

<Special Issue>

Der Einfluss der Verfassung auf das deutsche Familienrecht

von Prof. Dr. Rainer Frank*

I. Einführung

Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 gewährleistet in den Artikeln 1 bis 19 sog. Grundrechte. Diese Grundrechte stellen sich in der verfassungsgeschichtlichen Überlieferung als rechtliche Vorkehrungen zum Schutze individueller Freiheit gegenüber staatlichen Eingriffen dar, die überwiegend durch Revolutionen erkämpft worden sind und den einmal erreichten Rechtszustand auf Dauer sichern sollen. Das Bundesverfassungsgericht versteht die Grundrechte allerdings nicht nur als Freiheitsrechte, sondern auch als objektive Wertordnung. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von den Grundrechten "Richtlinien und Impulse".¹⁾ Als Hüter der Verfassung wacht das Bundesverfassungsgericht darüber, dass Legislative, Exekutive und Judikative die Grundrechte respektieren. Das Bundesverfassungsgericht kann deshalb Gesetze für nichtig erklären. Es kann auch höchstinstanzliche Entscheidungen aufheben, wenn diese eine Grundrechtsverletzung beinhalten.

II. Familienrecht und Grundrechte

Was das Familienrecht anbelangt, so enthält das Grundgesetz — wenn auch nur in sehr allgemeiner Form — einige fundamentale Aussagen:

* Universität Freiburg i. B.

1) Seit BVerfGE 7, 198 ff. - "Lüth-Urteil".

Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung (Art. 6 Abs. 1 GG). Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin (Art. 3 Abs. 2 GG). Niemand darf wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden (Art. 3 Abs. 3 GG). Pflege und Erziehung der Kinder sind nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). Gegen den Willen des Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur aufgrund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus anderen Gründen zu verwahrlosen drohen (Art. 6 Abs. 3 GG). Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft (Art. 6 Abs. 4 GG). Den nichtehelichen 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 Kindern (Art. 6 Abs. 5 GG).

Einen sehr starken Einfluss auf die Entwicklung des Kindschaftsrechts hatte in den letzten Jahrzehnten auch das in Art. 2 Abs. 1 GG geschützte allgemeine Persönlichkeitsrecht. Art. 2 Abs. 1 GG besagt in allgemeiner Form, dass jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit hat. Wo immer in Deutschland heutzutage Fragen des Kindeswohls zur Diskussion stehen, ziehen die Gerichte Art. 2 Abs. 1 GG heran. So wird beispielsweise die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Kinder ein Recht auf Kenntnis ihrer Abstammung haben, ausschließlich auf der Grundlage von Art. 2 Abs. 1 GG erörtert.

III. Der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts auf die Entwicklung des Familienrechts

Die Entwicklung des deutschen Familienrechts nach dem 2. Weltkrieg wurde stärker als in anderen europäischen Rechtsordnungen durch das Bundesverfassungsgericht mitbestimmt. Viele familienrechtlichen Reformgesetze der Nachkriegs-

zeit wurden durch Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausgelöst. Gelegentlich hat das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber sogar eine Frist gesetzt, bis zu deren Ablauf er ein mit der Verfassung in Einklang stehendes Reformgesetz verabschieden musste. Man kann darüber spekulieren, ob heute das geltende deutsche Familienrecht inhaltlich anders aussehen würde, wenn es ein Bundesverfassungsgericht in Deutschland nicht gäbe. Kein Zweifel besteht jedoch daran, dass das Bundesverfassungsgericht die Entwicklung beschleunigt hat. Wenn ich das deutsche Familienrecht mit dem anderer europäischer Länder vergleiche, in denen es keine entsprechende Verfassungsgerichtsbarkeit gibt, dann bin ich allerdings überrascht, wie einheitlich in der westlichen Welt die Entwicklung in den letzten 30-40 Jahren verlaufen ist, — und zwar mit oder ohne Verfassungsgerichtsbarkeit.

Ich werde im folgenden auf einige Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts eingehen, welche die Entwicklung des deutschen Familienrechts nachhaltig beeinflusst haben.

1) An erster Stelle ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 29.1.1969²⁾ zu nennen. In diesem Beschluss setzte das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine kurz bemessene Frist von nicht einmal einem Jahr zur Reform des Nichtehelehenrechts. Für den Fall, dass der Gesetzgeber die ihm gesetzte Frist ungenutzt würde verstreichen lassen, drohte das Bundesverfassungsgericht mit Richterrecht: Alle Normen, die dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder widersprechen, seien dann, so entschied das Bundesverfassungsgericht, nach Ablauf der Frist nicht mehr anwendbar. Jeder Richter müsse danach selbst, auch ohne gesetzliche Regelung, nach einer Lösung suchen, die dem Verfassungsauftrag des Art. 6 Abs. 5 GG, eheliche und nichteheliche Kinder gleich zu behandeln, gerecht werde. Der Gesetzgeber beugte sich dem Befehl des Bundesverfassungsgerichts und verabschiedete noch im Jahre 1969 das Nichtehelehengesetz.³⁾ Ziel dieses

2) BVerfGE 25, 167.

3) Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19.8.1969,

Gesetzes war es, eheliche und nichteheliche Kinder gleich zu behandeln. Erstmals in der Geschichte Deutschlands erhielten 1969 nichteheliche Kinder nach ihrem Vater und nach ihren väterlichen Verwandten ein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Die Unterhaltspflicht des Vaters, die früher bei nichtehelichen Kindern zeitlich und umfangmäßig begrenzt war, wurde der Unterhaltspflicht für eheliche Kinder gleichgestellt. Seit 1969 müssen also Väter nichtehelicher Kinder bei einer entsprechenden Begabung ihrer Kinder auch ein teureres Universitätsstudium finanzieren.

Dass das Bundesverfassungsgericht 1969 nicht selbst inhaltlich über die Unterhaltsansprüche oder das Erbrecht nichtehelicher Kinder entschieden hat, sondern den Gesetzgeber zum Aktivwerden genötigt hat, lag daran, dass Art. 6 Abs. 5 GG nicht etwa lautet, dass eheliche und nichteheliche Kinder gleichberechtigt *sind*, sondern dass nichtehelichen Kindern durch die *Gesetzgebung* die gleichen Bedingungen für ihre Entwicklung zu schaffen seien wie den ehelichen. Art. 6 Abs. 5 GG enthält also, anders als die übrigen Grundrechte, nicht unmittelbar geltendes Recht, sondern stellt einen sog. Programmsatz dar. Das Grundgesetz von 1949 konnte und wollte nicht von einem Tag auf den anderen die rechtliche Gleichstellung nichtehelicher Kinder verwirklichen sondern hat dem Gesetzgeber lediglich die Aufgabe anvertraut, diese Gleichstellung später zu verwirklichen. Nachdem allerdings der Gesetzgeber von 1949 bis 1969 untätig geblieben war, meinte das Bundesverfassungsgericht, nunmehr sei die Zeit gekommen, den Auftrag der Verfassung in aktuell geltendes Recht umzusetzen. Das Bundesverfassungsgericht hat also den Programmsatz des Art. 6 Abs. 5 GG so interpretiert, dass der Gesetzgeber nach Sinn und Zweck der Regelung nicht länger als 20 Jahre warten dürfe, um das Ziel des Art. 6 Abs. 5 GG zu realisieren.

2) An zweiter Stelle seien mehrere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts genannt, die sich mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau befasst haben (Art. 3 Abs. 2 GG). Mit Art. 3 Abs. 2 GG hat es eine

besondere Bewandnis: Die Bestimmung des Art. 3 Abs. 2 GG, dass nämlich Männer und Frauen gleichberechtigt sind, ist zwar unmittelbar geltendes Recht. Bei der Verabschiedung des Grundgesetzes im Jahre 1949 war sich jedoch der Verfassungsgesetzgeber im Klaren darüber, dass zahlreiche Regelungen des Bürgerliche Gesetzbuches (BGB) mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar waren. Art. 117 Abs. 1 GG ordnete deshalb an, dass der Gesetzgeber bis spätestens 31. März 1953 alles gleichberechtigungswidrige Recht außer Kraft setzen solle. Der Gesetzgeber konnte diesen Termin nicht ganz einhalten und verabschiedete am 18.6.1957 mit vier Jahren Verspätung das sog. Gleichberechtigungsgesetz. Dieses Gleichberechtigungsgesetz, ein umfassendes Gesetzeswerk, versuchte, insbesondere aus dem Familienrecht alle Regelungen zu eliminieren, die mit Art. 3 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren waren. Es ist hochinteressant festzustellen, dass der Gesetzgeber im Jahre 1957 viele Regelungen unangetastet gelassen hat, weil er damals noch der Ansicht war, dass diese durchaus mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar seien. In den folgenden Jahren und Jahrzehnten wurden dann vom Bundesverfassungsgericht immer wieder gesetzliche Bestimmungen als gleichberechtigungswidrig aufgehoben, die früher weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten beanstandet worden waren. Dieser Umstand zeigt, dass die Beurteilung dessen, was Gleichheit konkret bedeutet, sich im Laufe der letzten 50 Jahre gewaltig geändert und dass die Interpretation des Begriffs der Gleichberechtigung einen Wandlungsprozess durchlaufen hat, der auch heute noch nicht abgeschlossen zu sein scheint. Ich möchte das an zwei Beispielen verdeutlichen:

a) Als im Jahre 1957 das Gleichberechtigungsgesetz verabschiedet wurde und gleichzeitig das elterliche Sorgerecht neu geregelt werden musste, wurde in das BGB eine Bestimmung eingeführt, nach welcher der Vater allein zu entscheiden hatte, wenn sich die Eltern bei der Ausübung des Sorgerechts nicht einigen konnten (§ 1628 Abs. 1 BGB aF). Eine weitere Bestimmung, die neu eingeführt wurde (§ 1629 Abs. 1 BGB) besagte, dass die Vertretung des Kindes nach außen dem Vater allein zusteht. Man mache sich das heute einmal klar: Bei der Verabschiedung

