

Rechtsfortbildung im Familienrecht durch Richterrecht – Instrumente und Grenzen

von Prof. Dr. Stephan Meder, Leibniz Universität Hannover

Der Gesetzgebungsausschuss Familienrecht des Deutschen Anwaltsvereins richtete im Rahmen des Deutschen Anwaltstages 2026 eine Veranstaltung mit dem Titel »Rechtsstaat und Richterrecht« aus.¹ Der Untertitel der Veranstaltung lautete: »Wer bestimmt die Zukunft des Familienrechts?« Das war ein gut gewähltes, hochaktuelles verfassungsrechtliches Oberthema. Mit Blick auf den Untertitel – »wer bestimmt die Zukunft des Familienrechts« – stellte sich allerdings die Frage: Hätte das »und« im Haupttitel nicht besser durch ein »oder« ausgetauscht werden sollen? Das Oberthema würde dann lauten: »Rechtsstaat oder Richterrecht?« An die Stelle einer bloßen Reihung oder, wie die Sprachwissenschaft zu sagen pflegt, eines kopulativen »und«, wäre also eine Frage getreten: »Rechtsstaat **oder** Richterrecht?« Und hätte nicht sogar eine dichotomisierende Zuspitzung erfolgen müssen, indem gefragt wird: »Entweder Rechtsstaat oder Richterrecht?«

I. Entweder Legislative oder Judikative?

Ein solches »Entweder-Oder« gibt es ja tatsächlich, und zwar nach Maßgabe des klassischen Modells der Gewaltenteilung, das nach wie vor im Zentrum des modernen Demokratieverständnisses steht. Danach erfolgt die Gesetzgebung durch die Legislative, während die Exekutive die Gesetze vollzieht und die dritte Gewalt, die Judikative, die Gesetze im Wege der Rechtsprechung »anwendet«. Den Funktionen von Legislative, Exekutive und Judikative entsprechen die »Organe« Parlament, Regierung und Gerichte.² So sieht es auch das BVerfG, wenn es feststellt:

»Im freiheitlich-demokratischen System des Grundgesetzes fällt dem Parlament als Legislative die verfassungsrechtliche Aufgabe der Normsetzung zu. Nur das Parlament besitzt hierfür die demokratische Legitimation.«³

Entweder-Oder würde also bedeuten, dass »nur« eine der beiden Gewalten – entweder die Legislative (bzw. das Parlament) oder die Judikative (bzw. die Rechtsprechung) – nicht aber beide gleichzeitig zur Normsetzung befugt sind. Wie eine Zahl »nur« entweder »gerade« oder »ungerade« sein kann, müssen wir auch nach der Lehre von der Gewaltenteilung annehmen, daß »nur« die Legislative, nicht aber die Judikative Normen setzen darf. So lautet jedenfalls die Theorie. Das Familienrecht bildet nun ein gutes Beispiel dafür, dass alle Theorie »grau« ist – dass das klassische Modell der Gewaltenteilung die Wirklichkeit nicht adäquat abbilden kann, weil das, was wir als »Recht« verstehen, nicht nur von oben, von einer über der Gesellschaft stehenden Autorität erzeugt wird, sondern gleichsam spontan, von unten herauf aus der Gesellschaft wächst.⁴ Wandel der Geschlechterrollen, steigende Scheidungsziffern, Biotechnologie, veränderte Vorstellungen von Elternschaft sind nur einige Stichworte, die anzeigen, daß das Familienrecht besonders nah am Puls der Zeit liegt und nicht zuletzt aus diesem Grunde dem Richterrecht im Familienrecht eine besondere Rolle zukommt.

Aber was heißt Richterrecht eigentlich? Sind die Richterinnen und Richter wirklich die einzigen Akteure, deren

Rechtsschöpfungen mit den Kompetenzen der Legislative in Konflikt treten? Dafür spricht zunächst, und ich darf mir erlauben, die Anwaltschaft ins Spiel zu bringen, die Parömie »*da mihi factum, dabo tibi ius*« – was so viel bedeutet wie: Gib mir, Anwalt, den Sachverhalt (*factum*), dann gebe ich Dir, Richter, das Recht (*ius*) – gerne auch in Form einer Rechtsfortbildung.⁵ Aber der Satz »*da mihi factum, dabo tibi ius*« ist letztlich nur ein weiterer Beleg dafür, dass alle Theorie »grau« ist. In Wirklichkeit enthält nämlich meistens schon die Klageschrift dezidierte Ausführungen zur Rechtslage. Nicht selten sind Rechtsfiguren oder Rechtslösungen, die wir heute als Richterrecht zu bezeichnen pflegen, den Rechtsausführungen entsprungen, die Anwältinnen und Anwälte in ihren Schriftsätzen formuliert haben.⁶ Im übrigen sollte auch der Anteil der Wissenschaft nicht unterschätzt werden. »Positive Vertragsverletzung« und »Culpa in Contrahendo« sind bekanntlich über hundert Jahre als geltendes Recht behandelt worden, ohne dass das Parlament und die Legislative davon etwas wussten.

