

Die Zukunft der Familie und der Familienarbeit¹

Inhalt

I.	Am Anfang war Empörung	26
II.	Begriffliche Annäherung: Worüber reden wir eigentlich?	27
	1. Familienarbeit – Mehr als nur Hausarbeit?	27
	2. Zur Entkoppelung von Ehe, Elternschaft und Familienarbeit.	29
	3. Konsequenzen für die Familienarbeit	32
III.	Familienarbeit im geltenden Familienrecht	33
	1. Die Vorgabe des BVerfG: Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit	33
	2. Familienarbeit im BGB	35
	3. Konsequenzen für die Familienarbeit	38
IV.	Ursachenforschung: Ketzerische Fragen	39
	1. Familienarbeit – Ein Genderthema?	39
	2. Dogmatische Scheuklappen?	40
	3. Zu Reichweite und Grenzen privatautonomer Selbstbindung	42
V.	Und was folgt daraus?	43

Meine sehr geehrten Herren und Damen,

es ist für mich eine große Freude, heute hier vor Ihnen sprechen zu dürfen. Ich bedanke mich bei Isabell Götz und Gerd Bruder Müller ganz herzlich für die ehrenvolle Einladung zum traditionellen Festvortrag, am Vorabend der eigentlichen Arbeit des Familiengerichtstages. Besonders bedanke ich mich für das Vertrauen, mir die Themenwahl zu überlassen und nicht ein einziges Mal nachzufragen, was ich denn nun eigentlich im Sinn habe. Ich hoffe dieses Vertrauen nicht zu enttäuschen, auch wenn ich natürlich doch ein wenig aufgeregt bin: Nichts ist für mich als Wissenschaftlerin herausfordernder, als Fragen und Ergebnisse meiner wissenschaftlichen Arbeit erfahrenen und prominenten Vertretern der Praxis vorzustellen – und damit dem Test der Praxis zu unterwerfen. Das Thema Familienarbeit und ihre Bedeutung für die Familie ist mir seit langem ein Herzensanliegen, an dem ich seit Jahren arbeite, an dem ich immer neue Facetten entdecke. Ohne die Familienarbeit meiner Mutter, Ingeborg Dauner, wäre meine wissenschaftliche Arbeit nicht möglich gewesen. Ich habe bis heute mehr Fragen als

1 Die Vortragsform wurde beibehalten; die Nachweise wurden im Wesentlichen auf exemplarische Quellen beschränkt, die – so die subjektive Sicht der Verfasserin – Lust zum Weiterlesen machen könnten.

Antworten, deutlich mehr Zweifel als Lösungsvorschläge.² Es ist das Vorrecht der Wissenschaft, Fragen zu stellen, ohne gleich tragfähige, konsensfähige und unmittelbar umsetzbare Antworten präsentieren zu können.³ Daher erlaube ich mir, meine Fragen und meine (möglicherweise unzeitgemäßen) Überlegungen zur Familienarbeit mit Ihnen zu teilen.

I. Am Anfang war Empörung

Am Anfang war Empörung, die Empörung einer Mandantin. Wütend unterbrach sie die skeptischen Überlegungen ihrer Rechtsberater, ob es gelingen könne, dem Gericht im Verfahren über die Scheidungsfolgen einen Ausgleich „ehebendiger Nachteile“ im Wege der Konstruktion einer „fiktiven Erwerbsbiografie“ auf der Grundlage ihres akademischen Abschlusses als Diplomkauffrau abzurufen. „Ich will keinen Ausgleich ehebendiger Nachteile, ich verdiene doch eine angemessene Anerkennung meiner Lebensleistung“, so brachte sie ihre Vorstellungen auf den Punkt. Die Lebensleistung ihres geschiedenen Ehemannes ist in Wirtschaft, Politik und Gesellschaft unbestritten und wird – wie etwa dem Manager-Magazin zu entnehmen ist – bestaunt und bewundert. Er hat in 30 Jahren aus eigener Kraft ein international agierendes Firmenimperium geschaffen, nicht ganz aus dem Nichts, denn sein Schwiegervater hatte ihm in berechtigtem Vertrauen auf sein unternehmerisches Potenzial ein Existenzgründungsdarlehen gegeben, das bereits nach kurzer Zeit verzinst zurückgezahlt werden konnte. Die Lebensleistung des geschiedenen Ehemannes lässt sich ohne weiteres in Euro beziffern, die Bewertung von Konzern und beträchtlichem Privatvermögen ergibt selbst bei sehr konservativen Ansätzen eine – jedenfalls für Richter und Professoren – schwindelerregende Zahl. In denselben 30 Jahren war die geschiedene Ehefrau nicht erwerbstätig; sie hat den Aufstieg ihres Mannes begleitet, sich um Kinder und Haushalt gekümmert, das soziale Netzwerk organisiert und gepflegt, die Geschäftsfreunde ihres Mannes bewirtet und deren Ehefrauen beim Sightseeing und Shopping begleitet. Die ehemaligen Eheleute hatten vor der Eheschließung Gütertrennung vereinbart, aus Gründen und unter Umständen, die aus heutiger Sicht

2 So mag die Forderung nach Einführung einer zeitgemäßen Errungenschaftsgemeinschaft derzeit politische Träumerei sein, dennoch muss weiter über die Optionen eines wirklich partnerschaftlichen Güterrechts weiter nachgedacht werden. Siehe dazu *Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder* (Hrsg.), *Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?*, 2013.

3 Spannend aus neuerer Zeit etwa *Röthel*, *Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland*, AcP 214 (2014), 609; *dies.*, *Verträge in der Unternehmerfamilie*, in: Röthel (Hrsg.), *Verträge in der Unternehmerfamilie*, 2014, 9; *Britz*, *Inhaltskontrolle von Eheverträgen in Unternehmerehen – Vorgaben der Verfassung*, in: Röthel, a.a.O.; 241; siehe zum Gesamthema *Dauner-Lieb*, *Unternehmensbezogene Verträge in der Familie*, in: Röthel, a.a.O., 181; *dies.*, *Fairness – (K)ein Thema im Güterrecht*, in: Götz/Schwenzer/Seelmann/Taupitz (Hrsg.), *FS Brudermüller* (2014), 99; *dies.*, *Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle*, AcP 210 (2010), 580; *dies.*, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, AcP 210 (2010), 295; *Meder*, *Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnngemeinschaft*, 2010.

problematisch sind, möglicherweise aber für die Sanktion der Sittenwidrigkeit nicht reichen. Der ehemalige Ehemann ist kein Unmensch, er zahlt einen moderaten Unterhalt. Die ehemalige Ehefrau kommt damit ohne weiteres aus; sie war immer bescheiden und sparsam; sie hat auch während der Ehe trotz der glänzenden Einkommensverhältnisse ihres Mannes keine großen Ansprüche für die eigene Person gestellt. Darum geht es ihr ja auch jetzt nicht. Es geht ihr um eine Anerkennung ihrer eigenen Lebensleistung, ihrer eigenen Arbeit in der Familie und für die Familie, und damit auch ihres zumindest mittelbaren Beitrags zum Erfolg Ihres Mannes. Mit der Auskunft ihrer Rechtsberater, diese Leistung sei menschlich sicherlich hoch anerkennenswert, aber möglicherweise oder sogar wahrscheinlich juristisch nicht angemessen abzubilden, will sie sich nicht abfinden. Das Recht könne doch nicht so ungerecht sein! Gegen diesen Standpunkt gibt es aus juristischer Sicht nahe liegende Reaktionen: „Das Leben ist nicht gerecht“; „was gerecht ist, definiert der Gesetzgeber, der Richter wendet die Gesetze an“; vor allem aber, „die Mandantin hat als erwachsene und gut ausgebildete Frau einen solchen Ehevertrag unterschrieben, Vertrag ist eben Vertrag“. So krass haben das die klugen und sensiblen Rechtsberater natürlich nicht formuliert. Aber alle verbale Verzuckerung konnte nichts daran ändern, dass sie die Chancen, auf juristischem Weg eine angemessene Anerkennung der von ihrer Mandantin erbrachten Lebensleistung über einen Ausgleich „ehebendingter Nachteile“ hinaus zu erreichen, lange Zeit für begrenzt hielten.