eines Gesetzes, dessen zentrale Aufgabe darin bestand, das Familienrecht auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 2 GG neu zu gestalten, wurde das Alleinvertretungsrecht des Mannes im Außenverhältnis und die alleinige Entscheidungsbefugnis im Innenverhältnis nicht etwa bloß weiterhin im BGB belassen, sondern wohl überlegt neu geregelt. Ich will mit dem Hinweis auf diesen Vorgang nicht etwa dem Gesetzgeber von 1957 einen groben Fehlgriff attestieren, sondern lediglich verdeutlichen, wie sehr wir alle in entscheidenden Wertungsfragen Gefangene unserer Umwelt sind, und wie groß der Interpretationsspielraum des Art. 3 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung der sich wandelnden sozialen Verhältnisse ist. Beim Erlass des Gleichberechtigungsgesetzes wurde jedenfalls über die Frage, wie die elterliche Sorge inhaltlich ausgestaltet werden sollte, in aller Ausführlichkeit diskutiert und die verabschiedete Neuregelung schließlich quer durch die politischen Parteien mit biologischen und funktionalen Unterschieden von Mann und Frau und mit der Notwendigkeit einer klaren elterlichen Entscheidung im Interesse des Kindes verteidigt.⁴⁾ Es bedurfte erst einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959,⁵⁾ um die genannten Neuregelungen (§§ 1628, 1629 BGB) wieder aus dem BGB zu verbannen.

b) Auch die bis 1976 geltende Regelung, dass bei der Eheschließung immer und ausnahmslos der Mannesname gemeinsamer Familienname der Eheleute wird, war vor 1976 unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung zwar diskutiert, aber nicht ernsthaft als verfassungswidrig gebrandmarkt worden. Inzwischen ist die 1976 eingeführte Möglichkeit der Eheschliessenden, zwischen dem Geburtsnamen des Mannes und dem der Frau als Ehenamen zu wählen, uns allen vertraut geworden und nach zögerndem Beginn wird immer häufiger der Frauenname als Ehe name gewählt. Unter kräftiger Mithilfe des Bundesverfassungsgerichts⁶⁾ wurde außerdem vom 1.4.1994 an⁷⁾ den Eheleuten die Möglichkeit eingeräumt, den

4) Regierungsentwurf zu § 1628 BGB aF, Bundestagsdrucksache Nr. 3802, S. 72 ff.; vgl. ergänzend zur Diskussion auch Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, *Kommentar* (1958), Vorbemerkung zu §§ 1628, 1629 BGB.

5) BVerGE 10, 59.

6) BVerGE 84, 9.

bisher geführten Namen auch nach der Eheschließung beizubehalten. Eheleute können also heute in Deutschland frei wählen, ob sie den Namen des Mannes oder der Frau als *gemeinsamen* Familiennamen führen wollen. Sie können aber auch auf einen gemeinsamen Familiennamen verzichten und ihren bisherigen Namen weiterführen. Das heute geltende Namensrecht beruht nicht etwa auf einer freien Entscheidung des Bundesgesetzgebers, sondern auf einer Intervention des Bundesverfassungsgerichts, das glaubte, dem Grundsatz der Gleichberechtigung auf diese Weise Rechnung tragen zu müssen.

3) Wie bereits erwähnt, spielt das sog. allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) bei der Entwicklung des Kindschaftsrechts in Deutschland eine zentrale Rolle. Das Kind ist selbst Träger von Grundrechten und wird von der Rechtsprechung der letzten Jahrzehnte immer stärker als Rechtssubjekt in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt. Im Prozessrecht äußert sich diese Sichtweise unter anderem darin, dass Kinder in Fragen des elterlichen Sorge- und Umgangsrechts angehört werden müssen. Es ist in Deutschland kein seltener Ausnahmefall, dass heutzutage Kinder von einem Familien- oder Vormundschaftsrichter bereits im Alter von 3 Jahren angehört werden. Interessant ist allerdings, dass das Bundesverfassungsgericht auch materiellrechtliche Ansprüche zugunsten von Kindern allein und ausschließlich aus dem in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Persönlichkeitsrecht entwickelt hat.

Ausgangspunkt hierfür war eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 31.1.1989⁸⁾:

Eine volljährig gewordene Tochter, die bei ihren miteinander verheirateten Eltern lebte, klagte gegen den Ehemann der Mutter auf Feststellung, dass dieser nicht ihr biologischer Vater sei.

Nach dem früher geltendem Recht war eine sog. Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind nur zulässig, wenn die Eltern seit mindestens 3 Jahre getrennt gelebt

7) Gesetz zur Neuordnung des Familiennamensrechts (FamNamRG) vom 16.12.1993, *Bundesgesetzblatt* I 2054.

8) BVerfGE 79, 256 = *NJW* 1989, 881 m. Anm. Enders.

hatten oder ihre Ehe geschieden war (§ 1596 BGB aF). Im konkreten Fall waren jedoch die Eltern nicht geschieden; sie lebten zusammen und hatten nicht die Absicht, sich zu trennen oder scheiden zu lassen.

