgrund dieser Befunde stellt man fest, dass die Gesetzgebung oft mit dem Wandel der Familie nicht Schritt halten kann, insbesondere bezogen auf neue Familienformen, neue Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen. Es werden Gesetzeslücken festgestellt und gesetzliche Neuregelungen gefordert. Die diesbezüglichen sozialwissenschaftlichen Reformvorschläge werden von Seiten der Rechtswissenschaft zum Teil zustimmend, aber oft auch mit Vorbehalt, zum Teil mit Ablehnung aufgenommen. Häufig wird die Umsetzbarkeit solcher Reformvorschläge in der Gesetzgebung infrage gestellt oder die Rechtswissenschaftler teilen die Zielsetzung sozialwissenschaftlicher Reformvorschläge nicht. Erschwerend kommen die zum Teil unterschiedlichen, die fachliche Kommunikation erschwerende, Begrifflichkeiten der an der Diskussion beteiligten Fachdisziplinen hinzu.

Dennoch wird in den letzten Jahren verstärkt eine Intensivierung der interdisziplinären Zusammenarbeit von beiden Seiten gefordert. In diesem Zusammenhang werden insbesondere von rechtswissenschaftlicher Seite verschiedene Vorschläge zur Überwindung der Hürden, die derzeit die Zusammenarbeit bei der familienbezogenen Forschung erschweren, zur Diskussion gestellt. Diesen Diskussionsstrang greift das vorliegende Schwerpunktheft auf und führt diese mit neuen Erkenntnissen, Argumenten und Vorschlägen weiter.

2. Empirische Befunde und juristischer Regelungsbedarf

Empirische Befunde der Familiensoziologie, der Familiendemographie und der Familienpsychologie dokumentieren und analysieren die raschen Veränderungen der Familienrealitäten seit mehreren Jahrzehnten (insbesondere Veränderungen der Familienstruktur, Pluralisierung von Familienformen, Veränderungen der Familienbeziehungen, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft). Die Thematisierung der Pluralisierung der Familienformen, Beschreibung neuer Familien- und Elternschaftsformen nimmt in der sozialwissenschaftlichen Literatur bereits seit einigen Jahrzehnten einen breiten Raum ein (vgl. zusammenfassend Rauchfleisch 1997, 2005; Peuckert 2006, Brüderl/Klein 2003; Kapellau 2009; Huinink/Konietzka 2007). Thematisiert werden hauptsächlich die Folgen der Trennung, Scheidung und Gründung von so genannten Fortsetzungsfamilien/Folgefamilien (Furstenberg 1987; Giesecke 1987; Peuckert 2006), Ein-Eltern-Familien, binuklearen Familien, Patchworkfamilien, „queer families“ (Ahrns 1979; Ahrns/Wallisch 1987; Jansen et.al 2007). Auch werden Familienformen beschrieben, die als Konsequenz der Trennung von biologischer und sozialer Elternschaft entstehen; so die Stief-, Adoptiv- und Pflegefamilien und „haushaltübergreifende Stiefkonstellationen“ (Tauber 2002; Hartl/Teubner 2000; Steinbach 2005; Kreyenfeld/Heintz-Martin 2012). Bei den Stieffamilien werden – differenzierend in Abhängigkeit davon, mit welchem Elter die Kinder nach der Trennung oder Scheidung in einem Haushalt zusammenleben – unterschieden zwischen *primären Stieffamilien* (das Kind lebt mit dem leiblichen Elter und neuen Partner des geschiedenen Elter) und *sekundären Stieffamilien* (wenn das Elter mit neuem Partner/in, aber nicht mit dem Kind zusammenlebt (Bien et al 2002; Steinbach 2008), *einfachen Stieffamilien*, *zusammengesetzten Stieffamilien*, *komplexen Stieffamilien* und *mehrfach-fragmentierten Stieffamilien* bei multiplen Elternschaften (Feldhaus/Huinink 2011).

Analysiert und beschrieben werden neben solchen Familienformen, die historisch gesehen nicht als neu gelten können, in der neueren sozialwissenschaftlichen Literatur auch Familienformen, die es früher nicht gegeben hat. Neu sind beispielsweise die als Folge der Trennung der biologischen und genetischen Elternschaft entstandenen Familienformen, z.B. die sog. „Inseminationsfamilien“ (Delaisi de Parseval/Janaud 1986). Inseminationsfamilien zeichnen sich dadurch aus, dass das Kind oder die Kinder in dieser Familie durch eine Ei- oder Samenspende künstlich gezeugt wurde. Neu sind auch die, um die so genannten „netzförmigen Elternschaften“ entstandenen, Familienkonstellationen. Es handelt sich um familiäre Konstellationen, in denen mindestens drei partnerschaftlich oder freundschaftlich verbundene Erwachsene verbindlich und relativ dauerhaft Elternaufgaben (Elternschaftssegmente) wahrnehmen und als elterliche Bezugspersonen für ihre (leiblichen oder sozialen) Kinder fungieren. Neu sind auch die so genannten „Regenbogenfamilien“ (Jansen/Grieb/Bruns 2007), die als Folge der Elternschaft in homosexuellen Partnerschaften (eingetragenen Partnerschaften) entstehen, wobei die Elternschaft in unterschiedlichen Konstellationen von Teil-Elternschaft wahrgenommen werden kann. Es gibt auch familiäre Konstellationen, in denen neben gleichgeschlechtlichen Partnerschaften noch weitere enge Bezugspersonen die Elternrolle übernehmen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn lesbische Paare mittels Insemination Mütter geworden sind und sich der Samenspender auch als Vater des Kindes versteht und gemeinsam mit den lesbischen Müttern für das Kind Sorge trägt (Rupp 2009).

Mit zunehmender Ausdifferenzierung der Elternkonstellationen werden immer neue Personen auch in das Verwandtschaftssystem des Kindes als „Bezugspersonen“ einbezogen (neue Väter und Mütter, neue Tanten, Onkel, Großeltern, Urgroßeltern). Bei verschiedenen Formen der „multiplen Elternschaft“ (Gross/Honer 1990; Feldhaus/Huinink 2011) können Kinder immer häufiger nicht nur mehrere (biologische und soziale) Väter haben. Sie haben zugleich verschiedene Arten von Geschwistern und mehr als vier Großeltern (Edwards 2000).

Die jeweils entstandenen Elternkonstellationen können sich im Lebensverlauf des Kindes verändern. Eine neue Elter-Konstellatation im Lebensverlauf bedeutet immer die Einbeziehung eines neuen Verwandtschaftskontextes für die/den Partner(in) und das Kind. Dies bedeutet, dass sich im Laufe der familialen Entwicklungsverläufe bei immer mehr Familien unterschiedliche Strukturen von Elter(n)-Konstellationen und davon in Abhängigkeit unterschiedliche Eltern-Kind-Konstellationen ergeben können und zwar unter Einbeziehung von immer neuen Verwandten. Allerdings nimmt die Verbindlichkeit von Verwandtschaftsnormen im Laufe dieser Entwicklung ab, weil sie sich immer häufiger nur über temporäre Teilelternschaften im Lebensverlauf (in verschiedenen Kombinationen) situationsspezifisch konstituiert (Vaskovics 2011).

Die gesellschaftliche Toleranzbereitschaft, der Grad und das Ausmaß der Akzeptanz von solchen, vom „Normalfall“ abweichenden (neuen) Familienformen und Elternschaftskonstellationen sind bei der deutschen Bevölkerung hoch und weit verbreitet und es ist damit zu rechnen, dass es (auch) künftig zu einer noch höheren sozio-kulturellen Akzeptanz bisher ‚ungewöhnlicher‘ Eltern-Konstellationen kommen wird. Auch solche neuen Familienformen und Partnerschafts- und Elternschaftskonstellationen werden künftig als Optionen der individuellen Lebensgestaltung kulturell legitimiert und erfordern eine rechtliche Regelung.

Als Konsequenz der Differenzierung der Elternschaftskonstellationen (Hoffmann-Riem 1988, 1989; Vaskovics 2002, 2009; Lois/Kopp 2011) entstehen *auch* neue Formen der *Kindschaft* (Alt/Lange 2011; Vaskovics 2011), die eine Reform des Kindschaftsrechts erfordern, um die Schließung von Gesetzeslücken und Verhaltenssicherheit in der Eltern-Kind-Beziehung zu gewährleisten – so die sozialwissenschaftliche Argumentation, die (wenn auch wissenschaftsimmanent anders begründet) auch von vielen Rechtswissenschaftlern artikuliert (Dethloff 2005; Löhnig 2011) wird.

3. Die kritischen Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung

Sozialwissenschaftler mahnen schon seit Jahrzehnten an, dass das Recht mehr als bisher der faktischen Pluralität der Partner- und Elternkonstellationen und auch generell der familiären Konstellationen gegenüber dem seltener werdenden traditionellen Familienmodell Rechnung tragen solle (Vaskovics 2011; Lauterbach 2011; Feldhaus/Huinink 2011).

Diese Fragen wurden im Rahmen einer Tagung des Staatsinstituts für Familienforschung an der Universität Bamberg (ifb) und der Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research intensiv diskutiert. Zu ausgewählten Themenbereichen – neue Familienformen, neue Elternschafts- und Kindschaftsverhältnisse, Abstammung und Verwandtschaft – wurden namhafte Fachvertreter(innen) des Familienrechts, der Familienso-

ziologie und der Familienpsychologie eingeladen, um den gegenwärtigen Kenntnis- bzw. Diskussionsstand und die spezifischen theoretischen und analytischen Perspektiven der je eigenen Fachdisziplin zu resümieren. Diese Diskussion wurde im Rahmen einer anschließenden Publikation (Schwab/Vaskovics 2011) thematisch erweitert und resümiert (Schwab 2011b). Es wurden Reformvorschläge aus sozialwissenschaftlicher und rechtswissenschaftlicher Perspektive gegenseitig kritisch reflektiert (Ostner/Schumann 2011).

3.1. Sozialwissenschaftliche Reflexionen

Die Veränderungen familialer Lebenswelten, Partnerschafts- und Elternverhältnisse und die daraus resultierenden neuen Familienformen werden – meist unter Hinweis auf sozialwissenschaftliche Befunde - in der rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus thematisiert. In der vergangenen und aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion ist jedoch oft umstritten *ob* und *wie* die Gesetzgebung auf die Pluralisierung der Familienformen und neuen Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen reagieren soll (Coester-Waltjen 2005; Verschraegen 2009; Ostner/Schumann 2011; Schwab 2011a; Helms 2011; Spickhoff 2007; Heiderhoff 2008, 2011, 2012; Peschel-Gutzeit 2015).

Auch in den letzten Jahren wurden zahlreiche familienrechtliche Reformvorschläge unter Berücksichtigung der Veränderung familialer Lebenswelten zur Diskussion gestellt und z.T. in der Gesetzgebung umgesetzt. Was die juristischen Reformvorschläge und Maßnahmen der Gesetzgebung betrifft, wird aus sozialwissenschaftlicher Perspektive kritisch beurteilt, dass (a) diese – wenn überhaupt – oft mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung erfolgen und verhaltensrelevant wirken (wenn es z.B. darum geht, rechtliche Ungleichbehandlung zu beseitigen, Rechtsicherheit gewähren, usw.). Kritisch wird (b) auch die Tatsache beobachtet, dass sich sowohl die Reformvorschläge als auch die erlassenen gesetzlichen Maßnahmen oft an traditionellen Familienleitbildern orientieren oder (c) an einer (juristisch) *konstruierten* Realität, abgehoben von den empirisch festgestellten (neuen) Familien-, Elternschafts- und Partnerschaftskonstellationen. Kritisch wird auch festgestellt, dass (d) diese juristischen Konstrukte (vorgestellte Realitäten) die Komplexität der entstandenen Familien- und Elternschaftsformen in unzulässiger Weise *vereinfachen und an der Wirklichkeit vorbeigehen*. Ein Beispiel dafür ist die juristische Definition der Mutterschaft und Vaterschaft. Nach deutschem Recht gilt die Frau, die das Kind gebärt als die leibliche und zugleich die rechtliche Mutter des Kindes, unabhängig von der genetischen Abstammung des Kindes (z.B. im Falle einer Eizellspende oder im Falle der Leihmutterschaft). Als rechtlicher Vater des Kindes gilt der Mann, der mit der Mutter des Kindes zusammenlebt und seine Vaterschaft bekundet (anerkennt), unabhängig davon, ob er tatsächlich der genetische Vater des Kindes ist.

Ein weiteres Beispiel dafür ist die Pluralisierung der Elternschaftskonstellationen. In der sozialwissenschaftlichen Forschung wird, der entstandenen Ausdifferenzierung folgend, zwischen mehreren *Segmenten der Elternschaft* unterschieden (Vaskovics 2011): der genetischen, biologischen, sozialen und rechtlichen Elternschaft. Dies wird zwar in der rechtswissenschaftlichen Diskussion durchaus – wenn auch oft nur als „irritierende Tatsache“ – wahrgenommen. Wenn ein sich an den empirischen Tatsachen orientierender Regelungsbedarf angemahnt wird, geht es dem Gesetzgeber bei der Suche nach Lösungen in erster Linie darum, die „leibliche“ (d.h. genetische/biologische) und rechtliche Eltern-

schaft bei allen verzweigten Partnerschafts- und Familienkonstellationen irgendwie in Übereinstimmung zu bringen. Wenn dies nicht gelingt, dann geht es darum, einer Elternperson auch ohne Berücksichtigung der tatsächlichen biologischen Abstammung und der faktischen sozialen Sorgeverhältnisse Pflichten und Rechte juristisch zuzuweisen. Um dieses Ziel zu erreichen verfährt man dabei mit unterstellten vereinfachenden Konstruktionen der Familienrealität bzw. traditionellen Leitbildern.

Im Fokus gesetzgeberischen Bemühens steht hierbei stets die Frage: wer sind die *rechtlichen* Eltern eines Kindes bzw. wie kann die Elternverantwortung *rechtlich* abgesichert werden? Die so ermittelte „Elternschaft im Rechtssinn“ wird dabei (funktional) generell höher bewertet als die anderen Segmente der Elternschaft. Durch Höherbewertung der rechtlichen Elternschaft werden die einzelnen Elternschaftsegmente in ein hierarchisches Prioritätsverhältnis gebracht. Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive erscheint es allerdings problematisch, zwischen den einzelnen Dimensionen der Elternschaft, insbesondere zwischen sozialer Elternschaft und „Elternschaft im Rechtssinn“ ein *Rangverhältnis* zu sehen. Der Gesetzgeber müsste nach Ansicht der Sozialwissenschaftler *beide* Segmente der Elternschaft (und dies gilt auch beim Auseinanderfallen von *genetischer* und *biologischer* Elternschaft) berücksichtigen. Bei der Regelung der Abstammung z.B. müsste – wie inzwischen auch von Juristen gefordert wird – auch rechtlichen und *sozialen* Tatbeständen Bedeutung zugemessen werden (Spickhoff et al. 2007; Brosius-Gersdorf 2014; Scheiwe 2015). Eine die faktische Pluralität der Elternschafts- und Familienkonstellationen vereinfachende Konstruktion erschwert das einzulösen, was inzwischen nicht nur Sozialwissenschaftler sondern auch Rechtswissenschaftler fordern, nämlich eine *differenzierte* rechtliche Lösung für die sich wandelnden Lebens- und Familienformen.

3.2. Rechtswissenschaftliche Reflexionen

Die juristischen Veröffentlichungen zu diesem Themenbereich enthalten eher rechtspolitische Kritik und Folgerungen (Heiderhoff 2011; Helms 2011; Schumann 2015; Stathopoulos 2015; Kaiser 2011; Lipp 2011; Löhnig 2011; Wellenhofer 2011) und seltener eine Auseinandersetzung mit sozialwissenschaftlichen Ergebnissen und Interpretationen. Doch manche familienpolitischen Forderungen und familienrechtlichen Reformvorschläge von Sozialwissenschaftlern werden von Vertretern der Rechtswissenschaften, wie gesagt, kritisch (bis ablehnend) aufgenommen (Ostner/Schumann 2011; Schwab 2011b). Diese fachliche Auseinandersetzung hat Schwab (2011b) resümiert und auch argumentativ vertieft.

Es wird kritisch vermerkt, dass (a) die familiensoziologischen Untersuchungen – wenn überhaupt – (nur) partielle rechtliche Gegebenheiten berücksichtigen, „nie aber das gesamte Netz der rechtlichen Beziehungen, in denen die Familienmitglieder stehen“ (Schwab 2011b: 323). Dies wäre aber notwendig, um Recht und gesellschaftliche Realität gegenüberstellen zu können. Die Nichtberücksichtigung einer verhaltensprägenden rechtlichen Rahmenbedingung kann die sozialwissenschaftliche Interpretation auf „falsche“ Fährten lenken. Ebenso wenig (b) wie aus der empirischen Ermittlung faktischen Verhaltens unmittelbar auf die Rechtslage geschlossen werden kann, ist es möglich, aus der Rechtslage Rückschlüsse auf die soziale Realität zu ziehen. Auf der anderen Seite gilt auch, dass die Rechtsregeln durch ihr Vorhandensein und ihren Geltungsanspruch eine „Wirklichkeit“ darstellen; diese ist aber nicht identisch mit den durch Sozialwissenschaft-

ler festgestellten gesellschaftlichen Realitäten (Schwab 2011b). Oft kann man in rechtswissenschaftlichen Untersuchungen unzulässige Rückschlüsse von der gesetzgeberischen Normativität auf die Familienrealität sowie einen Wechsel „von einer Ebene auf die andere beobachten“. Aber dasselbe gilt für die Sozialwissenschaftler: Auch sie sind nicht ganz gegenüber dieser Versuchung (Gefahr) gefeit (Schwab 2011b: 323).

3.3. Plädoyer für eine engere interdisziplinäre Zusammenarbeit

Wie einleitend schon erwähnt, plädieren – trotz gegenseitiger kritischer Auseinandersetzung mit dem Befund zum Ist-Zustand des Familienrechts, festgestellten Gesetzeslücken und Reformvorschlägen – sowohl die an dieser Diskussion beteiligten Vertreter der Rechts- als auch der Sozialwissenschaften für eine künftig engere Zusammenarbeit und für eine interdisziplinär konzipierte Familienforschung. Nachfolgend einige Argumente aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive, die hauptsächlich aus dem Beitrag von Schwab (2011b) entnommen wurden.

Die jeweils (a) unterschiedliche methodische Erfassung familiärer Beziehungen stellt an die Zusammenarbeit der Sozialwissenschaften und Rechtswissenschaften zwar hohe Anforderungen, „macht eine solche Kooperation aber nicht unmöglich. Namentlich auf dem Feld der Familienpolitik, aber auch der Interpretation gegebener rechtlicher Regelungen erscheint der interdisziplinäre Forschungsansatz als fruchtbar und zukunftsweisend“ (Schwab 2011b). Voraussetzung für eine erfolversprechende Zusammenarbeit ist nach Schwab (b) „*der offene Ausweis und Vergleich der in den verschiedenen Wissenschaften bestehenden Grundverständnisse und Terminologien*“ (Schwab 2011b: 321). Die oft beträchtlichen Differenzen hängen mit den unterschiedlichen Zielsetzungen der jeweiligen Wissenschaften zusammen. Sie müssen offengelegt und in ihrem Sinnzusammenhang erläutert werden. (c) Eine weitere Voraussetzung ist Klärung und Verständnis der Begrifflichkeit der jeweils anderen Seite, Klärung des fachspezifischen Sinngehalts und die Prüfung der Möglichkeit einer gemeinsamen Bezeichnung des gemeinten Sachverhalts. Auch der sozialwissenschaftlich gewonnene und interpretierte Befund (d) bedarf normativer Impulse „von außen“, um Aussagekraft für die Rechtsgestaltung zu gewinnen, z.B. Ausrichtung an Kindeswohl und Kindesrechten, Stabilität familiärer Beziehungen, Gleichberechtigung der Geschlechter, etc. gemäß Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, der Europäischen Menschenrechtskonvention und verschiedener weiterer internationalen Konventionen (Schwab 2011b: 320).

Bei der *Ableitung von rechtspolitischen Forderungen aus sozialwissenschaftlichen Forschungsergebnissen* (e) sollte man sich auch seitens der Sozialwissenschaftler vergegenwärtigen, dass jede Normänderung in ein bestehendes Normgefüge mit schon begründeten Rechtsverhältnissen eingreift (Schwab). Sie bilden einen Systemzusammenhang, in den neue Regelungen bedachtsam platziert werden müssen, um nicht ungewollte Auswirkungen zu zeitigen. Gerade dieser Aspekt macht nach Schwab die Zusammenarbeit von Sozialwissenschaften und Rechtswissenschaft besonders wichtig. In dem interdisziplinären Diskurs können sozialwissenschaftliche Befunde mit dem Rechtssystem in Beziehung gesetzt werden „mit einer *doppelten Wirkrichtung von der Sozialwissenschaft auf das Recht und von rechtlichen Befunden auf die Fragestellungen der Sozialwissenschaften*“ (Schwab 2011b: 322). Die Gegenüberstellung von sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen und Rechtssystem (f) kann dazu führen, dass soziologische Fragestellungen weiterentwi-

ckelt, differenziert oder sogar verändert werden (Schwab 2011b). Sozialwissenschaftler sollten daher fragen und sich vergewissern, inwieweit die Rechtslage selbst – unabhängig von ihrem Einfluss auf das faktische Verhalten der Menschen – auch in der sozialwissenschaftlichen Forschung und Interpretation als Teil der Realität betrachtet werden sollte. Auch für (g) gegenseitige Kontrolle von „Grenzüberschreitungen“ ist der interdisziplinäre Diskurs von außerordentlichem Nutzen. Gesetze können (h) von vornherein insofern „falsch“ sein, als sie von einer unrealistischen Wirklichkeitsvorstellung begleitet sind, sie können aber auch mit der Zeit „falsch“, d.h. durch nicht vorausgesehene gesellschaftliche Veränderungen überholt werden (Schwab 2011b). „Dass dieser Aspekt für das Recht der familiären Beziehungen in besonderem Maße einschlägig ist, zeigen zahlreiche sozialwissenschaftliche Befunde. Die empirische Feststellung der Familienrealität ist nicht nur für die Gesetzgebung von Bedeutung, sondern auch für die vorbereitende rechtliche Theoriebildung und auch für die Rechtsanwendung, insofern sie den Spielraum hat, Normen näher zu konturieren. Doch liegt auf der Hand, dass es dem juristischen Problemverständnis schwer fällt, bei der Rezeption soziologischer Deutungen das rechtliche Netz, das die faktischen Befunde umgibt, auszublenden (Schwab 2011b: 322; Ostner/Schumann 2011).

4. Die Beiträge dieses Schwerpunktthemenheftes

Diesen Diskussionsstrang hat eine Fachtagung des *Staatsinstituts für Familienforschung an der Universität Bamberg (ifb)* am 24. Oktober 2014 in Nürnberg erneut aufgegriffen und weitergeführt. Im Mittelpunkt der fachlichen Diskussion stand die Frage „Werden die Regelungen des Familienrechts und des Verfahrensrechts in Familiensachen heutigen Familien und Kindern gerecht?“. Namhafte Vertreter des Familienrechts haben an Hand ausgewählter Beispiele diese Frage zu beantworten versucht. Das vorliegende Schwerpunktthemenheft greift diese Thematik auf und vertieft sie unter Rückgriff auf neue sozialwissenschaftliche Befunde und rechtswissenschaftliche Reformvorschläge und Diskussionsbeiträge.

Neben drei Beiträgen, die die zentrale Frage dieses Schwerpunktthemenheftes (Werden die Regelungen des Familienrechts und des Verfahrensrechts in Familiensachen der neueren Familienentwicklung gerecht?) direkt aufgreifen und an Hand ausgewählter Beispiele zu beantworten versuchen (*Wellenhöfer, Dethloff* und resümierend *Huinink/Vaskovics*), enthält dieses Heft zwei weitere Abhandlungen, die die Defizite und Möglichkeiten der interdisziplinären Zusammenarbeit thematisieren, analysieren und schlussfolgern (*Schwab, Salgo*). Auf diese beiden Beiträge soll nun nachfolgend etwas ausführlicher eingegangen werden. Die Ergebnisse jener Beiträge die die Frage diskutieren, ob und inwieweit Regelungen des Familienrechts der stattgefundenen und stattfindenden Familienentwicklung gerecht werden, werden im abschließenden und resümierenden Beitrag dieses Heftes von *Huinink/Vaskovics* diskutiert.

Im Beitrag „Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung“ unternimmt *Dieter Schwab* eine kritische Analyse der gegenwärtigen Beziehung (bzw. „Nichtbeziehung“) zwischen Familienrecht und Familiensoziologie im Bereich der familienbezogenen Forschung (anhand der Beispiele: Ehe als Institution und nichteheliche Lebensgemeinschaft, Ehescheidung und Beziehungen zwischen Eltern und

Kindern). Er diskutiert die Voraussetzungen einer fruchtbaren Zusammenarbeit, denen sowohl das Familienrecht als auch die Familiensoziologie entsprechen sollte.

Schwab plädiert für eine künftig engere interdisziplinäre, ja transdisziplinäre Zusammenarbeit der familienbezogenen Rechtswissenschaft, Rechtspolitik und Sozialwissenschaft und Psychologie. Er begründet dies aus der Sicht der Rechtswissenschaft einerseits damit, dass diese insbesondere auf die Erkenntnisse der Soziologie und Psychologie bei der Realitätswahrnehmung angewiesen ist. Auf der anderen Seite damit, dass die Soziologie bei ihren empirischen Analysen und theoretischen Erklärungen von familialen Entwicklungsprozessen rechtliche Faktoren oft *nicht* einbezieht und – wenn überhaupt – höchstens als eine rechtliche Rahmenbedingung (Randbedingung), eher beiläufig berücksichtigt – und dies ist aus rechtswissenschaftlicher Perspektive kritikwürdig. Er bezeichnet die Beziehung der Soziologie zur Rechtswissenschaft als ein „ambivalentes Verhältnis“: Die Soziologen nehmen zwar den rechtlichen Kontext bei der Analyse und Erklärung familialer Prozesse wahr, aber meist nur als einen „Soll-Zustand“, analysieren aber die Wirkung der Rechtsordnung auf die Familienentwicklung nur „am Rande“ (Schwab 2011b).

Zugleich macht er deutlich, dass bei der anzustrebenden Zusammenarbeit von beiden Seiten erhebliche Hürden zu überwinden sind. So die in den „Tunnelblick“ der beiden Disziplinen eingebetteten fachspezifischen Terminologien. Unterschiedliche Begriffe zur Bezeichnung desselben familialen Sachverhaltes erschweren die Kommunikation und stellen oft ein trennendes Element dar (z.B. „Elternschaft“, „Kind“ usw.), aber auch Begriffe, die zwischen den Wissenschaften „nicht übersetzbar“ sind (z.B. „sozial-familiäre Beziehung“ vs. „soziale Elternschaft“ (ibd.)).

Auch am Beispiel der Ehescheidung führt er den Nachweis, dass die Gesetzgebung eine eigene Wirkung auf die Ehescheidungsvorgänge hat, die die Sozialwissenschaftler meist negieren. Er plädiert dafür, dass in der sozialwissenschaftlichen Scheidungsforschung die Entwicklung von Recht und Rechtsvorstellung Berücksichtigung finden sollte. Denn die historische Entwicklung der Scheidungshäufigkeit ist nicht nur ein Ergebnis individueller Entscheidungen, sondern auch der *verhaltensprägenden* Normsetzung der jeweiligen Gesetzgebung.

Kritisch wird darauf hingewiesen, dass bei der Erklärung des Verhältnisses von Kindern und Eltern die Bedeutung des Rechts in der sozialwissenschaftlichen Familienforschung nicht gebührend berücksichtigt wird. „Elternschaft und Kindschaft sind in verschiedener Hinsicht vom Recht festgelegt, angefangen bei der Zurechnung von Elternschaft bis hin zur Zuordnung des Sorgerechts oder von begrenzten Rechtspositionen wie Umgang, Auskunftsrechte oder Unterhaltsverpflichtungen. Offenkundig gehen diese rechtlichen Zuschreibungen in soziologische Erhebungen und Analysen *nur partiell* ein“ (Schwab: 322). Dies hat erhebliche Konsequenzen für das Auseinanderdriften der juristischen und soziologischen Sichtweise, z.B. bei Sachverhalten wie „Alleinerziehend“, „Ein-Eltern-Familie“ aber auch „Pflege und Erziehung“.

Die Diskrepanz zwischen soziologischer Kategorisierung und rechtlicher Einordnung kann nach Schwab beim Phänomen „soziale Elternschaft“¹ besonders gut beobachtet werden. „Soziale Elternschaft“ meint im soziologischen Sinne ein psycho-soziales, tatsäch-

1 Zu diesem Begriff Vaskovics, in: Schwab/Vaskovics 2011a: 15 (für die soziale Elternschaft ist die alltägliche Wahrnehmung der in der Elternrolle enthaltenen normativen Pflichten und Rechte gegenüber dem Kind, dessen Existenzhaltung und Erziehung konstitutiv).

lich gelebtes Eltern-Kind-Verhältnis. „Soziale Elternschaft“ ist kein Terminus des Rechts, das mit ihr Gemeinte ist auch nicht Gegenstand einer spezifischen rechtlichen Regelung. „Soziale Elternschaft“ kann sich auf unterschiedlichem rechtlichen Hintergrund bilden: als Stiefelternschaft, als Pflegeelternschaft, als Elternschaft einer Heimerzieherin, oder auch ohne Rechtsbeziehung, z.B. im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit dem Kind des Partners. „So wichtig es für das Kind ist, dass es in einer bestimmten Person psychisch und sozial einen Elternteil gefunden hat, so wenig versucht das Recht, diesen Tatbestand *generell* begrifflich einzufangen und mit Rechtswirkungen auszustatten“ (Schwab 2011a). Auf der anderen Seite sind Soziologen wenig dazu geneigt, den Begriff „sozial-familiäre Beziehung“ dem juristisch gemeinten Sinne nach in ihre familienwissenschaftlichen Analysen einzubeziehen.

Einen weiteren Kontrast zwischen juristischem und soziologischem Verständnis kann nach Schwab bei der so genannten „Patchworkfamilie“ beobachtet werden. Die Patchworkfamilie ist zwischenzeitlich eine gesellschaftliche Realität, die die Soziologen als einen (neuen) Familientyp wahrnehmen und analysieren. „*Im Regelwerk* des Rechts findet sich die Patchworkfamilie weder unter diesem noch unter einem anderen Terminus“. Juristisch wird sie in eine Vielzahl von einzelnen Familienbeziehungen zerlegt: Eltern-Kind, Stiefeltern- Stiefkind, Geschwisterbeziehung und so weiter. Die Summe der Rechtsverhältnisse macht noch nicht einmal das Ganze aus. So bleibt z.B. die Beziehung *unter den Kindern*, die jeder Partner aus früheren Verbindungen in die Patchworkfamilie einbringt, juristisch unbenannt, es gibt keine „Stiefgeschwisterschaft“ im rechtlichen Sinne.

Auf der rechtswissenschaftlichen Seite wird der Umgang der Soziologie mit dem Recht z.T. auch kritisch gesehen. „Die *Soziologen* haben mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass sie einerseits den rechtlichen Kontext der gesellschaftlichen Vorgänge zur Kenntnis nehmen, andererseits natürlich wissen, dass das nicht die Realität ist. Die Folge ist nach Schwab ein ambivalentes Verhältnis der Sozialwissenschaften zum Recht. Der rechtliche Hintergrund wird *möglichst am Rande belassen*, oder überhaupt ausgeblendet“ (Schwab in diesem Band 210).

Trotz solcher Sachverhalte, die Hürden sowohl für Vertreter des Familienrechts als auch für die sozialwissenschaftlichen Familienforscher darstellen, spricht sich Schwab für eine Intensivierung interdisziplinärer Zusammenarbeit aus.

Auch *Salgo* kritisiert in seinem Beitrag „Die Beziehung zwischen Familienrecht und Human-/Sozialwissenschaften am Beispiel des Kindschaftsrechts“, dass das gegenwärtige Familienrecht die empirischen Befunde der Humanwissenschaften, aber insbesondere der Familiensoziologie und Psychologie negiert, obwohl das Familienrecht auf die empirisch gesicherten Daten dieser Wissenschaften angewiesen wäre. Er geht ausführlich auf die Frage ein, warum Familienrecht und Humanwissenschaften ihre Beziehungen pflegen und künftig intensivieren sollen. Er plädiert für die Überwindung disziplinärer Erkenntnisgrenzen zur „Überwindung des Tunnelblicks“.

Er beschreibt in seinem Beitrag konkrete Felder des Kindschaftsrechts, wo sich sozialwissenschaftliche Bezüge „geradezu aufdrängen“ (z.B. Regelung der elterlichen Sorge, Umgangsrecht, Vormundschaft, Pflegschaft, usw). In allen diesen Gebieten ist die gerichtliche Praxis auf die Zuarbeit auch aus den Sozialwissenschaften angewiesen. Auch im Rahmen der Rechtstatsachenforschung ist der Realitätsbezug ohne sozialwissenschaftliche Unterstützung nicht möglich.

Man kann z.B. nicht negieren, dass Paarbeziehungen mit und ohne Kinder in zunehmend mehr Varianten in Erscheinung treten und als Konsequenz dieser Entwicklung sowohl die Familienrechtswissenschaft als auch die Gesetzgebung und Rechtsprechung mit immer neuen Herausforderungen konfrontiert werden, die ohne human- und sozialwissenschaftliche Rückversicherung nicht zu bewältigen sind. Er verdeutlicht diese Zusammenhänge anhand konkreter Beispiele ausgewählter Bereiche des Kindschaftsrechts: Handeln der Familiengerichte, Qualifikation für richterliche Tätigkeiten am Familiengericht, Fortbildung für an Familiengerichten tätige Richter(innen). Er konkretisiert die zu vermittelnden Inhalte der „weichen“ Themen in Fortbildungsveranstaltungen (darunter psychologische, soziologische und pädagogische Inhalte). Er plädiert dafür, dass auch im Rahmen der Weiterbildung der Fachanwaltschaft und der Verfahrensbeistandschaft verstärkt auch sozialwissenschaftliche Kenntnisse über die sozialen und psychischen Lebenssituation von Minderjährigen berücksichtigt werden sollten (z.B. häusliche Gewalt, Misshandlung, Vernachlässigung, Adoption). Die Einbeziehung sozial- und humanwissenschaftlicher Erkenntnisse sollte man auch bei der Bewertung von Sachverständigengutachten zum Qualitätsmerkmal machen. Sein Fazit: „Für das Kindschaftsrecht besteht (dann) die berechtigte Hoffnung, dass Gesetzgebung und Rechtsanwendung unter Heranziehung und Einbeziehung human-/sozialwissenschaftlicher Methoden und Wissensbestände am wahrscheinlichsten eine dem Wohl des Kindes am ehesten gerecht werdende – besser: eine dem Wohl des Kindes am wenigsten schädliche – Alternative finden“ (*Salgo* in diesem Band 205).

Die Frage „Werden die Regelungen des Familienrechts und des Verfahrensrechts in Familiensachen heutigen Familien und Kindern gerecht?“ greift *Marina Wellenhofer* in ihrem Beitrag „Regelungsaufgabe Paarbeziehungen: Was kann, was darf, was will der Staat?“ auf. Sie untersucht die Paarbeziehungen in Ehen, eingetragenen Lebensgemeinschaften und nichtehelichen Lebensgemeinschaften und ihre gegenwärtige rechtliche Behandlung, zeigt die familienrechtlichen Lücken auf und macht Lösungsvorschläge für die Regelung bei kurzer Ehe sowie überlanger Trennungszeit am Beispiel von Gütertrennung, im Falle nichtehelicher Lebensgemeinschaften am Beispiel Unterhalt. Im Beitrag „Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht“ thematisiert *Nina Dethloff* die Entstehung und Verbreitung neuer Familienformen und fragt nach der Ausgestaltung künftiger familienrechtlicher Regelungen zur Gestaltung neuer Familienformen. Sie stellt heraus, dass das geltende Familienrecht der Vielfalt der Familienformen nicht mehr gerecht wird. Sie plädiert für die Abkehr vom traditionellen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zugrundeliegenden Familienbild und für die Berücksichtigung der Vielfalt familialer Lebensformen bei der künftigen Gesetzgebung. Auf die von beiden Autorinnen beschriebenen Reformvorschläge gehen *Vaskovics/Huinik* in ihrem resümierenden Schlusskapitel dieses Schwerpunktthemenheftes ein.

5. Resümee

Resümierend ist festzuhalten, dass, um zu einer beidseitigen gewünschten interdisziplinären Zusammenarbeit in der Familienforschung zu gelangen, eine Selbstreflexion der beteiligten Fachdisziplinen sowie mehr Offenheit gegenüber der Zielsetzung, Methode und Begrifflichkeit der an der Familienforschung beteiligten Disziplinen notwendig ist. Eine

weitgehende Übereinstimmung besteht bei der Suche nach Gesetzeslücken, und bei der Unterbreitung von Vorschlägen zur Schließung solcher Gesetzeslücken. Doch kritisch muss nachgefragt werden, ob die aus diesen Reformvorschlägen resultierenden neuen Regulierungen auch unerwünschte und nicht intendierte Effekte zur Folge haben. Zu fragen ist: wohin führt letztlich dieser eingeschlagene Weg, gibt es dazu andere, bisher nicht in Erwägung gezogene Alternativen? Im abschließenden Beitrag von *Vaskovics/Huinink* zu diesem Schwerpunktheft werden diese (selbst)kritischen Fragen zur Diskussion gestellt.

Literatur

- Ahrons, C. R. (1979). The binuclear family. Two households, one family. *Alternative Lifestyles*, 2, S. 499-515.
- Ahrons, C. R. & Wallisch, L. (1987). Parenting in the binuclear family. Relationships between biological and stepparents. In: Pasley, K., & Ihinger-Tallman, M. (Hrsg.), *Remarriage and stepparenting: Current research and theory*. New York & London: The Guilford Press, S. 225-256.
- Alt, C. & Lange, A. (2011). Kindschaftskonstellationen in Vater-Mutter-Familien und in Einelternfamilien. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 139-156.
- Bien, W., Hartl, A. & Teubner, M. (2002). Stieffamilien in Deutschland. In: Bien, W., Hartl, A. & Teubner, M. (Hrsg.), *Stieffamilien in Deutschland. Eltern und Kinder zwischen Normalität und Konflikt*. Opladen: Leske + Budrich, S. 9-20.
- Brosius-Gersdorf, F. (2014). Soziale Elternschaft. Regelungsdefizite und -optionen bei der Übertragung von Sorgerechtsbefugnissen auf soziale Eltern. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (JöR)*, S. 179.
- Brüderl, J. & Klein, T. (2003). Die Pluralisierung partnerschaftlicher Lebensformen in Westdeutschland 1960-2000. Eine empirische Untersuchung mit dem Familiensurvey 2000. In: Bien, W. & Marbach, J. H. (Hrsg.), *Partnerschaft und Familiengründung. Ergebnisse der dritten Welle des Familiensurvey*. Opladen: Leske + Budrich (DJI: Familien-Survey 11), S. 187-217.
- Coester-Waltjen, D. (2005). Kinderarm, aber elternreich, in: Hofer S., Klippel, D. & Walter, U. (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*. Bielefeld: Gieseking, S. 761-772.
- Delaisi de Parseval, G. & Janaud, A. (1986). *Ein Kind um jeden Preis. Ethik und Technik der künstlichen Zeugung*. Basel & Weinheim: Beltz.
- Edwards, J. (2000). *Born and bred. Idioms of kinship and new reproductive technologies in England*. Oxford: Oxford University Press.
- Feldhaus M. & Johannes Huinink, J. (2011). Multiple Elternschaften in Deutschland – eine Analyse zur Vielfalt von Elternschaft in Folgepartnerschaften. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 77-104.
- Furstenberg, F. F. (1987). Fortsetzungsehen. Ein neues Lebensmuster und seine Folgen. *Soziale Welt*, 38, 1, S. 29-39.
- Giesecke, H. (1987). *Die Zweitfamilie*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Gross, P. & Honer, A. (1990). Multiple Elternschaften. *Soziale Welt*, 41, 1, S. 97-116.
- Hartl, A. & Teubner, M. (2002). Stiefkonstellationen jenseits quantitativer Forschung. In: Bien, W., Hartl, A. & Teubner, M. (Hrsg.), *Stieffamilie in Deutschland. Eltern und Kinder zwischen Normalität und Konflikt*. Opladen: Leske + Budrich (DJI: Familien-Survey 10), S. 229-241.
- Heiderhoff, B. (2008): Kann ein Kind mehrere Väter haben? *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2008, S. 8 ff.
- Heiderhoff, B. (2011). Die Auflösung nicht abstammungsgemäßer rechtlicher Elternschaft und ihre Auswirkungen auf die Beteiligten. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von*

- Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 283-286.
- Heiderhoff, B. (2012). Was kann, was will, was darf der Staat? Vorüberlegungen. In: Röthel A. & Heiderhoff, B. (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?* Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag (Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht), S. 9-18.
- Helms, T. (2011). Das Nebeneinander von rechtlicher Elternschaft und anderweitiger leiblicher Elternschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 105-120.
- Hoffmann-Riem, C. (1988). Fragmentierte Elternschaft: Technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung. In: Lüscher, K. et al. (Hrsg.), *Die „postmoderne“ Familie. Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit.* Konstanz: Universitätsverlag.
- Hoffmann-Riem, C. (1989). Elternschaft ohne Verwandtschaft: Adoption, Stiefbeziehung und heterologe Insemination. In R. Nave-Herz, R. & Markefka, M. (Hrsg.), *Handbuch der Familien und Jugendforschung, Band 1: Familienforschung.* Neuwied/Frankfurt am Main: Luchterhand, S. 389-411.
- Huinink, J. & Konietzka, D. (2007). *Familiensoziologie: Eine Einführung.* Frankfurt am Main: Campus.
- Jansen, E., Grieb, A. & Bruns, M. (2007). Regenbogenfamilien – alltäglich und doch anders. Beratungsführer für lesbische Mütter, schwule Väter und familienbezogenes Fachpersonal. Köln: Familien- und Sozialverein des Lesben- und Schwulenverbandes in Deutschland (LSVD) e.V. (Hrsg.).
- Kapella, O. et al. (Hrsg.) (2009). Die Vielfalt der Familie: Tagungsband zum 3. Europäischen Fachkongress Familienforschung. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich.
- Kreyenfeld, M. & Heintz-Martin, V. (2012). *Stieffamilien in Deutschland. Ein soziodemographischer Überblick. Expertise im Auftrag des Bundesfamilienministeriums.*
- Lauterbach, W. (2011): Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit. Schwab, Dieter/Laszlo A. Vaskovics (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills.
- Lipp, M. (2011). Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungspersonen“. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 121-135.
- Lois, D. & Kopp, J. (2011). Elternschaftskonstellationen bei Alleinerziehenden. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 59-76.
- Löhnig, M. (2011). Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S.157-172.
- Ostner, I. & Schumann, E. (2011). Steuerung der Familie durch Recht? In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog.* Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 289-315.
- Peschel-Gutzeit, L. M. (2015). Das missverstandene Wächteramt. Unzulässige staatliche Eingriffe in das Recht der elterlichen Sorge. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2016.* Bielefeld: Giesecking, S. 173-182.
- Peuckert, R. (2006). *Familienformen im sozialen Wandel.* Opladen: Leske + Budrich.
- Röthel, A. & Heiderhoff, B. (2012). *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?* Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag.
- Rauchfleisch, U. (1997). *Alternative Familienformen: Eineltern, gleichgeschlechtliche Paare, Hausmänner.* Göttingen: Sammlung Vandenhoeck (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft).
- Rupp, M. (Hrsg.) (2009). *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften.* Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Scheiwe, K. (2015). Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern: kann die Regelung der „parental responsibility“ im englischen Recht ein Modell für Reformen des deutschen Familien-

- rechts sein? In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.). *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015*. Bielefeld: Giesecking, S. 205-222.
- Spickhoff A. (2007). Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion. In: Spickhoff, A. et al. (Hrsg.), *Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich*. Bielefeld: Giesecking, S. 13-72.
- Stathopoulos, M. (2015). Rechtliche oder genetische Abstammung: für eine Überwindung der „Alles-oder-Nichts“-Logik. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.). *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015*. Bielefeld: Giesecking, S. 257-270.
- Steinbach, A. (2008). Stieffamilien in Deutschland. Ergebnisse des „Generations and Gender Survey“ 2005. *Zeitschrift für Bevölkerungswissenschaft* 33, 2, S. 153-180.
- Schwab, D. (2011a). Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und soziale Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 41-56.
- Schwab, D. (2011b). Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 317-324.
- Schwab, D. (2015). Rechte am Kind ohne Verantwortung? – Zur Begründung von Umgangsbefugnissen Dritter. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.). *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015*. Bielefeld: Giesecking, S. 223-234.
- Teubner, M. (2002). Stieffamilientypen und haushaltsübergreifende Stiefkonstellationen. In: Bien, W., Hartl, A. & Teubner, M. (Hrsg.), *Stieffamilien in Deutschland. Eltern und Kinder zwischen Normalität und Konflikt*. Opladen: Leske + Budrich (DJI: Familiensurvey 10), S. 51-82.
- Vaskovics, L.A. (2002): Pluralisierung der Elternrolle. Soziale, biologische, genetische und rechtliche Elternschaft. In: Brähler, E, Stöbel-Richter, Y. & Hauffe, U. (Hrsg.): *Vom Stammbaum zur Stammzelle. Reproduktionsmedizin, Pränataldiagnostik und menschlicher Rohstoff*. Gießen: Psychosozial-Verlag, S. 29-43.
- Vaskovics, L. A. (2009): Segmentierung der Elternrolle. In: Burkart, G. (2009), *Zukunft der Familie. Prognosen und Szenarien*. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich (Sonderheft 6 der Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research), S. 269-296.
- Vaskovics, L. A. (2011), Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Elternkonstellationen. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 11-40.
- Verschraegen, B. (2009). Rechtliche Absicherung der Lebens- und Familienformen – Ein europäischer Überblick. In: Kapella, O. et al. (Hrsg.) (2009). *Die Vielfalt der Familie: Tagungsband zum 3. Europäischen Fachkongress Familienforschung*. Opladen & Farmington Hills: Verlag Barbara Budrich, S. 431-444.
- Wellenhofer, M. (2011). „Segmentierung der Elternschaft“ und Rechte des Kindes. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Verlag Barbara Budrich, Opladen & Farmington Hills, S. 173-187.

Anschrift des Autors/Address of the author:

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Laszlo A. Vaskovics

Viktor-von-Scheffel-Straße 47

96049 Bamberg

Deutschland/Germany

E-Mail: laszlo.vaskovics@uni-bamberg.de

Marina Wellenhofer

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

Marriage, civil partnership and cohabitation: What can, what should, what does the state do?

Zusammenfassung

Was kann, was darf, was will der Staat? Er kann noch einiges tun, um im Recht der Paarbeziehungen für mehr Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen. Die Härteklausele des Zugewinnausgleichs müsste neu gefasst werden, um mehr Spielraum für einzelfallgerechte Lösungen zu lassen. Die Anwendung des geltenden Rechts führt in vielen Fällen zu ungerechten Ergebnissen. Für die nichteheliche Lebensgemeinschaft sollte ein gesetzlicher Unterhaltsanspruch im Trennungsfall eingeführt werden, denn das Schutzbedürfnis ist hier ganz ähnlich wie bei Ehegatten nach Scheidung. Die eherechtlichen Normen über die Schlüsselgewalt und die Beschränkung der Vermögensverfügung sollten gestrichen werden. Genehmigungsabhängig sollten allein Geschäfte betreffend die Ehwohnung sein. Entsprechendes gilt für die parallelen Normen bei der eingetragenen Lebenspartnerschaft.

Schlagwörter: Gesetzgebungsbedarf, Eherecht, Zugewinnausgleich, Härteklausele, Einzelfallgerechtigkeit, nichteheliche Lebensgemeinschaft, Unterhalt für Unverheiratete, Schlüsselgewalt, Verfügung über das Vermögen im Ganzen, Schutz des Familienheims.