Unterdrückt man freilich den ersten juristischen Abwehrreflex und lässt man sich etwas tiefer auf das Problemfeld ein, dann lässt es auch abgebrühte, effizienzorientierte Praktiker nicht mehr ohne weiteres los: Zählen Leistungen in der Familie und für die Familie wirklich juristisch nichts oder nur wenig, und wenn das so ist, warum ist das so, und warum ist das bisher kaum aufgefallen oder jedenfalls für sachgerecht gehalten worden, offensichtlich ohne größeres Problembewusstsein. Oder gibt es doch ein Gerechtigkeitsproblem, das bisher nicht ausgleichend wahrgenommen wurde, eine Art blinden Fleck im familienrechtlichen und familienpolitischen Diskurs, den es offen zu legen und aufzuarbeiten gilt? Gibt es Handlungsbedarf und Handlungsoptionen? Diesen Fragen möchte ich mit Ihnen im Folgenden nachgehen.

II. Begriffliche Annäherung: Worüber reden wir eigentlich?

1. Familienarbeit – Mehr als nur Hausarbeit?

Worüber reden wir eigentlich, wenn wir über Familienarbeit sprechen? Familienarbeit (neuerdings auch: care work) ist kein juristischer Begriff und wird im familienrechtlichen Diskurs bisher so gut wie nicht verwendet. Der § 1356 BGB spricht als Gegenbegriff zur Erwerbstätigkeit von Haushaltsführung und adressiert die Haushaltsführung in Abs. 1 sogar vor der Erwerbstätigkeit in Abs. 2. Was ist aber nun Haushaltsführung, ist Haushaltsführung identisch mit Familienarbeit und welche juristische Bedeutung hat Haushaltsführung? Was Erwerbstä-

tigkeit ist, wissen wir: das sind die Aktivitäten, denen man nachgeht, um die Mittel zu erwirtschaften, die zur Finanzierung des Lebensunterhaltes benötigt werden, eben die Berufstätigkeit, die Erwerbstätigkeit. Sie steht häufig im Vordergrund des eigenen Selbstverständnisses und der gesellschaftlichen Wertschätzung. Man könnte daher geneigt sein, die Haushaltsführung „negativ“ beschreiben als Inbegriff dessen, was jenseits der Erwerbsarbeit und als Voraussetzung der Erwerbsarbeit so alles ganz unvermeidlich anfällt: Nahrungsbeschaffung und Nahrungszubereitung, Wäsche und Instandhaltung von Kleidung, Reinigung des Wohnraums, sozialwissenschaftlich formuliert, die Reproduktionsarbeit. Im Singlehaushalt werden diese Aktivitäten vom jeweiligen Individuum nach seinen eigenen Vorstellungen erledigt, manchmal auch outgesourced, aber schon die regelmäßige Weggabe von Wäsche ist teuer und zeigt den ökonomischen Wert von Haushaltsaktivitäten außerhalb des eigenen Haushalts und in der Realität der Marktökonomie. Wird nun aus Haushaltsaktivitäten Familienarbeit, nur weil sie – arbeitsteilig oder nicht – in einem Mehrpersonenhaushalt erledigt wird? Wir sind sicher geneigt, dies für eine studentische Wohngemeinschaft tendenziell zu verneinen; vielleicht sehen wir das aber für eine Senioren-WG schon anders. Zögern werden wir möglicherweise im Hinblick auf die Haushaltsführung kinderloser Ehepaare und zwar unabhängig davon, ob beide berufstätig sind oder nur einer von beiden; das „bisschen Haushalt“ macht sich ja bekanntlich von allein. Familienarbeit ist offensichtlich mehr als bloße Hausarbeit, wie Einkaufen, Waschen und Kochen.

In der Tat verbinden wir den Begriff der Familienarbeit intuitiv mit der Versorgung von und der Fürsorge für Menschen, die noch nicht oder nicht mehr erwerbstätig sein können, Kinder und/oder kranke oder alte Angehörige; dabei gehen wir zurecht davon aus, dass diese Versorgung regelmäßig weit über die oben genannten Haushaltsaktivitäten hinaus Zeit und Kraft bindet, schon weil sie sehr viel schwieriger planbar ist. Wie wertvoll und damit teuer diese Aktivitäten in der Marktökonomie der Erwerbswirtschaft sind, zeigen die Kosten für qualifizierte und professionelle Kinderbetreuung oder Altenpflege. Typisch für eine Wahrnehmung dieser Aufgaben „im eigenen Haushalt“ als Familienarbeit ist aber, dass gerade nicht permanent Stunden und Handgriffe unter Effizienzgesichtspunkten gezählt und nach erwerbswirtschaftlich-finanziellen Maßstäben abgerechnet werden. Typisch für Familienarbeit ist vielmehr, dass sie von einer – wie Papst Franziskus es gerade formuliert hat – „personalen Beziehung“ getragen wird.⁴ Die Liebe ist langmütig und freundlich, so heißt es (1. Korinther 13), die

4 Bemerkenswert in die gleiche Richtung zielt die Definition der nichtehelichen Lebensgemeinschaft durch das BVerfG NJW 1993, 643, 645, es handle sich um eine auf Dauer angelegte Lebensgemeinschaft... , die daneben keine Lebensgemeinschaft gleicher Art zulasse und sich durch innere Bindungen auszeichne, die ein gegenseitiges Entstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen; ähnlich auch BGH NJW 2006, 2687.

Liebe rechnet nicht, so könnte man ergänzen. Weiterhin typisch für eine Wahrnehmung solcher Aufgaben „im eigenen Haushalt“ unter Verzicht auf ein Outsourcing – weil es keine Angebote gibt, weil man es nicht bezahlen kann, oder weil man es einfach nicht übers Herz bringt – ist, dass eine typische, familienfremden Sachzwängen unterliegende Vollzeitberufstätigkeit schwer damit zu vereinbaren ist. Da ein Modell einer angemessenen gesellschaftlichen Finanzierung von Familienarbeit noch nicht gefunden oder vielleicht noch nicht einmal ernsthaft gesucht worden ist, bedeutet dies, dass diese Arbeit in der Familie und für die Familie regelmäßig durch die Erwerbstätigkeit einer weiteren Person finanziert werden muss. Familienarbeit ohne funktionierende Paarbeziehung ist daher – das wissen wir alle – eine schwer zu bewältigende Herausforderung. Vor diesem Hintergrund könnte man auf den Gedanken kommen, dass Ehe, Familie und Familienarbeit doch grundsätzlich zusammengehören, dass Ehe oder jedenfalls Partnerschaft eine sinnvolle wenn nicht sogar notwendige Voraussetzung von Familie und Familienarbeit ist.

2. Zur Entkoppelung von Ehe, Elternschaft und Familienarbeit.

Das ist provokativ: Dieser Schluss klingt naiv, er entspricht nicht dem gesellschaftspolitischen Mainstream, der bei der Definition von Familie Ehe bzw Partnerschaft ausblendet und Familie immer schon dort sieht, „wo Kinder sind“, weitgehend ohne Rücksicht darauf, wer sich in welcher Form um diese Kinder kümmert. Die Familienrechtswissenschaft reagiert darauf bisher eher defensiv-resignierend: Ich zitiere exemplarisch und wörtlich *Marina Wellenhofer* aus ihrem Lehrbuch: „Die beliebte Formulierung schöpft die rechtlichen Probleme nicht ganz aus. Eine allgemein gültige Definition ist indes nicht möglich. Tatsächlich muss der Begriff Familie im jeweiligen Sach- und Normzusammenhang immer wieder neu bestimmt werden.“⁵ Im Regelungszusammenhang des Familienrechts im BGB findet man freilich im Gesetz wenig Anhaltspunkte: Der Begriff der Familie ist im BGB nicht definiert. Die Familie wird im Familienrecht (und auch im Erbrecht) nicht als „Einheit“ adressiert. Gegenstand des Familienrechts sind nur die Beziehungen der einzelnen Mitglieder als individuelle Rechtsobjekte entweder aufgrund von Ehe oder aufgrund von Verwandtschaft. Daher wird das Familienrecht üblicherweise nüchtern – dürr als der Inbegriff der in Beziehung auf Ehe und Verwandtschaft geltenden Rechtsregelungen verstanden.⁶ Mehr oder weniger begeistert, aber jedenfalls in Gehorsam gegenüber Bundes-

5 *Wellenhofer*, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 1 Rn. 1; ähnlich *Dethloff*, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 1 Rn. 4; vgl. den völlig anderen und auch interdisziplinären Zugriff bei *Herring*, Family Law, sixth edition 2013, 1-43; zum Wandel des Familienbildes unserer Rechtsordnung siehe *Löhmig*, Früher hatten Eltern viele Kinder – heute haben Kinder viele Eltern, 2015, der aber den Fokus vor allem auf die Eltern-Kind-Beziehung sowie die Beziehung der sozialen und biologischen Eltern untereinander legt und weniger die Familie als „Einheit“ im Blick hat.

