

Ilona Ostner, Eva Schumann

Steuerung der Familie durch Recht?¹

Governing families through law?

Zusammenfassung:

Von Rechtsnormen wird oft gesagt, dass sie hinter dem Trend zu einer Pluralität der Lebensweisen und Familienformen zurückbleiben, dass sie sich sogar im Widerspruch zu diesem befinden. Unser Beitrag fasst Anzeichen rechtlicher Anpassung, aber auch der Weigerung, Rechtsnormen an bereits bestehende Familienkonstellationen in Deutschland anzupassen, zusammen. Zunächst betonen wir die Tatsache, dass plurale Familienformen schon immer eher die Regel als die Ausnahme waren und sich das Recht ständig damit beschäftigt hat. Aus diesem Grunde existieren bereits Rechtsnormen und Verfahrensweisen, um mit nicht-standardisierten Familienformen umzugehen. Im Anschluss vertreten wir die Auffassung, dass viele Rechtsnormen – obwohl es schwierig ist, sie zu ändern – ausreichend offen für neue Rechtsauslegungen und allmählichen Wandel sind. Auf neuere Forschungen zu den Formen institutionellen Wandels beziehend stellen wir Beispiele dafür vor, wie das Recht auf neue Formen der Elternschaft reagieren könnte bzw. bereits reagiert hat. Wir verweisen auch auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und das Bundesverfassungsgericht als einflussreiche Agenten des Wandels im Bereich des Familienrechts. Beiden Gerichten ist diese Rolle zugewachsen, weil – so unsere Argumentation – deutsche Familiengerichte die Rechtsnormen teil-

Abstract:

Legal norms are often said to lag behind, even contravene the social trend towards a plurality of living arrangements and family forms. Our contribution summarises incidences of legal adaptation and refusal to adapt legal norms to existing family constellations in Germany. It first stresses the fact, that plural family forms have traditionally been the rule, less an exception, and hence steadily informed lawmaking. Therefore, legal norms and procedures for dealing with non-standard family forms do exist. We then argue that legal norms, albeit hard to change, are nevertheless sufficiently open for legal re-interpretation and gradual change. Drawing upon recent scholarship on forms of institutional change, we present examples on how legal norms may react and have reacted to new forms of parenthood. We also hint to the role of the European Court of Human Rights and the Federal Constitutional Court of Germany as influential change agents in the field of family law. Both courts have been able to attain this role, because – as we also suggest – German family courts and family lawmakers have continued to interpret legal norms rather restrictively and at times even boycotted change.

1 Wir danken den Herausgebern und anonymen Gutachtern für wertvolle Überarbeitungshinweise.

weise recht restriktiv interpretiert haben und der Gesetzgeber gelegentlich den Wandel sogar boykottiert hat.

Schlagwörter: Familienrecht, Rechtsnormen, Familienkonstellationen, institutioneller Wandel, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Bundesverfassungsgericht, Agenten des Wandels

Key words: family law, legal norms, family constellations, institutional change, European Court of Human Rights, Federal Constitutional Court of Germany, change agents

1. Einleitung

F. X. Kaufmann (2002) unterschied analytisch vier Formen staatlicher Intervention, mit denen Gesellschaften versuchen, das Familienleben zu beeinflussen: die *rechtliche* Intervention, die den Status von Personen und Verbänden bestimmt; die *ökonomische* Intervention (direkte und indirekte Geldleistungen); die *ökologische* Intervention, die Familien soziale Dienste und Infrastruktur bietet; schließlich die *pädagogische* Intervention: Bildung und Beratung. Im Mittelpunkt unseres Beitrags steht die *rechtliche Intervention*, stehen Gesetzgebung und Rechtsprechung zur Frage, was „Familie“, „Elternschaft“ und „Elternverantwortung“ ausmacht und ausmachen soll. Wir wollen diesen Fragen anhand von zwei Annahmen nachgehen.

Die erste ist der häufig behauptete Regelungsbedarf, der sich aus der Pluralisierung von Partnerschaft und Familie ergeben haben soll. Diese Annahme hat die Konzeption des vorliegenden Bandes geleitet. Wir wollen in unserem Beitrag daher zusammenfassend darstellen, inwieweit die Gesetzgebung hinter den sich verändernden Elternschaftskonstellationen herhinkt und neue (gelebte) ignoriert, behindert oder gar diskriminiert. Im letzten Fall würden Frauen und Männer neue Formen des Elternseins sozusagen „gegen rechtliche Normen“ leben.

Rechtsnormen gelten als langlebig und schwierig zu ändern (z.B. Hall 2009: 207). Aber sie sind durchaus reflexiv und können flexibel gehandhabt werden. Die zweite Annahme geht daher davon aus, dass Rechtsnormen das Potential haben, auf veränderte Elternkonstellationen zu reagieren; dass sie also so angelegt sein können, dass die Rechtsprechung mit ihrer Hilfe den sozialen Wandel berücksichtigen kann. Daher interessiert uns die Frage, inwieweit das Grundgesetz (GG) und das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) so (interpretations-)offen sind, dass sie auf den Wandel von Partnerschaft und Familie reagieren können.² Haben wir ein lebendiges, reflexives Grundgesetz und ein offenes Familienrecht („living constitution“; „living law“) oder nicht?

2 Eine Einschränkung ist hier angebracht: Unser Beitrag behandelt das Verhältnis zwischen Rechtsnormen und sozialem Handeln. Die Frage, in welchem Verhältnis Rechtsnormen zu sozialen Normen (Verhaltenserwartungen und Leitideen in der Bevölkerung) einerseits und soziale Normen zu sozialem Handeln andererseits stehen, diskutieren wir nicht. Ein kleiner Hinweis ist dennoch angebracht: So geht die Soziologie davon aus, dass die Veränderungsgeschwindigkeit sozialer Normen geringer ist als die des sozialen Handelns/Verhaltens. Die Veränderung sozialer Normen durch Recht erfolgt häufig über die verhaltenssteuernden Wirkungen veränderter Rechtsnormen. Fälle, in denen der Rechtswandel auf das relativ zähe System der sozialen Normen zielt und über diese das

An dieser Stelle sei bereits der „zweigeteilte“ Befund unserer Analyse vorweggenommen: dass (1) der für das Familienrecht einschlägige Art. 6 GG und die einschlägigen Regelungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) offen für den sozialen Wandel sind, dieser vom Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) für die Interpretation und die Weiterentwicklung der in der deutschen Verfassung bzw. der EMRK enthaltenen Garantien sogar genutzt wird; dass (2) demgegenüber die Regelungen des einfachen Rechts, insbesondere des hier zu untersuchenden Kindschaftsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), im Hinblick auf den vorgegebenen verfassungsrechtlichen Rahmen häufig „unnötig“ eng sind und keinen Raum für Anpassung bzw. flexible Handhabung durch die Gerichte lassen. Kaum ein anderer Bereich des bürgerlichen Rechts war daher in den letzten Jahren so vielen, durch das BVerfG oder den EGMR veranlassten Gesetzesänderungen unterworfen, wie das Familienrecht, insbesondere das Kindschaftsrecht (siehe dazu unten 3.3).

Die mangelnde Anpassungsfähigkeit des geltenden Familienrechts überrascht auch deshalb, weil viele soziale Phänomene, für die aktuell ein Regelungsbedarf angenommen wird, gar nicht so neu sind (ähnlich Feldhaus/Huinink i.d.B.). Die historische Familienforschung hat seit ihrem Bestehen die Vielfalt und Dynamik des Familienlebens betont; zur früheren Haushaltsfamilie gehörten leibliche und nicht leibliche Kinder. Stiefelternschaft bildete eher die Regel als die Ausnahme (Hareven 1982; Rosenbaum 1982), Kinder lebten häufig mit „sozialen“ Geschwistern (Stiefgeschwistern) oder Halbgeschwistern zusammen. „Patchworkfamilien“ gab es also schon früher. Die industrielle Revolution hatte zum rasanten Anstieg der Nichteheleichenquoten in der Arbeiterschicht geführt. Ehmer (1982) zeigte am Beispiel der Wiener Arbeiterbevölkerung des letzten Drittels des 19. Jahrhunderts, wie lange es dauerte, bis eine auf stabiler Paarbeziehung, gar Ehe, beruhende Familiengründung zur sozialen Norm in der Arbeiterklasse wurde. Was dies für die dennoch geborenen Kinder bedeutete, lässt sich über das Wiener Beispiel hinaus verallgemeinern: „Die meisten unehelich geborenen Kinder wurden vom staatlichen Findelhaus übernommen und zu Zieheltern auf dem Land gegeben. In einer Phase starken Wachstums der Arbeiterbevölkerung wurden damit rund zwei Fünftel aller in Wien geborenen Kinder – vor allem Kinder der unteren Schichten – auf das flache Land abgeschoben, ohne daß sie ihre Eltern jemals zu Gesicht bekamen.“ (Ehmer 1982: 307). Das Jahrbuch für Volkswirtschaft und Statistik (1852, Bd. 1: 80) stellte fest, dass im Königreich Bayern Mitte des 19. Jahrhunderts jedes dritte bis vierte Kind nichteelich geboren wurde, „in München sogar Jahre vorgekommen sind, in denen mehr uneheliche Kinder geboren wurden als eheliche.“ Nichteeliche Familien gab es aber auch im Bürgertum; es gab also nichteeliche Kinder, die mit den leiblichen Eltern aufwuchsen: als Beispiel sei die nichteeliche Familie Goethes genannt, die keinesfalls ein Einzelfall war. Ferner existierten Konstellationen wie die im Adel üblichen Zweitfamilien (Konkubinen mit Kindern), wobei die Kinder aus diesen außerehelichen Verbindungen teilweise am Hof mit Kontakt zu ihren ehelichen Halbgeschwistern aufwuchsen. Das Recht entwickelte über Jahrhunderte keine bzw. nur einseitige Lösungsansätze, um mit solchen empirisch verbreiteten, gelebten Konstellationen umzugehen: Bis weit ins 20. Jahrhundert war das Konkubinat unter

soziale Handeln/Verhalten zu beeinflussen sucht, dürften, so unsere Vermutung, relativ selten und kaum erforscht sein. Sie sind aber, wie gesagt, nicht Thema unseres Beitrags.

Strafe gestellt, nichteheliche (leibliche) Kinder waren bis 1970 nach der Konzeption des BGB rechtlich nicht mit ihrem Vater verwandt und der Mutter wurde die Fähigkeit zur Ausübung der elterlichen Gewalt abgesprochen. Der einzige Ausweg, den das Gesetz den Beteiligten wies, war die Legitimation der Kinder insbesondere durch nachfolgende Ehe oder – wie im Falle von Goethes Sohn August – durch Legitimation des Landesherrn. Wir werden zeigen, dass das Kindschaftsrecht noch heute an vielen Stellen entgegen den Garantien in Art. 6 Abs. 1, 2, 5 GG und Art. 8, 14 EMRK nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnisse im Verhältnis zu ehelichen Familien diskriminiert und damit längst überholte Ideologien fortschreibt.

Einförmige und stabile Familienstrukturen sind historisch betrachtet erst späte und möglicherweise sehr kurze (Ausreißer-)Phänomene des späten 20. Jahrhunderts gewesen (vgl. Hareven 1982), nachdem die demographischen Folgen des Zweiten Weltkriegs bewältigt waren.³ Nach dieser kurzen Phase der Stabilität sind inzwischen Trennungs-, Scheidungs- und elterliche Wiederbindungs- bzw. Wiederverheiratungsraten angestiegen.⁴ Dieser Trend, ferner moderne Reproduktionstechnologien⁵ und der nun offen vertretene Wunsch gleichgeschlechtlicher Paare, Familie leben zu können,⁶ haben der Frage, wem das Kind auf welche Weise rechtlich zuzuordnen ist, eine neue Virulenz gegeben.

-
- 3 Bei Jessen (1955: 128ff.) finden sich folgende Zahlen auf der Basis der Volkszählung von 1950: Von insgesamt 13 Millionen Kindern waren 1,3 Millionen Kinder Halb- oder Vollwaisen; weitere 1,22 Millionen Kinder Pflegekinder, nichteheliche Kinder und Minderjährige unter Amtsvormundschaft, Schutzaufsicht oder Fürsorgeerziehung.
- 4 Beides, Pluralisierung und Dynamik, wird allerdings etwas überschätzt: Zwar haben das nichteheliche Zusammenleben und auch die nichteheliche Familiengründung zugenommen (zur rechtlichen Ausgestaltung nichtehelicher Familienkonstellationen siehe unten 3.3). Allerdings sind nichteheliche Beziehungen auch labiler; nach „fünf Jahren leben in Ost[-] und West[deutschland] etwa 29 Prozent der Paare nicht mehr zusammen.“ Dagegen sind nach fünf Jahren „in beiden Teilen des Landes [nur – die Autorinnen] acht Prozent der Ehen geschieden“ (Goldstein et al. 2010: 27 auf der Basis des *Generations and Gender Survey* 2008/2009). Diese hohe Differenz erklärt sich allerdings u.a. dadurch, dass auch Beziehungen von jungen Menschen ab 14 Jahren, die länger als sechs Monate dauern, in die Analyse einbezogen wurden. Die Mehrzahl der west- und der ostdeutschen Frauen ist verheiratet, wenn sie zum zweiten Mal Mutter werden (West: 85 Prozent, Ost: 61 Prozent), beim ersten Kind waren dies 69 Prozent (West) versus nur 36 Prozent (Ost) (ebd.: 28). Noch wächst die große Mehrheit der deutschen Kinder mit Geschwistern und bei den leiblichen Eltern auf (zur noch recht mangelhaften Datenlage, ferner zur Pluralisierung und Dynamik von Familien ausführlich Feldhaus/Huinink i.d.B.).
- 5 In Deutschland sollen inzwischen mehr als 100.000 Kinder leben, die mit Hilfe einer anonymen Samenspende gezeugt worden sind (vgl. Katzorke 2008: 14, 18).
- 6 Dethloff (2010) zufolge leben ca. 2000 Kinder in Deutschland in eingetragenen Lebenspartnerschaften; nicht immer handelt es sich um leibliche Kinder eines Elternteils, erfasst sind auch Adoptivkinder eines Elternteils oder Pflegekinder. Sogenannte „Regenbogenfamilien“ kommen aber überwiegend dadurch zustande, dass ein(e) Partner(in) (ein) Kind(er) aus einer früheren heterosexuellen Beziehung in die Lebenspartnerschaft mitbringt. Die Normalisierung gleichgeschlechtlicher Beziehungen hat inzwischen – nur auf den ersten Blick paradox – dabei zu einem Rückgang der Zahl der „Regenbogenfamilien“ geführt. Dies mag vor allem bei männlichen Paaren an den rechtlichen Hürden für die komplizierte Familiengründung liegen (Verbot von Eizellenspende und Leihmutterchaft in Deutschland), kann aber auch klassisch paarsoziologisch erklärt werden, z.B. durch eine höhere Präferenz für die Exklusivität der Paar- gegenüber der Offenheit der Familienbeziehung in dieser Gruppe, was zu untersuchen wäre. Forschung zum Kinderwunsch gleichgeschlechtlicher Paare gibt es kaum (vgl. Rupp/Dürmberger 2009; Eggen/Rupp 2011).

