

Unser FORUM – die zweitgrößte familienrechtliche Zeitschrift Deutschlands – erscheint alle zwei Monate, also 6-mal im Jahr. Unsere Mitglieder erhalten die Zeitschrift nach wie vor kostenlos. Wie begehrt das Blatt ist, zeigt sich u.a. daran, dass die Geschäftsstelle sofort viele Anrufe erhält, wenn es bei der Auslieferung Probleme gibt. Das FORUM ist bereits für sich ein Grund für den Beitritt zur Arbeitsgemeinschaft. Die Zeitschrift der Arbeitsgemeinschaft wird inzwischen selbstverständlich auch in vielen Gerichtsentscheidungen zitiert.

Der Schriftleitung, also dem Schriftleiter Herrn Kollegen *Schnitzler* und Herrn RiAG a.D. *Dieter Miesen*, der für die Gerichtsentscheidungen verantwortlich zeichnet, gebührt an dieser Stelle ein ganz besonders herzlicher Dank!

Herr Kollege *Schnitzler* ist außerdem für den gelungenen Internet-Auftritt der Zeitschrift verantwortlich. Überzeugen Sie sich selbst unter der Adresse:

<http://www.forum-familienrecht.de>

Die Arbeitsgemeinschaft präsentiert sich unter <http://www.familien-und-erbrecht.de> und unter <http://www.ehe-und-familienrecht.de> mit einem ganz neuen Internet-Auftritt.

Die Adressen, die sich die Arbeitsgemeinschaft bereits vor längerer Zeit gesichert hat, sind vor allem aus der Sicht unserer potenziellen Mandanten, die anwaltliches Know-how suchen, ausgewählt. Bitte besuchen Sie uns im Internet! Sie finden die Arbeitsgemeinschaft selbstverständlich auch nach wie vor unter <http://anwaltverein.de>.

Der Mitglieder des Geschäftsführenden Ausschusses sind im Berichtszeitraum zu insgesamt fünf Sitzungen zusammengetroffen. Die Sitzungen fanden im November 2001 und im Januar, im April, im Juni und im September dieses Jahres statt.

Augsburg, im November 2002

Rechtsanwältin *Dr. Ingrid Groß*

## 6. Symposium für Europäisches Familienrecht in Regensburg

Vom 10. bis 12. Oktober 2002 fand zum 6. Mal das von *Prof. Dr. Dieter Schwab* ins Leben gerufene Symposium für Europäisches Familienrecht statt. Es führt alle zwei Jahre Familienrechtler aus vielen europäischen Ländern zusammen, dieses Jahr zum Thema **Ehescheidung und Unterhalt im europäischen Vergleich**.

Referiert wurde das Thema von Vertretern zwölf verschiedener Staaten, nämlich Belgien, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Österreich, Polen, Rumänien, Schweden, Schweiz, Türkei. Sie stellten in Hauptreferaten die Rechtslage in ihrem Land dar. Vertreterinnen und Vertreter aus weiteren Ländern, nämlich Jugoslawien, Slowenien, Tschechien und Ungarn waren zur Teilnahme an den Diskussionen eingeladen und gaben einen kurzen Überblick ihres Rechts zu dem Tagungsthema. Zu unserem deutschen Recht führte Frau *Prof. Dr. Sibylle Hofer*, die Lehrstuhlnachfolgerin von Herrn *Prof. Dr. Schwab*, in die Thematik ein. Rechtsanwalt und Notar *Dr. Braeuer*, Berlin, trug zum Gastgeberrecht Aspekte vertraglicher Vereinbarungen zu Scheidung und nachehelichem Unterhalt vor. Das Ergebnis möchte ich nun in der Hervorhebung von Gemeinsamkeiten und Abweichungen von unserem nationalen Recht zu nachfolgenden Themenschwerpunkten vortragen:

### I. Ehescheidung

**Einvernehmliche Ehescheidungen** kennen alle auf dem Symposium vertretenen Staaten und machen den überwiegenden Anteil an den durchgeführten Ehescheidungen aus.

Soweit Statistiken genannt wurden: In Belgien 75 %, Frankreich 55 %, Österreich 90 %, Schweiz 98 %.

