

## Aufsätze

### Familienarbeit – Plädoyer für ein partnerschaftliches Güterrecht

Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Universität zu Köln

#### I. Anlass zum Nachdenken: Ein Fall aus der Praxis

Wer das geltende Güterrecht in Zweifel ziehen will, muss mit Verständnislosigkeit und Abwehr rechnen.<sup>1</sup> Die familienrechtliche community hat sich mit dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft und seiner Abwählbarkeit kraft „privatautonomer“ Entscheidung der Ehegatten halbwegs rechtssicher eingerichtet.<sup>2</sup> Wer ernsthaft de lege ferenda die Einführung einer modernen Errungenschaftsgemeinschaft<sup>3</sup> oder eine Revision der höchststrichterlichen Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Gütertrennung fordert, braucht einen langen Atem und ein starkes Motiv. Unmittelbarer Anlass für die folgenden Überlegungen war die Empörung einer sehr hartnäckigen und unbelehrbaren Mandantin: Wütend unterbrach sie die skeptischen Überlegungen ihrer Rechtsberater, ob es gelingen könne, dem Gericht im Verfahren über die Scheidungsfolgen einen Ausgleich „ehebedingter Nachteile“ im Wege der Konstruktion einer „fiktiven Erwerbsbiografie“ auf der Grundlage ihres akademischen Abschlusses als Diplomkauffrau abzurufen. „Ich will keinen Ausgleich ehebedingter Nachteile, ich verdiene 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 bestaunt und bewundert. Er hat in 30 Jahren aus eigener Kraft ein international agierendes Firmenimperium geschaffen. Seine Lebensleistung lässt sich ohne weiteres in EUR beziffern, die Bewer-

tung von Konzern und beträchtlichem Privatvermögen ergibt selbst bei sehr konservativen Ansätzen eine beeindruckende 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 zwar aus heutiger Sicht problematisch sind, möglicherweise aber für die Sanktion der Sittenwidrigkeit immer noch 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 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 finanziel-

- 1 Überarbeitete Fassung des Festvortrags zum 21. DFGT vom 21. bis 24.10.2015, Brühler Schriften zum Familienrecht, Götz/Schumann (Hrsg.), 2016, 25; die Nachweise wurden auf exemplarische Quellen beschränkt, die – aus der subjektiven Sicht der Verfasserin – Lust zum Weiterlesen machen könnten.
- 2 Kritisch aus neuerer Zeit aber 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 (Hrsg.) a.a.O., 241; siehe zum Gesamtthema Dauner-Lieb, Unternehmensbezogene Verträge in der Familie, in: Röthel (Hrsg.) a.a.O., 181; dies., Fairness – (K)ein Thema im Güterrecht, in: Götz/Schwenzler/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 201 (2001), 295; Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnsgemeinschaft, 2010.
- 3 Zur Forderung nach einem partnerschaftlichen Güterrecht Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder (Hrsg.), Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?, 2013.

len Erfolg ihres Mannes. Mit der Auskunft ihrer Rechtsberater, diese Leistung sei menschlich hoch anerkennenswert, aber juristisch schwer greifbar, 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“. Überwindet man freilich den ersten juristischen Abwehrreflex, dann stellen sich beunruhigende Fragen: Zählen Leistungen in der Familie und für die Familie, „Familienarbeit“, 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. Gibt es 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?

## II. Familienarbeit – ist das überhaupt ein Thema?

### 1. Familienarbeit – Mehr als Hausarbeit

Familienarbeit (neuerdings auch: care work) ist kein juristischer Begriff und wird im deutschen familienrechtlichen Diskurs bisher so gut wie nicht verwendet. Der § 1356 BGB spricht als Gegenbegriff zur Erwerbstätigkeit von Haushaltsführung und adressiert die Haushaltsführung in Absatz 1 sogar vor der Erwerbstätigkeit in Absatz 2. Was ist aber nun Haushaltsführung? Ist Haushaltsführung identisch mit Familienarbeit und welche juristische Bedeutung hat Haushaltsführung? Was Erwerbstätigkeit ist, wissen wir: Es 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. Die Haushaltsführung wird heute meist „negativ“ abgegrenzt, 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, Reproduktionsarbeit. Im Singlehaushalt werden diese Aktivitäten vom jeweiligen Individuum nach seinen eigenen Vorstellungen erledigt, manchmal auch out-

gesourced, 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? Da sich das „bisschen Haushalt“ bekanntlich „von allein macht“, ist Familienarbeit offensichtlich mehr als bloße Hausarbeit wie Einkaufen, Waschen und Kochen.

