

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?

Herausgegeben von
**Anne Röthel und
Bettina Heiderhoff**

Band 33



Wolfgang Metzner Verlag

Band 33

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

Schriften zum deutschen und ausländischen Familien- und Erbrecht

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

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

Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?

Herausgegeben von

Professorin Dr. Anne Röthel

Hamburg

Professorin Dr. Bettina Heiderhoff

Münster



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2022

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

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

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-106-4 (Online)

ISSN 2191-284X

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Vorwort

Am 12. März 2021 fand das fünfte Fachgespräch Familienrecht statt. Wir hatten uns lange auf ein Wiedersehen in vertrauter Runde aus Wissenschaft, Praxis und Politik gefreut und waren zunächst nicht glücklich, dass wir das Fachgespräch nur als digitale Begegnung ausrichten konnten. Umso größer war dann aber die Freude über die Lebhaftigkeit der Referate und die gewohnt offenen Diskussionsbeiträge.

Mit dem Tagungsband können wir auch in diesem Jahr wieder einen Teil des ertragreichen Gesprächs der Öffentlichkeit zugänglich machen. Wir danken den Vortragenden, dass sie die Mühe auf sich genommen haben, ihre Einsichten und Gedanken zu dem anspruchsvollen Thema auch schriftlich zu fassen. Wir hoffen, dass wir mit den in diesem Band versammelten Beiträgen für einen kleinen Ausschnitt – das Eherecht – daran mitwirken, dass ein klareres Bild entsteht von der Leistungsfähigkeit des Rechtsideals der »Autonomie«.

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

Hamburg und Münster, im August 2021

Anne Röthel *Bettina Heiderhoff*

■ Inhalt

Vorwort 5

Professorin Dr. *Anne Röthel*

Autonomie in der Familie: Vorüberlegungen 9

Professor Dr. *Christian Bumke*

Autonomie und familienrechtliche Institution am Beispiel der lebenslangen, aber auflösbaren ehelichen Lebensgemeinschaft 19

Professorin Dr. *Bettina Heiderhoff*

Autonomie als Privatheit – Scheidung und Scheidungsfolgenrecht 41

Professorin Dr. *Michelle Cottier*, Professor Dr. *Eric D. Widmer*,

Dr. *Gaëlle Aeby* und *Bindu Johanna Sahdeva*

Autonomie und Scheidungsfolgen 61

Professorin Dr. *Claudia Mayer*

Autonomie und Vertrag: gewollt oder fingiert? 93

■ Autonomie in der Familie: Vorüberlegungen

Von Professorin Dr. *Anne Röthel*, Hamburg

I. Perspektive

Schon mit dem letzten Fachgespräch, das im Jahr 2018 in Münster stattfand, hatten Bettina Heiderhoff und ich die Gesprächsperspektive auf das Familienrecht gegenüber den Vorgänger-Fachgesprächen verändert. Die Leitfrage war nicht mehr »Was kann, was darf, was will der Staat?«, wie in den Jahren 2012 (Regelungsaufgabe Paarbeziehung), 2014 (Regelungsaufgabe Vaterstellung) und 2016 (Regelungsaufgabe Mutterstellung), sondern wir hatten spezieller hinterfragt, welchen Nutzen mehr subjektive Rechte für Kinder haben (»Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil«).¹ Diese veränderte Perspektive haben wir auf dem jüngsten Fachgespräch, das im Jahr 2021 von Hamburg aus stattfand, beibehalten. Mit dem Oberthema »Autonomie in der Familie – eine Schwärmerei?« ging es uns abermals darum, die Leistungsfähigkeit eines rechtlichen Grundbegriffs – hier der Autonomie – für das Familienrecht in einzelnen Zusammenhängen an heutigen Herausforderungen zu überprüfen.