Das Bundesverfassungsgericht meinte, der Tochter müsse die Möglichkeit zugestanden werden, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter anzufechten, um danach die Möglichkeit zu haben, die Vaterschaft des wirklichen Erzeugers feststellen zu lassen. Jedes Kind habe ein Recht, seine biologischen Eltern zu kennen. Dieses Recht sei Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Zwar sei durch Art. 2 Abs.1 GG auch das Persönlichkeitsrecht der Eltern geschützt. Aber eine Abwägung der Interessen von Kind und Eltern führe zu dem Ergebnis, dass das Persönlichkeitsrecht der Tochter stärkeren Schutz verdiene. Für das künftige Leben der Tochter sei es entscheidend zu wissen, wer ihr Vater und wer ihre Mutter sei.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat dazu geführt, dass durch das Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts von 1997⁹⁾ das Abstammungsrecht, insbesondere das Recht der Vaterschaftsanfechtung grundlegend reformiert wurde. Heute kann jedes volljährig gewordene, in eine Ehe hineingeborene Kind die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter ohne Angabe irgendwelcher Gründe anfechten (§§ 1600, 1600 b Abs. 3 BGB). Das Kind kann also theoretisch zur Feier seines 18.Geburtstags den Vater mit der Mitteilung überraschen, dass es nunmehr seine Abstammung gerichtlich klären lassen wolle. Die Klage des Kindes gegen den Vater wäre selbst dann zulässig, wenn das Kind keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür hätte, dass der Ehemann der Mutter möglicherweise nicht sein Erzeuger ist. Ich halte diese gesetzliche Regelung für völlig untragbar. Was mich an dieser Regelung stört, ist allerdings weniger das Ergebnis als solches; denn überraschenderweise halten viele Deutsche dieses Ergebnis in der Sache für richtig. Was mich vor allem stört, ist die Behauptung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich das Recht auf Anfechtung der Vaterschaft aus der Verfassung herleiten lasse, dass also der parlamentarische Gesetzgeber überhaupt keine andere Regelung treffen dürfe, weil es aus verfassungsrechtlichen

9) Gesetz vom 16.12.1997, *Bundesgesetzblatt* I 2942.

Überlegungen keine andere Möglichkeit gäbe, als dem volljährigen Kind die Anfechtung der Ehelichkeit zu gestatten.

Die erwähnte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat sich noch in anderem Zusammenhang nachhaltig auf das deutsche Kindschaftsrecht ausgewirkt. So wird beispielsweise aus dieser Entscheidung allgemein abgeleitet, dass im Falle einer künstlichen Insemination der Samenspender nicht anonym bleiben darf.¹⁰⁾ Ein Arzt, der sich standesgemäß verhält, muss den Samenspender registrieren und das Kind hat nach allgemeiner Ansicht nach Erreichung des 16. Lebensjahres das Recht, Akteneinsicht zu verlangen und auf diese Weise den Namen und die Adresse des Samenspenders zu erfahren.¹¹⁾ Das deutsche Recht geht sogar soweit, dass es dem volljährig gewordenen Kind im Falle einer heterologen künstlichen Insemination das Recht zuerkennt, die Vaterschaft des Ehemannes der Mutter anzufechten.¹²⁾ Das Ergebnis erscheint mir geradezu schockierend: Wenn eine Frau mit Zustimmung ihres Ehemannes ein Kind zur Welt bringt, das mit dem Samen eines Dritten gezeugt wurde, ein Kind, welches das Wunschkind beider Eltern ist, dann hat nach deutschem Recht das Kind nicht nur einen Anspruch darauf zu erfahren, wer der Samenspender ist, sondern kann darüber hinaus sogar die Vaterschaft des Ehemannes anfechten, um später den Samenspender rechtlich vor Gericht als seinen Vater feststellen zu lassen. Dieses absurde Ergebnis darf allerdings nicht nur dem Bundesverfassungsgericht angelastet werden. Das Bundesverfassungsgericht hat sich zwar gegen die Anonymität des Samenspenders ausgesprochen, zur Frage der Vaterschaftsanfechtung im Falle einer künstlichen Insemination aber nicht Stellung genommen.

Eine weitere Folge des vom Bundesverfassungsgericht bejahten Rechts auf Kenntnis der genetischen Abstammung ist, dass Kinder heute mit Erfolg ihre Mutter auf Benennung ihres Erzeugers verklagen können. So hat das Landgericht

10) *Münchener Kommentar*, 4. Aufl. 2002, § 1600 a Randziffer 29 f.

11) § 61 Abs. 2 Personenstandsgesetz analog.

12) § 1600 Abs. 2 BGB idF des Gesetzes zur Verbesserung von Kinderrechten (2002) sieht zwar vor, dass die Vaterschaft nicht von der Mutter oder ihrem mit der Insemination einverstandenen Ehemann angefochten werden kann, ändert aber nichts am Anfechtungsrecht des Kindes selbst.