Das ist natürlich nur die Spitze eines Eisbergs, und selbstverständlich kennt auch das Familienrecht viele solcher Beispiele; ich erinnere nur, ohne auf das Thema näher eingehen zu können, an die »unbenannten Zuwendungen unter Ehegatten«, an den »familienrechtlichen Ausgleichsanspruch« oder, um ein aktuelles Beispiel zu nennen, an den viel diskutierten Beschluss des BGH v. 15.04.2026 (XII ZB 415/25) zur Frage, ob sich die Mitbetreuung eines Elternteils im Rahmen des Wechselmodells auf dessen Barunterhaltungspflicht auswirken kann. Im übrigen sind es nicht selten Anwältinnen und Anwälte, die in ihren Schriftsätzen »Wissenschaft« aufgreifen, so dass die Ergebnisse der Forschung, wie sie in Monographien, Aufsätzen, Kommentierungen oder Entscheidungsbesprechungen einen Ausdruck finden, oft auch durch die Anwaltschaft in die Rechtsprechung gelangen.

1 Der vorliegende Beitrag beruht auf dem Manuskript des Vortrags, den ich am 11.06.2026 auf dem Deutschen Anwaltstag in Freiburg (im Track Rechtspolitik der Arbeitsgemeinschaft Familienrecht des Deutschen Anwaltsvereins – 1. Teil Verfassungsrecht: Rechtsfortbildung durch Richterrecht – Instrumente und Grenzen) gehalten habe. Die Vortragsform ist beibehalten worden; ergänzt wurden lediglich einige Fußnoten.

2 Die Literatur zum klassischen Gewaltenteilungskonzept ist kaum noch übersehbar. Von den großen Grundgesetz-Kommentaren zu Art. 20 einmal abgesehen, sei hier nur auf Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, S. 595–624; Böckenförde in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I (1987), S. 887–952, 896–901; Seiler, Gewaltenteilung (1994), S. 1–189, oder Steffani, Gewaltenteilung und Parteien im Wandel (1997), S. 27–55, hingewiesen.

3 BVerfGE 95, 1–27, 15–16 (zu Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG).

4 Dieser These habe ich in meiner Schrift »*Ius non scriptum*«, 2. Aufl. 2009, eine selbständige Untersuchung gewidmet.

5 Zu den Anteilen der Anwaltschaft an außergesetzlicher Normbildung und den Problemen des Begriffs »Richterrecht« siehe Meder, *Ius non scriptum* (Fn. 4), S. 211–220.

6 Vgl. Broggin, Die Maxime »*iura novit curia*« und das ausländische Recht, in: AcP 155 (1956), S. 469–485, 476 f. (das »*da mihi factum, dabo tibi ius*« sei eine »doktrinaire und unwirkliche Parömie«, weil heute die Prozessparteien »in ihren schriftlichen und mündlichen Äußerungen zur *quaestio iuris* Stellung nehmen« müssen).

II. Instrumente und Grenzen judikativer Rechtsetzung

Schon mit Blick auf einen erweiterten Kreis der Akteure, also etwa auf Anwaltschaft und Wissenschaft, wäre also zu fragen: Ist der Begriff »Richterrecht« – oder wie es im Titel heißt: »Rechtsfortbildung durch Richterrecht« – überhaupt passend? Hinzu kommen weitere Fragen, nämlich: Was bedeutet eigentlich Rechtsfortbildung, welche Instrumente gibt es und wo liegen die Grenzen? Um hier eine Antwort zu finden, bedarf es zunächst einer kurzen Erläuterung der Unterscheidung von Rechtsetzung und Rechtsanwendung – die erste soll, wie erwähnt, eine Aufgabe der Legislative und die zweite eine der Judikative sein. Wo die Grenzen zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung liegen, ist streitig; ich fasse den Stand der Diskussion kurz zusammen:

Nach wohl herrschender Meinung ist Rechtsetzung eine generalisierende, vorwegnehmende Regelung einer Vielzahl von gleichgelagerten Fällen – eine Programmierung künftigen Geschehens. Rechtsanwendung ist dagegen nicht zukunfts-, sondern situationsbezogen.⁷ Sie trifft eine Entscheidung im Einzelfall, regelt also ein einmaliges, vergangenes und nicht wiederholbares Geschehen, das ausschließlich den partikularen Interessen der Parteien dient. Nach dieser Auffassung könnte die Zukunft des Familienrechts also wieder nur durch die Legislative, nicht aber durch die Judikative bestimmt werden. Gegen diese Sichtweise ist der Einwand erhoben worden, dass eine Prognose künftigen Verhaltens durch Gesetze nur beschränkt möglich sei. Denn Sprache sei immer auch ungenau, Gesetze würden daher der Auslegung bedürfen. Hinzu kommt, dass auch bei der Entscheidung eines Einzelfalles die präjudizielle Wirkung berücksichtigt werden muss, weil aus Gründen der Rechtsgleichheit in gleichen oder ähnlichen Fällen die Norm gleich oder ähnlich auszulegen ist.⁸ Kann die Zukunft des Familienrechts also doch auch durch die Judikative bestimmt werden? Der US-amerikanische Richter Oliver Wendell Holmes hat dies mit einer berühmten Formulierung bejaht: »The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are, what I mean by the law«.⁹ Auslegung, Rechtsfortbildung und Rechtsetzung lassen sich also nicht fein säuberlich voneinander trennen.

