

Anne Röthel*

Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Gesetzgebung und Rechtsprechung

Muster und Entwicklungslinien im jüngeren Familienrecht

- I Konturierung der Fragestellung
- II Zugriffsmuster im jüngeren Familienrecht
 - 1 Leistungsgrenzen quantitativer Annäherungen
 - 2 Richterliche Paradigmenwechsel
 - a) Nichtehele Lebensgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft
 - b) Wechselmodell als Umgangsregel
 - c) Unterhaltspflicht kraft Zustimmung zur heterologen Insemination
 - d) Anerkennung im Ausland durchgeführter Leihmutterchaften
 - e) Zwischenstand
 - 3 Richterliche Erstbewältigung mit gesetzlicher Bestätigung
 - a) Auskunftsanspruch für den Scheinvaterregress
 - b) Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung
 - 4 Gesetzlich korrigierte richterliche Erstbewältigung
 - a) Nachehelicher Betreuungsunterhalt
 - b) Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen
 - 5 Richterliche Verweisungen auf gesetzliche Bewältigung
 - a) Personenstand intersexueller Personen
 - b) Güterrechtlich privilegierter Erwerb
 - c) Unterbringungsähnliche Maßnahmen an minderjährigen Kindern
 - d) Anfechtungssperre bei sozial-familiärer Beziehung
 - e) Öffnung der Ehe
- III Einige Beobachtungen
 - 1 Typizitäten
 - 2 Entwicklungsrichtung
 - a) Langfristige Zunahme gesetzlicher Bewältigung
 - b) Mögliche Erklärungen
 - aa) Generelle Vorzüge gesetzlicher Bewältigung
 - bb) Verfassungsgerichtliche Akzentuierung gesetzlicher Bewältigungen
 - cc) Zunahme gesetzlich besser bewältigbarer Ungewissheitslagen
 - 3 Bewältigungsformen
 - a) Mehrphasige Bewältigungsverläufe
 - b) Rezeptionen und Bezugnahmen
- IV Schlussfolgerungen

* Herrn wiss. Mit. Philipp Poitiers, LL.B., danke ich für die wertvolle Unterstützung bei der Gestaltung der Nachweise. Das Manuskript wurde im August 2018 fertiggestellt. Die Überlegungen beziehen sich auf den Beobachtungszeitraum bis einschließlich 2017.

I Konturierung der Fragestellung

Unser Oberthema „Gesetz und richterliche Macht“ bezeichnet eine zentrale Architekturfrage von rechtsstaatlichen Ordnungen: das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung. Dabei klingt in der Wendung „richterliche Macht“ ein Unbehagen an, dass sich die Gewichte zu sehr in Richtung Rechtsprechung verschoben haben könnten. Dieser mitgegebenen These soll im Folgenden nachgegangen werden.

Es gibt keinen Sachbereich des Rechts, an Hand dessen sich nicht Aussagen darüber gewinnen ließen, welche Anteile Rechtsprechung und Gesetzgebung an der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen haben¹ und wie sich ihr Verhältnis dabei gestaltet. Dieser „thematischen Totalität“² lässt sich nicht ausweichen, aber wir können ihr begegnen, indem wir uns der Relativität jeweils aufgesammlter Befunde bewusst bleiben. Mit diesem *caveat* werden die Überlegungen im Folgenden auf das jüngere Familienrecht beschränkt. Abgesehen von kontingenten Gründen empfiehlt sich das Familienrecht auch deshalb, weil es sich um ein Rechtsgebiet handelt, das kontinuierlich mit der Verarbeitung von Neuem zu tun hat: Wertewandel, veränderte Lebensformen, demographische Umbrüche, neue reproduktive Verfahren, gesellschaftliche und rechtliche Veränderungen in den uns umgebenden Rechtsordnungen, Auswirkungen globaler disruptiver Ereignisse.³ Wenn wir uns dafür interessieren, wie Rechtsprechung und Gesetzgebung Ungewissheitslagen verarbeiten, wird die Wahl eher auf ein dynamisches Rechtsgebiet fallen. Darüber hinaus hat das Familienrecht in diesem Zusammenhang den Vorzug, dass es noch weitgehend nationales Recht ist, so dass wir in der Beobachtung, wer die Akteure des Familienrechts sind, wie sie gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewältigen und wie sie dabei miteinander umgehen, etwas über Stil und Kultur unserer Rechtsordnung erfahren können, ohne dass wir Verhaltensmuster nur darauf zurückführen müssten, dass es Rechtsprechung und Gesetzgebung um die Verwirklichung europarechtlicher Setzungen gegangen ist.

¹ Daher ist auch das Interesse für gesellschaftliche Ungewissheitslagen im Zusammenhang mit dem Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung nicht neu; siehe schon HARALD KINDERMANN, Rechtliche Regelungen als Resultat gesellschaftlicher Konflikte, dargestellt an zwei Beispielen aus der Entstehungsgeschichte des BGB, in: Jürgen Rüdig (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, 1976, S. 560.

² Begriff nach CHRISTIAN BUMKE, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit, in: DERS. (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 1, 4.

³ Siehe schon ROSEMARIE NAVE-HERZ, Wandel und Kontinuität in der Bedeutung, in der Struktur und Stabilität von Ehe und Familie in Deutschland, in: DIES. (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der Familie in Deutschland: Eine zeitgeschichtliche Analyse, 2002, S. 45; JUTTA LIMBACH, Ehe und Recht im Wandel der Zeiten, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private Law. national – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer, 2011, S. 1079; DIETER SCHWAB, Familienrecht im Umbruch, FamRZ 1995, S. 513 sowie noch unten, III.2.b.cc.

Die Durchsicht des jüngeren Familienrechts wird zunächst erweisen, dass im Verhältnis von Gesetzgebung und ordentlicher Gerichtsbarkeit keine signifikante Verschiebung zugunsten der Rechtsprechung stattgefunden hat (s. unten Ziff. II). Wir werden einen auf gesellschaftlichen Konsens bedachten, abwartenden Gesetzgeber kennen lernen, aber auch auf einen entschlossen entscheidenden Gesetzgeber treffen. In ähnlich vielen Nuancen und Schattierungen begegnet die Rechtsprechung, die zuweilen Neuland für deutsches Recht betritt, mitunter weite Rechtsbereiche selbst zu Regeln ausformen muss, ganz häufig aber darauf bedacht ist, dem Gesetzgeber nicht vorzugreifen. Gleichwohl lässt sich festhalten: Die langfristige Entwicklungsrichtung geht in Richtung gesetzlicher Bewältigung. Dabei haben mehrgliedrige Entwicklungspfade zugenommen. Wir werden viele Beispiele für Regelbildungen finden, die mehrere Etappen durchlaufen und von mehreren Akteuren gestaltet werden, die sich rezipieren, bestätigen oder korrigieren (s. unten Ziff. III).

II Zugriffsmuster im jüngeren Familienrecht

1 Leistungsgrenzen quantitativer Annäherungen

Um ein näheres Bild davon zu gewinnen, welche Rolle Rechtsprechung und Gesetzgebung jeweils im Familienrecht bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen zukommt, wäre zunächst eine *quantitative* Annäherung denkbar. Wir könnten für einen ausgewählten Zeitraum – etwa seit 1990 bis heute – ermitteln, wie viele familienrechtsgestaltende Gesetze in diesem Zeitraum verabschiedet wurden und dies in Verhältnis zur Rechtsprechung setzen.

Das Ergebnis würde für den Zeitraum von 1990 bis 2017 wie folgt aussehen: Es sind etwa 60 familienrechtsbezogene Gesetze in Kraft getreten, es ergingen bei vorsichtiger Zählung 27 in die amtliche Sammlung aufgenommene Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) mit familienrechtlichem Bezug⁴ und 308 in BGHZ aufgenommene Entscheidungen des XII. Zivilsenats.

⁴ BVerfGE 84, 9 – Namensrecht; BVerfGE 84, 168 – gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge bei nichtehelichen Kindern; BVerfGE 85, 80 – ungleicher Instanzenzug für Unterhaltsstreitigkeiten; BVerfGE 90, 262 – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; Anfechtung der Ehelichkeit durch volljährig gewordenen Kind; BVerfGE 92, 158 – Recht des nicht mit der Mutter verheirateten Vaters bei Adoption des nichtehelichen Kindes durch seine Mutter oder deren Ehemann; BVerfGE 103, 89 – Ehevertrag; BVerfGE 104, 373 – Namensrecht; BVerfGE 105, 1 – Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit bei der Bemessung nahehelichen Unterhalts; BVerfGE 105, 313 – eingetragene Lebenspartnerschaft; BVerfGE 107, 150 – § 1626a BGB „derzeit verfassungsgemäß“; BVerfGE 108, 82 – Anfechtungs-/Umgangsrecht des leiblichen, nicht rechtlichen Vaters; BVerfGE 109, 256 – Namensrecht (durch frühere Eheschließung erworbener Name als neuer Ehepartner); BVerfGE 117, 202 – Recht des Vaters auf Kenntnis der Abstammungsverhältnisse; BVerfGE 118, 45 – § 1615l BGB verfassungswidrig;

Die reinen Fallzahlen sagen allerdings wenig bis nichts darüber aus, wer welchen Beitrag zur Bewältigung einer gesellschaftlichen Ungewissheitslage hatte und wie Gesetzgebung und Rechtsprechung dabei vorgegangen und miteinander umgegangen sind. Es wird uns nicht wundern, dass wir mehr Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) als Gesetze vorfinden.⁵ Und auch für die Gesetzgebung werden Aussagen, die sich ohne materiale Gewichtung allein auf quantifizierende Angaben stützen, zwangsläufig irreführend sein.⁶

Daher wird im Folgenden ein anderer Weg eingeschlagen. Wir werden den mühsameren Weg gehen und im Einzelnen anhand ausgewählter Ungewissheitslagen versuchen, uns ein Bild davon zu machen, welche Anteile Rechtsprechung und Gesetzgebung an ihrer Bewältigung haben. Dabei steht die ordentliche Gerichtsbarkeit im Vordergrund.⁷ Das Erkenntnisinteresse geht dahin, Einsichten über Befriedungsleistungen, die Entwicklungsrichtung und die Art und Weise des Miteinanders von Rechtsprechung und Gesetzgebung zu erhalten.

Bei der Durchsicht des jüngeren Familienrechts treffen wir auf vier Zugriffsmuster in der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen: erstens Fälle weitgehenden Alleinhandelns der Rechtsprechung ohne einen signifikanten Beitrag des Gesetzgebers („richterliche Paradigmenwechsel“, s. unter Ziff. 2), zweitens Fälle, die zunächst von der Rechtsprechung allein bewältigt werden, dann aber vom Gesetzgeber eine Bestätigung erfahren (s. unter Ziff. 3), drittens Fälle, in denen der Gesetzgeber eine vorausgegangene richterliche Bewältigung korrigiert (s. unter Ziff. 4) und

BVerfGE 121, 69 – Umgangspflicht; BVerfGE 124, 199 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Beamtenrecht; BVerfGE 126, 400 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Steuerrecht; BVerfGE 127, 123 – § 1626a BGB verfassungswidrig; BVerfGE 128, 193 – Dreiteilungsmethode verfassungswidrig; BVerfGE 131, 239 – eingetragene Lebenspartnerschaft und Beamtenrecht; BVerfGE 133, 40 – Sukzessivadoption bei eingetragenen Lebenspartnern; BVerfGE 133, 112 – medizinische Zwangsbehandlung eines unter Betreuung stehenden im Maßregelvollzug Untergebrachten; BVerfGE 135, 48 – behördliche Anfechtung der Vaterschaft; BVerfGE 136, 382 – Berücksichtigung naher Verwandter bei der Auswahl eines Vormundes; BVerfGE 138, 377 – Auskunftsanspruch des Scheinvaters gegen die Mutter; BVerfGE 140, 65 – Unvereinbarkeit des Betreuungsgesetzes mit Art. 72 Abs. 2 GG; BVerfGE 141, 186 – isolierte Feststellung der Vaterschaft; BVerfGE 142, 313 – Zwangsbehandlung nicht einsichtsfähiger Betreuer.

⁵ Genauso schon die Beobachtung zu dem unterschiedlichen Umfang des „Materials“ von Rechtsprechung und Gesetzgebung bei ROLF WANK, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, 1978, S. 201: „Während der Gesetzgeber von 1949 bis 1965 43.463 Seiten Bundesgesetzblatt produziert hat, füllt die Rechtsprechung allein der amtlichen Sammlungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes von 1951 bis 1965 165 Bände mit etwa 72.000 Seiten.“

⁶ Siehe die Hinweise auf die Schwächen jeder nur-quantifizierenden Annäherung an die Gesetzgebung von HELMUTH SCHULZE-FIELITZ, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 132 f.: „Irreführung“.

⁷ Zur Rolle des BVerfG noch unten, II.3 sowie III.2. Siehe im Übrigen FRANK SCHORKOPF, Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente (in diesem Band S. 81 ff.) und zur Rolle des EGMR bereits EVA SCHUMANN, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und das deutsche Familien- und Erbrecht, in: DIES. (Hrsg.), Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum. 17. Symposium der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“, 2015, S. 163.

schließlich viertens Fälle, in denen die Rechtsprechung von einer eigenen Bewältigung bewusst absieht, sondern auf den Gesetzgeber verweist (s. unter Ziff. 5).⁸

2 Richterliche Paradigmenwechsel

Wenn wir im Folgenden einige Beispiele für weitgehende Alleinbewältigung durch die Rechtsprechung durchmustern, bewegen wir uns in dem Bereich, der methodisch und verfassungsrechtlich gemeinhin als richterliche Rechtsfortbildung erfasst wird. Für kodifikationsorientierte kontinentale Juristen gehen von diesem Bereich die größten Spannungen aus. Ihre Legitimation findet richterliche Rechtsfortbildung nach verbreiteter Auffassung in Unzulänglichkeiten („Lücken“) des Gesetzes, sei es aufgrund des „Alterns der Kodifikationen“ und veränderten Problemlagen, sei es weil sich später herausstellt, dass Rechtsfragen überhaupt nicht geregelt sind, die sich aber als regelungsbedürftig erweisen.⁹ Auf diese Gründe treffen wir auch im Familienrecht. Sie lassen sich weiter präzisieren: Familienrechtstypische Ungewissheitslagen, die in der Praxis zu richterlicher Alleinbewältigung führen, verweisen auf Motivbündel, die sich mit gesellschaftlichem Wandel, dem Umgang mit Innovationen sowie Globalisierungsfolgen zusammenfassen lassen. Die Fälle, in denen die Rechtsprechung eine Ungewissheitslage allein bewältigt, sind allerdings nicht so häufig, wie es das weit verbreitete Bild von der starken Rechtsprechung im Familienrecht¹⁰ mög-

⁸ Eine ähnliche Typisierung findet sich bei WANK (Anm. 5), S. 241 ff., der für die Fachgerichte folgende „Möglichkeiten richterlichen Vorgehens“ unterscheidet: (1) „non-liquet-Entscheidungen“, d.h. einen Rechtsstreit wegen Untätigkeit des Parlaments nicht zu entscheiden; (2) „Vogel-Strauß-Politik“, d.h. sich auf den Standpunkt zu stellen, dass es allein ihre Aufgabe sei, die geltenden Gesetze anzuwenden; (3) „Pilatus-Politik“, d.h. das aus ihrer Sicht unangemessene Gesetz anzuwenden und zugleich darauf zu verweisen, dass der Gesetzgeber es an einer gerechten Wendung habe fehlen lassen; (4) „Änderungsappell“; (5) „Änderungsappell mit Fristsetzung“; (6) „Richterliche Rechtsfortbildung“ und schließlich (7) als Unterfall der richterlichen Rechtsfortbildung die „verfassungskonforme Auslegung“.

⁹ Siehe nur BVerfGE 34, 269, 291 f. – Soraya; im Weiteren siehe CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983; KARL LARENZ/CLAUS-WILHELM CANARIS, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 187 ff.; BERND RÜTHERS/CHRISTIAN FISCHER/AXEL BIRK, Rechtslehre, 9. Aufl. 2016, Rn. 822 ff.

¹⁰ Dieses Bild von der starken richterrechtlichen Prägung des Familienrechts gründet sich vor allem auf zwei Phänomene: erstens auf den großen Bereich, der der Rechtsprechung durch offene Tatbestände überlassen ist, etwa bei der Unterhaltsbemessung und bei der Bestimmung des Kindeswohls, und zweitens auf die Inhaltskontrolle von Eheverträgen, dazu auch noch eingehend unter Ziff. III.2.a – Gesetzeskonkretisierung und Inhaltskontrolle sind zwar wichtige Ausprägungen richterlicher Rechtsarbeit im Familienrecht. Sie sind im Zusammenhang mit der Frage, wie gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewältigt werden und ob wir dabei unangemessener Richtermacht begegnen, aber weniger aussagekräftig als Sachbereiche, bei denen die Rechtsprechung eine gesellschaftliche Ungewissheitslage ohne solche gesetzlichen oder verfassungsgerichtlichen Aufträge, sondern eigeninitiativ durch richterlichen Paradigmenwechsel entscheidet. – Dies soll nicht verdecken, dass die

licherweise glauben machen will. Aus jüngerer Zeit lassen sich insbesondere anführen: die Aufwertung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Rechtsgemeinschaft (s. unter Ziff. 2.a), die Loslösung vom Residenzmodell als Leitbild in der Betreuung von Kindern getrenntlebender Eltern (s. unter Ziff. 2.b), die Begründung von Unterhaltspflichten durch Einverständnis in eine heterologe Insemination (s. unter Ziff. 2.c) und die abstammungsrechtliche Anerkennung von im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften (s. unter Ziff. 2.d).

a) Nichteheliche Lebensgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft

Bis heute sind nichteheliche Lebensgemeinschaften nicht gesetzlich geregelt. Sie werden punktuell miterfasst, etwa im Mietrecht (§ 549 Abs. 2 Nr. 2 BGB), im Haftungsrecht (§ 844 Abs. 3 S. 2 BGB), im Sozialrecht (§ 20 SGB XII: „eheähnliche Gemeinschaft“), im Versicherungsrecht (§ 86 Abs. 3 VVG: „häusliche Gemeinschaft“)¹¹, in den Prozessordnungen (z.B. § 178 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und im Gewaltschutzgesetz (§ 2 Abs. 1 GewSchG). Ansonsten steht das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft unter der Federführung des BGH und ist im Wesentlichen ein Werk der Rechtsprechung. Bereits in den 1980er Jahren hatte der BGH damit begonnen, punktuell einzelne gesetzliche Vorschriften analog auf nichteheliche Lebensgefährten anzuwenden.¹² Eine Trendwende erfolgte im Jahr 2008, als der BGH die zuvor nur für Ehegatten ausgeprägten richterlichen Billigkeits-Ausgleichsmechanismen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage und Nichterreichen eines Leistungszwecks ausdrücklich für das Scheitern nichtehelicher Lebensgemeinschaften öffnete.¹³ Bis dahin hatte der BGH angenommen, dass es sich, wenn sich Partner zu einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenschließen, „um einen rein tatsächlichen Vorgang [handele], der keine Rechtsgemeinschaft begründe“.¹⁴ Hiervon ist der BGH abgerückt und stützte sich dabei insbesondere auf die „Bedürfnisse der Praxis“ sowie auf veränderte Einsichten in die Wirklichkeit von nichtehelichen Lebensgemeinschaften. Angesichts der hohen Scheidungsquoten könne es nicht länger überzeugen, so der BGH, davon auszugehen, dass in nichtehelichen Lebensgemeinschaften das Scheitern der Lebensge-

Meinungen darüber, ob eine offene Tatbestandsbildung, wie sie im Familienrecht verbreitet ist, eine kluge legislatorische Strategie darstellt, auseinandergehen, siehe einerseits UWE DIEDERICHSEN, Die Flucht des Gesetzgebers aus der Verantwortung, 1974, andererseits KARSTEN SCHMIDT, Die Zukunft der Kodifikationsidee – Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, 1985, S. 43 f.

¹¹ Siehe BGHZ 180, 272.

¹² Siehe für § 1093 Abs. 2 BGB BGHZ 84, 36 und für § 1969 BGB OLG Düsseldorf, FamRZ 1983, S. 274, 275; abgelehnt allerdings für § 116 Abs. 6 SGB X durch BGHZ 102, 257 und für § 1362 BGB durch BGHZ 170, 187.

¹³ BGHZ 177, 193.

¹⁴ Siehe nur BGHZ 177, 193, 201 f. unter Hinweis auf die frühere Rspr. des XII. Zivilsenats in BGHZ 176, 262, 267 sowie BGHZ 77, 55, 59; BGH, NJW-RR 1996, 1473; BGH, FamRZ 1997, S. 1533, 1534; BGH, FamRZ 2004, S. 94.

meinschaft „bewusst in Kauf genommen [werde]“. ¹⁵ Hierbei ist es seither geblieben. ¹⁶ Die Anerkennung nachpartnerschaftlicher Ausgleichsansprüche ohne vertragliche Grundlage ist im Schrifttum als Verrechtlichung der faktischen Lebensgemeinschaft wahrgenommen worden. ¹⁷ Auch wird in jüngerer Zeit zunehmend für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft plädiert. ¹⁸

b) Wechselmodell als Umgangsregelung

Ein weiteres Beispiel für eine richterliche Bewältigung einer gesellschaftlichen Ungewissheitslage betrifft die Anordnung geteilter Betreuung nach dem sogenannten Wechselmodell. Es geht darum, ob Gerichte auch gegen den Willen eines Elternteils im Rahmen einer Umgangsregelung (§ 1687 BGB) anordnen können, dass das Kind in etwa gleich viel vom Vater und von der Mutter in deren Haushalt betreut werden soll. In den letzten Jahren ist diese Frage immer wieder bis zu den Oberlandesgerichten gedungen. Die Oberlandesgerichte lehnten es zunächst einhellig ab, gegen den Willen eines Elternteils eine Betreuungsregelung nach Art eines Wechselmodells zu treffen. ¹⁹ Abgesehen von inhaltlichen Bedenken, ob das Wechselmodell dem Kindeswohl entsprechen könne, ging es dabei auch um die Frage, ob dies überhaupt vom Gesetzgeber eröffnet sei. Das OLG Nürnberg ordnete das Wechselmodell „rechtssystematisch“ dem Sorgerecht zu und sah „deshalb keine Möglichkeit, im Rahmen des Umgangsrechts ein paritätisches Wechselmodell anzuordnen.“ ²⁰ § 1684 BGB biete dafür „keine Grundlage“, so die Begründung. ²¹ Dagegen wandte sich der BGH im Jahr 2017 und entschied unter Auseinandersetzung mit Wortlaut und Systematik, dass

¹⁵ BGHZ 177, 193, 205 f.; anders noch BGHZ 176, 262, 269: Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft sei „schon ihrer Definition nach nicht auf Dauer angelegt“.

