

Klaus Ehringfeld

Multikulturalität im deutschen internationalen Familienrecht

Der Begriff »multikulturelle Gesellschaft« bezeichnet den Tatbestand, daß die Bundesrepublik in den vergangenen Jahrzehnten zu einem Einwandererland geworden ist. Die soziale Integration unterschiedlicher ethnischer Gruppen wirft eine Fülle ungelöster Probleme auf, für die jedoch eine Reihe von Modellen zur Diskussion stehen. Die rechtliche Problematik, inwieweit Rechtsordnungen anderer Länder, insbesondere islamischer und afrikanischer, in der Bundesrepublik Anwendung finden, wird bislang jedoch nur ansatzweise diskutiert. Mit der Frage der Abgrenzung ausländischer und deutscher Familienrechtsnormen beschäftigt sich der Aufsatz von Ehringfeld, der für eine zweistufige Lösung plädiert: zunächst ist die Frage der anwendbaren Rechtsordnung zu klären, sodann die des Einsatzes des ordre public zu erörtern. Der Autor diskutiert die These, ausländische Familien nur auf einen elementaren Grundrechtsbereich unrelativierbar zu verpflichten, während ihnen in einem peripheren Raum gestattet wird, ihre Verhältnisse grundrechtsautonom zu gestalten.

Die Red.

I. Einleitung

Deutschland hat sich in den vergangenen knapp 150 Jahren von einem der ersten und größten Auswanderungsländer zu einem der bedeutendsten Einwanderungsländer entwickelt. Ende 1994 lebten annähernd sieben Millionen Menschen mit ausländischem Paß in der Bundesrepublik.¹ Neben Arbeitsmigranten und deren Nachfahren setzt sich diese Zahl zunehmend aus Flüchtlingen aller Kontinente zusammen, die durch den Zerfall des sowjetischen Imperiums und die Renaissance des Denkens in nationalen Kategorien, durch weltwirtschaftliche Umstrukturierungen, ökologische Zerstörung sowie demographisches Wachstum dazu gezwungen wurden, ihre Heimat zu verlassen.² Diese Migrationsprozesse haben die gesellschaftliche Struktur der Bundesrepublik verändert.

In einer bis dahin relativ homogenen Nationalgesellschaft haben sich Einwanderungsminderheiten herausgebildet, deren sprachliche, ethnische und kulturelle Identität von derjenigen der autochthonen Bevölkerung erheblich abweicht.³ Dabei ist

¹ Bericht der Ausländerbeauftragten über die Lage der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland (1995), S. 12.

² Bade (Hrsg.), Das Manifest der 60 (1994), S. 109.

³ Perotti, Europas Zukunft: multikulturell oder interkulturell?, in: Die Neue Gesellschaft/Frankfurter Hefte (1989), S. 536 f.; Habermas, Anerkennungskämpfe im demokratischen Rechtsstaat, in: Taylor, Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung (1993), S. 171; Lepenies, Die Übersetzbarkeit der Kulturen – Ein europäisches Problem, eine Chance für Europa (unveröffentlichtes Manuskript 1993), S. 21, bezeichnet dieses Phänomen als Inselbildung. Es hatten sich ungeplant und vor allem ungewollt »Exklaven der Dritten Welt in der Ersten« ausgebildet.

ein sozialer Prozeß ausgelöst worden, den alle Beteiligten ursprünglich nicht intendiert hatten – die dauerhafte Niederlassung von ethnischen Minderheiten aus politisch und ökonomisch instabilen Ländern, insbesondere auch Entwicklungsländern, in den wirtschaftlich erfolgreichen und rechtsstaatlichen Wohlfahrtsstaaten Zentral- und Nordeuropas.⁴ Diese Entwicklung erscheint heute irreversibel; vielmehr ist zu erwarten, daß sich dieses Phänomen in Zukunft eher verfestigen als auflösen wird.⁵

Mit der dauerhaften Niederlassung ist in den Aufnahmeländern, so auch in der Bundesrepublik, ein Prozeß der ethnischen Pluralisierung und kulturellen Diversifizierung sowie der geographischen Konzentration bestimmter Volksgruppen in ethnisch relativ homogenen Wohngebieten einhergegangen, dessen Resultat mit dem Begriff *multikulturelle Gesellschaft* bezeichnet wird. Um diesen Begriff rankt sich die aktuelle Diskussion zum Umgang mit ethnischen Minoritäten. Von einigen nur als deskriptive Kategorie verstanden, verkörpert sie für ihre Gegner die Büchse der Pandora, durch welche die kulturelle deutsche Identität sowie die politischen, rechtlichen und sozialen Grundfesten der Gesellschaft in Gefahr gebracht werden.⁶ Ihre Befürworter hingegen interpretieren sie als normative Herausforderung und sehen mit ihr eine Gesellschaft skizziert, in der ausländerfeindliche Verhaltensweisen und Einstellungen überwunden sind und ein gleichberechtigtes Leben verschiedener Ethnien und Nationalitäten möglich ist.⁷

Die gesellschaftliche Entwicklung hat eine Vielzahl ungelöster rechtlicher Fragen manifest werden lassen.⁸ Im besonderen Maße stellen sie sich im Familienrecht als demjenigen Rechtsgebiet, das von Traditionen, Religionen und Ideologien am stärksten durchdrungen ist, das am deutlichsten die kulturellen Wurzeln eines Landes reflektiert. Dem entspricht es, daß das Familienrecht gerade in den vergangenen Jahren an Aufmerksamkeit gewonnen hat, was sich an einer steigenden Zahl von familienrechtlichen Streitigkeiten mit Auslandsberührung ausdrückt.⁹

4 So wohl als erster Zuleeg, DVBl. 1974, 341, 347 (... ist die Bundesrepublik faktisch ein Einwanderungsland); vgl. auch Oberndorfer, ZAR 1989, 3, 10 (... derzeit größten Lebensluge der deutschen Politik: »Die Bundesrepublik Deutschland ist kein Einwanderungsland.«); Bade (Fn. 2), S. 214; aus konservativer Sicht siehe nur Quaritsch, Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland (1981), S. 12 (Die Leugnung der Einwanderung...).

5 Diese Annahmen stützen zum einen Berechnungen des Bundesinstituts für Bevölkerungsforschung (BIB). Danach wird es im Jahre 2040 ungefähr zwölf Millionen Zuwanderer in der Bundesrepublik geben, fast doppelt soviel wie gegenwärtig (rund sieben Millionen), vgl. *Süddeutsche Zeitung vom 6. 9. 1994*. Darüber hinaus ist zu erwarten, daß ethnische Vertreibungen in der Gegenwart und nahen Zukunft als Wanderungsmotiv zunehmen werden.

6 Vgl. hierzu nur das »Heidelberger Manifest« vom 17. 6. 1981 (abgedruckt in der *Frankfurter Rundschau vom 4. 3. 1982*, S. 14), in dem acht bundesdeutsche Hochschullehrer vor einer »Unterwanderung des Deutschen Volkes durch Zuzug von Millionen von Ausländern« warnen, die zu »bekannten ethnischen Katastrophen multikultureller Gesellschaften« führen würde; vgl. auch den Artikel des (damaligen) bayerischen Staatsministers Edmund Stoiber, in: *Die Welt vom 25. 2. 1989*, S. 17 (Und deutsche Richter blättern im Koran), für den das »Gerede von der multikulturellen Gesellschaft... die Axt an die Wurzeln unserer in Jahrhunderten entwickelten nationalen und kulturellen Identität« legt. Vgl. des weiteren den Beitrag von Eckart Schiffer, Leiter der Verfassungsabteilung beim Bundesinnenminister und »Chefdenker« der Ausländerpolitik, in: *Der Spiegel, Heft 40/1991*, S. 53–59. (»Der Koran ist nicht Gesetz«), der gegen eine »multikulturelle Mosaikgesellschaft« argumentiert.

7 Vgl. die gute Übersicht bei Schulte, Multikulturelle Gesellschaft – Chance, Ideologie oder Bedrohung?, in: aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitschrift »Das Parlament«, Juni 1990 B 23–24, S. 3, 5 f., 9 ff.

8 Exemplarisch seien nur die ungeklärten Voraussetzungen einer erleichterten Einbürgerung der Ausländer oder die Zubilligung eines Wahlrechts auf kommunaler Ebene für die Migranten genannt, vgl. zum letzteren auch BVerfGE 83, 37 = BVerfG NJW 1991, 162.

9 An dieser Stelle sei nur auf die annähernd 60 000 Ehen verwiesen, die 1993 von Migranten in der Bundesrepublik geschlossen wurden. Fast 50 000 dieser Verbindungen waren solche zwischen Deutschen und Ausländern. Gerade bei diesen ist die Scheidungsrate besonders hoch, vgl. Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Im Blickpunkt: Ausländische Bevölkerung in Deutschland (1995), S. 26 sowie Staudinger/Coester § 1671 Rn. 228.

Fragen von eminenter sozialer und rechtlicher Bedeutung stellen sich dabei vor allem in dem Moment, in dem darüber zu befinden ist, wie weit in einer Einwanderungsgesellschaft wie der deutschen Toleranz gegenüber Rechten geübt werden kann, welche die Migranten aus der Heimat mitgebracht haben, und inwieweit diese Heimatrechtsverbundenheit zurückgedrängt werden kann. Es geht dabei letztlich um die Durchsetzungsfähigkeit fremder Rechts- und Moralvorstellungen in der Bundesrepublik im Einzelfall.

Besonders konflikttragend sind hierbei die Rechtsnormen aus dem islamischen¹⁰ und dem afrikanischen Rechtskreis, die sich stark von westeuropäischen Rechtsordnungen unterscheiden. Hier ist die Diskrepanz zum deutschen Familienrecht besonders groß, dies gilt insbesondere nach den Reformen des deutschen materiellen Familienrechts.¹¹ So erscheint es als ein zwingendes Desiderat, Strukturen aufzudecken und Normen zu entwickeln, welche die Grenzen abstecken, jenseits derer uniforme Lebensmuster auch von Migranten in der Bundesrepublik gefordert werden müssen.

II. Der Widerspruch zwischen sozialer und rechtlicher Entwicklung

Innerhalb dieser familienrechtlichen Fragen zur Abgrenzung ausländischer und deutscher Vorstellungen von Rechts- und Wertesystemen widmen die Gerichte der Regulierung von Eltern-Kind-Konflikten in Migrantenfamilien erhöhte Aufmerksamkeit. Inhaltlich geht es darum, nach welchem Recht familiäre Konflikte bei der Ausübung des Sorgerechts (vgl. § 1666 BGB) und um die Verteilung der elterlichen Sorge bei Scheidung oder Getrenntleben (vgl. §§ 1671, 1672 BGB) geregelt werden und inwieweit das gegebenenfalls anzuwendende fremde Recht akzeptiert werden kann.¹²

Ein Blick auf die Entwicklung der Rechtsprechung zeigt, daß die Gerichte zunehmend eine eingriffsfreudige Position einnehmen und das ausländische Recht immer öfter und umfassender von der Anwendung in der Bundesrepublik ausschließen. Hielten sie sich vor 25 Jahren bei Interventionen in Migrantenfamilien noch stark zurück und ließen das fremde Recht fast ausnahmslos durchgreifen,¹³ so wird zur Regulierung der Konflikte zunehmend die *lex fori* herangezogen. Dies geschieht entweder über die entsprechende Interpretation der einschlägigen Abkommen, hier vor allem des Haager Minderjährigenschutzabkommens (MSA),¹⁴ oder über den *ordre public* aus Art. 6 EGBGB,¹⁵ der als *ultima ratio* die an sich gebotene Anwendung

10 Dies ist zum einen mit der zahlenmäßigen Bedeutung der islamischen Gemeinde in Europa im allgemeinen und in Deutschland im besonderen zu erklären. Von den 20 Millionen Moslems in Europa leben zwölf Millionen als Migranten in Westeuropa, rund zwei Millionen davon in Deutschland, vgl. dazu Tibi, *Im Schatten Allahs* (1994), S. 177; Cavdar, *RdJB* 1993, 265. Zum anderen hängt es damit zusammen, daß sich das islamische Recht durch Vorstellungen von Kindes- und Elternrechten auszeichnet, die westeuropäischen Ansichten oftmals sehr fremd sind.