Einer der Gründe hierfür liegt darin, dass eine Gesellschaft stetem Wandel unterworfen ist. Eine jede Rechtsordnung muss daher als »fortschreitend gedacht werden«.¹⁰ So sieht es auch das BVerfG, wenn es feststellt:

»angesichts des Wandels der gesellschaftlichen Verhältnisse und der begrenzten Reaktionsmöglichkeiten des Gesetzgebers sowie der offenen Formulierung zahlreicher Normen gehört die Anpassung des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse zu den Aufgaben der Dritten Gewalt«.¹¹

Das BVerfG will damit nicht sagen, Gerichte dürften unbegrenzt auslegen und eigene rechtspolitische Auffassungen an die Stelle des Gesetzesrechts setzen. Die von Bernd Rüthers geprägte Formel »unbegrenzte Auslegung« ist zwar nicht unzutreffend, genau genommen aber irreführend oder mindestens missverständlich.¹² Sie bezieht sich auf die Zeit des Nationalsozialismus, als Gerichte insbesondere die Gesetze der liberalen Privatrechtswissenschaft des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts durch eine weitreichende Auslegung an politische Ziele anpaßten. Der NS-Jurisprudenz ging es aber

keineswegs nur um Auslegung im Rahmen richterlicher Entscheidung, sondern auch um die Beseitigung überkommener Maßstäbe der Gesetzgebung, der Wissenschaft und der Lehre. Der Angriff des NS-Systems richtete sich nicht gegen einzelne Funktionen des Rechts, er zielte vielmehr darauf, das Ensemble der durch das römische Recht überlieferten Institutionen aus dem Weg zu räumen.¹³

III. *Ius non scriptum* als autonome, von Parlament und Legislative »unabhängige« Form der Normsetzung

Die Auslegung ist, um den Titel meines Vortrags noch einmal aufzugreifen, das zentrale »Instrument« der Rechtsfortbildung. Dies gilt gerade auch für das Familienrecht, wo Auslegung in ganz verschiedenen Formen relevant werden kann. Drei Hauptarten wären zu unterscheiden: Einmal spielen, wie in jedem Rechtsgebiet, auch im Familienrecht die klassischen »*canones*« der Auslegung, also die grammatische, historische und systematische Auslegung eine wichtige Rolle.¹⁴ Die »*canones*« enthalten nicht nur »Regeln«, die den Juristen helfen, den Sinn einer Norm zu ermitteln, sondern sie markieren zugleich eine Grenze. Wozu bedarf es einer solchen Grenze? Der Grund ist einfach: Juristische Entscheidungen – und dies gilt vor allem auch für die Rechtsfortbildung – dürfen nicht frei nach Belieben oder willkürlich getroffen werden. Um Willkür auszuschließen, muss geprüft werden, ob eine Entscheidung entweder mit dem Wortlaut des Gesetzes (grammatikalische Auslegung) oder mit dem Willen des Gesetzgebers (historische Auslegung) oder mit dem Gesamtsystem des Rechts konform geht. Andernfalls mangelt es der Entscheidung an Legitimation.

Oder anders gesagt: Die »*canones*« bilden ein Instrument, dessen Funktion darin besteht, eine Unterscheidung zwischen Rechtsstaat und Unrechtsstaat zu ermöglichen. Aber was heißt eigentlich »Rechtsstaat«? Ein »Rechtsstaat« verlangt zunächst, dass die Entscheidung mit dem »Recht« übereinstimmt. Das klingt trivial und soll erst einmal nur bedeuten, dass die Entscheidung, wie es in autoritären Systemen oft

7 Siehe hierzu und zum Folgenden die Nachweise bei Meder, Doppelte Körper im Recht. Traditionen des Pluralismus zwischen staatlicher Einheit und transnationaler Vielheit, 2015, S. 221–222.

8 Näher Müller, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 2. Aufl. 2006, S. 20–24 (umgekehrt kommt es auch vor, dass Einzelfälle durch Gesetzgebung geregelt werden).

9 Holmes jr., The Path of the Law, in: Harvard Law Review 10 (1897), S. 457–478, 461 (»Recht ist die Vorhersage dessen, was die Gerichte tatsächlich tun werden«).