Die so genannte einvernehmliche Scheidung wird allerdings unterschiedlich definiert:

In **Rumänien** ist sie nur bei einer kinderlosen Ehe und frühestens ein Jahr ab Eheschließung möglich. Eine Scheidungsfolgenvereinbarung ist vorzulegen und vom Gericht inhaltlich zu überprüfen und zu genehmigen.

Ebenso verhält es sich im **französischen Recht**, wobei eine Mindestehedauer nicht genannt wurde. Auch in **Österreich** ist eine einvernehmliche Scheidung nur bei Kinderlosigkeit und Vorlage einer Scheidungsfolgenvereinbarung möglich, wobei allerdings Letztere keiner gerichtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. **Belgien** fordert die gerichtliche Inhaltskontrolle nur für so genannte „familienrechtliche“ Vereinbarungen, bei denen die Interessen minderjähriger Kinder tangiert sind, nicht für vermögensrechtliche Vereinbarungen. Das **türkische Recht** unterwirft bei einer einvernehmlichen Scheidung die obligatorische Scheidungsfolgenvereinbarung ebenfalls einer gerichtlichen Inhaltskontrolle und fordert daneben ein Jahr Ehedauer und – bei böswilligem Verlassen – sechs Monate Trennungszeit. Wurde eine Scheidungsklage abgewiesen, kann in der Türkei erst nach weiteren drei Jahren geschieden werden.

**Griechenland** verlangt eine schriftliche Ehescheidungsfolgenvereinbarung nur zum Sorge- und Umgangsrecht mit den gemeinsamen Kindern und überlässt alles andere der Privatautonomie der Ehegatten.

Neben der einvernehmlichen Scheidung kennen Belgien, Frankreich, Österreich, Polen, Schweiz, Rumänien die **Scheidung aus Verschulden** und unterscheiden zum Teil zwischen alleinigem und überwiegendem und beiderseitigem Verschulden. Daneben nennt z. B. Belgien als Scheidungsgrund die **faktische**, mindestens zweijährige **Trennung**, die eine widerlegbare Vermutung der Zerrüttung begründet.

In **Griechenland, Italien, Niederlande, Türkei** gilt das **Zerrüttungsprinzip**, vergleichbar dem deutschen Recht.

**Schweden** verlangt **keinen Scheidungsgrund**. Es reicht der einseitige oder beiderseitige Antrag auf sofortige Scheidung aus. Auf Antrag beider Ehegatten, oder, wenn einer ein gemeinsames Kind betreut, wird die Scheidung erst nach Ablauf einer sechsmonatigen Nachfrist (Reconsideration-Period) wirksam. Auch gegen den Willen eines Ehegatten wird die Scheidung bei einer Nachfrist von längstens einem Jahr wirksam.

In **Belgien, Großbritannien, Niederlande und Österreich** entscheidet das Gericht bei Einverständnis durch Beschluss **ohne persönliches Erscheinen der Parteien**. In den **Niederlanden** wird die Ehescheidung erst durch **Eintrag in das zuständige Personenstandsregister** wirksam. In Frankreich entscheidet der Einzelrichter (*juge aux affaires familiales*) im Gegensatz zu schwierigen Fällen, wie z.B. der streitigen Scheidung, in denen das aus drei Richtern bestehende Tribunal de Grande Instance, dem auch der berichterstattende Einzelrichter angehört, entscheidet.

Die **Niederlande** haben seit 1.4.2001 die so genannte „**Blitzscheidung**“. Seit dem In-Kraft-Treten des Gesetzes zur Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare gilt die Ehe als aufgelöst, wenn sie in eine eingetragene Partnerschaft umgewandelt worden ist. Die Umwandlung und die Auflösung der Partnerschaft durch Vertrag werden vom Standesbeamten registriert und können theoretisch binnen 24 Stunden stattfinden.

Die bei der nicht einvernehmlichen Scheidung geforderte **Trennungszeit** liegt zwischen sechs Monaten (Türkei, Österreich, Schweden) und sechs Jahren (Frankreich: ohne Verschulden). Zwei Jahre verlangen Belgien und Großbritannien, vier Jahre Griechenland und die Schweiz, drei Jahre Italien und die Niederlande, Österreich sowie die Türkei

nach Abweisung eines Scheidungsantrages. Die absolute Trennungszeit liegt in Großbritannien bei fünf Jahren, in Österreich bei sechs Jahren.

Eine **Mindestehedauer** von einem Jahr verlangen Türkei (bei Einvernehmen, sonst drei Jahre), Griechenland, Großbritannien, Rumänien (bei Kinderlosigkeit).

Mit Ausnahme der Blitzscheidung der Niederlande wird in allen vertretenen europäischen Ländern die Ehe durch ein Gericht geschieden. Bei der Scheidung aus Verschulden muss das Gericht sagen, ob einer, beide oder keiner der Ehegatten schuldig ist (Polen).

In Griechenland sind zwei gerichtliche Verhandlungen erforderlich, zwischen denen mindestens sechs Monate liegen müssen.

Belgien und Österreich verlangen **kein persönliches Erscheinen** der Parteien. **Anwaltszwang** wurde nur von Frankreich erwähnt.

## II. Nachehelicher Unterhalt

Die Rechtsnatur des nachehelichen Unterhalts (NU), soweit dieser überhaupt vorgesehen ist, wird in Europa unterschiedlich definiert.

Am radikalsten ist **Schweden**. Dort beendet die Ehescheidung alle finanziellen und vermögensrechtlichen Bindungen der Ehegatten.

Die **Schweiz** verfolgt das Prinzip der **Eigenverantwortlichkeit** der Ehegatten nach der Scheidung. Nur ausnahmsweise gewährt sie das „**negative Interesse**“. Krankheit und Individualität sind nicht ehebedingt, außer bei sehr langen Ehen. In der **Türkei** und in **Polen** hat der nichtschuldige Geschiedene Anspruch auf materiellen **Schadensersatz** sowie **Schmerzensgeld** in zu vernachlässigender Höhe.

**Frankreich** sieht einen nachehelichen Ausgleich (prestation compensatoire) in Form einer **Abfindung** in Höhe von 13,7 % des Vermögens, die auf einmal (steuerfrei) oder in höchstens acht Jahresraten gezahlt werden kann, vor. Der Gedanke des **clean break** kommt hier zum Tragen.

Eine Abfindung des nachehelichen wie auch immer gearteten Unterhaltsanspruchs sehen auch die Türkei, Österreich und Griechenland vor.

### Höhe:

In Belgien unbegrenzt bei Unschuld, bei Schuld ein Drittel des Nettoeinkommens des Pflichtigen. Griechenland: ein Drittel, bei Betreuung von Kindern 50 %. Österreich sieht ebenfalls ein Drittel und, wenn der Berechtigte erwerbstätig ist, 40 % vom Einkommen des Verpflichteten vor.

Italien begrenzt den NU auf 50 % der staatlichen Bezüge des Pflichtigen. Österreich sieht 40 % unter Heranziehung der Anrechnungsmethode, sonst ein Drittel des Einkommens des Verpflichteten vor.

Großbritannien gewährt den geschiedenen Ehegatten bestimmte feste Beträge, die im Jahr 2001 durchschnittlich bei 10,295 BPS pro Monat lagen.

### Dauer des Anspruchs:

**Unbefristet** in Belgien, Türkei (bei weniger Verschulden), Rumänien (bei Unschuld), Großbritannien, Österreich. Bei Schuld oder Mitschuld des betreuenden Ehegatten hat dieser Anspruch auf NU bis zur Vollendung des fünften Lebensjahres des jüngsten Kindes, sonst drei Jahre lang (z. B. bei ehebedingter Erwerbsunfähigkeit).

**Zeitlich begrenzten** Unterhalt sahen Rumänien (ein Jahr für Schuldigen) und Griechenland (drei Jahre) vor.

**Vererblich** ist der Anspruch auf NU in Frankreich, Italien und Österreich.

**Abänderbar** ist der NU in **Belgien** nach billigem Ermessen, bei jeder, auch nicht erheblichen Änderung der Verhältnisse, nicht jedoch bei vertraglicher Regelung (1134 CC).

In der **Türkei** ist er nach Billigkeit abänderbar.