Sozialwissenschaftlich betrachtet lässt sich die Fragestellung unseres Beitrages in der aktuellen Diskussion zur Rolle des Rechts im sozialen Wandel verorten. In dieser Debatte haben interaktionistische und interpretative Ansätze neue Geltung erhalten, die die *Reflexivität des Rechts* hervorheben.⁷ Ihre Vertreter betonen, dass das Recht nicht unabhängig von sozialen Prozessen, Interaktionen und den sich ergebenden sozialen Konstellationen wirkt, dass es vielmehr Teil der sozialen Ordnung, die es mitkonstituiert, ist. Folglich sind Institutionen und Akteure des Rechts ebenso Agenten⁸ wie Betroffene des Wandels dieser Ordnung. Bisher fehlen allerdings systematische politisch-soziologische Untersuchungen zu den Akteuren rechtlicher Steuerung der Familie, z.B. zu den Machtressourcen der Protagonisten familienrechtlichen Wandels und seiner Blockierung. Wir wissen wenig Systematisches über Formen der Koalitionsbildung zwischen Akteuren (den „change agents“), ihren handlungsleitenden Ideen und ihrer Situierung im rechtlichen Feld und so gut wie nichts über Verhinderungscoalitionen.⁹ Eine akteurszentrierte historisch-institutionalistische Analyse des rechtlichen Wandels im Feld von Partnerschaft und Familie steht – nicht nur in Deutschland – noch aus.¹⁰

Der Mangel an nationalen wie international vergleichenden historisch-institutionalistischen Analysen des kontinuierlichen Werdens von Regelungsmaterialien, wie dem Familienrecht, verbietet den unvermittelten, punktuellen Blick über den Zaun in andere Länder. Der Erkenntnisgewinn, den man aus Auflistungen von meist unter der Hand als „progressiv“ oder „modern“ etikettierten familienrechtlichen Regelungen in anderen Ländern ziehen kann, ist dürftig. Er bleibt so lange gering, wie nicht mit Ansätzen systematischer Rechtsvergleichung oder historisch-institutionalistisch analysiert wird, weshalb es in einem ansonsten als „modern“ geltenden Land zu keinen Versuchen kam, eine Rechtsnorm zu ändern, oder solche Versuche scheiterten, weshalb dagegen Länder, die bislang als Nachzügler im Prozess der Modernisierung des Familienlebens galten, auf einmal Vorreiter im Rechtswandel wurden.¹¹ Die konkrete Norm, die rechtspolitische Akteure in einem anderen Land entdecken und für das eigene empfehlen, muss als ein Ergebnis von sehr landesspezifischen Konstellationen betrachtet werden; die spezifische Konstitution des „juristischen Feldes“ wäre ein Element dieser Konstellationen (vgl. Morgan/Quack 2010: insbesondere 286f.). „Regelmachen“ lernen von anderen ist deshalb ein sehr kompliziertes Unterfangen. Andererseits existieren in Europa Institutionen, die auf eine transkulturelle Universalisierung von Regeln auch im Feld der Familie hinwirken, also kulturelle Besonderheiten abschleifen.¹² Eine vergleichende Analyse, wie institutionelle Akteure, wie z.B. der EGMR, die Ausgestaltung familienrechtlicher Normen beeinflus-

7 Vgl. zur Reflexivität des Rechts z.B. Teubner (1983) in Anschluss an Niklas Luhmann, aktuell Morgan/Quack (2010).

8 Zur mit dieser Konzeption verbundenen verfassungsrechtlichen Dynamik in Europa z.B. Stone Sweet (2000), zur Rolle von Gerichten für den rechtlichen und sozialen Wandel Shapiro/Sweet (2002).

9 Zur strategischen übernationalen Netzwerkbildung bei der Durchsetzung von Grundrechten für Frauen: Keck/Sikkink (1998).

10 Erste Annäherungen bietet das Themenheft von *German Policy Studies (GPS)* 6 (1) 2010; zu anderen Feldern: z.B. Streeck/Thelen (2005); Mahoney/Thelen (2009).

11 Vgl. z.B. Spaniens liberale Handhabung der Reproduktionsmedizin, die ohne eine Analyse des Francistischen Kirche-Staat-Verhältnisses nicht zu verstehen ist.

12 Vgl. zur Dynamik der EGMR-Rechtsprechung zur Stiefkindadoption in Österreich Guerrero (2010), Hinweise auch in Dethloff (2011). Vgl. auch unten Fn. 41.

sen, und Rechtsanpassungen im nationalen Feld von Ehe, Elternschaft und Familie auslösen, wäre hier vielversprechend, steht aber ebenfalls noch aus.¹³

Angesichts des skizzierten dürftigen Standes der Forschung zu den Ursachen (z.B. Akteurskonstellationen) und Prozessen familienrechtlichen Wandels sind unsere Überlegungen notwendig vorläufig. Wir bieten im Folgenden zunächst einen Analyserahmen, eine Heuristik, der/die uns helfen soll, Typen der Rechtsanpassung im Feld der Familie zu unterscheiden (Abschnitt 2). Die Heuristik entstammt aktuellen sozialwissenschaftlichen Analysen zum Wandel von Institutionen (Streeck/Thelen 2005; Mahoney/Thelen 2009), sie kann daher im Prinzip auch auf den rechtlichen Wandel angewandt werden. Der lange Abschnitt 3 stellt beispielhaft dar, wie neue Phänomene rechtlich interpretiert und behandelt wurden bzw. aktuell werden. Er versucht sich an der Heuristik zu orientieren, wendet sie aber nicht zwanghaft an. Auftakt des dritten Abschnittes bildet die Frage nach dem Familienleitbild des Grundgesetzes: Wie offen ist dieses formuliert? Der letzte Abschnitt (4.) fasst unsere Überlegungen zusammen: Inwieweit passt sich das Recht an veränderte Familien- und Elternschaftskonstellationen an? Welche Anpassungen lassen sich unterscheiden und wie Unterschiede erklären?

2. Formen des rechtlichen Wandels – ein Analyserahmen

Recht kann dem Wandel der Geschlechterverhältnisse und der Elternschaftskonstellationen hinterherhinken. Wenn es auf Wandel reagiert, dann versucht es meist, überkommene Regeln mehr oder weniger *inkrementell* den veränderten Verhältnissen anzupassen. Thelen (2003) und Streeck/Thelen (2005) haben fünf Formen des (nicht radikalen, also inkrementellen und schrittweisen) institutionellen Wandels vor dem Hintergrund veränderter Kontexte unterschieden, die man recht gut als Heuristik für die Analyse des rechtlichen Wandels nutzen kann.

13 Vgl. dagegen Zippel (2004) zur rechtlichen Regelung „sexueller Belästigung“. Kathrin Zippel arbeitete die unterschiedlichen Begründungen heraus, mit denen es „advocacy coalitions“ in den USA, in der EU und in Deutschland gelang, sexuelle Belästigung zu verrechtlichen (liberal-egalitäre versus sozial-protektive Argumentation). Dänemark, das 1989 als erstes Land der Welt „die unbillige und ungerechtfertigte Diskriminierung der Gleichgeschlechtlichkeit“ durch die Gleichstellung aller Partnerschaften abschaffte, wählte interessanterweise zur Begründung der neuen Norm ebenfalls die soziale Argumentation (Recht der Verwundbaren auf Schutz und damit auf gleiche Würde) (dazu: Søland 1998). Homosexualität wurde dabei als natürliche, biologische Grundausstattung (wie jede andere) einer sehr kleinen Gruppe, einer „Minderheit“, definiert, – der rechtliche Schutz bezog sich auf diesen Minderheitenstatus. Aus dieser Begründung folgten zunächst weder ein allgemeines Recht, wie andere (verschieden geschlechtliche) Paare auch zu heiraten, noch das Recht, Kinder zu adoptieren (ebd.). Dazu musste die Begründung erneut wechseln und zwar in Richtung auf eine Ablösung der Elternschaft von Leiblichkeit und Zweigeschlechtlichkeit (angedeutet bei Dethloff 2011: 45).

Typen des rechtlichen Wandels*

	Ersatz	Überlagerung	Trift	Ausweitung	Konversion	Erschöpfung
Beseitigung der alten Norm	Ja	Nein	Nein	Nein	Nein	Ja, als Effekt
Vernachlässigung der alten Norm	-	Nein	Ja	Nein	Nein	Nein
Veränderte Wirkung der alten Norm	-	Nein	Ja	Ja	Ja	Ja
Etablierung einer neuen Norm	Ja	Nein	Nein	Nein	Nein	Nein

* In Anlehnung an Mahoney/Thelen (2009: 16) und Streeck/Thelen (2005: 31) übersetzt, modifiziert und ergänzt durch Ilona Ostner.

Die Autoren beginnen mit dem Fall, in dem eine bestehende Norm allmählich durch eine neue abgelöst und ersetzt wird (*Ersatz* oder *displacement*) – man kann hier an das Obsoletwerden des strafrechtlichen Kuppeleiparagraphen als Folge von „defection“ (Streeck/Thelen 2005: 30), der faktischen Missachtung der Norm durch immer mehr Bürger, denken. Als „Aufschichtung“ oder „Überlagerung“ (*layering*) bezeichnen die Autoren das Draufsatteln neuer Regelelemente auf eine alte Regel (auf einen Satz alter Regeln), z.B. den Erhalt persönlicher Bindungen zwischen dem Kind und dem nicht sorgeberechtigten Elternteil durch Einräumung eines Umgangsrechts und dessen Erweiterung auf Großeltern, Geschwister und andere enge Bezugspersonen (etwa dem inzwischen von der Mutter getrennt lebenden Stiefvater). Solch ein *layering* erweitert auf Dauer die ursprünglich dem Kindschaftsrecht zugrundeliegende Kleinfamilie um Personen, die weder in einem rechtlichen noch einem verwandtschaftlichen Verhältnis zum Kind stehen, aber eine sozial-familiäre Beziehung zu diesem aufgebaut haben. Trift (*drift*) entsteht nach Streeck/Thelen durch meist absichtliche Unterlassung: Man passt die alte Norm dem veränderten Kontext nicht an und nimmt dabei den sich abzeichnenden Widerspruch zwischen der alten Regel und übergeordneten Normen hin. Trift kommt häufig dann zustande, wenn Akteure die direkte Zurechenbarkeit einer politisch umstrittenen, z.B. weil mit (finanziellen und oder politischen) Kosten verbundenen Maßnahme (eine Regeländerung) vermeiden wollen (*blame avoidance*). So hat es der Gesetzgeber lange versäumt, eine Reziprozität zwischen Pflichten und Rechten nichtehelicher Väter herzustellen und dabei die Verfassungswidrigkeit einfachgesetzlicher Regelungen in Kauf genommen (dazu unten 3.3.2).

Konversion (*conversion*) einer Norm, ein weiterer Typ rechtlicher Anpassung, liegt immer dann vor, wenn Rechtsnormen im Wege richterlicher Rechtsfortbildung neu interpretiert werden können.¹⁴ Von *conversion* sprechen Streeck/Thelen daher dann, wenn bestehende (formal identische) Regeln (Gesetze) auf neue Weise interpretiert und/oder zur Erreichung neuer Ziele genutzt werden. Durch *Konversion* einer Regel können neue, bislang ignorierte oder vernachlässigte Gruppen in den Geltungsbereich dieser Regel und den Status, den sie begründet, hereingeholt werden, z.B. nichtverheiratete Eltern oder gleichgeschlechtliche Eltern in den Status der rechtlich anerkannten und zu schützenden

14 Emile Durkheim, ein Klassiker der Soziologie, interpretierte die Möglichkeit, von Normen abzuweichen, als Hinweis auf die notwendige Wandlungsfähigkeit und damit Stabilität einer Gesellschaft.