¹⁶ Siehe inzwischen BGHZ 183, 242; BGH, FamRZ 2009, S. 849; BGH, FamRZ 2011, S. 1563; BGH, FamRZ 2013, S. 1295; BGH, FamRZ 2014, S. 1547.

¹⁷ MARTIN LÖHNIG, Das Unterhaltsrecht der faktischen Partnerschaft, NJW 2016, S. 1487.

¹⁸ In Einzelfragen NINA DETHLOFF, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich - Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 67. DJT 2008, A 131 ff.; umfassend KLAUS SCHUMACHER, Zum gesetzlichen Regelungsbedarf für nichteheliche Lebensgemeinschaften, FamRZ 1994, S. 857; DIETER MARTINY, Rechtsprobleme der nichtehelichen Lebensgemeinschaft während ihres Bestehens nach deutschem Recht, in: Jens Scherpe/Nadjma Yassari (Hrsg.), Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften, 2005, S. 79, 98.

¹⁹ OLG Nürnberg, FamRZ 2016, S. 2119, 2120; OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473 (Lts.); OLG Schleswig, FamRZ 2016, S. 1945 (Ltse.); OLG Jena, FamRZ 2016, S. 2122; OLG Karlsruhe, FamRZ 2015, S. 1736; OLG Hamm, FamRZ 2012, S. 1883; OLG Naumburg, FamRZ 2015, S. 764; OLG Nürnberg, FamRZ 2011, S. 1803, 1804.

²⁰ OLG Nürnberg, FamRZ 2016, S. 2119, 2120. Zusätzlich schiebt der Senat hinterher: „Auch aus verfassungsrechtlicher Sicht besteht im Übrigen keine Verpflichtung des Gesetzgebers, bei fehlender Einigkeit der Eltern eine paritätische Betreuung als Regelfall vorzusehen.“

²¹ So die Begründung von OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473; siehe im Ergebnis auch OLG Schleswig, FamRZ 2016, S. 1945; schon OLG Stuttgart, FamRZ 2007, S. 1266; OLG Koblenz, FamRZ 2010, S. 738.

sich eine solche Beschränkung gerade nicht aus dem Gesetz ergebe: „Eine gerichtliche Umgangsregelung, die im Ergebnis zu einer gleichmäßigen Betreuung des Kindes durch beide Eltern im Sinne eines paritätischen Wechselmodells führt, wird vom Gesetz nicht ausgeschlossen“, heißt es in den Leitsätzen der Entscheidung.²²

Lösen wir uns von den damit verbundenen inhaltlichen Fragen, insbesondere der Frage danach, unter welchen Umständen die Anordnung des Wechselmodells auf einseitigen Antrag eines Elternteils dem Kindeswohl entspricht, so treffen wir auf einen BGH, der hier gerade einen Systemwechsel angestoßen hat. Während dem Gesetzgeber des Kindschaftsrechtsreformgesetzes von 1998 bei der Gestaltung von Sorge- und Umgangsrecht das sogenannte Residenzmodell mit einem Betreuungs- und einem Umgangselternteil als Leitbild gedient hatte,²³ erweitert der BGH hier eigeninitiativ²⁴ den richterlichen Gestaltungsspielraum auch in solchen Fällen in Richtung Wechselmodell, in denen aufgrund der Alleinsorge eines Elternteils die Gerichte bislang davon ausgegangen waren, dass ein Wechselmodell nicht im Rahmen des umgangsrechtlich und damit gesetzlich Möglichen lag. Die unausgesprochene Vorstellung, dass Umgang denklösig immer weniger als die Hälfte sein müsse, wird damit ausdrücklich aufgegeben. Während die ersten Oberlandesgerichte auf diese Linie eingeschwenkt sind und nun den richterlichen Gestaltungsspielraum betonen,²⁵ hat sich der Deutsche Familiengerichtstag vehement gegen den BGH gestellt. Zwar sei es zutreffend, dass das Verhältnis von Sorgerecht und Umgangsrecht „de lege ferenda vom Gesetz [sic] überprüft werden [müsse]“. „Durch einen bloßen terminologischen Etikettenwechsel“ könne „eine solch schwerwiegende Umgestaltung der elterlichen Sorgerechtsbeziehungen“ aber nicht erreicht werden.²⁶ Im Jahr 2015 hatte der Familiengerichtstag in Bezug auf das Wechselmodell allerdings noch keinen gesetzlichen

²² BGHZ 214, 31 (Lts. 1).

²³ Siehe Kinderrechtereformkommission des Deutschen Familiengerichtstags (DFGT), Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, FamRZ 2014, S. 1157; genauso die Begründung des OLG Brandenburg, FamRZ 2012, S. 1886 (Lts.); OLG Koblenz v. 6.2.2014 – 7 UF 797/13; siehe auch OLG Brandenburg, FamRZ 2016, S. 1473; dagegen STEPHAN HAMMER, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, S. 1433, 1436: Dem Gesetzgeber sei bei Einführung des § 1687 BGB das Wechselmodell als Betreuungsform, ausweislich der entsprechenden Rechtstatsachenerhebung, durchaus bekannt gewesen (BT-Drucks. 13/4899, S. 36 f.).

²⁴ Eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestand hier nicht, weil – wie das BVerfG bereits im Jahr 2015 entschieden hatte – der Gesetzgeber „seinen verfassungsrechtlichen Gestaltungsspielraum nicht dadurch [überschreitet], dass er die Anordnung paritätischer Betreuung nicht als Regelfall vorsieht“, siehe BVerfG, FamRZ 2015, S. 1585 (Lts. 1).

²⁵ Siehe nur OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, S. 1284 f.: „Der Gesetzgeber hat keine konkreten Regelungen hinsichtlich der Art oder des Umfangs der Kontakte getroffen. Auch eine Vorgabe, in welchem Umfang ein Umgang maximal angeordnet werden kann, enthält das Gesetz nicht.“

²⁶ Stellungnahme des Vorstands des Deutschen Familiengerichtstags (DFGT) vom 9.3.2017, FamRZ 2017, S. 584, 585.

Handlungsbedarf gesehen.²⁷ Dies mag erklären, warum sich der Gesetzgeber bislang²⁸ in dieser Frage zu keiner Klarstellung veranlasst sah, der BGH sich aber – auch dank der verfassungsrechtlichen Betonung des Gestaltungsspielraums²⁹ – umgekehrt dazu ermutigt gefühlt haben dürfte, diesen leitbildgestaltenden Paradigmenwechsel durch Richterspruch zu verwirklichen und damit ganz maßgeblich zur gesellschaftlichen Umbewertung paritätischer nachpartnerschaftlicher Kindesbetreuung beizutragen.

c) Unterhaltspflicht kraft Zustimmung zur heterologen Insemination

Familienrechtliche Ungewissheitslagen sind häufig mit Innovationen verbunden. Im Familienrecht ging es dabei immer wieder um den Umgang mit neuen reproduktiven Verfahren. Ein Beispiel für eine solche innovationsbedingte Ungewissheitslage, die von der Rechtsprechung weitgehend allein zu bewältigen war, betrifft die Begründung von Unterhaltspflichten nach Durchführung einer heterologen Insemination.

Die heterologe Insemination ist vom Gesetzgeber – anders als die Leihmutter-schaft und die Eizellspende³⁰ – nicht verboten worden. Bereits in den 1980er Jahren hatte die Rechtsprechung dann mit ersten Fällen zu tun, in denen ein Ehemann, zumeist nach der Trennung von der Mutter, seine Vaterschaft anfechten wollte, insbesondere um seiner Unterhaltspflicht zu entgehen. Es verging noch einige Zeit, bis der Gesetzgeber im Jahr 2002 durch das Kinderrechteverbesserungsgesetz³¹ das Anfech-

²⁷ „Nicht geboten ist allerdings die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die richterliche Anordnung eines Wechselmodells auch ohne entsprechenden Elternkonsens“, siehe DFGT, FamRZ 2014, S. 1157, 1167. Diese Einschätzung dürfte allerdings maßgeblich darauf beruhen, dass der DFGT die richterliche Anordnung des Wechselmodells gegen den Willen eines Elternteils ohnehin als nicht Kindeswohl-dienlich einschätzte. Für gesetzliche Regelungen aber etwa HILDEGUND SÜNDERHAUF, Wechselmo-dell, 2013, S. 492 ff.; MALLORY VÖLKER/MONIKA CLAUSIUS, Sorge- und Umgangsrecht, 6. Aufl. 2014, § 1 Rn. 324.

²⁸ Siehe aber den Beschluss TOP I.1. der 88. Konferenz der (Landes-) Justizministerinnen und Justiz-minister vom 21./22.6.2017. Sie sprechen sich u.a. „dafür aus zu prüfen, ob und ggf. welche gesetz-lichen Regelungen zum Wechselmodell geboten sind.“ Einen Regelungsvorschlag unterbreitet EVA SCHUMANN, Gemeinsam getragene Elternverantwortung nach Trennung und Scheidung, Gutachten B zum 72. DJT 2018, B 61 ff. Danach sollen Gerichte ausdrücklich dazu ermächtigt werden, auf Antrag eines Elternteils das von diesem vorgeschlagene Betreuungsmodell anzuordnen, „wenn dieses unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten sowie der Interessen der El-tern dem Wohle des Kindes am besten entspricht.“ (§ 1626 Abs. 2 S. 1 BGB-Reformvorschlag).

²⁹ BVerfG, FamRZ 2015, S. 1585, 1586; siehe auch BVerfG, FamRZ 2018, S. 593 – erfolglose Verfas-sungsbeschwerde gegen Nichtanordnung des Wechselmodells. Den gesetzlichen Gestaltungsspiel-raum betont auch GABRIELE BRITZ, Ausgewählte Verfassungsfragen umgangs- und sorgerechtlicher Streitigkeiten beim Elternkonflikt nach Trennung, FF 2015, S. 387, 390: Das BVerfG habe „in Frage gestellt, aber nicht entscheiden müssen, ob die bisweilen vertretene Annahme zutrifft, die An-ordnung paritätischer Betreuung gegen den Willen eines Elternteils sei von Verfassung wegen ausge-schlossen.“

³⁰ Siehe § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG, dazu noch unten, II.2.d.

³¹ Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten (Kinderrechteverbesserungsgesetz) vom 9. April 2002, BGBl. I, S. 1239.

tungsrecht des Ehemannes, der einer heterologen Insemination zugestimmt hatte, gesetzlich ausschloss (zunächst § 1600 Abs. 2 BGB, jetzt § 1600 Abs. 4 BGB). Bis dahin hatten die Gerichte versucht, das an sich eröffnete Anfechtungsrecht wegen unzulässiger Rechtsausübung, also gestützt auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu versagen.³² Inzwischen ist zwar geregelt, dass der einer ärztlich durchgeführten heterologen Insemination zustimmende Ehemann seine aufgrund der Ehe erlangte Vaterstellung nicht mehr durch Anfechtung beseitigen kann. Nach wie vor nicht geregelt sind allerdings die Folgen einer heterologen Insemination, die auf Wunsch eines nicht verheirateten Paares durchgeführt wird und bei der die Vaterschaft nicht anerkannt worden ist. Dann trifft den zustimmenden Partner mangels rechtlicher Vaterstellung keine *ex lege* eintretende gesetzliche Unterhaltspflicht.

Bereits im Jahr 1995 hatte der BGH allerdings aus dem Einverständnis in die heterologe Insemination einen „von familienrechtlichen Besonderheiten geprägten berechtigenden Vertrag zugunsten der aus der Insemination hervorgehenden Kinder“ hergeleitet, der den Zustimmenden „verpflichtet, für den Unterhalt der Kinder wie ein leiblicher Vater zu sorgen.“³³ Dem zuvor in Rechtsprechung und Schrifttum geäußerten Einwand, aus der Zustimmung zu einer heterologen Insemination könne nur der Gesetzgeber eine Unterhaltsrechtsfolge herleiten,³⁴ stellte sich der BGH ausdrücklich entgegen: „Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung schließt die Annahme einer vertraglichen Verpflichtung nicht aus.“ Denn der Gesetzgeber habe

weder die Voraussetzungen geregelt, unter denen eine heterologe Insemination stattfinden darf, noch die Rechtsfolgen, die sich aus einer mit Zustimmung [...] erfolgten heterologen Insemination für die Beteiligten ergeben. [...] Dieser Zustand wird von dem Senat als unbefriedigend empfunden. Solange eine gesetzliche Regelung fehlt, kann die Lösung aber nicht darin bestehen, dass dem Ehemann, der durch seine Zustimmung zur heterologen Insemination die Geburt des Kindes entscheidend mitveranlasst hat, aus allgemeinen Gerechtigkeitsüberlegungen die Möglichkeit eröffnet wird, sich durch eine – von Fällen des Missbrauchs abgesehen – in seinem Belieben stehende Anfechtungsklage seiner Verantwortung für das Kind zu entziehen.³⁵

Diese Rechtsprechung, die der BGH zunächst anhand eines Falles entwickelt hatte, in dem eine gesetzliche Unterhaltspflicht noch durch Anfechtung der Vaterstellung beseitigt werden konnte,³⁶ hat der BGH im Jahr 2015 für einen Fall bestätigt, in dem

³² Siehe AG Lüdenscheid, NJW 1986, S. 784, 785; OLG Düsseldorf, FamRZ 1988, S. 762, 763. Enger BGHZ 87, 169, 177 f.: Zwar könne die Befugnis zur Erhebung einer Vaterschaftsanfechtungsklage im Einzelfall nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein. Eine solche Treuwidrigkeit ergebe sich aber nicht allein schon daraus, dass der Ehemann der heterologen Insemination zugestimmt habe.

³³ BGHZ 129, 297, 302.

³⁴ OLG Hamm, NJW 1994, S. 2424, 2425; HEINZ HOLZHAUER, Gentechnik und künstliche Fortpflanzung, FamRZ 1986, S. 1162, 1164.

³⁵ BGHZ 129, 297, 304 f.

³⁶ Bei der von BGHZ 129, 297 zu entscheidenden Fallkonstellation wurde die heterologe Insemination auf Wunsch eines Ehepaares durchgeführt. Inzwischen waren die Ehegatten geschieden; noch hatte der Vater die – damals noch mögliche – Anfechtung seiner Vaterstellung nicht betrieben. Der BGH

den Zustimmenden mangels Eheschließung oder Anerkennung von vornherein keine rechtliche Vaterstellung traf.³⁷ Inzwischen mehren sich die rechtspolitischen Vorschläge, die für diese Fälle dem Gesetzgeber eine abstammungsrechtliche Bewältigung nahelegen, sei es dass der in eine heterologe Insemination Einwilligende *ex lege* die Vaterstellung erwirbt,³⁸ sei es dass er gerichtlich als Vater festgestellt werden kann.³⁹

d) Anerkennung im Ausland durchgeführter Leihmutterschaften

In jüngerer Zeit mehren sich Beispiele für familienrechtliche Ungewissheitslagen, die sich grob als Bewältigung von Globalisierungsfolgen zusammenfassen lassen. Gemeint sind Sachverhalte, die als Inlands Sachverhalt entweder nicht praktisch werden oder jedenfalls gesetzlich geregelt sind, die dann aber als Auslandssachverhalte (erneut) an das deutsche Recht herantreten.

Mit einer solchen Situation hatte der BGH im Jahr 2014 zu tun, als darüber zu entscheiden war, ob eine nach kalifornischem Recht vom Superior Court gerichtlich bestätigte Elternschaft des biologischen Vaters und seines Lebenspartners für ein Kind, das von einer Leihmutter geboren wurde, auch nach deutschem Recht anzuerkennen ist. Der BGH entschied im Sinne der Wunscheltern, bejahte also die Anerkennung der kalifornischen Entscheidung und verneinte einen Verstoß gegen den deutschen *ordre public* (§ 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG).⁴⁰ Damit relativierte der BGH de facto das für Inlandsfälle vom Gesetzgeber im Jahr 1997 abstammungsrechtlich⁴¹ und strafrechtlich⁴² abgesicherte Verbot der Leihmutterschaft, obwohl der deutsche Gesetzgeber die „Verhinderung von Leihmutterschaften“ zu seinem ausdrücklichen

stellte mit dieser Entscheidung klar, dass ungeachtet des Ergebnisses der Anfechtungsklage eine vertragliche Unterhaltspflicht bestünde.

37 BGHZ 207, 135, 137 f.

38 Dafür etwa TOBIAS HELMS, Rechtliche, biologische und soziale Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen, Gutachten F zum 71. DJT 2016, F 18 ff.

39 So der Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht, siehe BMJV (Hrsg.), Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, S. 59 ff. (These 41, angenommen mit 11:0:0).

40 BGHZ 203, 350, 358 ff.

41 Siehe § 1591 BGB („Mutter ist die Frau, die das Kind geboren hat“), neugefasst durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, in Kraft getreten zum 1. Juli 1998. Dazu heißt es: „In § 1591 BGB-E wird für die Fälle der Ei- oder Embryonenspende klargestellt, dass Mutter des Kindes im Rechtssinne allein die Frau ist, die das Kind geboren hat. Diese Regelung ist im Interesse der Vermeidung einer ‚gespaltenen‘ Mutterschaft, insbesondere von Leihmutterschaften in der Form der ‚Ammenmutterschaft‘, geboten“ (BT-Drucks. 13/4899, S. 52).

42 Siehe §§ 13c, 14 Adoptionsvermittlungsg; wer entgegen dem Verbot des § 13c AdoptVermG „Ersatzmutterschaften“ vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft. Siehe weiter § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG: Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer „es unternimmt, bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“

Ziel erklärt hatte:⁴³ „Ersatzmutterchaften werden von der Rechtsordnung missbilligt, weil sie der Werteordnung des Grundgesetzes widersprechen“.⁴⁴

Angesichts dieser klaren und dezidierten Haltung im Umgang mit Leihmutterchaften hat der BGH mit seiner Entscheidung einen Paradigmenwechsel vorgenommen, dessen Kontroversalität ihm nur zu bewusst war. Entsprechend ausführlich sind die Urteilsgründe. Der BGH führt zwei Erwägungen an. Erstens beruhen die Gesetzesmotive für das Verbot von Leihmutterchaften „vorwiegend auf generalpräventiven Erwägungen“. Davon unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt dadurch, „dass ungeachtet der bezweckten Verhinderung eine Leihmutterchaft im Ausland in erlaubter Weise durchgeführt worden und nunmehr auch das Kind als Rechtsträger in die Betrachtung einzubeziehen ist.“⁴⁵ Und zweitens stützt sich der BGH auf „neuere Gesetzesentwicklungen“, mit denen inzwischen sowohl eine tatsächliche Lösung der mütterlichen Elternverantwortung als auch eine dauerhafte abstammungsrechtliche Zuordnung zu einem Wunschvater eröffnet worden ist.⁴⁶ Im Übrigen schrieb der BGH die sich andeutende Linie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) fort.⁴⁷

Gerade weil sich der Gesetzgeber so eindeutig für ein inländisches Verbot von Leihmutterchaften ausgesprochen hatte, mag man eine schnelle Gegenreaktion des Gesetzgebers im Sinne eines „Machtworts“ erwartet haben. Tatsächlich wurde von vielen Seiten nach dem Gesetzgeber gerufen, sei es um Leihmutterchaften auch für Inlandsfälle zu regeln, sei es um eine kindeswohlgerichte Durchsetzung des Leihmutterchaftsverbots in Auslandsfällen sicherzustellen.⁴⁸ Obwohl also von vielen Seiten „dringender Handlungsbedarf“ angemeldet wurde, und obwohl sich in den nach-

43 BT-Drucks. 13/4899, S. 82: „Diese klare Regelung dient auch der Verhinderung von Leihmutterchaften.“ Dieselbe Motivlage lässt sich an der Begründung zum ESchG in BT-Drucks. 11/5460, S. 8 ablesen: „Der Entwurf ist bestrebt, der Embryonenspende wie den verschiedenen Formen der Ersatzmutterchaft schon im Vorfeld zu begegnen.“

44 Siehe Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Adoptionsvermittlungsgesetzes, BT-Drucks. 11/4154, S. 1.

45 BGHZ 203, 350, 364.

46 BGHZ 203, 350, 366 f. unter Hinweis auf die vertrauliche Geburt (§§ 25 ff. Schwangerschaftskonfliktgesetz, beruhend auf dem Gesetz zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt vom 28. August 2013, BGBl. I, S. 3458) und den Anfechtungsausschluss bei konsentierter heterologer Insemination (§ 1600 Abs. 5 BGB, beruhend auf dem Gesetz zur weiteren Verbesserung von Kinderrechten [Kinderrechteverbesserungsgesetz] vom 9. April 2002, BGBl. I, S. 1239).

47 BGHZ 203, 350, 363 unter Hinweis auf EGMR (26.6.2014 – Rs. 65192/11, Menesson) und EGMR (26.6.2014 – Rs. 65941/11, Labassée), FamRZ 2017, S. 444 ff.; kritisch dazu CHRIS THOMALE, Mietmutterchaft, 2015, S. 74: „konventionsinspirierte Selbstbindung“.

48 Siehe nur HELMS (Anm. 38); NINA DETHLOFF, Leihmütter, Wunscheltern und ihre Kinder, JZ 2014, S. 922, 931; BETTINA HEIDERHOFF, Rechtliche Abstammung im Ausland geborener Leihmutterkinder, NJW 2014, S. 2673, 2676 f.; MARTIN LÖHNIG, Die Leihmutterchaft in der aktuellen Rechtsprechung, NZFam 2017, S. 546, 550; MARINA WELLENHOFER, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1591 BGB, Rn. 24; THOMALE (Anm. 47), S. 84 ff.

folgenden untergerichtlichen Entscheidungen⁴⁹ genauso wie in der sogleich lebhaft entflammten akademischen Debatte schnell gegenläufige Vorverständnisse, ethische Polarisierungen und paradigmatische Verfestigungen abzeichneten,⁵⁰ hat es die Leihmuttertschaft bislang nicht auf die Agenda des Gesetzgebers geschafft. Ganz bewusst wurde sie im Jahr 2017 vom Arbeitskreis Abstammungsrecht ausgeklammert.⁵¹ Dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil das Abstammungsrecht als statusorientiertes Recht ansonsten zu den legislativ geprägten Bereichen unserer Rechtsordnung gehört (dazu noch Ziff. III.1).

e) Zwischenstand

Ist es der Rechtsprechung in diesen Fällen gelungen, mit ihren Paradigmenwechseln die Rechtslage zu befrieden? Die Antwort fällt unterschiedlich aus.

