

Zehnte Ernst-Rabel-Vorlesung, 2006

Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht

Von INGEBORG SCHWENZER, Basel*

Inhaltsübersicht

<i>A. Einleitung</i>	706
<i>I. Ausgangslage</i>	706
<i>II. Wertewandel und soziodemographische Veränderungen</i>	707
<i>III. Reformen des Familienrechts</i>	708
<i>B. Aufgaben eines modernen Familienrechts</i>	711
<i>I. Prinzip der Nichteinmischung</i>	711
<i>II. Einfordern von Verantwortung</i>	711

* Dem Gedächtnis von Ernst Rabel, dem Gründungsdirektor des Kaiser-Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, des heutigen Max-Planck-Instituts, ist eine Vortragsreihe gewidmet, die im Jahre 1988 ins Leben gerufen wurde. Die Beiträge greifen aktuelle und grundlegende Themen aus den Arbeitsgebieten Ernst Rabels und des Instituts auf. Eine Stiftung von Herrn Frederick Karl Rabel (Bethesda, Maryland), des Sohnes von Ernst Rabel, sowie die Unterstützung durch den Verein der »Freunde des Hamburger Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht e.V.« ermöglichen es dem Institut, diese Vortragsreihe zu veranstalten.

Die zehnte Ernst-Rabel-Vorlesung wurde am 20. 11. 2006 im Institut gehalten. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten. Der Text wurde für die Drucklegung vor allem in den Nachweisen aktualisiert. Der vorliegende Beitrag fasst die wesentlichen Gedanken des von der Verfasserin publizierten »Model Family Code« (Intersentia, 2006) zusammen. Für wertvolle Unterstützung dankt die Verfasserin Frau Mariel Dimsey, LL.M., Lawyer (NSW, Australien).

Abgekürzt werden zitiert: Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen, Familienrecht⁵ (2006); Alexander Lüderitz/Nina Dethloff, Familienrecht²⁸ (2007); Ingeborg Schwenzer, Model Family Code – From a Global Perspective (2006) (zitiert: Schwenzer, Model Family Code).

<i>III. Vorrang des Kindeswohls</i>	712
<i>C. Ausgestaltung eines modernen Familienrechts</i>	712
<i>I. Partnerschaften</i>	712
1. <i>Abkehr von einem statusorientierten Denken</i>	712
2. <i>Regelung der Ehe</i>	714
3. <i>Finanzielle Folgen der Auflösung von Partnerschaften</i>	715
a) <i>Ausgangslage</i>	716
b) <i>Ausgleich partnerschaftsbedingter Vor- und Nachteile</i>	718
c) <i>Art und Weise des Ausgleichs</i>	719
<i>II. Kindschaftsrecht</i>	720
1. <i>Allgemeine Fragen</i>	720
2. <i>Rechtliche Elternschaft</i>	721
a) <i>Ausgangslage</i>	721
b) <i>Intentionale Elternschaft</i>	722
c) <i>Adoption</i>	723
3. <i>Elterliche Verantwortung</i>	724
4. <i>Kindes- und Verwandtenunterhalt</i>	726
<i>D. Schlussbetrachtung</i>	727
<i>Summary: Principles of a Modern Family Law from a Comparative Perspective</i>	728

A. Einleitung

I. Ausgangslage

Bis weit in die Mitte des 20. Jahrhunderts war das Familienrecht in allen westlichen Industriestaaten ausgeprägt statusorientiert. Die Ehe als das einzige anerkannte rechtliche Familienverhältnis dominierte nicht allein die Rechtsbeziehungen zwischen Mann und Frau, sondern auch jene zwischen Eltern und Kindern.

Nichteheliches Zusammenleben war teilweise – so in einigen Schweizer Kantonen¹ – noch bis zum Ende des 20. Jahrhunderts unter Strafe gestellt. Bis heute zieht es in vielen Rechtsordnungen keine familienrechtlichen Konsequenzen nach sich, sondern wird den allgemeinen sachen- und obligationsrechtlichen Regelungen unterstellt.

Das Ehrerecht selbst war darauf ausgerichtet, die Institution der Ehe zu schützen. Rigithe Eheverbote sicherten den moralischen Anspruch an die Ehe. Das Scheidungsrecht hatte zum Ziel, die Auflösung von Ehen zu verhindern. Jegliche Dispositionsbefugnis der Ehegatten über ihre Ehe wurde verneint. Scheidung erschien allenfalls als Sanktion gegen den Ehegatten, der seine ehelichen Pflichten verletzt hatte.

¹ Z. B. Zürich: 1972; Wallis: 1995. Vgl. für einen rechtsvergleichenden Überblick *Ingeborg Schwenzer, Restitution of Benefits in Family Relationships*, in: Int. Enc. Comp. L. X: Restitution – Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio (1997) Kap. 12, Nr. 3 (zitiert: Restitution).

Auch das Kindschaftsrecht wurde bis in die jüngste Vergangenheit für den Ehe-Institutionenschutz instrumentalisiert. Mit der Ausgrenzung der nichtehelichen Kinder – wie sie in extremis in Begriffen wie »*filius nullius*«² oder Bestimmungen wie »*La recherche de la paternité est interdite*«³ zum Ausdruck kam – wurden Mütter und ihre Kinder für außereheliche Geschlechtskontakte bestraft.

Fasst man diese Charakteristika zusammen, so scheint sich zunächst das Bild von fehlender Freiheit aufzudrängen. Gesellschaftliche Realität und rechtliche Regelung ließen keinen Raum für die Wahl individueller Lebensformen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, dass Freiheit und Unfreiheit in diesem Bereich eine deutliche Geschlechtskonnotation aufwiesen. Nur die Ehe verpflichtete den Mann zur Übernahme von Verantwortung sowohl gegenüber der Frau als auch gegenüber den Kindern und sicherte ihm gleichzeitig den Anspruch auf die während der Ehe geborenen Kinder. Außereheliche Beziehungen zogen hingegen grundsätzlich allenfalls Unterhaltsleistungen gegenüber dem Kind nach sich. Mit anderen Worten: Das scheinbare Modell der mangelnden Wahlfreiheit entpuppt sich als sein Gegenteil, nämlich die Wahlfreiheit, für eigenes Verhalten Verantwortung zu übernehmen – Ehe oder nicht – Nicht-Ehe.

II. Wertewandel und soziodemographische Veränderungen

Seit den 1960er Jahren hat nunmehr ein tiefgreifender, das gesamte Familienrecht umwälzender Wertewandel stattgefunden. Die hierfür kennzeichnenden Stichworte sind einerseits »Säkularisierung«, womit die Institution der Ehe ihre das gesamte Familienrecht prägende Rolle eingebüßt hat, und andererseits »Emanzipation«, zunächst als Gleichstellung von Frau und Mann, sodann aber auch in den 1990er Jahren als Herauswachsen des Kindes aus der Objekt- und Hineinwachsen in die Subjektstellung.

Dieser Wertewandel hat tiefgreifende soziodemographische Veränderungen nach sich gezogen, die hinlänglich bekannt und ausführlich diskutiert worden sind. Es seien hier schlagwortartig nur genannt: die Zunahme nichtehelicher Geburten⁴ und nichtehelicher Lebensgemeinschaften⁵, der

² Vgl. *William Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England*⁴ (1770) Book 1, S. 459; *Graham Douthwaite*, *Unmarried Couples and the Law* (1979) 112; *Stephen M. Cretney*, *Family Law in the 20th Century* (2003) 546; *John H. Baker*, *An Introduction to English Legal History*⁴ (2002) 400.

³ Frankreich: Art. 340 Code civil (C.c.) i.d.F. bis 1970.

⁴ Australien: 31,6% (2003), vgl. <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/apcity/unpan022702.pdf>>, zuletzt besucht am 17. 1. 2007; EU: ca. 33,3% (2004), vgl. EuroStat news release 59/2006–12. 5. 2006, <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/pls/portal/docs/page/pgp_prd_cat_prerel/pge_cat_prerel_year_2006/pge_cat_prerel_year_2006_month_05/3-12052006-en-ap.pdf>, zuletzt besucht am 8. 1. 2007; Deutschland: 28% (2004),

rapide Anstieg der Scheidungsziffer – in vielen Staaten inzwischen auf nahezu 50%⁶ – und in jüngster Zeit das »coming out« gleichgeschlechtlich orientierter Personen und ihre zunehmende Einforderung von Rechtsstrukturen. Insgesamt wurde diese Entwicklung in der soziologischen Forschung oft als »Pluralisierung der Lebensformen« bezeichnet. Hinzu treten Veränderungen im Gefolge moderner medizinisch-biologischer Entwicklungen wie insbesondere im Bereich der Fortpflanzungsmedizin.

III. Reformen des Familienrechts

Die einzelstaatlichen Gesetzgeber haben diesen soziodemographischen Veränderungen seit Ende der 1960er Jahre durch grundlegende Reformen des Familienrechts Rechnung getragen.

Revidiert wurde zunächst überall das Scheidungsrecht⁷. In manchen Staaten – wie etwa Italien⁸ und in jüngerer Zeit Irland⁹ – wurde Scheidung

vgl. EuroStat, a.a.O.; Frankreich: 45% (2004), vgl. EuroStat, a.a.O.; *Xavier Tracol*, The Pacte civil de solidarité (PACS), in: Legal Recognition of Same-Sex Couples in Europe, hrsg. von *Boele-Woelki/Fuchs* (2003) 68 (69) (European Family Law Series, 1) (zitiert: Same-Sex Couples); Schweden: 50% (2001), vgl. *Caroline Sörgjer*, Neutrality, The Death or the Revival of the Traditional Family?, in: Common Core and Better Law in European Family Law, hrsg. von *Boele-Woelki* (2005) 335 (340) (European Family Law Series, 10) (zitiert: Common Core); auch <<http://www.unece.org/stats/trends2005/family.htm>>, zuletzt besucht am 18. 1. 2007.

⁵ Besonders in den skandinavischen Ländern liegt die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften bei nahezu 70%, vgl. allgemein *Sörgjer* (vorige Note) 339ff.; *Maarit Jänterä-Jareborg/Caroline Sörgjer*, The Experiences with Registered Partnership in Scandinavia: Die Praxis des Familienrechts 2004, 577 (587ff.). Vgl. auch Frankreich: ca. 2,1 Millionen Paare (2002), vgl. *Tracol* (vorige Note) 68; Niederlande: ca. 1,4 Millionen Paare (2001), vgl. *Katharina Boele-Woelki*, Registered Partnerships and Same-Sex Marriage in the Netherlands, in: Same Sex Couples (vorige Note) 41.