11 Vgl. hier nur das Gesetz über die Gleichbehandlung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (GleichberG) vom 18. 6. 1957 (BGBl. I, S. 609).

12 Die Divergenzen zum ausländischen Recht sind kein Problem, dem sich nur die Bundesrepublik gegenüber sieht. Europäische Nachbarstaaten sind in ähnlicher Weise betroffen, vgl. dazu Wengler (IPRax 1984, 177) zu einer niederländischen Entscheidung bezüglich marokkanischer Moslems sowie einer englischen Entscheidung betreffend eine pakistanische Familie (IPRax 1985, 334).

13 Vgl. BGHZ 60, 68 = BGH FamRZ 1973, 138.

14 Das Abkommen ist am 17. 9. 1971 für die Bundesrepublik in Kraft getreten (BGBl. 1971 II, S. 219).

15 Spezielle *Ordre-public*-Normen enthalten Art. 16 MSA und Art. 8 III 2 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens (NA).

der *lex patriae* ausschaltet, wenn sie deutschen Rechts- und Werteverständnissen zu sehr widerspricht.¹⁶

Insbesondere hat der BGH bei einer Entscheidung¹⁷, in der es um die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung eines in Deutschland lebenden iranischen Paares ging, befunden, daß das Grundrecht des Kindes auf Entfaltung seiner Persönlichkeit aus Artt. 1 I und 2 I GG schon dann verletzt sei, wenn das Sorgerecht bei Scheidung nicht demjenigen Elternteil zugesprochen werde, bei dem das Kind vermutlich die meiste Unterstützung für den Aufbau seiner Persönlichkeit erhalten könne. Überdies verstößt nach Ansicht des BGH eine Sorgerechtsentscheidung, die nicht das Wohl des Kindes zum entscheidenden Maßstab macht, sondern eine typisierende Regelung solange gelten läßt, wie sie das Kindeswohl nicht gefährdet, gegen die staatliche Pflicht, Pflege und Erziehung des Kindes zu überwachen (Art. 6 II GG). Auf die Frage, ob die iranische Vorschrift auch gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz aus Art. 3 II GG verstoße, ging der Familiensenat nicht ein. Das tat er dafür in einer Entscheidung, in der es um die Personensorge für einen Sohn iranischer Eltern ging, die seit 1986 in der Bundesrepublik lebten.¹⁸ Der Junge war nach der Scheidung der Mutter zugesprochen, die Vermögenssorge aber dem Vater vorbehalten worden. Die Mutter begehrte das alleinige Sorgerecht. Diesmal prüften die Richter auch die Verletzung von Art. 3 II GG, verneinten diese aber. Denn auch bei der Erörterung eines Verstoßes gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz sei nur zu prüfen, ob die Anwendung des iranischen Rechts im konkreten Einzelfall den *ordre public* verletze. Auch hier sei das Kindeswohl als Maßstab heranzuziehen. Stellt danach eine Entscheidung über die elterliche Sorge auf das Wohl des Kindes ab, »so ist der Elternteil, der ganz oder teilweise von der elterlichen Sorge ausgeschlossen ist, nicht in seinen Grundrechten verletzt.«¹⁹ Ein Elternteil habe keinen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Übertragung der vollen elterlichen Sorge.

Diese beiden Beschlüsse machen deutlich, daß für den BGH bei der Sorgerechtsentscheidung das Kindeswohl ein wichtigerer Maßstab ist als die Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes. Sie belegen, wie stark die Elternrechte nun dem Kindeswohl nachgeordnet werden.²⁰ Somit haben diese zwei Entscheidungen des BGH die juristische Beurteilung eines *Ordre-public*-Verstoßes auf drei Ebenen verändert. Zum einen hat eine Akzentverschiebung zwischen den Grundrechten stattgefunden, indem nun deutlich das Kindesinteresse in den Vordergrund und das Elterninteresse in den Hintergrund tritt. Ferner wird das Kindeswohl als alles überragendes Richtmaß mit Verfassungsrang installiert.²¹ Schließlich wird die Vorbehaltsklausel auch auf Familien mit rein ausländischen Beteiligten erstreckt.²² Die frühere Relativierung der Grundrechte für Fälle mit Auslandsberührung²³ ist damit weitgehend obsolet. Dem Respekt vor der fremden Rechtsordnung wird nun lediglich auf

¹⁶ Vgl. auch Palandt/Heldrich Art. 6 EGBGB Rn. 1; Staudinger/Blumenwitz Art. 6 EGBGB nF Rn. 15; Wolf, FamRZ 1993, 874, 875.

¹⁷ BGHZ 120, 29 = BGH FamRZ 1993, 316.

¹⁸ BGH FamRZ 1993, 1053.

¹⁹ BGH FamRZ 1993, 1053.

²⁰ Die Rechte der Mutter in binationalen Fällen noch berücksichtigend: OLG Karlsruhe (IPRax 1993, 97, 99), das einen Verstoß gegen Art. 3 II GG annimmt, wenn die deutsche Mutter aufgrund der starren Regelung im algerischen Recht an der Sorgerechtsausübung ganz oder teilweise gehindert wird; ebenso das OLG Düsseldorf (NJW-RR 1994, 7, 8), welches die Rechte der Mutter wahren will, wenn sie wegen fehlender Religionszugehörigkeit zum Islam in Jordanien von der Sorge ausgeschlossen werden soll.

²¹ Eine Entwicklung, die sich auch schon in jüngeren Entscheidungen der Instanzgerichte abzeichnete, vgl. nur OLG Stuttgart DAVorm 1986, 556, 559; AG Einbeck FamRZ 1991, 590, 592; OLG Saarbrücken FamRZ 1992, 848; OLG Karlsruhe IPRax 1993, 97, 99 f; früher bereits einmal LG Hechingen IPRspr. 1966–67 Nr. 108; im Anschluß an den BGH dann auch OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 7, 8.

²² Vgl. auch Fischer, RabelsZ 1993, 1, 12; Spickhoff, JZ 1993, 210.

²³ So noch BGH FamRZ 1973, 138.

der Ebene des Ersatzrechts nach vorgelagerter Ausschaltung der fremden Rechtsordnung Tribut gezollt.²⁴ Weithin werden Sorgerechtsfälle mit auslandsbezogenem Sachverhalt jetzt nicht anders gehandhabt als reine Inlandsfälle. Über das Eingreifen der Korrektivklausel entscheidet in Sorgerechtsfragen eine Parallelbeurteilung des Sachverhaltes aus der Sicht des deutschen Rechts.²⁵ Damit ist auch die Möglichkeit der Eltern, ihre Vorstellung von angemessener Erziehung durchzusetzen, stark eingeschränkt.

Diese Zentrierung auf die Kindesinteressen und die Gleichbehandlung deutscher und ausländischer Familien unter strengerer Handhabung des *ordre public* hat in der Literatur zu den beiden BGH-Beschlüssen überwiegend Beifall gefunden.²⁶ Demgegenüber hat vor allem Rauscher davor gewarnt, mit dem Instrument des *ordre public* den Migrantenfamilien allzu rigoros deutsches Recht und deutsche Vorstellungen von bestmöglicher Berücksichtigung des Kindeswohls zu oktroyieren. Dahinter stecke die strenge und intolerante Auffassung, die allein tragbare Lösung sei im deutschen Recht zu finden. Eine automatische Unwirksamkeit jeder Sorgerechtsentscheidung, die nicht strikt dem Kindeswohl nach der Idee des deutschen Rechts entspreche, sei daher abzulehnen. Denn das islamische Recht treffe seine Entscheidung in aller Regel keinesfalls »in blinder Bevorzugung des Vaters«.²⁷ Die Ex-lege-Gewaltverhältnisse des islamischen Rechts bevorzugten die Mutter in den frühen Jahren bei der Personensorge ebenso eindeutig wie dies die Statistiken bei der Sorgerechtszuteilung gemäß § 1671 BGB für deutsche Familien auswiesen.²⁸

Damit ist zu Recht die Frage aufgeworfen, ob es sachgerecht ist, die ausländischen Familien bei der Beurteilung einer Sorgerechtszuweisung genauso wie deutsche Familien zu behandeln. Denn diese vehemente Betonung der (Kindes-) Grundrechte birgt die Gefahr eines »Grundrechtsoktrois«,²⁹ der eine flexible Handhabung der Grundrechtsbindung bei auslandsbezogenen Sachverhalten zumindest erschwert. Diese Entwicklung übersieht, wie es der BGH 1972³⁰ richtig erkannt hat, zum einen, daß im internationalen Kindschaftsrecht bi- und multilaterale Verträge existieren, die ad absurdum geführt würden, könnte unter Verweis auf die deutschen Grundrechte der Einsatz fremden Rechts rundweg ausgeschlossen werden. Mit dem Beitritt zu den Staatsverträgen ist hingegen ein Stück weit der Verzicht auf die vollständige Durchsetzbarkeit der eigenen Rechtsstandards erklärt worden.³¹ Zum anderen ist bei der Suche nach einer Antwort auf diese Fragen zunächst zu überlegen, ob das Sozialisationsprofil der zweiten Ausländergeneration eine solche Gleichbehandlung mit deutschen Minderjährigen rechtfertigt. Von der ersten Migrantengeneration ist dabei bekannt, daß sie heute noch weitgehend im ethnischen Verbund lebt und sich ihr Leben emotional und geographisch um Landsleute zentriert, häufig um Verwandte und Bekannte. Eine soziale Integration zwischen Deutschen und Ausländern der Elterngeneration hat faktisch kaum stattgefunden.³²

Nun ist es aber keineswegs so, daß die soziale Identität der zweiten Ausländergene-

24 Dies ist die neue Idee des BGH FamRZ 1993, 316, 318.

25 Staudinger/Coester § 1671 Rn. 222; Coester, IPRax 1991, 236.

26 Henrich, IPRax 1993, 81; Wolf, FamRZ 1993, 874; Spickhoff, JZ 1993, 210; Berger LM Nr. 3 (zu Art. 6 EGBGB 1986).

27 Rauscher, JR 1994, 184, 188.

28 Ullmann, FamRZ 1987, 434, 437.

29 Stern, Staatsrecht III/1 § 72 V 7.

30 BGH FamRZ 1973, 138.

31 Rahm/Paetzold, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens VIII, Rn. 515; aA Henrich, FamRZ 1974, 105, 110; Spickhoff, JZ 1993, 210, 212.

