

Sonderdruck aus:

Festgabe für Franz Hasenböhler

Herausgegeben von Thomas Sutter-Somm / Anton K. Schnyder

INGEBORG SCHWENZER

Die Europäisierung des Familienrechts

Die Europäisierung des Familienrechts

INGEBORG SCHWENZER*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	25
II. Der Stand des Erreichten	27
1. Rechtsvereinheitlichung	27
a. Europarat, EMRK, UN-KRK	28
b. Kollisionsrechtliche Vereinheitlichung	29
2. Parallelentwicklungen nationaler Familienrechte	31
a. Soziodemographische Entwicklungen	31
b. Rechtliche Konsequenzen	33
aa. Eherecht	34
bb. Scheidungsrecht	35
cc. Kindesrecht	36
dd. Nichteheliche Lebensgemeinschaften	38
ee. Erwachsenenschutz	39
III. Zwischenergebnis	40
IV. Zukunftsperspektiven	40

I. Einleitung

Die Europäisierung verschiedener Gebiete des Rechts ist in unseren Tagen geradezu zu einem Modethema geworden. Im Zuge des wirtschaftlichen und politischen Zusammenwachsens der europäischen Staaten besinnt man sich auf die gemeinsamen Wurzeln, das *Ius Commune*¹. Immer mehr Gruppen nehmen sich der Vereinheitlichung des Obligationenrechts an, begin-

* Für wertvolle wissenschaftliche Unterstützung danke ich meiner wissenschaftlichen Assistentin Frau lic. iur. Michelle Cottier, MA.

¹ Vgl. HONDIUS, Towards a European *Ius Commune*: The Current Situation in Other Fields of Private Law, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 118 ff.; BERGER, Auf dem Weg zu einem Europäischen Gemeinrecht der Methode, ZEuP 2001, 4 ff.; SCHMID, Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa, ZfRV 1999, 213 ff.

nend mit dem Vertragsrecht, mittlerweile aber auch des Delikts- und Bereicherungsrechts². Principles, Model Codes schiessen geradezu wie Pilze aus dem Boden, welche Gruppierung wird wohl den Zuschlag erhalten für die Ausarbeitung des Entwurfs eines European Civil Code? Wie steht es nun bei all dieser Vereinheitlichungseuphorie um das Familienrecht?

Im Vergleich zum klassischen Handels- und Obligationenrecht wird immer wieder darauf hingewiesen, dass das Familienrecht kulturell geprägt und eng mit nationalen Traditionen und religiösen Auffassungen verbunden sei³. Bis in die 60er Jahre des letzten Jahrhunderts bestritten deshalb namhafte Rechtsvergleicher die Sinnhaftigkeit, vollends gar die Notwendigkeit einer vergleichenden Familienrechtswissenschaft. Erst im Jahre 1973 wurde die International Society of Family Law gegründet⁴, womit denn auch der internationale Diskurs auf diesem Gebiet begann. Inzwischen findet zwar auch im Familienrecht jedenfalls ernsthafte Forschung nicht mehr ohne einen die engen Landesgrenzen überschreitenden Ansatz statt. Dennoch hört man gerade in diesem Bereich immer noch viele skeptische Stimmen, wenn es um Fragen der Rechtsharmonisierung oder gar -vereinheitlichung geht⁵. Unterstützung finden diese bei den Vertretern der postmodernen Rechtsvergleichung, die – im Gegensatz zur modernen Rechtsvergleichung – die Unterschiede zwischen den Rechtssystemen, d.h. die Pluralität als Wert an sich betont⁶.

² Vgl. die Übersicht in HONDIUS (Fn. 1), 118 ff. m.w.Nachw.

³ Vgl. etwa MEULDERS-KLEIN, Towards a European Code on Family Law? Ends and Means, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 105, 109. Kritisch: ANTO-KOLSKAIA, Would the Harmonisation of Family Law in Europe Enlarge the Gap between the Law in the Books and the Law in Action?, FamPra.ch 2002, 261, 268; PINTENS, Europeanisation of Family Law, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 3, 8.

⁴ Vgl. BAINHAM (Hrsg.), The International Survey of Family Law, 2003 Edition, Bristol 2003, vii.

⁵ Vgl. MEULDERS-KLEIN (Fn. 3), 105 ff.; MCGLYNN, Challenging the European Harmonisation of Family Law: Perspectives on «the Family», in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 219 ff.; MARTINY, Is Unification of Family Law Feasible or Even Desirable?, in: HARTKAMP u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl., The Hague u.a. 1998, 151, 171.

⁶ Vgl. LEGRAND, Sens et non sens d'un code civil européen, R.I.D.C. 1996, 779 ff.; DERS., European Legal Systems are not Converging, International and Comparative Law Quarterly 45 (1996), 60 ff.; kritisch PETERS/SCHWENKE, Comparative Law Beyond Post-

Lassen Sie mich vor diesem Hintergrund eine knappe Bilanz ziehen, ob und inwieweit heute bereits von einem europäischen Familienrecht gesprochen werden kann und ob und inwieweit weitere Schritte in Richtung einer Harmonisierung notwendig und machbar sind.

II. Der Stand des Erreichten

1. Rechtsvereinheitlichung

Von einem europäischen Familienrecht kann man bislang vor allem nur vor dem Hintergrund der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 (EMRK)⁷ sowie anderer Konventionen und Empfehlungen des Europarats sprechen. In der Europäischen Union haben auch die Verträge von Maastricht und Amsterdam für das Familienrecht keine Gemeinschaftszuständigkeit geschaffen⁸. Kompetenzen können nur partiell aus dem Prinzip der Freizügigkeit und dem Diskriminierungsverbot abgeleitet werden⁹. So hielt der EuGH¹⁰ im Falle des in Deutschland tätigen Griechen «Konstantinidis» eine die Aussprache seines Namens verfälschende amtliche Schreibweise für gemeinschaftswidrig. Auch aus der Grundrechte-Charta der Europäischen Union¹¹ kann eine allgemeine Befugnis für die Vereinheitlichung des Familienrechts nicht abgeleitet werden, wenngleich die Charta einige die Familie betreffende wichtige Artikel enthält¹².

Modernism, *International and Comparative Law Quarterly* 49 (2000), 800, 802.

⁷ Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101).

⁸ Vgl. PINTENS (Fn. 3), 3, 22 ff.