II. Autonomie und Familienrecht – keine leichte Angelegenheit

Autonomie gilt wahrscheinlich den allermeisten Menschen für ihr eigenes Leben als erstrebenswert. Wer wünscht sich nicht, sein Leben nach den eigenen Vorstellungen leben zu können? In dieser Allgemeinheit wird Autonomie als Ideal und Zielvorstellung in westlich geprägten, ihrem Selbstverständnis nach liberalen Gesellschaften ähnlich hohe Zustimmungsraten haben wie der Weltfrieden oder die Ressourcenschonung.² Aber auch noch so hehre und unkontroverse Ziele verlieren an Eindeutigkeit und Suggestionskraft, wenn man näher darüber ins Gespräch kommt, wie die ideale Welt im Einzelnen aussehen soll und was zu tun oder zu unterlassen ist, um ihr ein Stück näher zu kommen. Können wir aus eigener Kraft über-

¹ Dazu die Erläuterung von B. Heiderhoff, Kinderrechte – ein Überblick, in: A. Röthel/B. Heiderhoff, Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Frankfurt a. M. 2018, S. 9–29 (9 f.).

² Mehr bei B. Rössler, Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben, Frankfurt a. M. 2017.

haupt unser Leben nach eigenen Vorstellungen gestalten? Kann Autonomie nicht auch eine große Bürde sein? Wie lässt sich vermeiden, dass das, was für die einen Autonomie bedeutet, für andere Herrschaft und Bemächtigung heißt? So wird man allmählich nüchterner, reibt sich die Augen wie nach einer traumreichen Nacht und fragt sich: Ist es vielleicht nur eine große Schwärmerei, dies allseits geteilte Faible für Autonomie?

Der Rechtswissenschaft wird dieses Wechselbad der Gefühle im Hinblick auf Autonomie bekannt vorkommen. Wir wissen, dass Autonomie als Zielvorstellung schwierige, komplizierte, widerstreitende Erwartungen an das Recht formuliert. Entsprechend verzweigt sind die zahllosen rechtswissenschaftlichen Forschungsgespräche, denen es darum geht, sich über Begriffe von Autonomie zu verständigen, um dann das geltende Recht unter diesem Blickwinkel zu analysieren, Entwicklungen zu rekonstruieren, Bestehendes zu kritisieren.³ Im Rechtszusammenhang gibt es wohl kaum einen Lebenssachverhalt, in dem Autonomie nicht diffus als Argument für mehr Wahlfreiheit, Handlungsbefugnisse und Gestaltungsspielräume eingesetzt wird. Aber wo immer Autonomie im Rechtszusammenhang als Argument begegnet, wird man früher oder später auch auf die Einsicht stoßen, dass mehr Wahlfreiheit nicht aus sich heraus zu mehr Gestaltbarkeit, Gelingen und Lebenssinn führt. Man wird ernüchternd gewahr, dass Wahlfreiheit auch erkannt und wahrgenommen werden muss, dass dieses Wahrnehmen von Wahlfreiheit an individuelle und soziale Voraussetzungen geknüpft ist und dass sich Wahlfreiheit in Gestalt von Schuld und Verantwortung auch gegen den Wählenden wenden kann.⁴ Dies ist kein Grund, Autonomie als rechtliches Ideal völlig zu verwerfen. Daran hindern schon die Grundrechte mit ihrer Freiheitsmechanik. Aber im Wissen um die vielfältigen Gelingensbedingungen und Schattenseiten von Autonomie wäre es wenig hilfreich, Autonomie pauschal als rechtliche Zielvorstellung auszugeben, ohne sich über die Wirkungen von Wahlfreiheit Rechenschaft abzulegen und diese wiederum in das Verständnis von Autonomie im Rechtszusammenhang einzustellen. Es muss also näher aufgelöst, ausdifferenziert und präzisiert werden, in welchen Zusammenhängen in Bezug worauf das Recht Wahlfreiheit belassen, gewähren, sichern sollte, um dem Ideal näher zu kommen.

³ Exemplarisch die Beiträge in C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, Tübingen 2017.

⁴ Auch dazu aus philosophischer Sicht B. Rössler, *Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben*, Frankfurt a. M. 2017, S. 63–94; aus juristischer Sicht insbesondere C. Bumke, *Autonomie im Recht*, in: C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, Tübingen 2017, S. 3–44 m. w. Nachw.