Abstract

What can, what should, what does the state do? The legislator still can do a lot in law of marriage and cohabitation to serve up more justice in the individual case. Regarding the estate acquired in the course of a marriage the hardship clause of sec. 1378 German Civil Code should be revised in order to allow better reactions to the specifics of the single case. In many cases, the application of existing legislation leads to unfair results. With regard to separation of cohabitantes, a legal maintenance obligation should be established because their need for legal protection is partially the same as for married couples. In marriage law, sec. 1357 German Civil Code about the power conferred upon the spouse in the interest of the household should be abolished. In the same way, there is no more need for the rule that the disposal of more than ninety percent of the property of a spouse is subject to the other spouse's approval. Only transactions concerning the home of the spouses should depend on his or her approval. The same goes for the parallel rules in the law of registered same-sex partnerships.

Key words: need for legislation, law of marriage, hardship clause, justice in the individual case, cohabitation, maintenance for unmarried couples, power conferred upon the spouse in the interest of the household, disposal of the entire estate, protection of the family home

1. Einführung

Für den Gesetzgeber besteht auf dem Gebiet des Familienrechts nach wie vor Handlungsbedarf. Das betrifft nicht nur Fragen des Kindschaftsrechts, sondern auch das Recht der Paarbeziehungen, also das Recht der Ehe, der gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft und der formlosen nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Was kann, was darf, was will der Staat in diesem Bereich? Und: Was *soll* der Staat hier noch tun?

Die bestehende (intakte) Paarbeziehung macht freilich kaum Probleme, sodass aus zivilrechtlicher Sicht – von kindbezogenen Fragen abgesehen – kein Regelungsbedarf besteht. Die Regelungsaufgabe bezieht sich vielmehr auf den Paarkonflikt bei Trennung und Scheidung. Hier bedarf es gesetzlicher Regelungen, um ein faires Verfahren und einen angemessenen Interessenausgleich zu gewährleisten. Die Anordnung von gesetzlichen Unterhalts- oder Ausgleichspflichten rechtfertigt sich dabei primär aus dem Anliegen, den Schwächeren zu schützen. Zugleich gilt es aber darauf zu achten, dass der zahlungspflichtige Teil nicht übermäßig belastet wird. Insoweit hat die Unterhaltsrechtsreform dazu beigetragen, die beiderseitigen Interessen genau auszutarieren und den rechtlichen Rahmen dafür zu schaffen, dass auf die Besonderheiten des Einzelfalls eingegangen werden kann. Der Unterhaltsschuldner wird grundsätzlich nur insoweit in die Pflicht genommen, wie dies zum Ausgleich ehebedingter Nachteile bzw. zum Schutz des wirtschaftlich schwächeren Partners erforderlich ist.

Beim Zugewinnausgleich hingegen schießt der Schutz des Schwächeren bisweilen über das Ziel hinaus (dazu unten 2.). Bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft wiederum liegt es genau andersherum. Dort finden sich nach wie vor erhebliche Schutzlücken (unten 3.). Und nicht zuletzt soll über zwei schon etwas in die Jahre gekommene Normen des Ehegattenrechts nachgedacht werden, nämlich § 1357 und § 1365 BGB, deren Regelungszweck heute fragwürdig erscheint (unten 4.).

2. Reformbedarf im Zugewinnausgleichsrecht

2.1 Normzweck: Halbteilungsgrundsatz

Leben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand, findet bei Scheidung ein Vermögensausgleich statt, der sog. Zugewinnausgleich (§§ 1373 ff. BGB). Wer während der Ehe mehr an Vermögenswerten hinzugewonnen hat als der andere Ehegatte, schuldet diesem die Hälfte des Saldos als Ausgleichszahlung, § 1378 I BGB. Bei vielen Scheidungen spielt der Zugewinnausgleich keine Rolle, weil sowieso kaum etwas hinzugewonnen wurde. Familienrichter bestätigen demgemäß auch, dass sie eher selten einen Zugewinnausgleich durchführen. Reiche wiederum sind oft schlau genug, rechtzeitig einen Ehevertrag zu machen. Wird dies indes übersehen, wird gerade der Zugewinnausgleich zum großen Schlachtfeld.

Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs wurzeln in der Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft der Ehegatten und erklären sich aus dem Halbteilungsgrundsatz.¹ Laut BVerfG

1 Vgl. BVerfGE 105, 1, 11; NJW 2006, 2175; BGH FamRZ 2002, 606; Bundestags-Drucks. 16/10798 S. 10.

schützt Art. 6 I GG in Verbindung mit Art. 3 II GG als wertentscheidende Grundsatznorm die Ehe als Lebensgemeinschaft gleichberechtigter Partner, in der die Ehegatten ihre persönliche und wirtschaftliche Lebensführung in gemeinsamer Verantwortung bestimmen und bei der die Leistungen, die sie im Rahmen der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung jeweils erbringen, als gleichwertig anzusehen sind. Aus dieser Gleichwertigkeit folgt, dass beide Ehegatten grundsätzlich Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten haben, das ihnen grundsätzlich zu gleichen Teilen zuzuordnen ist.²

Die Ehefrau soll sich also ohne Angst vor wirtschaftlichen Einbußen Haushalt und Kindern widmen können; demgemäß soll das in der Ehe erwirtschaftete am Schluss gleichmäßig aufgeteilt werden. Durch Haushaltsführung und Kinderbetreuung wird nach der rechtlichen Wertung des § 1360 S. 2 BGB auch in gleichwertiger Weise zum Familienunterhalt beigetragen wie durch Erwerbstätigkeit. Damit korrespondiert die Regelung im Kindesunterhaltsrecht, wonach die faktische Kindesbetreuung der Leistung von Barunterhalt rechtlich gleichgestellt wird, § 1606 III 2 BGB.

Diese Wertung ist rechtspolitisch richtig und erkennt den Wert der Leistung der Hausfrau und Mutter gebührend an. Davon zu trennen ist jedoch die Frage, ob es richtig ist, den Zugewinnausgleich als gesetzliches Grundmodell stets schematisch mit einer 50%-Beteiligung festzuschreiben. Tatsächlich führt die Halbteilung nach den gesetzlichen Regeln in vielen Fällen nicht zu überzeugenden Ergebnissen. Daher verwundert es auch nicht, dass Sinn und Zweck des Zugewinnausgleichs vielfach kritisch gesehen werden.³ Das soll anhand einiger Fallbeispiele illustriert werden.

2.2 Fallbeispiele

Beispiel 1: Der Ehemann ist ein Spitzenverdiener mit einem Jahreseinkommen von über 1 Million Euro. Er trägt erhebliche Verantwortung und arbeitet hart, meist mehr als 60 Stunden die Woche. Hinzu kommen anstrengende Geschäftsreisen ins In- und Ausland. Das hohe Gehalt erscheint angesichts der hohen Belastung und besonderen Leistungen durchaus gerechtfertigt. Die Ehefrauen solcher Männer sind oft nicht berufstätig; das hat man auch nicht nötig. Man(n) will und kann sich eine Frau leisten, die sich umfassend um Haushalt, Kinder und Gesellschaftliches kümmert, nicht selten unterstützt durch Putzfrauen und Kindermädchen. Auch diese Frauen erbringen ihren Beitrag zum Familienunterhalt. Gleichwohl fällt es schwer, ihren Beitrag wertmäßig mit dem Verdienst des Ehemannes gleichzustellen. Gleichwohl würde die Ehefrau im Zugewinnausgleich etliche Millionen kassieren und zwar auch dann, wenn sie sich selbst nur oberflächlich um den Haushalt gekümmert hat. Das mag nicht jedermann einleuchten, insbesondere dem Ehemann nicht. Dabei soll nicht unerwähnt bleiben, dass im umgekehrten Fall der Managerin mit dem Hausmann natürlich nichts anderes gelten würde; dieser Fall ist und bleibt aber viel seltener.

2 BVerfGE 128, 193 = FamRZ 2011, 437.

3 Deutlich Muscheler 2013: Randnummer (Rn). 336 am Ende, die Zugewinnsgemeinschaft lasse sich rechtspolitisch nicht mehr rechtfertigen; erfrischend kritisch auch Gernhuber 1991: 2238.

Beispiel 2: Man denke an eine Ehe von zwei Doppelverdienern⁴ ohne Kinder, die beide unbeeinflusst von der Eheschließung weiter ihren jeweiligen Berufen nachgehen und die Karriere machen, die sie auch ohne die Ehe gemacht hätten. Hier ergibt sich durch die Ehe weder ein gemeinsam erwirtschafteter Mehrwert noch ein ehebedingter Verlust. Bei unterschiedlichen Einkommen wird im Fall des Zugewinnausgleichs letztlich nur die unterschiedliche berufliche Qualifikation bzw. unterschiedlicher beruflicher Erfolg ausgeglichen.⁵ Die Rechtfertigung dafür erscheint fraglich.

Beispiel 3: In einer Zuverdienstehe verfügt der Ehemann über das Haupteinkommen, die Ehefrau verdient etwas hinzu und kümmert sich im Übrigen um den Haushalt. Das dürfte in Deutschland auch dem am weitesten verbreiteten Ehemodell entsprechen. Der großzügige Lebensstil des Ehemannes führt dazu, dass von seinem Einkommen am Ende des Monats selten etwas übrig bleibt, so dass er letztlich keinen nennenswerten Zugewinn vorweisen kann. Die Ehefrau hingegen hatte zu Beginn der Ehe zwei Grundstücke geerbt, deren Wert sich im Laufe der Ehe verdoppelt hat. Demgemäß verfügt sie am Ende über einen stattlichen Zugewinn, den sie nach geltendem Recht tatsächlich ausgleichen muss. Dabei hat der Ehemann in keiner Weise zu diesem Zugewinn beigetragen.

2.3 Hilfe durch Ehevertrag?

Diese Beispiele, die nicht konstruiert sind, sondern sich in der Rechtswirklichkeit häufig so abspielen, belegen, dass der strenge Schematismus des Zugewinnausgleichs oft nicht zu sachgerechten Ergebnissen führt. Anwälte sehen sich fassungslosen Mandanten gegenüber, welche die einschlägigen Gesetze verständlicherweise nicht nachvollziehen können. Hier fragt sich, wie der Staat für mehr Einzelfallgerechtigkeit sorgen könnte.⁶

Gesetzlichen Handlungsbedarf könnte man freilich von vornherein verneinen und darauf verweisen, dass es jedermann freisteht, einen Ehevertrag zu schließen. Nach wie vor wird das aber nur von einem sehr kleinen Teil der Ehegatten beherzigt, oft vielleicht auch erst in der Zweitehe. Die Gründe, die uns von einem Ehevertrag abhalten, sind vielfältig: Unwissenheit und fehlende Rechtsberatung; die Erwartung, dass die Ehe glücklich wird und man das alles nicht braucht; Hemmungen davor, den anderen zu verletzen, wenn man auf seine Rechte pocht, oder auch die fehlende Ahnung davon, dass man es in den nächsten Jahren zu einem größeren Vermögen bringen wird. Nicht zuletzt spielt aber auch das Steuerrecht eine Rolle, das mit der steuerlichen Begünstigung des Zugewinnausgleichs andere Alternativen gegebenenfalls unattraktiv macht.

Im Zeitpunkt der Eheschließung nimmt man eben auch keine Rechtsberatung in Anspruch, sondern vertraut auf den Partner und darauf, dass schon alles gut gehen wird in dieser Ehe. Und falls es nicht gut geht, vertraut man darauf, dass es gute Gesetze gibt, die einen angemessenen Interessenausgleich gewährleisten. In der Tat sollte das geltende

4 Eine Legitimationslücke sieht hier auch Rauscher 2008: Rn. 355; Zweifel hat immerhin auch Dethloff 2008: A 90.

5 Gernhuber 1981: 13; ders. 1977: 136; Rauscher 2008: Rn. 355.

6 Mehr Einzelfallgerechtigkeit wünscht auch Herr 2008: 265. S. auch BGH FamRZ 1977, 124, 125; FamRZ 1981, 755 dazu, dass der gesetzliche Schematismus der Einzelfallgerechtigkeit nicht immer genügen kann.

Recht so ausgestaltet sein, dass es in den meisten Fällen zu überzeugenden Ergebnissen führt, ohne dass die Notwendigkeit eines korrigierenden Ehevertrags besteht. Diesen Anforderungen werden die geltenden Normen des Zugewinnausgleichs aber nicht gerecht.⁷

2.4 Schwachstellen im geltenden Recht

2.4.1 Wertsteigerungen und sonstiger eheneutraler Erwerb

Diverse Zugewinne sind auszugleichen, auch wenn sie keinerlei Bezug zur ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft aufweisen.⁸ Das betrifft vor allem Wertzuwächse von Anfangsvermögen bzw. von privilegiertem Vermögen.⁹ Das Hauptbeispiel sind Wertsteigerungen bei geerbten Immobilien, die in der Regel ohne jedes Zutun der Ehegatten eintreten und im derzeitigen Immobilienboom ungeahnte Höhen erreichen können. Warum der andere Ehegatte hieran beteiligt werden soll, ist nicht einzusehen.¹⁰ Ein weiteres Beispiel bieten Schmerzensgeldbeträge¹¹ oder Unfallabfindungen.¹² Auch insoweit kann eine Ausgleichspflicht nicht überzeugen. Der neue deutsch-französische Wahlgüterstand schließt zu Recht diese beiden Vermögensposten vom Zugewinn aus.¹³ Das Problem könnte zwar über eine analoge Anwendung von § 1374 II BGB gelöst werden; das lehnt der BGH jedoch rigoros ab.¹⁴

2.4.2 Negatives Anfangsvermögen

Seit der Güterrechtsreform von 2009 kann auch ein negatives Anfangsvermögen angesetzt werden. Ist man mit minus 100.000 Euro in die Ehe gestartet und hat man am Schluss nach dem Abbau der Schulden ein Plus von 100.000 Euro, ergibt das saldiert einen Zugewinn von 200.000 Euro. Muss man bei fehlendem Zugewinn des Partners die Hälfte davon dem anderen als Ausgleich auszahlen, so sind das genau die vorhandenen 100.000 Euro. Der andere Ehegatte erhält also das gesamte vorhandene Vermögen, während der Ausgleichspflichtige mit Null zurückbleibt.¹⁵ Solche Ergebnisse hat der Rechtsausschuss im Vorfeld der Güterrechtsreform zwar bewusst akzeptiert¹⁶; sie erscheinen gleichwohl höchst zweifelhaft¹⁷, insbesondere dann, wenn der andere Ehegatte keinerlei Beitrag zum

7 Dazu auch schon Wellenhofer 2012: 59 ff.

8 S. dazu: Dethloff 2008: A 115; Schwab 2002: 1084 ff.; Koch 2013: § 1363 Rn. 9 f.; dies. 2008: 1129; Hoppenz 2008: 1991; Diederichsen 1992: 9; Born 2008: 2291.

9 BGH FamRZ 1988, 593. Kritisch Battes 2007: 313; ders. 1990: 321; Dethloff 2008: A 94 f.; Meder 2009: 149.

10 Wie man das gesetzlich lösen könnte, zeigt Battes 2007: 313 und 2009: 261.

11 BGH FamRZ 1981, 755. Kritisch Born 2008: 2289 f.; Dethloff 2008: A 94; Jaeger 2005: 355 und 2015: § 1374 Rn. 36; Herr 2008: 262 ff. und 2014: 4 f.

12 BGH NJW 1982, 279.

13 Vgl. Art. 8 II und Art. 9 II des Abkommens über den Güterstand der Wahlzugewinnngemeinschaft, Bundesrats-Drucks. 67/11 S. 12; dazu Schaal 2010: 169 ff.

14 Zu Ausnahmefällen: BGH FamRZ 1995, 289; BGH FamRZ 1995, 1562; kritisch gegenüber dem Analogieverbot Bruder Müller 2010: 402; Jaeger 2010: § 1374 Rn. 36; Koch 2013: § 1374 Rn. 15.

15 Dethloff 2008: A 98 hält diese Regelung für angemessen.

16 Bundestags-Drucks. 16/13027 S. 7.

17 Krit. auch Battes 2012: 375 ff.; ferner Koch 2008: 1126.

Abbau der Schulden geleistet hat. Tatsächlich hatte man auch darüber diskutiert¹⁸, die Ausgleichspflicht auf die Hälfte des am Stichtag vorhandenen Vermögens zu begrenzen.¹⁹

2.4.3 Schutz von Unternehmen etc.

Für Unternehmer kann der Zugewinnausgleich extrem gefährlich werden, wenn das Unternehmen selbst den einzigen Zugewinn darstellt. Hier kann die Auszahlungsverpflichtung im schlimmsten Fall zur Existenzvernichtung führen.²⁰

2.4.4 Stichtagsprinzip und Ungerechtigkeit im Einzelfall

Das strenge Abstellen auf bestimmte Stichtage für Anfangs- und Endvermögen führt bisweilen zu Zufallsergebnissen.²¹ Man denke etwa an eine Ehe, die nur wenige Jahre gedauert hat, aber zeitlich gerade mit dem großen beruflichen Durchbruch und finanziellen Erfolg eines Ehegatten zusammenfällt. Ein weiteres Beispiel ist die Ehe mit außergewöhnlich langer Trennungsdauer, bei der der wesentliche Zugewinn erst nach der Trennung erzielt wird.²² Im Jahr 2013 war hier die Lottoentscheidung des BGH²³ aufsehenerregend. Bei allen Zugeständnissen an einen funktionsfähigen Schematismus der Ausgleichsberechnung muss hier doch über die „Grenzen der noch tolerierbaren Praktikabilität“²⁴ nachgedacht werden.

2.4.5 Starre Ausgleichsquote von 50%

Kaum zufriedenstellend ist auch die Rechtslage bei Ehegatten mit einseitigem Spitzeneinkommen. Anknüpfend an das obige erste Fallbeispiel (unter 2.2) ist festzuhalten, dass die pauschale Ausgleichspflicht von 50% den Umständen des Einzelfalls vielfach nicht gerecht wird.

Andererseits wiederum gibt es Fälle, wo Zugewinn und Ausgleichspflicht darauf beruhen, dass man während der Ehe hohe Zuwendungen vom anderen Ehegatten erhalten hat. Hier mag der Umstand, dass der Zuwendende nur 50% zurückbekommt, unbillig sein, vor allem dann, wenn man im Vergleichsfall der Gütertrennung über § 313 BGB einen viel höheren Betrag hätte zurückfordern können. Beim Zugewinnausgleich kommt eine höhere Ausgleichsquote zu Gunsten des Ausgleichsberechtigten jedoch angesichts der klaren Gesetzeslage von vornherein nicht in Betracht.²⁵ Es ist jedoch seltsam, wenn der großzügige Ehegatte im gesetzlichen Güterstand am Schluss schlechter dasteht als im Fall der Gütertrennung. Aber auch derjenige, der in weit überobligatorischem Umfang zum Zugewinn des anderen beigetragen hat, bekommt keinesfalls mehr als 50%.²⁶

18 Bundestags-Drucks. 16/10798 S. 16.

19 Dazu Büte 2008: 107.

20 Groß 2007: 177. S. dazu auch BGH NJW 2013, 457, es sei Ehevertrag mit Gütertrennung möglich.

21 Dazu auch Jaeger 2005: 353; zum Vorschlag, auf die Trennung abzustellen Dethloff 2008: A 100 f.

22 Krit. insofern auch Groß 2007: 176; Jaeger 2005: 355.

23 BGH NJW 2013, 3645.

24 Vgl. Gernhuber 1991: 2243.

25 Vgl. Forderungen bei Groß 2007: 176 f.

26 Weitergehend aber Kogel 1997: 1000.

2.5 Lösung de lege lata

Eine Lösung der meisten Probleme könnte freilich § 1381 BGB bieten, welcher die Härteklausele des Zugewinnausgleichsrechts beinhaltet. Danach kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falls grob unbillig wäre. Die Norm bleibt als Korrekturmittel jedoch leider ungenutzt.²⁷ Der BGH²⁸ meint zwar, dass § 1381 BGB eine Korrektur von grob unbilligen und dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechenden Ergebnissen ermögliche, die sich in besonders gelagerten Fällen aus der schematischen Anwendung der Berechnungsvorschriften ergeben können.²⁹ Allerdings wird zugleich betont, dass sich die Unbilligkeit nicht allein aus dem vom Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität festgelegten pauschalisierenden und schematischen Berechnungssystem ergeben dürfe. § 1381 BGB dürfe nicht schon deswegen herangezogen werden, weil der ausgleichsberechtigte Ehegatte keinen Beitrag zur Entstehung des Zugewinns geleistet habe³⁰ oder weil der wesentliche Zugewinn erst in der Trennungszeit gemacht worden sei.³¹ Folge ist, dass die Norm in der Praxis fast nie zur Anwendung kommt.³²

Letztlich müsste § 1381 BGB vom Gesetzgeber neu justiert und so gefasst werden, dass eine Berücksichtigung der Einzelfallumstände möglich wird.³³ Es muss verwundern, dass im Unterhaltsrecht mit § 1578b und § 1579 BGB ein breites Instrumentarium existiert, um für Einzelfallgerechtigkeit zu sorgen, während dies beim Zugewinnausgleich fast unmöglich ist. Das irritiert auch deshalb, weil der BGH bei der Inhaltskontrolle von Eheverträgen stets betont, dass den §§ 1372 f. BGB kein unabdingbarer Gerechtigkeitsgehalt innewohne bzw. die Vereinbarung von Gütertrennung regelmäßig unproblematisch sei³⁴, während man bei der Abbedingung von Unterhaltsansprüchen deutlich engere Grenzen zieht. Das passt nicht zusammen.

2.6 Vergleich von Zugewinnausgleich und Unterhalt

Letztlich ist auch erstaunlich, dass die Berechnung von Unterhalt und Zugewinn völlig unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten folgt.³⁵ Beim Unterhalt entscheidet man zum Zeitpunkt der Scheidung, ob und welche ehebedingten Bedürfnislagen und Nachteile eingetreten sind und macht davon Bestand, Höhe und Dauer des Anspruchs abhängig. Insoweit wird auf die konkreten Einzelfallumstände dieser Ehe (Kindererziehung, Rollenverteilung, Ehedauer etc.) reagiert. Im Güterrecht hingegen wird bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung über das Ausgleichsmodell entschieden und somit zu einem Zeitpunkt, in dem völlig unklar ist, wie die Ehe ausgestaltet sein wird, ob Kinder geboren werden, wer

27 Zu Recht kritisch Jaeger 2005: 352 ff.; Battes 1990: 313 und 320; Bruder Müller 2010: 404.

28 BGH NJW 2013, 3645; FamRZ 2002, 606.

29 Bestätigt von OLG München FamRZ 2013, 879.

30 BGH FamRZ 1992, 787.

31 BGH NJW 2013, 3645; ferner OLG München FamRZ 2013, 879 zu langer Trennungszeit.

32 Vgl. allenfalls OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 1068: Fall von körperlicher Misshandlung.

33 In diese Richtung auch Herr 2008: 266.

34 BGH NJW 2013, 457.

35 Dazu schon Wellenhofer 2012: 62 f.

wieviel verdienen wird, ob und für wen Ausgleichsbedürfnisse bestehen werden. Das rechtfertigt sich zwar ein Stück weit daraus, dass es im Unterhaltsrecht um die Befriedigung aktueller nahehehlicher Bedürfnisse geht und um den Ausgleich ehebedingter Nachteile, während der Zugewinnausgleich der Verteilung des in der Vergangenheit erwirtschafteten dient, also gewissermaßen der Liquidation des Unternehmens Ehe, und insoweit Teilhabegerechtigkeit³⁶ gewährleisten soll. Diese Teilhabegerechtigkeit ist jedoch angesichts des starren Ausgleichsschematismus in vielen Fällen gerade nicht gewährleistet, weil keine angemessene Reaktion auf die konkrete Ehe möglich ist.³⁷

Freilich scheint auch der Gesetzgeber Güterrecht und Unterhalt aus völlig verschiedenem Blickwinkel zu sehen. Beim Zugewinnausgleich ist der Gesetzgeber nach wie vor dem Leitbild der Hausfrauenehe verhaftet. In der Gesetzesbegründung der Güterrechtsreform liest man, dass sich der Zugewinnausgleich an der Ehe mit unterschiedlicher Aufgabenverteilung orientiere³⁸, zumal die arbeitsteilige Lebensführung der Eheleute unverändert eine gewichtige gesellschaftliche Realität sei. Man kann ergänzen, dass auch das Steuerrecht mit dem Ehegattensplitting diesem Leitbild folgt und wenig Anreize zur weitergehenden Berufstätigkeit von Frauen setzt.

Vergleicht man damit die Gesetzesbegründung zur Unterhaltsrechtsreform, zeigt sich ein anderes Bild. Dort wird auf die wachsende Zahl berufstätiger Ehefrauen und Mütter und die veränderte Rollenverteilung³⁹ verwiesen und der Grundsatz der Eigenverantwortung betont. Danach soll die Ehe als lebenslanges Versorgungsinstitut ausgedient haben. Ein stimmiges Gesamtkonzept liegt dem nicht zugrunde.

2.7 Ersetzung des Zugewinnausgleichs durch einen gesonderten Ausgleichsanspruch

Folglich sollte der Gesetzgeber hier für Abhilfe sorgen. Die kleine Lösung bestände darin, § 1381 BGB neu zu fassen. Die Norm könnte insbesondere dem Vorbild von § 1579 BGB folgend um einen Katalog von Tatbeständen ergänzt werden, in denen sich typischerweise ein Korrekturbedürfnis zeigt. Hier wären namentlich die kurze Ehe, die überlange Trennungszeit oder auch Wertsteigerungen von privilegiertem Vermögen anzuführen.⁴⁰

Man könnte aber auch einen Schritt weitergehen und die Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand abschaffen.⁴¹ Spannend dazu ist ein Blick in das spanische Recht⁴² bzw. die Rechtslage in Katalonien. Im Jahr 2011 hat Katalonien die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand eingeführt.⁴³ Die Interessen des haushaltsführenden Ehegatten bleiben dabei nicht unbeachtet. Derjenige Ehegatte, der während der Ehe für

36 BGH FamRZ 2004, 601.

37 Kritisch insoweit auch Battes 1990: 313; ferner Meder 2009: 151.

38 Bundesrats-Drucks. 635/08 S. 15 bzw. Bundestags-Drucks. 16/10798 S. 12 f.

39 Bundestags-Drucks. 16/1830 S. 12.

40 Für letzteres hat bereits Battes (2007, 2009) interessante Formulierungsvorschläge gemacht, die man aufgreifen könnte.

41 Für den Verzicht auf einen gesetzlichen Güterstand: Muscheler 2013: Rn. 336; ferner Wellenhofer 2012: 61 f.

42 Zum engl. Recht: Karsten 2011: 1474 ff.

43 Vgl. Ferrer i Riba 2011: 1467.

Haushalt und Kinder gesorgt hat oder auch unentgeltlich im Unternehmen des anderen Ehegatten mitgearbeitet hat, hat bei Beendigung des Güterstands Anspruch auf eine Ausgleichszahlung in Geld. Der Betrag wird vom Richter festgelegt, wobei die Dauer des Zusammenlebens, die Höhe und Art der erzielten Zugewinne und die erbrachten Leistungen des Ausgleichsberechtigten die entscheidenden Kriterien sind. Berücksichtigt wird neben der Kinderbetreuung etwa auch die Pflege von anderen Familienangehörigen. Weiterhin ist gesetzlich festgelegt, an welcher Art von Zugewinnen der Ehegatte teilhaben kann und welche Berechnungsmethoden insoweit anzuwenden sind (Art. 232-6). Erst in diesem Rahmen kann der Richter seine Ermessensentscheidung treffen. Im Übrigen ist bestimmt, dass die Ausgleichszahlung in der Regel 25% der Zugewinndifferenz nicht übersteigen darf, es sei denn der Anspruchsberechtigte kann darlegen, dass seine Beiträge für den anderen Gatten einen wesentlich höheren Wert hatten (Art. 232-5.4).

Ob nun 25% oder 50% den besseren Richtwert liefern, kann indes dahinstehen. Entscheidend ist, dass Raum bleibt für die Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall. Der Grundsatz einer bestimmten prozentualen Beteiligung überzeugt nur, wenn es tatsächlich darum geht, demjenigen einen Ausgleich zu gewähren, der aufgrund der ehelichen Rollenverteilung keine Chance hatte, eigenes Vermögen aufzubauen. Letztlich sind dies auch die Kriterien, die im Vordergrund stehen, wenn bei Scheidung im Rahmen von Vergleichsverhandlungen ein Betrag ermittelt werden soll. Das Kernargument gegen das Abstellen auf den Einzelfall ist zwar die geringere Rechtssicherheit.⁴⁴ Dieses Opfer ist jedoch im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit hinzunehmen. Der Familienrichter ist im Umgang mit Billigkeitsklauseln und Ermessensspielräumen bestens vertraut.

3. Reformbedarf bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

3.1 Die Schutzlücke

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche ist nach wie vor nicht gesetzlich geregelt. Von kinschaftsrechtlichen Normen abgesehen, bewegen sich unverheiratete Paare weitgehend im rechtsfreien Raum. Bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gibt es keinen Versorgungsausgleich, keinen Zugewinnausgleich und – von § 1615I BGB abgesehen – auch keine Unterhaltsansprüche. Lediglich bei großen Vermögenszuwendungen wird von der Rechtsprechung eine Rückabwicklung über § 313 oder § 812 BGB gewährt, aber das ist nur ein schmaler Ausschnitt des Problems. Die bestehende Schutzlücke betrifft auch nicht den zuwendenden Partner, sondern denjenigen, der auf eigene Erwerbstätigkeit verzichtet und den Haushalt führt und gemeinsame Kinder versorgt und im Fall der Trennung nicht selten sozialhilfebedürftig wird.⁴⁵

Zwar mag bei jungen Unverheirateten, welche die Ehe auf Probe testen, das Doppelverdienermodell vorherrschen. Es gibt jedoch auch viele Lebensgemeinschaften, die vom Hausfrauenmodell geprägt sind, wo also ein Partner nicht berufstätig ist und sich dafür um

44 Vgl. auch Dethloff 2008: A 107.

45 Zur Forderung nach einem ges. Unterhaltsanspruch ausführlich Wellenhofer 2015: 973 ff.

Haushalt, Kinderbetreuung und gegebenenfalls auch Pflege von Angehörigen kümmert. Hier können sich bei langjähriger Arbeitsteilung – wie bei Ehegatten auch – partnerschaftsbedingte Fortkommensnachteile einstellen. Im Eherecht ist man sich insoweit einig darüber, dass es gerade die Kompensation dieser ehebedingten Nachteile ist, welche die Gewährung von Unterhaltsansprüchen rechtfertigt. Da der andere Ehegatte die jeweilige Arbeitsteilung ebenfalls befürwortet oder sogar gewünscht und regelmäßig von ihr profitiert hat, ist es auch ein Gebot der Gerechtigkeit, dass er dafür mit in die Verantwortung genommen wird.

Dieser Gedanke weist jedoch keinen spezifisch eherechtlichen Bezug auf.⁴⁶ Es geht hier wie dort um engste persönliche Beziehungen, die vor allem von gegenseitigem Vertrauen geprägt sind. Und das Vertrauen darauf, dass die Konsequenzen einer bestimmten Rollenverteilung von beiden gemeinsam getragen werden, erscheint unabhängig von der Rechtsform der Beziehung schutzwürdig.⁴⁷ Eine Differenzierung mag sich insoweit allenfalls nach der Reichweite der Mitverantwortung anbieten. Tatsächlich fehlt für Unverheiratete aber jegliche gesetzliche Absicherung, was de facto zu Lasten des wirtschaftlich Schwächeren geht, nämlich regelmäßig der Frau. Auch daher verwundert es nicht, dass Frauen der Statistik zufolge nach Trennungen viel öfter in Armut geraten als Männer.⁴⁸ Rund 40 Prozent der Alleinerziehenden sind auf staatliche Grundsicherungsleistungen angewiesen, um sich selbst und ihre Kinder versorgen zu können.⁴⁹

Daher erscheint die Zeit reif dafür, die vielfältigen Vorschläge⁵⁰ aufzugreifen, die in den letzten Jahren für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gemacht worden sind. So hatte sich auf dem 57. Deutschen Juristentag von 1988 im Anschluss an das Gutachten von Manfred Lieb bereits eine knappe Mehrheit für einen Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Partners ausgesprochen, sofern in einer langfristigen Beziehung die Haushaltsführung unter Verzicht auf Berufstätigkeit übernommen worden ist.⁵¹ Sehr weit durchdacht war auch bereits ein Gesetzentwurf der Grünen⁵² aus dem Jahr 1997 für ein „Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse nichtehelicher Lebensgemeinschaften“, der neben diversen anderen Regelungen auch einen entsprechenden Unterhaltsanspruch im Trennungsfall vorsah.

3.2 *Modell Irland*

In vielen anderen Ländern gibt es bereits einschlägige Regelungen. Modellcharakter könnte die Regelung in Irland⁵³ haben.⁵⁴ Dort kann das Gericht zu Gunsten desjenigen

46 So zu Recht Schwenzer 2007: 718.

47 Zum Vertrauensschutzgedanken auch schon Lieb 1988: A 82 f.

48 Andreß/Borgloh/Güllner/Wilking 2003: 75.

49 Vgl. Lenze 2014: 10.

50 Siehe auch Vorschlag von Schumacher 1994: 865; außerdem: Dethloff 2008: 141 ff.; Busche 1998: 393; Wellenhofer 2008: 562; Schwenzer 1988: 785.

51 Beschluss Nr. II. 10. b); mit einem solchen Gedanken sympathisiert auch Brudermüller 2015: § 1297 Rn. 17.

52 Gesetzesentwurf Bundestags-Drucks. 13/7228 S. 2.

53 Vgl. Sloan/Scherpe 2011: 1451.

54 Siehe Sec. 173 des Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act 2010, abrufbar unter: <http://www.irishstatutebook.ie/2010/en/act/pub/0024/index.html>.

nichtehelichen Partners, der durch die Beziehung bzw. ihre Beendigung in finanzielle Abhängigkeit vom anderen Partner geraten ist, einen Unterhaltsanspruch festlegen oder eine Vermögensübertragung anordnen. Das Gesetz bestimmt dabei, welche Faktoren für die Ermessensentscheidung des Richters ausschlaggebend sind, nämlich die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Bedürfnisse der Partner, bestehende anderweitige Unterhaltspflichten, die Belange vorhandener Kinder, die Dauer und Natur der Lebensgemeinschaft, die Beiträge, die die Partner für die Beziehung erbracht haben und nicht zuletzt die gewählte Rollenverteilung und die daraus entspringenden Fortkommensnachteile.

3.3 *Vorschlag*

Angesichts solcher Vorbilder sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber dazu durchringen, einen gesetzlichen Anspruch auf Trennungunterhalt nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zu schaffen. Die Tatbestandsvoraussetzungen eines solchen Anspruchs müssten freilich deutlich enger als im ehelichen Unterhaltsrecht formuliert werden. Ein Unterhaltsanspruch dürfte von vornherein nur bestehen, wenn und soweit tatsächlich spürbare partnerschaftsbedingte Fortkommens- bzw. Versorgungsnachteile eingetreten sind.⁵⁵

In Anlehnung an §§ 1576 und 1578b BGB könnte geregelt werden, dass nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhalt zu leisten ist, sofern durch die Lebensgemeinschaft dauerhaft Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Dauer der Beziehung sowie der Belange beider Partner grob unbillig wäre. Nachteile in diesem Sinne wären – wie nach § 1578b I 3 BGB – vor allem solche aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Lebensgemeinschaft. Die Befristung des Unterhaltsanspruchs könnte als Regelfall vorgesehen werden, von dem nur im begründeten Ausnahmefall abzuweichen wäre.⁵⁶ Eine Mindestdauer der ehelichen Lebensgemeinschaft als Voraussetzung für einen Unterhaltsanspruch sollte nicht festgelegt werden.⁵⁷ Schließlich können auch bei kürzeren Beziehungen – insbesondere mit Kindern – langfristige Fortkommensnachteile eintreten. Weitere Details des Unterhaltsanspruchs (Bedürftigkeit, Leistungsfähigkeit, Unterhaltsmaß etc.) könnten durch Verweise auf das Ehegatten- und Verwandtenunterhaltsrecht geregelt werden. Anstelle der Leistung einer laufenden Geldrente sollte auch die Möglichkeit einer einmaligen Abfindungszahlung bestehen.⁵⁸

Die gesetzliche Regelung eines Unterhaltsanspruchs würde auch endlich die Anwendung von § 844 II BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft ermöglichen. Wird der Versorger einer Familie getötet, sollten Schadensersatzansprüche des Hinterbliebenen nämlich auch bestehen, wenn man zwar nicht verheiratet war, sich aber gleichwohl auf langfristige Versorgung durch den Partner einstellen durfte.

55 Vgl. Wellenhofer 2015: 975.

56 Ähnlich Schumacher 1994: 861.

57 Vgl. zu ausländischen Vorbildern Trimbach/El Alami 1996: 61.

58 S. dazu Dethloff 2008: A 78 und 85.

4. Die Regelungen in § 1357 BGB und § 1365 BGB

4.1 Die Schlüsselgewalt

Nach § 1357 BGB ist jeder Ehegatte berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für und gegen den anderen Ehegatten zu schließen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet. Das bedeutet, dass auch derjenige Ehegatte zur Zahlung verpflichtet ist, der am Vertragsschluss nicht beteiligt war. Der Normzweck geht dahin, den haushaltsführenden Ehegatten in die Lage zu versetzen, seine Aufgabe mit der nötigen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nach außen zu erfüllen.⁵⁹ Allerdings greift der Gesetzeswortlaut weit darüber hinaus, indem er beiden Ehegatten diese „Schlüsselgewalt“ verleiht und zwar auch im Fall der Doppelverdienerehe.⁶⁰ Die kraft Gesetzes aufgezwungene Mitverpflichtung für Geschäfte des Ehegatten wird auch nicht angemessen durch die Wohltat der Mitberechtigung kompensiert. Zum einen macht diese nämlich oft keinen Sinn (z.B. bei ärztlicher Behandlung), zum anderen entsteht der Streit ja gerade in den Fällen, in denen man an der konkreten Leistung nicht interessiert ist. Im Einzelfall führt die Norm auch zu wenig überzeugenden Ergebnissen, etwa wenn man lange nach dem Auszug aus der Ehewohnung noch für die Stromrechnung des anderen Ehegatten haften soll – nur weil der Strombezugsvertrag einst während des Zusammenlebens geschlossen worden war.⁶¹

Im Ergebnis nützt die Schlüsselgewalt damit allein dem Gläubiger, der – mehr oder weniger zufällig – in den Genuss eines zweiten Schuldners gelangt. Die Normbedeutung hat sich praktisch auf eine „bloße Gläubigerschutzvorschrift reduziert“.⁶² Das erscheint mit Blick auf Art. 6 I GG eher ehefeindlich. Das gilt erst recht, wenn man sich vor Augen hält, dass § 1357 BGB auf die nichteheliche Lebensgemeinschaft keine Anwendung findet.⁶³ Die theoretische Möglichkeit, die Geltung der Norm durch Vereinbarung, durch ausdrückliche Erklärung gegenüber dem Gläubiger (§ 1357 I 2 am Ende) oder Eintragung im Güterrechtsregister (Abs. 2 i.V.m. § 1412 BGB) auszuschließen, ist noch unbekannter und unpopulärer als der Abschluss eines Ehevertrags. Mit dieser Option kann die Verfassungsmäßigkeit der Regelung nicht begründet werden.⁶⁴

Für den durch die Norm bewirkten Gläubigerschutz gibt es keinen Anlass. Die meisten einschlägigen Vertragsschlüsse erfolgen heute im anonymisierten Massenverkehr, insbesondere im Internet. Hier kommt es dem Verkäufer/Anbieter nicht darauf an, ob der Kunde verheiratet ist oder nicht. Liegt dies ausnahmsweise anders, kann der Gläubiger bei Vertragsschluss unschwer die Unterschrift des anderen Ehegatten einfordern. Bei Bankgeschäften ist dies ohnehin vielfach Praxis. In Fällen wiederum, in denen sich der Lieferant auf die Zahlungsfähigkeit gerade des anderen Ehegatten verlässt (z.B. der Heizöllie-

59 BVerfGE 81, 1 = NJW 1990, 175; Brudermüller 2015: § 1357 Rn. 1; Kroll-Ludwigs 2014: § 1357 Rn. 2.

60 Kritisch insoweit Brudermüller 2015: § 1357 Rn. 1; Koch 2012: 784.

61 BGH FamRZ 2013, 1199.

62 Brudermüller 2004: 2268; kritisch auch Roth 2013: § 1357 Rn. 6.

63 Vgl. Brudermüller 2004: 2269; Koch 2012: 785; Roth 2013: § 1357 Rn. 8.

64 So aber wohl BVerfGE 81, 1 = NJW 1990, 175 am Ende.

ferant), wird dessen Mitverpflichtung meist kraft Rechtsscheinsvollmacht gegeben sein. Einen grenzenlosen Vertrauensschutz kennt das Gesetz dabei schon jetzt nicht, denn § 1357 BGB verliert seine Wirkung automatisch mit dem endgültigen Auszug eines Ehegatten aus der Ehewohnung (§ 1357 III BGB) und zwar unabhängig davon, ob der Gläubiger dies wusste oder nicht.⁶⁵ Dem vollstreckenden Gläubiger hilft im Übrigen auch noch § 1362 BGB. Im Ergebnis kommt man daher nicht umhin, die Abschaffung des § 1357 BGB zu fordern.⁶⁶

4.2 Die Verfügung über das Vermögen im Ganzen, § 1365 BGB

4.2.1 Normzweck

§ 1365 BGB unterstellt die Verfügung eines Ehegatten über sein „Vermögen im Ganzen“ der Genehmigungspflicht des anderen Ehegatten. Verfügt ein Ehegatte etwa über ein Grundstück, das bei wirtschaftlicher Betrachtung mehr oder weniger sein einziges Vermögen darstellt, so ist dies im gesetzlichen Güterstand nur dann wirksam, wenn der andere Ehegatte damit einverstanden ist. Eine verweigerte Zustimmung kann man sich im Ernstfall zwar auch gerichtlich ersetzen lassen, § 1365 II BGB; dieses Vorgehen ist aber höchst umständlich und kostet gegebenenfalls wertvolle Zeit. Die Norm soll die wirtschaftliche Grundlage der Familie schützen und zugleich den (potenziellen künftigen) Zugewinnausgleichsanspruch des Ehegatten sichern.⁶⁷

Es ist jedoch zweifelhaft, warum die Entscheidungsfreiheit in der eigenen Vermögensverwaltung infolge der Verheiratung in dieser spezifischen Weise beschränkt sein soll. Das gilt erst recht für den Ehegatten mit dem kleineren Vermögen, der im Fall der Scheidung selbst der Ausgleichsberechtigte wäre. Wenn darauf verwiesen wird, dass die Zustimmung des anderen Ehegatten doch ohnehin in den allermeisten Fällen erteilt wird, wäre das auch eher ein Argument für die Abschaffung einer (überflüssigen) Norm. Überdies hat die Rechtsprechung schon viele Zugeständnisse an den Verkehrsschutz gemacht und auch damit den Anwendungsbereich der Norm inzwischen eingeeengt.⁶⁸ Vor allem aber ist der vom Gesetz verfolgte Schutz überaus lückenhaft.⁶⁹ Vor der Gefahr, dass sich der Ehegatte in großem Umfang verschuldet, schützt das Gesetz nämlich nicht. Hier bedarf es keiner Zustimmung des Ehegatten, obwohl der Zugewinn dieses Ehegatten in gleicher Weise oder doch erst recht in Gefahr sein kann. Im Fall von Manipulationen, Verschwendungen oder großen unentgeltlichen Zuwendungen wiederum bietet auch § 1375 II BGB Schutz. Abgesehen davon kann die Norm von den Ehegatten auch bewusst dazu missbraucht werden, eine Immobilientransaktion, die sie inzwischen bereuen, wieder rückgängig zu machen.

65 Roth 2013: § 1357 Rn. 50.

66 Koch 2012: 784 f.; Bosch 1987: 2627; Brudermüller 2004: 2269 f.; Struck 2004, 107; ferner Dethloff 2014: 148; Hobelmann 1971: 500; Käppler 1979: 255.

67 BGH FamRZ 2007, 1634; BGHZ 35, 135, 136 f. = FamRZ 1961, 363; BGHZ 40, 218, 219 = FamRZ 1964, 25; BGHZ 43, 174 = FamRZ 1965, 258; BGH FamRZ 1983, 1101 = NJW 1984, 609, 610; Brudermüller 2015: § 1365 Rn. 1; Budzikiewicz 2014: § 1365 Rn. 1.

68 Vgl. z.B. BGH FamRZ 1993, 1302; BGH NJW 2015, 56.

69 In diese Richtung auch Koch 2013: § 1365 Rn. 3.

4.2.2 Vorschlag: Beschränkung der Zustimmungsbefähigung auf Rechtsgeschäfte betreffend die Familienimmobilie

Plausibel ist die Verfügungsbeschränkung jedoch dann, wenn es bei dem betreffenden Vermögen um die von der Familie bewohnte Immobilie geht. Bei einem Verkauf der Ehewohnung gehört es sich selbstverständlich, mit dem anderen Ehegatten rechtzeitig darüber zu sprechen. Demgemäß findet sich im neuen deutsch-französischen Wahlgüterstand in Anlehnung an das französische Recht (Art. 215 code civil) in Art. 5 I die Regelung, dass eine Verfügung über Rechte, durch welche die Familienwohnung sichergestellt wird, nur mit Zustimmung des Ehegatten erfolgen darf. Diese Einschränkung macht Sinn und reduziert die Verfügungsbeschränkung auf das Wesentliche. Zugleich ist dieser Tatbestand aber auch weiter gefasst, denn es werden nicht nur sachenrechtliche Verfügungen erfasst, sondern etwa auch die Kündigung des Mietvertrags über die Ehewohnung.⁷⁰ Un-erheblich ist demgegenüber, ob die Familienwohnung nun das ganze Vermögen ausmacht oder nicht. Lästige Bewertungsprobleme stellen sich damit auch nicht mehr.

Literatur

- Andreß, H.-J., Borgloh, B., Güllner, M. & Wilking, K. (2003). *Wenn aus Liebe rote Zahlen werden – Über die wirtschaftlichen Folgen von Trennung und Scheidung*. Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- Battes, R. (1990). Sinn und Grenzen des Zugewinnausgleichs. *Familie und Recht (FuR)*, 1990, S. 311-324.
- Battes, R. (2007). Echte Wertsteigerungen im Zugewinnausgleich. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2007, S. 313-321.
- Battes, R. (2009). Echte Wertsteigerungen im Anfangsvermögen – immer Zugewinn? *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2009, S. 261-265.
- Battes, R. (2012). „Negatives“ Anfangs- und Endvermögen im Zugewinnausgleich. In: Beckmann, R. M., Mansel H.-P. & Matusche-Beckmann, A. (Hrsg.), *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft, Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner*. Heidelberg: Verlag C. F. Müller, S. 375-384.
- Born, W. (2008). Reform der familienrechtlichen Ausgleichssysteme – Kosmetik oder Kurskorrektur? *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2008, S. 2289-2295.
- Bosch, F. W. (1987). Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947 bis 1987. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1987, S. 2617-2630.
- Brudermüller, G. (2004). Schlüsselgewalt und Telefonsex. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2004, S. 2265-2270.
- Brudermüller, G. (2010). Der reformierte Zugewinnausgleich – Erste Praxisprobleme. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2010, S. 401-407.
- Brudermüller, G. (2015). Kommentierung der §§ 1297-1615o BGB. In: *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*. München: Verlag C. H. Beck (74. Auflage).
- Budzikiewicz, C. (2014). Kommentierung der §§ 1363-1390 BGB. In: *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*. Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, (14. Auflage).
- Busche, J. (1998). Unterhaltsansprüche nach Beendigung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Eine kritische Bestandsaufnahme, in: *Juristenzeitung (JZ)*, 1998, S. 387-396.
- Büte, Dieter (2008). Die geplante Reform des Güterrechts. *Familie und Recht (FuR)*, 2008, S. 105-112.