⁹ Vgl. HAMILTON/WOODS, *Europe*, in: HAMILTON/PERRY (Hrsg.), *Family Law in Europe*, 2. Aufl., London 2002, 163, 206 ff.; MCGLYNN, *The Europeanisation of Family Law*, *Child and Family Law Quarterly* 2001, 35 ff.

¹⁰ 30.3.1993, *EuZW* 1993, 376 f., vgl. dazu BASEDOW, *Konstantinidis v. Bangemann oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, *ZEuP* 1994, 197 ff.

¹¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7.12.2000 (2000/C 364/01).

¹² Insbesondere Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 9 (Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen), Art. 21 (Nichtdiskriminierung), Art. 23 (Gleichheit von Männern und Frauen), Art. 24 (Rechte des Kindes), Art. 25 (Rechte älterer Menschen); vgl. MCGLYNN, *Families and the European Charter of Fundamental Rights*, 26 (2001) *European Law Review* 582 ff.

a. Europarat, EMRK, UN-KRK

Der Europarat hat verschiedene Konventionen ausgearbeitet, die sich mit grundlegenden familienrechtlichen Fragen beschäftigen. Auf materiellrechtlichem Gebiet seien hier nur das Übereinkommen über die Adoption von Kindern von 1967¹³, das Übereinkommen über die Rechtsstellung der unehelichen Kinder von 1975¹⁴ sowie das Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten von 1996¹⁵ genannt. Hinzu treten eine ganze Reihe von Empfehlungen wie etwa zu Fragen betreffend elterliche Verantwortung (1984)¹⁶, nicht verheiratete Paare (1988)¹⁷ oder Familienmediation (1998)¹⁸. Diese Konventionen und Empfehlungen geben allerdings nur einen groben Rahmen vor, so dass ihr Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung eher gering zu veranschlagen ist.

Wichtige Impulse sind auch zunächst von der Rechtsprechung des EGMR ausgegangen¹⁹. Angelpunkte waren dabei vor allem der Schutz der Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK, der Schutz der Eheschliessungsfreiheit nach Art. 12 EMRK und das Verbot der Diskriminierung aufgrund nichtehelicher Geburt nach Art. 14 EMRK. Wegweisend war bereits im Jahre 1979 das *Marckx*-Urteil²⁰, das die Diskriminierung belgischer nichtehelicher Kinder als mit der EMRK unvereinbar ansah. Auch die Position des Vaters eines nichtehelichen Kindes wurde in verschiedenen Entscheiden des EGMR weitreichend geschützt²¹.

Schweizerisches Familienrecht hielt der Prüfung des EGMR im Bereich der Strafhaftfrist nach Scheidung²² und des Ehenamens²³ nicht Stand.

In jüngerer Zeit scheint der EGMR jedoch leider von seiner Vorreiterrolle bei der Durchsetzung nicht diskriminierenden Familienrechts Abstand zu

¹³ SR 0.211.221.310.

¹⁴ SR 0.211.221.131.

¹⁵ ETS Nr. 160, dazu BAER/MARX, Das Europäische Übereinkommen über die Ausübung von Kinderrechten, FamRZ 1997, 1185 ff.; die Schweiz hat dieses Übereinkommen noch nicht ratifiziert.

¹⁶ Europarat, Ministerkomitee, Empfehlung Nr. R (84) 4.

¹⁷ Europarat, Ministerkomitee, Empfehlung Nr. R (88) 3.

¹⁸ Europarat, Ministerkomitee, Empfehlung Nr. R (98) 1.

¹⁹ Vgl. PINTENS /VANWINCKELEN, Casebook European Family Law, Leuven 2001, 24 f.

²⁰ EGMR 13.6.1979, Series A No. 31.

²¹ Vgl. Kroon/Niederlande, EGMR 27.10.1994, Series A No. 297-C; Keegan/Ireland, EGMR 26.5.1994, Series A, No. 290.

²² F./Switzerland, EGMR 18.12.1987, Series A No. 128, SJZ 1988, 268 f.

²³ Burghartz/Switzerland, EGMR 22.2.1994, Series A Nr. 280-B, VPB 1994 Nr. 121.

nehmen. In der Fretté-Entscheidung vom Mai 2002²⁴ akzeptierte das Gericht die Haltung der französischen Behörden, einem Mann die Adoption eines Kindes ausschliesslich aufgrund seiner homosexuellen Präferenzen zu verwehren.

Neben der EMRK spielt im Bereich der Entwicklung des Kindesrechtes in Europa im letzten Jahrzehnt vor allem auch die UN-Konvention über die Rechte des Kindes von 1989²⁵ eine bedeutende Rolle. Zentrale, das materielle Familienrecht beschlagende Ansatzpunkte sind dabei neben einem allgemeinen Diskriminierungsverbot (Art. 2 UN-KRK) das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung (Art. 7 UN-KRK), das Recht des Kindes auf beide Eltern (Art. 18 UN-KRK), das Auswirkungen auf die Regelung der elterlichen Verantwortung und des Kontaktes zeitigt, sowie das Recht des Kindes auf Anhörung und Vertretung (Art. 12 UN-KRK), das die verfahrensmässige Stellung des Kindes in vielen europäischen Rechtsordnungen entscheidend aufgewertet hat.

b. Kollisionsrechtliche Vereinheitlichung

Im Bereich der internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung wurde in den letzten Jahren viel an Vereinheitlichung erreicht. Neben die Brüssel I-Verordnung²⁶, die jüngst das EuGVÜ²⁷ abgelöst hat, bzw. das Lugano-Übereinkommen²⁸, die auch auf Unterhaltsstreitigkeiten Anwendung finden, ist im Jahre 2001 auf europäischer Ebene die Brüssel II-Verordnung getreten, die EG-Verordnung über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder

²⁴ Fretté/France, EGMR 26.2.2002, FamPra.ch 2002, 780 ff., vgl. dazu VANWINCKELEN, Die Entscheidung Fretté und das europäische Familienrecht: Der EuGHMR fällt aus seiner (Vorreiter-)Rolle, FamPra.ch 2003, 574 ff.; PINTENS (Fn. 3), 3, 18.

²⁵ UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (SR 0.107).

²⁶ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl EG 2001 Nr. L 12, 1 ff.

²⁷ Brüsseler EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27.8.1968, in der Fassung des 4. Beitrittsübereinkommens vom 29.11.1996.

