

CHRISTIANE VON BARY

Gestaltungsfreiheit im Privatleben

Jus Privatum

286

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 286



Christiane von Bary

Gestaltungsfreiheit im Privatleben

Eine Rechtsgeschäftslehre für ein
autonomiegeprägtes Familien- und Personenrecht

Mohr Siebeck

Christiane von Bary, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft in Passau; 2014 Erste Juristische Prüfung; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Passau; 2017 Promotion (Passau); 2018 Zweite Juristische Staatsprüfung (München); Akademische Rätin a.Z. am Institut für Internationales Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München; 2025 Habilitation (München); seit Oktober 2025 Inhaberin der Professur für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung, Universität Zürich
orcid.org/0000-0003-2462-7599

ISBN 978-3-16-164574-7 / eISBN 978-3-16-164575-4
DOI 10.1628/978-3-16-164575-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025.

© Christiane von Bary.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2024/2025 an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift angenommen. Für die Veröffentlichung habe ich die nach Fertigstellung veröffentlichten Diskussionsentwürfe im Abstammungs-, Kindschafts- und Unterhaltsrecht, die diverse neue Rechtsgeschäfte mit sich bringen sollten, aber politisch (noch) nicht umgesetzt wurden, berücksichtigt, soweit für diese Arbeit interessante Änderungen vorgeschlagen werden. Die Diskussionsentwürfe zeigen, dass die durch Rechtsgeschäfte ausgeübte Privatautonomie im Familien- und Personenrecht, die Thema dieses Buchs ist, voraussichtlich weiter an Bedeutung gewinnen wird, auch wenn die Regelungen nicht in dieser Form Gesetz werden. Die Arbeit – inklusive der zitierten Links – ist auf dem Stand von Anfang Juni 2025.

Mein größter Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Anatol Dutta. Auf seine Unterstützung, seinen Rat und sein Vertrauen in meine Fähigkeiten konnte ich immer zählen. Er hat mich auf meinem Weg zum Abschluss der Habilitation gefördert und geprägt – und er wird mir darüber hinaus ein Vorbild bleiben. Weiterhin gilt mein Dank Prof. Dr. Wolfgang Hau, der meinen Werdegang schon seit meiner Zeit als Studentin an der Universität Passau begleitet. Er hat nicht nur sehr schnell das Zweitgutachten für diese Arbeit angefertigt und war Mitglied des Fachmentorats, sondern stand auch jederzeit als Ansprechpartner und Förderer bereit. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Andreas Spickhoff für seine Mitwirkung als Mitglied meines Fachmentorats sowie meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dennis Solomon, unter dessen Anleitung ich meine ersten wissenschaftlichen Schritte gehen durfte.

Danken möchte ich aber auch meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl in München und darüber hinaus. Viele von euch sind zu meinen Freunden geworden und die angenehme Arbeitsatmosphäre, gegenseitige Unterstützung, hilfreiche Diskussionen und gemeinsame Mittagessen haben die Zeit der Arbeit an diesem Buch geprägt. Besonders unterstützt hat mich bei der Entstehung dieser Arbeit Prof. Dr. Konrad Duden. Vor allem bei den ersten Schritten war mir Dr. Marie-Therese Zierys eine wichtige Gesprächspartnerin. Teile der Arbeit gelesen und mir nützliche Hinweise gegeben haben Dr. Sonja Heitzer und Dr. Charlotte Wendland. Maresa Kratzer hat mich bei den Vorbereitungen für die Drucklegung unterstützt.

Mein Dank gilt zudem der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, die mich als Mitglied des Jungen Kollegs während meiner Arbeit an diesem Buch gefördert hat. Der Förderung durch das LMU Mentoring unter der Leitung von Prof. Dr. Beate Gsell habe ich vor allem die Unterstützung durch eine eigene studentische Hilfskraft während der Endphase meiner Habilitation zu verdanken. Die open access Veröffentlichung wurde durch den Open Access Fonds der LMU München ermöglicht.

Ohne den Rückhalt meiner Familie und meiner Freunde hätte ich dieses Buch nicht schreiben können. Ihnen danke ich dafür, dass sie immer für mich da sind, mich ermutigen, mir Halt geben – und mich von der Arbeit abhalten. Mein Vater hat darüber hinaus das Manuskript gelesen und mir wertvolle Anregungen gegeben.

München, im Juni 2025

Christiane von Bary

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
 Einleitung	 1
<i>A. Anlass der Untersuchung: Ein zunehmend autonomiegeprägtes Familien- und Personenrecht</i>	2
<i>B. Ziel der Untersuchung: Grundzüge einer familien- und personenrechtlichen Rechtsgeschäftslehre</i>	9
<i>C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands</i>	10
<i>D. Gang der Untersuchung</i>	23
 1. Teil: Grundlagen	 27
1. Kapitel: Privatautonomie im Familien- und Personenrecht ...	29
<i>A. Der Begriff der Privatautonomie</i>	30
<i>B. Legitimation von Privatautonomie im Familien- und Personenrecht</i>	33
<i>C. Ansatzpunkte für die Begrenzung der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht</i>	61
<i>D. Ergebnis</i>	100
2. Kapitel: Grundlagen der Ausübung von Privatautonomie durch Rechtsgeschäfte im Familien- und Personenrecht	103
<i>A. Umsetzung von Selbstbestimmung in rechtliche Kategorien</i>	104
<i>B. Rechtsgeschäftlicher Charakter familienrechtlicher Handlungen</i>	108
<i>C. Festlegung von Art und Inhalt von Rechtsgeschäften</i>	118
<i>D. Rechtsgeschäftslehre als Grundlage für den Abschluss von Rechtsgeschäften</i>	128

<i>E. Dimensionen der Privatautonomie</i>	136
<i>F. Zusammenfassung</i>	141
 2. Teil: Dimensionen der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht	 143
 3. Kapitel: Ausdruck des Willens in der Erklärung	 145
<i>A. Auslegung</i>	146
<i>B. Willensvorbehalte</i>	155
<i>C. Willensmängel</i>	176
<i>D. Ergebnis</i>	234
 4. Kapitel: Planungssicherheit	 237
<i>A. Bindungswirkung</i>	237
<i>B. Bedingung und Befristung</i>	277
<i>C. Ergebnis</i>	290
 5. Kapitel: Freiheit der Abschlussmodalitäten	 291
<i>A. Formfreiheit</i>	291
<i>B. Empfangsbedürftigkeit</i>	316
<i>C. Stellvertretung</i>	337
<i>D. Ergebnis</i>	355
 6. Kapitel: Inhaltliche Freiheit	 357
<i>A. Grenze der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB</i>	358
<i>B. Grenze des gesetzlichen Verbots, § 134 BGB</i>	398
<i>C. Ergebnis</i>	409

3. Teil: Abschluss	411
7. Kapitel: Allgemeine Schlussfolgerungen für eine Rechtsgeschäftslehre in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	413
<i>A. Ursachen für Unübersichtlichkeit und Unklarheit beim Abschluss familienrechtlicher Rechtsgeschäfte</i>	413
<i>B. Strukturelle Rahmenbedingungen einer familienrechtlichen Rechtsgeschäftslehre</i>	416
<i>C. Maßgaben für einen Umgang mit der Rechtsgeschäftslehre in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht</i>	423
<i>D. Ergebnis</i>	434
8. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	437
<i>A. Grundlagen der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht ...</i>	437
<i>B. Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht</i>	439
<i>C. Ausblick</i>	444
Literaturverzeichnis	449
Sachregister	477

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
<i>A. Anlass der Untersuchung: Ein zunehmend autonomiegeprägtes Familien- und Personenrecht</i>	2
<i>B. Ziel der Untersuchung: Grundzüge einer familien- und personenrechtlichen Rechtsgeschäftslehre</i>	9
<i>C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands</i>	10
I. Familien- und Personenrecht	11
II. Rechtsgeschäftslehre	13
III. Rechtsgeschäfte im Familien- und Personenrecht	15
1. Positive Definition familienrechtlicher Rechtsgeschäfte	15
2. Abgrenzungen	17
a) Rechtlich nicht geregelter Bereich	17
b) Verfahrensrecht	17
aa) Verfahrensrechtliche Überlagerung familienrechtlicher Rechtsgeschäfte	18
bb) Gerichtliche Ersetzung von Willenserklärungen	20
cc) Eingeschränkte Durchsetzbarkeit	20
c) Rechtsgeschäfte unter Familienmitgliedern	21
IV. Zusammenfassung	22
<i>D. Gang der Untersuchung</i>	23
 1. Teil: Grundlagen	 27
 1. Kapitel: Privatautonomie im Familien- und Personenrecht ...	 29
<i>A. Der Begriff der Privatautonomie</i>	30
<i>B. Legitimation von Privatautonomie im Familien- und Personenrecht</i>	33