70 Vgl. Bundestags-Drucks. 67/11 S. 26.

- Dethloff, N. (2008). *Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?* Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008. München: Verlag C. H. Beck, 2008.
- Dethloff, N. (2012). *Familienrecht*. München: Verlag C. H. Beck (30. Auflage).
- Dethloff, N. (2014). Ehegatten in der Haftung. In: Götz, I. et al. (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik. Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag*. München: Verlag C. H. Beck, S. 141-148.
- Diederichsen, U. (1992). Teilhabegerechtigkeit in der Ehe. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1992, S. 1-12.
- Ferrer i Riba, J. (2011). Das neue Personen- und Familienrecht im Bürgerlichen Gesetzbuch von Katalonien. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2011, S. 1466-1469.
- Gernhuber, J. (1977). *Neues Familienrecht, Eine Abhandlung zum Stil des jüngeren Familienrechts*. Tübingen: Verlag Mohr, 1977 (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 45).
- Gernhuber, J. (1981). *Eherecht und Ehetypen*. Berlin: Verlag de Gruyter (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V., Heft 70).
- Gernhuber, J. (1991). Probleme der Zugewinnngemeinschaft. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1991, S. 2238-2244.
- Groß, I. (2007). § 1381 BGB – Unbestimmtheit des Tatbestandes contra Ausweitung von Einzelfallkorrekturen, Erweiterung der Billigkeitsgründe zu Gunsten des Ausgleichsberechtigten, *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2007, S. 175-179.
- Herr, T. (2008). Das Schmerzensgeld im Zugewinnausgleich. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2008, S. 262-266.
- Herr, T. (2014). Die Lottoentscheidung des BGH. *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)*, 2014, S. 1-6.
- Hobelmann, F. (1971). Ausdehnung der Schlüsselgewalt durch das 1. Eherechts-Reformgesetz. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1971, S. 499-500.
- Hoppens, R. (2008). Reformbedarf und Reformbestrebungen im Zugewinnausgleich. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2008, S. 1889-1894.
- Jaeger, W. (2005). Reicht § 1381 BGB aus, um unbillige Ergebnisse im Zugewinnausgleich angemessen zu korrigieren? *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2005, S. 352-356.
- Jaeger, W. (2015). Kommentierung der §§ 1372 ff. BGB. In: *Johannsen & Henrich, Familienrecht. Kommentar*. München: Verlag C. H. Beck (6. Auflage).
- Karsten, I. (2011). Financial agreements and applicable law in divorce cases (Radmacher v Granatino). *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2011, S. 1474-1479.
- Käppler, R. (1979). Familiäre Bedarfsdeckung im Spannungsfeld von Schlüsselgewalt und Güterstand, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, Band 179, S. 245-288.
- Koch, E. (2008). Die geplanten Neuregelungen des Zugewinnausgleichs. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2008, S. 1124-1129.
- Koch, E. (2012). Die Schlüsselgewalt im deutschen Recht. In: Verbeke, A.-L. et al. (Hrsg.), *Confronting the frontiers of family and succession law: Liber amicorum Walter Pintens*. Cambridge u.a.: Verlag intersentia, S. 767-787.
- Koch, E. (2013). Kommentierung der §§ 1363-1390 BGB. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: Verlag C. H. Beck, (6. Auflage).
- Kogel, W. (1997). Anwendbarkeit des § 1381 BGB auch auf den ausgleichsberechtigten Ehegatten. *Monatsschrift für deutsches Recht (MDR)*, 1997, S. 1000-1001.
- Kroll-Ludwigs, Karin (2014). Kommentierung der Einl. §§ 1297-1302, 1353-1362 BGB. In: *Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt (14. Auflage).
- Lenze, Anne (2014). *Alleinerziehende unter Druck, Rechtliche Rahmenbedingungen, finanzielle Lage und Reformbedarf*. http://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/Graue_Publikationen/GP_Alleinerziehende_unter_Druck.pdf [Stand: 2015-05-18].
- Lieb, M. (1988). Empfiehlt es sich, die rechtlichen Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gesetzlich zu regeln? In: *Verhandlungen des 57. Deutschen Juristentag, Bd. 1, Gutachten*. München: Verlag C. H. Beck, S. A 82-98.

- Meder, S. (2009). Eigenverantwortung und Solidarität im deutschen Ehegüterrecht: Reformforderungen der bürgerlichen Frauenbewegung und künftige Ausgestaltung des Zugewinnausgleichsrechts. In: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), *Rollenleitbilder und -realitäten in Europa. Rechtliche, ökonomische und kulturelle Dimensionen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2009, S. 138-156.
- Muscheler, K. (2013). *Familienrecht*. München: Verlag Vahlen (3. Auflage).
- Rauscher, T. (2007). *Familienrecht*. Heidelberg: Verlag C. F. Müller (2. Auflage).
- Roth, A. (2013). Kommentierung der §§ 1353-1359 BGB. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: Verlag C. H. Beck (6. Auflage).
- Schaal, D. (2010). Der neue Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft. *Zeitschrift für die Notarpraxis (ZNotP)*, 2010, S. 162-172.
- Schumacher, C.-L. (1994). Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1994, S. 857-865.
- Schwab, D. (2000). Der Zugewinnausgleich in der Krise, in: Köhler, G. et al. (Hrsg.), *Europas universale rechtsordnungspolitische Aufgabe im Recht des dritten Jahrtausends: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*. München: Verlag C. H. Beck, S. 1079-1093
- Schwenzer, I. (1988). Gesetzliche Regelung der Rechtsprobleme nichtehelicher Lebensgemeinschaften?. *Juristenzeitung (JZ)*, 1988, S. 781-789.
- Schwenzer, I. (2007). Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2007, S. 705-728.
- Sloan, B. & Scherpe, J. M. (2011). Civil Partnership und nichteheliche Lebensgemeinschaften in Irland. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2011, S. 1451-1453.
- Struck, G. (2004). Partnerschaftliche Solidarität durch Privatautonomie statt durch Schlüsselgewalt! *Forum Familien- und Erbrecht (FF)*, 2004, S. 107-110.
- Trimbach, H. & El Alami, A. (1996). Die nichteheliche Lebensgemeinschaft – eine Herausforderung für den Gesetzgeber. *Neue Justiz (NJ)*, 1996, S. 57-63.
- Wellenhofer, M. (2008). Regelungslücken bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft? Freiheit der Lebensformen im Lichte des Art. 6 GG. *Anwaltsblatt (AnwBl)*, 2008, S. 559-565.
- Wellenhofer, M. (2012). Welche Reformen mit welchen Zielen? In: Röthel A. & Heiderhoff, B. (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?* Frankfurt am Main: Wolfgang Metzner Verlag, S. 47-65.
- Wellenhofer, M. (2015). Gesetzlicher Unterhaltsanspruch für die nichteheliche Lebensgemeinschaft? *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2015, S. 973-976.

Eingereicht am/Submitted on: 11.11.2015

Angenommen am/Accepted on: 11.02.2016

Anschrift der Autorin/Address of the author:

Prof. Dr. Marina Wellenhofer

Goethe-Universität Frankfurt am Main
Lehrstuhl für Zivil- und Zivilverfahrensrecht
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
Gebäude RuW
Hauspostfach 29
60629 Frankfurt am Main
Deutschland/Germany

E-Mail (Sekretariat): vonchristen@jur.uni-frankfurt.de

Nina Dethloff

Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht*

Changing family forms – Challenges for family law

Zusammenfassung

Familienformen unterliegen einem stetigen Wandel. Neben Patchworkfamilien und Kindern, die in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen, stellen neue Techniken der Kinderwunschmedizin den Gesetzgeber vor besondere Herausforderungen. Das geltende Recht berücksichtigt die Vielfalt der Familienformen nur unzureichend. Der folgende Beitrag beginnt mit einer kurzen Darstellung der gesellschaftlichen Veränderungen. Darauf folgt ein Überblick über die rechtlichen Auswirkungen verschiedener Familienformen. Es werden die aktuelle Rechtslage sowie ihre Defizite und die Möglichkeiten einer Neuregelung, vor allem im Bereich aktueller Reformdebatten, analysiert. Erstens werden die Veränderungen betrachtet, die sich durch das Hinzutreten eines Partners oder einer Partnerin als neuer Elternteil ergeben. Zweitens werden die Möglichkeiten aufgezeigt, die das Recht für gleichgeschlechtliche Paare mit Kinderwunsch eröffnet. Drittens werden Kinder im Fokus stehen, die mittels assistierter Reproduktion gezeugt wurden. Hier wird sowohl auf die Folgen einer Fremd-

Abstract

Family forms are subject to constant change. Apart from the rise in reconstituted families and children growing up in same-sex partnerships, artificial reproduction has led to particular challenges for law. The current legal situation does not correspond to the existing diversity of family forms. The following contribution starts with a brief outline of the societal changes. Subsequently, the legal impact of different family forms will be pointed out. The current legal situation as well as its deficits and options for reform will be analyzed, in particular where the current provisions are under debate. Firstly, the changes resulting from the appearance of new partners as potential new parents will be considered. Secondly, the options for same-sex couples to realize their desire to have children are presented. Thirdly, the focus will be on children conceived through medically assisted reproduction. Here, both the legal consequences of donor insemination as well as the problems resulting from children born by surrogate mothers will be addressed.

* Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, und des Käte Hamburger Kollegs „Recht als Kultur“. Bei diesem Beitrag handelt es sich um die Schriftfassung des am 24. Oktober 2014 anlässlich des Fachtags des Staatsinstituts für Familienforschung an der Universität Bamberg zum Thema „Familie und Recht“ gehaltenen Vortrags „Familialer Wandel und Herausforderungen für das Familienrecht, v.a. neue Familienformen“, dessen Ausführungen zu Patchworkfamilien auf meinem Vortrag „From separation to stepfamily. A legal perspective“, veröffentlicht in Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research (ZfF/JFR), Sonderheft/Special Issue 10/2015, S. 205ff., beruhen.

fruchtung als auch die Probleme eingegangen, die sich ergeben, wenn Paare ihren Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter realisieren.

Schlagwörter: Patchworkfamilien, gleichgeschlechtliche Partnerschaft, Stiefkindadoption, assistierte Reproduktion, Leihmutterchaft

Key words: reconstituted families, same-sex couples, stepchild adoption, artificial reproduction, surrogate motherhood

1. Einleitung

Die Familie hat sich gewandelt. Familie ist dort, wo Kinder sind, heißt es. Aber wer sind die Eltern dieser Kinder? Wer trägt rechtlich für sie Verantwortung? In den letzten Jahrzehnten haben sich die gesellschaftlichen Verhältnisse und mit ihnen die Familien grundlegend verändert: Nichteheliches Zusammenleben und Scheidung sind nicht länger verpönt, sondern Normalität. Gleichgeschlechtliche Partnerschaften – ob durch die Eingehung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft formalisiert, oder nicht – können frei gelebt werden. Dieser Wandel hat Folgen für das Leben von Kindern: Mehr als 800.000 Kinder wachsen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften auf¹, über 10% aller Kinder unter achtzehn Jahren in Stief- oder Patchworkfamilien². Zum Teil leben sie auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren, von denen manche eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet haben, die Mehrzahl allerdings nicht³. Auch der Einsatz reproduktionsmedizinischer Maßnahmen ist längst keine Seltenheit mehr, zumal derzeit in Deutschland mehr als etwa zwei Millionen Paare von ungewollter Kinderlosigkeit betroffen sind⁴.

Jährlich unterziehen sich daher etwa 200.000 Paare einer Behandlung im Inland⁵, eine wachsende Zahl nimmt zudem eine Maßnahme assistierter Reproduktion im Ausland in Anspruch. Vor allem für homosexuelle Paare ist eine solche Behandlung oft der einzige Weg, um ein zumindest mit einem der Partner genetisch verbundenes Kind zu bekommen.

Diese gesellschaftlichen Veränderungen bedeuten eine Abkehr von dem traditionellen Familienbild, das dem Familienrecht des BGB ursprünglich zugrunde lag. Entstanden ist eine große Vielfalt familiärer Lebensformen. Daher stellt sich die Frage, ob das geltende Familienrecht diesen neuen Familienformen gerecht wird.

Auf manche Veränderungen, wie die zunehmende Zahl nichtehelicher Geburten und Familien, hat der Gesetzgeber bereits mit Neuregelungen, reagiert. So hat er jüngst, veranlasst durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁶ und das Bundes-

1 Statistisches Bundesamt, Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Haushalte und Familien, Ergebnisse des Mikrozensus 2012, Tabelle 3.1. Für ihre Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags danke ich Frau Dr. Britta Nietfeld.

2 BMFSFJ, Familien Report 2012, S. 20.

3 Rupp (Hrsg.), Die Situation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften, Köln (2009), S. 281f.

4 Hüsing/Revermann, Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen, Baden-Baden (2011), S. 22.

5 Hüsing/Revermann, Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen, Baden-Baden (2011), S. 22.

6 EGMR, NJW 2010, 501 – Zaunegger; siehe auch Coester, NJW 2010, 482.

verfassungsgericht⁷, mit der Sorgerechtsreform⁸ dem Vater eines nichtehelichen Kindes den Weg zur gemeinsamen Sorge eröffnet, wenn dies dem Kindeswohl nicht widerspricht. Auch wenn diese Regelung, vor allem aufgrund der Einführung des beschleunigten Verfahrens ohne Anhörung, nicht ohne Kritik geblieben ist⁹, so hat sie doch zu einer Verbesserung nicht nur der Rechte der Väter, sondern grundsätzlich auch der nichtehelich geborenen Kinder geführt.

In vielen anderen Bereichen stehen dagegen Reformen noch aus. Im Folgenden werden drei verschiedene Familienformen aufgezeigt, bei denen aktuell, auch mit Blick auf die Entwicklung in anderen Ländern, Reformbedarf besteht: Patchworkfamilien, Regenbogenfamilien und schließlich die mittels Kinderwunschmedizin gegründeten Familien. Im Mittelpunkt steht hierbei stets die Frage, wer die rechtlichen Eltern eines Kindes sind bzw. wie die übernommene Elternverantwortung rechtlich abgesichert ist.

2. Patchworkfamilien¹⁰

Steigende Scheidungs- und Trennungsraten führen dazu, dass durch das Eingehen neuer Beziehungen Stief- oder Patchworkfamilien entstehen, in denen leibliche Kinder eines Partners in einem Haushalt mit dessen neuem Ehegatten oder Partner leben. Die neue Partnerschaft kann auch eine gleichgeschlechtliche sein, so dass das aus einer vorangegangenen Beziehung stammende Kind in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft oder einer nicht formalisierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft aufwächst¹¹. Wie eng die Beziehung des Kindes zum Stiefelternteil ist, hängt von verschiedenen Faktoren ab, so vor allem der Dauer des Zusammenlebens und dem Alter des Kindes zu dem Zeitpunkt, in dem die neue Beziehung begründet worden ist. Sehr unterschiedlich ist auch die Intensität der Beziehung zum anderen leiblichen und rechtlichen Elternteil: Auf der einen Seite des Spektrums sind Fälle, in denen dieser verstorben, unbekannt oder völlig desinteressiert ist und praktisch kein Kontakt besteht. Insbesondere dann, wenn das Umgangsrecht intensiv wahrgenommen oder sogar ein Wechselmodell praktiziert wird, kann die Beziehung aber auch sehr eng sein, so dass das Kind faktisch mit drei Elternteilen aufwächst. Unterschiede bestehen zudem nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht: So können die Eltern das gemeinsame Sorgerecht haben, was mittlerweile bei mehr als 90% der Scheidungen der Fall ist¹². Dem betreuenden Elternteil kann aber auch die Alleinsorge zustehen.

7 BVerfG, NJW 2010, 3008; Peschel-Gutzeit, NJW 2010, 2990.

8 Näher auch schon Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 206ff.

9 Siehe dazu Heilmann, NJW 2013, 1473ff.; Lack, FamRZ 2014, 1337ff.

10 Siehe dazu auch Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213ff.

11 Siehe dazu Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 10f.

12 Vgl. Statistisches Bundesamt, Familiengerichte 2010 – Fachserie 10, Reihe 2.2, S. 46ff., Tabelle 2.8.

2.1 Stiefkindadoption

Derzeit stellt eine Adoption die einzige Möglichkeit dar, ein volles Sorgerecht des Stiefelternteils zu begründen. Die Stiefkindadoption steht Ehegatten und seit 2005 auch eingetragenen Lebenspartnern offen. Sie entspricht aber in der Regel nicht den tatsächlichen in Stieffamilien bestehenden Verhältnissen und dem Wohl des Kindes¹³. Zum einen erlöschen mit der Adoption die verwandtschaftlichen Beziehungen zum anderen Elternteil wie auch regelmäßig zu dessen Familie, also den Großeltern oder auch den Halbgeschwistern. Selbst wenn nur noch wenig Kontakt besteht, widerspricht dies oftmals den emotionalen Bindungen des Kindes. Zum anderen sind auch die Motive für die Stiefkindadoption keineswegs immer am Kindeswohl ausgerichtet. Problematisch ist vor allem, dass das Adoptionsverhältnis eine lebenslange rechtliche Beziehung begründet, die auch dann fortbesteht, wenn die Ehe zwischen Stiefelternteil und leiblichem Elternteil scheitern sollte¹⁴. Auch Unterhaltsansprüche können so deren Scheidung überdauern. Dies ist oft nicht wirklich gewollt. Ein bloßes Sorgerecht ohne Begründung verwandtschaftlicher Beziehungen, wie es sich in einer wachsenden Zahl von ausländischen Rechtsordnungen findet, würde der tatsächlichen Eltern-Kind-Beziehung oft besser gerecht¹⁵.

2.2 Kleines Sorgerecht

Einen ersten, wenn auch kleinen Schritt hin zur Anerkennung der sozialen Elternschaft des Stiefelternteils stellt das so genannte kleine Sorgerecht des neuen Ehegatten oder Lebenspartners dar. Ihm stehen im Einverständnis mit dem rechtlichen Elternteil Mitentscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu, wenn dieser allein sorgerechtigt ist.

Diese Regelung greift allerdings zu kurz: Dass sie die Alleinsorge des Elternteils voraussetzt, lässt sie weitgehend leerlaufen. Nach der Scheidung steht nämlich, wie erwähnt, in der Mehrzahl der Fälle die Sorge beiden Elternteilen gemeinsam zu. Auch bei nichtehelicher Geburt werden Eltern heute, vor allem nach der Sorgerechtsreform, zunehmend gemeinsam sorgerechtigt sein. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Regelung nicht auch bei gemeinsamer Sorge beider Elternteile eingreifen sollte. Da sich die sorgerechtlichen Befugnisse des Stiefelternteils vom Elternteil ableiten und auf alltägliche Angelegenheiten beschränkt sind, braucht man keine Konflikte mit dem anderen sorgerechtigten Elternteil oder gar Blockadesituationen zu befürchten. Denn für diese Angelegenheiten braucht kein Einvernehmen zwischen getrennt lebenden gemeinsam sorgebe-

13 Siehe dazu Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213.

14 Hierzu ausführlich auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 13ff.

15 Für einen Überblick auch Dethloff, ZKJ 2009, 141, 143ff.

rechtigten Elternteilen zu bestehen¹⁶. Schließlich ist der Anwendungsbereich der Regelung auch deshalb zu eng, weil sie nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner gilt. Viele Stieffamilien beruhen aber nicht auf einer Ehe, da nach einer Scheidung oder Trennung eingegangene Beziehungen oft nicht formalisiert werden. Dieser Umstand bedeutet aber nicht notwendig, dass die Beziehung zwischen Stiefelternteil und Kind weniger eng ist.

2.3 *Auflösung der Stiefelternbeziehung*

Besonders problematisch ist die Rechtslage bei Auflösung der Stiefelternbeziehung, sei es weil sich der leibliche und der Stiefelternteil trennen oder aber der leibliche Elternteil stirbt. In diesen Fällen kann keine am Wohl des Kindes ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung getroffen werden. Stirbt der leibliche Elternteil, so ist nun der andere Elternteil allein sorgeberechtigt, soweit den Eltern, wie meist, zuvor die Sorge gemeinsam zustand. Der andere Elternteil kann daher grundsätzlich Herausgabe des Kindes vom Stiefelternteil verlangen. Dies gilt selbst dann, wenn zwischen Kind und Stiefelternteil eine enge Beziehung besteht, es zum anderen Elternteil hingegen keinerlei emotionale Beziehungen hat, etwa weil sich die Eltern schon kurz nach seiner Geburt getrennt haben. Das Gericht kann allenfalls anordnen, dass das Kind vorübergehend beim Stiefelternteil verbleibt. Die Hürde ist freilich hoch: Eine Verbleibensanordnung setzt voraus, dass die Wegnahme des Kindes dessen Wohl gefährden würde. Auf Dauer kann das Kind aber selbst unter dieser Voraussetzung nicht beim Stiefelternteil bleiben. Gleiches gilt, wenn der leibliche Elternteil nicht stirbt, sondern ihm die Sorge entzogen wurde.

Noch deutlich nachteiliger ist die Situation, wenn zwischen rechtlichem und sozialem Elternteil lediglich eine faktische Beziehung bestanden hat. Hier kann nicht einmal eine Verbleibensanordnung zugunsten des sozialen Elternteils getroffen werden¹⁷. Das Kind muss unmittelbar an den anderen Elternteil herausgegeben werden. Es bleibt lediglich das Umgangsrecht, das enge Bezugspersonen bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung haben.

Im Ergebnis zeigt sich, dass der Gesetzgeber bestehende Bindungen zwischen sozialem Elternteil und Kind nur sehr unzureichend schützt¹⁸. Hier besteht dringender Reformbedarf. Der faktischen Eltern-Kind-Beziehung ist am besten durch ein Sorgerecht Rechnung zu tragen. Eine wachsende Zahl von Rechten ermöglicht einen solchen Sorgerechtserwerb des Stiefelternteils oder generell einer mit dem Kind in enger Beziehung

16 Kritisch auch Muscheler, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Auflage 2004, Rn. 444; Veit, FPR 2004, 67, 70; für eine einschränkende Auslegung des Merkmals der Alleinsorge dagegen Motzer, FamRZ 2001, 1034, 1040; demgegenüber ablehnend aber Löhnig, FPR 2008, 157, 158.

17 Gegen eine analoge Anwendung von § 1682 BGB auf Partner faktischer Lebensgemeinschaften MüKo/Hennemann, § 1682 Rn. 10f.; BeckOK/Veit, § 1682 Rn. 2; anderer Ansicht Staudinger/Salgo, § 1682 Rn. 21; Salgo, FPR 2004, 76, 77.

18 Kritisch schon Dethloff, in: Scherpe/Yassari, Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, Tübingen (2005), S. 137, 146f.; zustimmend auch Löhnig, FPR 2008, 157, 159.

stehenden Person. Verschiedene Modelle sind denkbar, um den sehr unterschiedlichen familiären Konstellationen in Stieffamilien gerecht zu werden¹⁹.

3. Regenbogenfamilien

Die gesellschaftliche Akzeptanz gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften und ihre rechtliche Absicherung durch das bereits 2001 in Kraft getretene Lebenspartnerschaftsgesetz haben dazu geführt, dass immer mehr Kinder in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften aufwachsen. Soweit dies Kinder aus vorangegangenen heterosexuellen Partnerschaften sind, spricht man von einer Patchworkfamilie. Sie unterscheidet sich weder im Rechtlichen, noch, jedenfalls grundlegend, im Tatsächlichen von der heterosexuellen Stieffamilie, so dass die eben aufgezeigten Defizite hier in gleicher Weise gelten. Im Folgenden werden Möglichkeiten aufgezeigt, die gleichgeschlechtliche Paare haben, um ihren Kinderwunsch gemeinsam zu erfüllen: die Adoption eines fremden Kindes und die assistierte Reproduktion.

3.1 *Adoption eines fremden Kindes*

Zunächst zur Adoption: Ein fremdes Kind kann nach wie vor nur von einem Lebenspartner allein, nicht aber von beiden Partnern oder Partnerinnen gemeinsam angenommen werden. Eine gemeinschaftliche Adoption ist Eheleuten vorbehalten. Dies gilt auch nach der jüngst in Kraft getretenen Neuregelung, mit der der Gesetzgeber auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2013²⁰ reagiert hat. Das Gericht hatte die zuvor bestehende Beschränkung der Adoption auf leibliche Kinder des Partners, also das Verbot, ein vom anderen Partner zuvor allein adoptiertes Kind anzunehmen, für verfassungswidrig erklärt. Der Ausschluss dieser so genannten Sukzessivadoption stelle eine Ungleichbehandlung sowohl der betroffenen Kinder als auch der Lebenspartner dar, die nicht etwa damit zu rechtfertigen sei, dass dem Kind das Aufwachsen mit gleichgeschlechtlichen Eltern schade. Vielmehr könnten, so das Gericht, die behüteten Verhältnisse einer eingetragenen Lebenspartnerschaft das Aufwachsen von Kindern ebenso fördern wie die innerhalb einer Ehe.

Statt daraufhin auch eingetragenen Lebenspartnern eine gemeinsame Adoption zu ermöglichen, ist der Gesetzgeber lediglich den Beanstandungen im konkreten Fall nachgekommen und hat mit der Neuregelung im vergangenen Jahr die Sukzessivadoption auch eingetragenen Lebenspartnern und -partnerinnen eröffnet. Auf diese Weise wird aber de facto genau das ermöglicht, was im Wege der gemeinsamen Adoption verboten bleibt: dass das Kind rechtlich gemeinsames Kind der Lebenspartner bzw. -partnerinnen wird. Nur muss es zunächst von einem Lebenspartner und im unmittelbaren Anschluss auch vom anderen im Wege der sukzessiven Adoption angenommen werden, so dass zwei Adoptionsverfahren durchgeführt werden müssen. Das überzeugt nicht: Denn bereits der

19 Siehe dazu Dethloff, ZfF/JFR Sonderheft 10/2015, S. 213ff.

20 BVerfG, NJW 2013, 847ff.; siehe hierzu auch Brosius-Gersdorf, FamFR 2013, 169.

ersten Adoption geht in der Regel eine Adoptionspflege voraus, die den Aufbau einer Beziehung zwischen dem Kind und dem Adoptionswilligen ermöglichen soll, und es wird im Adoptionsverfahren geprüft, ob die Annahme dem Kindeswohl dient. Schon im Rahmen dieses Verfahrens erfolgt aber die Prüfung auch in Ansehung der Beziehung des Kindes zum Partner bzw. zur Partnerin des Annehmenden. Eine erneute Prüfung in einem zweiten Verfahren ist daher entbehrlich. Die Durchführung eines weiteren Verfahrens kann vielmehr für die Beteiligten, etwa aufgrund einer zweiten Anhörung, belastend sein. Jedenfalls ist sie mit weiteren Kosten verbunden. Vor allem ist aber das Kind bis zum Abschluss des Folgeverfahrens noch nicht – etwa durch gesetzliche Unterhaltsansprüche gegenüber dem zweiten Lebenspartner – rechtlich abgesichert. Der Ausschluss der gemeinschaftlichen Adoption begegnet daher denselben verfassungsrechtlichen Bedenken wie zuvor der der Sukzessivadoption. Gleichgeschlechtlichen Paaren sollte daher, der europä- und weltweiten Entwicklung entsprechend, eine gemeinsame Adoption ermöglicht werden, so dass im Einzelfall eine am Kindeswohl ausgerichtete Entscheidung getroffen werden kann. Nachdem der Gesetzgeber gerade mit der Zulassung der Sukzessivadoption eine Minimallösung gewählt hat, wird man hier wohl ein weiteres Judikat aus Karlsruhe abwarten müssen.

3.2 *Stiefkindadoption bei Samenspende*

Verbreitet ist bei gleichgeschlechtlichen Paaren auch der Wunsch nach einem zumindest mit einem der Partner bzw. der Partnerinnen genetisch verbundenen Kind. Frauen wird dies durch eine Samenspende eines Dritten ermöglicht, Männer können dagegen nur mithilfe einer Leihmutter ein mit einem Partner verwandtes Kind bekommen.

Wird ein Kind mittels einer Samenspende eines Dritten gezeugt und in die eingetragene Lebenspartnerschaft zweier Frauen hineingeboren, kann die Partnerin lediglich durch eine Stiefkindadoption nach der Geburt rechtliche Mutter des Kindes werden. Dies gilt auch dann, wenn sich die Partnerinnen gemeinsam für die Fremdbefruchtung entschieden haben. Diese Rechtslage begegnet Bedenken: Bei verschiedengeschlechtlichen Paaren hat die auf gemeinsamem Entschluss beruhende Fremdbefruchtung zur Folge, dass eine Anfechtung der Vaterschaft des Mannes grundsätzlich ausgeschlossen ist²¹. Andererseits können auch gleichgeschlechtliche Paare mittels einer Stiefkindadoption rechtlich gemeinsam Eltern werden. Dann ist aber nur schwer nachvollziehbar, warum die intentionale Elternschaft nicht auch bei eingetragenen Lebenspartnerinnen unmittelbar und ohne Durchführung eines Adoptionsverfahrens eine entsprechende rechtliche Elternstellung begründen soll²². Eine klare rechtliche Zuordnung zu beiden Partnerinnen entspricht in diesem Fall regelmäßig dem Willen der Beteiligten, gemeinsam Verantwortung für das

21 Näher Dethloff, *Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – Ein rechtsvergleichender Überblick*, in: Funcke/Thorn (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern – Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform*, Bielefeld (2010), S. 161-192.

22 Dethloff, ZKJ 2009, 141, 146; dies., FPR 2010, 208, 209; für eine rechtliche Elternstellung auch BT-Drs. 17/7030, S. 3f.; siehe zur Eintragung der eingetragenen Lebenspartnerin in die Geburtsurkunde eines von ihrer Partnerin geborenen, aber von ihr noch nicht adoptierten Kindes BVerfG, NJW 2011, 988 (kein Verstoß gegen Art. 3 I GG).

Kind zu übernehmen. Sie dient aber vor allem auch den Interessen des Kindes, das von Geburt an eine rechtlich gesicherte Beziehung zum künftigen sozialen Elternteil erhält. Eine solche Co- oder Mitmutterschaft der Partnerin der Mutter bei einer Samenspende sehen mittlerweile immer mehr ausländische Rechte vor, so in Spanien²³, dem Vereinigten Königreich²⁴, den Niederlanden²⁵ oder den nordischen Staaten²⁶. Hier ist auch in Deutschland der Gesetzgeber gefordert. Der Blick auf andere Rechte zeigt, dass dort in aller Regel die Mitmutterschaft nicht vom Bestehen einer Statusbeziehung abhängig ist. Für das deutsche Recht ist die Möglichkeit einer rechtlichen Absicherung durch eine Co-Mutterstellung gerade dann von besonderer Bedeutung, wenn ein gleichgeschlechtliches Paar in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebt und deshalb auch eine Adoption durch die Partnerin ausscheidet.

4. Familien mittels Kinderwunschmedizin

Besondere Herausforderungen bringt die Familiengründung mithilfe von Maßnahmen der assistierten Reproduktion mit sich. Handlungsbedarf besteht nicht nur hinsichtlich der Situation homosexueller Paare. Auch die Rahmenbedingungen für heterosexuelle Paare weisen Defizite auf.

4.1 Heterologe Befruchtung

4.1.1 Ehe

Weniger problematisch ist die Lage zunächst, wenn die Mutter bei der Geburt des Kindes verheiratet ist: Ihr Ehemann gilt auch bei einer künstlichen Befruchtung mit Samen eines Dritten ohne weiteres als rechtlicher Vater des Kindes. Erfolgte die Fremdbefruchtung mit dessen Einwilligung, so können Ehemann und Mutter die Vaterschaft des Ehemannes nach § 1600 Abs. 5 BGB nicht anfechten²⁷. Mit dieser Regelung trägt der Gesetzgeber

23 Ley 14/2006 vom 26.5.2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida; siehe auch Barber Cárcamo, Reproducción asistida y determinación de la filiación, REDUR 8, 2010, S. 25ff.; Carrasco Perera/Ureña Martínez, Derecho de Familia, 2013, 145f.; Farnós Amorós, Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España, Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2011, 153ff.

24 Human Fertilization and Embryology Act 2008; siehe auch Scherpe, Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilization and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, 1513.

25 Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden (Stb.) 2013/480; siehe auch Curry-Sumner/Vonk, Dutch co-motherhood in 2014, in: Atkin (Hrsg.), The international survey of family law, 2014, 361ff.

26 Siehe für Dänemark Kindergesetz Nr. 652 v. 12. 6. 2013; siehe auch Fötschl, Die neue Mitmutterschaft nach dänischem Recht, FamRZ 2013, 1445ff.

27 Siehe auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin, in: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei

dem Umstand Rechnung, dass der Ehemann mit seiner Entscheidung zur Entstehung des Kindes beigetragen hat und deshalb seine rechtliche Elternverantwortung nicht aufgekündigt werden kann. Möglich bleibt allerdings eine Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind selbst, in deren Folge der Samenspender als rechtlicher Vater festgestellt werden kann – und damit letztlich auch unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden können. Diese Gefahr lässt sich durch vertragliche Regelungen nicht vollständig ausschließen²⁸. Hier besteht dringender Reformbedarf: Eine Anfechtung der Vaterschaft bzw. eine Inanspruchnahme des Samenspenders sollte ausgeschlossen werden, wie dies auch durchweg in anderen Ländern der Fall ist.

Das verfassungsrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung erfordert es nicht, ihm die Möglichkeit einzuräumen, die statusrechtliche Beziehung zu beseitigen bzw. den Samenspender als Vater feststellen zu lassen. Vielmehr kann heute ohnehin schon im Rahmen eines isolierten Feststellungsverfahrens die genetische Abstammung geklärt werden. Zudem müsste auch gewährleistet werden, dass die Spenderdaten aufbewahrt werden und Zugang zu ihnen gewährt wird.

4.1.2 Unverheiratete Paare

Weit größere Defizite bestehen allerdings, wenn die Eltern des Kindes nicht verheiratet sind: Der Partner wird hier nur dann rechtlicher Vater, wenn er die Vaterschaft anerkennt. Die Anerkennung kann auch schon vor der Geburt erfolgen, ob allerdings bereits vor der Zeugung, ist umstritten²⁹. Hat der Partner die Vaterschaft anerkannt, so gilt auch hier, dass eine Anfechtung ausgeschlossen ist, wenn die Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten mit Einwilligung des Mannes und der Mutter erfolgt ist. Erkennt der Partner jedoch – aus welchen Gründen auch immer – die Vaterschaft nicht an, so fehlt es an einer rechtlichen Absicherung des Kindes. Der Mann, der durch seine Entscheidung für die Entstehung des Kindes mitverantwortlich ist, kann sich dieser Verantwortung entziehen. Auch eine gerichtliche Feststellung des Partners als Vater scheidet aus, da eine solche nur bei genetischer Abstammung möglich ist. Nur der Samenspender könnte in diesem Fall als rechtlicher Vater festgestellt werden – wiederum mit entsprechenden finanziellen Konsequenzen. Da es hier, anders als bei Bestehen einer Ehe, keiner vorherigen Anfechtung der Vaterschaft des Ehemannes durch das Kind bedarf, ist die Gefahr der Inanspruchnahme des Samenspenders ungleich größer.

Der Blick in andere Länder zeigt hier überzeugendere Lösungen³⁰: In aller Regel wird der Partner aufgrund seiner Zustimmung zur Befruchtung mit Spendersamen rechtlicher Vater oder kann zumindest gerichtlich als Vater festgestellt werden. Der Samenspender aber muss keine Vaterstellung fürchten.

geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 21.

28 Siehe dazu Taupitz, ZRP 2011, 161.

29 Siehe dazu Dethloff, Familienrecht, § 10 Rn. 85.

30 Siehe auch mit Blick auf Neuseeland Dethloff, Changing family forms. Challenges for German law. In: Angelo/McLay/Marten (Hrsg.), Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 46, No. 3, October 2015, Issue in Honour of Professor Bill Atkin. S. 671-682.

4.1.3 Gleichgeschlechtliche Paare

Wie schon gesehen, ist die Lage bei gleichgeschlechtlichen Paaren noch unsicherer, da hier für die Partnerin keine Möglichkeit besteht, unmittelbar mit der Geburt eine rechtliche Elternstellung zu erlangen – und selbst eine Adoption ausscheidet, wenn keine eingetragene Lebenspartnerschaft besteht³¹. Folge ist, dass das Kind ein einseitiges Kind der Frau bleibt, die es ausgetragen hat – mit den eingangs dargelegten Konsequenzen, die das Fehlen einer rechtlichen Absicherung der Beziehung zum Stiefelternteil vor allem für den Fall der Auflösung der Stiefelternbeziehung hat.

4.2 Leihmutterschaft

Schließlich sei kurz die Konstellation aufgezeigt, die sich ergibt, wenn ein Paar im Ausland seinen Kinderwunsch mithilfe einer Leihmutter verwirklicht. Dies ist zwar in Deutschland verboten, in einer wachsenden Zahl von Ländern, wie etwa zahlreichen US-Bundesstaaten, in Kanada, Südafrika oder der Ukraine, aber auch in Griechenland oder im Vereinigten Königreich zulässig. Sind die vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt, so ist in diesen Ländern Mutter nicht die Leihmutter, sondern die Wunscheltern sind rechtliche Eltern. Dies kann ein heterosexuelles oder auch ein homosexuelles Paar sein. Kehren die Wunscheltern nach der Geburt nach Deutschland zurück, so ist zu klären, wer aus der Sicht des deutschen Rechts die Eltern des Kindes sind. Hier stellt sich eine Fülle von Fragen, die derzeit hochumstritten sind: Nach welchem Recht richtet sich die Abstammung in solchen Fällen? Ist eine nach dem ausländischen Recht bestehende rechtliche Elternschaft der Wunscheltern anzuerkennen – oder verstößt sie aufgrund des deutschen Verbots der Leihmutterschaft gegen den *ordre public*? Wenn ein Kind einmal geboren ist, können generalpräventive Erwägungen keine Rolle mehr spielen. Entscheidend für die Beurteilung der Frage, ob ein *ordre public*-Verstoß vorliegt ist vielmehr, ob das *Ergebnis* der Anwendung ausländischen Rechts offensichtlich mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts und insbesondere den Grundrechten unvereinbar ist³². Betrachtet man die betroffenen Grundrechtspositionen des Kindes, der Wunscheltern und der Leihmutter, so ist dies bei einer mit Zustimmung der Leihmutter begründeten Elternstellung der Wunscheltern zu verneinen. Muss das Kind bei Versagung der Anerkennung der Elternstellung eltern- und unter Umständen staatenlos im Geburtsland zurückbleiben, so können es die Grundrechte sogar gebieten, die Wunscheltern als rechtliche Eltern anzuerkennen. Auch der BGH hat kürzlich entschieden, dass bei der Beurteilung neben dem generalpräventiv wirkenden Verbot der Leihmutterschaft die Grund- und Menschenrechte des Kindes und der Leihmutter zu berücksichtigen seien³³. Allein aus dem Umstand, dass eine ausländi-

31 Siehe dazu auch Dethloff, Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin. In: Grziwotz (Hrsg.), Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien, Würzburg (2012), S. 25f.

32 Siehe dazu Dethloff, JZ 2014, 926ff.

33 BGH, Beschluss v. 10.12.2014-XII ZB 463/13; siehe hierzu auch Gössl, The recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law, Cuadernos de Derecho Transnacional, volume 7, n°2, 2015, 448-465.

sche Entscheidung den Wunscheltern die rechtliche Elternschaft zuweise, folge jedenfalls dann kein Verstoß gegen den *ordre public*, wenn eine genetische Verbindung des Kindes zu einem Wunschelternteil bestehe. Demzufolge war das Urteil eines kalifornischen Gerichts, wonach die sogenannten Wunscheltern eines von einer Leihmutter geborenen Kindes auch dessen rechtliche Eltern sind, in Deutschland anzuerkennen.

5. Schluss

Abschließend bleibt festzuhalten, dass das geltende Familienrecht der veränderten Lebenswirklichkeit nicht mehr gerecht wird. Die Vielfalt ist groß: Hetero- oder homosexuelle Paare übernehmen in einer Ehe, Lebenspartnerschaft oder faktischen Gemeinschaft Verantwortung für Kinder, die auf natürlichem Wege oder mittels assistierter Befruchtung gezeugt wurden und genetisch mit beiden, nur einem oder keinem von ihnen verbunden sind. Diese Bandbreite moderner Formen des Familienlebens lässt sich allein durch privatautonome Gestaltungen nicht bewältigen. Notwendig sind vielmehr grundlegende Reformen, die differenzierte Lösungen für die sich wandelnden Lebens- und Familienformen bereithalten. Dies erfordert eine sorgfältige Erforschung der Rechtstatsachen, interdisziplinäres Arbeiten und solide rechtsvergleichende Forschung. Nur so lassen sich überzeugende Antworten auf die Frage geben, wer rechtliche Eltern eines Kindes sein sollen. Sollen dies künftig unter Umständen auch drei Elternteile sein können, wie dies heute schon in manchen Ländern der Fall ist? Und unter welchen Voraussetzungen kann übernommene Elternverantwortung durch ein Sorgerecht abgesichert werden? Ziel dieser Reformen muss sein, Kinder in jedweder Familienform bestmöglich zu schützen.

Literatur

- Barber Cárcamo, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista electronica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, 8, S. 25-37.
- Brosius-Gersdorf, F. (2013). Gleichstellung von Ehe und Lebenspartnerschaft. *Familienrecht und Familienverfahrensrecht (FamFR)*, 2013, S. 169-172.
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (2012). *Familienreport 2012, Leistungen, Wirkungen, Trends*. Berlin: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.
- Carrasco Perera, Á. & Ureña Martínez, M. (2013). *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Coester, M. (2010). Sorgerechtliche Impulse aus Straßburg. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2010, S. 482-485.
- Curry-Sumner, I. & Vonk, M. (2014). Dutch co-motherhood in 2014. In: Atkin, B. (Hrsg.). *The international survey of family law*. Bristol: Family Law, S. 361-376.
- Dethloff, N. (2005). Die nichteheliche Lebensgemeinschaft und Kinder. In: Scherpe, J./Yassari, N. (Hrsg.), *Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften/The Legal Status of Cohabitants*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 137-162.
- Dethloff, N. (2009). Kindschaftsrecht des 21. Jahrhunderts – Rechtsvergleichung und Zukunftsperspektiven. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ)*, 2009, S. 141-147.
- Dethloff, N. (2010). Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner? *Familie, Partnerschaft, Recht, (FPR)*, 2010, S. 208-210.

- Dethloff, N. (2012). Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin. In: Grziwotz, H. (Hrsg.), *Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen – demographischer Wandel, faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien*. Würzburg: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung, S. 7-28.
- Dethloff, N. (2013). Assistierte Reproduktion und rechtliche Elternschaft in gleichgeschlechtlichen Partnerschaften – Ein rechtsvergleichender Überblick. In: Funcke, D. & Thorn, P. (Hrsg.), *Die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft mit Kindern – Interdisziplinäre Beiträge zu einer neuen Lebensform*. Bielefeld: Transcript-Publishing.
- Dethloff, N. (2014). Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder. *JuristenZeitung (JZ)*, 2014, S. 922-932.
- Dethloff, N. (2015). *Familienrecht*. München: C. H. Beck.
- Dethloff, N. (2015): From separation to stepfamily. A legal perspective. In: Zartler, U., Heintz-Martin, V. & Arranz-Becker, O. (Hrsg.), *Family Dynamics after Separation. A Life Course Perspective on Post-Divorce Families*. Zeitschrift für Familienforschung, Sonderheft/Special Issue 10/2015, S. 65-76.
- Dethloff, N. (2015). Changing family forms – Challenges for German law. In: Angelo, B., McLay, G. & Marten, B. (Hrsg.), *Victoria University of Wellington Law Review*, 46, 3, October 2015. Issue in Honour of Professor Bill Atkin, S. 671-682.
- Farnós Amorós, Ester (2011): Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España. *Derecho de familia: Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2011, S. 153-181.
- Fötschl, Andreas (2013). Die neue Mitmutterchaft nach dänischem Recht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2013, S. 1445-1447.
- Gössl, S. (2015). The recognition of a “judgment of paternity” in a case of cross-border surrogacy under German law. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volume 7, n^o 2, S. 448-465.
- Heilmann, S. (2013). Die Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern – Das Ende eines Irrwegs? *Neue Juristische Wochenschrift* 2010, S. 1473-1479.
- Hennemann, H. (2012). § 1682. In: Säcker, F. J. & Rixecker, R. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. München: C. H. Beck, S. 936-942.
- Hüsing, B. & Revermann, C. (2011). *Fortpflanzungsmedizin: Rahmenbedingungen, wissenschaftlich-technische Fortschritte und Folgen*. Baden-Baden: edition sigma.
- Lack, K. (2014). Ein Jahr Gesetz der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2014 (FamRZ)*, S. 1337-1347.
- Löhnig, M. (2008). Neue Partnerschaften der gemeinsam sorgeberechtigt gebliebenen Eltern – Welche Rechte haben die neuen Partner? *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2008, S. 157-159.
- Motzer, S. (2001). Die neueste Entwicklung von Gesetzgebung und Rechtsprechung auf dem Gebiet von Sorgerecht und Umgangsrecht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2001, S. 1034-1044.
- Muscheler, K. (2004). *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*, Berlin: Erich Schmidt Verlag.
- Peschel-Gutzeit, L. M. (2010). Die Sorgerechtsstellung des nicht mit der Mutter des Kindes verheirateten Vaters. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2010, S. 2990-2992.
- Rupp, M. (2009). Die Situation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Salgo, L. (2004): Verbleibensanordnung bei Bezugspersonen (§ 1682 BGB). *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2004, S. 76-83.
- Salgo, L. (2009). § 1682. In: Coester, M., Engler, H. & Salgo, L. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 4, Familienrecht, §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kindesschutz, Sorgerechtswechsel)*. Berlin: Sellier-de Gruyter, S. 476-502.
- Scherpe, J. (2010). Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilization and Embryology Act 2008. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2010, S. 1513-1516.
- Statistisches Bundesamt (2011). *Familiengerichte 2010 – Fachserie 10, Reihe 2.2*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.
- Statistisches Bundesamt (2014). *Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Haushalte und Familien, Ergebnisse des Mikrozensus 2012, Fachserie 1, Reihe 3*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.

- Taupitz, J. (2011). Die Samenspende: Finanzielles Vabanquespiel für den Spender. *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2011, S. 161-163.
- Veit, B. (2004). Kleines Sorgerecht für Stiefeltern (§ 1687b BGB). *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2004, S. 67-73.
- Veit, B. (2011). § 1682. In: Bamberger, H. G. & Roth, H. (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar*. München: C. H. Beck, Rn. 1-9.

Eingereicht am/Submitted on: 11.11.2015
Angenommen am/Accepted on 12.02.2016

Anschrift der Autorin/Address of the author:

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Fachbereich Rechtswissenschaft

Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht

Adenauerallee 24-42

53113 Bonn

Deutschland/Germany

E-Mail: dethloff@uni-bonn.de

Ludwig Salgo

Die Beziehung zwischen Familienrecht und Human-/Sozialwissenschaften am Beispiel des Kindschaftsrechts

The relationship between family law and the humanities/social sciences exemplified by the law of parent and child

Zusammenfassung

Die Beziehung zwischen Kindschaftsrecht und den Human-/Sozialwissenschaften ist so offensichtlich, dass eine Klärung und Systematisierung dieses Verhältnisses überflüssig schien. Der Ruf nach einer Integration der Human- und Sozialwissenschaften in Rechtswissenschaft und in Rechtsanwendung war in den 1970er und 1980er Jahren des vergangenen Jahrhunderts en vogue; sie wurde in Ansätzen verwirklicht, aber auch wieder zurückgenommen. Die Notwendigkeit, Erkenntnisse der Human-/Sozialwissenschaften in der Familienrechtswissenschaft, der Gesetzgebung und der Rechtspraxis zu beachten, ist aktueller denn je. In dieser Abhandlung können lediglich die Berührungsbereiche am Beispiel des Kindschaftsrechts aufgezeigt werden. Für das Kindschaftsrecht besteht die berechtigte Hoffnung, dass Gesetzgebung und Rechtsanwendung unter Heranziehung und Einbeziehung human-/sozialwissenschaftlicher Methoden und Wissensbestände noch am ehesten eine dem Wohl des Kindes am besten gerecht werdende – besser: eine dem Wohl des Kindes am wenigsten schädliche – Alternative finden.

Schlüsselwörter: Kindschaftsrecht, Integration der Human- und Sozialwissenschaften, Rechtsanwendung, Familienrechtswissenschaft

Abstract

The relationship between the law of parent and child and the humanities/social sciences seems to be so obvious that a clarification and systematization of this relationship is regarded as unnecessary. The call for an integration of the humanities and the social sciences in legal studies and legal practice was very pronounced during the 1980s and 1990s. This integration has been partially realized back then, but was revoked later on. The need for taking findings from the humanities and social sciences in law studies, legislation, and legal practice into account is more relevant now than it was ever before. In the present treatise, only the disciplines' interwoven areas pertaining to the law of parent and child can be identified. Regarding the law of parent and child, there is reasonable hope that legislation and legal practice by means of drawing on and integrating humanities' and social sciences' methods and knowledge bases may be able to find alternatives that meet the best interest of the child (or at least constitute the least detrimental alternative).