Für nichteheliche Lebensgemeinschaften entsprach der Paradigmenwechsel hin zur Anerkennung als Rechtsgemeinschaft langjährigen Forderungen des wissenschaftlichen Schrifttums. Die Rechtsprechung hat sich seither stabilisiert, und das Schrifttum plädiert nun vermehrt für eine gesetzliche Regelung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die wahrscheinlich auf eine weitgehende Abbildung der richterlichen Regeln hinauslaufen würde. Anders liegen die Dinge im Hinblick auf das Wechselmodell. Noch ist unsicher, ob der vom BGH eröffnete Paradigmenwechsel wirklich die letzte Antwort bleiben wird. Als unabgeschlossen erscheint auch der Umgang mit heterologer Insemination. Unüberhörbar ist der Ruf nach dem Gesetzgeber schließlich auch im Umgang mit im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften. Hier hat der BGH mit seiner Anerkennung der Wunschelternschaft ganz erhebliche Kontroversen ausgelöst, und auch in den nachfolgenden untergerichtlichen Ent-

⁴⁹ Siehe einerseits OLG Düsseldorf, FamRZ 2017, S. 976 und OVG Münster, FamRZ 2016, S. 2130, die eine Zuordnung eines in ausländischer Leihmutterchaft geborenen Kindes zu den Wunscheltern ermöglichen; andererseits OLG Braunschweig, FamRZ 2017, S. 972: „Das bewusste Nutzen der Leihmutterchaft [...] unter Umgehen der Verbotstatbestände des nationalen Embryonenschutzes steht der nachträglichen Zuerkennung eines dem deutschen Recht entsprechenden Elternstatus der Auftraggeber entgegen“ (Lts. 1), dagegen wiederum OLG Celle, FamRZ 2017, S. 1496 („Anschluss an BGH FamRZ 2015, 240, entgegen OLG Braunschweig FamRZ 2017, 972“ [Lts. 2]).

⁵⁰ Siehe einerseits THOMALE (Anm. 47), S. 5 ff.: „umfassende rechtsethische Missbilligung“, S. 77 ff.: „Primat des Parlaments in ethischen Grundsatzfragen“; andererseits NINA DETHLOFF, Mutterchaft als Regelungsaufgabe, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Mutterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?, 2016, S. 19, 26 ff.; TOBIAS HELMS, „Kinderwunschmedizin“ – Reformvorschläge für das Abstammungsrecht, in: Dagmar Coester-Waltjen/Volker Lipp/Eva Schumann/Barbara Veit (Hrsg.), „Kinderwunschmedizin“ – Reformbedarf im Abstammungsrecht, 2015, S. 47, 55 ff.; einen „offenen Diskurs“ wünschend THOMAS GUTMANN, Mutterchaft zwischen „Natur“ und Selbstbestimmung, in: Anne Röthel/Bettina Heiderhoff (a.a.O.), S. 63, 85.

⁵¹ BMJV (Hrsg.), Arbeitskreis Abstammungsrecht. Abschlussbericht: Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, S. 17: „Ausdrücklich nicht vom Auftrag des Arbeitskreises umfasst war die Frage der rechtlichen Zulässigkeit bestimmter nach geltendem Recht nicht erlaubter Fortpflanzungsmethoden, etwa der Leihmutterchaft [...]“

scheidungen zeichnet sich ab, dass von einer Befriedung noch keine Rede sein kann. Paradigmatische Verfestigungen, Polarisierungen und kontroverse Vorverständnisse prägen die gesellschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Debatten. Dennoch hat es die Leihmutterschaft bislang nicht auf die Agenda des Gesetzgebers geschafft. Dem Gesetzgeber scheint die Frage noch zu heikel, die Untergerichte wollen dem BGH inhaltlich nicht ohne Weiteres folgen, und die rechtspolitische Aufarbeitung erscheint nicht abgeschlossen. Die mit ausländischen Leihmutterschaften verbundene gesellschaftliche Ungewissheitslage ist also (noch) nicht befriedet.

Was lehren diese Beispiele? Erstens, ja, es gibt sie durchaus, gesellschaftliche Ungewissheitslagen, die allein durch die Rechtsprechung (also durch „Richtermacht“) bewältigt werden. Sie sind nicht so häufig, wie möglicherweise angenommen, und machen auch nicht den Großteil der familiengerichtlichen Rechtsarbeit aus. Zweitens: Ob es der Rechtsprechung dabei gelingt, eine Ungewissheitslage befriedend zu bewältigen, hängt nach den hier durchgesehenen Beispielfällen vom Ausmaß der ethischen Verunsicherung oder umgekehrt davon ab, ob sich so etwas wie ein gesamtgesellschaftlicher Konsens abzeichnet. Drittens: In allen diesen Fällen ist es dem BGH nur zu bewusst, dass er Neuland betritt und dass dies einer besonderen Legitimation bedarf. Es ist bemerkenswert, wie sorgsam der BGH jeweils begründet, warum er den gewählten Weg einschlägt und es nicht bei der bestehenden Rechtslage belässt. Aber auch die eingehendste Begründung, die weit mehr ist als die Floskel von der „planwidrigen Regelungslücke“, lässt den Ruf nach dem Gesetzgeber nicht verstummen. Sei es, dass eine Frage tatsächlich gesellschaftlich „unabgeschlossen“ erscheint, sei es, dass sich der BGH ganz im Einklang mit dem rechtspolitischen Zeitgeist der Untergerichte und des Schrifttums befindet: Der Ruf nach dem Gesetzgeber ergeht eigentlich immer.

3 Richterliche Erstbewältigung mit gesetzlicher Bestätigung

Ein zweites Zugriffsmuster auf familienrechtliche Ungewissheitslagen liegt in der gesetzlichen Bestätigung bzw. Korrektur von Richterrecht. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird dies als „statutes in the affirmative“ bzw. „statutes in the negative“ bezeichnet;⁵² für das deutsche Recht ist von Kodifikation bzw. Derogation von Richterrecht die Rede.⁵³ Für beides finden sich im jüngeren Familienrecht Beispiele.

⁵² Nachzeichnung bei STEFAN VOGENAUER, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, 2001, S. 706 ff. Dort wird die Unterscheidung zurückgeführt auf THOMAS EGERTON, A Discourse upon the Exposition & Understanding of Statutes. With Sir Thomas Egerton's Additions (ca. 1571), hrsg. von Samuel E. Thorne, 1942, S. 103, 142 f.

⁵³ Siehe für das Gesellschaftsrecht HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597. Aus der Sicht einer Gesetzgebungstypologie zu den Anlässen von Kodifikationsgesetzgebung SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 88 ff., 268 ff.

Auf den ersten Blick mag schwer einzusehen sein, warum ein Gesetzgeber eine richterliche Erstbewältigung, der er in der Sache zustimmt, kodifizieren sollte. Im Familienrecht beruhen Kodifikation und genauso Derogation von Richterrecht allerdings auffallend häufig nicht auf selbst gesetzten Kodifikationszielen des Gesetzgebers, sondern auf Forderungen des BVerfG.

a) Auskunftsanspruch für den Scheinvaterregress

Ein Beispiel aus jüngerer Zeit für eine Kodifikation von Richterrecht aus Verfassungsgründen betrifft Auskunftsansprüche gegen die Mutter eines Kindes zur Vorbereitung von Unterhaltsregressklagen des Scheinvaters gegen den „wahren“ Vater. Hierzu hatte der BGH einen auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützten, klagbaren und vollstreckbaren Auskunftsanspruch gegen die Mutter auf Benennung des Erzeugers entwickelt. Der BGH hatte sich dabei auf die allgemeinen Grundsätze für die richterliche Begründung ungeschriebener Auskunftsansprüche gestützt:

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH gebieten es Treu und Glauben auch grundsätzlich, dem Anspruchsberechtigten einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und der Verpflichtete in der Lage ist, unschwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderlichen Auskünfte zu erteilen.⁵⁴

Der BGH setzte sich zwar mit dem Einwand auseinander, ob die Auskunftspflicht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mutter verletzen könnte: „Leitet sich der materiell-rechtliche Auskunftsanspruch aus einer zivilrechtlichen Generalklausel her, wie dies hier bei § 242 BGB der Fall ist, ist [...] stets zu prüfen, ob die begehrte Auskunft in den unantastbaren Bereich des Persönlichkeitsrechts fällt.“⁵⁵ Dies sah der BGH allerdings nicht als erwiesen an,⁵⁶ im Übrigen mit breiter Zustimmung des familienrechtlichen Schrifttums.⁵⁷

⁵⁴ BGHZ 196, 207, 216, Rn. 30 sowie BGHZ 191, 259, 266, Rn. 20 unter Hinweis auf BGHZ 152, 307, 316 – Anspruch auf Auskunft gegen einen Bereicherungsschuldner, über nach § 818 Abs. 1 BGB herauszugebene Nutzungen oder erstattungsfähige Gebrauchsvorteile; BGHZ 95, 285, 287 f. – Anspruch auf Auskunft der GEMA gegenüber Herstellern von Filmen über die Verwendung von Musikstücken, deren Rechte die GEMA wahrnimmt; BGHZ 81, 21, 24 – Anspruch auf Auskunft eines Arztes gegen eine kassenärztliche Vereinigung über Informationen die zur Vorbereitung von Amtshaftungsansprüchen notwendig sind; BGHZ 10, 385, 387 – Anspruch auf Auskunft gegen den Vertragspartner über Informationen, die zur Berechnung vertraglicher Ansprüche notwendig sind.

⁵⁵ BGHZ 191, 259, 268 f., Rn. 24; ähnlich BGHZ 196, 207, 217, Rn. 34; BGH, FamRZ 2014, S. 1440, 1441.

⁵⁶ Siehe BGHZ 191, 259, 268, Rn. 23: „Die Auskunftspflicht der Bekl. verstößt auch nicht gegen ihre Grundrechte“; BGHZ 196, 207, 217, Rn. 33: „Die Auskunftsverpflichtung greift auch nicht in den unantastbaren Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Mutter ein.“

⁵⁷ MARINA WELLENHOFER, Anmerkung zu BGH, Beschluss v. 2.7.2014 – XII ZB 201/13, FamRZ 2014, S. 1440, 1442 f.; HANS-ULRICH MAURER, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 9.11.2011 – XII ZR 136/09, NJW

Das BVerfG bewertete dies anders und wandte sich nicht nur gegen die materiell-rechtliche Einschätzung des BGH, sondern vermisste vor allem eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage. Die vom BGH auf § 242 BGB gestützte Auskunftspflicht der Mutter überschreite „unabhängig von den konkreten Umständen [...] die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung, weil es hierfür an einer hinreichend deutlichen Grundlage im geschriebenen Recht fehlt“.⁵⁸ Wegen der großen Persönlichkeitsrelevanz der Auskunftspflicht für die Mutter waren dem BGH, so weiter das BVerfG, engere Grenzen bei der richterlichen Rechtsfortbildung gezogen.⁵⁹ Eine solche Verpflichtung „können die Gerichte [...] nicht allein auf die Generalklausel des § 242 BGB stützen.“ Dies setze „konkretere gesetzliche Anknüpfungspunkte“ voraus.⁶⁰ Soll der Regressanspruch des Vaters gestärkt werden, so weiter das BVerfG, „müsste der Gesetzgeber tätig werden“.⁶¹ Dies ist in der Folge dann auch geschehen; im Jahr 2016 wurde ein entsprechender Gesetzesentwurf eingebracht.⁶² Danach sollte § 1607 BGB um folgenden Absatz 4 ergänzt werden:

Die Mutter des Kindes ist verpflichtet, dem Dritten, der dem Kind als Vater Unterhalt gewährt, auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, wer ihr während der Empfängniszeit beigewohnt hat, soweit dies zur Feststellung des übergegangenen Unterhaltsanspruchs erforderlich ist. Die Verpflichtung besteht nicht, wenn und solange die Erteilung der Auskunft für die Mutter des Kindes unzumutbar wäre.

Dieser Entwurf ist zwar nicht mehr Gesetz geworden. Er ist gleichwohl darin lehrreich, dass er gegenüber dem Stand der Rechtsprechung keine inhaltlichen Setzungen vorgenommen hat, sondern sich auf die Kodifikation der bisherigen BGH-Rechtsprechung beschränkte. Auch die entscheidende Frage, wann das Persönlichkeitsrecht der Mutter einem Auskunftsverlangen entgegensteht, wurde – wie bisher – der Rechtsprechung zur Entscheidung überlassen. Die im Nachsatz gezogene Zumutbarkeitsgrenze ist, so die Entwurfsbegründung, „von den Gerichten unter Abwägung der widerstreitenden Interessen jeweils festzulegen. Dies ermöglicht, alle Umstände des

2012, S. 450, 452; THOMAS RAUSCHER, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 24.2.2015 – 1 BvR 472/14, JZ 2015, S. 620, 624 f.

⁵⁸ BVerfGE 138, 377, 390.

⁵⁹ BVerfGE 138, 377, 393.

⁶⁰ BVerfGE 138, 377, 395.

⁶¹ BVerfGE 138, 377, 396; kritisch JÖRG NEUNER, Die Kontrolle zivilrechtlicher Entscheidungen durch das BVerfG, JZ 2016, S. 435, 437 f.: Es handele sich um eine „ganz neuartige Kompetenzbeschränkung der Zivilgerichte“, die sich „weder aus der Verfassung ableiten [lässt], noch erscheint sie interessengerecht und führt überdies in der Praxis zu unvorhergesehenen Schwierigkeiten.“

⁶² Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes vom 2.9.2016, BR-Drucks. 493/16, inzwischen auch BT-Drucks. 18/10343; hierzu MARINA WELLENHOFER, Zur Reform des Scheinvaterregresses, FamRZ 2016, S. 1717.

Einzelfalls umfassend zu berücksichtigen. Von einer Vorgabe gesetzlicher Regelbeispiele wird daher abgesehen.“⁶³

b) Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung

In anderen Fällen wendet sich der Gesetzgeber eigeninitiativ einem bislang richterrechtlich geprägten Bereich zu, der kodifikationsreif oder kodifikationsbedürftig erscheint. Mit der Kodifikation von Richterrecht sind Erwartungen an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit verknüpft, mitunter auch politische Signale und Symbolwirkungen.⁶⁴ Ein Beispiel hierfür bietet die schrittweise Kodifikation von Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung durch das Betreuungsrechtsgesetz des Jahres 1990⁶⁵ und durch das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (3. BtÄndG) aus dem Jahr 2009.⁶⁶

Vorausgegangen war eine zunehmende gesellschaftliche Verbreitung von Vollmachten und Verfügungen, mit denen die Erklärenden Vorsorge für die Zeit möglicher Nichtentscheidungs- oder Nichthandlungsfähigkeit treffen wollten. Weil das deutsche bürgerliche Recht seit jeher davon ausgeht, dass eine Vollmacht genauso wenig wie das zugrunde liegende Auftragsverhältnis mit der Geschäftsunfähigkeit des Auftrag- bzw. Vollmachtgebers erlischt (§§ 672 S. 1, 168 S. 1 BGB), bedurften Vorsorgevollmachten eigentlich keiner ausdrücklichen gesetzlichen Anerkennung oder

63 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Scheinvaterregresses, zur Rückbenennung und zur Änderung des Internationalen Familienverfahrensgesetzes vom 2.9.2016, BR-Drucks. 493/16, S. 10. Siehe auch die nähere Begründung zu § 1607 Abs. 4 n.F. a.a.O., S. 14: „Dabei wird insbesondere das frühere Verhalten der Mutter und des Scheinvaters zu berücksichtigen sein. Durch das vorangegangene Anfechtungsverfahren wird regelmäßig feststehen, dass es in der Empfängniszeit zu einem geschlechtlichen Mehrverkehr gekommen ist. Sofern die Mutter den Scheinvater dennoch zu einer Anerkennung der Vaterschaft veranlasst oder dessen Zweifel an der Abstammung des Kindes durch unzutreffende Angaben aktiv zerstreut hat, wird eine Unzumutbarkeit regelmäßig nicht vorliegen. Auch ist zu berücksichtigen, dass die Mutter durch die bereits offengelegte geschlechtliche Beziehung zu einer weiteren Person den finanziellen Nachteil des Scheinvaters mitverursacht hat, so dass sie gehalten sein kann, an der Beseitigung dieser Nachteile mitzuwirken. Dagegen könnte die nachträgliche Benennung des mutmaßlichen leiblichen Vaters für die Mutter unzumutbar sein, wenn der Scheinvater die Vaterschaft in Kenntnis des Mehrverkehrs anerkannt oder in sonstiger Weise zu erkennen gegeben hat, dass er die Vaterschaft trotz des Mehrverkehrs und ungeachtet der mutmaßlichen Person des Erzeugers annehmen oder aufrechterhalten will. Zu berücksichtigen wird zudem sein, ob die Mutter Umstände darlegt, aus denen sich ergibt, dass sie sich durch die Benennung der bestimmten Person selbst der Strafverfolgung aussetzen könnte (etwa in Fällen des Beischlafs zwischen Verwandten nach § 173 des Strafgesetzbuchs) oder dass in dieser Person besondere Merkmale vorliegen, die eine Benennung unzumutbar erscheinen lassen (z. B. in Fällen der Vergewaltigung durch Familienangehörige).“

64 Angesichts der Vielfalt der Anlässe und Impulse für Kodifikationsgesetzgebung fällt der Schluss auf Regelmäßigkeiten schwer, so schon SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 270 für die Gesetzgebungspraxis des 9. Deutschen Bundestags (1980–1983).

65 Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz) vom 12. September 1990, BGBl. I, S. 2002.

66 Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2286.

Eröffnung. Hier hat der Gesetzgeber also im Wesentlichen eine schon bestehende Rechtspraxis bestätigt und sichtbar gemacht und hatte dabei ausdrücklich eine „Entlastung der Gerichte“ im Sinn.⁶⁷

Dies gilt – mit einigen Abstrichen – auch für den weiteren Kodifikationsprozess der Patientenverfügung. Zivilgerichte hatten sich erstmals im Jahr 1998 mit Patientenverfügungen auseinandergesetzt. Nach einigen fachgerichtlichen Entscheidungen⁶⁸ prägte dann zunächst der BGH in den Jahren 2003⁶⁹ und 2005⁷⁰ den weiteren Umgang mit Patientenverfügungen. Der BGH stellte darin einerseits die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen im Verhältnis zu Ärzten und Betreuern gerade für den Fall klar, dass der Erklärende inzwischen einwilligungsunfähig geworden ist und die Vornahme lebenserhaltender oder lebensverlängernder Maßnahmen in Rede steht.⁷¹ Darüber hinaus eröffnete der BGH für den Fall, dass ein Betreuer bestellt ist und dieser die Einwilligung in die Fortsetzung einer lebenserhaltenden Behandlung verweigern möchte, in bewusster Fortbildung des Betreuungsrechts ein bis dahin unbekanntes vormundschaftsgerichtliches Genehmigungserfordernis. Ich zitiere:

Die Fortbildung des Rechts ist eine Pflicht der obersten Gerichtshöfe des Bundes und wird ständig geübt. [...] Sie ergibt sich vorliegend aus einer Gesamtschau des Betreuungsrechts und dem unabweisbaren Bedürfnis, mit den Instrumenten des Rechts auch auf Fragen im Grenzbereich menschlichen Lebens und Sterbens für alle Beteiligten rechtlich vertretbare Antworten zu finden.⁷²

67 Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz), BT-Drucks. 11/4528, S. 122: „Die Möglichkeit, durch Altersvorsorge-Vollmachten oder andere Vollmachten eine Betreuung abzuwenden, dient dem Interesse der Betroffenen und entlastet zugleich die Gerichte.“

68 OLG Frankfurt a. M., NJW 1998, S. 2747; OLG München, NJW 2003, S. 1743.

69 BGHZ 154, 205 – Kemptener Fall.

70 BGHZ 163, 195 – Peter K.

71 BGHZ 154, 205, 216 ff.

72 BGHZ 154, 205, 221, dort auch mit weiterer, vergleichsweise ausführlicher Begründung: „Der Vorrang des Gesetzes hindert eine solche Rechtsfortbildung nicht [...]. Zwar ist richtig, dass der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes – wie sich aus dessen Materialien ergibt – dem Wunsch eines nicht einwilligungsfähigen Betreuten auch insoweit Beachtung zuerkennen wollte, als ‚dieser darauf gerichtet ist, in der letzten Lebensphase nicht sämtliche denkbaren lebens-, aber auch schmerzverlängernden medizinischen Möglichkeiten einzusetzen‘ (BT-Drucks. 11/4528, S. 128). Richtig ist auch, dass der Gesetzgeber ein Verhalten des Betreuers, das auf Durchsetzung eines solchen Wunsches gerichtet ist, keinem Genehmigungsvorbehalt unterworfen hat. Daraus lässt sich jedoch nicht auf ein ‚beredtes Schweigen‘ des Gesetzes schließen, das es verbieten könnte, im Wege der Rechtsfortbildung die unterlassene Einwilligung des Betreuers in lebensverlängernde oder -erhaltende Maßnahmen einer vormundschaftsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen. Zum einen lassen die in den §§ 1904–1907 BGB aufgegriffenen Konfliktsituationen kein geschlossenes Konzept erkennen, das einer rechtsfortbildenden Erweiterung nicht zugänglich wäre; zum andern ist [...] der in diesen Vorschriften normierte Genehmigungsvorbehalt schon strukturell nicht geeignet, die Frage nach der Zulässigkeit des Abbruchs einer lebenserhaltenden Behandlung einer erschöpfenden Regelung zuzuführen; aus der Nichter Streckung der im Gesetz vorgesehenen Genehmigungserfordernisse auf diese Frage lässt sich

Schließlich bestätigte der BGH die Verbindlichkeit des Patientenwillens gegenüber Heimpersonal und Ärzten.⁷³

Auch wenn der BGH damit einige große Linien in Bezug auf Patientenverfügungen klargestellt hatte, wurde die Rechtslage im Umgang mit Patientenverfügungen immer noch als unsicher empfunden. Da der BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2003 die Verbindlichkeit des zuvor geäußerten Patientenwillens daran geknüpft hatte, dass der Patient einwilligungsunfähig ist und „sein Grundleiden einen irreversiblen Verlauf angenommen [hat]“, ⁷⁴ entspann sich eine lebhafte Diskussion über eine Reichweitenbeschränkung von Patientenverfügungen und die Grenzen der straflosen passiven Sterbehilfe.⁷⁵

Patientenverfügungen waren damit zwar in der ärztlichen Praxis und im Rechtsleben angekommen, in den Grenzfragen bestand aber nach wie vor Unsicherheit. Auch hatte der BGH Lücken in den vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsbefugnissen aufgezeigt. Aus dieser Situation heraus kristallisierte sich entlang mehrerer Gesetzesentwürfe⁷⁶ allmählich das 3. BtÄndG heraus, das am 1.9.2009 in Kraft getreten ist.⁷⁷

deshalb nicht schließen, der Gesetzgeber habe diese Frage generell einer vormundschaftsgerichtlichen Überprüfung entziehen wollen. Auch die weitere Entwicklung des Betreuungsrechts rechtfertigt einen solchen Schluss nicht. Das Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 25.6.1998 (BGBl. I 1580) verhält sich zur Frage eines Genehmigungserfordernisses nicht; das war nach der vorrangig auf eine Neuordnung des Rechts der Betreuervergütung gerichteten Zielsetzung dieses Gesetzes allerdings auch nicht anders zu erwarten [...]. Auch für die Folgezeit lässt sich das Schweigen des Gesetzgebers nicht als eine legislative Entscheidung gegen eine vormundschaftsgerichtliche Prüfungszuständigkeit für das Verlangen des Betreuers nach Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen deuten. Die Bundesregierung sah, wie auch ihre Antwort auf die Anfrage des Abgeordneten Hüppe belegt, keinen unmittelbaren Handlungsbedarf: Danach wirft die Entscheidung des OLG ‚nicht nur tiefgreifende juristisch-ethische Fragen, sondern auch vielfältige forensisch-praktische Fragen auf, die einer gründlichen Aufarbeitung bedürfen, bevor die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzgeberischen Maßnahme [...] beantwortet werden kann‘ (BT-Drucks. 13/11345 Frage Nr. 14, S. 11). Die höchstgerichtliche Rechtsprechung ist berufen, hierzu ihren Beitrag zu leisten und damit zugleich mögliche Wege für die vielfach geforderte (vgl. etwa Vormundschaftsgerichtstag e.V. BtPrax 1998, 161 [...]) und auch nach Auffassung des Senats wünschenswerte gesetzliche Regelung aufzuzeigen.“

73 BGHZ 163, 195, 197 ff.; BGHZ 154, 205, 216 ff.

74 BGHZ 154, 205 (Lts. 1).

75 WOLFRAM HÖFLING/STEPHAN RIXEN, Vormundschaftsgerichtliche Sterbeherrschaft?, JZ 2003, S. 884; ANDREAS SPICKHOFF, Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), S. 345, 405 ff.; VOLKER LIPP, Anmerkung zum BGH, Beschluss v. 17.3.2003 – XII ZB 2/03, FamRZ 2003, S. 756; HEINZ HOLZHAUER, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, S. 518, 520 ff.; FRIEDHELM HUFEN, Verfassungsrechtliche Grenzen des Richterrechts, Zum neuen Sterbehilfe-Beschluss des BGH, ZRP 2003, S. 248.