An der langen Geschichte des Vertragsrechts lässt sich besonders eindrücklich studieren, wie sich die Anschauungen zu den für erforderlich gehaltenen Voraussetzungen (selbstbestimmter Wille, Entscheidungsfreiheit, Informiertheit), hinreichenden Bedingungen (Verhandlungsgleichgewicht, Wettbewerb) und den Ordnungsgrenzen (Monopolstellung, »gute Sitten«, Schutz von Gemeininteressen) von Wahlfreiheit verändert haben und wie es zu diesen Veränderungen jeweils gekommen ist.⁵ Im Familienrecht haben diese Fragen keine so lange Tradition.⁶ Damit wird es zusammenhängen, dass Autonomie im Zusammenhang mit Familienrecht häufig unbefangener verwendet wird. Es ist um vieles einfacher, für Autonomie zu werben, wenn man dabei offen lassen kann, welche Autonomie von wem eigentlich gemeint ist und wie das Recht im Zusammenhang mit Familie tatsächlich dazu beitragen kann, die Möglichkeiten dafür zu schaffen, dass familiäres Leben nach eigenen Vorstellungen gestaltet werden kann etc.

Mit diesem Band wollen wir für einen bewusst eng gewählten Ausschnitt – das Eherecht – näher aufklären, welcher rechtliche Rahmen dem schwärmerischen Ruf nach »mehr Autonomie« unter den gegenwärtigen verfassungsrechtlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen gezogen ist. Bei der Anlage des Fachgesprächs ging es uns darum, einerseits eine möglichst große Bandbreite von Arbeitsweisen und methodischen Zugängen abzubilden, und andererseits die Themenfelder so zu beschränken, dass auch die Kontroversalität spürbar und die Zweifelslinien sichtbar werden. Das Ergebnis sind vier Beiträge, die aus rechtsdogmatischer, historisch-vergleichender und empirisch-interdisziplinärer Sicht zwei verschiedene Denkmöglichkeiten und Regulierungsstrategien von (mehr) Autonomie in der Familie repräsentieren: als »weniger Regelung« (dazu die Beiträge von *Christian Bumke* sowie von *Bettina Heiderhoff*) oder als »mehr Vertrag« (dazu die Beiträge von *Michelle Cottier*, *Eric Widmer u. a.* sowie von *Claudia Mayer*).

Die Beiträge werden dankenswerterweise sehr konkret. Wir werden zum Beispiel erfahren, wo der Liberalisierung des Eherechts verfassungsrechtliche Grenzen gezogen sind (*Christian Bumke*), warum gesellschaftliche Vorstellungen für einen »stärkeren« gesetzlichen Güterstand sprechen (*Bettina Heiderhoff*), warum Scheidungsvereinbarungen so unterschiedlich ausfallen (*Michelle Cottier*, *Eric Widmer u. a.*) und warum Ehegatten Verträge auch dann wollen, wenn sie sie nicht erklären (*Claudia Mayer*). Ohne

5 Für eine Nachzeichnung siehe A. Röthel, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Grundbegriff*, Tübingen 2017, S. 91–116; exemplarisch zuletzt G. Hönn, *Privatautonomie von innen und außen – Zur Materialisierungsdebatte*, JZ 2021, 693–701 m. w. Nachw.

6 Näher A. Röthel, *Autonomie im Familienrecht*, JZ 2017, 116–123.

dass dies näher expliziert würde, legen alle Beiträge zugrunde, dass mehr Autonomie in der Familie durch das Recht nicht durch simple Strategien wie »Nicht-Regelung« oder »Mehr Vertrag« zu erreichen ist. Dies möchte ich im Folgenden noch einmal unterstreichen:

1. Weniger Regeln als mehr Autonomie?

Wäre es nicht im Hinblick auf Autonomie die einfachste Lösung, wenn Familienbeziehungen ungeregelt blieben oder weniger geregelt würden? Dieser verführerische Gedanke begegnet in familienrechtlichen Debatten immer wieder. Er begegnet in verschiedenen Spielarten: als Kritik an »Verrechtlichung«, als Zurückweisung von staatlicher »Einmischung« und in Gestalt der Forderung nach Wahrung der »Privatheit« der Familie.⁷ Doch ist schlichte Nicht-Regelung nicht der Königsweg zu mehr Autonomie. Zunächst weil Ehe und Elternschaft verfassungsrechtlich als Rechtsinstitute verbürgt sind. Unter der gegebenen Verfassungslage, die in diesem Band noch näher angesprochen wird, lassen sich Ehe und Elternschaft als Rechtsinstitute also nicht wegdenken. Solche Nicht-Regelung wäre also nur ein Gedankenspiel ohne weitere Aussagekraft. Man wird die Frage darauf zurückstutzen müssen, ob bei der Ausgestaltung von Ehe und Elternschaft (mehr) Nicht-Regelung, also »Liberalisierung«, auch mehr Autonomie bedeutet. In Bezug auf die Ehe ergeben sich daraus vertraute rechtspolitische Forderungen: für eine weitergehende Öffnung der Ehe, für geringere Anforderungen an die Eheschließung, für weniger Rechtsfolgen während und nach der Ehe, für eine größere Disponibilität der Scheidung, für geringere Anforderungen an das Scheidungsverfahren etc. Für jede dieser Forderungen lassen sich Gründe anführen.⁸ Aber man sollte der Versuchung widerstehen, »weniger Regelung« unbesehen mit »mehr Autonomie« gleichzusetzen. Denn einen Lebenssachverhalt nicht zu regeln, ist keine Gewähr

⁷ Besonders pointiert sind diese Einwände in den 1970er Jahren gegen die Reform des Sorgerechts vorgetragen worden; etwa von W. Schmitt Glaeser, Das elterliche Erziehungsrecht in staatlicher Reglementierung, Bielefeld 1980; D. Giesen, Kindesmisshandlung? Zur Kinder- und Familienfeindlichkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Paderborn u. a. 1979. In jüngerer Zeit wurde so argumentiert im Zusammenhang mit der Aufnahme von Kinderrechten in das Grundgesetz; Bedenken etwa auch bei M. Coester, Kinderrechte in der Rechtspraxis, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Mehr Kinderrechte? Nutzen und Nachteil, Frankfurt a. M. 2018, S. 29–44. Diese Kinderrechte-Debatte wiederum steht exemplarisch für familienrechtliche Emanzipationsdebatten, die regelmäßig den Einwänden begegneten, es drohe übermäßige Verrechtlichung und Verlust von Privatheit, näher A. Röthel, Emanzipationsdebatten, JZ 2020, 645–652 m. w. Nachw.

⁸ Exemplarisch zum Scheidungsverfahren die Überlegungen in diesem Band von C. Bumke (S. 19 ff.) sowie von B. Heiderhoff (S. 41 ff.).

für (mehr) Autonomie – vorausgesetzt, man fragt danach, ob Nicht-Regelung auch für *alle* Betroffenen einen Zugewinn der Chancen, das Leben nach eigenen Vorstellungen zu leben, bedeutet. Denn erfahrungsgemäß geht die Gleichung »Nicht-Regelung = mehr Autonomie« nur für manche Familienangehörige auf. Dies ist die Lehre, die wir – wenn wir es wollen – aus der Entwicklung des Familienrechts im Verlauf des 20. Jahrhunderts ziehen können. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 hatte im Familienrecht dezidiert auf das Konzept Nicht-Regelung gesetzt. Das rechtliche Ideal war die schon erwähnte Privatheit der Familie: Familienverhältnisse galten als sittliche Verhältnisse, und sittlich wurde als Gegensatz zu »rechtlich« verstanden. Die Entwurfsbegründung hatte sich den bei F. C. von Savigny gefundenen Gegensatz von sittlichen und rechtlichen Verhältnissen zu eigen gemacht.⁹

Heute wissen wir, was diese Regulierungsstrategie zur Folge hatte: Die Privatheit der Familie eröffnete nur manchen Familienangehörigen die Chance, ihr Leben nach ihren eigenen Vorstellungen zu leben. In den persönlichen Beziehungen ließ die Privatheit der Familie Ehemännern und Vätern freie Hand, während Ehefrauen und Kinder dem freien Spiel der zunächst gesellschaftlich nur wenig gebundenen Kräfte unterworfen waren. Nicht-Regelung, chiffriert als Privatheit, begünstigte die Tradierung körperlicher Gewalt und wirkte mit daran, dass der familiäre Nahbereich abgeschirmt wurde von Normen, die im Verhältnis zu fremden Dritten längst galten: Verletzungen der körperlichen Integrität konnten gegenüber Kindern als Erziehung und gegenüber Ehefrauen als eheliches Recht legitimiert werden. Diese Ambivalenz des Privaten ist inzwischen vielfach beschrieben worden.¹⁰ Die Lehre hieraus lautet: In asymmetrischen Machtverhältnissen begünstigt das Recht mit Nicht-Regelung die Autonomiechancen derjenigen Beteiligten, die ohnehin eine größere Chance darauf haben, ihr Leben nach ihren eigenen Vorstellungen zu leben, weil sie ihre Vorstellungen auch gegen den Widerstand ihrer familiären Umgebung durchsetzen können.