²⁸ Übereinkommen vom 16. September 1988 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (SR 0.275.11).

der Ehegatten²⁹. In naher Zukunft soll die Brüssel II-Verordnung auf alle Entscheidungen zur elterlichen Verantwortung ausgedehnt werden³⁰.

Des Weiteren existieren eine Vielzahl von sogenannten Haager Abkommen, beginnend mit reinen Rechtshilfeabkommen wie insbesondere dem Haager Entführungsübereinkommen³¹, über weitere international zivilverfahrensrechtliche Abkommen³² bis hin zu Konventionen, die das internationale Privatrecht vereinheitlichen, wie insbesondere im Bereich des Minderjährigen- bzw. Kindesschutzes³³, der Adoption³⁴, des Unterhalts³⁵ und neuerdings des Erwachsenenschutzes³⁶. In Zukunft wird es auch vermehrt zu

²⁹ ABI EG 2000 Nr. L 160, 19 ff. Dazu C. WIDMER, Brüssel II: Die neue EG-Verordnung zum internationalen Eheverfahrensrecht, FamPra.ch 2001, 689 ff.; BONOMI, Le nouveau règlement européen en matière de divorce et de responsabilité parentale et ses implications pour la Suisse: prélude à une Convention de «Lugano II»? , AJP 2002, 248 ff.; FRANCO, Parental Responsibility under »Brussels II«, ERA-Forum 1/2003, 54 ff.; HAU, Europäische und autonome Zuständigkeitsgründe in Ehesachen mit Auslandsbezug, ERA-Forum 1/2003, 9 ff.

³⁰ Vgl. Vorschlag der Kommission, 3.5.2002, KOM (2002) 222, dazu TENREIRO/EKSTRÖM, Unification of Private International Family Law Matters Within the European Union, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 185, 190.

³¹ Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen vom 25.10.1980 (SR 0.211.230.02).

³² Vgl. nur das Übereinkommen über die Anerkennung von Ehescheidungen und Ehetrennungen vom 1.6.1970 (SR 0.211.212.3).

³³ Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA) vom 5.10.1961 (SR 0.211.231.01). Die Schweiz hat die Neufassung des Haager Kindesschutzübereinkommens Nr. 34 (KSÜ, Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern, vgl. www.hcch.net) bereits ratifiziert, Pressemitteilung EJPD vom 2.4.2003, vgl. dazu A. BUCHER, La Dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé, SZIER 1997, 67, 74 ff.

³⁴ Haager Übereinkommen vom 29.5.1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Internationalen Adoption (SR 0.211.221.311).

³⁵ Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten gegenüber Kindern anzuwendende Recht vom 24.10.1956 (SR 0.211.221.431); Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern vom 15.4.1958 (SR 0.211.221.432); Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 2.10.1973 (SR 0.211.213.01); Haager Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Unterhaltsentscheidungen vom 2.10.1973 (SR 0.211.213.02).

³⁶ Haager Übereinkommen Nr. 35 über den internationalen Schutz Erwachsener vom 13.1.2000 (Hague Convention on the International Protection of Adults, vgl. www.hcch.

Brüsseler Lösungen in diesem Gebiet kommen, da aufgrund des Vertrages von Amsterdam die Kompetenz der Europäischen Union auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts erheblich erweitert wurde³⁷.

Es darf jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass die kollisionsrechtliche Vereinheitlichung zwar ein wichtiger, aber dennoch kaum mehr als ein erster Schritt sein kann, solange noch keine Annäherung des materiellen Rechts stattgefunden hat.

Wie steht es nun um das materielle Familienrecht in den jeweiligen europäischen Rechtsordnungen?

2. Parallelentwicklungen nationaler Familienrechte

In den letzten 50 Jahren haben in den nationalen Familienrechten nicht allein Europas sondern in allen westlichen Industrienationen bedeutende Umwälzungen stattgefunden, die zu einer mehr oder weniger starken Annäherung der verschiedenen Rechtsordnungen geführt haben. Wie DIETER MARTINY³⁸ es treffend ausdrückte: «...die grossen rechtspolitischen Schlachten der Vergangenheit [sind] geschlagen». Hintergrund sind weitgehend ähnliche, wenngleich auch unterschiedlich akzentuierte soziodemographische Entwicklungen, die ich nur kursorisch zusammenfassen möchte.

a. Soziodemographische Entwicklungen

Das herausragendste Merkmal ist der Anstieg der Scheidungsrate. Seit den 1970ern hat sie sich praktisch überall verdoppelt. In vielen Ländern muss heute für 40 bis 50% aller Ehen mit Scheidung gerechnet werden³⁹. Aller-

net); dazu A. BUCHER, La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes, SZIER 2000, 37 ff.; SIEHR, Das Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz Erwachsener; RabLSZ 64 (2000), 715 ff.; LAGARDE, La Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, Revue critique de droit international privé 2000, 159 ff.

³⁷ Vgl. WAGNER, Überlegungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts in Ehesachen in der Europäischen Union, FamRZ 2003, 803 ff.

³⁸ MARTINY, Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union, in: MARTINY/WITZLEB (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch, Berlin u.a. 1999, 177, 184.

³⁹ Zusammengefasste Scheidungsziffer in Deutschland 2000: 39%, Frankreich 2000: 38%, Vereinigtes Königreich 2000: 43%, Schweden 2000: 55%, Schweiz 2001: 39%, vgl.

dings zeigt Skandinavien, wo seit den 1980ern auf diesem hohen Niveau eine Stagnation eingetreten ist, dass damit ein gewisser Sättigungsgrad erreicht sein könnte.

Die hohe Scheidungsrate zieht vielfältige weitere Entwicklungen nach sich, vor allem die rapide Zunahme sogenannter patch work- und Ein-Eltern Familien⁴⁰. Sie ist gleichzeitig dafür verantwortlich, was man die Feminisierung der Armut nennt. Denn – verschiedene Armutsstudien aus dem In- und Ausland belegen dies – Scheidung stellt für Frauen einen weitaus höheren Armutsrisikofaktor dar als für Männer⁴¹, und es sind vor allem alleinerziehende Mütter, die unterhalb der Armutsgrenze leben⁴².

Weitere Merkmale auf soziodemographischer Ebene sind die Zunahme des Heiratsalters und die generelle Abnahme der Zahl der Eheschliessungen. Nimmt man z.B. Frankreich, so bedeutet dies, dass heute nur 56% aller Frauen unter 50 Jahren überhaupt einmal geheiratet haben, im Vergleich zu ungefähr 92% der Frauen dieser Altersgruppe im Jahre 1970⁴³. Gleichzeitig nimmt die Zahl nichtehelich Zusammenlebender zu, in manchen Ländern sogar dramatisch. Während in den skandinavischen Ländern nichteheliches Zusammenleben eine echte Alternative zur Ehe darstellt, sind nichteheliche Lebensgemeinschaften in anderen Ländern hingegen zumeist von kürzerer Dauer und münden oft in eine Ehe ein, wenn Kinder geboren werden⁴⁴.

Schliesslich kann allerorten ein allgemeiner Geburtenrückgang verzeichnet werden. Seit ungefähr 1965 ist die Geburtenrate unter das Mass gefallen, das zur Aufrechterhaltung der Bevölkerungszahl erforderlich ist⁴⁵. Ande-

BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistisches Lexikon der Schweiz, Premium (Online-Datenbank), Tabelle P04b, Demographische Indikatoren in ausgewählten Staaten Europas, um 2000 (Teil 2); Tabelle P15, Indikatoren der Eheschliessungen und Ehescheidungen in der Schweiz, 1970 bis 2001.

⁴⁰ Vgl. für die Schweiz: BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Eidgenössische Volkszählung 2000, Pressemitteilung 2.9.2003.

⁴¹ Vgl. EUROSTAT, The life of women and men in Europe, 2002 Edition, 99; LEU/BURRI/PRIESTER, Lebensqualität und Armut in der Schweiz, Bern 1997, 129.

⁴² Vgl. EUROSTAT (Fn. 41), 100.

⁴³ Vgl. COUNCIL OF EUROPE, Recent demographic developments in Europe, Strasbourg 1998, T2.2.

⁴⁴ NAVE-HERZ hat dafür den Begriff »Kindorientierte Eheschliessung« geprägt, vgl. NAVE-HERZ, Familiäre Veränderungen seit 1950, Zeitschrift für Sozialisationsforschung und Erziehungswissenschaft 4 (1984), 45 ff.

⁴⁵ Vgl. ROTHENBACHER, Social Change in Europe and its Impact on Family Structures, in: EEKELAAR/NHLAPO (Hrsg.), The Changing Family, Oxford (UK) 1998, 3, 5.

rerseits ist die Zahl ausserehelich Geborener in den letzten Jahrzehnten signifikant gestiegen. In manchen Ländern, vor allem in Skandinavien, stellen sie bereits 50 bis 65% aller Geburten⁴⁶.

Diese demographischen Entwicklungen haben allerdings nicht überall in selbem Umfang und mit derselben Geschwindigkeit stattgefunden. Lange Zeit schien z.B. die Schweiz eine Insel traditionell gelebter Familie in einem Meer sich wandelnder Gesellschaften zu sein. Inzwischen übersteigt die Scheidungsrate in der Schweiz mit rund 40% deutlich den Durchschnitt in der Europäischen Union⁴⁷; und der Anteil nichtehelicher Geburten hat sich in den letzten 20 Jahren mehr als verdoppelt⁴⁸. Nach wie vor bleiben zwischen den einzelnen europäischen Ländern allerdings erhebliche Unterschiede mit Skandinavien am einen und den südeuropäischen Ländern sowie Irland am anderen Pol⁴⁹.

b. Rechtliche Konsequenzen

Das Familienrecht konnte sich diesen grundlegenden soziodemographischen Veränderungen nicht verschliessen. Hinzu trat die zunehmende Bedeutung der Grund- und Menschenrechte, für das Familienrecht insbesondere die Gleichstellung von Frau und Mann, sowie im Kindesrecht die vorsichtige Rezeption psychologischen und kinderpsychiatrischen Gedankenguts in den Begriff des Kindeswohls und die zunehmende Anerkennung des Kindes als Subjekt und nicht lediglich als Objekt der Rechtsordnung.

⁴⁶ Anteil der nichtehelichen Geburten im Jahr 1999: Dänemark 44,9%, Finnland 38,7%, Island 62,4%, Norwegen 49,1%, Schweden 55,3% (www.statistik.admin.ch/stat_int/dint_m.htm).

⁴⁷ Vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistisches Lexikon der Schweiz, Premium (Online-Datenbank), Tabelle P15, Indikatoren der Eheschliessungen und Ehescheidungen in der Schweiz, 1970 bis 2001; BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistisches Jahrbuch der Schweiz 2003, Zürich 2003, 44.

⁴⁸ 4,7% im Jahr 1980, 11,3% im Jahr 2001 (Anteil der Neugeborenen mit einer nicht verheirateten Mutter), vgl. BUNDESAMT FÜR STATISTIK, Statistisches Lexikon der Schweiz, Premium (Online-Datenbank), Tabelle T21104, Lebendgeborene nach Zivilstand der Mutter, 1970 bis 2001 und Tabelle T2110, Lebendgeborene nach Geschlecht, 1970 bis 2001.

⁴⁹ Vgl. HÖPFLINGER, Haushalts- und Familienstrukturen im intereuropäischen Vergleich, in: HRADIL/IMMERFALL (Hrsg.), Die westeuropäischen Gesellschaften im Vergleich, Opladen 1997, 97 ff.

Betrachtet man die grossen Linien der Rechtsentwicklung, so kann man durchaus von «Einheitsrecht durch Evolution»⁵⁰ sprechen. Erlauben Sie mir, diese Entwicklungen in einigen Zentralbereichen des Familienrechtes skizzenhaft nachzuziehen⁵¹.

aa. Eherecht

Im Eherecht hat sich überall inzwischen das Prinzip der Gleichstellung der Ehegatten durchgesetzt. Die Zeiten, in denen es – wie im französischen Code Napoléon⁵² – hiess: «Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari» oder die Gesetze zumindest die traditionelle Rollenteilung zwischen Frau und Mann in der Familie festgeschrieben⁵³, scheinen endgültig vorbei zu sein. Oder womöglich doch nicht, wenn wir hören, dass im Jahre 2000 49% aller US-Bürger die Auffassung vertraten, der Mann müsse das Sagen haben in der Familie im Vergleich zu nur 42% im Jahre 1992⁵⁴?

