

DAGMAR COESTER-WALTJEN

Ehe und Familie im Rechtsvergleich

Das Thema meines Vortrags ist sehr weit gefasst. Es gibt mir Raum zu allgemeinen Überlegungen und weit ausgreifenden rechtsvergleichenden Betrachtungen. Drei Schwerpunkte – einen großen und zwei kleinere – möchte ich in meinen Ausführungen setzen: In einem ersten größeren Teil möchte ich mich mit der Regelungskompetenz für das Eherecht in den verschiedenen Rechtskreisen und Epochen beschäftigen. Dem folgen in einem kurzen zweiten Teil Überlegungen zur Familie. Ein letzter Teil schließlich wirft einen Blick auf die internationalen Dimensionen, insbesondere auf die europäische Herausforderung.

Zum ersten Teil: Ungeachtet der sozialen Veränderungen ist die Gemeinschaft von Mann und Frau sehr viel älter als das gerade zu Ende gegangene Jahrtausend. Natürlich haben unterschiedliche Gesellschaften und Kulturen sich dieses Phänomens auch in rechtlicher Hinsicht auf sehr unterschiedliche Weise angenommen. Dies schließt allerdings nicht aus, dass sich mit groben Strichen übereinstimmende Tendenzen und Entwicklungen aufzeigen lassen. Ich möchte Sie daher einladen zu einer kleinen Reise durch die Zeit und durch die verschiedenen Rechtsgemeinschaften.

In den meisten Gesellschaften wurden die Ehe – d. h. die Regelungen der Eheschließung, des ehelichen Lebens und der Eheauflösung – jedenfalls ursprünglich als eine rein private Familienangelegenheit angesehen, in der die sozialen Strukturen und Kräfte die privaten Beziehungen bestimmten und kontrollierten. Dies gilt beispielsweise für die frühen europäischen Gesellschaften¹, für China², Japan³ und Korea bis zur ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts und auch heute noch für die Stammesen in den verschiedenen afrikanischen Staaten⁴. Bis zu einem gewissen Grade gilt dies auch für die Gesellschaften, die die Ehe als einen religiösen Akt ansehen – wie z. B. die katholische und die orthodoxen Kirchen⁵, begrenzt auch für die traditionelle Hindu-

¹ Zum römischen Recht, das die Ehe als rein sittliche Institution, die durch Vertrag zustande kam (Digesten 50, 17, 30; 35, 1, 15: *consensus facit nuptias*), auffasste, nur bestimmte wenige Folgen im staatlichen Recht regelte, *Kaser, Römisches Privatrecht*, 16. Auflage, 1992, § 58; zur späteren Verschmelzung mit der christlichen Ehelehre: *Coester-Waltjen, Einige Überlegungen zum Eheschließungsrecht*, in: *Festschrift Rolland*, Köln 1999, 67 f.

² *Wilkinson, The Family in Classical China*, Shanghai 1926, *passim*.

³ *Müller-Freienfels, Die „Naien“-Beziehung des japanischen Rechts*, in: *Festschrift Rebmann*, München 1989, 643–673, 645.

⁴ *Nhlapo, Parenthood in African Perspective*, in *Eekelaar/Šarčević, Parenthood in Modern Society*, 1993, 35, 44 Swaziland); *Wanitzek, Kindschaftsrecht in Tansania*, *Hohenschäftlarn* 1986, 20, 152 f.

⁵ *Schröder, Wo zwei zusammenkommen in rechter Ehe*, Frankfurt a.M. 1985, 20 ff.

Lehre⁶ – oder für Religionen, bei denen die Ehe zwar keinen sakramentalen Charakter hat, dennoch aber religiösen Regelungen unterliegt – wie z. B. im islamischen⁷ und im jüdischen Glauben⁸. Dort, wo religiöse Regelungen eingreifen, werden die privaten Beziehungen durch die religiösen Institutionen reguliert, die sozialen Strukturen durch die religiösen Grundsätze überlagert. In vielen Gesellschaften übernehmen religiöse Institutionen in vollem Umfang die Regelungskompetenz. Wenn auch vom Grundansatz ähnlich – institutionelle Regelung eines zunächst rein privaten und gesellschaftlichen Phänomens – unterscheiden sich die Regelungen inhaltlich erheblich. Die Inhalte sind abhängig von den unterschiedlichen sozialen Strukturen, moralischen Standards und vor allem von der Funktion der Ehe in der jeweiligen Gesellschaft sowie von der grundsätzlichen Eheauffassung.

Das auffallendste Beispiel ist das Eheauflösungsrecht: Während die katholische und die orthodoxen Kirchen ebenso wie der Hinduismus die Ehescheidung wegen des sakramentalen Charakters der Ehe absolut ausschließen, lassen die religiösen Regeln des Islam und des mosaischen Glaubens ursprünglich jedenfalls eine Ehescheidung nach dem freien Willen des Ehemannes oder nach Übereinstimmung der Ehegatten zu⁹. Hier kommt die rein vertragliche Konzeption der Ehe in diesen Gemeinschaften deutlich zum Ausdruck.

Ein anderer fundamentaler Unterschied nicht nur in den unterschiedlichen religiösen Regeln, sondern generell in den verschiedenen Gesellschaften liegt in der Rolle, die Familie und Individuum für die Ehe spielen. Tendenziell hat die Familie der Heiratswilligen jedenfalls bei der Eheschließung in den östlichen Gesellschaften – auch im Vorderen Orient – eine sehr viel größere Bedeutung als in der westlichen, insbesondere der vom christlichen Glauben beeinflussten Welt. Traditionell sind es im asiatischen und afrikanischen Raum – und zwar bis in die Gegenwart hinein – ebenso wie im Islam und im Judentum die Familien der späteren Ehegatten, die den Auswahlprozess betreiben und teilweise auch den Ehevertrag schließen. In den vom Christentum geprägten Gesellschaften ist hingegen trotz des – nach katholischer und orthodoxer Lehre – sakramentalen Charakters der Ehe der freie Wille der Eheschließenden notwendiges und konstituierendes Element der Ehe. Die Familie hatte zunächst keinen unmittelbaren Einfluss.

Gerade dieser Punkt hat allerdings Anlass zu einer weiteren Entwicklung gegeben, die zunächst im 16. Jahrhundert in Europa begann und zur Verstaatlichung der Eheregelungen führte. Der Prozess entstand aus dem Machtkampf zwischen der Kirche auf der einen Seite und dem Staat und den führenden Familien auf der anderen. Die Kirche versuchte Machtkonzentration der führenden Familien durch das Verbot der Ver-

⁶ Nach dem Hinduismus hat die Ehe keinen vertraglichen, sondern ausschließlich sakramentalen Charakter, vgl. *Gupte*, *Hindu Law of Marriage*, Bombay 1961, 35.

⁷ Vgl. *Khadduri*, *Marriage in Islamic Law*, 26 *AmJComp.L.* 213–226 (1978).

⁸ Vgl. *Kahana*, *The Theory of Marriage in Jewish Law*, Leiden 1966, *passim*.

⁹ Zum islamischen Recht: *talaq* und *khul*; die Scheidung auf Begehren der Frau ist erst eine neuere durch Einschaltung staatlicher Gerichte eröffnete Möglichkeit in vielen vom islamischen Recht geprägten staatlichen Rechtsordnungen; das moderne jüdische Recht lässt keine Scheidung nach dem freien Willen des Ehemannes zu, sondern verlangt (auch für das ebenfalls mögliche Scheidungsbegehren der Frau) das Vorliegen eines Scheidungsgrundes, das vom Rabbi überprüft wird.

wandtenehe zu verhindern und Eheschließungen auch gegen den Willen der betroffenen Familien zu ermöglichen¹⁰. Die Geschichte von Romeo und Julia ist hierfür ein berühmtes Beispiel. Die einflussreichen Familien erreichten jedoch die Unterstützung der aufkommenden staatlichen Macht und setzten die katholische Kirche unter Druck, so dass diese schließlich auf dem Konzil von Trient (1545–1563) nachgab und Regelungen erließ, mit denen die Eheschließung zu einem öffentlichen Akt wurde (Formalisierung des Eheschließungsaktes, Gegenwart von Zeugen, elterliche Zustimmung)¹¹. Die französischen Könige und andere europäische Herrscher nutzten diese grundsätzliche Öffnung und es entstand langsam die Idee, dass der Staat die grundsätzliche Kompetenz zur Regelung der Eheschließung und damit auch des gesamten Eherechts habe¹² – zunächst allerdings im Wesentlichen unter Bezugnahme oder Inkorporierung der kirchlichen Regelungen. Die Entwicklung ist zu sehen im Zusammenhang auch mit der Abspaltung verschiedener protestantischer Kirchen von Rom¹³, die – untereinander wiederum mit unterschiedlichen Schwerpunkten und zeitlichen Verschiebungen – die Ehe nicht als Sakrament, sondern als natürliche und soziale, festen moralischen Geboten und staatlichen Regelungen unterliegende Institution auffassten¹⁴. Und sie ist beeinflusst ab Ende des 17. Jahrhunderts mit der beginnenden Aufklärung, die neue Theorien über die Natur der Eheschließung entwickelt¹⁵. Das staatliche Eherecht in Europa ist in der Zeit vom 16.–19. Jahrhundert gekennzeichnet durch stärkere Berücksichtigung der Eltern- und Familieninteressen¹⁶ sowie öffentlicher Belange, wie beispielsweise die Verhütung von Ehen unter Armen und der Schutz der Respektabilität von Offizieren und anderen Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens¹⁷.