Key words: law of parent and child, integration of the humanities and social sciences, legal practice, family law studies

1. Einleitung

Die Existenz einer solchen Beziehung lässt sich wohl kaum bestreiten. Bekanntlich gibt es gute und weniger gute Beziehungen, auch heimliche Beziehungen, aber auch weniger gern gepflegte, solche, deren Existenz man sich nicht bewusst ist oder von denen man nichts wissen will. Sicherlich handelt sich bei dieser Beziehung bislang nicht um eine geordnete, systematisch durchdachte oder strukturierte. Unter diesen Umständen bleibt es den „individuellen Neigungen und Erkenntnisinteressen“ (Röthel 2015: 192) einzelner Familienrechtswissenschaftler, der Rechtspolitik und nicht zuletzt dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) überlassen, ob, wie und in welchem Ausmaß „Nachbarwissenschaften“ für das Familien-, insbesondere für das Kindschaftsrecht Bedeutung erlangen. Die Familienrechtswissenschaft hat es bislang nicht geschafft diese zweifellos vorhandenen und notwendigen Beziehungen zu klären. Was die unleugbare „besondere Nähe [des Familienrecht] zu den Sozial- und Lebenswissenschaften“ (ibd.: 189) konkret bedeutet, bleibt im Ungefähren. Dies mag auch mit dem noch keineswegs abgeschlossenen Prozess der Selbstvergewisserung und Selbstbehauptung der Familienrechtswissenschaft zusammenhängen, hat sie doch „keinen leichten Stand innerhalb der Rechtswissenschaft“ (ibd.: 183). Und selbst unter „Familienrechtlern“ gelten solche Kolleg(inn)en, die sich mit Kindschaftsrecht und Jugendhilferecht beschäftigen, als bedauernswerte Exoten. Diejenigen, die auch noch eine „voraussetzungsvolle Öffnung“ des Familienrechts verlangen, sind „Außenseiter“ geblieben (ibd.: 191), ist doch vor unkontrollierten „Unterspülungen“ durch die Nachbarwissenschaften gewarnt worden. Da helfen nur noch Betretungsverbote, Aufschüttungen, Deiche, Seile, Pflöcke, Rettungsbote oder –ringe, das Heil wird in einer Redogmatisierung (Simitis 1994: 445) des Familienrechts gesucht, um als eine ordentliche Disziplin innerhalb der Rechtswissenschaft endlich Anerkennung zu finden. Aber eine „heile“ – nur auf das reine Recht beschränkte – Welt wird es nicht mehr geben. Interdisziplinarität ist nun einmal anstrengend und voraussetzungsvoll, dennoch unausweichlich.

1.1 Themen des Kindschaftsrechts

Bereits ein Blick auf die Themen der Verfahren in Kindschaftssachen (§ 151 FamFG) lässt sofort erkennen, dass sich zahlreiche human-/sozialwissenschaftliche Bezüge geradezu aufdrängen:

„Kindschaftssachen sind die dem Familiengericht zugewiesenen Verfahren, die

1. die elterliche Sorge,
2. das Umgangsrecht und das Recht auf Auskunft über die persönlichen Verhältnisse des Kindes,
3. die Kindesherausgabe,
4. die Vormundschaft,
5. die Pflegschaft oder die gerichtliche Bestellung eines sonstigen Vertreters für einen Minderjährigen oder für eine Leibesfrucht,
6. die Genehmigung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen (§§ 1631b, 1800 und 1915 des Bürgerlichen Gesetzbuchs),

7. die Anordnung der freiheitsentziehenden Unterbringung eines Minderjährigen nach den Landesgesetzen über die Unterbringung psychisch Kranker oder
8. (...) betreffen“.

1.2 Bedeutung der Nachbarwissenschaften

Aus dem Fächerkanon der Human-/Sozialwissenschaften haben insbesondere Psychologie, Erziehungswissenschaften, Medizin, Psychiatrie, Soziologie, Verhaltensbiologie und Sozialarbeit/-pädagogik für das Familien- und vor allem für das Kindschaftsrecht hervorragende Bedeutung. Das materielle Kindschaftsrecht und die es betreffenden gerichtlichen und behördlichen Verfahren kommen heutzutage kaum mehr ohne Befunde der sozial- und humanwissenschaftlichen Forschung und Praxis aus. Das gilt sowohl bereits für Familienrechtswissenschaft und Reformgesetzgebung in diesem Bereich – hier müssen sich Grundannahmen, Notwendigkeit und Stoßrichtung human-/sozialwissenschaftlich vergewissern – als auch für die Rechtsanwendung – hier ist die gerichtliche und behördliche Praxis häufig auf Zuarbeit aus den Humanwissenschaften angewiesen, ohne dass die Letztentscheidungszuständigkeit und -verantwortung abgegeben werden darf. Gesetzgeber bleibt Gesetzgeber und der Richter bleibt Richter, auch wenn sozial- und humanwissenschaftliche Befunde bei ihrer jeweils spezifischen Entscheidungssituation Berücksichtigung finden. „Ein ernst genommener interdisziplinärer Diskurs (entläßt) die Juristen eben nicht aus der eigenen Verantwortung, sondern (verlangt) von ihnen, ihr Instrumentarium kritisch mit Hilfe der in den anderen, außerjuristischen Disziplinen entwickelten Ansätze zu überprüfen, ohne sich jemals blind auf irgendeinen dieser Ansätze zu verlassen“ (Simitis 1994: 439).

2. Evaluation, Rechtstatsachenforschung, Rechtspolitik, wissenschaftliche Politikberatung

In einer zunehmenden Anzahl von Ländern erlangen Implementations- und Rechtstatsachenforschung eine wachsende Bedeutung, wollen doch Gesetzgeber ihre Intentionen verwirklicht sehen und erforderlichenfalls nachbessern. Realitätsmessung und Wirkungsforschung sind ohne sozialwissenschaftliche Unterstützung nicht möglich. Das ist weit mehr als die beklagte „zunehmende Zahlenorientierung der Familienrechtswissenschaft“ (Röthel 2015: 189). In Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises sind so genannte *socio-legal studies* und eigens darauf ausgerichtete Forschungszentren seit Jahrzehnten etabliert, deren sich die Familienrechtswissenschaft und die Rechtspolitik im Rahmen von Implementationsforschung und für Evaluationen von Regelungssystemen laufend bedient. Immerhin verabschiedet auch der bundesrepublikanische Gesetzgeber in jüngster Zeit zunehmend mehr Gesetze mit so genannten Evaluationsklauseln (Z.B. Art. 4 Bundeskindererschutzgesetz (hierzu s. Bundestags-Drucks. 18/7100, Bericht über die Evaluation des Bundeskindererschutzgesetzes) und Artikel 6 Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht

miteinander verheirateter Eltern), indes handelt es sich hier immer noch eher um Ausnahmen und nicht um eine etablierte Praxis. Welche Ergebnisse die neuen Evaluationsklauseln bringen, von welchem Nutzen sie für Familienrechtswissenschaft, Rechtspolitik und die Praxis sein werden, lässt sich noch nicht absehen. Es ist aber auf jeden Fall ein positives Zeichen, dass der Gesetzgeber selbst mit Fristsetzungen versehenen Überprüfungsmechanismen die Anwendung und die Wirkungen seiner Gesetze kontrollieren will; zudem haben solche vom Bundestag in Gesetzesform gegossene Evaluationsklauseln den Vorteil, dass die Evaluation nicht auf die lange Bank geschoben werden kann (wie es z.B. hinsichtlich der Überprüfungen der Wirkungen des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG (2009)) der Fall war; hier bestanden zunächst nur Absichtserklärungen, fünf Jahre nach Inkrafttreten Untersuchungen auf den Weg zu bringen. Evaluationsklauseln in Gesetzen oder Koalitionsvereinbarungen haben den Vorteil, dass zugleich die dafür erforderlichen Haushaltsmittel zur Verfügung gestellt werden müssen. Die Abteilung Rechtstatsachenforschung im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) scheint im Vergleich zu den 1980er und 1990er Jahren des vergangenen Jahrhunderts bedauerlicherweise an Bedeutung verloren zu haben. Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist, dass z.B. im aktuellen Koalitionsvertrag der Regierungsparteien sich nachfolgende Passage findet: „Wir wollen das Ineinandergreifen von Gewaltschutz und Umgangsrecht in Bezug auf das Kindeswohl wissenschaftlich untersuchen“ (Koalitionsvertrag 2013: 70). Inzwischen ist auch dieser Untersuchungsauftrag vergeben.

Dass sich zentrale und dringend stellende Fragen des Kindschaftsrechts mit einer ausgefeilten Rechtsdogmatik oder – um beim Beispiel des Umgangsrechts zu bleiben – mit einem ausgeklügelten System des Verfahrens-, insbesondere des Vollstreckungsrechts lösen ließen, konnte ernsthaft kaum erwartet werden. Zwischen 1999 (27.754 Verfahren) und 2013 (56.410 Verfahren) haben sich die gerichtlichen Regelungsverfahren des Umgangs mehr als verdoppelt. Bis heute liegt keine Untersuchung vor, die diesen Anstieg und die dahinter stehende Konfliktdynamik zu klären versucht. Hätten sich der Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes (KindRG; Bundesgesetzblatt (BGBl). 1997 I: 2942) und des Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-RG; BGBl. 2008 I, S. 2596) rechtzeitig, intensiver und offener human- und sozialwissenschaftlicher Rückversicherung bedient und auch rechtsvergleichend gearbeitet, so hätten manche Schwierigkeit, Frustration, Enttäuschung, Belastung oder gar Gefährdung des Kindeswohls im Umgangskontext vermieden werden und überzogene Erwartungen gedämpft können.

3. Interdisziplinarität als Schutz vor „groben Daumenregeln“

Schnell und ohne großen Widerstand – trotz innerer Vorbehalte und trotz Missbehagens bei etlichen, die aber aus Gründen der *political correctness* nicht offen ausgesprochen werden – fällt der Ruf nach Interdisziplinarität, hierfür erforderliche Zeit- und materielle Ressourcen werden häufig nicht mitbedacht. Allerdings werden Familienrechtler schnell merken, dass dieser Weg anstrengend ist, zudem die herbeigerufenen Human- und Sozi-

alwissenschaften auch nicht frei von Widersprüchen und Aporien sind (Simitis 1994: 425ff.), absolute Gewissheiten wird hoffentlich niemand erwarten. Außerdem stehen Konfliktkonstellationen und Entscheidungen (vgl. ibd.: 440), wie sie nun einmal von Familiengerichten und Sozialbehörden zu treffen sind, nicht im ständigen Fokus der relevanten human-/sozialwissenschaftlichen Forschung, so dass einschlägige Erkenntnisse bei Bedarf dort jederzeit abgerufen werden könnten, vielmehr müssen aufwändige Transfer- (Hartwig/Rebe 1978: 24ff) und Übersetzungsleistungen im Hinblick auf die relevanten Themen und Fragen unter penibler Berücksichtigung der juristischen Relevanzkriterien und Verfahren erbracht werden. Der anspruchsvolle interdisziplinäre Weg scheint dennoch noch am geeignetsten und erfolgversprechendsten, um Irrtümern zu entgehen, um sich nicht von tagespolitischen Ereignissen oder von ideologiegeleiteten, medial erregten Kampagnen überwältigen zu lassen. Immer wieder wird die Praxis, aber auch die Rechtspolitik mit Ideologien oder empirisch nicht haltbaren „Theorien“ überrannt, wobei selbst vor Manipulationen von eindeutigen empirisch gesicherten Ergebnissen keine Scheu besteht. Die Beispiele sind zahlreich:

- Das „Parental Alienation Syndrom“ (PAS) sei ein überragendes Erklärungs- und Lösungsmodell bei Umgang verweigernden Kindern (kritisch hierzu Fegert, ZJK 2013: 190).
- Das „Cochemer Modell“ mache gerichtliche Entscheidungen überflüssig (hierzu Salgo 2009: 155).
- Ein Kind bräuchte immer zwei Eltern.
- Ein gesundes Kind hielte Bindungs- und Beziehungsabbrüche, mehrfache „Verpflanzungen“ ohne langfristige Folgen aus (missverständlich und ohne empirische Nachweise: Kindler 2013: 194, 199).
- Umgang sei immer wichtig.
- Biologische Eltern seien immer die besten.
- Jede Familie sei besser als ein Heim.
- Nicht bei ihren biologischen Eltern aufwachsende Kinder hätten immer „Heimweh“ nach diesen.
- Schläge hätten noch keinem geschadet.
- Das Miterleben von „häuslicher Gewalt“ schade Kindern nicht.
- Ein „Doppelresidenzmodell“ bei getrennt lebenden Eltern sei immer – auch und gerade bei „Hochstrittigkeit“ – die beste Lösung (hierzu kritisch Kostka 2014).

Die meisten dieser beispielhaft ausgewählten Annahmen und Alltagstheorien kollidieren bereits mit dem geltenden Recht, zudem sind sie längst wissenschaftlich widerlegt. Dennoch leben solche „grogen Daumenregeln“ (Coester 1983: 178) in der Praxis lange fort oder wieder auf. Unentschiedenheit und Uneindeutigkeit der Gesetzgebung sowie der unvermeidliche Einsatz von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln im Kindschaftsrecht (Simitis 1986: 605f) befördern geradezu das Fortleben von Aberglauben.

4. „Legitimation durch Verfahren“

Der Gesetzgeber hat solche Fallstricke durchaus erkannt und „zähmt“ die nur scheinbar unbeschränkte Macht des Familiengerichts durch eine Reihe von zwingenden Verfahrensregelungen („Legitimation durch Verfahren“ (Luhmann 1983), die einerseits dem Rechtsstaatsgebot und der Grundrechtsbindung zu verdanken sind, andererseits gezielt den Einfluss außerrechtlicher Wissensbestände in und auf den „Rechtsfall“ zu sichern suchen. Ein Verzicht auf die Ausschöpfung bzw. den Einsatz dieser Erkenntnisquellen bzw. Verfahrensschritte macht die Entscheidung fehlerbehaftet und wird mit nicht geringer Wahrscheinlichkeit zur Aufhebung der Entscheidung durch das OLG führen, sofern dies von einem hierzu Berechtigten im Beschwerdeverfahren geltend gemacht wird:

- Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG (Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit))
- Elternanhörung (§ 160 FamFG)
- Kindesanhörung (§ 159 FamFG)
- Interessenvertretung durch einen Verfahrensbeistand für das Kind (§ 158 FamFG)
- Mitwirkung des Jugendamtes (§ 162 FamFG)
- Mitwirkung der Pflegeperson (§ 161 FamFG)
- Gutachten (§ 163 FamFG)
- Herstellung von Einvernehmen bei Elternstreit (§ 156 FamFG)
- Erörterungsgespräch zur Steigerung der Hilfeakzeptanz bei Kindeswohlgefährdung (§ 157 FamFG; s. Berneiser 2015)

„Gute professionelle Arbeit verlangt das Gewichten, Abwägen und Auflösen widersprüchlicher Anforderungen (...) zwischen fachlich begründeten Überzeugungen und persönlichen Wertvorstellungen (...), damit nicht im Namen von „Wissenschaft“ das Dogma einer Gruppe einer anderen aufgezwungen wird“ (Goldstein/Freud/Solnit/Goldstein 1988: 115).

5. Modernes Familien- und Familienverfahrensrecht

Heutiges Familienrecht enthält Vor- und Leitbilder, regelt Rechtsverhältnisse, schützt erforderlichenfalls auch vor Familienmitgliedern, aber auch vor ungerechtfertigten Eingriffen des Staates, schlichtet, gleicht aus, versucht die Entscheidungsfähigkeit von Streitenden wiederherzustellen oder motiviert zur Annahme von Beratung, kennt aber auch Gebote zur Annahme von Hilfen bei möglicher Kindeswohlgefährdung. Das Familiengericht bezieht Kinder und Eltern oder sonstige Erziehungsberechtigte ein, kennt das Beratungs- und Hilferpertoire freier und öffentlicher Träger der Kinder- und Jugendhilfe vor Ort und kann die Wirksamkeit angebotener und erbrachter Leistungen dieser Träger einschätzen, wozu auch die Einbeziehung der Hilfeplanung durch das Jugendamt nach dem § 36 Abs. 2 Satz 2 SGB VIII (Sozialgesetzbuch, 8. Buch) auch in das familiengerichtliche Verfahren gehört (Schmid 2004: 86ff.). Zu diesem Idealbild eines modernen Familiengerichts gehört zudem, dass das kindliche Zeitempfinden durch Vorrang- und Beschleunigungsgebote Berücksichtigung findet. Da sich familiengerichtliche Tätigkeit „auf die Lebenssitua-

tion junger Menschen und ihrer Familien“ (§ 81 Nr. 2 SGB VIII) auswirkt, sind die Träger der öffentlichen Jugendhilfe gehalten, mit diesem zusammenzuarbeiten (§ 50 SGB VIII); zudem informiert das Jugendamt das Familiengericht insbesondere über angebotene und erbrachte Leistungen, bringt erzieherische und soziale Gesichtspunkte zur Entwicklung des Kindes oder des Jugendlichen ein und weist auf weitere Möglichkeiten der Hilfe hin (ibid.). Die Familiengerichte müssen auch in die Netzwerkstrukturen im Bereich Frühe Hilfen einbezogen werden (§ 3 Abs. 2 KKG (Gesetz zur Kooperation und Information im Kinderschutz)).

So verwundert es kaum, dass Gesetzgeber im 20. Jahrhundert in zahlreichen Ländern mit zunehmender Tendenz familienrechtliche Entscheidungen speziellen Spruchkörpern innerhalb der Zivilgerichtbarkeit, nämlich Familiengerichten, zuweisen oder Zivilgerichte bei Familiensachen zur Beachtung besonderer Verfahrensregelungen verpflichten (s. Nakamura 1984). Dies ist die Konsequenz aus der Erkenntnis, dass in Familiensachen, insbesondere in Kindschaftssachen klassische Ausgleichs- und Regelungsmechanismen zivilrechtlicher, insbesondere vermögensrechtlicher Konflikte versagen (Salgo 1984: 225). Von Entscheidungen zum Sorge- und Umgangsrecht sind immer Kinder betroffen, auch wenn „nur“ Eltern untereinander oder Eltern mit der Kinder- und Jugendhilfe im Streit liegen; Interessenkonflikte, Machtgefälle und Disparitäten sind kennzeichnend; stets mit großen Unsicherheiten behaftete Prognosen spielen wie in kaum einem anderen Gebiet des Zivilrechts fast ständig eine wichtige Rolle. Materielles Familien-/Kindschaftsrecht ist hier nicht nur mit dem Verfahren in Familiensachen (FamFG), sondern auch mit der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) eng verzahnt: das Familiengericht (FamG) muss die Mitwirkung des Jugendamtes sicherstellen, muss prüfen, ob der Trennung des Kindes von der elterlichen Familie bei dessen Gefährdung durch öffentliche ambulante Hilfen vermieden werden kann (§ 1666a Abs. 1 Satz 1 BGB), Eltern zur Annahme von Beratung oder bei Gefährdung zur Annahme von öffentlichen Hilfen der Jugendhilfe zu motivieren sind, gegebenenfalls wird es Gebote zur Annahme von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe aussprechen, deren Nichteinhaltung weitere invasivere gerichtliche Eingriffe zur Folge haben kann. Jugendamt und Familiengericht sind gegenseitig aufeinander angewiesen (Interdependenz) (hierzu Sommer 2012).

6. Entwicklungslinien des Familienrechts – ein Blick zurück und nach vorn

Namhafte Autoren haben im 20. Jahrhundert kennzeichnende Beschreibungen zur Entwicklung des Familienrechts geliefert, die auch für die heutige Situation zutreffen:

- „Familienrecht ist in heißem Streit geworden“ (Martin Wolff, 1931)
- Musterbeispiel eines „sozial-nervösen und sensiblen Rechts“ (Rudolf Wiethölter, 1981)
- Ein mühseliger, immer wieder angezweifelter Kompromiss (Spiros Simitis, 1986)

Während die traditionell starken kirchlichen Bezüge und Einflussnahmen an Bedeutung zu verlieren scheinen, erfahren Fragen der Religion auch im säkularisierten Familienrecht einen Bedeutungszuwachs (z.B. religiöse Kindererziehung (Salgo 2006, 2014), Beschnei-

dung (Salgo/Zenz/Fegert 2014; Staudinger/Salgo 2014: Erl. zu § 1631d BGB)). Gewissermaßen tritt an die Stelle kirchlichen Einflusses auf das Familienrecht dessen Konstitutionalisierung (Simitis 1994: 401ff.): vom Verfassungsrecht unbeeinflusste Nischen lassen sich hier kaum noch finden. Während in den 1980er und 1990er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Liste der „unerledigten Aufträge“ des Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber (Salgo 1994) und der entsprechenden Monita des Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGHMR) im Bereich des Kindschaftsrechts immer länger wurde, ist inzwischen doch etliches rechtspolitisch aufgearbeitet worden, dennoch stellen Paarbeziehungen mit Kindern, Alleinerziehende und soziale Eltern in zunehmend mehr Varianten, das Abstammungsrecht, die Fortpflanzungstechnologien und Fragen des Kindeswohls in diversen Kontexten Familienrechtswissenschaft, Rechtsprechung und Gesetzgebung vor immer neue Herausforderungen – ohne human- und sozialwissenschaftliche Rückversicherung werden Wissenschaft, Gesetzgebung und Praxis sich diesen kaum stellen können.

Simitis (1994) beschrieb bereits vor über 20 Jahren diese Entwicklungslinien des Familienrechts zutreffend als:

- Universalisierung
- Verrechtlichung
- Prozeduralisierung
- Spezialisierung
- Bürokratisierung
- Verwissenschaftlichung
- Reprivatisierung
- Konstitutionalisierung.

Familien-/Kindschaftsrecht verdrängen als Sonderregelung zahlreiche Regelungen aus anderen Büchern des BGB (Koch 2013). Der leidenschaftliche Streit um Zugehörigkeit des Familienrechts zum öffentlichen oder zum Privatrecht (Müller-Freienfels 1973, 1974) wurde durch ein „Sowohl-als-auch“ bzw. durch ein „aliud“ befriedet: beide Zuordnungen haben gute Argumente für und gegen sich; der Streit ist müßig, es gilt wie auch in anderen Bereichen sich mit hybriden Strukturen zu arrangieren. Die Fragen nach der Rolle des Staates bei der Regelung privater Beziehungen und der Schutz des Schwächeren sind dennoch aktueller denn je: „Ehe für alle“, „Scheidung ohne Richter“, „Regenbogenfamilien“, „soziale Elternschaft“ (Scheiwe 2015), „nichteheliche Lebensgemeinschaft“, „Hochstrittigkeit“, Unterhalt zwischen Vergesellschaftung und Reprivatisierung, „Kinderschutz“ im Kontext von Sorge- und Umgangsrecht u.v.a.m.

7. Familiengerichte und andere professionelle Akteure in Kindschaftssachen

Zunächst war die Familiengerichtsbewegung (Salgo 1984) in Deutschland auf die Konzentration von zuvor bei verschiedenen Gerichten angesiedelten Angelegenheiten bei einem Gericht, nämlich dem neu geschaffenen Familiengericht als Abteilung des Amtsge-

rechts fixiert (1977-2009). Den sicherlich nur vorläufigen Abschluss fand diese Entwicklung mit einem „großen Familiengericht“ durch das FGG-Reformgesetz (FGG-RG) (2009). Immer mehr stellt sich die Frage, ob die professionellen Akteure in Kindschaftsachen den hohen Anforderungen in diesem sensiblen und hochkomplexen Arbeitsfeld gerecht werden. Sind

- Familienrichter(innen),
- Verfahrensbeistände,
- Gutachter(innen),
- Rechtsanwältinnen/Rechtsanwälte,
- Mitarbeiter(innen) der Jugendämter

genügend für diese Verfahren qualifiziert?

7.1. Qualifikation für richterliche Tätigkeit am Familiengericht

Während die *Eherechtskommission* (1970/71) beim Bundesjustizministerium nicht nur die Zuständigkeitskonzentration beim Familiengericht gefordert hatte, war diese „ferner der Auffassung, dass in Ehesachen auch Erkenntnisse aus dem Bereich nichtjuristischer Disziplinen (z.B. Psychologie, Medizin, Sozialwissenschaften) zur Geltung kommen und erforderlichenfalls durch sachkundige Persönlichkeiten in das Verfahren eingeführt werden müssen“ (Eherechtskommission). Müller-Freienfels als Mitglied dieser Kommission hatte sich eindeutig positioniert: „Je mehr soziologische, psychologische, pädagogische Kenntnisse der Richter besitzt und dabei mitverwertet, umso besser ist es“ (Müller-Freienfels 1973: 127). Letztendlich konnte er sich aber – wie die regierungsamtliche Begründung zum 1. EheRG zeigt – nicht durchsetzen: „Eine besondere Vorbildung des Familienrichters, wie eine psychologische Schulung wird [neben hinreichender richterlicher Erfahrung] nicht verlangt; es kann erwartet werden, dass die Familiengerichte auch ohne ausdrückliche Regelung mit insoweit geeigneten Persönlichkeiten besetzt werden“ (BT-Drucks. 7/650: 82). Dieser Standpunkt aus dem Jahre 1976 wird letztendlich bis heute im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vertreten. Mit der Einführung der Kindesanhörung durch das Sorgerechtsgesetz (1979) schien Bewegung in diese Kontroverse um die zusätzlich erforderliche Qualifikation für familienrichterliche Tätigkeit zu kommen, zumal das BVerfG den nachfolgenden Ansatz des Rechts- und Familienausschusses bekräftigte: die „an Familien- und Vormundschaftsgerichten tätigen Richter (sollten) durch Aus- und Weiterbildung mit den Grundzügen der Pädagogik und Psychologie vertraut gemacht und dadurch befähigt werden (...), in größerem Umfang als bisher die betroffenen Kinder und Jugendlichen selbst zu hören“ (BT-Drucks. 8/2788. 42; BVerfG 55, 171,180).

Während zunächst eine dreijährige richterliche Erfahrung Voraussetzung für eine Tätigkeit am Familiengericht war, wurde diese im Zuge der deutschen Wiedervereinigung auf ein Jahr reduziert (§ 23 Abs. 3, S. 3 GVG (Gerichtsverfassungsgesetz)) – weitere Voraussetzungen bestehen bis heute nicht, obschon – wie gezeigt werden konnte – die Anforderungen enorm gewachsen sind. Es geht hier nicht nur um Qualifizierung in außerrechtlichen Bereichen, sondern oft auch um fehlende Kenntnisse in der Richterschaft im Bereich des Kinder- und Jugendhilferechts (SGB VIII), dessen Bezugspunkte in Kind-

schaftssachen offensichtlich sind. Seit Familiengerichte bestehen, gibt es eine anhaltende Diskussion um zusätzliche Qualifikationserfordernisse und insbesondere um die Fortbildungspflicht, deren Bestehen grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, deren Wahrnehmung aber jeder Familienrichterin und jedem Familienrichter selbst überlassen bleibt (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz) und nicht durch Anreize und entsprechende überprüfbare Verpflichtungen sichergestellt wird. Nicht nur, dass es für Familienrichter und Familienrichterinnen keine Entlastung bei Teilnahme an Fortbildung gibt, selbst über die Relevanz von Fortbildung bei Beförderungen oder bei der Übernahme der Reisekosten besteht eine uneinheitliche Praxis (Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ 2009: 26).

7.1.1. Der neuere Stand der Diskussion zur Fortbildungspflicht für an Familiengerichten tätige Richter(innen)

Es verwundert schon, dass sich bislang die Rechtspolitik auf Bundes- wie Länderebene nicht zu einer Fortbildungspflicht für Richter und Richterinnen mit einer entsprechenden Nachweispflicht durchringen konnte, obwohl sich die Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (JuMiKo) schon im Jahre 2005 für eine Verankerung der Fortbildungspflicht in den Richtergesetzen des Bundes und der Länder ausgesprochen hat. Lehrerinnen und Lehrer, Ärztinnen und Ärzte, aber auch z.B. Fachanwältinnen und Fachanwälte, demnächst wahrscheinlich alle Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, müssen regelmäßig nachweisen, dass sie an Fortbildungen mit einer Mindeststundenzahl bei dafür anerkannten Trägern teilgenommen haben (§ 15 Fachanwaltsordnung: „anwaltsorientierte oder interdisziplinäre Veranstaltung“). Überzeugende Argumente dafür, dass entsprechende Verpflichtungen für Richterinnen und Richter nicht erforderlich sind, konnten bis heute nicht vorgetragen werden.

Das BMJV vertritt nachfolgenden Standpunkt:

„Eine weitere Qualitätssicherung richterlicher Tätigkeit im Sinne einer Überprüfung des Richters, die über die verfahrensrechtliche Möglichkeit der Überprüfung einer Entscheidung durch Einlegung eines Rechtsmittels einerseits und über den Weg der Dienstaufsicht hinausginge, wäre wegen Verstoßes gegen die richterliche Unabhängigkeit gemäß Artikel 97 des Grundgesetzes (GG) unzulässig“ (Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz).

Diese Auffassung befremdet: Die gegenteilige Auffassung dürfte richtig sein. Nicht eine Fortbildungspflicht gefährdet die richterliche Unabhängigkeit, sondern der Umstand, dass das für die Tätigkeit in Kindschaftssachen erforderliche Wissen häufig nicht vorhanden ist bzw. nicht aufgefrischt werden muss. Nun darf nicht verschwiegen werden, dass es durchaus vereinzelte und beachtliche Aktivitäten in den Bundesländern gibt, um diese Wissenslücken aufzufüllen. Was es bundesweit nicht gibt, ist eine entsprechende einheitliche curriculare Orientierung und eine Teilnahmepflicht. Es gibt zahlreiche Einführungsveranstaltungen in die Tätigkeit am Familiengericht, allerdings finden die kindschaftsrechtlichen Themen neben den vielen anderen wichtigen kaum Platz, das gilt erst recht für die nichtrechtlichen Themen (vgl. *ibd.*: 26f.).

Letztendlich stellt sich die Frage, welche Justiz wir uns leisten wollen und können. Fehlentscheidungen der Justiz sind sehr teuer, individuell und für die Gesellschaft. Es fällt auf, dass die breite Fachdiskussion um Fehler im beruflichen Handeln von Fachkräften in

der Kinder- und Jugendhilfe („Fehlerkultur“) oder auch in der Medizin überhaupt keine Entsprechung bei den Familiengerichten findet, obwohl etwa in den bekannt gewordenen Todesfällen von Kindern immer wieder auch Familiengerichte, aber auch Staatsanwaltschaften noch sogar zu Lebzeiten der Kinder involviert waren. Strukturelle Defizite werden ja bekanntlich nicht durch die rechtsförmigen Rechtsbehelfe, auf die das BMJV verweist, aufgearbeitet. Die Kostenfrage wird kaum einmal offen angesprochen: es geht um die Fortbildung von ca. 20.000 Richter(inne)n in den Bundesländern und von ca. 500 Bundesrichter(inne)n. Das bestehende Angebot an freiwilliger Fortbildung dürfte bei weitem nicht den Bedarf abdecken. Angesichts der seit Jahren ablehnenden Haltung der Justizpolitik in Bund und Ländern müssten die Richter und Staatsanwälte selbst die Initiative ergreifen: um ihre herausfordernden Aufgaben zu bewältigen, sollten sie einen Rechtsanspruch auf regelmäßige hochqualifizierte Fortbildung haben, die Teilnahme hieran sollte auch nachgewiesen werden müssen und beförderungsrelevant sein. Angesichts der ohnehin bestehenden Überlastung der Justiz muss dieser Nachweis auch Auswirkungen auf die Arbeitsbelastung (auf Pensenschlüssel) haben. Falls die Richterschaft selbst einen Rechtsanspruch gekoppelt mit einer Fortbildungspflicht fordern würde, wäre es für die Länder und den Bund nicht so einfach, dies abzulehnen.

Wie viele der Familienrichter(innen) von sich aus an freiwilligen Fortbildungsangeboten teilnehmen, wird aus vorliegenden Umfragen nicht deutlich. Es wird zwar von regem Interesse an solchen Angeboten berichtet, zugleich aus einem Bundesland mitgeteilt, „dass es eine gleichbleibende Gruppe fortbildungsinteressierter Richterinnen und Richter gebe, während die Vielzahl der Richterinnen und Richter sich selten oder nie zu Fortbildungen anmelde“ (ibd.: 26).

7.1.2. „Weiche“ Themen in Fortbildungsveranstaltungen

Vorherrschend finden sich in den Fortbildungsangeboten rechtliche (also „harte“) Themen, wie Unterhalt, Versorgungs- und Zugewinnausgleich, FGG-RG. Aber auch „weiche“ Themen erlangen zunehmend an Gewicht (z.B. interdisziplinäre Kooperation, Vernetzung, Kommunikation mit dem Kind).

Obwohl Vorschläge einer vom BMJ eingesetzten Arbeitsgruppe aus dem Jahre 2006 keinerlei Umsetzung erfuhren und im BMJV inzwischen der Vergessenheit anheimgefallen zu sein scheinen, bleiben diese aktuell:

- „Die Arbeitsgruppe schlägt den Ländern und dem Bund vor, eine *allgemeine Fortbildungspflicht für Richter* ausdrücklich gesetzlich zu verankern („Richterinnen und Richter sind verpflichtet, sich fortzubilden.“).
- Die nötigen *finanziellen und sachlichen Mittel* für Fortbildungen sollten bereitgestellt und die für Fortbildungen nötigen zeitlichen Kapazitäten bei den Richterinnen und Richtern ermöglicht werden.
- Es sollten Konzepte entwickelt werden, wie auch *diejenigen Richterinnen und Richter erreicht* werden können, *die bislang selten an Fortbildungen teilnehmen*.
- Die Kommission der Landesjustizverwaltungen für Fragen der Personalbedarfsberechnung sollte nochmals eine *Anpassung von PEPP§Y* (Personalbedarfsberechnungssystem) im Hinblick auf die Teilnahme von Richterinnen und Richtern an interdisziplinären Arbeitskreisen überprüfen“ (ibd.: 27, 31).

Als Probleme der Praxis nennt die Arbeitsgruppe u.a.: „Umgangsrecht und Sorgerecht mit psychologischen Aspekten, Jugendhilferecht, verfahrensrechtliche Besonderheiten im familiengerichtlichen Verfahren“, sie ist der Ansicht, dass Familienrichter und -richterinnen „gerade in Umgangs- und Sorgerechtsachen über kinderpsychologische und sozialpädagogische Grundkenntnisse sowie über Gesprächsführungskompetenzen in konflikthaften Familiensituationen verfügen“ sollten; sie legt Wert darauf, dass diese „Kenntnisse (...) laufend auf dem neuesten Stand gehalten werden“ sollten (ibid.: 26).

Bemühungen der damaligen Justizministerin scheiterten bedauerlicherweise, wohl an den Finanzministern der Länder. So verwundert es kaum, dass auch der amtierende Minister der Justiz und für Verbraucherschutz sich nicht erneut Absagen von Seiten der Bundesländer einholen will. Beschlüsse und Prüfbitten der Justizministerkonferenz bleiben oft ohne Erfolg. In der Anhörung zum Sachverständigenrecht im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages bekam die Richterfortbildung, obwohl sie nicht Beratungsgegenstand war (es ging um die Qualität von Sachverständigengutachten) jüngst zuvor nicht gekannte Aufmerksamkeit der Abgeordneten (BT-Drucks. 18/6985; Protokoll Nr. 18/94, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz). Der Deutsche Richterbund lehnt in einem, im übrigen bemerkenswerten Eckpunktepapier vom 29.04.2016 nach wie vor eine Fortbildungspflicht ab.

In einen Katalog der „weichen“ Themen der Fortbildung für familienrichterliche Tätigkeit im Kindschaftsrecht insbesondere gehören:

- Methoden der Kindesanhörung
- Auswahl geeigneter Gutachter und die richtige Fragestellung an diesen
- Umgang mit jugendamtlichen Stellungnahmen
- Auswirkungen von häuslicher Gewalt, auch des Miterlebens, auf Kinder
- Folgen von Traumatisierungen in unterschiedlichen Altersstufen
- Grundlagen der Entwicklungspsychologie
- Bedeutung von Kontinuität, Bindung (hierzu Fegert/Kliemann 2014: 173ff.) und Trennung im Kindesalter
- Bedeutung des kindlichen Zeitempfindens
- Wirkung von Hochstrittigkeit auf Kinder
- Erzwungener Umgang
- Möglichkeiten und Grenzen von „Hilfen zur Erziehung“, Beratung, Mediation und deren (Aus-)Wirkungen auf Kinder
- Wirkungen von Zwangskontexten und Geboten
- Kindeswille und Kindeswohl.

In schwierige Gelände des Familienrechts scheint sich das BMJV ohnehin nicht freiwillig zu begeben, wie sich auch an der Absage an die Prüfbite der 84. Justizministerkonferenz (12. Juni 2013) ersehen lässt; diese hatte das BMJ gebeten, zu untersuchen, „ob und ggf. wie durch gesetzliche Regelungen die rechtliche Position von Pflegefamilien in lang dauernden Pflegeverhältnissen im Interesse des Kindeswohls verbessert werden kann“. Das BMJV kam zunächst zu dem Ergebnis, „dass eine gesetzliche Regelung im Kindschaftsrecht derzeit nicht angezeigt, aber auch nicht erforderlich ist“ (Schreiben des BMJV v. 12. 05.2015 an die JuMiKo). Inzwischen sieht auch der Bundesminister für Justiz und Ver-

braucherschutz (s. Katholische Nachrichtenagentur (KNA) vom 26.08.2015), wie auch die Bundesregierung, Handlungsbedarf (BT-Drucks. 7100, S. 4, 77; s. auch Dionani-Streek/Salgo 2016) Zahlreiche Experten und Verbände (Deutscher Familiengerichtstag, Kinderrechtekommission) haben sich hierzu geäußert (Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen 2016).

7.2. *Qualität in der Fachanwaltschaft*

Grundsätzlich scheint sich die Möglichkeit, Fachanwaltsbezeichnungen – wie z.B. Fachanwalt/Fachanwältin für Familienrecht – erlangen zu können, bewährt zu haben. Allerdings haben in den entsprechenden Curricula, auch wenn diese in § 12 Nr. 1 Fachanwaltsordnung AO benannt sind, kindschaftsrechtliche Themen eine eher untergeordnete Bedeutung; das wichtige SGB VIII taucht hier überhaupt nicht auf. Soweit Fachanwälte verstärkt im kindschaftsrechtlichen Bereich tätig sein wollten, so kann hier auf die bereits benannten wichtigen Inhalte einer Fortbildung zu „weichen“ Themen für die Familiengerichte verwiesen werden. Auch und gerade die benannten „weichen“ Themen wären ebenso für eine rechtsanwaltliche Tätigkeit im Bereich des Kindschaftsrechts wichtig. Das eher vorzufindende Desinteresse an kindschaftsrechtlichen Themen in der deutschen Anwaltschaft mag mit den Herausforderungen zeitlicher Art wie auch den psychischen Belastungen, vor allem aber mit den Regelstreitwerten zusammenhängen; solange Fachanwälte i.d.R. nicht auch ausgewiesene Kenner des Kindschaftsrechts, aber auch der dazugehörigen „weichen Themen“ sind, wird eine Erhöhung des Regelstreitwerts kaum gefordert werden können.

7.3. *Qualität in der Verfahrensbeistandschaft*

Immerhin darf das Familiengericht inzwischen gemäß § 158 Abs. 1 FamFG nur „einen geeigneten Verfahrensbeistand bestellen“. Wie das Familiengericht die Eignung überprüft, bleibt ihm überlassen. Inzwischen haben Fortbildungsträger recht anspruchsvolle Fortbildungskurse entwickelt, an denen eher Teilnehmer/innen mit einer Grundausbildung in Sozialarbeit/-pädagogik, Psychologie, zunehmend aber auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte teilnehmen.

Verfahrensbeistände sollten (Salgo/Zenz/Fegert 2014: 17):

- über solide Rechtskenntnisse auf dem Gebiet des Familien-, insbesondere des Kindschaftsrechts verfügen,
- die Komplexität des für Kinder und Jugendliche und ihre Eltern relevanten Familienverfahrensrechts beherrschen,
- gründliche Kenntnisse zum SGB VIII haben,
- Kenntnisse der sozialen und psychischen Lebenssituation von Minderjährigen, die auf eigenständige Interessenvertretung angewiesen sind, haben (solche Situationen sind insbesondere: Streitiges Umgangs- und/oder Sorgerecht, häusliche Gewalt, Misshandlung, Vernachlässigung, sexuelle Ausbeutung, Fremdplazierung, Adoption, freiheitsentziehende Unterbringung rechtfertigende Ausgangslagen),

- über Grundkenntnisse in Entwicklungspsychologie verfügen,
- Techniken kennen und über Kompetenzen verfügen, um Minderjährige zu verstehen und um mit ihnen zu kommunizieren,
- über Vermittlungskompetenzen verfügen und
- Kenntnisse der Angebote öffentlicher und freier Träger der Kinder- und Jugendhilfe vor Ort haben.

Familienrichter/innen scheinen zunehmend Verfahrensbeistände mit diesen Zusatzqualifikationen zu schätzen (Rabe 2007: 437) und beizuordnen, weil deren Kenntnisse für die Verfahren, in denen Verfahrensbeistände zu bestellen sind, sehr hilfreich sind. Eine human-wissenschaftliche Grundorientierung gepaart mit einschlägigen Rechtskenntnissen erleichtert die Auswahlentscheidung des Familiengerichts.

7.4. Qualität der Sachverständigengutachten

Die Bundesregierung hat jüngst einen Entwurf eines „Gesetzes zur Änderung des Sachverständigenrechts und zur weiteren Änderung des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ (BT-Drucks. 18/6985; s. auch: Mindestanforderungen an die Qualität von Sachverständigengutachten im Kindschaftsrecht, Arbeitsgruppe Familienrechtliche Gutachter 2015) vorgelegt. Ziel ist die Verbesserung der Qualität von Gutachten sowie die Gewährleistung der Neutralität gerichtlich beigezogener Sachverständiger. Im Zentrum dieses Entwurfs steht dessen § 163 Abs. 1 FamFG-E(Entwurf):

„In Verfahren nach § 151 Nummer 1 bis 3 ist das Gutachten durch einen geeigneten Sachverständigen zu erstatten, der mindestens über eine psychologische, psychotherapeutische, kinder- und jugendpsychiatrische, psychiatrische, ärztliche, pädagogische oder sozialpädagogische Berufsqualifikation verfügen soll.“

Grundsätzlich könnte dieser Vorschlag Verbesserungen bringen; jedoch zeigt sich auch hier, dass nur ein(e) zusätzlich fortgebildete/r Familienrichter(in) in der Lage sein wird die Auswahlentscheidung verantwortlich zu treffen, zu begründen und das Gutachten inhaltlich würdigen zu können.

7.5. Qualität der jugendamtlichen Mitwirkung

Auch hier bestehen erhebliche Verbesserungsbedarfe; teilweise weniger zu den genannten „weichen“ Themen. Allerdings sind auch in den modularisierten BA-Studiengängen die Kommunikation mit Kindern, das Kindschafts- und Jugendhilferecht, insbesondere zivilrechtlicher und behördlicher Kinderschutz und das FamFG keineswegs an allen Hochschulen und Universitäten in den einschlägigen Studiengängen verbindlicher Unterrichtsgegenstand. Bemerkenswert ist die Sicherstellung des Verstehens und der Anwendung von Recht im Jugendamt München: hier beraten und unterstützen hochspezialisierte Juristen und Juristinnen, die im Jugendamt eingegliedert sind, die Fachkräfte der Kinder- und Jugendhilfe zu allen relevanten Rechtsfragen dieses Tätigkeitsfeld.

8. Resümee

Die Beziehung zwischen Kindschaftsrecht und den Human-/Sozialwissenschaften ist so offensichtlich, dass eine Klärung und Systematisierung dieses Verhältnisses überflüssig schien. Der Ruf nach einer Integration der Human- und Sozialwissenschaften in Rechtswissenschaft und in Rechtsanwendung war in den 1970er und 1980er Jahren des vergangenen Jahrhunderts en vogue; sie wurde in Ansätzen verwirklicht, aber auch wieder zurückgenommen. Die Notwendigkeit, Erkenntnisse der Human-/Sozialwissenschaften in der Familienrechtswissenschaft, der Gesetzgebung und der Rechtspraxis zu beachten, ist aktueller denn je. In der Abhandlung konnten lediglich die Berührungsbereiche am Beispiel des Kindschaftsrechts aufgezeigt werden. Für das Kindschaftsrecht besteht die berechtigte Hoffnung, dass Gesetzgebung und Rechtsanwendung unter Heranziehung und Einbeziehung human-/sozialwissenschaftlicher Methoden und Wissensbestände am ehesten eine dem Wohl des Kindes am besten gerecht werdende – besser: eine dem Wohl des Kindes am wenigsten schädliche – Alternative finden.

Literatur

- Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“ (2009). *Abschlussbericht vom 14. Juli 2009*.
- Berneiser, C. (2015). *Die verfahrensrechtliche Neuregelung der Erörterung der Kindeswohlgefährdung in § 157 FamFG*. Frankfurt am Main: Peter Lang (Studien zum deutschen und internationalen Familien- und Erbrecht – Band 26).
- Coester, M. (1983). *Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff. Die richterliche Entscheidung über die elterliche Sorge beim Zerfall der Familiengemeinschaft*. Frankfurt am Main: Metzner (Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 114), S. 178, Fußnote 13, mit weiteren Nachweisen.
- Deutscher Familiengerichtstag, Kinderrechtekommission (2014). Reformbedarf im Pflegekinderwesen. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2014, 11, S. 891-902.
- Dionani-Streek, M. (Salgo, L. (2016). Probleme sozialer Elternschaft für Pflegeeltern und Vorschläge zu ihrer rechtlichen Anerkennung. *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)*, 2016, 4, S. 176-193.
- Eherechtskommission (1971). *Bericht der Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz zur Eherechtsreform, II. Teilbericht: Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen*. Bielefeld: Gieseking.
- Enneccerus L., Kipp, T. & Wolf, M. (1931). *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band 4. Das Familienrecht*. Marburg: Elwert'sche Verlagsbuchhandlung (7. Auflage).
- Fegert, J. M. (2013). Endgültiges Aus für das Parental Alienation Syndrome (PAS) im amerikanischen Klassifikationssystem DSM-5. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZJK)*, 2013, 5, S. 190-191 (mit weiteren Nachweisen).
- Fegert, M./Kliemann, A. (2014). Das Verständnis von Bindung in Entwicklungspsychologie, Entwicklungspathologie und Familienrecht. Zirkelschlüsse und Missverständnisse. In: Götz, I., Schwenzer, L., Seelmann, K. & Taupitz, J. (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik. Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag*. München: C. H. Beck, S. 173-188.
- Goldstein J., Freud, A., Solnit, A. & Goldstein, S. (1988). *Das Wohl des Kindes. Grenzen professionellen Handelns*. Frankfurt am Main: suhrkamp taschenbuch wissenschaft.
- Hartwig, O. & Rebe, B. (1978). Familienrecht und Familiensoziologie. In: Kühn E. & Tourneau, I. (Hrsg.), *Familienrechtsreform – Chancen einer besseren Wirklichkeit*. Bielefeld: Gieseking, S.17, 24ff.