**Italien, Niederlande** sahen **automatische jährliche Anpassungen** in Höhe der Inflationsrate vor, Italien außerdem bei Wiederheirat und Insolvenz des Verpflichteten oder Eingang einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft des Berechtigten.

**Österreich** sieht Abänderungen nur vor, wenn diese nicht vertraglich abbedungen sind.

In **Frankreich** ist der NU nur nach unten abänderbar. Dies folgt aus dem Ausnahmecharakter der NU-Rente.

Der NU erlischt bei **Wiederheirat des Berechtigten** in allen Ländern, außer in Belgien. Bei Eingehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft des Berechtigten erlischt er in allen Ländern, außer in Rumänien und Großbritannien. In Österreich ruht er.

In fast allen Ländern besteht Gleichrang des NU mit Kindesunterhalt und Unterhalt des neuen Ehegatten. In Großbritannien haben jedoch minderjährige Kinder Vorrang.

Fast alle europäischen Rechtsordnungen lassen **Vereinbarungen** über den NU zu, außer Großbritannien. Italien und Rumänien verbieten einen Verzicht auf NU. In Italien hat eine vor der Ehescheidung getroffene Unterhaltsvereinbarung die Vermutung der Nichtigkeit.

In den **Niederlanden** kann vor der Eheschließung eine Vereinbarung über Unterhalt nicht wirksam getroffen werden. Vor und nach der Ehescheidung sind solche Vereinbarungen formlos möglich, außer wenn die Abänderung ausgeschlossen wird: dann erlischt sie, wenn der Scheidungsantrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird.

## III. Fazit

Ich habe in vorstehender Übersicht nur wiedergegeben, was die einzelnen Ländervertreter zu den jeweiligen Punkten gesagt haben. Vergleicht man nun unser Recht mit den Rechtsordnungen der übrigen europäischen Staaten, fällt auf, dass nach überwiegender Ansicht unserer europäischen Nachbarn mit der Ehescheidung die Unterhaltsansprüche der Ehegatten bis auf wenige Ausnahmen enden. Auch unser BGB sieht im Grunde keinen nachehelichen Anspruch vor, es sei denn, es liegen die zahlreichen Ausnahmen der §§ 1569 ff. BGB vor. Die Praxis zeigt, dass es kaum Fälle gibt, in denen nicht einer der Ausnahmetatbestände einen nachehelichen Ehegattenunterhaltsanspruch begründet.

In ihrem Einführungsreferat hat Frau *Prof. Dr. Hofer* die Materialien zu unserem BGB und auch die vorangegangenen Pandekten beleuchtet. Die Materialien sahen keinen Anspruch auf Ehegattenunterhalt aus den allgemeinen Grundsätzen vor. Es war vielmehr von einer Art Schadensersatz die Rede. Die Pandekten sahen für den schuldigen Ehegatten eine Vermögensstrafe von einem Viertel seines Vermögens mit einem Drittel Zuschlag bei weiterem Verschulden, maximal 100 Pfund Gold vor. Das Reichsgericht soll einmal entschieden haben, dass diese 100 Pfund Gold 67.500 Reichsmark entsprachen, einem Betrag, der fern von Einkommens- und Vermögensverhältnissen durchschnittlicher Familien lag. *Plank* sprach von einem Entschädigungsgrund sui generis, der im Übrigen auch auf die Erben übergang. Das BGB versteht den Ehegattenunterhalt als Nachwirkung der Ehe. Der Entwurf zu dem vor 25 Jahren in Kraft getretenen neuen Familienrecht war von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei Einschränkung der Vertragsfreiheit und Schutz des sozial-wirtschaftlich Schwächeren geleitet. Es entsprang einem Spannungsverhältnis zwischen Selbsthilfe und Fürsorge, wobei die Eigenverantwortlichkeit Vorrang haben sollte. Nach der späteren Rechtsprechung des BGH soll sich das Verständnis der Ehe verändert haben. Es ist Teilhabe an die Stelle von Eigenverantwortung getreten.