6 Siehe nur *Wellenhofer* (Fn. 5), § 1 Rn. 1.

verfassungsgericht und Gesetzgeber, wird dem Familienrecht außerdem das Recht der eingetragenen Partnerschaft zugeschlagen. Dagegen soll das Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach wie vor außerhalb des Familienrechts stehen, auch wenn für Rechtsfragen der nichtehelichen Gemeinschaft der Familienrechtssenat des BGH zuständig ist.⁷ Eine nichteheliche Lebensgemeinschaft mit Kindern steht daher wohl teilweise im Familienrecht, teilweise außerhalb. Wir sehen also ein Familienrecht, das einerseits Paarbeziehungen, andererseits Verwandtschaft und Elternschaft adressiert, nicht aber die Familie. Ein Familienrecht ohne Familie, das ist ein Befund, der eigentlich Verunsicherung auslösen müsste.

Die Wurzeln dieser Verunsicherung liegen tief. *Marietta Auer* hat vor wenigen Wochen vor der Zivilrechtslehrervereinigung in einem fulminanten und erhellenen rechtsphilosophischen Vortrag zu den Wurzeln des Problems geführt. Seit der Antike wurde die Familie als Hausgemeinschaft verstanden, die ihrerseits drei kleine Gemeinschaften umfasst, nämlich die Ehe zwischen Mann und Frau, die Elternschaft, und außerdem die Herrschaft des Hausherrn über Hausangehörige Bedienstete und Sklaven. Letztere spielt seit langem keine Rolle mehr, es blieben als Elemente von Familie und Hausgemeinschaft die Ehe und die Elternschaft.⁸ Dies entspricht der oben skizzierten Definition des Familienrechts als Inbegriff der für Ehegatten und Verwandten geltenden Rechtsnormen. Die beiden traditionell als Einheit verstandenen Elemente der Familie, Ehe und Elternschaft, entwickeln sich freilich immer mehr auseinander und unterliegen dabei höchst unterschiedlichen Entwicklungsmustern/Entwicklungslogiken. Für die Ehe gilt seit langem „From Status to Contract“,⁹ sie wird vertraglich konstruiert, ihre Gestaltung den Partnern überlassen. Der Staat verzichtet auf Leitbilder. Trotz des Postulats, dass die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wird, kann kein Partner über längere Zeit gegen seinen Willen in einer Ehe festgehalten werden. Gleichzeitig werden Ehe und Elternschaft immer deutlicher und immer schneller „entkoppelt“. Ein entscheidender Meilenstein auf diesem Weg war die Entwicklung effizienter und allgemein zugänglicher Verhütungsmittel, die in ihren gesellschaftsumwälzenden Konsequenzen wahrscheinlich immer noch unterschätzt werden. Kinder muss man nicht mehr haben und Kinder kommen eben – hier irrte *Ade-nauer* – nicht mehr von selbst. In dieser Entwicklung zur Entkoppelung von Ehe und Partnerschaft ist freilich auch schon der Keim zur Auflösung traditioneller Konzepte von Ehe angelegt: Wenn Ehe vertraglich weitgehend beliebig gestaltet werden kann und nicht mehr grundsätzlich auf Elternschaft angelegt sein soll, dann verschwimmen geradezu zwangsläufig die Grenzen der Ehe. Gleichzeitig

7 Knapp und deutlich *Wellenhofer* (Fn. 5), § 1 Rn. 2.

8 *Auer*, Eigentum, Familie, Erbrecht, Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016).

9 *Schwab*, From Status to Contract? – Aspekte der Vertragsfreiheit im Familienrecht im Licht seiner Reformen, Sonderheft DNotZ 2001, 9.

bröckelt das teleologische Fundament des Eheschutzes des Grundgesetzes: Denn wenn es nicht mehr in erster Linie oder überhaupt nicht mehr um einen Zusammenhang von Ehe und biologischer Elternschaft geht, dann gibt es in der Tat keinen Grund mehr, gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Ehe vorzuenthalten. Warum aber macht man dann den Zugang zu Ehe oder eingetragener Partnerschaft überhaupt davon abhängig, dass eine Geschlechtsgemeinschaft zwischen den Partnern zumindest nicht ausgeschlossen ist, und verwehrt ihn deshalb etwa Geschwistern, die im Alter füreinander sorgen wollen.¹⁰ Warum erlauben wir keine eingetragenen Partnerschaften von mehr als zwei Personen. Was ist der Grund dafür, dass wir de lege lata intuitiv die Grenze ziehen zwischen potenziell auch die Geschlechtsgemeinschaft umfassende Partnerschaften von Paaren (also zwei Personen), für deren Beziehungen, mögen sie auch vertraglicher Art sein, familienrechtliche Kategorien gelten, und sonstigen Partnerschaften, für die das Gesellschaftsrecht zuständig ist. Welche Bedeutung kann die Geschlechtsgemeinschaft als juristischer Anknüpfungspunkt noch haben, wenn sie überhaupt nicht mehr grundsätzlich auf Elternschaft bezogen ist. Gibt gerade die Geschlechtsgemeinschaft der vertraglichen Bindung der Partner eine andere Dimension und Qualität, die sich von den vertraglichen Beziehungen der Partner einer Personengemeinschaft signifikant unterscheidet. Wäre es nicht konsequenter – so lautet meine provokante, zugespitzte, aber nicht ausschließlich rhetorisch gemeinte Frage –, das ganze Eherecht und seine Weiterungen dem Gesellschaftsrecht zu übergeben? Sind mit der unter dem Schlagwort der „Verschuldrechtlichung“¹¹ des Familienrechts laufenden Entwicklung nicht schon Vorbereitungen oder sogar erste Schritte in diese Richtung erfolgt? Ich werde auf diese Frage zurückkommen.

Zunächst ist aber auf das zweite Element der traditionellen Hausgemeinschaft und Familie einzugehen, der Elternschaft. Die Beziehungen zwischen Verwandten, insbesondere zwischen Eltern und Kindern, folgen völlig anderen Gesetzmäßigkeiten. Sie werden im Ausgangspunkt nicht vertraglich konstruiert, sondern statusorientiert¹² vom Staat vorgegeben. Der Grund dafür liegt auf der Hand: Partner, ob verheiratet oder nicht, können heute verantwortlich entscheiden, dass sie keine Kinder wollen. Wollen Sie dagegen Kinder, dann haben Sie neben dem traditionellen biologischen Weg zunehmend noch weitere Optionen, einen Kinderwunsch zu erfüllen. Lassen sich Partner mehr oder weniger verantwortlich auf einen zur Zeugung geeigneten Akt ein, dann müssen Sie damit rechnen, dass dies

10 Zur Konzeption des französischen PACs siehe die kundige und erhellende Dissertation von *Hoischen*, Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich, 2016.

11 *Schwab*, Gemeinsame elterliche Verantwortung – Schuldverhältnis?, FamRZ 2002, 1297; vgl. aus neuerer Zeit etwa *Löhnig/Preisner*, NJW 2013, 2080, zu BGH NJW 2013, 2108:

12 Siehe dazu etwa die Beiträge in *Lipp/Röthel/Windel* (Hrsg.), Familienrechtlicher Status und Solidarität, 2008.

unausweichliche juristische Konsequenzen haben kann, denn ein Kind kann sich seine Eltern nicht aussuchen und ist viele Jahre lang existenziell von der Versorgung und Fürsorge Erwachsener abhängig. Elternschaft kann es auch außerhalb der Ehe geben, das war schon immer so, inzwischen sind aber die rechtlichen Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern zu Recht abgeschafft. Auch gesellschaftlich ist es heute in der Regel kein Problem mehr, ein nichteheliches Kind zu haben oder ein nichteheliches Kind zu sein. Das juristische Band der Elternschaft ist (fast) unauflöslich und wirkt lebenslang weiter, auch dann, wenn es keine menschlich-sozialen Beziehungen mehr gibt. Dies zeigt die kontrovers diskutierte Entscheidung zum Elternunterhalt trotz Verweigerung jeglichen Kontaktes mit dem Sohn.¹³ Dieses Band der Elternschaft bindet aber wiederum nur einzelne, individuelle Rechtssubjekte, Kind und Elternteile, aber nur mittelbar (über die Zuweisung der Personensorge für das Kind) die Eltern als Eheleute oder Paar.