⁶ EU-weit: fast jede zweite Ehe im Jahre 2004, vgl. EuroStat (oben N. 4); Deutschland: ca. 42% (2004), vgl. <http://www.bib-demographie.de/info/info_lage2005.html>, zuletzt besucht am 12. 2. 2007; Schweiz: 44% (2004), vgl. <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/news/publikationen.Document.76586.pdf>>, S. 6, zuletzt besucht am 12. 2. 2007.

⁷ Vgl. nur Belgien: Loi du 20 mai 1997 modifiant le Code judiciaire et le Code civil en ce qui concerne les procédures de divorce; Deutschland: Eherechtsreformgesetz vom 14. 6. 1976 (BGBl. I 1421); England: Matrimonial Causes Act 1973; Frankreich: Loi no. 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, Loi no. 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce; Kanada: vgl. *Irving/Benjamin*, Child Custody Disputes, Family Mediation, and Proposed Reform of the Divorce Act: Can.Fam.L.Q. 16 (1998/99) 413 (416ff.); Schweiz: Bundesgesetz vom 26. 6. 1998 über die Änderung des ZGB (Personenstand, Eheschließung, Scheidung etc., AS 1999 S. 1118 [in Kraft seit 1. 1. 2000]); USA: Uniform Marriage and Divorce Act, vgl. auch *American Law Institute*, Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations (2002) (zitiert: ALI Principles).

⁸ Die Scheidung wurde erst am 1. 12. 1970 durch den Codice Civile in Italien ermöglicht; vgl. dazu *Katharina Boele-Woelki/Bente Braat/Ian Sumner*, in: European Family Law in Action, I: Grounds for Divorce, hrsg. von *dens.* (2003) 6 (41ff.) (European Family Law Series, 2);

überhaupt erstmals ermöglicht. In anderen Staaten ging es vorrangig einerseits um die Abschaffung des Verschuldensprinzips und andererseits um eine generelle Erleichterung der Ehescheidung bis hin zur reinen Konsensualscheidung. Änderungen im materiellen Recht wurden flankiert durch solche im Prozessrecht, vielerorts gipfeln in der Möglichkeit der Administrativscheidung¹⁰. Verschuldensgesichtspunkte verloren auch ihre Relevanz im Scheidungsfolgenrecht, das sich in vielen Ländern zunehmend an der real gelebten Beziehung orientiert.

Im Kinderschaftsrecht¹¹ galt es, die Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder zu verwirklichen und die Situation von Kindern nach Scheidung und in sog. Patchwork-Familien zu bewältigen. Die zunehmende Sensibilisierung für die kindlichen Bedürfnisse und die Bedeutung des Kindeswohls erforderten ein Überdenken des Verhältnisses von biologischer und rechtlicher Elternschaft auf der einen und sozialer Elternschaft auf der anderen Seite. Auch die vielfältigen Möglichkeiten moderner Fortpflanzungsmedizin hinterließen ihre Spuren im Kinderschaftsrecht¹². Die Anerkennung

Masha Antokolskaia, Harmonisation of Family Law in Europe, A Historical Perspective (2006) 343ff.

⁹ Die Scheidung wurde erst 1997 durch den Family Law (Divorce) Act 1996 in Irland ermöglicht, vgl. dazu *Antokolskaia* (vorige Note) 347ff.

¹⁰ Vgl. Australien (divorce by post): sec. 98A Family Law Act 1975 (FLA); Dänemark: § 42 Lov om ægteskabs (Ægteskabslov) vom 25. 6. 1996; England (undefended divorce): sec. 1(2)(d) Matrimonial Causes Act 1973; USA (summary dissolution): § 2400 Family Code (Kalifornien) (in anderen US-Staaten besteht die Möglichkeit einer Administrativscheidung lediglich aufgrund von case law); Deutschland: § 143 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG-E) vom 14. 2. 2006; Niederlande (flitsscheidung): Artt. 1:149, 1:77a BW; Norwegen (administratives Verfahren): Kap. 5 Lov om ekteskap vom 4. 7. 1991 (in Kraft seit 1. 1. 1993); Schweden: Kap. 14 Äktenskapsbalk (1987:230) in Kraft seit 1. 1. 1988 (geändert 1. 7. 2000); Spanien: Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Vgl. dazu auch *Ingeborg Schwenzer, Registerscheidung?*, in: FS Henrich (2000) 533 (534ff).

¹¹ Grundlegende Reformen gab es u.a. in Belgien: Titre VII du Livre I du Code civil, geändert am 20. 10. 2005, Loi de 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption, Loi de 24 avril 2003 réformant l'adoption; Dänemark: Børnelov vom 7. 6. 2001 (Änderungen 2007: noch nicht in Kraft); Deutschland: Kinderschaftsrechtsreformgesetz vom 16. 12. 1997 (BGBl. I 2942); England: Children Act 1989, Adoption and Children Act 2002; Frankreich: Ordonnance no. 2005-759 du 4 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006, Loi no. 2002-305 du 4 mars 2002, Loi no. 72-3 du 3 janvier 1972; Kanada: Children's Law Reform Act 1990; Österreich: Kinderschaftsrechts-Änderungsgesetz, in Kraft seit 1. 7. 2001; Niederlande: Wet van tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie vom 24. 12. 1997; Serbien: Porodični zakon [Familiengesetz], in Kraft seit 1. 7. 2005; USA: Uniform Parentage Act 2000 (Amendments 2002).

¹² Vgl. Dänemark: Lov om kunstig befrugtning vom 10. 6. 1997 (geändert 2006); Deutschland: Embryonenenschutzgesetz vom 13. 12. 1990 (BGBl. I 2746); England: Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Human Fertilisation and Embryology Authority (Disclosure of Donor Information) Regulations 2004; Kanada: Assisted Human Reproduction Act 2004; Niederlande: Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting vom 1. 6. 2004; Österreich: Fort-

der Rechte des Kindes, wie sie in der UN-Kinderrechtskonvention¹³ gipfelte, brachte schließlich weitere Veränderungen mit sich.

Vorsichtige erste rechtliche Veränderungen sind auch im Bereich des Zusammenlebens außerhalb der traditionellen Ehe zu registrieren. Während bislang allerdings nur wenige Gesetzgeber dazu übergegangen sind, heterosexuelle nichteheliche Lebensgemeinschaften in weiten Bereichen oder auch nur bezüglich einzelner Fragen Ehen gleichzustellen¹⁴, hat sich im Bereich der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften nachgerade eine Revolution vollzogen: Immer mehr Staaten stellen inzwischen Gleichgeschlechtlichen ein weitgehend an die Ehe angenähertes Rechtsinstitut zur Verfügung¹⁵; einige haben sogar die Ehe für Gleichgeschlechtliche geöffnet¹⁶.

pflanzungsmäßiggesetz vom 4. 6. 1992; Schweden: Lag om befruktning utanför kroppen 1988:711 (in Kraft seit 1. 1. 1989); Schweiz: Fortpflanzungsmäßiggesetz von 1988 (in Kraft seit 1. 1. 2001); USA: Uniform Status of Children of Assisted Conception Act 1988.

¹³ Übereinkommen über die Rechte des Kindes/Convention on the Rights of the Child/Convention relative aux droits de l'enfant, BGBl. 1992 II 122 (zitiert: UN-Kinderrechtskonvention).

¹⁴ Vgl. Australien: Property (Relationships) Act 1984 (New South Wales) Part IX: Property Law Act 1958 (Victoria); Kanada: sec. 29 Family Law Act (Ontario), Art. 521.1 Civil Code (Quebec); Neuseeland: Property (Relationships) Act 1976; Niederlande: Art. 1:80a-g BW; Frankreich: Code civil: Livre 1 – Des personnes – Titre XII – Loi no. 99–944 relative du pacte civil de solidarité et du concubinage (»PACS«) vom 15. 11. 1999; Schweden: Lag om sambors gemensamma hem (Sambolag) vom 14. 5. 1987 (geändert 2002); Spanien (Katalonien): Ley 10/1998, de 15 de julio de uniones estables de pareja (Diario Oficial de la Generallitat de Catalunya [DOGC] Nr. 2687 vom 23. 7. 1998).

¹⁵ Vgl. Dänemark: Lov om registreret partnerskab vom 7. 6. 1989 (geändert 2005); Deutschland: Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz – LPartG) vom 16. 2. 2001 (BGBl. I 266); England: Civil Partnership Act 2004; Finnland: Laki rekisteröidystä parisuhteesta [Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft] vom 9. 11. 2001; Frankreich: Loi relative au pacte civil de solidarité; Frédérique Ferrand, Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften in Frankreich, in: Die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Lebensgemeinschaften, hrsg. von Basedow/Hopt/Kötz/Dopffel (2000) 113 (130ff.) (zitiert: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften); Island: Lög um staðfesta samvist [Gesetz über die eingetragene Lebenspartnerschaft] vom 12. 6. 1996 (geändert 2000); Niederlande: Art. 1:80 a-g BW; dazu Antokolskaia (oben N. 8) 291ff.; Norwegen: Lov om registrert partnerskap vom 30. 4. 1993 (geändert 2001); Schweden: Lag om registrerat partnerskap vom 23. 6. 1994 (geändert 2002); Schweiz: Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare vom 18. 6. 2004 (in Kraft seit 1. 1. 2007); Slowenien: Zakon o registraciji istospolne partnerske skupnosti [Gesetz über die Registrierung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft] vom 22. 6. 2005; Tschechien: Zákon o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů [Gesetz über die registrierte Partnerschaft] vom 16. 12. 2005 (in Kraft seit 1. 7. 2006); USA: Act Relating to Civil Unions 2000 (Vermont), Civil Union Law 2005 (Connecticut), Domestic Partnership Act 2004 (New Jersey), dazu H. D. Krause, U. S. American Law on Same-Sex Marriage, in: Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften (diese Note) 187 (188ff.).