10 So schon von Savigny, Methodologie (1802), in: Aldo Mazzacane (Hg.), Friedrich Carl von Savigny. Vorlesungen über juristische Methode 1802–1842 (1993), 2. Aufl. 2004, S. 91–136, 93.

11 Siehe z.B. den Beschluss des Ersten Senats v. 25.01.2011, BVerfGE 128, 193–224, Rn. 53.

12 Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung: Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus (1968), 7. Aufl. 2012.

13 Als Beispiele seien hier nur genannt: Gleichheit, Eigentum, Vermögen etc. – aber auch Abstammung oder Trennung zwischen weltlich und geistlich, juristisch und ideologisch.

14 Das BVerfG hat sich immer wieder zu den *canones* geäußert und dabei betont, dass sie nach wie vor Geltung in Anspruch nehmen dürfen, siehe nur das Urteil des Zweiten Senats v. 19.03.2013, BVerfGE 133, 168–241, Rn. 66 (»anerkannte Methoden«). Zur älteren Rechtsprechung des BVerfG siehe die Nachweise bei: Hofmann, Abwägung im Recht, 2007, S. 123; Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre und BVerfG, in: FS Rainer Wahl, 2011, S. 405–431, 414. Die Lehre der *canones* geht bekanntlich auf Savigny zurück, näher Meder, Juristische Methode (im Erscheinen).

der Fall ist, nicht auf Gesinnung, Moral, Partikularinteressen oder Politik gestützt werden darf. Wenn es speziell um eine »Rechtsfortbildung durch Richterrecht« geht, bedeutet »Rechtsstaat«, dass die Fortbildung nur dann als Recht anerkannt werden kann, wenn sie mit den ungeschriebenen Regeln der Juristischen Methode im Einklang steht. Die Grenzen sowohl der Rechtsfortbildung als auch des Rechtsstaats wären dann erreicht, wenn es nicht gelingt, plausibel zu machen, dass die Entscheidung mit der Grammatik, der Geschichte oder dem System konform geht.¹⁵ In diesem Zusammenhang ist immer wieder betont worden, Anwälte und Richter würden – ungeachtet aller Unterschiede – im Kern die gleiche Arbeit leisten. Denn sowohl Anwälte als auch Richter müssen interpretieren und insoweit nach der gleichen Methode verfahren. Dabei darf vorausgesetzt werden, daß der rechtsschöpferische Anteil des Interpretieren bei einem Rekurs auf den Wortlaut am geringsten und bei einer Argumentation aus dem System am höchsten ist.

Unter dem Stichwort »Rechtsfortbildung durch Auslegung« habe ich zunächst einige Grundsätze skizziert, die nicht nur im Familienrecht, sondern in allen Rechtsgebieten gelten. Eine Besonderheit des Familienrechts – etwa im Vergleich zum Schuld-, Sachen- oder Erbrecht – ist nun darin zu sehen, daß es stark durch unbestimmte Rechtsbegriffe, offene Tatbestände und Generalklauseln geprägt ist. Ein Beispiel bildet die »eheliche Lebensgemeinschaft« im Recht der Ehewirkungen oder das »Kindeswohl« im Kindschaftsrecht. Auch die Vorschriften über die »Verfügungen über das Vermögen im Ganzen« (§§ 1365 ff. BGB) oder über das »Anfangsvermögen« (§ 1374 Abs. 2 BGB) dürfen als Beispiele dafür angesehen werden, wie sehr das Recht aus dem sprachlichen Material einer Norm sowohl durch extensive als auch durch restriktive Auslegung modelliert werden kann, so dass zu fragen wäre, ob es sich hier überhaupt noch um Auslegungen oder nicht schon um Normsetzung handelt. Nimmt man die vielen Bestimmungen der Billigkeit oder Härte- und Zumutbarkeitsbegriffe, etwa im Recht des Geschiedenenunterhalts, hinzu (§§ 1570, 1578 b, 1579 – auch 1615 I BGB), wird deutlich, wie rasch die Grenzen zwischen Rechtsanwendung und Rechtsetzung ins Fließen geraten können. Aber auch hier gilt: Die Rechtsprechung muss zunächst die – oft vagen – Kriterien beachten, die der Gesetzgeber zur Konkretisierung der Billigkeit formuliert hat. Mangelt es an solchen Kriterien, beginnen die Gerichte sie oft selbst zu formulieren, wobei abermals Argumente aus der Anwaltschaft und der Wissenschaft ins Spiel kommen.