76 Siehe neben dem später Gesetz gewordenen Stünker-Entwurf (BT-Drucks. 16/8442) den sog. Bosbach-Entwurf (BT-Drucks. 16/11360) und den Gesetzesentwurf der Abgeordneten *Wolfgang Zöllner* und *Hans Georg Faust* (BT-Drucks. 16/11493); siehe zum Gesetzgebungsverfahren auch die Nachzeichnung bei ANNA-LUISA LEMMERZ, Die Patientenverfügung, 2014, S. 78 ff.

77 Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 29. Juli 2009, BGBl. I, S. 2286, basierend auf dem sogenannten Stünker-Entwurf, BT-Drucks. 16/8442; siehe zuvor Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 8. Juni 2009, BT-Drucks. 16/13314.

Die damit erfolgte Regelung der Patientenverfügung liest sich in Vielem als Kodifikation der vorausgegangenen Rechtsprechung. Dies entspricht dem erklärten Ziel des Gesetzgebers, durch eine gesetzliche Regelung für alle Beteiligten „mehr Rechtssicherheit“ zu schaffen.⁷⁸ Es sollte im Wesentlichen klargestellt werden, was dank des BGH ohnehin schon galt. Die bisherige Rechtsprechung dient in der ausführlichen Entwurfsbegründung durchgehend als Referenz.⁷⁹ Eng auf der Linie des BGH liegen die gesetzliche Definition der Patientenverfügung als schriftliche Erklärung eines Einwilligungsfähigen (§ 1901a Abs. 1 S. 1 BGB n.F.),⁸⁰ die Bindung eines Vertreters an die Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB n.F.) und das Erfordernis einer Genehmigung des Betreuungsgerichts beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen, soweit nicht zwischen Betreuer und behandelndem Arzt Einvernehmen über den Willen des Patienten besteht (§ 1904 Abs. 1 und Abs. 4 BGB n.F.).⁸¹ Nicht übernommen hat der Gesetzgeber indes – nach ausführlicher Begründung⁸² – die vom BGH offenbar aus

78 BT-Drucks. 16/8442, S. 3.

79 Um nur einige Beispiele zu geben, siehe BT-Drucks. 16/8442, S. 11: „Der Entwurf schließt sich der Auffassung des Bundesgerichtshofs [...] an“; „gleichwohl hält der Bundesgerichtshof eine gesetzliche Regelung für wünschenswert“, „Die mit dem Beschluss ebenfalls aufgeworfenen Fragen [...]“. Weitere Beispiele a.a.O. S. 15: Es ist „mit dem Bundesgerichtshof daran festzuhalten, dass [...]“ oder „wie es in dem Beschluss des Bundesgerichtshofs heißt“ oder „Der Entwurf greift [...] die wesentlichen Kriterien dieser Rechtsprechung [...] auf.“

80 Der Gesetzgeber hat sich damit – im Einklang mit der bisherigen Praxis – gegen weitere Formerfordernisse entschieden; hierzu LEMMERZ (Anm. 76), S. 86 ff.; für eine Gegenseit ANNE RÖTHEL, Form und Freiheit der Privatautonomie, AcP 211 (2011), S. 196.

81 Dieses sog. Konfliktmodell findet sich bereits angedeutet in BGHZ 154, 205, 211 ff. und später bestätigt in BGHZ 163, 195, 198 f. Die Kontrollzuständigkeit des Gerichts bedürfe eines sie auslösenden Konflikts zwischen Arzt und Betreuer. Das Vormundschaftsgericht sei nämlich „nur dann zu einer Entscheidung berufen, wenn der einen einwilligungsunfähigen Patienten behandelnde Arzt eine lebenserhaltende oder -verlängernde Maßnahme für medizinisch geboten oder vertretbar erachtet und sie deshalb ‚anbietet‘ und der Betreuer sich diesem Angebot verweigert“.

82 Auffällig ist der große Begründungsaufwand, den der Entwurf an diesem Punkt unternimmt, um die gesetzliche Entscheidung gegen die Reichweitenbeschränkung doch noch in Einklang zu bringen mit der bisherigen Rechtsprechung. Dazu BT-Drucks. 16/8442, S. 16: „Das Kriterium des unumkehrbar tödlichen Verlaufs des Grundleidens für die Beachtlichkeit des Patientenwillens wird in der Entscheidung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs nicht aufgestellt. Soweit der XII. Zivilsenat des BGH (BGHZ 154, 205) die Entscheidung insoweit anders interpretiert hat, handelt es sich nach vorherrschender Ansicht in der strafrechtlichen Literatur um ein Missverständnis (vgl. nur Verrel, Gutachten zum 66. DJT 2006, C 43: ‚Fehlinterpretation von BGHSt 40, 257‘; Höfling/Rixen, JZ 2003, S. 891, 894: ‚fehlerhaft rezipiert‘; Saliger, MedR 2004, S. 237, 240: ‚das Kemptener Urteil in sein Gegenteil verkehrend‘; Kutzer, FPR 2004, S. 683, 686: Strafsenat hat ‚eine solche starre Grenze nicht gefordert‘; Holzauer, ZPR [sic!] 2004, S. 41, 42: Abkehr vom Kemptener Urteil; im Ergebnis ebenso [...] Spickhoff, JZ 2003, S. 739, 740). Diese Einschätzung wird dadurch bestätigt, dass von Seiten der Strafsenate des BGH nach der Kempten-Entscheidung in einem späteren Urteil aus dem Jahr 2001 [...] nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass dem Gesichtspunkt der Patientenautonomie eine ‚ständig zunehmende Bedeutung‘ beigemessen werde (BGHSt 46, 279, 284). Im Übrigen hat der XII. Zivilsenat des BGH in seinem nachfolgenden Beschluss vom 8. 06.2005 (BGHZ 163, 195) nunmehr selbst zumin-

einem Missverständnis der strafrechtlichen Bewertung resultierende selbst auferlegte Beschränkung seiner Rechtsprechung auf Fälle, in denen ein „Grundleiden [...] einen irreversiblen tödlichen Verlauf angenommen [hat]“. ⁸³ Vielmehr gelten Patientenverfügung ausdrücklich „unabhängig von Art und Stadium einer Erkrankung“, so seither § 1901a Abs. 3 BGB. ⁸⁴

4 Gesetzlich korrigierte richterliche Erstbewältigung

Fälle, in denen der Gesetzgeber eine richterliche Problembewältigung korrigiert, sind im Familienrecht seltener, werden aber umso aufmerksamer wahrgenommen, weil sie schon in sich auf Spannungen hinweisen. Zwei Beispiele sollen herausgegriffen werden, um einen näheren Eindruck von den Gründen zu erhalten, die den Gesetzgeber jeweils zu einem solchen Gegensteuern veranlasst haben. ⁸⁵

a) Nachehelicher Betreuungsunterhalt

Gesetzliche Korrekturen richterlicher Problembewältigung gehen im Familienrecht häufig auf Forderungen des BVerfG zurück. Ein Beispiel ist die Entstehungsgeschichte der Reform des Betreuungsunterhalts im Jahr 2007.

Nach § 1570 BGB, der durch das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 geschaffen wurde ⁸⁶ und am 1. Juli 1977 in Kraft trat, konnte ein geschiedener Elternteil von dem früheren Ehegatten Unterhalt verlangen, „solange und soweit von ihm wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwarten werden kann“. Dabei hatte der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, hinsichtlich der Dauer des Unterhaltsanspruchs Vor-

dest mittelbar zu erkennen gegeben, dass das Recht des Patienten, Behandlungen abzulehnen, nicht vom Stadium seiner Erkrankung abhängt: „Die mit Hilfe einer Magensonde durchgeführte künstliche Ernährung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität, der deshalb der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 154, 205). Eine gegen den erklärten Willen des Patienten durchgeführte künstliche Ernährung ist folglich eine rechtswidrige Handlung, deren Unterlassung der Patient analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit § 823 Abs. 1 BGB verlangen kann. Dies gilt auch dann, wenn die begehrte Unterlassung – wie hier – zum Tode des Patienten führen würde. Das Recht des Patienten zur Bestimmung über seinen Körper macht Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, unzulässig.“

⁸³ BGHZ 154, 205 (Lts. 1).

⁸⁴ Dazu BT-Drucks. 16/8442, S. 3: Durch den Gesetzesentwurf wird „klargestellt, dass der Wille des Betroffenen unabhängig von Art und Stadium der Erkrankung zu beachten ist“, siehe auch S. 12.

⁸⁵ Beispiele auch bei KARSTEN SCHMIDT, Gesetzgebung und Rechtsprechung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften, JZ 2009, S. 10, 17: „Nichtanwendungsgesetze“ sowie bei SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 274, der allerdings insgesamt resümiert, dass „insgesamt die Impulse für jedes einzelne Gesetz so vielfältig [sind], dass sich eindeutige Zuordnungen schwer treffen lassen [...]. Stets wird es neben dem ‚Haupt‘-Impuls eine ganze Reihe weiterer Motive geben.“

⁸⁶ BGBl. I, S. 1421.

gaben zu machen oder Auslegungshilfen zu geben. Er war der Auffassung, mit einer Angabe etwa zum Alter der Kinder würde die „Vielgestaltigkeit der Lebenssachverhalte“ verfehlt.⁸⁷ Ob und in welchem Umfang eine Erwerbstätigkeit verlangt werden könne, hänge nicht nur vom Alter, sondern auch von anderen Umständen ab. In der Folge wurde zwar auch in der Rechtsprechung stets betont, es gebe keine festen Zeitpunkte, ab welchem Alter der geschiedene Ehegatte eine Erwerbstätigkeit aufnehmen müsse.⁸⁸ Gleichwohl hatten sich in der gerichtlichen Praxis zu § 1570 BGB Maßstäbe herausgebildet, die sich am Kindesalter orientierten und als „0-8-15-Regel“ oder „Altersphasenmodell“ Eingang in die Unterhaltsleitlinien der Oberlandesgerichte gefunden hatten.⁸⁹ Demgegenüber war der Unterhaltsanspruch wegen Betreuung eines nichtehelichen Kindes durch § 1615l Abs. 2 BGB zunächst auf längstens ein Jahr,⁹⁰ später auf drei Jahre befristet worden.⁹¹ In dieser unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts für eheliche bzw. nichteheliche Kinder sah das BVerfG schließlich im Jahr 2007 eine verfassungswidrige Benachteiligung nichtehelicher Kinder.⁹² Das

87 BT-Drucks. 7/4361, S. 29; BT-Drucks. 7/650, S. 122 f.

88 BGH, FamRZ 1983, S. 456, 458; BGH, FamRZ 1985, S. 50, 51.

89 Beispielhaft BGH, NJW 1989, S. 1083; BGH, FamRZ 1995, S. 291, 292; BGH, NJW 1995, S. 1148, 1149; Nachzeichnung der älteren Rechtsprechung bei ANNEGRET DERLEDER/PETER DERLEDER, Kindesbetreuung und Ehegattenunterhalt, FamRZ 1977, S. 587; vgl. im Übrigen GERD BRUDERMÜLLER, in Palandt, BGB, 66. Aufl. 2007, § 1570 BGB, Rn. 8 ff. m.w.N. – Danach bestand bis zum Alter eines Kindes von acht Jahren bzw. bis zum Ende der Grundschulzeit keine Erwerbsobliegenheit; zwischen dem elften und dem fünfzehnten Lebensjahr eines Kindes wurde eine Teilzeitbeschäftigung als zumutbar erachtet und spätestens ab Vollendung des 16. Lebensjahres eines Kindes wurde im Regelfall angenommen, dass eine Kinderbetreuung einer Vollzeitbeschäftigung nicht entgegensteht. – Kritische Gegenseit schon bei JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 24: unzureichende Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls sei „evident“, außerdem sei eine generelle Vermutung für die Verneinung einer Erwerbsobliegenheit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres „heute nicht mehr tragbar“.

90 § 1615l BGB i.d.F. des Gesetzes über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1243.

91 § 1615l Abs. 2 BGB i.d.F. des Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetzes vom 21. August 1995, BGBl. I, S. 1055; später nochmals geändert durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942. § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB lautete daraufhin: „Die Unterhaltspflicht [...] endet drei Jahre nach der Geburt, sofern es nicht insbesondere unter Berücksichtigung der Belange des Kindes grob unbillig wäre, einen Unterhaltsanspruch nach Ablauf dieser Frist zu versagen.“ Mit dem Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189 wurde § 1615l Abs. 2 S. 3 BGB abermals geändert und lautet nun: „Die Unterhaltspflicht beginnt frühestens vier Monate vor der Geburt und besteht für mindestens drei Jahre nach der Geburt. Sie verlängert sich, solange und soweit dies der Billigkeit entspricht. Dabei sind insbesondere die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung zu berücksichtigen.“

92 BVerfGE 118, 45, 62 ff. Dabei setzte sich das BVerfG eingehend mit dem Einwand auseinander, dass § 1570 BGB eigentlich einer verfassungskonformen Praxis offenstehe und die unterschiedlichen Altersgrenzen – für die Betreuung eines ehelichen Kindes bis zur Vollendung des achten Lebensjahrs, für die Betreuung eines nichtehelichen Kindes bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres – gar nicht auf dem gesetzlichen Normprogramm, sondern auf der Konkretisierungspraxis der Rechtspre-

BVerfG gab dem Gesetzgeber auf, bis zum 31. Dezember 2008 eine verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen.⁹³ Dies ist mit dem Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007 geschehen.⁹⁴ Seither kann ein geschiedener Ehegatte Unterhalt wegen der Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes grundsätzlich ebenfalls nur für die ersten drei Lebensjahre verlangen (§ 1570 Abs. 1 S. 1 BGB). Damit hat der Gesetzgeber die frühere Rechtsprechungspraxis des Altersphasenmodells ausdrücklich und nachhaltig korrigiert.⁹⁵ Sieht man die ersten BGH-Entscheidungen nach der Änderung des Unterhaltsrechts durch, so fällt allerdings auf, dass der BGH noch recht häufig in seinen Leitsätzen betonen musste, dass ein Altersphasenmodell den geänderten gesetzlichen Anforderungen nicht gerecht wird.⁹⁶

b) Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen

Eine andere Motivlage des korrigierenden Gesetzgebers wird offenbar, wenn wir auf die Entstehungsgeschichte des § 1631d BGB blicken, also die Frage, ob Eltern im Rahmen ihres Sorgerechts eine Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen entscheiden können. Die damit entschiedene Frage berührt das Verhältnis von staatlichem Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) und Elternrecht. Wie weit die elterlichen Vorstellungen über ein gutes Leben gehen dürfen und ab wann Jugendämter und Gerichte im Namen des Kindeswohls korrigierend eingreifen dürfen oder müssen (§ 1666 BGB), ist Gegenstand fortwährender gesellschaftlicher, politischer und rechtlicher Ausverhandlungen. Nach erschütternden Erfahrungen von Kindesmissbrauch und Vernachlässigung lesen sich die Reformen des Jugendhilfe- und Kindschafts-

chung beruhen. Doch beruhen diese Konkretisierungen, so das BVerfG, „auf der Offenheit der Norm und sind vom Gesetzgeber auch nicht durch Präzisierung der Norm korrigiert worden“, während der Gesetzgeber „in Ansehung dieser Auslegung von § 1570 BGB durch die Rechtsprechung den Unterhalt wegen der Betreuung eines nichtehelichen Kindes in § 1615l Abs. 2 Satz 3 BGB generell auf drei Jahre begrenzt und eine Verlängerung des Anspruches darüber hinaus nur im Ausnahmefall zugelassen [hat]“ (S. 64 f.).

⁹³ BVerfGE 118, 45, 78.

⁹⁴ Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189.

⁹⁵ Interessant ist dabei, dass der Gesetzgeber die Neuregelung des § 1570 BGB nicht mit der Entscheidung des BVerfG erklärt, sondern sich auf „aktuelle Tendenzen in der jüngeren Rechtsprechung, die Altersgrenzen des Betreuungsunterhalts zu überprüfen“ und die „diesbezügliche Kritik der Literatur“ bezieht (BT-Drucks. 16/1830, S. 16 f.); anders noch die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/6980, S. 8: „Die Änderung trägt der Entscheidung des BVerfG vom 28. Februar 2007 [...] Rechnung.“

⁹⁶ Der BGH ist der verfassungsgerichtlich vorgezeichneten Abkehr vom Altersphasenmodell sofort gefolgt und lehnt seither alle Anklänge daran strikt ab; BGHZ 193, 78, 86, Rn. 19; BGH, NJW 2011, S. 2646; BGH, FamRZ 2011, S. 1209 (Lts. 1); BGH, FamRZ 2011, S. 791 (Lts. 1); BGH, FamRZ 2010, S. 1880 (Lts. 2); BGH, FamRZ 2010, S. 1050, 1052; BGH, FamRZ 2009, S. 1391, 1394; BGH, FamRZ 2009, S. 1124 (Lts. 1); BGHZ 180, 170 (Lts. 2).

rechts der Jahre 2005,⁹⁷ 2008⁹⁸ und 2011⁹⁹ als Trendumkehr in Richtung mehr staatliches Wächteramt. Im Schrifttum ist diese Betonung des Wächteramts als „fundamentale Akzentverschiebung“ im Gesamtkonzept des staatlichen Kindesschutzes wahrgenommen worden.¹⁰⁰

In dieses rechtspolitische Gesamtbild hatte es sich bruchlos eingefügt, als das LG Köln in einem Strafverfahren die Vorstellung entwickelte, dass Eltern nicht wirksam in eine nicht-medizinisch motivierte Beschneidung ihres nicht einsichts- und urteilsfähigen Jungen einwilligen könnten.¹⁰¹ Doch ist die weitere Entwicklung anders verlaufen: Der Gesetzgeber korrigierte wenige Monate später zugunsten des elterlichen Sorgerechts und entschied mit § 1631d BGB, dass die Personensorge grundsätzlich auch das Recht umfasst, „in eine medizinisch nicht erforderliche Beschneidung des nicht einsichts- und urteilsfähigen männlichen Kindes einzuwilligen, wenn diese nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werden soll“.¹⁰²

Diese schnelle und präzise Gegensteuerung durch den Gesetzgeber hat einige Aufmerksamkeit auf sich gezogen. Dem familienrechtlichen Schrifttum hat die Haltung des LG Köln indes überwiegend mehr eingeleuchtet.¹⁰³ Auch die Dramaturgie dieser Form der Rechtserzeugung ist nicht entgangen. *Andreas Spickhoff* fasste das *Procedere* als „Eilfall gesetzgeberischen Handlungs-, genauer: Korrekturbedarfs“, zusammen und bemerkte:

97 Kinder- und Jugendhilfweiterentwicklungsgesetz vom 6. September 2005, BGBl. I, S. 2729.

98 Gesetz zur Erleichterung familiengerichtlicher Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls vom 4. Juli 2008, BGBl. I, S. 1188.

99 Gesetz zur Stärkung eines aktiven Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Bundeskinderschutzgesetz) vom 22. Dezember 2011, BGBl. I, S. 2975.

100 EVA SCHUMANN, Beschneidung nach § 1631d BGB als Kindeswohlgefährdung?, in: Isabell Götz/Ingeborg Schwenzer/Kurt Seelmann/Jochen Taupitz (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik*, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 729, 741.

101 LG Köln, NJW 2012, S. 2128, 2129.

102 Eingefügt durch das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Bescheidung des männlichen Kindes vom 20. Dezember 2012, BGBl. I, S. 2749; Materialien: BT-Drucks. 17/11800 (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses); BT-Drucks. 17/11814 (Bericht des Rechtsausschusses); siehe auch BT-Drucks. 17/11430 (abgelehnter Gesetzesentwurf); BT-Drucks. 17/11815 (abgelehnter Änderungsentwurf); BT-Drucks. 17/11816 (abgelehnter Änderungsentwurf); BT-Drucks. 17/11835 (abgelehnter Änderungsentwurf).