Eine solche Regulierungsstrategie halten wir heute für inakzeptabel: Sie widerspricht der gleichmäßigen Grundrechtsberechtigung aller Familienangehörigen, außerdem widerspricht sie dem gegenwärtigen Verständnis von den Aufgaben des Staates zum Schutz des Kindes und der Verfassungsvorstellung der Ehe als gleichberechtigter Partnerschaft. Legt man aber einen solchen dichterem, auf alle Familienangehörigen bezogenen,

⁹ Motive IV, S. 724 = B. Mugdan (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. IV: Familienrecht, Berlin 1899, S. 384.

¹⁰ Früh und eindrücklich bei S. Simitis, Zur Situation des Familienrechts – Einige Prämissen, in: S. Simitis/G. Zenz (Hrsg.), Familie und Familienrecht, Bd. I, Frankfurt a. M. 1975, S. 15–61 (17–22).

allseitigen und inklusiven Autonomiebegriff zugrunde, hat Nicht-Regelung im Zusammenhang mit Familie nur noch wenig mit Autonomie zu tun. Interessiert man sich dafür, was Nicht-Regelung für die Autonomiechancen aller Familienangehörigen bedeutet und bezieht man dabei die Bedingungen (Machtverhältnisse) ein, unter denen alle Familienangehörigen um die Verwirklichungen ihrer eigenen Lebensvorstellungen miteinander ringen und konkurrieren, so kann schlichte Nicht-Regelung nicht die Lösung sein. Dies richtet sich gleichermaßen gegen das Argument, es sei Aufgabe des Familienrechts, die Familie nach außen »abzuschirmen«, oder es gelte, dem Wunsch nach Wahrung von Privatsphäre nachzukommen. Auch hier wäre richtigerweise zu fragen, ob es wirklich ein allseitiger Wunsch ist – und nicht nur der Wunsch derjenigen, denen ein geringeres Ausmaß an rechtlich einforderbaren Verhaltensgeboten zupass käme: den jeweils durchsetzungsstärkeren, unabhängigeren, aggressiveren, gewaltbereiteren, weniger rücksichtsvollen, egoistischeren Ehegatten bzw. Eltern.

2. Mehr Vertrag als mehr Autonomie?

Genauso wenig sollten wir uns verführen lassen von dem Gedanken, ob sich »mehr Autonomie« in der Familie nicht einfach durch »mehr Vertrag« bewerkstelligen ließe. Zwar hat diese günstige Beurteilung von vertraglicher Gestaltungsfreiheit im Ehevermögensrecht eine lange Tradition. Aber auch hier sollte man nicht zu sehr ins Schwärmen geraten und »mehr Vertrag« vorschnell mit »mehr Autonomie« gleichsetzen. Denn Familienangehörige sind nicht fremde Dritte, und das Leben als Paar und Familie ist mit so vielen Unwägbarkeiten verbunden, dass sich viele verschätzen, was ihre eigenen Bedürfnisse angeht. Verträge unter Familienangehörigen stehen typischerweise unter Beziehungseinfluss. Der Beziehungseinfluss trübt die Risikowahrnehmung und wirkt sich auf die Verhandlungsbereitschaft und die Durchsetzungskraft aus. Dies wäre weniger problematisch, wenn alle Familienangehörigen gleichermaßen mit diesen Trübungen zu kämpfen hätten. Aber auch hier ist einzustellen, dass sich der Beziehungseinfluss nicht rollen- und geschlechtsneutral auswirkt. Die Vermutung liegt nahe, dass es typischerweise Frauen und Kinder sind, denen es aufgrund eingeübter Rollenerwartungen (Gehorsam, Nachgiebigkeit, Vertrauen, Liebe, Friedfertigkeit) schwerer fällt, die für sie aus der Außensicht rational sinnvollen Verhandlungsziele zu erkennen und vor allem durchzusetzen. Diese Eigentümlichkeiten von Privatautonomie in personalen Beziehungen sind inzwischen hinreichend bekannt und erforscht.¹¹ Auf diesem Untergrund

¹¹ Näher A. Röthel, Verträge in der Unternehmerfamilie. Überlegungen zur Privatautonomie in personalen Beziehungen, in: A. Röthel (Hrsg.), Verträge in der Unternehmerfamilie, Tübingen 2014, S. 9–80 sowie exemplarisch A. Sanders, Stati-

entstand die Inhaltskontrolle über Eheverträge und Familienbürgschaften wegen »strukturellen Ungleichgewichts«, und hier, bei diesen Eigentümlichkeiten, liegen auch die Gründe, warum die Gleichung »mehr Vertrag« = »mehr Autonomie« allenfalls dann aufgeht, wenn man nur auf eine Seite schaut. Wenn Ehegatten anlässlich der Eheschließung oder im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung Vermögensansprüche so weit als möglich wechselseitig ausschließen (»clean break«), so verheißt dies nur dann für beide Ehegatten gleichermaßen den autonomen Neustart in ein neues Leben, wenn ihre Erwerbs- und Vermögensverhältnisse von der Ehe gleichermaßen unbeeinflusst geblieben sind.

III. Zu den Beiträgen in diesem Band

Mehr Autonomie ist also nicht einfach durch weniger Regelung oder mehr Vertrag zu erzielen. Es ist konkreter danach zu fragen, welche bestimmten rechtlichen Regeln im Hinblick auf Autonomie aufgegeben werden könnten – dazu die Beiträge von *Christian Bumke* und von *Bettina Heiderhoff* – und für welche bestimmten Regelungsgegenstände Verträge der Verwirklichung von Autonomie dienen – dazu die Beiträge von *Michelle Cottier*, *Eric Widmer* u. a. sowie von *Claudia Mayer*.

Das geltende Eherecht schränkt Wahlfreiheiten in Paarbeziehungen in vieler Hinsicht ein. Dies betrifft alle Ebenen des Eherechts: die Eheschließung, die Ehelösung und die Ehefolgen. Wir haben *Christian Bumke* gefragt, ob es Bestandteile im geltenden Eherecht gibt, die auch nach heutigem Verständnis verfassungsrechtlich zwingend sind, obwohl sie Wahlfreiheit beschränken, und ob sich umgekehrt Punkte bezeichnen lassen, an denen das Verfassungsrecht mehr Autonomie einfordert, als dies im bestehenden Eherecht angelegt ist. Wirkt das Ehegrundrecht eigentlich eher konservierend oder eher reformierend, was Autonomie in der Ehe angeht? Für *Christian Bumke* lässt sich der verfassungsrechtliche Gehalt der Ehe im Hinblick auf Autonomie nicht auf einen einfachen Nenner bringen. Auf der einen Seite werde mit der Ehe eine überindividuelle, gesellschaftliche Einrichtung gewährleistet. Dies schließe es zum Beispiel aus, die Eheschließung und insbesondere die Auflösung der Ehe in das freie Belieben der Beteiligten zu stellen. Mehr Autonomie durch völlige Privatisierung der Scheidung ohne Scheidungsgrund wäre daher verfassungsrechtlich unzulässig. Auf der anderen Seite verpflichte die Verfassung aber auch dazu, dass der pluralen Vielfalt

scher Vertrag und dynamische Beziehung, 2008; B. Dauner-Lieb, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580 ff.; I. Schwenzer, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 196 (1996), 88–113.

individueller Vorstellungen, Überzeugungen und Bedürfnissen Rechnung getragen werde. Dies wende sich gegen kollektive Deutungsmuster in Gestalt von Eheleitbildern für das persönliche Innenverhältnis. Verfassungsrechtlich damit nicht vereinbar sind Vorstellungen von der Ehe als einer exklusiven körperlichen und insbesondere sexuellen Gemeinschaft, die über § 1353 BGB sowie über § 1579 BGB die Rechtsanwendung prägen. Hier ist mehr Autonomie also nicht nur verfassungsrechtlich eröffnet, sondern nach *Christian Bumke* sogar verfassungsrechtlich geboten.

Für *Bettina Heiderhoff* stellen sich die Dinge im Scheidungsrecht dagegen anders dar. Aus ihrer Sicht wäre mehr Autonomie der Ehegatten bei der Scheidung – konkret: das Ende eines Scheidungsgrundes – nicht nur verfassungsrechtlich möglich, sondern vorzugswürdig: Es wäre eine Fortschreibung der historischen Orientierung auf die gesellschaftlichen Anschauungen zu Ehe und Scheidung. Dagegen passe die geltende Zerrüttungsscheidung nicht mehr zu dem gegenwärtigen gesellschaftlichen Bild von der Ehe. Dies lasse sich an der Art und Weise ablesen, wie Familiengerichte das geltende Recht anwenden. Außerdem widerstreite das »Eindringen der Gerichte« den gegenwärtigen gesellschaftlichen Vorstellungen von Privatheit in der Ehe und Eigenverantwortung der Partnerschaft. Anders als *Christian Bumke* sieht sie aber keine verfassungsrechtlichen Hürden, auf einen Scheidungsgrund zu verzichten. Aber auch bei ihr heißt mehr Autonomie nicht einfach »Nicht-Regelung« in Gestalt einer möglichst schnellen, unkomplizierten Scheidung »auf Zuruf«. Für verzichtbar hält sie nur die Zerrüttungsanforderung sowie das Getrenntleben. Wartezeiten hält sie dagegen nach wie vor für richtig, zumal wenn es um eine Scheidung auf einseitigen Wunsch geht. Von hier aus hätte man wahrscheinlich vermutet, dass *Bettina Heiderhoff* im nächsten Schritt tendenziell für einen Rückbau der wirtschaftlichen Folgen der Ehe, etwa im Güter- oder im Unterhaltsrecht, plädiert. Aber es kommt anders: Ausgehend von der Prämisse, dass den Staat in erster Linie die Verpflichtung treffe, ein Eherecht zu schaffen, das den gegenwärtigen gesellschaftlichen Erwartungen entspreche, sieht sie Handlungsbedarf mehr in der Gegenrichtung, also zugunsten stärkerer wirtschaftlicher Verflechtungen, etwa durch Umorientierung des gesetzlichen Güterrechts in Richtung Errungenschaftsbeteiligung.

Im zweiten Themenkreis des Bandes geht es um die Eignung des Vertrags zur Gewährleistung von Autonomie in Partnerschaften. Warum Verträge in der Familie generell aufgrund des Beziehungseinflusses und asymmetrischer Rollenerwartungen in besonderer Weise anfällig dafür sind, nur für eine Seite zu versprechen, das Leben nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, ist bereits angesprochen. Der Beitrag von *Michelle Cottier, Eric Widmer u. a.* legt nahe, dass eine weitere Schwierigkeit in Rechnung zu stellen ist: Es bestehen sehr unterschiedliche Vorstellungen davon, welches Ausmaß

von nahehelichen Vermögensfolgen eigentlich fair ist. Dazu haben sie Zwischenergebnisse ihres Forschungsprojekts zu Scheidungsvereinbarungen in der Schweiz vorgestellt. Anhand von vier Szenarien waren Anwält:innen befragt worden, um Aufschluss über deren Verständnis von Geschlechtergleichheit bei der Bestimmung von Scheidungsfolgen (Unterhalt, Sorge, Betreuung) zu erhalten. Ihre Untersuchung beruht auf mehreren Annahmen: Erstens nehmen sie an, dass es unterschiedliche Arten gibt, Geschlechtergleichheit zu verstehen, und dass sich diese unterschiedlichen Verständnisse auf den Inhalt von Scheidungsvereinbarungen auswirken. Zweitens gehen sie davon aus, dass die Rolle von Anwält:innen zentral dafür ist, welche Interpretation von Geschlechtergleichheit sich in der Aushandlung von Scheidungsvereinbarungen durchsetzen kann. Und drittens legen sie zugrunde, dass geschlechtsspezifische Verhandlungsstile allenfalls eine Erklärung unter mehreren für »unfaire« Ergebnisse in Scheidungsverhandlungen biete. Andernfalls bestehe die Gefahr der Reproduktion von Geschlechterstereotypen. Nach ihren Ermittlungen stehen für die befragten Scheidungsanwält:innen zwei Interpretationen im Vordergrund: eine formal-egalitäre Interpretation, die einen »clean break« favorisiert, und eine kompensatorische Interpretation, die bisherige Rollenverteilungen über die Scheidung hinaus festschreibt, dafür aber Nachteilsausgleich vorsieht. Es bleibt allerdings zu prüfen, ob diese Interpretationen ihrerseits abhängig sind von demographischen Eigenschaften der befragten Anwält:innen, und inwieweit sich die geäußerten Einstellungen und Präferenzen auch tatsächlich in den Scheidungsvereinbarungen niederschlagen.

Inwiefern Verträge Ausdruck von und Gewähr für Autonomie in der Familie sind, ist eine Frage, die sich auch im Zusammenhang mit den sogenannten unbenannten oder ehebedingten Zuwendungen stellt. Sie sind Gegenstand des Beitrags von *Claudia Mayer*. Für unbenannte Zuwendungen ist charakteristisch, dass Ehegatten etwas tun, wozu fremde Dritte typischerweise Verträge schließen und dabei die Möglichkeit von Leistungsstörungen mitbedenken: Es erfolgen wirtschaftlich bedeutende Zuwendungen ohne ausdrückliche Vereinbarungen über Behaltensgrund und Rückgewähr. Im deutschen Recht ist seit Langem anerkannt, dass solche unbenannten Zuwendungen auch ohne ausdrückliche Vereinbarung bei Scheitern der Ehe zurückverlangt werden können. Zweifelspunkt ist die rechtliche Konstruktion: Liegt hinter solchen Zuwendungen vielleicht doch ein wirklich gewollter Vertrag, oder wird der Vertrag nur fingiert, um gewünschte Rechtsfolgen schlüssig begründen zu können? *Claudia Mayer* hält die erste Vorstellung für richtig. Denn die Ehegatten seien sich tatsächlich einig darüber, dass ein Beitrag zur Lebensgemeinschaft erbracht werden soll. Darin liege ein wirklicher, also gewollter Vertrag, dem nur zumeist Regelungen über Ausgleichsansprüche für den Fall des Scheiterns der Beziehung fehlen. Ent-

scheidend sei – wie unter fremden Dritten – der durch Auslegung zu ermittelnde und vom Anspruchsteller zu beweisende Wille, dass mit der Zuwendung ein Beitrag zur Lebensgemeinschaft geleistet werde. Und genauso lasse sich dann – wie unter fremden Dritten – erklären, warum Rückgewähransprüche bei vorzeitiger Beendigung der Lebensgemeinschaft entstehen: Wie bei jedem Dauerschuldverhältnis müssten auch in Paarbeziehungen Vorleistungen, die während intakten Bestehens des Schuldverhältnisses und im berechtigten Vertrauen auf dessen Fortbestand erfolgen, ausgeglichen werden, sollte wider Erwarten das Schuldverhältnis enden, aber die Vorleistung beim Empfänger noch fortwirken.

IV. Ausblick

Die widerstreitenden Einsichten des zurückliegenden Fachgesprächs lassen sich nicht auf eine glatte Formel bringen. Vielleicht hat der eine Leser oder die andere ZuhörerIn auch bezweifelt, ob es überhaupt irgendeinen Erklärungswert hat, das Familienrecht aus dem Blickwinkel von Autonomie zu betrachten. Ich würde solche Zweifel nicht teilen. Denn die Beiträge haben sowohl in ihrer Unterschiedlichkeit als auch in ihrem Bemühen um Konkretion und Präzision in erster Linie vor Augen geführt, dass es im Hinblick auf Autonomie nicht mit schwärmerischer Zustimmung getan ist, sondern dass man in das dornige Dickicht der Details vordringen muss, wenn man ernsthafte Antworten auf die Frage sucht, wie das Familienrecht unter den gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Bedingungen, gesellschaftlichen Vorstellungen und sozialen Verhältnissen dem Ideal von einem Leben nach den eigenen Vorstellungen näher kommen kann.