Intuitiv verbinden wir den Begriff der Familienarbeit mit der Versorgung von und der Fürsorge für Menschen, die noch nicht oder nicht mehr erwerbstätig sein können und auch nicht in der Lage sind, die Herausforderungen des Alltags allein zu bewältigen, also Kinder und/oder kranke oder alte Angehörige. Dabei gehen wir zu Recht davon aus, dass diese Versorgung und Fürsorge regelmäßig weit über normale Haushaltsaktivitäten hinaus Zeit und Kraft bindet, schon weil sie sehr viel schwieriger planbar ist, also ein hohes Maß an zeitlicher Flexibilität erfordert. Wie wertvoll und damit teuer diese Fürsorge in der Marktökonomie der Erwerbswirtschaft ist, zeigen die Kosten für qualifizierte und professionelle Kinderbetreuung oder Altenpflege. Typisch für eine Wahrnehmung dieser Versorgung und Fürsorge „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.<sup>4</sup> Die Liebe ist langmütig und freundlich, so heißt es (1. Korinther 13), die Liebe rechnet nicht, so könnte man ergänzen. Weiterhin typisch für Versorgung und Fürsorge „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 damit eine typische, familienfremden Sachzwängen unterliegende Vollzeit-erwerbstätigkeit oft schwer zu vereinbaren ist. Da ein Modell einer angemessenen gesellschaftlichen Finanzierung von Familienarbeit noch nicht gefunden oder vielleicht noch nicht einmal ernsthaft gesucht worden ist,

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 Einstehen der Partner füreinander begründen, also über die Beziehungen in einer reinen Haushalts- und Wirtschaftsgemeinschaft hinausgehen; ähnlich auch BGH NJW 2006, 2687.

bedeutet dies, dass diese Arbeit in der Familie und für die Familie zu Lasten der eigenen Erwerbstätigkeit und Erwerbsbiografie regelmäßig durch die Erwerbstätigkeit einer weiteren Person finanziert werden muss. Diese weitere erwerbstätige Person kann häufig ihrerseits nur deshalb erfolgreich erwerbstätig sein und gleichzeitig Familie haben, weil ihr der Rücken von der Haus- und Familienarbeit frei gehalten wird. Familie und Familienarbeit ohne funktionierende Paarbeziehung ist daher eine schwer zu bewältigende Herausforderung.

## 2. Entkoppelung von Ehe/Partnerschaft und Elternschaft

Traditionell wurden Familie, Ehe/Partnerschaft und Elternschaft für den Regelfall als Einheit gesehen.<sup>5</sup> 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“,<sup>6</sup> sie wird vertraglich konstruiert, ihre Gestaltung den Partnern überlassen. Der Staat verzichtet auf Leitbilder. Kinder muss man nicht mehr haben und Kinder kommen – hier irrte *Adenauer* – nicht mehr von selbst. In dieser Entwicklung einer 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 ausgerichtet ist, dann bröckelt das teleologische Fundament des Eheschutzes des Grundgesetzes: Denn ohne Zusammenhang von Ehe und Elternschaft gibt es 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?<sup>7</sup> 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 konsequen-

ter, das ganze Eherecht und seine Weiterungen dem (in vieler Hinsicht ohnehin partnerschaftlicheren<sup>8</sup>) Gesellschaftsrecht zu übergeben?

Elternschaft folgt juristisch völlig anderen Gesetzmäßigkeiten. Sie wird im Ausgangspunkt nicht vertraglich konstruiert, sondern statusorientiert<sup>9</sup> vom Staat geregelt. Der Grund dafür liegt auf der Hand: Ein Kind kann sich seine Eltern nicht aussuchen und ist viele Jahre lang existenziell von Versorgung und Fürsorge Erwachsener abhängig. Lassen sich Partner mehr oder weniger verantwortlich auf einen zur Zeugung geeigneten Akt ein, dann müssen sie unausweichlich bestimmte juristische Konsequenzen tragen.