Der Prozess der Verstaatlichung ist nicht auf Europa¹⁸ und Amerika beschränkt, sondern vollzieht sich auch in anderen Teilen der Welt – allerdings zu unterschiedlichen Zeiten, mit teilweise unterschiedlichen Zielen und in unterschiedlicher Intensität.

In den ostasiatischen Gesellschaftsordnungen, in denen religiöses Eheschließungsrecht praktisch nie eine Rolle gespielt hat¹⁹, vielmehr – wie bereits erwähnt – tradi-

¹⁰ Zu anderen Gründen für den extensiven Verwandtschaftsgrad, zwischen denen ein Eheverbot nach kanonischem Recht bestand (– im 11./12. Jahrhundert war der Verwandtenkreis vom 4. Grad römischer Zählung auf den 7. Grad germanischer Zählung ausgeweitet worden – vgl. *Giesen*, Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts, Bielefeld 1973, 67); *Holzbauer*, JZ 2000, 1076, 1083.

¹¹ *Decretum tametsi*, vgl. *Jedin*, Le origini dei registri parrocchiali e il Concilio di Trento, Riv. „Il Concilio di Trento“ II (1943) 323–336.

¹² Vgl. die Ordonnance von Blois, Mai 1579, Art. 40 erlassen von Heinrich IV.

¹³ *Mayfield*, The Church of England, London 1898, 25 ff.; *Parker*, The Marriage Act 1753 – A Case Study of Family-Law-Making: 1 Int. J.L. & Fam. 133–151, 149 (1987); im französischen Recht vgl. Arrêt du Conseil du 15 Sept. 1685 („Edit de Nantes“); Rec. général des anciennes lois françaises (Paris 1822–1823) no 1157 (vol XIX 529).

¹⁴ Vgl. *Witte*, From Sacrament to Contract, Louisville 1997, 53.

¹⁵ *Witte*, 198.

¹⁶ Belegt z.B. durch die Notwendigkeit der Zustimmung der Eltern bzw. der Familie im Code Civil von 1804 und im preußischen ALR von 1794.

¹⁷ Vgl. *Matz*, Pauperismus und Bevölkerung, Stuttgart 1980, 13.

¹⁸ Ausgenommen sind auch heute hiervon noch Andorra und Vatikanstadt, in denen für das Eherecht ausschließlich der codex juris canonici gilt.

¹⁹ Ausgenommen sind hier vor allem die Philippinen, in denen der christliche Einfluss seit der spanischen Eroberung (1565) auch das Staats- und Rechtswesen nachhaltig beeinflusste – die Philippinen als einziger katholi-

tionell die Eheschließung ein familienkontrolliertes Verfahren und die Familienbande gewichtiger als die Ehebande waren²⁰, beginnt der Prozess der Verstaatlichung erst im vergangenen Jahrhundert – zunächst in China relativ erfolglos mit der Einführung des Schweizer Eheschließungsrechts im Jahre 1930, das von der Bevölkerung fast vollständig ignoriert wird²¹. Erst die kommunistische Revolution zerstört den Familieneinfluss und übernimmt die Kontrolle aller Aspekte des Privatlebens. Anders als 1930 erfolgt die staatliche Regelung nicht mit dem Ziel der Stärkung des Individuums, sondern der gesamtgesellschaftlichen Interessen, insbesondere der sozialistischen Moral, aber auch bevölkerungspolitischer Anliegen²². So soll die Heraufsetzung des Heiratsalters (weltweit dürfte dies mit 20 Jahren für Frauen und 22 Jahren für Männer das höchste sein) eine bevölkerungspolitisch erwünschte Familienplanung sicherstellen²³. Die eingeführte Registrierungspflicht ermöglicht die politische Kontrolle.

In Japan und Korea sind die alten Familienstrukturen infolge des 2. Weltkriegs bzw. des Korea-Kriegs und der damit verbundenen stärkeren Öffnung gegenüber der westlichen Welt langsam durch staatliche Eheregelungen überlagert, wengleich nicht ganz zurückgedrängt worden. Die Eheschließung ist nach wie vor eine Familiensache²⁴, auch wenn die Zahl der arrangierten Ehen zurückgeht. Der Staat nimmt im Wesentlichen nur durch die Notwendigkeit der Registrierung der Eheschließung an derselben Teil²⁵, seine grundsätzliche Regelungskompetenz in diesem Bereich ist aber unbestritten²⁶.

Auch in der islamischen Welt haben sich fast alle staatlichen Gesetzgeber im vergangenen Jahrhundert mit dem Eherecht beschäftigt. Mit Ausnahme der Türkei, die 1926 nach der von Atatürk durchgeführten Trennung von Staat und Religion das schweizerische Eherecht in ihr neu geschaffenes Zivilgesetzbuch übernahm²⁷, sind diese staatlichen Regelungen jedoch im Wesentlichen mehr oder weniger eine moderne

scher Staat in Asien; daneben spielt auf den Philippinen auch der Islam eine große Rolle, vgl. *Burmeister-Beer*, Deutsch-philippinische Ehe- und Familienbeziehungen in rechtsvergleichender und kollisionsrechtlicher Hinsicht, Frankfurt 1987, S. 20 ff.

²⁰ *Wilkinson*, *The Family in Classical China*, Shanghai 1926, passim; *Sing Ging Su*, *The Family System*, New York 1922, passim.

²¹ *Lang*, *Chinese Family and Society*, New Haven 1946, 102; *Ju-Chin Chow*, *Verlobung und Eheschließung in China*, Frankfurt a. M. 1992, 275–278.

²² *Müller-Freienfels*, Zur revolutionären Familiengesetzgebung, insbesondere zum Ehegesetz der Volksrepublik China v. 1.5.1950, in: *Jus Privatum Gentium*, Festschrift Rheinsten Bd. 2, Tübingen 1969, 843–908, 849 ff.

²³ § 5 Ehegesetz, s. *Explanation of the Marriage Law*, Foreign Language Press, Peking 1982, 26 ff.

²⁴ *Müller-Freienfels*, Festschrift Rebmann, 643; *Cho*, *The Relationship between Social Change and Family Law in Korea*, in: *Eekelaar/Nhaplo*, *The Changing Family*, 1998, 103–113.

²⁵ Es reicht ein schriftlicher Antrag, in dem dargelegt wird, dass die Eheschließungsvoraussetzungen erfüllt sind, Art. 37 Gesetz über das Familienregister.

²⁶ Bereits 1898 wurde die staatliche Regelungskompetenz für das Eheschließungsrecht eingeführt.

²⁷ Das Eherecht der Sharia gilt damit zwar nicht mehr in der Türkei, die Akzeptanz des staatlichen Eherechts in der Bevölkerung ist aber immer noch problematisch, so dass der Gesetzgeber sich praktisch alle fünf Jahre veranlasst sieht, mit sog. Amnestiegesetzen nicht den staatlichen Gesetzen entsprechende Ehen zu validieren, dazu: *Krüger*, *Fragen des Familienrechts – osmanisch-islamische Tradition versus Zivilgesetzbuch*, ZSR 95 (1976) I 287–301; *Dilger*, *Ziviltrennung und religiöse Eheschließung in der Türkei: Zum Problem der Rezeption fremden Rechts*, StAZ 1976, 353–356.

Inkorporation und Interpretation des Koran²⁸; der islamische Glaube mit seiner allumfassenden Beherrschung des privaten und sozialen Lebens setzt jedenfalls theoretisch einen festen Rahmen für die soziale und rechtliche Entwicklung. Ein Gegensatz zwischen Religion und Staat wird jedenfalls in den fundamentalistisch geprägten Staaten nicht gesehen.

Nur äußerst behutsam wird auch im israelischen Recht die Gesetzgebungskompetenz für die Ehe und Familie durch den Staat in Anspruch genommen. Zwar fehlt es im Eherecht weitgehend an staatlicher Regelung, jüdisches Recht, Rabbiner und Rabbinatsgerichte beanspruchen im Wesentlichen die Zuständigkeit, dennoch dringt die staatliche Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit auch in diese Bereiche immer weiter vor²⁹.

Inhaltlich bedeutet die Verstaatlichung des Eherechts in den letztgenannten Rechtskreisen – im Gegensatz zu den Anfängen staatlicher Regelung in Europa – eine Zurückdrängung des Familieneinflusses und – insofern wieder der europäischen Entwicklung ähnlich – die Durchsetzung öffentlicher Interessen, in den islamischen Staaten auch die Durchsetzung der religiösen Werte³⁰. Im israelischen, koreanischen und japanischen Recht werden allerdings die öffentlichen Interessen vornehmlich durch den Schutz des Individuums geprägt oder – besser gesagt – überlagert.

Damit wiederum ist bereits eine andere Entwicklung angesprochen, denn die historische Betrachtung ist noch keineswegs abgeschlossen. Wir müssen noch einmal rund um den Erdkreis. Diesmal geht es nicht um Verstaatlichung, sondern um Deregulierung und Privatisierung. In Kontinentaleuropa und im amerikanischen Recht beginnt diese Entwicklung bereits in der späteren Aufklärung, setzt sich im Wesentlichen aber erst im 20. Jahrhundert durch. Das Recht auf Eheschließung wird als natürliches Recht, als Menschenrecht und als Teil des Persönlichkeitsrechts angesehen. Staatliche Regulierungen bedürfen einer Legitimation³¹.

Diese Ideen führen – auch hier wieder mit unterschiedlicher Geschwindigkeit und Intensität in den einzelnen Rechtsordnungen – zu einer Minimierung der Eehindernisse³², zu einer Reduzierung der Regelungen über die eheliche Gemeinschaft – die beispielsweise im preußischen ALR³³ wie auch in der höchstrichterlichen Rechtspre-

²⁸ Besonders hervorstechend war hier der tunesische Gesetzgeber, der die Polygamie unter Berufung auf die Interpretation der Suren IV/3 und IV/129 des Koran abschaffte.