32 Vgl. dazu insgesamt die Untersuchungen von Rosen/Stuwe, Ausländische Mädchen in der Bundesrepublik (1985) und Stükelmann/Stuwe, Maßnahmeplan für multikulturelle Jugendarbeit in Frankfurt/Main (1992).

ration,³³ die zum überwiegenden Teil in der Bundesrepublik aufgewachsen ist, eindeutig durch die Kultur und die Sozialisationsinstanzen des Aufnahmestaates geprägt ist. Zwar setzt dies die Rechtsprechung in ihren neuen Entscheidungen stillschweigend voraus, vielmehr jedoch ist die Identität der jungen Migranten diffus und nicht mehr so eindeutig zuordnungsfähig wie bei den Eltern. Die nachwachsende Generation ist an vielen Punkten, die entscheidend ihre Sozialisation prägen, gespalten. Die Jugendlichen versuchen stets, die Anforderungen, welche von der Herkunftskultur durch ihre Eltern an sie herangetragen werden, mit den Erfordernissen der Residenzkultur, die durch Freunde, Schule und Beruf vermittelt werden, in Einklang zu bringen. Dieser kulturelle und emotionale Spagat gelingt nicht immer. In Zweifelsfällen entscheiden sich die jungen Ausländer häufig für die Lösung, die ihnen ihre Herkunftskultur nahelegt: Sie haben im Freizeitbereich vor allem Kontakt zur eigenen Ethnie und bleiben auch bei der Wahl des Lebenspartners eher unter sich. Insgesamt dominiert die Konzentration auf Kontaktpersonen und Institutionen der ethnischen Community. Die bei der Elterngeneration festgestellte Isolierung im deutschen Umfeld ist nur bei einem Teil der zweiten Generation aufgebrochen worden. Deutsche Jugendliche und solche aus Migrantenfamilien leben mehr neben- als miteinander. So sind auch die Beziehungsstrukturen durch ethnische Segmentierung geprägt; sie sind relativ abgeschlossen gegenüber der Mehrheitsgesellschaft. Auch die nationale Selbsteinstufung ist bei der zweiten Generation deutlich. Sie fühlt sich im Prinzip ihrer ethnischen Gruppe zugehörig. Diese Tendenz scheint sogar im Moment stärker zu werden. Jugendliche der zweiten und dritten Generation besinnen sich zunehmend ihrer ethnischen Wurzeln, sehen ihre Zukunft jedoch in Deutschland.³⁴ Auffällig dabei ist, daß ein Fünftel der Ausländer der zweiten Generation in einer neueren Untersuchung häufig das Gefühl von Heimatlosigkeit äußert.³⁵ Darüber hinaus erlebt die zweite Generation, trotz oft gleicher Qualifikation und guter Sprachkompetenzen, erhebliche Benachteiligungen auf dem schulischen und beruflichen Sektor.

Aus alledem folgt: Die Bedingungen und Chancen der zweiten Generation haben sich im Vergleich zu den Eltern nicht automatisch und entscheidend verbessert. Die nachgewachsene Generation lebt zwischen den Kulturen. In vielen Lebenssituationen bleibt die Herkunftskultur handlungsleitend. Aufgrund dieser Resultate ist nicht von einer gelungenen Integration der zweiten Generation in die deutsche Gesellschaft zu sprechen. Die jungen Menschen ziehen sich vielmehr weithin in ihre ethnische Gemeinschaft zurück. Diese Community ist für die zweite Generation der Raum, in dem sie die Traditionen ihrer Eltern ernstgenommen sieht, der Platz für herkunftsbezogene Bildung und (Sekundär-) Sozialisation, ein soziales Auffangnetz bei mißlungener Integration und ein Forum der Beratung und der Verbindung mit Gleichaltrigen.

Außerdem ist zu beachten, daß dieser Befund nicht ausschließlich eine Reaktion auf existierende oder vermutete Diskriminierung durch die Deutschen ist. Vielmehr wird er auch zu einem guten Teil getragen von einer nicht immer ausgebildeten Integrationsbereitschaft auf Seiten der Migranten. Dieser mangelnde Assimilierungswunsch verbindet sich mit einem *Bedürfnis nach Anerkennung in einem kollektiven Sinne*. Es ist der Wunsch nach Achtung vor den Handlungsformen, Eigenarten, Praktiken und Besonderheiten der Weltanschauung, die für Angehörige ethnischer Gruppen große Bedeutung haben.³⁶ Die Forderung nach kollektiver Anerkennung

³³ Mittlerweile wächst bereits die dritte Migrantengeneration heran.

³⁴ Vgl. dazu instruktiv *Süddeutsche Zeitung* vom 31. 7. 1995 («Einmal Bosphorus, aber bitte retour»).

³⁵ Seifert, KZfSS 1992, 677, 683.

³⁶ Habermas (Fn. 3), S. 150.

KRITISCHE JUSTIZ

Herausgeber und Redaktion: Thomas Blanke, Peter Derleder, Rainer Erd (verantw.), Gunter Frankenberg, Monika Frommel, Rolf Knieper, Ulrich Muckenberger, Joachim Perels, Sibylle Raasch, Jürgen Seifert, Ulrich Stascheit, Margaretha Sudhof, Rainer Wolf.

Unter Mitarbeit von: Hartmut Baumer, Uwe Berlit, Hans-Ernst Bottecher, Alexander v. Brunneck, Marlies Durkop, Klaus Groth, Heinrich Hannover, Dieter Hart, Rainer Keller, Stephan Leibfried, Wolf-Dieter Narr, Ulrich K. Preuß, Christoph U. Schminck-Gustavus, Dieter Sterzel, Uwe Wesel, Gerd Winter.

Redaktionelle Zuschriften und Besprechungsexemplare bitte an: Joachim Perels, Kantstr. 4, 30625 Hannover, Tel.: 05 11/55 66 44; Thomas Blanke, Werbachstr. 32, 26121 Oldenburg, Tel.: 04 41/8 46 48. Die Redaktion bittet die Leserinnen und Leser um Mitarbeit an der Kritischen Justiz, kann aber für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung übernehmen. Beiträge sollen die Länge von 25 maschinenschriftlichen Seiten (einseitig, zweizeilig, 60 Anschläge pro Zeile) nicht überschreiten. Die Redaktion bittet, Manuskripte in dreifacher Ausfertigung zu übersenden. Literaturhinweise wie in der *Kritischen Justiz* üblich. Unverlangt eingesandte Besprechungsexemplare können nicht zurückgesandt werden.

Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion oder des Verlages wieder.

Bezugsbedingungen: Die Zeitschrift erscheint vierteljährlich. Abonnement jährlich 48,- DM zuzüglich Zustellgebühr; für Studenten (jährliche Vorlage einer Studienbescheinigung erforderlich) jährlich 38,- DM zuzüglich Zustellgebühr; Einzelheft 14,50 DM. Abbestellungen müssen spätestens drei Monate vor Ende des Kalenderjahres schriftlich erfolgen. Die zur Abwicklung von Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

Bestellungen und Studienbescheinigungen bitte an: Nomos Verlagsgesellschaft, Postfach 610, D-76484 Baden-Baden, Tel. 0 72 21/21 04-0.

Die Zeitschrift sowie alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden.

Satz: Buch- und Offsetdruckerei Wagner GmbH, Nordlingen.

Druck: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, Baden-Baden, Druckhaus Sinzheim.

Winfried Hassemer/Klaus Peter Möller

25 Jahre Datenschutz

Bestandsaufnahme und Perspektiven

Ein Vierteljahrhundert Datenschutz in Hessen: Das erste Hessische Datenschutzgesetz von 1970 war nicht nur das erste Gesetz seiner Art in der Bundesrepublik, sondern hatte eine weltweite Pionierfunktion. Die in diesen Band aufgenommenen Beiträge beleuchten das Gesetz unter dem Blickwinkel eines Vor- und Leitbilds zur theoretischen und praktischen Entwicklung eines Menschenrechts auf Schutz der persönlichen Daten.

Der rasante technische Fortschritt auf dem Gebiet der neuen Technologien – Multimedia, weltweite Kommunikation z.B. auf dem INTERNET oder die stürmische Verbreitung der Datenverarbeitung in privater Hand mit dem Personalcomputer – zwingt die Datenschutzbeauftragten zur Entwicklung neuer Konzeptionen. Das 1995 veranstaltete 4. Forum Datenschutz, dessen Vorträge und Diskussionen dieser Sammelband wiedergibt, hat daher auch eine Fülle von Ideen entwickelt, die sich – auf der Basis überkommener Traditionen – zu einem neuen Konzept des Datenschutzes zusammenfügen.

1996, 80 S., brosch., 28,- DM, 207,50 öS, 25,50 sFr,

ISBN 3-7890-4123-8

(Forum Datenschutz, Bd. 4)



NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT
Postfach 610 • 76484 Baden-Baden



verfolgt dabei vorrangig das Ziel, die Unverletzlichkeit der Lebensformen und Traditionen, in denen sich die Angehörigen benachteiligter Gruppen wiederfinden, zu schützen. So zeigt sich, daß ein Bedürfnis bei den Migranten existiert, sich nach heimatlichem Muster zu organisieren und dies auch rechtlich durchzusetzen. Dem wird aber – wie hier aufgezeigt – eine Rechtsprechung aufgesetzt, die dies nicht berücksichtigt und zudem die vorhandene soziale Diskrepanz zwischen deutschen und ausländischen Jugendlichen tendenziell eibnet.

Dieser Widerspruch macht es unabweisbar, über ein gesellschaftstheoretisches Konzept nachzudenken, das den kulturellen Minoritäten die Möglichkeit eröffnet, ihr Zusammenleben und dessen rechtliche Regulierung bis zu einem gewissen Grad autonom zu gestalten. Juristisch geht es dabei um die Frage, unter welchen Aspekten ein Zusammenleben von einheimischer Bevölkerung und zugewanderten Minderheiten gestaltet werden soll und welche Rolle in diesem Zusammenhang dem Familienrecht zukommt. Ist es möglich, Migrantenfamilien bei der Regelung ihrer Eltern-Kind-Konflikte zumindest teilweise von der Anwendung deutschen Rechts auszunehmen und im Einzelfall das Heimatrecht stärker zu beachten? Ist also ein Konzept denkbar, das es den Familien ethnischer Minderheiten erlaubt, auch in der Bundesrepublik nach ihrem Heimatrecht zu leben? Damit ist auch die Frage nach der Zulassung von Sonder- und Gruppenrechten für Minoritäten gestellt.

III. Politik der Differenz – Modell für die Zukunft?

Eine solche Form von kollektiven Rechten für Minderheiten ist aber im Konzept deutscher Staatlichkeit nicht von vornherein angelegt. Denn die Bundesrepublik ist ihrem überkommenen Selbstverständnis nach ein Nationalstaat, der auf der politischen Ideologie des *ethnischen Nationalismus* beruht.³⁷ Dieses Staatsverständnis prägt auch den Umgang mit Minoritäten. So ergibt es sich, daß diese Form des Nationalismus, der ethnische und kulturelle Homogenität anstrebt, andere ethnische Gruppen als Störfaktor empfindet, die im besten Fall geduldet werden können. Sie bedrohen gleichsam die nationale Einheit.³⁸ Um die eigene Identität und den sozialen Frieden zu bewahren, muß die fremde Kultur bekämpft oder negiert werden.³⁹ Deshalb ist im ethnischen Nationalismus eine starke »Tendenz zur Assimilierungspolitik«⁴⁰ angelegt, durch die der Staat versucht, die nationale Einheit herzustellen und ethnische Minderheiten als selbständige Gruppen aufzulösen.⁴¹ Der Faschismus trieb diese Ideologie auf die Spitze und suchte, die kulturellen Minoritäten zu vernichten.

Vor allem dem Freiburger Politologen Dieter Oberndörfer ist es gelungen, die Relikte des völkisch-ethnischen Nationalismus im Grundgesetz herauszuarbeiten.⁴² Die Bundesrepublik wurde als Republik für »Deutsche« gegründet. In Widerspruch zu seinem eigenen republikanischen Wertefundament bezog sich das Grundgesetz

37 Heckmann, *Ethnische Minderheiten, Volk und Nation* (1992), S. 4, 211.

38 Oberndörfer, *Die offene Republik* (1991), S. 35.

39 Schulte (Fn. 7), S. 7.

40 Heckmann (Fn. 37), S. 212.

41 Das Deutsche Reich von 1871 wollte zum Beispiel die Ruhrgebietspolen und die danische Minderheit in Schleswig-Holstein germanisieren. Die Weimarer Republik erkannte zwar ethnische Minderheitenrechte in der Verfassung an, doch es gab kaum Erlasse oder Verordnungen zum Minderheitenschutz etwa im Schulwesen oder der Verwaltung, vgl. Heckmann (Fn. 37), S. 213.