- Justizministerkonferenz. 76. Konferenz vom 29. bis 30. Juni 2005 in Dortmund.
- Kindler, H. (2013). Trennungen zwischen Kindern und Bezugspersonen. *Familie, Partnerschaft, Recht (FPR)*, 2013, 5, S. 194-199.
- Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD. 18. Legislaturperiode.*
- Koch, E. (2013). Dogmatische Besonderheiten des Familienrechts In: Münchener Kommentar: *Einleitung vor § 1297*. München: C. H. Beck, Randnotiz 46ff.
- Kostka, K. (2014). Das Wechselmodell als Leitbild? Umgang und Kindeswohl im Spiegel aktueller internationaler Forschung. *STREIT. Feministische Rechtszeitschrift*, 2014, 4, S. 147.
- Luhmann, N. (1983). *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: suhrkamp taschenbuch wissenschaft.
- Müller-Freienfels, W. (1973). Über Familiengerichte, insbesondere in den USA (zugleich Besprechung von Otto von Busekist, Das Familiengericht in der vereinigten Staaten von Amerika. Ein Beitrag zur Reform des Ehescheidungsverfahrens, 1970). *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft (ZVglRWiss)*, 73, S. 118.
- Müller-Freienfels, W. (1973, 1974). Die Diskussion um die systematische Einordnung des Familienrechts, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 37/38, S. 609 (1973), 533 (1974).
- Nakamura, H. (Hrsg.) (1984). *Familiengerichtsbarkeit. Nationalberichte zum 7. Internationalen Kongress für Prozeßrecht*. Tokio.
- Rabe, H. (2007). Die Verfahrenspflegschaft zwischen fortschreitender Umsetzung und Novellierung. *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ)* 2007, 11, S. 437-444.
- Röthel, A. (2015). Arbeitsweisen der Familienrechtswissenschaft. In: Hilbig-Lugani, K., Jacob, D., Mäsch, G. et al. (Hrsg.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*. Bielefeld: Giesecking, S.183-192.
- Salgo, L. (1984). Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden? *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1984, S. 221, 225
- Salgo, L. (1994). Unerledigte „Aufträge“ des Bundesverfassungsgerichts an den Gesetzgeber auf dem Gebiet des Familienrechts. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, 1994, S. 262
- Salgo, L. (2006). Religiöse Kindererziehung (k)ein Thema für das Recht im 21. Jahrhundert?! In: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), *Nun sag, wie hast Du's mit der Religion?*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, S. 45-55.
- Salgo, L. (2009). „Ein Schritt nach vorn, zwei Schritte zurück“ – Kritische Anmerkungen zur Installation des Umgangspflegers und zur Revision der Verfahrenspflegschaft im FGG-RG, in: Lipp, V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.), *Reform des familiengerichtlichen Verfahrens. 1. Familiengerichtliches Forum Göttingen*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S.153-194.
- Salgo, L., Zenz, G. & Fegert, J. M. (Hrsg.) (2014). *Verfahrensbeistandschaft. Ein Handbuch für die Praxis*. Köln: Bundesanzeiger Verlag.
- Scheiwe, K. (2015), Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern. In: Hilbig-Lugani, K., Jacob, D., Mäsch, G. et al. (Hrsg.), *Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag*. Bielefeld: Giesecking, S. 205-222.
- Schmid, H. (2004). *Die Hilfeplanung nach § 36 SGB VIII*. Frankfurt am Main: Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge.
- Simitis, S. (1986). Kindschaftsrecht – Elemente einer Theorie des Familienrechts. In: Dieckmann A., Frank, R., Hanisch, H. & Simitis, S. (Hrsg.), *Festschrift für Wolfram Müller-Freienfels*. Baden-Baden: Nomos, S. 579-616.
- Simitis, S. (1994). Familienrecht. In: Simon, D. (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 390, 425ff.
- Sommer, A. (2012). *Das Verhältnis von Familiengericht und Jugendamt*. Frankfurt am Main: Peter Lang.

Wiethölter, R. & Bernhardt, R. (1968). *Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Fischer (Funk-Kolleg zum Verständnis der modernen Gesellschaft, Band 4).
Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen (2016). *Pflegefamilien als soziale Familien, ihre rechtliche Anerkennung und aktuelle Herausforderungen*. Berlin: BMFSFJ.

Eingereicht am/Submitted on: 15.10.2015
Angenommen am/Accepted on: 08.04.2016

Anschrift des Autors/Address of the author:

Prof. Dr. Ludwig Salgo

Goethe-Universität
Fachbereich Rechtswissenschaft
Senckenberganlage 31
60325 Frankfurt am Main
Deutschland/Germany

E-Mail: Salgo@jur.uni-frankfurt.de

Dieter Schwab

Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung – aus rechtswissenschaftlicher Sicht

Mutual questions regarding family-related research in social sciences and jurisprudence – Questions posed from the viewpoint of jurisprudence

Zusammenfassung

Die Zusammenarbeit von Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung erscheint als außerordentlich wichtig, weil diese Disziplinen vielfach aufeinander Bezug nehmen. Gemeinsam ist ihnen, dass sie ein Auseinanderfallen von Rechtsnormen und gesellschaftlicher Realität für möglich und wissenschaftlich darstellbar halten und daraus rechtspolitische Forderungen ableiten. Unterschiedliche Aufgabenstellungen und Sichtweisen sowie unterschiedliche Terminologie und Methodik bringen indes die Gefahr von Missverständnissen hervor, die nur durch gegenseitige Verständigung und Zusammenarbeit offengelegt werden kann. Der Beitrag erläutert diesen Befund anhand einiger familiärer Konstellationen wie Ehe, nichteheliche Lebensgemeinschaft, Ehescheidung und Paartrennung, rechtliche und soziale Elternschaft, alleinerziehende Eltern, Stieffamilie, sozialfamiliäre Beziehung. Den Schluss bildet ein Plädoyer aus Sicht der Rechtswissenschaft für die Intensivierung transdisziplinärer Forschung.

Schlagwörter: Ehe, nichteheliche Lebensgemeinschaft, Kohabitation, De-Institutionalisierung, Individualisierung, Solidarität, Ehescheidung, Trennung, Verschuldensprinzip, Zerrüttungsprinzip, Scheidungsfolgen, Unterhalt, Rententeilung („Splitting“), Elternfamilie, Ein-Elternfamilie, Alleinerziehende, soziale Elternschaft, sozialfamiliäre Beziehung, Stieffamilie, Patchworkfamilie.

Abstract

Since social sciences and jurisprudence refer to each other in family-related research in many ways, it appears to be extremely important that both disciplines collaborate. They both have in common that they consider it possible that legal norms and societal realities diverge and that this division can be delineated scientifically. From this divergence, they deduce calls for consequences in legal policy. Diverging tasks and viewpoints as well as differing terms and methods may lead to misconceptions that, in turn, can only be identified by mutual comprehension and collaboration. In the contribution presented here, these findings shall be exemplified by several family constellations, such as marriage, civil union, separation and divorce, legal and social parenthood, single parents, stepfamily, socio-family relationship. In the conclusion, there shall be a plea – from the viewpoint of jurisprudence – for an intensification of transdisciplinary research.

Key words: marriage, civil union, cohabitation, de-institutionalization, individualization, solidarity, divorce, separation, legal principle of fault for divorce, legal principle of marital breakdown, alimony, pension sharing orders (“splitting”), single-parent family, single parents, social parenthood, socio-family relationship, stepfamily, patchwork family.

1. Zur Begegnung der Disziplinen

Ersten Anlass zur Beschäftigung mit dem Thema gab mir ein Symposium, das im November 2010 in Bamberg stattfand und mich auch noch nachträglich begeistert. Knapp zwanzig Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler aus der Soziologie, Psychologie und der Jurisprudenz kamen für drei Tage zusammen, um das Phänomen der „Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft“ in den wissenschaftlichen Blick zu nehmen. Der sehr furchtbare Gedankenaustausch offenbarte auch gewisse Probleme, welche die beteiligten Wissenschaften mit der gegenseitigen Verständigung haben können. Ich habe damals einige Gedanken dazu niedergelegt, die ich hier weiterverfolgen will.

Die Forderung nach einer Zusammenarbeit von Sozialwissenschaften auf der einen, Rechtswissenschaft und Rechtspolitik auf der anderen Seite ist alt und wohl begründet. Vom Recht aus gesehen lässt sich die Situation wie folgt beschreiben. Rechtliche Normen haben den Sinn, das Verhalten der Menschen zu leiten mit dem Ziel, Gerechtigkeit unter ihnen zu schaffen und gleichzeitig für die gesamte Gesellschaft ein funktionierendes Regelwerk zur Verfügung zu stellen. Das Recht zielt auf Realisierung, nicht nur im Einzelfall bei Gericht, sondern als eine die Gesellschaft leitende Regel. Weil das so ist, machen sich die rechtspolitischen Akteure (Gesetzgebung, Rechtsprechung, Wissenschaft) notwendigerweise ein Bild von der gesellschaftlichen Realität.

Nun gibt es Wissenschaften, die den mit dem Recht befassten Professionen helfen können, sich ein zutreffendes Bild von der Wirklichkeit zu machen, das sind im Bereich der Familie vor allem die Soziologie und die Psychologie. So liegt es nahe, dass Rechtspolitik und Rechtswissenschaft die Erkenntnisse dieser Wissenschaften für ihre Realitätswahrnehmung zu Rate ziehen.

Die *Sozialwissenschaften ihrerseits* – ich beschränke mich im Folgenden auf die Soziologie – nehmen das reale Verhalten der Menschen und ihrer Gruppen in den Blick, deuten es, stellen es in einen theoretischen Rahmen; sie wissen dabei, dass dieses Verhalten auch durch Rechtsregeln und Rechtsvorstellungen beeinflusst wird. Für die Soziologie ergibt sich dann die Frage, welche Rolle der „rechtliche Hintergrund“ in ihren Analysen spielen kann. Wie wirken Gesetzgebung und Rechtsprechung auf das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder?

Dabei ist es offenbar ist es nicht so, dass das Recht unmittelbar die Realität bestimmt: Obwohl der Diebstahl verboten ist, wird massenhaft gestohlen. Der „Ist-Zustand“ einer Gesellschaft entspricht nie dem rechtlichen „Soll-Zustand“. Doch bedeutet das möglicherweise nicht die Wirkungslosigkeit des Rechts. Man könnte die Hypothese bilden: Die Rechtsordnung bildet eine latente Größe, die keineswegs die Realität widerspiegelt, ohne welche aber die Realität nicht so wäre, wie sie ist. In diesem – eingeschränkten – Sinne könnte man das Recht als Teil der Realität selbst („Wirklichkeit“ im Schopenhauer'schen Sinne) begreifen.

So gesehen müssten sich Sozial- und Rechtswissenschaften eigentlich täglich begegnen. Das das nicht so häufig ist, wie es sein könnte, mag unter anderem auch mit Problemen zusammenhängen, die einerseits das Recht bei der Vorstellung von gesellschaftlicher Wirklichkeit, andererseits die Soziologie beim Umgang mit dem Recht hat.

- Die *Juristen* denken in den Bahnen ihres Regelsystems. Auch wenn sie sich klarmachen, dass die Normen zunächst einmal bloße Abstrakta sind, kommen sie von ihrer Rechtsbegrifflichkeit schwer los. Die Rechtsbegriffe wirken wie eine Brille, die das Sichtfeld begrenzt.
- Die *Soziologen* haben mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass sie einerseits den rechtlichen Kontext der gesellschaftlichen Vorgänge zur Kenntnis nehmen, andererseits natürlich wissen, dass das nicht die Realität ist. Die Folge ist – nach meiner subjektiven Wahrnehmung – ein ambivalentes Verhältnis der Sozialwissenschaften zum Recht. Der „rechtliche Hintergrund“ wird *möglichst am Rande belassen*, oder überhaupt ausgeblendet.

Sind Soziologen und Juristen in bestimmtem Grade Gefangene ihres professionellen Blicks, so trennt sie zudem die Terminologie. Es ist nicht nur so, dass dieselben Termini Unterschiedliches bedeuten können („Kind“), sondern dass vielfach Begriffe verwendet werden, die in der jeweils anderen Fachsprache kein Pendant haben, also zwischen den Wissenschaften nicht übersetzbar sind, so die noch zu besprechende „sozial-familiäre Beziehung“ auf der juristischen, die „soziale Elternschaft“ auf der soziologischen Seite.

Ich möchte die Probleme anhand einiger Sachthemen kurz beleuchten, natürlich aus dem juristischen Blick – einen anderen habe ich nicht zu bieten.

2. Ehe und nichteheliche Lebensgemeinschaft

Zunächst zum Thema „Ehe und nichteheliches Zusammenleben“. Hier stehen im Mittelpunkt der sozialwissenschaftlichen Beschreibungen und Deutungen vor allem der Rückgang der Eheschließungen, die Zunahme der Scheidungsraten, die Vermehrung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und die Zunahme der Single-Haushalte.

Man schließt aus diesen Beobachtungen, dass die gesellschaftliche Bedeutung der Ehe rückläufig ist und sucht dafür Erklärungen, die zwischen Tendenzbeschreibung und Ursachenverknüpfung angesiedelt sind. Es ist die Rede von „Individualisierung“¹, „De-Institutionalisierung“², „Pluralisierung und Differenzierung“³, von der „Entkoppelung von Liebe und Ehe“, von Entkoppelung von „Ehe und Elternschaft“⁴, von „Wertewandel von

1 U. Beck/E. Beck-Gernsheim, Das ganz normale Chaos der Liebe, Frankfurt a.M. 1990, S. 11f.; dazu F.-X. Kaufmann, Zukunft der Familie im vereinten Deutschland. Gesellschaftliche und politische Bedingungen, München 1995, S. 102; L. A. Vaskovics/M. Rupp/B. Hofmann, Lebensläufe in der Moderne. Nichteeliche Lebensgemeinschaften. Eine soziologische Längsschnittstudie, Opladen 1997, S. 32; G. Burkart, Familiensoziologie, Konstanz 2008, S. 237 (zentrales Merkmal), kritisch; P. B. Hill/J. Kopp, Familiensoziologie. Grundlagen und theoretische Perspektiven, 5. Aufl. Wiesbaden 2013, S. 144ff., S. 261ff.

2 Kaufmann (wie Fn. 1), S. 165.

3 M. Rupp, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als Bindungsphase. Paarkonstellationen und Bindungsprozesse, Hamburg 1999, 43. Kritisch zur Pluralisierungsthese Hill/Kopp (Fn. 1), S. 255; Burkart (wie Fn. 1), S. 34.

4 Kaufmann (Fn. 1), S. 98f.

Pflicht- und Akzeptanzwertorientierungen zu Selbstwertorientierungen⁵, von Steigerung der psychischen und emotionalen Anforderungen an die Ehe⁶. Außerdem werden äußere Faktoren namhaft gemacht, vor allem die gestiegene Erwerbstätigkeit und ökonomische Unabhängigkeit der Frau,⁷ der „Wegfall ökonomischer und sozialer Zwänge, die Optionserweiterung als Grundzug der Veränderung der Lebensbedingungen in den letzten Jahrzehnten“⁸ und anderes mehr.

Aus juristischer Sicht fällt auf, dass bei diesen Einschätzungen *einerseits* der staatlich-rechtliche Begriff der Ehe zugrunde gelegt, *andererseits* aber bei der Ursachenforschung der rechtliche Hintergrund möglichst ausgeblendet wird.

Zum ersten: Die Heirats- und Scheidungsstatistiken und ihre Erklärungen beziehen sich auf die Ehe des Bürgerlichen Gesetzbuches, eine Ehe, deren Begründung staatlich registriert und die mit vielfältigen Rechtswirkungen ausgestattet wird. Es geht um die „standesamtliche“, die „bürgerliche Ehe“.

Nun ist dieser Ehebegriff – historisch gesehen – keineswegs allgemeingültig, im Gegenteil eine relativ neue Erscheinung, letztlich eine Übernahme aus dem kirchlichen Ehe-recht der frühen Neuzeit: Der das Paar trauende Priester ist durch den Standesbeamten ersetzt.

Das erleichtert die Verständigung mit den Juristen, wir haben da keine terminologischen Probleme. Die Folge ist freilich, dass die soziologische Deutung der festgestellten Fakten dann auch nur für diesen Ehetyt („staatlich registrierte Ehe“) relevant ist. Es fällt einiges heraus, zum Beispiel alle Ehen, die nur kirchlich, aber nicht mit staatlicher Wirkung geschlossen sind (das gibt es im Ausland schon lange, bei uns seit 2009). Vor allem aber bleiben diejenigen auf Dauer angelegten Geschlechtsverbindungen unberücksichtigt, die *nicht standesamtlich registriert* sind und die man dann mit einer Negation als „nicht-eheliche Gemeinschaften“ (neutraler: „Kohabitation“) mit der Ehe kontrastiert. Diese Unterscheidung ist offenbar *nicht aus der sozialen Realität* der Partnerschaften selbst abgeleitet, sondern aus *dem Recht* übernommen – im tatsächlichen Leben kann man „Ehen“ und „nichteheliche Gemeinschaften“ praktisch oft nicht unterscheiden.

Die Aussagen über den Rückgang der Bedeutung von Ehe, die aus Standesamtsstatistiken herausgelesen wird, bezieht sich also auf einen rechtsbegrifflich eingeschränkten Tatbestand. Sie werden in dem Augenblick relativiert, in dem man auf ein transtemporales oder auch transnationales Eheverständnis Bezug nimmt – es gibt ja noch immer Staaten, in denen man „ohne Staat“ heiraten und auch sich „ohne Staat“ scheiden kann. So gesehen signalisiert der Rückgang der standesamtlichen Heiratszahlen in Deutschland zunächst nur eine abnehmende Bereitschaft, sich unter das Regime des vom Staat angebotenen rechtlichen Ehemodells zu stellen, vielleicht aber nicht unbedingt die Ablehnung der

5 R. Nave-Herz, Familie heute. Wandel der Familienstrukturen und Folgen für die Erziehung, 5. Aufl. 2012, S. 123; Rupp (wie Fn. 3), S. 46 (Veränderungen des Wertesystems).

6 R. Nave-Herz et al., Scheidungsursachen im Wandel. Eine zeitgeschichtliche Analyse des Anstiegs der Ehescheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, Bielefeld 1990, S. 138; Kaufmann (wie Fn. 1), S. 119; Hill/ Kopp (wie Fn. 1), S. 47.

7 Dazu unter anderem: Kaufmann (wie Fn. 1), S. 103ff.

8 Kaufmann (wie Fn. 1), S. 121.

Ehe (des ehelichen Lebens) in einem substantiellen Sinn. Meinungsbefragungen zeigen, dass die Ehe nur selten abgelehnt wird, man entscheidet sich aber immer seltener dafür.

Ob darin eine „De-Institutionalisierung“, „Individualisierung“ usw. zum Ausdruck kommt, hängt davon ab, wie sich „Ehe“ und „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ in ihrer sozialen und psychologischen Realität eigentlich unterscheiden. Die These von der „De-Institutionalisierung“ greift dann, wenn man den soziologischen Institutionenbegriff an die rechtliche Struktur anbindet, aber schon nicht mehr, wenn man „dauerhafte Paarbeziehung“ als solche den sozialen Institutionen zurechnet.⁹

Zu nichtehelichen Gemeinschaften in Deutschland liegt eine Reihe von aufschlussreichen Untersuchungen vor. Dabei wird der unterschiedliche rechtliche Rahmen gegenüber der Ehe angesprochen, zum Teil auch kritisiert.¹⁰ Aus rechtspolitischer Sicht ergibt sich folgendes Grundproblem: Das staatliche Eherecht bietet den Paaren – inzwischen auch den homosexuellen – eine rechtliche Struktur für ihre Beziehung an mit erzwingbaren Solidarpflichten auch für den Fall von Trennung und Scheidung, zudem aber mit sehr attraktiven, begünstigenden Rechtswirkungen (gesetzliches Erbrecht, extrem günstiger Satz bei der Erbschaftssteuer, Hinterbliebenenrente, Vorteile bei der Einkommensteuer usw.). Unser ganzes Rechtssystem ist durchzogen von Besonderheiten, die nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner gelten. Wodurch ist das gerechtfertigt?

Allein durch den Umstand, dass die Ehe behördlich registriert und damit zuverlässig feststellbar ist, die Existenz anderer Gemeinschaften hingegen nicht? Oder setzen die enormen Unterschiede in der rechtlichen Behandlung auch eine *substantielle Differenz* zwischen den Erscheinungsformen der Paarbeziehung voraus? Und worin könnte sie liegen? Ergeben sie sich aus Unterschieden in Dauer¹¹ oder Intensität?¹² Wenn der Rückgang der Heiratsziffern mit den gestiegenen emotionalen Anforderungen erklärt wird – sind also die emotionalen Anforderungen für Kohabitanten geringer? Entlastet die Ehe als rechtsverbindliche Solidargemeinschaft die Gesellschaft mehr als das nichteheliche Zusammenleben? Wie entwickeln sich die Solidarbeziehungen nach einer Trennung? Liegt der Unterschied auch darin, dass die nichteheliche Lebensgemeinschaft begrifflich eine sehr viel variabelere Lebenswirklichkeit abdeckt als die Ehe?

Ferner: Welchen Einfluss haben die Rechtsvorstellungen der Beteiligten bei der Entscheidung für Ehe oder eheloses Zusammenleben? Wollen beide oder einer von ihnen nicht heiraten, weil sie das rechtliche Paket ablehnen? Oder einen Teil dieses Pakets? (Das wäre relevant für die Frage, ob wir wie Frankreich eine Art Miniehe – Solidaritätspakt – einführen sollten). Oder sind umgekehrt die rechtlichen Effekte ein tragendes Motiv für den Heiratsentschluss? Inwieweit haben die Paare überhaupt rechtliche Vorstellungen über ihre Art des Zusammenlebens?

9 Burkart (wie Fn. 1), S. 171 („das konjugale Paar“). Die Zweierbeziehungen sind auch Gegenstand übergreifender Untersuchungen vgl. K. Lenz, Soziologie der Zweierbeziehung, Opladen 1998.

10 Vaskovics/Rupp/Hofmann (wie Fn. 1), S. 25.

11 Die Stabilität von nichtehelichen Partnerschaften wird bei Kaufmann (wie Fn. 1), S. 108, hoch eingeschätzt, andere betonen die geringere Stabilität von nichtehelichen Gemeinschaften, so D. Lois, Lebensstile und Entwicklungspfade nichtehelicher Lebensgemeinschaften – eine empirische Analyse mit dem sozioökonomischen Panel, Wiesbaden 2009, S. 230.

12 Ein Vergleich Ehe – nichteheliche Lebensgemeinschaft findet sich in der Untersuchung von Lois (wie Fn. 11), S. 107f.

Letztlich läuft das auf die Frage hinaus: Welche Rolle spielen Recht und Rechtsvorstellungen, Gesetzgebung und Rechtsprechung in der soziologischen Analyse von gesellschaftlichen Entwicklungen? Ist es zureichend, das Recht als „Randbedingung“ zu sehen?¹³ Bildet das Recht nur die Begleitmusik oder einen eigenen Faktor, der soziale Bewegungen beschleunigen, behindern, vielleicht auch auslösen kann?

Der Vergleich Ehe-Kohabitation wird – um auch das noch anzufügen – dadurch komplizierter, dass man die bürgerliche Ehe durch Verträge entsolidarisieren (Ausschluss von Vermögens- und Scheidungsfolgen), andererseits das nichteheliche Zusammenleben durch Verträge verrechtlichen kann. Dafür gibt es eine notarielle Praxis ebenso wie Vertragsmuster auf dem Markt. Die Differenz zwischen Ehe und eheloser Gemeinschaft kann also von beiden Seiten her eingeebnet werden, in welchem Ausmaß dies in der Praxis geschieht, wäre zu eruieren.

3. Ehescheidung

Auch die Scheidungsforschung ist zumindest überwiegend auf die Ehescheidung im juristischen Sinne konzentriert – also: Auflösung der bürgerlichen Ehe durch Richterspruch.

Das bedeutet: Bei der Erklärung der „Ehescheidung und ihrer Ursachen“ bleiben gewöhnlich die *faktischen Trennungen von Ehegatten* unberücksichtigt. Allerdings kann die Trennung eine Alternative zur Scheidung sein – man denke an das katholische Ehepaar, das sich aus religiösen Gründen nicht scheidet, wohl aber trennt. Bei Interpretation der Entwicklung der Scheidungsraten müsste in Anschlag kommen, dass nach dem früheren Eherecht zahlreiche Ehen gar nicht geschieden werden *konnten*, auch wenn ein Partner oder beide dies wollten. Der Ausweg war das permanente Getrenntleben, das in den Scheidungsstatistiken nicht erscheint.¹⁴

Auf der anderen Seite wird bei der Erforschung *der Ursachen* für die seit 1979/80 in Deutschland zweifellos stark angestiegenen Scheidungszahlen der rechtliche Rahmen eher beiläufig berücksichtigt. Das ist insofern logisch, als die rechtliche Möglichkeit, sich scheiden lassen, nicht das eigentliche Motiv für Scheidungsentschlüsse bildet. Man scheidet sich nicht allein deshalb, weil es juristisch möglich ist. Doch kann man fragen, ob – im Rahmen der Deutung der Scheidungsursachen – nicht auch das jeweils geltende Recht selbst einen Faktor ausmacht.

Seit 1900 galten in Deutschland – im groben Überblick – drei Scheidungsrechte:

- Scheidung nach Verschuldensprinzip nach dem BGB von 1900;
- Scheidung nach Verschuldensprinzip plus eingeschränkter Zerrüttungsscheidung nach dem Ehegesetz von 1938;
- reine Zerrüttungsscheidung ab 1. Juli 1977 – mit der praktisch sicheren Möglichkeit, eine Ehe sogar einseitig auflösen zu lassen. Die Hindernisse, die das neue Recht der Scheidung entgegengesetzt, schieben die Scheidung allenfalls hinaus.

13 „Individuelle Randbedingungen hinsichtlich juristischer Barrieren“ bei Hill/Kopp (wie Fn. 1), S. 229.

14 Zutreffend R. Nave-Herz et al., Scheidungsursachen im Wandel. Eine zeitgeschichtliche Analyse des Anstiegs der Ehescheidungen in der Bundesrepublik Deutschland, Bielefeld 1990, S. 46.

Betrachtet man die Scheidungsraten (also Scheidungszahlen im Verhältnis zur Zahl der Eheschließungen) auf dem Hintergrund dieser Scheidungsrechte, so ergibt sich für die Phase des ersten Scheidungsrechts (Verschuldensscheidung) eine Rate von unter 10%, für die Phase des zweiten Scheidungsrechts (Verschulden und Zerrüttung) eine Rate zwischen 10 und 20%, für die Phase des dritten Scheidungsrechts (reine Zerrüttung) von 40 bis 50%.¹⁵

Dabei habe ich die Kriegszeiten ausgeblendet, ebenso die Tatsache, dass die Scheidungszahlen kurz vor der Reform von 1977 außergewöhnlich nach oben schnellten, in den ersten Jahren nach der Reform zunächst nach unten sackten. Nach einer gewissen Anlaufzeit in den ersten Jahren nach der Reform betrug die Scheidungsrate 1980 bereits 28,4%, erreichte ihren bisherigen Kulminationspunkt 2003 mit 55,8% und bewegt sich seitdem leicht rückläufig zwischen 40 und 50% (2012: 46,27).¹⁶ Also: Drei Scheidungsrechte, drei extrem unterschiedliche Scheidungsquoten.

Auch das starke Ansteigen der Scheidungszahlen in den Jahren vor der Reform 1977 (z.B. Scheidungsrate im Jahre 1976 = 29,9%) lässt sich in einen Bezug zu den Rechtstat-sachen bringen. Die Scheidungsrechtsreform war in den Jahren vor ihrem Inkrafttreten in der Öffentlichkeit stark diskutiert worden, je näher sie rückte, desto mehr versuchten Partner einer unglücklichen Ehe, noch schnell das alte Scheidungsrecht zu nutzen, um nicht den Scheidungsfolgen des neuen ausgesetzt zu sein (Unterhaltspflicht ohne Rücksicht auf Verschulden, Rententeilung), die Anwälte wurden mit Scheidungswünschen überrannt. Und ebenso ist erklärbar, dass in den ersten beiden Jahren nach der Reform 1977 die Scheidungsraten erst einmal absackten – vieles, was zu scheiden war, war eben noch schnell nach altem Recht erledigt worden, das neue Recht war noch unerprobt und in seinen Konsequenzen unsicher.¹⁷

Nun sind die Scheidungsquoten ein sehr grobes Raster. Es soll nicht gesagt sein, dass die Entwicklung der Scheidungsraten einfach nur ein Effekt der jeweiligen Scheidungsrechte ist; das verbietet sich schon im Hinblick darauf, dass der Rückgang der Eheschließungen sich auf die Scheidungsquote auswirkt. Die dauerhafte Zuordnung extrem unterschiedlicher Scheidungsquoten zu den Zeiten unterschiedlicher Scheidungsrechte frappiert aber doch. Die Frage aber ist, ob die vielfältigen Erklärungen für die Ursachen zu relativieren sind, wenn man das Recht als Einflussfaktor in Betracht zieht.

Nun kann man sagen: Das Recht kommt nicht vom Himmel, sondern aus den Köpfen von Abgeordneten und Ministerialbeamten, die ihrerseits unter dem Einfluss der öffentlichen Meinung stehen. Auch wenn das Recht ein Einflussfaktor ist, gehört es eben zur gesellschaftlichen Entwicklung im Ganzen. Der Vorgang, den wir als „De-Institutionalisierung“, „Individualisierung“ etc. deuten, findet dann zuerst im gesellschaftlichen Bewusst-

15 Entsprechenden Proportionen ergeben sich auch, wenn man die Zahl der gerichtlichen Ehelösungen mit der Zahl der bestehenden Ehen oder mit der Zahl der Einwohner in Verhältnis setzt, vgl. die Tabelle bei Nave-Herz et al. (Fn. 14), S. 13f.

16 Diese auf- und abgerundeten Werte sind errechnet nach den Angaben über Eheschließungen und Ehescheidungen des Statistischen Jahrbuches für das Deutsche Reich und des Statistischen Bundesamts.

17 Unzureichend ist die bei Kaufmann (wie Fn. 1), S. 118 referierte Auffassung, der scharfe Einschnitt der Scheidungshäufigkeit in den Jahren 1978/79 sei auf die Verlängerung des Scheidungsverfahrens zurückzuführen.

sein der rechtspolitischen Führungsschichten statt, das sich dann à la longue in Gesetzen niederschlägt und so wiederum das praktische Handeln der Menschen beeinflusst.

Diese Zusammenhänge – wenn man sie so nimmt – würden aber nicht hindern, der Entwicklung von Recht und Rechtsvorstellung ein eigenes Gewicht in der Deutung der gesellschaftlichen Entwicklungen zuzumessen. Es sind ja oft auch nur Zufälle, die das Zustandekommen eines Gesetzes ermöglichen oder verhindern und nicht immer trifft die Gesetzgebung auch die tatsächliche gesellschaftliche Situation. Wenn das Recht – als bewusste, gezielte Normsetzung – ein mitbestimmender Faktor ist, dann wird die Vorstellung von einer durch autonome Verhaltensänderungen (psychologische Trends etc.) *allein* erklärbaren gesellschaftlichen Entwicklung zweifelhaft. Gesellschaftliche Entwicklung fließt dann nicht einfach dahin, sondern wird zu einem gewissen Anteil „gemacht“.

Der Austausch des Rechts kann sogar auch Zweifel daran wecken, ob die „Scheidung des Jahres 1900“ das Gleiche ist wie die „Scheidung im Jahre 2014“, zumal wenn man das völlig veränderte Scheidungsfolgenrecht hinzunimmt. Kaufmann vermutet eine kulturelle Umdeutung der Ehescheidung.¹⁸ Natürlich ändert das nichts an der Rechtsnatur der Scheidung als Auflösung des rechtlichen Ehebandes, aber möglicherweise hat die Scheidung Funktionen übernommen, die vorher durch Trennung geleistet wurden.

4. Kinder und Eltern

Die Frage der Bedeutung des Rechts für die Interpretation gesellschaftlicher Entwicklungen scheint besonders aktuell, wenn es um das Verhältnis von Kindern und Eltern geht. Elternschaft und Kindschaft sind in verschiedener Hinsicht vom Recht festgelegt, angefangen bei der Zurechnung von Elternschaft bis hin zur Zuordnung des Sorgerechts oder von begrenzten Rechtspositionen wie Umgang, Auskunftsrechten oder Unterhaltsverpflichtungen.

Offenkundig gehen diese rechtlichen Zuschreibungen in soziologische Erhebungen und Analysen *nur partiell* ein. Hauptsächlich finden wir eine soziologische Terminologie vor, die mit der juristischen geradezu kontrastiert¹⁹ (also anders als bei Ehe und Ehescheidung). Die Untersuchungen zur Kindschaft orientieren ihre Unterscheidungen meist daran, bei wem das Kind alltäglich lebt, in wessen Haushalt es sich befindet. Daran knüpft die Differenzierung zwischen „Elternfamilie“ und „Ein-Eltern“-Familie bzw. „Mutterfamilie“ und „Vaterfamilie“ an.²⁰ Die „Ein-Eltern-Familie“ wird auch mit dem Terminus „alleinerziehender Elternteil“ verbunden. Dieser erfreut sich einer besonderen Aufmerksamkeit der Forschung (Häufigkeit des Vorkommens, Ursachen der Ein-Elternschaft, Befindlichkeit der Kinder, Lebensprobleme der Eltern).

18 Kaufmann (wie Fn. 1), S. 119.

19 Grundlegend L. A. Vaskovics, Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse zu Elternschafts- und Elternkonstellationen, in: D. Schwab/L. A. Vaskovics, Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog. Sonderheft 8 der Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research, Opladen/Farmington Hills, S. 11, 13, 17.

20 Diese Begriffe z.B. bei Nave-Herz (wie Fn. 5), S. 95ff.

Der Begriff „alleinerziehend“ wird allerdings unterschiedlich gesetzt:

- Einige Autoren meinen die Konstellation, dass nur ein Elternteil – Mutter oder Vater – mit den Kindern zusammenlebt und die alltägliche Erziehungsverantwortung allein wahrnimmt.²¹ Diese Definition schließt die Fälle ein, in denen im Haushalt außerdem noch ein weiterer Erwachsener vorhanden ist, z.B. der neue Partner der Kindesbetreuenden Mutter. Nach dieser Terminologie ist beispielsweise die Mutter, die nach der Scheidung mit den Kindern zu ihrem Freund gezogen ist, „alleinerziehend“. Von nebensächlicher Bedeutung – so wird gesagt –²² sei die Sorgerechtsregelung.
- Andere Darstellungen wie neuerdings auch das Statistische Bundesamt beschränken den Begriff „alleinerziehend“ auf die Fälle, in denen der betreuende Elternteil als alleiniger Erwachsener mit Kind in einem Haushalt lebt²³ (volljährige Geschwister des Kindes werden hier nicht als Erwachsene gerechnet). Die Stieffamilie (neuer Ehepartner im Haushalt) oder Quasi-Stieffamilie (neuer Lebensgefährte im Haushalt) lässt die Einordnung unter die „Alleinerziehenden“ entfallen. Dabei scheint die Vorstellung maßgeblich, dass das ständige Zusammenleben eines neuen Lebenspartners mit einem Elternteil und dessen Kind in aller Regel faktisch zu einer Übernahme der Elternrolle – zur Miterziehung – führt.

Diese doppelte Bedeutung des soziologischen Begriffs „alleinerziehend“ kann zu Unklarheiten führen (manchmal wird auch von „alleinerziehend“ im engeren und im weiteren Sinne unterschieden).²⁴

So oder so entspricht die Terminologie nicht den Rechtsbegriffen. „Erziehung“ im Rechtssinn ist keineswegs identisch mit dem Leben im selben Haushalt. Die Termini „Pflege und Erziehung“ umschreiben das umfassende, rechtlich eingerichtete Sorgerechtsverhältnis zwischen Kind und Eltern oder zwischen Kind und Personen, die an die Stelle der Eltern getreten sind. Zwar verwirklicht sich die Elternsorge meist auch im häuslichen Zusammenleben mit ihm, aber *nicht nur* und *nicht notwendigerweise*. Die *gemeinsame Pflege und Erziehung* des Kindes ist auch das rechtliche Ideal auch für den Fall, dass die Eltern sich trennen oder scheiden, das Kind aber alltäglich in der Obhut nur eines Teils lebt; juristisch gesehen bleibt der andere „miterziehend“.

Dem soziologischen Tatbestand „alleinerziehend“ – sei es im engeren wie im weiteren Sinne – können *ganz unterschiedliche Rechtslagen* zugrunde liegen. Man kann sogar ein Kind faktisch allein betreuen („allein erziehen“ im soziologischen Sinne), ohne Inha-

21 Nave-Herz (wie Fn. 5), S. 95: „jene Familien, in denen ein Elternteil (Mutter oder Vater) die alltägliche Erziehungsverantwortung für ein Kind (bzw. für mehrere) besitzt, mit dem es in einer Haushaltsgemeinschaft wohnt.“ Letztlich unklar F. Nestmann/S. Stieler, *Wie allein sind Alleinerziehende? Soziale Beziehungen alleinerziehender Frauen und Männer in Ost und West*, Opladen 1998, S. 12 (Einelternfamilie als „Haushaltsgemeinschaft von mindestens zwei Personen ..., von denen nur eine die erwachsene Bezugsperson ist und die anderen minderjährige Kinder sind“).

22 Nave-Herz (wie Fn. 5), S. 95.

23 Statistisches Bundesamt, Datenreport 2013, S. 46; ebenso Jahrbuch 2013: „Alleinerziehende: Mütter und Väter, die ohne Ehe- oder Lebenspartnerin bzw. Lebenspartner mit ihren minder- oder volljährigen Kindern in einem Haushalt zusammenleben.“ Dem folgend z.B. D. Lois/J. Kopp, *Elternschaftskonstellationen bei Alleinerziehenden*, in: Schwab/Vaskovics (wie Fn. 19), S. 59, 60; N. F. Schneider et al., *Alleinerziehen – Vielfalt und Dynamik einer Lebensform*, Stuttgart 2001.

24 Nestmann/Stieler (wie Fn. 21), S. 53.

ber der elterlichen Sorge zu sein. So ist es z.B. bei Pflegeeltern, denen vom Gesetz nur sehr beschränkte Sorgebefugnisse eingeräumt werden, während das Sorgerecht selbst bei den Eltern bleibt. Umgekehrt kann man das alleinige Sorgerecht innehaben, ohne überhaupt das Kind faktisch zu erziehen, indem man es in ein Heim gibt.

Die Sorgerechtslagen können sich sehr kompliziert gestalten. Es gibt Fälle, in denen das Sorgerecht geteilt ist. Schon das normale gemeinsame Sorgerecht nach Trennung der Eltern ist gewöhnlich aufgespaltet: bei in Angelegenheiten von erheblicher Bedeutung sind beide Teile zuständig, in Angelegenheiten des täglichen Lebens allein der obhutführende Elternteil. Teilungen des Sorgerechts sind auch in anderer Weise möglich. Eine Mischform bietet das heute viel diskutierte Wechselmodell, bei dem das Kind zeitweise bei dem einen und dem anderen Elternteil lebt, wo sich die Eltern sozusagen als jeweils „alleinerziehende“ im soziologischen Sinn abwechseln.

Bei dieser rechtlichen Vielfalt ist es verständlich, wenn die soziologische Forschung die rechtlichen Differenzierungen zunächst einmal vernachlässigt: Das elterliche Sorgerecht ist eine juristische Konstruktion, keine Realität. Die Realität sind das Zusammenleben und die persönliche Begegnung des Kindes mit den Eltern oder mit einem Elternteil – auf welcher rechtlichen Basis auch immer. Die Sozialisation des Kindes gelingt aufgrund von tatsächlichen Interaktionen, nicht aufgrund von Rechtslagen. Und deswegen werden die Lebensverhältnisse der Kinder so in den Blick genommen, wie sie sich realiter darstellen.

Aus der Sicht der Juristen ist das begreiflich, erfüllt aber nicht alle Wünsche, weil wir zu gerne wüssten, ob die juristischen Konstruktionen – gemeinsame Sorge bei Trennung, alleinige Sorge bei Trennung, gespaltene Sorge bei Trennung – wirklich nur Schemen sind, juristische Träume, oder doch auch irgendwie auf die Realität durchschlagen. Will man das erforschen, so muss man sich logischerweise auf die unterschiedlichen Rechtslagen einlassen. Auch der Befund „Für das Leben des Kindes ergibt sich kein signifikanter Unterschied unter den verschiedenen rechtlichen Konstrukten“ wäre ja ein interessantes Ergebnis für die Rechtspraxis.

Die Diskrepanz zwischen soziologischer Kategorisierung und rechtlicher Einordnung können wir beim Phänomen „sozialen Elternschaft“²⁵ besonders gut beobachten. „Soziale Elternschaft“ meint im Gemeingebrauch wie meist auch in der sozialwissenschaftlichen Literatur ein psycho-soziales, tatsächlich gelebtes Eltern-Kind-Verhältnis. Oft gerät noch ein reduzierendes Element hinzu: dann wird der Begriff auf eine Elternschaft bezogen, die *nur* als psycho-soziale Wirklichkeit besteht, *nicht* als rechtliche.²⁶ Die soziale Elternschaft kann so zum Gegenbegriff der rechtlichen werden, mit dem wenig schönen Ergebnis, dass rechtliche Eltern auch dann, wenn sie hingebungsvoll für ihre Kinder sorgen, nicht als soziale Eltern angesprochen werden (soziale Elternschaft als „nur soziale“ Elternschaft).

Wie dem auch sei, „soziale Elternschaft“ ist kein Terminus des Rechts, das mit ihr Gemeinte ist auch nicht Gegenstand einer spezifischen rechtlichen Regelung. Soziale Elternschaft kann sich auf unterschiedlichem rechtlichen Hintergrund bilden: als Stiefeltern-

25 Zu diesem Begriff Vaskovics, in: Schwab/Vaskovics (wie Fn.17), S. 15 (für die soziale Elternschaft ist die alltägliche Wahrnehmung der in der Elternrolle enthaltenen normativen Pflichten und Rechte gegenüber dem Kind, dessen Existenzhaltung und Erziehung konstitutiv).

26 M. Feldhaus/J. Huinink, Multiple Elternschaften in Deutschland, in: Schwab/Vaskovics (wie Fn. 17), S. 77, 79.

schaft, als Pflegeelternschaft, als Elternschaft einer Heimerzieherin, oder auch ohne Rechtsbeziehung, z.B. im Rahmen einer nichtehelichen Gemeinschaft mit dem Kind des Partners. So wichtig es für das Kind ist, dass es in einer bestimmten Person psychisch und sozial einen Elternteil gefunden hat, so wenig versucht das Recht, diesen Tatbestand *generell* begrifflich einzufangen und mit Rechtswirkungen auszustatten.

Freilich: Wo immer eine staatliche Entscheidung (Behörde, Gericht) sich nach dem Kindeswohl auszurichten hat, sind die *persönlichen Bindungen* des Kindes von Bedeutung, Bindungen an Großeltern, Geschwister, Verwandte, Erzieherinnen, Lebensgefährten der Mutter usw. Das Recht scheut sich indes, den Begriff der sozialen Elternschaft zu verwenden. Das erklärt sich daraus, dass die genannten Bindungen von ganz unterschiedlicher Art und Dichte sein können. Man möchte den „rechtlichen Eltern“ auch nicht auf derselben sprachlichen Ebene („Eltern“) einen Gegenpol gegenüberstellen. Denn meist sind bei der faktischen Elternschaft einer Bezugsperson die rechtlichen Eltern nach wie vor vorhanden, kümmern sich möglicherweise ihrerseits um das Kind, etwa bei der Familienpflege, wenn die Herkunftseltern den Kontakt halten und Unterhalt leisten. Man will das Bild von verschiedenartigen mit einander konkurrierenden Eltern vermeiden. Immer lässt sich die mehrfache Elternschaft freilich nicht vermeiden, etwa wenn leibliche und rechtliche Elternschaft auseinanderfallen, doch seien diese Fälle hier ausgeblendet.

Um die Realität einzufangen, behilft sich das deutsche Recht mit dem vom Bundesverfassungsgericht erfundenen Begriff der „sozial-familiären Beziehung“.²⁷ Eine solche wird unter folgenden Voraussetzungen angenommen: 1) Es muss sich um eine enge Bezugsperson des Kindes handeln, 2) sie muss für das Kind tatsächliche Verantwortung tragen oder *getragen haben*. Dabei ist eine Übernahme tatsächlicher Verantwortung in der Regel anzunehmen, wenn die Person mit dem Kind längere Zeit in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt hat. Hier orientiert sich das Recht also wie auch die Soziologie an dem Tatbestand des Lebens im selben Haushalt als Indikator für eine persönliche Zuwendung. Eine *elterngleiche* Rolle wird nicht verlangt – sie wäre auch schwer überprüfbar. Aber immerhin! Das Recht will den Fakten Rechnung tragen.

Nun muss man allerdings sehen, dass die Rechtsordnung die sozial-familiäre Beziehung keineswegs zu einem elternähnlichen Institut ausbaut, sondern nur sehr partikuläre Wirkungen damit verbindet, vor allem ein Umgangsrecht mit dem Kind, das gerade dann relevant wird, wenn die Haushaltsgemeinschaft schon aufgelöst ist, die soziale Elternschaft also möglicherweise gar nicht mehr besteht. Von Sorgerecht ist *nicht* die Rede, auch nicht für die Zeit des Zusammenlebens: Der Lebensgefährtin des sorgeberechtigten Vaters z.B. ist in die Erziehung soweit einbezogen als der Vater dies will, ihre „soziale Elternschaft“ ist in jederzeit widerrufbarer Weise nur abgeleitet.

Dass die soziale Elternschaft nicht auch als Rechtsfigur erscheint, mag die Soziologie enttäuschen. Sie hat ein soziales Gebilde vor Augen, eine gelebte Familie, die aber vom Recht nicht als Einheit erfasst, geschweige denn als Einheit geregelt wird. Die „sozial-familiäre Beziehung“ der Juristen andererseits ist als soziologischer Forschungsgegenstand schwierig, weil diffus: Sozialfamiliäre Bezugsperson kann der zeitweilige Lebenspartner eines Elternteils ebenso sein wie die Tante, bei der das Kind einen Teil des Tages

27 Zu Begriff und rechtlicher Bedeutung M. Lipp, Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungsperson“, in: Schwab/Vaskovics (wie Fn. 17), S. 121ff.; Schwab (ebenda), S. 51.

verbringt oder der Erzieher im Internat. Weil die Rechtsfolgen diffus sind, ist es auch der Tatbestand, denn was heißt schon „tatsächliche Verantwortung für das Kind tragen“ – Verantwortung *wofür genau, in welchem Umfang, in welcher Weise?*

Der Kontrast zwischen Recht und sozialem Leben kulminiert bei der sogenannten *Patchworkfamilie*. Diese erscheint in den Sozialwissenschaften als ein besonderer Familientypus, dessen gehäuftes Aufkommen nach der Vorstellung Vieler die so genannte traditionelle Familie (genetische Eltern = rechtliche Eltern = soziale Eltern) abzulösen begonnen hat.

Die Juristen kennen zwar den Begriff „Patchwork-Familie“ und übernehmen die soziologische Deutung als Indikator des familiären Wandels. *Im Regelwerk* des Rechts findet sich die Patchworkfamilie weder unter diesem noch unter einem anderen Terminus. Juristisch wird sie in eine Vielzahl von einzelnen Familienbeziehungen zerlegt: Eltern-Kind, Stiefeltern-Stiefkind, Geschwisterbeziehung und so weiter. Die Summe der Rechtsverhältnisse macht noch nicht einmal das Ganze aus. So bleibt z.B. die Beziehung *unter den Kindern*, die jeder Partner aus früheren Verbindungen in die Patchworkfamilie einbringt, juristisch unbenannt, es gibt keine „Stiefgeschwisterschaft“ im rechtlichen Sinne.

Das stößt möglicherweise auf wenig Verständnis in den Sozialwissenschaften. Man könnte denken: Dem sozialen Tatbestand einer familiären Einheit muss auch das Recht eine Struktur geben. Das ist ein Punkt, in dem die Wissenschaften in einen Diskurs miteinander kommen sollten. Vor rechtlicher Seite könnte man sagen. Es ist nicht die Aufgabe des Rechts, die soziale Wirklichkeit abzubilden, sondern für die – ja oft genug sehr komplizierten – Verhältnisse geeignete Konfliktregeln zur Verfügung zu stellen. Die Patchworkfamilie steht nicht für sich allein, sondern im Schnittpunkt von familienrechtlichen Bezügen auch zu außenstehenden Personen, dem anderen Elternteil und dessen Eltern usw. Die Patchworkfamilie ist – juristisch gesehen – eine Koinzidenz von mehreren Familien.

Doch lässt sich fragen: Kann es sein, dass die rechtliche Aufspaltung einer sozialen Familie in verschiedene Individualverhältnisse das Ganze aus dem Blick verliert und wichtigen Regelungsbedarf vernachlässigt? Beispielsweise: Muss nicht auch der nichteheliche Partner des erziehenden Elternteils in seiner Rolle als Stiefelternanteil und als ein Angehöriger im Rechtssinne verstanden und anerkannt werden?