Diese als »Richterrecht« bezeichneten Rechtsbildungen verfestigen sich dann nicht selten zu einer Art Gewohnheitsrecht – zu einem »*ius non scriptum*«, das über den Einzelfall hinausweist und damit als autonome, d.h. vom Parlament »unabhängige« Normsetzung, ja, als eine Art Selbstregulierung durch Jurisprudenz, bezeichnet werden darf.¹⁶ Der Begriff »Rechtsstaat« erlangt in diesem Zusammenhang eine doppelte Bedeutung: Einmal, dass die Legislative dieses »*ius non scriptum*« jederzeit rückgängig machen oder – was die Regel zu sein scheint – in den Rang von Gesetzgebung erheben kann. Die zweite Bedeutung besteht darin, daß sich die Gerichte an das von ihnen geschaffene »*ius non scriptum*« in künftigen Entscheidungen halten müssen bzw. ohne methodisch fundierte Begründung davon nicht mehr abweichen dürfen.

IV. Zwischenergebnis

Das »Richterrecht« hat erheblichen Anteil an der Zukunft des Familienrechts. Seine Kompatibilität mit den Erfordernissen eines Rechtsstaates verlangt zunächst eine Beachtung der Juristischen Methode. Das gilt nicht nur im engeren Gebiet der Auslegung, sondern auch in Bereichen, in denen der Gesetzgeber zum Gebrauch offener Tatbestände, Generalklauseln und Billigkeitsregeln neigt. Die Rechtsstaatlichkeit wird hier insbesondere dadurch gewahrt, daß die Rechtsprechung das von ihr selbst erzeugte Recht in künftigen gleichen oder ähnlichen Fällen gleich oder ähnlich anwendet. Entscheidend kommt es darauf an, dass eine Rechtsfortbildung auf rechtliche und nicht auf außerrechtliche Gründe wie Gesinnung, Moral oder Politik gestützt wird.

V. Die Kernbereichslehre des BGH als Beispiel für judikative Rechtsetzung im Familienrecht

Nun gibt es über die Auslegung und die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe hinaus im Familienrecht aber auch Gebiete, wo sich die Frage »entweder Rechtsstaat oder Richterrecht« noch weiter zuspitzt. Zur Veranschaulichung wähle ich als Beispiel das viel diskutierte Thema der Ehe- und Verichtsvereinbarungen im Scheidungsfolgenrecht. Dazu ein kurzer Rückblick:

1. Zulässigkeit von Verichtsvereinbarungen: Von 1900 bis zur Kernbereichslehre des Bundesgerichtshofes

Das BGB hatte sich zum Thema ursprünglich nicht geäußert, Kommentarliteratur und Reichsgericht waren sich nach 1900 jedoch darin einig, dass ein Verzicht, z.B. auf einen künftigen Unterhaltsanspruch, prinzipiell zulässig ist.¹⁷ Es gab allerdings eine Einschränkung: Vereinbarungen, die den Zweck verfolgen, eine Scheidung zu erleichtern oder sie gar erst zu ermöglichen, sollten gem. § 138 BGB nichtig sein. Die Nationalsozialisten haben diese Einschränkung beseitigt (§ 80 EheG 1938) und damit insbesondere Verichtsvereinbarungen in einem bislang unbekannten Maße für zulässig erklärt. Das Motiv für diese Großzügigkeit lag freilich nicht in dem Bestreben, das Scheidungsrecht zu liberalisieren oder der Privatautonomie mehr Raum zu geben. Im Gegenteil: Der nationalsozialistische Gesetzgeber hielt an dem Ziel fest, das Individuum Staatsinteressen total zu unterwerfen. Sein Interesse richtete sich auf die Bevölkerungspolitik, die bei zunehmenden militärischen Aktivitäten mehr und mehr ins Blickfeld gerückt war. Zerrüttete Beziehungen waren den Nationalsozialisten ein Dorn im Auge, weil daraus keine Kinder hervorgehen würden.¹⁸ Verichtsvereinbarungen sollten

15 Näher Meder (Fn. 14), 10. Kap.

16 Das Wort »unabhängig« muss, soweit es um das Verhältnis von judikativer und legislativer Normsetzung geht, in Anführungszeichen gesetzt werden. In der Sprache der Rechtssoziologie: »Unabhängigkeit« bedeutet keine »totale Abschließung« durch »operative Geschlossenheit«. »Funktionale Eigendynamik« der Judikative heißt nicht, dass Wechselbeziehungen mit der oder Abhängigkeiten von der Legislative ausgeschlossen sind, näher Luhmann, Schriften zu Kunst und Literatur (2008), S. 102–122, 117; Pollack, Modernisierungstheorie – revised: Entwurf einer Theorie moderner Gesellschaften, in: Zeitschrift für Soziologie 45 (2016), S. 219–240, 226.

17 Die folgende Überblick über die Vorgeschichte der aktuellen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Scheidungsfolgenvereinbarungen orientiert sich an meinem Beitrag »Der Unterhaltsverzicht im Spannungsfeld von Privatautonomie und öffentlichem Interesse«, FuR 1993, 12–21.