Familie (Inklusion). Wir haben daher in der Übersicht eine Variante der Konversion unterschieden, die extensive Auslegung des Geltungsbereichs einer Norm erfassen und abbilden soll, und als „Ausweitung“, „Dehnung“ oder „Erweiterung“ in die Typologie eingefügt. Der bemerkenswerte Erfolg der EU-europäischen Antidiskriminierungspolitik (z.B. Ostner 2006) kann recht gut mit Hilfe des Anpassungstypus’ der „Ausweitung“ oder „Dehnung“, die zu weiterer Inklusion eines Phänomens oder einer Kategorie in die Norm führt (ursprünglich der „Lohnleichheit“ nach Artikel 119 EWG), dargestellt werden.¹⁵

Normen können, so Streeck/Thelen, schließlich auch „ausbluten“, das heißt, an Überdehnung und *Erschöpfung* zugrunde gehen (*exhaustion*). Von einem Wandel der alten Norm kann im Fall von „Erschöpfung“ nicht mehr die Rede sein. Die sozialpolitische Forschung nennt als typisches Beispiel einer überdehnten oder erschöpften Institution die Frühverrentung, die tatsächlich zum Auslaufmodell wurde; man könnte mit Blick auf Elternschaft an lange, öffentlich subventionierte Ausstiege aus der Erwerbsarbeit zur Betreuung von Haushalt und Familie denken, die inzwischen politisch höchst umstritten sind. Zum Zusammenbruch einer Institution durch *exhaustion* kommt es dann, wenn die äußeren Rahmenbedingungen, die großzügige Regelungen gestatteten, am Verschwinden sind. Die Gesellschaft kann rasch altern, das Arbeitskräftepotential schrumpfen und dadurch die Nichterwerbsarbeit der erwerbsfähigen Familienmitglieder oder der Älteren zu kostspielig für die Gesellschaft machen. In diesen Fällen steht am Ende der alten Institution allerdings keine neue, es werden vielmehr ältere reaktiviert: so etwa die Institution des (fast) lebenslangen Aktivseins. Zur Erläuterung des mit *exhaustion* Gemeinten haben wir auf Beispiele aus anderen Rechtsbereichen zurückgegriffen, denn nicht alle von Mahoney, Streeck oder Thelen identifizierten Typen lassen sich eins zu eins auf die hier untersuchten familienrechtlichen Phänomene übertragen.

15 Zur Erläuterung dieser Aussage erscheint ein kleiner Exkurs in die klassische soziologische Theorie lohnend. So hatte der Soziologe der modernen Beziehungen, Georg Simmel (1897/1983), eine „soziale Hypothese“ zur Dynamik des Prozesses aufgestellt, den der Vergleich, der sich methodisch aus der Norm der Gleichheit und der damit verbundenen Begründungsbedürftigkeit der Ungleichheit ergibt, in Gang setzt: Gleichheitsnorm und Angleichung schärfen die Unterschiedsempfindlichkeit der Individuen und provozieren die neuerliche Aufdeckung von und die Suche nach Differenzen, die angesichts der Gleichheitsnorm irritieren und bei Simmel zum „Ressentiment“ führen, zum Gefühl, unbillig zurückgesetzt zu sein. Das Ressentiment zieht wiederum, so Simmel, „die Sisyphusmühe äußerer Angleichung“ nach sich (ibid.: 172; dazu: Ostner 1998: 386). Kaum hat eine Angleichung stattgefunden, wird eine neue Ungleichheit qua Vergleich entdeckt, der Angleichungsprozess beginnt von Neuem, bis er (so Simmel) irgendwann sein wenig glückliches Ende im Faktum unabänderlicher (weil „natürlicher“) Ungleichheit findet. Gleichheitsnorm, korrespondierende Praxis des Vergleichs, resultierender Ungleichheitsbefund und die Möglichkeit, die existierenden Diskriminierungsverbote extensiv auszulegen, legen nahe, dass es nicht mehr lange dauern dürfte, bis gleichgeschlechtliche Paare in Deutschland das gleiche Adoptionsrecht, das für Ehegatten vorgesehen ist, erhalten. Der Adoption eines Kindes durch die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft stand bis 2008 das *Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern* v. 24.4.1967 entgegen, das in Art. 6 die gemeinschaftliche Adoption eines Kindes nur Ehegatten gestattete; die vor kurzem revidierte Fassung des Übereinkommens v. 7.5.2008 eröffnet die Möglichkeit der gemeinschaftlichen Adoption eines Kindes auch gleichgeschlechtlichen Paaren in stabiler Partnerschaft; vgl. auch BT-Drucks. 17/2329. Auf den ersten Blick paradox, aber durchaus im Einklang mit Simmels sozialer Hypothese würde jede Ergänzung um mögliche Diskriminierungstatbestände die Norm gegenüber anderen „abschließen“, also deren Offenheit für neue Tatbestände zunächst einschränken.

Wir haben bis jetzt in Anschluss an die Arbeiten von Mahoney, Streeck und Thelen vor allem Möglichkeiten des *nachholenden* rechtlichen Wandels dekliniert (*displacement, layering, drift, conversion, exhaustion*), die an einer bestehenden Norm ansetzen und diese – vor dem Hintergrund neu interpretierter Herausforderungen – entweder anpassen oder in einigen Fällen auch erst einmal unverändert lassen. Der radikale Wandel, die ersatzlose Streichung einer alten und/oder der zügige Ersatz der alten durch eine neue Norm (*displacement*), kommt gegenüber Anpassungen (dem *inkrementellen* Wandel) eher selten vor. Formen der *nachholenden* Anpassung werden häufig mit Verweis auf den Wandel gelebter Werte und Normen in der Gesellschaft begründet. So sollen z.B. aktuelle Politiken (inkl. Rechtsreformen) die Vereinbarkeit von Beruf und Familie verbessern, weil sich die Präferenzen von Frauen bzw. Müttern, die lange Zeit von Politik und Recht und Rechtsprechung ignoriert wurden, verändert haben: Frauen sollen heute beides wollen, Kinder und Karriere. Das (bis jetzt nachhinkende) Recht will dann auf diese veränderten Präferenzen antworten und damit auf („bottom-up“-)Veränderungen in der Gesellschaft reagieren.

Schließlich kann Gesetzgebung aber auch „top-down“ den sozialen Wandel anstoßen, z.B. die Geschlechterbeziehungen oder Familienkonstellationen neu – mit Blick auf neue, als neu wahrgenommene, gesellschaftliche Ziele oder Bedarfe – ordnen wollen. In solchen Fällen würde der rechtliche Wandel dem sozialen „vorauslaufen“, eine Verhaltensänderung anstoßen wollen.¹⁶ Man kann dies direkt durch *displacement*, Streichung oder durch Ersatz alter durch neue Regeln bewerkstelligen oder indirekter durch *Überlagerung, Trift* und *Konversion*. Welche Form gewählt wird, ist wiederum abhängig von der Offenheit der alten Rechtsnorm, ferner von der Beschaffenheit der Akteurskonstellationen und der jeweiligen „Gunst der Stunde“ (Mätzke/Ostner 2010). Im Fall der *vorauslaufenden* „Top-Down“-Steuerung der Gesellschaft durch Recht haben sich meist zuerst die Präferenzen von politiknahen Akteuren und Teilen der Politik“macher“ geändert (Fleckenstein/Seeleib-Kaiser 2011). Diese versuchen, ihre veränderten Präferenzen in den Politikprozess, der auf Wandel der Regeln und der Politikergebnisse zielt, einzubringen. In solchen Fällen können Überzeugungen und Praktiken, die in der Bevölkerung noch weit verbreitet sind, hinter den Vorstellungen politiknaher Eliten hinterherhinken. So zeigt eine aktuelle empirische Studie (Konietzka/Kreyenfeld 2010; ähnlich Holst 2010), dass verheiratete, nicht erwerbstätige westdeutsche Mütter mit ihrem Lebensmodell recht zufrieden sind und sich trotz faktisch vorhandener ökonomischer Abhängigkeit vom Ehemann als ökonomisch gesichert wahrnehmen.¹⁷ Ein aus der Zivilgesellschaft (vgl. oben: „bottom-up“) kommender Problemdruck in Richtung auf ein alternativloses Lebensmodell der Zwei-Erwerbstätigen-Partnerschaft, wie es inzwischen gesellschaftspolitisch und unterhaltsrechtlich in Ansätzen auf den Weg gebracht wird, existiert in diesem Fall kaum.

16 Das Sonderheft des *Journal of European Social Policy*, JESP 10 (5) (2010), „Explaining Recent Shifts in Family Policy“, herausgegeben von Margitta Mätzke und Ilona Ostner, behandelt u.a. solche Formen einer Rechtsänderung, die empirischen Sachverhalten „vorauslaufen“, diesen teils sogar widersprechen, z.B. indem sie für die Bundesrepublik ein noch nicht massenhaft gelebtes Partnerschafts- und Familienmodell („Zwei-Verdiener-Modell“) voraussetzen.

17 Konietzka/Kreyenfeld (2010) vergleichen verheiratete, kohabitierende und alleinerziehende Mütter in Ost- und Westdeutschland, Frankreich und Russland.

Im Mittelpunkt unseres Beitrags stehen Formen *nachholender* Rechtsanpassung an veränderte Familienkonstellationen in Deutschland.

3. Pluralisierung der Familien- und Elternschaftskonstellationen und rechtliche Ausgestaltung

Wir beginnen diesen langen Abschnitt mit einer Betrachtung von „Familie“ und „Elternschaft“ im Verfassungsrecht (3.1). Wie eng, wie offen fassen das Grundgesetz und die Europäische Menschenrechtskonvention die Familie, die sie schützen? Wie gehen das BVerfG und der EGMR mit neu auftretenden Familienkonstellationen um? Und wie werden die verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben im Kindschaftsrecht umgesetzt?¹⁸

Am Beispiel des nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnisses (3.3) lassen sich die Defizite des Kindschaftsrechts im Hinblick auf die Vorgaben der EMRK und des GG besonders deutlich vor Augen führen: Das zähe Festhalten des Gesetzgebers am Status der Eltern (Ehe bzw. Nichtehe) als noch immer maßgeblichem Kriterium für die Ausgestaltung des Eltern-Kind-Verhältnisses¹⁹ und die weitgehende Ignorierung der Realbeziehung hat zu verfassungs- und konventionswidrigen Regelungsbereichen im Kindschaftsrecht geführt, deren Beseitigung – obwohl zahlreiche Kinder davon betroffen sind – noch immer nicht abgeschlossen ist. Treibende Kräfte sind hier das BVerfG und der EGMR, während es dem Gesetzgeber nicht gelingt, sich aus der „Rolle des Getriebenen“ zu befreien und den verschiedenen (gelebten und gesellschaftlich längst anerkannten) nichtehelichen Familienkonstellationen ihren Platz im Recht zuzuweisen.

Deutlich größer sind – mangels konkreter Vorgaben in der EMRK und im GG – die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers in den Bereichen des Kindschaftsrechts, die aufgrund des Auseinanderfallens von genetischer, rechtlicher und/oder sozialer Elternschaft typischerweise als neue Phänomene wahrgenommen werden (3.2). Tatsächlich handelt es sich aber um moderne Varianten überkommener Institute: Dies gilt für die Patchworkfamilie als einer Sonderform der Stieffamilie ebenso wie für die Fälle so genannter gespaltenen Elternschaft nach künstlicher Befruchtung, bei denen sich die Parallele zum Institut der Adoption aufdrängt.

18 An dieser Stelle sei daran erinnert, dass folgende Grundsätze für das Verhältnis von EMRK, Grundgesetz und Familienrecht (sog. einfaches Recht) gelten: Erstens sind die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts zu beachten; zweitens ist auch das Grundgesetz menschenrechtskonform auszulegen (soweit dadurch die Garantien des Grundgesetzes nicht eingeschränkt werden) und ist in dieser Auslegung ebenfalls Maßstab für das einfache Recht (BVerfGE 74, 358, 370; sowie jüngst BVerfG NJW 2011, 1931, 1935ff.). Zum Verhältnis von Konvention, GG und BGB vgl. auch Schumann (2006: 165ff.).

19 Der Gesetzessystematik (vgl. etwa die Überschrift vor §§ 1615a ff. BGB „Besondere Vorschriften für das Kind und seine nicht miteinander verheirateten Eltern“) entsprechend wird daher auch hier zwischen ehelichen und nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnissen differenziert.

3.1 „Familie“ und „Elternverantwortung“ nach dem Grundgesetz

Es mag überraschen, dass die in Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Familie und das in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG geschützte Eltern-Kind-Verhältnis zwar im Regelfall identisch sind, sich aber keineswegs immer auf ein und denselben Personenkreis beziehen müssen.²⁰ Das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Familienlebens wird vom EGMR – unter Berücksichtigung des Diskriminierungsverbots in Art. 14 EMRK, weiterer Konventionen (etwa der UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989) und der Entwicklung in den Konventionsstaaten²¹ – teilweise noch weiter als die nationalen Garantien in Art. 6 GG gefasst. Konkrete Aufträge und Impulse für Reformen im Kindschaftsrecht gingen daher in den letzten Jahren nicht nur vom BVerfG, sondern auch vom EGMR aus.

„Familie“ im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG ist die umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Sie setzt weder eine rechtliche Verbindung der Eltern noch eine rechtliche und/oder leibliche Verbindung zwischen Eltern/Elternteilen und Kind voraus. Voraussetzung für den Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG ist vielmehr das Bestehen einer *Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Eltern und Kind*.²² Auch wenn dem Verfassungsrecht das *Leitbild der ehelichen Familie* zugrunde liegt,²³ schließt dies die Schutzwirkung des Art. 6 Abs. 1 GG für andere Familienformen nicht aus. Denn nach ganz überwiegender Auffassung ist der *Familienbegriff funktional* zu verstehen (dazu Huster 2002: 506ff.).

20 Art. 6 Abs. 1 GG: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.“ Art. 6 Abs. 2 GG: „Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.“ Außerdem ist Art. 6 Abs. 5 GG zu beachten: „Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen.“

21 Vgl. etwa zur Benachteiligung nichtehelicher Kinder im Erbrecht EGMR NJW-RR 2009, 1603 (Urt. v. 28.5.2009 – 3545/04: Brauer ./ Deutschland), Leitsatz 3: „Die Konvention ist ein ‚lebendes Instrument‘, das unter Berücksichtigung der heutigen Verhältnisse ausgelegt werden muss. Die Konventionsstaaten messen heute der Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder große Bedeutung zu. Nur sehr schwerwiegende Gründe können eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.“ Da der Bundesregierung bei Fortbestehen konventionswidriger Regelungen Entschädigungszahlungen aufgrund der Konventionsverletzungen durch die Anwendung der Norm drohen, hat sie als Reaktion auf die Entscheidung des EGMR vor kurzem das *Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder* vom 12.4.2011 (BGBl. I, 615) erlassen.