3. Konsequenzen für die Familienarbeit

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten, dass Ehe/Partnerschaft einerseits und Elternschaft und verwandtschaftliche Rechtsbeziehungen andererseits fast unvermeidlich auseinanderdriften. Elternschaft ist ohne weiteres ohne stabile Partnerschaft möglich. Die Eltern können ihre Beziehungen ohne ausreichende Rücksicht auf das Kind oder auch zu Lasten des Kindes gestalten und auch beenden. Jeder Partner ist spätestens seit der Unterhaltsreform schnell wieder finanziell für sich selbst verantwortlich. Hat er oder sie erwerbswirtschaftlich während der Partnerschaft zugunsten von Arbeit in und für Partnerschaft und Familie zurückgesteckt, dann gibt es jetzt eine schmerzliche Quittung, die möglicherweise auch wieder auf das Kind durchschlägt.¹⁴ Die Konsequenzen für die Ausgestaltung der Beziehungen von Eltern zu ihren Kindern aber auch zu kranken und alten Angehörigen sind offensichtlich: Familienarbeit unter Inkaufnahme von Abstrichen für die eigene Erwerbsbiographie ist gefährlich.

Daraus wird aber nun keineswegs geschlossen, dass diese Gefahren kompensiert werden müssen, damit es auch in Zukunft möglich ist, sich für Familienarbeit zu entscheiden. Vielmehr besteht im gesellschaftspolitischen Diskurs weitgehend Konsens, dass Familienarbeit zu Lasten der Erwerbsbiographie nicht förderungswürdig ist, dass Familienarbeit im Regelfall so outgesourced werden sollte, dass Familie und Beruf vereinbar sind. Da dies finanziell nur von einer Minderheit selbst organisiert und finanziert werden kann, sieht sich der Staat herausgefor-

13 BGH FamRZ 2014, 541.

14 Schon deshalb ist die sog. Kernbereichslehre nicht mehr überzeugend, siehe dazu nur *Dauner-Lieb*, Plädoyer für eine Weiterentwicklung der sog. Kernbereichslehre, FF 2010, 343; siehe auch *Schwab*, FF 2009, 481, 486 f., „der Kern schmilzt“.

dert, entsprechend flächendeckende und kostengünstige Angebote zu machen und Anreize zu unterbinden, Kinder bis zu einem gewissen Alter ausschließlich in der Familie zu erziehen. Ideologisch abgeduldet wird diese Linie häufig mit dem Argument, Kinder (auch U3) seien in einer professionellen Tagesstätte ohnehin besser aufgehoben als bei amateurmäßig agierenden Eltern. Der Versuch einer Analogie für die Betreuung in Altenheimen steht noch aus. Vielleicht werden aber die in ihrer Kindheit fremdbetreuten Kinder den eigenen inzwischen gealterten Eltern in nicht allzu ferner Zukunft entgegenhalten, dass sie in einem professionellen Seniorenheim doch viel besser aufgehoben seien als in der eigenen, für Altenpflege nicht ausgebildeten Familie. Jedenfalls werden für die Arbeitswelt Rahmenbedingungen angemahnt, die Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Familie, eine angemessene work-life-balance ermöglichen, und die Wirtschaft aufgefordert, entsprechende Modelle zu entwickeln. Nur sehr vereinzelt meldet sich Widerspruch, wird eine „Vereinbarkeitslüge“ bzw. „Alles-Ist-möglich-Lüge“ thematisiert.¹⁵ Das noch sehr leise Unbehagen bringt *Leander Scholz* (kein Jurist, sondern habilitierter Philosoph) auf die Formel, die Familienpolitik aller Parteien vermittele den Eindruck, ihr Ziel sei die Schaffung von Bedingungen, die es Eltern ermöglichen, sich zu verhalten als ob sie keine Kinder hätten. Im Vordergrund der öffentlichen Wertschätzung stehe das Erwerbsleben der Eltern, das durch Kinder möglichst wenig beeinträchtigt werden dürfe.¹⁶ Das ist sicher überspitzt. In der Tat hat aber Familienarbeit zu Lasten der Erwerbsarbeit derzeit keine starke Lobby. Mütter oder Väter, die nicht erwerbstätig sind, stehen unter Rechtfertigungsdruck. Eine positive Wertschätzung ihrer Arbeit und ihrer Fürsorge für die Familie ist ohnehin selten wahrnehmbar. Die Lebensleistung des Unternehmensgründers zählt im gesellschaftspolitischen Diskurs derzeit jedenfalls mehr als die der Familienmutter/des Familienvaters.

III. Familienarbeit im geltenden Familienrecht

1. Die Vorgabe des BVerfG: Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit

Aber welche Rolle spielt die Familienarbeit nun im geltenden Familienrecht? Ich komme damit zur juristischen Bestandsaufnahme. Das BVerfG hat sich sehr deutlich zu Bedeutung und Bewertung von Familienarbeit geäußert und dabei die Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbsarbeit betont.¹⁷ Es leitet die Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit unmittelbar aus der Verfas-

15 Vgl. etwa *Garsoffsky/Sembach*, Die Alles ist möglich Lüge, Wieso Familie und Beruf nicht zu vereinbaren sind, 2014.

16 *Scholz*, Werdet endlich echte Väter, Warum Kinder mehr Raum in unsrem Leben einnehmen müssen, Die literarische Welt, 21.2.2015.

17 BVerfG NJW 2002, 1185; siehe die authentische Deutung dieser Rechtsprechung von *Britz* (Fn. 3).

sung ab.¹⁸ Das GG schütze die Ehe gem. Art. 6 I, 3 II GG nur als die partnerschaftliche, gleichberechtigte Gemeinschaft der Ehegatten.¹⁹ Die Ehegatten hätten gleiches Recht und gleiche Verantwortung bei der Ausgestaltung ihres Ehe- und Familienlebens. Im Rahmen in der von ihnen in gemeinsamer Entscheidung getroffenen Arbeits- und Aufgabenzuweisung seien dementsprechend die jeweiligen Beiträge als gleichwertig anzusehen und zwar unabhängig von ihrer ökonomischen Bewertung: Da die Leistungen, die Ehegatten im gemeinsamen Unterhaltsverbund erbringen, gleichwertig seien, hätten beide Ehegatten grundsätzlich auch Anspruch auf gleiche Teilhabe am gemeinsam erwirtschafteten. Dies gelte nicht nur für die Zeit der Ehe, sondern entfalte seine Wirkung auch nach Trennung und Scheidung der Ehegatten, dies schlage sich in den Regelungen über Versorgungsausgleich und Zugewinnausgleich bei Scheidung nieder.²⁰ Das BVerfG statuiert dabei ausdrücklich einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf das in der Ehe erwirtschaftete aus Art. 6 I, 3 II GG: Haushaltsführung und Kinderbetreuung hätten für das gemeinsame Leben der Ehepartner keinen geringeren Wert als das Erwerbseinkommen des berufstätigen Ehegatten. Aus Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 2 GG folge, dass beide Eheleute gleichermaßen an dem in der Ehe erworbenen Vermögen berechtigt seien. Der Versorgungsausgleich diene ebenso wie der Zugewinnausgleich der Aufteilung von gemeinsam erwirtschaftetem Vermögen der Eheleute, welches nur wegen der in der Ehe gewählten Aufgabenverteilung einem der Ehegatten rechtlich zugeordnet war.²¹ Das Bundesverfassungsgericht argumentiert geradezu *gesellschaftsrechtlich*²² mit einem von der Bedürftigkeit des Ehegatten unabhängigen Teilhabeanspruch wegen „Abwicklung einer Vermögensgemeinschaft“.²³

Lässt man diese Stellungnahme unbefangen auf sich wirken, liest man sie so, wie ein juristischer Laie sie lesen würde, dann ist man geneigt den Schluss zu ziehen, dass das BVerfG einerseits – ganz auf der Linie des „From Status to Contract“ – kein Familienleitbild vorgibt, sondern es den Eheleuten überlässt, wie Sie ihr Ehe- und Familienleben ausgestalten wollen, dass es aber andererseits in einvernehmlicher Arbeitsteilung geleistete Familienarbeit als gleichwertig zur Erwerbsarbeit ansieht, und an diese Gleichwertigkeit auch ökonomische Konsequenzen im Sinne von Teilhabeansprüchen knüpft.