18 Amtliche Begründung zum Ehegesetz v. 06.07.1938, in: Deutsche Justiz (DJ) 1938, S. 1102–1142, 107.

also gerade aus dem Grund zulässig sein, aus dem sie vor 1938 für unwirksam erklärt wurden, nämlich, weil sie eine Scheidung erleichtern können.

1945 stellte sich die Frage, wie das nationalsozialistische Unrecht beseitigt werden könne. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Die Regelung des § 80 EheG von 1938 überdauerte den Zweiten Weltkrieg. Gem. § 72 EheG von 1946 konnten Verichtsvereinbarungen (nahezu) ohne jede Einschränkung weiterhin geschlossen werden. Die Gründe hierfür waren aber sehr verschieden. Nach 1945 pflegte man auf die beruhigende Wirkung hinzuweisen, die davon ausgehe, dass die Scheidungsfolgen vorab geregelt werden; man sagte, es würde zur Entschärfung und Entgiftung von Scheidungsstreitigkeiten beitragen, wenn sie durch Parteivereinbarungen dem Prozess entzogen werden.¹⁹ Zwar gab es vereinzelt auch Gegenstimmen. Doch war es letztlich dieser Gedanke, der den Reformgesetzgeber von 1976/77 leitete, im Anschluß an § 72 EheG von 1946 den noch heute geltenden § 1585c in das BGB aufzunehmen, wonach »Ehegatten [...] über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen« können. § 1585c BGB hat also eine lange Vorgeschichte. Genau genommen ist er in erster Linie aber doch ein Produkt der großen Eherechtsreform von 1976/77 – einem der wichtigsten Ereignisse der jüngeren Familienrechtsgeschichte. Die grundlegende Reform des Eherechts von 1976/77 hat bekanntlich nicht nur das Verschuldensprinzip abgeschafft, sondern auch die Unterhaltspflichten in einem bislang nicht für möglich gehaltenen Maße ausgedehnt.²⁰ So entstand das Bedürfnis, solchen Pflichten durch Verträge zu entgehen. Die Rechtsprechung reagierte rasch und begann Verichtsvereinbarungen, die gegen Ende der 1970er Jahre einen regelrechten Boom erleben, zunehmend für unwirksam zu erklären. Nicht ohne Grund ist daher bereits in den 1980er Jahren gefordert worden, § 1585c BGB, wenn schon nicht ganz abzuschaffen, so doch wenigstens einschränkend zu formulieren.²¹

Die weitere Entwicklung darf ich als bekannt voraussetzen: Der Gesetzgeber ist untätig geblieben, die Rechtsprechung musste das Heft selbst in die Hand nehmen. Auf Grundlage seiner berühmten »Kernbereichslehre« hat der BGH nach der Wende zum 21. Jahrhundert ein regelrechtes System der gerichtlichen Kontrolle von Vereinbarungen entwickelt, das weit über das Recht des nachhehlichen Unterhalts hinaus auch das Güterrecht und den Versorgungsausgleich erfasst.²²

2. Zum rechtsstaatlichen Charakter der Kernbereichslehre

Den § 1585c BGB gibt es noch heute, über die Rechtswirklichkeit vermag das Gesetz aber kaum etwas auszusagen. Wer bestimmt also die Zukunft des Familienrechts? Die Legislative oder die Judikative? Wenn es zutrifft, dass die Zukunft des Familienrechts großteils durch eine Rechtsquelle bestimmt wird, die wir – nicht ganz passend – als »Richterrecht« zu bezeichnen pflegen, wäre zu fragen: Ist dieser Befund mit den Anforderungen eines Rechtsstaates eigentlich noch zu vereinbaren? Um hier eine Antwort zu finden, bedarf es noch einmal eines Rückblicks, und zwar auf nichts Geringeres als auf die Entstehung des modernen Staates, wie er von Jean Bodin, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Immanuel Kant und anderen entworfen wurde. Ich werde mich kurz halten.²³