103 Es wurden einerseits die medizinischen Annahmen über Komplikationen und Langzeitfolgen bezweifelt, von denen sich der Gesetzgeber bei seiner Einschätzung hat leiten lassen, siehe SCHUMANN (Anm. 100), S. 729, 733 ff. Andererseits wurde eingewendet, dass es sich bei der Beschneidung um eine irreversible Veränderung der körperlichen Integrität handelt, die schon aufgrund ihrer Irreversibilität nicht vom Elternrecht gedeckt sein könne, siehe NINA DETHLOFF, *Familienrecht*, 31. Aufl. 2015, § 13 Rn. 64; ANDREAS SPICKHOFF, *Grund, Voraussetzungen und Grenzen des Sorgerechts bei Beschneidung männlicher Kinder*, FamRZ 2013, S. 337, 342: Kindeswohlgefährdung wegen der „begrenzten Reversibilität“ des Eingriffs.

Wie schnell heutzutage doch das BGB geändert werden kann! Dazu genügt, dass ein einzelner Richter mit zwei Schöffen in einer kleinen Strafkammer die Begründung (nicht das Ergebnis) der Entscheidung eines anderen (Amts-)Richters ins Gegenteil verkehrt [...].¹⁰⁴

Der Gesetzgeber stützte sich indes auf Rechtssicherheit: Das Urteil des LG Köln habe „große Rechtsunsicherheit“¹⁰⁵ und „unerwarteten Rechtssetzungsbedarf“ erzeugt.¹⁰⁶ So ist es auch in die Gesetzesbegründung eingegangen.¹⁰⁷ Gleichlautende Deutungen finden sich im akademischen Schrifttum: Das Urteil des LG Köln habe ein „derartiges Maß an Rechtsunsicherheit [erzeugt], das schnell klar wurde, nur ein Eingreifen des Gesetzgebers würde Abhilfe schaffen können“.¹⁰⁸ Die vielfach herausgestellte Rechtsunsicherheit war allerdings eine tiefgreifende ethische Verunsicherung. Es ging darum, eine gesellschaftlich schwierige Debatte zu befrieden. Die Beschneidungsdebatte wurde als „paradigmatischer Fall der Kulturkonflikte in einer pluralistischen oder multikulturellen Gesellschaft“¹⁰⁹ wahrgenommen und als „Testfall“ dafür angesehen, „wie unser Gemeinwesen jenseits wohlfeiler Lippenbekenntnisse mit (religiöser) Verschiedenheit umgeht“.¹¹⁰ Es ging also darum, eine gesellschaftlich schwierige Debatte in einer Frage, über die zunächst nicht einmal eine von Zurückweisungen freie Diskussion möglich schien, zügig zu beenden. Dies ist dem Gesetzgeber mit der schnellen Zuweisung der Entscheidung über nicht-medizinische Beschneidung in die Hände der Eltern dann auch gelungen. Schon kurze Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes wurde daher resümiert, das Gesetz habe „mit der vorläufigen Endgültigkeit, die positivem Recht eigen ist [...] die rechtspolitische Debatte [beendet]“.¹¹¹

5 Richterliche Verweisungen auf gesetzliche Bewältigung

Schließlich gilt es, den Blick auf ein letztes Zugriffsmuster zu werfen: Fälle, in denen die Rechtsprechung bei der Anwendung des geltenden Rechts auf eine Ungewissheitslage stößt, etwa wegen zunehmender rechtspolitischer Kritik oder verfassungsrechtlicher Bedenken, ihre Bewältigung aber ausdrücklich in die Hände des Gesetzge-

104 SPICKHOFF, FamRZ 2013, S. 337.

105 BRIGITTE ZYPRIES, *Contra: Lassen wir die Kirche im Dorf!*, Recht und Politik 2012, S. 139.

106 SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER, *Recht ist, was der Freiheit dient. Schlaglichter auf vier Jahre liberale Rechtspolitik*, Recht und Politik 2013, S. 65, 68 f.

107 BT-Drucks. 17/11295, S. 1, 6.

108 STEPHAN RIXEN, *Das Gesetz über den Umfang der Personensorge bei einer Beschneidung des männlichen Kindes*, NJW 2013, S. 257.

109 TATJANA HÖRNLE/STEFAN HUSTER, *Wie weit reicht das Erziehungsrecht der Eltern?*, JZ 2013, S. 328, 339.

110 RIXEN, NJW 2013, S. 257, 262.

111 RIXEN, NJW 2013, S. 257.

bers legt.¹¹² Beispiele für solches richterliche Verweisen auf den Gesetzgeber (*judicial deference*)¹¹³ sind im jüngeren Familienrecht nicht so selten, wie es manche Vorstellung von der Rolle des Richters im Familienrecht möglicherweise glauben machen möchte. Im Gegenteil: Sie machen den Großteil der hier betrachteten Ungewissheitslagen aus. Wir treffen auf sie vor allem im Zusammenhang mit den familienrechtlichen Statusverhältnissen. Darin spiegelt sich der enge Zusammenhang im Familienrecht von Status, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wider.¹¹⁴ Zugleich bestätigt sich für das Familienrecht die von *Thomas Raiser* generell mit „Komplexität des rechtlichen Sachverhalts“ bezeichnete immanente Grenze des Richterrechts.¹¹⁵

a) Personenstand intersexueller Personen

Ein besonders eindrückliches Beispiel für solche *judicial deference* betrifft die Frage, ob eine intersexuelle Person verlangen kann, dass ihr Geschlecht im Personenstandsregister als „intersexuell“ eingetragen wird. Nach noch geltendem Personenstandsrecht (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG) wird im Geburtenregister auch das Geschlecht eines Kindes als „männlich“ oder „weiblich“ beurkundet. Kann ein Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist es seit der Änderung des Personenstandsrechts durch Gesetz vom 7. Mai 2013 möglich, die Geburt ohne Geschlechtsangabe einzutragen (§ 22 Abs. 3 PStG).¹¹⁶ Eintragungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ sollten durch diese Gesetzesänderung jedoch nicht eröffnet werden.¹¹⁷ Die hiergegen gerichtete Beschwerde einer als „Mädchen“ eingetragenen

¹¹² Weitere Beispiele für dieses Handlungsmuster der Rechtsprechung bei WANK (Anm. 5), S. 242 ff., dort allerdings unter der resignierenden Chiffre der „Vogel-Strauß-Politik“ zusammengefasst.

¹¹³ Der Begriff *judicial deference* stammt aus dem US-amerikanischen Verwaltungsrecht und erfüllt dort die Funktion, die der deutschen Lehre vom Beurteilungsspielraum entspricht; näher ADITYA BAMZAI, *The Origins of Judicial Deference to Executive Interpretation*, Yale Law Journal 126 (2016–2017), S. 908 ff. Sie wird zurückgeführt auf JAMES B. THAYER, *Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harvard Law Review 129 (1893–1894), S. 17 ff. – Hier wird der Begriff „untechnisch“ verwendet für das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung. Aus der US-amerikanischen Debatte lässt sich aber ablesen, wie veränderlich die Haltungen zu *judicial deference* in Abhängigkeit von den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen sind; so hat KIM LANE SCHEPPELE, *The new judicial deference*, Boston Law Review 92 (2012), S. 89 ff. die Veränderungen der *judicial deference-doctrine* nach den Terroranschlägen des 11. September aufgezeigt.

¹¹⁴ Zu den Funktionen von statusorientiertem Recht ANNE RÖTHEL, *Was kann der Staat? Der Statusgedanke im Abstammungsrecht*, in: DIES./Bettina Heiderhoff (Hrsg.), *Regelungsaufgabe Vaterstellung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, 2014, S. 89, 100 ff.

¹¹⁵ THOMAS RAISER, *Richterrecht heute*, ZRP 1985, S. 111, 117: „Immanente Grenzen sind dem Richterrecht dort gezogen, wo die Komplexität der Zusammenhänge und die Vielzahl der Betroffenen die punktuelle, vom Zweiparteiprozess vorprogrammierte Regelung nicht zulässt.“

¹¹⁶ Eingefügt durch das Gesetz zu Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften vom 7. Mai 2013, BGBl. I, S. 1122.

¹¹⁷ Nr. 21.4.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (BAnz 2010, Nr. 57a), geändert durch PStG-VwV-ÄndVwV vom 3. Juni 2014.

Antragstellerin, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrags in „inter“ oder „divers“ begehrte, wies der BGH knapp zurück. Das OLG Celle habe die begehrte Änderung der Eintragung zu Recht versagt, „weil eine solche nach geltendem Recht nicht möglich ist“.¹¹⁸ Dies ergebe sich schon aus dem eindeutigen Wortlaut. Außerdem entspreche eine solche Eintragungsmöglichkeit ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auch nicht dem Willen des Gesetzgebers.¹¹⁹

Dieser vom BGH im Folgenden eingehend nachgezeichnete Wille des Gesetzgebers¹²⁰ stellt sich bei näherem Hinsehen aber keineswegs als bewusste, endgültige und abschließende Entscheidung über die rechtliche Bewältigung von Intersexualität dar. Eher im Gegenteil: Dem Gesetzgeber ist die Schwierigkeit und Kontroversität der mit Intersexualität für das Recht verbundenen Fragen im Verlauf der Beratung zunehmend bewusst geworden.¹²¹ Es schien aber nicht möglich, in dem laufenden Gesetzgebungsverfahren „kurzfristig“ eine „Lösung der komplexen Probleme“ zu finden, auch angesichts der divergierenden Auffassungen unter Betroffenen und Sachverständigen. Die vorgesehene und schließlich Gesetz gewordene Regelung in § 22 Abs. 3 PStG wird daher auch nicht als gesetzliche Letztentscheidung, sondern etwas vorsichtiger

118 BGH, JZ 2016, S. 1067 Rn. 11. – Genauso schon BGHZ 57, 63, 71 f.: Folgerungen aus einer Geschlechtsumwandlung für das Personenstandsrecht könne nur der Gesetzgeber ziehen.

119 BGH, JZ 2016, S. 1067, 1068 Rn. 17.

120 BGH, JZ 2016, S. 1067, 1078 Rn. 18: „Die Bundesregierung, deren Gesetzentwurf zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften ursprünglich keine Regelungen zur Intersexualität enthielt, hat auf eine entsprechende Initiative des Bundesrats erwidert, eine Lösung der komplexen Probleme insbesondere unter Berücksichtigung medizinischer Aspekte könne in diesem schon weit fortgeschrittenen Gesetzgebungsverfahren nicht kurzfristig gefunden werden. Vor einer Neuregelung wären umfassende Anhörungen von Betroffenen und Sachverständigen durchzuführen. Dabei müsse auch geprüft werden, welche Änderungen in anderen Gesetzen erforderlich wären (BT-Drucks. 17/10489, 72). Schließlich hat die jetzige Fassung des § 22 Abs. 3 PStG durch die Beschlussempfehlung des Innenausschusses Eingang in das Gesetz gefunden. Dazu heißt es lediglich, dass sich § 22 Abs. 3 PStG der Problemstellungen des Deutschen Ethikrats zum Thema ‚Intersexualität‘ annehme und klarstelle, dass die Geschlechtsangabe im Geburtseintrag offenbleibe, wenn diese nicht zweifelsfrei feststehe (BT-Drucks. 17/12192, 11).“

121 Siehe Plenarprotokolle des Deutschen Bundestags, 17. Wahlperiode, 217. Sitzung, 17.1.2013, 26940 ff. und 219. Sitzung, 31.1.2013, 27217 ff. Entsprechend uneins war auch das wissenschaftliche Schrifttum darüber, ob und ggf. wie Intersexualität im Personenstandsrecht abzubilden sei; siehe einerseits TOBIAS HELMS, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, S. 25 ff.; DERS., Personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG, in: Isabell Götz/Ingeborg Schwenzer/Kurt Seelmann/Jochen Taupitz (Hrsg.), Familie – Recht – Ethik, Festschrift für Gerd Brudermüller zum 65. Geburtstag, 2014, S. 301, 305 ff.; RAINER BOCKSTETTE, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, S. 169, 171 ff.; andererseits WOLF SIEBERICHS, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, S. 1180; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Die Eintragung im Geburtenregister als „inter“ oder „divers“, zugleich Besprechung der Entscheidung des OLG Celle vom 21.1.2015, StAZ 2015, S. 171; JENS THEILEN, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, S. 3.

ausgeflaggt: die Regelung „nimmt sich der Problemstellungen des deutschen Ethikrates zum Thema ‚Intersexualität‘ [...] an,“¹²² heißt es in der Gesetzesbegründung.

Der BGH hat also, indem er in seinem Beschluss aus dem Jahr 2016 auf den Gesetzgeber verwies, nicht eine gesetzliche Letztentscheidung bestätigt, sondern einer erwarteten weiteren gesetzlichen Befassung nicht vorgreifen wollen. Eigentlicher Hinderungsgrund war die Ubiquität der Statuswirkungen, vom BGH angesprochen als „staatliche Ordnungsinteressen“ (Rn. 27) und die Auswirkungen, die Änderungen des Personenstandsrechts auf andere Gesetze haben würden (vgl. Rn. 18). Diese gesetzliche Entscheidung ist nun auch verfassungsrechtlich notwendig geworden: Mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 hat das BVerfG dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2018 eine Regelung herbeizuführen, durch die intersexuellen Personen ein positiver Geschlechtseintrag ermöglicht oder aber ganz auf die Eintragung des Geschlechts verzichtet wird.¹²³

b) Güterrechtlich privilegierter Erwerb

Eine typische Formel, mit der die Rechtsprechung auf den Gesetzgeber verweist und eine abweichende Problembewältigung ablehnt, lautet, der Gesetzgeber habe eine „abschließende Regelung“ vorgenommen. Hierauf hat sich der BGH immer wieder gestützt, wenn es darum ging, ob andere als die in § 1374 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannten privilegierten Erwerbe – Erwerb von Todes wegen, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung – vom Zugewinnausgleich auszunehmen sind: „Die Vorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB zählt die privilegierten Erwerbsvorgänge abschließend auf; sie ist deshalb einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich“, lautet die wiederkehrende Begründung, etwa angesichts von Schmerzensgeldern, Witwenrenten, Restitutionsansprüchen und Lottogewinnen.¹²⁴ Hieran hielt der BGH auch im Jahr 2014 fest, als nochmals zu entscheiden war, ob der Zugewinnausgleich einen während der Trennungszeit eingetretenen Lottogewinn erfassen soll.¹²⁵ Im wissenschaftlichen Schrifttum mehrte sich indes inzwischen Kritik, und zwar nicht nur am Gesetzgeber, der § 1374 Abs. 2 BGB auch bei der letzten Reform des Güterrechts im Jahr 2009¹²⁶ nicht erweitert hat,¹²⁷

¹²² Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung – Drucks. 17/10489 –, BT-Drucks. 17/12192 vom 30.1.2013, S. 11.

¹²³ BVerfGE 147, 1, Rn. 66. Der BGH hielt eine Vorlage zum BVerfG nicht für erforderlich, siehe BGH JZ 2016, S. 1067, Rn. 20 ff.; für eine Gegenseit bereits ANNE RÖTHEL, Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, JZ 2017, S. 116 m.w.N.

¹²⁴ Vgl. BGHZ 68, 43, 46 – Lottogewinn; BGHZ 82, 145, 148 – Abfindung; BGHZ 82, 149, 151 – Witwenrente; BGHZ 130, 377, 381 – Lebensversicherung; BGHZ 157, 379, 386 f. – Restitutionsansprüche.

¹²⁵ BGH, FamRZ 2014, S. 24.

¹²⁶ Gesetz zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009, BGBl. I, S. 1696.

¹²⁷ Rechtspolitische Kritik etwa bei JOACHIM GERNHUBER/DAGMAR COESTER-WALTJEN, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 36 III 4.

sondern gleichermaßen an der Haltung des BGH: Es fänden sich „in den Gesetzgebungsmaterialien [...] keinerlei Anhaltspunkte für eine solche bewusste und gezielte Entscheidung des Gesetzgebers“, so etwa *Elisabeth Koch*.¹²⁸ Auch *Dieter Schwab* bezweifelt, ob die Annahme des BGH, eine Analogie komme unter keinen Umständen in Betracht, „methodisch haltbar“ sei.¹²⁹ Es sind bezeichnenderweise die Rechtshistoriker unter den Familienrechtlerinnen und Familienrechtlern, die die Tragkraft des historischen Willens-Arguments in Zweifel ziehen.

Nicht ganz so konsequent, aber in der Motivation ähnlich sichert der BGH mit dem Ausschließlichkeitsprinzip des Zugewinnausgleichs den Vorrang des Gesetzgebers bei der Bestimmung der nahehelichen güterrechtlichen Teilhabe gegenüber weitergehenden schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen. „In aller Regel“, so der BGH bereits im Jahr 1991, müsse es „für den Ausgleich von Zuwendungen, die Ehegatten einander während des gesetzlichen Güterstandes gemacht haben [...] mit dem güterrechtlichen Ausgleich als der vom Gesetz vorgesehenen Lösung sein Bewenden haben.“¹³⁰ Hierauf – aber auch auf die dogmatisch unsicheren Durchbrechungen, Stichwort Ehegatteninnengesellschaft und unbenannte Zuwendungen – hat *Uwe Diederichsen* bereits in seinem Beitrag in der Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des BGH hingewiesen und dieses Nebengüterrecht als Frage von „Gesetzestreue und Rechtsfortbildung“ thematisiert.¹³¹

c) Unterbringungsähnliche Maßnahmen an minderjährigen Kindern

Ein weiteres Beispiel für *judicial deference* bildet die Entstehungsgeschichte des familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern (§ 1631b Abs. 2 BGB).¹³² Hintergrund ist eine Entscheidung des BGH aus

128 ELISABETH KOCH, in: Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 8: Familienrecht I, 7. Aufl. 2017, § 1374 BGB, Rn. 16; näher DIES., Die Teilungsmasse des Zugewinns – der Topos von der starren, schematischen Regelung des Gesetzes, in: Dieter Schwab/Meo-Micaela Hahne (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt, 2004, S. 139, 150–154.

129 DIETER SCHWAB, Familienrecht, 25. Aufl. 2017, § 33 Rn. 289; kritisch auch GERD BRUDERMÜLLER, Der reformierte Zugewinnausgleich – Erste Praxisprobleme, NJW 2010, S. 401, 402 sowie WOLFGANG JAEGER, in: Kurt Johannsen/Dieter Henrich (Hrsg.), Familienrecht, 6. Aufl. 2015, § 1374, Rn. 35 f.: Das Analogieverbot sei „aufzugeben“.

130 BGHZ 115, 132; BGHZ 116, 167; BGHZ 127, 48; BGHZ 142, 137.

131 UWE DIEDERICHSEN, Gesetzestreue und Rechtsfortbildung im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung bei der Ehescheidung, in: Karlmann Geiß (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 945; pointiert kritisch auch noch DIETER SCHWAB, Handbuch des Scheidungsrechts, 4. Aufl. 2000, VII Rn. 241: „praeterlegale Hilfskonstruktion“ (in der aktuellen 7. Aufl. 2013 allerdings nicht mehr). Siehe auch schon meine Kritik an dieser Rechtsprechung bei ANNE RÖTHEL, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten: fiktive Innengesellschaft versus reale Gütergemeinschaft, FamRZ 2012, S. 1916.

132 Gesetz zur Einführung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts für freiheitsentziehende Maßnahmen bei Kindern vom 17. Juli 2017, BGBl. I, S. 2424.

dem Jahr 2013.¹³³ Der BGH hatte zu klären, ob die nächtliche Fixierung eines autistisch-behinderten Kindes, das krankheitsbedingt ausgeprägte Unruhezustände und extreme Weglauftendenzen zeigte, zusätzlich zur Zustimmung der sorgeberechtigten Eltern auch einer gerichtlichen Genehmigung bedürfe. Der BGH verneinte dies und lehnte damit sowohl eine Erstreckung des bereits bestehenden Genehmigungserfordernisses für freiheitsentziehende Unterbringungen von minderjährigen Kindern (§ 1631b BGB) als auch eine analoge Anwendung des weiter gefassten Genehmigungserfordernisses für „unterbringungsähnliche Maßnahmen“ gegenüber einem Betreuten (§ 1906 Abs. 4 BGB) ab. Eine Erweiterung des Genehmigungserfordernisses für elterliche Entscheidungen aus § 1631b BGB auf unterbringungsähnliche Maßnahmen widerspreche dem Willen des Gesetzgebers. Das Gesetz gehe vielmehr „von einem engen Begriff der Unterbringung aus“.¹³⁴ Voraussetzung für eine analoge Anwendung des Genehmigungserfordernisses für „unterbringungsähnliche Maßnahmen“ gegenüber einem Betreuten (§ 1906 Abs. 4 BGB), so weiter der BGH, „ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz“. Daran fehle es hier, da in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hingewiesen werde, dass die Vorschrift „nur für volljährige Betreute gelte, die materiellen Regelungen der Unterbringung von Kindern (§ 1631b BGB) würden hiervon nicht berührt“.¹³⁵ Da der Gesetzgeber § 1631b BGB zuletzt im Jahr 2008 geändert hatte, ohne die in der Literatur vielfach geäußerte Forderung nach einem familiengerichtlichen Genehmigungserfordernis aufzugreifen, könne auch nicht angenommen werden, dass eine analoge Anwendung inzwischen dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entspreche.¹³⁶ „Es muss daher dem Gesetzgeber überlassen bleiben“, so schließlich der BGH, „ob die Anordnung eines familiengerichtlichen Genehmigungsvorbehalts das geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Mittel ist, Kinder vor ungerechtfertigten unterbringungsähnlichen Maßnahmen zu schützen.“¹³⁷

d) Anfechtungssperre bei sozial-familiärer Beziehung

Genauso eindeutig hat es der BGH jüngst abgelehnt, § 1600 Abs. 2 BGB – die Anfechtungssperre bei bestehender sozial-familiärer Beziehung zum rechtlichen Vater – einschränkend dahingehend auszulegen, dass eine Anfechtung nicht gesperrt sein sollte, wenn der leibliche Vater seinerseits bereits eine sozial-familiäre Beziehung zu dem Kind unterhält: Die Regelung des § 1600 Abs. 2 BGB sei, so der BGH,

ihrem Wortlaut entsprechend als bewusste gesetzgeberische Entscheidung zu respektieren. Die Frage, ob die bestehende gesetzliche Regelung auch zukünftig noch rechtspolitisch wünschens-

¹³³ BGH, NJW 2013, S. 2969.