18 BVerfG NJW 2002, 1185; siehe auch BVerfG NJW 2003, 2819; zu diesen Zusammenhängen siehe *Dauner-Lieb*, Eheverträge im Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und verfassungsrechtlicher Aufwertung der Familienarbeit, FF 2002, 151; vgl. auch *Sanders*, Eheverträge – wenn es anders kommt als gedacht, ZFE 2003, 324, 326.

19 BVerfG NJW 2002, 1185; BVerfG NJW 2001, 957; BVerfG NJW 1974, 227.

20 BVerfG NJW 2002, 1185.

21 BVerfG NJW 2003, 2819, 2821.

22 Vgl. *Sanders* (Fn. 18), ZFE 2003, 324; grundlegend *dies.*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, 2008, 44 ff; vgl. dazu schon *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AcP 201 (2001), 295, 311 f.

23 BVerfG NJW 2003, 2819, 2821, vgl. *Sanders*, ZFE 2003, 324 (Fn. 18).

2. Familienarbeit im BGB

Bekanntlich bildet das geltende Familienrecht des BGB die skizzierte Deutung der Linie des BVerfG auch nicht annähernd ab. Zwar wird der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft überwiegend auf den Gedanken der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit als Konsequenz einvernehmlicher Arbeitsteilung zurückgeführt.²⁴ Der Reformgesetzgeber von 2009 bestätigt den Halbteilungsgrundsatz der Zugewinnngemeinschaft als bewährt und im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert. Er führt ihn in der Gesetzesbegründung auf die „Vermutung“ zurück, dass beide Ehegatten einen gleichen Beitrag zu dem in der Ehe Erwirtschafteten geleistet hätten. Diese Vermutung entspreche dem Charakter der Ehe als einer von Gleichberechtigung geprägten Gemeinschaft. Sie orientiere sich zunächst an der Ehe mit unterschiedlicher Aufgabenverteilung, in der der Ehegatte, der selbst nicht oder in eingeschränktem Maße beruflich tätig war, dem anderen jedoch die volle Teilhabe am Berufsleben ermöglicht hat. Sie trage aber auch dem Umstand Rechnung, dass die Vermögensmehrung in der Ehe neben der Aufgabenteilung bei Erwerb und Haushalt von zahlreichen weiteren Faktoren abhängen könne, wie der Wirtschaftlichkeit von Anschaffungen, der Bereitschaft zum Konsumverzicht oder der Geschicklichkeit bei Geldanlagen. Aus diesem Grunde sei die Halbteilung auch bei Doppelverdiener- und Zuverdiener-Ehen grundsätzlich sachgerecht.²⁵

Dies alles soll bekanntlich freilich nur bei Ende der Ehe durch Tod oder Scheidung gelten. Während der Ehe ist die geleistete Familienarbeit juristisch und ökonomisch ein Nullum. Die vom BVerfG postulierte Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit bleibt vermögensmäßig „wertlos“, der nicht Erwerbstätige, Familienarbeit leistenden Ehegatte bekommt außer Unterhalt und Taschengeld bis zum Ende der Ehe im schlimmsten Fall nichts. Mögen die Ehegatten sich am Anfang der Ehe auf Augenhöhe gegenüber gestanden haben, mit der Zeit gewinnt der erwerbstätige Ehegatte die „Luftthoheit“. Er kann sämtliche während der Ehe Erwirtschafteten Vermögenswerte für eigene Projekte investieren, ein Unternehmen gründen, einen teuren MBA absolvieren, kostspielige Hobbys pflegen, zur Not eben auch ohne Einverständnis des anderen Ehepartners. Der nicht erwerbstätige Ehepartner kann dies nicht, er hat, wenn es hart auf hart kommt, nicht einmal eigenes Geld für eine berufliche Weiterbildung, die ihm beim Scheitern der Ehe die finanzielle Unabhängigkeit und Verantwortungsfähigkeit geben würde, die in das neue Unterhaltsrecht sehr bald nach der Schei-

24 Siehe den Überblick über die Argumentationsmodelle bei *Dethloff*, Unterhalt, Zugewinn, Versorgungsausgleich – Sind unsere familienrechtlichen Ausgleichssysteme noch zeitgemäß?, Gutachten A zum 67. Deutschen Juristentag, Erfurt 2008, A87 ff; eher zweifelhaft erscheint, ob sich die Zugewinnngemeinschaft als „europäisches Modell“ behaupten kann; siehe dazu etwa *Meder*, Grundprobleme (Fn. 3), insbesondere 60 ff.

25 BT-Drs. 16/10798, S. 10; ebenso *Dethloff* (Fn. 24), A90 f.

derung abverlangt.²⁶ Dieses Defizit der Zugewinnngemeinschaft, das *Anne Röthel* plastisch als „dingliches Gefälle“ bezeichnet hat²⁷, führt nicht nur zu einer Benachteiligung Familienarbeit leistenden Ehegatten, sondern außerdem zu einer systemwidrigen Bevorzugung der Gläubiger des erwerbstätigen Ehegatten, denen nicht nur sein Anfangsvermögen sondern alles in der Ehe erwirtschaftete Vermögen zur Verfügung steht. Damit bleibt die Zugewinnngemeinschaft (anders als die Errungenschaftsgemeinschaft) bei der Realisierung des Konzepts der Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit auf halbem Wege stehen, denn realisiert wird die durch die Familienarbeit mit getragene Wertschöpfung in der Ehe erst am Ende der Ehe.²⁸

Entwertet wird das Konzept der Zugewinnngemeinschaft einer Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit schließlich dadurch, dass der gesetzliche Güterstand nach dem Verständnis der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch nach der bahnbrechenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 6.2.2001²⁹ weitgehend zur Disposition der Eheleute steht. Sie stützt sich dabei auf den Wortlaut des § 1408 BGB, nach dem die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln, insbesondere den Güterstand aufheben, also Gütertrennung vereinbaren können. Der BGH sieht darin eine klare gesetzgeberische Entscheidung für eine umfassende Vertragsfreiheit im Ehevertragsrecht zu Lasten von Teilhabe und Schutz des berufstätigen Vertragspartners.³⁰ Trotz beachtlicher Zweifel an dieser Deutung im Schrifttum³¹ räumt der BGH der Vertragsfreiheit im Ehegüterrecht einen hohen Rang ein. Eine Gütertrennungvereinbarung soll grundsätzlich auch dann Bestand haben, wenn ein Ehepartner während der Ehe aufgrund einvernehmlicher Arbeitsteilung ganz oder teilweise die Familienarbeit übernommen und Nachteile für die eigene Erwerbstätigkeit erlitten hat. Eine Überprüfung und eventuelle Korrektur eines Ehevertrags soll nur unter engen Voraussetzungen möglich sein. Eine Inhaltskontrolle eines Ehevertrags im Wege der Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 BGB oder der Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB hält er bekanntlich nur dann für legitim, wenn dieser Ehevertrag in den *Kernbereich* des Scheidungsfolgensystems eingreift, dessen innersten Kern der BGH im Betreuungsunterhalt sieht.³² Der Zugewinn-

26 Dazu im Einzelnen *Dauner-Lieb*, Anforderungen an ein Konzept für einen Güterstand der Errungenschaft in Deutschland, in: Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (Fn. 2), 47 ff.

27 *Röthel*, Plädoyer für eine echte Zugewinnngemeinschaft, FPR 2009, 273.

28 *Dauner-Lieb* (Fn. 26), 54.