Einigen von Ihnen ist vielleicht noch die Lehre von Hobbes in Erinnerung, dass am Anfang der Geschichte eine Art Naturzustand herrschte, wo der Mensch dem Menschen ein Wolf gewesen sei. Zu seiner Beendigung habe es des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrags bedurft, dessen Zweck darin bestehe, durch die einvernehmliche Übertragung der Macht auf einen Souverän den Frieden zu sichern und das private Eigentum zu schützen. Nach dieser Lehre, der auch Pufendorf oder Kant folgten, soll es nicht darauf ankommen, ob als Souverän ein Monarch oder das Volk auftritt. Entscheidend ist vielmehr, dass nur dieser Souverän zur Normsetzung befugt ist. Jede Normbildung, die außerhalb des Staates bestehen könnte, etwa durch Verbände, Gewohnheitsrecht und eben auch Richterrecht muss daher für unzulässig erklärt werden. Das Preußische Allgemeine Landrecht (1794) hat aus diesen Gründen sogar ein generelles Interpretations- und Kommentierungsverbot verhängt. Wenn z.B. ein Richter unsicher war, ob das Gesetz die Lösung eines Falles schon enthält, musste er beim Staat anfragen und um eine Entscheidung bitten. Der Souverän wollte auf diese Weise sicherstellen, dass außer der Legislative niemand Recht erzeugt. Die Pflicht des Richters zur Vorlage an die Legislative pflegt man als »*référé législatif*« zu bezeichnen. »*Référé législatif*« ist ein Synonym für das klassische Modell der Gewaltenteilung.²⁴ Das Wort »Rechtsstaat« wäre danach auf vier Thesen zu reduzieren, die im Prinzip alle das gleiche bedeuten: (1) Gesetz und Recht sind identisch, (2) der Richter arbeitet wie ein Subsumptionsautomat, (3) ihm ist es verwehrt, dem Gesetz durch Interpretation etwas hinzuzufügen, und viertens: Die Methode ist überflüssig, weil der Richter das Gesetz ja »mechanisch«, d.h. ohne Interpretationsspielraum, anwendet.

Das Auftreten Savignys im Kodifikationsstreit in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts darf als ein »*big bang*« der Rechtsgeschichte bezeichnet werden. Denn Savigny widersprach all den Thesen, die bisweilen noch heute mit den Begriffen von Rechtsstaat und Gewaltenteilung in Verbindung gebracht werden. Er sagt erstens: Gesetz und Recht sind ganz verschieden – das Recht weist über das Gesetz hinaus. Die Arbeit des Richters darf zweitens nicht auf die eines Subsumptionsautomaten beschränkt werden, da Sprache immer ungenau ist; wer das Recht anwendet, muss dem Gesetz also, und das ist der dritte Punkt, etwas hinzufügen. Und weil der Richter durch das »Hinzufügen« selbst Recht produziert, bedarf es schließlich der Methode. Die Juristische Methode hat die Funktion, Willkür zu vermeiden, indem sie Kriterien bereitstellt, die es ermöglichen zu prüfen, ob sich eine Entscheidung innerhalb der Grenzen des Rechts bewegt. So hat Savigny vor rund 200 Jahren die »*canones*« erfunden, wobei der BGH, das BVerfG und die Wissenschaft sich, wie schon

19 Siehe nur Dölle, Familienrecht, Bd. I, 1964, S. 622.

20 Dieckmann, Die Unterhaltsansprüche geschiedener und getrenntlebender Ehegatten nach dem 1. Eherechtsgesetz v. 14.06.1976, FamRZ 1977, 81–105 und 161–172.

21 Siehe die Nachweise in Meder, FuR 1993, 12 (16–20).

22 Vgl. den Überblick bei Bergschneider, Richterliche Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen, 2008; MüKo-BGB/Lang-eheine, 10. Aufl. 2025, Rn. 33–102.

23 Die folgenden Ausführungen sind angelehnt an meine Darstellung in »Doppelte Körper im Recht« (Fn. 7), S. 112–136 (Lehre vom Naturzustand, Gesellschaftsvertrag bzw. »*contract social*«) und 137–163 (Kodifikationsstreit, Methode).

24 Meder (Fn. 7), S. 130, 138.

ausgeführt, darin einig sind, dass diese »canones« noch heute allgemeine Geltung in Anspruch nehmen dürfen.²⁵

Für die Begriffe von Rechtsstaat und Gewaltenteilung folgt daraus, dass Juristen, solange sie sich im Rahmen der »canones« halten, in nicht unbeträchtlichem Maße befugt sind, Normen zu produzieren, an deren Genese weder die Legislative noch das Parlament Anteil haben. Savignys Rechtsdenken geht über die »canones« jedoch weit hinaus. In unserem Zusammenhang muss interessieren, dass er auch die Frage aufgeworfen hat, wie es möglich ist, das Recht dort fortzubilden, wo es, wie im Fall der Kernbereichslehre, kaum oder überhaupt keine Anknüpfungspunkte im Gesetz gibt.²⁶ Savigny sagt, in solchen Fällen muss das Recht aus sich selbst heraus weiterentwickelt werden. Das ist der Gedanke der Positivität des Rechts, die dem Recht einen selbständigen Charakter beimisst und es nicht gestattet, neu auftretende, bisher unregelte Fälle durch einen Rückgriff auf überpositive Normen der Religion, Politik, Moral oder Gesinnung zu lösen.²⁷