I.	Schutz der Privatautonomie durch das Grundgesetz	34
II.	Schutz der Privatautonomie durch die EMRK und Unionsgrundrechte	36
III.	Schutz der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht	37
	1. Privatautonomie in der Ehe	39
	2. Elternautonomie	43
	a) Eltern werden: Autonomie bei der Begründung des Eltern-Kind-Verhältnisses	44
	b) Eltern sein: Autonomie im Familienleben	50
	3. Schutz von Selbstbestimmung im Zusammenhang mit Name und Geschlecht	51
	a) Name	52
	b) Geschlecht	54
	4. Ergebnis	56
IV.	Zweckmäßigkeit privatautonomer Gestaltung: Umgang mit Diversität	57
V.	Ergebnis	60
C.	<i>Ansatzpunkte für die Begrenzung der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht</i>	61
I.	Begrenzung aufgrund der Schutzbedürftigkeit von am Rechtsgeschäft Beteiligten	62
	1. Schutzbedürfnis aufgrund der Betroffenheit in persönlichen Lebensentscheidungen	64
	2. Schutzbedürfnis aufgrund des persönlichen Näheverhältnisses zwischen den Beteiligten	66
	3. Schutzbedürfnis aufgrund wirtschaftlicher Abhängigkeit	69
	4. Schutzbedürfnis aufgrund des Geschlechts	71
	5. Schutzbedürfnis aufgrund der Dauerhaftigkeit der Bindungen	73
	6. Ergebnis	75
II.	Begrenzung aufgrund der Schutzbedürftigkeit konkreter Dritter ...	75
III.	Begrenzung aufgrund von Interessen der Allgemeinheit	77
	1. Berücksichtigung von Interessen der Allgemeinheit im Privatrecht	78
	2. Interessen der Allgemeinheit im Familien- und Personenrecht ...	80
	a) Besonderheiten des Statuskonzepts	81
	aa) Begriff	82
	bb) Funktionale Definition des Status	83
	cc) Die einzelnen Statusverhältnisse im Familien- und Personenrecht	86
	dd) Entwicklung des Status als Organisationsform des Familien- und Personenrechts	91
	ee) Ergebnis	94

b) Wirkung familienrechtlicher Verhältnisse über die Beteiligten hinaus	95
c) Ordnungsgemäße Registerführung	96
d) Schutz der Funktionsfähigkeit sozialer Sicherungssysteme	98
3. Zwischenergebnis	99
IV. Ergebnis	99
D. Ergebnis	100
 2. Kapitel: Grundlagen der Ausübung von Privatautonomie durch Rechtsgeschäfte im Familien- und Personenrecht	103
A. Umsetzung von Selbstbestimmung in rechtliche Kategorien	104
B. Rechtsgeschäftlicher Charakter familienrechtlicher Handlungen	108
I. Problematische Abgrenzungsfälle	109
1. Verfahrenshandlungen	109
2. Willensgetragene Realakte	110
3. Rechtsgeschäftsähnliche Handlungen	112
4. Einvernehmen	114
II. Weiter Rechtsgeschäftsbegriff im Familien- und Personenrecht	115
C. Festlegung von Art und Inhalt von Rechtsgeschäften	118
I. Typenzwang und <i>numerus clausus</i> als inhaltliche Beschränkung der Privatautonomie	119
II. Auswirkungen der Art des Rechtsgeschäfts auf die Privatautonomie	121
1. Überblick zu den Rechtsgeschäftsarten	122
2. Rechtsgeschäftsarten des Familien- und Personenrechts ohne Gerichtsbeteiligung	123
3. Rechtsgeschäfte mit Gerichtsbeteiligung	126
III. Ergebnis	128
D. Rechtsgeschäftslehre als Grundlage für den Abschluss von Rechtsgeschäften	128
I. Die Rechtsgeschäftslehre als Kern des Allgemeinen Teils	129
II. Wertungen in der Rechtsgeschäftslehre	132
III. Ziele der Rechtsgeschäftslehre in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	135
1. Wahrung materieller Privatautonomie	135
2. Schutz der Beteiligten	135
3. Wahrung von Interessen Dritter und der Allgemeinheit	136
E. Dimensionen der Privatautonomie	136
I. Abschlussfreiheit	137

II. Ausdruck des Willens in der Erklärung	138
III. Planungssicherheit	138
IV. Freiheit der Abschlussmodalitäten	139
V. Inhaltliche Freiheit	140
F. Zusammenfassung	141
 2. Teil: Dimensionen der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht	 143
 3. Kapitel: Ausdruck des Willens in der Erklärung	 145
A. Auslegung	146
I. Verhältnis der Auslegung zur Privatautonomie	146
II. Bestandsaufnahme: Besonderheiten der Auslegung im Familien- und Personenrecht	148
III. Auslegung in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	152
IV. Ergebnis	154
B. Willensvorbehalte	155
I. Willensvorbehalte und Privatautonomie	155
II. Bestandsaufnahme: Willensvorbehalte im Familien- und Personenrecht	159
1. Anwendbarkeit der allgemeinen Regelungen	159
2. Abschließende Sonderregelungen	160
3. Ausschluss von Regelungen zu Willensvorbehalten	163
4. Ergebnis	165
III. Willensvorbehalte in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	166
1. Familienrechtliche Scheingeschäfte als Fall der inhaltlichen Missbilligung eines Rechtsgeschäfts	166
2. Übrige (echte) Fälle der Willensvorbehalte	168
a) Keine Berücksichtigung von Willensvorbehalten bei statusrechtlichen Rechtsgeschäften	169
b) Anwendbarkeit der Vorschriften des Allgemeinen Teils im Familienvermögensrecht	171
c) Näheverhältnisse ohne Statusbezug	172
IV. Ergebnis	176
C. Willensmängel	176
I. Der Ausgleich zwischen Privatautonomie und Vertrauensschutz in den §§ 119 ff. BGB	177
1. Allgemeines	177
2. Irrtum	179

3. Täuschung	181
4. Drohung	182
II. Bestandsaufnahme: Willensmängel im Familien- und Personenrecht	183
1. Anwendbarkeit der allgemeinen Regeln	183
2. Umfassende, abschließende Sonderregelung	185
a) Sonderregelung unter Berücksichtigung mancher Willensmängel: Eheschließung und Adoption	185
aa) Irrtum	187
bb) Täuschung	190
cc) Drohung	192
b) Sonderregelung mit vollständigem Ausschluss: Verlöbnis ...	192
3. Ausschluss von Regelungen zu Willensmängeln	196
4. Ergebnis	198
III. Willensmängel in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	199
1. Rechtsfolgen von Willensmängeln	199
a) Wirkung für die Zukunft	200
b) Gerichtliche Geltendmachung	202
2. Relevanz der Willensmängel des Allgemeinen Teils	205
a) Keine Berücksichtigung von Willensmängeln	205
aa) Abstammungsrecht	205
bb) Einwilligung in die heterologe Insemination	207
cc) Ergebnis	212
b) Berücksichtigung aller Willensmängel	213
aa) Namensrechtliche Erklärungen	213
bb) Änderung des Geschlechtseintrags	217
cc) Ergebnis	218
c) Berücksichtigung nur von Täuschung und Drohung	219
aa) Eheschließung und Adoption	219
bb) Sorgeerklärungen	224
cc) Scheidung	228
dd) Ergebnis	229
3. Weitergehende Berücksichtigung der Umstände bei Abschluss des Rechtsgeschäfts als Willensmängel?	230
IV. Ergebnis	233
D. Ergebnis	234
4. Kapitel: Planungssicherheit	237
A. Bindungswirkung	237
I. Verhältnis von Bindungswirkung und Privatautonomie	238
1. Abgrenzung	238