29 Urt. des BVerfG v. 6.2.2001 – 1 BvR12/92, NJW 2001, 957 = FamRZ 2001, 343 m. Anm. *Schwab* = MDR 2001, 392 m. Anm. *Grziwotz*; siehe dazu ausführlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 295 m.w.N. (Fn. 3); im Hinblick auf beziehungs-spezifische Autonomiebeschränkungen bei familienrechtlichen Verträgen *Britz* (Fn. 3).

30 Die ist möglicherweise ein historisches Missverständnis, siehe dazu *Meder*, Gütertrennung als Argument bei der richterlichen Inhaltskontrolle von Verträgen über den Ausschluss der Zugewinnngemeinschaft, ZPR 2012, 113.

31 Nachweis Fn. 30.

32 BGH NJW 2004, 930, 933 unter III 1 a.

ausgleich wird als kernbereichsfern eingeordnet,³³ sodass eine Vereinbarung von Gütertrennung im Regelfall unangetastet zu bleiben habe; ein notwendiger Ausgleich solle nicht güterrechtlich, sondern mit den Mitteln des Unterhaltsrechts erfolgen.³⁴

Diese Linie hat der BGH trotz intensiver Kritik vor nicht allzu langer Zeit noch einmal bestätigt: Der Zugewinnausgleich sei einer ehevertraglichen Disposition im Hinblick auf die nachrangige Bedeutung des Zugewinnausgleichs im System des Scheidungsfolgenrechtes am weitesten zugänglich (Leitsatz).³⁵ Die unter „fairen Verhandlungsbedingungen“ getroffene Entscheidung der Ehegatten, sich einem im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen, vertraglichen Güterstand zu unterstellen, könne für sich genommen regelmäßig nicht die Missbilligung der Rechtsordnung finden. Mit dem Ausschluss des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft machten die Ehegatten lediglich von einer im Gesetz ausdrücklich eröffneten Gestaltungsmöglichkeit Gebrauch.³⁶ Eine Inhaltskontrolle soll also – so lautet der Umkehrschluss – regelmäßig nur eröffnet sein, wenn die Verhandlungsbedingungen *unfair* waren, also zwischen den vertragsschließenden Parteien eine Ungleichgewichtslage, eine „subjektive Imparität“ vorlag.³⁷ Die Inhaltskontrolle bezieht sich damit auf das Vertragsabschlussverfahren und nicht auf den Vertragsinhalt. Unbeschadet aller Details bedeutet das im Ergebnis, dass die Ehepartner – sofern sie sich bei Vertragsabschluss „auf Augenhöhe“ befanden – grundsätzlich vertraglich vereinbaren können, dass eine künftig zu erbringende Familienarbeit ökonomisch wertlos ist und bei Ende der Ehe keinen Ausgleich findet. Das Spannungsverhältnis zum Gleichwertigkeitspostulat des BVerfG ist offensichtlich. Der BGH setzt sich damit jedoch bisher nicht auseinander, sondern zieht sich unter Verweis auf *Schwab*³⁸ darauf zurück, dass die Ehe nicht notwendigerweise eine Vermögensgemeinschaft sein müsse; die Ehegatten könnten deshalb eine von den §§ 1360, 1360a, 1378 BGB abweichende ökonomische Bewertung ihrer Leistungen in der ehelichen Gemeinschaft vorsehen und damit das Güterrecht der von ihnen gelebten Ehe anpassen.³⁹ Diese Argumentation geht freilich am Kernproblem vorbei: Eine Modifizierung des gesetzlichen Modells der Zugewinnngemeinschaft scheint nur in dem Maße rechtlich unbedenklich, in

33 Seit BGH NJW 2004, 930, 933, 934 unter III 1 b, 2 c.

34 Siehe insbesondere BGH NJW 2008, 1076 Rn. 34; dazu kritisch *Wagenitz*, Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen – Ein Überblick über die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Höland/Sethe (Hrsg.), Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen, 2007, 1, 19; vgl. auch die Nachweise Fn. 14.

35 BGH NJW 2013, 457.

36 BGH NJW 2013, 457 Rz. 25.

37 BGH NJW 2013, 457 Rz. 27.

38 *Schwab* (Fn. 14), DNotZ-Sonderheft 2001, 15 f., allerdings stellt *Schwab* durchaus die Frage, ob nicht auch güterrechtliche Vereinbarungen angesichts des gelebten Eheotypus korrigiert werden können.

39 BGH NJW 2004, 930, 933; so auch OLG Düsseldorf FamRZ 2005, 216, 219.

dem der geplante und gelebte Ehetyp von der Partnerschaftsform der Einverdiener-Ehe abweicht. Ausgeblendet bleibt aber die zentrale Frage, ob bei Planung einer *Einverdiener-Ehe* eine Bewertung der Beiträge zur ehelichen Gemeinschaft rechtlich akzeptiert werden kann, die die Familienarbeit im Hinblick auf ein Scheitern der Ehe völlig entwertet und damit vollständig anders bewertet, als es Gesetz und Verfassung tun.⁴⁰

Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der BGH auch in den rechtsfortbildend entwickelten Bereichen des sog. Nebengüterrechts und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine deutliche Ungleichbehandlung von finanziellen Zuwendungen an den Partner und Familienarbeit zugunsten und im Interesse des Partners praktiziert, die mit dem Postulat der Gleichwertigkeit nicht zu vereinbaren ist. Finanzielle Zuwendungen können unter gewissen Voraussetzungen bei Scheitern einer Beziehung ausgeglichen werden, Familienarbeit bleibt vollständig ohne Kompensation, selbst wenn sie die materielle Wertschöpfung beim Partner gefördert oder überhaupt erst ermöglicht hat. Aus Zeitgründen kann ich leider hier nicht auf Einzelheiten eingehen.⁴¹

Einen knappen Blick verdient noch das Erbrecht. Familienarbeit, insbesondere in Form von Pflege des Erblassers, wird überhaupt nicht berücksichtigt, sie wirkt sich weder auf die Höhe des Erbteils aus, noch ändert sie etwas am Pflichtteil. Auch wenn ein Kind jahrelang den Erblasser versorgt hat, bleiben die Geschwister, die sich gar nicht gekümmert haben pflichtteilsberechtigt. Das Pflichtteilsrecht begrenzt auch die Möglichkeiten den überlebenden Ehegatten als Ausgleich für geleistete Familienarbeit am Ende des Lebens zu versorgen. Auch wenn ein Ehegatte den anderen jahrelang gepflegt hat, kann nicht am Pflichtteil der Kinder vorbei gegen deren Willen sichergestellt werden, dass der überlebende Ehegatte für den Rest seines Lebens im gemeinsamen Haus bleiben kann. Ausgerechnet an dieser Stelle gewinnt der Verwandtenstatus gegenüber dem vertraglichen Band der Ehe doch noch einmal die Oberhand. Österreich führt im Rahmen der tiefgreifenden Erbrechtsreform gerade immerhin ein so genanntes Pflegevermächtnis ein, das nachhaltig geleisteter Familienarbeit zumindest in einem gewissen Rahmen Rechnung tragen soll.⁴²

3. Konsequenzen für die Familienarbeit

Das Ergebnis der knappen Bestandsaufnahme ist ernüchternd: Das verfassungsrechtliche Postulat der Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit bleibt im real praktizierten Familienrecht ein Lippenbekenntnis. Der gesetzliche

40 Im Einzelnen dazu *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AcP 210 (2010), 580.

41 Dazu im Einzelnen *Dauner-Lieb*, FS Brudermüller (Fn. 3); grundlegend *Lieb*, Die Ehegattenmitarbeit, 1970.

42 Siehe nur *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU, 2015, 40 ff.

Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beruht zwar auf der Prämisse, dass beide Ehegatten in ihrer jeweiligen Rolle gleichmäßig zur erfolgten Wertschöpfung beigetragen haben. Sie realisiert diese Bewertung der Familienarbeit erst am Ende der Ehe, während der Ehe bleibt die Familienarbeit materiell „wertlos“. Außerdem kann dieses ohnehin schon schwache Partizipationsmodell bereits vor Eheschließung und Familiengründung abgewählt werden, mit der Folge, dass die Familienarbeit endgültig ohne Kompensation bleibt. Es ist ganz unwahrscheinlich, dass diese juristische Missachtung von Familienarbeit nicht auch Auswirkungen auf die gesellschaftliche Wahrnehmung von Familienarbeit hat. Familienarbeit wird sicherlich nicht zufällig – wie schon oben angedeutet – als häufig als das gesehen, was man nicht sieht, was nie endet, wofür es selten Dank und Anerkennung gibt.