## 3. Familienarbeit im gesellschaftspolitischen Abseits

Elternschaft ist ohne stabile Partnerschaft möglich. Die „vertragliche Konstruktion“ von Ehe/Partnerschaft führt dazu, dass Eltern ihre Beziehungen ohne ausreichende Rücksicht auf das Kind oder auch zu Lasten des Kindes gestalten und vor allem auch einseitig beenden können. Bricht die Familie auseinander, ist jeder Partner 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.<sup>10</sup> Das löst keine gesellschaftspolitische Empörung aus Die Botschaft ist derzeit eindeutig: Fürsorge für Kinder zu Lasten der eigenen Erwerbsbiographie ist nicht förderungswürdig, Leitbild ist die Vereinbarkeit von Familie und Vollzeitberufstätigkeit. Infolgedessen sieht sich der Staat herausgefordert, entsprechend flächendeckende und kostengünstige Angebote für die Kinderbetreuung zu machen und Anreize zu unterbinden, Kinder bis zu einem

5 Dazu erhellend *Auer*, Eigentum, Familie, Erbrecht, Drei Lehrstücke zur Bedeutung der Rechtsphilosophie im Privatrecht, AcP 216 (2016), 237.

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

7 Zur Konzeption des französischen PACs *Hoischen*, Die Vermögensauseinandersetzung nichtehelicher Lebensgemeinschaften in Deutschland und Frankreich, 2016.

8 Siehe nur BGH NZG 2014, 820 zur Sittenwidrigkeit von Abfindungsausschlüssen.

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

10 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“.

gewissen Alter ausschließlich in der Familie zu erziehen. Ideologisch abgefedert wird diese Linie teilweise mit dem Argument, Kinder (auch U<sub>3</sub>) seien in einer professionellen Tagesstätte ohnehin besser aufgehoben als bei amateurmäßig agierenden Eltern.<sup>11</sup> Für die Arbeitswelt werden Rahmenbedingungen angemahnt, die eine angemessene work-life-balance ermöglichen. Wer Zweifel an der praktischen Brauchbarkeit von Familienmodellen wagt, die Elternschaft mit einer gleichwertigen Berufstätigkeit beider Partner verbinden wollen, ist in Gefahr, als rückständig abgestraft zu werden. Selten wird offen ausgesprochen, dass – wie prominente Beispiele zeigen – die Vereinbarkeit von Beruf und Familie derzeit ganz maßgeblich davon abhängt, dass ausreichend Geld für professionelle Haushaltsführung und private Kinderbetreuung vorhanden ist. Nur sehr vereinzelt meldet sich Widerspruch, wird eine „Vereinbarkeitslüge“ bzw. „Alles-ist-möglich-Lüge“ thematisiert und über mögliche Überforderung von Eltern und Kindern und über Gefahren für die Lebensqualität gesprochen.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup> Das ist sicher überspitzt. Aber Wahlfreiheit sieht anders aus. Mütter oder Väter, die nicht oder in Teilzeit erwerbstätig sind, stehen unter Rechtfertigungsdruck. Eine positive Wertschätzung ihrer Arbeit und ihrer Fürsorge für die Familie ist selten wahrnehmbar.

### III. Familienarbeit im geltenden Recht

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

Das Grundgesetz sieht dies anders: Das BVerfG leitet eine Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbsarbeit unmittelbar aus der Verfassung ab.<sup>14</sup> Das GG schütze die Ehe gem. Art. 6 Abs. 1, 3 Abs. 2 GG nur als die partnerschaftliche, gleichberechtigte Gemeinschaft der Ehegatten.<sup>15</sup> 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: Das Bundesverfassungsgericht argumentiert geradezu **gesellschaftsrechtlich**<sup>16</sup> mit einem von der Be-

dürftigkeit des Ehegatten unabhängigen Teilhabeanspruch bei Ende der Ehe wegen „Abwicklung einer Vermögensgemeinschaft“.<sup>17</sup>

#### 2. Familienarbeit im BGB

Bekanntlich bildet das geltende Familienrecht des BGB die Grundwertung des Grundgesetzes auch nicht annähernd ab. Zwar wird der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft auf den Gedanken der prinzipiellen Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit als Konsequenz einvernehmlicher Arbeitsteilung zurückgeführt.<sup>18</sup> Dieses Prinzip gewinnt aber erst bei Ende der Ehe durch Tod oder Scheidung Bedeutung. Während der Ehe ist die geleistete Familienarbeit juristisch und ökonomisch ein Nullum. Die vom Grundgesetz postulierte Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit bleibt vermögensmäßig „wertlos“.<sup>19</sup> Das hat fast unvermeidlich Folgen für die innereheliche Machtbalance: Mögen die Ehegatten sich am Anfang der Ehe auch finanziell auf Augenhöhe gegenüber gestanden haben, mit der Zeit gewinnt der erwerbstätige Ehegatte die „Lufthoheit“. Er kann sämtliche während der Ehe erwirtschafteten Vermögenswerte für eigene Projekte investieren, ein Unter-

11 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.