¹³⁴ BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 12 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/4528, S. 146.

¹³⁵ BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 18 unter Hinweis auf BT-Drucks. 11/4528, S. 82.

¹³⁶ BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 20.

¹³⁷ BGH, NJW 2013, S. 2969 Rn. 25.

wert erscheint oder ob den Interessen des leiblichen Vaters ein höherer Stellenwert gebührt, fällt schließlich in die alleinige Zuständigkeit des Gesetzgebers.¹³⁸

e) Öffnung der Ehe

Ein weiteres Beispiel für richterliches Verweisen auf den Gesetzgeber bildet die inzwischen gesetzlich geregelte Öffnung der Ehe für Personen gleichen Geschlechts.¹³⁹ Soweit Gerichte in der Vergangenheit überhaupt damit befasst waren, ob die Eheschließung nicht schon unter damaligem Recht auch Personen gleichen Geschlechts ermöglicht werden könnte, haben sie in dieser Frage durchgehend auf den Gesetzgeber verwiesen, obwohl sich die Geschlechtsverschiedenheit – wie auch immer wieder eingeräumt wurde – gerade nicht aus dem materiellen Eheschließungsrecht der §§ 1353 ff. BGB ergab. Die Eheschließung auch gleichgeschlechtlichen Partnern zu ermöglichen, würde aber, so das LG Frankfurt a. M., „das gesetzgeberische Ziel verfehlen, das gerade darin liegt, die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu regeln. Dadurch würde das Gericht in die Kompetenzen des Gesetzgebers eingreifen“.¹⁴⁰ Ähnlich deutlich haben etwa zeitgleich das BayObLG¹⁴¹ und dann schließlich das OLG Köln auf den Gesetzgeber verwiesen: Eine anderweitige Auslegung, so das OLG Köln, sei „unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung versagt [...]. Insoweit läge keine Rechtsfortbildung durch die Gerichte vor, sondern eine verfassungswidrige Verfassungsänderung durch ein hierzu nicht berufenes Staatsorgan“.¹⁴² Ob und in welchem Umfang Regelungen für gleichgeschlechtliche Paare geschaffen werden, „unterliegt allein der politischen Entscheidung des Gesetzgebers.“¹⁴³ Andernfalls würde sich ein Gericht eine Kompetenz anmaßen, „die allein dem Gesetzgeber zukommt [...]“.¹⁴⁴ Diese Linie wurde später in einer Kammer-Entscheidung des BVerfG bestätigt,¹⁴⁵ und

138 BGH, FamRZ 2018, S. 275 Rn. 27.

139 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017, BGBl. I, S. 2787.

140 LG Frankfurt a. M., NJW 1993, S. 1998.

141 BayObLG, NJW 1993, S. 1996: „Soweit Regelungen zur Vermeidung rechtlicher Nachteile bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften erforderlich werden sollten, bleibt es dem Gesetzgeber vorbehalten zu prüfen, wie sie auszugestalten sind.“

142 OLG Köln, NJW 1993, S. 1997.

143 OLG Köln, NJW 1993, S. 1997.

144 OLG Köln, NJW 1993, S. 1997, 1998.

145 BVerfG (K), NJW 1993, S. 3058. Die Kammer nahm eine gegen einen Bescheid des Standesamtes, mit dem der Antrag der gleichgeschlechtlich orientierten Beschwerdeführer auf Erlass des Aufgebots und Vornahme der Eheschließung abgelehnt wurde, gerichtete Beschwerde nicht zur Entscheidung an, weil der Beschwerde im Hinblick auf die gerügte Verletzung der Eheschließungsfreiheit keine grundsätzliche Bedeutung zukomme. Erste Andeutungen der weiteren Entwicklungsrichtung finden sich am Schluss der Entscheidung: „Soweit die Bf. auf vielfältige Behinderungen ihrer privaten Lebensgestaltung und Benachteiligungen gegenüber Ehepartnern hinweisen, kann den damit aufgeworfenen Fragen nach der Vereinbarkeit des geltenden Rechts mit Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG und mit Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzliche Bedeutung zukommen, insbesondere den Fragen, ob der Ge-

auch der von ausländischer Seite angerufene EGMR betonte immer wieder den Gestaltungsspielraum („Ermessensspielraum“) der nationalen Gesetzgeber.¹⁴⁶

III Einige Beobachtungen

Der Rückblick auf die Zugriffsmuster in der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht stellt uns vor ein Panorama mit großer Bandbreite. Eine aktive Rechtsprechung haben wir im Fall der im Ausland durchgeführten Leihmutterschaft kennen gelernt (oben Ziff. II.2.d), auf einen handlungsstarken Gesetzgeber sind wir im Zusammenhang mit der religiösen Beschneidung (oben Ziff. II.4.b) gestoßen. Aber vor allem haben wir viele Beispiele für vorsichtiges Abwarten und aufeinander Verweisen gefunden, sei es im Personenstandsrecht (oben Ziff. II.5.a) oder im Recht des gesetzlichen Güterstands (oben Ziff. II.5.b), aber auch im Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen (oben Ziff. II.3.b). Auf den ersten Blick scheint die Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht keinen Regelmäßigkeiten zu folgen. Gleichwohl lässt der unübersichtliche Befund einige Beobachtungen über Typizitäten im Zugriff (s. unter Ziff. 1), die langfristige Entwicklungsrichtung (s. unter Ziff. 2) und das Miteinander der Gewalten (s. unter Ziff. 3) zu. Die wesentliche Beobachtung ist dabei, dass sich die mitgegebene These von der Richtermacht bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen im jüngeren Familienrecht nicht bewahrheitet hat. Den folgenden Beobachtungen liegt allerdings die These zugrunde, dass sich das facettenreiche Miteinander von Rechtsprechung und Gesetzgebung bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen durch Familienrecht nicht konsequent materiell-rechtlich entlang dogmatischer Leitideen wie Autonomie und Kindeswohl rekonstruieren lässt.¹⁴⁷

1 Typizitäten

Auf der Suche nach Mustern dafür, ob eine familienrechtliche Ungewissheitslage eher vom Gesetzgeber oder eher von der Rechtsprechung bewältigt wird, ist zunächst zu

setzgeber verpflichtet ist, gleichgeschlechtlichen Partnern eine rechtliche Absicherung ihrer Lebensgemeinschaft zu ermöglichen, oder ob zumindest einzelne Regelungen in verschiedenen Rechtsbereichen der Änderung bedürfen. Diese Fragen können jedoch eine grundsätzliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde nicht begründen, weil sie im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen sind. Sie waren nicht Gegenstand der angegriffenen Entscheidungen. Diese betrafen allein die Frage, ob der Standesbeamte verpflichtet war, das Aufgebot anzuordnen und die Eheschließung vorzunehmen.“

¹⁴⁶ EGMR (24.6.2010 – Rs. 30141/04, Schalk u.a.), NJW 2011, S. 1421, 1424; EGMR (21.09.2010 – Rs. 66686/09, Manenc), NVwZ 2011, S. 31; EGMR (10.5.2001 – Rs. 56501/00, Antonio Mata Estevez).

¹⁴⁷ Hier danke ich den Nachfragen von MARIETTA AUER und EVA SCHUMANN.

konstatieren, dass Entscheidungen über familienrechtliche *Statusverhältnisse* letztlich zu Gesetz werden, wenngleich nicht immer in einem Schritt und kaum je ohne richterliche Vorbefassung. Es ist im Ergebnis der Gesetzgeber, der darüber entscheidet, welche Rechtsformen für Paarbeziehungen zur Verfügung stehen (oben Ziff. II.5.e), worauf sich Abstammung (oben Ziff. II.5.d) und Personenstand (oben Ziff. II.5.a) gründen und welche Gestalt rechtliche Fürsorge für Erwachsene haben soll (oben Ziff. II.3.b). Wenn wir von familienrechtlichen *Rechtsinstituten* sprechen, sind nach wie vor ganz selbstverständlich gesetzliche Regelungskomplexe gemeint und nicht Richterrecht. Dieses Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung wird auch dadurch stabilisiert, dass die Rechtsprechung in diesen großen Architekturfragen konsequent auf den Gesetzgeber verweist (oben Ziff. II.5), wie wir am Beispiel des Personenstands, des Güterstands, des Elternrechts, des Abstammungsrechts und der Öffnung der Ehe gesehen haben.

Darüber hinaus treffen wir dort auf den Gesetzgeber, wo die gesellschaftliche Ungewissheitslage mit *ethischen Richtungsfragen* zu tun hat, etwa die Bedeutung religiöser Normen im Verhältnis zum Elternrecht im Beispiel der Beschneidung (oben Ziff. II.4.b) oder die Reichweite der Selbstbestimmung am Lebensende (oben Ziff. II.3.b). Dabei ging es dem Gesetzgeber nicht immer um Korrektur: Dies trifft zwar zu im Verhältnis der Beschneidung, gilt aber nicht für den Umgang mit Patientenverfügungen.

Schwerer fällt es, die Fälle von richterlichen Paradigmenwechseln (oben Ziff. II.2) auf einen Nenner zu bringen. Hier treffen wir auf unterschiedliche Arten von Ungewissheitslagen: Im Umgang mit nichtehelichem Zusammenleben (oben Ziff. II.2.a) oder der Betreuung von Kindern durch getrennt lebende Eltern (oben Ziff. II.2.b) beruht die Ungewissheitslage in erster Linie auf *unsicheren Vorstellungen über die Wirklichkeit*. Anders liegen die Dinge in Bezug auf die im Ausland durchgeführte Leihmutterchaft, die Züge einer ethischen Richtungsfrage trägt und aus diesem Grund in ihrer richterlichen Bewältigung auch als besonders spannungsreich wahrgenommen worden ist (oben Ziff. II.2.d).

2 Entwicklungsrichtung

a) Langfristige Zunahme gesetzlicher Bewältigung

Es ist noch nicht lange her, dass das Familienrecht ganz selbstverständlich als Beispiel für starke richterliche Prägung galt. Im Jahr 2002 wurde auf der Jahrestagung der Deutschen Gesellschaft für Gesetzgebung das Familienrecht zusammen mit dem Arbeitsrecht als „die“ Beispiele für richterliche Ersatzgesetzgebung benannt.¹⁴⁸ Genauso führte *Walter Leisner* in seiner fast zeitgleich veröffentlichten Schrift zur

¹⁴⁸ SABINE LEUTHEUSSER-SCHNARRENBARGER, Und der Gesetzgeber behält doch das Heft in der Hand!, in: Ulrich Karpen (Hrsg.), *Der Richter als Ersatzgesetzgeber*, 2002, S. 39, 40. Arbeitsrecht und

„Krise des Gesetzes“ das Familienrecht in einem Atemzug mit dem Arbeitsrecht als Beispiel dafür an, wie ganze Rechtsgebiete der Rechtsprechung überlassen seien.¹⁴⁹ Man mag in der Einschätzung über das Ausmaß des Richterrechts im Familienrecht auseinander gehen; die Entwicklungsrichtung des Familienrechts ist jedoch vergleichsweise eindeutig: In der Tendenz verschieben sich die Gewichte eher in Richtung Gesetzgebung als in Richtung Rechtsprechung. Auf lange Sicht erleben wir eine *Legifizierung* des Familienrechts. Darin unterscheidet sich das Familienrecht übrigens nicht vom Gesellschaftsrecht, für das *Karsten Schmidt* „Geländegewinne der Gesetzgebung“ beobachtete.¹⁵⁰ Zwar brauchen gesetzliche Bewältigungen mitunter ihre Zeit und hinken rechtlichen Erwartungen, etwa im Hinblick auf inter- und transsexuelle Personen, oder den Anforderungen der Praxis hinterher, etwa im Umgang mit heterologer Insemination. Auch durchlaufen gesetzliche Bewältigungen häufig mehrere Stufen oder benötigen mehrere Anläufe. Dies haben wir zunächst erlebt, als es darum ging, im Eherecht das grundgesetzliche Gleichberechtigungsversprechen zu verwirklichen; noch länger dauerte die Gleichstellung nichtehelicher Kinder.¹⁵¹ Zuletzt haben wir in der Frage, ob und wenn ja auf welche Art und Weise gleichgeschlechtlichen Paaren eine institutionalisierte Rechtsform zur Verfügung gestellt werden sollte, ein solches Ansetzen in mehreren Schritten erlebt. Für unseren Zusammenhang entscheidend ist aber, dass alle diese Prozesse erst mit einer gesetzlichen Regelung als abgeschlossen gelten konnten.

Dass sich gleichwohl gerade für das Familienrecht das Bild von einer starken Rechtsprechung beharrlich hält, beruht mehr auf dem „wie“ der familienrechtlichen Gesetzgebung. Damit ist die für die familienrechtliche Gesetzgebung charakteristische Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen bezeichnet.¹⁵² Nimmt man hinzu, dass die Rechtsprechung ihrerseits zur Ausfüllung des Unterhaltsrechts zu einer gesetzesähnlich verfestigten und abstrahierten Regelbildung tendiert,¹⁵³ entsteht so

Familienrecht firmieren auch bei RÜTHERS/FISCHER/BIRK (Anm. 9), Rn. 856 ff. als die Beispiele für „Rechts“- oder „Gebietslücken“.

149 WALTER LEISNER, *Krise des Gesetzes*, 2001, S. 100.

150 KARSTEN SCHMIDT, *Gesetzgebung und Rechtsprechung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften*, JZ 2009, S. 10, 19.

151 Die erste Aufforderung des BVerfG erging durch BVerfGE 8, 210, später BVerfGE 25, 167. Das Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969, BGBl. I, S. 1243, trat schließlich am 1.7.1970 in Kraft; siehe danach noch Kindesunterhaltsgesetz vom 6. April 1998, BGBl. I, S. 666; Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 19. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2941; Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942; Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3189.

152 Im familienrechtlichen Schrifttum erscheint diese Form der Normsetzung weithin zwangsläufig; siehe etwa GERNHUBER/COESTER-WALTJEN (Anm. 127), § 1 Rn. 54 ff.; näher ANNE RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, 2004, S. 39 ff. sowie passim.

153 Dies lässt sich insbesondere an den Praxis der gerichtlich erarbeiteten Unterhaltstabellen und Leitlinien ablesen; für eine Rekonstruktion siehe WOLFGANG KÖHLER, *20 Jahre Düsseldorfer Tabelle*, FamRZ 1982, S. 130; DERS., *Geschichte der Düsseldorfer Tabelle (Entstehung, Entwicklung und*

das Bild einer gesetzesähnlich agierenden, starken Rechtsprechung, auch wenn wir uns immer vor Augen führen müssen, dass dieses Richterwerk auf gesetzlichem Einverständnis (Delegation) beruht und daher einer Selbst-Bemächtigung unverdächtig ist. Ähnliches gilt für die inzwischen weit verzweigte richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen:¹⁵⁴ Vordergründig ist sie ebenfalls Richterwerk. Doch wird sie schon wegen ihres verfassungsgerichtlichen Auftrags¹⁵⁵ nicht als prekäre richterliche Selbstbemächtigung erscheinen können, auch in Erinnerung daran, dass es der BGH war, der eine solche Inhaltskontrolle zunächst ausdrücklich ablehnte.¹⁵⁶

b) Mögliche Erklärungen

aa) Generelle Vorzüge gesetzlicher Bewältigung

Dieser langfristige Trend in Richtung gesetzlicher Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen lässt sich vordergründig mit den generellen Vorzügen von Gesetzgebung gegenüber Rechtsprechung erklären: Mit gesetzlicher Bewältigung verbinden sich neben der demokratischen Legitimation Gewinne an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit.¹⁵⁷ Doch machen diese generellen Vorzüge gesetzlicher Bewältigung

Rechtsnatur eines Richterwerkes), in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989, S. 569; VOLKER DIETRICH, Unterhaltsberechnung anhand von Quoten und Tabellen, 1986, S. 33 ff. Rechtsqualität und Legitimation wurden im älteren Schrifttum skeptischer beurteilt, siehe JOACHIM GERNHUBER, Der Richter und das Unterhaltsrecht, FamRZ 1983, S. 1069, 1072: „Richterwerk sui generis“; ALEXANDER LÜDERITZ, Familienrecht, 27. Aufl. 1999, Rn. 714: „verabredetes Recht ohne Ermächtigung“; WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, Zur Unterschätzung der Überschätzung unterhaltsrechtlicher Steigerungsmöglichkeiten, in: Otto Sandrock (Hrsg.), Festschrift für Günther Beitzke, 1979, S. 311, 341: „Kunstregeln“ ohne „legitimen Platz“; inzwischen wird diese richterliche Selbstbindung pragmatisch akzeptiert, siehe nur NINA DETHLOFF, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 11 Rn. 13 f. und KARLHEINZ MUSCHELER, Familienrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 679. – Ein zweites Beispiel ist die vom BGH für die richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen entwickelte Kernbereichslehre; siehe grundlegend BGHZ 158, 81; später etwa BGH, FamRZ, 2005, S. 26 – Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich; BGH, FamRZ 2006, S. 1097 – u.a. Verzicht auf Versorgungsausgleich; BGH, FamRZ 2007, S. 197 – Verzicht zulasten der Sozialhilfe; BGH, FamRZ 2008, S. 396 – Verzicht auf den Zugewinnausgleich; BGH, FamRZ 2009, S. 198 – Unterhaltsregelung zulasten der Sozialhilfe; zuletzt BGH, NJW 2013, S. 380 – Verzicht auf Unterhalt und Versorgungsausgleich; BGH, NJW 2013, S. 457 – Verzicht auf Unterhalt, Versorgungsausgleich sowie Zugewinnausgleich.

154 Grundlegend BGHZ 158, 81, in der Folge siehe BGH, NJW 2005, S. 137; BGH, NJW 2005, S. 139; BGH, NJW 2005, S. 1370; BGH, NJW 2007, S. 907; BGH, NJW 2008, S. 1076; BGH, NJW 2009, S. 2124 – In diesen Zusammenhang kann man auch die richterliche Korrektur ehevertraglich vereinbarter Gütertrennung durch Gewährung von Ausgleichsansprüchen wegen „unbenannter Zuwendungen“ sehen; siehe BGHZ 84, 361, 368 ff.; BGHZ 127, 48, 52 ff.; kritisch DIEDERICHSEN (Anm. 131), S. 945, 966 ff.; ANNE RÖTHEL, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten: fiktive Innengesellschaft versus reale Gütergemeinschaft, FamRZ 2012, S. 1916, 1921.

155 BVerfGE 103, 89.

156 Siehe noch BGH, FamRZ 1996, S. 1536; BGH, FamRZ 1997, S. 146.

157 Interessiert man sich für das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung wird indes auch vor einer Überschätzung der Vorteile solcher „Publizität“ gewarnt; siehe SCHMIDT (Anm. 10), S. 35 ff.

gesellschaftlicher Ungewissheitslagen die Wirkmächtigkeit des langfristigen Trends zugunsten gesetzlicher Bewältigung im jüngeren Familienrecht nicht völlig plausibel. Für welchen Rechtsbereich wünschte man sich nicht mehr Rechtsklarheit und Rechtssicherheit? Und warum sollte es dem Gesetzgeber gerade in den letzten 20, 30 Jahren und gerade im Familienrecht so stark um Rechtsklarheit und Rechtssicherheit gegangen sein? Zwei weitere Erklärungen liegen nahe.

bb) Verfassungsgerichtliche Akzentuierung gesetzlicher Bewältigungen

Der langfristige Entwicklungstrend im jüngeren Familienrecht in Richtung gesetzlicher Bewältigung hat erstens mit der Rolle des BVerfG im Familienrecht zu tun. Zum einen hat das BVerfG immer wieder die Rückanbindung der Rechtsprechung an das Gesetz gesichert. So wandte sich das BVerfG im Jahr 2016 gegen die vom BGH auf § 242 BGB gestützten Auskunftsansprüche des Scheinvaters auf Offenlegung der Abstammung des Kindes und forderte eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.¹⁵⁸ Ganz ähnlich hatte sich das BVerfG im Jahr 2011 gegen eine unterhaltsrechtliche Rechtsprechungspraxis des BGH gewandt und entschieden, dass der BGH mit seiner zu § 1578 BGB entwickelten Vorstellung der „wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse“ unter Anwendung der sogenannten Dreiteilungsmethode¹⁵⁹ einen richterlichen Systemwechsel vollzogen und dadurch die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung überschritten habe.¹⁶⁰

Zum anderen hat das BVerfG einen großen Teil des jüngeren familienrechtlichen Regelungsbedarfs überhaupt erst erzeugt, indem es immer wieder gesetzliche Regelungen angemahnt hat, etwa im Hinblick auf die Rechtsstellung nichtehelicher Kinder,¹⁶¹ die Rechte des leiblichen, nicht-rechtlichen Vaters¹⁶² oder die Anerkennung von transsexuellen¹⁶³ und intersexuellen Personen.¹⁶⁴

158 BVerfGE 138, 377 gegen BGHZ 196, 207, 216 ff., Rn. 27 ff.; BGHZ 191, 259, 266 ff., Rn. 19 ff.; dazu schon oben II.3.a.

159 BGHZ 171, 206, 215; BGHZ 177, 356.

160 BVerfGE 128, 193, 214 ff. – Dreiteilungsmethode zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts.

161 BVerfGE 107, 150 – Sorgeerklärung; BVerfGE 127, 132 – Elternrecht des Vaters.

162 BVerfGE 108, 82 – Anfechtungsrecht des biologischen Vaters und Umgangsrecht; siehe aber auch BVerfGE 141, 186 – keine Verpflichtung des Gesetzgebers zur Bereitstellung eines Verfahrens zur isolierten Klärung der Abstammung von einem mutmaßlichen leiblichen Vater.

163 BVerfGE 49, 286 – Transsexuelle I; BVerfGE 60, 133 – Junge Transsexuelle; BVerfGE 88, 87 – Transsexuelle II; BVerfGE 115, 1 – Transsexuelle III; BVerfGE 116, 243 – Transsexuelle IV; BVerfGE 121, 175 – Transsexuelle V; BVerfGE 128, 109 – Lebenspartnerschaft von Transsexuellen.

164 BVerfGE 147, 1, Rn. 66.

cc) Zunahme gesetzlich besser bewältigbarer Ungewissheitslagen

Eine weitere Erklärung für die Wirkmächtigkeit des langfristigen Trends in Richtung gesetzlicher Bewältigung hängt mit der Art der Ungewissheitslagen zusammen, die im jüngeren Familienrecht zu bewältigen sind.