IV. Ursachenforschung: Ketzerische Fragen

1. Familienarbeit – Ein Genderthema?

Wie ist die juristische Nichtachtung der Familienarbeit zu erklären. Beruht das auf bewussten Entscheidungen und Wertungen? Weiß die familienrechtliche community, Rechtsprechung, Anwaltschaft und Wissenschaft, was sie tut oder gibt es tatsächlich im Hinblick auf Familienarbeit einen „blinden Fleck“, der Empörung und Nachdenken über Optionen einer Abhilfe von vornherein verhindert. Es spricht viel dafür, dass es einen solchen „blinden Fleck“ gibt, und dass dafür mehrere Ursachen auszumachen sind, bestimmte „Denkfallen“. Zunächst müsste eigentlich auffallen und schockieren, dass die weitgehende familienrechtliche Ausblendung von Familienarbeit bisher statistisch ganz überwiegend Frauen trifft. Familienarbeit ist ein Genderthema. Warum aber wird Familienarbeit kaum als Genderthema wahrgenommen, auch nicht, vor allem nicht von Frauen, von Juristinnen? Mehrere Erklärungen liegen nahe. Zunächst gibt es nach meiner Beobachtung eine Art selbstverordnetes Schweigegebot: Wer als Frau, insbesondere als Juristin, Erfolg haben will mit oder ohne Kind, weiß intuitiv, dass sie nie über Überlastung klagen oder über Genderbenachteiligung reden sollte, das nervt und führt zu gar nichts. Dazu passen wirkungsmächtige gesellschaftliche Narrative, die auf eine Individualisierung der Probleme und Verschleierung ihrer gesellschaftlichen Dimension zielen: Die Vereinbarkeit von Familie und Beruf ist nur eine Frage der Organisation, wer etwas leistet schafft es auch und bekommt, was er verdient; wer es nicht schafft, hat etwas falsch gemacht oder es nicht wirklich gewollt. Genüsslich werden Karrierefrau gegen Familienmutter ausgespielt, Karikaturen wie die der Nägel lackierenden Chefarztgattin gepflegt, die nach Jahren des süßen Nichtstuns im Luxus einer Diskrepanzehe auch noch Geld will.

Thematisiert und problematisiert werden solche Mechanismen bei uns in der juristischen Community nur ganz selten. Legal gender studies (auf deutsch: feministische Rechtstheorie) sind bei uns anders als etwa in den USA noch nicht fest etabliert und werden von vielen Juristen als unwissenschaftlicher Hokusfokus

abgelehnt. Ein Kick-off-Seminar zu den Perspektiven der Implementierung von legal gender studies in Deutschland, das u.a. von der Richterin am BVerfG *Susanne Baer* initiiert wurde, und an dem ich mit großer Skepsis aber auch hohem Erkenntnisgewinn teilgenommen habe, hat mir vor allem die Einsicht vermittelt, dass die Gender- Perspektive jedenfalls geeignet ist, strukturelle Verzerrungen zu Lasten bestimmter Gruppen in bestimmten Regelungszusammenhängen aufzudecken und bewusst zu machen. So könnte ein Genderansatz jedenfalls dazu beitragen, strukturelle Verzerrungen bei der Wahrnehmung von Familienarbeit bewusst zu machen. Allerdings wird auch erst in neuerer Zeit Familienarbeit/Carework als feministisches und gleichstellungspolitisches Anliegen entdeckt. Lange Zeit ging es dem Feminismus fast ausschließlich um die Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben und dementsprechend um eine Befreiung der Frau von Familienarbeit und Familie, nicht dagegen um eine angemessene Anerkennung von Familienarbeit.

2. Dogmatische Scheuklappen?

Die derzeitige Sicht der Familienarbeit wird weiterhin möglicherweise durch dogmatische Scheuklappen verengt. *Anne Röthel* hat soeben in einer sehr hell-sichtigen Analyse der Familienrechtswissenschaft im wiedervereinigten Deutschland konstatiert, die Familienrechtswissenschaft habe innerhalb der Rechtswissenschaft keinen leichten Stand, weil sie praxisaffin, politiknah und undogmatisch gelte, als unakademische Frauenmaterie; möglicherweise habe sie gerade deshalb auf die markante Politisierung des Familienrechts nach der Wiedervereinigung mit Wiederbetonung des dogmatischen Selbstverständnisses, mit Redogmatisierung und Entpolitisierung reagiert.⁴³ In der Tat ist gerade für die Familienarbeit relevante, höchstrichterliche Rechtsprechung sehr stark „dogmatisch“ geprägt, wie etwa die ausgefächerte Unterscheidung zwischen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen, nach § 138 BGB einerseits und § 242 BGB andererseits.

Damit ist ein Kernthema juristischer Arbeit angesprochen, die Frage nach Leistungsfähigkeit und Grenzen der Dogmatik. Ich wage eine kühne These: Dogmatik kann dazu beitragen, die Ordnung und Gewichtung von Fakten, Gesichtspunkten Argumenten zu systematisieren, sie kann Komplexität reduzieren, sie kann Strukturen und Wertungszusammenhänge sichtbar machen, die notwendigen Wertungsentscheidungen ersetzen kann sie nicht. Dogmatik funktioniert gut und überzeugend für Regelungskomplexe, die konstruktiv konsistent sind und auf einem stimmigen Wertungskonzept beruhen. Sie stößt an ihre Grenzen, wenn die einschlägigen Normenkomplexe widersprüchlich sind und noch dazu Bestandteil eines Mehrebenensystems oder wenn sie historische Verwerfungen auf-

43 *Röthel*, Familienrechtswissenschaft (Fn. 3), AcP 214 (2014), 609.

weisen, wie etwa das Güterrecht.⁴⁴ Sie hilft nur begrenzt auf der Grenze von Auslegung und richterliche Rechtsfortbildung. Daher ist es ein Gebot der Methodenehrlichkeit Konstruktion und Wertung auseinanderzuhalten und bestimmte Ergebnisse nicht als quasi-naturngesetzliches Produkt einer bestimmten Konstruktion zu legitimieren. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Familienrecht weist mehr Rechtsfortbildung auf, als sie es vielleicht wahrhaben will, ich verweise nur auf das Nebengüterrecht⁴⁵ mit seinen Verästelungen oder die Kehrtwende bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁴⁶ und bei den Schwiegerelternschenkungen.⁴⁷ Der Rückgriff auf rechtsgeschäftliche Kategorien ist in diesen Themenfeldern wenig zielführend, wissen wir doch alle, dass die Familie aus vielen Gründen ein rechtsgeschäftsferner Raum ist und viele Probleme gerade als Konsequenz der strukturellen Abwesenheit rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen entstehen. Höhepunkt einer fehlgeleiteten dogmatischen Verfeinerung ist die Wiederbelebung der *condictio ob rem*, die unter Bereicherungsrechtlern und Kennern des römischen Rechts schon als tot galt, bevor das BGB in Kraft getreten war.⁴⁸ Die für das Problem der Familienarbeit zentrale Kernbereichslehre ist keine Entdeckung einer immer schon irgendwo existenten dogmatischen Kategorie, sondern war der Versuch einer Annäherung an ein komplexes Problem,⁴⁹ ein Diskussionsbeitrag, der viel zu schnell zu fest zu einer Lehre betoniert wurde, die wenig Raum für Flexibilität und Weiterentwicklung lässt. So wird an ihr festgehalten, obwohl die Kritik im Schrifttum überwältigend und überzeugend ist und der Kern der Kernbereichslehre, das alte familienarbeitsfreundlichere Unterhaltsrecht, längst abgeschmolzen ist.⁵⁰ Schließlich besteht auch im Hinblick auf die Tendenzen zu einer „Verschuldrechtlichung“ des Familienrechts die Gefahr einer Flucht in dogmatische Konstruktionen, wo die Offenlegung der tragenden Wertungen gefragt ist: So lässt sich aus der Tatsache, dass es im Schuldrecht nach der Schuldrechtsreform jetzt mit § 280 eine allgemeine Anspruchsgrundlage für Verletzungen von Pflichten „aus dem Schuldverhältnis“ gibt, nichts für die Frage ableiten, ob die gemeinsame elterliche Sorge ein Schuldverhältnis im Sinne von § 280 ist und ob eine relevante Pflichtverletzung vorliegt. Der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hatte das Familienrecht in keiner Weise im Blick. Die

44 Sie zur umfassenden Vertragsfreiheit im Güterrecht als historischem Missverständnis *Meder* (Fn. 30).

45 Zum Nebengüterrecht als Produkt höchstrichterlicher Rechtsfortbildung *Dauner-Lieb*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Ehegatteninnengesellschaft-offene Fragen zum Verhältnis von Güterrecht und Gesellschaftsrecht, FuR 2009, 361; umfassend aus der Sicht der Praxis *Herr*, Nebengüterrecht, 2013.