Mit Fug gewinnen die Soziologen aus ihrer Sicht der Dinge ein Potenzial für rechtspolitische Fragestellung und Kritik. Die soziologische Analyse selbst geht nicht selten über Beschreibung und Deutung hinaus und wagt den Sprung in die Normativität, in das „Sollen“.²⁸ Die Frage ist dann, aus welcher Quelle dieses „Sollen“ gespeist wird. Ist es die bloße Anschauung der Faktizität („Patchworkfamilie als reale Erscheinung“) oder doch eine normative Grundlage: Kindeswohl, widerspruchsfreie Regelung der Verantwortung für ein Kind, Verantwortung der Gesellschaft für Kinder und Familien. Beim Sprung der Soziologie in die Rechtspolitik finden sich unsere Wissenschaften auf demselben Feld wieder – umso dringender der gegenseitige Austausch.

28 Z.B. Vaskovics, in: Schwab/Vaskovics (wie Fn. 1), S. 11, 33ff.; W. Lauterbach, Bedeutung der Abstammung für die Familien- und Verwandtschaftszugehörigkeit, ebenda, S. 205f.; Feldhaus/Huink, ebenda, S. 77, 100f.; Hill/Kopp (wie Fn. 1), S. 230.

5. Resumee

- 1) Sozial- und Rechtswissenschaften kommen auf dem Feld der Familienforschung ohne einander nicht aus. Die rechtlichen Befunde können die auf die Fragestellungen der Sozialwissenschaften Einfluss haben, die Ergebnisse der soziologischen Forschung schaffen die Basis für kritische Distanz zum jeweils geltenden Recht.
- 2) Voraussetzung einer fruchtbaren Zusammenarbeit ist die Offenlegung der unterschiedlichen Grundverständnisse, Sichtweisen, Methodik und Terminologie.
- 3) Für die Soziologie stellt sich die Frage, inwieweit die jeweils gegebenen Rechtslagen als Entwicklungsfaktoren in die Interpretation der gesellschaftlichen Realität Eingang finden können oder sollen.
- 4) Für die Rechtswissenschaft stellt sich die Frage, ob sie bei der Entwicklung von normativen Konzepten sich der Hilfe der Sozialwissenschaften im erforderlichen Umfang versichert, namentlich: inwieweit Realitätsvorstellungen, die ihren Projekten zugrunde liegen, sozialwissenschaftlich hinreichend abgesichert sind.
- 5) Für beide Wissenschaftszweige stellt sich die Frage, inwieweit die Beschreibung von Realität mit Begriffen geschieht, die offen oder subkutan bereits normative Elemente oder Wertungen enthalten, welche die Tendenzen des Begriffsgebrauchs vorentscheiden.

Wir sollten also zusammenarbeiten, nicht nur interdisziplinär, sondern, wenn es denn geht, transdisziplinär, um ein in Mode gekommenes Wort aufzugreifen.

Eingereicht am/Submitted on: 15.10.2015

Angenommen am/Accepted on: 05.04.2015

Anschrift des Autors/Address of the author:

Prof. Dr. jur. Dr. h.c. Dieter Schwab

Universität Regensburg

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht
und Rechtsvergleichung (Prof. Dutta)

Universitätsstraße 31

93053 Regensburg

Deutschland/Germany

E-Mail: dieter.schwab@ur.de

Laszlo A. Vaskovics & Johannes Huinink

Werden die Regelungen des Familienrechts heutigen Familien und Kindern gerecht?

Reflexionen aus sozialwissenschaftlicher Perspektive

Do the provisions in German family law meet the needs of families and children?

Reflections from a social science perspective

Zusammenfassung

Die rasche Zunahme der Vielfalt von Familienformen und Familienstrukturen, neue Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen und damit einhergehende Veränderungen der Familienbeziehungen stellen für die Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Herausforderung dar. Diese Feststellung ist bei den Vertretern des Familienrechts unumstritten. Umstritten ist jedoch die Frage, *ob* und *wie* die Gesetzgebung auf diese Veränderungen reagieren soll. Eine ähnliche Diskussion gibt es in der sozialwissenschaftlichen Literatur. Auch dort werden unterschiedliche Einschätzungen und Positionen vertreten. Im Beitrag wird diese Diskussion weitergeführt und gefragt: Werden die Regelungen des Familienrechts in Familiensachen heutigen Familien und Kindern noch gerecht? Unter Bezugnahme auf die in diesem Themenschwerpunktheft enthaltenen rechtswissenschaftlichen Beiträge sowie auf die neueren rechtswissenschaftlichen Diskussionen werden Gesetzeslücken aufgezeigt und aus sozialwissenschaftlicher Perspektive Lösungen dafür vorgeschlagen.

Es wird aber auch die Frage kritisch diskutiert, wohin letztendlich eine auf die Schließung von Gesetzeslücken fokussierte Ausdifferenzierung und Erweiterung des Familienrechts unter Berücksichtigung neuer Elternschafts- und Familienkonstellationen führen kann. Sind aus sozialwissenschaftlicher Sicht ernstzunehmende Bedenken bezogen auf den bisher eingeschlagenen Weg anzumelden? Und gibt es möglicherweise

Abstract

The fast increasing diversity of family patterns and family structures, new constellations of parenthood and relations to child as well as accompanying changes in family relations constitute challenges for both legislation and jurisdiction. Among family law professional, this statement does not provoke any controversy. It remains controversial among them, however, *if* and *how* legislation should react to these changes. Similar discussions exist in the literature of the social sciences, where diverging assessments and positions are presented. In this contribution, the discussion shall be carried on by asking: Do the provisions in German family law still meet the needs of families and children? Taking the jurisprudential contributions to this special issue as well as recent jurisprudential debates into account, legal loopholes are to be identified and solutions from a social science perspective are proposed.

Additionally, it will be critically discussed, where the bridging of legal gaps by further differentiation and expansion of family law – for taking new parenthood and family constellations into account – may lead to. From a social science perspective, are there serious concerns to be raised with regard to the path already entered? Do alternative, not yet considered, routes for meeting the challenges possibly exist? These questions take center stage in the last chapter of this concluding contribution.

andere, bisher nicht in Erwägung gezogene Marschrouten, um der Herausforderung gerecht zu werden? Diese Fragen stehen im Mittelpunkt des Schlusskapitels dieses resümierenden Beitrages.

Schlagwörter: Wandel der Familie, Elternschaft, Kindschaft, Familienrecht, familienrechtliche Regelungsbedarf, Reformvorschläge

Key words: changes in the family, parenthood, relation to child, family law, need for new provisions in family law, proposals for reforms.

Einleitung

Die raschen Veränderungen und die zunehmende Vielfalt der Familienrealitäten stellen für die Gesetzgebung und Rechtsprechung eine Herausforderung dar. Das ist bei den Vertretern des Familienrechts unumstritten, wie die Gesetzgebung und Rechtsprechung auf den Wandel reagieren soll, wird aber kontrovers diskutiert. Auch in der sozialwissenschaftlichen Literatur werden dazu unterschiedliche Positionen vertreten. Wir versuchen in diesem Beitrag, die aktuelle Diskussion zu bündeln und werden aus der Perspektive der Familiensoziologie Grundsätze einer zukünftigen Anpassung des Familienrechts an den familialen Wandel ventilieren.

Zunächst werden wir den diagnostizierten Regelungsbedarf darlegen, auf Gesetzeslücken verweisen und dafür mögliche Veränderungen benennen, die der zunehmenden Vielfalt an Familien- und Elternschafts-konstellationen gerecht werden sollen. Wir werden dann aber grundsätzlicher fragen, wohin der Weg einer letztendlich eher nur Lücken füllenden Strategie einer Ausdifferenzierung und Erweiterung des Familienrechts am Ende führt. Wir werden aus sozialwissenschaftlicher Sicht Bedenken anmelden, auf andere, möglicherweise bisher nicht in Erwägung gezogene, Marschrouten eingehen, um der Herausforderung gerecht zu werden. Wir nehmen in unserem Beitrag auf zahlreiche Aspekte des familialen Wandels, der Veränderung familialer Strukturen und Beziehungen Bezug. Um den gegebenen Rahmen nicht zu sprengen müssen wir allerdings auf detaillierte empirische Darstellung der beschriebenen Veränderungen verzichten. Wir verweisen diesbezüglich den interessierten Leser auf die familiensoziologische und -demografische Literatur.

1. Regelungsbedarf aus der Sicht der Rechtswissenschaften

Im Laufe der vergangenen Jahrzehnte ist eine reichhaltige familienrechtliche Literatur entstanden (s. dazu die Sammelbände Hofer et al. 2005; Spickhoff 2007; Coester-Waltjen 2015; Hilbig-Lugani 2015). Die wichtigsten Themenbereiche waren bzw. sind:

- Regelung der gemeinsamen Sorge und Umgang in von der traditionellen ehelichen Kernfamilie abweichenden Familienformen („Sukzessivadoption“, Sorgerecht, „kleines Sorgerecht“, Umgangsrecht);
- Rechtsstatus (Elternstatus) geschiedener Väter;

- Rechtsstatus (Elternstatus) nichtverheirateter Väter;
- Rechtsstatus homosexueller Partnerschaften;
- Reformbedarf im Abstammungsrecht als Konsequenz medizinischer Kinderwunschbehandlung (zusammenfassend Spickhoff/Schwab/Henrich/Gottwald 2007; Schumann 2015; T. Helms 2015; Detloff 2015), Elternstellung bei künstlicher Befruchtung, nach Keimzellenspende, nach Embryooption;
- Rechtliche Fragen der Familienbildung mit Spendersamen und der Leihmutterschaft bei hetero- und homosexuellen Paaren (Thorn 2015);
- Regelungen zum Unterhalt, gegenseitigen Fürsorgepflichten, Versorgungs- oder Zugewinnausgleich u.a., die in der Ehe geregelt sind, bei nichtverheirateten Paaren (vgl. *Wellenhofer* in diesem Heft)

In diesem Schwerpunktthemenheft werden nicht alle der oben genannten Punkte thematisiert. Stattdessen nehmen zwei juristische Fachvertreterinnen an Hand ausgewählter Beispiele zu den z.T. umstrittenen Fragen des Regelungsbedarfs Stellung und weisen auf Gesetzeslücken hin.

Marina Wellenhofer analysiert in ihrem Beitrag „Regelungsaufgabe Paarbeziehungen: Was kann, was darf, was will der Staat?“ die Paarbeziehungen in Ehe, eingetragenen Lebenspartnerschaften und nichtehelichen Lebensgemeinschaften und ihre gegenwärtige rechtliche Behandlung. Sie zeigt die familienrechtlichen Lücken auf und macht Lösungsvorschläge für die Regelung bei kurzer Ehe sowie überlanger Trennungszeit am Beispiel von Gütertrennung, im Falle nichtehelicher Lebensgemeinschaften am Beispiel Unterhalt.

Nina Dethloff untersucht in ihrem Beitrag „Neue Familienformen. Herausforderungen für das Recht“ die Konsequenzen der Verbreitung neuer Familienformen für die Gesetzgebung. Sie stellt fest, dass das geltende Familienrecht der Vielfalt der Familienformen nicht mehr gerecht wird. Sie plädiert für die Abkehr vom traditionellen, dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) zugrundeliegenden Familienbild und für die Berücksichtigung neuer familialer Lebensformen bei der künftigen Gesetzgebung. Nachfolgend werden die Reformvorschläge der beiden Autorinnen kurz beschrieben.

Wellenhofer sieht Handlungsbedarf seitens der Gesetzgeber, neben dem Kindschaftsrecht, hauptsächlich bei der Gestaltung des Rechts der Paarbeziehungen, also des Rechts der Ehe, der gleichgeschlechtlichen eingetragenen Lebenspartnerschaft und der formlosen nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Bei bestehender (intakter) Paarbeziehung sieht sie nur bei *kindbezogenen* Fragen und bei Partnerschaftskonflikten (insbes. Trennung und Scheidung) Regelungsbedarf. „Hier bedarf es gesetzlicher Regelungen, um ein faires Verfahren und einen angemessenen Interessenausgleich zu gewährleisten“ (*Wellenhofer* in diesem Band: 163). Das Ziel ist der Schutz der Schwächeren, z.B. bei Regelung der Unterhalts- und Ausgleichspflichten insbesondere nichtehelicher Lebensgemeinschaften. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als solche ist nach wie vor nicht gesetzlich geregelt. „Von kindschaftsrechtlichen Normen abgesehen, bewegen sich unverheiratete Paare weitgehend im rechtsfreien Raum“, was daran abzulesen ist, dass es „bei Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft (...) keinen Versorgungsausgleich, keinen Zugewinnausgleich und – von § 1615I BGB abgesehen – auch keine Unterhaltsansprüche“ gibt (ibid.: 170). Sie schlägt vor, dass nach Auflösung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft Unterhalt zu leisten ist, „sofern durch die Lebensgemeinschaft dauerhaft Nachteile

im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Dauer der Beziehung sowie der Belange beider Partner grob unbillig wäre“ (ibd.: 172).

Die Frage, ob das geltende Familienrecht der Vielfalt der entstandenen Lebensformen gerecht wird, wird auch von *Dethloff* verneint. Sie plädiert für die Abkehr vom traditionellen, dem BGB zugrundeliegenden Familienbild und fordert differenzierte Lösungen auf interdisziplinärer und rechtsvergleichender Grundlage. Sie verweist darauf, dass der Gesetzgeber auf manche Veränderungen, wie z.B. auf die zunehmende Zahl nichtehelicher Geburten und Familien, zwar bereits mit Neuregelungen reagiert. In vielen anderen Bereichen stehen dagegen Reformen noch aus und sie nennt dafür drei Beispiele: Patchworkfamilien, Regenbogenfamilien und die mittels Kinderwunschmedizin gegründeten Familien.

Sie bemängelt, dass in Patchworkfamilien derzeit eine Adoption die einzige Möglichkeit darstellt, ein volles Sorgerecht des Stiefelternteils zu begründen. Die Stiefkindadoption steht zwar Ehegatten und seit 2005 auch eingetragenen Lebenspartnern offen, sie entspricht aber meist nicht den tatsächlichen in Stieffamilien bestehenden Verhältnissen und dem Wohl des Kindes. „Zum einen erlöschen mit der Adoption die verwandtschaftlichen Beziehungen zum anderen Elternteil, wie auch regelmäßig zu dessen Familie, also den Großeltern oder auch den Halbgeschwistern. Selbst wenn nur noch wenig Kontakt besteht, widerspricht dies oft den bestehenden emotionalen Bindungen des Kindes. Zum anderen sind auch die Motive für die Stiefkindadoption keineswegs immer am Kindeswohl ausgerichtet“ (*Dethloff* in diesem Band: 181).

Das neu eingeführte so genannte „kleine Sorgerecht“ greift nach ihrer Einschätzung zu kurz. Nach der Scheidung steht nämlich in der Mehrzahl der Fälle die Sorge beiden Elternteilen *gemeinsam* zu. Auch bei nichtehelicher Geburt werden Eltern heute, vor allem nach der Sorgerechtsreform, zunehmend gemeinsam sorgeberechtigt sein. Es ist auch kein Grund ersichtlich – so ihr Argument – warum die Regelung nicht auch bei gemeinsamer Sorge *beider* Elternteile eingreifen sollte. Der Anwendungsbereich der Regelung ist auch deshalb zu eng, weil sie nur für Ehegatten und eingetragene Lebenspartner gilt. Viele Stieffamilien beruhen aber nicht auf einer Ehe, da nach einer Scheidung oder Trennung eingegangene Beziehungen oft nicht formalisiert werden.

Als besonders problematisch sieht sie die Rechtslage auch bei Auflösung der Stiefelternbeziehung. Bei Scheidung oder Todesfall kann keine am Wohl des Kindes ausgerichtete Sorgerechtsentscheidung getroffen werden. Noch nachteiliger ist die Situation, wenn zwischen rechtlichem und sozialem Elternteil lediglich eine faktische Beziehung bestanden hat. Hier kann nicht einmal eine Verbleibensanordnung zugunsten des sozialen Elternteils getroffen werden. Das Kind muss unmittelbar an den anderen rechtlichen Elternteil herausgegeben werden. Es bleibt lediglich das Umgangsrecht, das enge Bezugspersonen bei Bestehen einer sozial-familiären Beziehung haben. Ihre detaillierte Analyse solcher Beziehungen führt zum Ergebnis, „dass der Gesetzgeber bestehende Bindungen zwischen sozialem Elternteil und Kind nur sehr unzureichend schützt. Hier besteht dringender Reformbedarf“ (ibd.: 182).

Regelungsbedarf sieht *Dethloff* auch bei den so genannten *Regenbogenfamilien*, insbesondere bei gleichgeschlechtlichen Paaren, wenn diese den Weg der Adoption eines fremden Kindes oder den Weg der assistierten Reproduktion wählen. Ein fremdes Kind

kann nach wie vor nur von einem Lebenspartner allein, nicht aber von beiden Partnern oder Partnerinnen gemeinsam adoptiert werden. Eine gemeinschaftliche Adoption ist nur Eheleuten vorbehalten. Die im Jahre 2014 eingeführte Neuregelung der „Sukzessivadoption“ bringt diesbezüglich auch keine zufriedenstellenden Lösungen. Auch wenn ein Kind mittels einer Samenspende eines Dritten gezeugt und in die eingetragene Lebensgemeinschaft zweier Frauen hineingeboren wird, bleibt der Partnerin der Mutter eine Ko- oder „Mitmutterschaft“ versagt.

Neue Herausforderungen für die Gesetzgebung ergeben sich auch aus der Familiengründung mit Hilfe der medizinisch assistierten Reproduktion. Bei einer künstlichen Befruchtung mit Samen eines Dritten stellt sich auch bei Verheirateten die Möglichkeit der Anfechtung der Vaterschaft durch das Kind selbst. Nach *Dethloff* besteht hier ein dringender Reformbedarf: Eine Anfechtung der Vaterschaft bzw. eine Inanspruchnahme des Samenspenders sollte ausgeschlossen werden. Regelungsdefizite bestehen auch, wenn die Eltern nicht verheiratet sind: Der Partner wird hier nur dann *rechtlicher Vater* wenn er die Vaterschaft anerkennt. Tut er das nicht, fehlt die rechtliche Absicherung des Kindes. Auch bei der *Leihmutterschaft* (die in Deutschland derzeit noch verboten ist), ergeben sich umstrittene Fragen die dringend einer neuen rechtlichen Regelung bedürfen (vgl. *Dethloff* in diesem Band).

Auf Grund der Analyse solcher Paar- und Familienkonstellationen kommt *Dethloff* zum Ergebnis, dass hier zahlreiche grundlegende Reformen erforderlich sind, die differenzierte Lösungen für die sich wandelnden Lebens- und Familienformen bereithalten.

2. Regelungsbedarf aus der sozialwissenschaftlichen Perspektive

Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive ist die Frage zu stellen, zu welchen Bereichen familialen Lebens *zusätzlicher* (also in der rechtswissenschaftlichen Literatur nicht genannter) Regelungsbedarf besteht, um heutigen Familien- und Kindschaftkonstellationen gerecht zu werden.

Zunächst sei aber eine Vorbemerkung gemacht. Aus unserer Sicht folgt das bisherige juristische Vorgehen bei Schließung von Gesetzeslücken im Familienrecht einer unwidersprochenen Maxime. Der Gesetzgeber reagiert, um den neu entstandenen Familienrealitäten gerecht zu werden, oft mit rechtlichen Ad-hoc-Lösungen. Bei diesen Regelungen und bei allen noch ausstehenden Lösungen für beanstandete Regelungslücken, die Politiker, Rechtswissenschaftler, Vertreter der Rechtsprechung, Anwälte usw. Regelungsbedarf anmahnen, geht es dem Gesetzgeber in erster Linie – oder fast ausschließlich – „nur“ darum, die „leibliche“ (d.h. genetische/biologische) *und* rechtliche Elternschaft bei allen verzweigten Partnerschafts- und Familienkonstellationen irgendwie in Übereinstimmung zu bringen und, wenn dies nicht gelingt, einer Elternperson auch ohne Berücksichtigung der tatsächlichen biologischen Abstammung Pflichten und Rechte juristisch zuzuweisen. Um dieses Ziel zu erreichen, ‚operiert‘ man auch mit unterstellten vereinfachenden Konstruktionen der Realität bzw. folgt traditionellen Leitbildern und negiert oft die funktionale Bedeutung der sozialen Elternschaft (s. ausführlicher Kap. 2.3). Im Mittelpunkt steht hierbei stets als Maxime gesetzgeberischen Bemühens die Frage: Wer sind die *rechtlichen*

Eltern eines Kindes bzw. wie kann die übernommene Elternverantwortung *rechtlich* abgesichert werden (Helms, 2011). Die so ermittelte „Elternschaft im Rechtsinn“ steht also im Vordergrund. Durch die Höherbewertung der *rechtlichen* Elternschaft werden die einzelnen Elternschaftssegmente – wir unterscheiden zwischen einem biologischen, genetischen, sozialen und rechtlichen Segment – in ein hierarchisches Prioritätsverhältnis gebracht (s. zu den Elternschaftssegmenten Kap. 2.3.)

Aus sozialwissenschaftlicher Perspektive erscheint es allerdings problematisch etwa zwischen sozialer Elternschaft und „Elternschaft im Rechtsinn“ ein Rangverhältnis zu sehen. Der Gesetzgeber müsste *beide* Dimensionen (und dies gilt auch beim Auseinanderfallen von genetischer und biologischer Elternschaft) berücksichtigen. Diese Suche und letztlich die Feststellung der *rechtlichen* Elternschaft in einzelnen Fällen führt zur Unterbewertung, wenn nicht Negierung, der sozialen (gelegentlich auch der genetischen) Elternschaft. Die Folge ist vielfach eine realitätsfremde Konstruktion, die es erschwert das einzulösen, was inzwischen nicht nur Sozialwissenschaftler sondern auch Rechtswissenschaftler fordern, nämlich eine hinreichend differenzierte rechtliche Lösung, die den sich wandelnden Lebens- und Familienformen gerecht wird. Bei der Regelung der Abstammung z.B. müsste – wie inzwischen auch von Juristen gefordert wird – auch rechtlichen und sozialen Tatbeständen Bedeutung zugemessen werden (Spickhoff et al. 2007).

2.1 *Regelungsbedarf als Konsequenz der veränderten Funktionen der Elternschaft und familialer Beziehungen*

Die Familie nimmt neben der biologischen Reproduktionsfunktion bislang unverzichtbare Sozialisations- und Erziehungsfunktionen für die nachwachsende Generation wahr, womit sie wesentlich zur gesellschaftlichen Reproduktion beiträgt. Damit ist eine soziale Platzierungsfunktion verbunden, da die Familie einen großen Einfluss auf den zukünftigen sozialen Status der Kinder hat. Als Ort der Intimität, Emotionalität und Geborgenheit dienen Partnerschaft und Familie auch der „psychosozialen Stabilisierung“ ihrer Mitglieder. Sie stellen einen vertrauensvollen Interaktionskontext dar, in dem sich die Menschen ihrer persönlichen Identität vergewissern, ihr individuelles Selbstbild stärken sowie – von instrumentellem Erfolgsdruck befreit – persönliche Selbstwirksamkeitserfahrungen machen können. Als Ort des gemeinsamen Haushaltens und Konsumierens haben Partnerschaft und Familie zudem noch wirtschaftliche sowie Freizeit- und Erholungsfunktionen. Wirtschaftlich gesehen ist der Familienhaushalt ein *Unterhaltsverband* mit gemeinsamer Verwaltung der Mittel für den Lebensunterhalt der Familienmitglieder, die sie ernährt, kleidet und behaust. Die „Freizeit- und Erholungsfunktion“ ist eine moderne Variante der Wirtschaftsfunktion. Die Familie erbringt Leistungen zum Erhalt und zur Wiederherstellung der Gesundheit der Familienmitglieder und bietet durch die Bereitstellung von Erholungsmöglichkeiten bzw. Ausgleichsleistungen gegenüber bestehenden gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Organisationsformen einen Gegenpol (Kaufmann 1995; BMSFJ 1994).

Wesentliche Funktionen nimmt die Familie in modernen Gesellschaften konkurrenzlos, andere arbeitsteilig oder auch konkurrierend mit anderen gesellschaftlichen Teilsystemen wahr. Im Zuge der voranschreitenden Modernisierung wurden politische, religiöse, erzieherische und Bildungsfunktionen der Familie ganz oder zum Teil auf andere gesell-

schaftliche Institutionen (z. B. Staat, Sozialversicherungssystem, zivilgesellschaftliche Institutionen, Bildungssystem, Sport) übertragen und treten im Familienalltag zurück (vgl. zusammenfassend Peuckert 2012). Auch die wirtschaftliche Funktion der Familie hat (objektiv, wie auch nach dem subjektiven Verständnis der Menschen) zugunsten der emotionalen Funktion der engen sozialen Beziehungen zwischen Partnern, Eltern und Kindern stark an Bedeutung verloren. Kinder sind heute für die Eltern und die Eltern und Partner sind für einander Interaktionspartner und dies in sehr persönlichen Interaktionsbeziehungen, die in der heutigen Gesellschaft für die Stabilisierung individueller Identität und Selbstvergewisserung, für den Gewinn persönlicher Anerkennung sehr wichtig sind. Damit unterstützen diese besonderen sozialen, „dialogischen“ Beziehungen die Handlungsfähigkeit von Personen in einer Gesellschaft, in der diese immer stärker gefragt ist (Huinink, 1995). Die beobachtbare Zunahme der Optionen partnerschaftlicher und familialer Lebensgestaltung impliziert erhöhte Anforderungen an individuelle Entscheidungen und verstärkt die Verantwortung des Einzelnen für die getroffenen Entscheidungen. Da früher geltende, eindeutige Verhaltensvorschriften an Verbindlichkeit einbüßen, ist mit einer Zunahme von Verhaltensunsicherheit zu rechnen. Dies gilt auch für die Familienplanung und für die Erziehung der Kinder. Das Handeln in Intimbeziehungen wird daher stärker mit risikobehafteten Entscheidungsproblemen belastet. Daraus ergeben sich im Vergleich zu früher, erheblich steigende Anforderungen an die Partner und gegebenenfalls an alle Familienmitglieder. Doch solche Risiken beinhalten zugleich auch Chancen für eine individuelle Selbstgestaltung des partnerschaftlichen und familialen Alltags und dafür, eine getroffene Fehlentscheidung oder langfristig nicht tragfähige Entscheidung, z.B. im Interesse der Erziehung der Kinder, zu revidieren und gegebenenfalls eine neue Partnerschaft aufzubauen oder eine neue Familie zu gründen. Dieser Bedeutungswandel von Partnerschaft und Familie hat auch erhöhte Ansprüche an die emotionale Qualität der Familienbeziehungen zur Folge. Das beeinflusst die Bereitschaft, in die Wohlfahrt des Beziehungspartners und der Kinder zu investieren. Nach diesem Verständnis wird Familie nicht mehr in erster Linie als *Unterhaltsverband* verstanden oder gelebt, die mit formalen Rechten oder Pflichten verbunden ist. Die Sorge für die Kinder als altruistischer Akt, der zur Etablierung besonders persönlicher, dann letztendlich auch hochgradig befriedigender sozialer Beziehungen beiträgt, und nicht als eine berechnende, womöglich ökonomisch ertragreiche Investition rückt in den Vordergrund der Motivation zur Elternschaft.

2.2 *Regelungsbedarf als Konsequenz der Pluralisierung von Familienformen*

Ein wesentlicher Aspekt gesellschaftlicher Modernisierung in den westeuropäischen Ländern ist die Ausdifferenzierung von Lebens- und Familienformen. Mitglieder moderner Gesellschaften sehen sich (immer) mehr, auch soziokulturell legitimierte, Alternativen der privaten Lebensführung und familialen Lebensgestaltung gegenüber (Vaskovics/Schattovits 1997; Peuckert 2012). Nicht nur neue Familienformen sind als wählbare Optionen entstanden, sondern die familiäre Lebensform als solche ist insgesamt auch zur Disposition gestellt. Geht man weiter in die Vergangenheit zurück, stellt man zwar fest, dass es nahezu alle der so genannten „neuen Lebensformen“ schon in früheren Jahrhunderten in erheblicher Zahl gegeben hat – so wie die Kleinfamilie eben auch immer schon eine

hervorragende Familienform war. Die Zunahme der Vielfalt von Lebensformen hat heute aber andere Ursachen als in vormodernen Zeiten.

Partnerschaft und insbesondere die Elternschaft konkurrieren bei der Lebensplanung und Lebensgestaltung mit anderen Optionen, vor allem mit der Berufstätigkeit und Berufskarriere, und im Zusammenhang damit mit Wohlstand und Konsum, sowie der Planung und Gestaltung der Freizeit. Junge Menschen stehen bei ihrer Lebensplanung und -gestaltung vor Alternativen, die einige Generationen zuvor nicht zugänglich waren: Single oder Partnerschaft, Eheschließung oder nichteheliche Lebensgemeinschaft, Elternschaft mit oder ohne (eheliche) Lebensgemeinschaft, gemeinsames Haushalten oder „living apart together“, Trennung/Scheidung oder ‚weiter so‘.

Hinzu kommen neue, bisher nicht existierende Lebensformen: Elternschaft in hetero- oder gleichgeschlechtlicher Partnerschaft, durch Samen des Partners oder durch heterologe Insemination gegründete Familien (Berlin-Brandenburgische Akademie 2012) Diese Optionen stellen *Möglichkeiten* dar. Die Mitglieder moderner Gesellschaften sind bei ihrer Lebensgestaltung vor die Wahl gestellt, zwischen diesen gesellschaftlich akzeptierten Alternativen bei ihrer Lebensplanung zu entscheiden.

Neben der „Normalfamilie“ haben sich verschiedene weitere Familienformen rasch verbreitet. Dies betrifft die Zunahme von Ein-Eltern-Familien, Adoptionsfamilien, Pflegefamilien, der nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Kind, der so genannten Bi- und Multinuklearfamilien (Wallisch 1987), der Fortsetzungsfamilien (Furstenberg 1987), Zweifamilien (Giesecke 1987) und Patchworkfamilien (multiple Elternschaften), der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften mit Kind (Regenbogenfamilie) und der durch heterologe Insemination entstandene Eltern-Kind-Beziehungen.

Die Typenvielfalt der Lebensformen in unserer Gesellschaft hat sich also erhöht (siehe zusammenfassend Peuckert 2012). Dazu gehört auch – das wird oft vergessen, ist für unseren Zusammenhang aber wichtig –, dass die Vielfalt der Alltagsorganisation in partnerschaftlichen und familialen Lebensformen gleichen Typs ebenfalls größer geworden ist. Das gilt schon allein für die verschiedenen Arrangements der Erwerbsbeteiligung in Paarbeziehungen und Familien. So verändert sich auch die vormals klassische Kleinfamilie, um den neuen Anforderungen aus Gesellschaft, Bildungsinstitutionen und Arbeitswelt gerecht zu werden. Die steigende Organisations- und Funktionsvielfalt in familialen und nicht-familialen Lebensformen ist eine notwendige Reaktion auf die zunehmenden Anforderungen aus der sozialen Umwelt ihrer Mitglieder, die „verarbeitet werden müssen“, um die Existenz und Stabilität der Lebensformen als befriedigenden sozialen Beziehungszusammenhang aufrechtzuerhalten. Lebensformen werden also in ihrer Struktur wandelbarer und flexibler, ihre Mitglieder vergrößern das koordinierte Verhaltensrepertoire bei der Wohlfahrtsproduktion, um auf die Eventualitäten des Lebens reagieren und deren emotionale Qualität sichern zu können. Das berufsbedingte Pendeln ist ein Beispiel dafür (Huinink 2011).

Diese Ausdifferenzierung von Lebens- und Familienformen geht mit gesamtgesellschaftlichen Veränderungen struktureller (z.B. Differenzierung des Bildungs- und Erwerbssystems) und kultureller Art (z.B. Wertewandel) einher. Der strukturelle Wandel ermöglicht und fordert eine Differenzierung und Vielfaltsteigerung von Lebensformen heraus. Kultureller Wandel legitimiert die „neuen“ Formen der Herstellung, Gestaltung und Organisation intimer und familialer Lebensformen.

Die Bewältigung dieser Anforderungen kann misslingen. Paare und Familien scheitern unter den gegebenen familien- und sozialpolitischen Rahmenbedingungen und aufgrund des hohen Anspruchsniveaus vielfach überfordert zu sein. Eine weitere Konsequenz dieser gesellschaftlichen Entwicklung ist daher, dass Paar- und Familienbeziehungen instabiler geworden sind. Nach deren Scheitern werden neue intime und familiäre Verbindungen geschlossen, die zu den schon erwähnten komplexen familialen Verhältnissen führen. Gleichzeitig ist die Attraktivität rechtlich weniger verbindlicher, wenn gleich emotional nicht weniger anspruchsvoller Lebensformen, mit und ohne Kinder, ständig gestiegen. Sie erlauben eher, sich wirtschaftlichen und sozial „kostenträchtigeren“, vom Scheitern bedrohten familialen Bindungen zu entziehen. All diese Entwicklungen haben entscheidend dazu beigetragen, dass die Vielfalt von Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen zugenommen hat.

Scheinbar entgegen diesem Trend ist mit der eingetragenen Lebenspartnerschaft etwa eine „eheähnlich“ institutionalisierte Form der Lebensgemeinschaften homosexueller Paare gefordert und auch vom Gesetzgeber eingeführt worden. Das Ehe- und Familienrecht hat auf die Verbreitung neuer Beziehungs- und Familienkonstellationen also durchaus mit Neuregelungen reagiert, sich aber dabei oft an einem von der Realität abgehobenen Familienleitbild orientiert. Die empirische Komplexität wurde/wird beispielsweise auf ein vereinfachendes und verengendes Konstrukt reduziert, indem man die rechtliche Elternschaft als das wichtigste strukturierende Element der Familie betrachtet. Die Komplexität der psycho-sozialen Realität wird auf die durch *rechtliche* Elternschaft konstruierte Familienkonstellation reduziert. Auf diesem Weg konnten zwar Elternpflichten und Elternrechte festgelegt und auch der Schutz der Kinder in neuen Familienformen geregelt werden – aber oft abgehoben von der gelebten Familienrealität. Vom Familienleitbild bzw. vom rechtswissenschaftlichen und/oder gesetzgeberischen Familienkonstrukt abweichende Beziehungs- und Familienrealitäten werden oft nur als „irritierende Tatsachen“ (Schwab 2011a) wahrgenommen und behandelt. Besonders schwer tut sich die Gesetzgebung mit binuklearen Familien, Patchworkfamilien (multiple Elternschaften) und gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften mit Kind (Regenbogenfamilien) sowie mit durch heterologe Insemination entstandenen Eltern-Kind-Beziehungen.

2.3 *Regelungsbedarf als Konsequenz der Differenzierung der Elternschaft*

Auch unter Berücksichtigung der bereits erfolgten *Differenzierung der Elternschaft* (Hoffmann-Riem 1984, 1989, Vaskovics 2002, 2009, 2011) und der erwartbaren künftigen Entwicklung stellen sich aus sozialwissenschaftlicher Perspektive mehrere Fragen an die Rechtswissenschaften und die Gesetzgebung (vgl. Vaskovics 2011):

(1) Der deutschen Gesetzgebung geht es, wie schon betont, bei der Festlegung der Elternschaft primär um die rechtliche Regelung der Eltern-Kind-Zuordnung und die daraus resultierenden Rechte und Pflichten (Helms 2011), aber nicht um die biologisch-genetische Zeugung und Abstammung des Kindes, und nicht um die Rekonstruktion der tatsächlichen temporären und situativen Elternschaftskonstellationen (Vaskovics 2011; Lois/Kopp 2011). Die deutsche Gesetzgebung negiert dabei vielfach die erfolgte Differenzierung der Elternschaft und damit faktisch soziale Tatbestände und biologisch-genetische Beziehun-

gen. Sie agiert in diesem Zusammenhang mit vereinfachenden Realitätskonstruktionen, wohl wissend, dass diese im Einzelfall angefochten werden können. Den entstandenen Differenzierungen wird mit den Begriffen „Pflegeeltern“, „Stiefeltern“ zwar bis zu einem gewissen Grad Rechnung getragen, aber diese begrifflichen Unterscheidungen bilden die Komplexität der entstandenen sozialen Familienrealitäten nicht ab (z.B. eine so genannte Mehr-Mütter-Familienkonstellation). Als „Ventil“ werden beispielsweise zur Auflösung einer nicht abstammungsmäßigen rechtlichen Elternschaft (Heiderhoff 2011) rechtliche Wege geöffnet: z.B. das Vaterschaftsanfechtungsrecht und das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner biologischen Abstammung.

(2) „Elternschaft“ ist im deutschen Recht als ein personenrechtlicher Status definiert (Lipp 2011) und klärt die Rechtsstellung der Eltern (z.B. bei der Sorgerechtsregelung) durch die gesetzgeberische Festlegung der Elternrechte und -pflichten. Aus sozialwissenschaftlicher Sicht ist dazu kritisch anzumerken, dass der Begriff „Eltern im Rechtssinne“ einen (Total-)Anspruch auf die Definition der Elternschaft schlechthin erhebt. Die Gesetzgebung und noch mehr die Rechtsprechung orientiert sich im Rahmen eines Verfahrens an der jeweils vorfindbaren, situativ gegebenen rechtlichen Elternschaft und seit kurzem auch an Merkmalen einer „sozial-familiären Beziehung“. Einen ersten Schritt hin zur Anerkennung der *sozialen Elternschaft* des Stiefelternteils stellt das so genannte kleine Sorgerecht des neuen Ehegatten oder Lebenspartners dar. Ihm stehen im Einverständnis mit dem rechtlichen Elternteil Mitentscheidungsbefugnisse in Angelegenheiten des täglichen Lebens zu, wenn dieser alleinsorgeberechtigt ist (Lipp 2011). Scheiwe (2015) hat vor kurzem einen Reformvorschlag zur Regelung der Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern nach dem Muster der „parental responsibility“ im englischen Recht zur Diskussion gestellt. Als Problem wird die unzureichende rechtliche Absicherung sozialer Elternschaft im deutschen Recht angesehen, wenn in erster Linie Dritte, z.B. Großeltern des Kindes oder neue Partner eines Elternteils, sich um ein Kind kümmern. Verallgemeinert gilt, dass im deutschen Familienrecht juristisch nur die rechtlichen, nicht aber die faktischen Stiefeltern geschützt werden (Scheiwe 2015). Nach der rechtsvergleichenden Analyse der Autorin gewährt das englische Recht die Übertragbarkeit elterlicher Sorge auf mehr als zwei Elternteile und auch auf *non-parents*.

(3) Die durch die Gesetzgebung unterstellte Koinzidenz von genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft (Schwab 2011a) ist statistisch zwar nach wie vor dominierend. Angesichts einer sich zunehmend davon entfernenden Wirklichkeit kann sie aber schon lange nicht mehr als Leitbild rechtlicher Regelungen dienen. In einer seit langem beständig zunehmenden Zahl von Familien liegt diese unterstellte Koinzidenz in der Realität eben *nicht* vor. Muss die Gesetzgebung darauf nicht mit einer neuen, die entstandene *Komplexität* berücksichtigenden Definition der Elternschaft reagieren?

Die rechtswissenschaftliche Konstruktion ‚sozial-familiäre Beziehung‘ (Lipp 2011; Schwab 2011a) ist ein wichtiger Versuch auf die entstandenen Differenzierungen zu reagieren. Doch dieser Begriff umfasst nicht nur Beziehungen zu Eltern, sondern auch enge Beziehungen zu Verwandten, zu Mitgliedern von Wohngemeinschaften etc. Wäre es nicht sinnvoll, den Begriff „soziale Elternschaft“ (gemäß Intention der sozial-familiären Beziehung) in die Gesetzgebung einzuführen und die „sozial-familiäre Beziehung“ *nur* auf sonstige Personen, also nicht auf Elternpersonen zu beschränken? In diesem Fall könnte

man konsequent zwischen rechtlicher Elternschaft, „sozialer Elternschaft“ und „sozial-familiärer Beziehung“ unterscheiden. Unter „sozial-familiärer Beziehung“ würde also eine Lebensgemeinschaft ohne Adoptivverhältnis von Enkeln und Großeltern, oder Kindern und Tanten und/oder Onkel u.Ä. verstanden. Damit könnte die Gesetzgebung z.B. dem weit verbreiteten Phänomen der „multiplen Elternschaft“ (Feldhaus/Huinink 2011) realitätsnah Rechnung tragen (Vaskovics 2011). Zu der juristischen Handhabung der sozialen Elternschaft gibt es wichtige Anstöße, auch aus der rechtswissenschaftlichen Perspektive (u.a. Rainer 2015; Schweive 2015; Stathopoulos 2015; Brosius-Gersdorf 2014).

(4) In der Realität kann im Lebensverlauf eine *Elternschaftskarriere* mit unterschiedlichen Konstellationen, bezogen auf ein Kind oder mehrere Kinder aus mehreren vorangehenden Partnerschaften vorliegen. In der Gesetzgebung geht es jeweils um die rechtliche Zuordnung eines Kindes zu *einer* Elternperson. Wie wird in der Gesetzgebung der Veränderung der *Elternschaftskonstellation im Lebensverlauf* künftig Rechnung getragen?

(5) Wie wird in der Gesetzgebung (beispielsweise beim Abstammungsrecht) den in der Realität ebenfalls häufig vorkommenden Mehrväterkonstellationen („Väter-Kind“-Konstellation) Rechnung getragen? Wie können die sich aus der Mehrväterkonstellation ergebenden Konflikte im Kindschaftsverhältnis gelöst werden, wenn z.B. das Stiefkind nicht einsieht, dass der Stiefvater über die Sorgebefugnisse verfügt, nicht aber sein biologischer Vater? Die rechtswissenschaftliche Diskussion dazu haben Heiderhoff (2008, 2011) und Löhning (2011) bereits angestoßen.

Auch die „gespaltene Mutterschaft“ oder „gemeinsame Mutterschaft“ (Schumann 2014) (Mehrmutterkonstellation) ist gesellschaftliche Realität. Die deutsche Gesetzgebung reagiert darauf mit Verboten (Embryonenschutzgesetz) und fußt auf einer mittlerweile zu sehr vereinfachenden Definition der Mutterschaft: „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat“. Diese rechtliche Einordnung der gespaltenen Mutterschaft und Negierung der Mehrmutterkonstellation in der deutschen Gesetzgebung ist nicht nur wegen der Ungleichbehandlung, sondern auch in Anbetracht der sehr unterschiedlichen Regelung in den einzelnen europäischen Staaten fragwürdig (Kaiser 2011; Jestaedt 2015; Schumann 2014, 2015)

(6) Das Leitbild der Koinzidenz von genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft lässt in der Gesetzesanwendung einen weiten Interpretationsspielraum für *richterliche Entscheidungen*. Man nimmt meist an, dass für diese Entscheidungen das Wohl des Kindes ausschlaggebend ist. Doch können Vorurteile und/oder überholte Leitbilder seitens der Richter eine wichtige Rolle spielen (Vaskovics/Buba 2000). Werden auch weiterhin diese breiten Entscheidungsspielräume für richterliche Entscheidungen auch künftig unvermeidlich sein oder sollten man versuchen, die empirisch festgestellten Familienleitbilder und -realitäten (der Betroffenen) stärker in darauf zugeschnittenen Regelungen Berücksichtigung zu verankern?

Das Kennzeichen für „Elternschaft“ nach Lipp (2011) bedeutet „die Wahrnehmung von Pflege, Erziehung, Aufbau sozialer, persönlicher und familiärer Beziehung zum Kind aufgrund einer an den biologischen/rechtlichen Elternstatus anknüpfenden Rechts- und Pflichtstellung“ (Lipp 2011: 127; Wanitzek 2002). Der rechtlich definierte Elternstatus

schließt eine simultane Elternschaft einer dritten Person aus. Es ist zu fragen, ob – um der sozialen Realität der Elternschaft besser gerecht zu werden – der Totalitätsanspruch der „Eltern im Rechtssinne“ aufgegeben werden sollte. Warum könnte der Begriff „Eltern im rechtlichen Sinne“ als „rechtliche Elternschaft“, nicht „nur“ als *ein* Segment neben einer auch psycho-soziale und biologisch genetische Bezüge umfassenden Elternschaft gelten? Dies würde bedeuten, dass auch im Sinne einer rechtswissenschaftlichen Konstruktion die Eltern, so wie dies in der Realität häufig geschieht, die rechtliche Elternschaft allein oder, in bestimmter Konstellation, mit der biologisch-genetischen und/oder mit der sozialen Elternschaft wahrnehmen können (Vaskovics 2011; Schwab 2015).

2.4 *Regelungsbedarf als Konsequenz der Differenzierung der Kindschaftstypen*

Es ist mit einer zunehmenden Ausdifferenzierung von Kindschaftskonstellationen zu rechnen: Die jeweilige Kindschaftskonstellation konstituiert sich korrespondierend zu den jeweiligen Elternschafts- und Elter(n)-Konstellationen (Alt/Lange 2011). In einer ersten Annäherung sind die *Kindschaftstypen* in Abhängigkeit davon zu unterscheiden, ob die jeweiligen Eltern(personen) alle Segmente der Elternschaft gegenüber diesem Kind wahrnehmen oder nur einzelne Elternschaftssegmente, ob diese Elternschaftskonstellation dauerhaft oder nur temporär wahrgenommen wird und/oder eine oder mehrere Personen Elternschaftssegmente simultan oder sukzessiv wahrnehmen (z.B. Vater-Kind/Väter-Kind). Die künftigen Veränderungen betreffen in erster Linie die quantitative Verbreitung von nicht-konventionellen Kindschaftskonstellationen. Zu erwarten ist ein zunehmender Anteil von minderjährigen Kindern, die durch nichtbiologische und nicht-genetische Teil-Elter(n) erzogen werden; von Kindern, die Eltern haben, welche nur eine Teil-Elternschaft wahrnehmen und von „Väterkindern“ (und „Mütterkindern“), also Kindern, die mehrere Väter (Mütter) haben. „Väter“-Kinder haben bis zu ihrer Volljährigkeit simultan und/oder sukzessiv mehrere Väter, die ihnen gegenüber unterschiedliche Elternschaftssegmente wahrnehmen bzw. wahrgenommen haben. Diese Zusammenhänge werden in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion aus der Perspektive der Elternschaft wahrgenommen, thematisiert und dazu werden auch rechtliche Regelungen vorgeschlagen. Das geschieht, von einigen Ausnahmen abgesehen (z.B. Wellenhofer 2011), kaum aus der Perspektive der Kinder, insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Rechte (Vaskovics 2011).

3. **Theoretische Zwischenbetrachtung**

Politiker, Rechtswissenschaftler, Vertreter der Rechtsprechung, Anwälte und nicht zuletzt Sozialwissenschaftler, wie im vorherigen Kapitel dieses Beitrags vorgeführt, zeigen unter Verweis auf die zunehmende Vielfalt und Differenzierung familialer Lebenswelten sowie Elternschafts- und Kindschaftskonstellationen immer wieder neue Gesetzeslücken auf, signalisieren dafür Handlungsbedarf und fordern, seitens des Gesetzgebers mit neuen Ge-

setzen auf diese Entwicklungen zu reagieren. So will man den entstandenen Familienrealitäten gerecht zu werden.

Gesetzgeberischer Handlungsbedarf wird insbesondere signalisiert, wenn neue, gesetzlich bisher nicht geregelte Konflikte in den familialen Lebenswelten auftreten. Die daraus resultierenden Regulierungen bilden mit den bereits vorhandenen Regelungen des Familienrechts ein immer engmaschigeres Netz um den familialen Alltag. Es findet auf diesem Wege eine weiter zunehmende Verrechtlichung der familialen Lebenswelten statt. Eine Folge könnte sein, dass partnerschaftliche und familiale Konflikte immer seltener auf dem Wege der individuellen Verständigungsprozesse, sondern auf dem Rechtsweg, also unter Zuhilfenahme von Gerichten und Anwälten, gelöst werden. Die sozialen Folgen dieser Version eines „crowding out“ sind schwer abzuschätzen, dürfen aber nicht unbeachtet bleiben, weil sie an den Grundfesten der, wie dargestellt wurde, heute besonders wichtigen Funktion von Partnerschaften und Familie rütteln. Sie drohen, den höchst persönlichen, dialogischen Charakter dieser Beziehungen zu beeinträchtigen, weil sie (scheinbar) einfache Auswege der Konfliktlösung bieten, den eigentlichen Charakter der Beziehung auf diesem Wege aber zerstören.

