

# Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB:

## Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse

Von PETER BREITSCHMID, Zürich\*

### Inhaltsübersicht

I. Allgemeines . . . . .	687
1. Über die (Fort-)Entwicklung von Gesetzen. . . . .	687
2. Was entwickelt sich? Die »alten« Kodifikationen oder die metastatisch wuchernden Spezialgesetze – oder entwickeln sich die Realien? . . . . .	692
3. – oder die individuelle Verfügbarkeit von Recht? . . . . .	694
II. Zur Entwicklung des ZGB insbesondere . . . . .	697
1. Einleitungsartikel . . . . .	697
2. Personenrecht . . . . .	698
a) Handlungsfähigkeit. . . . .	698
b) Schutz der Persönlichkeit . . . . .	701
c) Stiftung. . . . .	703
3. Familienrecht . . . . .	704
a) Insbesondere die elterliche Beziehungskrise und Kinder . . . . .	704
b) Status und Nicht-Status . . . . .	707
c) Der Name als Symbol . . . . .	709
d) – und einige Besonderheiten . . . . .	710
4. Erbrecht . . . . .	711
5. Sachenrecht . . . . .	714
III. Zusammenfassende Bemerkungen . . . . .	715
1. Fremdeinflüsse und Arbeitsalltag: Zur zunehmenden Selbstverständlichkeit des naheliegenden Fremden . . . . .	715
2. Zur Suche nach dem Recht: der Hoffnungslosigkeit, perfektes Recht zu finden, und dem Wissen, dass alte Fragen ständig wiederkehren . . . . .	717
3. Die Gemeinsamkeit gleicher Fragestellungen . . . . .	719
Summary: The Further Development of the Swiss Civil Code: Independence and Outside Influences . . . . .	722

---

\* Für die Aufbereitung von Material danke ich herzlich Remo Müller und Steffany Momard. Der Vortragsstil – obwohl so nicht verlesen – ist beibehalten.

## I. Allgemeines

### 1. Über die (Fort-)Entwicklung von Gesetzen

Das ZGB ist in diesem Kreis nicht näher vorzustellen<sup>1</sup>, und seine Stilmerkmale<sup>2</sup> bilden Gegenstand des Referats von Kollege Kramer. »Stil« eines Gesetzes und damit auch die Frage seiner *Weiterentwicklung* – der *weiteren Stilbildung inhaltlicher Art* – folgen allerdings gewissen (Mode-)Strömungen: die globalisierte Mode der großen Handelsketten verdrängt die lokalen Trachten, und es verlieren folkloristische Eigenheiten entweder die breite Akzeptanz, oder aber sie verkommen zu einem manchmal etwas modrigen Heimatstil, der eher Glaubens- und weltanschauliches Bekenntnis darstellt als objektive normative Funktion beanspruchen darf. Ist das ZGB Heimatstil oder selbständiges, gültiges Stilelement? Die Frage müsste von höherer, neutraler Warte entschieden werden, denn Gesetzgebung hat durchaus auch eine emotionale Komponente und ist nicht naturwissenschaftlich bestimmbarer physikalischer Prozess, eine nachkalkulierbare »Formel«. Eine gewisse Gültigkeit jeder Rechtsordnung liegt (auch und ohnehin) darin, dass die Vertrautheit (zwangsläufig) lokaler Rechtsanwendung mit dem gegebenen Gesetz und seinem Stil ein Geflecht darstellt, dessen Bestand und Beständigkeit einen (zwar nicht absoluten, aber doch relevanten) Wert an sich darstellt. Dass in einer zunehmend hektischeren Welt der Gesetzgeber vom Phänomen der Entschleunigung noch nicht erfasst worden ist, lässt sich allerdings an jedem »Schönfelder« oder »Gauch« belegen – Gesetze entwickeln sich fort (oder sie werden zumindest geändert – es mag offenbleiben, ob jede Änderung eine »Entwicklung« sei oder ob es nicht auch einige Mücken, Tücken, aber auch rational schwer begründbare und ebenso schwer ände-

<sup>1</sup> Als allgemeine Fundstelle *Konrad Zweigert/Hein Kötz*, Rechtsvergleichung<sup>3</sup> (1996) 165 ff. – Die schweizerische Rechtsentwicklung ist im rechtsvergleichenden Kontext geprägt durch eine starke Bindung an den deutschen Sprachraum, und damit an das deutsche (kaum aber das österreichische) Recht; siehe verschiedene weiterführende Hinweise diesbezüglich bei *Ingeborg Schwenzer*, Development of Comparative Law in Germany, Switzerland and Austria, in: Oxford Handbook of Comparative Law, hrsg. von *Reinhard Zimmermann/Mathias Reimann* (Oxford 2006) 69 ff., 92, 97 f. (zitiert: Oxford Handbook); zu den entstehungszeitlichen Unterschieden von BGB und ZGB *Franz Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit<sup>2</sup> (1967) 488 ff.

<sup>2</sup> Gesetz bleibt Gesetz – der Stil ändert nichts daran, dass Recht Normfunktion hat, Geltungs- und Durchsetzungskraft erfordert und beansprucht, unabhängig davon, wie imperativ und detailliert es konzipiert und formuliert ist. Nach meinem persönlichen Empfinden ist eine Konvergenz der Rechtsordnungen in dem Sinne im Gang, dass ein prononciertes Bewusstsein für Rechtsschutz und auch eine gewisse Detailverliebtheit bei Detailkorrekturen von Gesamtkonzeptionen (wie das ZGB, aber auch das BGB eine war) zu bisweilen geradezu epischen »gesetzesinternen Amendments« führen – man lese unter diesem Gesichtspunkt etwa Art. 28b ZGB (i.d.F. ab 1. 7. 2007) oder Art. 663b<sup>bis</sup> OR (über die Transparenz der Vergütungen an Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung, in Kraft seit 1. 1. 2007).

rungsfähige, beständige Marotten gebe, gewissermaßen gesetzgebungstheoretisches Unkraut, das aber recht schöne Blüten trägt und sich bisweilen vermehrt). Worin besteht also die (positive) Fortentwicklung, und welchen Anregungen und Einflüssen folgt sie? Die Frage lässt sich nicht generell, sondern nur anhand einiger Beispiele ausführen, deren Zusammenstellung eher spontan-subjektiv erfolgt, weil eine rein objektivierte Betrachtungsweise von Entwicklung (oder gar Fortschritt) wohl nicht nur mir schwerfällt.

Bevor man danach fragt, in welchem Stil – »Heimatstil«, Fremdeinflüsse, »Stararchitektur« oder stillos-pragmatisches Zimmern an einzelnen Verschlügen – man »bauen« (gesetzgeberisch gestalten, entwickeln) wolle, ist (a) die bestehende Substanz zu analysieren, (b) das Gelände künftiger Baustellen und (c) deren Etappierung festzulegen.

(a) Eugen Huber hatte zwar eine tragende Säule der schweizerischen Privatrechtsgesetzgebung geschaffen, das ZGB aber keineswegs als »nationales« Gesetz (im Gegensatz zu »international«) konzipiert. Der schweizerische Bundesstaat brauchte ein halbes Jahrhundert nach seiner Gründung eine einheitliche Ordnung des Privatrechts über das reine Vertragsrecht hinaus, ohne dass sein Funktionieren davon abhing (wohl allerdings der Zusammenhalt der französisch- und deutschsprachigen Teile in den Jahren des Ersten Weltkrieges!). Dass zudem natürlich die staatlich-hoheitliche gesetzgeberische Tätigkeit einen Aspekt des Staat-Seins ausmacht (wozu der EU-Integrationsprozess zahlreiches Detailanschauungsmaterial bietet<sup>3</sup>) kommt hinzu. Allerdings funktioniert der schweizerische Bundesstaat bald 160 Jahre nach seiner Gründung und wohl auch noch für die nächsten drei, vier Jahre *ohne* eine Bundes-Zivilprozessordnung und eine Bundes-Strafprozessordnung, allerdings nur, weil im föderalistischen Staat auch die Kantone lange an ihren verbliebenen hoheitlichen Kompetenzen gegangen haben wie das Kind an der Puppe. Der Harmonisierungsdruck bei ZPO und StPO entstand aus Effizienzdruck: Die Schweiz hat auch schon vorher existiert, wird es aber mit harmonisiertem Recht gegenüber globalisiertem Verbrechen etwas einfacher haben – ein Trend, der sich möglicherweise fortsetzen könnte, wenn er politisch richtig vermarktet wird, und der sich allein deshalb fortsetzen wird, weil erst die Harmonisierung des nationalen (Prozess-) Rechts die einheitliche Grundlage und damit den Raum schaffen wird, um

---

<sup>3</sup> Nicht übersehen werden darf allerdings der *Einfluss nicht staatlicher Normbildung*: Branchen (besonders die »freien Berufe«), welche fachliche und standespolitische Normen schaffen, aber auch soziale und kulturelle Normen sind zwar (vom Vorverständnis her einigermaßen) verwoben mit der staatlichen Gesetzgebung, entwickeln sich indes nach eigenen »Gesetzen«: siehe allgemein *Werner Gephart*, *Recht als Kultur, Zur kultursociologischen Analyse des Rechts* (2006) 289f., sowie zu den eigentlichen Normen *Hans Michael Riemer*, *Nicht staatliche Normensysteme und andere Gesetze und ihr Verhältnis zum System der staatlichen Rechtsnormen*, *Ein Überblick*: recht 25 (2007) H. 3, S. 114ff.

vertieft auf internationaler Ebene komparatistisch tätig zu werden statt sich vollauf mit der Bestellung der lokalen Beete zu absorbieren<sup>4</sup>.

Bereits das ZGB war allerdings ausgesprochen die Frucht komparatistischer Tätigkeit<sup>5</sup>, die allerdings noch nicht im globalisierten Raum mit unbeschränkter Internetverfügbarkeit aller Rechtsquellen, sondern »naheliegenderweise« aus der Fülle kantonaler (aber damit eben schon »europäisch« beeinflusster) Ordnungen gewachsen war. Es darf daran erinnert werden, dass Eugen Huber aus heutiger Sicht ein historisch<sup>6</sup> und (bezogen auf den damaligen Regelungsraum<sup>7</sup>) vergleichend ausgewiesener *Generalist* war.

(b) Besichtigt man den bestehenden »Zonenplan« der Gesetzgebung<sup>8</sup>, entdeckt man Altstadt- und Neubaugebiete (Stockwerkeigentum nach Artt. 712a ff. ZGB; »verdichtetes Bauen« gemäß öffentlich-rechtlichen Bauvor-

---

<sup>4</sup> Den derzeit *aktuellen prozessrechtlichen Harmonisierungsbestrebungen* ist schon verschiedentlich ihre wenig internationale Ausrichtung vorgeworfen worden (u.a. *Schwenzer* [oben N. 1] 97f.); das mag von wissenschaftlicher Warte aus punktuell berechtigt sein – will man allerdings die nationale Harmonisierung (und die Schweiz steht da momentan prozessualistisch-strukturell noch am ausgehenden 19. Jahrhundert), so kommt entweder ein »Befreiungsschlag« in Form der Übernahme einer klar überlegenen ausländischen Rechtsordnung in Betracht (wenn sich diese so klar herauskristallisieren würde ...), oder aber der pragmatische, politisch realisierbare nationale Harmonisierungsprozess, wie ihn Eugen Huber für das ZGB methodisch überzeugend vorgezeichnet hatte (dazu zutreffend *Schwenzer* [oben N. 1] 74). Nur am Rande sei angemerkt, dass die Prozessrechtsgesetzgebung wegen ihrer Bezüge zur (national-hoheitlichen) Gerichtsverfassung politisch-psychologisch eher aus »nationalem Material« zusammengefügt werden muss, um die unter Last laufende Struktur erschütterungsfrei auf eine neue Trasse überzuführen – weitere Anpassungen werden ohnehin nötig werden, werden sich aber nach gelungener nationaler Harmonisierung mit gebündelten Kräften auf einheitlicher Ausgangslage weit einfacher realisieren lassen. Dass ein bestimmter Schritt momentan noch nicht getan wird, bedeutet keineswegs, dass er nie getan werden soll, sondern erst, wenn man sicher Tritt gefasst hat. Ob das Langsamkeit oder Qualitätssicherung sei, kann bisweilen vom Standpunkt in Einzelfragen abhängen. Angemerkt sei allerdings, dass *rechtsvergleichende Erwägungen Standard* in sämtlichen jüngeren Gesetzgebungsverfahren sind – was der Gesetzgeber von diesen Kenntnissen dann umsetzt, ist letztlich auch politische Frage. Als Zusammenstellung rechtsvergleichender Betrachtungen im Bereich des ZGB sei hingewiesen auf: BBl. 1982 II 648 ff. (Artt. 28a ff., Persönlichkeitsschutz), BBl. 2003, 2113 ff. (Revision des Datenschutzgesetzes[DSG]), BBl. 1996 III 239 ff. (FortpflanzungsmedizinG), BBl. 2005, 6880 f. (Art. 28b, häusliche Gewalt), BBl. 1996 I 16 f., 37 ff. (Eheschließung und Scheidung), BBl. 2003, 1295 ff. (PartG), BBl. 1979 II 1233 ff. (Ehewirkungen, Güterrecht), BBl. 1974 II 1 ff. passim (Kindesrecht), BBl. 1971 I 1252 ff. (Adoption), zuletzt BBl. 2007, 5297 ff. (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), um nur eine Auswahl anzuführen.

<sup>5</sup> Aufsatz *Eugen Bucher*, in diesem Heft, S. 661.

<sup>6</sup> *Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts IV (Basel 1893) S. 1 (§ 106, erster Satz): »Die Kenntnis der Geschichte gleicht der persönlichen Erfahrung.«

<sup>7</sup> Kaufkraft- und reisezeitmäßig greift dieser heute bereits klar über Europa hinaus und überschneidet sich deutlich mit grundlegend anderen Rechtskulturen.

<sup>8</sup> Der aus unterschiedlichen Epochen stammt: die »tektonischen Schichten« der Gesetzgebungsarbeit ergeben sich zumeist unmittelbar aus der Molekülmasse der einzelnen Materie – für krasse Beispiele siehe oben N. 2.

schriften<sup>9</sup>), Seen und Flüsse (die Bedeutung des Wassers unterstreicht eine Vielzahl von ZGB-Bestimmungen: Artt. 689 ff. über Ablauf und Durchleitung, Artt. 704 ff. über Rechte an Quellen und Brunnen, Art. 740 ZGB zur Bedeutung des Ortsgebrauchs – der engste lokale Brauch, welchen das ZGB nicht »besetzen« wollte und wo es bestehenden Rechtsüberzeugungen und Gebräuchen Vorrang gewährt hat), aber auch Brachen, so im wörtlichen Sinne die Gebirgszonen (Art. 664 ZGB: die noch bestehenden Gletscher und die nach dem CO<sub>2</sub>-bedingten Abschmelzen verbleibenden Schutthalden – eine Materie, die sich typischerweise nur auf Gebirgsgebiete beschränkt zu rechtsvergleichender Fortentwicklung eignet), insbesondere aber das weite Feld all jener Materien, die durch *Entwicklung im Bereich von Naturwissenschaft und Medizin* regelungsbedürftig und -fähig geworden sind. Artikel 31 I ZGB, wonach die Persönlichkeit »mit dem Leben nach der vollendeten Geburt« beginne und »mit dem Tode« ende, mag mit etwas dogmatischer Anstrengung noch knapp die klassischen (immateriellen) Persönlichkeitsrechte (Artt. 28 ff. ZGB) decken, nicht aber die (existentielleren) medizinrechtlichen Fragen, welche zwar die Person (bezüglich transplantationsmedizinischer Aspekte, insbesondere der Todesfeststellung<sup>10</sup>, eigentlich ein Aspekt des Personenrechts) bzw. deren abstammungsmäßige Beziehungen (fortpflanzungsmedizinische Maßnahmen<sup>11</sup> als Teil des Abstammungs-/Familienrechts) berühren, aber im Zuge der Dekodifikation<sup>12</sup> in besonderen Erlassen geordnet sind.

<sup>9</sup> Um im Rahmen eines samstäglich Referats die begriffliche Spielerei zwischen Raumplanungsjargon und Gesetzesbaustellen noch etwas fortzuführen: Es wird spannend sein, wie der Gesetzgeber seine »Anbauten« bezeichnet, wenn ihm die Buchstaben und die Zusatz-*bis* und *-ter* ausgehen (schönes Beispiel der in N. 2 genannte Art. 683b<sup>bis</sup> OR). Ob er dann auf das französische System der Dezimalklassifikation umstellen wird?

<sup>10</sup> Dazu das Transplantationsgesetz vom 8. 10. 2004, in Kraft ab 1. 1. 2007, SR 810.21, Art. 9 TranspLG zum Hirntodkonzept.

<sup>11</sup> Dazu das Fortpflanzungsmedizingesetz vom 18. 12. 1998, in Kraft seit 1. 1. 2001, SR 810.11, Art. 3 zum Kindeswohl und Familienkonzept des Gesetzgebers durch Einschränkung auf Paare, bei denen ein Kindesverhältnis nach Artt. 252–263 ZGB begründet werden könnte und welche nach Alter und persönlichen Verhältnissen Pflege und Erziehung voraussichtlich bis zur Mündigkeit zu besorgen vermögen. Klar, dass hier der Staat (noch) paternalistisch agiert (siehe unten bei und mit N. 50, 58) – indes: besteht ein Anspruch auf jedwede alternative Fortpflanzungsmethode in jedwelcher beziehungsmaßiger Situation? Ganz ohne Zweifel garantiert die EMRK ein diskriminierungsfreies Leben in beliebiger Form; das Grundrecht auf Familie verschafft aber keinen Anspruch auf Fortpflanzung, oder man hätte zumindest darüber zu diskutieren, ob Schutz der geborenen afrikanischen Kinder oder europäischer elterlicher Anspruch auf beliebige genetische Reproduktion menschenrechtsnäher sei. Was in diesem Bereich verfochten wird, ist nicht Kindes-, sondern elternwohlbezogen, Befriedigung von (durchaus natürlichen, nachvollziehbaren, menschlichen, letztlich aber *Konsum-*)Gelüsten.

<sup>12</sup> Für das schweizerische Recht *Susanne Genner*, Dekodifikation, Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht (Basel 2006).

(c) Es gehört zu den gewissermassen »klassischen« Erkenntnissen<sup>13</sup>, dass die Strukturen der kontinentalen privatrechtlichen Gesetzgebung unterschiedlich sind. Dies und eine realistische Einschätzung des (fachlich und politisch) zu bewältigenden Pensums führen dazu, dass wohl selbst mittelfristig im ZGB-Bereich noch kein europäisches Gesetzbuch entstehen wird. Eher werden im Anschluss an die weiter gediehenen vertragsrechtlichen Harmonisierungsbemühungen (welche schon seinerzeit dem Obligationenrecht [OR] einen Vorsprung von rund einem halben Jahrhundert auf das ZGB verschafft hatten) zunächst vorab technische Harmonisierungsnormen in einzelnen Rechtsbereichen (z. B. Zivilstands- und Erbgangsurkunden), überlagerte Strukturen (*europäische* Stiftung, *europäische* Ehe usw.) und sonstige partielle Annäherungen in »Verkehrsbelangen« (neben der Kreditsicherungsthematik würden sich auch Themen aus dem Reise- und Migrationsrecht<sup>14</sup>, ohnehin aber neuere, sich erst entwickelnde Rechtsgebiete wie z. B. das Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht<sup>15</sup> eignen) das Terrain bereiten und Grundlagen für ein weiter gestecktes Territorium mit einheitlichen »Überbauungs-« und »Verkehrsregeln« entwickeln – aus »raumplanerisch-ordnungspolitischen« Erwägungen muss allerdings das gesamte Gebiet im Auge behalten werden.

---

<sup>13</sup> Die unterschiedliche Systematik von ABGB, Code civil, BGB und ZGB verunmöglichen dem nicht damit Vertrauten geradezu einen unmittelbaren Zugriff auf den konkreten Rechtsbestand unmittelbar aus den Gesetzestexten. Siehe dazu etwa *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht Bd. II (1989) Teil III S. 249 ff.

<sup>14</sup> Wenn hier Reiserecht (Vertragsrecht) und Migrationsrecht (zoll-, aufenthalts- und niederlassungsrechtliche Vorschriften, klassischerweise mithin öffentliches Recht) in einem Zuge genannt werden, unterstreicht das nur, dass die Kategorienbildungen zunehmend verwischt sind: Wer als Tourist sein reiserechtliches Arrangement gebucht, aber den Rückflug nicht angetreten hat, hat hinter den Schengener Grenzen »gewöhnlichen Aufenthalt« und damit eine Vielfalt von Rechtsproblemen geschaffen. Historisch gesehen bewirken allerdings solche Aufenthalte mannigfache Anregung – »Integration« ist in seltensten Fällen ein gänzlich »Neueinfärben«, ohnehin kein osmotischer Vorgang (indem durch einen semipermeablen Vorhang nur Kulturgut des Aufnahmestaates auf die Aufgenommenen einwirken würde – ansonsten gäbe es in Deutschland keine Eisdielen und in der Schweiz weder Pasta noch Pizza), sondern ein Austausch, der bei einem Ausländeranteil von 20% und einer beträchtlichen Zahl von »Secondos« und »Secondas« unweigerlich stattfindet (Rechtsvergleichung und -entwicklung als *fortdauernder sozio-kultureller Prozess*, unten N. 88).

<sup>15</sup> Siehe zum Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht, das teilweise Zivilrecht (u. a. Schenkungs- und Stiftungsrecht), allerdings auch stark durch öffentlichrechtliches Steuerrecht geprägt ist, was die Methodologie an sich und die Vergleichung zusätzlich erschwert, unten bei und mit N. 45.

2. Was entwickelt sich? Die »alten« Kodifikationen oder die metastatisch wuchernden Spezialgesetze – oder entwickeln sich die Realien?<sup>16</sup>

Ob die *Dekodifikation* (man könnte bössartiger auch in diesem Bereich von einer Zersplitterung sprechen, täte allerdings dem Gesetzgeber teilweise wohl unrecht, weil Spezialfragen ab einem gewissen Spezialisierungsgrad bzw. einer gewissen Regelungsdichte rein der Übersichtlichkeit halber mathematisch gesprochen vor die Klammer, juristisch gesprochen in eine Fußnote oder einen Festschriftenbeitrag verbannt werden müssen) von Gutem sei, bleibe hier unbeantwortet – sie ist einfach ein Faktum, das zur Kenntnis zu nehmen ist, eher den Inhalt als den Stil betrifft, welches gelegentlich allerdings dazu führen mag, dass das »Feintuning« der Inhalte etwas leidet<sup>17</sup> und deshalb sorgfältig im Auge zu behalten ist.

Rechtsentwicklung kann allerdings ohnehin nicht bezogen auf eine einzelne Kodifikation oder ein einzelnes Rechtsgebiet analysiert und prognostiziert werden, sondern nur im Kontext mit der gesamten, »fachbereichsübergreifenden« Entwicklung. Gerade in den klassischen Materien des ZGB

---

<sup>16</sup> Es ist hier nicht Raum, um auf Fragen der *rechtlichen Steuerung* (oder eher: die rechtliche *Nachbereitung*) *technischer Entwicklungen* einzugehen – solche werden nämlich auch künftig das gesetzgeberische Tätigwerden erfordern; es sei verwiesen auf N. 22 und bei N. 38 f., ferner etwa *Tilman J. Röder*, Rechtsbildung im wirtschaftlichen »Weltverkehr«, Das Erdbeben von San Francisco und die internationale Standardisierung von Vertragsbedingungen (1871–1914) (2006), oder das Bedürfnis nach Anpassungen bei Mobiliarsicherheiten (unten N. 79) – Ähnliche Beispiele lassen sich aus der Tagesaktualität gewinnen: Tödliche Hundebisse oder Handy-Sex-Filmchen von Teenagern lösen eine hektische *tagesaktuelle* parlamentarische Aktivität aus, bilden also Kristallisationspunkte für Rechtsetzung (oft unabhängig davon, dass selbst für tragische Fälle durchaus ein gesetzlicher Rahmen vorliegt, der traurigerweise zwar die Tragödie nicht zu verhindern vermochte, wie das Strafrecht trotz generalpräventiver Absichten permanent belegt), die zwar kaum zu tauglichen Ergebnissen, aber mindestens zur Bestätigung führt, dass »der Gesetzgeber« »da ist«, »etwas tut«, und bisweilen ist Debattieren Reflexion.

<sup>17</sup> Beispiel dafür ist das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG, SR 211.231), welches eine »Infektion« des ZGB (referendumstatisch wohl nicht ganz belanglos) mit einer fremden (eher: von manchen als fremd empfundenen) Materie verhindert hat, aber nicht verhindern konnte, dass im Erbrecht (Artt. 462, 470 f. und 612a ZGB) plötzlich eingetragene PartnerInnen auftauchen, welche zuvor nur sehr punktuell (zwar bei der Schwägerschaft: Art. 21, oder bei der Verwandtenunterstützung: Art. 328 II ZGB) aufscheinen, insbesondere auch nur unvollständig berücksichtigt wurden (Art. 68 ZGB betr. Ausschluss des Stimmrechts von Vereinsmitgliedern, wenn Belange des Ehegatten behandelt werden, ist offensichtlich übersehen worden) – es handelt sich da nicht um schlechten Einfluss ausländischer Gesetzgebung, sondern schlicht um *Redaktionsmängel* einer zunehmend hochtouriger laufenden Gesetzgebungsmaschinerie, die von *Peter Forstmoser* (-*Meier-Hayoz/Forstmoser*), Grundriss des Gesellschaftsrechts<sup>10</sup> [Bern 2007] Vorwort S. 5) als »überrollende Gesetzgebung« beschrieben wird (am Beispiel des Stiftungsrechts, wo einzelne Bestimmungen noch vor ihrem Inkrafttreten bereits wieder in Vernehmlassungsverfahren zur Diskussion gestellt wurden) – noch etwas drastischer könnten die Rechtsanwender feststellen, dass sich auch der Gesetzgeber gelegentlich an seiner Produktion verschluckt.

prägen vielfach andere Rechtsgebiete und externe Einflüsse den Gesamteindruck:

– »*Eigentum*« (Art. 641 ZGB) ist ein Abstraktum – konkret entscheidend für die Befindlichkeit der Bevölkerung ist hingegen (z. B.) die Wohnsituation, und damit die Frage, ob *Wohneigentum* möglich sei. Ob *Wohneigentum* möglich sei, ist in unserem Rechtskreis nicht eine Frage der rechtlichen, sondern der wirtschaftlichen Möglichkeit, und es rücken damit die Regelung der Wohnraumfinanzierung, von Steuermodellen, von siedlungspolitischen Fragen in den Vordergrund – Gebiete, zu denen zu äußern mir die universitäre *venia* fehlt, die aber staatsbürgerlich-politisch zu beobachten bleiben.

– Ähnliches gilt von *Erbquoten*: Entscheidend ist heute weniger der Anteil des Kreisumfangs der erhältlichen »Kuchenstücke«, sondern der Vermögenszuwachs nach Abzug von (erbschafts-)steuerlicher Belastung und Zuflüssen aus vorsorge- und versicherungsrechtlichen Quellen. Ob allerdings die Kuchenstücke immer denselben Anteil am Kreisumfang aufweisen sollen, unabhängig vom Radius des Kuchens, ließe sich angesichts deutlich unterschiedlicher gewordener »Kuchengrößen« (und anderer »Gebäcke«: staatlicher und privater Alters- und Vorsorgeleistungen) ebenfalls fragen. Und schließlich ist die Frage, wen man zu Tische laden mag, keine rechtliche, sondern abhängig von der gesellschaftlichen Befindlichkeit, die sich innerhalb eines Staates und ohnehin auch zwischen Staaten, selbst solchen eines gleichen Kultur- und Wirtschaftsraums, signifikant unterscheiden kann.

– Und ebenso in biographisch früherem Stadium für die *Familienbefindlichkeit*: weniger Güterrechtsmodelle als Familienförderungsmaßnahmen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Art außerhalb des Privatrechts (Kindergeld bzw. steuerliche Entlastung, Pflegeplätze bzw. die bloße Harmonisierung schulischer und arbeitszeitlicher Tagesstrukturen) prägen das Wohlbefinden (bzw.: lassen die Frage nach der konkreten rechtlichen Ausgestaltung in den Hintergrund rücken – nach dem Prinzip, dass gerade Familienbelange prinzipiell außerrechtlich sind und nur aber immerhin in pathologischen Strukturen rechtlich werden<sup>18</sup>).

– Oder in *Erziehungsbelangen* (Artt. 301 f.): Taschengeld und Bierpreis stehen in gewisser Korrelation – allgemein gesprochen: das Leben der Familie spielt sich nicht einfach im innerfamiliären keimfrei-abgeschotteten Raum ab, sondern unter massiven Umwelteinflüssen durch Medien, Werbung, Schule, Beziehungen usf.

Eine Zürcher Dissertation über »Automobilismus und Rechtsetzung«<sup>19</sup> illustriert punktuell den seit der Fabrikgesetzgebung des 19. Jahrhunderts,

<sup>18</sup> Unten II.3. a) bei N. 50 ff., 52.

<sup>19</sup> *Ivan Ottiger*, *Automobilismus und Rechtsetzung* (Zürich 2005) – es werden künftige Generationen noch einigen rechtsgeschichtlichen Stoff vorfinden (die Dissertation ist bei



mithin als Folge der Industrialisierung eingeleiteten, durch die informationell organisierte Dienstleistungsgesellschaft nach der Entschlüsselung des Gen-Codes aber erst in der (momentan überblickbaren) Tragweite bewirkten Spin, der die Gesetzgebungsmaschinerie auf höchster Drehzahl hält. Gesetzgebung regelt fast immer nur Bekanntes, d. h. nachteilige Erscheinungen ex post. Manches (Gentechnik) steht noch im Labor, und auch die Gesetzgebung laboriert erst. Dass Autofahren im Kanton Graubünden bis 1927 verboten war<sup>20</sup>, erinnert an den heutigen Umgang mit Gentechnologie, der zwar nicht mehr geradezu kantonal, aber national in einer Frage ist, die dem Gehalt nach nur international geregelt werden könnte, teilverboten und -behindert wird, ohne dass Industrie, Gesetzgeber, Befürworter oder Skeptiker bereits restlos klare (wenn auch je durchaus nicht unplausible) Argumente für alle Anwendungsbereiche vorzulegen vermöchten<sup>21</sup>.

### 3. – oder die individuelle Verfügbarkeit von Recht?

Nachdem die *Rechtsberatung im Supermarkt* wohl via Prozessfinanzierung bald auf den Kontinent überschwappen wird, dürfte der Supermarkt bald auch das *forum shopping* weiter popularisieren: Es könnte sich z. B. in absehbarer Zeit die Frage stellen, ob der »absolut monotheistische« *Wohnsitzbegriff* von Art. 23 II ZGB sich weiterhin halten lässt; dass Kantone und Gemeinden über Pendlerbesteuerung nachdenken, zeigt, dass bereits auf relativ kleinen territorialen Einheiten in Frage gestellt wird, was im internationalen Kontext ohnehin schon gängig ist, bis zur Wohnsitzlosigkeit (die es zwar

---

Clausdieter Schott entstanden), welcher die weiteren technischen Errungenschaften im rechtlichen Kontext aus etwas Distanz verortet (siehe u. a. unten zu Massenmedien und Persönlichkeitsschutz bei N. 38 ff.).

<sup>20</sup> Detailliert *Ottiger* (vorige Note) Rz. 986–1024.

<sup>21</sup> Wiederum ohne dass dies hier auch nur ansatzweise thematisiert werden könnte: Wo überschreitet *human enhancement* die Grenze der *Verhinderung pathologischer Merkmale* (heilt bzw. verhindert nicht mehr Krankheit), sondern tendiert auf eine *Verbesserung von Merkmalen*, welche nicht pathologischer Art sind? Es dürfte (außerhalb kommerziell interessierter Kreise) unbestreitbar sein, dass die Wahl des Geschlechts Neugeborener bzw. rein ästhetischer Merkmale (Körpergröße, Haarfarbe) ohne jeglichen anderen als »modischen« Sinn ist – wie verhält es sich mit Merkmalen, welche entweder präventiv Resistenzbildung oder geistige Leistungsfähigkeit erleichtern? Wo liegt die Grenze zwischen »Vitamin-Müesli« und Doping? Wer grenzt ab zwischen »Züchtung« des »idealen Menschen« und schlichter präventivmedizinischer Vorsicht? Wer definiert einigermaßen einheitliche, weltweit verbindliche und »gesundheits-tourismus-unterbindende« Standards? Und wer überwacht deren Einhaltung? Das Streben naturwissenschaftlicher Forschung und menschlicher Eitelkeit hat längst eine Domäne besetzt, die rechtlich zu diskutieren tabuisiert ist – die Grauzone wird damit breiter, da die praktische Umsetzung der »Forschungsfreiheit« weitgehend außerhalb und fast unbeachtet von der gesellschaftlich-gesetzgeberischen Diskussion erfolgt: Vitamine stehen im Regal des Supermarkts und der Rest im Internet.

»gesetzeslogisch« – solches ist eben nicht physikalisches Naturgesetz – nicht geben, die aber praktisch von jenen Kreisen problemlos herbeigeführt werden kann, welche nationalen Umweltnormen zum Heliskiing in andere Kontinente entfliehen<sup>22</sup>). Rechtsvergleichung ist insofern schon längst nicht mehr (nur) akademische Disziplin zu wissenschaftlicher Ergötzung oder international-plagiatorischer Kräfteersparnis im Gesetzgebungsverfahren<sup>23</sup>,

<sup>22</sup> *Karl Oftinger* (Lärmbekämpfung als Aufgabe des Rechts [Zürich 1956]) hatte die Phase der *Modernisierung in Umwelt- und Eigentumsbelangen* eingeläutet (sozusagen zum *halben Centenarium* des ZGB, siehe insbes. S. 16–41, 70 [zum Wohnlärm], S. 118ff. [zum Fluglärm] und *passim*); dass – ein halbes Jahrhundert zurückliegend – die Lärmfrage nur aus nationaler Sicht behandelt wurde, überrascht nicht, doch wird der »Export« belastender Freiheitsindustrie zu »Nachbarschaftsproblemen« führen (in einem weiteren Sinne mag man die in den Schwarzwald reichende Anflugschneise des Klotener Flughafens auch dazu rechnen – dies ein Beispiel mehr, dass statt von *Umwelt-* von *Mitwelt*belangen zu sprechen wäre: nationale und generell anthropozentrische Betrachtung dominieren), die über den territorialen Anwendungsbereich von Artt. 679 und 684 ZGB weit hinausgehen, sich insofern der (bloß) privatrechtlichen Regelung entziehen, allerdings in ihren Auswirkungen insofern privatrechtlich sind, als das Persönlichkeitsrecht sich heute nicht mehr nur rein national-territorial zu entfalten wünscht und Eigentumsfreiheit darin besteht, an ausländischen Zweitdomizilen Ferien-Wohnsitz zu nehmen. Ob das Bewusstsein um die »Endlichkeit auch von Persönlichkeit« aus dieser Perspektive dazu führen wird, im Anschluss an die (notwendige) Stärkung der Persönlichkeitsrechte im Jahre 1983/1985 eine Generation später gegen eine Verabsolutierung der Persönlichkeit im Sinne eines egoistischen Egozentrismus einen Ausgleich zu suchen (siehe anschließend bei N. 38)?

<sup>23</sup> Ich möchte natürlich mit dieser Formulierung nicht persönlich zitiert werden. Indes gewinnt man manchmal den Eindruck, dass gewisse politische Kreise sich mit Argumenten in dieser Richtung ausländischen Einflüssen a priori zu verweigern oder in ausländischen Lösungen das Heil suchen – indes ist die durchdachte Übernahme durchdachten Gedankenguts keineswegs abwegig (wobei »durchdacht« geradezu darin besteht, nicht einzelne Normen, sondern das »System« – mithin etwa: das Zusammenspiel steuer-, vorsorge- und zivilrechtlicher Elemente – zu würdigen). – Allerdings ist das Feld weit und sprengt wiederum den vorliegenden Rahmen; zu bedenken bleibt aber, dass »Rezeption« politisch unkorrekt geworden ist (*Marie Theres Fögen*, [Einleitung in die »Debatte um Transfer von Recht und Wissenschaft]: *Rechtsgeschichte* 7 (2005) 12; *Marie Theres Fögen/Gunther Teubner*, *Rechtstransfer*: ebd. 38 ff. – obwohl zu Feiertagen und bei Nachlässen manche noch ganz gern etwas »rezipieren«) und jedenfalls dann nicht funktioniert, wenn die »Gabe« nicht »angenommen« wird, andererseits auch »Transfer« (in dieser moderneren Terminologie etwas partnerschaftlicher verstanden als Rezeption) nicht *tel quel* funktioniert, weil nur Normen, aber nicht Emotionen (nämlich die einigermaßen selbstverständliche Akzeptanz der Normen) transferiert werden können (unter dem Titel »Einheit« zu den »theoretischen Aspekten des Großtransfers von Recht und juristischem Personal« im Zuge der deutschen Wiedervereinigung *Manfred Aschke*: *Rechtsgeschichte* 7 [2005] 13 ff.): hätten schweizerische Gerichtsmenschen in die Türkei geschickt werden sollen, ähnlich wie bei der juristischen Erschließung der neuen Bundesländer? Man lese dazu *Mahidé Aslan*, Rückfahrkarte, Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei: ebd. 33 ff. Das Maß zu finden zwischen einem Transfer, der wie das Geschiebe eines Bachlaufs bei (politischen) Unwettern alles überflutet, und der reflektierten, nicht bloß punktuellen, sondern systematischen Integration eines gesamten, prozesshaften Verlaufs von Normen, Gedanken und Mentalität in verträglichem Ausmaß (ohne »Abstoßungsreaktion«), wird gesetzgeberische und auch politische Kunst (und Frucht eines auch unter Praktikern auf persönlicher Ebene intensiv geführten Dialogs) bleiben; mit Blick auf die letzte Bemerkung wä-

sondern spitzensportlerische Leistung in der Disziplin internationaler Steueroptimierung – Steuerplanung hat dem Steuerrecht stets vorauszusprinten; umgekehrt ist die (steuer-/nachlassplanerische) Rechtsordnung auch ein Aspekt des *Standortmarketings*<sup>24</sup> und damit der Konkurrenz der Rechtsordnungen unter sich (was in gewissen Belangen natürlich ein Anti-Harmonisierungsfaktor ist). Die unbeholfene (jedenfalls in der dogmatischen Konstruktion wohl recht zweifelhafte) Anknüpfung des deutschen Fiskus an frühere Wohnsitze bzw. das Heimatprinzip im Kontext mit einer fiskalishoheitlichen Frage kann nur als Reaktion auf eine überreizte Planung (die ihrerseits natürlich nicht ohne Grund auf eine überreizt fiskalische Steuerbelastung verweist) verstanden werden: dass momentan in der Tagespolitik eher über einen (wenn auch anders gelagerten) »Steuerstreit« zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) als über Fragen der (Zivil-) Rechtsangleichung diskutiert wird, besagt alles über die Bedeutung eines (»reinen«) Privatrechts.

Dass *Recht* auch *Gestaltungsfreiheit* (und damit Testier- oder Steuerplanungsfreiheit im nationalen und internationalen Kontext) bedeutet, ist das eine – ohnehin aber sind manche Bereiche durch *nicht-staatliche Normen* geordnet<sup>25</sup>. In der Rechtsentwicklung kommt damit nicht-staatlichen Normenstellen zunehmend Bedeutung zu: Regeln der medizinischen oder technischen Fachkunde entstammen einerseits hochprofessionellen Netzwerken und gelten (jedenfalls in den Bereichen, die nicht standespolitisch beeinflusst sind) als *gold standard*; sie sind nahtlos entwicklungsfähig insofern, als die Fachgemeinde den Anpassungsbedarf laufend erkennt und in einem (verglichen mit staatlichen Gesetzgebungsprozessen) relativ effizienten Verfahren begleiten kann. Zudem findet im Bereich technischer, medizinischer, naturwissenschaftlicher Entwicklung der Normbildungsprozess ab Beginn international vernetzt statt. Bereitschaft (und Druck) zu Kommerzialisierung erfordern allerdings aufmerksame staatliche Begleitung sol-

---

ren ganz generell mehr internationale Foren für Anwaltschaft und Gerichts-/Behördenmitglieder zu wünschen, denn Rechtsvergleichung ist Auslegungselement letztlich auch nationaler Normen (grundlegend *Hans Peter Walter*, Das rechtsvergleichende Element, Zur Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts: Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 2007 I 259ff.: über das schweizerische Seeschiffahrtsgesetz hinaus, ebd. 262, etwa auch im Pauschalreiserecht, ebd. 270, und wohl in manchem anderen Bereich grundsätzlich harmonisierter oder zumindest »angelehnter« oder verwandter Gesetzgebung – wo bei Handhabung der beiden Artikel zum Willensvollstrecker im ZGB von der Ordnung der 32 Paragraphen im BGB abgewichen wird, ist das zu begründen und auch die Entwicklung der ausländischen Praxis stets mitzubedenken, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden).

<sup>24</sup> *Nedim P. Vogt*, Trust und schweizerisches Recht: Anwaltsrevue 2007, 199ff. (203), der die Ratifikation (auch) unter dem Gesichtspunkt des internationalen Konkurrenzkampfes der Rechtsordnungen positiv würdigt.

<sup>25</sup> Oben N. 3.

cher Normbildungsprozesse, die der öffentlichen Wahrnehmung nicht entzogen bleiben dürfen, weil die verhaltensprägenden Standards in Medizin, Technik oder Medien für die Öffentlichkeit ganz zentral sind.

## II. Zur Entwicklung des ZGB insbesondere

### 1. Einleitungsartikel

Was sind die (europäischen<sup>26</sup>) *common standards and needs für eine Gesetzgebung im ZGB-Bereich*? Zivilrecht und die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)<sup>27</sup> bilden eine Einheit – anders ließe sich gar nicht von einer Rechts-Ordnung sprechen. Eine isolierte Betrachtung (nur) des ZGB fällt damit eigentlich außer Betracht. Dies besagt Art. 7 ZGB, der (gerade in einer Zeit der Dekodifikation) an Bedeutung zugelegt hat und über seinen Wortlaut hinaus als Bindeglied zwischen ZGB, Obligationenrecht (OR), den Spezialnormen und übergeordnetem Recht (Verfassung und EMRK) fungiert: Die Rechtsordnung insgesamt (und nicht nur ihre privatrechtlichen Teile, und von diesen nicht nur ZGB und OR) sind als einigermassen kohärente und konsistente Einheit zu begreifen und zu handhaben, was in einer Zeit internationalen Transfers durch die Globalisierung durchaus auch einen internationalen Gleichklang zur Vorbedingung macht<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Nicht angesprochen wird hier also z.B. die (nicht materiell-privat-, sondern internationalprivatrechtliche) Frage, wie das Familien(vermögens)recht auf polygame Verhältnisse zu reagieren habe (dazu zuletzt etwa *Eric Fongaro*, L'adaptation du droit patrimonial de la famille au mariage polygamique: Revue Lamy Droit civil 2007, No. 35, S. 51–57). – Es ist typisch, dass das IPR in einem gewissen Sinne das Versuchslabor der Annäherung und gegebenenfalls Vereinheitlichung, eine Zone der Angewöhnung ist: Zwar kann sich die nationale Gesetzgebung nationaler Regelung gewisser Fragen verschließen, nicht aber verhindern, durch »Windflug infiziert« zu werden – wenn man diesen Aspekt der Globalisierung so bezeichnen darf – und dann die »Infektion behandeln« zu müssen. – Siehe N. 28, 49, 65 zu *interkulturellen* Konfliktpunkten.

<sup>27</sup> Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme/Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, hrsg. von *Franz Werro* (Zürich 2006): Öffentliches und ohnehin Verfassungsrecht und noch weit mehr die diesem übergeordnete EMRK bestimmen auch die Wertungen im Privatrecht; zwar mögen Wertungen (zwangsläufig zeitgeistig) in gewissem Maße (im Rahmen übergeordneter, menschheitseigener »guter Sitten«) nuancieren, doch kann der Kern jener Fairness, welche eine EMRK fordert, welche Grundrechte (und Sozialziele) bedingen, im Privatrecht nicht hintanstehen. Das legt z.B. etwa *Michel Levinet*, La définition de la vie familiale dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, in: Droit civil et Convention européenne des droits de l'homme [diese Note] 53 ff., 66 f.) für den Bereich von Familienleben und erbrechtlicher Berufung dar. Zuletzt zum Einfluss der EMRK auf das ZGB *Olivier Guillod*, Cent ans de sollicitude: un code civil soucieux de la personne humaine: ZSR 2007 II 51 ff., 137 ff.

<sup>28</sup> Es ist in diesem Rahmen nicht näher auf (z.B.) Artt. 13 ff., etwa Art. 19 IPRG einzugehen, bzw. die »Pionierfunktion« des IPR bei der Erschließung von (national) noch unbestell-

Zwar wird Art. 8 ZGB durch die erwähnte CH-ZPO tangiert werden, indes bleiben die Kernpunkte der Einleitungsartikel (Artt. 1–4 ZGB, die »Methodischen«) unangetastet. Und für die Methode sei auf das Referat Kramer verwiesen, allerdings mit der Bemerkung, dass in verwandten Rechtsräumen einerseits nicht gänzlich andere Methoden befolgt werden können, zugleich aber die Zubereitung einiger nationaler Gerichte (in der ganzen Doppeldeutigkeit des Begriffs) doch nicht auf irgendeinen 1. Januar eines Jahres DIN-mäßig standardisiert werden kann.

## 2. Personenrecht

Kernthemen des Personenrechts (in der »Stoffumschreibung« des ZGB) bilden nach heutiger Wahrnehmung Fragen der *Handlungsfähigkeit*, insbesondere bei dementiellen Erscheinungen im Alter, Fragen des *Persönlichkeitsschutzes* und wohl des *Stiftungsrechts*. Weitere Aspekte sind damit selbstverständlich nicht ausgeschlossen<sup>29</sup>, sprengen aber den Rahmen.

### a) Handlungsfähigkeit

Im Zusammenhang mit dem *Erwachsenenschutzrecht* (der Revisionsvorlage zum bestehenden Vormundschaftsrecht, der Artt. 360–456 ZGB<sup>30</sup>) besteht die Absicht, auch die zum »Kernbestand« gehörenden Artt. 13 und 14 ZGB terminologisch zu retouchieren. Wie allerdings in der Botschaft zum Erwachsenenenschutzrecht<sup>31</sup> richtig erkannt wird, werden auch übertünchte Begriffe wieder stigmatisierend wirken, sobald ihre (angeblich!) negative Konnotation erkannt wird; es will deshalb nicht einleuchten, was die »terminologische Anpassung des deutschen Textes«<sup>32</sup> soll, denn der eher grässliche

---

tem bzw. nicht begehbares Gelände, wo es z. B. plötzlich von eingetragenen Partnern oder gekauften oder geklonten Kindern betreten wird (unten N. 94).

<sup>29</sup> Siehe soeben unter I.3. die Frage des *einzigsten* Wohnsitzes in einer globalisierten Welt mit hochmobilen Bewohnern.

<sup>30</sup> Dazu die bundesrätliche Botschaft, BBl. 2006, 7001, <[www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7001.pdf)>; wiederum (siehe vor N. 14) ist vorab auch im Rahmen der »technischen Umsetzung« – etwa den Anforderungen an Betreuer, die Professionalität ihrer Begleitung – nach einheitlichen Kriterien vorzugehen: dazu etwa: Neue Wege in der Vormundschaft?, Diskurse zu Geschichte, Struktur und Perspektiven der Vormundschaft, hrsg. von Peter Hansbauer (2002) (dort zum genannten Bereich Kerstin Petersen, Qualität durch Fachlichkeit [o. J.] 130ff.).

<sup>31</sup> BBl. 2006, 7023, Ziff. 1.3.12 – m. E. ein Beispiel dafür, dass »Importprodukte« im Alltags den fremdländischen Glanz verlieren können.

<sup>32</sup> BBl. 2006, 7094 Ziff. 2.4.1 zu Art. 13. Ob nicht gelegentlich ausländisches Recht allein schon deshalb »besser« tönt oder »fortschrittlicher« erscheint, weil es anders heißt? Selbstverständlich brauchte es das Trust-Übereinkommen, aber ob jeder kontinentale Erblasser, der etwas auf sich und sein Golf-Handicap gibt, einen Trust braucht?

und der schweizerischen Terminologie nicht vertraute Begriff der Volljährigkeit (eine »vollumfängliche« Übernahme des wie »vollschlank« klingenden Begriffs aus § 2 BGB) verhindert nicht, dass Fälle fehlender Handlungsfähigkeit zu benennen sein werden, was in Art. 13 einfach durch die Formulierung »Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer mündig, urteilsfähig und nicht umfassend verbeiständet ist« erreicht würde.

Nicht terminologische Fragen sind allerdings zu diskutieren (diese gehören eher zum Stil, der wohl gerade in solchen Detailspekten trotz terminologischer Nuancen für Fachkreise die Verständlichkeit und den Austausch kaum mindert), sondern die Bedeutung der zunehmend häufigeren *Irrungen und Wirrungen bei dementen Verläufen*<sup>33</sup>: Während Heinrich Dörner – in seinem nach wie vor gültigen Werk – die *Industrialisierung* zum Anhaltspunkt einer familienrechtlichen Betrachtung nahm<sup>34</sup>, ist heute, eine Generation später, in der *Wissengesellschaft* nach dem Einfluss der *demographischen Entwicklung*, der *Ressourcenknappheit* und der *wirtschaftlichen Schere* auf die Rechtsordnung zu fragen<sup>35</sup>. Dabei handelt es sich um Themen, die zumindest für

<sup>33</sup> Dass hier weniger rechtliche Unterschiede als Fragen der Gutachtenswürdigung einerseits und der bei grenzüberschreitenden Sachverhalten (manchmal taktisch ja nicht ganz unerwünschten) »naturegegebenen« Komplikationen eine Rolle spielen, ist im deutsch-schweizerischen Verhältnis durch die »causa Rau« hinlänglich exemplifiziert (siehe dazu die Übersicht bei *Harold Grüninger*: *successio*, Zeitschrift für Erbrecht 2007, 127, bzw. BBl. 2006, 7707 ff.).

<sup>34</sup> *Heinrich Dörner*, *Industrialisierung und Familienrecht* (1974).

<sup>35</sup> Die »Wissengesellschaft« – ein letztlich politisches Schlagwort, da Epochen in der Tendenz eher retrospektiv zutreffend umschrieben werden können – ist meines Wissens noch kaum in ihren rechtlichen Implikationen beschrieben, nach meinem persönlichen Dafürhalten allerdings auch kaum sinnvoll aus einer fokussiert rechtlichen Perspektive zu beschreiben: Wissen war schon immer verbreitet, allerdings in seiner Zugänglichkeit weit weniger demokratisiert als im »Google-Zeitalter« – Medienzugänglichkeit bildet einen Teil des sozialen Existenzminimums, da sie in einer nicht mehr linear strukturierten, sozusagen gesellschaftlich vorbestimmten Biographie unabdingbar ist. Die unausweichliche Zentralisierung mancher Dienstleistungen (Grundversorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs, aber auch von früher familiär erbrachten Aufgaben wie Gesundheits-, Altersvorsorge, Kinderbetreuung) und die Individualisierung in der Vielfalt kultureller, sozialer, wirtschaftlicher und technologischer Prozesse berührt das System der (Status-)Familie, darauf ausgerichteter Autonomie und Selbstverantwortung, auf tradierten »Rollenbildern« und Wunschenken aufbauenden Rechtsordnung grundlegend. In einer hektischeren Umwelt muss die Rechtsordnung weiterhin Sicherheit (Rechtssicherheit, die auf Stabilität gründet) vermitteln, ohne selbst zum (nur) statisch-beharrend-retardierenden Moment zu werden. Die in manchem gestiegene Unsicherheit weckt bisweilen den Ruf nach einer strafferen Rechtsordnung, die indes den gestiegenen Ansprüchen nur durch eine gesunde Flexibilität genügen kann; eine Flexibilität, die zwar nicht weichmacherisch unverbindlich, aber die Entwicklung der Rahmenbedingungen reflektiert-begleitend, verlässlich, solide im Kontext verankert ist. Das Funktionieren der Wissensgesellschaft ist Bildungsfrage, hängt ab von Kommunikation und Transfer in der Diversität; das Funktionieren der auf die Wissensgesellschaft ausgerichteten Rechtsordnung muss gleichermaßen gerade in der *Diversität der Rahmenbedingungen verlässlich die Individualität ermöglichen*, mithin zwar Entwicklung erlauben, aber auch den Vertrauensschutz schaffen. Zur daraus resultierenden *Bedeutung rechtlicher Ordnung von Intimität* (nämlich: Schutz emotionaler

die *postindustriellen* Gesellschaften typisch sind, die allerdings typischerweise nicht primär rechtliche Grauzonen, sondern Folge außerrechtlicher Entwicklungen sind. Ob und inwieweit auf diese Entwicklungen (rein) rechtlich, gewissermaßen mechanisch ordnungsbildend reagiert werden kann, ist anschließend an einigen Beispielen zu diskutieren – um das Ergebnis gleich vorwegzunehmen: Bisweilen wird wohl auch das Recht zu akzeptieren haben, dass seine Ressourcen (namentlich die Ressourcen »Akzeptanz« und »Vollstreckbarkeit«) nur endlich und nicht beliebig vermehrbar sind. Das gilt ganz besonders an den Grenzen medizinischer Interventionsmöglichkeit (also im Alter), und die Diskussionen um Krankheits- bzw. Gesundheitskosten sind nicht im Sinne von Art. 31 ZGB bzw. der biologischen Endlichkeit des Lebens, sondern zwangsläufig im Rahmen der Endlichkeit öffentlicher Kassen und privater Vorsorgebereitschaft zu führen. Zugleich aber ist *Alter* ein Thema<sup>36</sup> (auch) des Rechts, allerdings ein etwas belastetes: Kindesrecht zielt auf Ausbildung, Verselbständigung, eine Zunahme von Autonomie – der Alterungsprozess verläuft (zwar zeitlich und in der Intensität des Verlaufs weniger einheitlich) diametral entgegengesetzt. Entsprechend sind *altersrechtliche Fragen* erst vereinzelt und nur punktuell systematisch aufgearbeitet; diese Schnittstelle von öffentlichem (Sozial-, Gesundheits-) und Privat- (insbes. Erwachsenenschutz-, im *worst case* Arzthafungs-, aber – etwa bezüglich Wohnfragen<sup>37</sup> – auch Miet- und Auftrags-

---

Befindlichkeit) siehe unten bei und mit N. 50. Dass bei dieser Gratwanderung Gesetzgebung stets etwas zwischen *laissez-faire* und Hyperinterventionismus pendelt, liegt auch in der Natur der Sache.

<sup>36</sup> (Greisen-)Alter ist keine rechtliche Kategorie, die Geriatrie aber eine interdisziplinäre Wissenschaft, welche sich nicht nur mit biologischen, physiologischen und psychologischen Aspekten, sondern auch mit sozialen, gesellschaftspolitischen und letztlich rechtlichen Fragen zu befassen hat, wobei die rechtlichen Fragen naturgemäß (abgesehen von Vorsorge- und Altersversicherungsleistungen) nicht im Vordergrund stehen; siehe etwa zur »Wahrnehmung des Alters durch das Recht« Gerhard Igl, in: Enzyklopädie der Gerontologie, Altersprozesse in multidisziplinärer Sicht, hrsg. von Andreas Kruse/Mike Martin [Bern 2004] 594f.). Was in Europa gänzlich fehlt, ist die unbelastete *Gesamtbetrachtung von rechtlichen Altersbelangen*, wie sie dem US-Recht geläufig ist; etwa Lawrence A. Frolik/Richard L. Kaplan, *Elder Law in a Nutshell*<sup>4</sup> (St. Paul, Minn. 2006) (die Themen reichen über ethische Fragen im Umgang mit älterer Klientenschaft, medizinische Behandlungs- und Versicherungsfragen, Heim- und Pflege-recht, Vormundschaft und Vorsorgevollmachten bis zu pensions- und strafrechtlichen Belangen, etwa bezüglich Diskriminierung am Arbeitsplatz; breiter angelegte Werke sehen »preventing abuse, neglect and exploitation« ebenso wie »general considerations in Estate Planning« sowie »wills and trusts« als Teile von »Elder Laws«: Cheryl Mitchell/Ferd Mitchell, *Elder Law Handbook* Vol. 26A [2007 ed.] [St. Paul, Minn. 2007] ch. 2–4).

<sup>37</sup> Ob hier aus dem *deutschen Heimgesetz* Anregung zu gewinnen wäre? Die Leistungen in »Seniorenresidenzen« (und ähnlichen Etablissements mit profanerer Bezeichnung) haben *beherbergungsvertragliche* Grundstruktur (vgl. dazu Basler Kommentar<sup>4</sup> [2007] Obligationenrecht I [-Schluep/Amstutz] Einl. Vor Art. 184ff. OR, Rz. 343ff., zitiert: Basler Kommentar [-Be-erb.]), wobei allerdings die »Betreuungsleistung« nur teilweise in freizeitgestaltend-animierenden und kulinarischen Angeboten, sondern *stärker in pflegerischer* Hinsicht gefragt ist, zu-

Recht ist wegen der wirtschaftlich prägenden Bedeutung der sehr unterschiedlichen (Alters-)Finanzierungssysteme nur beschränkt zu internationalem Austausch fähig, obwohl die alternden Babyboomer verschiedene Länder vor gleiche Fragen stellen werden, welche durchaus über die Nicht-Diskriminierungsrichtlinien von Art. 13 EG-Vertrag oder Art. 8 II der schweizerischen Bundesverfassung hinausgehender Behandlung zugänglich wären.

## b) Schutz der Persönlichkeit

Über die letzte Generation, das letzte Drittel des vergangenen Jahrhunderts hinweg, hatte das Bewusstsein für die Bedeutung persönlichkeitsrechtlicher Fragestellungen und die vielfältige Schutzbedürftigkeit des Menschen gegen ideelle Einwirkungen auf die Persönlichkeit massiv zugenommen<sup>38</sup>. Das hing zusammen mit dem technischen Ausbau (tele-)kom-

---

dem Personalkontinuität und spezifische Eignung zum Umgang mit den Gästen tendenziell höheren Anforderungen genügen muss als in einem beliebigen Touristenhotel; im Blick auf die Bedeutung der *pflegerischen* Komponente (enthaltend Anleitung, Überwachung und Wahrung persönlicher Bedürfnisse) fließen aber auch die Regeln über den sog. *gespaltenen Spitalaufnahmevertrag* ein (vgl. dazu Basler Kommentar [-Schluep/Amstutz] [diese Note] Rz. 364 ff.; ohne ärztliche Behandlung; Freiheit der Arztwahl ist geradezu Persönlichkeitsrecht); wegen der auf Dauer und Stabilität ausgerichteten Natur enthält die Beziehung zwischen Heimträger und Bewohnerschaft aber auch wesentliche *mietvertragliche* Komponenten (einschließlich der dortigen Sozialschutzgedanken bzw. Tarif- bzw. Leistungsanpassungen und Kündigung) und harrt insofern wohl einer gesetzgeberischen Ausgestaltung, indem Übervorteilungssituationen in diesem Bereich nicht geradezu atypisch sein dürften und eine Balance zwischen legitimen Anliegen einer Heimordnung und Wahrung der persönlichen Freiheit der Bewohnerschaft (vgl. dazu *Breitschmid/Reich*, Altersvorsorgevollmachten: Zeitschrift für Vormundtschaftswesen [ZVW] 2001, 160 f., u. a. mit Hinweisen zur Frage, ob »Sterbehelfer« in öffentlichen Heimen empfangen werden dürfen) fein austariert werden muss. Denkbar wäre z. B. eine *Bewilligungspflicht* zum Betrieb solcher Institutionen, ähnlich etwa bei Aufnahme von Kindern zur Adoption (vgl. derzeit Art. 316 ZGB bzw. die einschlägige Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption [PAVO], SR 211.222.338; *Frolik/Kaplan* beschreiben die kinderschutzzähnlichen Adult Protective Services, ebd. Anm. 36 419 ff.); anwendbar ist zudem fraglos die gerichtliche Inhaltskontrolle atypischer Bedingungen bzw. die *contra stipulatorem*-Klausel gegenüber übermäßigen oder persönlichkeitswidrigen allgemeinen Vertragsbedingungen. Ob aber in dieser bislang gänzlich unregelmässigen Struktur das recht paternalistisch-obrigkeitsstaatliche HeimG die ideale Vorlage wäre, bezweifle ich persönlich. Siehe allgemein zur Problematik *Th. Mannsdorfer*, Aufnahme älterer und hilfsbedürftiger Personen durch Private: ZVW 2002, 117 ff.; *A. S. Gaiser*, Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung: NJW 1999, 2311 ff.

<sup>38</sup> Die zunehmende *Individualisierung* der Rechtsordnung ist geradezu *Kulturmerkmal* (*Eugen Huber*, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts IV [Basel 1893] 281 ff., 281: »Die ganze Privatrechtsgeschichte zeigt eine andauernde Steigerung des Rechts der einzelnen Personen«; S. 297: »[...] in allen diesen Beziehungen handelte es sich um Umbildung bereits bestehender Institute im individualistischen Sinne«), könnte irgendwann im Verlauf der Entwicklungen allerdings auch zu einer (*Über-*)*Steigerung* des Individualismus führen (siehe z. B. *Lukas Gschwend*, Individualisierung als juristisches Entwicklungsprinzip?, in: Individuum und



munikativer Darstellungsformen, einer gesteigerten Tendenz zur (Selbst-) Vermarktung und generell zur Kommerzialisierung auch eher tabuisierter bzw. bislang kaum kommerzialisierbarer Bereiche.

Marlene Dietrich ist auf diese Art zur Rechtsfigur<sup>39</sup> geworden; Caroline von Monaco hat nicht nur in den Boulevard-Medien, sondern im Mainstream juristischer Diskussion ihren Auftritt gehabt, und es waren Begriffe wie Satire und Karikatur, Privatheit und öffentliche Person rechtlich zu erfassen<sup>40</sup>. Da Medien typischerweise grenzüberschreitend sind, wird zwar der Persönlichkeitsschutz nach wie vor nationalen Normen gehorchen<sup>41</sup>,

---

Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006 [Zürich 2006] 3ff., wo der Begriff der »Ego-Gesellschaft« auftaucht), die anderweitig wieder bekämpft werden muss (siehe z. B. unten vor N. 68 bezüglich der Berücksichtigung privat erbrachter Betreuungsleistungen in der erbrechtlichen Verteilungsdiskussion). Ohnehin bleibt zu bedenken, dass eine Rechtsordnung zwar (gegenüber den anderen) freiheitsbewahrend, aus eigener Sicht aber freiheitsbeschränkend ist: In diesen Kontext reihen sich die Feststellungen von *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (2001), die bereits für die Zeit eines relativ schrankenlosen Wirtschaftsliberalismus keine unbeschränkte Freiheit feststellen konnte (ebd. 275). Spannend mutet in diesem Zusammenhang auch die Zusammenstellung der sprachlichen Umschreibung von »Ansprüchen« im ZGB und im BGB in einer bei Peter Weimar entstandenen Dissertation an: *Stefan Böhler*, Der materiellrechtliche Anspruch im deutschen und schweizerischen Privatrecht (Zürich 2006) 24ff.: Inwieweit hat man Anspruch? Wozu ist man verpflichtet? An eigenen Leistungen, an Vorbereitungsmaßnahmen? Muss man klagen oder hat man den Anspruch ohnehin? Worin liegt eigentlich die Sanktion, die jene treffen müsste, welche einen Anspruch erst auf Klage hin zu erfüllen bereit sind – die sich egoistisch-passiv zurücklehnen und den Berechtigten erst mal »anrennen« lassen?

<sup>39</sup> *Susan Emmenegger*, Marlene und die »Ich-AG«, Geburt einer neuen Rechtsfigur, in: *Figures juridiques/Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier* (Zürich 2003) 209ff.

<sup>40</sup> Siehe z. B. *Martin Löffler/Reinhart Ricker*, Handbuch des Presserechts<sup>5</sup> (2005), etwa Kap. 43 Rz. 35, der auf ein weit reicheres Judikaturmaterial greifen kann, welches auf diesem Weg zwangsläufig auch die schweizerische Rechtsprechung beeinflussen dürfte, da zwar die Rechtsordnungen weder inhaltlich noch technisch harmonisiert sind, das Pressewesen in beiden Ländern aber (zwar mit unterschiedlicher Auflagehöhe und weiteren Besonderheiten kommerzieller und struktureller Art) vergleichbaren Wertungen folgt (wobei allerdings der fundamental anderen Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzrechts in Deutschland Rechnung zu tragen ist: siehe im Detail *Regina E. Aebi-Müller*, Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes [Bern 2005] Rz. 385ff. [die in N. 1 konstatierte Einbindung in den deutschsprachigen Rechtsraum ist durchaus nicht zwingend, sondern stets zu hinterfragen]).

<sup>41</sup> Bezeichnend, dass Sarkozy (als noch-nicht-Präsident Frankreichs) Berichte über eine Ehekrise in einem in der Westschweiz erscheinenden Magazin am anderen Genferseeufer in Toulon vor Gericht gebracht hat (Neue Zürcher Zeitung [NZZ] vom 18. 6. 2006 und 23. 9. 2006): der Wahlgerichtstand am Erscheinungs-, Auswirkungs- oder Wohnort ist »konsumentenschützerisch« indiziert und wird so weiterhin zu einer Prägung nach nationalem Geschmack führen (obwohl am Gerichtsstand nur wenige Hefte verkauft worden sein dürften, war das Gericht zuständig und beurteilte eine Berichterstattung, die bei weitem nicht *Carolinische* Dimensionen aufwies und in der Schweiz wohl unproblematisch gewesen wäre, als persönlichkeitsverletzend [immerhin unter Zusprechung eines Schadenersatzes von 1 €, was Rückschlüsse auf die Stimmungslage des Gerichts erlaubt]).

dürften sich allerdings sowohl berufsständisch<sup>42</sup> wie in der gerichtlichen Praxis in vergleichbaren Rechtsordnungen relativ ähnliche Standards herausbilden<sup>43</sup> – es kann ja auch nicht sein, dass britische öffentliche Plätze durch Kameras überwacht werden dürfen, kontinentale hingegen nicht<sup>44</sup>.

### c) Stiftung

Der Schutz der Persönlichkeit leitet ideal über zur Stiftung. Denn die ideale Stiftung ist ideell gesinnt, ihrerseits aber mittlerweile so industrialisiert und kommerzialisiert, dass sie zwar zu intensivem Gegenstand rechtlicher Beobachtung geworden ist<sup>45</sup>, indes ihrer Natur nach weiterhin der »Charme« im Risiko des Konstrukts liegt: Es wird ein Wesen geschaffen, das (primär) nur von Geld lebt, mit dem man die Zukunft gestaltet und

<sup>42</sup> Der schweizerische Presserat hat unlängst (Stellungnahme Nr. 9/2007) ein Printmedium gerügt, welches »alkoholexzessierende« Jugendliche interviewt und (mit ihrer Zustimmung) abgebildet und namentlich genannt hatte; dies mit der Begründung, die Zustimmung sei nicht aus freiem Willen gebildet worden, denn es hätten die Betroffenen anbergsprahlend auftreten wollen und die Tragweite ihrer Zustimmung (etwa bezüglich Lehrstellensuche) nicht erkennen können. Der journalistische Standard hätte also *Schutz des Interviewten vor sich selbst* geboten – ein erfreulicher Entscheid, welcher der Redaktion allerdings schwierig zu betätigendes erzieherisches Ermessen überträgt.

<sup>43</sup> Dass lokale Standards immer auch ihre (praktisch-faktische) Bedeutung halten werden, mag man leicht erkennen, wenn ein randregionaler Randpolitiker gegen die Lokalpresse im mikrokosmotischen Beziehungsnetzwerk des lokalen Gerichtsstands vom Leder zieht, oder wenn Gleiches auf einer höheren politischen Ebene geschieht – Rechtsanwendung erfolgt immer auch im lokalen Kontext, der nicht gänzlich »keimfrei« funktioniert.

<sup>44</sup> Siehe dazu den Beitrag von *Ralf Dahrendorf*, *Bewegungsfreiheit*, Anmerkungen zur Diskussion über Freiheit und Sicherheit: *NZZ* vom 18./19. 8. 2007, Nr. 190, S. 45: Bedeutet Persönlichkeitsschutz Schutz vor Überwachung auch im öffentlichen Raum, oder hat man dort die Grenze des Privaten nicht ohnehin verlassen? Diskutiert man eine europäische Harmonisierung, müsste über das Vorverständnis in solchen Belangen (der Standpunkt des Schreibenden ist »britisch«, entspricht aber auch der »Aufzeichnungspraxis« des Bundesgerichts: BG 14. 12. 2006, BGE 133 I 77 betr. Aufzeichnungsdauer) eine gewisse Übereinstimmung zu erzielen sein.

<sup>45</sup> Bezüglich der Kommerzialisierung siehe etwa: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, hrsg. von *W. Rainer Walz/Ludwig v. Auer/Thomas v. Hippel* (2007) – es wird die Stiftung (durchaus folgerichtig; es geht letztlich geradezu um Publikumsschutz dahingehend, dass unter Stiftung einheitlich ein gleich qualifiziertes Institut verstanden wird) denn auch »europäisiert«, siehe etwa: *The European Foundation*, hrsg. von *Klaus J. Hopt/W. Rainer Walz/Thomas v. Hippel/Völker Then* (2006), und damit neben Lokalstraßen in einem weiteren Bereich eine europäische Verknüpfung geschaffen. – Zu einem Einzelthema sei in diesem Kontext auf das durch Vereins- und Stiftungsrecht bislang nur unvollständig erfasste *Recht der Spendenorganisationen* hingewiesen (dazu das Opus magnum von *Susanne Hartnick*, *Kontrollprobleme bei Spendenorganisationen, Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA* [2006]); die Professionalisierung der Wohltätigkeit hat in diesem (a priori idealisierten und privatisierten) Bereich das Bewusstsein für *corporate governance* und ebenso professionelle Kontrolle wachsen lassen (damit keine »wohlthätigen Königreiche« entstehen), und das noch kaum beackerte Feld wird sinnvollerweise auf »überkommener« Ebene anzugehen sein.

zugleich bestimmen zu können glaubt – ein Konstrukt zudem, das, in fremde Hände gelegt, diesen Arbeit (und oft auch Ansehen und Macht) verschafft und deshalb (von den Destinatären kaum kontrollierbare Verwaltung fremder Mittel) einige Problemzonen aufweist – ideal, wenn dafür internationale Standards den Rahmen bieten. Das schweizerische Stiftungs(aufsichts)recht wird sich zumindest solcher Standards mit Interesse annehmen.

### 3. Familienrecht

#### a) Insbesondere die elterliche Beziehungskrise und Kinder

Kaum ein Rechtsgebiet knüpft derart weitläufige rechtliche Folgen an Emotionen wie das Familienrecht, und für kaum ein Rechtsgebiet ist deshalb die rechtliche Ordnung derart emotionsgeladen. Das ist nicht negativ gemeint, muss aber zum Vorverständnis der bisweilen *unbefriedigenden Ergebnisse rechtlicher Behandlung familiärer Konflikte* (im Verhältnis unter den Ehegatten und im Verhältnis Eltern-Kinder und im transnationalen/interkulturellen Kontext) vorausgeschickt werden. Denn auch das Bewusstsein für den Grundrechtsschutz im familienrechtlichen Bereich<sup>46</sup> ändert nichts daran, dass die zerstörte und gestörte Emotion belastet, und zwar die Schwächsten<sup>47</sup>. Eine (rein) *rechtliche* Lösung dafür gibt es nicht. Und die Ergebnisse empirischer Untersuchungen<sup>48</sup> und auch nicht der internationale Quervergleich<sup>49</sup> dürfen

---

<sup>46</sup> Und damit die Bedeutung etwa der EMRK (dazu auch oben N. 27): siehe etwa *Judith Wyttenbach*, Grund- und Menschenrechtskonflikte zwischen Eltern, Kind und Staat, Schutzpflichten des Staates gegenüber Kindern und Jugendlichen aus dem internationalen Menschenrechtsschutz und der Bundesverfassung (Art. 11 BV) (Basel 2006); siehe zur kulturellen Diversität des Kindeswohlbegriffs Basler Kommentar<sup>3</sup> Zivilgesetzbuch I (-*Schwenzer*) (2006) Art. 302 Rz. 6.

<sup>47</sup> Siehe aus dem kaum überblickbaren Schrifttum die Arbeiten etwa von *Judith S. Wallerstein/Julia M. Lewis/Sandra Blakeslee*, Scheidungsfolgen, Die Kinder tragen die Last, Eine Langzeitstudie über 25 Jahre (2002) (englische Originalausgabe: *The Unexpective Legacy of Divorce, A 25-year Landmark Study* [New York 2000]); *Kerima Kostka*, Im Interesse des Kindes?, Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Großbritannien und den USA (2004); *Patrick Fassbind*, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz (2006); *Linus Cantieni*, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung, Eine empirische Untersuchung (Bern 2007).

<sup>48</sup> Diese dürften in den letzten Jahren den maßgeblichsten Input zur weiteren Diskussion geliefert haben – momentan wird allerdings (nach meinem persönlichen Dafürhalten) relativ viel Fleiß und Geld dafür aufgewendet, empirisch bekannte Größenordnungen, die in anderen Staaten teils mit beträchtlichem Aufwand und schlüssigen Ergebnissen fundiert erarbeitet wurden, auch für die Schweiz noch einmal statistisch auf Kommastellen genau zu bestätigen; zudem führt eine ökonomisch-quantitative Betrachtung oft zu wenig adäquaten Ergebnissen (siehe meinen Besprechungsaufsatz »Erben in der Schweiz«, Zugl. Bespr. von Stutz/Bauer/Schmugge, Erben in der Schweiz [2007]: *successio* 2007, 202ff.). Offen bleibt, was dies den Betroffenen konkret nützt, und ob nicht eher Ressourcen für die terminlich und fachlich

nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch auf eine relativ ideale Gesetzgebung der *response* bei deutlich  $< 100$  liegt – etwas drastischer formuliert: es gibt relativ viele Rechtsunterworfenen, die zu wenig ideal sind, um ins Schema der relativ idealen Gesetzgebung zu passen, die streiten, ihren Frust loswerden, es »dem andern zeigen« wollen. Wie man sie zur Räsön bringt, wird nicht im juristischen Curriculum verraten und denn auch in den Publikationen nicht beschrieben. Auch Mediation ist nur mit nach Beratung und durch Einsicht einigermaßen mediationstauglichen Parteien in einer für den mediativen »Prozess« geeigneten, einen minimalen Spielraum beinhaltenden Konstellation möglich; ansonst kann dem Konflikt nicht ausgewichen werden: er ist da. Und wo Konflikte vorhanden sind, kann sich die Rechtsordnung nicht »verabschieden« – ein staatsfreies Familien(konflikts)recht ist insofern nicht taugliches Modell<sup>50</sup>.

---

adäquate Begleitung und Behandlung penderter Fälle (und die Prävention: z.B. niederschwellige Angebote in frühen Phasen des Konflikts; »Beziehungsspannungsentlastung« durch familienfreundliche Tagesstrukturen in Beruf und Schule; siehe oben I.2.) freizusetzen wären.

<sup>49</sup> Es dürfte das Familienrecht (neben dem Handels- und Wirtschaftsrecht) zu den »internationalsten« Gebieten des Rechts gehören, da »Globalisierung« in diesem Bereich vor allem »Migration« bedeutet. Die globalisierte Betrachtungsweise (welche den Haager Konventionen zu verdanken ist, siehe z.B.: *Globalization of Child Law, The Role of the Hague Convention*, hrsg. von *Sharon Detrick/Paul Vlaardingerbroek* [Den Haag u. a. 1999]) ist unabdingbar, für sich allein aber nicht Garant *konfliktfreier Konflikte*, und sie ist wesentlich aus jenem erhöhten Konfliktpotential entstanden, welches insbesondere interkulturelle Beziehungen zusätzlich belastet. Andererseits gelten Familien- und Erbrecht klassischerweise als stark kulturell-emotional-national geprägte und deshalb nur beschränkt harmonisierungsfähige Materie (siehe bei N. 13 und 67).

<sup>50</sup> Dass *minimal standards* für stabile Partnerschaften unverheirateter Paare (gleich welcher geschlechtlicher Präferenzen) zu Recht gefordert werden (bzw. solche Partnerschaften haftpflichtig- oder vorsorgerechtlich bereits zur Kenntnis genommen werden, z.B. Art. 20a I lit. a BVG), unterstreicht die Bedeutung von stabiler Partnerschaft (unabhängig ob Status- oder »freie« Partnerschaften) für den Rechtsfrieden und macht sie schutzwürdig. Dass die Rechtsordnung Individualität in der Diversität schützen, Vertrauen bewahren muss (oben N. 35), bedeutet im *Familienrecht*, dass zwar die *Scheidung* Alltag, die Scheidungsfolgenbewältigung Teil der (demographisch bedingt längeren) Biographie (und damit der individuellen Verantwortung für diese Biographie), die Begleitung in der Umbruchsituation je nachdem aber durchaus Aufgabe einer neutralen (ausserfamiliären, staatlichen) Instanz ist, welche individuell danach zu verfahren hat, ob der Anspruch auf Individualität oder die Verantwortung für begründetes Vertrauen auf Stabilität (zumindest temporäre: partnerschaftlich eingegangene und nur partnerschaftlich zu bewältigende Aufgaben im Blick auf Kinderbetreuung oder ein gemeinsames Unternehmen) zu schützen ist. Die bloße Gemeinsamkeit im Konsum dürfte hingegen kaum ein Feld staatlicher Stabilitätsgarantie sein. Immerhin wird aber weiterhin eine Instanz zur Verfügung stehen müssen, welche in kontroversen Situationen die objektive Abgrenzung von Individualität und partnerschaftlicher Verantwortung bzw. angesichts zunehmend temporärer Stabilität für die Bestimmung der maßgeblichen Zeitdauer übernimmt (salopp könnte man von Kündigungsfrist sprechen, wo Mieterschutz in nur teilweise ähnlich emotionaler Situation längere Schutzfristen vorsieht: man vergleiche Artt. 271–272d OR oder § 564b I BGB mit Artt. 114f. ZGB).

Zwei Grundfragen stellen sich (unabhängig von Stand und Konzeption einer Familiengesetzgebung): (1) Gibt es eine »Normalfamilie«, welche in irgendeiner Form Anhaltspunkt für die gesetzgeberische Ordnung bilden könnte, und – damit verbunden – (2) gibt es ein »Normalverhalten«, gewissermaßen eine »geprüfte Qualität«, damit problematische Situationen erkannt und im Konflikt gegebenenfalls bewertet werden könnten? Beides ist zwar klar zu verneinen; gleichzeitig aber ist festzustellen, dass der Mensch durchaus zur Familie tendiert und eine »Normal-« oder auch »Ideal-«-Vorstellung davon hat (weshalb überhaupt eheähnliche Institute für gleichgeschlechtliche Partnerschaften geschaffen bzw. die Ehe für sie zu öffnen war), und im Krisenfall ob des Scheiterns enttäuscht und allenfalls auf Kompensation des enttäuschten Vertrauens erpicht ist. Eine der (unabhängig vom Stand der Gesetzgebung) ungeklärten und wohl nicht für alle Zeiten unterschiedenen Fragen ist die Behandlung des Verschuldens in der Behandlung des Konflikts. Zwar ist mit aller Entschiedenheit Bemühungen entgegenzutreten, welche Verschuldenszuweisungen im Blick auf eine – wie auch immer verstandene – »gerechte Entscheidung« wieder einzuführen trachten<sup>51</sup>. Konflikte im Schoße des »Mikrokosmos Familie« sind sozusagen systemimmanent (unter Umständen sogar in einem positiven Sinne dynamisierend) und daher nicht von einem Einzelnen der beiden Gatten zu verantworten; der Konflikt ist von den beiden Gatten auch nicht »quotal« zu verantworten, da exogene Einflüsse mitzubedenken sind<sup>52</sup> bzw. eine nicht maximale Stressresistenz nicht subjektiv vorwerfbar ist<sup>53</sup>. Es wäre wohl gerade im Rahmen einer europäischen Harmonisierung die Diskussion darüber zu führen, wie die »Missbrauchsfälle« (die sich oft noch nicht im Zuge des eigentlichen Scheidungsverfahrens, sondern erst danach im Kontext von Konflikten um persönlichen Verkehr und Unterhalt ergeben) zu behandeln sind – ob insbe-

<sup>51</sup> Nach § 1579 BGB ist »ein Unterhaltsanspruch [...] zu versagen, herabzusetzen oder zeitlich zu begrenzen, soweit die Inanspruchnahme des Verpflichteten auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes grob unbillig wäre« (es folgen einzelne Gründe, als Generalklausel in Ziff. 6 die Formulierung, dass der auf Unterhalt klagenden Partei ein »eindeutig bei ihr liegendes Fehlverhalten gegen den Verpflichteten« vorgeworfen werden könne); diese tendieren etwas in diese Richtung, mögen allerdings als Konkretisierung der Rechtsmissbrauchsklausel verstanden werden, welche im »insbesondere« von Art. 125 III ZGB »mitzulesen« ist – der langen Rede/Zitate kurzer Sinn: Das Verschulden ist abgeschafft, »nur« das Fehlverhalten (allerdings nur ein offensichtlich schwerwiegendes und eindeutig zuzuordnendes) zu berücksichtigen. Die Formulierungen (terminologischen Windungen) belegen wohl ganz einfach, dass gänzliche Verschuldensneutralität theoretisches Desideratum, praktisch aber nach durchschnittlichen Anschauungen ohne Verletzung von Billigkeitsvorstellungen nicht radikal durchsetzbares Konstrukt ist.

<sup>52</sup> Siehe oben N. 18 bezüglich der Vereinbarkeit von beruflichen und schulischen Stundenplänen und Agenden, Betreuungs- und Erholungszeiten usf.

<sup>53</sup> Anderenfalls müsste man so weit gehen, auf ärztliches Zeugnis hin Scheidungs(folge)-kosten zumindest anteilig zu Lasten der Krankenversicherung zu fakturieren ...

sondere ein allgemeiner Rechtsmissbrauchsvorbehalt zu genügen vermag, um für die Rechtsprechung ausreichende, die Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gewährleistende Leitplanken zu setzen, bzw. welche Tatbestände in einen exemplifizierenden Katalog (vergleichbar Art. 125 II und III ZGB bzw. § 1579 BGB) aufzunehmen wären. Ohne das lokale Recht idealisieren zu wollen erscheint nach dem persönlichen Dafürhalten des Verfassers allerdings auf internationalem Parkett kein Stern am Himmel, der auf Anhieb die Quadratur des Scheidungs-Zirkels bewältigen würde – mehr als in den Stuben der Gesetzgebung dürfte in den Gerichtssälen entschieden werden, ob passable Lösungen entstehen<sup>54</sup>; auch dort bestehen allerdings Ressourcenprobleme, die bisweilen möglicherweise die Qualität der Befindlichkeit entscheidender tangieren als die Unvollkommenheit der Gesetzgebung.

#### b) Status und Nicht-Status

Die Beziehungskrise symbolisiert den havarierten Status des Status. Von Havarie zu sprechen dürfte angesichts der Scheidungsquoten (ob die nun bei einem Drittel oder der Hälfte liegen, ist dabei ziemlich irrelevant) kaum übertrieben sein. Wird gesetzgeberische Pflege des Status künftig genügen, um vernünftige Beziehungsnetzwerke unter emotional zumindest zeitweise in irgendeiner Art miteinander verbundenen Personen zu erhalten? Als staatliche Konfliktordnung für den Krisenfall wäre es doch Aufgabe der Rechtsordnung, auch unregelmässigen Beziehungen zwar nicht einen statusmäßigen Rahmen zu geben (das wäre *contradictio in adiecto*), aber auch für sie ein Netzwerk zu schaffen, das in der Krise minimal trägt. Eine Konkubinatsgesetzgebung weckt Emotionen (Italien ist dafür momentan Beispiel), doch darf man sich nicht täuschen lassen: Das ZGB kennt das Konkubinatsrecht seit Anfang 1981 (Inkrafttreten der Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, wo in Art. 397d ZGB auch »nahestehenden Personen« das Recht eingeräumt wird, ein Gericht anzurufen), und sowohl bei Stiefkinderbelangen wie auch beim außerehelichen Kind sind explizite Normen Standard (Artt. 278, 298a ZGB). Was hingegen nach wie vor fehlt<sup>55</sup>, ist eine § 1615I II BGB entsprechende Bestimmung (vgl. zu den weitgehend auf Umstandsmode beschränkten Ansprüchen Art. 295 ZGB). Und ob im Erb-

<sup>54</sup> Die Handhabung der »Billigkeitsgeneralklausel« von Art. 125 III ZGB erfährt gute Noten (z. B. Familienrechtskommentar *Scheidung* [-Schwenzer], hrsg. von ders. [Bern 2005] Art. 125 Rz. 82 a. E.), weckt allerdings durchaus anwaltliche Gelüste; z. B. die Kritik von *Catarina Nägeli/Rahel Guyer/Nik Schoch*, *Das Familienrecht: ZSR 2007 II 6 ff.*, 20 (bezüglich der gleichen Formulierung »offensichtliche Unbilligkeit« in Art. 123 II ZGB).

<sup>55</sup> und permanenter Entwicklungsprozess ist: siehe zur Ungleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder nach § 1615I II 3 BGB: BVerfG 28. 2. 2007 (1 BvL 9/04), FamPra. ch, *Die Praxis des Familienrechts 2007*, 673.

fall (namentlich bei jüngeren Paaren, deren Vermögensverhältnisse noch keine großangelegte Planungsoffensive nahegelegt, die aber doch eine wirtschaftlich eng verflochtene Gemeinschaft gebildet haben) die schiere Nicht-Teilhabe adäquat sei (Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts als Kernthema<sup>56</sup>), bleibe hier<sup>57</sup> dahingestellt, bildet m. E. aber für die absehbare Zukunft ein wichtiges Thema. Ohne klare politische Agenda – ein »günstiges Klima« – hilft allerdings weder Rechtsvergleichung mit südamerikanischen noch skandinavischen Ordnungen – mutmaßlich auch nicht eine Ordnung, die rein nur auf private Verantwortung abstellt<sup>58</sup>, da Status sonst jegliche Statur verliert – und mit ihm die Rechtsordnung.

Auch was die Bedeutung des Status (des Kindes) in Nach-Scheidungs-/ Patchworksituationen betrifft, ist aus gleichen Gründen davor zu warnen, das Heil in der Abschaffung des Status zu sehen<sup>59</sup>. Ist das Kind nicht zwingend statusmäßig bestimmten Erwachsenen zugeordnet, erhöht dies zwar seine »Mobilität« (eine Eigenschaft, die gleichermaßen vielversprechend wie zweifelhaft sein kann) und damit letztlich seine Integration in die faktische Umgebung. Dies ist zwar ausgesprochen positiv, wo die Status-Beziehung nicht (mehr) gelebt wird. »Mobilität« bedeutet allerdings auch beliebige Verschiebbar- und Verfügbarkeit, welche durch das Kindeswohl begrenzt wird. Zur Wahrung dieses Kindeswohls mag man dann Heerscharen von Kinderanwältinnen und sozialberuflichen Fachleuten einsetzen, die allerdings bei einem Vorschulkind oder Primarschüler letztlich ganz einfach kurzfristig beurteilen, dass das momentane Betreuungsumfeld genügt (und das tut es recht bald, weil eine Veränderung der bestehenden Struktur nur mit Zurückhaltung bzw. nur in Extremfällen erfolgen soll und glücklicherweise die Betreuungssituation zwar oft finanziell arg belastet, emotional aber im Rahmen der Möglichkeiten durchaus zufriedenstellend ist); was dabei zwangsläufig, entwicklungsperspektivisch bedingt (weil die Zukunft nicht absehbar ist) übersehen wird, ist die längerfristig vielfach schädliche »Monopolisierung« des Kindes: Gänzliche Preisgabe des Status fördert unter Umständen die Beliebigkeit der Kind-/Erwachsenenbeziehung und die Verfüg-

<sup>56</sup> Siehe unten nach N. 66.

<sup>57</sup> Siehe oben bei N. 50 – zur »logischen Kontrolle«: Unter jenen Voraussetzungen und in jenem Umfang, die nach gescheitertem Status noch Unterhaltsleistungen erfordern (siehe für die schweizerische Lösung Art. 125 ZGB), schiene mir nach Auflösung des Konkubinats durch Tod ein Rentenvermächtnis (bzw. eine Kapitalleistung) adäquat. Bei »außerordentlicher« Auflösung (kann man das hier sagen?) wird Nicht-Rente die Regel sein, außer es seien gemeinsame Kinder zu betreiben (soeben im Kontext der Vergleich zwischen § 1615I BGB und Art. 295 ZGB). – Siehe näher aus aktueller schweizerischer Perspektive *Nägeli/Guyer/Schoch* (oben N. 54) 8ff., Abschnitt C.

<sup>58</sup> *Ingeborg Schwenzler/Mariel Dimsey*, Model Family Code from a Global Perspective (Antwerpen, Oxford 2006) 96ff. (European Family Law Series, 12).

<sup>59</sup> Weitgehend diesbezüglich *Ingeborg Schwenzler*, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht: RabelsZ 71 (2007) 705–728.

barkeit des Kindes durch den gerade betreuenden Erwachsenen, und kann das über manche Jahre restlos abhängige Kind geradezu zur Handelsware machen, welche dem Kind nicht einfach den Status entzieht (auf diesen als solchen ist es in der Tat nicht angewiesen), aber das dokumentierte biographische Netzwerk (an »intentionalen Beziehungen«<sup>60</sup>), das zwar weit über den Status hinausreicht, diesen aber mit umfasst; Status verschafft zwar keine »eigentümerähnliche« unverrückbare Stellung in der Biographie des Kindes (man vergleiche etwa die Artt. 311/312 ZGB gegenüber grundbuchrechtlichen Bestimmungen), doch ist *auch* der Status Teil des kindlichen Beziehungsnetzwerks und seines Wissens um seine Herkunft, und es darf die durch Status *oder* faktisch geschaffene sozialpsychische Beziehung nicht ignoriert werden, ohne dass durch den Nicht-Status ein Zustand geschaffen wird, der gleichermaßen störend wirkt wie ein monopolisierter Status. Einmal mehr wird das Heil nicht in *einer* Methode, sondern in der abwägenden Beurteilung der Einzelfälle liegen.

Schließlich sei ganz prosaisch angemerkt – was in allen Staaten überzeugt –, dass der Status bzw. die verbindliche gegenseitige Unterstützung in engem Konnex mit steuerlich-sozialversicherungsrechtlichen Fragen steht: ob ein Paar oder Einzelne für Kinder verantwortlich sind oder als Paar unter sich, hat unmittelbare Rückwirkungen auf die Belastung öffentlicher Kassen<sup>61</sup> – hier wird Rechtsharmonisierung allerdings in Potenz problematisch, weil sich nicht nur Privat-, Sozial- und Steuerrecht der verschiedenen Rechtsordnungen überlagern, sondern beim Steuersystem zumindest in der Schweiz noch föderalistische Partikularismen Urständ feiern.

### c) Der Name als Symbol

Allenfalls mag das *Namensrecht* ein noch Harmonie erforderndes Gebiet sein – indes: gerade diese individuelle Nuance verleiht auch ihm die emotionale Aura, welche Gesetzgebung an sich schwierig und eine internationale Harmonisierung noch schwieriger macht. Aber Anregungen fließen sehr wohl (der momentane Stand in der Schweiz zielt auf *Namenskontinuität* Erwachsener unabhängig vom Zivilstand, mit partnerschaftlichem Namensbestimmungsrecht der Eltern für die Kinder<sup>62</sup>) – zweifelhaft bleibt einfach, ob

<sup>60</sup> *Schwenzer/Dimsey* (oben N. 58) 98f.

<sup>61</sup> Siehe *Harry D. Krause*, Comparative Family Law, in: Oxford Handbook (oben N. 1) 1120f.

<sup>62</sup> Siehe im Detail die bis 10. 10. 2007 aufliegende Vernehmlassungsvorlage mit Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 1. 6. 2007 unter <[www.parlament.ch/ed-rk-03428-bericht.pdf](http://www.parlament.ch/ed-rk-03428-bericht.pdf)> bzw. <[www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/namensrecht.Par.0001.File.tmp/ber-rk-nr-d.pdf](http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/gesellschaft/gesetzgebung/namensrecht.Par.0001.File.tmp/ber-rk-nr-d.pdf)> (1. 9. 2007; Text auch in: Zeitschrift für Zivilstandswesen [ZZW] 2007, 78), ferner aktuell *Marco Levante*, Namensänderung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts: ebd. 65 ff.



sich die ursprünglich mit dem Namensrecht verknüpfte Stabilität (generationenverbindende Kontinuität der Namensführung) erhalten lässt: Die Tonlage von Namensänderungsgesuchen erinnert oft (je nach Konstellation) eher an schönheitschirurgische Designgespräche oder Nach-Scheidungskontroversen<sup>63</sup>, und die Wichtigkeit der Gründe (Art. 30 I ZGB) ist bestenfalls subjektiv-temporär. Mit zunehmender Bedeutung von Sozialversicherungsnummern könnte allenfalls auch in diesem Bereich (nationales) öffentliches Recht die privatrechtliche Regelung überrollen. Allenfalls führt aber auch das *Bewusstsein um Abstammung* (Recht auf Kenntnis der biologisch richtigen Abstammung, künftig allenfalls medizinische, möglicherweise aber auch rein »traditionelle« Interessen<sup>64</sup>) zu Stabilisierung statt lebenszyklischer Anpassung dem Beziehungsverhalten folgend – auch hier ein Bereich, der stärker durch gesellschaftliche (außer-)rechtliche Vorstellungen geprägt wird, als dass der Gesetzgeber hoheitlich-imperativ eingreifen darf.

#### d) – und einige Besonderheiten

Es ist heikel, im Ausland zu referieren und dabei allenfalls politisch unkorrekte Voten abzugeben<sup>65</sup>. Aber gerade im Zusammenhang mit dem gänzlich fehlenden Krisennetz beim Konkubinat (als – durchaus unzumutbarem – Massengeschäft) erstaunt, welche Akribie Forschung und Gesetzgebung auf Nischenprodukte verwenden: Im Rahmen der Privatrechtsgesetzgebung bilden Personen und ihre Beziehungen die Hauptsache – Erb-, Sachen- und Obligationenrecht als Vermögensrecht haben in einem weiteren Sinne dienende Funktion; und im Rahmen der (Zweier-)Beziehung

<sup>63</sup> Insofern verknüpft mit der Status-Problematik (dazu soeben im Kontext nach N. 59): Der Name bedeutet und schafft nicht Beziehung, ist allerdings so lange ebenfalls Teil eines Beziehungsnetzwerks, als nicht mit Mündigkeit Namenswahl durch beliebige Erklärung zur Norm wird (was denkbar wäre, allerdings bedingen würde, dass entweder gänzliche Beziehungsunabhängigkeit restlose Namenswahlfreiheit ermöglicht oder aber die Wahl aus dem Kreis des Beziehungsumfelds *en connaissance de cause* getroffen werden kann).

<sup>64</sup> Zuletzt BG 28. 2. 2008, BGE 134 III 241; *Breitschmid*, Das Gut rinnt wie das Blut – oder wie Gesellschaft, Gesetz oder Individuen es wollen?, Fragen zu Erbe und (Kenntnis der) Abstammung: successio 2007, 142ff.

<sup>65</sup> Die Missachtung des islamischen Geschwisterpflichtteils im Nachlass eines seit Jahrzehnten in der Schweiz wohnhaft gewesenen pakistanischen Staatsangehörigen, der sein Vermögen einer wohltätigen Stiftung zugewendet hatte, hat mir (noch während meiner Gerichtsjahre) von lokalen pakistanischen staatlichen Stellen aus dem nordwestlichen Teil Korrespondenz in einer Tonlage beschert, welche auch die übrigen Teile Pakistans als Ferienland für den Rest des Lebens hochgradig unzumutbar erscheinen lassen – dies als Realsatire auf den Einfluss ausländischen Rechts. Siehe z.B. auch *Cyril Hegnauer*, Absehen von der Anhörung und Zustimmung des Registervaters zur Adoption bei Bedrohung des Lebens von Mutter und Kind als behördliche Notstandshilfe, Art 265c Ziff. 2 ZGB; Art. 34 Ziff. 2 StGB; ZVW 2001, 280ff., zur behördlichen Missachtung an sich zwingender Vorschriften angesichts des konkreten Risikos eines »Ehrenmords«.

stehen die Partner und ihre Kinder – schon rein statistisch – im Vordergrund, während gleichgeschlechtliche Paare und Transsexuelle zwar mit gutem Grund auf gesetzgeberisches Verständnis pochen dürfen (nichts liegt mir ferner als Diskriminierung), aber doch (werden die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote effektiv »gelebt«) die registerrechtlichen Aspekte im Vordergrund stehen – der Staat hat letztlich in erster Linie die Kinder (vorab in ihrer Entwicklung) und gegebenenfalls Partner (gegen Übervorteilung, Ausbeutung und Misshandlung) zu schützen, kaum aber die sexuelle Orientierung jener, die ihre Beziehung rechtlich qualifizieren wollen, zum Ausgangspunkt irgendwelcher Überlegungen zu machen.

#### 4. Erbrecht

Die jahrzehnteübergreifende Statik des Erbrechts dürfte sich zu einem guten Teil aus der Traditionshaftigkeit der Menschen herleiten: Erbrecht verbindet die Generationen, und es hat insofern in mehrfacher, nicht nur in rein wörtlicher Hinsicht, traditionellen Charakter<sup>66</sup>: Unterhaltssicherung und Vermögensweitergabe, zumindest in dem Umfange, in welchem auch die vorgängige Generation auf ererbtes Start- und Reservekapital abstellen konnte.

Wo liegen die absehbaren künftigen Baustellen? Familienrechtliche Überlegungen zu Bedeutung und Behandlung des Status haben erbrechtliche Auswirkungen: Die *erhöhte Lebenserwartung* in einer globalisierten, mobilen Gesellschaft ist auch auf das *Beziehungsverhalten* nicht ohne Einfluss geblieben. Möglicherweise (oder sogar: höchstwahrscheinlich) sind ja nicht die Ehen oder gar die Menschen »schlechter« geworden, sondern es ist der »Status« bei einem Leben, das sich nicht in einmaliger Fortpflanzung biologisch schon erschöpft hat, sondern mehrere Lebensabschnitte mit je eigenen Zwängen und Chancen zu Veränderung (z. B. Berufswechsel und Weiterbildung) einschließt, einfach nicht durchzuhalten, namentlich wenn in der gesellschaftlichen Beurteilung manchmal eher der Durchhaltewillen belächelt als Hintanstellung der eigenen Ansprüche gefordert wird (was eine

---

<sup>66</sup> Siehe zu solchen – bei einer rein juristischen Perspektive oft etwas vernachlässigten – Interdependenzen etwa *Sigrid Weigel*, Erbe, Erbschaft, Vererbung – Überlieferungskonzepte zwischen Natur und Kultur, in: *Trajekte* 7 (2007) Nr. 14, S. 7 ff. (Schwerpunktnummer zu »Erbe – Erbschaft – Vererbung«). – Ohne hier auf die »Erbrechtsrechtfertigungsdiskussion« näher eingehen zu können, seien die im volkswirtschaftlichen Interesse liegende, zwar bisweilen eher statisch-retardierend wirkende, oft aber doch auch beruhigende *Stabilität* und kontinuierliche *Abschbarkeit der Verhältnisse* betont: Wo der Nachlass nicht nur Konsum-, sondern auch (betriebliche) Investitionsgüter umfasst, ist »Erben« nicht einfach »Bereicherung«, sondern Pflicht (vgl. dazu aus soziologischer Sicht weitere Anregungen bei *Ghirardelli*, Die Leiden der jungen Erben, in: *Die Erbenegesellschaft* [1999] 21–32 [27 f.] [Kursbuch 135/März 1999]; ferner *Jens Beckert*, Unverdientes Vermögen, *Soziologie des Erbrechts* [2004]).

langjährige Partnerschaft – ich spreche nicht vom »Idealziel« lebenslänglich – bisweilen mit sich bringen mag). Diese Verknüpfung von (gesetzlichem) Erb- und Familienrecht bringt mit sich, dass auch das Erbrecht (einstweilen, auf absehbare Zeit hin) nur beschränkt harmonisierungstauglich erscheint<sup>67</sup>.

In der Beurteilung gesetzlicher Erbensprüche ist absehbar, dass der Druck der Pflegekosten (und die Kostenvorteile familiärer Pflege) zu einer Neuorientierung führen werden, welche den *persönlich erbrachten Einsatz von Angehörigen* quantitativ adäquat bewertet: Gefordert sind einerseits das Sozialversicherungs- und andererseits das Erbrecht; diesbezüglich ist in Deutschland am 16. März 2007 durch das Bundesministerium für Justiz ein Reformprojekt lanciert worden, das japanische Ansätze aufnimmt und sie zu europäischen Standards machen könnte, welche auch für die demographische und soziale Struktur der Schweiz restlos stimmig wären. Ob dies für die Erleichterung der Enterbung auch gilt, wage ich persönlich zu bezweifeln (dazu sogleich), während teilungerleichternde Ansätze (Stundung unter Miterben, was die Übernahme »schwerer« Objekte, z. B. einer Liegenschaft, aber auch eines Unternehmens erleichtert) vorbehaltlos zu befürworten sind<sup>68</sup> und bessere Berücksichtigung von Pflegeleistungen (dies ein Aspekt der Solidarität unter Generationen – auch in der Schweiz überwiegt privat erbrachte Betreuung bei weitem).

Sodann stehen *Eigentums- (und damit Testier-)Freiheit und Pflichtteilsrecht in einem gewissen Spannungsverhältnis*, das für Deutschland (momentan) höchstgerichtlich ausgelotet ist<sup>69</sup> – der »Match« ist zugunsten des Pflichtteilsrechts ausgegangen, was ich persönlich sehr begrüße, da dem Pflichtteilsrecht in

---

<sup>67</sup> (Siehe oben bei N. 13f): »However [...] there appears to be wide acceptance for the proposition that the law of succession is to a large extent influenced by local rules, customs, moral values, and cultural conventions. According to this view a (more) harmonized or unified law of succession is therefore neither feasible nor desirable«, *Marius J. de Waal*, Comparative Succession Law, in: Oxford Handbook (oben N. 1) 1071 ff., 1076 – das ist nicht rechtspolitisches Dogma auf Ewigkeit, sondern »gesetzgeberischer Darwinismus« in dem Sinne, als Gesetzgebung sich an die Umweltbedingungen anzupassen hat (bzw.: im demokratischen Staat vom Gesetzgeber entsprechend auf umzäunter Weide gehalten wird) und nicht in freier Beliebigkeit bzw. unter Laborbedingungen gezüchtet werden kann.

<sup>68</sup> Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass namentlich der *Blick auf die Praxis* ungewein wichtig ist: Wenn in einer deutschen Publikation etwa ein Aufsatz über »Verfügungsgeschäfte der Erbengemeinschaft im Rahmen der Nachlassverwaltung« erscheint (so *Christina Eberl-Borges*, NJW 2006, 1313 ff.), kann man sicher sein, dass dieser von Fachkreisen südlich des Rheins (die genau wie die EU gelegentlich mit dem Einstimmigkeitsprinzip hadern) dankbar aufgenommen, vielleicht zwar nicht tel quel umgesetzt, aber weiteren Überlegungen zu vergleichbaren Problemen zu Grunde gelegt wird. Die Frage ist allerdings, ob die Praxis solches in der schieren Flut von Arbeit und wissenschaftlicher Hilfestellung überhaupt wahrzunehmen vermag.

<sup>69</sup> BVerfG 19. 4. 2005, 1 BvR 1644/00, 188/03, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV) 2005, 301.

der »durchschnittlich zerstrittenen« Familie beträchtliche konfliktminimierende Wirkung zukommt: bei strengen Enterbungsvoraussetzungen bekommen (fast) alle ihre Minimalration und schleichen sich wortlos davon. Das ist zwar nicht das höchste aller Gefühle, aber eine pragmatische Bewältigung der alltäglichen Konstellationen. Indes ist die Diskussion um die Enterbungsvoraussetzungen lanciert<sup>70</sup>. Bei unter- und überdurchschnittlichen Nachlässen (und die Gesetzgebung kann nur die »Normalfälle« mit adäquatem Aufwand erfassen) bleiben aber Problemzonen: Einesteils ist der Aufwand für eine kontroverse Erbteilung beim Tod des erstversterbenden Ehegatten bei kleineren Nachlässen überproportional (wenn nicht ruinös), weshalb ein Alleinerbrecht des Überlebenden erwogen werden könnte; das zieht allerdings Bewertungsfragen nach sich und schafft unterschiedliches Recht nach Vermögenskategorien, was einige Widerstände nach sich ziehen dürfte. Differenzierung wäre auch am anderen Ende des Spektrums zu diskutieren: ob gleiche Pflichtteilsquoten auch in acht- oder höherstelligen Nachlässen Unterhaltssicherungsfunktion haben, lässt sich füglich bezweifeln. In der schweizerischen Erbrechts-*Community* scheint mir die »aktive Generation« einer *Differenzierung* (je nach Höhe des Nachlasses, aber auch danach, in welche Richtung die erblasserischen Anordnungen zielen) durchaus gewogen; interessant ist der (ähnlich bereits von Eugen Huber, dem Schöpfer des ZGB, erwogene<sup>71</sup>) im *spanischen* Recht bekannte Ansatz einer *mejora* – einer *nur unter den Pflichtteilerben* wirkenden *zusätzlichen* verfügbaren Quote, mit welcher ein *Unternehmensnachfolger*, aber z.B. auch *Enkel* privilegiert werden könnten, wo denn *ausreichend Substrat* zu solcher Verteilung vorhanden ist.

Auch innerhalb des kontinentaleuropäischen Rechts dürfte allerdings die (zunächst national zu führende) Diskussion um Prinzip und Höhe des Pflichtteils, den Kreis der Berechtigten, die Abstimmung des privatrecht-

---

<sup>70</sup> Es wird dies »die Branche« freuen, da Enterbungsprozesse sich damit überhaupt erst ernsthaft wieder in Betracht ziehen ließen. Ob das Vorgehen in den heutigen Patchworkstrukturen – mit häufigen Entfremdungen aus persönlicher und räumlicher Distanz, welche sich verschuldensmäßig kaum zuordnen lassen – empfehlenswert sei, erscheint nach meinem Dafürhalten eher zweifelhaft: Die »Benachteiligungstendenz« gegenüber früheren Familienbeziehungen ist zwar nachvollziehbar und häufig, doch erschiene gerade hier (es geht letztlich um Nachbereitung des Scheidungskonflikts [oben bei N. 50f.], der sich biographisch zuvor schon in weiterem Kontext wie Mündigen-/Ausbildungsunterhalt [Art. 277 II ZGB, § 1610 BGB]; siehe zum Problem *Alexandra Rumo-Jungo/Peter Breitschmid*, Ausbildungsunterhalt für mündige Kinder, Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Thesen, in: 3. Familienrechtstage vom 23./24. Februar 2006 in Basel, hrsg. von *Ingeborg Schwenger* [Bern 2006] 96 belastend ausgewirkt hatte) die »Koordination« mehrerer Beziehungen (die unverhandelbar Teil der beiderseitigen Biographie bilden) eher angezeigt als die »Monopolisierung« der zufällig letzten (worauf eine erleichterte Enterbung hinauslaufen würde).

<sup>71</sup> *Paul Eitel*, KMU und Pflichtteilsrecht, in: *Neue Rechtsfragen rund um die KMU*, hrsg. von *Jörg Schmid/Daniel Girsberger* (Zürich 2006) 43 ff., 84 ff.

lichen Instituts Erbrecht auf die sozial- und vorsorgerechtlichen Rahmenbedingungen eine Harmonisierung noch auf absehbare Zeit zu einer Sisyphus-Aufgabe machen. Die Harmonisierung beschränkt sich momentan auf Abwicklungsbelange<sup>72</sup> und das Bewusstsein um die Eigentümlichkeit einiger lokaler Selbstverständlichkeiten<sup>73</sup>.

## 5. Sachenrecht

Auch das Sachenrecht dürfte kaum zu den Gebieten gehören, die zu eigentlichen Großbaustellen werden: So hatte etwa Eugen Bucher bereits vor über zwanzig Jahren konstatiert (was unverändert Bestand hat), dass die Zuordnung des Eigentums eine zwingend privatrechtlich zu regelnde Frage ist, dass es aber zu allen Zeiten nur ein »relatives Eigentum« geben kann<sup>74</sup>, nämlich jenes, welches das Gericht im Streit unter den Prozessparteien der einen zuspricht. Nicht nur ist also das Eigentum dynamisch<sup>75</sup>, nämlich der Entwicklung der Umweltbedingungen und des Verständnisses der Bevölkerungsmehrheit zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgesetzt<sup>76</sup>, sondern auch noch davon abhängig, ob das Gericht die »wahren Verhältnisse« zu »erkennen« vermag.

Wenig Raum also für große Würfe oder Anregung, sondern Alltagsarbeit im Graben, wo sich allerdings neue Adern öffnen: Eigentum an Informati-

---

<sup>72</sup> Zuletzt *Daniel Lehmann*, Die Reform des Internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV-Verordnung (2006); siehe *Heinrich Dörner*, Das Grünbuch »Erb- und Testamentsrecht« der Europäischen Kommission: ZEV 2005, 137 ff.

<sup>73</sup> Während in Deutschland das Bewusstsein wächst, dass das Ehegattentestament kaum »harmonisierungsfähig« ist (*Michael Lehmann*, Die Zukunft des deutschen gemeinschaftlichen Testaments in Europa: ZEV 2007, 193 ff.), tauchen in der Schweiz plötzlich Stimmen auf, welche dieses Institut (in etwas romantisierender Perspektive, welche die Abhängigkeitssituation nicht ausreichend würdigt) übernehmen möchten (*Büchler/Dickenmann*, Das gemeinschaftliche Testament, rechtsvergleichend dargestellt mit Deutschland: *successio* 2007, 74–81). Mit welchen Immunsuppressoren die Transplantation eines solchen Instituts in einem nicht-vorbereiteten »Rechtskörper« verträglich gemacht werden müsste, lässt sich hier nicht diskutieren, zeigt aber, dass Rechtsvergleichung oft sehr punktuell und nicht systembezogen erfolgt. Mutmaßlich handelt es sich hier angesichts der historisch angelegten fundamentalen Diversitäten der Rechtsordnungen (die Einordnung einer verbindlichen bzw. vertraglichen Erbberufung ins System erbrechtlicher Gestaltung war traditionell umstritten: siehe *Coing*, Europäisches Privatrecht I [1985] 589 ff.) um eines der schwierigeren Themen der Harmonisierung.

<sup>74</sup> *Eugen Bucher*, Für mehr Aktionendenken: AcP 186 (1986) 1–73 (60f.).

<sup>75</sup> *Heinz Rey*, Dynamisiertes Eigentum: ZSR 1977 I 65 ff. – Siehe in diesem Zusammenhang auch die Darstellung bei *Hofer* (oben N. 38) 259 ff.

<sup>76</sup> Wie z. B. auch der Begriff der »guten Sitten«, siehe zu dessen Dynamisierung und Relativierung: Berner Kommentar: Schweizerisches Zivilgesetzbuch (*-Ernst A. Kramer*), Das Obligationenrecht VI, 1. Abt., 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages, Komm. zu Art. 19–22 OR, Art. 19/20 OR N 174.

on<sup>77</sup>, das Patentrecht an Erfindungen und Entdeckungen, schaffen neue Fragen, die – der gentechnologische Bezug lässt grüssen<sup>78</sup> – international gleichermaßen notwendig einheitlich geordnet werden muss(t)en, wie dies im (ebenfalls dem Sachenrecht zugehörigen, aber weit internationaler, dem Kaufrecht naheliegenden) Kreditsicherungs-<sup>79</sup> und Leasingrecht<sup>80</sup> längst indiskutabel ist: fremdfinanzierter Besitz verschafft Nutzen und überträgt das Risiko auf jene, welche das Eigentum an den Finanzierungsressourcen haben, ist also direktem Eigentum unabhängig von steuerlichen Vorteilen gewiss überlegen, wenn der Schein nicht zu teuer (konsum-)finanziert werden muss.

### III. Zusammenfassende Bemerkungen

#### 1. Fremdeinflüsse und Arbeitsalltag:

##### Zur zunehmenden Selbstverständlichkeit des naheliegenden Fremden

Vor der Diskussion darüber, was rechtsvergleichend an Inspiration gewonnen werden könnte, kommt die *Bestandsaufnahme über die Gesetzgebungsbedürfnisse*<sup>81</sup> – mithin eine zunächst nationale Aufgabe. Neben einigen Nuancierungen im Detail (nach meinem persönlichen Geschmack würde die

<sup>77</sup> Siehe z. B. *Christine Godt*, Eigentum an Information (2007).

<sup>78</sup> Siehe oben bei N. 21.

<sup>79</sup> *Barbara Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, Eine rechtsvergleichende und internationalprivatrechtliche Untersuchung (Bern 2005); Réforme des sûretés mobilières/Reforming Secured Transactions, The Uncitral Legislative Guide as an Inspiration, hrsg. von *Bénédict Foëx/Luc Thévenoz/Spiros V. Bazinas* (Zürich 2007); *Bénédict Foëx*, Sûretés mobilières: propositions pour une réforme: ZSR 2007 II 287 ff. (der seine Revisionsvorschläge als »aggiornamento« charakterisiert [337], ein Zusammenspiel der geltenden Ordnung, der gewandelten Verkehrsbedürfnisse und vergleichender Anregung).

<sup>80</sup> Zu den ungelösten Problemen diesbezüglich siehe allerdings *Daniel Girsberger*, Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing (1997) etwa Rz. 519 ff., 283 ff.

<sup>81</sup> Gesetzgebung soll widerstandsfähig sein »gegen die Tagesströmungen, die sonst nur zu sehr geeignet sind, das Recht in ewigem Durcheinander umzugestalten und nach Launen und Sonderinteressen auszuliegen.« (*Eugen Huber*, Recht und Rechtsverwirklichung<sup>2</sup> [Basel 1925] 449); es sei dieser These ein Satz aus dem Feuilleton der NZZ gegenübergestellt, welcher Frankreich betrifft, aber natürlich ein Grundproblem der populistisch betriebenen Gesetzgebungs- und Sonderinteressenmaschinerie anspricht (*Marc Zitzmann*, Das Recht der Opfer – Nicolas Sarkozys Justizreformen: NZZ vom 1./2. 9. 2007 Nr. 202 S. 49): Es »folgt eine Gesetzesreform der anderen, ohne dass die bereits bestehenden Gesetzestexte Wirkungskraft erlangt hätten – mangels Mitteln«. Die Methode verströmt immerhin großes Vertrauen in die *ratio scripta* juristischer Imperative, könnte sie aber auch »unmöglich« machen, wenn durchschaut wird, dass das Gesetz politischer Werbeslogan geworden ist. *Beat Schönenberger* (NZZ vom 29. 8. 2007 Nr. 199 S. 16) hat dargelegt, dass gesetzgeberischer Hyperaktivismus zur Haftung von Hundehaltern (nachdem ein Kleinkind zu Tode gebissen worden war) die Risiken der Haltung von Giftschlangen nicht nur ausblendet, sondern die Haftungslage im allfälligen Ernstfall erschwert: Nichts Tun

*mejora* im Erbrecht dazugehören und wären *minimal standards für die Scheidungsfolgenordnung und Nicht-Status-Beziehungen* dringlich) steht dabei die *Umsetzung gesetzten Rechts* im Vordergrund. Da neigt der schweizerische Gesetzgeber – noch dem Dualismus zwischen nationalem Privatrecht und kantonalem Prozessrecht verhaftet – dazu, den Vollzug den Kantonen zu überlassen. Ohne zentrale Bundesaufsicht ist dies in einem zunehmend harmonisierten europäischen Rechtsraum Pflege folkloristischen Kulturguts<sup>82</sup>. Durchsetzung und Vollstreckung sind Kernthemen des Rechts, auch wenn gerade im Familien- und Vormundschafts-/Erwachsenenschutzrecht brachiale Realvollstreckung außer Betracht fällt: So wie europäisches Haftpflicht- und Konsumentenschutzrecht ohne *punitive damages* funktionieren (weil das Gesamtsystem andere, teils öffentlich- bzw. verwaltungsrechtliche Behelfe kennt), lassen sich auch personenbezogene Anordnungen begleiten statt erzwingen – die Verbindlichkeit behördlicher Anordnungen ist allerdings unverzichtbar; andernfalls müsste eigentlich ein prozessualer Nichteintretensentscheid ergehen.

Sodann erschöpft sich *Rechtswissenschaft* nicht in »Gesetzgebungsfuturologie«, sondern besteht vorab in *alltäglicher Rechtsanwendung*. So betreffen etwa *Testamentsauslegung* (die Frage, wie ein an sich formbedürftiger, aber unklar oder missverständlich geäußelter Erblasserwille klargestellt werden kann<sup>83</sup>) oder die Frage, was ein *Irrtum* und seine rechtliche Folge sei<sup>84</sup>, Fragen der Verständigung unter Menschen, gleichzeitig Anwesenden oder Abwesenden, unabhängig davon, wo sie sich befinden, gelebt oder geäußert haben; Auslegung von Willensäußerungen oder Behandlung eines Irrtums sind nur beschränkt eine Frage von Rechtskultur oder sozialen Verhältnissen (wenn man einmal von Bildungsunterschieden absieht, welche aber auch innerhalb einer Rechtsordnung auftreten und nicht zu einer Ungleichbehandlung jener führen dürfen, die sich der Behelfe dieser Rechtsordnung bedienen), wären also im Grunde einheitlich zu behandeln (in welche Richtung beim Irrtum als vertrags-/verkehrsrechtlicher Frage möglicherweise größerer Druck besteht). Das Beispiel mag nur punktuell andeuten, dass »Fremdeinflüsse« im Sinne eines »copy-paste« zunehmend weniger in Frage

---

ist unter Umständen nicht Nichtstun, sondern bewahrt den Anwendungsbereich bestehenden Rechts im Rahmen von Art. 1 II und III ZGB.

<sup>82</sup> Deutlich für das bevorstehende Erwachsenenenschutzrecht, das um die nachträglich dem Vorentwurf beigefügten Verfahrensbestimmungen »bereinigt« worden ist, siehe *Christoph Häfeli*, Die Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht: ZVW 2007, 51 ff., 62.

<sup>83</sup> Offensichtlich ein »Eckpfeiler des Zivilrechts«, der aber etwa im gleichnamigen Band des *Staudinger (Staudinger [-Meyer-Pritzl]*, Eckpfeiler des Zivilrechts [2005] 1088f.) rein national behandelt wird.

<sup>84</sup> *Ernst A. Kramer*, Der Irrtum beim Vertragsschluss, Eine weltweit rechtsvergleichende Bestandsaufnahme (Zürich 1998).

kommen können<sup>85</sup>, sondern integral »das Verständnis« zu ergründen, »ein System« zu schaffen ist<sup>86</sup>.

## 2. Zur Suche nach dem Recht: der Hoffnungslosigkeit, perfektes Recht zu finden, und dem Wissen, dass alte Fragen ständig wiederkehren

Auch diese Rechtsanwendung will jedoch wissenschaftlich begleitet sein, und sie kann sich vielfach (dem System bewährter Lehre und Rechtsprechung folgend: Art. 1 II und III ZGB) auch ausländische Erfahrungen zu Nutzen machen<sup>87</sup>. Dies ist zwar nur, aber immerhin mit jenen Staaten möglich, die eine einigermaßen ähnliche gesellschaftliche Gliederung haben (Lebens- und Bildungsstandard, z.B. Vorhandensein eines sog. »Mittelstands«, demographische und kulturelle Vielfalt, Akzeptanz minimaler Standards, analog Europäischer Menschenrechtskonvention [EMRK] usw.); das könnten z.B. für Altersfragen auch die USA oder Israel, für familienrechtliche Fragestellungen bekanntermaßen der australische Raum sein. Immerhin schadet eine gewisse räumliche Nähe nicht<sup>88</sup>, und es könnten

<sup>85</sup> Siehe oben bei N. 23.

<sup>86</sup> Gerade die *Irrtumslehre* ist auch Beispiel für den interdisziplinären Zusammenhang: es wird sich wohl in absehbarer Zukunft die Frage stellen, wieweit der landläufig eher als späte Reue oder nachträgliche Unlust zu bezeichnende Irrtum nach den Kriterien neuronaler Analyse von Denk- und Vorstellungsprozessen (siehe zum – durchaus nicht primär strafrechtlich anzugehenden – Thema etwa: Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, hrsg. von Marcel Senn/Daniel Puskas [2006] unter anderem 167 ff.) noch als im rechtlichen Sinne relevant bezeichnet werden kann. Ob allerdings datenschutzrechtlich-persönlichkeitsrechtliche Überlegungen dereinst dann die objektivierte Auswertung von Gefühlsaspekten zulassen werden, oder ob es nicht weiterhin bei gerichtlicher Ermessensbetätigung (der Bedeutung des »gesunden Menschenverstands«) bleiben wird? Allerdings ist dieser »gesunde Menschenverstand« längst zur Rechtsfigur geworden (*Hans Schmid*, Vom gesunden Menschenverstand zum Judiz: SJZ 2007, 98 ff.; »gesunder Menschenverstand« würde wohl auch in einer restlos globalisiert-harmonisierten Welt noch weitestgehend lokal bestimmt werden, wenn man den allgemeinen Sprachgebrauch daraufhin verfolgt, was »in Brüssel«, in »Berlin«, »à Paris« oder »in Bern« »geleistet« werde) – zugleich ist er in einer harmonisierten Rechtswelt nach wie vor das lokalste Kriterium, nämlich abhängig von den neuronalen – und möglicherweise ja auch nicht restlos irrtumsfreien – Denkprozessen in Gerichtsköpfen. Zugleich werden in einem harmonisierten Rechtsraum die Anforderungen an eine möglichst einheitliche Rechtsprechung eher zunehmen: die größere Zahl ähnlich liegender Fälle ruft nach Standardisierung (auf diesen Effekt hatte schon *Rudolf Gmür*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch verglichen mit dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch [Bern 1965] 45, hingewiesen).

<sup>87</sup> Wenn das ZGB dem Willensvollstrecker zwei Artikel, das BGB dem Testamentsvollstrecker hingegen dreißig Paragraphen mehr widmet (Artt. 517 f. ZGB bzw. §§ 2197 ff. BGB), ist einiges einigermaßen strukturiert und muss begründet werden, weshalb die Lücke anders als im BGB geordnet gefüllt wird.

<sup>88</sup> Aus der Nähe lassen sich allerdings alltägliche Nachteile theoretisch hochgepriesener Konzepte gelegentlich etwas besser beobachten (und damit möglicherweise vermeiden).



TGV, ICE und Reisebüros für eine (letztlich auch rechtliche) Integration Europas mehr leisten als manche Politikerverlautbarung.

Außerhalb des »strengen Protokolls« – des Beitragstitels – mag man in diesem Zusammenhang anmerken, dass möglicherweise Gutenberg mehr zur Rechtsentwicklung beigetragen hat als mancher nach ihm – nicht nur wegen der Erfindung des Buchdrucks, sondern auch wegen seiner nicht wenigen Prozesse<sup>89</sup>, welche teils bereits das Problem der Unternehmensnachfolge in der einfachen Gesellschaft berührten – und dass etwa eine Ausstellung über »Die ältesten Monumente der Menschheit« im Badischen Landesmuseum<sup>90</sup> mehr oder jedenfalls Weiteres zum Bosphorus-übergreifenden (aber auch in Europa noch massiv zu fördernden) Verständnis, dass Menschsein keine nationale, keine religiöse und ohnehin keine politische Frage, sondern schlicht eine naturgegebene Vorbedingung ist, ebenso wie die Notwendigkeit, dass das in der globalisierten Welt und in der verdichtet überbauten Nachbarschaft erforderliche »Zusammenrücken« einiger harmonisierter Rechtsregeln als Teil der Menschseinskultur bedarf – Regeln, die sich bei näherer Betrachtung oft näherstehen, als man aufgrund einiger offensichtlicher Gegenbeispiele meinen würde.

Zwar reichen die Ressourcen möglicherweise weiter, als der Club of Rome in den 70er-Jahren des letzten Jahrhunderts meinte<sup>91</sup>, doch sind die nicht erneuerbaren diskussionslos endlich; es bleibt Schonung jeglicher natürlicher (Energie, Rohstoffe) wie auch menschlicher Ressourcen (Konfliktfähigkeit und Schutzbedürfnis) oberstes Ziel. Viel Liebe fließt in den Tierschutz, doch war schon im 19. Jahrhundert jener Unternehmer erfolgreich, welcher seine Transportressource (das Pferd) schonte – so wie das heute für einen LKW gilt. Dieser *sach-gerechte* Umgang mit allen irdischen Gütern ist nur teilweise im Weg nationaler oder internationaler Gesetzgebung, vorab aber im Bewusstsein von Menschen (und Unternehmen) zu verankern.

---

<sup>89</sup> Siehe: Gutenberg – aventur und kunst, Vom Geheimunternehmen zur ersten Medienrevolution, hrsg. von der Stadt Mainz (2000) 116 (zur familiären Prägung), ebd. 124 (Prozess um Ausbildungsvertrag mit Angestelltem, »Dritzehn-Prozess«), ebd. 133 ff. (Rechtshandel mit dem Partner Johannes Fust).

<sup>90</sup> Mit einem zweisprachig türkisch-deutschen Begleitband gleichen Titels, Karlsruhe 2007. – Dass vor dem Export des schweizerischen ZGB unter Justinian die Grundlage für einen weit folgenreicheren umgekehrten (oder von mir aus: dem »Normalverlauf« entsprechenden) Kulturtransfer gelegt worden war, der weit über das Rechtliche hinausreicht, zeichnet zuletzt *Georges Tate*, Justinien (2004) nach (hier zitiert aus der italienischen Ausgabe, Giustiniano [Salerno 2006] zum Codex 485 ff., 3. Teil IV) – ob nicht gelegentlich (siehe oben N. 23) doch rezipiert wird, so wie auch wir öfter postglossatorische Rezipienten waren und bleiben?

<sup>91</sup> *Dennis Meadows*, Die Grenzen des Wachstums, Bericht des Club of Rome zur Lage der Menschheit (1972) (Original: *The Limits of Growth* New York [1972]).

Als (momentanes) Ergebnis, welches nicht die Entwicklung hemmen, aber den aktuellen Zustand beschreiben soll, bleibt, dass die Entwicklung dauert. Persönlich würde ich nicht von einer »nationalen Logik der Privatrechtsentwicklung« sprechen<sup>92</sup>, sondern vom *lokalen Bemühen, einer größeren Logik der unabdingbaren Privatrechtsentwicklung gesetzgeberisch und rechtsprechend zu folgen*. Das ZGB ist zwar nationales Recht und als altes, in Gehalt und Struktur bewährtes bzw. nachgeführtes Gesetz auch etwas Denkmal<sup>93</sup>. Es ist heute allerdings nicht mehr in dem Maße Nationaldenkmal, dass es nicht berührt werden dürfte und sich einer externen Logik a priori verschließen würde – der erwähnte Art. 1 ZGB besagt das deutlich.

### 3. Die Gemeinsamkeit gleicher Fragestellungen

Zu diskutieren wäre sodann, was unter einer fortschrittlichen Gesetzgebung verstanden wird, was Ziel der Fortentwicklung sei: Besteht Fortschritt darin, alles, was neuerdings möglich ist, gesetzgeberisch zuzulassen, zu ordnen, oder besteht die Aufgabe in einer gewissen »Filterierung«?

Eine der Grundsatzfragen dabei ist, ob Gesetze die Gesellschaft entwickeln, oder sich bis zu einem gewissen Grade der Entwicklung der Gesellschaft anpassen. Das schließt unbeliebte bzw. politische Fragestellungen ein: Wieweit hat sich Recht in Verhüllung (Kopftuch) oder Enthüllung (Pornographie) einzumischen? Wann ist die Grenze überschritten? Welche Grenze? Die des »normalempfindenden/-empfindlichen Durchschnittsbürgers«? Wer ist das? Eine eher ländliche oder eine städtisch/in Agglomerationen lebende Bevölkerung? Eine religiöse oder eher konsumorientierte? Die Antwort auf all diese Frage liegt im (EMRK-verträglichen, grundrechtskongruenten) Ergebnis demokratischer Ausmarchung. Das impliziert – so formuliert –, dass ein gewisser Minderheitenschutz besteht: Verweigert die Mehrheit einer Minderheit die Rechtsausübung in diskriminierender Form, verdient das Mehrheitsanliegen keinen Respekt. Die Grenze ist allerdings fließend<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> So eine Abschnittsüberschrift bei *Kristina Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung (2004) 37; zwar mag das Thema bislang von den EU-Verträgen erst punktuell erfasst sein und sind nationale Widerstände zur Kenntnis zu nehmen, doch besteht ein Austausch an Ideen und damit eine stille Konvergenz der Entwicklungen – immerhin sind auch die USA bislang nicht über das (durchaus erfolgreiche) System von Uniform Acts hinausgekommen.

<sup>93</sup> Zum ZGB als altem, aber gebrauchstauglichem Gesetz siehe meinen Beitrag: 100 Jahre ZGB: Bewahrung, Bewahrung, Entwicklung: ZSR 2007 II 339 ff., 347 ff.

<sup>94</sup> Siehe detailliert: Familienrechtskommentar Eingetragene Partnerschaft (*-Breining-Kaufmann/Byers*), hrsg. von *Andrea Büchler* (Bern 2007) Allg. Einl. III, Verfassungs- und völkerrechtliche Aspekte, bez. gleichgeschlechtlicher Paare: dass in der Nicht-Zulassung zu Adoption und fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen eine Ungleichbehandlung besteht (ebd. N.

Ist »Fortschritt« bei Gesetzen allenfalls auch ein ausgewogenes Mittelmaß? Wann ist der größte gemeinsame Nenner von individuellem Gestaltungsfreiraum und öffentlichem Ordnungsinteresse erreicht? Setzen Gesetze nicht Grenzen, haben sie nicht Grenzen ihres (weniger bloß nationalen als kulturell-sozialen) Geltungsraums zu beachten? Was darf und soll sinnvoll weiterhin verhältnismäßig kleinräumig statt globalisiert-normiert-verflacht geregelt werden? Dass Festhalten an einer problematischen Beziehung kein Wert an sich (und die Auflösung dieser Beziehung unter Umständen positiv) ist, ändert nichts am Wert einer bestehenden Beziehung; dass die Beziehung aufgelöst werden kann (unter Umständen aufgelöst, entflochten werden soll), ändert aber nichts am fortbestehenden qualifizierten Wert gemeinsamer Elternverantwortung, die vor Monopolisierung zu schützen ist: auch unvollkommene Eltern müssen die rechtlich geschützte, durchsetzbare Chance haben, im wechselseitigen Interesse Kontaktrechte zum Kind zu wahren – es dürfte darin ein Kern europäischen Rechtsverständnisses liegen. Was bedeutet aber Generationensolidarität (wie sie z.B. in Normen über gegenseitigen Beistand, Art. 272 ZGB, und gegebenenfalls wirtschaftliche Unterstützung, Artt. 328 f. ZGB, zum Ausdruck kommt)? Darf man Eltern zwingen, ins Altersheim zu ziehen?<sup>95</sup>

Antworten zu solchen Fragen können nicht hier, können grundsätzlich nicht einheitlich und vor allem nicht mit dauernder Gültigkeit gegeben, sondern müssen stets wieder neu erarbeitet werden. Die Fragen allerdings sind als solche zu kennzeichnen, damit die Richtigkeit auch unterschiedlicher Antworten validiert werden kann. Unterschiedliche Antworten sind nämlich nicht Widersprüche, sondern Ausdruck von Differenzierung, die gerade darin liegen kann, unterschiedliche Antworten, lokale und weiter-räumige Entwicklungen parallel zuzulassen und nicht unbedingt nur ein dogmatisch-logisches Kunstwerk, sondern ein auch emotional überzeugendes Konzept zu schaffen. Es hat nämlich seit Ende des Zweiten Welt-

---

67) ist offenkundig – die Frage ist, ob es diskriminierend sei zu verweigern, was ohnehin (ohne »technische« Hilfe) nicht möglich ist: eher lässt sich also der fehlende Zugang zu fortpflanzungsmedizinischen Maßnahmen begründen als das Verbot einer Stiefadoption – eine Unterscheidung, die sich wohl grundrechtlich rechtfertigen lässt, aber kaum für alle gleichermaßen überzeugend tönt (persönlich wage ich die Bemerkung, dass Technologiewahn öfter auch Ausdruck eines gewissen Egoismus der auf hoher Technologiekulturstufe stehenden Länder ist, was Zurückhaltung eher ressourcenpolitisch, sicher aber nicht aus »moralischen« Gründen vertretbar erscheinen lässt).

<sup>95</sup> Siehe oben N. 36; aussagekräftiger als juristische Belege kann da die Rubrik Sachbücher/Belletristik sein: N. N., *Wohin mit Vater?*, Ein Sohn verzweifelt am Pflegesystem (2007) 185 – übrigens – ähnlich wie oben N. 48 – eine Spitze gegen quantifizierende (Zertifizierungs-)Systeme: »Nicht auf Zertifikate, volltönende Pflegekonzepte und Hochglanzprospekte [kommt es an]. Deshalb ist es [...] im Grunde doch ganz einfach, das richtige Heim zu erkennen: Wo Menschen gut zueinander sind, da ist ein gutes Heim.« Was wohl – als Abschluss dieses Beitrags – ganz generell zu wünschen ist.

kriegs und damit über rund zwei Generationen eine Entwicklung stattgefunden, die viele Grenzen gesprengt hat, welche im ausgehenden 19. Jahrhundert noch prägend waren: Dass bei allem nationalen Denken ein globales Bewusstsein entstanden ist, dass sich umweltpolitisch oder bei Katastrophenhilfe in zwar unterschiedlicher Intensität, aber doch immerhin manifestiert, ist ein Quantensprung. Dass alternative Lebensformen Respekt genießen, dass sich Werte nicht mehr so leicht nur imperativ (etwa kirchlich) verordnen lassen, aber dennoch Werte aus Überzeugung respektiert werden – das alles sind positive Entwicklungen, die rechtlich in verantworteter Flexibilisierung zu begleiten sind.

Worin also liegen die Fremdeinflüsse? Sind damit nur Einflüsse ausländischer Rechtsordnungen oder internationaler Harmonisierungsbestrebungen oder eine international orientierte Auslegung vereinheitlichten, harmonisierten und rezipierten Rechts<sup>96</sup> gemeint? Oder liegt nicht ein mindestens so relevanter »Fremd«-Einfluss in den Einwirkungen außerjuristischer Elemente – dem Bewusstsein etwa dafür, dass Anliegen von Familien, Älteren, der Umwelt oder der Wirtschaft nicht national, sondern (im guten und im schlechten) »globalisiert«, vernetzt und nicht lokal sind? Dass über solche Themen breit (im Doppelsinn: flächendeckend, wenn auch eher journalistisch<sup>97</sup>) berichtet wird, ist vorbereitende gesellschaftliche Diskussion zu einer Rechtsentwicklung, die zwangsläufig von ähnlichen Prämissen ausgehen wird.

Oder ist die Diskussion um eine Einführung einer *mejora* in der Schweiz<sup>98</sup> eine rechtsvergleichende Entwicklung, autonome Diskussion oder gar ein Zurückgehen auf die Materialien? Dass solche Lösungen bereits von Eugen Huber erwogen (wenn auch damals nicht umgesetzt) worden waren, in Spanien »operativ« sind und nicht Teil einer rein »deutschlandlastigen« Rechtsentwicklung<sup>99</sup> wären, könnte ihre Akzeptanz (damit aber letztlich eben doch: die Aufnahme anderer Gedanken) günstig beeinflussen.

Was sind denn überhaupt Fremdeinflüsse? Letztlich ja nur die Gedanken anderer, weil gar nicht alles auf dieser Welt selbst gedacht werden kann – lassen wir uns inspirieren (mit der gelegentlichen Freiheit, auch zu Filtrieren). Die diskursive Darstellung zeigt, dass der Gesetzgeber einem eklektisch-

<sup>96</sup> Walter (oben N. 23) 259 ff.

<sup>97</sup> Das ist nicht abwertend gemeint: Wird heute ein Thema nicht via Medien verbreitet, ist es kein Thema, und es sind Familien- und Generationenfragen (mithin: typische ZGB-Belange) gesellschaftlich und nicht nur juristisch anzugehen. Die Werke von Schirmacher, *Das Methusalem-Komplott* (2004) oder *ders.*, *Minimum* (2006) können von daher so viel bewirken wie ein weiteres Werk zum Vormundschafts- und Sozialhilferecht. Und es ist bemerkenswert, dass die Diskussion um diese Themen nicht allein im deutschen (oder englischen) Sprachraum abläuft, sondern gleiche Werke mit gleichem Grundtenor (mithin: harmonisierend) sich z. B. auch auf Italienisch finden: *Roberto Volpi, La fine della famiglia* (Milano 2007).

<sup>98</sup> Oben bei N. 71.

<sup>99</sup> Oben bei N. 1.

pragmatischen Ansatz folgt und damit gar nicht so schlecht fährt (wenn man berücksichtigt, dass Gesetze eher *tools* für Reparaturfälle und kaum kühne Architektur zur Belebung der Branche und Ergötzung der Betrachter sind).

### Summary

#### THE FURTHER DEVELOPMENT OF THE SWISS CIVIL CODE: INDEPENDENCE AND OUTSIDE INFLUENCES

The attempt by those who devise laws to maintain *independence* and resist *outside influences* within a community increasingly linked internationally and in terms of information is futile. Depending on what “level” it occurs at, “*autochthonic*” legislation is shaped by various influences. Even the Swiss Civil Code in its original version was the result of a comparative legal analysis of the cantonal laws with their various influences. Subsequent developments have affected the more practical exigencies of local areas (owning one’s apartment as a way of promoting home ownership and efficient land use) as well as ethical human issues (legal-medical references relevant to the development of the sciences). Truly new structures and themes (e.g. philanthropy, elder law) are inevitably present as themes of both international and national discussions, but are not without their problems when integrated into the local “body of law”. This is because it is a challenging task to reconcile these with existing laws (e.g. in respect of social and taxation law). There is now an increased “availability” of “law” and an increased awareness of the necessity and opportunity for planning in respect of legal relations – a positive development that does, however, call for care in order not to make it too easy to “plan legal transactions by exploiting gaps in coordination”. Other domains of “law” are – despite their changed economic, social and biographical parameters – firmly rooted in tradition; they signify and possess (above all in a referendum democracy) an emotional stability (family and estate law) that accounts for part of the acceptance of the legal system. An individualization (and with it a differentiation) of the legal system rather than resort to rigid (not merely familiar *and* family) structures, is, however, a trend that was led by *Eugen Huber* and one that will be continued (nationally and internationally) in the referendum–democratic context for various domains of the Swiss Civil Code. This, however, will no doubt happen over a period of time based more upon autonomous anticipation of – or catching up with – international developments than through impulses in terms of uniform law.