¹⁶ Vgl. Belgien: Art. 143 C.c.; Kanada: Art. 2 Civil Marriage Act 2005; Niederlande: Art. 1:30 BW; Spanien: Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; Südafrika: ab Dezember 2006 nach den Entschei-

B. Aufgaben eines modernen Familienrechts

Betrachtet man diese internationalen Entwicklungen des Familienrechts in den letzten 40 Jahren, so wird deutlich, dass Familienrecht einen fundamentalen Bedeutungswandel durchgemacht hat. Das ehemalige, wenngleich auch nicht offen ausgesprochene Ziel des Familienrechts, sowohl die Institution der Ehe als auch die ehemännliche Vormachtstellung abzusichern, kann kaum mehr als legitime Grundlage rechtlicher Regelung in diesem Bereich angesehen werden. Vielmehr gilt es, vor dem Hintergrund des Wertewandels und der veränderten soziodemographischen Entwicklungen die Aufgaben des Familienrechts neu zu definieren. Aus der Rechtsvergleichung namentlich mit Rechtsordnungen des angloamerikanischen Rechtskreises können dabei drei Grundprinzipien abgeleitet werden.

I. Prinzip der Nichteinmischung

Das erste Prinzip ist das der Nichteinmischung in private Lebensbereiche. Wo immer Menschen in der Lage sind, ihre persönlichen Angelegenheiten selbst zu regeln und Probleme auch unter Beachtung des Kindeswohls zu lösen, hat das Recht in diesen Beziehungen nichts zu suchen. Es kann nicht die Aufgabe eines säkularisierten Familienrechts sein, den Bürgerinnen und Bürgern bestimmte Lebensformen vorzuschreiben, und sei es nur dadurch, dass die einen gegenüber den anderen privilegiert werden. Allein dies entspricht der in so vielen anderen Bereichen des Privatrechts fest verankerten Parteiautonomie und Vertragsfreiheit.

II. Einfordern von Verantwortung

Wie in anderen Bereichen des Privatrechts hat das Familienrecht jedoch dann auf den Plan zu treten, wo einverständliche Regelungen nicht mehr möglich sind, wo die Parteien an die Grenzen ihrer eigenen Möglichkeiten zur Konfliktbewältigung stoßen. Hier muss das zweite Prinzip eingreifen. Es gilt, Verantwortung für gelebte Wirklichkeit jenseits von rechtlichen Hülsen einzufordern. Es kann nicht angehen, dass – anders als in anderen Bereichen des Privatrechts – ein Partner sich von den Konsequenzen seines eigenen Verhaltens einfach dadurch gewissermaßen freizeichnet, dass er

dungen *Lesbian and Gay Equality Project and Eighteen Others v. Minister of Home Affairs and Others*, Constitutional Court of South Africa, case CCT 10/05 sowie *Minister of Home Affairs and Another v. Fourie and Another*, Constitutional Court of South Africa, case CCT 60/04, beide vom 1.12. 2005; USA: Bundesstaat Massachusetts, vgl. *Goodridge v. Dept. of Public Health*, 798 N.E.2d 941 (Mass. 2003).

eine Ehe nicht eingeht. Auch das Familienrecht muss sich grundlegenden Rechtssätzen wie dem Verbot des *venire contra factum proprium* öffnen.

III. Vorrang des Kindeswohls

Schließlich ist als drittes Prinzip der Vorrang des Kindeswohls zu beachten. Familienrecht hat den Schutz der nachwachsenden Generation sicherzustellen, wo dieser nicht durch die hierfür primär zuständigen erwachsenen Personen gewährleistet erscheint. Dies betrifft zuvorderst die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, wo Interessen der Eltern unter Umständen hinter denen des Kindes zurückzustehen haben. Der Vorrang des Kindeswohls kann aber auch Auswirkungen auf die Ausgestaltung der Beziehung zwischen Partnern haben, z.B. dort, wo es um die Regelung der finanziellen Folgen nach Auflösung von Partnerschaften geht.

C. Ausgestaltung eines modernen Familienrechts

Wie könnten nun die Grundlinien eines modernen Familienrechts, das auf diesen drei Prinzipien aufbaut, aussehen? Entsprechend der gängigen Einteilung – herkömmlich: Ehrerecht und Kindschaftsrecht – soll im Folgenden zwischen dem Recht der Partnerschaften und jenem zwischen Eltern und Kindern differenziert werden.

I. Partnerschaften

1. Abkehr von einem statusorientierten Denken

Es kann kaum zweifelhaft sein, dass ein modernes Familienrecht Rechtsfolgen statusunabhängig anknüpfen muss. Allein dies entspricht dem Verantwortungsprinzip. Dementsprechend werden bereits heute in einigen Rechtsordnungen, wie insbesondere in Kanada¹⁷, Australien¹⁸ und Neuseeland¹⁹, Ehen und nichteheliche Lebensgemeinschaften bezüglich zentraler Rechtsfolgen gleich behandelt, vor allem, wo es um die finanziellen Folgen der Auflösung von Partnerschaften geht²⁰.

¹⁷ Vgl. Modernisation of Benefits and Obligations Act 2000.

¹⁸ Vgl. z.B. Domestic Relationships Act 1994 (Australian Capital Territory); Property (Relationships) Act 1984 (New South Wales); Part 19: Property Law Act 1974 (Queensland).

¹⁹ Vgl. Property (Relationships) Act 1976.

²⁰ Auch in England wird derzeit über eine Regelung nachgedacht, vgl. *Nigel Lowe/Gillian Douglas, Bromley's Family Law*¹⁰ (2007) 171 ff.

Folgt man diesem Ausgangspunkt, so stellen sich allerdings zwei grundlegende Fragen. Zum einen: Braucht es in einem statusunabhängigen Familienrecht überhaupt noch Rechtsregeln für die Ehe oder sollte man dies nicht kirchlichem Recht und den Sitten überlassen? Und zum anderen: Wie können Lebensgemeinschaften, für die das Verantwortungsprinzip gilt, von anderen Beziehungen, wie z. B. bloßen Wohngemeinschaften oder Freundschaften, abgrenzt werden?

Was die erste Frage betrifft, so müsste man aus rein logischen Überlegungen heraus eigentlich auf eine rechtliche Regelung der Ehe verzichten, wenn aus ihr – vielleicht abgesehen von der Möglichkeit, einen gemeinsamen Ehenamen zu wählen – keine besonderen privatrechtlichen Konsequenzen mehr abgeleitet werden. So weit ist bislang freilich kein nationaler Gesetzgeber gegangen. Und zwar zu Recht. Nach wie vor ist es vielen Menschen ein großes Bedürfnis, ihrer Beziehung durch einen Rechtsakt und die dadurch erfolgte förmliche Anerkennung durch die staatliche Gemeinschaft ein besonderes Gewicht zu verleihen. Dies macht auch die Forderung vieler gleichgeschlechtlicher Paare nach einer Öffnung der Ehe deutlich. Gerade auch das Prinzip der Nichteinmischung gebietet es, diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen und Personen, die dies wünschen, das Institut der Ehe als Rechtsinstitut weiterhin bereitzuhalten.

Was die Frage der Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Ehen angeht, so muss als entscheidend auch hier die gegenseitige Übernahme von Verantwortung und ein darauf gegründetes berechtigtes Vertrauen angesehen werden, wie es bei Ehen vermutet werden kann und darf. Hierfür ist grundsätzlich eine gewisse Beständigkeit erforderlich. Die meisten Rechtsordnungen²¹ verlangen insoweit eine Dauer der Beziehung von ca. zwei bis drei Jahren. Eine derartige Frist ist indes nicht erforderlich, wo die Gefahr besteht, dass ein Partner bereits zu einem früheren Zeitpunkt gravierende Nachteile erlitten hat, sei es, dass ein gemeinsames Kind vorhanden ist oder ein Partner erhebliche Beiträge zugunsten des anderen Partners oder der Gemeinschaft geleistet hat²².

Dass die Bestimmung der Permanenz einer Beziehung eine durchaus zu bewältigende Aufgabe darstellt, zeigt insbesondere die Erfahrung in Neuseeland. Den Gerichten wird hier ein weites Ermessen eingeräumt, indem sie auf eine ganze Reihe von Kriterien zur Bestimmung, ob eine rechtsrelevante Partnerschaft anzunehmen ist, verwiesen werden. Hierzu gehören die

²¹ Australien: sec. 12(1) Domestic Relationships Act 1994 (Australian Capital Territory): 2 Jahre, sec. 17(1) Property (Relationships) Act 1984 (New South Wales): 2 Jahre; Neuseeland: sec. 2E Property (Relationships) Act 1976: 3 Jahre; Kanada: sec. 1 Family Relations Act (British Columbia): 2 Jahre, sec. 35 Family Law Act (Newfoundland/Labrador): 2 Jahre, sec. 2(1) Family Property Act (Saskatchewan): 2 Jahre.

²² Australien: sec. 12(2) Domestic Relationships Act 1994 (Australian Capital Territory); Neuseeland: sec. 14A Property (Relationships) Act 1976.

Dauer der Beziehung, Art und Weise des Zusammenlebens und der Lebensgestaltung, das Vorhandensein einer sexuellen Beziehung, Erwerb und Nutzung von Eigentum, die Verrichtung von häuslichen Pflichten sowie schließlich das Auftreten des Paares nach außen²³.

2. Regelung der Ehe

Hält man am Rechtsinstitut der Ehe fest, so ergeben sich in einem modernen Familienrecht auch insoweit eine Reihe von Änderungen namentlich im Vergleich zu vielen in den Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises vorgefundene Lösungen.

Aus dem Prinzip der Nichteinmischung ist zunächst die Öffnung der Ehe für Gleichgeschlechtliche abzuleiten, wie dies zuerst in den Niederlanden²⁴, inzwischen aber auch in Belgien,²⁵ Spanien²⁶, Kanada²⁷ und einzelnen US-Bundesstaaten²⁸ erfolgt ist. Gleichzeitig bedingt das Prinzip der Nichteinmischung ein weitgehendes Zurückfahren von Ehehindernissen, wie es in praktisch allen Rechtsordnungen in den letzten Jahrzehnten zu verzeichnen war²⁹. Nur an gewissen Ehehindernissen, die allen Rechtsordnungen des westlichen Kulturreiches gemeinsam sind, wird man festhalten wollen, wie insbesondere den Verboten der Kinderehe³⁰, der Mehrfachehe³¹ und der inzestuösen Verbindung³².

Weitere Änderungen ergeben sich auch im Bereich der Scheidung. Gibt man den Gedanken auf, dass das Familienrecht die Aufgabe hat, die überpersonelle Institution der Ehe zu schützen, so folgt aus dem Prinzip der Nichteinmischung zwangsläufig die Befugnis der Ehegatten, frei über den Fort-

²³ Sec. 2D(2) Property (Relationships) Act 1976.