Dieses ist ein Grund dafür zu fragen, wie viel Gestaltungsraum bei der wachsenden Regulierungsdichte für die private Lebensführung, für die verständnisorientierte partnerschaftliche Konfliktlösung bleibt. Im Folgenden seien aus der Perspektive zweier Theorien in den Sozialwissenschaften, nämlich der Individualisierungstheorie und der These zur „Kolonialisierung“ der Lebenswelt einige Schlussfolgerungen zur Beantwortung der oben gestellten Fragen diskutiert. Es ist uns bewusst, dass diese theoretischen Perspektiven den sozialwissenschaftlichen Lesern wohl bekannt sind. Durch die Skizzierung dieser theoretischen Modelle möchten wir den rechtswissenschaftlich interessierten Lesern den theoretischen Hintergrund unserer Problemstellung näher bringen.

3.1 Verrechtlichung und Emanzipation

Aus soziologischer Sicht hat sich Verhältnis zwischen Recht und Individuum im Zuge der Modernisierung unserer Gesellschaften stark verändert. Es gibt theoretische Ansätze, diesen Sachverhalt in unterschiedlicher Weise thematisieren und zu erklären versuchen. Ein prominenter Ansatz begreift diesen Wandel als Prozess zunehmender Individualisierung sozialer Verhältnisse. Damit ist gemeint, dass soziale Beziehungen und individuelle Lebensläufe im Verlauf der letzten Jahrhunderte von strikten, normativen Vorgaben befreit wurden, die vormals nicht nur rechtlich, sondern ebenso wirkungsvoll sozial sanktioniert wurden (Beck 2008). Die Folge ist unter anderem eine zunehmende Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit, die gleichzeitig mit einer ebenso zunehmend in eigener Verantwortung liegenden Gestaltungsaufgabe, wenn nicht gar -pflicht einhergeht. Im Zuge damit ist immer mehr der Einzelne als (eigen)verantwortlicher, individueller Akteur der Adressat gesellschaftlicher und insbesondere sozialstaatlicher Institutionen. Beck formuliert in einer Abwehr einer Kritik an seiner Individualisierungstheorie:

„Die Falsifikationsinstanz (...) [der Individualisierungstheorie, Einfügung der Autoren des vorliegenden Beitrages] liegt nicht primär in der Kontingenz der Einstellungen und Verhaltensweisen der Individuen (...), sondern in dem *Zusammenhang zwischen Staat und Individualisierung*: zivile Grundrechte, politische Grundrechte, soziale Grundrechte, Familienrecht, Scheidungsrecht, aber auch die neoliberalen Re-

formen des Arbeitsmarktes (...) – in all diesen Feldern zeigt sich empirisch belegbar oder widerlegbar die historische Tendenz zur institutionalisierten Individualisierung. Denn der Adressat dieser (Grund-)Rechte und Reformen ist das Individuum und nicht die Gruppe, das Kollektiv“ (Beck 2008: 303, Hervorhebungen im Original).

Die so beschreibbare Entwicklung der modernen Verrechtlichung wirft eine grundsätzliche Frage bezogen auf die private Welt der Lebensformen auf (vgl. Huinink 2016). Mit der Emanzipation von traditionellen Verhaltensnormen und mit der Entlastung von ökonomischen Zwängen der Lebensbewältigung, denen die vormoderne Familie in der Regel noch unterlegen war, begann die Emotionalisierung und „Subjektivierung“ des Ehe- und Familienbildes und der intimen Lebenspraxis das instrumentelle Verständnis des „Hauses“ abzulösen (Huinink/Konietzka 2007: 64). Die (ehe-)vertragsrechtliche „Rahmung“ bildet seitdem das institutionelle Gerüst der sozialen Beziehungen zwischen Eltern untereinander und zu den Kindern. Diese sind aber – idealtypisch betrachtet – von einer besonderen, rechtlich nicht abbildbaren Qualität. Man könnte so weit gehen zu behaupten, dass sie daher eine rechtliche Spezifikation nicht vertragen; denn diese geht zwangsläufig mit Typifizierungen und Klassifizierungen einher, die dem Grad der Authentizität der Beziehungen nicht gerecht werden können (Huinink 1995). Wenn die Paar- oder Elternschaftsbeziehung nur als „informelle“, intime Beziehung erfüllend ist und nur (noch) so ihre Attraktivität für den Einzelnen entfaltet, wird das „Formelle“, damit auch das Rechtliche, zum Problem. Man will in diesen Beziehungen Subjekt und nicht Rechtsobjekt sein. Rechtliche Eingriffe werden – und das ist ja auch eine „Errungenschaft“ der Aufklärung und Individualisierung – insoweit zugelassen, als sie die Beteiligten von unzulässigen Eingriffen in die *persönliche* Würde und Unversehrtheit bewahrt, etwa durch Anwendung von Gewalt, sexuellem Missbrauch, anderen Formen der menschenunwürdigen Ausbeutung und Behinderung der individuellen Entfaltung. Damit ist eine sozusagen „negative“ Funktion rechtlicher Normsetzung benannt, welche die Rechte auf individuelle Unversehrtheit und Entfaltung sowie Schutz gegen Ausbeutung, kurz die Unantastbarkeit der menschlichen Würde, gewährleisten sollen. Grundsätzlich besteht aber ein Spannungsverhältnis zwischen der, von den Akteuren auch so verstandenen, Einzigartigkeit intimer Beziehungen zu einem diese regulierenden Recht, das nun versucht, auf die skizzierte neue Situation mit Verkomplizierungen familialer Lebenswelten und Konstellationen adäquat zu reagieren.

Begrenzte Anpassungsmöglichkeiten des Rechts diagnostiziert Zacher, wenn er von den „Grenzen seiner sozialen Elastizität“ spricht und konstatiert, dass sich „soziale Defizite“ zeigen, „die in den vorfindlichen Regelungsbereichen [etwa im Familienrecht, Einfügung der Autoren des vorliegenden Beitrags] selbst nicht verhindert oder aufgefangen werden“ (Zacher 1989: 961). Diesen könnte durch sozialrechtliche Anpassungsmaßnahmen begegnet werden, womit die Verrechtlichung von Lebensformen aber von einer anderen Seite verstärkt würde. Dazu gehört beispielsweise der Sachverhalt, wonach, durch das Gleichstellungsgebot begründet, der nichtehelichen Lebensgemeinschaft ein umfassenderer versorgungsrechtlicher Rahmen gegeben werden könnte, als schon geschehen. Nichteheliche Lebensgemeinschaften werden jetzt schon als „informeller Unterhaltsverband“ in erweiternder Analogie zur familienrechtlichen Behandlung eingestuft. Solche Regelungen widersprechen aber einem Bestreben der Partner nach rechtlicher Unverbindlichkeit in ihrer Beziehung. Empirische Analysen lassen vermuten, dass unverheiratete

Paare, in denen ein Partner auf Leistungen der Grundsicherung Anspruch hat, vergleichsweise häufig darauf verzichten, in einem gemeinsamen Haushalt zu leben (Diener/Feldhaus 2011; Sammet/Weißmann 2010).

Zu Recht stellt Zacher also bezogen auf die Frage der kompensatorischen Bearbeitung sozialer Defizite vorfindlichen Rechts („Externalisierung sozialer Defizite“) fest: „Das private und gesellschaftliche Leben wird nunmehr von zwei Ebenen her gesteuert: der Ebene des vorfindlichen Rechts und der Ebene des Sozialrechts. War das Leben zunächst in eine Schale des Rechts gebettet, so wird das Leben in dem Maße, in dem Sozialrecht sich ausbreitet und wichtig wird, durch zwei Schalen geformt. Zwei Schalen freilich, die, weil sie von unterschiedlichen Ansätzen her gestaltet sind und unterschiedlichen Eigengesetzlichkeiten folgen, nie ganz zueinander passen wollen; zwei Schalen, die – soll gesellschaftliche Autonomie nicht erstickt werden – wohl auch nie ganz ‚schließen‘ dürfen. Gleichwohl: zwei Schalen, die beide das Leben bestimmen“ (Zacher 1989: 961f). Eine „dichtere Verrechtlichung des Lebens“ und ein wachsender Grad der Künstlichkeit des Rechts gegenüber dem Leben sei die Folge. „Wir sehen das deutlich am Phänomen der Typisierung“ (Zacher 1989: 692). „Lebenssachverhalte“ werden zu Rechtstatbeständen gemacht. Der verstärkte Einbruch typisierender Regulierung in die der Beziehungsintimität wesensfremde Typisierung droht instrumentelle, der Idee dialogischer Beziehungen widersprechende Logiken der Lebensführung zu verstärken.

Zu Recht betont Zacher aber auch die emanzipatorische Funktion des Sozialrechts „im Sinne der Befreiung des einzelnen aus den Zwängen des Familienverbandes“ (Zacher 1989: 678). Auch er verweist auf das Beispiel der nichtehelichen Lebensgemeinschaft als „informellem Unterhaltsverband“, doch er warnt, sich mit (kompensatorischen) sozialrechtlichen Regelungen über das Familienrecht hinauszuwagen: „Das Sozialrecht darf nicht ignorieren, ob familiäre Lebensformen eine privatrechtliche Ordnung haben oder nicht.“ (Zacher 1989: 679). Er fügt hinzu, dass es Bürgern, die sich nicht in vorhandene Ordnungen (hier wohl: in die eheliche Familie) einfügen, „nicht die gleiche Sicherheit geben kann wie dem, der sich bindet“ (Zacher 1989, 980).

Diese Betrachtungen zeigen zweierlei: Erstens sollte man bei den Überlegungen zu notwendigen Anpassungen des Familienrechts seinen engen Bezug zu sozialrechtlichen Fragen (und umgekehrt) mitdenken. Zweitens sollte man die „sozialrechtliche Karte“ nicht als Lösung ansehen, weil sie das Grundproblem, wie viel Verrechtlichung intime Formen menschlichen Zusammenlebens vertragen, nicht löst. Diese Auseinandersetzung zeigt daher, dass die Diskussion um den Widerspruch zwischen dem Streben nach Bindungsbegrenzung (auch im rechtlichen Sinne) und der Bearbeitung (auch) dadurch generierter sozialer Defizite und persönlichen Risiken intensiv und interdisziplinär geführt werden muss.

Ein wichtiger Aspekt sei noch ergänzt. Da Individuen sich in einer Vielzahl an Optionen der Lebensführung gegenüber sehen und daher aufgrund der Risiken, sich zu früh, zu sehr und mitunter falsch festzulegen, was die eigene Lebensplanung angeht, streben junge Menschen (unter anderem) danach, sich persönliche Entscheidungsspielräume und Möglichkeiten für kostenarme Revirements so weit wie möglich zu erhalten. Daher suchen sie zum Beispiel den Bindungsgrad zumindest früher privater Beziehungen zu begrenzen (Huinink 1995). Da mit dem Verrechtlichungsgrad von Beziehungen die Kosten eines Revirements (durch Trennung) in der Regel steigen, wird der Schritt zu Ehe und Eltern-

schaft daher von Vielen, wenn überhaupt, immer später im Leben vollzogen. Es wird auch die These vertreten, dass die rechtliche Bindung in Beziehungen Perspektivensicherheit schaffen kann, da sie den möglicherweise irritierenden Zustand der Optionsüberflutung beendet und „man weiß“, was man zu tun hat. Dass trotz der Kosten bei der Trennung institutionalisierter Beziehungen, wie der Ehe mit oder ohne Kindern, die Trennungsraten hoch sind, zeigt aber, dass dieser „Selbstbindungsmechanismus“ nur begrenzt funktioniert. Damit führt er häufig zu schwer lösbaren Dilemmata, wenn die Trennung nur von einem Mitglied der Familie, dem Partner und oder der Partnerin, erfolgen soll, die Beziehungen zu Kindern jedoch möglichst ungeschmälert aufrechterhalten werden sollen. Rechtliche Regulierungen in solchen Konstellationen sind unabdingbar, gleichzeitig jedoch besonders schwierig zu spezifizieren und anzuwenden.

3.2 Rechtliche „Kolonialisierung“ der Familie

Einen anderen theoretischen Zugang zur Beurteilung des Funktionswandels der Familie und damit im Zusammenhang zur Beurteilung der Konsequenzen einer fortschreitenden juristischen Regulierung der familialen Lebenswelten bietet Habermas mit seiner These der „Kolonialisierung der Lebenswelt“ an.

Habermas unterscheidet mit „Lebenswelt“ und „System“ zwei ganz unterschiedliche gesellschaftliche Kontextbedingungen. Die *Lebenswelt* stellt ein Reservoir an alltäglichen Selbstverständlichkeiten und nicht hinterfragten Überzeugungen dar. Sie ist intersubjektiv, d.h. ihre Grundstruktur ist allen Angehörigen gemeinsam und gegenwärtig. Sie ist die Welt des nicht hinterfragten Sinns, der unangefochtenen Sitten und Gewohnheiten, Werte und Normen und der gängigen Ethik (Habermas 1981). Sie tritt als „horizontbildender Kontext von Verständigungsprozessen“ auf, der nicht thematisiert wird, aber eine Grenze und Richtschnur für Handlungssituationen bildet. Insgesamt leistet die Lebenswelt als Kontextbedingung des Handelns dadurch, dass in ihr sämtliche Handlungen und Orientierungen koordiniert werden, die gesellschaftlich fundamentale *Sozialintegration*. Integrierend wirken entweder die Normen oder der kommunikativ erzielte Konsens. Die dominante Handlungsform stellt in der *Lebenswelt* folglich das verständigungsorientierte Handeln dar.

Systeme konstituieren sich demgegenüber über von den Handlungsbeteiligten nicht intendierte *funktionale* Zusammenhänge. Die notwendige *Systemintegration* ist nicht normativ gesteuert, sondern rein an den zweckrationalen Handlungsfolgen orientiert. Der entscheidende Unterschied zwischen System und Lebenswelt liegt darin, dass Systeme anderen „Bestandhaltungsimperativen“ gehorchen als die Lebenswelt. Wirtschaft und Staatsverwaltung werden nicht über kommunikatives, verständigungsorientiertes Handeln gesteuert, sondern über zweckrationale Nutzenkalkulationen.

Gemäß der These der „Kolonialisierung der Lebenswelt“ dringen die Imperative der verselbständigten, zweckrational agierenden Subsysteme von außen in die Lebenswelt – wie Kolonialherren in eine Stammesgesellschaft – ein und erzwingen eine Assimilation. Als Konsequenz dieser Entwicklung wird die ursprüngliche Balance zwischen System und Lebenswelt zerstört, denn die systemischen Mechanismen wirken in die *Lebenswelt* hinein, unterlaufen den Verständigungsmechanismus und gefährden damit die symbolische, verständigungsorientierte Reproduktion der Lebenswelt. Die Lebenswelt muss sich

den dominanten systemischen Zwängen unterordnen. So zeigt sich z.B. das Rechtssystem indifferent gegenüber den moralisch-praktischen Belangen der lebensweltlichen Sphäre. Statt des verständigungsorientierten Mediums Sprache zur Konfliktlösung kommt staatliche Macht als Medium zum Einsatz. Dieser Vorgang des Eindringens von Formen ökonomischer und administrativer Rationalität in lebensweltliche Handlungsbereiche, die sich der Umstellung auf die Medien Geld und Macht widersetzen, weil sie auf kulturelle Überlieferung, soziale Integration und Erziehung spezialisiert sind und auf Verständigung als Mechanismus der Handlungskoordination angewiesen bleiben (wie z.B. die Familie), ist das dominante Merkmal der Kolonialisierung. In einer kolonialisierten Lebenswelt werden Konflikte zunehmend nach den Maßgaben der Zweckrationalität behandelt. Nach Habermas ist dies vor allem an den Verrechtlichungstendenzen der Konfliktaustragung abzulesen. Das Eindringen der systemischen Imperative mit der Orientierung an zweckrationalen Handlungsfolgen zeigt sich in den Familienbeziehungen (als lebensweltlicher Handlungskontext) zum einen an der stark gestiegenen Anzahl von Beziehungskonflikten zwischen Partnern (Familienmitgliedern), zum anderen aber vor allem an der rechtlich-strategischen Art der Konfliktaustragung (Habermas 1981). Die Merkmale der Kolonialisierung der Lebenswelt nach Habermas können denn auch in der Entwicklung der Paarbeziehungen bzw. der Beziehungen der Mitglieder familialer Lebenswelten sehr gut beobachtet werden. Es werden immer mehr Belange der Beziehungen rechtlich geregelt, bei Konfliktlösungen setzen sich immer mehr zweckrationale Strategien durch und Konfliktlösungen werden immer häufiger vom Rechtssystem erwartet – auch mit allen bedenklichen Konsequenzen dieser Entwicklung (vgl. auch Ostner/Schumann 2011).

Fassen wir zusammen: Die hier referierten Theorien lenken aus unterschiedlichen Blickwinkeln die Aufmerksamkeit darauf, dass der Fokus vergangener und gegenwärtiger familienrechtlicher Regelungen (ausgerichtet auf Versorgungsgemeinschaft) prägende und dominierende Merkmale der Familie, Partnerschaft und Elternschaft in der fortgeschrittenen Moderne verfehlt. Sie verweisen auf die Gefahr der Existenzbedrohung der Familie (und die darin enthaltene Partnerschaft, Elternschaft, Kindschaft) als emotionale, norm- und verständigungsorientierte Lebenswelt durch immer engmaschigere, juristische Regulierung, durch Verrechtlichung von Beziehungen in der Partnerschaft und Elternschaft. Aus dieser theoretischen Perspektive stellt sich daher die Frage, ob im Kontext familialer Lebenswelten nicht zu viele Belange des familialen Zusammenlebens rechtlich geregelt sind und ob man nicht mehr Felder des partnerschaftlichen und familialen Zusammenlebens für individuelle Entscheidungen frei lassen oder freigeben sollte. Wäre es daher nicht angebracht, das bestehende Familienrecht nicht dahingehend zu überprüfen, ob es noch Regelungslücken enthält, sondern eher danach, ob das bereits sehr komplizierte und ausdifferenzierte, für die unmittelbar Betroffenen kaum mehr überschaubare Regelungswerk überflüssige, überholte, einschränkende, ja kontraproduktive Bestimmungen enthält und von einer *Vereinfachung* profitieren würde? Um diesen Fragen gerecht zu werden, müsste man über einen Paradigmenwechsel künftiger juristischer Regelungen familialer Lebenswelten nachdenken. Das kann an dieser Stelle nicht ausführlich geschehen. Dennoch wollen wir, angeregt durch die empirischen Befunde zum erreichten Grad der Regelungsdichte familialer Lebenswelten und durch die oben vorgestellten theoretischen Thesen, abschließend einige kritische Überlegungen zur künftigen Vorgehensweise zur Diskussion stellen.

4. Schließung von Gesetzeslücken: Ein richtiger, zukunftsweisender Weg?

4.1 Fragen

Die Offenlegung von Gesetzeslücken, die wir oben unter Rückgriff auf sozialwissenschaftliche Befunde aufgezeigt haben, münden in die Forderung – auch seitens der Sozialwissenschaft – nach deren Beseitigung durch neue, differenzierte Regelungen. Wir haben aber gesehen, dass diese bislang wenig infrage gestellte Strategie zu Konsequenzen führen kann, die ebenfalls aus sozialwissenschaftlicher Perspektive gesehen, problematisch sind. Das eher inkrementelle, anstückelnde Schließen von Gesetzeslücken im Kontext des gegebenen bürgerlichen Rechts führt in letzter Konsequenz zu einer schwer durchschaubaren Regelungskomplexität, die Sozialwissenschaftler aus guten Gründen kritisieren.

Aus Gründen der Rechtssystematik könnte man zudem einwenden, dass reines „Anstückeln“ nicht „Gestalten“ ist, letzterem eher zu widersprechen droht und zu einer wenig rationalen und durchschaubaren Rechtslage beiträgt. Die Logik der sozialwissenschaftlichen Argumentation ist bei einer solchen Betrachtungsweise dann ganz ähnlich wie die Argumentation in der juristischen Diskussion. Angesichts dieser selbstkritischen Einsicht müssen wir uns fragen: Wohin führt der bisher praktizierte Weg? Die Entdeckung neuer, mit dem sozialen Wandel einhergehend und durch ihn evozierte Gesetzeslücken, das Anmahnen von zusätzlichem Regelungsbedarf und die darauf folgenden gesetzgeberischen Maßnahmen markieren einen Weg zu einer immer engmaschigeren und unübersichtlicheren juristischen Regelungsdichte der familialen Alltagswelt, deren Durchdringung nur mehr unter Heranziehung von Experten möglich ist. Sind wir nicht schon jetzt bei einer rechtlichen Überregulierung angelangt? Wenn wir diesen Weg weitergehen, drohen wir dann nicht bei einer staatsgeführten Elternschaft und Partnerschaft zu landen? Sind die Gesetzesentwürfe nicht bereits zu juristischen Selbstläufern geworden, möglicherweise Produkte juristischer Ängstlichkeit, um Anfechtbarkeit um jeden Preis zu vermeiden? Viele „kleinmaschige“ Gesetze sind vermutlich auch Konsequenzen aus fallbegründeten Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts. Dieses drängt z.B. auf gesetzliche Regelungen unter Berücksichtigung der Rechte *aller* Familienmitglieder. Dabei werden Gesetzeslücken identifiziert, die eine gesetzliche Neuregelung erfordern. Der Gesetzgeber versucht seinerseits Lösungen zu finden, die zu einer späteren Beanstandung, Anfechtung und unterschiedlichen Auslegungen nach Möglichkeit keinen Anlass geben. Die Schließung so identifizierter Gesetzeslücken führt dann zu immer detaillierteren Regelungen, so z.B. im Bereich der gemeinsamen Sorge der Eltern nichtehelicher Kinder.

4.2 Neue Paradigmen familienrechtlicher Regelungen

Wir stellen als Antwort auf die Fragen eine These zur Diskussion, die einen Paradigmenwechsel oder – konkreter formuliert – eine grundlegende Reform des Familienrechts erfordert: Eine Lösung aus dem skizzierten Dilemma zwischen einem neuen Regelungsbedarf angesichts der großen Vielfalt von Paarbeziehungs-, Familien- und Elternschafts-

konstellationen und den sich aus der Individualisierungs- und Kolonialisierungsthese ableitbaren Problemen ist eine deutliche *Vereinfachung* des diese Fragen betreffenden bürgerlichen Rechts.

Forderungen nach der Vereinfachung von Teilen des Rechtssystems sind nicht neu. Ein prominentes Beispiel betrifft das Steuerrecht, das aufgrund seiner Komplexität Tausende von Experten beschäftigt und damit Kosten materieller Art verursacht, die möglicherweise ohne Verletzung durch eine Reform eingespart werden könnten. Gleichwohl, dieses Beispiel ist für unsere Frage als Vorlage nicht geeignet und die Diskussion des Wie und der Folgen einer Rechtsvereinfachung ist eine davon sehr verschiedene. Doch im Bereich des Familienrechts gab es gelegentlich auch von politischer Seite Apelle zur Vereinfachung und „Enträmpelung“.

Unserem Diskussionsvorschlag stellen wir zwei allgemeine Vorbemerkungen voran. Erstens gibt es empirische Hinweise darauf, dass man sich gerade in Verhandlungen zur Lösung oder Regulierung von komplexen, durch zahlreiche normrelevante Bewertungsmaßstäbe geprägten, Normenkonflikte auf *einfache* Normsetzungen zu einigen geneigt ist (Miller/Rauhut/Winter 2011). Besonders einfach sind nichtkonditionale Normen, die von Spezifika einer Entscheidungssituation weitgehend unabhängig sind, wie etwa – mit wenigen Ausnahmen – die Norm des Schutzes der individuellen Unversehrtheit des Menschen. Nicht oder weniger einfach sind konditionale Normenkomplexe, die an (mehr als weniger) unterschiedliche Bedingungskonstellation angepasste Regelungen beinhalten. Sind die Kriterien, die in den Normenkonflikt einfließen, zahlreich, situationsabhängig, ja sogar ambivalent oder widersprüchlich, scheint es sinnvoll (und effizient) zu sein, die zu befolgende Norm einfach anzulegen, die dann eindeutige, transparente Entscheidungsregeln bestimmt. Auch wenn die empirische Evidenz dieser These in weiteren Studien zu erhärten ist, eignet diesem Argument doch eine intuitive Plausibilität an.

Zweitens, dürfte plausibel sein, dass einfach strukturierte Normensysteme eine größere Verständlichkeit besitzen und somit für die betroffenen Akteure besser durchschaubar sind. (vgl. Epstein 1995). Dieses Argument wurde in der Steuerreformdiskussion ja auch oft erwähnt.

Stellen wir uns daher vor, wir beschränkten uns auf einen kleinen Korpus übergeordneter Rechtsnormen, die auf den Grundrechten – wobei Artikel 6 GG adäquat anzupassen wären – und einer einfachen Spezifikation von, dem Equity-Prinzip entsprechenden, Reziprozitätsnormen in sozialen Beziehungen beruhen. Man würde zudem gründlich prüfen, wo gezielt, sparsam und konsistent unvermeidliche Differenzierungen zu berücksichtigen wären. Grundsätzlich aber würde man mit einem Begriff der sozialen Beziehung arbeiten, deren rechtliche „Behandlung“ nach den Prinzipien der Achtung der Würde des Menschen und der Fairness im Umgang miteinander gehorchte.

Für das Verhältnis zwischen Lebenspartnern sowie möglichen Konsequenzen aus einer Trennung könnte eine solche Konstruktion ausreichend sein. Flankierend müssten allerdings die Einstufung einer Paarbeziehung, ob ehelich oder nicht, als Unterhaltsverband aufgegeben und sozialrechtliche und steuerliche Regelungen individualisiert werden. Die Ehe könnte weiterhin eine freiwillig eingegangene vertragliche Bindung mit Regelungen darstellen, die im Falle einer Trennung bzw. Scheidung in jedem Fall in Anwendung kämen. Sie würde aber nicht mehr, wie im Artikel 6, Absatz 1 GG festgelegt, besonders zu „schützen“ sein. Bei nichtehelichen Beziehungen wären die sich an den allgemeinen Prin-

zipen orientierenden Rechtsnormen die Grundlage für den Fall, dass eine eigenverantwortliche oder mediatisierte, partnerschaftliche Konfliktlösung versagt.

Beziehungen zu Kindern sind wegen der Hilfe- und Schutzbedürftigkeit der Kinder und der berechtigten Interessen der Eltern ganz besonderer Art. Hier könnte das Recht allerdings einen allgemeinen Maßstab der – auf das Wohl des Kindes gerichteten – Qualität der sozialen Beziehung des Kindes zu anderen Personen in den Vordergrund rücken. Die genetisch-biologische Komponente wäre ein wichtiger, aber nicht grundsätzlich entscheidender Aspekt. Gewiss würden damit die Rechte der nach geltendem Recht als Eltern eingestuften Personen relativiert. Es erscheint jedoch aussichtslos, für die Vielfalt unterschiedlicher Elternkonstellationen exakt und eindeutig differenzierte Rechtsnormen zu entwerfen. Daher böte der stärkere Bezug auf etwas „Drittes“, die Qualität der *sozialen Beziehung* des Kindes zu Personen, einen Weg zu Vereinfachung (Reichle, Gloger-Tippelt 2007; Schneewind 1999, 2001; Walper 2008). Diese Überlegung passt zu der schon oben diskutierten Feststellung, dass das deutsche Familienrecht sich gegenüber dem Faktum der „sozialen Elternschaft“ ambivalent verhält. Im nach wie vor vorherrschenden Fall, in dem alle vier Segmente der Elternschaft durch die leiblichen Eltern wahrgenommen werden („Voll-elternschaft“) wird die soziale Elternschaft (nur dann) relevant, wenn die leiblichen Eltern sich im Familienalltag nicht um ihr Kind kümmern, ihre erzieherischen Aufgaben vernachlässigen, wenn sie also dem Wohle des Kindes zuwiderhandeln – aus welche Gründen im Einzelfall auch immer. Die soziale Elternschaft wird also im Regelfall erst zu einem Thema, wenn sie von einer dritten Person wahrgenommen wird. In solchen Fällen wird die rechtliche Elternschaft der biologischen Eltern als dominantes Kriterium der Normensetzung aber problematisch und verlangt nach einer prinzipiellen Neuorientierung im deutschen Recht. Der von Scheiwe vorgenommene Blick etwa auf Großbritannien könnte hier hilfreich sein (Scheiwe 2015).

Es darf natürlich nicht verschwiegen werden, dass man sich auch mit einigen, naheliegenden Einwänden auseinanderzusetzen haben wird. Je einfacher das Recht, desto eher wird man es nicht allen Recht machen können, es braucht daher eine profunde demokratische und verfassungsrechtliche Grundlage. Je weniger spezifiziert das Recht ist, desto mehr Spielraum wird auch in konkreten Rechtsstreitigkeiten den Richtern in ihren – in der Regel notwendigerweise – zu treffenden Ermessensentscheidungen gegeben. Das wird, wie dargestellt, schon jetzt sehr kritisch bewertet. Auch die Bedeutung des Gutachterwesens könnte sich ungebührlich vergrößern. Es könnte schließlich einer Entwicklung Tür und Tor geöffnet werden, in der sich der- oder diejenige durchsetzt, welche(r) – mit den besseren Ressourcen ausgestattet – ihre/seine Sichtweise durchfechten kann.

So offen daher der Ausgang einer gründlichen Prüfung der Praktikabilität einer systematischen Vereinfachung des Familienrechts – eine einfache „Entrümpelung“ wird es nicht tun – auch sein mag, denken wir, dass die jetzige Situation zum Anlass genommen werden sollte, diese Prüfung vorzunehmen und mögliche Vorschläge zu entwerfen.

Literatur

- Alt, C. & Lange, A. (2011). Kindschaftskonstellationen in Vater-Mutter-Familien und in Einelternfamilien. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft*.

- Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 139-156.
- Beck, U. (2008) Jenseits von Klasse und Schicht: Individualisierung und Transnationalisierung sozialer Ungleichheiten. *Soziale Welt*, 59, S. 301-325.
- Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften und Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina (Hrsg.) (2012). *Zukunft mit Kindern. Mythen, Kernaussagen und Empfehlungen zu Fertilität und gesellschaftlicher Entwicklung*. Berlin: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften.
- BMFSFJ (Hrsg.) (2006). *Familie zwischen Flexibilität und Verlässlichkeit. Perspektiven für eine lebenslaufbezogene Familienpolitik. Siebter Familienbericht*. Berlin: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.
- Coester-Waltjen, D., Lipp V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.) (2015). „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? Göttingen: Universitätsverlag Göttingen.
- Dethloff, N. (2015). Reziproke In-vitro-Fertilisation – Eine neue Form gemeinsamer Mutterschaft. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Giesecking, S. 41-52.
- Diener, K. & Feldhaus, M. (2011). „Hartz“ oder Herz? Hartz IV und die Intention zum Zusammenziehen in Partnerschaften. *Zeitschrift für Sozialreform*, 57, S. 199-220.
- Epstein, R. A. (1995). *Simple rules for a complex world*. Cambridge: Harvard University Press.
- Feldhaus M. & Huinink, J. (2011). Multiple Elternschaften in Deutschland – eine Analyse zur Vielfalt von Elternschaft in Folgepartnerschaften. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 269-296.
- Frank, R. (2015). Unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche von Kindern gegen Eltern, die rechtlich nicht ihre Eltern sind. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Giesecking, S. 53-60.
- Furstenberg, F. F. (1987). Fortsetzungsehen. Ein neues Lebensmuster und seine Folgen. *Soziale Welt*, 38, 1, S. 29-39.
- Giesecke, H. (1987). *Die Zweitfamilie*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Habermas, J. (1981). *Theorie des kommunikativen Handelns. Band 2: Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Heiderhoff, B. (2008). Kann ein Kind mehrere Väter haben? *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2008, S. 1901-1908.
- Heiderhoff, B. (2011). Die Auflösung nicht abstammungsgemäßer rechtlicher Elternschaft und ihre Auswirkungen auf die Beteiligten. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 273-286.
- Helms, T. (2011). Das Nebeneinander von rechtlicher Elternschaft und anderweitiger leiblicher Elternschaft aus rechtlicher und rechtspolitischer Perspektive. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 105-120.
- Helms, T. (2015). „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht. In: Coester-Waltjen, D., Lipp V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.) (2015), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 47-64.
- Hofer, S., Klippel, D. & Walter, U. (Hrsg.) (2005). *Perspektiven des Familienrechts. Festschrift für Dieter Schwab*. Bielefeld: Giesecking.
- Hoffmann-Riem, C. (1988). Fragmentierte Elternschaft: Technologischer Fortschritt und familiäre Verarbeitung. In: Lüscher, K. et al. (Hrsg.), *Die „postmoderne“ Familie. Familiäre Strategien und Familienpolitik in einer Übergangszeit*. Konstanz: Universitätsverlag, S. 216-233.
- Hoffmann-Riem, C. (1989). Elternschaft ohne Verwandtschaft: Adoption, Stiefbeziehung und heterologe Insemination. In: Nave-Herz, R. & Markefka, M. (Hrsg.), *Handbuch der Familien- und Jugendforschung, Band 1: Familienforschung*. Neuwied & Frankfurt am Main: Luchterhand, S. 389-411.

- Huinink, J. (1995). *Warum noch Familie? Zur Attraktivität von Partnerschaft und Elternschaft in unserer Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Campus.
- Huinink, J. & Konietzka, D. (2007). *Familiensoziologie: Eine Einführung*. Frankfurt am Main: Campus.
- Huinink, J. (2001). Entscheidungs- und Vereinbarkeitsprobleme bei der Wahl familialer Lebensformen. In: Huinink, J., Strohmeier, K. P. & Wagner, M. (Hrsg.), *Solidarität in Partnerschaft und Familie*. Würzburg: Ergon, S. 145-165.
- Huinink, J. (2011). Die „notwendige Vielfalt“ der Familie in spätmodernen Gesellschaften. In: Koppetsch, C. & Hahn, K. (Hrsg.), *Soziologie des Privaten*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 19-31
- Jestaedt, M. (2015). Eltern im Sinne des Grundgesetzes und des Bürgerlichen Gesetzbuch. Verfassungsrechtliche (Vor-)Fragen der Elternstellung in der Kinderwunschmedizin. In: Coester-Waltjen, D., Lipp V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.) (2015), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht? Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 23-46.
- Kaiser, D. (2011). Die mögliche Aufspaltung der Mutterschaft bei medizinisch assistierter Zeugung und ihre rechtliche Einordnung. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 239-271.
- Kaufmann, F.-X. (1995). *Zukunft der Familie im vereinten Deutschland. Gesellschaftliche und politische Bedingungen*. München: C. H. Beck.
- Kreyenfeld, M. & Heintz-Martin V. (2012). *Stieffamilien in Deutschland. Ein soziodemographischer Überblick. Expertise im Auftrag des Bundesfamilienministeriums*. Berlin: Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend.
- Lipp, M. (2011). Elternschaft, „sozial-familiäre Beziehung“ und „Bindungspersonen“. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 121-135.
- Lois, D. & Kopp, J. (2011). Elternschaftskonstellationen bei Alleinerziehenden. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 59-76.
- Löhnig, M. (2011). Das Kind zwischen Herkunftsfamilie und neuer Familie eines Elternteils. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 159-172.
- Miller, L., Rauhut, H. & Winter, F. (2011). *The emergence of norms from conflicts over just distributions*. Jena: Max Planck Institute of Economics (Jena Economic Research Papers 2011-18).
- Muscheler, K. (2004). Das Recht der Stieffamilie. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2004, S. 913
- Ostner, I. & Schumann, E. (2011). Steuerung der Familie durch Recht? In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 289-315.
- Peschel-Gutzeit, L. M. (2015). Das missverstandene Wächteramt. Unzulässige staatliche Eingriffe in das Recht der elterlichen Sorge. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Gieseking, S.173-182
- Peuckert, R. (2012). *Familienformen im sozialen Wandel*. Wiesbaden: Springer VS (7., vollständig überarbeitete Auflage).
- Reichle, B. & Gloger-Tippelt, G. (2007). Familiäre Kontexte und sozial-emotionale Entwicklung, *Kindheit und Entwicklung*, 16, S. 199-208.
- Salgo, L. (1999). Die Pflegekindschaft in der Kindschaftsrechtsreform vor dem Hintergrund verfassungs- und jugendhilferechtlicher Entwicklungen. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 1999, S. 337-347.
- Sammet, K. & Weißmann, M. (2010). Individueller Anspruch versus erzwungene Gemeinschaft: Auswirkungen des Verwaltungshandelns auf Biographie und Lebensführung von ALG-II-Empfängern am Beispiel der Bedarfsgemeinschaft. *BIOS 2010*, 23, S. 28-47.

- Scheiwe, K. (2015). Die Ausübung elterlicher Sorgerechte durch soziale Eltern. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Giesecking, S. 205-222.
- Schneewind, K. A. (1999). *Familienpsychologie*. Stuttgart: Kohlhammer 1999 (2. Auflage).
- Schneewind, K. A., Graf, J., Kruse, J., Schmidt, M. & Weiß, J. (Hrsg.) (2001). *2. Münchner Tagung für Familienpsychologie. Abstractband*. Martinsried: ars una
- Spickhoff, A., Schwab, D., Heinrich, D. & Gottwald, P. (Hrsg.) (2007). *Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich*. Bielefeld: Giesecking.
- Spickhoff A. (2007). Der Streit um die Abstammung – Brennpunkte der Diskussion. In: Spickhoff, A., Schwab, D., Heinrich, D. & Gottwald, P. (Hrsg.), *Streit um die Abstammung – ein europäischer Vergleich*. Bielefeld: Giesecking, S. 13-71.
- Stathopoulos, M. (2015). Rechtliche oder genetische Abstammung: für eine Überwindung der „Alles-oder-Nichts“-Logik. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Giesecking, S. 257-270.
- Schumann, E. (2014). Elternschaft nach Keimzellenspende und Embryooption. *Medizinrecht (MedR)*, 32, S. 736-749.
- Schumann, E. (2015). Abstammungsrechtliche Folgefragen der Kinderwunschbehandlung. In: Coester-Waltjen, D., Lipp V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.) (2015), „*Kinderwunschmedizin*“ – *Reformbedarf im Abstammungsrecht?* Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 7-22 .
- Schwab, D. (2011a). Die Begriffe der genetischen, biologischen, rechtlichen und soziale Elternschaft (Kindschaft) im Spiegel der rechtlichen Terminologie. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 41-56.
- Schwab, D. (2011b). Fragen zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften bei familienbezogener Forschung. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 317-325.
- Schwab, D. (2015). Rechte am Kind ohne Verantwortung? – Zur Begründung von Umgangsbefugnissen Dritter. In: Hilbig-Lugani, K. et al. (Hrsg.) (2015), *Zwischenbilanz. Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*. Bielefeld: Giesecking, S. 223-234.
- Thorn, P. (2015). Familienbildung mit Spendersamen: Forschungsstand, klinische Erfahrungen und juristische Erfordernisse aus psychosozialer Perspektive. In: Coester-Waltjen, D., Lipp V., Schumann, E. & Veit, B. (Hrsg.) (2015), „*Kinderwunschmedizin*“ – *Reformbedarf im Abstammungsrecht?* Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, S. 131-144.
- Vaskovics, L. A. & Schattovits, H. A. (Hrsg.) (1997). *Lebens- und Familienformen – Tatsachen und Normen. 2. Europäischer Fachkongress Familienforschung*. Wien: Österreichisches Institut für Familienforschung. (Materialiensammlung des Österreichischen Instituts für Familienforschung).
- Vaskovics, L. A. & Buba, H. (2000). *Zuweisung einer Ehemohung bei Getrenntleben. Rechtstatsächliche Untersuchung zu § 1361b BGB*. Stuttgart: Kohlhammer (Schriftenreihe des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Band 181).
- Vaskovics, L.A. (2002). Pluralisierung der Elternrolle. Soziale, biologische, genetische und rechtliche Elternschaft. In: Brähler, E, Stöbel-Richter, Y. & Hauffe, U. (Hrsg.), *Vom Stammbaum zur Stammzelle. Reproduktionsmedizin, Pränataldiagnostik und menschlicher Rohstoff*. Gießen: Psychosozial-Verlag, S. 29-43.
- Vaskovics, L. A. (2009): Segmentierung der Elternrolle. In: Burkart, G. (2009), *Zukunft der Familie. Prognosen und Szenarien*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich (Sonderheft 6 der Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research), S. 269-296.
- Vaskovics, L. A. (2011). Segmentierung und Multiplikation von Elternschaft. Konzept zur Analyse von Elternschafts- und Elternkonstellationen. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S.11-40.

- Wallisch, L. (1987). Parenting in the binuclear family. Relationships between biological and stepparents. In Pasley, K. & Ihinger-Tallman, M. (Hrsg.), *Remarriage and stepparenting: Current research and theory*. New York & London: The Guilford Press.
- Walper, S. (2008). Eltern-Kind-Beziehungen im Jugendalter. In: Silbereisen, R. & Hasselhorn, M. (Hrsg.), *Enzyklopädie Psychologie. V/5: Psychologie des Jugend- und frühen Erwachsenenalters*. Göttingen: Hogrefe, S. 135-188.
- Wanitzek, Ulrike (2002). *Rechtliche Elternschaft bei medizinisch unterstützter Fortpflanzung*. Bielefeld: Giesecking.
- Wellenhofer, M. (2011). „Segmentierung“ der Elternschaft und Rechte des Kindes. In: Schwab, D. & Vaskovics, L. A. (Hrsg.), *Pluralisierung von Elternschaft und Kindschaft. Familienrecht, -soziologie und -psychologie im Dialog*. Opladen & Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich, S. 173-187.
- Zacher, H. F. (1989). Ehe und Familie in der Sozialrechtsordnung. In: Fiedler, W. & Ress, G. (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Völkerrecht*. Köln, Berlin, Bonn & München: Heymanns, S. 955-983.

Eingereicht am/Submitted on: 09.02.2016

Angenommen am/Accepted on: 19.05.2016

Anschriften der Autoren/Addresses of the authors:

Prof. em. Dr. Dr. h.c. Laszlo A. Vaskovics (Korrespondenzautor/Corresponding author)

Viktor-von Scheffel-Straße 47

96049 Bamberg

Deutschland/Germany

E-Mail: laszlo.vaskovics@uni-bamberg.de

Prof. Dr. Johannes Huinink

Universität Bremen

SOCIUM – Forschungszentrum Ungleichheit und Sozialpolitik

Abteilung „Lebenslauf, Lebenslaufpolitik und soziale Integration“

UNICOM

Mary-Somerville-Straße 9 (Haus Salzburg)

28359 Bremen

Deutschland/Germany

E-Mail: huinink@empas.uni-bremen.de

Forschungsbeiträge

Beate Collet & Emmanuelle Santelli

Endogamy versus homogamy

Marital choice among descendants of North African, Sahelian African and Turkish immigrants in France

Endogamie versus Homogamie

Partnerwahl bei den Nachkommen von Immigranten aus Nordafrika, der Sahelzone und der Türkei in Frankreich

Abstract

Whom do French people of immigrant background choose as life partners? This question has raised new scientific interest in France because integration has been challenged by the endogamy norm. Using data from a 2007 study based on biographical interviews with 93 individuals, this article examines the balance between endogamy and homogamy, leading the authors to develop the concept of 'socio-ethnic homogamy' to account for the combination of cultural, social and gender dimensions that influence the choice of a conjugal partner among the descendants of immigrants. Their socialisation prior to marriage and their options for a conjugal partner at the time of union formation are being analysed empirically. The ways in which the norms of endogamy are re-interpreted by interviewees as well as the impact of cultural and social factors on the process of marital choice in the immigration society are being discussed in due course.

Key words: descendants of immigrants, marital choice, endogamy norm, socio-ethnic homogamy, cultural belonging, gender relations and social segregation.

Zusammenfassung

Wen wählen Franzosen mit Einwanderungshintergrund als Lebenspartner? Die Frage ist von neuem wissenschaftlichem Interesse in Frankreich, weil Integrationsfragen in Bezug auf Endogamie neu hinterfragt werden können. Dieser Artikel basiert auf einer 2007 durchgeführten Studie, in deren Rahmen 93 biographische Interviews durchgeführt wurden, die es erlauben, die Wechselwirkung zwischen Endogamie und Homogamie zu untersuchen. Hierfür haben die Autorinnen das Konzept der sozio-ethnischen Homogamie entwickelt, um das Zusammenspiel von kulturellen, sozialen und geschlechtsspezifischen Dimensionen, die die Partnerwahl beeinflussen, zu erfassen. Die voreheliche Sozialisation der Befragten einerseits, und die Variationen der Wertvorstellungen zum Zeitpunkt der Paargründung andererseits wurden empirisch untersucht. Die Neuausrichtung der Endogamieeregeln wird aufgezeigt und der Einfluss von kulturellen und sozialen Faktoren auf den Prozess der Partnerwahl in Einwanderungsgesellschaften wird diskutiert.

Schlüsselwörter: Nachkommen von Einwanderern, Partnerwahl, Endogamie-Norm, sozio-ethnische Homogamie, kulturelle Zugehörigkeit, Genderbeziehungen und soziale Segregation.

1. Introduction

Immigration studies in France have diversified considerably in recent years. There is currently more research on post-migration and ethnic diversity, which no longer focuses exclusively on foreigners or immigrants themselves, but also consider their children, i.e. 'second generation', born or raised in the country where their parents had once settled. This paper deals specifically with marital choice among descendants of North African, Sahelian African and Turkish immigrants¹ and seeks to understand how they reconcile their parents' cultural heritage with personal aspirations with regard to given marriage practices in France.

Studying the union formation among children of immigrants is interesting from two points of view. Firstly, only little research has thus far been conducted on different marital options of immigrant populations, whether they live in France or any other European country. Secondly, from a demographic perspective, a majority of immigrant children have reached the age of forming unions or marrying, therefore contributing to the creation of a new marriage market in their countries of immigration.²

Generally, studies conducted in France or other immigration countries have focused either on mixed unions, (Blau et al. 1982; Streiff-Fenart 1989; Meintel 2002; Kalmijn/Turbergen 2006; Safi 2008) transnational marriages or marriage migration (Bailey/Boyle 2004a, 2004b; Kofman 2004; Waldis et al. 2006; Ballard 2008; Levitt 2009). Although the latter has drawn academic interest in France, no special research field regarding these matters existed here, contrary to the United States or other European countries, for example. (Shaw 2001; Beck/Beck-Gernsheim 2010; Kogan 2010; Charsley 2012).

Until the 1990s, researchers on North African immigrant families in France have looked into the marriage traditions inherited from a country of origin, especially on endogamy rules (Sad Saoud 1985; Zehraoui 1996). More recently, researchers have started to investigate the ways in which marriage practices of the children of immigrants have altered in relation to the values of the society in which they reside (Streiff-Fenart 2006; Collet/Santelli 2012a). Indeed, descendants of immigrants follow several patterns such as endogamy and exogamy. They happen to choose a partner of same origin as their parents (endogamy), whom they meet in the immigration country or in their parents' country of origin. Others get married with partners of French origin, who have no direct link with migration as well as with other immigrants and descendants of immigrants of all origins (exogamy). It is of great interest to us to examine all the existing marital patterns to understand which factors explain the different marital options of the second generation better. Migration to France is not a new phenomenon.

A majority of immigrants came from former French colonies in North and Sahelian Africa. As for labour migration from North Africa, it began in Algeria between the two world wars. In the 1960s and 1970s, migration has become a more diversified phenomenon, with Algerian immigrants followed by Moroccan, Tunisian and Sahelian African

1 The countries in question are for North Africa: Morocco, Algeria, and Tunisia; for Sahelian Africa: Senegal, Mauritania, Mali, and Guinea. Most African migrants in France come from these countries which are former French colonies.

2 See the summary proposed by Huschek/de Valk/Liefbroer (2012) in their study on Turkish second generation in seven European countries.

ones. In general, migration for family purposes have consolidated the immigrants' settlement in France in the 1970s, this was less so the case for labour immigrants from Sahelian Africa who started to bring their families into this country later than North Africans. A significant number of Turkish immigrants began to arrive from the 1980s onwards. African and Turkish immigrants currently account for nearly half of the total immigrant population in France³ and their children are today at an age to marry and start families of their own.⁴ These ethnic communities are regarded with prejudice in France because of their reference to Islam and are socially marginalised: they may be affected by poverty, urban segregation and unemployment. In a highly secularised society as France, their sense of belonging and religious practices often lead to political debates and misconceptions, despite the fact that not all of the people identified as Moslems are highly involved in religious practice (e.g. going frequently to mosques). On the contrary, most of them consider religious belief as a private matter.

With regard to their social conditions, these immigrant populations, including their children, are more severely affected by unemployment than the non-immigrant populations (almost double the rate according to the National Institute of Statistics and Economical Studies – INSEE – in 2008). They are also usually the ones who live in the most deprived urban areas, their children experience discrimination and have high school dropout rates (Beauchemin et al. 2010). In France, the *banlieues* remain a critical issue, as have the riots of 2005 as well as the recent terrorist acts of 2015 demonstrated the scale of the problem.