Wir erwarten vom Familienrecht eine Befriedung sozialer Beziehungen, indem Ordnungsentscheidungen über die Stellung des Einzelnen und soziale Zusammenhänge getroffen werden. Eine generelle Schwierigkeit besteht darin, dass für die Bewältigung dieser Ordnungsaufgabe weder eine gebietsübergreifende Leitidee mit ähnlich breiter Zustimmung wie die Privatautonomie¹⁶⁵ noch auch nur eine Methode wie die ökonomische Analyse zur Verfügung stünde, die hierzu mit Wahrheitsanspruch Richtigkeitskriterien formulieren könnte.¹⁶⁶

Hinzu kommt die besondere Veränderlichkeit der Anschauungen, Annahmen und Praktiken, auf denen das Familienrecht beruht. Es gehört zur familienrechtlichen Alltagserfahrung, dass sich die Anschauungen, Annahmen und Praktiken über ein gutes Leben, die Gründe von Elternschaft, die Bedingungen für gelingende kindliche Entwicklung, das Ausmaß geschuldeter Solidarität ständig verändern. In diesem Sinne handelt Familienrecht immer von der Bewältigung von Ungewissheitslagen.

Es lassen sich aber Veränderungen in der Qualität der Ungewissheitslagen ausmachen. Die Akteure des Familienrechts haben bei der Ordnung der Familie in kürzeren Abständen mit Gewissheitsverlusten und Paradigmenwechseln zu kämpfen, da die herkömmlichen Abwehrhüllen gegen disruptive Außeneinflüsse – Natur, Sittengesetz und zwingende Ordnung – weitgehend abgebaut sind. Dies war im ausgehenden 19. Jahrhundert noch anders, als sich das Familienrecht aus naturalistischen Vorstellungen über die „organische“ Stellung der Familienangehörigen speiste und darauf ausgerichtet war, ein vorfindliches „Sittengesetz“ in zwingendes Recht zu überführen.¹⁶⁷ Von dieser atmosphärischen Abschirmung des Familienrechts ist im Verlauf des 20. Jahrhunderts nicht mehr viel geblieben. Unser Bild von der organischen Natur des Menschen ist durch technisch-medizinischen Fortschritt ständigen Veränderungsprozessen ausgesetzt, und das zunächst noch mit zwingendem Recht

165 Dazu ANNE RÖTHEL, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 91; erste Ansätze einer systematischen Erschließung der Privatautonomie für personale Beziehungen habe ich versucht in meinem Beitrag ANNE RÖTHEL, *Verträge in der Unternehmerfamilie. Überlegungen zur Privatautonomie in personalen Beziehungen*, in: DIES. (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, 2014, S. 9; siehe für einzelne Funktionen und Wirkungsweisen von Autonomie im Familienrecht auch schon DIES., *Autonomie im Familienrecht der Gegenwart*, JZ 2017, S. 116.

166 Siehe aber UWE DIEDERICHSEN, „Richtiges“ Familienrecht, in: Claus-Wilhelm Canaris/Uwe Diederichsen (Hrsg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983*, 1983, S. 127.

167 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, §§ 53 f.

stabilisierte Sittengesetz ist mit der zunehmenden Orientierung des Familienrechts auf Autonomie verblasst.¹⁶⁸

Damit geht eine neue Qualität von Ungewissheitslagen einher: Ungewissheitslagen, die sich nicht leicht innerhalb eines Korridors von längerfristigen Wellenbewegungen¹⁶⁹ verorten lassen, sondern die hergebrachten Paradigmen – etwa zu Ehe und Heteronormativität, zur Zweigeschlechtlichkeit oder dazu, wer im Interesse des Kindes als dessen Eltern gelten sollen – grundlegend in Frage stellen. Solche Ungewissheitslagen ließen sich bislang vorwiegend auf technische Innovationen¹⁷⁰ sowie auf Verdeutlichungen des Grundrechtsschutzes durch das BVerfG¹⁷¹ und den EGMR¹⁷² zurückführen. Außerdem haben disruptive Ereignisse zugenommen. Immer häufiger begegnen sprunghafte gesellschaftliche Veränderungen infolge von Migration und Globalisierung.¹⁷³ Migration und Globalisierung konfrontieren das Familienrecht „unvermittelt“ mit bislang unbearbeiteten Vorstellungen von familiärem Leben. Zugleich bewirkt die Orientierung des Familienrechts auf Autonomie und weltanschauliche Neutralität („Pluralismus“), dass sich die Rechtsordnung der Auseinandersetzung mit zunächst unvertrauten Vorstellungen nicht leichthin durch Integrationspostulate entziehen kann. Die Quellen, die einmal grundsätzliche Fragen des Zusammenlebens außer Streit gestellt hatten, haben sowohl tatsächlich als auch normativ an Aussage- und Bindungskraft verloren. Die gewollte und gesollte Vielfalt,

168 ANNE RÖTHEL, Autonomie im Familienrecht, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Jahresband 2016, S. 151.

169 Was nicht heißen soll, dass es solche längerfristigen Wellenbewegungen nicht auch noch gäbe; ein Beispiel wäre die kontinuierliche Zunahme und gesellschaftliche Akzeptanz von nichtehelichen Lebensgemeinschaften, die mit der Wiedervereinigung zwar eine sprunghafte Zunahme erfahren hat, im Übrigen aber in Bezug auf die alten Bundesländer auf einen langfristigen Trend aufsetzen konnte.

170 Umfassende Aufarbeitung des Phänomens der Innovation bei WOLFGANG HOFFMANN-RIEM, Innovation und Recht – Recht und Innovation, 2016, S. 29 ff.

171 Etwa BVerfGE 79, 256, 268 f. und BVerfGE 96, 56, 63 ff. – Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung; BVerfGE 128, 109, 124 – Recht auf einen der nachhaltig empfundenen geschlechtlichen Identität entsprechenden Personenstand; BVerfGE 121, 175, 198 f. – Recht auf eheliches Zusammenleben nach operativer Geschlechtsumwandlung; BVerfGE 127, 132, 152 ff. – Elternrecht nichtehelicher Väter.

172 EGMR (26.2.2004 – Rs. 46544/99, Görgülü), NJW 2004, S. 3397; EGMR (3.12.2009 – Rs. 22028/04, Zaunegger), NJW 2010, S. 501; EGMR (21.12.2010 – Rs. 20578/07, Anayo), NJW 2011, S. 3565; EGMR (10.2.2011 – Rs. 1521/06, Tsikakis), FamRZ 2011, S. 1125; EGMR (15.9.2011 – Rs. 17080/07, Schneider), FamRZ 2011, S. 1715; EGMR (22.3.2012 – Rs. 11858/10, Ahrens und Katzor), FamRZ 2012, S. 691; siehe auch schon die Aufarbeitung bei SCHUMANN (Anm. 7), S. 163, 166 ff.

173 Ablesbar etwa daran, dass sich das deutsche Familienrecht verhalten musste zum Umgang mit Beschneidungen aus nicht-medizinischen Gründen (oben II.4.b) oder im Ausland durchgeführter Leihmutterchaften (oben II.2.d). – Zur Bedeutung der Globalisierung für das Recht siehe nur MICHAEL ANDERHEIDEN/STEFAN HUSTER/STEPHAN KIRSTE (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP Sonderheft, 2001; RÜDIGER VOIGT (Hrsg.), Globalisierung des Rechts, 1999; ULRICH BECK, Was ist Globalisierung?, 1997, insb. S. 218 ff.; MICHAEL FAURE/ANDRÉ VAN DER WALT (Hrsg.), Globalization and Private Law, 2010; PIERRE LAROCHE/PÉTER CSERNE (Hrsg.), National Legal Systems and Globalization. New Role, Continuing Relevance, 2013.

die wir uns mit der Verpflichtung auf weltanschauliche Neutralität und Pluralismus selbst auferlegt haben, bewirkt im Zusammenspiel mit Globalisierung und Migration einen zunehmenden und zugleich grundlegenden Verständigungs- und Entscheidungsbedarf. Globalisierung und Pluralisierung begünstigen ethische Verunsicherungen. In pluralen Gesellschaften bedürfen mehr Fragen einer ethischen Richtungsentscheidung als in homogenen Gesellschaften, die einheitlicher von traditionellen und religiösen Normen stabilisiert werden. Zugleich ist in pluralen Gesellschaften die Gefahr von Polarisierungen und Ausgrenzungen größer und die Erwartungen an rechtliche Befriedung umso höher.¹⁷⁴ Dieses Bedürfnis nach Befriedung kann der Gesetzgeber offenbar mit größeren Chancen erfüllen als die Rechtsprechung. Eindrückliches Beispiel hierfür ist die Beschneidungsdebatte, die nach der Entscheidung des LG Köln entstanden war. Als der Gesetzgeber die Frage nach den elterlichen Befugnissen noch im selben Jahr mit § 1631d BGB gesetzlich entschied, flaute die rechtspolitische Debatte so schnell ab, wie sie aufgekommen war und verlagerte sich auf Anwendungsfragen.¹⁷⁵

Dies soll nicht heißen, dass nicht auch der Rechtsprechung Befriedung in ethischen Ungewissheitslagen gelingen könne. Doch benötigt dies in jedem Fall mehr Zeit. In den hier interessierenden ethisch unsicheren Fragen wird eine nachhaltige Befriedung vermutlich erst dann einsetzen, wenn sich eine Frage den Weg bis zum BGH gebahnt hat, der BGH darüber eine hinreichend generalisierbare Entscheidung getroffen hat und diese nachfolgend konsequent von den Untergerichten bestätigt wird. Dies nimmt regelmäßig mehrere Jahre in Anspruch. Schon wegen dieser langen Zeitspanne ist die Chance einer Befriedung durch gesetzliche Bewältigung größer als durch richterliche Bewältigung. Eher erweist sich umgekehrt, dass der Gesetzgeber angesichts der besonderen Qualität ethischer Verunsicherung in pluralen Gesellschaften vorsichtiger sein sollte damit, Regelungsaufträge an die Rechtsprechung zu übertragen: Sehr vorausschauend ist nicht erst in der jüngsten Auflage der großen Darstellung des Familienrechts von *Joachim Gernhuber* und *Dagmar Coester-Waltjen* nachlesbar, dass unbestimmte Tatbestandsbildung („elastisches Recht“) im Familienrecht zwar notwendig, „in einer pluralistischen Gesellschaft aber gefährlicher [ist] als in einer homogenen“.¹⁷⁶

174 Befriedung kann allerdings auch den Preis der Durchsetzung von Sonderinteressen haben; daher skeptisch, ob der Gesetzgeber den mit der Pluralismus-Theorie verbundenen Erwartungen genügen kann: SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 393 ff.; FRANZ LEHNER, *Ideologie und Wirklichkeit. Anmerkungen zur Pluralismuskussion in der Bundesrepublik*, Der Staat 1985, S. 91, 95 ff.

175 SCHUMANN (Anm. 100), S. 729; OLG Hamm, NJW 2013, S. 3662.

176 JOACHIM GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*, 1. Aufl. 1964, § 1 V.

3 Bewältigungsformen

Diese veränderte Qualität von Ungewissheitslagen mit ihren paradigmatischen Verunsicherungen inmitten unserer auf pluralistische Vielfalt orientierten Rechts- und Gesellschaftsordnung ist aber nicht nur mit besonderen Schwierigkeiten verbunden; sie hat auch besondere Lösungen in Gestalt des Miteinanders bei der Rechtserzeugung hervorgebracht.

a) Mehrphasige Bewältigungsverläufe

Ein großer Teil der zentralen Weichenstellungen im jüngeren Familienrecht beruht nicht auf einer einzigen Entscheidung des Gesetzgebers oder allein auf richterlicher Rechtsfortbildung, sondern ist in mehreren Schritten vorgenommen worden.¹⁷⁷ Dies ist besonders deutlich, wenn der Gesetzgeber eine richterliche Regelbildung kodifiziert, wie etwa im Beispiel der Patientenverfügung (oben III.2.b). Hinzu kommen die vielen hier nicht näher betrachteten Beispiele für Ungewissheitslagen, die erst in einem mehrphasigen Verlauf von Gesetzgebung, einfacher Rechtsprechung, Höchstgericht und abermaliger Gesetzgebung bewältigt worden sind. Diese Schrittfolge von einfacher Rechtsprechung – Höchstgericht – Gesetzgeber steht etwa hinter der Haftungsbeschränkung von Minderjährigen (§ 1629a BGB),¹⁷⁸ der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern (§ 1626a BGB),¹⁷⁹ dem Anspruch auf Vaterschaftsklärung (§ 1598a BGB),¹⁸⁰ der Sukzessivadoption durch Lebenspartner (§ 9 Abs. 7 LPartG)¹⁸¹ und demnächst dem Personenstand von intersexuellen Personen (dazu schon oben II.5.a). Darin unterscheidet sich das Familienrecht offenbar vom Gesellschaftsrecht, für das *Holger Fleischer* und *Frauke Wedemann* als typisches Bewältigungsmuster die Schrittfolge Rechtsprechung – Gesetzgebung – Rechtsprechung identifiziert haben.¹⁸²

¹⁷⁷ Dazu allgemein MICHAEL REINHARDT, *Konsistente Jurisdiktion*, 1997, S. 384 ff.: „Maßstabsapprobation“ und „mehrphasige Maßstabssetzung“. Für die Gesetzgebung SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 255 ff.: Gesetzgebung als Prozess; siehe auch HELMUT HELSPER, *Gesetzgebung und Evolution*, 1986; PETER NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, S. 2 ff., 146 ff.

¹⁷⁸ Siehe zunächst BGHZ 92, 259, BVerfGE 72, 155 und dann Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger vom 26. August 1998, BGBl. I, S. 2487.

¹⁷⁹ Siehe zunächst § 1626a BGB, eingefügt durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. Dezember 1997, BGBl. I, S. 2942, dann BVerfGE 107, 150 – § 1626a BGB „derzeit verfassungsgemäß“, dann EGMR (3.12.2009 – Rs. 22028/04, Zaunegger), NJW 2010, S. 501, dann BVerfGE 127, 132 – § 1626a BGB ist mit dem GG unvereinbar, und dann Gesetz zur Reform der elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern vom 16. April 2013, BGBl. I, S. 795.

¹⁸⁰ Siehe zunächst BGHZ 162, 1, dann BVerfGE 117, 202 und dann Gesetz zur Klärung der Vaterschaft unabhängig vom Anfechtungsverfahren vom 26. März 2008, BGBl. I, S. 313.

¹⁸¹ Siehe zunächst OLG Hamm, FamRZ 2010, S. 1259 und Hanseatisches OLG Hamburg, FamRZ 2011, S. 1312, dann BVerfGE 133, 59 und dann Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner vom 20. Juni 2014, BGBl. I, S. 786.

¹⁸² HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, *Kodifikation und Derogation von Richterrecht*, AcP 209 (2009), S. 597: „Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung“.

b) Rezeptionen und Bezugnahmen

Die für das Familienrecht typisch gewordenen mehrphasigen Bewältigungsverläufe zeichnen sich weiter durch wechselseitige Rezeptionen und Bezugnahmen aus. Waren Gerichte bereits mit einer Frage befasst – gleich ob durch eine einzelne Entscheidung oder durch Ausprägung ganzer Regelungsbereiche und Rechtsinstitute –, werden wir ihre Spuren in der Gesetzesbegründung finden, sei es um eine Korrektur zu erklären,¹⁸³ sei es wenn ganze Regelungsbereiche kodifiziert werden sollen wie im Beispiel der Patientenverfügung (dazu bereits oben III.2.b) und besonders deutlich in den Fällen, in denen der Gesetzgeber verfassungsgerichtliche Regelungsaufträge nachvollzieht.¹⁸⁴ Diese Bezugnahmen dürften auch als Absicherung gedacht und mit der Hoffnung auf Akzeptanzgewinne verbunden sein. Zugleich kommen darin Rollenverständnisse zum Ausdruck: Ein Gesetzgeber, der „sein“ Gesetz in eine Reihe mit judikativen Vorerfahrungen stellt, stellt sich nicht als autoritären und allwissenden Alleinentscheider dar, sondern eher als ein Glied unter mehreren in einem gemeinsamen Prozess.¹⁸⁵

Genauso ernstlich ist die familienrechtliche Rechtsprechung ihrerseits darauf bedacht, gesetzliche Gründe aufzudecken und durchzusetzen. Dies trifft selbst auf Bereiche zu, in denen der Gesetzgeber eine frühere Rechtsprechung korrigiert hat. Soweit ersichtlich ist der BGH nicht versucht, korrigierte Rechtsprechungsbestände gegen den Willen des Reformgesetzgebers in offenem Bruch aufrechtzuerhalten. Ein anschauliches Beispiel für die Selbstverständlichkeit des richterlichen Gesetzesgehorsams bietet der naheheliche Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB). Nach der gesetzlichen Umgestaltung des Betreuungsunterhalts durch die Unterhaltsreform des Jahres 2007 finden sich in den untergerichtlichen Entscheidungen immer wieder Anklänge an das vom Gesetzgeber ausdrücklich verworfene, noch unter dem „alten“ § 1570 BGB entwickelte Altersphasenmodell.¹⁸⁶ Der BGH ist diesen Tendenzen von Anfang an sehr deutlich entgegengetreten und hat betont, dass jeder Anklang an ein solches Altersphasenmodell der gesetzlichen Wertentscheidung zuwiderläuft.¹⁸⁷ Aufschlussreich ist es auch, sich noch einmal die zahlreichen Sachfragen in Erinnerung zu rufen, für die

183 Etwa im Zusammenhang mit der Beschneidung aus nicht-medizinischen Gründen (§ 1631d BGB), dazu schon oben II.4.b, oder bei Einführung eines gerichtlichen Genehmigungserfordernisses für unterbringungsähnliche Maßnahmen von minderjährigen Kindern (§ 1631b Abs. 2 BGB n.F.), dazu schon oben II.5.c.

184 Siehe etwa die Begründung von § 1598a BGB in BT-Drucks. 16/6561 sowie von § 1626a BGB in BT-Drucks. 17/11048.

185 Zumal der Gesetzgeber nach weit geteilter Auffassung keiner Rechtspflicht zur Begründung unterliegt, sondern bei der Offenlegung von Motivationen nur ein „Klugheitsgebot“ erfüllt; siehe CHRISTIAN WALDHOFF, „Der Gesetzgeber schuldet nichts als das Gesetz“. Zu alten und neuen Begründungspflichten des parlamentarischen Gesetzgebers, in: Otto Depenheuer (Hrsg.), Staat im Wort, Festschrift für Josef Isensee, 2007, S. 325 ff.; gleichsinnig ARMIN STEINBACH, Rationale Gesetzgebung, 2017, S. 79 ff.

186 Siehe schon oben bei Anm. 89.

187 Siehe schon oben, II.4.a.

der BGH eine richterliche Rechtsfortbildung abgelehnt hat (oben Ziff. II.5). Aber auch in den selteneren Sachverhalten, in denen sich der BGH zu einer Rechtsfortbildung entschlossen hat, trifft man auf eingehende Auseinandersetzungen mit der gesetzlichen Begründung, die mehr sind als eine nur floskelhafte Wiedergabe der Formel von der planwidrigen Regelungslücke.¹⁸⁸ Um es in Alltagsworten zu fassen: Das Miteinander von Rechtsprechung und Gesetzgebung ist achtsam und achtungsvoll, erscheint nicht von Herrschsucht und Konkurrenz geprägt. Manche Verwandtschaftsbeziehung ist schwieriger und konflikträchtiger als die Briefe und Zeugnisse, die sich Rechtsprechung und Gesetzgebung hier wechselseitig schicken und ausstellen.

IV Schlussfolgerungen

Geht es um den Zustand der Gesetzgebung in Deutschland, um die Legitimität von Richterrecht oder das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung, stimmt die deutsche Rechtswissenschaft häufig ein Klagelied an und gefällt sich in der Attitüde der Resignation gegenüber der normativen Kraft des *fait accompli*. Richterrecht sei zur „unvermeidlichen Notwendigkeit heutiger Gesetzgebung geworden“,¹⁸⁹ der Normenstaat befinde sich in Auflösung,¹⁹⁰ die Bundesrepublik sei zu einem „Richterstaat“ geraten,¹⁹¹ das BVerfG längst „entgrenzt“.¹⁹² Auch von der Wissenschaft scheint hier wenig zu erwarten sein: Die Debatten über die Legitimation von Richterrecht hätten sich in einem verworrenen Dickicht von Begrifflichkeiten und Unterscheidungen verlaufen, die den Realitäten richterlicher Rechtsgestaltung allenfalls hinterher eilen¹⁹³ und sich in ihren Beschwichtigungsversuchen auf einem *slippery slope*¹⁹⁴ befinden.

Es mag mit dem Selbstverständnis der Rechtswissenschaft und jedes einzelnen Forschers und jeder einzelnen Forscherin zu tun haben, inwieweit man geneigt ist,

188 Siehe BGHZ 203, 350, 364 ff. – Anerkennung einer im Ausland durchgeführten Leihmutterchaft; dazu bereits oben, II.2.d.

189 SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 145.

190 WALTER LEISNER, Krise des Gesetzes. Die Auflösung des Normenstaates, 2001.

191 BERND RÜTHERS, Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, S. 2759; DERS., Trendwende im BVerfG? Über die Grenzen des „Richterstaates“, NJW 2009, S. 1461; für eine Gegenseite GÜNTER HIRSCH, Auf dem Weg zu einem Richterstaat?, JZ 2007, S. 853.

192 MATTHIAS JESTAED/OLIVER LEPSIUS/CHRISTOPH MÖLLERS/CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011.

193 Siehe nur das Resümee von REINHARDT (Anm. 177), S. 339 ff.; aus jüngerer Zeit zu Legitimation und Funktion von Richterrecht siehe nur die Beiträge und Nachweise bei CHRISTIAN BUMKE (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012; aus früherer Zeit etwa JÖRN IPSEN, Richterrecht und Verfassung, 1975; WANK (Anm. 5); FRIEDRICH MÜLLER, Richterrecht, 1986; FRITZ OSSENBÜHL, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat, 1988; THOMAS RAISER, Richterrecht heute, in: Norbert Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre, 1986, S. 627.