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

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

14 BVerfG NJW 2002, 1185; siehe auch BVerfG NJW 2003, 2819; dazu *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.

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

16 Vgl. *Sanders* (Fn 14), ZFE 2003, 324; grundlegend *dies.*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung, 2008, 44 ff.; dazu schon *Dauner-Lieb* (Fn 2), AcP 201 (2001), 295, 311 f.

17 BVerfG NJW 2003, 2819, 2821, vgl. *Sanders*, ZFE 2003, 324 (Fn 14).

18 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.; zur Argumentation des Reformgesetzgebers von 2009 BT-Drucks 16/10798, 10.

19 *Röthel*, Plädoyer für eine echte Zugewinnngemeinschaft, FPR 2009, 273, bezeichnet dies plastisch als dingles Gefälle.

nehmen gründen, einen teuren MBA absolvieren, kostspielige Hobbys pflegen, zur Not eben auch ohne Einverständnis des anderen Ehepartners, der vielleicht lieber Geld in ein Haus oder für eine Altersversorgung investieren würde. Der nicht erwerbstätige Ehepartner 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 ihm das neue Unterhaltsrecht sehr bald nach der Scheidung abverlangt.<sup>20</sup>

Vor allem aber wird das Konzept der Zugewinngemeinschaft einer Gleichwertigkeit von Familien- und Erwerbsarbeit dadurch entwertet, dass der gesetzliche Güterstand schon vor der Ehe abwählbar ist. Der BGH sieht in § 1408 BGB eine klare gesetzgeberische Entscheidung für eine umfassende Vertragsfreiheit im Ehevertragsrecht zu Lasten von Teilhabe und Schutz des Familienarbeit leistenden Vertragspartners.<sup>21</sup> 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 sehr engen Voraussetzungen möglich sein,<sup>22</sup> wenn die Verhandlungsbedingungen **unfair** waren, also zwischen den vertragsschließenden Parteien eine Ungleichgewichtslage, eine „subjektive Imparität“ vorlag.<sup>23</sup> Unbeschadet aller Details bedeutet das im Ergebnis, dass die Ehepartner – sofern sie sich bei Vertragsabschluss „auf Augenhöhe“ befanden – 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 Grundgesetzes ist offensichtlich; der BGH setzt sich damit jedoch bisher nicht auseinander.

### 3. Konsequenzen für die Familienarbeit

Damit bleibt das verfassungsrechtliche Postulat der Gleichwertigkeit von Erwerbsarbeit und Familienarbeit im real praktizierten Güterrecht ein Lippenbekenntnis. Der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft berücksichtigt Familienarbeit erst am Ende der Ehe, während der Ehe bleibt sie materiell „wertlos“. Außerdem kann dieses ohnehin schon schwache Partizipationsmodell bereits vor Eheschließung und Familiengründung abgewählt werden, mit der Folge, dass die Familienarbeit im Ernstfall endgültig ohne Kompensation bleibt. Es ist ganz unwahrscheinlich, dass diese juristische Missachtung von Familienarbeit nicht auch Auswirkungen auf die gesellschaftliche Wahrnehmung von Familienarbeit und

auf die innerfamiliären Machtverhältnisse hat. Familienarbeit wird sicherlich nicht zufällig 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

Die juristische Ausblendung von Familienarbeit trifft bisher statistisch ganz überwiegend Frauen. Familienarbeit ist ein Genderthema. Warum aber wird Familienarbeit kaum als Genderthema wahrgenommen, auch nicht, vor allem nicht von Frauen, von Juristinnen? Möglicherweise gibt es 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 nägellackierenden Chefarztgattin gepflegt, die nach Jahren des süßen Nichtstuns im Luxus einer Diskrepanz auch noch Geld will. Außerdem ist Familienarbeit/care work kein klassisches feministisches und gleichstellungspolitisches Anliegen; bisher geht es in der gesellschaftspolitischen Diskussion fast ausschließlich um die Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben und um die Befreiung der Frau von Familienarbeit und Familie, nicht dagegen um eine angemessene Anerkennung von Familienarbeit.