This article brings into light the different possible marital options that immigrants' children hold, whose parents are either North African, Sahelian African and/or Turkish. Its specific aim is to understand those factors that influence a particular marital choice over another. It looks into the cultural, social and gender dimensions, which, in different combinations, reveal how individuals make a marital choice. Conjugal options are not solely a private matter; they are also revealing wider social relations as several authors have already shown for the American context since the 1980s (Peach 1980; Blau et al. 1982), and other authors in more recent years for France (Lagrange 2010; Lapeyronnie 2008). Cultural choices may also be the result of social pressure, for instance economic or residential living conditions or experiences of discrimination.

After the presentation of methods and data, the first section of the article will introduce 'socio-ethnic homogamy', a new theoretical concept that we propose and will guide our analysis. Socio-ethnic homogamy takes into consideration those social, ethnic, cultural,

3 According to the 2004 census, almost five million immigrants were living in France, 1.7 million came from one of the 25 European Union member states (with the largest numbers from Portugal, Spain, Italy, Germany, the UK and Poland), 1.5 million from one of the three countries of francophone North Africa, and 1.65 million from the rest of the world (including more than one-sixth from eastern Europe). The majority of immigrants from other countries were born in Asia (including 16 per cent for Turkey alone) and sub-Saharan Africa (of whom seven out of ten are from a former French colony; Borrel 2006).

4 The descendants of immigrants from the earlier migration waves (Italian, Spanish and Portuguese) are significantly older on the whole. Consequently, the union formation of young adults is not relevant for these migrants. On the other hand, descendants of immigrants from Asia and Eastern Europe are not old enough to be concerned of marriage.

religious as well as individual factors affecting the changing marital choices of the children of immigrants. The following section will be more empirical and apply this concept throughout the results of this study. Our data, based on qualitative interviews, will provide distinct variations within socio-ethnic homogamy through three types of conjugal choice and lifestyle patterns; each illustrating a different relation between the endogamy norm inherited from parents and family and the more personal social life plans in French society. Conjugal practices are indicative of inter-generational changes at play in the second generation, and shed light on their mode of participation in modern, multi-cultural societies.

2. Methods and data

Our research pays special attention to the biographical method and specific sampling strategy. It is based on qualitative and biographical interviews conducted in 2007. We consider that conjugal choice does not sum up to partners' matching social criterion, but is mostly the result of a life course before getting established as a couple. We believe that the process of forming a couple starts at an early age, the reason why our interviews take account of family socialisation, school and job career, as well as first love experiences and biographical events in different life spheres.

The fieldwork was carried out in the Paris and Lyon metropolitan areas by a team of interviewers who reached out to various social networks in order to obtain a diversified interviewee sample.⁵ The team distinguished between mixed and 'ghettoised' areas where they interviewed a total of 93 descendants of immigrants, 50 in the Parisian region and 43 in and around Lyon, who were all born or grew up in France. The interviewees consist of 58 women and 35 men, aged between 18 and 35. Their parents originate from the following three geographical zones: North Africa (59 persons), Turkey (14 persons), and Sahelian Africa (20 persons). The sample is made up by young adults who have started their partnership after 2002, having therefore less than five years of experience of conjugal life in 2007. 69 interviewees live together with their partner whereas 24 do not. Overall, 62 of them are married and 31 have one or two children. In terms of respondents' educational background, it ranges from vocational training to university degree. For example, 19 among them have attended university for four years or more. Despite their cultural differences, they have all been characterised by a reference to Islam and a patriarchal tradition for marital choices.

To stress more clearly on the orientation of mate selection, our protocol features various marital patterns. Children of North African, Sahelian African and Turkish immigrants:

5 E. Santelli/B. Collet (assisted by D. Boukacem and S. Ousmaal) (2007): *Les choix conjugaux des descendants d'immigrés maghrébins, turcs et africains francophones*, Direction des Populations et des Migrations. These results have been enhanced by another study: Collet/Santelli (2006): *Les conjugalités mixtes des descendants d'immigrés en France et en Allemagne*, Institut des sciences de l'Homme. A recent book provides a large overview on the results (Collet/Santelli 2012a).

- forming couples with other children of immigrants, whose parents come from the same cultural and regional background (38 persons);
- forming couples with immigrants coming from the parents' country of origin, transnational endogamous marriages (31 persons);
- forming couples with French partners without any direct immigration background, born in France from two parents also born in France (17 persons);
- forming couples with French partners with a European immigration background (e.g. children of Portuguese or Spanish immigrants) or having one French and one foreign parent (7 persons).

The main aim in our sampling method has been to include diverse social profiles and conjugal patterns to be able to offer a more representative analysis. It is important to note, however, that the indicated number of interviews do not reflect their real distribution in French society. To overcome this gap, we have nonetheless accessed an extensive database through the survey *Trajectoires et Origines* (INED/INSEE 2008), carried out with 22 000 individuals. On this basis, we can confirm that 22 per cent of North and Sahelian Africans and Turkish descendants of immigrants married an immigrant descendant raised in France; 39 per cent an immigrant; 24 per cent formed a couple with a French partner with no direct link to immigration, and 15 per cent with a French partner having an immigration background different from their own.⁶ The proportion of endogamous couples is higher when compared to the same proportion in earlier migration waves (i.e. Spanish, Italian, and Portuguese) and even compared to Asian descendants in France. It is interestingly lower, though, compared to the percentages of endogamous marriages among Pakistani in United Kingdom (Muttarak 2010) or Turkish immigration descendants in Germany (Kalter/Schroether 2010).

3. From endogamy to socio-ethnic homogamy: A reinterpreted family norm

The term *endogamy* is commonly used to refer to the marital choice of couples within the same group. According to Claude Lévi-Strauss, endogamy is an exchange of women through matrimonial strategies: inside the same genealogical or village group, it is called endogamy; outside the group, it is called exogamy (Lévi-Strauss 1971). Both endogamy and exogamy refer to specific social rules in societies where marriage is not an individual choice but a family arrangement, although it is rare today to see these rules in their original form, neither in the countries of origin nor in the countries of immigration. Endogamous marriages within the extended family is still practised in North and Sahelian Africa and Turkey, even if the marriage system therein has undergone considerable change, as Kamel Kateb (2000) has shown for Algeria, Ismet Koç (2008) for Turkey and Shireen J. Jejeebhoy as well as Zeba A. Sathar (2001) for India and Pakistan.

6 See a more statistical article of the authors analysing differences between mixed and endogamous couples of immigration descendants in France (Collet/Santelli 2012b).

The reasons for this change can be explained by spatial mobility inside these countries, better education for women, access to international media and western references that loosened traditional marriage rules (Ouadah-Bedidi 2005). Henceforth, different marital practices coexist today: while some marriages are still consanguineous or family-arranged, others are the result of free will.

That said, in a post-migration context marital choices are relatively different and ethno-cultural belonging gains new relevance as it is about both preserving cultural identity and maintaining inter-generational transmission. Marriage keeps ethnic and family ties alive and facilitates entry into the immigration country by way of family unification. Parents or other family members who live in the country of origin are likely to exert social pressure in favour of a marriage with a partner from the same lineage group or coming from the same region. In this regard, families encourage transnational marriages between young people who did not grow up in the same social context.⁷ Yet, whereas some families still stick to traditional marriage rules, more and more couples are formed outside the lineage, even though their decisions are still guided by considering same ethno-cultural and religious belonging. Endogamy is thus a changing norm from the perspective of both parents and children. It turns out to be a condition set by family to marry someone who is considered to share a common culture. Nevertheless, it remains an elastic notion, depending also *on social status and personal characteristics*.

Homogamy is usually studied by family sociologists to analyse mate selection in the majority group. It measures the match between the social characteristics of two spouses, regardless of their feelings of love. In fact, the term *heterogamy* is used when social characteristics of two spouses do not match. Family sociologists in France do not commonly use these terms for referring to an ethno-cultural identity or religion,⁸ unlike family sociologists in other European countries or the United States.⁹ Drawing on Kalmijn (1989), we use the concept of homogamy to insist on similarities of social status or educational level and we employ the concept of *endogamy* to examine same-group affiliations.

We will thusly consider the balance between endogamy and homogamy through our own findings in this article. This means that we will correlate respondents' shared ethno-cultural references (such as religion, language, culture, sense of belonging to a minority) with their social life (job situation, educational level, lifestyle, family status, and migration experience). In order to do this, a new concept will be introduced, i.e. *socio-ethnic homogamy*, to deal with all the aforementioned dimensions simultaneously. It appears that in societies of post-migration, *in-group* considerations are intertwined with broader social status, and this is true for immigrants, their children and even natives. Based on empirical evidence, some parents and children place the lineage or cultural dimension above the social dimension, or vice versa, while others attempt to reconcile the two. When children of immigrants form an endogamous couple in line with the expectations of their parents, the

7 The central role of marriage alliances in migration processes, as well as the difficulties and risks they raise, have been studied for Indian and Pakistani populations in Anglo-Saxon countries (Gopal-krishanan/Babacan 2007; Charsley/Shaw 2006; Mohammad-Arif 2010) and for Turkish populations in France (Autant 2009), Belgium (Timmerman 2009) and Germany (Nauck 2002; Straßburger 2003).

8 For a summary of these discussions in France, see Bozon/Héran (2006) or Bozon/Héran (1989).

9 For a general overview concerning partner choice, see Hill/Kopp, in: Klein (2001).

emphasis is on generational filiation that is experienced as an assertion of culture and identity while taking the social status into account. Conversely, respondents in an exogamous couple give priority to social status, shared interests or similar pathways. Overall, not only family socialisation matters in respondents' marital choice, but also the dominant Western values do, including self-fulfilment, romantic love, freedom of choice and gender equality. All of these influence their decisions. Besides, belonging to a minority or a distinctive religious community is kept alive through family values, and might be reinforced by experiences of discrimination. The choice of a marriage partner intrinsically blends these different registers of values and feelings.¹⁰

Considering endogamy and homogamy together makes it possible to capture the ways in which the sense of belonging and the elective rationale – which are constitutive of family ties in general (Déchaux 1998) – are reconfigured. From this perspective, the gender dimension is even more vital, because men and women have different rationales, as has been documented in the works of de Singly (1996) about middle class French couples; Wagner (2008) for aristocratic families, Timmerman (2006) for Turkish migration marriages and Zontini (2010) for Italian youth living in Italy and the UK.¹¹

During their childhood years and as teenagers, the children of immigrants coming from North Africa, Sahelian Africa and Turkey have been in contact with other children having a different mind-set about marriage. They have had numerous opportunities to experiment love while also internalising parental endogamy values and different gender norms. Given this double reference system spanned over the years, how do they then choose between their parents' future plans for them and their own aspirations? The issue of marital choice is intrinsically linked with the environment in which one socialises. The area where one resides as well as school and occupation determine whom one meets in life. For any young adult, forming a couple is an assertion of his or her autonomy; this raises the question of reproduction or transformation of those values transmitted within the family circle. Our aim is to capture the rationale behind the action of immigrants' children in relation to their parents as well as to the same generation of young adults from the majority group.

4. Variations of socio-ethnic homogamy: A typology

This rich qualitative data gives us insight into many singular life stories. We have decided to analyse them by putting emphasis on the meaning interviewees attribute to their own marital choices with regard to the couple they formed at the moment of survey. Their decisions, embedded both culturally and socially, constitute the very variations of socio-ethnic homogamy and do challenge, for that matter, the endogamous norm. Three ideal

10 See the life course analysis which deals explicitly with pre-conjugal socialisation, i.e. family and residential socialisation, educational and occupational pathways and youthful love relationships (Santelli/Collet 2011).

11 Studies on migration phenomena or on the children of immigrants have gradually incorporated the concept of gender explicitly, because participation in family and community networks is not the same for men and women (Mahieu et al. 2010).

types can be drawn according to Weber's tradition¹² based on our empirical findings;¹³ each of which explains a different relation to the endogamy norm and to cultural and social aspirations of the children of immigrants in France.

The first type, *inherited endogamy*, corresponds to a model inherited from the parents' country of origin. Young people conform to their parents' wish without challenging it. A marriage along these lines is either arranged or imposed by parents; one's social status in the immigration country does not come into play. The second type, *elective endogamy*, is present when young people conform to the expectations of their parents and family, culturally and socially, but choose their future spouse rather freely like other young people of their age do. For doing so, their achievements, in school and life in general, as well as common interests with whom they want to become partners, come across as important factors. The third type, *denied endogamy*, refers to a non-inclusion of inherited norms. It represents a highly individualised conjugal feature. Whether a person has a certain social status or other achievements to rely upon are not part of a conjugal project. For some, the non-respect of endogamy is endorsed by both the young people and their parents. For others, they go against the will of their parents. Whether that may occur overtly or subliminally, they break the chain of family transmission. Given the qualitative nature of this study, it does not make sense to quantify the results, rather analysing the material via the construction of a typology increases its value.

The most general outcome of our study confirms that there has been a shift from endogamy norms to socio-ethnic homogamy norms. Although descendants of immigrants do not allow themselves every imaginable marital choice, they do develop feelings for people with whom they anticipate a lasting relationship. Unlike in the generation of their parents, love becomes an essential criterion that guides the choice of a partner. In this respect, the behaviour of descendants of immigrants is comparable to other young people of their generation.

4.1 *Endogamy inherited from the country of origin*

In this first type, descendants of immigrants do not challenge the parental prerogative in marital choice. Marriage is not a personal affair, but a decision that consolidates family ties (Lievens 1999; Beck-Gernsheim 2007). Family members may arrange these marriages (Reniers 2001) – which often turn out to be transnational marriages and might bring together spouses belonging to the same family group.¹⁴

12 We used the analytical construct proposed by Max Weber. "An ideal type is formed by the one-sided accentuation of one or more points of view and by the synthesis of a great many diffuse, discrete, more or less present and occasionally absent concrete individual phenomena, which are arranged according to those one-sidedly emphasized viewpoints into a unified analytical construct." (Max Weber, translated into English in 1997, p. 90).

13 The short format of an article does not allow to introduce all variations in interviewees' discourse, for more detailed description see our book (Collet/Santelli 2012a).

14 Doreen Huschek et al. (2012) found out that Turkish second generation couples, living in European countries and having a first-generation partner from Turkey, form more often consanguineous marriages than the ones living with second generation partners.

This type of marriage formation reveals the existing asymmetry between men and women. Men may ask their mothers to find a wife for them in the country of origin. For these men, the ideal of a woman raised in the parents' country persists, and reflects their idea of a good wife, who will take care of household duties and childrearing (Timmerman 2009), among other things.

Sometimes men experience family pressure, to which they eventually relent. Just like their parents, they too are convinced that best marriages can be made within the same lineage group, and so they resign themselves to this belief. Below is the account of a young man, whose mother ferociously opposed that he might have a relationship with a young woman living in France, ultimately pushing him to agree to marry his cousin:

It was like a last chance I was giving her [my mother], and I did actually like the girl. I said to my mother, "Listen, we'll go back next year especially for her. If her parents agree, OK. If they don't, that's it. I won't do this anymore". (Man, 27 years old, Algerian origin, living in Paris region, secondary vocational education, salesman, married since 2003)

Despite the aforementioned, men seem to enjoy more freedom in opposing their parents' marital choices than women. Some decide to formalise an existing relationship with a non-immigrant French girlfriend when they sense that marriage negotiations are afoot within the family. Conversely, young women are more coerced to accept the suitors proposed by their parents. Whether they consent to these proposals or whether they yield to social and family pressure is hard to evaluate (Mathieu 1991), since family socialisation strongly prepares them for their marital fate. Women who fit in this type do not have a lot of freedom of speech and they are not used to discuss these issues with their parents. Besides, they also generally lack the means to do so; they have been involved in their family circle without much autonomy and tools for decision-making.

Survey results show that, compared to women in the other marital choice types, the women in arranged endogamous marriages have no or few educational qualifications. They have mostly grown up in an ethnic community, from which they have rarely been able to break away. More broadly, they have had few opportunities to leave the home environment, from where they draw emotional and material security. They have only a few relations outside the family circle.

Guler grew up in a small town near Lyon, in the much-deteriorated heart of city. She lived in a building with an inner courtyard, where most inhabitants were migrant families.

I grew up among other Turkish families, our next-door neighbour was my aunt [...] as children, we spent our days in the courtyard, always outside [...], in a shielded courtyard, banded together with other Turkish families [...] our parents were able to keep an eye on us from their windows. (Woman, 29 years old, Turkish origin, *Baccalauréat*, married to a man emigrated from Turkey)

If they see marriage and children as the natural cycle of life, they tend to agree that a marriage arranged within the family is a good idea.

My father told me about a cousin I had heard about in Senegal. I didn't refuse and I couldn't, because that's the way things are in my family. Your husband is chosen for you to avoid problems in the future. [...] I think it's a good thing. Most of the problems in couples occur because people are bound only by the bond of marriage. There is something more solid than that, that's family. Love comes later. What I mean is, that it [love] is not enough. You need something else, like family ties, respect, courtesy, dialogue, and matching personalities... (Woman, 25 years old, Senegalese origin, living in Paris region, junior secondary education, hairdresser in an African hairdressing salon)

This management of marital choice represents a strict interpretation of endogamy. Other options, including marriage within the same ethno-cultural group in France, are ruled out, since the emphasis is placed on belonging to the narrowly defined community of origin. Marrying a member of one's extended family or someone originating from one's village reinforces the ties with the home country. The families in question live in France, but their relatives and investments in the country of origin remain a major preoccupation for them; many years spent in France do not suffice to change this country-oriented mind-set. In this regard, mothers seem to be unyielding in the sense that they believe their children's personal initiatives outside the traditional circle would destroy the fabric of their communities, whereas fathers seem to take family pressure into account to a higher degree.

Love is not a prerequisite for marital choice, but respect is. Men and women are conferred to different roles within the family. Social status is a matter of consideration, but it remains secondary when considering the preservation of lineage endogamy, perceived to be the sole guarantee for a 'successful' marriage. In extreme cases, this first type sheds light on the reality of so-called 'forced' marriages that stem from a mismatch between the expectations of parents and those of their children, particularly daughters (Santelli/Collet 2011).

4.2 *Elective endogamy*

Elective endogamy combines free will with loyalty towards family traditions and incur less social conflict (Nauck 2001). It involves choosing one's spouse freely, while respecting the expectations of parents that was internalised throughout childhood. In this case, when both women and men choose a marriage partner, they place as much value on social characteristics and mutual understanding as on cultural and religious similarity. Caught in a complex interplay between cultural identifications and their experiences in French society, they feel this choice is the most appropriate. This is not only due to family socialisation, but is also the logical consequence of social networks in the neighbourhood and at school. Thus, while respecting a mode of endogamy, young adults freely choose a spouse for whom they have feelings. The future spouse has to fit in their personal aspirations in terms of occupational status and family plans, but also be a caring person with whom they can easily communicate. By bridging the gap between endogamy and homogamy, their behaviour is similar to the younger generation of the majority society, i.e. choosing a spouse whom they love and feel close to socially, while conforming to the expectations of family.

The decision to marry is thus made by and within the couple, following a period of meeting each other during which the future spouses consolidate their feelings for one another. It is only later that they inform their parents and embark on formalising their relationship according to the conventions and traditional rites. Such a marriage, termed a 'halal marriage', combines feelings of love with cultural and moral duties while respecting the perceived order of things: dating, family consent, wedding, common household and ultimately shared intimacy (Collet/Santelli 2012a). 'Halal marriage'¹⁵ is a term ex-

15 Presumably, this term is coined to distinguish, as in other areas of everyday life, between the behaviours described in Islamic terms as 'pure' (halal) or 'impure' (haram).

pressed by the descendants of North African origin in this study to refer to what they call a ‘good marriage’. They specifically choose this term to define a legal union recognized by the community as such. However, this formula is specific to the society of immigration. In their parents’ country of origin, it would not have been necessary to mention this because all marriage plans are, of course, seen as *halal*. From this, it follows that the main objective is to distance oneself from the dominant group and mark a difference between ‘us’ versus ‘them’. Defining a marriage as *halal* means doing things differently than the French, e. g. premarital cohabitation and sex. From a feminist point of view, this is a way to keep young women’s sexuality under control.

Here is the account of a young woman, who met her future husband at a very young age (at the age of 17 years). The couple took their time building on their relationship before marriage and waited until they had entered higher education for pursuing their job ideals.

As for background, I wasn’t that specific. I just wanted a Muslim man who was interested in religion, because there are plenty of people who are Muslim by name only (...) he was mature, he was looking for a good person, he was a good person, too (...) we met each other all the time, he would pick me up after class (...) he even got a part-time job so he could buy me a little something when we met, or so we could go out to a café or the movies (...) when I told my father about him, I stressed on his family’s criteria. (Woman, 23 years old, Algerian origin, living in Lyon, student enrolled in a Master’s of Education, married to a man of Moroccan background studying accounting)

Some very pious, veiled women, actively involved in Islamic religious organisations do not respond to the expectations of their family. More generally, they adhere to the discourse within these organisations, which is a more rigorous interpretation of Islam. Their marital choice seems to reflect their reading of the Koran. Not only do they declare their wish to share certain religious precepts¹⁶ with their husbands, these women also report that they want to be able to communicate and share mutual values, particularly with respect to raising children.

All in all, choosing a partner with similar cultural and religious traits is not solely a question of fulfilling the requirements of parental endogamy norms. Although peer-group control, especially in segregated suburbs, leads individuals to elect potential partners from within the same religious or ethno-cultural minority (Clair 2008),¹⁷ they do have an *individualised* relationship in mind.

Fatou and her husband didn’t grow up in the same neighbourhood, but both lived in the same Parisian outer suburb:

It was the end of my professional training, we met at a party, we started to date from then on; his education is similar to ours, he was born here, practicing [Islam] and he is Fulani, like myself (...) we would meet every Friday after class (...). Our parents didn’t know each other, but we both have some family over there [in the country of origin]. My family talked to his family and said that they were good people. (Women, 22 years old, parents coming from Mauritania, professional training)

Sometimes, the decision to conform to the parental norm is rooted in personal experience. It is possible that respondents have witnessed conflictual mixed marriages in their entou-

16 Such as accepting to meet a man only on condition that he has a serious intention of marriage.

17 See also Huschek et al. (2012). One of the results of the European TIES study is that having fewer non-coethnic contacts increases the likelihood of having Turkish second-generation partners.

rage or marriages that were disapproved of by their families. Besides, discrimination particularly faced by young men contributes to their decision to marry someone from the same background. The idea is that the parents of a 'French' or 'European' girl might disapprove of their daughter's 'Turkish' or 'Arab' boyfriend. Young couples do not always withstand the test of racist hostility from their partners' parents.

There was only one girl I was serious about. She was studying pharmacy and her background was Spanish. Her parents were much undecided – one day it was yes, another it was only fine if it stayed a fling and didn't turn into anything else. She no longer wanted to go to her parents' home, but I didn't want her to cut off ties with them. Whatever happens, she can forget me, but she can't forget her parents. (Man, 28 years old, Moroccan origin, living in Paris region, secondary certificate in accountancy, now a porter, married to a French woman of Algerian background since 2005)

The fact that North African parents accept that their children form unions with children of immigrants from another North African country clearly shows a re-interpretation of endogamy. A reference to the same cultural region in the broad sense, North Africa, and to the same religion, Islam, is enough to obtain their consent. The same tolerance, however, is not shown to a Muslim spouse of Sahelian African or Turkish background. Similarly, a union with a non-immigrant French spouse who has converted to Islam will always be perceived as a mixed marriage, even if some families accept it as feasible.

Elective endogamy has the advantage to respond to a twofold expectation: a personal one forged through interaction with others, and a family expectation, based on intergenerational loyalty and a sense of belonging. Consequently, these couples see their choice as striking the perfect balance between the culture they inherited from their parents and their future in French society. Compared with union formation in the majority group, it appears that *elective endogamy* is the main mode for partner choice. For the children of immigrants, the cultural dimension of their choice is more visible on the grounds that they belong to a minority group, whereas for couples in the majority group, the cultural dimension is merely taken for granted.

4.3 *Denied endogamy*

Denied endogamy is practiced by those descendants of immigrants who disregard the family norm of endogamy for two reasons. Either they have not been socialised accordingly, or they bluntly deny family prescriptions. These couples are exogamous, i. e. from different cultural backgrounds. However, they do not have a homogamous strategy either. They believe that interpersonal understanding comes first. Thus, dating freely and falling in love with their partner presents a whole set of affinity choices beyond social conventions.

However, their choice may or may not be accepted by their parents. Some parents do not want to interfere by arranging a marriage for their children raised in France. One reason would be that they have had their hardships in life or seen their brothers or sisters experience unfortunate marriages. It is also the case of a mother who has been forced to

raise her children on her own after a separation or death of her husband.¹⁸ Another reason would be that parents preferred to move away from the prescriptions of their community regarding marriage.

I noticed that in most of the arranged marriages around me, one of the spouses is often unhappy about this, as they rarely decide it themselves. Often they don't even know each other, that's why I am absolutely against it. Of course, I talked about these things with my parents, only to criticise, *as for my parents it is an unfair practice*, too. (Man, 26 years old, parents from Turkey, Bachelor's degree, engaged to a woman coming from Turkey)

In these cases, young adults did not experience family disapproval when they announced their intention to marry or live with someone from outside their own ethno-cultural group. Generally, they simply informed their parents following a long lasting relationship with their partner.

Nevertheless, religious affiliation is still a crucial issue. Marriage with a non-Muslim is not seen in the same way for both sexes: what is tolerated for men might be rejected for women.¹⁹ This perception is strongly anchored in the collective representations of Muslim immigrant populations.²⁰ Therefore, a Muslim woman might require her non-Muslim husband-to-be to convert to Islam, sometimes only for the sake of pretence to get her family's approval.

Taking studies based on other social groups into account, it seems that the unequal treatment of men and women with regard to marriage outside the group is not unique to our sample: an analysis of choice of marriage partner among the French aristocracy and upper middle class has shown that the requirements on women are so much more stringent that some women prefer to remain single (Wagner 2008). Because they integrate their wives into their own family circle, men have less difficulty imposing their choices, regardless of their wives' social status or culture.

I was the first to get engaged in my family. I had no model, so I did things my way. I told them I was getting married. For me, that was it. I only introduced my fiancée much later. I told my brothers and sisters, and later my mother. She was fairly positive, sounded quite positive... but after she talked to her friends and relatives, she was a bit reticent and later she told me she was against it. But I talked her round to it: there was no other way. (Man, 27 years old, Algerian origin, living in Paris region, youth worker married to a French woman of non-immigrant background, who converted to Islam in her late teens)

Parents who do not wish to influence their children's marriage decision are ultimately those who have accepted that their children's future is in France. They have faith in their children, who are exploring new marital territory. Based on our findings, these children are usually well-educated and have stable jobs.

Some children of immigrants coming from North Africa, Sahelian Africa or Turkey enter relationships, notwithstanding their parents' disapproval. After a period of hesitation, they decide to go against endogamous rules. They seem determined to keep up with personal

18 As fathers are often much older than their wives, the probability is high that they pass away during the childhood of their children. If parents are in conflict with inherited family values, as divorced mothers, they seem to abandon the endogamy norm.

19 For an interpretation of gender asymmetry in mixed marriages, see Collet (2012).

20 More modern interpretations of Islam no longer stress this.

affinities and their plans for conjugal life. The disapproval of certain families might concern a French spouse of non-immigrant background or even a spouse from the same cultural region under the pretext that their child is bringing a stranger into the family (i.e. someone from outside the lineage and/or village). Such disapproval can be harsh on children, as the parents may refuse to attend the wedding or meet the spouse at all, and the conflict can last for years.

My parents came to our wedding – at the last minute – only because they didn't really have a choice. There was a sense of "What will people say?", so they came, but they left as soon as the ceremony was over. For a time, I was not on speaking terms with them, or with my sisters and some of my brothers because I'm the only one in the family who imposed my choice of spouse. In my family, no one dared to go against my mother's wishes. To this day, my parents have never really accepted my wife. (Man, 39 years old, Algerian origin, living in Paris, multimedia journalist, married to a woman of Moroccan background)

The attitude of parents can lead their children down to a path where they have a relationship secretly. In this case, parents usually do not know about the relationship in question, when sometimes sisters or brothers may know about it. It turns out such secretly-held relationships are tolerated for men so long as they are not formalised by a marriage. By contrast, when women hold their relationship hidden from their families, it is much more unlikely that they formalise it, thinking it would be an act against family honour. In fact, these secret relationships are possible only when women live away from their parents' home. They take advantage of this freedom to experience a marital relationship or intermittent cohabitation. Men and women who fit this type have a higher educational level than those of the two other categories. They have mixed social networks and share common interests with persons belonging to these networks (arts, music or sport).

Among those women having a secret and long lasting relationship, some will never officialise it. Oscillating between inherited and present-time values, they feel that their partner ultimately does not correspond to their ideal of marriage.

My boyfriend is not the ideal man for me. We have been together for a long time, but living separately has been very convenient for us. I am Turkish French, but he is French. We see things differently, we have different logics, the construction of our ideas is different. [...] I will marry only when I have found the one who will really suit me. For the moment, I have plenty of things to do. (Woman, 33 years old, parents coming from Turkey, Bachelor of Arts)

Denied endogamy illustrates the gap between parents' values and children's desire for a more individually-driven lifestyle. Parents have difficulty holding back their expectations and children do not see a way to find a common ground with their parents. Sometimes children break up with their family because of a painful experience, e. g. in the case of a violent father or sisters who have been forced into marriage. At times, they cannot resist the family refusal and therefore break up with their partner.

Ideal types highlight some crucial characteristics in behaviour, although we are aware that they also provide a rigid vision of society. Marital option might have been different in a former relationship or the other way around in a further one, but as a matter of fact, couples have to separate or divorce first.

5. Minority groups and social relations in France

Our analyses through ideal types have revealed how socio-ethnic homogamy functions, affecting intergenerational and gender relations as well as ethnic affiliation. Ideal types allow room for comparison with the majority group as well.

Studying the balance between endogamy and homogamy, we come to realize that there is a shift within intergenerational relations. In the first type, parents and children agree on a more traditional concept of marriage formation, to which younger generations adhere out of respect for their parents, carrying in themselves a sense of communal identity. In the second type, children internalise cultural prescriptions and social conventions, but inspired as they are by subjective aspirations, they are also capable of free choice. In this case, parents seem alleviating some of their expectations, ultimately supporting their children's marital choice. In the third type, affinity dictates children's choice of a partner, whether or not their parents approve, which can lead to situations of disagreement or even conflict in which inter-generational communication breaks down.

However, the typology reveals asymmetric gender relations. The traditional gender divide places the heaviest burden on women in all cultures.²¹ Breaking with the endogamous norm is more difficult for women, who hence tend to accept the expectations of family and community. Men are given more leeway to circumvent these expectations. Family pressure can be subtle when young adults have internalised family expectations, but becomes virulent, or in some cases even violent, especially against women.

When we consider ethno-cultural belonging, the different groups are not equally involved in the aforementioned ideal types. Without stating exact percentages because of the qualitative approach, it seems that Turkish and Sahelian African descendants are all the more concerned by the first type, whereas North African descendants seem to be the group who lean towards elective endogamy type. Specific migration conditions and the marriage market in France undoubtedly play a role in this. The North African group is the most numerous in France; they are well-established, and their children have more opportunities to find partners with same cultural affiliation, whether that be at school, university, work or in the neighbourhood and even through community mate-matching websites.

The Sahelian and the Turkish groups are not numerous enough to have a differentiated marriage market inside France. Therefore, they seem to stick to more traditional marital choice patterns. The Sahelian group coming from several different countries and ethnic groups within their home setting, remains highly involved with ancestral marriage rules. For the Turkish group, the explanation is different. In France, Turks are a minority among minorities. They are Moslem but they do not share a common history with African immigrants with Moslem background. Whereas in Germany, having a significant marriage market, they prefer to marry with other Turkish descendants they easily meet up in daily life (Straßburger 2003; Huschek et al. 2012), the Turkish group in France resorts to transnational marriages. This shows that they have been able to transform traditional arranged marriages in their home villages and towns (Nauck 2002; Timmerman 2009).

Compared to young adults of the majority group, the children of immigrants coming from North Africa, Sahelian Africa and Turkey differ in their way to form a couple. Our

21 See the work of Héritier (1996) on 'differential valence of the sexes'.

study shows that they do not live together outside marriage (except the third type), a behaviour that is by far the most common type of initial union formation in the majority group. In our sample, almost nine out of ten cohabiting couples are married.²² This reveals that descendants of immigrants with a Muslim background enter adult life differently. Marriage continues to play an important role and there seems to be no room for any other form of cohabitation. Marriage materializes when couples have achieved economic stability to establish themselves on their own.²³

This specific transition to adulthood is even more pronounced for those young women of this group whose socialisation was centred around home, their dates were limited and sexuality under control (Phalet/Schönpflug 2001). Women from this group have fewer opportunities for experimenting love, leaving the parental home and living with a partner (outside marriage) than women of the majority group and even their male counterparts.

6. Concluding remarks: Internal motivations and external pressures in marital choice

Toward the end of this article, we want to stress again that the various options of marital choice show with evidence a reinterpreted endogamy norm. This is a consequence of cultural transitions as much as of social conditions of the different ethno-cultural groups in the immigration country.

Marital choice continues to be viewed in reference to an endogamous norm that refers back to a more or less sharply delineated original ethno-cultural group. The empirical study shows, however, that some couples, especially transnational ones, conform to the lineage norm, whereas couples consisting of two children of immigrant background have clearly reinterpreted the endogamy norm. On both sides of the inter-generational chain (from parents to children), endogamy is believed to ensure a lasting marriage. However, not everyone conforms to endogamy. When they deviate from the norm, they must justify their choice and the credibility of their union.

This typological analysis highlights an emerging form of marital choice, which has been unexplored until now. Elective endogamy emphasises ethno-cultural and social similarity based on common experiences, such as being children of immigrants, having lived in a social housing estate or experienced various hardships in society. It is centred on things that both partners in the couple feel that these should be shared. The parents' region or village of origin is less important than having immigrant parents who inculcated a substratum of common values. It is important for the spouse to have grown up in French society and correspond to aspirations in terms of social status and mutual understanding. In this sense, this is a homogamous rationale.

22 The results of various qualitative studies or targeted quantitative studies confirm this hypothesis of specific behaviour of children of immigrants. (e.g. TIES The Integration of the Second Generation – French survey INED, 2007 and Trajectoires et Origines – INED/INSEE 2008), cf. Crul/Heering 2008.

23 The most economically vulnerable young adults are rarely in unions (Santelli 2007), which explains why they are also absent from this sample.

Shared religion is a strong support for identity and an important aspect for mutual understanding and family projects, but we cannot separate it from ethno-cultural belonging. The religious argument is put forward by North African immigration descendants whose parents come from different countries in North Africa. Islam as a reference is perceived to be more important than ethnic origin. The other side of the coin, however, is that it turns out that religion fails to be inclusive for couples from different Moslem ethnic groups (e.g. couples formed by a North African descendant and a Turkish descendant, or a North African and a Sahelian African descendant). These couples experience disapproval from their parents and relatives.

However, ethnic and religious features must also be regarded in relation to economic and social conditions of their family, neighbourhood relations, school and professional careers. Different kinds of pressures burden them: the longer their school education lasts, the more they free themselves from family pressure; the more discrimination they experience, the more they seem to stick to their own cultural belonging. Especially in a context of social exclusion and residential segregation, elective endogamy takes the form of self-protection and becomes a response to discrimination. The difficulty of perceiving the society in which they live as truly multicultural, their marital preferences are affected by repeated experiences of racism, rejection, and inequality. It is thus a sign of a twofold balance of power, both internal – an issue of identity, unremitting reaction to a minority status – and external – more disadvantaged social conditions for these young French people of immigrant parents, especially in terms of employment.

The analysis presented here has shown that the marital choice is a result of internal motivations and external pressures, with the majority society partly shaping the minority cultural rationales at play. In a back-and-forth identity positioning, the minority groups seek to differentiate themselves from the majority by maintaining or establishing specific cultural practices. It thus manifests their participation in the majority society and asserts a universe of values specific to them.

References

- Autant, C. (2009). Saisir les identités en mouvement: parenté et histoires de familles turques en migration. *Revue européenne des migrations internationales*, 25, 3, pp. 133-151.
- Bailey, A. J. & Boyle, P. (Eds.) (2004a). Special issue: Family migration and the new Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 30, 2, pp. 229-413.
- Bailey, A. J. & Boyle, P. (2004b). Untying and retying family migration in the New Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 30, 2, pp. 229-242.
- Ballard, R. (2008). Inside and outside: contrasting perspectives on the dynamics of kinship and marriage in contemporary South Asian transnational networks. In: Grillo, R. (Ed.), *The family in question: Immigrant and ethnic minorities in multicultural Europe*. Amsterdam University Press (IMISCOE Research), pp. 38-70.
- Beauchemin, C., Hamel, C. & Simon P. (Eds.) (2010). *Trajectoires et Origines. Premiers résultats*. Paris: INED-INSEE (Documents de Travail 168).
- Beck-Gernsheim, E. (2007). Transnational lives, transnational marriages: A review of the evidence from migrant communities in Europe. *Global Networks*, 7, 3, pp. 271-288.
- Beck, U. & Beck-Gernsheim, E. (2010). Passage to hope: Marriage, migration, and the need for a cosmopolitan turn in family research. *Journal of Family Theory and Review*, 2, pp. 401-414.

- Blau, P. M., Blum, T. C. & Schwartz, J. E. (1982). Heterogeneity and intermarriage, *American Sociological Review*, 47, pp. 45-62.
- Borrel, C. (2006). Enquêtes annuelles de recensement 2004 et 2005. Près de 5 millions d'immigrés à la mi-2004, *INSEE Première*, 1098, pp.1-4.
- Bozon, M. & Héran, F. (2006). *La Formation du Couple*. Paris: La Découverte.
- Bozon, M. & Héran, F. (1989). Finding a spouse: A survey of how French couples meet. *Population: English Selection*, 1, pp. 91-122.
- Charsley, K. (Ed.) (2012). *Transnational marriage. New perspectives from Europe and beyond*. New York & Abingdon: Routledge.
- Charsley, K. & Shaw, A. (2006). South Asian transnational marriages in comparative perspective, *Global Networks*, 6, 4, pp. 331-344.
- Clair, I. (2008). *Les jeunes et l'amour dans les cités*. Paris: Armand Colin.
- Collet, B. (2012). Mixed couples in France. Statistical facts, definitions, and social reality. *Papers (Revista sociologica – Spain)*, 97, 1, pp. 61-77.
- Collet, B. & Santelli, E. (2012a). *Couples d'ici, parents d'ailleurs. Parcours de descendants d'immigrés*. Paris: Presses universitaires de France (collection Le lien social).
- Collet, B. & Santelli, E. (2012b). Les descendants d'immigrés en couple mixte au prisme de l'enquête. *Trajectoires et Origines, Enfances familles et générations*, n° 17, pp. 75-97.
- Crul, M. & Heering L. (ed.) (2008). *The position of the Turkish and Moroccan second generation in Amsterdam and Rotterdam*. Amsterdam: Amsterdam University Press (IMISCOE Research), pp. 143-159.
- Déchaux, J. H. (1998). Dynamique de la famille: entre individualisme et appartenance. In: Galland, O. & Lemel, Y. (Eds.), *La Nouvelle Société Française. Trente Années de Mutations*. Paris: A. Colin, pp. 60-89.
- Gopalkrishnan, N. & Babacan, H. (2007). Ties that bind: Marriage and partner choice in the Indian community in Australia in a transnational context, *Identities*, 14, 4, pp. 507-526.
- Héritier, F. (1996). *Masculin/Féminin. La Pensée de la Différence*. Paris: Editions O. Jacob.
- Hill, P. B. & Kopp J. (2001). Strukturelle Zwänge, partnerschaftliche Anpassung oder Liebe – einige Überlegungen zur Entstehung enger affektiver Beziehungen. In: Klein T. (Ed.), *Partnerwahl und Heiratsmuster: Sozialstrukturelle Voraussetzungen der Liebe*. Wiesbaden: Springer Fachmedien, pp. 11-34.
- Huschek, D., de Valk, H. A. G. & Liefbroer A. C. (2012). Partner choice patterns among the descendants of Turkish immigrants in Europe. *European Journal of Population*, 28, 3, pp. 241-268.
- Jejeebhoy, S. J. Sathar Z. A. (2001). Women's autonomy in India and Pakistan: The influence of religion and region. *Population and Development Review*, 27, 4, pp. 687-712.
- Kalter F. & Schroether J. (2010). Transnational marriage among former labour migrants in Germany. *Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research*, 22, 1, pp. 11-36.
- Kateb, K. (2000). *La Fin du Mariage Traditionnel en Algérie*. Paris: Bouchène.
- Kalmijn, M. (1998). Intermarriage and homogamy: Causes, patterns and trends. *Annual Review Sociology*, 24, pp. 395-421.
- Kalmijn M. & van Turbergen F. (2006). Ethnic intermarriage in the Netherlands: Confirmations and refutations of accepted insights. *European Journal of Population*, 22, 4, pp. 371-397.
- Koç I. (2008). Prevalence and socioeconomic correlates of consanguineous marriages in Turkey. *Journal of Biosocial Science*, 40, 1, pp. 137-148.
- Kofman E. (2004). Family-related migration: A critical review of European studies. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 30, 2, pp. 243-262.
- Kogan, I. (2010). Introduction. In: Kogan, I. (Ed.). Introduction to the special issue on Minority ethnic groups' marriage patterns in Europe. *Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research*, 22, 1, pp. 3-10.
- Lagrange, H. (2010). *Déni des cultures*. Paris: Seuil.
- Lapeyronnie, D. (2008). *Ghetto urbain*. Paris: Robert Laffont.
- Lévi-Strauss, C. (1971 [1949]). *Les Structures Élémentaires de la Parenté*. Paris-La Haye: Mouton.

- Levitt, P. (2009). Routes and roots: Understanding the lives of the second generation transnationally. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 35, 7, pp. 1225-1242.
- Lievens, J. (1999). Family-forming migration from Turkey and Morocco to Belgium: The demand for marriage partners from the countries of origin. *International Migration Review*, 33, 3, pp. 717-744.
- Mahieu, R., Timmerman, C. & Vanheule, D. (2010). *La dimension de genre dans la politique belge et européenne d'asile et de migration*. Bruxelles: Institut pour l'égalité des femmes et des hommes.
- Mathieu, N.C. (1991). Quand céder n'est pas consentir. In: Mathieu, N. C. (Ed.) *L'anatomie politique*. Paris: Côté Femmes, pp. 17-41.
- Meintel, D. (2002). Transmitting pluralism: Mixed unions in Montréal, *Canadian Ethnic Studies/Études ethniques au Canada*, 34, 3, pp. 90-120.
- Mouhammad-Arif, A. (2010). Au-delà de l'endogamie et de la mixité: les mariages endogames mixtes chez les musulmans indo-pakistanaïens aux États-Unis, *Diasporas. Histoire et sociétés*, 15, pp. 68-82.
- Muttarak, R. (2010). Explaining trends and patterns of immigrants' partner choice in Britain. *Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research*, 22, 1, pp. 37-64.
- Nauck, B. (2001). Generationenbeziehungen und Heirateregimes – theoretische Überlegungen zur Struktur von Heiratmärkten und Partnerwahlprozessen am Beispiel der Türkei und Deutschland. In: Klein, T. (Ed.), *Partnerwahl und Heiratmuster – Sozialstrukturelle Voraussetzungen der Liebe*. Opladen: Leske & Budrich, pp. 35-56.
- Nauck, B. (2002). Families in Turkey. In: Nave-Herz, R. (Ed.), *Family change and intergenerational relations in different cultures*. Würzburg: Ergon Verlag, pp. 11-48.
- Ouadah-Bedidi, Z. (2005). Liens de parenté entre conjoints en Algérie. In: Vimard, P. & Vignikin, K. (Eds.), *Familles au Nord, Familles au Sud*. Louvain-la-Neuve: Bruylant-Academia, pp. 137-155.
- Peach, C. (1980). Ethnic segregation and intermarriage. *Annals of the Association of American Geographers*, 70, 3, pp. 371-381.
- Phalet, K., & Schönplflug, U. (2001). Intergenerational transmission in Turkish immigrant families: Parental collectivism, achievement values and gender differences. *Journal of Comparative Family Studies*, 32, 4, pp. 186-201.
- Reniers, G. (2001). The post-migration survival of traditional marriage patterns: Consanguineous marriages among Turks and Moroccans in Belgium. *Journal of Comparative Family Studies*, 32, 1, pp. 21-45.
- Sad Saoud, H. (1985). Le choix du conjoint: tradition et changement. *Revue Européenne des Migrations Internationales*, 1, 2, pp. 118-130.
- Safi, M. (2008). Intermarriage and assimilation: Disparities in levels of exogamy among immigrants in France, *Population*, 63, 2, pp. 267-298.
- Santelli, E. (2007). *Grandir en Banlieue*. Paris: CIEMI (collection 'Planète Migrations').
- Santelli, E. & Collet, B. (2011). De l'endogamie à l'homogamie socio-ethnique. Réinterprétations normatives et réalités conjugales des descendants d'immigrés maghrébins, turcs et africains subsahariens, *Sociologie et Société*, 43, 2, pp. 329-354.
- Santelli, E. & Collet, B. (2011). Forced marriages: Between social construction and experience of family enforcement. In: Thiara, R. K., Condon S. A. & Schröttle, M. (Eds.), *Violence against women and ethnicity: Commonalities and differences across Europe*. Opladen & Farmington Hills, MI: Barbara Budrich Publishers, pp. 241-255.
- Shaw, A. (2001). Kinship, cultural preference and immigration: consanguineous marriage among British Pakistanis, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 7, 2, pp. 315-334.
- Singly de, F. (1987 [1996]). *Modern marriage and Its cost to women*. Newark: University of Delaware Press.
- Straßburger, G. (2003). *Heiratsverhalten und Partnerwahl im Einwanderungskontext*. Würzburg: Ergon Verlag.
- Streiff-Fenart, J. (1989). *Les couples franco-maghrébins en France*. Paris: L'Harmattan.
- Streiff-Fenart, J. (2006) À propos des valeurs en situation d'immigration: questions de recherche et bilan des travaux, *Revue française de sociologie*, 47, 4, pp. 851-875.

- Timmerman, C. (2006). Gender dynamics in the context of Turkish marriage migration: The case of Belgium", *Journal of Turkish Studies*, 7, 1, pp. 125-143.
- Timmerman, C. et al. (2009). Marriage at the Intersection between tradition and globalization. Turkish marriage migration between Emirdag and Belgium from 1989 to present. *The History of the Family*, 14, pp. 232-244.
- Wagner, A. C. (2008). Mariages assortis et logiques de l'entre-soi dans l'aristocratie et dans la haute bourgeoisie. *Migrations-Société*, 20, 119, pp. 229-242.
- Waldis, B. & Byron, R. (Eds.) (2006). *Migration and marriage. Heterogamy and homogamy in a changing world*. Berlin & Zürich: Lit Verlag.
- Weber M. (1997) [1904/1949]. *The methodology of the social sciences*, New York: Free Press (Edited and translated by E. A. Shils and H. A. Finch).
- Zehraoui, A. (1996). Les processus différentiels d'intégration au sein des familles d'origine algérienne en France. *Revue française de sociologie*, 36, 2, pp. 237-261.
- Zontini, E. (2010). Enabling and constraining aspects of social capital in migrant families: Ethnicity, gender and generation. *Ethnic and Racial Studies*, 33, 5, pp. 816-831.

Submitted on/Eingereicht am: 25. 09. 2014

Accepted on/Angenommen am: 25. 04. 2016

Addresses of the authors/Anschriften der Autorinnen:

Dr. Beate Collet (Corresponding author/Korrespondenzautorin)
Maître de conférences (associate professor)

Université Paris-Sorbonne
Maison de la Recherche
28, rue Serpente
75006 Paris
France/Frankreich

Email/E-Mail: Beate.Collet@paris-sorbonne.fr

Dr. hab. Emmanuelle Santelli

Directrice de recherches CNRS (research director)
Member of the research unit Centre Max Weber
Université de Lyon
Institut des Sciences de l'Homme
14, avenue Berthelot
69363 Lyon Cedex 07
France/Frankreich

Email/E-Mail: Emmanuelle.Santelli@ish-lyon.cnrs.fr