²⁹ *Scheftelowitz*, Das religiöse Eherecht im Staat, Köln 1970, passim; z.B. sind das Ehegüterrecht und das Abstammungsrecht in staatlichen Gesetzen geregelt, bzw. der Zuständigkeit der Rabbinatsgerichte entzogen, dazu: *Falk*, Status und Kontrakt im Familienrecht, FamRZ 1995, 1251, 1252.

³⁰ Vgl. *Coester/Coester-Waltjen*, Formation of Marriage, International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. IV Persons and Family, Chapter 3, Tübingen 1997, No 162 ff.

³¹ UN-Deklaration on Human Rights vom 10. Dez. 1948 (Art. 16 § 1); UN-International Covenant on Civil and Political Rights vom 19. Dez. 1966 (Art. 23 Nr. 2); Europäische Menschenrechtskonvention vom 4. 11. 1950 (Art. 12); vgl. z.B. *Beyer*, Das Recht zur Eheschließung im Lichte der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, StAZ 1958, 113–114.

³² Die Eheschließungsfreiheit betont in den US-amerikanischen Rechten der US-Supreme Court vor allem in den Entscheidungen *Zablocki v. Redhail*, 443 U.S. 374 (1978); *Loving v. Virginia* 388 U.S. 1 (1967); das BVerfG in der „Spanier-Entscheidung“, BVerfGE 31, 58.

³³ Vgl. z.B. die paternalistischen, unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Frau teilweise durchaus legitimen Regelungen in II 1. §§ 180, 67, 68, 69, II 20 §§ 738, 739 ALR.

chung zum BGB³⁴ zunächst noch sehr ausführlich waren – und schließlich zu einer entscheidenden Liberalisierung des Scheidungsrechts. Moderne Gesetzgeber überlassen – jedenfalls weitgehend – den Ehepartnern wenn nicht gar die Entscheidung über den Bestand der Ehe, so doch über die finanziellen und sonstigen Folgen der Scheidung. Die staatlichen Regelungen regen zu einer alternativen Streitbeilegung an; teilweise ist mit der – z.B. in bestimmten Fällen in Japan möglichen³⁵ – Postkartenscheidung die Privatheit der Eheauflösung weitgehend ermöglicht. Auch diese Entwicklung ist nicht auf Europa beschränkt, sondern vollzieht sich weltweit, wobei allerdings Gegen Tendenzen zum Schutz der Ehe oder der Partner nicht ausgeschlossen sind. Jedenfalls gewinnt die alte Idee, dass die Ehe ein Vertrag sei – für viele Jahrhunderte in westlichen Gesellschaften durch institutionelles Denken zumindest überlagert – wieder Raum. Hier zeigt sich übrigens eine interessante Parallele zu einem anderen Rechtsgebiet, nämlich dem Gesellschaftsrecht, in dem die Diskussion von der Treuhänder-Metapher zur Vertragsbindung wechselt und Deregulierung sowie Privatisierung seit langer Zeit die entscheidenden Schlagworte sind. Hier wie dort allerdings stößt das reine Vertragsprinzip auf Schwierigkeiten, weil beide – Ehe wie auch Gesellschaft – als nutzbringende Unternehmung von Personen und Gütern sehr viel komplexer sind als ein schlichter Vertrag. Im Eherecht zeigt sich dies vor allem an der Diskussion um die einseitige verschuldensunabhängige Aufkündigung der ehelichen Gemeinschaft. In diesem Zusammenhang ergibt sich übrigens eine weitere, allerdings nicht ganz ernsthaft gemeinte Parallele zwischen Eherecht und Gesellschaftsrecht, wenn man in Erwägung zieht, den Ehebruch mit einer feindlichen Übernahme zu vergleichen – zur Bewertung beider Erscheinungen möchte ich mich allerdings hier nicht äußern.

Wenn wir hier anhalten, haben wir viele Probleme der vergangenen und gegenwärtigen rechtlichen Regelung nicht einmal erwähnt. Die grobe Skizzierung sollte zunächst auch nur verdeutlichen, dass die Fragen der Regelungskompetenz im Bereich der Ehe und der Kampf um die Regelungsbefugnis die gesamte Geschichte durchziehen, wobei nunmehr zumindest in der westlichen Welt – aber auch in Japan und Korea – das Spannungsverhältnis vor allem zwischen staatlicher Regulierung und privatautonomer Gestaltungsmöglichkeit besteht. Dieses Spannungsverhältnis ist in den verschiedenen Gebieten des Eherechts in unterschiedlichem Maße virulent.

Wenn wir den Blick nunmehr auf Europa und USA beschränken, so sehen wir, dass das Eheschließungsrecht weitgehend auf einige wenige Ehevoraussetzungen und Ehehindernisse und eine Formalisierung reduziert ist. Der Rückzug der staatlichen Regelung in diesem Bereich ist nicht nur zurückzuführen auf die Wiederentdeckung der Liebe als entscheidendes Motiv zur Eheschließung³⁶, auf die Idee der Eheschließungsfreiheit als Grund- und Menschenrecht³⁷, auf den Rückgang des Familieneinflusses

³⁴ BGH, FamRZ 1967, 210.

³⁵ Art. 765 jap. ZGB: Die Scheidung setzt Konsens der Eheleute und Anmeldung der Scheidung zum Register voraus.

³⁶ Vgl. *Weigand*, Liebe und Ehe im Mittelalter, Goldbach 1993; *Hupel*, Vom Zweck der Ehen, Riga 1771, Neudruck Frankfurt a.M. 1985; *Graff*, What is Marriage For?, Boston 1999.

³⁷ Siehe oben Nr. 31.

durch die weitgehende ökonomische Selbständigkeit der Partner³⁸ und schließlich auf die Erkenntnis, dass eine hohe Einsatzschwelle denjenigen, die sie passiert haben, nicht notwendig Eheglück beschert, denen aber, die sie nicht überwinden können, Leid verursacht³⁹. Vielmehr spielt hier auch eine Rolle, dass mit der nunmehr fast überall möglichen Ehescheidung⁴⁰ eine wesentliche Funktion des Eheschließungsrechts weggefallen ist, nämlich zum Einen als Hemmschwelle vor dem Eintritt in eine lebenslange unauflösbare oder nur schwer lösbare Verbindung zu dienen, zum Zweiten indirekt einen Ausweg aus einer unglücklichen Verbindung durch Berufung auf Ehehindernisse oder Abschlussmängel zu ermöglichen. Rechtsordnungen, die eine Scheidung nicht kennen (wie z. B. das englische Recht bis 1857⁴¹ oder das irische Recht bis 1991)⁴², legen ein beredtes Zeugnis davon ab, wie Ehehindernisse zu Annullierungsgründen umfunktioniert werden können⁴³.

Ehevoraussetzung ist heute im Wesentlichen nur noch zum Einen die Ehemündigkeit, die einen freien Eheschließungswillen und die Einsicht in die Bedeutung der Ehe sicherstellen soll⁴⁴. Zum Anderen ist in den meisten Rechtsordnungen die Geschlechtsverschiedenheit der Partner Ehevoraussetzung⁴⁵. Das niederländische Recht

³⁸ Glendon, *The New Family and the New Property*, Toronto 1981, 44.

³⁹ *Neuhaus*, *Privatrecht und Stabilität der Ehen in rechtsvergleichender Sicht*, in: *Jus Privatum Gentium*, Festschrift Rheinstein II, Tübingen 1969, 937–974, 938.

⁴⁰ Ausnahmen Andorra, Malta, Vatikanstadt, Philippinen, Chile.

⁴¹ Trotz der spektakulären Eheannullierung Heinrichs VIII., die u. a. die Trennung von Rom und die Begründung der Anglikanischen Kirche (1534) bewirkte (ausführlich *Witte*, 134 ff.), war die Ehescheidung bis zum Erlass des *Matrimonial Causes Act 1857* nur durch einen Parlamentsakt möglich, ein sehr kostenträchtiges und langwieriges, dem „Normalbürger“ verschlossenes Verfahren, erstmals 1552 im Falle des *Marquis of Northampton* durchgeführt, vgl. *Giesen*, *Grundlagen und Entwicklung des englischen Eherechts in der Neuzeit*, Bielefeld 1973, 224 ff.

⁴² Der Einführung der Ehescheidung dem Bande nach stand Art. 41 der irischen Verfassung entgegen; erst mit der Verfassungsänderung von 1995 konnte die Ehescheidung ermöglicht werden (vgl. *Family Law (Divorce) Act 1996*, in Kraft seit 27. 2. 1997).

⁴³ Vgl. *Pollock/Maitland*, *The History of English Law Before the Time of Edward I*, 2. Auflage, Cambridge 1889, 389 (zum Verbot der Verwandtenehe): „... ideal ingenuities of men who are amusing themselves by inventing a game of skill which is to be played with neatly drawn tables of affinity and doggeral hexameters“. Bereits die Auslassung eines Vornamens in einer dem Aufgebot entfernt vergleichbaren öffentlichen Ankündigung reichte als Annullierungsgrund *Pouget v. Tomkins*, 2 Hag. Con. 142, 161 E.r. 1042 (1812); vgl. auch im irischen Recht die Annullierung wegen einer nach Eheschließung nur dem Partner gegenüber eintretenden Impotenz: *McM v. McM & McK v. McK* (1936) I.R. 177; *RM v. MM* (1941) 76 I.L.T.R. 165.

⁴⁴ In sehr vielen Staaten tritt die Ehefähigkeit heute mit Volljährigkeit ein (häufig bei Vollendung des 18. Lebensjahres); die Koppelung der Ehefähigkeit an die Pubertät ist eher auf dem Rückzug, vgl. *Coester-Waltjen/Coester*, Nr. 24–35.

⁴⁵ Ausdrücklich vorgesehen beispielsweise im englischen Recht (sec. 11 *Matrimonial Causes Act 1973*); in Liechtenstein (Art. 1 Ehegesetz), Portugal (Art. 1577 CC), Schottland (sec. 5 *Marriage (Scotland) Act 1977*); außerhalb Europas z. B. Bolivianisches Familiengesetz (Art. 78); in anderen Rechtsordnungen ergibt sich dieses Hindernis aus dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelungen (z. B. in Frankreich durch Art. 75 par. 6 CC) oder aus der traditionellen Eheauffassung (in den USA siehe z. B. *Baker v. Nelson* 191 N.W. 2d 185 (Minn. 1971); im Anschluss an den *Defence of Marriage Act 1996* haben über 30 Einzelstaaten (darunter auch Hawaii, dessen Rechtsprechung Anlass für das obige Gesetz war) das Erfordernis der Geschlechtsverschiedenheit ausdrücklich aufgenommen; einen besonderen Weg ist der Gesetzgeber in Vermont gegangen, der neben dem ausdrücklichen Erfordernis der Geschlechtsverschiedenheit für die Ehe als erster US-amerikanischer Staat eine „civil union“ für gleichgeschlechtliche Paare eingeführt hat; für Deutschland (str.) v. *Münch/Kunig/Coester-Waltjen*, Art. 6 Rdnr. 9).

hat allerdings bereits mit dieser Tradition gebrochen⁴⁶, andere Rechtsordnungen – wie insbesondere die skandinavischen⁴⁷ – haben durch eine weitgehende Gleichsetzung von Ehe und registrierter Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Personen die Bedeutung dieser Ehevoraussetzung reduziert⁴⁸. Fortpflanzungsfähigkeit und Fortpflanzungswilligkeit spielen praktisch nicht einmal mehr indirekt über Ehe annullierungs- oder Aufhebungsmöglichkeiten eine Rolle⁴⁹.

Die Eheverbote beschränken sich auf die Verwandtenehe im engsten Kreise – in Schweden ist sogar die Ehe unter Halbgeschwistern zulässig⁵⁰ – und auf die Bigamie⁵¹. In letzterem liegt einer der wesentlichen Unterschiede zu den meisten islamischen Rechtsordnungen und zu vielen Stammesrechten⁵². Die Änderung der sozialen Verhältnisse – Reduzierung des Versorgungsproblems und des Männermangels, Verminderung der Kindersterblichkeit, neue Arten der Reproduktion – und der moralischen Standards – geringes Bedürfnis, Sexualität und Fortpflanzung in der Ehe zu binden – lassen eine Rückkehr zu polygamen Verhältnissen in der restlichen Welt vorläufig eher unwahrscheinlich erscheinen – jedenfalls soweit die gleichzeitige Polygamie betroffen ist.

Reduziert sind auch die Formalien der Eheschließung, die im Wesentlichen der Transparenz dienen sollen. Nur ansatzweise können sie auch übereilte, unüberlegte Eheschließungen verhindern⁵³ und eine Überprüfung des wirklichen Eheschließungswillens zur Unterbindung von Scheinehen bewirken⁵⁴.

Über die Gestaltungsfreiheit der Ehegatten innerhalb der bestehenden Ehe im deutschen Recht wird voraussichtlich Herr Kollege Badura heute nachmittag sprechen. Festzuhalten bleibt hier als rechtsvergleichender Befund, dass sich die europäischen und die US-amerikanischen Rechtsordnungen ungeachtet inhaltlicher Unterschiede in ähnlicher Weise wie das deutsche Recht zurückhalten und im Wesentlichen – beispielsweise wie wir gestern im Ehegüterrecht gehört haben – Regelungsmuster zur Verfügung stellen, die den Bedarf an innerehelichen Abmachungen reduzieren⁵⁵. Hinzu kommen staatliche Vorschriften, die die Ehe nach außen schützen und fördern – wie beispielsweise steuerrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Regeln. Wenn gleich in einer Reihe von Rechtsordnungen – beispielsweise im schwedischen, aber

⁴⁶ Mit Gesetz vom 12. 9. 2001 wurde die Möglichkeit einer gleichgeschlechtlichen Ehe ausdrücklich in das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen.

⁴⁷ *Scherpe*, Zehn Jahre registrierte Partnerschaft in Dänemark, DEU FamR 2000, 32.

⁴⁸ Vgl. ausführlich: *Basedow/Hopt/Koetz/Drobnig* (Hrsg.), Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, Tübingen 2000.

⁴⁹ *Coester-Waltjen/Coester*, Nr. 63–67.

⁵⁰ Schweden: 2. Abschnitt, 2. Kap. § 3 Ehegesetz v. 14. 5. 1987.

⁵¹ Dies gilt für alle Rechtsordnungen, in denen der christliche Glaube Einfluss hat oder gehabt hat, abgesehen von den Mormonen, die sich auch als christliche Glaubensgemeinschaft verstehen, aber ursprünglich Polygamie offiziell vorsahen, vgl. *Reynolds v. U.S.*, 98 U.S. 145 (1878).

⁵² Ausführlich *Coester-Waltjen/Coester*, Nr. 41–44.

⁵³ *Coester*, Probleme des Eheschließungsrechts in vergleichender Sicht, StAZ 1988, 122–129, 128; *Turner*, Entry to Marriage – Should it be Made More Difficult?, in *Eekelaar/Katz*, Marriage and Cohabitation in Contemporary Society, Toronto 1980, 137–143, 141.

⁵⁴ *Spellenberg*, Scheinehen, StAZ 1987, 33–44; vgl. jetzt auch § 1310 Abs. 1 S. 2, 2. Halbsatz BGB.

⁵⁵ Kritisch zur parteiautonomen Festlegung des Kindesstatus bei innerhalb der Ehe (aber während der Ehetrennung) geborenen Kindern (§ 1599 BGB): *Gaul*, FamRZ 2000, 1461, 1463.

auch in vielen US-amerikanischen Rechten – die Tendenz erkennbar ist, Zuwendungen und Begünstigungen eher an das Individuum denn an die Ehe zu binden, so sind diese Vergünstigungen und Regelungsmuster immerhin so attraktiv, dass andere Gemeinschaften außerhalb der Ehe auf eine gleiche oder zumindest ähnliche Behandlung drängen. Ich meine damit nicht nur die gleichgeschlechtlichen Gemeinschaften, sondern auch die nichtehelichen Lebensgemeinschaften, Haus- und Unterstützungsgemeinschaften. Auch hier waren die skandinavischen Gesetzgeber, die staatliche Regelungen im Güterrecht auch für nichteheliche Lebensgemeinschaften vorsehen⁵⁶, bahnbrechend – gefolgt in Europa vom niederländischen⁵⁷ und – allerdings von Ansatz und Inhalt auf etwas anderer Ebene liegend – französischen⁵⁸, belgischen⁵⁹, ungarischen⁶⁰ und katalonischen⁶¹ Gesetzgeber.

Die rechtlichen Regelungen zur Eheschließung und Ehegestaltung werden schließlich ergänzt durch Vorschriften zur Eheauflösung. Auch hierüber haben wir bereits gestern einiges Rechtsvergleichendes gehört. Unterstreichen möchte ich nur noch einmal, dass – im Gegensatz zum deutschen Recht – viele moderne Eherechte den Ehegatten die Disposition über die Ehe einräumen, indem sie den übereinstimmenden Scheidungswillen ausschlaggebend sein lassen⁶², nicht einen eher nur scheinbar objektiven Tatbestand des Ehescheiterns⁶³ fordern. Die Verhinderung leichtfertiger Scheidungen wird durch Wartefristen⁶⁴, die einseitige Aufkündigung des Ehebandes durch die rechtliche Sanktionierung vertraglicher Abmachungen (wie bei der covenant-Ehe einiger US-amerikanischer Staaten⁶⁵) oder durch schwerwiegende finanzielle Folgen (wie im französischen Recht⁶⁶) zu verhindern oder einzudämmen versucht.

Abschließen möchte ich die eherechtlichen Ausführungen mit folgenden Überlegungen: Die Ehe – ursprünglich eine rein private Stammes- oder Familiensache – ist über den sakramentalen bzw. institutionellen Charakter im Wesentlichen wieder zu einer Angelegenheit der Individuen geworden, für die die staatlichen Regelungen einen Rahmen mit relativ viel Spielraum für Eingehung, Gestaltung und Auflösung bieten.

⁵⁶ Schlüter/Heckes/Stommel, Die gesetzlichen Regelungen von außerehelichen Partnerschaften gleichen und verschiedenen Geschlechts im Ausland und die deutschen Rechtsvorhaben, DEu FamR 2000, 1.

⁵⁷ V.d.Burg, Hethuweljik – en omstrede instituu, NJB 1997, 1321–1325.

⁵⁸ Hauser, Nichteeliche Lebensgemeinschaft in Frankreich: Der „Pacte Civil de Solidarité“ (PACS) nach dem Gesetz no 99–944 v, 15. November 1999, DeuFamR 2000, 29; Gesetzestext S. 48.

⁵⁹ Pintens, FamRZ 2000, 197.

⁶⁰ § 578/G ZGB i. d. F. des Gesetzes Nr. XXV/1988 und Nr. XLII/1996.

⁶¹ Fernández/Riba, Commentaris al Codi de Família a la Llei d'Unions Estables de Parella, Madrid 2000, 1139–1261.

⁶² Z.B. England, Schweden, Frankreich, Österreich, Schweiz, dazu Dethloff, Die einverständliche Scheidung, München 1994; Coester-Waltjen, Recent Developments in Family Procedures – Civil Law Perspective, in: Tagungsband der ISFL 2000, Brisbane.

⁶³ § 1565 Abs. 1 BGB, die unwiderlegliche Vermutung des § 1566 Abs. 1 BGB kommt zwar einer Parteidisposition nahe, ist ihr aber nicht gleichgestellt, zumal § 630 ZPO weitere Hindernisse aufstellt.

⁶⁴ So z.B. das französische Recht in Art. 231/251, Art. 237 und Art. 246/231 CC; auch das neue zwar verabschiedete, aber noch nicht in Kraft getretene englische Scheidungsrecht sieht Wartefristen zwischen Antragstellung und Scheidung vor.

⁶⁵ Coester, Zur vertraglichen Einschränkung der Scheidungsmöglichkeit, in: Festschrift Henrich, München 2000, 73–91.

⁶⁶ Art. 239 CC.

Es liegt praktisch auf der Hand, dass diese individualistische Konzeption teilweise auch für andere Gemeinschaften attraktiv ist, daher der Regelungsbedarf für eheähnliche oder sonstige Gemeinschaften stärker in das Blickfeld tritt und eine in vielen Bereichen ähnliche rechtliche Gestaltung nahelegt. Extrem deutlich kommt dies im niederländischen Recht zum Ausdruck, in dem sowohl für verschiedengeschlechtliche als auch für gleichgeschlechtliche Paare alternativ die Ehe oder die registrierte Partnerschaft zur Auswahl stehen, die aber beide im Wesentlichen identischen Regelungen unterliegen. Zwar möchte ich diese Erscheinung – auch wenn ich mich im Übrigen persönlicher Wertungen zu enthalten versuche – als skurril bezeichnen, dieser Auswuchs sollte jedoch nicht den Blick dafür verstellen, dass es – schon immer – unterschiedliche Formen des intimen oder emotionalen Zusammenschlusses zweier Menschen gegeben hat⁶⁷ und nunmehr auch eine rechtliche Absicherung unterschiedlicher Formen dieses Zusammenlebens in verschiedenen Rechtsordnungen vorgenommen wird. Als Beispiele herausstellen möchte ich die neuere Entwicklung in einigen US-Bundesstaaten, die neben die normale, relativ leicht scheidbare Ehe ein – jedenfalls theoretisch – bestandskräftigeres Ehemodell stellen⁶⁸ – Herr Kollege Herzog hat vor 12 Jahren Ähnliches gefordert⁶⁹. Ein anderes Beispiel sind die neben dem Eherecht bestehenden Regelungen für die nichtehelichen (verschiedengeschlechtlichen) Lebensgemeinschaften der skandinavischen Rechte, für die gleich- und verschiedengeschlechtlichen Gemeinschaften in Frankreich, Ungarn, Belgien und Katalonien⁷⁰; die darüberhinausgehenden Bemühungen, den gestern von Frau Zenz erwähnten Altersgemeinschaften eine rechtliche Anerkennung und Absicherung zu geben, wie sie in den englischen Überlegungen zu einem Homesharer Act zum Ausdruck kommen, ergänzen das Bild.

Man könnte sagen, dass der Vielfalt der Lebensformen auch eine Vielfalt der rechtlichen Regelungen entspricht, oder wiederum mit einer nicht ganz ernst gemeinten Parallele zum Gesellschaftsrecht, dass auch im Eherecht jetzt der Slogan gilt: „Let’s go public“.

Damit wollen wir uns nunmehr dem zweiten Teil zuwenden und die Familie betrachten, wobei ich den Blick rechtsvergleichend auf einige europäische und US-amerikanische Rechtsordnungen beschränken möchte. Dass die Gleichung: „Ehe + Fortpflanzung = Familie“ soziologisch nicht oder zumindest nicht mehr in ihrer Ausschließlichkeit gilt, ist gestern bereits mehrfach zur Sprache gekommen und von Herrn Lüscher in seinem schönen Referat eindrucksvoll herausgearbeitet worden. Dies spiegelt sich auch in den modernen Rechtsordnungen: In allen europäischen und US-

⁶⁷ Lüscher/Lange, Form und Prozess: Pluralität von Familien und Aufwachsen heute, ZSE 1996, 229 ff.; Lüscher, Was heisst Familie heute? Thesen zur Familienrhetorik, in: Gerhardt/Hardill/Lucke/Nauck, Familie der Zukunft, Lebensbedingungen und Lebensformen, Opladen 1995, 51, 55; den Blick nur auf die jüngere Vergangenheit und den westlichen Mittelstand richtend: H. D. Krause, Marriage for the New Millennium: Heterosexual, Same Sex – or not at all? 34 Family Law Quarterly 271, 275 (2000).

⁶⁸ Coester, Covenant Marriage – Die „rechte Ehe“? Festschrift Henrich, Bielefeld 2000, 73–90; Spabt, Louisiana’s Covenant Marriage: A Thoroughly European Idea, DEuFamR 2000, 231.

⁶⁹ Herzog, Die neue Ordnung 42 (1988) 116, 121; s. auch Hattenbauer, ZRP 1985, 200 ff.

⁷⁰ Für die Nachweise s. oben N 56–61.

amerikanischen Rechten gibt es familiäre Beziehungen sowohl ohne Ehe als auch ohne Abstammung. So führt die Zeugung eines Kindes außerhalb der Ehe in allen hier zu betrachtenden Rechtsordnungen zu einer familiären Beziehung sowohl zur Gebärenden als auch zum Erzeuger, die – bis auf wenige Ausnahmen – den familiären Beziehungen des innerhalb der Ehe gezeugten oder geborenen Kindes entspricht oder zumindest vergleichbar ist⁷¹. Die Restriktionen in den Zuordnungsmöglichkeiten, die vor allem der Code Civil von 1804 mit dem Satz „La recherche de la paternité est interdite“⁷² vorsah, sind gefallen. Beschränkungen bestehen beispielsweise im belgischen Recht noch für die Inzestabstammung⁷³ und für Ehebruchskinder⁷⁴.

Doch nicht nur die Zuordnung eines Kindes zu seinen Eltern ist außerhalb der Ehe möglich, auch die daraus entstehenden elterlichen Rechte und Pflichten können beiden Elternteilen zustehen, ohne dass diese durch das eheliche Band miteinander verbunden sind oder jemals waren. Fast alle europäischen Rechtsordnungen ermöglichen eine gemeinsame elterliche Sorge der nicht oder nicht mehr miteinander verheirateten Eltern⁷⁵. Für den romanischen Rechtskreis ist dies im Hinblick auf das traditionelle Anerkennungssystem für nichteheliche Kinder durch Vater und Mutter sowie dadurch, dass Elterntrennung und -scheidung nur auf die Ausübung, nicht jedoch auf den grundsätzlichen Bestand der elterlichen Sorge Auswirkungen haben, systemimmanent⁷⁶. Aber auch andere Staaten – wie z. B. die skandinavischen, England, Irland, die Schweiz und Deutschland – haben die Idee der Elternverantwortung auch ohne Ehe übernommen und die gemeinsame elterliche Sorge jedenfalls grundsätzlich ohne Heirat und nach Scheidung zugelassen. Unterschiedlich sind lediglich die Voraussetzungen im Einzelnen: Automatische gemeinsame elterliche Sorge, nur übereinstimmende elterliche Sorge, Notwendigkeit einer gerichtlichen oder sonstigen Prüfung des Kindeswohls.

Auch die sonstigen Wirkungen des Verwandtschaftsverhältnisses sind im Wesentlichen angeglichen. Erbrechtlich bestehen zwar beispielsweise im französischen⁷⁷ und italienischen⁷⁸ Rechte noch Nachteile für das außerehelich geborene Kind. Unterhaltsrechtlich kennen die meisten Rechte den Betreuungsunterhalt auch für den niemals mit

⁷¹ Vgl. *Schwab/Henrich* (Hrg.), *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, Bielefeld 1994; in der Zwischenzeit erfolgte Reformen in den dort vorgestellten Rechtsordnungen haben diese Tendenz noch verstärkt.

⁷² In dieser Fassung galt Art. 340 CC bis 1912, auch danach galten – bis 1993 – weitreichende Beschränkungen für die Feststellung der Vaterschaft, vgl. *Coester-Waltjen*, Gutachten Frankreich, in *Dopffel*, *Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind*, Tübingen 1990, 146.

⁷³ Art. 313 § 2, 314 Abs. 2, 321, 325 belg. C.C.; ähnlich im spanischen Recht, hier ist nach Art. 125 CC eine richterliche Erlaubnis für die Zuordnung zum zweiten Elternteil erforderlich.

⁷⁴ Art. 119 bis belg. C.C. – hier ist eine richterliche Homologation erforderlich.

⁷⁵ Frankreich: Art. 286 CC für geschiedene Eltern; Art. 371-2, 372 CC für bei Geburt nicht miteinander verheiratete Eltern; für England: Sec. 2 (1) Children Act 1989 für geschiedene Eltern; sec. 4 (1) (a) und (1) (b) für bei Geburt nicht miteinander verheiratete Eltern; Spanien: Art. 154, 156 CC; in Belgien ist die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge vom Zusammenleben der Eltern abhängig (nicht vom Bestehen einer Ehe): Art. 374, 377 CC; Schweden: 6. Kap. § 3 Elterngesetz für verheiratete Eltern, 6. Kap. § 4 Elterngesetz für nicht miteinander verheiratete Eltern bei gemeinsamer Registrierung oder entsprechendem Antrag an das Gericht.

⁷⁶ Vgl. *Ferid/Sonnenberger*, *Das französische Zivilrecht*, Bd. III, 2. Aufl., München 1987, Rn. 4 A, 7–16.

⁷⁷ Art. 334 Abs. 3 iVm Art. 759 ff. CC.

⁷⁸ Art. 537 Abs. 3 CC.

dem anderen Elternteil verheirateten Erziehenden⁷⁹, in England – wie bereits gestern von Frau Schwenzler erwähnt – in Form des Kindesunterhalts⁸⁰.

So weit zu den rechtlichen Familienbeziehungen ohne Ehe⁸¹, nunmehr zu den rechtlichen Familienbeziehungen ohne Abstammung. Hier ist natürlich als Erstes an die Adoption zu denken. Erst im vergangenen Jahrhundert ist die Adoption als Institution zur Gründung einer der Abstammungsfamilie vergleichbaren Gemeinschaft in vielen europäischen Rechtsordnungen etabliert worden. In England beispielsweise wurde die Adoption erst 1926 eingeführt⁸². Dort – wie in vielen anderen Rechtsordnungen⁸³ – zunächst bestehende Beschränkungen der Adoptionsfähigkeit des Kindes (z. B. nur Waise oder nichteheliche Kinder⁸⁴) und das früher sehr häufig extrem hohe Altersefordernis⁸⁵ und die Voraussetzung der Kinderlosigkeit der Adoptierenden⁸⁶ sind weitgehend abgeschafft bzw. reduziert. Vor allem aber ist die Adoption Minderjähriger heute in allen europäischen Staaten als Volladoption möglich⁸⁷, d. h. das adoptierte Kind wird vollständig in die Familie der Adoptierenden eingegliedert.

Eine tatsächliche familiäre Beziehung ohne Abstammung gibt es auch in der Stiefkind- und in der Pflegekindsituation. Rechtlich werden diese Beziehungen bisher nur teilweise in einigen Rechtsordnungen anerkannt⁸⁸; allgemein kann man jedoch sagen, dass dies nur bruchstückhafte Regelungen sind und die Situation – beispielsweise im deutschen Recht auch im Hinblick auf den grundrechtlichen Schutz – noch eher als offen bezeichnet werden muss.

⁷⁹ Für das spanische Recht vgl. AP Barcelona v. 27. 5. 1971, R.J.Cat. 90 (1991) 1003; Art. 94 slowenisches Gesetz über Ehe und Familienunterhalt; z.T. sind diese Unterhaltsansprüche allerdings zeitlich noch begrenzt, zum französischen Recht: Art. 340-5 CC.

⁸⁰ So auch in vielen Staaten der USA, vgl. z. B. *Castellani v. Criscuolo*, 466 A 2 d 812, 814 (Ct 1983).

⁸¹ Vgl. dazu ausführlich *Schwenzler*, Vom Status zur Realbeziehung, Baden-Baden 1987.

⁸² *Bergmann/Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, „Großbritannien“, S. 37.

⁸³ Z. B. irisches Recht: Sec. 26 Adoption Act 1952.

⁸⁴ Sec. 16 Adoption Act 1958.

⁸⁵ Im deutschen Recht nach § 1744 BGB idF von 1900, die bis 1962 galt, 50 Jahre.

⁸⁶ Im deutschen Recht beispielsweise § 1741 BGB der idF von 1900 bis 1970 das nicht Vorhandensein ehelicher Abkömmlinge erforderte, von 1970 bis 1977 die völlige Kinderlosigkeit verlangte.

⁸⁷ Vgl. z. B. für Polen *Dyoniak*, Kindschaftsrecht in Polen, in: *Schwab/Henrich*, Die Entwicklung des Kindschaftsrechts, S. 97–108, 105 f.; s. auch Art. 118 polnisches ZGB; Schweden: 4. Kap. § 1 ff. Elterngesetz; Schweiz: Art. 264 ff., 267 ZGB; Spanien: Art. 172 ff., 175, 178 CC; Belgien Art. 345 ff., Art. 157 insbes. § 5, Art. 364 C.C.; eingeschränkt allerdings in der erbrechtlichen Wirkung bzgl. der Verwandten des Annehmenden – Art. 365 S. 2 C.C., kritisch allerdings nicht direkt dazu: *Gerlo*, Landesbericht Belgien, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, Bielefeld 1997, 150; Frankreich: Art. 343 ff., 355 (daneben ist eine einfache Adoption möglich); Hintergrund ist dafür vor allem das Straßburger Europäische Übereinkommen über die Adoption von Kindern (BGBl. 1981 II 72, 1020).

⁸⁸ Für die Pflegekindschaft vgl.: *Salgo*, Pflegekindschaft und Staatsintervention, Darmstadt 1987 (die Länder Schweiz, Österreich, Niederlande, Großbritannien und USA betreffend). Für die Stiefkindsituation: *Horstmann* (Hrg.), Stieffamilien, Zweifamilien, Münster 1994; zu einzelnen Regelungen siehe im australischen Recht: *Hodgson*, Landesbericht Australien, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, S. 294 (sec. 60, 66 Family Law Act, 1975 – Definition und Unterhaltspflicht auch nach Scheidung); in den USA gibt es häufig Besuchsrechte für Stiefeltern (Note, Special Issue on Third Party Custody, Visitation and Child Support, 25 Fam.L.Q. 1 1991) oder Sorgerechte beim Tod des bisher sorgberechtigten Elternteils (z. B. § 11.03 Tex.Fam. Code Ann. West Supp. 1993) idR aber keine Unterhaltspflicht nach Scheidung; in Israel hat das „de facto“ adoptierte Kind sogar ein Erbrecht, vgl. *Einhorn*, Landesbericht Israel, in: *Verschraegen*, Einheit im Familienrecht, S. 323; anders aber z. B. in Dänemark (*Nielsen*, Landesbericht Dänemark, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, S. 184) und Japan (*Yamauchi*, Landesbericht Japan, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, S. 338).

Einen ganz entscheidenden Wandel in der Frage der Familie ohne Verwandtschaft hat jedoch die Reproduktionsmedizin gebracht. Es ist nunmehr nicht nur Sexualität ohne Fortpflanzung, sondern auch Fortpflanzung ohne Sexualität und damit auch möglicherweise ohne die Keimzellen der Personen, die die Elternrollen übernehmen wollen, möglich. Ich möchte auf die wohlbekannten einzelnen Möglichkeiten der Reproduktionsmedizin, ihre ethischen und rechtlichen Probleme hier nicht näher eingehen, sondern sie als grundsätzlich bekannt voraussetzen⁸⁹. Festzuhalten für unsere Thematik ist nur, dass viele europäische und US-amerikanische Rechtsordnungen zumindest den nichtbiologischen Wunschvater als rechtlichen Vater ansehen⁹⁰ und den genetischen Erzeuger von der Elternverantwortung befreien⁹¹. Über die rechtspolitischen Bedenken habe ich hier in Bitburg bereits vor 15 Jahren referiert⁹². Meine Meinung hat sich inzwischen nicht geändert. Auf diese kommt es hier im Übrigen, da wir uns mit einer Bestandsaufnahme der rechtlichen Familienbeziehungen befassen, nicht an. Hinzuzufügen ist, dass durchaus traditionelle Rechtsinstitute beispielsweise des romanischen Rechtskreises teilweise aus identischen (Familienschutz), teilweise aus völlig anderen Gründen (Unmöglichkeit der wirklichen Abstammungsfeststellung) ebenfalls genau diese Effekte – nämlich rechtliche Familienbände ohne genetische Verwandtschaft – durch das Anerkennungssystem und durch die Figur des Statusbesitzes (nomen, traktatus, fama⁹³) erzielten und auch heute noch erzielen. Familie ohne Abstammung ist also im Prinzip nichts Neues, nur heute wissen wir davon und thematisieren es.

Die rechtliche Absicherung der Familie ohne Ehe und die Familie ohne Abstammung hat in Europa und in den USA aber auch dazu geführt, dass damit grundlegende Prinzipien des Rechts verwirklicht wurden⁹⁴. Man fühlt sich fast an die Schlagworte der französischen Revolution erinnert: Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, die man hier übersetzen könnte in: Gleichheit, Freiheit, Kindeswohl. Manche mögen meinen,

⁸⁹ Vgl. z. B. *Bernat*, Reproduktionsmedizin am Prüfstand von Recht und Ethik, Wien 2000.

⁹⁰ Englisches Recht: Sec. 28 (3) (5) Human Fertilisation and Embryology Act 1990; für die USA vgl. Ch 1 Uniform Parentage Act, der in über 17 Einzelstaaten umgesetzt ist, auch viele andere Einzelstaaten haben ähnliche Gesetze; Frankreich: Art. 311–20 CC; Österreich: § 156 a ABGB; Katalonien: Art. 92 Codi de Família idF des Gesetzes 9/1998; Schweiz: Art. 256 ZGB.

⁹¹ Frankreich: Art. 331–19 CC; Österreich: § 20 FMedG (mit beschränkter Auskunftsmöglichkeit); für die USA s. Ch 1 § 5 b Uniform Paternity Act; in Israel ist eine Anonymität des Samenspenders in einer Verordnung des Gesundheitsministeriums v. 13.11.1992 als Bedingung der Samenspende vorgesehen (s. *Einborn*, Länderbericht Israel, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, S. 317); Katalonien: Art. 8.3 LTRA (Llei 35/1988 de tècniques de reproduccion assistida humana); in der Schweiz wird zwar der Samenspender ebenfalls nicht dem Kind als Vater zugeordnet (Art. 23 Abs. 2 FMedG), die Zusage der Anonymität ist aber nicht zulässig, bis 1. 1. 2001 nach Art. 24 novis Abs. 2 g BV, jetzt Art. 119 BV, dazu im Einzelnen *Reusser*, Die gesetzliche Regelung der medizinisch unterstützten Fortpflanzung in der Schweiz, DEuFamR 2000, 222 ff.; in Schweden ist die medizinisch assistierte Zeugung nur im homologen System möglich: *Eriksson*, Länderbericht Schweden, in: *Verschraegen*, Gleichheit im Familienrecht, S. 208; zur grundsätzlichen Möglichkeit privatautonomer Gestaltung s. auch *W. J. Wagner*, The Contractual Reallocation of Procreative Resources and Parental Rights, Dartmouth 1995.

⁹² *Coester-Waltjen*, Zivilrechtliche Aspekte der Gentechnologie außerhalb der Haftungsfragen, Bitburger Gespräche 1986, 93 ff.

⁹³ S. dazu *Ferid/Sonnenberger*, Französisches Zivilrecht Bd. 3, 4 C 103.

⁹⁴ Zum Einfluss der EMRK auf das europäische Familienrecht: *Kloeppel* (Hrg.), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, 1996; Prinz von Sachsen Gessaphe, Kindschaftsrecht in Europa, FamRZ 1999, 1107.

dass ich damit das Füllhorn der Fortuna über sie ergieße, andere, dass ich die Büchse der Pandora öffne. Wie dem auch sei, die Entwicklung hat sicherlich dazu geführt, dass – jedenfalls weitgehend – eine rechtliche Gleichheit zwischen Vater und Mutter hergestellt worden ist – wovon übrigens nicht nur die Frauen, sondern auch die Männer profitieren; dass eine Gleichheit zwischen den Kindern besteht, gleichgültig, ob sie innerhalb oder außerhalb der Ehe geboren, natürlich oder mit Hilfe der Reproduktionsmedizin gezeugt oder adoptiert sind. Herr Henrich hat vor wenigen Jahren in Regensburg ein sehr schönes Symposium mitorganisiert, in dem diese Entwicklungen in verschiedenen Landesberichten deutlich herausgearbeitet wurden⁹⁵.

Freiheit verwirklicht sich darin, dass das Individuum frei ist, eine Familie zu gründen, Familienverantwortung zu übernehmen. Gerade dieser letzte Punkt dürfte allerdings noch Diskussionsstoff für die nächsten Jahre geben, denn die Frage eines freien Rechts auf Fortpflanzung ohne staatliche Einmischung ist im Rahmen der Reproduktionsmedizin durchaus noch ein sehr heisses Eisen⁹⁶. Für mich liegt hierin – um mit den Worten von Herrn Herzog zu sprechen – ein *essential*⁹⁷.

Die dritte Metapher – Brüderlichkeit/bzw. Kindeswohl – steht für die Frage, wie wir damit umgehen, dass innerhalb gelebter Familie nicht immer eitel Sonnenschein herrscht, sondern – wie Herr Lüscher es gestern vorsichtig nannte – Ambivalenzen⁹⁸ entstehen. Familienrechtler wissen sogar von Konflikten zu berichten (es tut mir Leid, die Staatsrechtler in solche Niederungen führen zu müssen). Auch hier ist erstaunlich, dass es durchaus innerhalb Europas und der US-amerikanischen Rechte ähnliche Entwicklungen gibt⁹⁹. Zum Einen hat – wie bereits gestern mehrfach betont – für die Behandlung von Familienkonflikten der Maßstab des Kindeswohls einen weltweiten Siegeszug angetreten. Interessant ist, dass aber auch in der Art der Konfliktbewältigung eine übereinstimmende Tendenz in Europa (und in den USA) erkennbar ist – wenngleich hier natürlich in Einzelheiten viele Unterschiede bestehen. Zum Einen wird das Kindeswohl nicht nur als materielles Kriterium verstanden, sondern auch als verfahrensmäßige Position begriffen, die eine eigenständige Interessenwahrnehmung durch eine neutrale Person zumindest erfordern kann¹⁰⁰. Das Bundesverfassungsgericht hat dies im Kindesrückentführungsfall trotz der dort gebotenen Eile einer Entscheidung

⁹⁵ Schwab/Henrich, Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts, Bielefeld 1994; mit dem Thema „Equality in Family Law“ beschäftigte sich 1996 in Brüssel auch die Abteilung des ersten Weltkongresses „Law in Motion“, vgl. Generalbericht und Landesberichte in: Verschraegen, Gleichheit im Familienrecht; vgl. auch die etwas ältere Zusammenstellung bei Dopffel, Kindschaftsrecht im Wandel, Tübingen 1994.

⁹⁶ Vgl. Tagungsband „Symposium Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Juni 2000 in Berlin“, erscheint demnächst.

⁹⁷ Coester-Waltjen, Welche Voraussetzungen und Grenzen sollen außerhalb der Ehe für eine Elternschaft aufgrund medizinisch unterstützter Fortpflanzung gelten?, in: Tagungsband „Symposium Fortpflanzungsmedizin in Deutschland“ (erscheint demnächst).

⁹⁸ S. dazu ausführlich: Lüscher/Lettke, Intergenerational Ambivalences, Teil I: Dealing with Ambivalences: Towards a new Perspective for the Study of Intergenerational Relations Among Adults, Forschungsschwerpunkt „Gesellschaft und Familie“, Arbeitspapier Nr. 36, Dezember 2000; Lüscher/Pajung-Bilger/Lettke/Böhmer, Generationenambivalenzen operationalisieren: Konzeptuelle, methodische und forschungspraktische Grundlagen, Forschungsschwerpunkt „Gesellschaft und Familie“, Arbeitspapier Nr. 34, 1, April 2000.

⁹⁹ Grundlegend: Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt am Main 1983.

¹⁰⁰ Staudinger/Coester, §§ 1638–1683, 13. Bearbeitung, Berlin 2000, § 1671 Rn. 290 ff.

recht deutlich hervorgehoben¹⁰¹. Die anglo-amerikanische Welt, Frankreich¹⁰² und nunmehr auch die Schweiz¹⁰³ sehen regelmäßig eine derartige Kindesvertretung vor.

Andererseits besteht die Tendenz, die verfahrensmäßige Konfrontation in Familienkonflikten eher zurückzufahren, zum Einen, indem den Beteiligten in erster Linie die privatautonome Gestaltung und Selbstbehebung des Konfliktes ermöglicht wird¹⁰⁴ – ein Bereich, in dem ich mit Frau Schwenger in einigen Punkten Meinungsverschiedenheiten habe¹⁰⁵ – zum Anderen wird eine außergerichtliche oder alternative Streitbeilegung oder zumindest ein sanfteres Verfahren für diese Streitigkeiten vorgesehen. Hier hat sich beispielsweise im österreichischen¹⁰⁶, aber auch im Schweizer Recht (soweit dort die Bundeskompetenz reicht)¹⁰⁷ einiges getan. In England ist das diesbezügliche Gesetz zwar verabschiedet, aber wegen der damit verbundenen Kosten noch nicht in Kraft getreten. In Deutschland wird diskutiert und in den USA finden wir – wie immer – einen bunten Strauß von Möglichkeiten (und Extremen)¹⁰⁸.

Auch in dieser Entwicklung (runder Tisch/Selbstregulierung) liegt – das muss man ganz deutlich sehen – ein Rückzug des Staates, der im Wesentlichen allenfalls nur noch den Rahmen für eine möglichst reibungsfreie Konfliktbeseitigung zur Verfügung stellt und erst in unerträglichen Situationen eingreift. Selbstverständlich können hier auch gegenläufige Tendenzen einer stärkeren staatlichen Einmischung angeführt werden¹⁰⁹, letztlich dürften diese jedoch von Bedeutung und Umfang her geringer sein.

Sicherlich ist das rechte Verhältnis von Staatsintervention und Freiheit gerade im Familienrecht eine äußerst heikle Angelegenheit. Wenn wir Familienrecht ansehen als eine Sicherung der Verlässlichkeit der Beziehungen durch Recht¹¹⁰, so müssen wir zur Kenntnis nehmen, dass bereits dies eine ambivalente Aufgabe ist, weil es sich notwendig um dynamische Beziehungen handelt¹¹¹.

¹⁰¹ BVerfG, JZ 1999, 459, 460; vgl. auch bereits früher BVerfGE 73, 122, 135; 75, 201, 217.

¹⁰² Für beide vgl.: *Salgo*, Der Anwalt des Kindes, Frankfurt a.M. 1996; *Steindorff-Classen*, Das subjektive Recht des Kindes auf seinen Anwalt, Neuwied 1996.

¹⁰³ Art. 146 ZGB; das österreichische Recht ist eher noch zurückhaltend: § 17 b ABGB; zu einigen Einzelheiten s. *Coester-Waltjen*, Recent Developments in Family Procedure, A Civil Law Perspective, Tagungsbericht der ISFL, Brisbane 2000, erscheint demnächst.

¹⁰⁴ Für das deutsche, schweizerische und österreichische Recht: *Coester-Waltjen*, Recent Developments (vorangegangene Fußnote).

¹⁰⁵ Vgl. *Schwenger*, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 195 (1995), 88–109; *Coester-Waltjen*, Liebe – Freiheit – Gute Sitten, Festschrift der Wissenschaft zum 50jährigen Bestehen des BGH, Bd. 1, München 2000, S. 985–1010; dazu jetzt auch BVerfG v. 6. 2. 2001, NJW 2001, 957.

¹⁰⁶ Ehrechtsänderungsgesetz 1999, öBGB I 1999, 125; s. auch *Deixler/Hübner*, Wien 1999.

¹⁰⁷ *Schwenger/Fankhauser*, Scheidungsrecht, Basel 2000, Art. 112 Rn. 8 ff; *Reusser*, Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung, in: *Hausbeer*, Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, Rn. 1.27; *Meier/Schneller*, Scheidungsverfahren nach revidiertem Recht, Bern 2000, 32 ff.

¹⁰⁸ Vgl. dazu *Hay*, Alternative Streitbeilegung, in: Symposium zum 65. Geburtstag von Peter Schlosser, 2000, erscheint demnächst.

¹⁰⁹ Z. B. der intensivere Schutz des Kindes gegen Fehlverhalten der Eltern, vgl. im deutschen Recht etwa §§ 1666, 1631 Abs. 2 BGB.

¹¹⁰ So *Lüscher* in dem vorstehend abgedruckten Vortrag.

¹¹¹ Dazu neben dem in der vorangegangenen Fußnote zitierten Vortrag auch *Lüscher*, Zwischen Wunschbild und Zerrbild: Familie heute, Referat im Rahmen der 9. Speyerer Sozialrechtsgespräche, 30. März 1999; *Lüscher*, Familie und Postmoderne, in: *Nauck/Onnen-Isemann* (Hrg.), Familie im Brennpunkt von Wissenschaft und Forschung, Festschrift Nave-Herz, Neuwied 1995, 3 ff.

Damit möchte ich zum dritten, nur noch ganz kurzen Teil meines Referats kommen: Zur internationalen Dimension, zur europäischen Herausforderung.

Trotz der bisherigen Betonung ähnlicher oder gar gleicher Tendenzen im europäischen und amerikanischen Recht darf natürlich nicht ausser Acht gelassen werden, dass in den idR entscheidenden Einzelfragen durchaus große Unterschiede der rechtlichen Regelungen oder zumindest der rechtlichen Handhabung bestehen¹¹². Im Unterhaltsrecht und im Ehegüterrecht wurde dies gestern bereits ausführlich demonstriert. Diese Unterschiede werden spürbar und problematisch bei gemischt-nationalen Ehen und Familien und bei der angesichts des Grundsatzes der Freizügigkeit bestehenden und häufig wahrgenommenen Möglichkeit der Verlagerung des Lebensmittelpunktes einer Familie von einer Rechtsordnung in eine andere. Selbstverständlich ermöglichen die Regeln des internationalen Privatrechts, hier das jeweils anwendbare Recht festzulegen.

Internationale Abkommen regeln – mehr oder weniger gut – die Zuständigkeits-¹¹³ und Anerkennungsfragen¹¹⁴, teilweise auch die Fragen des anwendbaren Rechts¹¹⁵ und der Rechtshilfe¹¹⁶. Auch wenn diese Regelungen überwiegend vernünftig sind, können sie nicht verhindern, dass unterschiedliche Gerichte jeweils anderes Recht anwenden, dass das auf die Familienbeziehungen anwendbare Recht mit einer Verlagerung des Lebensmittelpunktes möglicherweise – immer wieder – endet¹¹⁷, dass eine Familie, de-

¹¹² Vgl. z.B. zum Unterhaltsrecht: *Martiny*, Unterhaltsrang und Rückgriff, Bd. 1, 2, Tübingen 1999; zum Zusammenhang mit dem Sozialrecht *Schulte*, Eine neue Familiensolidarität, in: Soziale Sicherheit, Familie, Individuum: Eine Neuverteilung der Verantwortung, Luxemburg 1999, 139, 141, 145, 177 (Diskussion), 179 (Diskussion).

¹¹³ Hier ist vor allen Dingen Brüssel II zu nennen, das ab 1.3.2001 aufgrund der inhaltsgleichen Verordnung 1347/2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (ABl. EG 2000, Nr. 160, S. 19) unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme Dänemarks gilt.

¹¹⁴ Vgl. z. B. Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiet der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern v. 15. 4. 1958; Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen v. 2. 10. 1973, Luxemburger Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts v. 20. 5. 1980 sowie bilaterale Verträge mit der Schweiz, Italien, Belgien, Österreich, Großbritannien, Griechenland, Niederlande und Spanien. Das Luxemburger CIEC-Übereinkommen über die Anerkennung von Entscheidungen in Ehesachen v. 8. 9. 1967 und das Haager Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen v. 1. 6. 1970 gelten in der Bundesrepublik Deutschland nicht.

¹¹⁵ Vgl. z. B. das Haager Abkommen zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung v. 12. 6. 1902 (nur noch im Verhältnis zu Italien), das Pariser CIEC-Übereinkommen zur Erleichterung der Eheschließung im Ausland v. 10. September 1964; das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht v. 24. 10. 1956 und das Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht v. 2. 10. 1973; das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen v. 5. 10. 1961; das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutze von Kindern v. 19.10.1996 ist noch nicht in Kraft getreten.

¹¹⁶ Vgl. z. B. das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen v. 25. 10. 1980.

¹¹⁷ Mit der in familienrechtlichen Fragen häufig vorgesehenen Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. z. B. Art. 18, 19 Abs. 1 S. 1, 21 EGBGB, Art. 2 MSA) ändert sich das anzuwendende Recht, wenn der gewöhnliche Aufenthalt von einer Rechtsordnung in eine andere verlegt wird.

ren Mitglieder aus unterschiedlichen Rechtskulturen kommen, einer Rechtsordnung eines nur von ihnen unterworfen wird¹¹⁸.

Dies alles legt die Frage nahe, ob nicht – wenigstens innerhalb Europas – eine Rechtsangleichung auch im Familienrecht angestrebt werden sollte¹¹⁹. Dies ist gestern hier auch bereits mehrfach angesprochen worden. Sicherlich eignen sich nicht alle Bereiche des Familienrechts gleichermaßen. Das relativ emotionsfreie Güterrecht ist – wie Herr Kollege Henrich vorgeschlagen hat – sicherlich ein besonders geeignetes Gebiet, insbesondere wenn die Angleichung durch Einführung von Wahlgüterständen, also lediglich durch das zur Verfügungstellen eines Regelungsrahmens vorangetrieben wird. Die Veröffentlichungen zur Harmonisierung des Familienrechts sind – ganz im Gegensatz zu den Publikationen zur Rechtsangleichung im Schuldrecht – noch sehr übersichtlich (im Lorientischen Sinne). Allerdings gibt es vielfältige Ansätze z. B. durch die europäische Menschenrechtskonvention mit Europarat und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, durch das Europäische Parlament und nunmehr auch die Europäische Menschenrechtscharta. Schließlich ist der Europäische Gerichtshof in Luxemburg zu nennen, der jedenfalls bereits für die Transliteration von Familiennamen seine Zuständigkeit angenommen hat. Aufgrund der beschränkten Zuständigkeit oder Handlungsmöglichkeiten ergibt sich bisher allerdings institutionell allenfalls *patchwork*. Der Wissenschaft dürfte der „große Wurf“ eines europäischen Familienrechts überlassen bleiben. Ein anderer Vorschlag¹²⁰ geht dahin, vergleichbar dem UN-Kaufrecht, insbesondere für gemischt-nationale Familien transnationales Recht zu schaffen, also eine eigene Familienrechtsordnung, die bei entsprechendem Sachverhalten oder entsprechender Rechtswahl von den Gerichten aller Staaten der EU angewandt werden soll. Allerdings ist auch hier Skepsis angezeigt. Hier wie auch bei der Rechtsangleichung scheint mir die größte Schwierigkeit darin zu liegen, mit wörtlich übereinstimmenden Regelungen und Begriffen auch eine gleiche Rechtsanwendung zu erreichen. Beispielsweise sehen auch gegenwärtig schon das französische Recht ebenso wie das deutsche bei der einseitig begehrten Scheidung eine Härteklausele vor. Die französischen Gerichte wenden diesen Art. 240 CC bereits dann zur Verhinderung einer Scheidung an, wenn die geschiedene Frau eine gesellschaftliche Diskriminierung zu fürchten hat¹²¹, während § 1568 BGB selbst bei subjektiver Selbstmordgefahr eine Scheidung nicht hindern kann¹²². Auch der spektakuläre Kindesrückentführungsfall (Tiemann) zeigte, dass trotz der konkret sehr ähnlichen Regelungen das Verständnis für die getroffenen Entscheidungen den Richtern des anderen Staates völlig fehlte. So ist kaum nachzuvollziehen, wie ein französisches Gericht die deutsche Entscheidung, mit der dem Vater das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder übertragen worden war, als eine völlige Entrechtung der Mutter und damit nach französischem *ordre*

¹¹⁸ Beim Ehwirkungsstatut wird dies abgeschwächt durch eine – allerdings nur sehr begrenzt – bestehende Rechtswahlmöglichkeit: Art. 14 Abs. 3 EGBGB.

¹¹⁹ Dazu *Boele-Woelki*, *The Roads towards European Family Law*, Bd. 1.1. *Electronic Journal of Comparative Law*, November 1997.

¹²⁰ *DeGroot*, *op weg naar een europeen personen-en familienrecht? ars aequi* 1995, Bd. 44, Nr. 1, S. 32 ff.

¹²¹ *Perpignan*, D. 1984 Jur. 520.

¹²² BGH, NJW 1981, 2008.

public nicht anzuerkennende Entscheidung einstufen konnte. Notwendig erscheint es daher, in aller erster Linie das Verständnis für andere Rechtsordnungen und Rechtskulturen zu wecken und zu fördern. Ich hoffe, mit meinem Beitrag dazu ein klein wenig beigetragen zu haben. Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit.