

## Alte Denkmuster, neue Differenzen oder die Begründung einer neuen Doppelmoral

Willenbacher, Barbara

Veröffentlichungsversion / Published Version

Sammelwerksbeitrag / collection article

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Willenbacher, B. (1997). Alte Denkmuster, neue Differenzen oder die Begründung einer neuen Doppelmoral. In S. Hradil (Hrsg.), *Differenz und Integration: die Zukunft moderner Gesellschaften ; Verhandlungen des 28. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Dresden 1996* (S. 389-401). Frankfurt am Main: Campus Verl. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-140019>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

# Alte Denkmuster, neue Differenzen oder die Begründung einer neuen Doppelmoral

*Barbara Willenbacher*

Die Renaissance der Menschenrechtsdiskussion und der damit verbundenen naturrechtlichen Konzeptionen führt erneut zur Frage der Geltung des Gleichheitspostulats beziehungsweise von Differenzlogiken. Die Diskussionen erfolgen vielfach – wie ihre Vorläufer des 18. und 19. Jahrhunderts – aus philosophischer, pädagogischer und politischer Perspektive. Hierbei vermischen sich verschiedene Diskursebenen:

1. die verschiedenen Menschenrechtskonventionen,
2. die sozialwissenschaftliche Begründung einer globalen *civil society*, der Schaffung universaler zentraler Werte auf der Basis der Gleichwertigkeit von Kulturen (Taylor 1992),
3. die amerikanische Rechtsentwicklung im Rahmen affirmativer Ausgleichspolitik für sozial benachteiligte Gruppen (Benhabib 1983; Menzel 1994),
4. die ideengeschichtliche Aufarbeitung historischer Ausgrenzungen vom Gleichheitspostulat (Gerhard 1990).

Während jedoch die Aufklärung im Prinzip von universalen natürlichen Rechten ausging und Sonderanthropologien erst im zweiten Schritt eingeführt wurden, wird heute die Differenzlogik entweder vom Paradigma der Gleichwertigkeit der Kulturen bestimmt oder mit der Kompensation strukturellen Ungleichgewichts – verursacht durch vergangene oder gegenwärtige Opferschicksale – begründet. Die konkrete rechtliche und rechtssoziologische Konsequenz beider Postulate – Gleichheit oder Differenz – wird vielfach nicht mitbedacht, da das Recht auf kulturelle Identität, soziale Gerechtigkeit und Ausgleich auf der Politikebene im Vordergrund steht. Diese Forderungen

werden jedoch – auf dem Hintergrund des Rechtswandels von formalen zu einklagbaren materiellen Grundrechten – allzu leicht als einklagbare Rechte formuliert (Hoffmann 1991; Sen 1992), obwohl gerade die Vertreter einer sozialwissenschaftlichen Begründung der Weltgesellschaft vor voreiligen Umsetzungen globaler Menschenrechte in positives Recht warnen (Taylor 1992). Zudem ist die amerikanische Rechtsentwicklung an die Ausgestaltung des *equity* Prinzips im *common law* Bereich gebunden und nicht ohne weiteres übertragbar. In der Regel bleibt die europäische Rechtsgeschichte und das Recht der Staaten, die ethnischen Minoritäten einen differenten Status einräumen, ausgeblendet (Wobbe 1989) und damit die Analyse, wie diese Rechtsprinzipien realisiert wurden oder werden. Beides, sowohl Gleichheit als auch Differenz, kann prekäre Folgen haben. Ebenso wenig werden die Foci, die traditionellerweise Gegenstand der Einforderung von Differenz als Ausdruck kultureller Besonderheit sind, analysiert, nämlich kollektive anstelle subjektiver Eigentumsrechte, die Übernahme religiöser Normierungen in das Straf- und Zivilrecht, insbesondere in das Familienrecht und die Beibehaltung und Revitalisierung traditioneller informeller Konfliktlösungsformen. Die Forderungen nach Differenz werden auch nicht auf ihre konkreten rechtlichen Ausgestaltungsformen untersucht, sondern vielfach philosophisch gesetzt (Irigaray 1987).

So existiert zum Beispiel in Deutschland – der Tradition wegen – eine Ausnahme vom Gleichheitsprinzip: das Landwirtschaftserbrecht, das die Bestimmung des Hoferben durch den Erblasser und die Abfindung der weichenden Erben im Rahmen von Mindestquoten unter Aushebelung des Pflichtteils regelt (Schwarz 1988). Begründet wurde diese Ausnahme im 19. und 20. Jahrhundert mit der Berufung auf die Tradition des germanischen Rechts und des Bauerntums. Faktisch wurden damit die Bauerntöchter quasi enteignet. Die mittlerweile geschlechtsneutrale Regelung der Bestimmung eines Erben wurde durch das Bundesverfassungsgericht noch in den siebziger Jahren mit der Begründung bestätigt, daß der Staat ein legitimes Interesse an einer gesunden Landwirtschaft habe. Dies zeigt die Bedeutung der Frage, wer oder aus welcher Perspektive Differenz interpretiert wird.<sup>1</sup> Vielfach wird eine Sonderstellung der Frauen eingefordert, die eine Ausnahme vom Gleichheitsprinzip zuungunsten der Frauen zur Folge hat und umgekehrt Gleichheit gefordert, wo deren Umsetzung zu Lasten der Frauen geht.

Ich möchte mich im folgenden auf die historischen und die aktuellen Einschränkungen des Gleichheitspostulats im Rahmen des Familien- und Kindschafftsrechts konzentrieren, die eine Differenzierung aufgrund des Geschlechtes – im Namen des Schutzes von Familie und Kindeswohl, kultureller

und religiöser Wertvorstellungen – zur Folge hatten und haben. In diesem Bereich beschäftigt sich eine Vielzahl von Studien mit den philosophischen, psychologischen, pädagogischen und soziologischen Annahmen, die zur Legitimation väterlicher und ehemännlicher Herrschaft im Recht des 19. und 20. Jahrhunderts in vielen westlichen Staaten geführt hat, mit der bürgerlichen Sonderanthropologie für Frauen und ihren Nachwirkungen (List 1989). Selten wurde und wird jedoch untersucht, welche Konsequenzen die konkreten rechtlichen Normlogiken im Konfliktfalle haben und wie die Rechtsprechung vom jeweiligen Zeitgeist beeinflusst wird. Auch werden die Annahmen über die soziale Realität, die im Zuge von Familien- und Kindschaftsrechtsreformen gemacht werden, selten einer systematischen Kontrolle unterzogen.

Da die juristische Relevanz spezifischer Familienrechtsnormen erst mit der Auflösung der familialen Sozialbeziehungen sichtbar wird, möchte ich mich auf die Regelung der elterlichen Gewalt beziehungsweise der elterlichen Sorge konzentrieren.<sup>2</sup>

Ich möchte mit dem jüngsten Paradigmenwechsel der Familien- und Kindschaftsrechtsreform beginnen, er rekurriert auf die Dominanz der faktischen Arbeitsteilung der Geschlechter im Rahmen der Personensorge. Die Dominanz der Mutter, die sich rechtlich nach der Scheidung manifestiert, soll durch das Konzept der nichtteilbaren Elternschaft im Recht aufgehoben werden. Dies ist bereits durch die Kindschaftrechtsänderungen in den USA vor 10-15 Jahren und in Frankreich und England 1993 geschehen und befindet sich als Kindschaftsrechtsreformentwurf in Deutschland auf dem Wege der Gesetzgebung. Die Rechtsfigur der unteilbaren Elternschaft eignet sich recht gut zur Verdeutlichung der Auseinandersetzungen um Macht über die Kinder bzw. über den Geschlechterkampf im Rahmen des Familienrechts. Es geht dabei im Prinzip um Vetorechte und darum, wer sie ausübt (Fineman 1995).

Eine große Rolle bei der Beurteilung der Ausgestaltung des Elternrechts spielt das Vetorecht bzw. wer die Chance hat, ein Vetorecht auszuüben. Denn die Beibehaltung der väterlichen Gewalt bzw. Sorge im BGB trotz ihrer Auslöschung im Falle der Personensorge durch die Mutter bei Scheidung und Trennung ist nur mit der symbolischen Bedeutung zu erklären, die dieser im allgemeinen zugeschrieben wurde. Dies zeigt sich an den Jahrzehnte währenden Durchsetzungsproblemen in der politischen Öffentlichkeit: Obwohl sowohl die Weimarer Verfassung als auch die Mehrheit der juristischen Profession die Argumentation der bürgerlichen Frauenbewegung unterstützte, diese Aufteilung der elterlichen Gewalt nach der Scheidung abzuschaffen, wurde die rechtliche Bevorzugung der Väter erst durch die Rechtsprechung und später durch das Gleichberechtigungsgesetz 1957 beseitigt. Gleiches erfolgte in

der DDR bereits 1950 durch das Mutterschutzgesetz. Seither erhalten die Frauen, denen die Kinder »zugesetzt« werden, die ungeteilte elterliche Gewalt beziehungsweise elterliche Sorge.

Die Rechtsprechung weist folgende Tendenz auf: Eine stärkere Vergesellschaftung der geschiedenen und getrennt lebenden Eltern in bezug auf die Wahrung des Zusammenhaltes der Nachscheidungsfamilie ist intendiert (Commaille 1994). Dies sollen die Mütter bewerkstelligen, für die schon Parsons die Verpflichtung kannte, den Vater in das Mutter-Kind-System einzuführen. Diese Verpflichtung wird nun normativ im Familienrecht auch für die Nachscheidungsfamilie verankert.<sup>3</sup> Nachdem der Einfluß moralischer Wertungen durch die Abschaffung des Schuldprinzips und die Individualisierung abgenommen hat (Eekelaar 1991), wird den getrennten Eltern die Lösung ihrer Probleme zur Aufgabe gemacht. Der Privatisierung der Familie im Recht des 19. und 20. Jahrhunderts, der Konstruktion ihrer Unabhängigkeit von staatlichen und gesellschaftlichen Instanzen, folgt die Privatisierung der Nachscheidungsfamilie durch die Abschaffung gerichtlicher und staatlicher Kontrolle im Rahmen des Ehescheidungsprozesses. Zur Favorisierung dieses Konzeptes in Deutschland trug auch das geänderte Kinder- und Jugendhilferecht bei, das die Beratung der Geschiedenen und in Trennung lebenden Paare vorsieht und damit eine institutionelle soziale Kontrolle infolge der Scheidung negiert. Seither erhalten Familiengerichte keinen Bericht über die Lebensverhältnisse der Kinder mehr, sondern lediglich die Mitteilung, ob eine Einigung der Eltern vorliegt oder nicht. Das Deregulierungskonzept der Scheidung als Ausdruck der Elternautonomie wird in Deutschland gefördert, und wie bereits in Frankreich und Großbritannien die Abschaffung der gerichtlichen Kontrolle über die Regulierung der Lebensverhältnisse der Kinder bei Trennung und Scheidung gefordert (Théry 1993).

Während in der DDR das Phänomen, daß ungefähr 90% aller Kinder geschiedenen Ehen bei der Mutter aufwuchsen und der Kontakt zum leiblichen Vater abbrach, damals nicht als Diskriminierung der Männer angesehen wurde, kam es in der damaligen BRD – wie auch in anderen Ländern – nach der Einführung des Zerrüttungsprinzips zur Bildung von Vereinen scheidungsgefährdeter Männer und Väter. Während das Schuldprinzip die statistisch ungleiche Verteilung der Kinder auf Mütter und Väter zu legitimieren schien, war der Wegfall der Sanktionierung nicht normgerechten Verhaltens in der Ehe und die Einführung des Zerrüttungsprinzips und damit der alleinige Rekurs auf das Kindeswohl der Anlaß, die »Bevorzugung« der Frauen aufgrund der rechtlichen Anerkennung der faktischen Arbeitsteilung der Geschlechter in Frage zu stellen. Es wurde nun unterstellt, der Abbruch der Beziehung zu den

Kindern und die geringe Zahlungsmoral der Väter sei Ausdruck der Frustration der diskriminierten, im Sorgerechtsprozeß besiegten und in ihrem Kontakt zu ihren Kindern benachteiligten Männer (Marsiglio 1995). Aus diesem Gedanken wurde das Konzept der gemeinsamen elterlichen Sorge geschaffen. Es ist ein Beispiel für die Legitimation von Rechten unter Berufung auf einen vermeintlichen Opferstatus. Aufgrund eines wahrgenommenen und politisch skandalisierten Defizits werden ausgleichende Rechte gefordert. Gleichzeitig wird Mediation als informelles Rechtsverfahren empfohlen, um den sozialen Kriterien für Gerechtigkeit zwischen den Geschlechtern zum Zuge zu verhelfen. Nicht die Berufung auf formelle Rechte und die Wahrnehmung entsprechender Aufgaben wird verlangt, sondern der soziale Konsens der Eltern wird eingefordert. Bemerkenswert ist die Negierung, aber auch die neue Thematisierung von Macht in diesem Zusammenhang. Nicht der getrennte Lebenszusammenhang und dessen Konsequenz bedingen die Abnahme der Bindung des Kindes an den nicht-sorgeberechtigten Elternteil, sondern der Verlust der Rechtsposition als solcher schafft dieser Vorstellung zufolge bereits Besiegte und Sieger. Dies zeigt die Interpretation der Uno-Kinderrechtskonvention. Die Vereinbarung lautet: Das Kind hat das Recht auf beide Elternteile. Aber nicht um das Recht der Kinder auf beide Elternteile geht es, sondern um das Recht der Eltern auf Kontakt und Mitsprache bei der Erziehung. Denn ein Recht des Kindes würde zu einer staatlichen Überprüfung der inhaltlichen Beziehung des Kindes zu einem Elternteil führen, und könnte damit eine Fristenlösung für die Elternschaft, insbesondere der Vaterschaft einführen. Nur als Recht der Eltern bleibt die Autonomie der Familie gewahrt.

Das Konzept der gemeinsamen elterlichen Sorge wurde von vielen Ländern übernommen und wird faktisch in unterschiedlichem Ausmaß – vor allem von der Mittelschicht – mit steigender Tendenz realisiert. Der Regierungsentwurf der Bundesregierung von 1996 zur Reform des Kindschaftsrechts übernimmt dieses Konzept und begründet die unveränderte Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung, sofern kein dem widersprechender Antrag erfolgt, mit der Hoffnung, daß mit Hilfe dieser juristischen Regelung die Väter dazu angeregt werden, den Kontakt mit ihren Kindern aufrechtzuerhalten. Diese Hoffnung leitete bereits die Volkskammer der DDR, als sie 1990 das Familiengesetzbuch änderte. Die Legitimationswissenschaft, die diese Hoffnung nährt, ist vor allem ein kleines Zitationskartell in der Psychologie, das seine Ergebnisse anhand von kleinen Gruppen ohne die erforderliche sozialstatistischen Kontrolle präsentiert und die mittlerweile vorliegenden zahlreichen repräsentativen Langzeituntersuchungen ignoriert (Depner 1993). Zudem werden Annahmen in bezug auf die Wirkungen des

Prozeßrechts – die Wirkung des Parteiprinzips auf das Ausmaß streitiger Verhandlungen – gemacht, die sich nicht belegen lassen (Mather 1994). Trotzdem werden sie unmodifiziert auf die unterschiedlichsten nationalen Rechtsformen projiziert (Pearson 1933: 279-299).

Unbeachtet blieben gleichfalls rechtssoziologische Untersuchungen, die zeigen, daß sich juristische und persönliche Problembereiche nicht trennen lassen (Sarat/Felstiner 1995) und somit die intendierte Rationalisierung und Privatisierung von Trennung und Scheidung, insbesondere wegen der genuin irrationalen Trennungsmechanismen (Vaughan 1988), eine Illusion zu bleiben scheint. Die Geschichte der Alternativen zum Recht weist zudem in der Regel Frauen und Arme als bevorzugtes Objekt informellen Rechts aus (Abel 1982), wobei selten überprüft wird, ob die anvisierten Zielsetzungen erreicht wurden.<sup>4</sup>

Feministische Juristinnen in Deutschland und in den USA kritisieren dieses Konzept heftig, da die Untersuchung der Praxis der gemeinsamen elterlichen Sorge zeige, daß weder die Unterhaltszahlungen noch der Kontakt des Vaters zu den bei der Mutter lebenden Kindern durch dieses Rechtsmodell positiv beeinflusst wird (Arditti 1993: 699-712). In der Regel werden die Kinder auch im Falle der gemeinsamen elterlichen Sorge von der Mutter aufgezogen. Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung verstärkt sich, denn die Anzahl der Kinder, die bei der Mutter aufwachsen, steigt. Amerikanische Juristinnen und Sozialwissenschaftlerinnen beklagen zudem, daß die Frauen durch den Deregulierungs- und Mediationsprozeß, um ihren guten Willen zu beweisen, zu ökonomischen Verzichten gedrängt werden, da die Männer eine hälftige Teilung des ehelichen Besitzes als ungerecht ablehnen, auf den sie schon wegen ihrer höheren Gehälter einen größeren Anspruch hätten (Garfinkel 1992). Die Deregulierung der Scheidung führt aus dieser Perspektive dazu, daß sich in informellen Verfahren die Vorstellungen der Männer über fairness durchsetzte (Kum 1993: 229-244). Die Bargaining-Power von getrennt lebenden Frauen hänge in der Regel von ihrem sozio-ökonomischen Status ab. Amerikanischen Untersuchungen zufolge setzten sich gerade Frauen, die traditionellen Rollenmodellen gefolgt sind, schlechter durch. Aber auch generell zeigen Bargaining-Studien, daß Frauen in justiziellen Verfahren höhere Ausgleichszahlungen erhalten als im Rahmen der Mediation (LaFree/Rack 1996: 767-797). Aber Geld allein macht ja bekanntlich nicht glücklich, so der Kommentar mancher Autoren (Knish 1994).

Analog zur Ablehnung von wirtschaftlichen Ausgleichszahlungen im Wohlfahrtsstaat (auch Vater Staat läßt sich von den welfare mothers, den zumeist langfristigen Sozialhilfe-Bezieherinnen scheiden) wird die Privilegie-

rung der Frauen durch Ausgleichszahlungen für Kindererziehung während der Ehe abgelehnt. Mit der Abschaffung des Konzepts, die Mutter sei die primäre Bezugsperson der Kinder im Familienrecht, und der Vorstellung von gleichberechtigten geschlechtsneutralen Eltern, werden die alleinerziehenden Frauen auf den Markt verwiesen. Dieser Prozeß wurde in den USA aufgrund des weitverbreiteten Güterstandes der Gütertrennung mit der Einführung des Zerrüttungsprinzips bei der Scheidung forciert, während vorher das Schuldprinzip zu größeren Ausgleichszahlungen im Falle der Scheidung führte (Klawitter 1994: 197-219). Selbst die Kindesunterhaltszahlungen sind nach US-Statistiken in den letzten Jahren nominal zurückgegangen, da sich die anteilige Beteiligung der Mütter am Kindesunterhalt durchsetzt und die Väter die mit Kindern verbrachten Ferien und Wochenende vom Kindesunterhalt abziehen (Graham 1995: 623-632). Der Kampf um die ökonomische Subsistenz zeigt sich in den USA in erhöhten Streitquoten um den Unterhalt für Kinder, und zwar gerade bei Eltern mit gemeinsamer elterlicher Sorge. Um dem zu begegnen wird die Schaffung von Unterhaltsberechnungstabellen eingesetzt, seit langem von feministischen Juristinnen gefordert, um die Unterhaltsquoten staatlich zu normieren (Fineman 1995). Denn insbesondere der geringe Unterhalt bzw. das geringe Einkommen veranlaßt Kinder aus geschiedenen Ehen, vorzeitig die Schule zu verlassen, keine Berufsausbildung aufzunehmen und als Teenager schwanger zu werden (McLanahan/Sandefur 1994). Angesichts der Tatsache, daß staatliche Repression den Unterhalt erwiesenermaßen besser absichert (Garfinkel 1996), stellt sich die Frage, welche Funktion die professionelle Begeisterung für informelle Verfahren übernimmt.

In Deutschland fehlt der Anlaß, der für die common-law Staaten angesichts der neu institutionalisierten staatlichen Unterhaltsbeitreibungen gilt (Maclean 1994: 505-519), daß den verschärften Unterhaltsverpflichtungen der genetischen Vaterschaft entsprechende Rechte gegenübergestellt werden – der alten naturrechtlichen Vorstellung folgend, daß die väterliche Gewalt Resultat der Verpflichtung zum Unterhalt begründet ist. Denn der Staat treibt erstmals in den common law Staaten die Unterhaltskosten für die alleinerziehenden Frauen von den Vätern wieder ein (Chatterton 1994: 23-25).

In Deutschland hingegen wird vor allem die symbolische Bedeutung der Kindschaftsrechtsreform, die gleichverteilte juristische Verantwortung beider Eltern nach der Scheidung trotz faktisch ungleicher Verteilung der Erziehungslasten aufgrund der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung Gegenstand der Kritik von Frauenverbänden und feministischen Juristinnen. Die differentielle juristische Be- und Entrechtung der Geschlechter im Recht der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung weist seit der Durchsetzung der

formalen Gleichberechtigung, und damit auch der Aufgabe der institutionalisierten sozialen Kontrolle, im hohen Maße Legitimationsdefizite auf. Die Gesetzgebung versucht daher, durch selbstverantwortete Entscheidungen der Eltern über die Lebensverhältnisse der Kinder die verlorengegangene Akzeptanz wiederherzustellen (Commaile 1994). Dieses Deregulationsverfahren entfacht jedoch den Kampf der Geschlechter auf dem unbegrenzten Territorium der Gefühle von Benachteiligung und Bevorzugung erneut, da Männer und Frauen unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen in bezug auf die Erfüllung familiärer Verpflichtungen hegen (Maccoby/Mnookin 1992).

Vergleichbare Probleme zeigen sich im Hinblick auf die Anwendung fremder Rechtsordnungen, der Kritik an den westlichen Auffassungen im Rahmen des Familien- und Kindschaftsrechts. Moniert wird im internationalen Diskurs über die Menschenrechte die fehlende Berücksichtigung kultureller Werte als Ausdruck nationaler Identitäten, und gefordert wird erneut eine Sonderanthropologie in bezug auf die familienrechtliche Stellung der Frau.<sup>5</sup> Ohne dies hier im einzelnen zeigen zu können, wiederholt sich auf dieser Ebene der Herrschaftsdiskurs des 19. Jahrhunderts im Gewand der multikulturellen Gesellschaft und zur Wahrung von Minderheitenrechten. Dabei werden die geschichtsphilosophischen Konzeptionen des 19. Jahrhunderts wieder aufgenommen. Wie im Falle des Volksgeistes und der bürgerlichen Sittlichkeit, wird davon ausgegangen, daß differente nationale Identitäten vor allem durch die Berücksichtigung religiöser Werte in der Gesetzgebung gewahrt werden. Im Rahmen des internationalen Rechts wird versucht, die Differenzierung des Rechts und die Trennung von Recht und Moral aufzuheben.

Zu bemerken bleibt in diesem Zusammenhang, daß in Deutschland aufgrund der Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus im Rahmen des internationalen Familienrechts das Heimatrecht auf ausländische Familien angewandt wird. Den rechtlichen Konsequenzen dieser Praxis wird in der Regel kaum Aufmerksamkeit geschenkt. Befragungen von Migrantinnen zeigen, daß diese vor allem Anhängerinnen von Schul- und Berufsausbildung sind und an einem herausgeschobenen Heiratsdatum und an der Mitbestimmung im Rahmen ihrer eigenen Verheiratung interessiert sind (Bierschock 1995). Es liegen auch keine Befragungen vor, ob denn die ausländischen Familien das Familienrecht ihres Heimatlandes als Ausdruck ihrer kulturellen Differenz bevorzugen und akzeptieren. In der Regel zeigen die Problemfälle, daß den betroffenen Frauen oder Männern das Recht ihres Heimatlandes unbekannt ist, ganz abgesehen davon, daß in den wenigen Streitfällen vor deutschen Gerichten Herrschaftspositionen vertreten werden, die weder durch die herrschenden sozialen Normen des Heimatlandes (Kagitbasi 1982), noch durch das Hei-

matrecht der betroffenen Familien legitimiert werden können (Erder 1985). Die Anwendung türkischen Rechts vor deutschen Familiengerichten weist nicht auf Konflikte hin, die sich mit Hilfe von Rechtspluralismus lösen ließen. Sie scheinen vielmehr verursacht durch das dysfunktionale Erzwingen von arrangierten Ehen, was weder vom türkischen Familienrecht noch von türkischen Sozialnormen her gebilligt wird (Pouch 1985). Es wird zudem auf religiöse Differenzen rekurriert, die das laizistische Recht der Türkei nicht anerkennen, ganz abgesehen davon, daß auch islamische Rechtsregeln ein solches Verhalten nicht billigen, das sich vor deutschen Gerichten als Ergebnis eines Kulturkonflikts zu gerieren versucht (Weitz 1981). Es entsteht somit der Eindruck, daß mit Hilfe des Rekurses auf kulturelle Anerkennung im Migrationsland der soziale und rechtliche Wandel in den Heimatländern rückgängig gemacht werden soll. Verhaltensweisen, die sowohl islamische Rechtsschulen und die bürgerliche Rechtsentwicklung in den meisten Heimatländern zurückgedrängt haben (Nasir 1994), werden in der Migration erneut zum Objekt kultureller Identität (Kaschuba 1993). Alte Herrschaftspositionen werden im Gewand multi-kultureller Anerkennung reaktiviert (Abdulrahim 1993: 55-82).

Die *ordre public*, die in nicht-tolerierbaren Wertkonflikten eingreift, wird bei ausländischen Familien nur dann relevant, wenn ein unvertretbares Ergebnis die Konsequenz der Anwendung der ausländischen Rechtsordnung wäre. Eine Analyse der Fälle, in denen die Anwendung des internationalen Familienrechtes, und damit die Berücksichtigung ausländischen Familienrechtes abgelehnt wurde, weist nur wenige Fälle auf, in denen ausländischen Frauen betroffen waren. Die Mehrzahl der Fälle betrifft binationale Ehen (Pauli 1994).<sup>6</sup>

Den verfassungsrechtlichen Schutz des Gleichheitspostulats genießen die Frauen im Falle der identischen Staatsangehörigkeit der Eheleute nur in Sonderfällen. Die relativ zahlreiche Befassung deutscher Obergerichte mit den Konsequenzen islamischen Rechts, insbesondere iranischen Rechts, zeigt, gemessen an der geringen Anzahl dieser Bevölkerungsgruppe in Deutschland, daß differentes Familienrecht, das den religiösen Wertvorstellungen des Heimatlandes folgt, offensichtlich nicht bei allen Betroffenen seinerseits auf Akzeptanz stößt. Auch hier überwiegen die Fälle, in denen sich Eltern um die elterliche Sorge nach Trennung und Scheidung vor deutschen Gerichten streiten. Sie als Konflikt zwischen Integration und Segregation anzusehen fällt schwer. Sie zeichnen sich vielmehr durch die strategische Nutzung differenten Rechts zur Durchsetzung von Interessen in Lebensverhältnissen aus, die sich vor der Trennung durch die Praktizierung anderer sozialer Normen auszeichneten. Während in den 60er und 70er Jahren ausländische Männer die *ordre public* des Bundesverfassungsgerichts anrufen konnten, um die Eheschlie-

Bungs- und Scheidungsfreiheit gegen ihre Heimatländer durchsetzen, rufen erst seit den 80er und 90er Jahren ausländische Frauen das Bundesverfassungsgericht an, um gegen ihre Benachteiligung infolge des Minderheitenschutzes ihrer Ehemänner durch das internationale Privatrecht zu protestieren.

Die Forderung nach der Berücksichtigung von Differenz im Recht bedarf der genauen Prüfung vor allem der jeweiligen Anwendungsbereiche. So hat die Gesetzgebung Großbritanniens (Gordon 1988), das die nämlichen Konflikte im Rahmen des Domizil-Prinzips löst, den Rechtspluralismus insofern akzeptiert, als daß ausländische Entscheidungen – in der Regel pakistanische, indische und afrikanische, nur minimalen Rechtsstaatsprinzipien genügen müssen. Verlangt wird die Kenntnisnahme durch die Betroffenen und die Möglichkeit der Stellungnahme beziehungsweise der Anhörung. Selbst Verstöße wider die *ordre public*, wie zum Beispiel informelle Scheidungen werden akzeptiert, sofern ein Konsens vorliegt. Gewährleistet sein muß jedoch die Wahrung der Interessen der in Großbritannien verbleibenden Frauen und Kinder. Für diesen Fall wird das Recht des Wohnortes angewandt, d.h. in der Regel in bezug auf die Wohnungszuweisung und den Unterhalt. Hier wird versucht, die strategische Nutzung von differentiellen Recht, der einseitigen Vorteilnahme, des *forum shopping* zu verhindern. Dies zeigt, daß die Interessen von Frauen und Kindern im Rahmen der Domäne des Familienrechts durch universales, formales Recht, gerichtsförmige Prozesse und soziale Kontrolle besser gesichert werden als durch informelle, privatisierte Trennungs- und Scheidungsregelungen.<sup>7</sup>

Die Hoffnung, mit der vollständigen Aufgabe der sozialen Kontrolle die Autonomie der betroffenen Parteien so zu stärken, daß differenzierte, individuierte, akzeptierte Konfliktlösungen ermöglicht werden, läßt außer acht, daß die streitigen Fälle vor Gericht in der Regel diesem Modell nicht entsprechen. Soziale Kontrolle ist für diejenigen Fälle erforderlich, in denen eine Schadensbegrenzung im Interesse der sozial schwächeren Parteien sinnvoll zu sein scheint (Freeman 1995: 549-566).

## Anmerkungen

- 1 Ebensovienig wird die Frage der Definitionsmacht in Fragen der Differenz gestellt. Dies gilt für die Frage nach der Ausübung von Macht und der Bedeutung von

geschlechtsspezifischen Zuschreibungen in informellen Konfliktregelungsinstanzen, die Frage nach der Entdifferenzierung der Systeme im Falle der Annahme der Identität von Religion, Recht und Kultur und die Frage nach der Produktion von Folklore, zum Beispiel bei Migranten (Bausinger 1986).

- 2 Gegenstand der Analyse sind Normänderungen im Umfeld der sogenannten Zuteilung der Kinder im Falle von Trennung und Scheidung, ihrer Legitimation durch die Wissenschaft, die juristische Profession, Interessenverbände und durch die Agenturen sozialer Kontrolle, die von der Rechtsprechung behandelten Falltypen (in den juristischen Zeitschriften und Kommentaren), sowie die jeweiligen sozialwissenschaftlichen Untersuchungen in diesem Feld.
- 3 Hier wird die Tendenz, die sich bereits in der Zeit von 1933-1945 in bezug auf das unabdingbare Recht auf Kontakt zeigte, wiederaufgenommen.
- 4 In diesem Zusammenhang sollte nicht ignoriert werden, daß es auch um den Kampf um Marktanteile zwischen Professionen geht, den Juristen auf der einen Seite und den Psychologen und den Sozialpädagogen auf der anderen Seite, wobei letztere nicht nur die gerechtere, sondern auch die billigere Scheidung versprechen. Angesichts der Tatsache, daß der Löwenanteil der vom Staat finanzierten Prozeßkostenhilfe bzw. legal aid im Rahmen der juristischen Bearbeitung von Scheidungen aufgebracht wird, gewinnt dieser Gesichtspunkt an Bedeutung.
- 5 Auch im Rahmen der Auslegung der europäischen Menschenrechtskonvention, des Rechts auf Familie und die Wahrung der kulturellen Traditionen wird versucht, dieses Konzept einzuklagen.
- 6 Im Gegensatz zu deutsch/deutschen Ehen ist hier die rechtliche Gleichstellung der Frauen aufgrund des internationalen Privatrechts erst 1986 durch die Reform des internationalen Familienrechts erwirkt worden. Die oberinstanzliche Rechtsprechung verweigerte die Anerkennung der Differenz in bezug auf das Heimatrecht der Männer, wenn das binationale Ehepaar in Deutschland seinen Lebensmittelpunkt hatte, ungefähr ab 1970, und zwar in bezug auf die Regelung der elterlichen Sorge nach Trennung und Scheidung. Auch hier stellt sich die Frage, welche Konfliktlösung sich durch rechtspluralistische Auffassungen ergeben könnte, denn auch die Annahme gleichberechtigten Kollisionsrechts erfordert eine Entscheidung. Die Bedeutung der Rechtsfigur der unteilbaren gemeinsamen elterlichen Sorge könnte hier eine Rückkehr zu den 50er Jahren implizieren. Anwälte empfehlen den Eltern Verträge, in denen der geschiedene Ehemann seiner, die Kinder erziehenden ehemaligen Ehefrau zusichert, sie sei voll für die Erziehung der Kinder geeignet und nähme diese Aufgabe mit seiner Zustimmung wahr.
- 7 Es gibt keine rechtstaatssächlichen Untersuchungen über die Praxis von Privatscheidungen, die im asiatischen und arabischen Raum dominieren. Experten gehen allerdings davon aus, daß eine soziale Sicherung der Frauen und Kinder unterbleibt. Denken Sie an die Nacht der Maueröffnung: ihr Ergebnis unter anderem 10.000 Unterhaltsflüchtlinge, von denen einige bis heute nicht wieder gefunden wurden.

## Literatur

- Abdulrahim, Dina (1993), *Defining Gender in a Second Exile*, in: Gina Buijs (Hrsg.), *Migrant Women*. Oxford.
- Abel, Richard (1982), *The Politics of Informal Justice*. New York.
- Arditti, Joyce (1993), *Visitation Frequency, Child Support Payment and the Father-Child Relationship*, in: *Journal of Marriage and the Family*: 699-712.
- Bausinger, Hermann (1986) (Hrsg.), *Kulturelle Identität*. Tübingen.
- Benhabib, Seyla et al. (1983) (Hrsg.), *Der Streit um Differenz*. Reinbek.
- Bierschock, Kurt (1995), *Familie, Ethnizität und Migration*. Bamberg.
- BT-Drucksache (1996), *Kindschaftsrechtsreformentwurf (180/96)*.
- Chatterton, David (1994), *The Cost of the Single Parent*, in: *Family Law*: 23-25.
- Commaille, Jaques (1994), *L'esprit des lois*. Paris.
- Depner, Charlene (1993), *Nonresidential Parenting*. Newbury Park.
- Erder, Türköz (1985), *Family in Turkish Society*. Ankara.
- Eekelaar, John (1991), *Regulating Divorce*. Oxford.
- Fineman, Martha (1995), *The Neutred Mother, the sexual family and other twentieth century tragedies*. New York.
- Fraise, Geneviève (1992), *Geschlecht und Moderne*. Reinbek.
- Freeman, Michael (1995), *Marriage and Divorce in England*, in: *Family Law Quarterly*: 549-566.
- Garfinkel, Irwin et al. (1992) (Hrsg.), *Child Support Assurance*. Washington.
- Garfinkel, Irwin (1992), *Assuring Child Support*. New York
- Garfinkel, Irwin et al. (1996) (Hrsg.), *Social Policies for Children*. Washington.
- Garrison, Marsha (1996), *How do Judges decide Divorce Cases*, in: *North Carolina Law Review*: 403-552.
- Gerhard, Ute et al. (1990) (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit*. Frankfurt.
- Gordon, David (1988), *Foreign Divorces*. Aldershot.
- Graham, John (1995), *A Comment on »Why did Child Support Award Levels Decline«*, in: *The Journal of Human Resources*: 623-632.
- Hoffmann, Johannes (1991) (Hrsg.), *Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen*. Frankfurt.
- Irigary, Luce (1987), *Sexes et Parentés*. Paris.
- Kagitbasi, Cigadem (1982), *Sex Roles, Family and Community in Turkey*. Bloomington.
- Karasan-Dirks, Sabine (1980), *Die türkische Familie zwischen gestern und morgen*. Hamburg.
- Kaschuba, Wolfgang (1993) (Hrsg.), *Nationalismus – Nationalitäten – Supranationalität*. Stuttgart.
- Klawitter, Marieka (1994), *Who gains, who loses from changing US Child Support Policies*, in: *Policy Sciences*: 197-219.

- Knish, Michael (1994), *Making Mothers Pay?* Paper presented at the Law and Society Conference. Toronto.
- Koel, Amy et al. (1994), *Patterns of Relitigation in the Postdivorce Family*, in: *Journal of Marriage and the Family*: 265-277.
- Kum, Jonathan (1993), *The Relationship between Child Support and Visitation*, in: *Social Science Research*: 229-244
- LaFree, Gary/Rack, Christine (1996), »The Effects of Participants« *Ethnicity and Gender on Outcomes in Mediation and Adjudicated Civil Cases*, in: *Law and Society Review*: 767-797.
- Leonetti, Isabel/Levy, Florence (1978), *Femmes et Immigrées*. Paris.
- List, Elisabeth/Studer, Herlinde (1989) (Hrsg.), *Feminismus und Kritik*. Frankfurt.
- Maccoby, Eleanor/Mnookin, Robert (1992), *Dividing the Child*. Cambridge.
- Maclanahan, Sara/Sandefur, Gary (1994), *Growing up with a Single Parent*. Cambridge.
- Maclean, Mavis (1994), *The Making of the Child Support Act 1991*, in: *Journal of Law and Society*: 505-519.
- Marsiglio, William (1995) (Hrsg.), *Fatherhood*. Thousand Oaks.
- Mather, Lynn (1994), *Variations on the Lawyer/Client Theme in Divorce*. Paper presented at the 3. European Conference on Legal Professions. Rouen.
- Menzel, Birgit (1994), *Frauen und Menschenrechte*. Frankfurt.
- Meyer, Danie/Bartfield, Judi (1996), *Compliance with Child Support Orders in Divorce Cases*, in: *Journal of Marriage and the Family*: 201-212.
- Nasir, Jamal (1994), *The Status of Women under Islamic Law*. London.
- Pauli, Hans Georg (1994), *Islamisches Familien- und Erbrecht und ordre public*. Diss. München.
- Pearson, Jessica (1993), *Ten Myth About Family Law*, in: *Family Law Quarterly*: 279-299.
- Pouch, Zetija (1985), *Scheidung von Ehen mit Auslandsberührung*. Diss. Hamburg.
- Rauschenbach, Brigitte (1995), *Erkenntnispolitik als Feminismus*, in: *Die Philosophin*: 33-49.
- Sarat, Austin/Felstiner, William (1995), *Divorce Lawyers and their Clients*. New York.
- Schnorr, Thomas (1994), *Grenzüberschreitende Familienrechtsverfahren in der Praxis*, in: *Familie und Recht*: 346-353.
- Schwarz, Rolf (1988), *Das Verhältnis zwischen dem Landwirtschaftserbrecht und dem allgemeinen Erbrecht des BGB*. Marburg.
- Sen, Amartya (1992), *Equality Reexamined*. New York.
- Taylor, Charles (1992), *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*. Reinbek.
- Théry, Irène (1993), *Demarrriage*. Paris.
- Vaughan, Diane (1988), *Wenn Liebe keine Zukunft hat*. Reinbek.
- Weitz, Barbara (1981), *Inlandsbeziehung und Ordre public in der deutschen Rechtsprechung zum internationalen Familienrecht*. Frankfurt.
- Wobbe, Theresa (1989), *Gleichheit und Differenz*. Frankfurt.