Konvergente Entwicklungen finden sich vor allem auch im Ehenamensrecht. Die überwiegende Mehrheit der Rechtsordnungen gewährt den Ehegatten bei der Namenswahl nunmehr grösstmögliche Freiheit: Sie sind frei darin, welchen Namen sie zum Ehenamen machen wollen, ob der namensweichende Ehegatte seinen Namen voran- oder nachstellt, ja ob sie überhaupt einen gemeinsamen Namen führen wollen⁵⁵. Allein in der Schweiz hat man in diesem Gebiet trotz nunmehr fast 10-jähriger Reformbemühungen bis heute den Anschluss an die internationale Entwicklung noch nicht geschafft. Kollege GUILLOD meinte jüngst zum Hinschied dieser Reform: «I guess the surname of the husband is engraved on its tombstone»⁵⁶. Auch im Bereich des Namens des ehelichen Kindes befindet sich international die

⁵⁰ Vgl. LUTHER, Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft, *RabelsZ* 45 (1981), 253 ff.

⁵¹ Vgl. Überblick bei PINTENS, Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien- und Erbrechts, *FamRZ* 2003, Teil 1: 329 ff., Teil 2: 417 ff., Teil 3: 499 ff.

⁵² Art. 213 Code civil 1804.

⁵³ Vgl. DÖLEMAYER, Frau und Familie im Recht des 19. Jahrhunderts, in: GERHARD, *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, 633, 637 ff.

⁵⁴ Vgl. GÜNTHER, Die Nachbarn sind sich fremd geworden, *Badische Zeitung* 15.8.2003.

⁵⁵ Deutschland: § 1355 Abs. 1 BGB; Frankreich: CORNU, *Droit civil, La famille*, 7. Aufl. Paris 2001, N 22; zum Ganzen vgl. PINTENS, *FamRZ* 2003, 329, 332 f.

⁵⁶ GUILLOD, Switzerland: Abortion, Registered Partnership and Other Matters, in: BAINHAM (Hrsg.), *The International Survey of Family Law*, 2003 Edition, Bristol 2003, 417, 424.

Anknüpfung an den Vaternamen auf dem Rückzug und macht mehr und mehr egalitären Modellen Platz⁵⁷.

Beim ehelichen Güterrecht bestehen vom Ausgangspunkt her grösste Unterschiede zwischen den einzelnen Rechtsordnungen. Grob gesprochen kann man drei Gruppen unterscheiden⁵⁸: Die romanischen Rechte, die von einer beschränkten Gütergemeinschaft ausgehen⁵⁹, die Rechtsordnungen des deutschen Rechtskreises, basierend auf Gütertrennung mit einem Ausgleichsanspruch bei Auflösung des Güterstandes⁶⁰, und England, dem ein Ehegüterrecht bis heute gänzlich fremd ist, wo jedoch das Gericht seit 1970⁶¹ die Möglichkeit hat, anlässlich der Ehescheidung mit property adjustment orders auch in bestehende Eigentumsverhältnisse einzugreifen. Lässt man die jeweilige dogmatische Ausgestaltung und Differenzen in Details beiseite, so erstaunen auch hier die parallelen Entwicklungen: Inzwischen zielen alle drei Systeme im Wesentlichen auf das selbe Ergebnis: Die hälftige Beteiligung beider Ehegatten am ehezeitlichen Zuerwerb. Dies gilt selbst in England, wo sich das House of Lords im Jahre 2000⁶² zur «equality» als Richtschnur zur Vermögensteilung bekannt hat.

bb. Scheidungsrecht

Im Bereich des Scheidungsrechtes zeigt sich in sämtlichen europäischen Rechtsordnungen eine deutliche Tendenz, das Verschuldensprinzip zugunsten des Zerrüttungsprinzips abzubauen. In Rechtsordnungen, die bereits früh die erste grosse Scheidungsrechtsrevision in Angriff nahmen – wie insbesondere Frankreich und England – und zu diesem Zeitpunkt noch grös-

⁵⁷ Deutschland: § 1616 ff. BGB; Frankreich: Gesetz Nr. 2002-304 vom 4.3.2002, dazu FERRÉ-ANDRÉ/GOUTTENNOIRE-CORNUT/FULCHIRON, Work in Hand for the Reform of French Family Law, in BAINHAM (Hrsg.), International Survey of Family Law, 2003 Edition, Bristol 2003, 163, 182 ff.

⁵⁸ Vgl. PINTENS, FamRZ 2003, 329, 333 f.

⁵⁹ Z.B. Frankreich: Art. 1400 ff. CC, vgl. FERRAND, Eheleiche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im französischen Recht, in: HENRICH/SCHWAB (Hrsg.), Eheleiche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, Bielefeld 1999, 73, 86 ff.

⁶⁰ Deutschland: § 1363 ff. BGB; Österreich: § 81 ff. EheG; Schweiz: Art. 196 ff. ZGB.

⁶¹ Matrimonial Proceedings and Property Act 1970, vgl. CRETNEY/MASSON/BAILEY-HARRIS, Principles of Family Law, 7. Aufl., London 2003, N 6.003.

⁶² *White v. White* [2001] 1 All ER 1, [2000] 2 FLR 981, vgl. auch *Cowan v. Cowan* [2001] EWCA Civ 679, [2001] 2 FLR 192 und *Lambert v. Lambert* [2002] EWCA Civ 1685, [2003] 1 FLR 139.

sere Konzessionen an das alt eingessene Verschuldensprinzip machen mussten, finden derzeit heftige Diskussionen um eine erneute Reform statt⁶³. Obwohl im Detail im Hinblick auf die Voraussetzungen für die Scheidung nicht unerhebliche Unterschiede bestehen, ist doch die Rechtspraxis allerorten sehr ähnlich: Im Mittelpunkt steht die – noch in den 1960ern so verpönte – einverständliche Scheidung, sie deckt mehr als 90% aller Fälle ab⁶⁴.

Auch im Bereich der Scheidungsfolgen zeichnen sich eindeutige Parallelentwicklungen ab. Die Bedeutung des Verschuldens ist hier ebenfalls klar auf dem Rückzug. Nachdem sich mancherorts das Dogma vom sogenannten clean break breit gemacht hatte, setzt sich – nicht zuletzt aufgrund der Erkenntnisse der neueren Armutsforschung – immer mehr die Auffassung durch, dass im Wege des nahehelichen Unterhalts ehebedingte Nachteile auszugleichen sind⁶⁵.