²⁴ Art. 1:30 I BW.

²⁵ Art. 143 C.c.

²⁶ Art. 44 Código Civil, Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio; vgl. auch *Cristina González Beifuss*, Gleichgeschlechtliche Ehen und Blitzscheidung im neuen spanischen Familienrecht: Die Praxis des Familienrechts 2006, 878 (879ff.).

²⁷ Sec. 2 Civil Marriage Act 2005.

²⁸ Bundesstaat Massachusetts, vgl. *Goodridge v. Dept. of Public Health* (oben N. 16) 941.

²⁹ Vgl. allgemein *Dagmar Coester-Waltjen/Michael Coester*, Formation of Marriage, in: Int. Enc. Comp. L. IV: Persons and Family (1997) Kap. 3, Nr. 3–17 bis 3–20.

³⁰ Vgl. *Coester-Waltjen/Coester* (vorige Note) Nr. 3–24ff.; vgl. nur u.a. Australien: sec. 23(1)(e) Marriage Act 1961; Deutschland: § 1303 BGB; England: sec. 11(a)(ii) Matrimonial Causes Act 1973; Neuseeland: secs. 17, 18 Marriage Act 1955; Niederlande: Art. 1:31(1) BW.

³¹ Vgl. *Coester-Waltjen/Coester* (oben N. 29) Nr. 3–40ff.; vgl. nur u.a. Australien: sec. 23(1)(a) Marriage Act 1961; Deutschland: § 1306 BGB; England: sec. 11(b) Matrimonial Causes Act 1973; Neuseeland: secs. 205, 206 Crimes Act 1961; Niederlande: Art. 1:33 BW.

³² Vgl. *Coester-Waltjen/Coester* (oben N. 29) Nr. 3–85ff.; vgl. nur u.a. Australien: sec. 23(1)(b), (2) Marriage Act 1961; Deutschland: § 1307 BGB; England: sec. 11(a)(i) Matrimonial Causes Act 1973; Kanada: sec. 2(2) Marriage (Prohibited Degrees) Act; Neuseeland: sec. 15 Marriage Act 1955; Niederlande: Art. 1:41 I BW.

bestand ihrer Ehe zu disponieren. Das Scheitern der Beziehung – ob gerichtlich festgestellt oder nach einer gewissen Zeit der Trennung vermutet – ist dafür nicht Voraussetzung. Allein der Wille, die Ehe nicht fortsetzen zu wollen, ist entscheidend und stellt den einzigen Scheidungsgrund dar³³. Dies gilt nicht nur bei Einverständnis der Ehegatten, sondern auch bei einem einseitigen Scheidungsbegehren. Das Verantwortungsprinzip kann nicht zu einem Zwang zur Aufrechterhaltung einer leeren Hülse herangezogen werden; ihm ist im Rahmen der Folgen der Auflösung von Partnerschaften Rechnung zu tragen. Allenfalls wird man in Fällen, in denen keine Einigung der Ehegatten über die Scheidung oder die Scheidungsfolgen besteht oder wo minderjährige Kinder betroffen sind, wie im schwedischen Recht³⁴, eine gewisse Überlegungsfrist befürworten können.

Ein derart verändertes materielles Scheidungsrecht zieht auch prozessuale Konsequenzen nach sich. Verabschiedet man sich vom Institutionenschutz, muss die Frage beantwortet werden, warum Ehen vor einer Verwaltungsbehörde geschlossen, aber nur von einem Gericht geschieden werden können³⁵. Die Antwort kann nur darin gefunden werden, dass eine gerichtliche Ehescheidung erforderlich sein sollte, wo potentielle Schutzbedürfnisse anderweitig nicht befriedigt werden können. Dementsprechend sehen inzwischen viele Rechtsordnungen in Fällen, in denen die Ehegatten in allen Punkten einig sind, keine Kinder vorhanden sind und die Ehe nur eine bestimmte Zeit gedauert hat, die eine oder andere Form eines Administrativverfahrens vor³⁶.

3. Finanzielle Folgen der Auflösung von Partnerschaften

Neben Regelungen zum vorläufigen Rechtsschutz, auf die aus Raumgründen hier nicht näher eingegangen werden soll, ist Kernstück eines Eherechts, wie auch weitergehend eines Partnerschaftsrechts, die Regelung der finanziellen Folgen bei Auflösung der Gemeinschaft. Vom Ausgangspunkt her unterscheiden sich hier die jeweiligen Rechtsordnungen nicht unerheblich.

³³ Vgl. Neuseeland: sec. 39 Family Proceedings Act 1980; Niederlande: Art. 1:151 BW; Schweden: Kap. 1, § 1 Äktenskapsbalken; Schweiz: Art. 111 ZGB.

³⁴ Vgl. Kap. 5, §§ 1, 2 Äktenskapsbalken; vgl. auch *Schwenzer*, Model Family Code Art. 1.10; *Katharina Boele-Woelki u. a.*, Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses (2004) Principle 1:5 (European Family Law Series, 7); *Boele-Woelki/Braat/Sumner* (oben N. 8) 97.

³⁵ Vgl. *Schwenzer*, Registerscheidung? (oben N. 10) 537–538.

³⁶ Vgl. Australien: sec. 98A Family Law Act; Dänemark: Kap. 4, § 42(2), Kap. 5, §§ 45, 49 und 54–56 *Ægteskabslov*; Deutschland: § 143 FamFG-E; England: sec. 1(2)(d) Matrimonial Causes Act 1973; USA: § 2400 Family Code (Kalifornien).

a) Ausgangslage

Für den Fall der Scheidung einer Ehe sehen die meisten Rechtsordnungen, namentlich der kontinentalen Rechtskreise, heute drei fein säuberlich getrennte Ausgleichsmechanismen vor: Güterrecht³⁷, nachehelichen Unterhalt³⁸ und vielfach – obgleich noch nicht in der Mehrheit der Rechtsordnungen verankert – Ausgleich von Versorgungsanwartschaften³⁹. Jeder Ausgleichsmechanismus unterliegt dabei seinen je eigenen Voraussetzungen und Bedingungen. Die dabei feststellbaren Unterschiede und Brüche sind oft nur auf historische Zufälligkeiten und zeitlich versetzte Reformen zurückzuführen und lassen sich meist nicht rational begründen. Widersprüche finden sich z. B. bei der Frage, ob Verschulden für den Ausgleich eine Rolle spielt⁴⁰, ob ein bestimmter Ausgleichsmechanismus einer Vereinbarung durch die Parteien zugänglich ist⁴¹, wie der Ausgleich durchzuführen ist, ob Geldleistungen als einmalige Abfindung oder periodisch geschuldet sind⁴², ob eine spätere Abänderung aufgrund veränderter Umstände möglich ist⁴³, oder welchen Einfluss eine spätere Eheschließung oder die Aufnahme einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den Ausgleichsanspruch hat⁴⁴.

Von diesen oftmals verwirrenden Systemen hebt sich das englische Recht

³⁷ Vgl. Dänemark: § 16 II *Ægteskabslov*; Deutschland: §§ 1363ff. BGB, dazu *Lüderitz/Dethloff* 89ff.; Frankreich: Artt. 267ff. C.c.; Niederlande: Artt. 1:93ff. BW; Norwegen: §§ 56ff. Lov om ekteskap; Österreich: §§ 81ff. Ehegesetz; Schweden: Kap. 11, 12 Äktenskapsbalken; Schweiz: Artt. 196ff. ZGB.

³⁸ Vgl. Dänemark: §§ 45ff. *Ægteskabslov*; Deutschland: §§ 1569ff. BGB, dazu *Lüderitz/Dethloff* 274ff., *Gernhuber/Coester-Waltjen* 291ff.; Frankreich: Artt. 270ff. C.c.; Niederlande: Artt. 1:157ff. BW; Norwegen: §§ 79ff. Lov om ekteskap; Österreich: §§ 66ff. Ehegesetz; Schweden: Kap. 6 Äktenskapsbalken; Schweiz: Art. 125 ZGB.

³⁹ Vgl. Deutschland: §§ 1587ff. BGB; England: Part II Matrimonial Causes Act 1973, geändert durch den Pensions Act 1995 sowie durch den Welfare Reform and Pensions Act 1999, *Brooks v. Brooks*, [1993] Fam. 322, [1993] 2 F.L.R. 491; Niederlande: Art. 1:155 BW; Norwegen: §§ 86ff. Lov om ekteskap; Schweiz: Artt. 122ff. ZGB. In Dänemark ist die Situation bezüglich Versorgungsanwartschaften zurzeit unklar, es wurde aber eine Gesetzesrevolutionskommission eingesetzt, um diese Frage zu analysieren.

⁴⁰ Vgl. Belgien: Artt. 301, 306, 307-*bis* C.c.; Deutschland: § 1579 Nr. 6 BGB; Frankreich: Loi no. 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce; Österreich: §§ 66ff. Ehegesetz; Schweiz: Art. 125 III ZGB.

⁴¹ Vgl. *Ingeborg Schwenzer*, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen: Die Praxis des Familienrechts 2005, 1 (2ff.).

⁴² Vgl. England: sec. 23(1) Matrimonial Causes Act 1973; Niederlande: Art. 1:157 BW; *Ingeborg Schwenzer*, Das clean break-Prinzip im nachehelichen Vermögensrecht: Die Praxis des Familienrechts 2000, 609 (611ff.) (zitiert Das clean break-Prinzip).

⁴³ Vgl. England: secs. 31, 31(7B) Matrimonial Causes Act 1973 (nur für periodisch geschuldete Geldleistungen), *Westbury v. Sampson*, [2001] EWCA Civ. 507, [2002] 1 F.L.R. 166; Frankreich: Art. 276-3 C.c.; Schweiz: Art. 129 ZGB.