2. Grundsatz der Bindungswirkung ab Wirksamkeit der Erklärung	241
II. Bestandsaufnahme: Bindungswirkung im Familien- und Personenrecht	244
1. Bindungswirkung ab Wirksamkeit	245
2. Verzögerter Eintritt der Bindungswirkung	246
3. Zeitlich unbegrenzte Widerrufsmöglichkeit	248
4. Widerrufsmöglichkeit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt	249
a) Widerrufsmöglichkeit bis zur Vollständigkeit des Rechtsgeschäfts	249
b) Widerrufsmöglichkeit bis zum Vollzug des Rechtsgeschäfts	253
5. Widerrufsmöglichkeit ab einem bestimmten Zeitpunkt	254
6. Ergebnis	256
III. Bindungswirkung in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	257
1. Grundsatz: Eintreten der Bindungswirkung mit Vollständigkeit des Rechtsgeschäfts	257
2. Rechtfertigungen für Abweichungen vom Grundsatz	263
a) Spätere Bindung für Rechtsgeschäfte mit Bezug auf die Zeugung eines Kindes	263
b) Frühere Bindungswirkung zur Begünstigung eines Ergebnisses	265
c) Begrenzte Bindungswirkung von Rechtsgeschäften zur Ausübung der elterlichen Verantwortung	266
3. Bedenkzeit als wirkungsvoller Schutzmechanismus im Familien- und Personenrecht	268
a) Möglichkeiten der Umsetzung einer Bedenkzeit	269
aa) Widerruf	269
bb) Bestätigungsvorbehalt	270
cc) Verschiebung des Abschlusszeitpunkts	271
b) Mögliche Einsatzbereiche einer Bedenkzeit	273
c) Ergebnis	276
IV. Ergebnis	277
<i>B. Bedingung und Befristung</i>	277
I. Verhältnis zur Privatautonomie	278
II. Bestandsaufnahme: Bedingung und Befristung im Familien- und Personenrecht	280
1. Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit	281
2. Ausschluss der Befristung	283
3. Zulässigkeit von Bedingung und Befristung	284
4. Ergebnis	284

III. Bedingung und Befristung in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	285
IV. Ergebnis	289
C. <i>Ergebnis</i>	290
5. Kapitel: Freiheit der Abschlussmodalitäten	291
A. <i>Formfreiheit</i>	291
I. Das Verhältnis von Form und Privatautonomie	292
II. Bestandsaufnahme: Formerfordernisse im Familien- und Personenrecht	296
1. Formfreiheit	296
2. Beurkundung	298
3. Öffentliche Beglaubigung	300
4. Besondere Form der Eheschließung	301
5. Ergebnis	303
III. Formerfordernisse in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	303
1. Keine Formfreiheit	303
a) Derzeit formfreie Rechtsgeschäfte	304
aa) Vorname	304
bb) Verlöbnis	304
cc) Einwilligung in die heterologe Insemination	306
dd) Sorgerechtsvollmacht	308
b) Grundsatz der Formbedürftigkeit im Familien- und Personenrecht	309
2. Art des Formerfordernisses	311
a) Abgrenzung zwischen Beglaubigung und Beurkundung	311
b) Besonderheit der Eheschließungsform	314
IV. Ergebnis	316
B. <i>Empfangsbedürftigkeit</i>	316
I. Verhältnis zur Privatautonomie	317
II. Bestandsaufnahme: Empfangsbedürftigkeit im Familien- und Personenrecht	321
1. Empfangsbedürftigkeit durch andere Beteiligte	321
2. Amtsempfangsbedürftigkeit	323
3. Keine Empfangsbedürftigkeit	326
4. Ergebnis	328
III. Empfangsbedürftigkeit in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	328
1. Grundsatz der Empfangsbedürftigkeit von Willenserklärungen bei mehrseitigen Rechtsgeschäften	328

a) Allgemeines	328
b) Insbesondere: Sorgeerklärungen	329
2. Amtsempfangsbedürftigkeit	332
a) Grundsatz	332
b) Einzelfälle	333
aa) Keine Amtsempfangsbedürftigkeit bei Ehe-	
schließung	333
bb) Vornamensbestimmung	333
cc) Vaterschaftsanerkennung	334
IV. Ergebnis	337
C. Stellvertretung	337
I. Gewillkürte Stellvertretung und Privatautonomie	338
II. Bestandsaufnahme: Gewillkürte Stellvertretung im Familien-	
und Personenrecht	340
1. Ausdrückliche Regelung der Höchstpersönlichkeit	340
2. Höchstpersönlichkeit ohne Regelung	344
3. Zulässigkeit der Stellvertretung	346
4. Ergebnis	348
III. Gewillkürte Stellvertretung in einem autonomiegeprägten Familien-	
und Personenrecht	349
1. Grundsatz der Unzulässigkeit der Stellvertretung	349
2. Ausnahmen bei Bedürfnis für Arbeitsteilung im Familien-	
und Personenrecht	352
IV. Ergebnis	354
D. Ergebnis	355
6. Kapitel: Inhaltliche Freiheit	357
A. Grenze der Sittenwidrigkeit, § 138 BGB	358
I. Sittenwidrigkeit und inhaltliche Freiheit	358
II. Bestandsaufnahme: Sittenwidrigkeit im Familien-	
und Personenrecht	361
1. Besondere Vorgaben im Familienvermögensrecht	362
2. Ausschluss der Anwendbarkeit	365
3. Anwendung von § 138 BGB auf Rechtsgeschäfte mit gesetzlich	
festgelegtem Inhalt	367
4. Ergebnis	369
III. Sittenwidrigkeit in einem autonomiegeprägten Familien-	
und Personenrecht	370
1. Von der Inhalts- zur Umstandskontrolle	370
a) Inhaltskontrolle	371
b) Berücksichtigung der Umstände des Abschlusses im Rahmen	
von § 138 BGB	373

aa) Die Bedeutung der Abschlussumstände	373
bb) Berücksichtigung von Abschlussumständen außerhalb des Familienvermögensrechts	376
(1) Namensrecht	376
(2) Eheschließung	377
(3) Sorgerecht	378
cc) Keine Berücksichtigung der Abschlussumstände	379
(1) Abstammungsrecht	380
(2) Einwilligung in die heterologe Insemination	380
c) Ergebnis	383
2. Sittenwidrigkeit als allgemeiner Maßstab zur Abwehr des Missbrauchs von Privatautonomie	383
a) Steigender Bedarf für eine Missbrauchskontrolle bei mehr Privatautonomie	383
b) Mögliche Anwendungsfälle	385
aa) Namensrecht	386
bb) Geschlecht	388
cc) Abstammungsrecht	390
dd) Eheschließung	392
c) Ergebnis	393
3. Rechtsfolgen	393
4. Ergebnis	396
IV. Ergebnis	397
<i>B. Grenze des gesetzlichen Verbots, § 134 BGB</i>	398
I. Einschränkung der inhaltlichen Freiheit durch die zivilrechtliche Wirkung von Verbotsgesetzen	398
II. Bestandsaufnahme: Gesetzliche Verbote im Familien- und Personenrecht	399
1. Anwendbarkeit bei Rechtsgeschäften mit inhaltlicher Gestaltungsfreiheit	400
a) Familienvermögensrecht	400
b) Namensrecht	401
2. Ausdrücklicher Ausschluss der Anwendbarkeit	402
3. Anwendung von § 134 BGB auf Rechtsgeschäfte mit gesetzlich festgelegtem Inhalt	403
a) Verlöbnis	403
b) Geschlecht	404
c) Einwilligung in die heterologe Insemination	404
4. Ergebnis	406
III. Gesetzliche Verbote in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	407
IV. Ergebnis	408
<i>C. Ergebnis</i>	409

3. Teil: Abschluss	411
 7. Kapitel: Allgemeine Schlussfolgerungen für eine Rechtsgeschäftslehre in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	 413
A. Ursachen für Unübersichtlichkeit und Unklarheit beim Abschluss familienrechtlicher Rechtsgeschäfte	413
B. Strukturelle Rahmenbedingungen einer familienrechtlichen Rechtsgeschäftslehre	416
I. Rechtsgeschäftslehre als ein Baustein in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	416
II. Die Rolle von Rechtsgeschäften im Familien- und Personenrecht	418
III. Struktur des Schwächerenschutzes im Familien- und Personenrecht	419
IV. Möglichkeiten des Umgangs mit der Rechtsgeschäftslehre	421
V. Ergebnis	422
C. Maßgaben für einen Umgang mit der Rechtsgeschäftslehre in einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht	423
I. Klare Konzeption der Bedeutung der Privatautonomie als Basis ...	423
II. Kriterien für den Umgang mit der Rechtsgeschäftslehre	426
1. Betroffene Personen	426
a) Betroffenheit nur der handelnden Person	426
b) Beteiligung von gleichrangigen Personen	427
c) Betroffenheit eines Kindes	427
2. Inhalt des Rechtsgeschäfts	428
III. Überblick über typische Abwandlungen	429
1. Strenge Formerfordernisse	429
2. Höchstpersönlichkeit	430
3. Amtsempfangsbedürftigkeit	430
4. Spätere, aber dauerhaftere Bindungswirkung	431
5. Abgestufte Relevanz von Willensmängeln	431
6. Rechtsmissbräuchlichkeit von Scheingeschäften	432
7. Umstands- und Rechtsmissbrauchskontrolle anhand von § 138 BGB	432
8. Rechtsfolgen	433
a) Keine Rückwirkung	433
b) Notwendigkeit gerichtlicher Geltendmachung	434
D. Ergebnis	434

8. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	437
<i>A. Grundlagen der Privatautonomie im Familien- und Personenrecht</i> . . .	437
I. Legitimation und Grenzen der Privatautonomie	437
II. Grundlagen der Ausübung der Privatautonomie durch Rechtsgeschäfte im einfachen (Familien- und Personen-)Recht	438
<i>B. Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht</i>	439
I. Ausdruck des Willens in der Erklärung	439
II. Planungssicherheit	441
III. Freiheit der Abschlussmodalitäten	442
IV. Inhaltliche Freiheit	443
<i>C. Ausblick</i>	444
Literaturverzeichnis	449
Sachregister	477

Einleitung

Weder Rechtsgeschäfte noch die Rechtsgeschäftslehre sind Themen, die man typischerweise vorrangig mit dem Familien- und Personenrecht verbindet. Gleichzeitig ist es keineswegs eine überraschende Erkenntnis, dass es auch im Familien- und Personenrecht Rechtsgeschäfte gibt. Schon der Aufbau des BGB mit dem für alle weiteren Bücher geltenden Allgemeinen Teil zeugt davon. Dieser Aufbau ist zudem Beleg für das Verständnis, dass sich der Geltungsbereich der im Allgemeinen Teil geregelten Rechtsgeschäftslehre auf alle Gebiete des bürgerlichen Rechts einschließlich des Familienrechts erstreckt. Auch im Familien- und Personenrecht sind Rechtsgeschäfte essenziell, weil sie selbstbestimmte Entscheidungen im Hinblick auf das Privatleben ermöglichen. Und obwohl das Familien- und Personenrecht weiterhin vor allem mit zwingendem Recht assoziiert wird, ist Selbstbestimmung gerade im Privatleben von großer Bedeutung, weil es dort um sehr persönliche Fragen der Lebensgestaltung, der Identität und der Privatautonomie und damit von Rechtsgeschäften im Familien- und Personenrecht in den letzten Jahrzehnten deutlich zugenommen hat.¹ In der Folge – und das steht bislang deutlich weniger im Vordergrund² – erlangt auch die Rechtsgeschäftslehre immer größeres Gewicht, weil sie die praktische Verwirklichung und die technische Umsetzung der Ausübung von Privatautonomie gewährleistet: Wie, wann und unter welchen Umständen wird der Wille rechtlich bindend? Und wie unterscheiden sich die Anforderungen an diese Rahmenbedingungen zur Ausübung von Privatautonomie für Rechtsgeschäfte mit familien- oder personenrechtlichem Inhalt von anderen Rechtsgeschäften? Mit der großen Bedeutung der Selbstbestimmung im Privatleben gehen auch besondere Schutzbedürfnisse einher, die ein bekanntes Spannungsfeld erzeugen, das im Familien- und Personenrecht unter besonderen Vorzeichen auftritt: Wie kann die Rechtsordnung selbstbestimmte Entscheidungen respektieren, aber trotzdem einen Schutz vor den schwerwiegenden Folgen dieser Entscheidungen gewährleisten?³

¹ Dazu sogleich, S. 2 ff.

² Eine ausführlichere Befassung mit dem Thema regt etwa an *Beitzke*, Personenrechtliche Rechtsgeschäfte, in: Jakobs/Knobbe-Keuk/Picker/Wilhelm (Hrsg.), FS Flume 1978, 317, 334. Für statusrechtliche Rechtsgeschäfte allerdings bereits *Kriewald*, Statusrelevante Erklärungen.

³ Plastisch vom „dilemma of choice“ spricht *Hadfield*, *Osgoode Hall Law Journal* 33 (1995), 337; *Hadfield*, *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1235.

Diese Arbeit stellt die Gestaltung des Privatlebens durch die Ausübung von Privatautonomie im Familien- und Personenrecht mittels Rechtsgeschäften in den Mittelpunkt. So entsteht eine Perspektive auf große Teile dieser Rechtsgebiete, aus der sich Rechtsgeschäfte und die Rechtsgeschäftslehre als zentrale Bestandteile erkennen lassen, die Selbstbestimmung in einer zunehmend diversen Gesellschaft ermöglichen, statt einen Widerspruch zum zwingenden Charakter der Materien darzustellen. Dass an einigen Stellen gerade auch im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften zwingendes Recht und gesetzlicher Schutz notwendig sind und bleiben,⁴ wird damit nicht in Abrede gestellt. Gleichzeitig ermöglicht die Betrachtung der Rechtsgeschäftslehre auch eine Rückbindung an das übrige bürgerliche Recht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Familien- und Personenrechts.

A. Anlass der Untersuchung: Ein zunehmend autonomiegeprägtes Familien- und Personenrecht

Genauso wie die Privatautonomie teilweise mit der Vertragsfreiheit gleichgesetzt wird,⁵ findet eine Auseinandersetzung mit den Fragen der Selbstbestimmung durch Rechtsgeschäfte vorrangig im Zusammenhang mit den für den Wirtschaftsverkehr relevanten Bereichen, also insbesondere dem Schuldrecht, statt. Das ist durchaus naheliegend, da die Freiheit der selbstbestimmten Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse dort deutlich umfassender ist als im Hinblick auf das Privatleben, also im hier betrachteten Familien- und Personenrecht. Im Schuldrecht war das BGB ursprünglich von einem weitgehend formalen Verständnis von Vertragsfreiheit geprägt,⁶ das auf einem Ideal von voller rechtlicher Gleichheit basiert.⁷ Für eine unbeschränkte Freiheit wurde allerdings auch zur Zeit der Entstehung des BGB kaum eingetreten.⁸ Aus schuldrechtlicher Sicht

⁴ Vgl. etwa anschaulich im Zusammenhang mit der möglichen Einführung einer Verantwortungsgemeinschaft und den etwaigen Folgen für faktische Lebensgemeinschaften *Röthel/v. Kügelgen/Reibetanz*, NJW 2024, 1925, 1926 und 1928.

⁵ *MüKoBGB/Busche*, 10. Aufl. 2025, Vor § 145 Rn. 2; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 13; *Flume*, BGB AT, S. 12; *Geißler*, JuS 1991, 617, 619; *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 17; *Reimann*, „From Contract to Status – Vertragsfreiheit und Vertragstreue vor neuen Grenzen“, in: *Schmoeckel/Kanzleiter* (Hrsg.), Vertragsschluss – Vertragstreue – Vertragskontrolle, 67, 70. Vgl. für eine nicht unterscheidende Verwendung z.B. BVerfG, 14.4.1959 – 1 BvL 23/57, BVerfGE 9, 237, 249; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VII: Freiheitsrechte, § 150 Rn. 1; *Latzl*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, S. 284; *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, S. 8; *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 229.

⁶ *HKK-BGB/Zimmermann*, Vor § 1 Rn. 18.

⁷ *HKK-BGB/Rückert*, Vor § 1 Rn. 38 ff.

⁸ Vgl. *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, S. 275 ff. Mit rechtsvergleichenden Erwägungen *Lüttringhaus*, Vertragsfreiheit, S. 40 ff.

fand daher bis heute vor allem eine Auseinandersetzung mit der zunehmenden Materialisierung und dementsprechend einer zunehmenden Einschränkung der Vertragsfreiheit statt.⁹ Insbesondere im Verbraucher-, Arbeits- und Mietrecht, aber auch darüber hinaus durch die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen oder die Diskriminierungsverbote des AGG fand der Schutz des Schwächeren zunehmend Eingang in das Zivilrecht und setzt der Ausübung der Privatautonomie durch Rechtsgeschäfte Grenzen. Dies hat verschiedentlich zu der Feststellung geführt, die Privatautonomie habe an Bedeutung eingebüßt.¹⁰

Die Entwicklung im Familien- und Personenrecht stellt sich dagegen in der Tendenz entgegengesetzt dar.¹¹ Auch wenn heute immer noch – und im Vergleich zum Schuldrecht durchaus zu Recht – konstatiert wird, das Familienrecht sei vor allem durch zwingendes Recht geprägt,¹² hat die Möglichkeit, durch Rechtsgeschäfte selbstbestimmt zu handeln, im Bereich des Privatlebens insgesamt stetig zugenommen. Die gesellschaftlichen Veränderungen waren in Bezug auf die Familie besonders tiefgreifend¹³ und daher war und ist auch die Notwendigkeit entsprechender Anpassungen der rechtlichen Regelungen groß. Dies hat zu einer fast unüberschaubaren Vielzahl an Reformen geführt,¹⁴ die dafür gesorgt haben, dass im 4. Buch des BGB kaum noch eine Vorschrift dem Originalzustand von 1900 entspricht. Ohne an dieser Stelle auf die Änderungen im Einzelnen einzugehen, lassen sich gewisse grobe Entwicklungslinien nachzeichnen,¹⁵ von denen für diese Arbeit vor allem die zunehmende Individualisierung von Bedeutung ist. Heute steht nicht mehr die Familie als Einheit im Vordergrund, in der der Mann

⁹ Für einen Überblick vgl. *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Bumke/Röthel (Hrsg.), Autonomie im Recht, 91, 98 f.

¹⁰ Vgl. etwa *Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, S. 9 ff.; *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 22 ff.; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, S. 11 ff.; *Picker*, Die Privatrechtsgesellschaft und ihr Privatrecht, in: Riesenhuber (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft, 207, 228 ff.; *Reppen*, Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Isensee (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 13, 13 ff. Für eine Übersicht verschiedener Stimmen *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Röthel/Bumke (Hrsg.), Autonomie im Recht, 91, 98 f. Sehr differenziert dagegen etwa *Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts, in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, 13, 13 ff.

¹¹ Eine Zunahme von Privatautonomie sehen auch *Coester-Waltjen*, JZ 2017, 1073, 1075; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, S. 7 f.; *Röthel*, Privatautonomie im Spiegel der Privatrechtsentwicklung, in: Röthel/Bumke (Hrsg.), Autonomie im Recht, 91, 105 f.; *Schwab*, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 9 f.

¹² *MüKoBGB/Koch*, 9. Aufl. 2022, Einl. FamR Rn. 61; *Rauscher*, Familienrecht, 2. Aufl. 2008, Rn. 66.

¹³ Für einen Überblick aus soziologischer Perspektive vgl. *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 1 Rn. 1.

¹⁴ Für eine Übersicht vgl. *Muscheler/Schneider*, Familienrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 75.

¹⁵ Vgl. etwa *Muscheler/Schneider*, Familienrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 76 ff.; *Schwab*, Entwicklungen im Familienrecht vor und nach 1945, 261, 261. Weiter zurückgehend *Meder*, Familienrecht Von der Antike bis zur Gegenwart.

die maßgeblichen Entscheidungen trifft, sondern die Emanzipation zuerst der Frau und später der Kinder hat dazu geführt, dass die Familienmitglieder stärker in ihrer Individualität begriffen werden.¹⁶ Wichtiger geworden sind dadurch die Beziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern, die damit zudem unter dem Blickwinkel der im Vermögensrecht üblichen Zweipersonenverhältnisse betrachtet werden können. Dies war schon in der ursprünglichen Konzeption des BGB so angelegt,¹⁷ hat sich aber weiter verstärkt.

Diese Individualisierung hat aber nicht nur Folgen für die Auflösung der Familie als Einheit, sondern führt auch zu einem größeren Fokus auf die Einzelperson¹⁸ und ihre Bedürfnisse. Um zu ermöglichen, dass jedes Individuum sein Privatleben selbstbestimmt nach den eigenen Vorstellungen gestalten kann, erlangt die Privatautonomie einen höheren Stellenwert. Die zunehmende gesellschaftliche Anerkennung und Wertschätzung von Diversität und dementsprechend vielfältigen Lebensformen gerade im Hinblick auf das Privatleben erschwert gesetzliche Lösungen, die sich an einer typisierten Idealform der Familie und an traditionellen Modellen orientieren.¹⁹ Eine solche Typisierung entspricht immer häufiger nicht der Realität und den individuellen Bedürfnissen der Betroffenen, was bei der Gesetzgebung berücksichtigt werden muss. Regelungstechnisch kann dies vor allem dadurch erreicht werden, dass man den Beteiligten mehr Freiheit einräumt, die für ihren konkreten Fall passende Lösung selbst zu schaffen oder zumindest innerhalb eines gewissen Rahmens zu beeinflussen.²⁰ Diese Entwicklung lässt sich insbesondere im Familien- und Personenrecht beobachten und hat zu einer Zunahme der Bedeutung von Rechtsgeschäften geführt: Wo mehr Freiheit möglich sein soll, werden neue Rechtsgeschäfte geschaffen, Rechtsgeschäftsarten geändert oder bei bestehenden Rechtsgeschäften die Beschränkungen gelockert. Es spricht viel dafür, dass dieser Trend sich weiter fortsetzen wird, wie sich insbesondere an den Diskussionsentwürfen zur Reform

¹⁶ Basedow, FamRZ 2019, 1833, 1835; Muscheler/Schneider, Familienrecht, 5. Aufl. 2024, Rn. 77 ff.; Schwab, DNotZ Sonderheft 2001, 9, 9. Vgl. auch Löhnig, „Verschuldrechtlichung des Familienrechts“, in: Eisfeld/Klippel/Löhnig/Pahlow (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft, 593, 615; Meder, Familienrecht Von der Antike bis zur Gegenwart, S. 241 ff.

¹⁷ Muscheler/Schneider, 5. Aufl. 2024, Familienrecht, Rn. 145.

¹⁸ Diese Arbeit bemüht sich generell um eine Sprache, die so formuliert, dass alle Geschlechter erfasst sind. Dies erfolgt nicht, wenn – wie im Familien- und Personenrecht nach wie vor nicht unüblich – die Regelungen für die Geschlechter voneinander abweichen oder wenn es im Sinne der Leserlichkeit zielführend ist, auf das generische Maskulinum abzustellen. In letzteren Fällen sind dennoch alle Geschlechter gemeint.

¹⁹ Röthel/v. Scheliha, ZRP 2025, 37, 38. Zur Typisierung umfassend Seiwerth, Typisierter Schutz in Gesetz und Urteil, insbesondere zu Vor- und Nachteilen einer Typisierung, S. 39 ff.

²⁰ Vgl. etwa für das Abstammungsrecht Moes, NJW 2021, 3359, 3363; Schamberg, FamRZ 2024, 748, 753. Vgl. auch Röthel, RdJB 2019, 5, 12 f.

des Kindschafts-²¹ und Abstammungsrechts²² zeigt, die die Einführung zahlreicher neuer Rechtsgeschäfte vorsehen. Das so entstehende Familien- und Personenrecht kann man als ein autonomiegeprägtes Familien- und Personenrecht bezeichnen.

Autonomiegeprägte Familien- und Personenrechte gibt es dabei in verschiedenen Erscheinungsformen und sie können von einer unterschiedlich starken Verwirklichung der Privatautonomie gekennzeichnet sein. Man kann daher weder aus rechtsvergleichender Sicht ein bestimmtes Niveau der Privatautonomie als Mindestvoraussetzung festlegen noch muss innerhalb einer Rechtsordnung die Bedeutung der Privatautonomie für alle Bereiche des Familien- und Personenrechts die gleiche sein. Autonomiegeprägt ist ein Familien- und Personenrecht dann, wenn die vorgesehenen Regelungen im Grundsatz darauf abzielen, die Selbstbestimmung, die Entfaltung der Persönlichkeit und das Ausleben der eigenen Individualität zu ermöglichen und dies wertgeschätzt wird. Diese Grundhaltung beruht regelmäßig auf verfassungs- und menschenrechtlichen Gewährleistungen, die entsprechende Vorgaben machen, und daher die Basis eines autonomiegeprägten Familien- und Personenrechts bilden.²³ Bereits heute kann man das deutsche Familien- und Personenrecht als autonomiegeprägt einordnen, auch wenn an verschiedenen Stellen der Privatautonomie noch mehr Raum gegeben werden könnte und andere Staaten insoweit mehr Freiheit ermöglichen. Traditionell eine starke Stellung der Privatautonomie sieht das deutsche Recht etwa im Hinblick auf Ehevereinbarungen vor, die sehr weitgehend eine selbstbestimmte Regelung der familienvermögensrechtlichen Verhältnisse ermöglichen. Andere Rechtsordnungen sind in dieser Hinsicht restriktiver.²⁴ Ebenso hat die Verabschiedung des Selbstbestimmungsgesetzes dazu geführt, dass die Privatautonomie im Hinblick auf das Geschlecht groß ist: Eine Änderung des Geschlechtseintrags ist durch Erklärung möglich und es stehen nicht nur „männlich“ und „weiblich“ zur Auswahl, sondern auch „divers“ oder ein offener Eintrag. Gerade eine nichtbinäre Wahlmöglichkeit ist dabei aus rechtsvergleichender Sicht eher die Ausnahme²⁵ und auch das alleinige Abstellen auf die Erklärung der

²¹ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts – Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht (Kindschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – KiMoG), veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Kindschaftsrecht.html.

²² Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts (Abstammungsrechtsreformgesetz – AbReG), veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html.

²³ Dazu unten ab S. 37.

²⁴ Für einen rechtsvergleichenden Überblick *Scherpe*, Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective, in: *Scherpe* (Hrsg.), *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, 443, 483 ff.

²⁵ Vgl. dazu *Gössl/Völzmann*, *International Journal of Law, Policy and The Family* 33 (2019), 403, 404 ff.; *Theilen*, *Developments in German Civil Status Law on the Recognition of*

inneren Geschlechtsidentität ohne weitere Überprüfung stellt eine umfängliche Verwirklichung der Selbstbestimmung dar. Aber nicht in allen Bereichen ist das deutsche Familien- und Personenrecht aus rechtsvergleichender Sicht als so autonomiefreundlich einzuordnen: Die in vielen Ländern mögliche einverständliche Scheidung ohne Gerichtsentscheidung²⁶ ist hierzulande nicht zulässig. Im Abstammungsrecht sind intentionale Elemente nach wie vor eher die Ausnahme,²⁷ eine in anderen Staaten mögliche Leihmutterschaft basierend auf einer Vereinbarung zwischen Leihmutter und Wunscheltern²⁸ oder eine Mehrelternschaft auf Wunsch der – mehr als zwei – Beteiligten²⁹ sind ausgeschlossen. Besonders streng – und ausführlich³⁰ – sind die deutschen Regelungen im Namensrecht,³¹ auch wenn die letzte Reform zumindest zu etwas mehr Autonomie geführt hat.

Auch wenn sich also die Prägung des deutschen Familien- und Personenrechts durch privatautonome Elemente je nach Bereich unterschiedlich darstellt, sind rechtsgeschäftliche Gestaltungen in vielen Fällen möglich. Es fällt dabei auf, dass die vorherrschende Rechtsgeschäftsart³² nicht wie im Schuldrecht der Vertrag ist, auch wenn es insbesondere mit der Ehe, dem Ehevertrag und der Scheidungsvereinbarung praktisch sehr wichtige familienrechtliche Verträge gibt. Viele fa-

Intersex and Non-binary Persons, in: Brems/Cannoot/Moonen (Hrsg.), *Protecting Trans Rights in the Age of Gender Self-Determination*, 2020, 95, 96; *Schulz*, *Geschlechtliche Selbstbestimmung*, S. 126 ff. (für die EU-Mitgliedstaaten).

²⁶ Für einen Überblick vgl. Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*; *Sonnentag/Haselbeck*, IPRax 2022, 22. Ein Trend in diese Richtung aus rechtsvergleichender Sicht sehen auch *Boele-Woelkil/Ferrand/González Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowel/Martiny/Todorova*, *The Principles of European Family Law Revisited*, S. 14.

²⁷ Zur Bedeutung der Privatautonomie im (einfachrechtlichen) Abstammungsrecht unten, S. 205 ff. Der Diskussionsentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html, würde zu einer deutlichen Erweiterung der Bedeutung intentionaler Elemente führen.

²⁸ Für einen rechtsvergleichenden Überblick vgl. *Fenton-Glynn/Scherpe*, *Surrogacy in a Globalised World*, in: Fenton-Glynn/Scherpe/Kaan (Hrsg.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, 515, 518 ff.

²⁹ Eine Mehrelternschaft ist in anderen Rechtsordnungen dagegen möglich, allerdings ist regelmäßig eine Gerichtsentscheidung erforderlich. Dies gilt insbesondere für einige Bundesstaaten der USA (vgl. dazu *Joslin/NeJaime*, *New York University Law Review* 99 (2024), 1242, 1257 ff.; *Joslin/NeJaime*, *Fordham Law Review* 90 (2022), 2561, 2561 f.; gesetzliche Regelungen finden sich etwa in California Fam. Code § 7612(c), Washington Rev. Code § 26.26A.460(3), Vermont Stat. Ann. title 15C, § 206(b)) und manche kanadische Provinzen (*Houston*, *Social Parenthood in Canada*, in: Huntington/Joslin/v. Bary (Hrsg.), *Social Parenthood in Comparative Perspective*, 87, 89).

³⁰ *Dutta*, *FamRZ* 2023, 817, 817.

³¹ Vgl. für eine breitere rechtsvergleichende Perspektive *Lettmaier*, *FamRZ* 2020, 1, 3 ff.; *Shakargy*, *The American Journal of Comparative Law* 68 (2020), 647, 655 ff.

³² Zu den Rechtsgeschäftsarten und den damit verbundenen Folgen noch ausführlicher unten ab S. 121.

milienrechtliche Rechtsgeschäfte treten dagegen in Form von einseitigen Erklärungen mit Zustimmungserfordernis(sen) oder als parallele Erklärungen, teilweise verbunden mit einer Gerichtsentscheidung, in Erscheinung und folgen damit schon deswegen in mancherlei Hinsicht nicht den klassischen Vorstellungen von Vertragsfreiheit. Dieser Unterschied lässt sich in den neueren Entwicklungen zur Erweiterung der Privatautonomie weiterhin beobachten und zeigt, dass die Anerkennung von Selbstbestimmung im Familienrecht nicht durch das bloße Fehlen von gesetzlichen Regelungen erfolgt,³³ auf das die Beteiligten frei mit einer Willensübereinkunft in Form eines Vertrags reagieren können. Vielmehr kommt es regelmäßig zu einer rechtlichen Ausdifferenzierung, die durch das Vorsehen von bestimmten Rechtsgeschäften Wahlmöglichkeiten bietet, aber gleichzeitig klare Grenzen für die Ausübung der Privatautonomie zieht.

Ein Beispiel für ein gesetzlich neu geschaffenes Rechtsgeschäft ist die sogenannte Dreiererklärung gem. § 1599 Abs. 2 BGB, die seit der Reform des Kindschaftsrechts im Jahr 1998 besteht.³⁴ Falls ein Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird, und die Mutter, deren (Noch-)Ehemann und der neue Partner der Mutter sich einig sind, ermöglicht das Gesetz die Bestimmung des neuen Partners zum Vater des Kindes. Nach den allgemeinen Regeln des Abstammungsrechts wäre der (Noch-)Ehemann bei Geburt vor dem gerichtlichen Scheidungsausspruch automatisch der Vater des Kindes (§ 1592 Nr. 1 BGB), auch wenn dies weder den genetischen Tatsachen noch der gelebten Familienkonstellation oder den Wünschen der Beteiligten entspricht. Über eine gerichtliche Anfechtung der Vaterschaft kann zwar der neue Partner – sofern er der genetische Vater ist – auch ohne § 1599 Abs. 2 BGB die Vaterschaft erlangen, dies ist aber vor allem aufgrund der Notwendigkeit eines Gerichtsverfahrens komplizierter, kostenintensiver und dauert länger. Neben diesem Beispiel für eine Erweiterung der Privatautonomie lassen sich viele weitere finden: Die Möglichkeit der Änderung des Geschlechtseintrags, die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Partner, die gemeinsame Einwilligung in eine Fortpflanzung mittels Samenspende, die einverständliche Begründung des Sorgerechts des nicht-ehelichen Vaters oder neue namensrechtliche Erklärungen, die mit einer größeren Wahlfreiheit einhergehen. Eine weitere Zunahme von Rechtsgeschäften und damit privatautonomen Gestaltungsmöglichkeiten zeichnet sich im Abstammungs- und im Kindschaftsrecht bereits ab: Die beiden 2024 veröffentlichten Diskussionsentwürfe³⁵ schlagen unter anderem die Einführung von Elternschaftsverein-

³³ Röthel, RdJB 2019, 5, 12 f.