Dieser Gedanke spielt auch im Hinblick auf die Vorsorgeanwartschaften eine wichtige Rolle. Immer mehr Rechtsordnungen⁶⁶ normieren einen expliziten vom Güterrecht losgelösten Vorsorgeausgleich aufgrund dessen die ehezeitlich erworbenen Anwartschaften hälftig zwischen den Ehegatten zu teilen sind.

cc. Kindesrecht

Herausragendes gemeinsames Merkmal der Entwicklungen im Kindesrecht der letzten Jahrzehnte in den europäischen Rechtsordnungen ist die grundsätzliche Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder, d.h. die Abschaffung der jahrhundertealten Diskriminierung des nichtehelichen Kin-

⁶³ Vgl. BOELE-WOELKI/BRAAT/SUMNER (Hrsg.), *European Family Law in Action*, Volume I: *Grounds for Divorce*, Antwerpen/Oxford/New York 2003, 56 ff., Frankreich: Ein erster Entwurf der Assemblée Nationale verzichtete auf die Verschuldensscheidungscheidung, ein neuer Entwurf des Justizministers behält die Verschuldensscheidungscheidung bei: *Projet de loi relatif au divorce*, n° 389 (2002–2003), déposé au Sénat le 9 juillet 2003 (www.senat.fr); England: vgl. EEKELAAR, *The Politics of Pragmatism: Family Law Reform in England and Wales*, *EJLR* 2001, 297, 298 ff.; HALE, *The Family Law Act 1996 – the death of marriage?*, in: BRIDGE (Hrsg.), *Family Law Towards the Millenium: Essays for P M Bromley*, London/Edinburgh/Dublin 1997, 1 ff.

⁶⁴ Vgl. BOELE-WOELKI/BRAAT/SUMNER (Fn. 63), 99 ff.

⁶⁵ Vgl. SCHWENZER, *Das clean break-Prinzip im nahehelichen Vermögensrecht*, *FamPra.ch* 2000, 609 ff.

⁶⁶ Deutschland: § 1587–1587 p BGB; Niederlande: Art. 94 Abs. 4, 155 BW; England: *Welfare Reform and Pensions Act 1999*; Schweiz: Art. 122 ff. ZGB.

des und seiner Mutter. Allein im Mass der Durchsetzung dieses Gedankens bestehen noch erhebliche Unterschiede. So finden sich gerade noch im Schweizer Kindesrecht eine Reihe eindeutig diskriminierender und damit gegen die UN-KRK verstossender Vorschriften, wie insbesondere die erleichterte Anfechtung der Vaterschaft beim nichtehelichen Kind durch «jeder mann, der ein Interesse hat»⁶⁷ und die Ausserehelichenbeistandschaft⁶⁸, die deutlich macht, dass auch heute noch in der Schweiz nichteheliche Geburt mit einer Kindeswohlgefährdung gleichgesetzt wird⁶⁹.

Im Abstammungsrecht führten DNA-Analyse, mit der Vaterschaft mit 99,9%-iger Sicherheit ausgeschlossen bzw. sogar festgestellt werden kann, sowie die veränderte Haltung gegenüber Nichtehelichkeit in den meisten Ländern zu grundlegenden rechtlichen Veränderungen. In vielen Rechtsordnungen wurde die sogenannte pater est-Regel, d.h. die Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter, eingeschränkt⁷⁰. Mit der Stärkung der Stellung des Kindes als Rechtssubjekt wurde in Übereinstimmung mit Art. 12 UN-KRK zunehmend ein «Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung» anerkannt und im Gefolge davon die Möglichkeit des Kindes, die Vaterschaft des mit der Mutter verheirateten Mannes anzufechten, zugelassen bzw. erweitert⁷¹. Die jüngste Zeit⁷² zeigt übereinstimmende Entwicklungen in Richtung auf die Zulassung der Anfechtung durch den biologischen Vater, wenn ein anderer Mann bereits als rechtlicher Vater gilt. Wiederum besteht allerdings in der Schweiz in diesem gesamten Rechtsbereich noch erheblicher Reformbedarf⁷³.

Schliesslich stimmen die meisten europäischen Rechtsordnungen inzwischen auch im Bereich der elterlichen Sorge überein. Das Kind hat – wie es Art. 18

⁶⁷ Art. 260a Abs. 1 ZGB.

⁶⁸ Art. 309 ZGB.

⁶⁹ Vgl. SCHWENZER, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, AJP 1994, 817, 823.

⁷⁰ Vgl. FRANK, L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen, R.I.D.C. 1999, 29 ff.; Schweiz: vgl. Art. 255 Abs. 1 ZGB i.d.F des BG vom 26.6.1998, in Kraft seit 1.1.2000.

⁷¹ Vgl. etwa Deutschland: § 1600 BGB; Niederlande: Art. 200 Abs. 1 lit. b BW.

⁷² Frankreich: Art. 311-1 CC e contrario, vgl. HELMS, Die Feststellung der biologischen Abstammung, Berlin 1999, 27 ff.; Deutschland: BVerfG v. 9.4.2003 – 1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01 (www.bverfg.de); Norwegen: LØDRUP, Challenges to an Established Paternity – Radical Changes in Norwegian Law, in: BAINHAM (Hrsg.), The International Survey of Family Law, 2003 Edition, Bristol 2003, 353 ff.

⁷³ Vgl. BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 256, N 7; DIES., AJP 1994, 817, 820.

Abs. 1 UN-KRK ausdrückt – ein Recht auf beide Eltern. Daraus folgt die grundsätzliche gemeinsame Elternverantwortung unabhängig vom Status des Kindes oder der Eltern, d.h. die gemeinsame elterliche Sorge, gleichgültig, ob die Eltern verheiratet, nicht verheiratet oder geschieden, zusammen oder getrennt lebend sind⁷⁴. Die Alleinsorge wird zum begründungsbedürftigen Ausnahmefall. Die Schweiz hat auch hier im Jahre 2000 erst einen ersten vorsichtigen Schritt in diese Richtung unternommen⁷⁵, dem sicher weitere folgen müssen.

dd. Nichteheliche Lebensgemeinschaften

Gleichförmige Tendenzen lassen sich auch für die rechtliche Behandlung heterosexueller nichtehelicher Lebensgemeinschaften erkennen. Allerorten wurde das teilweise bis in die 1970er Jahre vertretene Verdikt der Sittenwidrigkeit inzwischen zurückgenommen. In der Schweiz hat schliesslich auch das Wallis als letzter Kanton im Jahre 1995 das strafbewehrte Konkubinatsverbot abgeschafft⁷⁶.

In der positivrechtlichen Behandlung nichtehelicher Lebensgemeinschaften gehen die europäischen Rechtsordnungen allerdings sehr unterschiedliche Wege. Während namentlich skandinavische Rechtsordnungen bestimmte ehe- bzw. scheidungsrechtliche Regelungen auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften übertragen haben⁷⁷, eröffnen andere Länder⁷⁸ mit der eingetragenen Partnerschaft auch heterosexuellen Personen gewissermassen eine Ehe «light». In anderen Staaten, so z.B. in der Schweiz und in Deutschland, bleibt hingegen die Rechtsentwicklung in diesem Bereich ausschliesslich eine Aufgabe der Rechtsprechung⁷⁹.

Weitgehende Einigkeit besteht inzwischen auch darüber, dass homosexuellen Paaren für ihr Zusammenleben ein rechtlich anerkanntes Gefäss zur

⁷⁴ Vgl. PraxKomm/WIRZ, Vorbem. zu Art. 133/134 ZGB, N 10 ff.; BaslerKomm/SCHWENZER, Art. 298a ZGB, N 18.

⁷⁵ Vgl. Art. 133 Abs. 3, 298a ZGB i.d.F. des BG vom 26.6.1998, in Kraft seit 1.1.2000.

⁷⁶ Vgl. PULVER, Unverheiratete Paare: aktuelle Rechtslage und Reformvorschläge, Basel 2000, 10.

⁷⁷ Vgl. nur Schweden: Gesetz (1987: 232) über das gemeinsame Heim Zusammenlebender (Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft).

⁷⁸ Belgien, Frankreich, Niederlande, Spanien, vgl. PINTENS, FamRZ 2003, 329, 335 f. m.w.Nachw.

⁷⁹ Vgl. BÜCHLER, Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, in: RUMO-JUNGO/PICHONNAZ (Hrsg.), Familienvermögensrecht, Bern 2003, 59 ff.

Verfügung gestellt werden muss⁸⁰. Eine Entschliessung des Europäischen Parlaments aus dem Jahre 1994⁸¹ zur Gleichberechtigung von Schwulen und Lesben in der EG hat insoweit eine wichtige Rolle gespielt. Eine Reihe von Staaten – so auch der Schweizer Entwurf⁸² – haben sich der skandinavischen Lösung angeschlossen und sehen eine ausschliesslich homosexuellen Paaren zur Verfügung stehende, weitgehend der Ehe angenäherte eingetragene Partnerschaft vor. Andere hingegen kennen – wie bereits erwähnt – Partnerschaften mit schwachen Wirkungen für homo- und heterosexuelle Paare⁸³. Die jüngste Tendenz geht in Richtung Öffnung der Ehe auch für homosexuelle Paare⁸⁴ – so in den Niederlanden und in Belgien –, bzw. in Richtung Abschaffung auch der letzten Unterschiede zwischen registrierter Partnerschaft und Ehe: nämlich die Zulassung der Adoption durch Gleichgeschlechtliche – so inzwischen insbesondere in Dänemark⁸⁵.

ee. Erwachsenenenschutz

Als letztes Gebiet für gleichförmige Entwicklungen sei schliesslich der Erwachsenenenschutz genannt, der nunmehr gerade auch in der Schweiz⁸⁶ in Angriff genommen wird. Ein Haager Abkommen zu den international privatrechtlichen Aspekten des Erwachsenenschutzes liegt ebenfalls bereits vor⁸⁷.

⁸⁰ Vgl. COESTER, Same-Sex Relationships: A Comparative Assessment of Legal Developments Across Europe, FamPra.ch 2002, 748 ff.; SCHWENZER, Registrierte Partnerschaft: Der Schweizer Weg, FamPra.ch 2002, 223 ff.

⁸¹ Vom 8.2.1994, ABl. EG C 61 (1994), 40.

⁸² Entwurf für ein Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare, BB1 2003 1378 ff.; vgl. auch Deutschland: Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften vom 16.2.2001.

⁸³ Vgl. Fn. 78; teilweise auch für a-sexuelle Partnerschaften, z.B. Frankreich, Loi n° 99–944 relative au pacte civil de solidarité, vom 15.11.1999.

⁸⁴ Niederlande: Art. 30 BW, vgl. SCHRAMA, Reforms in Dutch Family Law during the Course of 2001: Increased Pluriformity and Complexity, in: BAINHAM (Hrsg.), The International Survey of Family Law, 2002 Edition, Bristol 2002, 277 ff.; Belgien: Gesetz vom 13.2.2003, vgl. PINTENS (Fn. 3), 15.

⁸⁵ § 4 Gesetz vom 7.6.1989, geändert durch Gesetz vom 2.6.1994, vgl. PINTENS, FamRZ 2003, 336 m.w.Nachw.

⁸⁶ Vgl. Bericht und Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom Juni 2003; für Deutschland vgl. Betreuungsrecht § 1896 ff. BGB.

⁸⁷ Vgl. Fn. 36.

III. Zwischenergebnis

Stimmen die grossen Entwicklungslinien in den nationalen Familienrechten auch weitgehend überein, so darf dies doch nicht darüber hinweg täuschen, dass nach wie vor in den Einzelfragen völlig unterschiedliche Regelungen bestehen. Dies gilt nicht nur für die Ebene des materiellen Rechts, sondern bereits für jene des internationalen Privatrechtes.

So musste DIETER HENRICH jüngst in einem Aufsatz zum Thema «Wenn Schweizer sich in Deutschland scheiden lassen»⁸⁸ das keineswegs unerwartete aber dennoch ernüchternde Fazit ziehen, dass nicht vorhergesehen werden kann, «nach welchem Recht ihre Ehe geschieden wird, nach welchem Recht sich ihre nachehelichen Unterhaltsansprüche richten, nach welchem Recht und wie der Versorgungsausgleich durchgeführt wird.» Nicht viel besser sieht es aus, wenn wir uns zwei Elsässer vorstellen, die beide in Basel arbeiten und Vorsorgeanwartschaften aufgebaut haben, und sich dann in Mulhouse scheiden lassen.