⁴⁴ Vgl. Deutschland: § 1586 I BGB; Frankreich: Artt. 283, 285-1 C.c., Art. L 353-3 Code la sécurité sociale; Niederlande: Art. 1:160 BW; Norwegen: §§ 82, 88 Lov om ekteskap; Schweden: Kap. 6, § 11 Äktenskapsbalken; Schweiz: Art. 130 II ZGB, vgl. auch Familienrechtskommentar Scheidung (-Schwenzer), hrsg. von ders. (2005) Art. 130 ZGB Rn. 5; *Andrea*

und die mit ihm eng verbundenen Rechtsordnungen Australiens und Neuseelands durch wohltuende Schlichtheit ab. Das englische Recht kannte und kennt kein Ehegüterrecht. Anfänglich versuchte man dort, auf sachen- und obligationenrechtliche Institute zu rekurren, um einen Ausgleich bei Scheidung zu ermöglichen⁴⁵. Heute sieht das englische⁴⁶ – wie auch das australische⁴⁷ und neuseeländische⁴⁸ – Recht von Gesetzes wegen die Möglichkeit eines generellen finanziellen Ausgleichs bei Ehescheidung vor, der von einem weiten Ermessen des Gerichts geprägt ist.

Ausgleich nach Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften wird heute in nach wie vor statusorientierten Rechtsordnungen⁴⁹ allenfalls über sachen- und obligationenrechtliche Instrumente gewährt. In England⁵⁰ war es allerdings gerade das Fehlen eines Ehegüterrechts, das schon früh eine Gleichstellung von Ehen und nichtehelichen Lebensgemeinschaften ermöglichte. Echte Gleichstellung beim Vermögensausgleich aufgrund eines Gesetzes findet sich heute in Neuseeland⁵¹ sowie einigen australischen⁵² und kanadischen⁵³ Provinzen und Territorien.

Eine Gesamtlösung »Vermögensausgleich nach Auflösung von Partnerschaften« erscheint nach alledem die Wahl der Zukunft, werden damit doch nicht erklärbare Widersprüche und Ungereimtheiten vermieden und ein Instrumentarium geschaffen, das genügend Flexibilität besitzt, um der Plu-

Büchler/Heike Stegmann, Der Einfluss der nichtehelichen Lebensgemeinschaft auf den nachehelichen Unterhaltsanspruch: Die Praxis des Familienrechts 2004, 229 (230ff.)

⁴⁵ Vgl. Stephen Michael Cretney/Judith Masson/Rebecca J. Bailey-Harris, *Principles of Family Law*⁷ (2003) 341 ff.

⁴⁶ Secs. 23, 24, 25 Matrimonial Causes Act 1973.

⁴⁷ Secs. 75, 79 Family Law Act 1975.

⁴⁸ Part 4 Property (Relationships) Act 1976.

⁴⁹ Vgl. allgemein Schwenzer, Restitution (oben N. 1) Nr. 52ff. Vgl. für die Schweiz Sabine Aeschlimann, Financial Compensation upon the Ending of Informal Relationships, in: Common Core (oben N. 4) 243 (245ff.), Andrea Büchler, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: Familienvermögensrecht, hrsg. von Rumo-Jungo/Pichonnaz (2003) 80ff.; für Deutschland Lüderitz/Dethloff 221ff., Wendy Schrama, General Lessons for Europe Based on a Comparison of the Legal Status of Non-Martial Cohabitants in the Netherlands and Germany, in: Common Core (oben N. 4) 257 (271f.); für Frankreich Tracol (oben N. 4) 78.

⁵⁰ Vgl. Ingeborg Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung, Familienrecht im Wandel (1987) 178f.; Cretney/Masson/Bailey-Harris (oben N. 45) 102ff.; vgl. auch die Grundsatzentscheidung des House of Lords in *Pettitt v. Pettitt* (1970), A.C. 777, 813.

⁵¹ Part 4, sec. 11(1) Property (Relationships) Act 1976.

⁵² Vgl. Part 19 Property Law Act 1974 (Queensland); Part 3 Domestic Relationships Act 1994 (Australian Capital Territory); sec. 14ff. Property (Relationships) Act 1984 (New South Wales); Rebecca J. Bailey-Harris, Dividing the Assets of the Unmarried Family, Recent Lessons from Australia: Int.Fam.L. 2000, 90 (91–92). Vgl. auch Ian Kennedy, The Legal Position of Cohabitees in Australia and New Zealand: Int.Fam.L. 2004, 238.

⁵³ Vgl. secs. 1, 56ff. Family Relations Act (British Columbia), sec. 2(1) Family Property Act (Saskatchewan).

ralität der Lebensformen und den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen.

b) Ausgleich partnerschaftsbedingter Vor- und Nachteile

Entscheidend ist nun freilich, welche Wertungen und Grundprinzipien einem nachpartnerschaftlichen finanziellen Ausgleich zugrunde gelegt werden. Betrachtet man sich die verschiedenen Systeme, so bietet sich wiederum ein ausgesprochen buntes Bild.

Güterrecht und Vorsorgeausgleich basieren heute in vielen Rechtsordnungen auf einem Halbteilungsgrundsatz⁵⁴; man geht davon aus, dass ehezeitlich erworbene Vermögensvorteile auf beider Partner Anstrengungen zurückzuführen und deshalb bei Beendigung der Beziehung hälftig zu teilen sind. Dieses Modell knüpft allerdings einseitig an die tradierte »Hausfrauenehe« an und kann deshalb aufgrund seines Schematismus heute nicht mehr befriedigen.

Im Bereich des nachehelichen Unterhalts finden sich zahllose, einander häufig widersprechende Begründungsansätze. Viel ist hier von Bedürftigkeit⁵⁵, nachehelicher Solidarität⁵⁶, aber auch von clean break⁵⁷ die Rede. In letzter Zeit bricht sich allerdings in vielen Rechtsordnungen zunehmend der Gedanke Bahn, dass nachehelicher Unterhalt zum Ziel hat, ehebedingte Nachteile auszugleichen⁵⁸.

Dieser Gedanke lässt sich verallgemeinern. Das Verantwortungsprinzip gebietet, dass Partner in Lebensgemeinschaften – nicht anders als beispielsweise die Gesellschafter einer Personengesellschaft – Gewinne und Verluste des gemeinsamen »Unternehmens Partnerschaft« hälftig zu teilen und zu tragen haben. Mit anderen Worten: Bei Auflösung einer Partnerschaft sind partnerschaftsbedingte Vor- und Nachteile durch finanziellen Ausgleich zu bereinigen. Nicht partnerschaftsbedingte Vor- und Nachteile verbleiben dort, wo sie anfallen; ein Ausgleich findet nicht statt. Auch dies ist Ausfluss des Verantwortungsprinzips, kann doch ein Partner beispielsweise nicht da-

⁵⁴ Für das Güterrecht vgl. Dänemark: § 16 II Retsvirkningslov; Deutschland: § 1378 I BGB; Norwegen: § 58 Lov om ekteskap; Schweden: Kap. 9 Äktenskapsbalken; Schweiz: Art. 215 I ZGB. Für den Vorsorgeausgleich vgl. Deutschland: § 1587a I 2 BGB, *Gernhuber/Coester-Waltjen* 266ff.; Schweiz: Art. 122 I ZGB.

⁵⁵ Vgl. Dänemark: § 50 II Ægteskabslov; Deutschland: §§ 1570–1573 BGB; Niederlande: Art. 1:157 I BW; Norwegen: § 79 Lov om ekteskap; Schweden: Kap. 6, § 7 Äktenskapsbalken; Schweiz: Art. 125 I ZGB, vgl. auch Familienrechtskommentar Scheidung (–Schwenzer) (oben N. 44) Vorbem. Art. 125–132 ZGB Rn. 3ff.

⁵⁶ Vgl. Dänemark: § 50 II Ægteskabslov; Kanada: sec. 15.2(6)(d) Divorce Act 1985.

⁵⁷ Vgl. England: sec. 25A Matrimonial Causes Act 1973; *Schwenzer*, Das clean break–Prinzip (oben N. 42) 610ff.; *Schwenzer*, Model Family Code Art. 1.20.

⁵⁸ Vgl. Australien: sec. 79(4) Family Law Act 1975; Kanada: sec. 15.2(6)(a) Divorce Act 1985; USA: ALI Principles (oben N. 7) § 5.02 mit comment, 787ff.

für verantwortlich gemacht werden, dass der andere aufgrund nicht partnerschaftsbedingter Umstände, wie z.B. Krankheit oder Arbeitsmarktlage, nicht in der Lage ist, für seinen eigenen Lebensunterhalt aufzukommen. Allenfalls nach langer Partnerschaft mag man hier für eine Übergangszeit eine Leistungsverpflichtung seitens des finanziell stärkeren Partners zugunsten des bedürftigen postulieren, damit Letzterer Gelegenheit erhält, seine Lebensführung an die veränderten Umstände anzupassen⁵⁹.

Ob und welche Vor- und Nachteile partnerschaftsbedingt sind, ist anhand der jeweiligen Aufgabenteilung in der Partnerschaft zu bestimmen⁶⁰. Sorgt ein Partner für gemeinsame Kinder, den Haushalt, den anderen Partner oder im Interesse des anderen für dritte Personen und verzichtet deshalb auf eigene Erwerbstätigkeit, so resultieren daraus regelmäßig partnerschaftsbedingte Nachteile auf der einen, und dementsprechende Vorteile auf der anderen Seite. Der diese Aufgaben wahrnehmende Partner erfüllt damit eine gemeinsame, bzw. sogar eine Pflicht des anderen Partners und entlastet diesen. Das Verantwortungsprinzip gebietet die Aufteilung der daraus resultierenden Konsequenzen.

Was die Aufteilungsquote betrifft, so ist grundsätzlich von hälftiger Teilung auszugehen. Dies entspricht inzwischen der Lösung der meisten Rechtsordnungen sowohl im Güter- als auch im Unterhaltsrecht⁶¹. Im Sinne größtmöglicher Flexibilität wäre jedoch den Gerichten ein Kriterienkatalog – ähnlich wie in vielen Rechtsordnungen des Common Law⁶² – an die Hand zu geben, mit Hilfe dessen eine abweichende Aufteilung im Einzelfall begründet werden kann.

c) Art und Weise des Ausgleichs

Jene Rechtsordnungen, die zwischen Güterrecht und allenfalls Versorgungsausgleich auf der einen und Unterhalt auf der anderen Seite unterscheiden, sehen auch bei der Art und Weise des Ausgleichs eine strikte Kompartimentierung vor. Defizite in einem Bereich können grundsätzlich nicht durch eine Übercompensation in einem anderen Bereich ausgeglichen werden. Hier bieten wiederum verschiedene Rechtsordnungen des Common Law⁶³ eine überlegene Lösung an. Auch was die Art und Weise des Aus-

⁵⁹ Vgl. Kanada: sec. 15.2(4)(a) Divorce Act 1985; *Schwenzer*, Model Family Code Art. 1.32.