42 Erstmals Oberndörfer, ZAR 1989, 3, 8 ff.; später dann in Oberndörfer (Fn. 38), S. 59 ff.

des neuen Staates auf ein »völkisch-nationales Substrat«.⁴³ Daher war die neu geschaffene Republik nur eine vorläufige, behelfsmäßige staatliche Notordnung für die in Freiheit lebenden Deutschen. Und mit dem Wiedervereinigungspostulat bewegte sich die Verfassung der neuen Republik in der Tradition des ethnischen Nationalismus.⁴⁴ Im Gegensatz dazu stehen die für alle gültigen, in der Tradition der Menschenrechte stehenden Grundrechte, die in Art. 1 GG auf die Würde des Menschen bezogen werden. Folgerichtig sind daher in Artt. 2, 3 und 4 der Verfassung die Grundrechte der Freiheit der Person, der Gleichheit vor dem Gesetz, der Glaubens- und Meinungsfreiheit »jedem« und »allen« Menschen gewährt. Demgegenüber ist in den Bestimmungen zur Versammlungs-, Vereinigungs-, und Berufsfreiheit sowie der Freizügigkeit nur von Rechten »für alle Deutschen« die Rede. Wirtschaftlich und politisch grundlegende Rechte werden somit allein den Deutschen vorbehalten. Gerade hier wird das ethnische Relikt im Republikverständnis des Grundgesetzes deutlich.⁴⁵ Diese in der Verfassung angelegte Spannung zwischen weltoffenen, republikanischen und ethnischen Orientierungen zeigt sich auch an der renitenten Negation der Einwanderungssituation in der Bundesrepublik durch die politisch Verantwortlichen. Sie wiederholen gebetsmühlenhaft die Formel: »Die Bundesrepublik ist kein Einwanderungsland.«⁴⁶ Zudem belegen Art. 116 GG (mit der Staatsbürgerschaft der Vertriebenen und Volksdeutschen) sowie die Weigerung, die doppelte Staatsbürgerschaft zuzulassen und die Einbürgerung grundlegend zu vereinfachen, daß sich die Bundesrepublik noch immer als ethnische Abstammungs- und Kulturgemeinschaft versteht.⁴⁷

Dieses Verständnis prägt natürlich auch die Bedingungen, die an das Zusammenleben mit dauerhaft in der Bundesrepublik niedergelassenen Ausländern gestellt werden. Es wird ihnen eine Integrationsvorleistung abgefordert, die zum Ziel hat, daß sie zumindest partiell ihre Herkunftskultur aufgeben. Das heißt, die Einwanderer sollen Orientierungen und Verhaltensweisen wie Ehrgeiz und Organisationstalent, Ordnungssinn, Gemeinnützigkeit und die deutsche Einstellung zur Arbeit übernehmen, die zu den kulturellen Standards der Bundesrepublik gehören, also sich so etwas wie »national wesentliche Eigenschaften«⁴⁸ aneignen. Nur im personalen Bereich soll die Heimatkultur respektiert und geschützt werden.⁴⁹ Mit diesen Voraussetzungen für eine Integration wird – jedenfalls implizit – die Höherwertigkeit der als »deutsch« bezeichneten soziokulturellen Orientierungsmuster unterstellt.⁵⁰ Abgelehnt wird damit gleichzeitig eine Idee der multikulturellen Gesellschaft, die die Gleichberechtigung aller Herkunftskulturen von Eingewanderten mit der »überkommenen deut-

43 Oberndorfer (Fn. 38), S. 60.

44 Oberndorfer, Vom Nationalstaat zur offenen Republik – Zu den Voraussetzungen der politischen Integration von Einwanderung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zur Wochenzeitschrift »Das Parlament«, Februar 1992 B 9, S. 24.

45 Oberndorfer (Fn. 38), S. 61.

46 Vgl. nur das als »Regierungsprogramm« bezeichnete Wahlprogramm der CDU/CSU für die Bundestagswahl vom 16. 10. 1994, in: *Die Zeit vom 25. 8. 1994*: »Deutschland ist kein Einwanderungsland. Eine unbegrenzte und nicht steuerbare Zuwanderung nach Deutschland lehnen wir entschieden ab. Ein Einwanderungsgesetz wird es mit uns nicht geben«. Siehe auch die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum neuen AuslG in BT-Drs. 11/6321, S. 41 (»Die gesetzliche Regelung des allgemeinen Ausländerrechts geht von der weiterhin grundsätzlichen Entscheidung aus, daß die Bundesrepublik Deutschland nicht unbegrenzt allen zuwanderungswilligen Ausländern einen dauernden Aufenthalt ermöglichen kann.«)

47 Zur Illustrierung mögen nur die Worte des Vorsitzenden der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, Wolfgang Schäuble, dienen: »Wir – die alten Staaten des alten Europa – sind klassische Nationalstaaten. Wir schöpfen unsere Identität nicht aus dem Bekenntnis zu einer Idee, sondern aus der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Volk.« (zitiert nach *Die Zeit vom 2. 2. 1996*)

48 Quaritsch (Fn. 4) nennt diese Eigenschaften »Industrietugenden«.

49 Schiffer, in: *Der Spiegel, Heft 40/1991*, S. 55.

50 Schulte (Fn. 7), S. 8.

schen Kultur auf dem deutschen Territorium«⁵¹ bedeuten würde. Abgelehnt werden kulturelle Enklaven, in denen die Migranten nicht nur in dem als privat verstandenen Bereich nach ihren Traditionen, Riten, sondern eben auch nach der Rechtsordnung ihrer Herkunftskultur leben können.⁵² Fremde, Ausländer, ethnische Minderheiten können danach zu Bürgern zweiter Klasse gestempelt werden.⁵³

Ein verändertes Umgehen, das dem Respekt vor ethnischen Minderheiten und der neuen Globalsituation Rechnung trägt, wäre in einem Staatskonzept der *offenen Republik*⁵⁴ denkbar, dem ein politisch-republikanisches Nationkonzept zugrunde liegt. Die offene Republik ist der extreme Gegentyp zum ethnischen Nationalstaat. Sie hat ein weltbürgerliches Wertefundament⁵⁵ und leitet die Rechte, die sie ihren Bürgern gewährt, aus allgemeingültigen, für die Menschen aller Völker geltenden »Menschenrechten« her. Daher entscheiden auch Gemeinsamkeiten von Wertvorstellungen, Institutionen und politischen Überzeugungen, jedoch nicht eine gemeinsame Abstammung über die Zugehörigkeit zur Nation.⁵⁶ Bürger der republikanischen Nation können grundsätzlich alle Menschen werden, die dies wünschen und sich zur republikanischen Verfassung bekennen; die freiwillige Beteiligung der Einzelpersonen bildet die Nation.⁵⁷ In der offenen Republik bedarf daher das Recht auf Einwanderung und Einbürgerung keiner eigenen verfassungsrechtlichen Begründung.⁵⁸ Der derart definierte republikanische Verfassungsstaat stellt zunächst nur einen Idealtypus dar, der ein verändertes Umgehen mit den ethnischen Minderheiten versinnbildlicht. Dies bedeutet jedoch nicht, daß er sich für unkontrollierte und unbegrenzte Einwanderung öffnen muß. Einwanderung findet daher unter der Prämisse statt, daß sie die Überlebensfähigkeit der politischen, rechtlichen und sozialen Ordnung der offenen Republik nicht gefährdet.⁵⁹

Der republikanische Verfassungsstaat ist demnach idealiter eine politische Gemeinschaft für Menschen unterschiedlicher ethnischer Herkunft und kultureller Überlieferungen. Er ist somit nicht nur de facto, sondern auch von Rechts wegen multikulturell. Zwar finden sich in dem einen oder anderen Staat Elemente der so definierten politischen Nation,⁶⁰ doch ist sie und die mit ihr verbundene »republikanische Weltkonföderation«⁶¹ bisher weitgehend Utopie geblieben. Doch das stetige Zusammenwachsen der Welt, bedingt auch durch die weltweiten Bevölkerungsverchiebungen, macht das Konzept als konkrete Gestaltungsaufgabe der Politik fast notwendig. Dem vermag auch letztlich die Renaissance des ethnischen Nationalismus in Teilen der Dritten Welt und Osteuropas nichts entgegenzusetzen. Die offene Republik ist die der Zukunft zugewandte Staatsform. Der ethnische Nationalstaat

51 Schiffer (Fn. 49), S. 57.

52 Die französische Regierung hat bereits vorgemacht, wie so etwas aussehen konnte, indem sie das Tragen jeglicher religiöser Zeichen, insbesondere des »foulard«, des Kopftuches der moslemischen Schulerinnen an staatlichen Schulen verboten hat, vgl. *Süddeutsche Zeitung vom 21. 9. 1994*; zum Entstehen eines ähnlichen Konflikts in Österreich, vgl. *Süddeutsche Zeitung vom 7. 3. 1995*.

53 Heckmann (Fn. 37), S. 213 f.

54 Oberndorfer hat den Terminus der offenen Republik geprägt. Der Begriff hat mittlerweile Eingang in die Diskussion um die multikulturelle Gesellschaft gefunden. Hier ist er Oberndorfer (Fn. 44), S. 23 entnommen. Grundlegend dazu Oberndorfers Bucher »Die offene Republik« (Fn. 38) sowie »Der Wahn des Nationalen« (1994).

55 Bade (Fn. 2), S. 137; Oberndorfer (Fn. 44), S. 21.

56 Heckmann (Fn. 37), S. 214.

57 Finkelkraut, *Die Niederlage des Denkens* (1990), S. 39; hier findet sich das von Ernest Renan beschriebene Wesen des politischen Nationkonzeptes wieder.

58 Oberndorfer (Fn. 38), S. 9.

59 Bade (Fn. 2), S. 138.

60 Vgl. die liberalen Regelungen vor allem in Frankreich, Großbritannien, den Niederlanden und Schweden bei Cohn-Bendit/Schmid, *Heimat Babylon. Das Wagnis der multikulturellen Demokratie* (1993), S. 323 f.

61 Oberndorfer (Fn. 38), S. 17.

hingegen ist rückwärtsgewandt und nährt sich aus atavistischen Vorstellungen des 19. Jahrhunderts, von einer Aufspaltung der Menschheit in sich voneinander abschottende stammesartige Nationalstaaten.

Es fragt sich aber, in welcher Weise diese ethnische Pluralität in der offenen Republik zu organisieren ist. Dies ist in der Weise denkbar, daß der Staat die Beibehaltung und Förderung ethnischer Vielfalt erlaubt.⁶² Eine solche *Politik der Differenz* interpretiert Rechtsgleichheit nicht expansiv.⁶³ Der Staat regt die ethnischen Gruppen dazu an, sich als solche zu organisieren und ihr Gewicht in Politik und Staat geltend zu machen sowie einen formell-rechtlichen Minderheitenstatus zu erreichen.⁶⁴ Kulturelle und ethnische Differenzen werden so institutionalisiert und intensiviert.⁶⁵ Die dieser Politik zugrunde liegende Variante eines politischen Liberalismus hat vor allem der kanadische Sozialphilosoph *Charles Taylor* entworfen.⁶⁶ Danach ist der Staat (in multikulturellen Gesellschaften) nicht streng neutral, sondern parteilich und setzt sich für den Fortbestand und das Gedeihen einer bestimmten Nation, Kultur oder Religion oder einer begrenzten Anzahl von Nationen, Kulturen oder Religionen ein.⁶⁷ Dabei sichert er allerdings die Grundrechte jener Bürger, die sich in anderer Weise oder gar nicht engagieren wollen. Er schützt »elementare Freiheiten, die niemals eingeschränkt werden dürfen.«⁶⁸ Taylor nennt exemplarisch das Recht auf Leben, auf Freiheit, fairen Prozeß sowie die Rede- und Religionsausübungsfreiheit.⁶⁹ Von diesen klassisch-liberalen und elementaren Grundrechten seien aber Vor- und Sonderrechte zu unterscheiden, »die zwar wichtig sind, aber aus politischen Gründen, allerdings nur aus sehr triftigen, widerrufen oder beschnitten werden können.«⁷⁰