194 Dazu JÖRG NEUNER, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 196 f.

in diese resignierende Klage einzustimmen. So richtig aufdrängen will sich mir ein Grund dafür nicht. Soweit es um das jüngere Familienrecht geht, ist uns weder eine übermächtige, selbstherrliche Rechtsprechung noch ein konsequent zögerlicher Gesetzgeber begegnet. Dass gesellschaftliche Ungewissheitslagen bewusst ausgesessen werden, ist die Ausnahme, auch wenn die wenigen Gegenbeispiele, etwa zur Rechtsstellung inter- und transsexueller Personen, besonders scharf hervortreten. Zwar ist es regelmäßig die Rechtsprechung, die als erste eine Ungewissheitslage zu spüren bekommt und entscheiden muss. Doch bleibt es zumeist nicht dabei. Die richterliche Alleinbewältigung durch die ordentlichen Gerichte ist nur eines von mehreren Zugriffsmustern, und bei weitem nicht das häufigste (oben Ziff. II.2). Häufiger haben wir einen BGH kennengelernt, der sich selbst Grenzen zieht (insbesondere oben Ziff. II.5), und umgekehrt einen Gesetzgeber, der sich eingehend mit vorausgegangener Rechtsprechung auseinandersetzt (oben Ziff. III.3.b).

Auch wenn wir inhaltlich danach fragen, ob es im jüngeren Familienrecht gelingt, einerseits Schritt zu halten mit den immer neuen Alltagsfragen, andererseits Befriedung und Orientierung im Großen zu gewährleisten, so fällt der Befund nicht so schlecht aus, wie er zuweilen geredet wird. Natürlich kann man sich im Nachhinein verwundert die Augen reiben, warum manche Reform so lange gebraucht hat, um das Licht der deutschen Rechtswelt zu erblicken; Gleichberechtigung in der Ehe, Gleichstellung nichtehelicher Kinder, Anerkennung des Rechts auf geschlechtliche Identität und nicht zuletzt die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare sind alle erst mühsam errungen worden. Die Gründe für diesen *legal lag* liegen aber jedenfalls nicht in richterlicher Selbstbemächtigung, sondern in mangelndem politischen Willen. Diesen Umstand können wir benennen und bemängeln, er wird sich indes nicht wissenschaftlich auflösen lassen, auch nicht durch noch so anspruchsvolle Vorstellungen zu guter Gesetzgebung, richterlicher Methode und gesetzeszentrierter Gewaltenteilung.

Der hier aufgesammelte Befund legt eine Anmerkung aber doch nahe. Möglicherweise wird die Rolle der Rechtsprechung bei allem Nachdenken über gute Gesetzgebung unterschätzt.¹⁹⁵ Die Rechtsprechung ist ein verlässlicher Indikator dafür, ob ein

195 In den jüngeren Gesetzgebungslehren finden sich allenfalls Randbemerkungen zur Rechtsprechung. Auch wenn sich die Vorstellung einer Arbeitsteilung von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Verlauf des 20. Jahrhunderts – ungeachtet des eigentlich auf Bestimmtheit angelegten BGB – im Privatrecht immer mehr durchgesetzt hat (näher BERND MERTENS, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht, 2004, S. 354 ff.), trifft man in der Gesetzgebungslehre nicht auf die Vorstellung, dass die Rechtsprechung eine Wissensressource für „gute Gesetzgebung“ sein könnte; siehe etwa die Beiträge in WALDEMAR SCHRECKENBERGER (Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen – Zugänge – Anwendung, 1986; HEINZ SCHÄFFER (Hrsg.), Theorie der Rechtssetzung, 1988; GÜNTHER WINKLER/BERND SCHILCHER (Hrsg.), Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik, 1981; ULRICH KARPEN (Hrsg.), Gesetzgebungslehre – neu evaluiert, 2. Aufl. 2008; HANS SCHNEIDER, Gesetzgebung, 3. Aufl. 2002; GEORG MÜLLER, Elemente einer Rechtsetzungslehre, 1999.

gegebener gesetzlicher Regelungsbestand eine Ungewissheitslage befriedend bewältigt. Mehren sich abweichende untergerichtliche Entscheidungen und ist der BGH immer wieder darum bemüht, eine gesetzliche Linie zu erklären und durchzusetzen, so spricht dies dafür, dass eine gesetzliche Regelung beobachtet werden sollte auf ihre Überzeugungskraft und ein Nachsteuern erfordert, wie im Fall des nahehelichen Betreuungsunterhalts (oben Ziff. II.4.a). Ein ähnliches Signal an den Gesetzgeber haben die Gerichte im Umgang mit im Ausland durchgeführten Leihmutterchaften gesendet (oben Ziff. II.2.d). Auch wenn der BGH hier seine Linie gefunden hat, neigen die Oberlandesgerichte zu abweichenden Beurteilungen. Dies spricht dafür, dass die vom BGH entwickelte Lösung in der Breite noch keine Akzeptanz gefunden hat, die gesellschaftliche Ungewissheitslage also nicht befriedet ist. Noch ausdrücklichere Signale gehen von der Rechtsprechung aus, wenn sie eine gerichtliche Regelbildung erwägt, diese dann aber mit Blick auf den Gesetzgeber nicht durchsetzt, also die vielen Fälle von *judicial deference* (oben Ziff. II.5).

Wenn die Rechtsprechung also ein guter Indikator, aber eine noch nicht vollständig ausgeschöpfte Ressource für die Bewertung von Gesetzgebung ist, bleibt zu überlegen, wie das Wissen der Rechtsprechung für die Gesetzgebung besser genutzt werden könnte. In diese Richtung hat bereits *Helmuth Schulze-Fielitz* nach seiner Durchsicht der Gesetzgebungspraxis der frühen 1980er Jahre kritisiert, die Erfahrungen der Justiz würden im politischen Prozess nicht „angemessen ausgewertet“.¹⁹⁶ Es sei zu überlegen, ob die Höchstgerichte nach dem Vorbild des Schweizer Bundesgerichts einen „Geschäftsbericht“ über erkennbar gewordene Mängel der Gesetzgebung abfassen sollten.¹⁹⁷ Auch *Fleischer* und *Wedemann* empfehlen eine institutionalisiertere Beteiligung der Rechtsprechung bei Gesetzesvorlagen und regen an, den BGH neben den Ländern, den kommunalen Spitzenverbänden, Fachkreisen und Verbänden in den Kreis der nach § 47 GGO (Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesmi-

Allenfalls begegnet die Rechtsprechung unter dem Negativtopos des „Ersatzgesetzgebers“, siehe die Beiträge in ULRICH KARPEN (Hrsg.), *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung in der Bundesrepublik Deutschland*, 1998, insbesondere S. 215 ff. Dieser Befund ist umso bemerkenswerter, als das Verfahren der Entstehung von Gesetzen an Aufmerksamkeit gewonnen hat; siehe nur HANS-JOACHIM MENGEL, *Gesetzgebung und Verfahren*, 1997; zuletzt ARMIN STEINBACH, *Rationale Gesetzgebung*, 2017; gleichsinnig das Resümee von SIGRID EMMENEGGER, *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900*, 2006, S. 300 m.w.N.

¹⁹⁶ SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 475.

¹⁹⁷ SCHULZE-FIELITZ (Anm. 6), S. 475; in diese Richtung auch PETER BLUM, *Wege zu besserer Gesetzgebung – sachverständige Beratung, Begründung, Folgeabschätzung und Wirkungskontrolle*, Gutachten I zum 65. DJT, 2004, I 106 f.

nisterien) zu beteiligten Institutionen aufzunehmen.¹⁹⁸ Einen ähnlichen Weg ist offenbar das schwedische Recht gegangen.¹⁹⁹

Gleichwohl: Auch wenn zu überlegen ist, wie die Rechtsprechung als Ressource in der Gesetzgebung mehr und besser genutzt werden könnte, bleibt mein Resümee positiv. Wenn für alle Rechtsbereiche gälte, was ich hier für das jüngere Familienrecht aufgenommen habe, dann steht es um die Rolle der Gesetzgebung und um das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung bei der Bewältigung gesellschaftlicher Ungewissheitslagen nicht schlecht. Aber der aufgenommene Befund lehrt auch, dass dies nicht allein das Verdienst von mutigen Ministerialen und verantwortungsvollen Volksvertretern ist. Ohne das BVerfG und vor allem ohne das Augenmaß des BGH wäre eine andere Geschichte zu erzählen.

198 HOLGER FLEISCHER/FRAUKE WEDEMANN, Kodifikation und Derogation von Richterrecht, AcP 209 (2009), S. 597, 614.

199 Siehe BJÖRN EDQVIST, Einige Worte über die gesetzgeberische Tätigkeit im schwedischen Reichstag, in: Werner Maihofer/Gustaf Lindencrona/Rolf Herber/Mans Jacobsson/Wolfgang Zeh/Björn Edqvist, Theorie und Methoden der Gesetzgebung, 1983, S. 79, 82, wonach für die Gesetzgebungsausschüsse „meistens Personen aus dem Richtercorps (Richter von einem Oberlandesgericht) rekrutiert [werden]“.

Diskussion zum Vortrag von Anne Röthel

Leitung: EVA SCHUMANN

SCHUMANN:

Frau Röthel, vielen Dank für diesen sehr anschaulichen Überblick zum Bereich des Familienrechts. Ich habe selbst eine ganze Reihe von Fragen und Anmerkungen, würde diese aber zunächst zurückstellen. Wir beginnen mit Herrn Eichenhofer.

EICHENHOFER:

Meine Frage betrifft die Leihmutterschaft. Für mich ist der Akzent der Entscheidung nicht, ob die Leihmutterschaft anerkannt wird oder nicht, sondern ob dem Kind-schaftsverhältnis, das nach ausländischem Recht begründet wurde, die Anerkennung zu versagen ist und mit anderen Worten hinkende Statusverhältnisse hinzunehmen sind. In der Entscheidung BVerfGE 62, 323 (1982) wird gesagt, dass die hinkende Ehe als Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne zu verstehen ist. Und wenn die verfassungsrechtliche Prämisse wäre, hinkende Statusverhältnisse wie gewollte Statusverhältnisse verfassungsrechtlich zu behandeln, hätte das Konsequenzen für die Frage.

SCHUMANN:

Vielen Dank, wir machen weiter mit Herrn Willoweit.

WILLOWEIT:

Mein Eindruck aus diesem wunderbaren Überblick, den Sie uns gegeben haben, ist, dass die Fälle problematisch sind, in denen die Rechtsprechung ethische Akzente setzt. Das macht besser der Gesetzgeber und das ist eigentlich ein optimistisches Ende unserer Tagung hier, die Frage ist nur: Wie sieht das eigentlich beim Bundesverfassungsgericht aus? Gibt es da nicht eine Spannung zwischen dem Bundesverfassungsgericht und der Gesetzgebung, denn dem Bundesverfassungsgericht sind ja auch ethische Vorgaben aufgegeben bzw. Aufgaben anvertraut.

SCHUMANN:

Frau Röthel bitte.

RÖTHEL:

Vielen herzlichen Dank für die zahlreichen Fragen, die nun in ganz unterschiedliche Richtungen gehen.

Zunächst zu der Frage, wie das Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) zur Leihmutterschaft zu deuten ist. Natürlich ist es vordergründig „nur“ eine kollisionsrechtliche Entscheidung: Es geht um die Anerkennung einer im Ausland durchgeführten und gerichtlich bestätigten Entscheidung und darum, ob die Anerkennung dieser Entscheidung gegen den deutschen anerkennungsrechtlichen ordre public verstößt.

Doch ist die Entscheidung des BGH in den daraufhin entstandenen Debatten ersichtlich als eine größere, richtungweisendere Entscheidung wahrgenommen worden. Die Debatten, die sich nach dem Urteil entfachten, beschränkten sich nicht auf das Kollisionsrecht, sondern wurden schnell zu Debatten über die grundsätzliche Haltung zur Leihmutterschaft. Die Kritik an dem Urteil ging ja dahin, dass sich der BGH damit ein Stück weit der vom Gesetzgeber mit dem Embryonenschutzgesetz bewusst getroffenen Entscheidung gegen die Zulässigkeit der Leihmutterschaft in Deutschland widersetzt habe. Von Kritikern wie Fürsprechern ist das Urteil also von Anfang an als mehr wahrgenommen worden als nur eine kollisionsrechtliche Positionsbestimmung. Jedenfalls das nicht-kollisionsrechtliche Schrifttum hat die Entscheidung auch in einer nicht-kollisionsrechtlichen Dimension wahrgenommen und diskutiert. Dies erklärt auch, warum in den Folgedebatten das Argument aufkam, dass es die Freiheit und die Aufgabe des Gesetzgebers sei, seine eigenen früheren Entscheidungen – hier die Haltung zur Leihmutterschaft – auch zu korrigieren.

Damit verbinden sich allgemeinere Einsichten. Es ist ja kein Einzelfall, dass richterliche Entscheidungen, die unmittelbar eigentlich nur eine sehr spezielle und umgrenzte Frage betreffen, so wie hier die kollisionsrechtliche Anerkennung der Leihmutterschaft, in der Folge anders diskutiert und auf andere Gesichtspunkte bezogen werden. Darin zeigt sich im Übrigen auch ein charakteristisches Kommunikationsproblem der Rechtsprechung, die sich weniger oder weniger gut erklären kann. Dem Gesetzgeber stehen mehr Möglichkeiten zur Verfügung, ein Gesetz in seinen Anliegen und den erstrebten Wirkungen zu erklären und seine Rezeption auch noch später zu begleiten. An diesem Punkt unterscheiden sich Rechtsprechung und Gesetzgebung wesentlich voneinander – und zwar nicht nur in der Art und Weise, wie Entscheidungen getroffen werden, sondern auch in der Art und Weise, wie Entscheidungen vermittelt und erklärt werden. Rechtsprechung hat insoweit ein größeres Risiko, missverstanden zu werden.

Zur Frage der „ethischen Verunsicherung“: Mir fällt es schwer, darauf etwas zu antworten, weil ich mir dazu zunächst die Kategorie „ethische Verunsicherung“ erarbeiten müsste, die mir noch recht unscharf erscheint. Es wäre noch zu klären, was eine „normale“ Verunsicherung von einer „ethischen Verunsicherung“ unterscheidet und ob sich dies als Erklärungsmuster für Aufgabenwahrnehmungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung, zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und Bundesverfassungsgericht eignet. Jedenfalls wird man nicht sagen können, das Bundesverfassungsgericht würde keine Entscheidungen treffen, die wir als ethische Richtungsentscheidungen begreifen können. „Ethische Verunsicherung“ bezeichnet also kein vorgegebenes Reservat, weder des Gesetzgebers noch des Bundesverfassungsgerichts und auch nicht der einfachen Rechtsprechung. Schließlich kann man in jeder Grundrechtsverdeutlichung – unabhängig davon, auf welcher Ebene sie erfolgt – etwas Ethisches erkennen. Aber zugleich wissen wir, dass die Rechtsprechung und insbesondere das Bundesverfassungsgericht im Verhältnis zum Gesetzgeber keine unbegrenzte Befugnis zur grundrechtsverdeutlichenden Letztentscheidung haben:

Das Bundesverfassungsgericht hat Instrumente ausgeprägt, mit denen es auch seine eigenen Befugnisse begrenzt („judicial self restraint“) und die Prärogativen der Gesetzgebung betont bzw. durch Eröffnung von Optionen und Handlungsspielräumen selbst beschreibt. Wenn man eine Wahrnehmung in diesem Zusammenhang aufzeichnen möchte, dann wäre es meines Erachtens am ehesten noch die Einsicht, dass das Bundesverfassungsgericht im Familienrecht in jüngerer Zeit eher darum bemüht ist, die Handlungsspielräume und damit auch die Verantwortung des Gesetzgebers aufzuzeigen.

SCHUMANN:

Frau Auer bitte.

AUER:

Ich würde „ethische Verunsicherung“ auch unscharf so definieren, dass wir immer mehr Autonomie haben, aber diese rechtfertigt immer weniger. Ich finde es sehr interessant, dass deine Schlussfolgerung ist, dass wir immer mehr gesetzgeberische Interventionen haben. Denn dort, wo sich Erwachsene privatautonom einigen, da würde die Rechtsprechung zum Ausgleich der Interessen ausreichen. Die nichteheliche Lebensgemeinschaft ist dann kein Problem, weil sich hier Erwachsene einigen. Das Wechselmodell ist viel problematischer, weil hier Kinder betroffen sind, die sich nicht einigen können. Am problematischsten ist die Leihmutterschaft. Diese Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass ungefähr zehn notarielle Urkunden aus aller Herren Länder und diverse richterliche Urteile, die eine Sachfrage vorentscheiden, vorgelegt werden. Gleichzeitig haben wir die Tatsache, dass das Kind nicht zustimmen kann, und das macht den Fall so problematisch.

SCHUMANN:

Herr Deinert bitte.

DEINERT:

Was mich sehr umtreibt, ist Ihre Skepsis, dass der Gesetzgeber eine ständige Rechtsprechung nur korrigieren würde, wenn er dazu genötigt wird. Obergerichte neigen gerade bei einer ständigen Rechtsprechung dazu, trotz renitenter Kritik zu sagen „Das haben wir immer schon so gemacht und weil der Gesetzgeber uns nicht korrigiert hat, hat er uns bestätigt“. Bei grundrechtlich wesentlichen Fragen müsste sich die Rechtsprechung aber zurückhalten.

SCHUMANN:

Nur eine kleine Anmerkung von mir: Sowohl beim Wechselmodell als auch bei der Leihmutterschaft hat der BGH stark auf das Kindeswohl abgestellt, welches nicht nur ein Prinzip des einfachen Rechts, sondern auch verfassungsrechtlich verankert ist. Die genannten Entscheidungen lassen sich meines Erachtens mit der besonderen

Bedeutung verfassungsrechtlicher Prinzipien bzw. der verfassungskonformen Auslegung im Familienrecht erklären.

RÖTHEL:

Das sind viele Anregungen. Ich möchte zunächst auf den Gedanken mit der Autonomie zurückkommen. Lassen sich die Einzugsbereiche von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Familienrecht anhand von Autonomie einem erklärenden Muster zuführen und plausibilisieren? Gibt es eine große Entwicklungslinie, die Autonomie mit der Rolle von Rechtsprechung und Gesetzgebung verknüpft? Ich habe meine Zweifel. Die erste Unsicherheit besteht darin, dass es schon schwer fällt, überhaupt zu erfassen, welche Rolle Autonomie im Familienrecht eigentlich spielt. Denn die Geschichte von Autonomie im Familienrecht lässt sich auf unterschiedliche Weise erzählen: Wir können die Entwicklung des Familienrechts als eine Geschichte der zunehmenden Autonomiegewinne erzählen oder wir können betonen, dass das Familienrecht – etwa zum Schutz des Kindes oder zum Schutz von familiären Institutionen – der Ort des Privatrechts ist, der am wenigsten mit Autonomie zu tun hat.

Letztlich wird man differenzieren müssen. Es gibt im Familienrecht Bereiche, in denen Autonomie eine große oder eine zunehmend größere Rolle spielt. Die Entwicklung des Erwachsenenschutzrechts ist ein Beispiel dafür. Aber es gibt auch viele Bereiche im Familienrecht, in denen die Gestaltung des familiären Lebens, auch in jüngerer Zeit, stärkeren rechtlichen Grenzen unterliegt, und zwar nicht nur durch den Gesetzgeber, etwa in der Ausgestaltung und Begrenzung von „reproduktiver Autonomie“, sondern auch durch die Rechtsprechung, wie das Beispiel der richterlichen Inhaltskontrolle von Eheverträgen zeigt. Dabei muss ein „Mehr“ an Autonomie auch nicht notwendig ein „Weniger“ an gesetzlicher Gestaltung bedeuten. Die Verwirklichung von Selbstbestimmung im Recht setzt Instrumente voraus und Verfahren, die ihnen zur Durchsetzung verhelfen. Das fängt bei der Patientenverfügung an und endet bei sogenannten Elternvereinbarungen. Schließlich darf man nicht vergessen, dass es ohnehin schwierig ist, im Zusammenhang mit Autonomie und Familie von „mehr“ oder „weniger“ zu sprechen, weil häufig ein Gewinn an Gestaltungsfreiheit auf der einen Seite mit einem Verlust an Handlungsmöglichkeiten auf der anderen Seite korrespondiert. Dies sind nur einige Gründe, warum ich unsicher bin, ob sich die Fülle an Dramaturgien und Fallgestaltungen im Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung anhand von Autonomie auf einen einfachen Nenner bringen lässt.

Herr Deinert, ob das, was Sie schildern, auf den BGH zutrifft, weiß ich nicht. Jedenfalls wird man aber beobachten können, dass ein Oberlandesgericht, das an seiner bisherigen Rechtsprechungslinie mit dem Argument „Wir sind ja nicht vom Gesetzgeber korrigiert worden“ auch gegen den BGH festhält, sich ja doch immerhin einer gewissen Anfechtung ausgesetzt sieht und einen Erklärungs- und Rechtfertigungsbedarf erkennt. In meinen Beobachtungen darüber, wie sich die Untergerichte verhalten und welche Wirkungen Entscheidungen des BGH oder des Gesetzgebers

haben, ist mir ein solches „Aufbäumen“ aber jedenfalls nicht vordringlich aufgefallen.

Schließlich zu Ihrer Frage, Frau Schumann, zur Rolle des Kindeswohls, zur Rolle von Prinzipien und zur verfassungskonformen Auslegung im Familienrecht. Darin treffen sich eigentlich alle unsere Fragen: Welche Rolle hat die Gesetzgebung, welche die Rechtsprechung bei der Konkretisierung des Kindeswohls? Wie stark ist der verfassungsrechtliche Gehalt und was sind lediglich kontingente einfachrechtliche Elemente? Und vor allem: Wer entscheidet? Ein bisschen geht es mir hier ähnlich wie in der Frage nach der Rolle der Autonomie. Ich spüre in diesen Nachfragen ein Bedürfnis, das schwierige, unübersichtliche, auch immer wieder veränderliche Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung im Familienrecht auf handhabbare Formeln zu bringen – Autonomie, Kindeswohl –, aber ich habe meine Bedenken, ob sich mit diesen „Großbegriffen“ wirklich so viel leisten lässt für die hier interessierende Frage. Es bleibt eine zentrale Aufgabe der Familienrechtswissenschaft, die Rolle von Prinzipien im Familienrecht, den Gehalt von Autonomie und insbesondere Inhalt, Funktion und Verwirklichung des Kindeswohls aufzuklären. Aber das sind Fragen, die jeweils auf eigene Themen zusteuern und meines Erachtens quer zu der hier interessierenden Frage nach dem Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung stehen.

SCHUMANN:

Herzlichen Dank an alle Diskutantinnen und Diskutanten, vor allem aber an die Referentin. Wir gehen jetzt ohne Pause zur Abschlussdiskussion über.