Münster unter Billigung des Bundesverfassungsgerichts eine 60 Jahre alte Mutter dazu verurteilt, ihrer 40 Jahre alten Tochter Namen und Adressen aller in Betracht kommenden Väter zu nennen.¹³⁾ Die Mutter verteidigte sich erfolglos mit dem Argument, dass als Väter vier Männer in Betracht kämen und dass alle vier Männer inzwischen verheiratet seien, so dass sie selbst mit Rücksicht auf deren Familien die Namen nicht nennen wolle. Die Frau wurde dennoch verurteilt, Namen und Adressen sämtlicher vier Männer zu nennen. Nach herrschender Ansicht könnte das Urteil sogar mit Zwangsgeld und Zwangshaft vollstreckt werden.¹⁴⁾

IV. Verfassungsneutrale Entwicklungen des Familienrechts

Wenn ich von verfassungsneutralen Entwicklungen des Familienrechts spreche, so meine ich damit Entwicklungen, die sich im großen und ganzen unabhängig von Interventionen des Bundesverfassungsgerichts vollzogen haben.

1. Zu den verfassungsneutralen Entwicklungen zähle ich das Eherecht. Das mag zunächst überraschen, weil Art. 6 Abs. 1 GG die Ehe ausdrücklich unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt. Natürlich gibt es zahlreiche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit Art. 6 Abs. 1 GG befassen.¹⁵⁾ Wer aber diese Entscheidungen kritisch analysiert, wird bald erkennen, dass das Bundesverfassungsgericht noch nicht einmal den Versuch macht zu umschreiben, was eine Ehe inhaltlich kennzeichnet. Das BGB kennt kein Leitbild der Ehe mehr. Wie die Eheleute ihre Ehe gestalten, ist ihrer freien Entscheidung überlassen. Sie können nicht nur die persönlichen, sondern auch die vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe autonom regeln. In Deutschland sind sogar Eheverträge zulässig, in denen bei Eingehung einer Ehe vereinbart wird,

13) LG Münster *NJW* 1999, 726 = *FamRZ* 1999, 1441; zum gleichen Fall BVerfGE 96, 56 mit kritischer Anm. Frank/Helms *FamRZ* 1997, 1258.

14) So OLG Bremen *NJW* 2000, 963 = *FamRZ* 2000, 618.

15) Nachweise bei Frank, 100 Jahre BGB - Familienrecht, *AcP* 200 (2000) 401, 408 ff.

dass im Falle einer Ehescheidung kein Ehegatte gegenüber dem anderen irgendetwelche finanziellen Ansprüche geltend machen kann.¹⁶⁾ Die Eheleute können so gesehen vertraglich eine rechtsfolgenlose Ehe schließen, obwohl im Zeitpunkt der Eheschließung nicht feststeht und auch nicht feststehen kann, wie lange die Ehe dauern wird, wieviele Kinder geboren werden und wer welche persönlichen oder finanziellen Opfer in der Ehe bringen wird. Wie Ihnen bekannt sein wird, wurde in Deutschland im Jahre 2001 das sog. Lebenspartnerschaftsgesetz verabschiedet. Dieses Gesetz ermöglicht gleichgeschlechtlichen Paaren, eine Art "Ehe" einzugehen. Das Gesetz nennt die Verbindung zwischen Gleichgeschlechtlichen zwar nicht Ehe, aber inhaltlich sind die Rechtswirkungen einer Lebenspartnerschaft denen einer Ehe nachgebildet. Das Bundesverfassungsgericht sieht im Lebenspartnerschaftsgesetz keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁷⁾ Art. 6 Abs. 1 GG stelle zwar die Ehe unter den besonderen Schutz des Staates, verbiete aber nicht, auch andere Verbindungen rechtlich zu schützen. Die Frage nach der Verfassungswidrigkeit des Lebenspartnerschaftsgesetzes reduziert sich so gesehen auf die Frage, ob die Lebenspartnerschaft der Ehe *in jeder Hinsicht* gleichgestellt ist oder ob es doch noch den einen oder anderen Vorteil gibt, der vom Gesetzgeber nur Ehegatten zugestanden wird. Die Ehe selbst ist heute nichts anderes mehr als ein Vertrag mit dispositivem Inhalt, der von jedem Vertragspartner gekündigt werden kann. Nichteheliche Verbindungen werden gesellschaftlich in Deutschland allgemein akzeptiert; sie sind weit verbreitet, so dass der Gesetzgeber inzwischen auch zögert, Eheleuten Vorteile, insbesondere steuerliche Vorteile zukommen zu lassen, die nichtverheirateten Paaren vorenthalten werden. Vielleicht tut das Bundesverfassungsgericht auch gut daran, dieser Entwicklung nicht mit Hilfe von Art. 6 Abs.1 GG entgegen zu steuern. Aber die Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 macht doch deutlich, wie sehr die Interpretation der Verfassung im allgemeinen und der Grundrechte im besonderen vom Zeitgeist abhängt und wie stark das Bundesverfassungsgericht

16) Näheres Bundesverfassungsgericht *FamRZ* 2001, 343 mit Anm. Schwab = *NJW* 2001, 957.

17) BVerfG *FamRZ* 2002, 1169.

selbst eingebunden ist in Entwicklungen, die es selbst nicht zu steuern vermag.