Liberalismus der Taylorschen Prägung wägt im Ergebnis bestimmte Formen von Gleichbehandlung gegen kulturelle Differenzrechte ab.⁷¹ Taylor verneint somit eine »ethische Neutralität« der Rechtsordnung.⁷² Der Staat darf bestimmte Konzeptionen

62 Offizielle Doktrin in Einwanderungsgesellschaften wie denen der USA und Kanada, aber auch grobe Leitlinie der Politik in der Bundesrepublik ist allerdings ein auf Individualrechte zugeschnittenes Liberalismus-Modell. Theoretisches Fundament solcher Politik ist ein politischer Liberalismus, der sich so nachdrücklich wie möglich für die Rechte des einzelnen einsetzt, und gewissermaßen als logische Folge hiervon auch für einen streng neutralen Staat, einen Staat also ohne eigene religiöse und kulturelle Projekte oder kollektive Ziele. Dieser Liberalismus sorgt für die Gleichheit der Rechte aller Bürger und sichert nur, daß jedes Individuum seine Konzeption des »Guten« verwirklichen kann. In der Gegenwart ist dieses liberale Modell vor allem von dem US-amerikanischen Sozialphilosophen und Staatstheoretiker John Rawls entwickelt worden, vgl. dazu insgesamt *Eine Theorie der Gerechtigkeit* (1975). Ein liberaler Rechtsstaat muß danach im Hinblick auf die Idee des guten Lebens eines jeden Bürgers neutral bleiben. Er hat lediglich zu gewährleisten, daß die Bürger, gleichgültig, welche Anschauungen sie haben, fair miteinander umgehen. Darüber hinaus muß der Staat alle gleichbehandeln und gleiche Ausgangsbedingungen für alle schaffen. Sonder- und Gruppenrechte aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Ethnie haben hier keinen Platz. Aus der Sicht dieses Liberalismus gibt es keine privilegierte Majorität und keine Minorität mit Sonderstatus.

63 Von einem ethnischen Korporatismus spricht etwa Walzer, *Pluralism in Political Perspective*, in: Thernstrom, Stephan: (Hrsg.): *The Politics of Ethnicity* (1982), S. 24; vgl. auch Brumlik/Leggewie, *Konturen der Einwanderungsgesellschaft: Nationale Identität, Multikulturalismus und »Civil Society«*, in: Bade, Klaus J.: *Deutsche im Ausland – Fremde in Deutschland* (1993), S. 438 ff.

64 Walzer (Fn. 63), S. 20 (»where ethnic groups no longer organize themselves like voluntary associations but have instead some political standing and some legal rights«).

65 Walzer (Fn. 63), S. 24 (»The effect of autonomy would be to intensify and institutionalize cultural difference«).

66 Ausführlich in seinem Essay »Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung« von 1993, S. 13 ff., hier vor allem S. 43–56.

67 So auch Walzer (Fn. 63), S. 19 (»the state should defend collective as well as individual rights«).

68 Taylor (Fn. 66), S. 53.

69 Taylor (Fn. 66), S. 53.

70 Taylor (Fn. 66), S. 53.

71 Taylor (Fn. 66), S. 56.

72 Gerade für diese ethische Neutralität macht sich aber Rawls (Fn. 62, vor allem S. 40 ff.) in seinem Liberalismusmodell stark. »I. this« bezieht sich hier auf alle Fragen, die sich mit der Konzeption des guten Lebens befassen, vgl. Habermas (Fn. 3), S. 151, 164 f.

nen des guten Lebens fördern und ist nicht »differenz-blind«.73 Insofern beinhaltet diese Strategie »grundrechtseinschränkende Statusgarantien«,74 welche das Überleben bedrohter kultureller Lebensformen erlauben. Danach kann ein Katalog von Grundrechten in einem bestimmten kulturellen Zusammenhang anders interpretiert werden als in einem anderen und so dazu dienen, verschiedene kollektive Ziele zu realisieren.75 In der Ziellinie solcher Politik, die Walzer eine »autonomistische Strategie«76 genannt hat, liegen Gruppen- und Sonderrechte für Minoritäten. Materielle und ideelle Leistungen des Staates werden monopolistisch an die (dauerhafte) Zugehörigkeit zu einer Minderheit geknüpft, wobei überkommene ethnische Gruppenstrukturen bestätigt werden.77 Ethnizität wird also zum relevanten Merkmal der Leistungsberechtigung. Das Modell von Taylor strebt dabei eine Gesellschaft an, in der auch langfristig ethnische und kollektive Differenzen erhalten bleiben. Hinter der plakativen Formel *Living with diversity* steckt die Idee eines dauerhaften harmonischen Miteinanders von ethnischen Kollektiven, Religionen, Weltanschauungen und Lebensweisen;78 eine Vorstellung, die weniger durch den »melting-pot« als mehr – um im Bild zu bleiben – durch die »salad-bowl« symbolisiert wird.79 Auf der juristischen Ebene bedeutet dies, daß jeder einzelnen dieser Gruppen im Sinne Taylors als »Gesellschaft mit besonderem Charakter« eine Form von Sonder- und Gruppenrechten unterhalb der nicht einschränkenden Grundrechte zuerkannt werden könnte. So würde ihnen im Ergebnis die kollektive Anerkennung zuteil, die ihnen im anderen Liberalismusmodell versagt bleiben muß.

Die Politik der Differenz macht es dabei unabdingbar, in einer Gesellschaft mit starken multikulturellen Zügen diejenigen Werte herauszukristallisieren, die als solche unrelativierbar und daher für alle beteiligten ethnischen Gruppen verbindlich sind. Wie aber kann eine Gesellschaft als Konglomerat von ungleichartigen Gruppen politisch stabil bleiben und sich kulturell entwickeln?80 Die Lösung muß in einer Art Konsens zur Organisation des Gemeinwesens gefunden werden. Die multiethnische Gesellschaft setzt somit die Existenz einer gewissen kulturellen Basis verinnerlichter Werte voraus.81 Diese sind als solche »überethnisch«82 und daher für alle Gruppen akzeptabel und verpflichtend. Normen dieser Art übersteigen und ergänzen die kollektiven Werte jeder Gruppe und sind identisch mit den von Taylor beschriebenen »elementaren Freiheiten«, die nicht einschränkbar sind. Damit ist aber die Frage danach gestellt, wer diese Werte setzt; wer also bestimmt, was elementare Freiheiten in der offenen Republik sind?

Die Antwort kann nur darin gefunden werden, daß unabhängig davon, wie bestimmte Ideale der Migranten in der Herkunftskultur zu bewerten sind, die aufnehmende Gesellschaft das Recht hat, ihre elementaren Freiheiten und Kernwerte zum Maßstab zu machen. Das muß allein schon aus dem Gedanken folgen, daß die Migranten sich in der Residenzgesellschaft aufhalten und dieser insofern ein *Wertsetzungsprimat* zukommt. Da sich die offene Republik aber durch ein weltbürgerlich

73 Taylor (Fn. 66), S. 31.

74 So die Interpretation von Habermas (Fn. 3), S. 152.

75 Taylor (Fn. 66), S. 44.

76 Walzer (Fn. 63), S. 24 (»autonomist strategy«).

77 Brumlik/Leggewie (Fn. 63), S. 440.

78 Genau dieses Modell aber wird von offiziellen Stellen der deutschen Regierung als »Insertion« bezeichnet und als solche abgelehnt, vgl. Schiffer, in: *Der Spiegel, Heft 40/1991*, S. 55.

79 Perotti (Fn. 3), S. 539.

80 Schulte (Fn. 7), S. 12.

81 Smolicz, Verinnerlichte Werte und kulturelle Identität, in: Nitschke, Volker (Hrsg.): *Multikulturelle Gesellschaft – multikulturelle Erziehung?* (1982), S. 46; Cohn-Bendit/Schmid (Fn. 60), S. 318; Schulte (Fn. 7), S. 13; Oberndorfer (Fn. 38), S. 108.

82 Smolicz (Fn. 81), S. 45.

normatives Wertefundament auszeichnet, sind diese Werte Ausfluß eines allgemeingültigen Grundbestands an Toleranz und daraus erwachsender Normen. Diese sind gleichzusetzen mit Menschen- und Bürgerrechten, die für kein Mitglied der offenen Republik eingeschränkt werden dürfen und daher universelle Geltung beanspruchen.⁸³ Diese Grundnormen, die in liberalen Gesellschaften als konstitutiv begriffen werden müssen und Ausdruck in einer weltbürgerlichen Verfassung und Rechtsordnung finden, stellen somit zugleich die Grenze für die Freiheiten der an der multikulturellen Gesellschaft partizipierenden ethnischen Gruppen dar.⁸⁴

Daher kann es im republikanischen Verfassungsstaat auch keinen unkritischen Kulturrelativismus geben, der sich jeglicher Bewertung bestimmter Elemente fremder Kulturen enthält.⁸⁵ Kulturelle Freiheit hat ihre Grenze dort, wo allgemeinverbindliche Menschen- und Bürgerrechte in Gefahr sind. Würde letztlich einem absoluten Kulturrelativismus das Wort geredet und die Kulturen so als umfassende Totalitäten begriffen, bedeutete dies, auf das gleiche Instrumentarium zurückzugreifen wie die Anhänger des ethnischen Nationalstaates. Das Weltbild wäre dasselbe, nur die Glaubensbekenntnisse gingen auseinander.⁸⁶

Grundsätzlich muß in der Politik der Differenz der unterschiedslos geltende Katalog von Rechten anders ausgeprägt sein als in dem Modell eines streng neutralen Staates, damit so das Fortbestehen ethnischer und kultureller Kollektive, verbunden mit der Wahrung und Entwicklung ihrer Identitäten in einem rechtlichen und sozialen Rahmen, möglich ist.

IV. Umsetzung auf die familienrechtlichen Konflikte

Setzt man nun diese theoretischen Erkenntnisse auf die Eltern-Kind-Konflikte der hier beschriebenen Art um, so bietet sich eine aufeinander abgestimmte, zweistufige Lösung an; zunächst ist die Frage der anwendbaren Rechtsordnung zu klären, und zum zweiten ist gegebenenfalls die Frage des Einsatzes des *ordre public* zu erörtern. So ist *auf der ersten Stufe* zu prüfen, ob auf der Ebene des anwendbaren Rechts die *lex patriae* oder die *lex fori* durchgreift. Im Zentrum steht dabei das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA)⁸⁷ und hier die konfliktträchtige Norm des Art. 3,⁸⁸ die bei Existenz eines gesetzlichen Gewaltverhältnisses⁸⁹ auch für ein in Deutschland

83 Lepenies (Fn. 3), S. 28; Taylor (Fn. 66), S. 53.

84 Bade (Fn. 2), S. 141; dabei mögen sich unter diesen Grundwerten einige befinden, die in anderen Kulturen, deren Bräuche weit in die Geschichte zurückreichen, nicht existieren, so etwa gewisse Grundrechte der Person. Zu denken wäre hier an die Rechte-Ungleichheit von Frau und Mann im Islam. Vgl. dazu auch Finkielkraut (Fn. 57), S. 114; Tibi (Fn. 10), S. 178 ff.

85 Schulte (Fn. 7), S. 10.

86 Finkielkraut (Fn. 57), S. 98; Schulte (Fn. 7), S. 9; in diesem Sinne auch Tibi (Fn. 10), S. 167, 173; Apel, *Anderssein, ein Menschenrecht? Über die Vereinbarkeit universaler Normen mit kultureller und ethnischer Vielfalt*, in: Hoffmann/Kramer (Hrsg.): *Anderssein, ein Menschenrecht* (1995), S. 10.

