

# Kulturelle Identität und Familienrecht.

## Modelle, Chancen und Grenzen familienrechtlicher Pluralität

Andrea Bächler<sup>1</sup>

### I. Einleitung

**K**ulturelle<sup>2</sup> Pluralität ist ein gesellschaftlicher Zustand, dem große Aufmerksamkeit gebührt. Dies nicht etwa trotz, sondern wegen der Prozesse der Globalisierung.<sup>3</sup> Erweiterungen von Handlungsspielräumen durch die funktionale Überschreitung und Überwindung nationaler Grenzen werden nämlich begleitet durch die (Rück-) Besinnung auf die Rechtsidentität<sup>4</sup> - und zwar sowohl auf diejenige territorialer Gebilde wie von Gemeinschaften und des Einzelnen. Kulturelle Identität ist zum Menschenrecht avanciert - dies ergibt sich aus einer ganzen Reihe völkerrechtlicher Vereinbarungen.<sup>5</sup> Auf das Recht auf kulturelle Identität folgt einen denklolgischen Schritt weiter das Recht auf Diversität, wie es auch die Erklärung der Generalversammlung der UNESCO von 2001 kennt.<sup>6</sup> Vielfalt allerdings ist ein Potenzial, das nur durch einen positiven Umgang mit Differenz zur Entfaltung gelangen kann. Die Frage liegt nahe: Ist rechtliche Homogenität - ein bedeutendes Element des modernen, westlichen Nationalstaates - mit kultureller Diversität zu vereinbaren?

---

<sup>1</sup> Schriftliche, durch Fußnoten ergänzte Fassung eines an der Tagung der VolkswagenStiftung „Grenzen. Differenzen. Übergänge. Spannungsfelder inter- und transkultureller Kommunikation“ in Dresden vom 14. - 16. Juni 2006 gehaltenen Vortrages. Ich danke ganz herzlich meinen Assistenten cand. iur. Stefan Fink und cand. iur. Marco Frei für ihre Unterstützung.

<sup>2</sup> Eine Auseinandersetzung mit dem Begriff der Kultur kann und soll hier nicht geleistet werden. Kultur wird in diesem Zusammenhang verstanden als „ein komplexes Ganzes, welches Wissen und seine Anwendung, Glaubensvorstellungen, Kunst, Moral, Gesetze und Bräuche sowie all jene Fähigkeiten und Eigenschaften einschließt, die sich Menschen als Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft aneignen und wodurch sie sich von anderen Gruppierungen unterscheiden“, so Kälin (2000, S. 21 f.).

<sup>3</sup> Auf die Wirrungen rund um den Begriff der Globalisierung kann hier nicht eingegangen werden. Hinzuweisen ist aber auf die wichtige Präzisierung von Teubner, wonach die heute zu beobachtende Globalisierung „nicht die von der internationalen Politik allmählich gestaltete Weltgesellschaft [ist], sondern ein höchst widersprüchlicher, durch und durch fragmentierter Vorgang der Globalisierung, der von einzelnen Teilsystemen der Gesellschaft in unterschiedlicher Geschwindigkeit vorangetrieben wird“. So Teubner (1996, S. 258 f.).

<sup>4</sup> Die kulturelle Identität ist zunächst dem völkerrechtlichen Minderheitenschutz zuzurechnen.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 8 Abs. 1 EMRK; Art. 29 Abs. 1 lit. c und 30 UN-KRK (20.11.1989); Art. 5 Abs. 1 Rahmenkonvention des Europarates zum Schutz nationaler Minderheiten (01.11.1995). Weitere Anhaltspunkte enthalten Art. 7, 8 und 21 lit. b UN-KRK; Art. 22 Charta der Grundrechte der EU (07.12.2000); mittelbar auch Art. 9 Abs. 1 EMRK; vgl. zu all diesen Grundlagen Mankowski (2004, S. 283); weitere Ausführungen zu kultureller Identität als (Menschen-) Recht enthalten auch Jayme (2003, S. 6 f.); Ende (1998, S. 244 f.); Looschelders (2001, S. 469); von Hoffmann/Thorn (2005, § 2 N 57) und Henrich (2004, S. 321). Auch der englische Children Act (1989) ist der kulturellen Identität verpflichtet, vgl. Art. 22 (5) (c).

<sup>6</sup> „Allgemeine Erklärung zur kulturellen Vielfalt“ der UNESCO-Generalversammlung vom 02.11.2001, insbesondere Art. 4 ff.

Wenn Recht eine kulturelle Erscheinung, ja kulturelles und kollektives Gedächtnis ist, muss es nicht auch die kulturelle Identität des Einzelnen spiegeln und absichern?

Die Migration aus außereuropäischen Ländern verhilft solchen Fragen zu fortwährender Aktualität. Nehmen wir als Ausgangspunkt die Präsenz muslimischer Gemeinschaften in Europa, welche im Wesentlichen das Resultat von Migrationsprozessen der letzten 30 Jahre darstellt.<sup>7</sup> Dimension und Geschwindigkeit dieser Einwanderungsbewegung haben diffuse Besorgnis auf Seiten der Aufnahmegesellschaften ausgelöst. Andererseits haben Zugewanderte Angst um ihr religiöses und kulturelles Erbe, was sie umso mehr dazu bewegt, zu versuchen, offensiv und öffentlich ihre kollektive Identität zu behaupten.<sup>8</sup> Die sich auf diese Weise vertiefenden Gräben gefährden zusehends das interreligiöse und interkulturelle Zusammenleben, das, wie es scheint, immer wieder neu gelernt sein muss. Das Lösungswort heißt Integration, ein dauerhafter Lernprozess, an dem sowohl Migrantinnen und Migranten wie auch Einheimische beteiligt sind.

Während soziale und wirtschaftliche Integrationsbedingungen breit diskutiert werden, erfahren rechtliche Techniken der Integration eher wenig Aufmerksamkeit. Dies erstaunt deshalb, weil zum einen das Recht individuelle Positionen im multikulturellen Kontext sichert. Zum andern ist das übergeordnete Normensystem Referenz und Maßstab eines erfolgreichen Integrationsprozesses. Insbesondere familienrechtliche Angelegenheiten sind Brennpunkt kultureller, religiöser, alltagspraktischer Konflikte: eheliches Güterrecht, Abstammung, Adoption, Rechte und Pflichten der Ehegatten, nichteheliche Lebensgemeinschaft und elterliche Sorge. Und zweifelsohne gehört das Familienrecht zu den wichtigen Integrationsbezügen. Ihm sollen denn auch die folgenden Ausführungen gelten.

Schließlich noch eine begriffliche Klärung: Im hier relevanten thematischen Zusammenhang wird nicht selten der Begriff des Rechtspluralismus bemüht. Rechtspluralismus als Chiffre für eine Wirklichkeit, die in ihrer Mannigfaltigkeit nur schwer zu fassen ist, für die Gleichzeitigkeit von Fragmentierung, Pluralisierung, Überlagerung und Verschmelzung rechtlicher Systeme. Rechtspluralismus ist nicht zuletzt ein Produkt der mit der Globalisierung einhergehenden Transnationalisierung des Rechts, welche die nationalstaatlichen Bezugsrahmen ergänzt oder gar verdrängt. Damit verbunden ist eine Vervielfältigung global agierender Instanzen mit gerichtlichen oder legislativen Funktionen,<sup>9</sup> was das Prinzip, der Staat sei Garant für die Einheitlichkeit der Rechtsordnung, zumindest herausfordert.<sup>10</sup>

Rechtspluralismus meint aber für die westlich-industrialisierte Welt eine ganze Reihe weiterer bedeutsamer Prozesse, die sich weniger mit einem möglichen Weltrecht befassen, sondern vielmehr das Lokale, die Fragmentierung als Folge globaler Migration innerhalb eines einzelnen Staates fokussieren - was freilich ebenfalls

<sup>7</sup> Vgl. zu diesem Sachverhalt und der Situation in Europa Nielsen (1995).

<sup>8</sup> Man spricht in diesem Zusammenhang auch von Reethnisierung. Vgl. auch Foblets (2000, S. 11 ff.).

<sup>9</sup> Wie die internationalen Gerichtshöfe oder die Welthandelsorganisation. Vgl. zur Transnationalisierung des Rechts Röhl (1996, S. 7 ff.); Randeria (2005, S. 161 ff.).

<sup>10</sup> Teubner (2000, S. 247).

eine Erschütterung der rechtspositivistischen Identifizierung von Recht und Staat zur Folge hat.

Kollidieren die rechtlichen Anforderungen der Einwanderungsgesellschaft mit den Vorstellungen und kulturellen Praxen der Migrantinnen und Migranten, so entsteht ein Spannungsfeld von Recht und Kultur, von Gleichheit und Freiheit. Wie ist der Umgang mit kulturell-rechtlichem Dissens, das Verhältnis zwischen nationalstaatlichem Recht und verschiedenen Rechtsformen ethnischer, kultureller oder religiöser Gemeinschaften zu gestalten? Ist zum Beispiel eine Formalisierung von verschiedenen, kulturell konnotierten rechtlichen Referenzsystemen für Familien wünschenswert? Soll und darf ein Gericht das Herkunftsrecht oder Rechtsverständnis und die kulturelle Prägung migrierter Personen in der Entscheidungsfindung berücksichtigen, selbst wenn dies der Rechtskultur des Aufnahmestaates widerspricht? Oder konkret: Anerkennen wir in Europa eine in einem arabischen Land geschlossene Ehe unter Minderjährigen?<sup>11</sup> Darf ein Mann, der im Heimatland die Ehefrau verstoßen hat, in der Schweiz eine neue Ehe eingehen? Welche Bedeutung haben interreligiöse Eheverbote nach dem Recht des Herkunftslandes der Parteien? Sind Kinder der Zweitfrau des Ehemannes eheliche Kinder?

Das Thema ist weit. Eine Erörterung der Fülle unterschiedlicher Fragestellungen mit ihren umstrittenen Bewertungen, welche als umfassend bezeichnet werden könnte, kann im vorliegenden Rahmen nicht geleistet werden. Es muss deshalb beim bescheidenen Versuch einer Annäherung an das Verhältnis zwischen kultureller Identität und staatlichem Privatrecht bleiben, eine Annäherung in Form der Beschreibung verschiedener Modelle und Instrumente der Integration „fremden Rechts“ beziehungsweise der Berücksichtigung rechtskultureller Diversität.

## II. Kulturelle Pluralität und Internationales Privatrecht

Eine mehr oder weniger große Integrationsleistung vollbringt naturgemäß das internationale Privatrecht als die klassische rechtliche Technik zur Lösung von Rechtskonflikten mit internationalem Bezug. Das internationale Privatrecht legt unter anderem fest, welche Rechtsregeln im konkreten Fall zur Anwendung gelangen und ob fremden Rechtsinstituten Anerkennung gebührt. Es besteht aus Normen, welche auf die Rechtsordnung verweisen, die für die materielle Beurteilung des Sachverhalts maßgeblich ist - entweder auf das einheimische oder auf das ausländische Recht. Versteht man Recht als Kulturerscheinung eines bestimmten Landes, welche als „Teil des kulturellen Gewebes“<sup>12</sup> die Menschen maßgebend prägt, und anerkennt man gleichzeitig den oben erwähnten Anspruch auf Wahrung der kulturellen Identität, so folgt daraus ein Recht, nach derjenigen Rechtsordnung beurteilt zu werden, mit welcher die engste Verbindung besteht.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Vgl. dazu D'Onofrio (2005, S. 373 ff.).

<sup>12</sup> Haltern (2003, S.15).

<sup>13</sup> Jayme (1996, S. 237); Jayme (2003, S. 6 f.); Looschelders (2001, S. 468 f.); von Hoffmann/Thorn (2005, § 1 N 14).

Eine erste Betrachtungsweise geht davon aus, dass zwischen einer Person und dem die Staatsangehörigkeit verleihenden Staat und seiner Rechtsordnung ein besonders enges kulturelles Band besteht.<sup>14</sup> Daraus wird das Staatsangehörigkeitsprinzip abgeleitet, wonach Fragen des Personalstatuts nach demjenigen Recht zu beantworten sind, dessen Staatsangehörigkeit die betroffene Person besitzt.<sup>15</sup> Die Schweiz kennt im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht nur im Verhältnis zum Iran die primäre Staatsangehörigkeitsanknüpfung: Das schweizerisch-iranische Niederlassungsabkommen von 1934<sup>16</sup> sieht vor, dass Staatsangehörige des Irans iranischem Recht unterworfen bleiben.<sup>17</sup> Deutschland hingegen, aber auch andere kontinentaleuropäische Länder betrachten traditionell die Staatsangehörigkeit als zentrales Anknüpfungsmoment, auch wenn an deren Stelle zunehmend der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt tritt.<sup>18</sup>

Vorteile, die sich aus der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ergeben, sind namentlich Kontinuität und die einfache Feststellbarkeit.<sup>19</sup> Gegen die Staatsangehörigkeit als maßgeblichen Anknüpfungspunkt werden allerdings auch zahlreiche berechtigte Einwände vorgebracht. Zum ersten können Rechtsvorstellungen, die das individuelle Verhalten beeinflussen, von der tatsächlichen Rechtslage deutlich abweichen - man denke an die verbreitete Imam-Ehe in der Türkei oder an die

<sup>14</sup> Vgl. Jayme (2003, S. 9 f.).

<sup>15</sup> Nach wie vor für das Staatsangehörigkeitsprinzip plädierend Jayme (2003, S. 11), welcher aber neuerdings festhält, dass das Staatsangehörigkeitsprinzip in den „Geruch der Diskriminierung“ gerät; vgl. Jayme (2003a, S. 224); Kegel/Schurig (2004, S. 446 f.). Differenzierend insbesondere Mansel (2003, S. 119 ff.). Kritisch insbesondere Basedow (2001, S. 414 f.); Siehr (2001, S. 91); Henrich (2001, S. 443 ff.); Henrich (2004, S. 323). Ablehnend insbesondere Kropholler (2004, S. 267 ff.). Allgemein in Bezug auf Europa vgl. auch Foblets (1999, S. 32 ff.). In Bezug auf die Schweiz vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 10.11.1982, BBl 1983 I 312, 315 ff.

<sup>16</sup> Niederlassungsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Kaiserreich Persien vom 25. 04.1934 (SR 0.142.114.362). Ein entsprechendes Abkommen gibt es auch zwischen dem Iran und Deutschland: Niederlassungsabkommen zwischen dem Deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien vom 17.02.1929; vgl. dazu auch Jones (1996, S. 322).

<sup>17</sup> Art. 8 Abs. 3 des Niederlassungsabkommens lautet: „In Bezug auf das Personen-, Familien- und Erbrecht bleiben die Angehörigen jedes der hohen vertragsschließenden Teile im Gebiete des andern Teils den Vorschriften ihrer Heimatgesetzgebung unterworfen. Es kann von der Anwendung dieser Gesetze durch den andern Teil nur in besonderen Fällen und insofern abgewichen werden, als dies allgemein gegenüber jedem andern fremden Staat geschieht.“

<sup>18</sup> Vgl. ausführlich zur Entwicklung in Deutschland Henrich (2001, S. 437 ff.). Zur Entwicklung in anderen europäischen Ländern unter dem Stichwort „*choice of better law*“ Foblets (2000, S. 11 ff.). Insbesondere das neuere staatsvertragliche Kollisionsrecht verzichtet weitgehend auf die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungspunkt. Internationale Übereinkommen greifen überwiegend auf den gewöhnlichen Aufenthalt als Anknüpfungspunkt zurück; vgl. Henrich (2001, S. 444 und 449). Grund dafür ist nicht zuletzt die Europäisierung des Rechts. Die Rechte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union gleichen sich auch im Bereich des Personen- und Familienrechts an, weshalb die identitätsstiftende Bindung an die heimische Rechtsordnung immer schwächer wird.

<sup>19</sup> Vgl. von Hoffmann/Thorn (2005, § 5 N 10 ff.); zum Demokratieargument Mansel (2003, S. 135 ff.).

Überzeugung, unehrenhaftes Verhalten innerfamiliär sühnen zu müssen.<sup>20</sup> Rechtssysteme oder Rechtsordnungen mögen eine kulturelle Prägung haben oder Ausdruck kultureller Werte sein, dies bedeutet aber nicht notwendigerweise, dass sie die individuelle kulturelle Identität ausmachen. Hinzu kommt, dass ethnische Minderheiten,<sup>21</sup> wie beispielsweise Kurdinnen und Kurden oder palästinensische Flüchtlinge, sich kaum durch die Staatszugehörigkeit vertreten fühlen, sondern ihre kulturelle Identität in Abgrenzung zur Mehrheitsgesellschaft des betreffenden Staates definieren.<sup>22</sup> Weiter ist gerade für die dem Islam verpflichteten Menschen eher die Religions- als die Staatsangehörigkeit Quelle kultureller Identität, was sich nicht zuletzt darin äußert, dass in zahlreichen islamischen Ländern das Personen- und Familienrecht interreligiös gespalten ist. Zweitens beinhaltet die kollisionsrechtliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit ein Moment der Diskriminierung. Sie unterstellt einer ausländischen Person, sie sei stärker durch das Heimatrecht als durch das Recht ihres Aufenthaltsstaates geprägt, was zum einen ihre individuelle kulturelle Identität womöglich gerade nicht respektiert oder sie an einem für sie allenfalls günstigeren Recht nicht partizipieren lässt<sup>23</sup> und zum andern der Integrationsdialektik entgegensteht oder doch zumindest entgegenwirkt.<sup>24</sup> Scheitern muss die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit dort, wo die dem Recht Unterworfenen unterschiedliche kulturelle Prägungen aufweisen, die eine einheitliche Zuordnung nicht zulassen,<sup>25</sup> was mitunter für gemischtnationale oder gemischtgenerationelle Beziehungen gilt. Drittens ist kulturelle Identität bekanntlich keineswegs eine statische Erscheinung oder gar eine ontologische Evidenz. Mithin blendet die kulturelle Zuordnung anhand der Staatszugehörigkeit die dialogische und dialektische Beziehung zu dem Anderen, die Widersprüchlichkeit und Gleichzeitigkeit verschiedener sinnhafter Welten im Migrationskontext aus. Und schließlich ist die nationalstaatliche Perspektive, die der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit zugrunde liegt, in Zeiten der Globalisierung, der Krise von Nationalkultur, zu eng. Im Europa unserer Zeit haben sich zahlreiche Migrantinnen und Migranten definitiv im Aufenthaltsland niedergelassen, sie sind hier, um zu bleiben; die Nationalität ist (dies allenfalls im Unterschied zur Ethnizität oder zur Religion) nicht zwingend ein konstitutives Element ihrer Identität.<sup>26</sup> Im Übrigen entscheidet ein mehr oder weniger liberales Bürgerrecht, ob Migrantinnen und Migranten durch den Erwerb der Staatsbürgerschaft die Möglichkeit der rechtlichen Integration gegeben ist.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Die in verschiedenen Konventionen besonders geschützt werden, vgl. Art. 30 UN-KRK und Art. 5 Abs. 1 der Europarats-Rahmenkonvention über den Wert des Kulturerbes für die Gesellschaft (27.10.2005).

<sup>22</sup> Vgl. Mankowski (2004, S. 286).

<sup>23</sup> Foblets (2000, S. 17 ff.) hat in einer empirischen Untersuchung marokkanische Frauen in Belgien befragt. Die große Mehrheit von ihnen reklamiert Schutz ihrer Position unter belgischem Recht.

<sup>24</sup> Vgl. Mankowski (2004, S. 285).

<sup>25</sup> Vgl. Looschelders (2001, S. 470 f.). Das ist mithin ein Grund, weshalb das Eltern-Kind-Verhältnis dem Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes unterstellt ist; Art. 1 und 2 MSA (05.10.1961).

<sup>26</sup> Vgl. auch Foblets (2000, S. 19).

Ein alternatives Anknüpfungsmodell basiert auf dem Wohnsitzprinzip oder dem Prinzip des gewöhnlichen Aufenthalts. Nach diesem Modell, das zum Beispiel in der Schweiz vorherrschend ist,<sup>28</sup> ist eine Rechtsfrage nach denjenigen Normen zu beantworten, die im betreffenden Staatsgebiet, auf welchem sich die rechtsunterworfenen Person aufhält, gelten. In diesem Zusammenhang wird häufig die wenig in der Realität begründete Befürchtung geäußert, man könne sich so ohne großen Aufwand die gewünschte Rechtsordnung aussuchen.

Eine mehr am Einzelfall orientierte Anknüpfung ist diejenige der engsten Verbindung: Das Gericht entscheidet jeweils neu, ob das Recht des Aufenthaltsstaates oder dasjenige des Heimatstaates zur Anwendung gelangt, je nachdem, welche sozialen und kulturellen Bindungen überwiegen. Zum Beispiel kommt nach Art. 15 Abs. 1 des Schweizer IPRG ausländisches Recht dann zur Anwendung, wenn ein offensichtlich viel engerer Zusammenhang mit einer ausländischen Rechtsordnung als mit derjenigen des Aufenthaltsstaates besteht.<sup>29</sup> Der sogenannte *better law approach* - letztlich eine kollisionsrechtliche Interessenanalyse -<sup>30</sup> legt freilich viel ungeleitete und unstrukturierte Macht in die Hände der Gerichte und wird dem Anspruch nach Rechtssicherheit kaum gerecht.<sup>31</sup>

Schließlich wird in der Lehre zunehmend die Auffassung vertreten, den Parteien sei die Möglichkeit einzuräumen, selbst zu erklären, welches Recht ihre Beziehung beherrschen soll. Dieses sogenannte Konzept erklärt - in den Grenzen des *Ordre public* - den Willen der Rechtsunterworfenen zum entscheidenden Faktor für die Bestimmung des anwendbaren Rechts.<sup>32</sup> Die Rechtswahl ist allerdings nur in sehr wenigen Rechtsbereichen verwirklicht, zumal sie aufgeklärte Rechtsunterworfenen voraussetzt und zudem die Gefahr der Benachteiligung der strukturell schwächeren Partei birgt.

Allgemein ist ein rein internationalprivatrechtlicher Umgang mit auslandsverknüpften Fällen zwingend wenig differenziert, zumal zwischen im Wesentlichen zwei Lösungen - der Anwendung hiesigen oder fremden Rechts - zu entscheiden ist.

<sup>27</sup> Zum Beispiel kennt die Schweiz ein strenges, durch lange Fristen gekennzeichnetes Einbürgerungsrecht; vgl. dazu z. B. Jaag (2005, S. 113 ff.). Deshalb sagt die fehlende Schweizer Staatsangehörigkeit nicht zwingend etwas über die Integration bzw. kulturelle Prägung eines Menschen aus.

<sup>28</sup> In dieser Hinsicht entspricht die Rechtslage in der Schweiz derjenigen des anglo-amerikanischen Rechtskreises; vgl. Schwander (2002, S. 409). Danach ist in der Schweiz ausländisches Recht seltener anwendbar als in anderen europäischen Staaten. Nach Art. 61 Abs. 2 IPRG wird für den Fall, dass beide Ehepartner Ausländer von gleicher Nationalität sind und nur einer seinen Wohnsitz in der Schweiz hat, das gemeinsame Heimatrecht bei Trennung und Scheidung angewandt. Diese alternative Staatsangehörigkeitsanknüpfung wird aber nur selten vorgenommen.

<sup>29</sup> Diese Bestimmung kommt nur selten zum Zug; vgl. Girsberger/Heini/Keller u.a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, Girsberger/Keller, Art. 15 IPRG, N 16e; Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), Kommentar, Mächler-Erne, Art. 15 IPRG, N 16.

<sup>30</sup> Vgl. zum österreichischen Recht Schmied (1999, S. 94 ff.); vgl. auch Foblets (2000, S. 21 ff.); von Hoffmann/Thorn (2005, § 2 N 47 f.); von Bar/Mankowski (2003, § 6 N 86 f.); zur Geschichte des *better law approach* vgl. auch Kegel/Schurig (2004, S. 200).

<sup>31</sup> Vgl. auch Foblets (1999, S. 37).

<sup>32</sup> Vgl. Foblets (2000, S. 24 f.). Ein Plädoyer für die Rechtswahl hält Basedow (2001, S. 413).

Jede Entscheidung impliziert den Einschluss in eine rechtskulturelle und damit verbunden den Ausschluss aus einer anderen rechtskulturellen Gemeinschaft. Den Nachteilen einer möglichen Diskriminierung der Betroffenen, wenn die Entscheidung im anderen Staat nicht anerkannt wird, versucht man zunehmend mit bilateralen Abkommen beizukommen.

### III. Integration durch Auslegung des Sachrechts

Die Frage, ob und wie kulturelle Identität und fremdes Rechtsverständnis in die Entscheidungsfindung Eingang finden, stellt sich freilich auch und gerade dann, wenn - was zunehmend der Fall ist - das Recht des Aufenthaltsstaates von Migrantinnen und Migranten zur Anwendung gelangt.<sup>33</sup> Es geht darum, die mögliche Vielfalt kultureller Verknüpfungen im Kontext des hiesigen Rechts zu erfassen. In der internationalprivatrechtlichen Literatur wird in diesem Zusammenhang unter anderem die sogenannte Datum-Theorie diskutiert, das heißt, die Bedeutung „der kollisionsrechtlich verdrängten Rechtsordnung“<sup>34</sup> für die Auslegung von Generalklauseln. Danach wird in besonderen Fällen ausländisches Recht, das durch Kollisionsrecht gerade nicht zur Anwendung berufen ist, als *local data* (Tatsache) oder *moral data* (Bewertungsmaßstab) in die für die Entscheidung relevanten Erwägungen miteinbezogen.<sup>35</sup> In der Literatur erwähnte Beispiele sind der Einbezug einer nur im Heimatstaat, nicht aber im Forum anerkannten Adoption bei der Bemessung von Unterhaltspflichten oder Unterhaltsansprüchen<sup>36</sup> oder die Berücksichtigung der islamisch-rechtlichen Morgengabe<sup>37</sup> im Rahmen der Prüfung der Bedürftigkeit der unterhaltsberechtigten Person. Art. 30 des UN-Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 postuliert zum Beispiel den besonderen Schutz der kulturellen Identität des Kindes,<sup>38</sup> woraus zu folgern ist, dass kulturelle Dispositionen als Teil des Kontinuitätsinteresses<sup>39</sup> bei der Sachrechtsanwendung in die Ermittlung des Kindeswohls einfließen müssen.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> Man spricht von der sogenannten zweistufigen Theorie des Internationalen Privatrechts; vgl. zum Beispiel Jayme (2003b, S. 84 f.); Schulze (2003, S. 161 f.); von Hoffmann/Thorn (2005, § 1 N 129).

<sup>34</sup> Vgl. das Urteil des BGH vom 26.05.1982, IPRax 1983, S. 180 und 184, in welchem das Gericht entschied, dass im Rahmen eines Versorgungsausgleichsanspruchs in Folge einer Scheidung zwischen einem französischen Ehemann und einer deutschen Ehefrau (zuvor Französin) berücksichtigt werden kann (im Rahmen von § 1587 c Nr. 1 BGB), dass der ausgleichsberechtigte Ehegatte die deutsche Staatsangehörigkeit, welche ihm den Ausgleichsanspruch zugesteht, erst kurze Zeit vor der Entscheidung über den Anspruch erhalten hat. Dabei kann auch eine wichtige Rolle spielen, inwiefern nach der kollisionsrechtlich verdrängten Rechtsordnung (im konkreten Fall das französische Recht) ebenfalls ein Unterhalts- oder Versorgungsanspruch bestanden hätte.

<sup>35</sup> Vgl. Schulze (2003, S. 157); von Hoffmann/Thorn (2005, § 1 N 129 und § 2 N 44); Henrich (2004, S. 325); von Bar/Mankowski (2003, § 6 N 89 f.); Kegel/Schurig (2004, S. 59 f.); kritisch Veit (2002, S. 411 f.).

<sup>36</sup> Vgl. Schulze (2003, S. 159), mit Verweis auf den Beschluss des OGH vom 08.02.1995, IPRax 1997, S. 266.

<sup>37</sup> Vgl. zur Bedeutung der Morgengabe nach islamischem Recht Büchler (2003, S. 31 f.); Wurmnest (2005, S. 1878 ff.); Scholz (2002, S. 330 ff.); Rohe (2000, S. 167); Rieck (2000, S. 75 ff.); Siehr (2001, S. 434); von Hoffmann/Thorn (2005, § 6 N 9).



#### IV. Rechtspluralismus als Modell?

Wollte man der kulturellen Identität und Differenz noch stärker Rechnung tragen, so müssten Bereiche bezeichnet werden, in welchen alternative Sachnormen für verschiedene Gemeinschaften geschaffen werden könnten. Für ein breit angelegtes Rechtsangebot im Bereich des Familienrechts gibt es tatsächlich Vorbilder. In außereuropäischen Gesellschaften mit kolonialer Vergangenheit zeigt sich Rechtspluralismus als Koexistenz verschiedener normativer Systeme in unterschiedlichen Gewändern: in der Koexistenz und Konkurrenz von staatlichem Recht und eigenständigen Rechten der indigenen Bevölkerung, religiösem Recht oder Gewohnheitsrecht.

Multilegalität wird aus einer ethnologischen und soziologischen Perspektive auch in den Migrationskontexten westlich-industrialisierter Staaten beobachtet: Gemeinschaften von Migrantinnen und Migranten bewahren oder rekonstruieren im neuen Umfeld ihre eigenen Sets von Normen und Sanktionsmechanismen, und diese normativen Strukturen sind auf das staatliche Rechtssystem in verschiedenen Graden der Semi-Autonomie bezogen. Zum Beispiel hat in England<sup>41</sup> der Muslim Law (Sharia) Council (MLSC) Rechtsprechungsautorität und gerichtsähnliche Funktionen innerhalb der muslimischen Gemeinschaft, indem er in familienrechtlichen Angelegenheiten berät, bei der Aushandlung von islamischen Eheverträgen behilflich ist und islamische Scheidungen ausspricht, zumal die zivile Scheidung nach Meinung des MLSC die islamische Ehe grundsätzlich nicht beendet. Die Antragstellenden müssen eine von zwei Zeugen bestätigte Erklärung abgeben, wonach sie die Entscheidungen des MLSC als bindend anerkennen.

Zwar kommt Recht nicht ohne die Garantie durch den Staat aus, doch Staat und Recht sind verschiedene soziale Entitäten.<sup>42</sup> Aus einer eng rechtswissenschaftlichen Perspektive bleibt dennoch die Einheit des Rechts als historisch kontingente dogmatische Konstruktion des modernen Nationalstaates unangetastet. Normen

<sup>38</sup> Dies kann auch aus anderen Bestimmungen gefolgert werden; vgl. Art. 7 und 8 UN-KRK. Auch Art. 20 lit. c UN-KRK, welcher bei elternlosen islamischen Kindern dem Grundsatz nach nicht die Adoption, sondern die *Kafala* als Rechtsinstitut anwendbar erklärt; vgl. m.w.H. Jayme (2003a, S. 217 f.); bzgl. der *Kafala* vgl. auch Menhofer (1997, S. 168 ff.); Jayme (1997, S. 234); Jayme (1996, S. 242 f.); Henrich (2004, S. 326).

<sup>39</sup> Vgl. Jayme (1996, S. 238).

<sup>40</sup> Vgl. Ende (1998, S. 246 f.). Weitergehend können mithin ausländische Rechtsinstitute in innerstaatliches Sachrecht transformiert werden; das heißt, dass das ausländische Recht zwar keine unmittelbare Anwendung findet, die entsprechenden Rechtswirkungen eines Rechtsinstituts aber aufgrund funktionaler Gleichheit in einem solchen des Aufenthaltsstaates eine Parallele finden.

<sup>41</sup> In England, wo Migrantinnen und Migranten dem Recht des Aufenthaltsstaates unterworfen sind, existiert das islamische Recht als inoffizielles Recht mit entsprechenden Gerichten weiter und bestimmt das Familienleben der muslimischen Eingewanderten weitgehend, wobei das islamische Recht im neuen Umfeld unter Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse rekonstruiert wird (durch *Ijtihad*, die Auslegung nach freiem Ermessen). Vgl. Yilmaz (2003, S. 117 ff.); Pearl (1999, S. 111 ff.); Project Group Legal Pluralism, Max Planck Institute for Social Anthropology, Outline of Research Programme Project Group „Legal Pluralism“, Halle/Saale, April 2002.

<sup>42</sup> Krawietz (1993, S. 83).



setzen ein „Wir“ voraus, das die Fähigkeit besitzt oder besitzen soll, kulturelle und soziale Pluralität zu zentrieren. Eine Gesellschaft ist plural, soziale Kontexte sind vielfältig, Rechtsetzung hingegen ist staatliches Vorrecht, Recht ist, territorial begrenzt und gleichermaßen auf alle anwendbar - so jedenfalls das vorherrschende Verständnis.

Doch selbst in Europa sind rechtspluralistische Konzeptionen im eng positivistisch-rechtlichen Sinne nicht inexistent. Ein Beispiel interpersonaler Spaltung der jüngeren Geschichte ist in Art. 20 lit. c der UN-Kinderrechtskonvention angelegt. Dieser sieht für die Betreuung elternloser Kinder neben der Adoption auch die *Kafala* des islamischen Rechts vor. Bei der Wahl zwischen verschiedenen Lösungen sind die ethnische, religiöse, kulturelle und sprachliche Herkunft des Kindes gebührend zu berücksichtigen. Diese Bestimmung nimmt Rücksicht auf die Tatsache, dass das islamische Recht ein Verbot der Adoption kennt. Das Ersatzinstitut, die *Kafala*, ist eine Art der Pflegekindschaft für Minderjährige, die auf einer Schutzzusage der Pflegeeltern beruht und die zwar kein Verwandtschaftsverhältnis, wohl aber eine Unterhalts- und Beistandsverpflichtung begründet. Spanien hat die Vorgabe der UN-Kinderrechtskonvention umgesetzt und mit der Reform des Minderjährigenschutzrechts 1996<sup>43</sup> der *Kafala* entsprechende Möglichkeiten des Kindesschutzes eingeführt.<sup>44</sup> Das spanische Recht kennt sodann auch die Option der islamisch-religiösen Eheschließung.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Art. 173 bis Código Civil: „Die Aufnahme in eine Familie kann, je nach ihrem Zweck, auf folgende Art und Weise erfolgen:

1. Einfache Aufnahme in die Familie. Diese hat nur vorübergehenden Charakter; sei es, dass angesichts der Situation des Minderjährigen die Wiedereingliederung in seine eigene Familie abzusehen ist, sei es, bis eine dauerhafte Schutzmaßnahme getroffen wird.
2. Aufnahme in eine Familie auf Dauer, wenn dies das Alter oder andere Umstände des Minderjährigen und seiner Familie nahelegen und sich die Jugendschutzbehörden hierfür aussprechen. In diesem Fall kann die Verwaltungsbehörde beim Richter beantragen, den Aufnehmenden diejenigen vormundschaftlichen Befugnisse zu übertragen, die die Erfüllung ihrer Verpflichtung erleichtern, wobei stets das Interesse des Minderjährigen Vorrang haben soll.
3. Aufnahme in eine Familie zur Vorbereitung der Adoption. Diese wird durch die Verwaltungsbehörde vorgenommen, wenn sie auf Vorschlag der Jugendschutzbehörde die Adoption des Minderjährigen beim Gericht beantragt und die Aufnehmenden die Voraussetzungen für eine Adoption erfüllen, hierfür ausgewählt worden sind, bei der Verwaltungsbehörde ihr Einverständnis mit einer Adoption erklärt haben und sich der Minderjährige in einer für die Adoption geeigneten rechtlichen Lage befindet.

Ferner kann die Verwaltungsbehörde die Aufnahme in eine Familie zur Vorbereitung der Adoption vornehmen, wenn sie es vor Stellung des Antrags auf Adoption für erforderlich hält, einen Zeitraum für die Anpassung des Minderjährigen an die Familie festzusetzen. Dieser Zeitraum soll möglichst kurz sein und darf ein Jahr nicht überschreiten.“ Vgl. dazu Bergmann/Ferid/Henrich, Teil: Spanien, S. 27 und 55.

<sup>44</sup> Nach dem Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA) können Kindesschutzmaßnahmen nur nach dem Recht des Aufenthaltsstaates begründet werden. Vgl. zur Bedeutung des Art. 20 UN-KRK auch Jayme (2003, S. 7 ff.); zur *Kafala* vgl. auch Menhofer (1997, S. 168 ff.); Jayme (1997, S. 234); Jayme (1996, S. 242 f.); Henrich (2004, S. 326).

<sup>45</sup> Art. 59 Código Civil, vgl. dazu Bergmann/Ferid/Henrich, Teil: Spanien, S. 24 und 37, wobei die religiöse Eheschließung, sofern sie zugelassen ist, bürgerlich-rechtliche Wirkungen entfaltet.

Die Einführung von Möglichkeiten einer kulturell bestimmten Auswahl von Rechtsinstituten wird allerdings die Ausnahme bleiben, da parallele, entkoppelte Gesetzgebung für verschiedene religiöse oder ethnische Gemeinschaften ebenso wie das Staatsangehörigkeitsprinzip der Integrationsdialektik entgegen steht.

## V. Integration durch Verfahren und Kommunikation

Die Suche nach zukunftsfähigen Techniken der Integration fremden Familienrechts ist meines Erachtens neu auszurichten - und dies im Gleichklang mit den Prozessen der Deinstitutionalisierung des Familienrechts und einer postmodernen Konzeption von Rechtspluralismus.<sup>46</sup> An Stelle des ordnungs- und institutsbezogenen Denkens muss eine prozessbezogene Sichtweise treten. Konkret geht es um die Schaffung von Räumen für die Aushandlung von Ergebnissen, die mit der kulturellen Identität - verstanden als ein zwar wirksames, aber keineswegs statisches Element menschlichen Daseins - in Einklang stehen. Es geht also um die Anerkennung „fremder“ Rechtsdiskurse und deren Integration in das hiesige Familienrechtsverfahren, um die rechtsstaatliche Legitimation kulturell geprägter Entscheidungsprozesse.

Eine verfahrensfokussierte Perspektive ist in verschiedener Hinsicht attraktiv. Sie reflektiert die systemtheoretische Erkenntnis der Legitimation durch Verfahren:<sup>47</sup> Unterwerfen sich die Parteien bestimmten Verfahrensregeln und folgen sie dem kodifizierten Gang des Verfahrens, so kommt dies einer institutionalisierten Verbindlicherklärung des ungewissen Ausgangs gleich.

In diesem Kontext sind die kanadischen Bemühungen zu sehen, islamische Schiedsgerichte zu institutionalisieren. Die *Scharia*, verstanden als transnationales Recht,<sup>48</sup> sollte Grundlage einer institutionalisierten Form außergerichtlicher Streitbeilegung sein, womit Musliminnen und Muslimen die Möglichkeit geboten würde, zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten auf ihrer Basis beurteilen zu lassen. Den recht-

<sup>46</sup> Teubner beschreibt den neuen Pluralismus wie folgt: „Dieser neue Rechtspluralismus [...] stellt einen beachtlichen Fortschritt dar, wenn man ihn mit der älteren legalistischen Sicht des Rechtspluralismus vergleicht, die das Problem mehrerer Normenordnungen bloß in der Anerkennung untergeordneter regionaler oder korporativer Ordnungen durch das offizielle Recht sieht. In der Tat, man überwindet damit hierarchische Konzeptionen des Rechtspluralismus, die dahin tendieren, Rechtsebenen mit der Gesellschaftsstratifikation zu identifizieren und dabei Rechtsphänomene außerhalb dieser Hierarchie zu ignorieren. Gleichzeitig befreit er sich vom Erbe des traditionellen Institutionalismus, der den sozialen Ort des Rechtspluralismus in formal strukturierten Institutionen, Unternehmen und Organisationen reifizierte. Der ‚neue‘ Rechtspluralismus ist nicht-legalistisch, nicht-hierarchisch und nicht-institutionell. Sein Thema heißt: dynamische Wechselwirkungen in einer Vielzahl von Normordnungen innerhalb eines gesellschaftlichen Feldes.“ Teubner (1995, S. 198).

<sup>47</sup> Luhmann (1969).

<sup>48</sup> Vgl. zu dieser Einordnung Schroeder (2006, S. 77 f.). Die *Sharia* ist rechtsordnungsübergreifend. Es ist eher eine Methode der Entscheidungsfindung, weil kein abgeschlossenes Rechtssystem vorliegt. Die *Sharia* beruft sich auf einen religiösen Geltungsgrund und will in allen Lebensbereichen angewendet werden. Die Ausprägungen sind aber dennoch sehr national.

lichen Rahmen hätte der *Arbitration Act* von Ontario bilden sollen, wonach auch familienrechtliche Fragen der Schiedsgerichtsbarkeit zugeführt werden konnten.<sup>49</sup> Freilich sollte insbesondere zum Schutz der strukturell schwächeren Partei eine gerichtliche Überprüfung der Schiedssprüche stattfinden. Die Regierung des Bundesstaates Ontario hat nun allerdings, als Antwort auf zahlreiche Proteste, den *Arbitration Act* revidiert<sup>50</sup>: Entscheidungen von Schiedsgerichten in Anwendung religiösen Rechts haben nun noch unverbindlichen Charakter.

Verschiedene Aspekte islamischen Rechts begünstigen dessen Integration. Zum einen kommt im islamischen Recht dem Ehevertrag eine überragende Bedeutung zu, zumal Ehwirkungen und Scheidungsfolgen weitgehend der individuellen Vereinbarung überlassen sind.<sup>51</sup> Weiter unterliegen im islamischen Recht eheliche Auseinandersetzungen zunächst einem spezifischen Konfliktlösungsmodell. Die islamische Rechtswissenschaft hat ein differenziertes Stufenkonzept zur Konfliktbereinigung entwickelt, an welchem neben den Parteien zwei Schiedsrichter partizipieren, die bevorzugt aus den beiden Familien stammen. In modernen Rechtsordnungen hat auch das Scheidungsgericht eine spezifisch mediative Funktion.<sup>52</sup> Zahlreiche empirische Untersuchungen belegen, dass migrierte Musliminnen und Muslime dieses Schlichtungsverfahren auch im Zielland zur Anwendung bringen. Weil die Gemeinschaft die Autorität der Entscheidung älterer Familienmitglieder garantiert, kann auf eine Formalisierung, das heißt auf die staatliche Anerkennung, verzichtet werden.<sup>53</sup> Einerseits offenbaren sich hierin die Grenzen der Steuerungsfähigkeit des Rechts. Andererseits sind mit solchen, das staatliche Recht konkurrierenden normativen Ordnungen freilich zahlreiche Probleme verbunden, insbesondere solche der Rechtssicherheit. Die rechtliche Einbindung kultureller Praktiken, die Integration des sozial wirksamen islamischen Rechtsverständnisses in den europäischen Rechtskontext, ist auch unter integrationspolitischen Gesichtspunkten der Existenz parastaatlicher Strukturen vorzuziehen. Empirisch gibt es Belege dafür, dass insbesondere Frauen keine offizielle Anerkennung der Scharia in westlichen Ländern wünschen, es jedoch befürworten, wenn Familienkonflikte unter Beizug muslimischer Mediatoren angegangen werden, zumal ihre Position dadurch eine Stärkung erfährt.<sup>54</sup>

Die Integration fremder Rechtserwartungen und selbstbestimmter Konfliktlösungsverfahren ist familienrechtstheoretisch ohne weiteres zu fassen. Das Familienrecht der westlich-industrialisierten Länder erfährt seit Jahrzehnten einen Prozess der Deinstitutionalisierung beziehungsweise der Vertraglichung. Öffentliche Interessen vermögen heute kaum mehr gesetzliche Einschränkungen der Eheschließung, Vorgaben zur Binnenstruktur der Beziehung und die Sanktionierung der Eheauf-

---

<sup>49</sup> Ziel ist es, die organisatorischen und rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, um unter dem *Arbitration Act* von Ontario ein religiöses Gericht nach dem traditionell-islamischen Vorbild einzurichten; vgl. dazu Schroeder (2006, S. 78 ff.).

<sup>50</sup> Mit dem *Family Statute Law Amendment Act* 2005; vgl. dazu Schroeder (2006, S. 80).

<sup>51</sup> Vgl. ausführlich Rieck (2000, S. 69 ff.).

<sup>52</sup> Vgl. ausführlich Schmied (1999, S. 147 ff.).

<sup>53</sup> Schmied (1999, S. 155 ff.).

<sup>54</sup> Vgl. Shah-Kazemi (2001).

lösung zu rechtfertigen. Das Familienrecht ist insbesondere um den Prozess der Trennung besorgt und idealerweise bestrebt, den Parteien dabei behilflich zu sein, den Gestaltungsspielraum kreativ und verantwortungsvoll zu nutzen.

Die Formalisierung außergerichtlicher Konfliktbeilegung, die von handlungskompetenten Personen und anererkennungswürdigen pluralen normativen Erwartungen ausgeht, kann auch in einem weiteren Wandel verortet werden. Gunther Teubner beschreibt mit der linguistischen Wende einen konzeptuellen Wandel von Struktur zu Prozess, von Norm zu Aktion, von Einheit zu Differenz, von Funktion zu Code; einen neuen Rechtspluralismus, der „nicht mehr als eine Menge konfligierender gesellschaftlicher Normen in einem gegebenen Feld definiert (ist), sondern als eine Vielfalt kommunikativer Prozesse, die gesellschaftliches Handeln über den Code Recht/Unrecht beobachten“.<sup>55</sup> Damit erfolgt eine Orientierung an verschiedenen gleichgeordneten Rechtsdiskursen und an der transnationalen und transgenerationalen Kommunikation, die als dynamischer Prozess zu begreifen ist. Soziale Phänomene und Kommunikationspraktiken nehmen so teil an der Rechtsproduktion.

## VI. Grenzen kultureller Freiheit

Es ist allgemeine Erkenntnis, dass kulturelle Freiheit dort ihre Grenze findet, wo andere Menschenrechte tangiert sind. Im europäischen Kontext wird auf das Konzept des *Ordre public* zurückgegriffen,<sup>56</sup> um dem grundsätzlich anwendbaren fremden Recht oder einer ausländischen Entscheidung im Einzelfall und bei gegebenem Inlandsbezug die Legitimation zu versagen. Das zur Anwendung berufene ausländische Recht wird an den tragenden Prinzipien des hiesigen Rechts gemessen. Wenn die Rechtsfolgen einem unantastbaren Kernbereich der eigenen Rechtsordnung eklatant zuwiderlaufen, soll die Anwendung unterbleiben. Im Kontext des islamischen Familienrechts stellt sich also insbesondere die Frage, inwiefern die fremden kulturellen und religiösen Vorstellungen des Geschlechterverhältnisses<sup>57</sup> zu berücksichtigen sind. Das höchste Gericht der Schweiz hat beispielsweise entschieden, die Zuteilung der elterlichen Sorge allein nach Kriterien des Geschlechts der Eltern und des Alters des Kindes - und nicht nach der Kindeswohlmaxime - sei mit dem *Ordre public* nicht zu vereinbaren. Dies auch dann nicht, wenn keinerlei Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im konkreten Fall durch die Zuteilung des Sorgerechts an den Vater - wie es das iranische Recht verlangt - das Kind gefährdet wäre.<sup>58</sup> Andererseits hat jüngst ein zweitinstanzliches Gericht die Anerkennungsfähigkeit eines marokkanischen Scheidungsurteils, das auf einer Verstoßung

<sup>55</sup> Teubner (1995, S. 200 f.).

<sup>56</sup> Schweiz: Art. 17 IPRG; vgl. dazu unter anderem Girsberger/Heini/Keller u. a. (Hrsg.), Zürcher Kommentar, VISCHER, Art. 17 IPRG, N 1 ff; Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), Kommentar, Mächler-Erne, Art. 17 IPRG, N 1 ff; Deutschland: Art. 6 EGBGB; vgl. dazu unter anderem Frick (2005); Scholz (2002, S. 323 ff.).

<sup>57</sup> Dabei darf allerdings nicht vergessen werden, dass die hiesigen aktuellen, verfassungsrechtlich verankerten Gleichheitsvorstellungen jüngerer Datums sind und insbesondere die Rechtswirklichkeit noch stark geschlechterspezifische Funktionszuweisungen kennt.

<sup>58</sup> BGE 129 III 250 ff.

beruht, bejaht, zumal die Ehefrau im konkreten Fall der Scheidung zugestimmt hatte.<sup>59, 60</sup> Diese Beispiele machen zum einen deutlich, dass der anerkennungsrechtliche *Ordre public*<sup>61</sup> enger ist als derjenige, der zum Tragen kommt, wenn es um die Anwendung fremden Rechts geht. Auch wenn die Polygamie<sup>62</sup> oder die Verstoßungsscheidung<sup>63</sup> mit „unseren“ Rechtsvorstellungen nicht vereinbar sind, so wurden sie im Heimatland wirksam vorgenommen. Und wenn zum Zeitpunkt der Vornahme keine Beziehung zum europäischen Aufenthaltsland bestand, käme die Nichtanerkennung der Sanktionierung der fremden Rechtsordnung gleich. Zudem entstünde ein unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit sehr problematisches sogenanntes hinkendes Rechtsverhältnis. Damit ist auch die Einzelfallbezogenheit des *Ordre public* angesprochen: Nicht das ausländische Recht als solches bildet den Gegenstand der Prüfung, sondern das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts im konkreten Einzelfall. Allerdings kann - wie der Entscheidung über die Anwendung iranischen Sorgerechts zeigt - eine abstrakte Durchsetzung des Diskriminierungsverbots aufgrund des Geschlechts mit der Ergebnisbestimmtheit des *Ordre public* konkurrieren.<sup>64, 65</sup>

Dennoch ist das Konzept des *Ordre public* nationalstaatlicher Prägung aus mehreren Gründen ein schwieriges. Zwar will es vordergründig insbesondere die grundrechtlichen Positionen der benachteiligten Partei - das heißt der Frau - auch gegen die Wertungen des maßgeblichen ausländischen Rechts schützen.<sup>66</sup> Doch zum einen bleibt die zunehmend begründungsbedürftige Fokussierung auf den Nationalstaat bestehen, und zum andern suggeriert es eine insbesondere im multikulturellen Kontext gerade nicht existierende Leitkultur. Die Nationalkultur kann nicht die Kultur einer dominanten Bevölkerungsgruppe sein, es muss vielmehr einen von allen geteilten Gehalt der Kultur geben, der als Ergebnis eines Dialogs zu betrachten ist.<sup>67</sup>

---

<sup>59</sup> Cour suprême du Canton BE, FamPra.ch 2006, 410 ff. Anders noch BGE 88 I 48 und BGE 102 Ia 574.

<sup>60</sup> Zur Anwendung des *Ordre public* in Deutschland vgl. Rohe (2000, S. 164 ff.); Scholz (2002, S. 326 ff.).

<sup>61</sup> Art. 27 IPRG.

<sup>62</sup> Vgl. Scholz (2002, S. 332 f.); Rohe (2000, S. 166); vgl. auch Frick (2005, S. 98 ff.). Selbst wenn islamisches Recht die Polygamie über Art. 44 Abs. 2 IPRG in der Schweiz zuließe, muss diese jedoch aufgrund von Art. 96 ZGB als *loi d'application immédiate* i.S.v. Art. 18 IPRG verweigert werden; Schwander (2002, S. 415).

<sup>63</sup> Vgl. zum Begriff der Verstoßung Abu-Salieh (1983, S. 195); Frick (2005, S. 118 ff.).

<sup>64</sup> Vgl. Schwander (2002, S. 412); Looschelders (2001, S. 487); Henrich (2004, S. 322); Grimm (2001, S. 24).

<sup>65</sup> Der *Ordre public* ist nicht nur sachlich, sondern auch örtlich und zeitlich relativ. Örtliche Relativität meint, je geringer der Inlandbezug ist, desto bedeutender müssen die verletzten inländischen Rechtsgrundsätze sein. In zeitlicher Hinsicht wird hingegen der Gegenwartsbezug verlangt; vgl. dazu Frick (2005, S. 33 ff.). Henrich hält fest, dass stets abzuwägen ist zwischen dem Respekt vor fremder kultureller Identität gegenüber staatlichen Ordnungsinteressen und anderen als höherrangig empfundenen Werten; Henrich (2004, S. 324).

<sup>66</sup> Looschelders (2001, S. 472 f.).

<sup>67</sup> Vgl. dazu auch Randeria (2004, S. 155 ff.).

Es bleibt die Frage nach anderen Grenzziehungskonzepten kultureller Freiheit. Ein jenseits nationaler Grenzen liegender gesellschaftlicher Konsens ist insbesondere in völkerrechtlichen Vereinbarungen zu erblicken, welche im Zuge der Internationalisierung des Familienrechts an Bedeutung gewinnen. Zwar garantieren auch internationale Konventionen keinen überkulturellen Standpunkt, doch sie sind Ausdruck des Strebens nach einem geteilten Einvernehmen in verschiedenen menschenrechtsrelevanten Bereichen.<sup>68</sup> Die völkerrechtlichen Instrumente des Menschenrechtsschutzes können als internationaler *Ordre public* verstanden werden. Sie sind aber insbesondere genuin emanzipatorisch und garantieren gleiche Würde jedes Menschen in einem multikulturellen Kontext.<sup>69</sup>

## VII. Thesen

Lassen Sie mich die verschiedenen Gedankenstränge zu sechs Thesen zusammenführen:

1. Im Kontext der Einwanderungsgesellschaft treffen divergierende rechtliche Konzepte und Vorstellungen von Familie und Gemeinschaft aufeinander, woraus sich für die familienrechtliche Theorie und Praxis Normen- und Kulturkonflikte ergeben können. Der positive Umgang mit Diversität unter gleichzeitiger Beachtung integrationspolitischer Ziele ist die eigentliche Herausforderung moderner Gesellschaften. Kulturelle Pluralität muss eine rechtliche Entsprechung finden, im Einzelfall auch als Anerkennung kultureller Differenz, mithin als integrative Ungleichbehandlung.<sup>70</sup> Dies ist allerdings nur möglich, wenn an Stelle unbestimmter Ängste und Abwehrmechanismen eine sachliche Diskussion um das Integrationspotenzial des Rechts tritt. Ein Rechtsangebot, das den pluralen Rechtsverständnissen ein Stück weit Rechnung trägt, aber wichtige Errungenschaften nicht zur Disposition stellt, setzt die Offenlegung der den Entscheiden zugrunde liegenden Wertungen voraus, die Auseinandersetzung mit kulturellen Imperativen und eine Zurückhaltung, wenn es darum geht, uns in ihrer Dynamik fremde Institutionen zu bewerten.
2. Das traditionelle internationale Privatrecht nimmt eine räumliche Ordnungsvorstellung des Rechts als Ausgangspunkt. Eine solche vermag dem Anspruch auf kulturelle Identität allerdings nur ungenügend Rechnung zu tragen. Man muss nicht so weit gehen, den Postnationalismus als Identität der Zukunft zu sehen, um in Zeiten, in welchen die Vorstellung, „in geschlossenen und gegeneinander abgrenzbaren Räumen von Nationalstaaten [...] zu leben und zu handeln“, <sup>71</sup> nicht

<sup>68</sup> Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950; die Konvention über die Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979; International Covenant on Civil and Political Rights of 16 December 1966.

<sup>69</sup> Vgl. Helbling (2001, S. 327).

<sup>70</sup> Vgl. Schulze (2003, S. 174 f.). Vgl. seinen Vorschlag für eine Norm, S. 177: „Das kulturelle Selbstverständnis, die Sprache, Herkunft, Religion und Weltanschauung der Beteiligten sind im Rechtsverkehr angemessen zu berücksichtigen.“

<sup>71</sup> Beck (2001, S. 44).

mehr aufrecht zu erhalten ist, die Unzulänglichkeit kollisionsrechtlicher Verweisungen zu erkennen. Das internationale Privatrecht suggeriert erratische Rechtsvorstellungen und wird transnationalen Prozessen nicht gerecht. Insbesondere der transnationale Charakter religiösen Rechts bleibt unberücksichtigt. Wenn die Spannungslage auf der kollisionsrechtlichen Ebene aber nicht zu lösen ist, bleibt nur eine sachrechtliche Integration fremder Rechtsvorstellungen, die zugleich zu einer einzelfallbezogenen Beurteilung führt.<sup>72</sup>

3. Eine rechtsethnologische Perspektive konstatiert eine Vielfalt gegeneinander abgegrenzter normativer Ordnungen, aber auch eine dynamische Vielfalt von Operationen, in denen, um Amstutz zu zitieren, „parallele Normsysteme unterschiedlicher Herkunft sich wechselseitig anregen, gegenseitig verbinden, ineinandergreifen und durchdringen, ohne zu einheitlichen Super-Ordnungen zu verschmelzen, die ihre Teile absorbieren, sondern in ihrem Nebeneinander als heterarchische Gebilde dauerhaft bestehen, kurzum: dass Rechtspluralismus eine Realität ist [...]“.<sup>73</sup> Die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist heute weniger darin zu sehen, durch Anerkennung oder Ablehnung uns fremde familienrechtliche Institute zu sanktionieren; vielmehr muss sie dazu beitragen, Regeln zu finden, die das Zusammenspiel rechtlicher Kulturen in einem pluralen Kontext erleichtern. Rechtspluralismus meint demnach im europäischen Kontext weniger die Koexistenz verschiedener rechtlicher Entitäten. Ausgangspunkt sind vielmehr die inneren Differenzierungen und Segmentierungen einer Gesellschaft: *Innerhalb und nicht dazwischen*.
4. Ein integrationsfähiges Recht ist ein offenes und multikulturelles Recht. Denn ein geschlossenes Mehrheitsrecht bewirkt den Rückzug der Minderheit. Zukunftsweisende Vorgehen liegen vor allem auf der Ebene des Verfahrens. Interkulturell und transgenerationell vermittelnde Verfahrensarten oder Interventionsformen, welche auf Autonomie, Kommunikation und Interaktion setzen, vermögen eher die Integrationsleistung zu vollbringen; eine Integrationsleistung, die im Zuge der Erosion von Staatlichkeit immer weniger über nationalstaatliche Bezüge zu leisten ist. Jedenfalls ist das Paradigma der von der Idee des Nationalstaates dominierten Rechtswelt<sup>74</sup> stark ins Wanken geraten. Rechtspluralismus in seiner normativen Dimension und seiner Offenheit ist ein zentrales Konzept, um das Verhältnis Recht und Gesellschaft neu zu bestimmen.
5. Gleichheit und kulturelle Vielfalt bedingen gleichermaßen die rechtsstaatlich verfasste Struktur moderner Gesellschaften; sie sind im rechtlichen Entscheidungsgefüge im Wege praktischer Konkordanz zum Ausgleich zu bringen. Die Spannungsfelder im interkulturellen Familienrecht dürften aber durch die Konvergenz der rechtlichen Entwicklungen an Brisanz verlieren. Diese konvergenten Entwick-

<sup>72</sup> So Schulze (2003, S. 162).

<sup>73</sup> Amstutz (2003, S. 213).

<sup>74</sup> Gemäß Teubner ein Tabu, vgl. Teubner (1996, S. 266); vgl. dazu auch Röhl (2005, S. 1164 f.).



lungen sind auf Familienrechtsharmonisierungen zurückzuführen, welche ihrerseits ein Ergebnis zum einen der Internationalisierung des Familienrechts und zum andern der gleichförmigen soziodemographischen Entwicklungen sind. So sind in zahlreichen islamischen Ländern trotz der seit den 1970er Jahren festgestellten Reislamisierungstendenzen Veränderungen hin zu einem sogenannten modernen Familienrecht eingeleitet worden.

6. Schließlich weist die Auseinandersetzung um die rechtliche Anerkennung kultureller Identität weit über ihren Gegenstand hinaus. Identitäten werden durch Abgrenzung und Ausgrenzung konstituiert. Identität bedingt Alterität. Setzt man das Recht im Namen der Gerechtigkeit der Alterität aus, so bedeutet dies letztlich die Dekonstruktion positivistischen Rechtsdenkens.<sup>75</sup>

## Literatur

Aldeeb Abu-Sahlieh, Sami

1983 Heirat zwischen Schweizern und Angehörigen islamischer Staaten. *Zeitschrift für Zivilstandswesen*, Bd.51: S. 193.

Amstutz, Marc

2003 Zwischenwelten. Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht. In: Teubner/Joerges (Hrsg.): *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Sozialtheorie und Privatrechtsdogmatik*. Baden-Baden, S. 213.

von Bar, Christian / Mankowski, Peter

2003 *Internationales Privatrecht*. 2. Aufl., München.

Basedow, Jürgen

2001 Das Internationale Privatrecht in den Zeiten der Globalisierung. In: FS Stoll, Tübingen, S. 405.

Beck, Ulrich

2001 Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus, Antworten auf Globalisierung. 6. Aufl., Frankfurt a. M.

Bergmann, Alexander / Ferid, Murad / Henrich, Dieter

1983ff *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*. Loseblattsammlung. Frankfurt a. M./Berlin.

---

<sup>75</sup> Vgl. Teubner (2000, S. 256): „Das Recht der Alterität auszusetzen scheint heute der befreiende Ausweg aus den Lähmungserscheinungen der dekonstruktiven Bewegung zu sein, den - mit den Direktiven von Jacques Derrida und Emmanuel Lévinas ausgerüstet - in der Tat eine Reihe postmoderner Rechtstheoretiker beschreiten. Die unmittelbare Erfahrung der Forderungen des ‚Anderen‘, die nicht sprachlich vermittelte, nicht kommunizierte Wahrnehmung seiner Existenz, die Erfahrung der unendlichen Einzigartigkeit der Alterität ist der Ausgangspunkt für ein Doppeltes: für die Dekonstruktion des positiven Rechts, das diesen Anforderungen nicht genügen kann, und für das Insistieren auf Gerechtigkeit, die das positive Recht mit diesen Anforderungen auf Dauer herausfordert.“

Büchler, Andrea

- 2003 Das islamische Familienrecht. Eine Annäherung: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses des klassischen islamischen Rechts zum geltenden ägyptischen Recht. Bern.

D'Onofrio, Eve

- 2005 Child Brides, Inegalitarianism, and the fundamentalist polygamous family in the United States. *International Journal of Law, Policy and the Family* 2005, Bd.19, S. 373.

Ende, Monika

- 1998 Kulturelle Identität als notwendige Ergänzung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes - Die UN-Kinderrechtskonvention im Kontext der Unionsbürgerschaft, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax), 244 f.

Foblets, Marie Claire

- 1999 Conflicts of Law in Cross-Cultural Family Disputes in Europe Today. Who will Reorient Conflicts Law? In: Foblets/Srijbosch (Hrsg.): Relations familiales interculturelles/Cross cultural family relations. Oñati, Vol. 8, S. 27.  
2000 Migrant Women caught between Islamic Family Law and Women's Rights. The Search for the Appropriate 'Connecting Factor' in International Family Law, Maastricht. *Journal of European and Comparative Law*, Vol. 7: S. 11.

Frick, Christina

- 2005 Ordre public und Parteiautonomie. Der Verzicht auf das Eingreifen des ordre public, dargestellt anhand des deutschen Internationalen Familien- und Erbrechts, Diss. Hamburg.

Girsberger, Daniel / Heini, Anton / Keller, Max u. a. (Hrsg.)

- 2004 Zürcher Kommentar zum IPRG: Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18.12.1987. 2. Aufl. Zürich.

Grimm, Dieter

- 2001 Die Verfassung und die Politik: Einsprüche in Störfällen. München.

Halter, Ulrich

- 2003 Recht als kulturelle Existenz, in: Jayme (Hrsg.): Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, Heidelberg, S. 15.

Helbling, Gianfranco

- 2001 Das völkerrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in einem plurikulturellen Kontext. Das Beispiel des Schutzes der Menschenrechte muslimischer Frauen in westlichen Ländern. Diss. Zürich.

Henrich, Dieter

- 2004 Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität, in: FS Jayme, München. S. 321.  
2001 Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: FS Stoll. Tübingen, S. 437.

von Hoffmann, Bernd / Thorn, Karsten

- 2005 Internationales Privatrecht. 8. Aufl., München.

Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Schnyder, Anton K. (Hrsg.)

- 1996 Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht. Basel.

Jaag, Tobias

- 2005 Aktuelle Entwicklung im Einbürgerungsrecht. *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* (ZBI), S. 113.

Jayme, Erik

1996 Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, S. 237.

1997 Internationales Privatrecht und postmoderne Kultur. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht (ZfRV)*, S. 230.

2003 Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht, in: Jayme (Hrsg.): *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. Heidelberg, S. 5.

2003a Die kulturelle Dimension des Rechts - ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 67, S. 211.

2003b Internationales Privatrecht und Völkerrecht, Studien - Vorträge - Berichte, Heidelberg.

Jones, Chris

1996 Die Anwendung des islamischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, *Deutsche Richterzeitung (DriZ)*, S. 322.

Kälin, Walter

2000 Grundrechte im Kulturkonflikt. Zürich.

Kegel, Gerhard / Schurig, Klaus

2004 Internationales Privatrecht. 9. Aufl. München.

Krawietz, Werner

1993 Recht ohne Staat? Spielregeln des Rechts und Rechtssystem in normen- und system-theoretischer Perspektive. *Rechtstheorie*, S. 81.

Kropholler, Jan

2004 Internationales Privatrecht. 5. Aufl., Tübingen, S. 267 ff.

Looschelders, Dirk

2001 Die Ausstrahlung der Grund- und Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht. *RabelsZ* 65, S. 463.

Luhmann, Niklas

1983 Legitimation durch Verfahren. Frankfurt a. M. (Erste Auflage 1969)

Mankowski, Peter

2004 Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, S. 282.

Mansel, Heinz-Peter

2003 Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftlichen Internationalen Privatrecht: Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person? In: Jayme (Hrsg.): *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. Heidelberg, S. 119.

Menhofer, Bruno

1997 Zur Kafala des marokkanischen Rechts vor deutschen Gerichten. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, S. 168 ff.

Nielsen, Jørgen S.

1995 Islam in Westeuropa. Hamburg.

Pearl, David

1999 Islamic family law and its reception by the courts in the west: the English experience. In: V. Bar (Hrsg.): *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congress from 23 to 24 October 1998, Köln/Berlin/Bonn/München, S. 111.

Randeria, Shalini

2004 Verwobene und ungleiche Moderne: Zivilgesellschaft, Kastensolidaritäten und Rechtspluralismus im postkolonialen Indien. In: Randeria, Shalini / Fuchs, Martin / Linkenbach, Antje (Hrsg.): Konfigurationen der Moderne: Diskurse zu Indien, Sonderheft der „Sozialen Welt“. München, S. 155.

2005 Transnationalisierung des Rechts. Zur Rolle zivilgesellschaftlicher Akteure. In: Global Marshall Plan Initiative (Hrsg.), Impulse für eine Welt in Balance, Hamburg, S. 161.

Rieck, Jürgen

2000 Die Rolle des Islams bei Eheverträgen mit einem nichtmoslemischen Ehepartner. *Leipziger Beiträge zur Orientforschung*, Heft 9: Beiträge zum Islamischen Recht, S. 69.

Rohe, Mathias

2000 Rechtsfragen bei Eheschließungen mit muslimischen Beteiligten. *Das Standesamt (StAZ)*, S. 161.

Röhl, Klaus F.

1996 Die Rolle des Rechts im Prozess der Globalisierung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, S. 1.

2005 Auflösung des Rechts, in: FS Heldrich, München, S. 1161.

Schmied, Martina

1999 Familienkonflikte zwischen Scharia und Bürgerlichem Recht. Frankfurt a. M., S. 94.

Scholz, Peter

2002 Islam-rechtliche Eheschließungen und deutscher ordre public. *Das Standesamt (StAZ)*, S. 321.

Schroeder, Hans-Patrick

2006 Die Anwendung der Sharia als materielles Recht im kanadischen Schiedsverfahrensrecht. *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPrax)*, S. 77.

Schulze, Götz

2003 Datum-Theorie und narrative Norm - Zu einem Privatrecht für die multikulturelle Gesellschaft, in: Jayme (Hrsg.): Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. Heidelberg, S. 155.

Schwander, Ivo

2002 Die Anwendung und Anerkennung islamischen Rechts im Internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, in: Pahud de Mortanges (Hrsg.): Muslime und schweizerische Rechtsordnung. Freiburg, S. 403.

Shah-Kazemi, Sonia Nurin

2001 Untying the Knot. Muslim Women, Divorce and the Shariah. London.

Siehr, Kurt

2001 Internationales Privatrecht. Heidelberg, S. 91.

Teubner, Gunther

1995 Die zwei Gesichter des Janus: Rechtspluralismus in der Spätmoderne. In: FS Esser. Karlsruhe, S. 191.

1996 Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. *Rechtshistorisches Journal*, S. 255.

2000 Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, in: Brunkhorst (Hrsg.): Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien. Frankfurt/Main, S. 240.

Veit, Barbara

2002 Eltern-Kind-Konflikt in ausländischen Familien. *Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB)*, S. 405.

Wurmnest, Wolfgang

2005 Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, S. 1878.

Yilmaz, Ihsan

2003 Muslim Alternative Dispute Resolution and Neo-Ijtihad in England, *Alternatives. Turkish Journal of International Relations*, S. 117.