Der Vergleich mit anderen europäischen Rechtsordnungen könnte auch der Fortentwicklung des deutschen Rechts zugute kommen, wie *Schwab* in der Einladung zu der Ver-

anstellung ausführt. Er meint, das deutsche Unterhaltsrecht komme weiterhin nicht zur Ruhe, wie die neueste BGH-Rechtsprechung und die Pläne für weitere Gesetzesreformen zeigen. Wir haben gute Beispiele in unserer Nachbarschaft und sollten die von der Rechtsprechung geforderte Einschränkung der Vertragsfreiheit überdenken. Dies setzt freilich eine gute Beratung der Rechtsuchenden voraus. Schließlich darf auch nicht verkannt werden, dass ab 1.3.2001 „Brüssel II“ in Kraft getreten ist, das auf eine deutsche Initiative zurückgeht. Durch diese EG-Verordnung v. 29.5.2000 wird in Scheidungsverfahren die Zuständigkeit des zuerst angerufenen Gerichts begründet. Außerdem erleichtert Brüssel II die Anerkennung von Ehescheidungen, z.B. der „Blitzscheidung“ in den Niederlanden. Die Bundesrepublik Deutschland verhandelt zurzeit in der EU die Verordnung „Brüssel II A“, durch die „Brüssel II“ fortentwickelt und erweitert werden soll. Das Bundesministerium für Justiz, welches auf dem Symposium ebenfalls vertreten war, verspricht sich von diesen Symposien, Richtung und Weg zu diskutieren, die das Scheidungsrecht in Europa nach „Brüssel II“ nunmehr nehmen sollte. Wir sind alle hierzu aufgerufen und sollten überlegen, ob das Bonmot „einmal Chefarztgattin – immer Chefarztgattin“ noch zeitgemäß ist.

Rechtsanwältin und Notarin, Fachanwältin für Familienrecht  
Dr. Helga Pense, Frankfurt am Main

## Aufsätze

### Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts\*

Präsident des Bundesverfassungsgerichts  
Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, Karlsruhe/München

Die Lage der Familie in Deutschland ist schlecht. Das gilt vor allem, wenn auch nicht allein, in finanzieller Hinsicht. In diesem Zusammenhang spielen das Steuer- und Sozialrecht eine erhebliche Rolle. Die Situation wäre noch deprimierender, hätte das Bundesverfassungsgericht nicht immer wieder korrigierend eingegriffen und die grundgesetzlichen Wertentscheidungen zur Geltung gebracht.

#### 1. Die drei Dimensionen des Schutzes von Ehe und Familie

„Ehe und Familie“ werden bekanntlich durch Art. 6 des Grundgesetzes geschützt. Unter allen Grundrechten unserer Verfassung ist diese Norm wohl die komplexeste. Das liegt weniger an ihrem Umfang von immerhin fünf Absätzen als daran, dass sie in verschiedenen Grundrechtsdimensionen Einfluss auf den Staat, insbesondere den Gesetzgeber, und seinen Umgang mit Ehe und Familie nimmt.<sup>1</sup>

Erstens beinhaltet Art. 6 GG ein so genanntes klassisches Abwehrgrundrecht. Dieses gewährt jedem Einzelnen die Freiheit, eine Ehe einzugehen und Familie zu gründen, und verteidigt diese gegen staatliche Eingriffe. Zum Beispiel würde eine gesetzliche Regelung, die Eheschließungen grundsätzlich einem staatlichen Genehmigungsvorbehalt unterwürfe oder die Eheschließungen etwa zwischen Angehörigen verschiedener Religionen schlicht verböte, mit dieser abwehrrechtlichen Funktion des Grundrechts kollidieren. Neben der Eheschließungsfreiheit gewährleistet Art. 6 Abs. 1 GG auch die Freiheit der Eheführung, das heißt insbesondere der Entscheidung, Kinder haben zu wollen, über

die finanziellen Beziehungen der Ehegatten und über die Verteilung von Erwerbs- und Familienarbeit zwischen den Ehegatten.<sup>2</sup>

Zweitens umfasst Art. 6 GG eine Institutsgarantie. Diese schon unter Geltung der Weimarer Verfassung entwickelte Rechtsfigur ist deshalb für den Bereich der Ehe und Familie so wichtig, weil einerseits die Verfassungsnorm dem Gesetzgeber Maßstäbe für seinen Umgang mit Ehe und Familie machen soll, andererseits die Beziehungen zwischen Eheleuten sowie zwischen Eltern und Kindern schon immer rechtlich geregelt waren. Die Wahrnehmung insbesondere des Grundrechts auf Eheschließung hängt mit anderen Worten davon ab, dass der Staat ein Ehe- und Familienrecht zur Verfügung stellt.<sup>3</sup>

Darum ist es dem Gesetzgeber kraft Art. 6 GG untersagt, die entsprechenden Passagen im Bürgerlichen Gesetzbuch und im Ehegesetz schlechterdings aufzuheben – obwohl diese selbst nur einfaches Recht sind. Auf der anderen Seite kann dem Staat nicht jede Reform des Eherechts verwehrt sein, denn das hieße, dessen Stand von 1949 in den Rang von Verfassungsrecht zu heben und damit zu zementieren. Dies konnte schon deshalb vom Grundgesetz nicht gewollt sein, weil es die Unvereinbarkeit des damaligen Eherechts mit dem Grundgesetz hinsichtlich der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau sehr wohl erkannt hatte.<sup>4</sup>

Entscheidend bei der Anwendung von Art. 6 GG in seiner Funktion als Institutsgarantie ist es also, einen Mittelweg zu finden, der dem Gesetzgeber einerseits die Fortschreibung des Familienrechts und seine Anpassung an geänderte tatsächliche Verhältnisse erlaubt, ihn aber andererseits davon abhält, durch Änderung des einfachen Rechts das Institut der Ehe auszuhöhlen und nur noch eine leere Hülle – etwa den Namen „Ehe“ – übrig zu lassen. Geschützt sind also – positiv gewendet – „der Kern der das Familienrecht bildenden Vorschriften, insbesondere des bürgerlichen Rechts“ und „die bestimmenden Merkmale des Bildes von (Ehe und) Familie, das der Verfassung zugrunde liegt“<sup>5</sup>. Freilich wird mit dieser Formel das Problem, den verfassungsfesten Wesensgehalt des Familienrechts zu bestimmen, nur bezeichnet und noch nicht wirklich gelöst. Diese Entscheidung muss letztlich am Einzelfall der zu überprüfenden Regelung erfolgen, wobei sich das Bundesverfassungsgericht bislang mit der Feststellung eines Verstoßes gegen die Institutsgarantie eher zurückgehalten hat. Danach gehört es zu den vom Gesetzgeber zu wahren Strukturprinzipien, dass die Ehe als „Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft“<sup>6</sup> geschlossen wird. Dem so garantierten Institut entspricht etwa das Grundkonzept der erst 1958 eingeführten Zugewinnngemeinschaft.<sup>7</sup> Auch die Wahl eines gemeinsamen Familiennamens gehört *nicht* zum Kernbestand des Ehe- und Familienrechts<sup>8</sup> mit der Folge, dass der einfache Gesetzgeber von Verfassungs wegen nicht gehindert war, von dieser Forderung abzusehen.

Neben Freiheitsrecht und Institutsgarantie beinhaltet der Schutz von Ehe und Familie – drittens – eine so genannte „Grundsatznorm“, das heißt eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betref-

\* Vortrag auf der Vollversammlung des Zentralkomitees der deutschen Katholiken am 3.5.2002 in Bonn. Wiss. Mitarbeiter Johannes Möller hat an der Abfassung des Manuskripts mitgewirkt.

1 BVerfGE 6, 55 (71 ff.); 61, 18 (25); 76, 1 (41 ff.).

2 BVerfGE 57, 361 (390); 61, 319 (347); 66, 84 (94); 68, 256 (268); BVerfG Beschl. v. 5.2.2002, FamRZ 2002, 527 (528).

3 Vgl. Gröschner, in: Dreier, Art. 6 GG, Rn 19.

4 Vgl. Art. 117 Abs. 1 GG.

5 Vgl. BVerfGE 76, 1 (40); 80, 81 (92). Klammerzusatz hinzugefügt.

6 BVerfGE 62, 323 (330) m.w.N.

7 BVerfGE 71, 364 (386).

8 Vgl. BVerfGE 78, 38 (49).