87 Das MSA (vgl. auch Fn. 14) verdrängt als *lex specialis* gemäß Art. 3 II 1 EGBGB die Regelungen des deutschen Internationalen Kindschaftsrechts für seinen Anwendungsbereich. Für einen Rückgriff auf die Normen des EGBGB verbleibt für die hier zu behandelnden Konflikte fast kein Spielraum mehr. Staudinger/Kropholler, Vorbem. 1 zu Art. 19 EGBGB; Lorenz, IPRax 1992, 305, 305 f. Raum bleibt aber für die Anwendung der Artt. 21, 22, 23 EGBGB (Legitimation und Adoption); vgl. ausgiebig zur Entstehungsgeschichte des MSA Allinger, *Das Haager Minderjährigenschutzabkommen, Probleme, Tendenzen und Perspektiven* (1988), S. 22 ff; Staudinger/Kropholler, Vorbem. 16 zu Art. 19 EGBGB.

88 Art. 3 MSA schreibt vor: Ein Gewaltverhältnis, das nach dem innerstaatlichen Recht des Staates, dem der Minderjährige angehört, kraft Gesetzes besteht, ist in allen Vertragsstaaten anzuerkennen.

89 Ein Gewaltverhältnis kraft Gesetzes besteht immer dann, wenn die Sorgerechtsregelung unmittelbar und endgültig aus dem Gesetz zu entnehmen ist und ohne Dazwischentreten einer Behörde oder eines Gerichts wirksam wird, so etwa nach der Stichentscheidsvorschrift aus Art. 263 des türk. ZGB, nach welcher

lebendes Kind die Anerkennung dieses Gewaltverhältnisses vorschreibt.⁹⁰ Dabei herrscht in Lehre und Rechtsprechung Uneinigkeit darüber, wie dieses *Anerkennen* zu bewerten ist. Die herkömmlichen Interpretationsangebote zu Art. 3 MSA bringen in schematischer Weise entweder sofort die *lex fori* zur Geltung (Anerkennungstheorie)⁹¹ oder sie schließen im völligen Gegensatz dazu sogar die Zuständigkeit der deutschen Gerichte aus (Schrankentheorie).⁹² Eine kaum weniger formelhafte Theorie bestimmt die Zulässigkeit von Schutzmaßnahmen und damit auch die Zuständigkeit deutscher Gerichte nach dem Heimatrecht, dies soll wiederum jedoch nur soweit gelten, wie die *lex patriae* Eingriffe in das *Ex-lege*-Verhältnis zulässt.⁹³ Über diese »regelungsfähige Lücke« hinaus soll dann wiederum keine Zuständigkeit der deutschen Gerichte bestehen (Heimatrechtstheorie).

Der große Nachteil all dieser Theorien besteht darin, daß sie kaum in der Lage sind, die soziale Realität einer multikulturellen Gesellschaft mit einerseits erheblich divergierenden kulturellen Profilen bei den betroffenen Jugendlichen und andererseits dem Bedürfnis nach Andersleben bei den Migranten adäquat und flexibel zu erfassen. Daher legen es die sozialwissenschaftlichen und gesellschaftstheoretischen Erkenntnisse nahe, zu Art. 3 MSA eine Interpretation zu entwickeln, die flexibel die Bedürfnisse des Einzelfalls und insoweit die individuell sehr verschiedene Integration der Migrantenfamilien auffängt. Diese Linie soll *Respektierungstheorie* genannt werden. Diese Interpretationsweise des Art. 3 MSA ist in Unterscheidung von den bisher dargelegten Theorien derjenige Lösungsansatz, der auf die Lebensformen der Migranten in der Bundesrepublik abstellt und damit das Grundanliegen des stärkeren, des wirklichen Respekts gegenüber den Rechtsordnungen der ethnischen Minderheiten ausdrückt. Bei der Begriffswahl ist nicht verkannt, daß sich auch die anderen Theorien in unterschiedlicher Form um Respekt vor dem Heimatrecht bemühen. Mit der Respektie-

der Mann bei Meinungsverschiedenheit zwischen ihm und der Mutter in Erziehungsfragen immer das letzte Wort besitzt. Siehe auch die Sorgerechtsregelungen des iran. ZGB (Artt. 1169, 1180), nach denen dem Vater zwingend die elterliche Sorge über das minderjährige Kind zusteht. Die tatsächliche Personensorge steht der Mutter dabei nur bis zum 2. (Jungen), respektive 7. Lebensjahr (Mädchen) zu. Im deutschen Familienrecht sieht § 1705 BGB zur Zeit noch ein *Ex-lege*-Gewaltverhältnis vor.

⁹⁰ Das System der Konvention, das Zuständigkeit und anwendbares Recht in enger Weise miteinander verbindet, weist Art. 3 MSA eine Doppelfunktion zu. Diese Norm schränkt nicht nur die internationale Zuständigkeit ein, sondern sie setzt zugleich auch der an sich anwendbaren *lex fori* Grenzen. Die Bedeutung des Art. 3 MSA ist dabei das in der Praxis relevanteste und somit auch das am tiefsten diskutierte Rechtsproblem bei der Anwendung des Abkommens. Die Norm hat gleichsam eine Schlüsselrolle für das Verständnis des MSA, denn an keiner Stelle wird die Anwendung des Aufenthaltsrechts stärker durch *Ex-lege*-Gewaltverhältnisse gehindert als hier, an keiner Stelle des MSA ist die Eindringstelle für ausländisches Recht größer als hier. Nach fast 25 Jahren, die das MSA in der Bundesrepublik in Kraft ist, sind zu Art. 3 MSA die wichtigsten Fragen ausdiskutiert, jedoch ohne daß ein allgemeingültiger Konsens in Rechtsprechung und Lehre erzielt worden wäre.

⁹¹ Diese Theorie ist im Vordringen begriffen und wird vor allem von der Literatur vertreten; siehe etwa Staudinger/Kropholler, Vorbem. 208 ff. zu Art. 19 EGBGB; MünchKomm-Siehr, Art. 19 Anh. Rn. 110, 117 ff.; Coester-Waltjen, ZBJR 1990, 641, 645; Allinger (Fn. 87), S. 124; IPG 1972 Nr. 24 (Köln); IPG 1982 Nr. 14 (Hamburg); auch die Denkschrift der Bundesregierung zum MSA (BT-Drs. 6/947, S. 13) geht von der Anerkennungstheorie aus; vereinzelt schlossen sich desgleichen deutsche Gerichte dieser Interpretationsweise an, so OLG Hamburg FamRZ 1972, 514; OLG Stuttgart NJW 1985, 566 und wohl auch AG Eschwege DAVorm 1995, 389.

⁹² Siehe nur BGH FamRZ 1973, 138; in der Folge dann auch BayObLG NJW 1974, 1052; OLG Hamm NJW 1975, 1083; OLG Karlsruhe NJW 1976, 485; AG Solingen FamRZ 1982, 738; die Theorie wird heute jedoch kaum noch vertreten.

⁹³ Diese Theorie wird von der Rechtsprechung favorisiert; vgl. für die deutsche Judikatur nur BGH FamRZ 1984, 686, 687; BGH NJW-RR 1986, 1130; OLG Karlsruhe FamRZ 1995, 562; OLG Celle FamRZ 1989, 1324, 1325; AG Kitzingen IPRax 1985, 298; unklar insoweit OLG Frankfurt FamRZ 1995, 564, 565; vgl. weitere zahlreiche Nachweise bei MünchKomm-Siehr, Art. 19 Anh. Rn. 116 Fn. 136 sowie Boelck, Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961 (1994), S. 9 Fn. 15; für die österreichische Rechtsprechung siehe nur OGH IPRax 1992, 106; OGH IPRax 1993, 415; In der Literatur vertreten Palandt/Heldrich, Anh. zu Art. 24 EGBGB Rn. 25; Schurig, FamRZ 1975, 459, 462; Jayme, IPRax 1985, 23; Rahm/Paetzold (Fn. 31), Rn. 448, die Heimatrechtstheorie; im Ergebnis ähnlich Stocker, DAVorm 1975, 507, 511.

rungstheorie soll jedoch pointiert werden, daß die von den Migranten gelebte Rechtsform besonders ernst genommen werden soll. Die Respektierungstheorie mißt Art. 3 MSA dabei keine zuständigkeitsbeschränkende Wirkung bei. Daher sind in jedem Fall die Residenzbehörden zuständig, Maßnahmen zum Schutz des Minderjährigen zu treffen. Nach welchem Recht sich Umfang und Inhalt der Schutzmaßnahmen richtet, soll allerdings abhängig sein von der Einbindung und Verwurzelung des Minderjährigen in sein heimatliches Bezugsfeld, auf das es entscheidend ankommt. Danach findet das Heimatrecht des Kindes über Art. 3 MSA prinzipiell in den Fällen Berücksichtigung, in denen der ethnische Zusammenhang noch existiert und der Minderjährige in dieses heimatliche Umfeld integriert ist. Dies ist aus einer teleologischen Reduktion der Norm abzuleiten, die vor der Einwanderung in Europa entstanden ist. Das Heimatrecht kann für dauerhaft Eingewanderte sinnvollerweise nur dann Geltung beanspruchen, wenn diese noch in ihrem ethnisch-sozialen Kontext leben. Insoweit bleibt das gesetzliche Gewaltverhältnis im Sinne des Art. 3 MSA bestehen,⁹⁴ ist nur eventuell Korrekturen nach dem *ordre public* ausgesetzt.

Ist der ethnische Zusammenhang der Familie aufgebrochen und dokumentiert der Minderjährige durch sein Verhalten seine Assimilierungs- oder Syntheseleistung im Hinblick auf die Gesellschaft des Residenzstaates, führt die Respektierungstheorie dazu, daß die Anwendung der *lex patriae* auf den Minderjährigen nicht mehr angemessen ist. Denn in diesem Moment ist der vorbehaltlose, die Anwendung von Herkunftsrecht rechtfertigende Heimatbezug nicht mehr gegeben. Die Nähe zum Residenzstaat legt es dann nahe, den Minderjährigen nach der *lex fori* zu behandeln. So ermöglicht es die Respektierungstheorie den Familien aus ethnischen Minderheiten, dann nach ihrem Heimatrecht behandelt zu werden, wenn das sie umgebende kulturelle Umfeld dies nahelegt, und sie ermöglicht weiter, die mitunter sehr verschiedene Integration der einzelnen Familien zu berücksichtigen. Die Respektierungstheorie vereinfacht mithin die Anwendung des Abkommens erheblich.

Als Gegenstück zu dem erhöhten Respekt für die *lex patriae* auf der Ebene des anwendbaren Rechts muß – sozusagen als Kehrseite derselben Medaille – noch die Möglichkeit bestehen, auf der individuell-konkreten Stufe des jeweiligen Einzelfalls das Heimatrecht auszuschalten. Dies ist nach der hier vorgeschlagenen Lösung *die zweite Prüfungsstufe* des fremden Rechts und gleichzeitig der Einsatzmoment für die nationale Vorbehaltsklausel des *ordre public*, die dann das fremde Recht ausschließt, falls die Anwendung zu einem Ergebnis führt, das gegen grundlegende Prinzipien der deutschen Rechtsordnung verstößt.⁹⁵ Doch auch bei Heranziehung des *ordre public* nach Art. 6 EGBGB muß ein sorgsamer Umgang mit dem Heimatbezug der Migranten eingeübt werden. Dabei wären Zugeständnisse an die Rechts- und Wertvorstellungen der Einwanderer durch inhaltliche Relativierung des *ordre public* möglich. Es muß also danach gefragt werden, ob das Anwendungsergebnis ausländischen Rechts von der deutschen öffentlichen Ordnung *eklatant* abweicht und als solches für die deutschen Anschauungen von Recht und Sitte schlechterdings untragbar ist.⁹⁶

94 Ein ähnlicher Ansatz findet sich bei Allinger (Fn. 87), S. 78 f. als materiell-rechtliche Theorie beschrieben.

95 Im nationalen IPR ist der *ordre public* in Art. 6 EGBGB geregelt, vgl. dazu Palandt/Heldrich, Art. 6 EGBGB Rn. 1 ff.; MünchKomm-Sonnenberger, Art. 6 Rn. 1 ff.; eine inhaltlich gleiche Klausel enthält auch Art. 16 MSA, vgl. dazu Staudinger/Kropholler, Vorbem. 565 zu Art. 19 EGBGB. Dabei konkretisiert vor allem Art. 6 Satz 2 EGBGB einen wichtigen, mittlerweile den bedeutendsten Bereich des Inhalts der »wesentlichen Grundsätze des deutschen Rechts« durch die explizite Erweiterung des Prüfungsmaßstabes um die Grundrechte. Diese fanden mit Inkrafttreten des IPR-Neuregelungsgesetzes vom 1. 9. 1986 (BGBl. 1986 I, S. 1142) Aufnahme in die allgemeine *Ordre-public-Klausel* und hiermit in den Schutzbereich der öffentlichen Ordnung.