Die moderne Rechtssoziologie hat diesen Ansatz bestätigt. Sie würde die Kernbereichslehre als Autonomiephänomen begreifen und unter Stichworten wie »funktionale Differenzierung«, »Selbstspezifizierung«, »Eigenrationalität« oder »Eigendynamik« des Rechts erörtern.²⁸ Diese Art von Autonomie schließt, wie gesagt, Interdependenzen, Wechselbeziehungen oder Abhängigkeiten von anderen Gebieten keineswegs aus: Die Legislative kann ja jederzeit Einspruch erheben. Solange sie dies nicht tut, rücken andere Formen der Legitimation in den Vordergrund, die allgemein unter Stichworten wie ständige Rechtsprechung, Verweisung, herrschende Meinung, »*opinio communis*« oder Dogmatik erörtert werden. Rechtsstaat und Richterrecht stehen also keineswegs im Verhältnis eines »Entweder-Oder«. Sie müssen sich nicht ausschließen und können durchaus, wie im Oberthema angedacht, mit einer additiven Konjunktion, d.h. mit einem kopulativen »und« verbunden werden. Verlangt wird nur, dass die Rechtsfortbildung ohne überpositive Legitimation auskommt, dass sie auf den Schultern des Rechts ruht und dieses Fundament auch in den Entscheidungsgründen einen Ausdruck findet.

VI. Ergebnis

Lässt sich auf dieser Grundlage auch der rechtsstaatliche Charakter der Kernbereichslehre erklären? Die Frage ist leicht zu beantworten: Die Reform von 1976/77 hat die Rechtsprechung vor Aufgaben gestellt, die auf Basis der viel zu weit gefassten Regelung des § 1585c BGB nicht zu bewältigen waren. Die Judikatur musste also eine Lösung für Fälle entwickeln, die der Gesetzgeber so nicht vorhergesehen hat.

Es ist ihr besonderes Verdienst, von Anfang an darauf bedacht gewesen zu sein, die Kontrolle von Ehevereinbarungen auf eine solide juristische Grundlage zu stellen. Von ersten Versuchen, die Kategorien des Verbraucherschutzes auf das Familienrecht anzuwenden, ist der BGH zu Recht schnell wieder abgekommen, da Topoi wie »strukturelles Ungleichgewicht« oder »Kompensation von Machtungleichgewichten« bei einem weiblichen Vertragspartner Verhandlungsschwäche vermuten lassen. Verhandlungsschwäche wäre dann, wie im Mittelalter, zum Merkmal der Geschlechterbeziehung stilisiert worden.²⁹ Demgegenüber kann die Argumentation mit den »ehebedingten Nachteilen«, ohne dass ich auf Details hier näher eingehen könnte, nur als Schritt in die richtige Richtung bezeichnet werden.³⁰

Im Ergebnis bleibt zu festzuhalten: Rechtsstaat und Richterrecht sind gut vereinbar. Der aufgeklärte Absolutismus, dem das klassische Modell der Gewaltenteilung entsprungen ist, vermochte jene Freiräume noch nicht zu gewähren, auf welche die Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche im Allgemeinen und die Jurisprudenz im Besonderen heute angewiesen sind. Es sind also, vereinfacht gesagt, polyzentrische Strukturen, auf denen die Politik gesellschaftlicher Differenzierung aufbaut. Dies verdient angesichts des Vordringens von Präsidialsystemen und autokratischen Regierungen aktuell besondere Hervorhebung. Unter den Prämissen eines pluralen Verständnisses von »Rechtsstaat« ist also nicht nur nichts dagegen einzuwenden, sondern sogar zu hoffen, dass das sogenannte »Richterrecht«, natürlich innerhalb der skizzierten Grenzen, das Familienrecht auch in Zukunft mitbestimmen wird.

25 Siehe die Nachweise oben III. (bei Fn. 14).

26 Oder, wie im Fall des § 1585c BGB, das Gesetz sogar in eine entgegengesetzte Richtung weist – es sich, soweit der Geschiedenenunterhalt in Rede steht, vielleicht nicht nur um eine *praeter legem*-, sondern gar um eine *contra legem*-Rechtsfortbildung handeln könnte. Dabei bleibt aber zu beachten: Die Kernbereichslehre mag über das Gesetz (§ 1585c BGB) hinausgehen oder davon abweichen; sie hält sich aber i.R.d. (Unterhalts-) *Rechts*, das auf eine Kompensation »ehebedingter Nachteile« zielt.

27 Vgl. Meder (Fn. 14), 10. Kap. (dort auch zur Position des ehemaligen Präsidenten des BGH Günter Hirsch, der glaubt, die Judikative dürfe zur Legitimation einer Rechtsfortbildung auch auf »überpositives Recht« zurückgreifen).

28 Z.B. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, 1995, S. 516–517; Stichweh, Wissenschaft, Universität, Professionen, 2. Aufl. 2013, S. 47–72, 48 (s.a. die Nachweise oben III. – bei Fn. 16).

29 Siehe die instruktiven Ausführungen von Dauner-Lieb, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, in: AcP 210, 2010, S. 580–609.

30 S.o. V. (bei Fn. 26 – unter dem Stichwort »Recht«); näher Meder, Grundprobleme und Geschichte der Zugewinnngemeinschaft, 2010, S. 81–83.