### 2. Dogmatische Hürden?

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 6.2.2001<sup>24</sup> zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen der bisherigen Linie des BGH – einer fast gren-

20 Dazu im Einzelnen *Dauner-Lieb*, Anforderungen an ein Konzept für einen Güterstand der Errungenschaft in Deutschland, in: *Brudermüller/Dauner-Lieb/Meder* (Fn 3), 47 ff.

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

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

23 BGH NJW 2013, 457, insb. Rn 27.

24 NJW 2001, 957.

zenlosen Vertragsfreiheit – den Boden entzogen hatte, stand der BGH vor der Notwendigkeit einer Neuorientierung. Die Chance einer grundsätzlichen Neuorientierung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbstätigkeit wurde nicht wahrgenommen, vielleicht weil die Zeit noch nicht reif war, vielleicht weil Einsicht und Mut fehlten. Stattdessen reagierte der Familienrechtssenat des BGH „dogmatisch“ mit der inzwischen sehr kleinteiligen und ausdifferenzierten Unterscheidung zwischen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen – nach § 138 BGB einerseits und § 242 BGB andererseits sowie der sog. Kernbereichslehre.<sup>25</sup> Der Bedeutung der Familienarbeit ist er auf diesem Weg (verdeckter) richterlicher Rechtsfortbildung nicht gerecht geworden. Dogmatik kann dazu beitragen, die Ordnung und Gewichtung von Fakten, Gesichtspunkten und 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 oder wenn sie historische Verwerfungen aufweisen, wie gerade das Güterrecht.<sup>26</sup> Sie hilft nur eingeschränkt auf der Grenze von Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung. Daher ist es ein Gebot der Methodenehrlichkeit, Konstruktion und Wertung auseinanderzuhalten und bestimmte Ergebnisse nicht als quasi-naturgesetzliches 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 Nebengüterrecht mit seinen Verästelungen<sup>27</sup> oder die Kehrtwende bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft<sup>28</sup> und bei den Schwiegerelternschenkungen.<sup>29</sup> Eine technisch gehandhabte Kernbereichslehre ist jedenfalls nicht geeignet, dem verfassungsrechtlichen Postulat der Gleichwertigkeit von Familienarbeit und Erwerbsarbeit stimmig im Familienrecht zur Geltung zu verhelfen.

### 3. Zu Reichweite und Grenzen privatautonomer Selbstbindung

Die entscheidende Hürde für eine angemessene juristische Anerkennung der Familienarbeit ist freilich die 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 Familien-

arbeit. Der juristische Laie wundert sich, dass sich der Jurist nicht wundert. Im allgemeinen Vertragsrecht, im Verbraucherrecht, im Arbeitsrecht, insbesondere im Gesellschaftsrecht wird seit Jahrzehnten intensiv über eine Materialisierung der Vertragsfreiheit nachgedacht und diskutiert, was den Grundsatz *pacta sunt servanda*, die Annahme einer inhaltlichen Richtigkeitsgewähr von unter fairen Bedingungen abgeschlossenen Verträgen, rechtfertigt.<sup>30</sup> 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, übervorteilt zu werden. Das ist das Leitbild des *homo oeconomicus* und die Logik der Marktwirtschaft. Sie passt nicht für Verträge, in denen es nicht um Gewinnoptimierung für Individuen, sondern um langfristige Gestaltung einer gemeinsamen Zukunft geht.<sup>31</sup> Dennoch wird in keinem Rechtsgebiet *pacta sunt servanda* so rigoros und teleologisch unsensibel gehandhabt wie ausgerechnet im Familienrecht.<sup>32</sup> Bisher nicht einmal wahrgenommen wird, dass der BGH Gesellschafter 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.<sup>33</sup> Gefordert ist der Blick über den Tellerrand familienrechtlicher Spezialdiskurse: Je mehr sich das Familienrecht dogmatisch als Bestandteil des Schuldrechts<sup>34</sup> sieht, umso wichtiger wird

25 Zur Entpolitisierung und Redogmatisierung der Familienrechtsdiskussion *Röthel*, Familienrechtswissenschaft (Fn 2), AcP 214 (2014), 609.