96 Vgl. auch MünchKomm-Sonnenberger, Art. 6 Rn. 71; BGHZ 50, 370, 375 f.

Dabei verneint die hM⁹⁷ im Rahmen des Art. 6 Satz 2 EGBGB eine inhaltliche Relativität. Anders als bei Satz 1 der Norm hat der Gesetzgeber in Satz 2 darauf verzichtet, daß die Unvereinbarkeit des fremden Rechts mit den Grundrechten »offensichtlich«, also von besonderer Schwere sein muß.⁹⁸ Demnach soll die Eliminierung des fremden Rechts bei Grundrechtsverletzungen nicht auf besonders unerträgliche Verstöße begrenzt werden können,⁹⁹ vielmehr dürfe nicht zwischen tragbaren und untragbaren Grundrechtsverstößen unterschieden werden.¹⁰⁰ Satz 2 wird somit in der Weise interpretiert, daß jede durch Anwendung ausländischen Rechts in concreto bewirkte Grundrechtsverletzung ein Eingreifen des *ordre public* auslöst.¹⁰¹ Die sachliche Rechtfertigung für die fehlende inhaltliche Relativität des *ordre public* bei Grundrechtsverstößen wird damit begründet, daß Verletzungen der Grundrechte als »oberste Leitprinzipien«¹⁰² stets (inhaltlich) unrelativierbar seien.¹⁰³

Nun ist aber zu überlegen, ob die apodiktisch-puristische Vorstellung haltbar ist, jeder Grundrechtsverstoß habe automatisch die Unanwendbarkeit der ausländischen Norm zur Folge.¹⁰⁴ Der Ausgangspunkt der Überlegungen dazu muß sein, daß eine Differenzierung der Verfassungseinwirkung auf das ausländische Recht unstreitig vonnöten ist; dies bestätigt auch die hM, wenn sie die Verfassungseinwirkung über die örtliche Relativität differenzieren will.¹⁰⁵ Die Erwägungen zum Zusammenleben in einer multikulturellen Gesellschaft legen aber gerade eine inhaltliche Relativierung, wie sie in Satz 1 der Vorbehaltsklausel statuiert ist, auch für Art. 6 Satz 2 EGBGB nahe. Dies folgt aus der prinzipiellen Erwägung, Migranten eine Form von kollektiven Rechten und kollektiver Anerkennung zuteil werden zu lassen, sowie aus

97 MunchKomm-Sonnenberger, Art. 6 Rn. 38; Spickhoff, JZ 1991, 323, 324; Henrich, RabelsZ 1972, 2, 4 ff.

98 Spickhoff, JZ 1991, 323, 324; BGH FamRZ 1993, 316, 317; vgl. dazu auch die Regierungsbegründung in BT-Drs. 10/504, S. 44: »Eine Grundrechtsverletzung im Einzelfall durch Anwendung einer Vorschrift fremden Rechts ist daher als unvereinbar mit dem deutschen *ordre public* stets von vornherein ausgeschlossen. Sie wäre im Sinne des Satzes 1 immer ein »offensichtlicher« Verstoß gegen wesentliche Grundsätze des deutschen Rechts. Diese stellt die von Satz 1 unabhängige Formulierung der Voraussetzung für die Nichtanwendung fremden Rechts in Satz 2 sicher.«

99 Henrich, RabelsZ 1972, 2, 4 ff.; dies hatte der BGH (FamRZ 1973, 138, 142) allerdings in seiner ersten Entscheidung nach dem Spanierbeschluß übersehen, als er untragbare von tragbaren Grundrechtsverstößen unterscheiden wollte.

100 So schon BVerfG FamRZ 1971, 414, 421; siehe auch Kropholler, IPR (1994), § 36 IV 1 Fn. 23; Berger LM Nr. 3 (zu Art. 6 EGBGB 1986).

101 Vgl. BVerfG FamRZ 1971, 414, 421; MünchKomm-Sonnenberger, Art. 6 Rn. 38; in diesem Sinne auch Henrich, FamRZ 1974, 105, 110.

102 Spickhoff, JZ 1993, 210, 212.

103 In diesem Sinne auch die Regierungsbegründung in BT-Drs. 10/504, S. 44.

104 Ablehnend anscheinend Ludcritz, IPR (1992), Rn. 210.

105 Bei der örtlichen Relativität oder Inlandsbeziehung handelt es sich um ein Kriterium, das die Anwendung des deutschen *ordre public* dann ausschließen will, wenn die Migrantenfamilien nicht genug Bindungen an den Aufenthaltsstaat geknüpft haben. Diese sollen festgestellt werden durch Bestimmungsfaktoren wie dem gewöhnlichen Aufenthalt, der Staatsangehörigkeit sowie der kulturellen und rechtlichen Bindung an das Inland, vgl. Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB nF Rn. 114 f. sowie MunchKomm-Sonnenberger, Art. 6 Rn. 74. Der Inlandsbezug erscheint aber nicht als die geeignete Stufe, um die Einwirkung der deutschen Grundrechte auf die Migrantenfamilien zu relativieren. Dies ist damit zu begründen, daß einer solchen Familie, wenn sie schon lange Jahre in der Bundesrepublik lebt, die Inlandsbeziehung nicht schlechterdings unter dem Hinweis auf ein Leben nach den heimischen Traditionen des jeweiligen Heimatstaates auch in der Bundesrepublik abgesprochen werden kann (so aber das OLG Saarbrücken FamRZ 1992, 848, 849 als Vorinstanz zu BGH FamRZ 1993, 316). Dies ignoriert die vorhandenen Bindungen an den Residenzstaat, die regelmäßig bei Migrantenfamilien existieren, selbst wenn diese im ethnischen Verbund leben. Es erscheint nicht angemessen, den Migrantenfamilien, die sich oftmals auf der »gleitenden Skala zwischen »fremd« und »deutsch« bewegen (Coester, IPRax 1991, 236), bestimmte Rechtsstandards des deutschen Rechtskreises mit Bezug auf den Binnenbezug vorzuenthalten. Dies entpuppt sich zu sehr als nur scheinbarer Respekt vor der fremden Rechtsordnung, der eher eine Verdeckung des Konflikts beinhaltet und eine Art Gleichgültigkeit gegenüber den Geschehnissen in der ethnischen Gemeinschaft ausdrückt. So muß die örtliche Relativität vielmehr als Basis betrachtet werden, von welcher aus die Überlegungen zu einer solchen Grundrechtsrelativierung anzustellen sind.

der Tatsache, daß es für die Migrantenfamilien und vor allem für das Kind sehr häufig einen engen Bezug zur eigenen Ethnie gibt, der charakterisiert ist durch Freizeitverhalten, familiäre und außerfamiliäre Prägung, durch Sprache und Religion, eben durch das Leben in der ethnischen Community. Dieser Heimatbezug entspricht dann jenem *bestimmten Zusammenhang*, in dem nach der Politik der Differenz die Zubilligung von Sonder- und Gruppenrechten für die Migranten gerechtfertigt ist. Somit empfiehlt es sich, ihnen zu gestatten, ihre Angelegenheiten bis zu einer bestimmten Grenze ohne Überwölbung durch die deutschen Grundrechte zu regeln. Bei Sachverhalten mit Auslandsberührung kommen die deutschen Grundrechte also nicht ohne jede Einschränkung zum Zuge.

Als Modell einer differenzierten Grundrechtseinwirkung bietet es sich an, die Politik der Differenz hier auch rechtlich umzusetzen. Im Sinne der Erwägungen, nach denen der Staat in multiethnischen Gesellschaften nicht streng neutral ist, sondern sich für das Bestehen bestimmter Ethnien und Kulturen einsetzt und so gewisse Grundrechte in einem bestimmten Zusammenhang anders interpretiert werden können als in einem anderen, ist hier daran zu denken, die ausländischen Familien nur auf einen *elementaren Grundrechtsbereich* unrelativierbar zu verpflichten, während ihnen in einem *peripheren Raum* gestattet wird, ihre Verhältnisse grundrechtsautonom zu gestalten. Dieser periphere Bereich ist dann der Ort, an welchem die Unterstellung der Migrantenfamilie unter die deutschen Grundrechte zurückstehen muß gegenüber dem Anspruch, die Wichtigkeit des kulturellen Überlebens einer ethnischen Minderheit zu sichern. Insoweit sind »grundrechtseinschränkende Statusgarantien«¹⁰⁶ zu gewährleisten. Hier ist die Schranke für den Grundrechtsuniversalismus. Damit wird gleichzeitig die Frage aufgeworfen, wie der elementare Grundrechtsbereich vom peripheren abgegrenzt werden kann. Hier müssen die als überethnisch und somit in einer multikulturellen Gesellschaft verbindlich bezeichneten Werte diesem elementaren Grundrechtsbereich entsprechen. So zählt zu den unrelativierbaren Grundrechten das Recht auf Leben, die körperliche Unversehrtheit und etwa das Diskriminierungsverbot. Der periphere Bereich beschreibt auf der anderen Seite das juristische Pendant zu den Werten, die in einer multikulturellen Einwanderungsgesellschaft nicht unbedingt absolut zu schützen sind. Dies bedeutet im Ergebnis, daß für die hier interessierenden Kontroversen insbesondere die Kindesgrundrechte, aber auch die Rechte der Frau aus Art. 3 II GG einer differenzierten Betrachtung unterliegen können.¹⁰⁷

Rechtsdogmatisch ist diese inhaltliche Differenzierung in der Weise zu konstruieren, daß Art. 6 Satz 2 EGBGB teleologisch auf Verstöße im grundrechtlichen Elementarbereich beschränkt wird. Insoweit ist dann tatsächlich jeder Grundrechtsverstoß ein Interventionsgrund. Dann muß Art. 6 Satz 1 EGBGB systematisch so gelesen werden, daß er die peripheren Verletzungen von Grundrechten erfaßt, aber nur offensichtliche Verstöße gegen den *ordre public* sanktioniert. In dieser Weise ist im Ergebnis ein umfassender Grundrechtsoktroi gegenüber den Ausländern abzuwenden, gleichwohl aber gesichert, daß die elementaren Werte der deutschen Rechtsordnung genügend Berücksichtigung finden. Insofern ist nach dieser Lösung entgegen der hM eine inhaltliche Relativität auch für Satz 2 von Art. 6 EGBGB anzunehmen. Anhang einiger ausgewählter Beispielfälle sei die Wirkung der inhaltlichen Relativität illustriert.

¹⁰⁶ So der Terminus von Habermas (Fn. 3), S. 152.

¹⁰⁷ Diese differenzierte Betrachtung, die einen notwendigen Kompromiß zwischen der Forderung multikultureller Toleranz und dem Eintreten gegen patriarchalische (Rechts-) Vorstellungen erfordert, wird in Zukunft weiter nuanciert werden müssen. Grundsätzlich bietet der *ordre public* eine gute Handhabe für diese Aufgabe.