⁶⁰ Vgl. in neuester Zeit die Entscheidungen des englischen House of Lords: *White v. White*, [2000] 2 F. L. R. 981, *Miller v. Miller and McFarlane v. McFarlane*, [2006] UKHL 24; *Schwenzer*, Model Family Code Art. 1.26.

⁶¹ Vgl. oben N. 54.

⁶² Vgl. England: sec. 25 Matrimonial Causes Act 1973; Australien: sec. 75 Family Law Act 1975; *Schwenzer*, Model Family Code Art. 1.28.

⁶³ Vgl. England: sec. 24 Matrimonial Causes Act 1973; Australien: sec. 79 Family Law Act 1975.

gleichs betrifft, wird dem Gericht ein weites Ermessen eingeräumt; Eigentum kann von einem auf den anderen Partner übertragen werden, und zwar selbst solches, das schon vor Beginn der Partnerschaft erworben oder beispielsweise ererbt wurde. Solche Möglichkeiten erlauben einerseits, in vielen Fällen den Ausgleich unmittelbar zu vollziehen, d.h. einen clean break herbeizuführen, andererseits kann in einem solchen System leichter eine unsinnige Zerstörung wirtschaftlicher Werte verhindert werden.

Gegner eines Systems, das dem Gericht auf allen Stufen des finanziellen Ausgleichs ein derart weites Ermessen einräumt, mögen einwenden, die rechtssoziologische Forschung belege, dass vage Rechtsregeln den wirtschaftlich Stärkeren bevorzugen, während sich eindeutige Regeln, womöglich mathematische Formeln, zugunsten des wirtschaftlich Schwächeren auswirken⁶⁴. So zutreffend dieser Gedanke sein mag, es wird dabei übersehen, dass im Bereich des finanziellen Ausgleichs oft keine genauen Zahlen vorliegen, mit denen man operieren kann. Wie soll der genaue Wert eines Gegenstandes vor fünfzehn Jahren ermittelt werden, wie das wahre Einkommen eines Selbstständigen, wie die Einkommensmöglichkeiten einer Person fünf Jahre nach der Entscheidung über den finanziellen Ausgleich, wenn sie wieder in das Erwerbsleben eintreten kann? Eine Berechnung aber, die nur auf grob geschätzten Zahlen basiert, wird nicht dadurch genauer, weil sie – wie so manche deutsche Unterhaltsberechnung – dreißig Seiten umfasst. Allein Methodenehrlichkeit gebietet hier, sich zum Ermessen des Gerichts zu bekennen und diesem auch die Verantwortung dafür zu geben.

II. Kindschaftsrecht

1. Allgemeine Fragen

Es dürfte heute nicht mehr fraglich sein, dass dem Status von ehelicher oder nichtehelicher Geburt im Kindschaftsrecht keine Bedeutung mehr zukommen kann. Allein dies entspricht den Vorgaben der UN-Kinderrechtskonvention⁶⁵ und wurde auch in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen bis auf wenige Ausnahmen⁶⁶ in den letzten fünfzehn Jahren weitgehend verwirklicht.

Gerade in jüngster Zeit sind indes auf rechtsvergleichender Ebene schwierige Spannungen zwischen rechtlicher, genetischer und sozialer Elternschaft

⁶⁴ Vgl. Familienrechtskommentar Scheidung (-Schwenzer) (oben N. 44) Art. 125 ZGB Rn. 1f.; USA: ALI Principles (oben N. 7) § 5.02 mit comment d., 791f.

⁶⁵ Art. 2 UN-Kinderrechtskonvention.

⁶⁶ Vgl. Schweiz: Artt. 252 I und II, 256 I, 259 II, 260a I ZGB; Ingeborg Schwenzer, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht: Aktuelle juristische Praxis 1994, 817 (820); Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (-Schwenzer), Zivilgesetzbuch I³ (2006) Art. 256 ZGB Rn. 5 ff.

zu verzeichnen⁶⁷. Es geht einmal um die Frage, wie rechtliche Elternschaft überhaupt anzuknüpfen ist, und sodann darum, welche Bedeutung rechtlicher Elternschaft im Verhältnis zu sozialer und auch genetischer Elternschaft zukommen soll. Akzentuiert werden diese Fragestellungen vor allem auch im Zusammenhang mit der modernen Fortpflanzungsmedizin.

2. Rechtliche Elternschaft

a) Ausgangslage

Bis vor kurzem konnte zur Bestimmung der rechtlichen Elternschaft in vielen Rechtsordnungen relativ unangefochten auf zwei zentrale Grundsätze zurückgegriffen werden, nämlich einerseits *mater semper certa est*⁶⁸ und *pater est quem nuptiae demonstrant*⁶⁹. Damit waren die Geburtsmutter und deren Ehemann die rechtlichen Eltern des ehelich geborenen Kindes. Beide Rechtsparömien sind indes in jüngster Zeit erheblich ins Wanken geraten.

Mit der medizinischen Möglichkeit der Ei- oder Embryonenspende gilt der Satz *mater semper certa est* nicht mehr unbedingt, es kann vielmehr zu gespaltener Mutterschaft kommen, bei der die Geburtsmutter nicht genetische Mutter des Kindes ist. Gleichwohl knüpfen alle Rechtsordnungen⁷⁰ – von der Möglichkeit der teilweise zulässigen anonymen Geburt⁷¹ abgesehen – Mutterschaft nach wie vor grundsätzlich an die Geburt an. In einzelnen Rechtsordnungen ist allerdings eine Änderung durch Übereinkunft aller Beteiligten möglich⁷².

Auch die *pater est*-Regel hat in den meisten Rechtsordnungen in den letz-

⁶⁷ Vgl. allgemein *Ingeborg Schwenzer*, Tensions Between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage, in: General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, hrsg. von *Boele-Woelki/van Erp* (2007) 75–100.

⁶⁸ Vgl. nur Deutschland: § 1591 BGB, dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen* 575; Schweiz: Art. 252 I ZGB. Vgl. auch allgemein *Andrea Büchler*, Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht: Die Praxis des Familienrechts 2005, 437 (448ff.).

⁶⁹ Vgl. Australien: sec. 69P(1) Family Law Act 1975; Belgien: Art. 315 C.c.; Dänemark: § 1 I Børnelov, § 2 I Nr. 1 Lov om børns forsørgelse (Bekanntmachung vom 15. 5. 2003); Deutschland: § 1592 Nr. 1 BGB, *Gernhuber/Coester-Waltjen* 590ff.; Frankreich: Art. 312 I C.c.; Kanada: *Bala*, The Law of Marriage, Divorce & Unmarried Cohabitation, in: *Inchieste di diritto comparato*, hrsg. von *Rotondi XI*: The Marriage (1998) 71 (86); Neuseeland: sec. 5(1) Status of Children Act 1969; Niederlande: Art. 1:199 lit. a BW; Norwegen: § 3 I Barneloven; Schweden: Kap. 1, § 1 Föräldrabalken; Schweiz: Art. 255 ZGB; USA: Art. 2 sec. 204(a) Uniform Parentage Act 2000/2002. Vgl. auch allgemein *Büchler* (oben N. 68) 453ff.

⁷⁰ Vgl. Australien: sec. 60H(2) Family Law Act 1975; Deutschland: § 1591 BGB; England: sec. 27 Human Fertilisation and Embryology Act 1990; Kanada: *Patricia A. Baird*, Reproductive Technology and the Evolution of Family Law: Can. Fam. L. Q. 15 (1997/98) 103 (106); Neuseeland: sec. 5(1) Status of Children Act 1969; Niederlande: Art. 1:198 BW; Norwegen: § 2 Barneloven; Schweiz: Art. 252 ZGB.

⁷¹ Vor allem in Frankreich: Art. 341–1 C.c.

⁷² Vgl. England: sec. 30 Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

ten Jahren erhebliche Veränderungen erfahren. Sie wurde einerseits eingeschränkt und gilt nicht mehr in Fällen, in denen die Vaterschaft des Ehemannes höchst unwahrscheinlich ist⁷³. Andererseits wurde sie teilweise ausgedehnt auf nichteheliche Partner⁷⁴ bis hin zur lesbischen Partnerin, die der heterologen Insemination ihrer Partnerin zustimmt⁷⁵.

b) Intentionale Elternschaft

Angesichts dieser Entwicklungen ist zu diskutieren, ob an der *pater est*-Regel überhaupt noch festgehalten werden kann⁷⁶. Die Gründe, die für diese Regel sprachen, nämlich fehlende Möglichkeit der Feststellung genetischer Abstammung einerseits und Schutz des Kindes vor Nichtehelichkeit in einer Zeit, in der diese zur sozialen Ächtung führte, andererseits, zählen nicht mehr. Zudem muss die Frage gestellt werden, ob nicht die *pater est*-Regel selbst eine Ungleichbehandlung von ehelichen und nichtehelichen Kindern darstellt, die heute nicht mehr akzeptiert werden kann.

Schreibt man die aufgezeigten Entwicklungen konsequent fort, so führt dies m. E. zu einem neuen Modell rechtlicher Elternschaft, nämlich intentionaler Elternschaft⁷⁷. Danach wäre die Person rechtlicher Elternteil, die mit Zustimmung der Geburtsmutter intentional Elternschaft für das Kind übernimmt. Eine derartige intentionale Elternschaft ist nichts grundstürzend Neues. Denn um nichts anderes handelt es sich, wenn heute ein Mann eine schwangere Frau heiratet, ein nichteheliches Kind anerkennt oder der heterologen Insemination seiner Ehefrau zustimmt, wohl wissend, dass er nicht der genetische Vater des Kindes ist.

Das Modell intentionaler Elternschaft verwirklicht zudem die drei zentralen Prinzipien eines modernen Familienrechts, d. h. Nichteinmischungs-, Verantwortungs- und Kindeswohlprinzip, in optimaler Weise, darf doch davon ausgegangen werden, dass es dem Kindeswohl am besten dient, wenn

⁷³ Z. B. wenn das Ehepaar bereits geschieden worden bzw. getrennt ist, vgl. Australien: sec. 69P(1) Family Law Act 1975; Belgien: Art. 320 C.c.; Frankreich: Artt. 313 I, 314 C.c.; Niederlande: Art 1:199 lit. a BW; Norwegen: §3 I Barneloven; Schweden: Kap. 1, § 1 Föräldrabalken.

⁷⁴ Vgl. Australien: sec. 69Q Family Law Act 1975; Frankreich: Art. 334–8 al. 2 C.c.; USA: Art. 2 sec. 204(a)(5) Uniform Parentage Act 2000/2002.

⁷⁵ Vgl. z. B. Australien: sec. 11(4) Parentage Act 2004 (Australian Capital Territory), sec. 10C(1) Status of Children Act 1974 (Tasmania); Kanada: *Fraess v. Alberta*, Alberta Court of Queen's Bench, [2005] A.J. No. 1665 Q.B. (Alberta), Art. 538.1 Civil code (Quebec); Neuseeland: sec. 18 Status of Children Act 1969; USA: *Elisa B. v. Superior Court*, 117 P.3d 660, 666 (Cal. 2005), §7611(d) Family Code (Kalifornien).

⁷⁶ Vgl. Schwenzer, Vom Status zur Realbeziehung (oben N. 50) 231: Einziger Versuch der Abschaffung ist in Norwegen gescheitert.

⁷⁷ Vgl. Südafrika: sec. 297(1)(a) Children Act 2005 (noch nicht in Kraft); USA: *Johnson v. Calvert*, 851 P.2d 776 (Cal. 1993), Art. 7 sec. 703 Uniform Parentage Act 2000/2002; Schwenzer, Model Family Code Art. 3.5.

zwei Menschen gemeinsam willentlich Verantwortung für ein Kind übernehmen.

In einem solchen System muss es allerdings dem genetischen Elternteil, der willens ist, Verantwortung für das Kind zu übernehmen, ermöglicht werden, die intentionale Elternschaft anzufechten und seinerseits rechtliche Elternschaft zu erlangen. Dies entspricht der zunehmenden Bereitschaft in vielen Rechtsordnungen, dem genetischen Vater ein Anfechtungsrecht auch im Verhältnis zum Ehemann der Mutter einzuräumen⁷⁸. Ein solches Anfechtungsrecht ist allerdings wiederum dem Primat des Kindeswohls unterzuordnen, der es gebietet, das Kind vor einem Abbruch gewachsener emotionaler Bindungen zu schützen. Das Anfechtungsrecht müsste deshalb auf eine kurze Frist nach der Geburt des Kindes, bzw. auf Fälle begrenzt werden, in denen keine gelebte Eltern-Kind-Beziehung zu dem intentionalen Elternteil (mehr) besteht⁷⁹.

c) Adoption

Die Abkehr vom Status der Ehe als Anknüpfungspunkt im Familienrecht zieht auch grundlegende Veränderungen im Bereich der Adoption nach sich.

Zwar sehen die meisten Rechtsordnungen auch heute noch neben der Einzeladoption nur die gemeinsame Adoption durch ein Ehepaar vor⁸⁰. Auch hier beschreiten allerdings einige Rechtsordnungen des angloamerikanischen Rechtskreises schon geraume Zeit andere Wege. Wenig bekannt ist etwa, dass in vielen US-Bundesstaaten⁸¹, die sich bekanntlich sehr schwer damit tun, Gleichgeschlechtlichen ein eigenes Rechtsinstitut zur Verfügung zu stellen, geschweige denn die Ehe für sie öffnen, eine gemeinsame Adoption durch zwei Personen des gleichen Geschlechts von der Rechtsprechung durchaus zugelassen wird. Die moderne Tendenz – auch in anderen Staaten⁸² – geht heute eindeutig dahin, gemeinsame Adoption durch zwei Per-

⁷⁸ Vgl. Deutschland: § 1600 I Nr. 2 BGB, jedoch unter engen Voraussetzungen; Norwegen: §§ 6, 7, 28a Barneloven; Schweden: Kap. 1, § 2 II Föräldrabalken.

⁷⁹ Vgl. Dänemark: § 6 Børnelov; Deutschland: § 1600 II und III BGB; Frankreich: Art. 334–9 C.c.; Niederlande: Art. 1:200 V BW; Schwenzer, Model Family Code Art. 3.8. Für ein uneingeschränktes Anfechtungsrecht vgl. Norwegen: §§ 6, 28a Barneloven; vgl. auch USA: *In re Witso*, 627 N. W.2d 63 (Minn. App. 2001), *Callender v. Skiles*, 591 N. W.2d 182, 189–90 (Iowa 1999).

⁸⁰ Vgl. Dänemark: § 5 Adoptionsloven; Deutschland: § 1741 II BGB; Österreich: § 179 II ABGB; Schweiz: Art. 264a ZGB.

⁸¹ Vgl. Familienrechtskommentar Eingetragene Partnerschaft (-Schwenzer), hrsg. von Büchler (2007) Art. 28 PartG Rn. 3; Nicole Šmid, ebd., Allgemeine Einl. V Rechtsvergleichung Rn. 54ff.

⁸² Vgl. Australien: sec. 18(1) Adoption Act 1993 (Australian Capital Territory), sec. 39(1)(d) Adoption Act 1994 (Western Australia); England: sec. 49(1)(a) Adoption and Children Act 2002; Kanada: z.B. sec. 5 Adoption Act (British Columbia), sec. 10 Adoption Act (Ma-

sonen unabhängig von Ehe, Zusammenleben und sexueller Orientierung zuzulassen. Dies wiederum entspricht dem Konzept intentionaler Elternschaft.

Als Sonderfall der Einzeladoption sehen die meisten Rechtsordnungen die Stiefkindadoption vor⁸³. Indes wird die Stiefkindadoption in letzter Zeit zunehmend skeptisch betrachtet. Abgesehen davon, dass sie nur Ehepartnern⁸⁴ und in jüngerer Zeit in vielen Rechtsordnungen eingetragenen Partnern⁸⁵ offensteht und deshalb ausgesprochen statusorientiert ist, erweist sich als problematisch, dass mit der Stiefkindadoption einerseits die rechtlichen Bande zum ursprünglichen Elternteil gekappt werden und andererseits Stieffamilien ein noch höheres Scheidungsrisiko aufweisen als Ursprungsfamilien. Darüber hinaus sind Patchwork-Familien in den heutigen Gesellschaften beileibe keine Ausnahme mehr, so dass das Bedürfnis, nach außen hin als »normale« Familie erscheinen zu wollen, keinen Schutz verdient. Den berechtigten Interessen von Stiefkindern und -eltern, ihre gelebte Beziehung rechtlich abzusichern, muss auf andere Art und Weise Rechnung getragen werden, vor allem bei der Regelung der elterlichen Sorge und dem Recht auf Umgang. Wo schließlich bei gleichgeschlechtlichen Paaren die Stiefkindadoption in neuerer Zeit dazu dient, der Partnerin oder dem Partner originäre rechtliche Elternschaft zu verschaffen⁸⁶, sind die intentionale Elternschaft und die gemeinsame Adoption die sachangemessenere Lösung.

3. Elterliche Verantwortung

Auch der Bereich der elterlichen Verantwortung war in den letzten Jahrzehnten einem grundlegenden Wandel unterworfen. War früher von väter-

nitoba), sec. 20 Adoption Act (Newfoundland & Labrador), Art. 546 Civil code (Quebec); Niederlande: Art. 1:227 BW, die Adoptionswilligen müssen aber drei Jahre ununterbrochen zusammengelebt haben; Spanien: Art. 176 IV Código civil; Südafrika: *Du Toit and Another v. The Minister for Welfare and Population Development and Others*, Case CCT 40/01 2002 (10), Butterworts Constitutional Law Reports 1006 (CC).

⁸³ Vgl. Australien: sec. 29(2A)(a) Adoption Act 1988 (Tasmania); Deutschland: §§ 1741 II 3, 1754 I BGB, § 9 VII LPartG, dazu *Lüderitz/Dethloff* 399, 627; Schweiz: Art. 264a III ZGB; USA: die Bundesstaaten Kalifornien, Connecticut, Washington D. C., Illinois, Indiana, Massachusetts, New York, New Jersey, Pennsylvania, Vermont.

⁸⁴ Vgl. Deutschland: § 1741 III 3 BGB; Österreich: § 179 II ABGB; Belgien: Art. 343 C.c.; Dänemark: § 5 I Adoptionsloven; Schweiz: Art. 264a III ZGB.

⁸⁵ Vgl. Dänemark: § 4 I Lov om registreret partnerskab; Deutschland: § 9 VII LPartG, dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen* 627; Frankreich: Artt. 360ff. C.c. (umstritten); Norwegen: § 5a II Lov om adopsjon vom 28. 2. 1986; Schweden: *Jäntera-Jareborg/Sörgjerd* (oben N. 5) 581.

⁸⁶ Vgl. oben N. 85.

licher⁸⁷, dann elterlicher⁸⁸ Gewalt, später von elterlicher Sorge⁸⁹ die Rede, so beginnt sich in letzter Zeit international der Begriff der elterlichen Verantwortung⁹⁰ durchzusetzen, der den Paradigmenwechsel zum Vorrang des Kindeswohls besonders gut zum Ausdruck bringt.

Bei der Zuordnung der elterlichen Verantwortung kann die Abkehr vom rein statusorientierten Denken ebenfalls deutlich beobachtet werden. Während früher elterliche Gewalt grundsätzlich an die Ehe der Eltern gebunden war, wurde der Kreis der Inhaber der elterlichen Gewalt – bzw. dann der Sorge – immer weiter ausgedehnt. Nach der Mutter des nichtehelichen Kindes als Inhaberin der elterlichen Sorge folgte die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung und die gemeinsame elterliche Sorge nicht verheirateter Eltern – heute beides in vielen Rechtsordnungen auch gegen den Willen eines Elternteils möglich und zur Regel geworden⁹¹.

Inzwischen ist es auch durchaus keine Seltenheit mehr, dass Rechtsordnungen die Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Verantwortung auf Dritte, namentlich auf Stief- und Pflegeeltern, vorsehen⁹². Während teilweise insoweit noch ein Zwei-Personen-Modell, gewissermaßen eine Imitation der Kernfamilie postuliert wird⁹³, gibt es bereits Rechtsordnungen, die keine Schwierigkeiten damit bekunden, auch mehr als zwei Personen die elterliche Verantwortung zuzugestehen⁹⁴ und damit die Realität, in der viele Kinder in Patchwork-Familien heute leben, anzuerkennen. In diesen Syste-

⁸⁷ Vgl. den Begriff des *patria potestas*, der im römischen Recht die uneingeschränkte Macht des Familienvaters über seine ehelichen Kinder und seine Frau bedeutete; *Ingeborg Schwenzer*, Die elterliche Sorge, Die Sicht des Rechts von aussen auf das Innen: Die Praxis des Familienrechts 2005, 12 (13f.).