46 BGH NJW 2008, 3277; grundlegend dazu *Hoischen* (Fn. 10).

47 BGH NJW 2010, 2202; dazu grundlegend die Dissertation von *Lesczczenski*, Rückforderung schwiegerelterlicher Zuwendungen, 2016.

48 Dazu insbesondere *Lesczczenski* (Fn. 46); ganz grundsätzlich und unbedingt lesenswert *Thomale*, Leistung als Freiheit, 2012, 176-212, insbesondere 197 f und 211 f.

49 *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AcP 201 (2001), 296, 312 ff.

50 Nachweise Fn. 14.

Frage der Anwendbarkeit schuldrechtlicher Normen und Prinzipien muss daher teleologisch gestellt und beantwortet werden.⁵¹

3. Zu Reichweite und Grenzen privatautonomer Selbstbindung

Die Kritik des Schrifttums an der Kernbereichslehre des BGH, die über §§ 138, 242 BGB zu einer fast völligen Ausblendung tatsächlich geleisteter Familienarbeit führt, ist fast einmütig; der Argumentationshaushalt ist nach allen Seiten vermessbar. Dennoch prallen alle Einwände ab am Primat der Vertragsfreiheit, so wie sie der BGH versteht: Ehevertrag ist Ehevertrag, *pacta sunt servanda*. Eine einzige Unterschrift, geleistet in einer emotional aufgeladenen Situation, zählt mehr als ein ganzes Eheleben voll Familienarbeit. Der juristische Laie wundert sich, dass sich der Jurist nicht wundert. Im allgemeinen Vertragsrecht, im Verbraucherrecht, im Arbeitsrecht, im Gesellschaftsrecht, im Kapitalmarktrecht wird seit langem diskutiert, was den Grundsatz *pacta sunt servanda*, die Annahme einer inhaltlichen Richtigkeitsgewähr von unter fairen Bedingungen abgeschlossenen Verträge rechtfertigt.⁵² Es ist – vereinfacht formuliert – die Prämisse, dass die Parteien eines Vertrags grundsätzlich aus Eigennutz und zwecks Selbstoptimierung selbst möglichst gut für sich sorgen und davor schützen, überverteilt zu werden. Das sind das Leitbild des *homo oeconomicus* und die Logik der Marktwirtschaft. Sie passt für die Austauschverträge des Schuldrechts, obwohl auch hier, nicht zuletzt unter der Flagge des Verbraucherschutzes zwingendes Recht und Inhaltskontrolle auf dem Vormarsch sind. Nicht angemessen ist sie für Verträge, in denen es nicht um Gewinnoptimierung für Individuen, sondern um die Gestaltung für eine gemeinsame Zukunft geht. Für solche beziehungs-spezifischen Verträge müssen andere Maßstäbe gelten.⁵³ Aus der Sicht des Verfassungsrechts bringt *Gabriele Britz* das Kernproblem auf den Punkt: Der Ehevertragsschluss sei nur eingeschränkt Ausdruck rationaler Eigeninteressenwahrnehmung, weil er von einem beziehungs-spezifischen Vertrauen in Partner und gemeinsame Zukunft geprägt sei, was bei Rechtsgeschäften mit Dritten kaum in gleicher Weise aufgebracht würde. Weil aber gerade die Vermutung rationaler Eigeninteressenwahrnehmung bei Verträgen mit Fremden die legitime Grundlage der Annahme eines sachgerechten Interessenausgleichs sei, spreche die emotionale Sondersituation, auf der Eheschließung und Ehevertragsrecht beruhen, dem Grunde nach dafür, die Inhaltskontrolle von Eheverträgen gegenüber der Kontrolle anderer Verträge tendenziell zu intensivieren.⁵⁴ Praktiziert wird

51 Kritisch schon *Schwab* (Fn. 11), FamRZ 2002, 1297; siehe auch die Nachweise Fn. 11.

52 Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen aus den verschiedenen Rechtsgebieten *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AcP 210 (2010), 580, 593 ff; *dies.*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-recht- ihr Garant oder Totengräber, AnwBl. 2013, 845.

53 Grundlegend dazu *Sanders* (Fn. 22), 313 ff.

54 *Britz* (Fn. 3), 244 f.

derzeit das Gegenteil. In keinem Rechtsgebiet wird Vertragsfreiheit und *pacta sunt servanda* so rigoros gehandhabt wie ausgerechnet im Familienrecht. Dazu muss man nicht erst auf die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Müllverbrennungsverträgen zurückgreifen, die monatelang von Unternehmen unter juristischem Beistand ausgehandelt worden waren.⁵⁵ Es sollte zumindest stutzig machen, dass der BGH Gesellschafter einer Personengesellschaft bei einem Ausscheiden im Hinblick auf eine Inhaltskontrolle von Abfindungsbeschränkungen tendenziell pfleglicher behandelt als den geschiedenen Ehepartner, der unter dem Regime der Gütertrennung jahrelang Familienarbeit geleistet hat.⁵⁶ Spätestens an diesem Punkt ist die Gender-Frage kaum noch von der Hand zu weisen. Wichtiger ist aber zunächst der Blick über den Tellerrand familienrechtlicher Spezialdiskurse: Je mehr sich das Familienrecht dogmatisch als Bestandteil des Schuldrechts sieht, desto mehr muss die familienrechtliche community um Abschluss an die dort stattfindenden Diskurse suchen.

V. Und was folgt daraus?

Familienarbeit zählt wenig im praktizierten Familienrecht. Man kann Menschen, die bereit sind, unter Inkaufnahme von Abstrichen für die eigene Erwerbsbiographie für Kinder, Enkel, Kranke, Eltern zu sorgen, nur warnen. Auf den Schutz des Rechts können sie im Ernstfall nur sehr begrenzt bauen. Welche Reaktionsoptionen hat die familienrechtliche community auf diesen Befund? Liebe und Fürsorge lässt sich rechtlich nicht fassen und ist mit Geld ohnehin nicht aufzuwiegen, daher sollte alles so bleiben wie es ist, könnte eine Reaktion lauten, der gesetzliche Güterstand hat sich bewährt, wer eine Gütertrennungsvereinbarung unterschreibt, muss die Konsequenzen eben tragen. Der Zug ist doch längst abgefahren, so könnte eine weitere Abwehrlinie lauten, die Doppelverdienerehe wird ohnehin zur Regel, es gibt wirtschafts- und sozialpolitisch keine Alternative zur Vereinbarung von Beruf und Familie, man darf durch eine rechtliche Anerkennung von Familienarbeit keine falschen Anreize setzen.

Können diese Argumentationslinien die Empörung wirklich dämpfen? Soll rechtlich fassbare Lebensleistung tatsächlich nur in dem bestehen, was die Arbeitskraft am Arbeitsmarkt wert gewesen ist? Dem verfassungsrechtlichen Postulat der grundsätzlichen Gleichwertigkeit von Berufstätigkeit und Familienarbeit würde dies nicht entsprechen. Wir brauchen eine Debatte über den „blinden Fleck“, wir brauchen endlich eine moderne Errungenschaftsgemeinschaft, wir brauchen eine schärfere Inhaltskontrolle von güterrechtlichen Verträgen, wenn der vor der Ehe vereinbarte Güterstand nicht zum während der Ehe gelebten Ehemodell passt.

Herzlichen Dank für Ihre Geduld.

⁵⁵ BGH NJW 2013, 856; dazu *Dauner-Lieb* (Fn. 51), AnwBl. 2013, 845.

⁵⁶ *Dauner-Lieb* (Fn. 3), AcP 201 (2001), 295, 312.