Ist über ein absolutes Umgangsverbot eines türkischen Vaters zu befinden, das dieser gegenüber seiner Tochter verhängt hat, oder steht eine Umgangsbeschränkung in der Weise in Rede, daß der Vater oder ein von ihm beauftragter Sohn bei abendlichen Treffen der Tochter mit gleichaltrigen jugendlichen Männern anwesend sein will,¹⁰⁸ und wird dies durch das türkische Recht im Rahmen der elterlichen Gewalt gedeckt, so ist zunächst auf der materiell-rechtlichen Ebene nach der Respektierungstheorie zu klären, ob aufgrund intakten ethnischen Verbundes auf den Konflikt generell-abstrakt die *lex patriae* anzuwenden ist. Wenn ein solcher Verbund gegeben ist, ist auf der individuell-konkreten Stufe zu prüfen, ob diese Einschränkung der sozialen Kontakte der Tochter durch den türkischen Vater, die in einem vergleichbaren deutschen Fall als ein Verstoß gegen § 1666 BGB eingestuft werden müßte, bei türkischen Familien gegen den *ordre public* verstößt. Im Ergebnis ist anzunehmen, daß in einem solchen Fall der elementare Bereich des Kindeswohlgrundrechts noch nicht berührt ist. Hier muß die Gleichbehandlung des türkischen Kindes zurückstehen zugunsten des Rechts der Eltern oder der Familie, ihre Konflikte nach den eigenen Rechts- und Moralvorstellungen zu regulieren. Eine solche Einschränkung der sozialen Kontakte des Kindes tangiert nach der Politik der Differenz keine der unverbrüchlich garantierten Grundfreiheiten in einer multikulturellen Gesellschaft.

Zu überlegen ist weiterhin, wie es zu beurteilen ist, wenn die türkischen Eltern ihrer Tochter verbieten, eine Ausbildung mit uneingeschränkten Kontakten zum anderen Geschlecht zu absolvieren.¹⁰⁹ Verstößt dieses Verbot gegen ein unrelativierbar zu garantierendes Grundrecht? Hier handelt es sich um einen Grenzfall, an dem die Durchsetzung von differenz-politisch relevanten elterlichen Moral- und Verantwortungsvorstellungen gegen Kindes- und Gleichberechtigungsinteressen einzugrenzen ist. Streng genommen gehört das Recht auf optimale Ausbildung nicht zu den uneingeschränkt zu schützenden Rechten in einer multikulturellen Gesellschaft, insbesondere wenn die Ausbildung noch nach Erreichung der Volljährigkeit absolviert werden kann. Eine Ausbildungsbeschränkung verstößt jedenfalls dann gegen elementare Grundsätze des Art. 3 II GG und somit gegen den *ordre public*, wenn sie auf der Abschottung von Frauen beruht.

Wie wirkt nun die inhaltliche Relativität, wenn es darum geht, im Rahmen von Zuordnungskontroversen bei Trennung und Scheidung gemäß § 1671 BGB über die Anwendung eines *ex lege* bestehenden ausländischen Gewaltverhältnisses zu befinden? Dies sei an einem der leitenden BGH-Entscheidungen¹¹⁰ nachempfundenen Fall illustriert: Hier ging es um die Regelung der elterlichen Sorge nach der Scheidung eines in Deutschland lebenden iranischen Paares. Aus der Ehe waren zwei Mädchen und ein Junge hervorgegangen. Auch hier kam im Ausgangspunkt die *lex patriae* zum Zuge, weil es sich um eine rein iranische Familie handelte, so daß das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen von 1929 (NA) anwendbar war.¹¹¹ Nun war zu untersuchen, ob die Anwendung der *lex patriae* und somit die Beachtung des *Ex-lege*-Gewaltverhältnisses in concreto den elementaren Bereich der Kindergrundrechte, des Kindeswohls berührte.

Nach dem Differenzmodell ist es hier vorstellbar, die staatliche Interventionschwelle bei der Sorgerechtsverteilung nach Scheidung zu erhöhen. Danach würde die gerichtliche Regelungsbefugnis erst dann einsetzen, wenn die *Ex-lege*-Sorge-

¹⁰⁸ Vgl. einen solchen Fall in LG Berlin FamRZ 1983, 947; zu der elterlichen Gewalt im türkischen Recht siehe Serozan, ZBJR 1991, 492, 492.

¹⁰⁹ Vgl. dazu nur die Sachverhalte LG Berlin FamRZ 1983, 947; KG IPRax 1985, 347.

¹¹⁰ BGH FamRZ 1993, 316.

¹¹¹ Abgedruckt im RGBl. 1930 II, S. 1002, 1006; Bekanntmachung über die Weitergeltung im BGBl. 1955, II, S. 829; das Abkommen bringt von vornherein zwingend das Heimatrecht zur Anwendung.

rechtszuweisung nach fremdem Recht die *Schwelle der Kindeswohlgefährdung* erreichen würde.¹¹² Dies läßt sich damit begründen, daß erst dann die elementaren Kindesgrundrechte berührt sind. Die Regelungsbefugnis des Gerichts im Rahmen des *ordre public* ist danach noch nicht gegeben, wenn die Sorgerechtsregelung nicht in vollkommener Weise den deutschen Vorstellungen entspricht.¹¹³

So kann es dazu kommen, daß die (deutschen) Vorstellungen von optimaler Platzierung des Kindes zurückstehen müssen hinter diejenigen Ideen von angemessener Regelung des Sorgerechts und adäquater Zuteilung des Kindes, die in den Ex-lege-Gewaltverhältnissen der ausländischen Rechtsordnungen zum Ausdruck kommen. Innerhalb des ethnischen Verbunds ist also erst dann Raum für *Ordre-public*-Eingriffe, wenn die ex lege vorzunehmende Zuweisung des Sorgerechts das Kindeswohl gefährdet. Darüber hinaus verbleibt kein Anwendungsspielraum für die Korrektivklausel in der *Community*. Insofern hat in der multikulturellen Gesellschaft das Fortbestehen des ethnischen Kollektivs an diesem Punkt Vorrang vor der Zuweisung nach deutsch-geprägten Kindeswohlgrundsätzen; insofern werden die über die Formel des Kindeswohls zum Tragen kommenden Kindesgrundrechte hier inhaltlich relativiert. So könnte mithin im Ergebnis des Beispielsfalls das den Vater ex lege begünstigende Sorgerecht auch *ordre-public*-konform bestehen bleiben, falls das Wohl des Kindes dadurch nicht gefährdet wird und hinter ihm ein adäquater Familienzusammenhang steht.¹¹⁴ Dagegen hat der BGH das väterliche Sorgerecht nach der ausländischen Rechtsordnung nach Art. 6 EGBGB korrigiert und dem Vater lediglich das Recht der Vermögenssorge für das vermögenslose Kind übertragen. Damit wird der Respekt vor der ausländischen Rechtsordnung zum bloßen Schein.

Die inhaltliche Relativierung bietet aber nicht nur bezüglich der Kindesinteressen eine Lösung an. Auch zur Differenzierung eines *Ordre-public*-Verstoßes hinsichtlich der elterlichen Gleichberechtigung bei der Sorgerechtsverteilung eignet sich dieses Modell. Dies sei an einem Fall verdeutlicht, den das OLG Düsseldorf zu entscheiden hatte.¹¹⁵ Eine deutsche Mutter und ein jordanischer Vater stritten um das Sorgerecht für ein Kind, das sich im Heimatstaat des Vaters aufhielt. Rechtlich ging es dabei um die *Ordre-public*-Relevanz von Art. 155 des jordanischen Personenstandsgesetzes, der grundsätzlich die nicht-moslemischen Frauen vom Sorgerecht ausschließt.

Hier wird wohl ein Verstoß gegen den elementaren Bereich des Grundsatzes der Gleichberechtigung angenommen werden müssen.¹¹⁶ Ein so umfassend religiös begründeter Ausschluß vom Sorgerecht durch die Ex-lege-Zuweisung verstößt nicht nur gegen Art. 3 II GG, sondern verletzt darüber hinaus das Elternrecht der Mutter, da sie jedweder Chance beraubt wird, ihre Rechte wahrzunehmen und ihre Pflichten zu erfüllen. Eine solche Vorenthaltung von Rechten, die einer Diskriminierung gleicht, kann auch in einer multiethnischen Gesellschaft nicht gewährt werden. Hinzu kommt noch, daß ein solcher kompletter Sorgerechts-Ausschluß der Mutter auch mit einem Verstoß gegen die elementaren Kinderrechte einhergehen wird. Denn die Mutter von der elterlichen Sorge auszuschließen, weil sie der falschen Religion angehört, gefährdet von Anfang an das Kindeswohl und verletzt somit auch dessen elementare Rechte.

112 Dabei ist auch der Willen des Kindes zu berücksichtigen, das gemäß § 50 b FGG bei der Sorgerechtszuteilung anzuhören ist.

113 So wohl auch Rauscher, JR 1994, 184, 188.

114 Eine Kindeswohlgefährdung wäre denkbar bei hoher Arbeitsbelastung des Vaters in der Bundesrepublik.

115 OLG Düsseldorf NJW-RR 1994, 7.

116 So im Ergebnis auch das OLG Düsseldorf (NJW-RR 1994, 7, 8).

Der Vorbehalt des *ordre public* und somit der Einsatz der Korrektivklausel des Art. 6 EGBGB und der deckungsgleichen staatsvertraglichen Klauseln ist in den vergangenen 25 Jahren umfassend ausgedehnt worden. In den Mittelpunkt sind verstärkt die Kindesinteressen gerückt, die dabei eine verfassungsrechtliche Absicherung erfahren haben. Zudem ist die zurückhaltende Anwendung des *ordre public* auf ausländische Familien aufgegeben worden. Die Vorbehaltsklausel wird nun extensiver angewendet, und Migrantenfamilien werden den gleichen Kriterien unterworfen wie die deutschen Familien. Eine Differenzierung in der Verfassungseinwirkung will die hM nur durch eine örtliche Relativierung vornehmen, die jedoch bei dauerhafter Einwanderung eine Korrektur des Heimatrechts nicht trägt. In Wirklichkeit geht es um eine inhaltliche Relativierung, wie sie nach dem sozialwissenschaftlichen und gesellschaftstheoretischen Befund erforderlich ist. Die »deutsche öffentliche Ordnung« ist nicht der Ort, an dem sich die Rechtsstandards der deutschen Rechtsordnung uneingeschränkt durchsetzen können. Migrantenfamilien sind nicht rigide den rechtlichen Bedingungen des Residenzstaates zu unterwerfen. Ihnen ist die Chance auf Bewahrung kultureller Besonderheiten auch über das internationale Familienrecht zu erhalten. Auf der anderen Seite ist auch denjenigen, die sich vollständig assimilieren wollen, die Möglichkeit dazu einzuräumen. Dies ist mit dem hier vorgestellten Modell möglich.

Markus Klemmer

Gesetzesbindung und Richterfreiheit

Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während
der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich

Die Weimarer Republik gilt auch hinsichtlich der Entwicklung der Haltung der Richterschaft zum geschriebenen Gesetz als Zeitenwende. Gerade die Nachkriegszeit mit ihren Inflationswirren stellte die Rechtsprechung vor noch nie dagewesene Konflikte. Die Monographie berücksichtigt über 600 Entscheidungen und eine Vielzahl von zeitgenössischen Stellungnahmen von Reichsgerichtsräten, deren Äußerungen erstmals vor dem Hintergrund der von ihnen gefällten Urteile untersucht werden. Der Verfasser zieht eine ernüchternde Bilanz hinsichtlich des vielgerühmten „Befreiungswerkes“ der Weimarer Richterschaft. Er zeigt auf, daß die bisherige Forschung sich vom Krisenmanagement, welches die Rechtsprechung in der kurzen Zeit zwischen 1918 und 1923 teilweise betreibt, zu weitreichenden Aussagen über eine generelle Richterfreiheit hat bewegen lassen, die so nicht haltbar sind. Der Verfasser ist als Rechtsanwalt tätig.

1996, 496 S., brosch., 124,- DM, 905,- öS, 110,50 sFr, ISBN 3-7890-4259-5
(Fundamenta Juridica, Bd. 30)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden