

## Thesen

zum Referat von Prof. Dr. Andrea Büchler, Zürich

Die verschiedenen Gedankenstränge lassen sich zu acht Thesen zusammen führen:

### 1. Neue Kartografien: Innerhalb und nicht dazwischen

*Die Identitätssemantik der Postmoderne*

Wir sind Zeugen der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Zum einen die Vermehrung familienrechtlicher Codes und eine neue Dimension diskursiver Heterogenität. Pluralität ist der epistemische Leitbegriff der Postmoderne. Zum andern die Renaissance eines holistischen Kulturverständnisses, das Beharren – in apologetischer oder in kritischer Absicht – auf askriptiven Merkmalen des Selbst und des Anderen, auf Zuschreibungen und deren Einverleibung. Das ist aber keine Paradoxie. Im Globalisierungskontext lassen sich diese Erscheinungen widerspruchsfrei denken.

Familienkulturelle Identität wird freilich durch eine Vielzahl sozialer Prozesse hervorgebracht. Konstruktivistische Analysen machen die imaginären Evidenzen sichtbar. Das Resultat von Konstruktionsprozessen ist aber keine Illusion, Fiktion oder Täuschung, sondern eine mit Veränderungspotenzial ausgestattete Wirklichkeit, weshalb kulturelle Identität die Aufmerksamkeit des Familienrechts verdient.

### 2. Inklusion oder Exklusion fremden Familienrechts? Eine rechtsvergleichende Bilanz

*Europa auf der Suche nach dem Selbst und dem Anderen, dem Gleichgewicht, der permissible diversity*

Rechtsvergleichend bilanzierend stelle ich fest, dass alle betrachteten Länder in einem Prozess der Selbstvergewisserung nach annehmbarer, das Gleichgewicht wahrer familienrechtlicher Pluralität suchen. Zwar überwiegen Gemeinsamkeiten und Konvergenzen, was wohl auf vergleichbare Problemlagen zurückzuführen ist, dennoch sind unterschiedliche Akzente auszumachen.<sup>184</sup> In Frankreich dient der internationalprivatrechtliche *ordre public* am deutlichsten der Behauptung des Selbst.<sup>185</sup> Die Schweiz setzt schon in anknüpfungstheoretischer Perspektive auf Integration, beweist zugleich Grosszügigkeit gegenüber im Ausland geschaffener Rechtslagen. Deutschland hingegen ist in starkem Mass den eigenen kulturellen Codes verpflichtet, der häufige Rückgriff auf fremdes Recht und die bemerkenswerte Zurückhaltung in der Anwendung des *ordre public* können sowohl als Abwehr und Demarkation im Innern wie auch als anerkennende Rück-

---

184 Vgl. für einen Vergleich zwischen Frankreich, Deutschland und England Fournier, The reception of Muslim family laws in western liberal states, WLUML 2005, Dossier 27, 65 ff. [www.wluml.org/english/pubs/pdf/dossier27/doss27-e.pdf](http://www.wluml.org/english/pubs/pdf/dossier27/doss27-e.pdf), besucht am 27. Juni 2007.

185 In Frankreich stammen die Muslime und Musliminnen hauptsächlich aus den ehemaligen französischen Kolonien, das heisst aus Nordafrika, Westafrika und dem subsaharischen Afrika. Zur Bedeutung der laizistischen und jakobinischen Tradition vgl. Kepel, Der Islam Europas zwischen Integration und Kommunitarismus, in: Altermatt / Delgado / Vergauwen (Hrsg.), Der Islam in Europa – Zwischen Weltpolitik und Alltag, Stuttgart 2006, 23, 28 ff.

sicht auf Differenzen gelesen werden.<sup>186</sup> *Spanien* hingegen knüpft an seine islamische Vergangenheit an und öffnet neue Felder kultureller Autonomie. Schliesslich weisen die sozialen Strukturen *Englands* kommunitaristische Züge auf, der Staat gewährt trotz kollisionsrechtlicher Anknüpfung an das Domizil die Koexistenz von familienkulturellen Ordnungen und die weitestgehende rechtliche Autonomie. Die muslimische Gemeinschaft hat ihre Rechtstraditionen in modifizierter Form weitgehend bewahrt.<sup>187</sup>

Begegnungen in familienrechtlichen Kontexten, dies der Befund, sind Epiphänomene der Varianten politischer Modernität und nationaler Selbstbeschreibungen in Europa – nicht mehr und nicht weniger.

### 3. Die (De)Konstruktion binärer Opposition

*Unzulänglichkeiten internationalprivatrechtlicher Diskurse in der postnationalen und postsäkularen Gesellschaft*

In der Habermas'schen „postnationalen“ und „postsäkularen Gesellschaft“<sup>188</sup> mittels Staatsgrenzen den identitätsrelevanten Raum bezeichnen zu wollen, erweist sich als juristischer Reduktionismus. Und gegen die kollisionsrechtliche Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit im Familienrecht bestehen ernste Bedenken, zumal sie auf Exklusion angelegt ist. Sie antizipiert eine Differenz, die sie bei jeder Entscheidung wieder neu markiert. So nimmt sie als performativer Akt teil an der binären Logik vom Selbst und dem Anderen. Indes ist die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit in Erosion begriffen, zugunsten derjenigen an den geteilten Lebensraum und der Rechtswahl, die im Ansatz auf Begegnung angelegt sind.

### 4. Die Dekonstruktion europäischen Familienrechts

*Die Entrückung ursprünglicher Sinnstrukturen der Ehe und andere Eruptionen*

Der ethische Imperativ des Respekts kultureller und religiöser Identitäten, gepaart mit dem Axiom ihrer Gleichwertigkeit, stellt eine Herausforderung an die Integrationsfähigkeit familienrechtlicher Ordnungen dar. Im europäischen Familienrecht ist im Zuge der zunehmenden sachbezogenen Konvergenz eine graduelle Erosion des Statusdenkens zu konstatieren. Insbesondere die tradierte institutionelle Interpretation der Ehe ist historisch überholt, und ordnungspolitische Bedürfnisse, über die rechtliche Formierung des Zusammenlebens die Gesellschaft zu strukturieren, sind ein Atavismus. Einem von der Metaphysik befreiten, auf die schutzbezogenen Aufgaben zurückgeführten Familienrecht kommt Integrationskraft zu, zumal es als eine gemeinsame Letztreferenz Wertpluralismus einfasst.

---

186 Zur islamischen Identität der türkischen Staatsangehörigen in Deutschland vgl. *Kepel* (FN 185), 27 f.

187 Die Muslime in England stammen vom indischen Subkontinent, aus Indien, Pakistan oder Bangladesch (zu 80 Prozent) und aus den afrikanischen Kolonien des britischen Empire. Sie haben in ihrer Geschichte verinnerlicht, dass sie eine Minderheit darstellen, weshalb sie besonders geneigt sind, die islamische Identität in abgeschlossenen Gemeinschaften zu verteidigen und zu bewahren; vgl. *Kepel* (FN 185), 26 f.

188 Habermas hat den Begriff der postsäkularen Gesellschaft geprägt; vgl. die Hinweise bei *Tibi* (FN 8), 45.

## 5. Sachrechtsbezogener Einbezug (rechts)kultureller Vielfalt: Ein eklektisches Vorgehen

*Hermeneutische Normkonkretisierung, autonome Rechtsgestaltung, kulturell diversifiziertes Angebot*

Eine sachrechtsbezogene Berücksichtigung kultureller Identität und fremder Rechtsverständnisse ist auf Begegnung angelegt. Die Orte der Begegnung sind zahlreich, die Begegnungen selbst von unterschiedlicher Intensität: Die kulturelle Diversifizierung des familienrechtlichen Angebots ist selten, der Einbezug fremder Rechtsfiguren durch autonome Rechtsgestaltung immerhin häufiger. Erst ausreichende normative Offenheit ermöglicht im Rahmen hermeneutischer Normkonkretisierung,<sup>189</sup> kulturell und religiös fremde Rechtsprägungen einzuverleiben. Insgesamt aber ein eklektisches, wenig theoriegeleitetes Vorgehen.

## 6. Rechtspluralismus im Familienrecht: Ein empirischer Befund anthropologischer Erkundungen

*Pluralismus der Rechtskulturen und Gleichheit normativer Verpflichtung*

Hingegen ist Rechtspluralismus ein Feld anthropologischer Erkundung. Die Rechtsethnologie hat uns gelehrt, dass sozialer Raum kein normatives Vakuum ist. Rechtspluralistische Strukturen im Sinne einer postmodernen, nicht gesetzespositivistisch verengten Perzeption von Recht fordern die moderne Idee vom staatlichen Monopol der Rechtserzeugung heraus<sup>190</sup> und entführen das Recht – so von *Benda-Beckmann*<sup>191</sup> – aus dem Panoptikum der Verdinglichungen, in welchem es viele eingeschlossen haben. Sie offenbaren die Grenzen der Steuerungsfähigkeit staatlichen Rechts und eine enorme Interdependenz und Komplexität des Verhältnisses zwischen den sozialen Entitäten Recht und Gesellschaft, zwischen normativen Systemen und sozialen Praktiken.

Der rechtsanthropologischen Theorie des Rechtspluralismus ist es zu verdanken, dass diese Komplexität und die sinnhaften Ordnungen, das empirisch erfahrbare und gelebte Recht die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft erhalten. Parallele, gemeinschaftsbezogene Familienrechtsordnungen sind allerdings keine Perspektive für Europa, zumal sie die auf die einzelne Person zugeschnittene Theorie der Rechte überfordern muss.<sup>192</sup> Das Recht auf kulturelle Identität im familienrechtlichen Kontext schliesst nicht „jede Gleichheit normativer Verpflichtungen“<sup>193</sup> aus, denn eben dieses Recht braucht ein Fundament, das seine allgemeine Geltung garantiert. Zudem kann auf die kulturelle Inklusionswirkung familienrechtlicher Institutionen und Verfahren *nicht* verzichtet werden.

---

189 Vgl. dazu *Röthel* (FN 88), 16 ff.

190 Vgl. *Röhl* (FN 135), 1164 f.; *Teubner*, Des Königs viele Leiber: Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, in: Brunkhorst (Hrsg.), *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main 2000, 240, 247 ff.

191 von *Benda-Beckmann*, Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 12 (1991) 97, 116.

192 *Habermas* (FN 146), passim, insbesondere 173.

193 *Apel* (FN 152), 11.

## 7. Diskursive Praxis und „Legitimation durch Verfahren“<sup>194</sup>

*Herausforderungen an inter- und transkulturelle Familienrechtskontexte: protecting choice – promoting inclusion*

Die Verknüpfung empirischer und normativer Perspektiven vermute ich schliesslich in einem diskursiven und prozeduralisierten Familienrechtskontext, der verengt normbezogenes, nationalstaatlich geprägtes Rechtsdenken überwindet. Die dialogische Genese von Werten und die Klärung der Kernaufgaben des Familienrechts sollen kulturell-individuelle Autonomie umschliessen. Je nach Regelungsbereich kann sich staatliches Recht darauf beschränken, selbstbestimmte Verfahren zu begleiten und anzuerkennen, oder kulturell geprägte Institute, Regelungen oder Werte trotz staatlicher Rechtsetzungsprärogative zu integrieren, oder schliesslich im Rahmen staatlichen Monopols verschiedene Positionen prozedural zu versöhnen. Autonomie sichert den Rückgriff auf vertraute Diskurse und Deutungshoheit. Gleichwohl erfolgt im Rahmen heterarchisch angelegter Begegnungen eine weit über die verschiedenen Positionen hinausweisende kulturell-normative Synkretisierung, oder in der theoretischen Auslegung *Shachar's*<sup>195</sup> einen in der geteilten Macht zwischen Staat und kulturellen Entitäten angelegten Prozess transformativer Akkomodation. Ein lohnender Weg.

## 8. Grenzen sind Orte der Begegnung

*Die Spur des Anderen als Weg zum Selbst*

Zurück zum Anfang, zu Lévinas. Alterität ist für die Konstruktion von Identität als „Erfahrung des Identisch-Seins mit sich selbst“<sup>196</sup> konstitutiv. Grenzen zwischen Identität und Alterität sind ungeachtet ihrer topologischen Ausformung Orte der Begegnung. Und in der Diktion *Lévinas'* sind Begegnungen Rätsel. Zwar gibt es zum Anderen weder einen ontologischen noch einen epistemischen Zugang, aber Grenzen zu beschreiten, abzuschreiten und zu überschreiten bringt uns näher zum Selbst.

Nimmt das *Familienrecht* die Spur des Anderen auf, so bleibt dies nicht ohne Folgen. Der Diskurs um die rechtliche Anerkennung kultureller Identität und Vielfalt weist weit über seinen Gegenstand hinaus. Setzt man nämlich das Recht der Alterität aus, so gibt man unausweichlich rechtspositivistisches Denken auf.<sup>197</sup> Und was bleibt? Ein Hauch von Agonie. Agonie im Angesicht des Rätsels. Immerhin: Der Begegnung, so *Lévinas*, entspringen Sprache und Verantwortung: Mithin die Essenzen kultureller Verständigung im Familienrecht.

---

194 *Luhmann*, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main 1983 (erste Auflage 1969).

195 Vgl. *Shachar* (FN 140), 117 ff.

196 In *Kälin* (FN 9), 76.

197 Vgl. *Teubner* (FN 190), 256 ff., kritisch zur „Kombination von Dekonstruktion und Alterität“.