22 Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 10, 59, 66; vgl. weiter BVerfGE 80, 81, 90: „Die Familie im Sinn von Art. 6 Abs. 1 GG ist die Gemeinschaft von Eltern und Kindern. Neben der durch Geburt entstandenen Familie wird grundsätzlich auch jede andere von der staatlichen Rechtsordnung anerkannte Gemeinschaft von Eltern und Kindern geschützt [...]. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 GG schützt Familie zunächst und zuvörderst als *Lebens- und Erziehungsgemeinschaft*. Die leibliche und seelische Entwicklung der Kinder findet in der Familie und der elterlichen Erziehung eine wesentliche Grundlage. Eine Familie als verantwortliche Elternschaft wird von der prinzipiellen Schutzbedürftigkeit des heranwachsenden Kindes bestimmt.“

23 Vgl. z.B. Schmitt-Kammler/von Coelln (2009: Art. 6, Rn. 15): „Nach wie vor füllt im Verfassungsrecht den Begriffskern als ‚familiales Grundmuster‘ die ‚Kleinfamilie‘ aus, d.h. verheiratete Eltern und ihre minderjährigen Kinder, mit der größten Gewähr auf die Erfüllung der Familienfunktionen.“ Das Verfassungsrecht geht also von der Familienform aus, in der nach wie vor die meisten Kinder unter 18 Jahren aufwachsen, vor allem in Westdeutschland (79,6%; Ostdeutschland: 57,6% in 2009; vgl. Statistisches Bundesamt (2010). Dies gilt vor allem für jüngere Kinder. Das bedeutet nicht, dass nicht im 21. Jahrhundert die Zahl der Kinder (wieder) steigt, die in mehr als einer Elternschaftskonsellation heranwachsen (dazu: Feldhaus/Huinink i.d.B.) und Goldstein et al. (2010).

Deshalb stehen als Familien im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG auch nichteheliche Familien (nichteheliche Lebensgemeinschaften mit Kindern),²⁴ Familien mit einem Stiefelternteil, einem Adoptivkind oder einem Pflegekind²⁵ sowie „unvollständige“ Familien (Ein-Elternteil-Kind-Familien) unter dem verfassungsrechtlichen Schutz.

Anders als in der Weimarer Reichsverfassung²⁶ hat der Grundgesetzgeber in Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie bewusst entkoppelt. Die dennoch fortdauernde Wirkkraft des Leitbilds der ehelichen Familie hat mehrere Gründe: Erstens geht das Familienrecht des BGB (trotz zahlreicher Änderungen) in seiner Konzeption bis heute von der „ehelichen Familie“ aus. Vom „Elternbegriff“ des BGB sind alle *verheirateten* Eltern, vom „Kindbegriff“ ist das *eheliche* Kind erfasst. Ob eine Norm des Familienrechts mit „Eltern“ auch nicht miteinander verheiratete Eltern und mit „Kind“ auch nichteheliche Kinder meint, hängt hingegen davon ab, ob Sonderregelungen für dieses spezifische Eltern-Kind-Verhältnis bestehen oder fehlen.²⁷ Zweitens gehört die eheliche Familie zu den wenigen Familienformen, in denen zum einen der Familienschutz des Art. 6 Abs. 1 GG und der Schutz der Elternverantwortung nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG für alle Familienmitglieder zusammenfallen und zum anderen regelmäßig genetische, rechtliche und soziale Elternschaft nicht auseinanderfallen (ungeachtet dessen, dass die genetische Elternschaft auf einer Fiktion des einfachen Rechts beruhen kann). Die „eheliche Familie“ ist somit nicht nur quantitativ (s.o.), sondern auch verfassungs- und familienrechtlich der „Normalfall“: Schwab (i.d.B.) spricht vom „Ideal einer Koinzidenz von genetischer, rechtlicher und sozialer Elternschaft“, Vaskovics (i.d.B.) bezeichnet diese Koinzidenz als (faktisch-empirischen) „Normalfall“. In Anknüpfung an die Realbeziehung wäre hingegen zu fragen, ob nicht die „Zwei-Elternteile-Kind-Familie“ unabhängig vom Status der Eltern (und im Hinblick auf gleichgeschlechtliche Paare auch unabhängig von deren Geschlecht) als der verfassungsrechtliche und damit auch einfachgesetzlicher „Normalfall“ (als statistisch häufigster Fall) bzw. als „Idealfall“ (weil rechtlich kaum konflikträftig) verstanden werden müsste.

Vom verfassungsrechtlichen „Familienschutz“ (Art. 6 Abs. 1 GG) ist der verfassungsrechtliche Schutz der Eltern-Kind-Beziehung in Art. 6 Abs. 2 GG zu unterscheiden. Nicht jeder „Elternteil“, der unter dem Familienschutz des Art. 6 Abs. 1 GG steht, ist gleichzeitig auch Träger des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG. *Träger des Elternrechts* sind nach der Rechtsprechung des BVerfG primär diejenigen Personen, „die einem Kind das Leben geben, von Natur aus bereit und berufen, die Verantwortung für seine Pflege und Erziehung zu übernehmen“ (genetische Eltern).²⁸ Ausnahmsweise können auch soziale

24 BVerfGE 112, 50, 65.

25 Ständige Rechtsprechung, BVerfGE 18, 97, 105f.; 79, 256, 267. Offen gelassen hat BVerfG FamRZ 2005, 595, 596, ob die nichteheliche Stieffamilie (Elternteil mit Kind lebt unverheiratet mit einer Person, die nicht genetischer/rechtlicher Elternteil des Kindes ist, zusammen) eine Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG bildet. Eine Pflegefamilie ist als soziale Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt, wenn „zwischen dem Kind und seinen Pflegeeltern als Folge eines länger andauernden Pflegeverhältnisses eine gewachsene Bindung entstanden“ ist (BVerfGE 68, 176; 79, 51, 59). Zur Adoptivfamilie vgl. BVerfGE 80, 81, 90ff.

26 Art. 119 WRV schützte noch die „Ehe als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation“.

27 Löhnig et al. (2010) mit rund 150 Seiten zu den Sonderregelungen für nichteheliche Kinder.

28 Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 24, 119, 150; vgl. weiter BVerfGE 108, 82, 100.

Eltern, die nicht genetische Eltern sind, als Eltern im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG anerkannt sein, wenn ihnen durch Rechtsakt die volle Elternstellung zugewiesen ist (insbesondere in den Fällen der Adoption/Stiefkindadoption und des Anerkennnisses durch den Wunschvater im Falle der Samenspende eines Dritten). Keine Inhaber des Elternrechts sind hingegen Stiefeltern (die – ohne es zu adoptieren – eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufgebaut haben) oder Pflegeeltern und zwar auch dann, wenn die Gemeinschaft als soziale Familie unter dem verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG steht.²⁹ Auf der anderen Seite bleiben die genetischen Eltern auch dann Träger des Elternrechts, wenn sie mit ihrem Kind nicht (mehr) in einer Familiengemeinschaft leben und zu diesem auch keine sozial-familiäre Bindung haben (dazu Lipp i.d.B.).

Welche Konsequenzen ergeben sich nun, wenn in Bezug zu einem Kind mehrere Eltern-Kind-Beziehungen bestehen, weil genetische, rechtliche und/oder soziale Elternschaft auseinanderfallen? Wie ist mit den auf der Verfassungsebene vorgegebenen Konkurrenzverhältnissen (Schutz aus Art. 6 Abs. 1 GG einerseits und aus Art. 6 Abs. 2 GG andererseits) im einfachen Recht umzugehen? Verdient der Erhalt einer „sozialen“ Familie (Art. 6 Abs. 1 GG) einen größeren Schutz als das Elternrecht der genetischen Eltern (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG) oder ist es umgekehrt? Und welche Rolle spielt in diesem Zusammenhang das Kindeswohl?

Diese Fragen sind weder einfach noch für alle denkbaren Konstellationen einheitlich zu beantworten, zumal die Identifizierung eines Elternteils als Elternteil im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG auf Fiktionen des einfachen Rechts beruhen kann. Die Fiktion hat zur Folge, dass sich ein rechtlicher Elternteil, obwohl er nicht genetischer Elternteil ist (aber als solcher gilt bzw. als solcher rechtlich anerkannt ist), auf das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG berufen kann, während sich gleichzeitig für den genetischen Elternteil die Frage stellt, ob er neben dem rechtlichen Elternteil auch in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG einbezogen ist.

An dieser Stelle ist ein kleiner Exkurs zur Verwendung des Begriffs „genetische Elternschaft“ nötig. Ausgangspunkt für Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG³⁰ und das Abstammungsrecht des BGB³¹ ist die genetische Elternschaft, die teilweise auch als leibliche oder biologische Elternschaft bezeichnet wird. Wird ein Kind mit Hilfe fremder Keimzellen erzeugt, so sind die Keimzellspender genetische Eltern. Der Samenspender ist somit genetischer (d.h. leiblicher bzw. biologischer) Vater, nicht aber rechtlicher Vater. Bei der Eizellspende stellt sich hingegen die Frage, ob neben der genetischen Mutterschaft der Eizellspenderin die biologische Mutterschaft der Frau, die das Kind austrägt, rechtlich anzuerkennen ist (zur Differenzierung zwischen genetischer und biologischer Mutterschaft vgl. Kaiser i.d.B. und Vaskovics i.d.B.). Neben der rechtlichen, der sozialen und der genetischen Mutterschaft eine eigene Fallgruppe der biologischen Mutterschaft zu etablieren, würde bedeuten, dass man an den Umstand des Austauschs von Körperflüssigkeiten zwischen schwangerer Frau und Kind Konsequenzen knüpfen würde, die über das hinaus gehen,

29 BVerfGE 68, 176, 187f.; 79, 51, 59f. (beide zur Pflegefamilie).

30 BVerfGE 108, 82 (Leitsatz 1): „Art. 6 Abs. 2 Satz 1 schützt den leiblichen, aber nicht rechtlichen Vater (so genannter biologischer Vater) in seinem Interesse, die rechtliche Stellung als Vater einzunehmen.“

31 Vgl. nur § 1598a BGB: Anspruch auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung.

was durch die Kategorien der rechtlichen, sozialen oder genetischen Mutterschaft vermittelt werden kann. Dies ist weder geboten noch zweckmäßig, denn die das Kind austragende Frau mögen ganz unterschiedliche Motive leiten: Es kann sich bei ihr erstens um die Wunschmutter handeln, die die soziale Mutterrolle einnehmen will und nur mit Hilfe fremder Keimzellen ihren Kinderwunsch verwirklichen kann. Stammt das Kind aus einer im Ausland vorgenommenen Eizell- oder Embryospende, so ist die Wunschmutter nach § 1591 BGB die rechtliche Mutter und gilt damit auch als Mutter im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (obwohl sie nicht die genetische Mutter ist). Nach deutschem Recht ist sie entsprechend ihrem Wunsch somit rechtlich-soziale Mutter. Neben dieser Konstellation ist aber zweitens denkbar, dass die Frau als Ersatzmutter (i.S.d. § 13a AdVermG und § 1 Abs. 1 Nr. 7 ESchG)³² ein genetisch von der Wunschmutter oder einer Eizellspenderin stammendes Kind lediglich austrägt, um es nach der Geburt der Wunschmutter zu übergeben. In diesem Fall (der beispielsweise in Großbritannien legalisiert ist)³³ müssen die beteiligten Eltern im Zusammenhang mit der künstlichen Befruchtung eine Art „Adoption“ des Kindes nach dessen Geburt vereinbaren. Die austragende Frau ist dann weder genetische Mutter noch möchte sie die soziale Mutterrolle einnehmen (der englische Begriff „outsourced pregnancies“ bringt zum Ausdruck, dass die austragende Frau kraft Vereinbarung gerade keine Mutterrolle einnehmen will und soll). Mit der Qualifizierung dieser Frau als „biologische“ Mutter wird man dem Geschehen in zweifacher Hinsicht nicht gerecht: Gibt diese Frau das Kind nach der Geburt wie vereinbart an die Wunschmutter heraus, so bliebe ihr Beitrag auf die Tatsache der Schwangerschaft und Geburt beschränkt. Entwickelt die austragende Frau hingegen aufgrund der Schwangerschaft emotionale Bindungen zum Kind, so entsteht eine soziale Beziehung, die gegebenenfalls den Schutz des Rechts verdient – jedoch nicht allein, weil sie biologisch begründet ist, sondern weil darüber hinaus eine soziale Komponente hinzukommt.³⁴ Eine rechtliche Ausgestaltung der Phänomene der Fortpflanzungsmedizin könnte daher anhand der Differenzierung zwischen sozialer und genetischer Mutterschaft vorgenommen werden,³⁵ wobei die Ausges-

32 In der Literatur (vgl. auch Kaiser i.d.B. und Vaskovics i.d.B.) wird diese Frau u.a. auch als „Ammenmutter“/„Tragemutter“ bzw. „Leihmutter“/„Mietmutter“ bezeichnet. Das Gesetz spricht hingegen von Ersatzmutter. § 13a AdVermG: „Ersatzmutter ist eine Frau, die auf Grund einer Vereinbarung bereit ist, 1. sich einer künstlichen oder natürlichen Befruchtung zu unterziehen oder 2. einen nicht von ihr stammenden Embryo auf sich übertragen zu lassen oder sonst auszutragen und das Kind nach der Geburt Dritten zur Annahme als Kinder oder zur sonstigen Aufnahme auf Dauer zu überlassen.“ § 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.“

33 Dazu Kaiser i.d.B. Vgl. weiter Coester (2004: 1254ff.).

34 Zu diesem Ergebnis kommt auch Kaiser (i.d.B.), die die rechtlichen Konsequenzen im Falle der Leihmutterschaft nicht an den Umstand der biologischen Mutterschaft, sondern nur an die im Einzelfall zusätzlich vorliegenden sozial-familiären Bindungen zwischen Leihmutter und Kind knüpfen möchte.

35 Dass nach geltendem deutschen Recht die austragende Frau immer auch die rechtliche Mutter des Kindes ist (§ 1591 BGB) und damit das strafrechtliche Verbot der Ersatzmutterschaft durch das Abstammungsrecht unterstützt wird, ist als Entscheidung des Gesetzgebers hinzunehmen (BT-Drucks. 13/4899, 82). Verfassungsrechtlich problematisch ist allerdings im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dass das Kind nach deutschem Recht keine Möglichkeit hat, die rechtliche Mutterschaft anzufechten, während im Fall der Samenspende dem Kind die Möglichkeit

taltung der einzelnen Konstellationen unter Berücksichtigung des Kindeswohl zu erfolgen hat (dazu unten 3.2.(2)).

Doch kehren wir zurück zu unserer Ausgangsfrage, wie das Verfassungsrecht die Stellung eines genetischen, aber nicht rechtlichen Elternteils bewertet: *Kann es verfassungsrechtlich mehr als zwei Elternteile im Sinne des Art. 6 Abs. 2 GG geben, wenn genetische und rechtlich-soziale Elternschaft auseinanderfallen?* Die Frage war und ist in der Literatur höchst umstritten;³⁶ in jedem Fall ist zwischen verschiedenen Fallkonstellationen zu differenzieren.

(1) Adoption

Um die Problematik deutlich zu machen, sei zunächst auf das Rechtsinstitut der Adoption hingewiesen, bei dem der Rechtsstatus der genetischen Eltern auf Personen, die zur sozialen Elternschaft bereit sind, übertragen wird (Wirkung der §§ 1754, 1755 BGB). Aufgrund dieses Rechtsakts werden die Adoptiveltern (d.h. die rechtlichen und sozialen Eltern) zu Trägern der Elternverantwortung aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG;³⁷ gleichzeitig verlieren die genetischen Eltern das Recht, die Elternverantwortung auszuüben. Bei Aufhebung der Adoption, d.h. bei Beendigung des Rechtsverhältnisses zwischen Kind und Adoptiveltern, lebt die Elternverantwortung der genetischen Eltern hingegen wieder auf (§ 1764 Abs. 3 und 4 BGB). Anhand dieses Beispiels kann die *Flexibilität der Verfassung* deutlich gemacht werden: Auf das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG können sich zunächst die genetischen Eltern berufen, mit dem Rechtsakt der Adoption steht das Elternrecht dann den Adoptiveltern (rechtlich-soziale Eltern) zu und im Falle der Aufhebung der Adoption mit Wiedererstarben der Elternstellung der genetischen Eltern (§ 1764 Abs. 3 und 4 BGB) rücken diese wieder in den sachlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ein.

(2) Rechtlich-soziale Vaterschaft kraft abstammungsrechtlicher Regelungen

Aber auch in Konstellationen, in denen das Auseinanderfallen von rechtlicher und genetischer Vaterschaft Folge gesetzlicher Regelungen ist, erweist sich die Verfassung bzw. ihre Interpretation durch das BVerfG als *flexibles Instrument* zum Ausgleich der verschiedenen Interessen. Klassischer Fall ist das nicht vom Ehemann abstammende Kind einer verheirateten Frau (§ 1592 Nr. 1 BGB); denkbar sind aber auch Fälle, in denen das Kind einer unverheirateten Frau (ohne Kenntnis des genetischen Vaters) von einem Dritten anerkannt wird (§ 1592 Nr. 2 BGB).

Das BVerfG sucht hier den Ausgleich zwischen den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der betroffenen Personen (des rechtlichen Vaters, des genetischen Vaters, der Mutter und des Kindes) und dem über Art. 6 Abs. 1 GG geschützten sozialen Familienverband (bestehend aus rechtlich-sozialem Vater, Mutter und Kind), indem es dem Kindeswohl und den sozialen Bindungen des Kindes entscheidende Bedeutung zumisst.³⁸ Dies hat im einfachen Recht zur Folge, dass der genetische Vater mit seinem Interesse, die Rechtsstellung des (auch rechtlich anerkannten) Vaters einzunehmen, nur dann zum

eingräumt wird, die rechtliche Vaterschaft anzufechten und – soweit ermittelbar – den genetischen Vater (Samenspende) als rechtlichen Vater festzustellen.

36 Vgl. nur die in BVerfGE 108, 82, 93ff. aufgeführten Meinungen.

37 BVerfGE 24, 119, 150.

38 BVerfGE 108, 82, 100ff.

Zuge kommen kann, wenn zwischen Kind und rechtlichem Vater keine sozial-familiäre Beziehung (mehr) besteht, während das Kind in seinem Interesse an einer rechtlichen Zuordnung zum genetischen Vater durch Einräumung eines Rechts auf Anfechtung der rechtlichen Vaterschaft stärker geschützt wird.

Darüber hinaus kann nach der neuesten Rechtsprechung des EGMR (unabhängig von der Zuordnung des Kindes zum rechtlichen Vater) aus Art. 8 EMRK ein Recht des genetischen Vaters abgeleitet werden, mit seinem Kind Umgang zu pflegen – und zwar selbst dann, wenn der genetische Vater noch keine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufbauen konnte.³⁹ Der Gerichtshof ist mit seiner Interpretation des Familienschutzes in Art. 8 EMRK in gewisser Weise noch offener als das BVerfG, weil dieser Ansatz Einzelfallentscheidungen zum Wohle des Kindes jenseits der abstammungsrechtlichen Zuordnung zulässt. Eine Anpassung des geltenden deutschen Kindschaftsrechts an diese Anforderungen der EMRK im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung dürfte jedoch kaum möglich sein, vielmehr müsste das einfache Recht durch den Gesetzgeber so ausgestaltet werden, dass dem genetischen Vater in eng begrenzten Fällen (bei ernsthaftem Interesse am Kind) ein Umgangsrecht eingeräumt wird, sofern dies dem Kindeswohl dient.

(3) Stiefkindadoption in eingetragenen Lebenspartnerschaften

Die Frage, ob aus der seit 2005 gesetzlich vorgesehenen Stiefkindadoption in eingetragenen Lebenspartnerschaften (§ 9 Abs. 7 LPartG iVm § 1754 Abs. 1 BGB)⁴⁰ folgt, dass das Elternrecht des Grundgesetzes auch zwei gleichgeschlechtlichen Personen zustehen kann, hat das BVerfG bislang nicht entschieden. Im Hinblick auf den bei der Verfassungsinterpretation zu berücksichtigenden sozialen Wandel und die Rechtsprechung des EGMR⁴¹ wird man – entgegen gewichtigen Stimmen in der Literatur⁴² – gleichgeschlechtliche Paare im Falle der Stiefkindadoption als „Eltern“ im Sinne des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG (und als Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG) anerkennen müssen.

39 EGMR FamRZ 2011, 269 (Urt. v. 21.12.2010 – 20578/07: Anayo ./, Deutschland), Leitsätze 2 und 3: „Art. 8 EMRK gewährleistet ein Umgangsrecht des leiblichen Vaters mit seinem rechtlich abweichend zugeordneten Kind [...], selbst wenn er noch keine sozial-familiäre Beziehung zu seinem Kind aufbauen konnte [...]. Das Umgangsrecht des leiblichen Vaters kann nicht mit der Begründung allgemein versagt werden, dass der bestehenden familiären Beziehung zwischen dem Kind und seinen rechtlichen Eltern der Vorrang gegenüber der auf Abstammung beruhenden Vaterbeziehung zukommt. Vielmehr darf der Umgang nicht ohne eine Prüfung des Kindeswohls im Einzelfall versagt werden.“

40 Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts v. 15.12.2004, BGBl. I, 3396 (zum 1.1.2005 in Kraft getreten) und Dethloff (2010).

41 EGMR NJW 2011, 1421 (Urt. v. 24.6.2010 – 30141/04: Schalk u. Kopf ./, Österreich). Vgl. weiter österreichischer Oberster Gerichtshof (OGH RdM 2011, 96) unter Berufung auf die EMRK, die in Österreich Verfassungsrang hat, und die genannte Entscheidung des EGMR: „Der EGMR geht davon aus, dass Paare gleichen Geschlechts ebenso in der Lage sind, wie Paare verschiedenen Geschlechts, stabile, bindende Beziehungen einzugehen. Unter diesen Voraussetzungen ist eine solche gleichgeschlechtliche Beziehung ‚Familie‘ im Verständnis des Art. 8 EMRK. Kinder werden entweder durch Geburt oder durch Adoption Teil einer Familienbeziehung.“

42 Vgl. etwa Burgi (2000: Art. 6, Rn. 85); Jestaedt (2006: 79, 88f.). Wenig hilfreich ist die in BVerfGE 108, 82, 101 aufgestellte Aussage: „Träger des Elternrechts nach Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG können für ein Kind nur eine Mutter und ein Vater sein.“ Diese, in anderem Zusammenhang aufgestellte Aussage sollte im Hinblick auf gleichgeschlechtliche Paare so interpretiert werden, dass die aus dem sachlichen Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG fließende Elternverantwortung nur zwei Personen (aber eben auch zwei Personen gleichen Geschlechts) zustehen kann.

3.2 Auseinanderfallen von genetischer, rechtlicher und/oder sozialer Elternschaft – Regelungsbedarf für neue Phänomene?

Wir haben einleitend bereits darauf hingewiesen, dass das Auseinanderfallen von genetischer, rechtlicher und/oder sozialer Elternschaft kein neues Phänomen ist. Seit zwei Jahrtausenden haben die europäischen Rechtsordnungen für verschiedene Fallkonstellationen Rechtsinstitute entwickelt, die wie etwa die Adoption, die Vormundschaft oder die Familienpflege den Interessen der Beteiligten in der jeweiligen Situation angemessen Rechnung tragen.

(1) Stiefkindfamilie/Patchworkfamilie

Dies gilt grundsätzlich auch für das alte Institut der Stiefkindfamilie (auch in der modernen Variante der Patchworkfamilie), wenngleich hier in der Vergangenheit eher die status- oder erbrechtliche Absicherung des Kindes durch Stiefkindadoption oder „Einkindschaft“ (Lipp: 2008) im Vordergrund stand, während der Gesetzgeber in den letzten Jahren die Verrechtlichung der emotionalen Bindungen des Kindes zu Personen, die „nur“ soziale Eltern sind, in den Vordergrund gestellt hat (dazu Lipp i.d.B.; Löhnig i.d.B.).⁴³ Sowohl das im Jahre 2005 eingeführte kleine Sorgerecht als auch das Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 2 BGB lassen das Bemühen des Gesetzgebers erkennen, Realbeziehungen des Kindes zu sozial-familiären Bezugspersonen zu stärken.⁴⁴ Man kann hier von *layering*, dem Hinzufügen neuer Elemente aufgrund der Stärkung von Kindeswohlaspekten durch den Gesetzgeber und einer damit verbundenen Gewichtsverlagerung sprechen: die Bindungen des Kindes zu sozial-familiären Bezugspersonen gewinnen an Gewicht und treten neben die verfassungsrechtlich geschützte und einfachgesetzlich ausgestaltete Elternverantwortung.

(2) Elternschaft nach Keimzellspende

Ganz neue rechtliche Herausforderungen ergeben sich hingegen aus den Techniken der Fortpflanzungsmedizin, die sich aber in Anlehnung an das alte Institut der Adoption lösen lassen.⁴⁵ Ähnlich wie bei der Adoption müssen bei der Samenspende *de lege lata* und müssten bei Zulassung von Eizell-/Embryospende *de lege ferenda* alle beteiligten „Eltern“, die genetischen Eltern und die rechtlich-sozialen Eltern, mit dem „Verzicht“ auf die Wahrnehmung der Elternverantwortung durch die genetischen Eltern und der Begründung

43 So ist z.B. denkbar, dass die Mutter, bei der das Kind lebt, die elterliche Sorge allein ausübt, dem Vater nur ein Umgangsrecht zusteht, und der aktuelle Ehemann der Mutter als sozialer Vater das so genannte „kleine Sorgerecht“ (§ 1687b BGB) ausübt (entsprechendes gilt nach § 9 Abs. 1 bis 4 LPartG für eingetragene Lebenspartner). Diese Konstellation kann im Laufe der Zeit zu Formen der temporären Ausübung bestimmter Teilsegmente der Elternschaft führen: Als Beispiel hierfür wären das kleine Sorgerecht des ersten Ehemannes der Mutter und Stiefvaters sowie nach Scheidung und erneuter Heirat der Mutter das kleine Sorgerecht des neuen Ehemannes zu nennen; trennt sich die Mutter auch von diesem Ehemann und haben beide Ehemänner eine sozial-familiäre Beziehung zum Kind aufgebaut, so kann beiden ein Umgangsrecht mit dem Kind zustehen (§ 1685 Abs. 2 BGB).

44 Nicht vollständig überzeugt hingegen, dass bei Auflösung von Patchworkfamilien zwar den Halbgeschwistern ein Umgangsrecht nach § 1685 Abs. 1 BGB zusteht, während Stiefgeschwister nur unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 1685 Abs. 2 BGB ein Umgangsrecht einzuräumen ist.

45 Die Parallele zwischen der Erfüllung des Kinderwunsches durch Keimzellspende einerseits und Adoption andererseits hat jüngst auch der österreichische Oberste Gerichtshof gezogen; OGH RdM 2011, 96f. mit Anm. Bernat.

der Elternschaft der Wunscheltern einverstanden sein. Die (derzeit) restriktive Haltung des deutschen Gesetzgebers im Hinblick auf Eizell- und Embryospende (vgl. Kaiser i.d.B.) dürfte nicht mehr lange zu halten sein: Das gegen Österreich erlassene (noch nicht rechtskräftige) Urteil des EGMR⁴⁶ zur Eizellspende wird vermutlich in zahlreichen europäischen Ländern (auch in Deutschland) Reformprozesse auslösen. Das bestehende Dilemma (Erfüllung des Kinderwunsches mit Hilfe der Medizin versus „Verfügung“ über ein Kind kraft Vereinbarung der beteiligten Eltern) und der Ausgleich der widerstreitenden Interessen (Fortpflanzungsfreiheit der Eltern einerseits und Wohl des Kindes andererseits) lassen sich freilich nicht einfach bewältigen – auch dies dürfte im Übrigen ein Grund für die eher restriktive Haltung etlicher europäischer Gesetzgeber in diesem Bereich (insbesondere aber gegenüber der „Ersatzmutterschaft“) sein.

3.3 Nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnisse – Blockadehaltung des Gesetzgebers?

Ganz anders sieht es hingegen für den Bereich des nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnisses aus: Hier liegen Elternschaftskonstellationen bzw. Verläufe der Elternschaft vor, die die deutsche Gesetzgebung seit Jahren ignoriert und denen sie trotz gelebter Elternschaft den verfassungsrechtlich gebotenen gesetzlichen Schutz vorenthält. Dabei ist zwischen zwei Konstellationen zu differenzieren: (1) Genetische, rechtliche und soziale Elternschaft fallen in einer nichtehelichen Familie zusammen. (2) Die Eltern leben nicht zusammen und die Mutter verhindert oder beeinträchtigt die Wahrnehmung der Elternverantwortung durch den Vater.

Dass unterschiedliche nichteheliche Eltern-Kind-Verhältnisse auch unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen verlangen, hat sich noch nicht durchgesetzt. Der deutsche Gesetzgeber hat es bis heute versäumt, ein nichteheliches Kindschaftsrecht, das den unterschiedlichen Eltern-Kind-Konstellationen gerecht wird, zu entwickeln. Er hat stattdessen seit Bestehen des verfassungsrechtlichen Auftrags aus Art. 6 Abs. 5 GG⁴⁷ Regelungen zum nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis fast immer nur auf entsprechenden Druck des BVerfG (später auch des EGMR) und jeweils stark einzelfallbezogen erlassen.⁴⁸

46 EGMR ÖJZ 2010, 684ff. (Urt. v. 1.4.2010 – 57813/2000: S.H. et al. ./ Österreich).

47 Die erste Mahnung des BVerfG erfolgte 1958 (BVerfGE 8, 210 mit dem Leitsatz: „Art. 6 Abs. 5 GG enthält einen bindenden Auftrag an den Gesetzgeber; dieser verletzt die Verfassung, wenn er es unterläßt, den Verfassungsauftrag in angemessener Frist auszuführen.“). Da eine hinreichende Umsetzung des Verfassungsauftrags mit dem Familienrechtsänderungsgesetz von 1962 nicht erfolgte, musste das BVerfG den Gesetzgeber 1969 erneut mahnen (BVerfGE 25, 167: „Erfüllt der Gesetzgeber den ihm von der Verfassung in Art. 6 Abs. 5 GG erteilten Auftrag zur Reform des Unehelichenrechts auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts nicht bis zum Ende der laufenden (5.) Legislaturperiode des Bundestages, so ist der Wille der Verfassung soweit wie möglich von der Rechtsprechung zu verwirklichen. Die Verfassungsnorm erlangt insoweit derogierende Kraft gegenüber entgegenstehendem einfachen Recht.“ Erst unter diesem Fristendruck trat dann am 1.7.1970 das *Gesetz über die rechtliche Stellung des nichtehelichen Kindes* (BGBl. I 1969, 1243) in Kraft. Zur Entwicklung nach 1945: Schumann (1998: 126ff.).

48 Rauscher (2010: 1010) fasst die unrühmliche Rolle des Gesetzgebers seit der ersten großen Reform des nichtehelichen Kindschaftsrechts vor 40 Jahren zutreffend zusammen: „Seit dem NEhelG 1969 ist es dem Gesetzgeber nie wirklich gelungen, sich aus der Rolle des Getriebenen zu lösen und zu

(1) Die nichteheliche Familie

Das BVerfG hat schon früh anerkannt, dass die Mutter eines nichtehelichen Kindes Inhaberin des Elternrechts aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG ist⁴⁹ und mit ihrem Kind eine Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG bildet.⁵⁰ Das Grundgesetz schützte als Familie seit Ende der 1970er Jahre auch die Gemeinschaft zwischen dem nichtehelichen Kind und seinem Vater, wenn es mit ihm zusammenlebt.⁵¹ Auf dieser verfassungsrechtlichen Grundlage entwickelten Teile des juristischen Schrifttums die so genannte Zwei-Familien-Theorie, die die faktische Einheit der Familie missachtete, weil sie auch bei Vorliegen einer vollständigen Familie von zwei unter dem Schutz des Art. 6 Abs. 1 GG stehenden Familien ausging, einer Mutter-Kind-Familie und einer Vater-Kind-Familie, wobei das Kind die Schnittmenge bildete.⁵²

Nichteheliche Familien erfüllen ebenso wie eheliche Familien diejenigen Funktionen (Solidaritäts-, Reproduktions- und Sozialisationsfunktionen), die die Grundlage des besonderen staatlichen Schutzes des Art. 6 Abs. 1 GG bilden. Mit der Anerkennung dieser Leistungen der Familien bringt der Staat zum Ausdruck, dass diese zunächst auf das Private zielenden Funktionen gleichzeitig von erheblichem öffentlichem Interesse sind und daher besondere Förderung verdienen (vgl. Huster 2002: 502f.). Obwohl verfassungsrechtlich geboten⁵³ hat der Gesetzgeber bis heute die nichteheliche Familie jedoch nicht als *eine* unter das Fördergebot des Art. 6 Abs. 1 GG fallende Familie anerkannt.

In Umsetzung der Rechtsprechung des BVerfG müsste der Gesetzgeber sämtliche Leistungen und Schutzvorschriften, die ehelichen Familien ausschließlich aufgrund des Vorhandenseins gemeinsamer Kinder – und *nicht* aufgrund der zusätzlich bestehenden Solidargemeinschaft „Ehe“ – gewährt werden, auf nichteheliche Familien übertragen. Dies betrifft nicht nur das Familienrecht, etwa die Regelungen zur Hausratsverteilung und Wohnungszuweisung,⁵⁴ sondern auch sämtliche öffentlich-rechtlichen Regelungen, insbesondere die aufenthalts-, steuer- und sozialrechtlichen Schutzwirkungen des Art. 6 Abs. 1 GG.

Würde man endlich die *Mutter-Vater-Kind-Familie*, bei der genetische, rechtliche und soziale Elternschaft zusammenfallen (vollständige Familie), unabhängig vom Rechtssta-

einer schlüssigen Gestaltung des Vater-Kind-Verhältnisses aufzuraffen. Bis in die Begrifflichkeiten wurden *BVerfG*-Entscheidungen in gerade noch verfassungsgemäßer Weise umgesetzt. Das *BVerfG* hat Meilensteine gesetzt [...].“

49 BVerfGE 24, 119, 127 (vgl. auch schon BVerfGE 18, 97, 105f.).

50 BVerfGE 45, 104, 123 mwN.

51 BVerfGE 45, 104, 123; 79, 203, 210.

52 Schumann (1998: 172ff.) mwN. Selbst das BVerfG (BVerfGE 112, 50, 65) konnte sich erst vor wenigen Jahren zur ausdrücklichen Anerkennung der nichtehelichen Vater-Mutter-Kind-Familie als *einer* Familie im Sinne des Art. 6 Abs. 1 GG durchringen.

53 BVerfGE 112, 50, 67: „Im Bereich staatlicher Maßnahmen, welche die Familie betreffen, muss der Staat zusätzlich den Schutz beachten, den er dieser nach Art. 6 Abs. 1 GG schuldet [...]. Zudem ist das Schutzgebot dieser Vorschrift besonders zu berücksichtigen, wenn das geltende Recht eine Form der Familie schlechter stellt, die sich von der Gemeinschaft verheirateter oder verwitweter Elternteile mit ihren Kindern nicht unterscheidet [...]. Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Regelungen differenzieren zwischen verheirateten und unverheirateten Elternteilen, die nach dem gewaltsamen Tode des anderen Elternteils gemeinsame Kinder betreuen. [...] Diese Unterscheidung lässt sich verfassungsrechtlich nicht hinreichend rechtfertigen“. Vgl. schon Schumann (1998: 169ff.).

54 Dazu Schumann (2007: 227, 230f.).

tus der Eltern als „Normalfall“ des Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG behandeln, dann könnte man etwa 80 % aller Kinder dieser Familienform zurechnen (vgl. Feldhaus/Huinink i. d. B.). Sonderregelungen wären dann nur noch für solche Konstellationen notwendig, bei denen genetische, rechtliche und/oder soziale Elternschaft auseinanderfallen (oben 3.2) sowie für Fälle des Elternkonflikts (typischerweise bei Getrenntleben der Eltern).

(2) Die Rechtsstellung des Vaters

Trotz des eindeutigen Bekenntnisses zur genetischen Elternschaft in Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG hat sich der Gesetzgeber bis in die jüngste Zeit damit schwer getan, auch den Vater eines nichtehelichen Kindes als vollwertigen und neben der Mutter gleichberechtigten Inhaber des Elternrechts anzuerkennen – und zwar selbst dann, wenn genetische, rechtliche und soziale Elternschaft in der Person des Vaters zusammenfielen (vgl. dazu Schumann 1998: 204ff.). Das *nichteheliche Vater-Kind-Verhältnis* ist ein Paradebeispiel für die Ignoranz bzw. die bewusste Missachtung des Gesetzgebers gegenüber dem Wunsch (und dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch) der Väter, dass ihnen das einfache Recht die Ausübung der Elternverantwortung in vollem Umfang ermöglicht.

Rechtlich umstritten war noch bis Mitte der 1990er Jahre, ob der Vater eines nichtehelichen Kindes überhaupt Träger des Elternrechts sein kann. In mehreren Verfahren kämpften die Väter nichtehelicher Kinder ihre Rechte vor dem BVerfG: Im Jahr 1981 wurde Vätern, die mit der Mutter ihres nichtehelichen Kindes zusammenlebten, und 1995 allen Vätern nichtehelicher Kinder die verfassungsrechtlich garantierte Elternstellung zuerkannt.⁵⁵ Der Gesetzgeber nahm diese Rechtsprechung jedoch nicht zum Anlass, um im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform 1998 das nichteheliche Vater-Kind-Verhältnis verfassungsgemäß auszugestalten.⁵⁶ Zwar verwandte er viel Mühe darauf, den Begriff „nichteheliches Kind“ aus dem einfachen Recht zu tilgen und durch die sprachlich umständlichere Umschreibung „Kind nicht miteinander verheirateter Eltern“ zu ersetzen. Gleichzeitig blieb aber die rechtliche Annäherung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses an das eheliche Kindschaftsrecht auf ein Minimum beschränkt, womit die Diskriminierung nichtehelicher Kinder und ihrer Väter letztlich fortgeschrieben wurde.

In den letzten zehn Jahren folgten (als Reaktion auf die „Blockade“ des Gesetzgebers) zahlreiche Urteile des BVerfG und des EGMR, in denen in nahezu allen Bereichen des nichtehelichen Kindschaftsrechts (Abstammung, elterliche Sorge, Umgang, Betreuungsunterhalt, Adoption) verfassungs- oder konventionswidrige Regelungen identifiziert und entweder dem Gesetzgeber entsprechende Änderungsaufträge erteilt oder der Judikative Vorgaben für eine verfassungskonforme Auslegung gemacht wurden. Der Gesetzgeber nahm die einzelnen Aufträge jedoch wieder nicht zum Anlass, die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses grundsätzlich zu überprüfen, obwohl ihm dies für den Bereich der gemeinsamen elterlichen Sorge sogar ausdrücklich aufgegeben war. Er führte vielmehr durch eine ungewöhnlich enge Umsetzung der Entscheidungen des BVerfG seine Blockadehaltung in diesem Bereich fort.

So erklärte im Januar 2003 das BVerfG die bestehende Regelung zur elterlichen Sorge (Sorgeerklärungen) nicht miteinander verheirateter Eltern (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB)

55 BVerfGE 56, 363, 384; 92, 158.

56 Dabei war die Schaffung eines vom Status der Eltern weitgehend unabhängigen Kindschaftsrechts ein zentrales Anliegen der Reform von 1998; vgl. BT-Drucks. 13/4899, 29, 51.

für Altfälle (Trennung der nicht miteinander verheirateten Eltern vor Inkrafttreten der Kindschaftsrechtsreform) für verfassungswidrig und verpflichtete den Gesetzgeber, erstens für die Altfälle bis zum 31.12.2003 eine Übergangsregelung vorzusehen und zweitens bezüglich aller anderen Fälle die tatsächliche Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob die § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB zugrundeliegenden Prämissen vor der Wirklichkeit Bestand haben können.⁵⁷ Der erste Auftrag wurde mit dem *Gesetz zur Umsetzung familienrechtlicher Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* vom 13.12.2003 und der Schaffung einer Übergangsregelung für Altfälle sehr eng, aber rechtzeitig umgesetzt.⁵⁸ Der Erfüllung des zweiten Auftrags, der Überprüfung der gesetzgeberischen Prämissen von 1998 auf der Grundlage einer aussagekräftigen Rechtsstatsachenforschung, kam der Gesetzgeber lange Zeit nicht nach – darauf hat der EGMR in seiner Entscheidung zum gemeinsamen Sorgerecht vom Dezember 2009 kritisch hingewiesen.⁵⁹ Umstritten war vor allem der absolute Vorrang der alleinigen Sorge der Mutter, wenn diese sich einer gemeinsamen Sorge mit dem Vater verweigerte. Immerhin erkannte das Bundesministerium der Justiz den Handlungsbedarf an und schrieb im September 2008 zur Erfüllung des Auftrags ein Forschungsvorhaben aus;⁶⁰ seit kurzem liegen die Ergebnisse vor.⁶¹

Im April 2003 stärkte das BVerfG die Rechte eines genetischen Vaters, der (noch) nicht als rechtlicher Vater anerkannt war, und gab dem Gesetzgeber auf, die Regelungen über die Vaterschaftsanfechtung bis zum 30.4.2004 verfassungsgemäß auszugestalten.⁶² Auch diesen Auftrag setzte der Gesetzgeber mit dem *Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Anfechtung der Vaterschaft und das Umgangsrecht von Bezugspersonen des Kindes* vom 23.4.2004 (§ 1600 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2-3 BGB und § 1685 Abs. 2 BGB) rechtzeitig um.⁶³ In den Jahren 2005 bis 2007 folgten dann drei weitere Entscheidungen des BVerfG zum nichtehelichen Eltern-Kind-Verhältnis.⁶⁴

57 BVerfGE 107, 150ff. Kritisch im Hinblick auf die Begrenzung der Entscheidung auf Altfälle: Spangenberg/Spangenberg (2003); Müller (2004); Finger (2003); Coester (2007). Vgl. weiter Altrogge (2008).

58 In Art. 224 § 2 Abs. 3-5 EGBGB, vgl. BGBl. I 2003, 2547f.; dazu Eckebrecht (2005).

59 EGMR FamRZ 2010, 105, Rz. 58 (die durchgeführten Untersuchungen hätten „bisher keine klaren Ergebnisse [...] insbesondere hinsichtlich der Motive der Mütter für die Ablehnung der gemeinsamen Sorge“ erbracht). Vgl. dazu auch Kleine Anfrage mehrerer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen v. 27.6.2007 (BT-Drucks. 16/5852) und Antwort der Bundesregierung v. 13.7.2007 (BT-Drucks. 16/6078); Anfrage der Abgeordneten Ekin Deligöz v. 25.7.2008 (BT-Drucks. 16/10047); Antrag mehrerer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen „Sorgerechtsregelung für Nichtverheiratete reformieren“ v. 28.5.2008 (BT-Drucks. 16/9361) und Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 17.6.2009 (BT-Drucks. 16/13446).

60 Bundesanzeiger Nr. 143 v. 19.9.2008, 3415f.

61 Karin Jurczyk (DJI)/Sabine Walper (LMU München): Vorgezogener Endbericht für das Projekt „Gemeinsames Sorgerecht nicht miteinander verheirateter Eltern“, München 30.11.2010.

62 BVerfGE 108, 82ff.

63 BGBl. I 2004, 598f.; dazu Eckebrecht (2005).

64 BVerfG FamRZ 2006, 385f. zur verfassungskonformen Auslegung von § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB (Sorgerecht des Vaters nach Ausfall der Mutter); BVerfG FamRZ 2006, 94ff. und 1355f. zur verfassungskonformen Auslegung von § 1748 Abs. 4 BGB (Ersetzung der Einwilligung des nicht sorgeberechtigten Vaters im Falle der Stiefkindadoption seines Kindes); BVerfG FamRZ 2007, 965ff. zur Verfassungswidrigkeit der unterschiedlichen Ausgestaltung des Betreuungsunterhalts nach § 1615I Abs. 2 S. 3 BGB und § 1570 BGB (diese Entscheidung hatte zur Folge, dass das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz nicht wie geplant zum 1.7.2007, sondern in nachgebesselter Form zum 1.1.2008 in Kraft trat).

Am 3. Dezember 2009 entschied der EGMR, dass das deutsche Familienrecht Väter nichtehelich geborener Kinder beim Zugang zur (gemeinsamen) elterlichen Sorge diskriminiert. Insbesondere der generelle Ausschluss einer gerichtlichen Einzelfallprüfung der Alleinsorge der Mutter verstößt gegen Art. 8 Abs. 1 iVm Art. 14 EMRK.⁶⁵ Das BVerfG schloss sich dann im Sommer 2010 dieser Auffassung an.⁶⁶ Beide Urteile machen eine Neugestaltung des Sorgerechts (§§ 1626a, 1672, 1678 Abs. 2, 1680 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3, 1681 Abs. 1 BGB) erforderlich; zudem wird die Rechtstellung des Vaters im Adoptionsrecht (§§ 1747 Abs. 3, 1748 Abs. 4 BGB) zu überdenken sein. Schließlich sind – wie schon erwähnt – aufgrund der neuesten Entscheidung des EGMR auch Änderungen im Umgangsrecht zu erwarten.⁶⁷

Zum Sorgerecht für nichteheliche Kinder hat sich der Gesetzgeber letztmals anlässlich der Kindschaftsrechtsreform von 1998 ausführlich geäußert und die Regelungen „sozial-protektiv“ mit den Interessen der Mütter nichtehelicher Kinder begründet: Eine Beteiligung des Vaters am Sorgerecht oder gar die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Sorge gegen den Willen der Mutter wurden als Bedrohung der wohl als spezifisch verwundbar gedachten Mutter (und des verwundbaren Kindes) dargestellt.⁶⁸ Die naheliegende Regelung, eine richterliche Einzelfallprüfung, ob die gemeinsame Sorge der Eltern oder die Übertragung der Sorge auf den Vater dem Kindeswohl besser entspricht (mit der Folge einer Einschränkung oder dem Verlust der mütterlichen Sorge), zu etablieren, wurde mit wenig überzeugenden Gründen verworfen.⁶⁹

4. Nachholende Anpassung und Blockade – Zusammenfassung, Diskussion, Ausblick

Unser Beitrag wollte zeigen, dass das GG und die EMRK ausreichend offen sind, um angemessen auf den sozialen Wandel und neue Elternkonstellationen zu reagieren, während diese Offenheit im deutschen Familienrecht an vielen Stellen fehlt.⁷⁰ In einigen Bereichen, wie der Anerkennung sozial-familiärer Beziehungen des Kindes zu Personen, die keine „Eltern“ sind, begleitet der Gesetzgeber mit der Schaffung von sorgerechtlichen Befugnissen und Umgangsrechten für diese Personen seit einigen Jahren den sozialen Wandel. Entsprechendes gilt für die Stellung gleichgeschlechtlicher Paare als „Eltern“, z.B. durch die in § 9 LPartG (Lebenspartnerschaftsgesetz) enthaltenen sorgerechtlichen Befugnisse gegenüber den Kindern einer Lebenspartnerin/eines Lebenspartners.

65 EGMR NJW 2010, 501 (Urt. v. 3.12.2009 – 22028/04: Zaunegger ./ Deutschland); dazu Schumann (2010: 222ff.).

66 BVerfG NJW 2010, 3008ff.

67 EGMR FamRZ 2011, 269; dazu oben 3.1.(2), Fn. 39.

68 BT-Drucks. 13/4899, 59f. Vgl. auch Schumann (2010: 224f. mwN in Fn. 23).

69 Kritisch dazu Schumann (1998: 331f.).

70 Allerdings stellt die Tatsache, dass der Gesetzgeber bestimmte Konstellationen nicht regelt, keineswegs immer einen Verstoß gegen die Verfassung dar. Denn innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens hat der Gesetzgeber einen weiteren Gestaltungsspielraum, ob und gegebenenfalls wie er einzelne Fragen regelt: dies gilt etwa für den Bereich der Fortpflanzungsmedizin, insbesondere für die Eizell-/Embryospende.

Auf der anderen Seite lassen sich aber Regelungsbereiche identifizieren, die geradezu von einer Blockadehaltung des Gesetzgebers gekennzeichnet sind. Dies betrifft vor allem den existenziellen Bereich der elterlichen Sorge für nichteheliche Kinder. Der Gesetzgeber hat vergleichsweise zügig („vorausseilend“) gleichgeschlechtlichen Paaren die verfassungsrechtlich keineswegs gebotene, wenngleich rechtspolitisch begrüßenswerte Möglichkeit eingeräumt, ihre Partnerschaft einer Ehe vergleichbar verbindlich auszugestalten. Er zögert aber aus nicht ersichtlichen Gründen damit, das Kindschaftsrecht, obwohl verfassungsrechtlich geboten, nicht länger am Status der Eltern auszurichten, sondern an ihrer Bereitschaft, zum Wohle des Kindes Verantwortung zu übernehmen. Damit abstrahiert der Gesetzgeber von der Rechtswirklichkeit in Deutschland, denn nach dem Mikrozensus 2008 leben in Ostdeutschland 41% der Paare und in Westdeutschland 23% der Paare ohne Trauschein mit Kindern zusammen.

Warum aber unterscheidet sich die Reaktion des Gesetzgebers auf Phänomene neuer Elternschaftsformen so auffällig von der Blockadehaltung im nichtehelichen Kindschaftsrecht: ein Handeln im Fall des statistisch bislang noch eher marginalen Phänomens der Kinder in gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, dagegen Nichthandeln⁷¹ bezüglich der Rechtsstellung der nicht mit der Kindesmutter verheirateten Väter? Warum hat der Gesetzgeber es trotz zahlreicher, auch frühzeitiger⁷² Mahnungen im Schrifttum über Jahre versäumt, die elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern verfassungskonform auszugestalten?⁷³ Und warum nimmt der Gesetzgeber in Kauf, dass das BVerfG und/oder der EGMR als Gegenspieler auftreten und die Rechtsanpassung erzwingen?

Wir können Antworten auf diese Fragen nach den Unterschieden in der rechtlichen Anpassung nur andeuten. Dafür greifen wir nochmals auf unsere Heuristik zurück. Ihr zufolge kann man das Handeln des Gesetzgebers mit dem Anpassungstypus der „Trift“ näher kennzeichnen: dem Nichthandeln angesichts von erheblichen, nicht mehr bloß marginalen Veränderungen in der Gesellschaft. Im Fall der Trift gelingt es Reformgegnern (hier: dem Gesetzgeber) zunächst, eine Änderung des Gesetzestextes zu verhindern. Nichtstun, Abwarten, Nichtberücksichtigung neuer sozialer Regeln sind dann typische Folgehandlungen, deren Ergebnis aber letztlich ungewiss ist und längerfristig oft zur Anpassung an den neuen Kontext führt.

Mahoney und Thelen (2010) würden nun fragen, wie mächtig der Gesetzgeber gegenüber anderen rechtspolitischen oder rechtspolitisch relevanten institutionellen oder organisierten Akteuren ist bzw. mit welchen mächtigen Gegenspielern (politikwissenschaftlich: „veto player“) oder institutionellen Hürden („veto points“) er bei der Durchsetzung seiner Interessen zu rechnen hat und auf welche Mitspieler er zählen kann. Gegenspieler wie Mitspieler im Prozess der Familienrechtsanpassung können im Prinzip neben dem EGMR oder dem BVerfG Verbände, Lobbygruppen, soziale Bewegungen (feministische

71 Nichthandeln gilt sozialwissenschaftlich als eine Form des Handelns; wo es bewusst erfolgt (z.B. durch strategisches „Aussitzen“, Filibustern usw.), auch als eine Form der Machtausübung (Beeinflussung des Willens eines Anderen durch Nichtentscheiden; Nichtzulassung einer Diskussion von Handlungsalternativen), vgl. dazu z.B. Lukes (1974).

72 Vgl. etwa Schumann (2000: 390ff.); Finger (2000: 1204ff.); Niemeyer (2001: 491ff.).

73 Zur elterlichen Sorge vgl. Coester (2007: 1145): „Jetzt ist es allmählich höchste Zeit, den Geburtsfehler des KindRG 1998 zu reparieren. Es wäre dem Ansehen des deutschen Gesetzgebers förderlich, wenn er dazu nicht auf eine Anordnung aus Karlsruhe oder Straßburg warten würde.“ Vgl. weiter z.B. Rixe (2006); Gernhuber/Coester-Waltjen (2010: § 57, Rn. 141-145).

Gruppierungen), Expertengruppen, Politiker und Parteimitglieder, auch Koalitionen von Mitgliedern verschiedener Teilgruppen sein.

Offensichtlich verfügte der deutsche Gesetzgeber lange Zeit über noch genauer zu klärende Möglichkeiten, jede Verbesserung der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters zu blockieren. Ein tradiertes Leitbild, das über Epochen hinweg für bestimmte einflussreiche Akteure handlungsleitend (-begründend) war, z.B. eine sozial-protective Haltung gegenüber alleinstehenden Müttern („Verwundbarkeit“ der vermeintlich schwächeren Partei), wäre solch eine Möglichkeit. So könnte man vermuten, was, wie gesagt, empirisch zu überprüfen wäre, dass bis in die jüngere Zeit in Deutschland eine Koalition zwischen einigen „maternalistisch“⁷⁴ eingestellten frauenbewegungsnahen und familienrechtlichen Akteuren/Akteurinnen bestand, der es gelang, eine Verbesserung der Rechtsstellung des nichtehelichen Vaters durch die Betonung des Wohles und Interesses der „verwundbaren“ Mutter zu verhindern. Diesem Argument stehen Akteure (Gegenspieler) gegenüber, die – unseres Erachtens zunehmend – die Auffassung vertreten, dass ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen der Elternteile zum Wohle des Kindes gefunden werden muss, die Rechtsanpassung also nicht einseitig zugunsten der Kindesmutter ausfallen kann. In diesem Sinne haben sich der EGMR und das BVerfG im Mehrebenensystem der aktuellen Rechtsentwicklung dem Gesetzgeber als Vetospieler entgegengestellt, die nun die Rechtsanpassung erzwingen. Die Verbesserung der Rechtsstellung so genannter Regenbogenfamilien (gleichgeschlechtliche Partnerschaften mit Kindern meist aus einer früheren heterosexuellen Verbindung) entspricht nicht nur der Leitidee der Anti-Diskriminierung; sie traf offensichtlich bislang auf keine mächtigen gesetzgeberischen Gegenspieler.

Die Offenheit einer Rechtsnorm bzw. des Spielraums, eine Norm zu interpretieren, erleichtert den Wandel einer Rechtsnorm. Ist der Spielraum groß, fehlen zugleich wichtige Vetopunkte oder Vetospieler, kommt es am ehesten zur „Konversion“, zur Neuinterpretation des Norminhalts und ihrer Verwendung zur Durchsetzung neuer Ziele (vgl. Mahoney/Thelen 2010: 18ff.). Sind die Interpretationsspielräume gering oder eingeschränkt und die Vetopunkte zahlreich, kann es zum *layering* kommen: Akteure (Vetospieler), die einem Wandel zurückhaltend oder feindlich gegenüberstehen, können zwar die Abschaffung der alten (geschlossenen) Norm verhindern, – nicht verhindern können sie aber, dass der alten Norm neue Bestimmungen hinzugefügt werden.

Mit unserer Heuristik haben wir eine Möglichkeit andeuten wollen, aktuelle Forschungslücken im Feld des familienrechtlichen Wandels zu bearbeiten. Sie eignet sich auch für systematische Rechtsvergleiche, da sie verlangt, die Akteure der Rechtsentwicklung, deren Ideen und die jeweiligen Zeitpunkte genauer zu analysieren, an dem rechtliche Anpassungen in einem Land so und nicht anders möglich waren. Nicht behandelt haben wir eine wichtige weiterführende Frage, die sich aus unseren Überlegungen zur Offenheit familienrechtlicher Regelungen für die richterliche Praxis ergibt: Ob wir durch flexiblere familienrechtliche Regelungen, die für richterliche Rechtsfortbildung offen sind, den sozialen Wandel einfacher begleiten bzw. angemessener auf ihn reagieren könnten.

74 Die sozialwissenschaftliche Literatur spricht hier von „Maternalismus“ und bezeichnet mit dem inzwischen etablierten Konzept spezifische Rechtsansprüche von Müttern. Orloff (2006) betont, dass es Frauen inzwischen kaum mehr gelingt, sozialrechtliche Ansprüche mit dem Verweis auf den Status „Mutter“ zu begründen.

Literatur

- Altrogge, Alexandra (2008): Nichtehelicher Vater und Sorgeerklärung. In: *Familie Partnerschaft Recht (FPR)*, 14, 4, S. 154-157.
- Baer, Susanne (2010): Sexuelle Identität als Grundrecht? Die Diskussion um eine Ergänzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. In: *STREIT*, 28, 3, S. 102-108.
- Burgi, Martin (2000): Kommentierung von Art. 6 GG. In: Friauf, Karl Heinrich/Höfling, Wolfram (Hrsg.): *Berliner Kommentar zum GG, Band 1*. Berlin: Erich Schmidt.
- Coester, Michael (2004): Ersatzmutterchaft in Europa. In: Mansel, Hans-Peter/Pfeiffer, Thomas/Kronke, Herbert/Kohler, Christian/Hausmann, Rainer (Hrsg.): *Festschrift für Erik Jayme*. München: Sellier, S. 1243- 1258.
- Coester, Michael (2007): Nichteheliche Elternschaft und Sorgerecht. In: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 54, 14, S. 1137-1145.
- Dethloff, Nina (2010): Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner? In: *Familie Partnerschaft Recht (FPR)*, 16, 5, S. 208-210.
- Dethloff, Nina (2011): Rechtliche Rahmenbedingungen für Regenbogenfamilien in Europa. In: Rupp, Marina (Hrsg.): *Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Verbreitung, Institutionalisierung und Alltagsgestaltung*. Opladen/Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich (Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research, Sonderheft 7), S. 41-51.
- Eckebrecht, Marc (2005): Neuere Gesetze zur Stärkung der Vaterrechte. In: *Familie Partnerschaft Recht (FPR)*, 11, 5, S. 205-210.
- EGgen, Bernd/Rupp, Marina (2011): Gleichgeschlechtliche Paare und ihre Kinder: Hintergrundinformationen zur Entwicklung gleichgeschlechtlicher Lebensformen in Deutschland. In: Rupp, Marina (Hrsg.): *Partnerschaft und Elternschaft bei gleichgeschlechtlichen Paaren. Verbreitung, Institutionalisierung und Alltagsgestaltung*. Opladen/Farmington Hills, MI: Verlag Barbara Budrich (Zeitschrift für Familienforschung/Journal of Family Research, Sonderheft 7), S. 23-37.
- Ehmer, Josef (1982): Familie und Klasse. Zur Entstehung der Arbeiterfamilie in Wien. In: Mitterauer, Michael/Sieder, Reinhard (Hrsg.): *Historische Familienforschung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 300-325.
- Finger, Peter (2000): §§ 1626a ff., 1672 BGB – verfassungswidrig? In: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 27, 19, S. 1204-1207.
- Finger, Peter (2003): Gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder. In: *Familie und Recht (FuR)*, 14, 8, S. 341-342.
- Fleckenstein, Timo/Seeleib-Kaiser, Martin (2011): Business, skills and the welfare state: The political economy of employment-oriented family policy in Britain and Germany. In: *Journal of European Social Policy*, 21 (2), S. 120-135.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar (2010): *Familienrecht*. München: C. H. Beck (6. Auflage).
- Goldstein, Joshua/Kreyenfeld, Michaela/Huinink, Johannes/Konietzka, Dirk/Trappe, Heike (2010): *Familie und Partnerschaft in Ost- und Westdeutschland*. Ergebnisse im Rahmen des Projektes „Demographic Differences in Life Course Dynamics in Eastern and Western Germany“. DemoDiff. Pairfam. Rostock: Max Planck Institut für Demographische Forschung.
- Guerrero, Marion (2010): Gleichgeschlechtliche Familien. Ausblick auf die EGMR-Judikatur zur Stiefkindadoption für gleichgeschlechtliche Paare im österreichischen Kontext. In: *Juridikum*, 22, 4, S. 391-401.
- Hall, Peter A. (2009): Historical institutionalism in rationalist and sociological perspective. In: Mahoney, James/Thelen, Kathleen (Hrsg.): *Explaining institutional change. Ambiguity, agency and power*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 204-223.
- Hareven, Tamara K. (1982): Family time and historical time. In: Mitterauer, Michael/Sieder, Reinhard (Hrsg.): *Historische Familienforschung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 64-87.
- Holst, Elke (2010): Wochenarbeitszeiten: Wunsch und Wirklichkeit nach der deutschen Vereinigung bis 2008. In: Krause, Peter/Ostner, Ilona (Hrsg.): *Leben in Ost- und Westdeutschland*. Frankfurt am Main: Campus, S. 317-334.

- Huster, Stefan (2002): *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hübner Otto (Hrsg.) (1852): *Jahrbuch für Volkswirtschaft und Statistik Band 1*. Berlin: Kühn/ Leipzig: Mayer.
- Jestaedt, Matthias (2006): Elternschaft und Elternverantwortung unter dem Grundgesetz. In: Geis, Max-Emmanuel (Hrsg.): *Planung – Steuerung – Kontrolle, Festschrift für Richard Bartlspenger zum 70. Geburtstag*. Berlin: Duncker & Humblot, S. 79-98.
- Jessen, Arnd (1955): Der Aufwand für Kinder in der Bundesrepublik im Jahre 1954 (Gutachten), In: *Familie und Sozialreform. Jahresversammlung der Gesellschaft für Sozialen Fortschritt e.V., Familie und Sozialreform*, Berlin, S. 83-155.
- Kaufmann, Franz Xaver (2002): *Sozialpolitik und Sozialstaat: Soziologische Analysen*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Katzorke, Thomas (2008): Entstehung und Entwicklung der Spermienbehandlung in Deutschland. In: *Journal für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie*, 5, 1, S. 14-20.
- Keck, Margret/Sikkink, Kathryn (1998): *Activists beyond borders: Advocacy networks in international politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- Konietzka, Dirk/Kreyenfeld, Michaela (2010): Familienformen und Lebensbedingungen in Ost und West. Zur sozioökonomischen Lage von Müttern in Deutschland, Frankreich und Russland. In: Krause, Peter/Ostner, Ilona (Hrsg.): *Leben in Ost- und Westdeutschland*. Frankfurt am Main: Campus, S. 125-146.
- Lipp, Martin (2008): Einkindschaft. In: Cordes, Albrecht/Lück, Heiner/Werkmüller, Dieter (Hrsg.): *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Band 1*. Berlin: Erich Schmidt, Sp. 1296-1298.
- Löhnig, Martin/Gietl, Andreas/Preisner, Mareike (2010): *Das Recht des Kindes nicht miteinander verheirateter Eltern. Abstammung – Sorgerecht – Umgangsrecht – Namensrecht – Unterhalt*. Berlin: Erich Schmidt: (3. Auflage).
- Mätzke, Margitta/Ostner, Ilona (2010): Introduction: Change and continuity in recent family policies. In: Mätzke, Margitta/Ostner, Ilona (Hrsg.): *Explaining recent shifts in family policy*. Journal of European Social Policy. Special Issue, *JESP* 20 (5), S. 387-398.
- Mahoney, James/Thelen, Kathleen (2009): A theory of gradual change. In: Mahoney, James/Thelen, Kathleen (Hrsg.): *Explaining institutional change. Ambiguity, agency and power*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 1-37.
- Morgan, Glenn/Quack, Sigrid (2010): Law as a governing Institution. In: Morgan, Glenn/Campbell, John L./Crouch, Colin/Pedersen, Ove Kaj/Whitley, Richard (Hrsg.): *The Oxford handbook of comparative institutional analysis*. Oxford: Oxford University Press, S. 275-308.
- Müller, Christian (2004): Elterliches Sorgerecht des unverheirateten Vaters auch gegen den Willen der Kindesmutter? In: *Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ)* 91, 1, S. 7-12.
- Niemeyer, Gisela (2001): Entspricht das Vetorecht der nichtehelichen Mutter den verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der gesetzlichen Gestaltung des Sorgerechts des nichtehelichen Vaters? In: *Familie und Recht (FuR)* 12, 11, S. 491-493.
- Orloff, Ann Shola (2006): From maternalism to 'employment for all': State policies to promote women's employment across the affluent democracies. In: Levy, Jonah (Hrsg.): *The state after statism. New state activities in the age of liberalization*. Cambridge: Harvard University Press, S. 230-68.
- Ostner, Ilona (1998) Soziale Ungleichheit, Ressentiment und Frauenbewegung. Eine unendliche Geschichte? In: Friedrichs, Jürgen/Lepsius, Rainer M./Mayer, Karl-Ulrich (Hrsg.): *Die Diagnosefähigkeit der Soziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag (Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie. Sonderheft 38), S. 383-403.
- Ostner, Ilona (2006): Gleichstellungspolitik: neu, oktroyiert, ungeliebt? In: Schmidt, Manfred G./Zohlnhöfer, Reimut (Hrsg.), *Regieren in der Bundesrepublik Deutschland*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 260-278.
- Rauscher, Thomas (2010): Anm. zu BVerfG (1 BvR 420/09 – 21.7.2010), *JuristenZeitung (JZ)* 65, 20, S. 1010-1013.

- Rixe, Georg (2006): Zur Rechtsprechung des EuGHMR in Kindschaftssachen. In: Deutscher Familiengerichtstag e.V. (Hrsg.): *Sechzehnter Deutscher Familiengerichtstag vom 14. bis 17. September 2005 in Brühl*. Bielefeld: Giesecking, S. 57-99
- Rosenbaum, Heidi (1982): Die Bedeutung historischer Forschung für die Erkenntnis der Gegenwart – dargestellt am Beispiel der Familiensoziologie. In: Mitterauer, Michael/Sieder, Reinhard (Hrsg.): *Historische Familienforschung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 40-63.
- Rupp, Marina/Dürnberger, Andrea (2009): Regenbogenfamilien in Eingetragener Partnerschaft. In: Rupp, Marina (Hrsg.): *Die Lebenssituation von Kindern in gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaften*. Köln: Bundesanzeiger-Verlags-gesellschaft, S. 51-177.
- Schmitt-Kammler, Arnulf/von Coelln, Christian (2009): *Kommentierung von Art. 6 GG*. In: Sachs, Michael (Hrsg.): *Grundgesetz Kommentar*. München: C.H. Beck (5. Auflage).
- Schumann, Eva (1998): *Die nichteheliche Familie, Reformvorschläge für das Familienrecht mit einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung und unter Berücksichtigung des Völker- und Verfassungsrechts*. München: C. H. Beck.
- Schumann, Eva (2000): Erfüllt das neue Kindschaftsrecht die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung des nichtehelichen Vater-Kind-Verhältnisses? In: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 47, 7, S. 389-396.
- Schumann, Eva (2006): Biologisches Band oder soziale Bindung? – Vorgaben der EMRK und des deutschen Rechts bei Pflegekindverhältnissen. In: *Recht der Jugend und des Bildungswesen (RdJB)* 54, 2, S. 165-180.
- Schumann, Eva (2007): Zur Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Eltern-Kind-Verhältnisse. In: *Forum Familienrecht (FF)* 11, 6+7, S. 227-234.
- Schumann, Eva (2010): Elterliche Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern auf dem Prüfstand. In: *Forum Familienrecht (FF)* 14, 6, S. 222-231.
- Shapiro, Martin/Stone Sweet, Alec (Hrsg.) (2002): *On law, politics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Simmel, Georg (1897/1983): Rosen. Eine soziale Hypothese. In: Dahme, Heinz-Jürgen/Rammstedt, Otthein (Hrsg.): *Georg Simmel: Schriften zur Soziologie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 169-172.
- Søland, Birgitta (1998): A queer nation? The passage of the gay and lesbian partnership legislation in Denmark, 1989. In: *Social Politics* 5, 1, S. 48-69.
- Spangenberg, Brigitte/Spangenberg, Ernst (2003): Den nicht ehelichen Müttern das letzte Wort? – Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 29.1.2003. In: *Zentralblatt für Jugendrecht (ZfJ)* 90, 8-9, S. 332-333.
- Statistisches Bundesamt (Hrsg.) (2010): *Fachserie 1, Reihe 3. Bevölkerung und Erwerbstätigkeit: Haushalte und Familien*. Wiesbaden: Statistisches Bundesamt.
- Stone Sweet, Alec (2000): *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Streeck, Wolfgang/Thelen, Kathleen (2005): Introduction: Institutional change in advanced political economies. In: Streeck, Wolfgang/Thelen, Kathleen (Hrsg.): *Beyond continuity: Institutional change in advanced political economies*. Oxford: Oxford University Press, S. 1-39.
- Teubner, Gunther (1983): Substantive and reflexive elements in modern law. In: *Law & Society* 17, 2, S. 239-285.
- Thelen, Kathleen (2003): How institutions evolve: Insights from comparative institutional analysis. In: Mahoney, James/Rueschemeyer, Dietrich (Hrsg.): *Comparative historical analysis in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 305-336.
- Zippel, Kathrin (2004): Transnational advocacy networks and policy cycles in the European Union: The case of sexual harassment. In: *Social Politics* 11, 1, S. 57-85.