³⁴ Der Diskussionsentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html, würde diese Möglichkeit deutlich erweitern in § 1595d BGB-E.

³⁵ Diskussionsentwurf zur Reform des Abstammungsrechts, veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html sowie Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Kind-

barungen (§ 1593 ff. BGB-E), Vereinbarungen zwischen den Eltern zum Sorgerecht (§§ 1628 Abs. 2 Nr. 3, 1641 f. BGB-E) und zum Umgangsrecht (§ 1677 BGB-E) sowie Vereinbarungen der Eltern mit Dritten zu sorgerechtlichen Befugnissen (§ 1642 BGB-E) und zum Umgang (§ 1685 BGB-E) vor.

Ein rechtsvergleichender Blick über Deutschland hinaus zeigt, dass auch mit der Änderung eines Rechtsgeschäftstyps eine Stärkung der Privatautonomie verbunden sein kann: In immer mehr unserer europäischen Nachbarländer ist unter gewissen Umständen eine Scheidung durch Vereinbarung möglich.³⁶ Eine gerichtliche Entscheidung ist damit nicht mehr nötig, sondern häufig nur noch eine Registereintragung oder Bestätigung durch eine offizielle Stelle, was den Beteiligten größere Freiheiten gewährt, selbst über die Fortsetzung ihrer Ehe zu entscheiden. Andere Entwicklungen laufen außerhalb der gesetzlichen Regelungen ab bzw. erweitern die Spielräume bei bestehenden Rechtsgeschäften: So haben die Gerichte in den letzten Jahren zunehmend akzeptiert, dass bei der Ausübung der elterlichen Sorge eine Vertretung unter gewissen Voraussetzungen möglich ist und eine sogenannte Sorgerechtsvollmacht anerkannt.

Allerdings lassen sich durchaus auch gegenläufige Entwicklungen beobachten. So sah das BGB beispielsweise in seiner ursprünglichen Fassung eine Adoption durch Vertrag vor, der zusätzlich gerichtlich genehmigt werden musste.³⁷ Seit der Reform des Adoptionsrechts im Jahr 1976 erfordert die Adoption eine konstitutive gerichtliche Entscheidung (§ 1752 BGB). An die Stelle eines Vertrags ist also die Dekretadoption getreten, die mit der Antragstellung und den materiellrechtlich erforderlichen Zustimmungen zwar weiterhin selbstbestimmte Elemente enthält, aber dennoch die Privatautonomie einschränkt. Auch wenn der mit diesem Systemwechsel verbundene Gegensatz daher nicht so groß ist, wie man auf den ersten Blick meinen möchte, sind die Auswirkungen auf die Bestandskraft der Adoption durchaus von Bedeutung.³⁸ So sah § 1755 BGB a.F. etwa ausdrücklich vor, dass der Adoptionsvertrag aufgrund von Willensmängeln anfechtbar ist, wenn auch mit bestimmten Einschränkungen. Dass eine auf einer Gerichtsentscheidung basierende Dekretadoption einer Anfechtung durch eine Erklärung gegenüber dem bzw. den anderen Beteiligten aufgrund von Willensmängeln nicht zugänglich ist, erscheint dagegen selbstverständlich. Aber auch

schaftsrechts – Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht (Kindschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – KiMoG), veröffentlicht am 9.12.2024, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Kindschaftsrecht.html.

³⁶ Für einen Überblick vgl. Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), *Scheidung ohne Gericht?*, *Sonnentag/Haselbeck*, IPRax 2022, 22. Eine rechtsvergleichende tabellarische Übersicht, die diese Frage berücksichtigt, findet sich bei *Boele-Woelki/Ferrand/Beilfuss/Jänterä-Jareborg/Lowe/Martiny/Todorova*, *The Principles of European Family Law Revisited*, S. 21 ff.

³⁷ § 1741 BGB a.F.

³⁸ *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, § 70 Rn. 4; *Staudinger/Helms*, 2019, § 1752 BGB Rn. 2 f.

ohne eine Änderung des Rechtsgeschäftstyps kann es zu Einschränkungen der Privatautonomie kommen. Ein bekanntes Beispiel dafür ist die durch das Bundesverfassungsgericht³⁹ initiierte richterliche Kontrolle von Eheverträgen. Ausgehend von den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts hat der Bundesgerichtshof mittels einer Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 BGB und einer Ausübungskontrolle gem. § 242 BGB zunehmend ausgefeiltere Kriterien für die Beschränkungen des Vertragsinhalts entwickelt, wenn Ehevereinbarungen einen Partner unangemessen benachteiligen.⁴⁰ Dies stellt eine Begrenzung der formalen Privatautonomie zugunsten des Schwächerenschutzes dar.

Deutlich wird anhand dieser Beispiele jedenfalls, dass Rechtsgeschäfte auch im Familien- und Personenrecht und damit bei der Gestaltung des Privatlebens eine wichtige Rolle spielen. Trotz einiger gegenläufiger Entwicklungen kann man insgesamt konstatieren, dass die Bedeutung von Rechtsgeschäften gestiegen ist und die Tendenz zu einem weiteren Ausbau geht, sodass man bereits derzeit, jedenfalls aber zukünftig von einem autonomiegeprägten Familien- und Personenrecht sprechen kann und die Regelungen daran anpassen muss. Trotzdem stehen Rechtsgeschäfte im Familien- und Personenrecht weniger im Fokus als in anderen Bereichen und nicht immer glückt die Normierung rechtsgeschäftlicher Elemente. Das gilt auch für die Grenzen der Privatautonomie, die beim Abschluss familienrechtlicher Rechtsgeschäfte vorgesehen sind. Aufgrund der Einbettung in den familiären Kontext gehen diese häufig über die Einschränkungen hinaus, die in anderen Rechtsgebieten bestehen. Diese Fragen des Abschlusses von familienrechtlichen Rechtsgeschäften, der Anwendung und der Auswirkungen der Rechtsgeschäftslehre und die sich daraus ergebenden Folgen für die Privatautonomie bilden den Kern dieser Untersuchung.

B. Ziel der Untersuchung: Grundzüge einer familien- und personenrechtlichen Rechtsgeschäftslehre

Die Untersuchung geht der Frage nach, wie Privatautonomie im Familien- und Personenrecht durch den Abschluss von Rechtsgeschäften technisch umgesetzt und praktisch verwirklicht wird und im Rahmen eines autonomiegeprägten Familien- und Personenrechts verwirklicht werden sollte. Ausgangspunkt ist daher, dass es bereits heute eine Vielzahl an Rechtsgeschäften im Familien- und Personenrecht gibt, die eine Gestaltung des Privatlebens ermöglichen, und diese – soweit aus heutiger Sicht absehbar – weiter zunehmen werden. An einer übergreifenden Befassung mit dem Eingehen dieser Rechtsgeschäfte, ihren Gemeinsamkeiten und Unterschieden zu anderen Bereichen des bürgerlichen Rechts so-

³⁹ BVerfG, 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89; BVerfG, 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92, FamRZ 2001, 985.

⁴⁰ Für eine Übersicht vgl. *Schwab/Dutta*, Familienrecht, 32. Aufl. 2024, Rn. 242 ff.

wie ihrem Verhältnis zur Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils fehlt es aber bislang weitgehend. Diese Lücke möchte diese Arbeit schließen, indem sowohl eine rechtsdogmatische Bestandsaufnahme geltender Regelungen erfolgt als auch, darauf aufbauend, rechtspolitisch argumentiert wird. Ziel ist es dabei, übergreifende Linien auszumachen, aber auch nötige Unterschiede aufzuzeigen, und so Leitlinien zur Orientierung für den Umgang mit der Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht herauszuarbeiten, die sowohl der Anpassung bei bereits bestehenden Rechtsgeschäften als auch für die Regelung neuer Rechtsgeschäfte dienen können. Dies ermöglicht auch eine Annäherung an allgemein gültige Regelungen für Rechtsgeschäfte im Familien- und Personenrecht, gewissermaßen Ansätze einer familien- und personenrechtlichen Rechtsgeschäftslehre.

In diesem Kontext ist es auch das Ziel der Untersuchung, aus der Perspektive der Rechtsgeschäftslehre dazu beizutragen, das Verhältnis des Familien- und Personenrechts zum übrigen bürgerlichen Recht zu beleuchten. Inwieweit ergeben sich aus der Betrachtung familienrechtlicher Rechtsgeschäfte Erkenntnisse zu den Besonderheiten des Familien- und Personenrechts und zu dessen Verortung im BGB? Kann man aus manchen Besonderheiten der Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht vielleicht sogar darüber hinaus Lehren ziehen, etwa zum Schutz der Entscheidungsfreiheit in anderen Bereichen, in denen ähnliche Schutzbedürfnisse bestehen? Die Ausübung materieller Privatautonomie ist nicht nur im Familien- und Personenrecht, sondern auch darüber hinaus ein Ziel, sodass manche Erkenntnisse durchaus übertragbar sein können.

Nicht Ziel dieser Untersuchung ist es hingegen, alle Einzelfälle der Anwendbarkeit der Rechtsgeschäftslehre auf familienrechtliche Rechtsgeschäfte vollständig aufzuzählen und zu lösen, auch wenn freilich viele Situationen im Detail adressiert werden. Statt einer solchen Gesamtdarstellung erfolgt ein Vorgehen anhand von einer Vielzahl von Beispielen, die jeweils aufzeigen, welche Problemlagen und unterschiedliche Lösungsmöglichkeiten bestehen. Ebenso wenig ist es im Rahmen dieser Arbeit möglich, alle Probleme der Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils umfassend aufzuarbeiten. Insoweit ist es notwendig, sich zugunsten einer übergreifenden Betrachtung der Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht auf die für die Fragestellung der Arbeit relevanten Fragen zu begrenzen, auch wenn damit notwendigerweise Abstriche bei der Tiefe der Analyse mancher Probleme verbunden sind.

C. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands

Die Befassung mit der Rolle von Rechtsgeschäften und der Rechtsgeschäftslehre im Familien- und Personenrecht und deren Auswirkung auf die Ausübung von Privatautonomie erfordert eine Eingrenzung dieses Untersuchungsgegenstands. Was ist erfasst vom Familien- und Personenrecht und warum ist eine gemeinsame Betrachtung dieser beiden Bereiche in Bezug auf die Rechtsgeschäftslehre sinnvoll? Aufgezeigt wird außerdem, welche Fragen der Rechtsgeschäftslehre ein-

Sachregister

- Actus contrarius 240, 257, 431
Adoption
– Stiefkindadoption 49, 93, 283, 294
– Inkognitoadoption 221, 281
Allgemeiner Teil 13, 129
Allgemeininteressen 77
Altruismus 69
Ambivalenz 67
Amtsempfangsbedürftigkeit 323, 332
Andeutungstheorie 150
Arbeitsteilung 337, 350, 430
Aufenthaltsrecht 160, 231, 316, 364,
376, 390, 392, 433
Auslegung
– formbedürftiger Rechtsgeschäfte 150
– nicht empfangsbedürftiger
Rechtsgeschäfte 151
Auslegungsregeln, gesetzliche 151, 154
Aussageverweigerungsrecht *siehe*
Zeugnisverweigerungsrecht
Ausübungskontrolle 9, 233, 362, 417

Bedenkzeit 268
Beglaubigung 300, 311
Bestätigungsvorbehalt 246, 270
Bewegliches System 361
Beurkundung
– öffentlich 299
– notariell 298

Cooling-off period *siehe* Bedenkzeit

Default option 418
Dreiererklärung 7, 19, 58, 92, 251, 255,
327, 334
Dispositives Recht 116, 118, 418
Diversität 57
Drohung
– durch Dritte 223, 227

Durchsetzbarkeit 20, 155, 245
duress 231

Eheschließungsfreiheit 39, 163, 343, 392
Eigenschaftsirrtum 180, 188, 194, 211,
220, 226
Einheit der Rechtsordnung 86, 398, 406
Einvernehmen 114
Elternschaftsvereinbarung 163, 174, 203,
206, 263, 286, 289, 313, 380, 392,
425, 445
Emotionen 64, 232, 297, 341, 364, 427
Empfängerhorizont, objektiver 147, 169
EMRK 36, 39, 437
Erklärungstheorie 146
Ersetzung von Willenserklärungen 20,
256

Ferntrauung 315, 342
Formfreiheit 296

Gefälligkeiten 149, 238
Gefühle 64, 232, 297, 341, 364, 427
Gender Pay Gap 71
Gender Care Gap 72, 421
Güterrechtsregister 96, 172

Handschuhehe 343
Höchstpersönlichkeit 349

Identitätsirrtum 194, 221
Individualisierung 3, 80
Inhaltskontrolle 13, 70, 230, 362, 370

Jugendamt 96, 220, 295, 298, 312

Kommerzialisierung 362
Kontrahierungszwang 137

- Lebenspartnerschaft 87, 161
- Missbrauch von Umständen 373
- Missbrauchskontrolle *siehe*
 - Rechtsmissbrauch
- Namensersitzung 96, 214, 377
- Namenskcontinuität 89, 215, 249, 282, 285, 301, 377
- Numerus clausus 119, 357, 399, 438, 443
- Optimism bias *siehe* Überoptimismus
- Parallelerklärung 126
- Privatautonomie
 - Dimensionen 136
 - formal 31, 62
 - grundrechtlicher Schutz 34
 - materiell 62
 - menschenrechtlicher Schutz 36
- Privatscheidung *siehe* Scheidung, außergerichtlich
- Rationalität 64, 66, 274, 364, 438
- Realakt 110
- Rechtsbindungswille 105, 149, 156, 279, 306
- Rechtsgeschäft
 - Art 121
 - Definition 105
 - mit Gerichtseteiligung 126
- Rechtsgeschäftsähnliche Handlung 112
- Rechtsmissbrauch 159, 163, 380, 383, 432
- Rechtsnatur
 - Eheschließung 123
 - Einvernehmen 114
 - Einwilligung in die heterologe Insemination 111
 - namensrechtliche Erklärungen 109
 - Sorgeerklärung 113
 - Verlöbniß 123
- Regulierung 78, 418
- relational autonomy 67
- required active choosing 419
- Samenspende *siehe* heterologe Insemination
- Scheidung
 - außergerichtlich 262, 269, 270, 272
 - Recht auf Scheidung 40
- Scheinadoption 161
- Scheinehe 161, 167, 369, 392
- Scheingeschäft 157
- Schutzbedürftigkeit
 - der Allgemeinheit 77
 - Beteiligter 62
 - Dritter 75
 - von Kindern 75
- Schwächerenschutz 62, 75, 419
- Sorgeerklärung 20, 113, 140, 174, 224, 251, 259, 281, 299, 311, 329, 378
- Sorgeregister 96, 174, 311, 330
- Staatsangehörigkeit 86, 161, 391
- Status
 - Dauerhaftigkeit 84
 - Klarheit 84
 - Rechtsfolgen 86
 - Statusintentionalität 85
 - Statusverhältnisse 86
 - Statuswahrheit 85
 - Totalität 84
 - Wirkung 85
- Sterbepflicht 162, 392
- Täuschung
 - durch Dritte 223, 227
 - über Vermögensverhältnisse 190, 219, 222
- Typenzwang 84, 119, 360, 399, 417, 438
- Typenfreiheit 120, 140
- Typisierung 4, 58, 310, 370, 420, 446
- Überoptimismus 65, 274
- Umgehung 167, 389, 433
- Umstandskontrolle 370
- undue influence 231
- Unionsgrundrechte 36
- Verantwortungsgemeinschaft 2, 119, 445
- Versorgungsehe 162
- Vertragsparität 364
- Vertrag zu Lasten Dritter 75, 365
- Vertrag zugunsten Dritter 209, 308, 382

Widerruf

- Verbraucherwiderruf 117, 239, 243, 269, 273, 419
- zeitlich unbegrenzt 248
- bis Vollzug 253
- bis zur Vollständigkeit des Rechtsgeschäfts 249

Willenserklärung

- nicht empfangsbedürftige 147, 150, 182, 242, 318, 326, 335

– rein einseitige 122

Willentheorie 145, 156, 178

Willensvorbehalt 155

Willensmangel 176

Zeugnisverweigerungsrecht 91, 305

Zwangsehe 368, 377