26 Siehe zur umfassenden Vertragsfreiheit im Güterrecht als historischem Missverständnis *Meder* (Fn 21).

27 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.

28 BGH NJW 2008, 3277; grundlegend dazu *Hoischen* (Fn 7).

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

30 Dazu ausführlich mit weiteren Nachweisen aus den verschiedenen Rechtsgebieten *Dauner-Lieb* (Fn 2), AcP 210 (2010), 580, 593 ff.; *dies.*, Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen: AGB-Recht – ihr Garant oder Totengräber, AnwBl. 2013, 845.

31 Grundlegend dazu *Sanders* (Fn 16), 313 ff.; siehe auch *Britz* (Fn 2), 244 f.

32 Siehe nur der Müllverbrennungsfall BGH NJW 2013, 856; dazu *Dauner-Lieb*, AnwBl. 2013, 845.

33 *Dauner-Lieb* (Fn 2), AcP 201 (2001), 295, 312.

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

es, dass die familienrechtliche community nicht Konzeptionen des Privatrechts und der Privatautonomie nachhängt, die längst überholt sind.

### V. Wer hat Angst vor der Errungenschaftsgemeinschaft?

Familienarbeit, Fürsorge für Kinder, Kranke, alte Eltern, zählt wenig im geltenden Familienrecht. Welche Reaktionsoptionen hat die familienrechtliche community auf diesen Befund? „Liebe und Fürsorge lassen sich rechtlich nicht fassen und sind 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 aus dem Bahnhof“, so könnte eine weitere Abwehrlinie lauten, „die Doppelverdienerreihe wird ohnehin zur Regel, es gibt wirtschafts- und sozialpolitisch keine Alternative zur Vereinbarung von Beruf und Familie, man darf infolgedessen durch eine rechtliche Anerkennung von Familienarbeit keine falschen Anreize setzen.“ Aber soll die 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 ein neues Konzept für die Inhaltskontrolle von güterrechtlichen Verträgen, wenn der vor der Ehe vereinbarte Güterstand nicht zum während der Ehe gelebten Ehemodell passt.

## Forum Familienrecht im Konzert mit anderen familienrechtlichen Fachzeitschriften

Klaus Schnitzler, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht, Euskirchen

### 1. Einleitung

Der geschäftsführende Ausschuss entschloss sich im November 1996 anlässlich der Herbsttagung in Hamburg, eine eigene Zeitschrift für die Mitglieder zu kreieren.

Dies war der Startschuss für die FF!

Sie ist seit 1.5.1997 auf dem Markt.

Ganz bewusst hat man damals den Begriff „Forum“ gewählt. Dieses Forum sollte dem Austausch von Meinungen, der Diskussion von widerstreitenden Rechtsauffassungen Raum und gleichzeitig dem Praktiker, insbesondere dem Anwalt und der Anwältin Hilfestellung geben bei der täglichen Praxis.

Damit erhielt die FF ein Profil, das sich von anderen Zeitschriften unterschied und bis heute unterscheidet. Für den Leser war und ist ein hoher Wiedererkennungswert wichtig, den er in den einzelnen Abschnitten findet. Insofern war klar, dass nicht nur wichtige Mitteilungen für die Anwaltschaft, Berichte für Herbsttagungen, Personalien von Familienrichtern, von Änderungen bei der Besetzung von Oberlandesgerichten, dem Bundesgerichtshof und des Bundesverfassungsgerichts enthalten sein sollten. Aufsätze, Dokumentationen und die wichtigsten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs und die dazu angefügten Anmerkungen machen den entscheidenden Wert der FF aus.

Insofern ist das Heft aufgeteilt in den weitgehend redaktionellen Teil mit Editorial, Interviews, FF aktuell, Mitteilungen, einem Aufsatzteil, Dokumentationen und Personalien.

Den ganz entscheidenden zweiten Abschnitt bieten die **Rechtsprechungsübersicht** mit einzelnen Entscheidungen, wenn möglich mit Anmerkungen und die Rechtsprechung kompakt, die von *Gabriele Ey* betreut werden. Unser Anspruch ist, die wichtigsten Entscheidungen abzudrucken oder zumindest auf sie hinzuweisen, wobei die Auswahl natürlich bei der Fülle der Entscheidungen immer schwieriger wird.

Abgeschlossen wird das Heft im Regelfall mit einer Rezension und dem Impressum.