⁸⁸ Vgl. *Schwenzer*, Die elterliche Sorge (vorige Note) 13f.

⁸⁹ Vgl. *Schwenzer*, Die elterliche Sorge (oben N. 87) 13ff.

⁹⁰ Vgl. Art. 18 UN-Kinderrechtskonvention (»... responsibilities ...«); Recommendation No. R (84) 4 on parental responsibilities (European Parliament); England: sec. 2ff. Children Act 1989; Norwegen: § 30 Barneloven; *Schwenzer*, Model Family Code Part 3, Title 4 (S. 136ff); European Family Law in Action III: Parental Responsibilities, hrsg. von *Boele-Woelki/Braat/Curry-Sumner* (2005) (European Family Law Series, 9).

⁹¹ Vgl. den Überblick in: European Family Law in Action (vorige Note) 265ff. Vgl. auch Australien: sec. 61C(2) Family Law Act 1975.

⁹² Vgl. Australien: sec. 65C Family Law Act 1975; Dänemark: § 11 II Lov om forældremyndighed og samvær vom 14. 6. 1995; England: sec. 4A Children Act 1989; Finnland: Artt. 9(1)(4), 14(1) Laki lapsen hullost ja tapaanisoikeudesta [Kindesunterhalt und Sorgesrechtsgesetz] vom 8. 4. 1983; Neuseeland: sec. 23 Care of Children Act 2004; Niederlande: Artt. 1:253sa, 1:253t BW; USA: *In re Jesusa V.*, 10 Cal. Rep. 3d 205, 218–19 (Cal. 2004). In Deutschland gibt es jedenfalls ein »kleines Sorgerecht«: § 1687b BGB, § 9 I LPartG, dazu *Lüderitz/Dethloff* 336.

⁹³ Vgl. Dänemark: § 11 II Lov om forældremyndighed og samvær; Niederlande: Art. 1:245 BW; Schweden: Kap. 6 Föräldrabalken.

⁹⁴ Vgl. Australien: secs. 61D, 64B; Family Law Act 1975; England: secs. 2(6), 4A Children Act 1989; nach der Entscheidung des Ontario Court of Appeal im Fall *A. A. v. B. B.*, 2007 ONCA 2, vermutlich nun auch Kanada.

men ist es auch ohne weiteres möglich, dass nach Auflösung der Patchwork-Familie das Kind beim Stiefelternteil verbleibt, soweit dies dem Kindeswohl entspricht.

Auch im Bereich der elterlichen Verantwortung wird damit das Ineindergreifen der Prinzipien Nichteinmischung, Verantwortung und Kindeswohl besonders deutlich.

4. Kindes- und Verwandtenunterhalt

Als letztes sei kurz auf Fragen und Entwicklungen im Bereich des Kindes- und Verwandtenunterhalts eingegangen. Hier bestehen erhebliche Divergenzen zwischen zwei Gruppen von Rechtsordnungen: Während einige kontinentale Rechtsordnungen von wechselseitigen Unterhaltspflichten zwischen Verwandten in gerader Linie ausgehen⁹⁵, beschränken namentlich die Rechtsordnungen des Common Law⁹⁶, aber auch die skandinavischen Rechtsordnungen⁹⁷ die Unterhaltspflicht auf jene der Eltern gegenüber ihren minderjährigen Kindern. Erst mit zunehmender Scheidungshäufigkeit ist dort ein grundsätzlich zeitlich eng limitierter Ausbildungsunterhalt hinzugereten⁹⁸.

Es kann kaum fraglich sein, dass allein das letztere Modell einem auf dem Verantwortungsprinzip aufbauenden modernen Familienrecht entspricht. Verantwortung der Eltern endet spätestens mit abgeschlossener Ausbildung; danach beginnt Eigenverantwortung, allenfalls ergänzt durch Mitübernahme von Verantwortung durch die Gemeinschaft. Auch eine Unterhaltspflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern hat in einem System, das auf Verantwortung für eigenes Verhalten aufbaut, keinen Platz.

Die konsequente Anwendung des Verantwortungsprinzips führt indes beim Kindesunterhalt selbst zu einer Ausweitung der Unterhaltspflicht, wie sie heute bereits im englischen Recht⁹⁹ anerkannt ist. Zu den elementaren Bedürfnissen des Kleinkindes gehört auch die persönliche Betreuung durch

⁹⁵ Vgl. Belgien: Artt. 203–205 C.c.; Deutschland: § 1601 BGB, dazu *Gernhuber/Coester-Waltjen* 507f.; Frankreich: Artt. 203–205 C.c.; Italien: Art. 433 Nr. 2, 3 Codice civile; Schweiz: Art. 328 I ZGB.

⁹⁶ Vgl. Australien: sec. 3(1) Child Support (Assessment) Act 1989; England: sec. 1(1) Child Support Act 1991; Neuseeland: secs. 6, 7 Child Support Act 1991; USA: § 4053(a) Family Code (Kalifornien).

⁹⁷ Vgl. Dänemark: § 13 I Lov om børns forsørgelse; Norwegen: § 66 Barneloven; Schweden: Kap. 7, § 1 I Föräldrabalken; vgl. auch Niederlande: Artt. 1:82, 1:404 BW.

⁹⁸ Vgl. Dänemark: § 14 III Lov om børns forsørgelse; England: sec. 8(7) Child Support Act 1991; Neuseeland: sec. 25(1)(a)(iv) Child Support Act 1991: »... financially independent ...«; Niederlande: Art. 1:395a I BW; Norwegen: § 68 Barneloven; Schweden: Kap. 7, § 1 I Föräldrabalken; USA: ALI Principles (oben N. 7) § 3.24(1)(a) mit comment b., 560f.; § 3910(a) Family Code (Kalifornien).

⁹⁹ Sec. 1(1) Child Support Act 1991.

eine Bezugsperson. Diese Kosten – der sog. Betreuungsunterhalt für diese Person – sind als Teil des Kindesunterhalts zu begreifen.

An weitere Ausweitungen der Unterhaltpflicht aufgrund des Verantwortungsprinzips muss in Zusammenhang mit der Möglichkeit der Übertragung der elterlichen Verantwortung auf Dritte gedacht werden. Elterliche Verantwortung dritter Personen sollte an eine Unterhaltpflicht gekoppelt werden, wie dies in einer Reihe von Rechtsordnungen auch schon der Fall ist¹⁰⁰.

D. Schlussbetrachtung

Die aufgezeigten Grundlinien eines modernen Familienrechts mögen manchen als revolutionär erscheinen. Dabei darf jedoch nicht aus den Augen verloren werden, dass das Familienrecht der Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises in weiten Bereichen noch das Gedankengut des ausgehenden 19. Jahrhunderts beinhaltet, obwohl sich Gesellschaft und Familien seither nicht unwesentlich verändert haben. Betrachtet man die internationale Entwicklung im Familienrecht, so muss festgestellt werden, dass sich Deutschland, die Schweiz und Österreich je abwechselnd das Schlusslicht in die Hand geben und anderen Rechtsordnungen oft um Jahrzehnte hinterherhinken.

Vorurteilsfreie, an Sachfragen orientierte familienrechtliche Regelungen finden sich heute namentlich in England, Kanada, Australien und Neuseeland, vereinzelt auch in der Rechtsprechung einzelner US-amerikanischer Bundesstaaten. Nicht verwunderlich ist, dass insbesondere in England und Australien auch die Rechtstatsachen- und Evaluationsforschung im Familienrecht einen breiten Raum einnimmt.

Das hier vorgestellte Modell eines modernen Familienrechts versucht, bisher nur punktuell vorhandene Ansätze in verschiedenen Rechtsordnungen zusammenzuführen, daraus einheitliche Grundsätze abzuleiten, um diese schließlich zu einem neuen Ganzen zu verschmelzen. Da sich schon die Rechtsvergleichung, vor allem aber auch der Gedanke möglicher Rechtsvereinheitlichung im Familienrecht relativ spät durchgesetzt hat, kann dies nicht mehr als ein bescheidener Anfang sein. Und doch bin ich zuversichtlich, dass auch in diesem Bereich die Rechtsvergleichung – wie wir es dem Erbe Ernst Rabels schulden – in Zukunft reiche Ernte bringen wird.

¹⁰⁰ Vgl. Neuseeland: secs. 6, 7 Child Support Act 1991 – auch Stiefeltern; Niederlande: Artt. 1:82, 1:404 BW; vgl. auch Schweiz: Art. 299 ZGB.

Summary

PRINCIPLES OF A MODERN FAMILY LAW FROM A COMPARATIVE PERSPECTIVE

In the last forty years, fundamental changes in values and attitudes to marriage and family have taken place and have led to revolutionary socio-demographic developments. Lawmakers in individual states have heeded these developments by reforming all areas of family law, such that »family law« can no longer be understood according to its original meaning; a new meaning has taken its place. From a comparative law perspective, three basic principles can be derived from modern family law: the principle of non-interference of the state, the principle that no one can escape responsibility, and the primacy of the best interests of the child. Through consistently implementing these principles, this present text develops a new family law.

With respect to partnerships, a clear distancing from all notions of status can be observed, namely in placing marriages and partnerships of a certain duration and stability on equal footing. Furthermore, it follows from the principle of non-interference of the state not only that marriage must be opened for same-sex couples, but also that married couples are entitled to make decisions concerning the continuation, or otherwise, of their marriage. Regarding the dissolution of partnerships, partnership-related benefits and detriments are to be divided within the scope of an overarching concept of »financial relief«; compensatory payments will only be made where exceptional circumstances are shown to exist.

In the law of parent and child, status has nowadays similarly ceased to play a role. Legal parentage is increasingly developing towards a notion of »intentional parentage«. Furthermore, adoption is also becoming increasingly distanced from notions of status. Parental responsibility is exclusively associated with the best interests of the child and can also be exercised by third parties. Finally, changes can be observed in the areas of child and family maintenance.

INHALT DIESES HEFTES

RabelsZ

II. Eingegangene Bücher	881–883
Mitarbeiter dieses Heftes	883–884
Sachverzeichnis zum Jahrgang 71 (2007)	885–901
Titelei zum Jahrgang 71 (2007) am Schluss des Heftes	