2. Als "verfassungsneutral" möchte ich neben dem Eherecht auch das Unterhaltsrecht und das eheliche Güterrecht bezeichnen. Ob und in welchem Umfang geschiedene Ehepartner einander zur Unterhaltszahlung verpflichtet sind, hat mit den Grundrechten eben so wenig zu tun wie die Frage, wie das während der Ehe erworbene Vermögen im Scheidungsfall zu verteilen ist. Auf diesem Gebiet hat jedenfalls der Gesetzgeber einen so weiten Entscheidungsspielraum, dass verfassungsrechtliche Probleme kaum auftauchen dürften. Betrachtet man die Filigranarbeit mit der das Bundesverfassungsgericht z.B. das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung ausgelotet und entwickelt hat, so überrascht es, welche groben Ungerechtigkeiten im Unterhaltsrecht und im Ehegüterrecht von der Rechtsprechung nur deshalb hingenommen werden, weil der Gesetzgeber es eben so gewollt habe und das Verfassungsrecht inhaltlich keine justiziablen Vorgaben enthalte. Dazu ein Beispielsfall, über den vor wenigen Wochen in der deutschen Presse berichtet wurde:

Eine Ehefrau war nach einem schweren Verkehrsunfall, an dem sie selbst schuldlos war, schwer verletzt worden und war nach mehreren Operationen als Schwerbehinderte auf den Rollstuhl angewiesen. Der für den Unfall Verantwortliche wurde zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 300.000 € verurteilt. Ein Jahr nach dem Unfall liess sich der Ehemann scheiden und verlangte aufgrund des in Deutschland geltenden Ehegüterrechts von seiner Ehefrau die Hälfte des Schmerzensgeldes als sog. Zugewinnausgleich.

Der Ehemann gewann den Prozess. Das Gericht meinte zwar, das Verhalten des Ehemannes sei moralisch verwerflich, aber das geltende Recht sehe eben pauschal die Verteilung des zwischen den Ehepartnern während der Ehe erworbenen Vermögens vor und daran sei das Gericht solange gebunden, als der Gesetzgeber keine neue Regelung getroffen habe.

Auch im Unterhaltsrecht mag man darüber diskutieren, ob es heute noch als gerecht erscheint, wenn ein 50-jähriges Ehepaar nicht nur den Kindern ein

teueres Universitätsstudium finanzieren muss, sondern darüber hinaus für die Eltern und eventuell sogar für die Großeltern die Kosten eines Altersheims tragen muss.

Man hat im deutschen Recht oft den Eindruck, dass der Gesetzgeber im Familienrecht vorrangig damit beschäftigt ist, Reformen durchzuführen, die vom Bundesverfassungsgericht angemahnt wurden, während verfassungsneutrale Reformgesetze, die ebenfalls dringend verabschiedet werden sollten, hinausgezögert werden.

V. Der Einfluss des Verfassungsrechts

Wenn wir die zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf dem Gebiete des Familienrechts betrachten, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass das Bundesverfassungsgericht viele Gesetzesreformen angestoßen oder gar erzwungen hat. Trotzdem glaube ich nicht, dass das Verfassungsrecht unser heutiges Familienrecht entscheidend geprägt hat. Vergleicht man nämlich die Entwicklung des Familienrechts in Deutschland mit der Entwicklung des Familienrechts in anderen westeuropäischen Ländern oder im anglo-amerikanischen Rechtskreis, so stellt man fest, dass die Entwicklungen hier wie dort in vergleichbarer wenn nicht sogar identischer Weise verlaufen sind. Eine rechtsvergleichende Analyse macht deutlich, dass in der Nachkriegszeit familienrechtliche Reformgesetze in Europa und in den USA fast zu gleicher Zeit mit fast dem gleichen Inhalt verabschiedet worden sind, obwohl die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen in den einzelnen europäischen Ländern und in den USA völlig verschieden sind. So erfolgte z.B. die Reform des Nichtehelehenrechts in Europa und in den USA in dem eng umgrenzten Zeitraum der Jahre 1968-1975. Das deutsche Nichtehelehengesetz datiert aus dem Jahr 1969. In den sozialistischen Rechtsordnungen Osteuropas waren zu diesem Zeitpunkt die Reformen des Nichtehelehenrechts gerade abgeschlossen. In Schweden wurde die erbrechtliche Gleichstellung ehelicher und nichtehelecher Kinder im gleichen Jahr wie in Deutschland verwirklicht. Ebenfalls 1969 revidierte Großbritannien sein

nicht mehr zeitgemäßes Nichtehelichenrecht. Österreich folgte 1970, Frankreich 1972, Italien 1975. Die ersten Entscheidungen des US-amerikanischen Supreme Court, die in den USA den langsamen Prozess der Gleichberechtigung ehelicher und nichtehelicher Kinder in Gang setzten, stammen aus den Jahren 1968-1973. Sicherlich gibt es auch einige Länder, die ihr Nichtehelichenrecht verhältnismäßig spät reformierten, wie etwa die Schweiz im Jahre 1976, und ebenso sicher gibt es auch Länder, in denen Detailreformen noch lange Zeit nach 1975 offen standen. Aber der Reformboom in Westeuropa und in den USA kann noch relativ präzise auf die Jahre 1968-1975 fixiert werden. Wenn das deutsche Bundesverfassungsgericht im Jahre 1969 die Reform des Nichtehelichenrechts erzwungen hat, so hat es die Entwicklung in Deutschland beschleunigt, vielleicht um 2, vielleicht um 5 Jahre. Aber ich glaube nicht, dass unser Nichtehelichenrecht heute anders aussehen würde, wenn das Bundesverfassungsgericht nicht eingegriffen hätte.

Jeder Rechtsvergleicher wird darüber hinaus bestätigen, dass die Entwicklung des Familienrechts in Europa und in den USA auch in anderen Bereichen ziemlich gleichförmig verlaufen ist. Ich habe hier nicht die Zeit, auf Einzelheiten einzugehen. Aber die Parallelität der Entwicklungen lässt sich in gleicher Weise wie für das Nichtehelichenrecht auch für das Ehescheidungsrecht belegen, für das Ehegüterrecht, für das Adoptionsrecht, für das Kindschaftsrecht usw. Wir alle wissen, dass derzeit in Europa die Ehe zwischen Gleichgeschlechtlichen ein heiß diskutiertes Thema darstellt. Die Diskussion begann vor etwa zehn Jahren in Norwegen, Schweden, Dänemark und in den Niederlanden. Es folgten Frankreich, Spanien, Belgien und Deutschland. Heute gibt es kein westeuropäisches Land, in dem dieses Thema nicht ernsthaft Gegenstand von Reformdiskussionen ist. Selbst in dem durch nationale Traditionen geprägten Namensrecht lässt sich ein europaweiter internationaler Trend feststellen: Mehr und mehr überlässt es der Gesetzgeber den Eheleuten, selbst zu bestimmen, ob sie einen gemeinsamen Familiennamen führen oder ihren bisherigen Namen beibehalten wollen. Führen die Eheleute verschiedene Namen, so wird allgemein den Eltern die Möglichkeit eingeräumt zu wählen, ob die Kinder den Namen des Ehemannes oder den der

Ehefrau tragen sollen. Der Vorrang des Mannesnamens verschwindet jedenfalls mehr und mehr in Europa, - und zwar ohne Rücksicht darauf ob der Grundsatz der Gleichberechtigung in den einzelnen Rechtsordnungen verfassungsrechtlich verankert ist und ob ein Verfassungsgericht über die Beachtung des Grundsatzes der Gleichberechtigung wacht oder nicht.

Die Tatsache, dass das Familienrecht in Europa und in den USA sich fast im Gleichlauf entwickelt hat, macht deutlich, dass es weder die Verfassung noch die Verfassungsgerichtsbarkeit sein kann, welche diese Entwicklung letztlich inhaltlich bestimmt hat. Entscheidend dürfte vielmehr der soziale Wandlungsprozess, der Wertewandel sein, dem die Gesellschafts- und Rechtsordnungen der Nachkriegszeit ausgesetzt sind. Rechtsprechung oder Gesetzgebung haben auf diesen Wertewandel nur einen bescheidenen Einfluss ausgeübt. Das mag auf anderen Gebieten, etwa im Handels- oder Wirtschaftsrecht anders sein. Das Familienrecht der Nachkriegszeit ist jedoch nichts anderes als ein Spiegel der sozialen Wirklichkeit. Auch das Bundesverfassungsgericht baut bei der Interpretation der Grundrechte auf Wertungen, die vom Zeitgeist geprägt sind. Das Wissen um die Zeitbedingtheit aller Werte sollte das Bundesverfassungsgericht gerade auf dem Gebiet des Familienrechts zu großer Zurückhaltung nötigen. Was heute publikumswirksam als billig und gerecht angepriesen wird, ist es vielleicht morgen schon nicht mehr. Und an diesem Punkt setzt dann auch meine Kritik am Bundesverfassungsgericht ein. Es gibt nicht viele, aber doch einige Entscheidungen, in denen das Bundesverfassungsgericht in fragwürdiger Weise aus der Verfassung Folgerungen gezogen hat, die zwar dem Zeitgeist angepasst, aber verfassungsrechtlich nicht geboten waren.

Ich erinnere an die bereits erwähnte Entscheidung, in der eine 60 Jahre alte Mutter verurteilt wurde, ihrer 40 Jahre alten Tochter die Namen von vier Männern zu nennen, die als Väter in Betracht kamen. Ich erinnere weiter an die Entscheidung, dass im Falle einer künstlichen Insemination der Samenspender dokumentarisch festgehalten werden muss. Was in Deutschland gegen die Verfassung verstößt, ist im Nachbarland Frankreich erlaubt. Das stimmt bedenklich. Auch die aus der Verfassung gewonnene Erkenntnis, dass jedes

volljährig gewordene ehelich geborene Kind die Vaterschaft soll anfechten können, ist höchst problematisch. Man sollte die Entscheidung dieser Frage dem Gesetzgeber, d.h. der parlamentarischen Mehrheit überlassen und nicht unter Berufung auf das Grundgesetz am Gesetzgeber vorbei auf Dauer "zementieren". Gleiches gilt m. E. für die derzeitige Überbetonung der Rechte des Kindes. Obwohl Art. 6 Abs. 2 GG bestimmt, dass Pflege und Erziehung der Kinder nicht nur eine Pflicht der Eltern sondern auch ihr natürliches Recht sind, liegt die Betonung heute so einseitig auf der Pflichtkomponente, dass die Rechtsprechung zu Ergebnisse gelangt, die zum Erstaunen Anlass geben. Da das Umgangsrecht des nichtsorgeberechtigten Elternteils nicht mehr als Recht sondern als Pflicht verstanden wird, hat das OLG Köln durch Beschluss vom 12.12.2001¹⁸⁾ einen Vater, der an seinem Kind kein Interesse zeigte, auf Antrag der Mutter zur Ausübung des Besuchsrechts in Anwesenheit eines Psychologen verurteilt. Als der Vater sich weigerte, diesem Beschluss Folge zu leisten, wurde er zu einem Zwangsgeld von 5000, — € verurteilt. Das Erstaunliche: In einem Beschluss vom 30.1.2002 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass weder die Verurteilung des Vaters zur Wahrnehmung seiner Umgangspflicht in Anwesenheit eines Psychologen noch die Durchsetzung des Zwangsgeldes einen offensichtlichen Verstoß gegen Grundrechte des Vaters darstellen.¹⁹⁾ Auch die Zuerkennung des Sorgerechts an einen Vater oder an eine Mutter, die überhaupt nicht an der Ausübung des Sorgerechts interessiert sind, sind in Deutschland keine seltene Erscheinung.²⁰⁾

Damit nicht der Eindruck entsteht, ich würde die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur negativ sehen, möchte ich zum Schluss festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht in den letzten 50 Jahren die schwierige Aufgabe der praktischen Verwirklichung der Grundrechte im allgemeinen doch recht gut gemeistert hat. Im großen und ganzen haben sich die Entscheidungen, auch wenn sie zunächst kritisiert wurden, im Laufe der Jahre doch bewährt. Das

18) OLG Köln *FamRZ* 2002, 979.

19) BVerfGE *NJW* 2002, 1863.

20) Frank *AcP* 200 (2000), 401, 416.

gilt z.T. sogar für das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. So wird in Frankreich zur Zeit lebhaft diskutiert, ob man das in der Geschichte Frankreichs tief verwurzelte Recht der Mutter auf anonyme Entbindung in Zukunft nicht besser doch abschaffen sollte. Derzeit ist vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte ein entsprechendes Verfahren anhängig.

Als positiv bewerte ich auch, dass der stete Umgang mit den Grundrechten in der deutschen Rechtsprechung und Gesetzgebung zu einer Sensibilisierung gegenüber den Werten der Verfassung geführt hat. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat unser aller Werteempfinden geschärft, verändert, einen stillen Erziehungsprozess ausgelöst. Wenn z.B. in Frankreich Jahrzehnte nach der Reform des Nichtehelehenrechts der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Jahre 2000 in der Affäre Mazurek²¹⁾ intervenieren musste, um Ehebruchskinder erbrechtlich anderen Kindern des Erblassers gleichzustellen, so wage ich die Behauptung, dass in Deutschland eine entsprechende Norm unter dem Einfluss des Bundesverfassungsgerichts schon Jahrzehnte früher für nichtig erklärt worden wäre.

Einen weiteren positiven Aspekt sehe ich in der Friedensfunktion des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgericht genießt in Deutschland hohes Ansehen. Seine Entscheidungen werden respektiert und akzeptiert. Nachdem beispielsweise das Lebenspartnerschaftsgesetz in diesem Jahre vom Bundesverfassungsgericht für verfassungsgemäß erklärt worden ist, steht nicht zu erwarten, dass die früher erbitterte Diskussion um dieses Gesetz politisch in den nächsten Jahren fortgesetzt wird.

VI. Schlussbemerkungen

Ich bin damit am Ende meines Vortrags angelangt und darf zusammenfassen: Eine Familienrechtsordnung im eigentlichen Sinne kennt das Grundgesetz nicht. Die Aussagen des Grundgesetzes zu Ehe und Familie haben der Reform-

21) Europäischer Gerichtshof vom 1.2.2000, Nr. 34406/97, 1077 m. Anm. Vanwinckelen.

gesetzgebung der Nachkriegszeit, die fast das gesamte Familienrecht umgestaltet hat, jedenfalls nicht in dem Maße Impulse gegeben, wie das oft mit einem gewissen verfassungsrechtlichen Pathos angenommen wird. Diese Feststellung entspricht im übrigen auch der gesicherten Erkenntnis, dass auch das *einfache* Familienrecht das soziale Verhalten nur sehr begrenzt zu steuern vermag. Das Familienrecht ist ein Spiegel der sozialen Wirklichkeit; es gestaltet diese Wirklichkeit kaum. Darüber mag der Familienrechtler enttäuscht sein. Das Verdienst der Verfassung — oder genauer: der Verfassungsgerichtsbarkeit — liegt in der verbindlichen Konkretisierung der Grundrechte für das Familienrecht, und hier insbesondere mit Blick auf die zahlreichen Reformgesetze der Nachkriegszeit in der Normenkontrolle. Darüber hinaus hat die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Sensibilisierung gegenüber den Grundrechten und über diese Sensibilisierung auch zu einem veränderten Werteempfinden und zu einer Rationalisierung geführt.