Für die alltägliche Praxis, die ihrerseits immer internationaler wird, haben damit alle bislang berichteten Vereinheitlichungstendenzen keine nennenswerten positiven Wirkungen gezeitigt.

IV. Zukunftsperspektiven

Was ist zu tun?

Es besteht wohl kaum ein Zweifel, dass der Brüssel II-Verordnung 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 eigentlich in Kürze ein Lugano II-Übereinkommen folgen müsste. In Bundes-Bern allerdings sind noch keine diesbezüglichen Vorarbeiten im Gange⁸⁹.

Die nächste Stufe muss die weitere Vereinheitlichung der international privatrechtlichen Materien sein. Auf Ebene der Europäischen Union sieht ein

⁸⁸ FS Hausheer, Bern 2002, 235, 240.

⁸⁹ Auskunft des Bundesamtes für Justiz vom 4. September 2003.

zur Umsetzung der Bestimmungen des Vertrages von Amsterdam vom 2.10.1997 beschlossener Aktionsplan unter anderem vor, dass bis Mai 2004 die Möglichkeit geprüft werden soll, «einen Rechtsakt betreffend das auf Ehesachen anzuwendende Recht zu erstellen»⁹⁰. Für den Vorsorgeausgleich steht die Schaffung einer einheitlichen Kollisionsnorm bislang allerdings nicht einmal auf der Agenda von Brüssel. Hier muss auf nationaler Ebene zunächst versucht werden, sinnvolle Kollisionsregeln zu schaffen – was bislang weder in der Schweiz⁹¹ noch z.B. in Deutschland erfolgt ist – und auf bilaterale Abkommen gehofft werden, die wenigstens die Rechtsdurchsetzung in internationalen Fällen erleichtern⁹².

Allein jedoch die Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts löst nicht alle Probleme⁹³. So ist die Gefahr des forum-shopping bzw. forum-running jedenfalls dann nicht gebannt, wenn das zuständige Gericht sein eigenes Recht anwendet. Gilt im Einzelfall nicht die *lex fori*, verbleiben die ausserordentlich hohen Transaktionskosten, die mit der Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechtes regelmässig verbunden sind. Wo eine IPR-Regel an das Wohnsitzprinzip anknüpft, führt jeder Wohnsitzwechsel grundsätzlich auch zu einem Rechtswechsel und damit unter Umständen zu einem Verlust bereits erworbener Rechtspositionen, was einem europamobilen Bürger oft nur schwer zu erklären sein wird.

All diese Probleme machen deutlich, dass auch im Familienrecht die Lösung auf lange Sicht nur in der Vereinheitlichung des materiellen Rechts liegen kann, eine Auffassung, die auch in der europäischen Familienrechtswissenschaft immer mehr Anhänger gewinnt. Vor diesem Hintergrund wurde im Jahre 2001 die Commission on European Family Law gegründet, der 26 Mitglieder aus 21 europäischen Ländern angehören, und die sich zum Ziel gesetzt hat, ein Restatement – ähnlich den US-amerikanischen Restatements – zum europäischen Familienrecht auszuarbeiten⁹⁴. Die Arbeiten haben begonnen mit dem Kapitel Scheidungsgründe⁹⁵.

⁹⁰ Abl. EG 1999, C 19, 1 ff. = IPRax 1999, 288 ff.

⁹¹ Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Stellungnahme, Die Teilung von Vorsorgeguthaben in der Schweiz im Zusammenhang mit ausländischen Scheidungsurteilen, ZBJV 2001, 493 ff.

⁹² So auch HENRICH, FS Hausheer, Bern 2002, 235, 244.

⁹³ Vgl. dazu insb. DETHLOFF, in: BOELE-WOELKI (Hrsg.), Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerp/Oxford/New York 2003, 37, 51 ff.

⁹⁴ Vgl. www2.law.uu.nl/priv/cefl/.

⁹⁵ Vgl. BOELE-WOELKI/BRAAT/SUMNER (Fn. 63).

Natürlich stellt uns die Rechtsvereinheitlichung im Familienrecht vor ganz besondere methodologische Probleme, die so z.B. bei der Vereinheitlichung des Obligationenrechtes nicht auftreten⁹⁶.

Familienrecht muss Rücksicht nehmen auf Familienrealitäten. Deshalb ist ohne einen interdisziplinären Ansatz, der die Rechtssoziologie, die Familiensoziologie und Psychologie einbezieht, hier nicht auszukommen.

Familienrecht ist nur ein Rechtsgebiet, das Familie mitgestaltet. Ebenso wichtig für die konkrete Ausformung sind Arbeitsrecht, Steuerrecht, Sozialrecht, kurz: im Wesentlichen all das, was man als Familienpolitik bezeichnet. Und insoweit gibt es eine grosse Bandbreite in Europa: Von Schweden, das Familien mit dem erklärten Ziel der Gleichstellung der Geschlechter unterstützt, bis zur Schweiz, die Familie eher als private Angelegenheit definiert.

Schliesslich basiert Familienrecht – was den Gegnern der Rechtsvereinheitlichung durchaus zuzugeben ist – wie kaum ein anderes Rechtsgebiet auf Wertentscheidungen. Meines Erachtens können die grossen, die nationalen Familienrechte bestimmenden Werturteile auf drei Grundfragen zurückgeführt werden⁹⁷: Welche Bedeutung hat die Ehe als Grundlage des Familienrechtes? Wie sensibel reagiert eine Rechtsordnung auf die gender-Aspekte des Familienrechtes? Und – eng verbunden mit der ersten und zweiten Frage – ist das Aufziehen der nächsten Generation und die Sorge für diejenigen, die nicht in der Lage sind, durch Erwerbstätigkeit ihren eigenen Lebensunterhalt zu bestreiten, eine private oder eine öffentliche Angelegenheit? Diese Grundfragen gilt es zunächst im interdisziplinären Diskurs zu beantworten, dann dürfte auch die technische Umsetzung der Rechtsvereinheitlichung im Familienrecht keine unüberwindbaren Schwierigkeiten bereiten.

Und so komme ich zu meiner Schlussfolgerung: Ein europäisches Familienrecht ist bislang nur im Keim vorhanden. Es ist jedoch nicht nur wünschbar, ja notwendig, sondern m.E. auch machbar.

⁹⁶ Dazu SCHWENZER, *Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law*, FamPra.ch 2003, 318 ff.

⁹⁷ Vgl. SCHWENZER, FamPra.ch 2003, 318, 329 ff.