

Rechtsbehelf sei der Geldersatz, der in der Regel als Schmerzensgeld auf der Grundlage der erwähnten deliktischen Generalklausel des Art. 709 ZG unter weniger strengen Voraussetzungen als in Deutschland gewährt werde, da dieser Anspruch in Japan als weniger gravierend als ein Unterlassungs- oder Wiederherstellungsanspruch angesehen werde. Eine interessante japanische Besonderheit ist die sogenannte „Entschuldigungsanzeige“, die nach der Analyse der Verfasserin funktional dem deutschen Widerruf entspricht, aber anders als dort keinen Beseitigungs-, sondern einen Wiederherstellungsanspruch darstellt. In der Sache handele es sich mithin um einen Schadensersatzanspruch in Form der Naturalrestitution, der als zusätzliches Element die Pflicht zur Abgabe einer Entschuldigungserklärung enthalte. Aufgrund der fest in der japanischen Gesellschaft verwurzelten Akzeptanz von Entschuldigungen und der allgemeinen Erwartungshaltung, dass Fehlverhalten (auch) durch Abgabe einer Entschuldigungsanzeige gesühnt werden solle, bestünden jedenfalls im Falle von Ehrverletzungen keine verfassungsrechtlichen Zweifel an einer solchen Verpflichtung.

Als einen weiteren Unterschied in der Ausgestaltung des Persönlichkeitsschutzes in beiden Ländern stellt *Dillmann* im siebten Kapitel das Fehlen eines eigenständigen postmortalen Persönlichkeitsrechts in Japan heraus. Anders als in Deutschland könne im japanischen Recht ein postmortaler Schutz der Persönlichkeit nur mittels der Annahme einer Verletzung Angehöriger durchgesetzt werden, denn nach herrschender Auffassung fehle es nach dem Tod des Betroffenen an einem Subjekt, dessen Ehre verletzt werden könnte.

Mit Thesen und zusammenfassenden Ergebnissen schließt der Band. Zwei kurze, aber hilfreiche Anhänge mit Übersetzungen der wichtigsten im Text zitierten japanischen Gesetzesvorschriften durch die Verfasserin und ein knappes Glossar der zentralen einschlägigen japanischen Begriffe runden die Arbeit ab. Eindrucksvoll ist die umfassende Auswertung von Originalquellen, die in einem von den deutschen und englischen Publikationen gesonderten Verzeichnis „Japanische Literatur“ aufgelistet sind. Mit ihrer Dissertation hat *Dillmann* eine ebenso informative wie lesenswerte und höchst sorgfältig gearbeitete Untersuchung vorgelegt und damit einen wichtigen Bereich des japanischen Rechts für einen größeren westlichen Leserkreis erschlossen.

Hamburg

HARALD BAUM

Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective. Ed. by *Jens M. Scherpe*. – Oxford & Portland, Ore.: Hart 2012. XXIII, 518 S.

I. Das hier besprochene Werk ist im Rahmen eines von der *British Academy* finanzierten Forschungsprojekts entstanden. Durch dieses Projekt konnte die englische *Law Commission* (die Kommission, die in England und Wales die Rechtsentwicklung beobachtet und Reformvorschläge unterbreitet) auf einen rechtsvergleichenden Bericht über die Situation in vierzehn Rechtsordnungen zum Thema Eheverträge zurückgreifen (S. 5). Die Idee zu dem Buch ist denn auch infolge der speziellen englischen Rechtslage entstanden (4), zu der sehr

ausführlich referiert wird. Das erklärt auch die Einbeziehung des Rechts derart vieler *common law*-Rechtsordnungen in den Rechtsvergleich.

Das Buch enthält eine Einleitung von *Jens M. Scherpe* zu drei Punkten: erstens zum Kernpunkt des Buches, also zum Verhältnis zwischen den *default rules* des Rechts, das die vermögensrechtlichen Folgen von Eheschließung und -beendigung regelt, und der privatautonomen Gestaltung dieser Fragen. Der Leser wird darauf eingestimmt, dass der Privatautonomie in jeder Rechtsordnung Grenzen gesetzt werden, um den Ehepartnern ein Leben in Würde zu ermöglichen. Zweitens weist *Scherpe* darauf hin, dass der Vergleich der in den einzelnen Rechtsordnungen gefundenen Lösungen insofern nicht ganz einfach ist, als diese im Hinblick auf den jeweils bestehenden ökonomischen, sozialpolitischen und kulturellen Hintergrund (wie etwa Zugang zum Arbeitsmarkt, Wohlfahrtsleistungen, staatliche Kinderbetreuung) geschaffen wurden, diese außerrechtlichen Faktoren indes in der Untersuchung nur am Rande mit einbezogen werden können. Drittens erklärt er die gewählte Terminologie (*pre-nuptial*, *post-nuptial* und *separation agreements*, siehe dazu unten) und die Gründe für die Auswahl der untersuchten Rechtsordnungen und erläutert den Aufbau des Buches.

Die vierzehn Länderberichte zum *common law* und *civil law* (das schottische Recht steht als Mischrechtsordnung dazwischen) stammen von ausgewiesenen Experten auf diesem Gebiet – zumeist Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern –, die allesamt in der von ihnen dargestellten Rechtsordnung beheimatet sind. Behandelt wird das Recht in England und Wales (*Joanna Miles*, *Mark Harper*, *Brett Frankle* und *Elizabeth Cooke*), Australien (*Owen Jessep*), Österreich (*Susanne Ferrari*), Belgien und Frankreich (*Walter Pintens*), Deutschland (*Anatol Dutta*), Irland (*Louise Crowley*), den Niederlanden (*Katharina Boele-Woelki* und *Bente Braat*), Neuseeland (*Margaret Briggs*), Schottland (*Kenneth McK Norrie*), Singapur (*Wai Kum Leong*), Spanien (*Josep Ferrer-Riba*), Schweden (*Maarit Jänterä-Jareborg*) sowie die Rechtsordnungen der Vereinigten Staaten (*Ira Mark Ellman*).

Abgerundet wird die Untersuchung durch eine rechtsvergleichende Analyse von *Scherpe*, die einen systematisierten Gesamtüberblick über die verschiedenen Lösungen zu den Ehegüterrechtssystemen und der Behandlung von Eheverträgen gibt, die Relevanz einzelner *topoi* diskutiert und ein Fazit zum Schutz der Privatautonomie im Zusammenhang mit dem Abschluss von Eheverträgen präsentiert.

II. 1. Ein den Untersuchungen zugrunde liegender ausgefeilter Fragebogen (11 ff.) gewährleistet, dass in allen Beiträgen dieselben Aspekte behandelt werden: (1.) Finanzielle Folgen der Scheidung, die eintreten, wenn Eheleute keine Vereinbarung getroffen haben; (2.) Eheverträge, die vor (*pre-nuptial agreements*) bzw. nach der Heirat (*post-nuptial agreements*) eingegangen werden; (3.) Scheidungsvereinbarungen (*separation agreements*) (d. h. die Verträge, die Eheleute bei der Scheidung abschließen); (4.) IPR-Perspektiven im Zusammenhang mit Eheverträgen und (5.) eine Zusammenfassung.

Mit dem Fragebogen wird vor allem nach *topoi* gesucht (12f.). Gefragt wird in erster Linie nach den Erfordernissen, die vorliegen müssen, damit eine partei-autonome Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Folgen von Eheschließung und -beendigung wirksam wird, und es werden einige im englischen Recht vorkommende (bzw. sich langsam entwickelnde) *topoi* genannt: Höhe der

Schulden/Größe und Herkunft des Vermögens (in die Ehe eingebracht/während der Ehe geerbt oder als Geschenk erhalten); Fehlen von Umständen, die beim Abschluss des Vertrages für Druck gesorgt haben (etwa Schwangerschaft, bereits organisierte Hochzeitsfeier, Abhängigkeit vom künftigen Ehepartner wegen ausländerrechtlicher Vorschriften); umfassende Auskunft zur Vermögenslage jedes Ehegatten vor Vertragsabschluss; unabhängige Rechtsberatung, die es jedem Gatten vor Vertragsabschluss ermöglichen soll, die Wirkungen des Vertrags einzuschätzen; keine erhebliche Änderung der Lebensumstände seit Abschluss des Vertrags; keine Kinder; kein Ausscheiden aus dem Berufsleben aufgrund des Eheschlusses; Fehlen von Bedürftigkeit zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe.

Diese *topoi* sind auch für das *civil law* und Leser mit kontinentaleuropäischem Hintergrund von Interesse. Denn bei der Frage, ob nahehehlicher Unterhalt gezahlt werden soll, werden auch in den kontinentalen Rechtsordnungen Ermessensentscheide gefällt – das im Buch dargestellte österreichische Recht geht weiter und lässt den Richter auch zu den anderen finanziellen Folgen nach seinem Ermessen entscheiden (*Ferrari*, 54); auch das schwedische Recht kennt entsprechende Mechanismen (*Jänträ-Jareborg*, 391 ff.). Zwar kennt das *civil law* einen Allgemeinen Teil des Privatrechts und hat somit einen reichen Fundus an allgemeinen Prinzipien, aus dem der Richter schöpfen kann. Allerdings mag der Richter gerade beim Ermessensentscheid, der eine objektiv angemessene Entscheidung des Einzelfalles aufgrund der Würdigung aller konkreten Umstände darstellt, den Hinweis auf einen bestimmten *topos*, der dem allgemeinen Prinzip zugrunde liegt, zu schätzen wissen.

2. Klar wird die Bedeutung dieser *topoi* allerdings nur, wenn die Regeln des englischen Rechts bekannt sind; daher (und weil das englische Recht den Ausgangspunkt für Lösungen der übrigen *common law*-Rechtsordnungen bildet, von dem sich diese je nachdem mehr oder weniger entfernt haben) ist es für den Leser mit *civil law*-Hintergrund wichtig, den Bericht zum englischen Recht und seinen spezifischen Problemen zuerst zu lesen. Daher ist es schade, dass im Buch die Berichte nach dem Länderalphabet angeordnet sind. Da das Werk im Jahr 2012 publiziert wurde, ist bezüglich des Berichts von *Cooke* zu den Reformen des englischen Rechts zu beachten, dass die Reformbestrebungen seitdem ausgedehnt worden sind und der Bericht dies nicht reflektieren konnte. Das mittlerweile abgeschlossene Projekt der *Law Commission* ist jetzt mit „Matrimonial Property, Needs and Agreements“ bezeichnet; der aktuelle Stand findet sich auf der Website der *Law Commission*;<sup>1</sup> die Publikation der endgültigen Reformvorschläge der *Law Commission* erfolgte am 27. Februar 2014. Da es auch für den Leser dieser Buchbesprechungen nützlich ist, von diesem Aspekt des englischen Rechts eine Vorstellung zu bekommen, und weil darauf verschiedentlich Bezug genommen wird, dazu kurz Folgendes:

Die Ehe hat im englischen Recht keine Auswirkungen auf die Vermögensverhältnisse der Ehegatten. Weil dies – zumindest bei Auflösung der Ehe – sehr oft als unfair empfunden wird, sind für solche Fälle einige Korrektive (im *Mat-*

<sup>1</sup> Siehe <<http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm>>; <[http://lawcommission.justice.gov.uk/news/Press\\_notice\\_financial\\_provision.htm](http://lawcommission.justice.gov.uk/news/Press_notice_financial_provision.htm)>.

*rimonial Causes Act 1973* sowie im Fallrecht) entwickelt worden, die nicht umgangen werden dürfen. Eheverträge werden daher mit sehr weitem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände auf *fairness* überprüft (*ancillary relief*). Sind sie unfair, werden sie durch richterliche Anordnungen ersetzt. Dabei spielen die oben genannten *topoi* eine entscheidende Rolle.

Diese Rechtslage stößt auf Kritik, weil Ergebnisse nur schwer vorhersehbar sind. Die *topoi* leiten zwar an, sie sind aber, ihrer Natur entsprechend, Argumente, die eine richterliche Abwägung erfordern; sie machen sie nicht etwa überflüssig. Insbesondere wird bemängelt, dass sich das Fallrecht in folgenden wichtigen Punkten noch nicht zu klar umrissenen Regeln verdichtet hat: (1.) Da im englischen Recht ein eigentliches Ehegüterrecht fehlt, wird erst allmählich zwischen „ehelichem“ (und damit grundsätzlich teilbarem) Vermögen und (grundsätzlich nicht teilbarem) „Eigentum“ unterschieden; vielmehr wird, jedenfalls bei wenigem Vermögen und Bedürftigkeit auf Seiten eines Ehegatten, alles „in einen Topf geworfen“ und verteilt. (2.) Ferner ist unklar, wann bei einem Ehegatten *need* vorliegt, das wichtigste Kriterium, um Vermögenszuteilungen anzuordnen. Richter sind folglich nach geltendem englischen Recht ziemlich frei darin, das Vermögen zwischen den Ehegatten aufzuteilen und Eheverträge, die dies verhindern sollen, auszuschalten. Allerdings ist seit dem Urteil *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)*<sup>2</sup> klar, dass Eheverträge, die von informierten Parteien freiwillig eingegangen worden sind, vom Gericht grundsätzlich geschützt werden.

Das englische Recht soll – trotz der vielversprechenden Entwicklungen im Fallrecht – in diesem Bereich künftig weniger *topisch* werden: Mit den Reformen sollen Eheverträge, unter bestimmten Voraussetzungen, nicht mehr im Rahmen des *ancillary relief* mit vollem richterlichen Ermessen auf *fairness* überprüft, sondern wie gewöhnliche Verträge behandelt werden.<sup>3</sup> Das heißt, feste (re) Kriterien sollen den Ermessensentscheid überflüssig machen.

*Miles* (121) sieht in der Reform einen Weg, die rechtlichen Lösungen transparenter und demokratischer zu gestalten, als wenn die Rechtsentwicklung allein dem *Supreme Court* überlassen bliebe. Es ist meines Erachtens verständlich, dass die Rechtsentwicklung in diesem heiklen Bereich beschleunigt und damit nicht der etwas zufälligen Entwicklung von Fall zu Fall überlassen werden soll. Außerdem kann der Richter nicht darüber entscheiden, den *ancillary relief* und damit seine eigene, ermessensbasierte Rechtsprechungsbefugnis in diesem Bereich auszuschalten. Allerdings bringen Reformen auch Gefahren mit sich: Das Recht ist eine *topische Disziplin*; das *common law* verwirklicht sie meines Erachtens besser als jedes andere Recht (was natürlich seinen Preis hat), und es wäre äußerst bedauerlich, wenn die Reformen zu einer Verkrustung in diesem Bereich führen würden. Das australische Recht zeigt sehr schön auf, wie es nicht gemacht werden sollte (dazu *Jessep*, 26 ff.). Es ist schade, dass die englische *Law Commission*, die das Für und Wider in Bezug auf Reformen im Bereich des Ehevertragsrechts mit sehr viel Fingerspitzengefühl gegeneinander abgewogen hat-

<sup>2</sup> *Radmacher (formerly Granatino) (Respondent) v Granatino (Appellant)* [2010] UKSC 42, 75.

<sup>3</sup> *Elizabeth Cooke*, Pre-nups and Beyond – What is the Law Commission up to Now?, *Fam Law* 2012, 323.

te (dazu der überaus lesenswerte Bericht von *Cooke*, 148 ff.), sich mit ihren sehr differenzierten Positionen nur zum Teil durchsetzen konnte.<sup>4</sup>

III. Das Buch erscheint zum richtigen Zeitpunkt. Es ergänzt die mittlerweile reiche, in aller Regel<sup>5</sup> aber lediglich auf das europäische Recht und auf das Ehegüterrecht<sup>6</sup> ausgerichtete Literatur und weitere Projekte. So informieren auch die europäischen Notare seit dem Jahr 2012 auf einer von der Europäischen Kommission mitfinanzierten Website über die verschiedenen Güterrechtsformen und die Möglichkeiten, Eheverträge abzuschließen.<sup>7</sup> Auch auf der legislativen Ebene tut sich Bedeutsames: Deutschland und Frankreich haben ein Abkommen über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft abgeschlossen, das am 1.5.2013 in Kraft getreten ist.<sup>8</sup> Dem Abkommen kann jeder EU-Mitgliedstaat beitreten (Art. 21). Außerdem existiert ein „Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts“, der dem Europäischen Parlament zugeleitet wurde.<sup>9</sup> Von der *Commission on European Family Law* sind zudem vor kurzem die *Principles on Property Relations between Spouses* erarbeitet worden,<sup>10</sup> die auf 26 Länderberichten basie-

<sup>4</sup> Siehe dazu den Final Report vom 27.2.2014 unter <<http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc343--matrimonial-property.pdf>>.

<sup>5</sup> Siehe zu diesem Thema *Nina Dethloff*, Contracting in Family Law – A European Perspective, in: *The Future of Family Property Law in Europe*, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Jo Miles/Jens M. Scherpe (2011) 65; zum englischen Recht *Nigel Lowe*, Prenuptial Agreements, The Developing English Position, in: *FS Walter Pintens* (2012) 867 sowie (vorwiegend zum italienischen Recht) *Salvatore Patti*, Ehegüterstand und Privatautonomie, ebd. 1079.

<sup>6</sup> Um nur einige zu nennen: *Katharina Boele-Woelki/Frédérique Ferrand/Cristina González Beilfuss/Maarit Jänterä-Jareborg/Nigel Lowe/Dieter Martiny/Walter Pintens*, *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses* (2013); *Éric Fongaro*, Vers un droit patrimonial européen de la famille?, *La Semaine Juridique – Notariale et Immobilière* 2013, Nr. 15, S. 27; *Walter Pintens*, Matrimonial Property Law in Europe, in: *The Future of Family Property Law* (vorige Fn.) 19; *European Family Law in Action*, Bd. IV: *Property Relations between Spouses*, hrsg. von Katharina Boele-Woelki/Bente Braat/Ian Curry-Sumner (2009); der Beitrag von *Margaret Ryznar/Anna Stępień-Sporek*, A Tale of Two Federal Systems, *Cardozo J. Int. Comp. L.* 21 (2013) 589 setzt sich sowohl mit den Entwicklungen im Recht der Vereinigten Staaten als auch mit jenen in Europa auseinander.

<sup>7</sup> Abrufbar unter <<http://www.coupleseurope.eu>>.

<sup>8</sup> Abkommen vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinnngemeinschaft, BGBl. 2012 II 178, 180; siehe dazu die Erläuterungen des Bundesjustizministeriums, abrufbar unter <[www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17\\_wp/WahlZugewinnngem/erlaeuterungen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Downloads/DE/Bibliothek/Gesetzesmaterialien/17_wp/WahlZugewinnngem/erlaeuterungen.pdf?__blob=publicationFile)>.

<sup>9</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen im Bereich des Ehegüterrechts, KOM(2011) 126 endg.

<sup>10</sup> Siehe dazu *Katharina Boele-Woelki*, Ziel und Wertvorstellungen der CEFL in ihren Prinzipien zum Europäischen Familienrecht, in: *FS Pintens* (Fn. 5) 167; *dies./Maarit Jänterä-Jareborg*, Initial Results of the Work of the CEFL in the Field of Property Relations Between Spouses, in: *FS Pintens* (Fn. 5) 47; *Katharina Boele-Woelki*, *The Principles of European Family Law: its aims and prospects*, *Utrecht L.Rev.* 1 (2005) 160.

ren.<sup>11</sup> In vielen Rechtsordnungen wird das Familienrecht revidiert oder ist vor kurzem reformiert worden (siehe z.B. *Boele-Woelki/Braat*, 245 ff. zu den jüngsten niederländischen Reformen).

Das Thema und damit auch das Buch, soweit es *topoi* enthält, also Gesichtspunkte, aus denen Argumente geschöpft und rechtliche Lösungen erarbeitet werden können, ist folglich nicht nur mit Blick auf die Frage der Reformbedürftigkeit des englischen Rechts aktuell. Es ist allerdings auch für denjenigen interessant, der sich zu grundsätzlichen Fragen des Rechts Gedanken machen möchte, wie etwa darüber, welche Vor- und Nachteile richterliche Ermessensentscheide gegenüber Entscheiden haben, die der Richter durch Subsumtion unter eine generell-abstrakte Regel fällt, und (damit zusammenhängend) ob es Möglichkeiten gibt, den richterlichen *ex post*-Kontrollmechanismus zumindest teilweise durch *ex ante*-Kontrollmechanismen zu ersetzen.

IV. Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, wie viel Privatautonomie Eheleute bei der Ausgestaltung ihrer güterrechtlichen Belange genießen sollen. Aufgrund der Berichte zu vierzehn Rechtsordnungen kommen sehr viele Argumente, *topoi*, zusammen, anhand derer sich das Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gerechtigkeit wunderbar ausloten lässt. *Scherpe* nimmt denn auch in seiner rechtsvergleichenden Analyse am Ende des Buchs auf viele dieser Argumente Bezug und untersucht ihre Bedeutung. *En passant* liefert das Werk zudem Anschauungsmaterial zu allgemeinen Fragen des Rechts: der Gegensätzlichkeit und Interdependenz von *Topik* und Systematik und (damit verbunden auch) der Frage nach der Möglichkeit, die Funktion des Richters durch *ex ante*-Kontrollmechanismen teilweise zu ersetzen. Es ergibt sich folgendes Bild:

1. Völlige Freiheit wäre fehl am Platz, denn Verlobte und Ehepartner handeln nicht wie gewöhnliche Vertragspartner. Jeder nimmt vom anderen an, dass ihm das beiderseitige Wohlergehen am Herzen liegt (siehe dazu *Ellman*, 427 m. w. N.). Außerdem geht keiner der Partner davon aus, dass die Beziehung scheitern wird. Folglich fehlt es an der bei gewöhnlichen Vertragspartnern vorliegenden kritischen Haltung, oder es wird davon abgesehen, entsprechend zu handeln (427). Die Partner sehen zwar voraus, dass sich ihre Lebensumstände im Verlauf der Zeit ändern werden, indes können sie nicht wissen, wie sich das auf ihre Beziehung auswirken wird (*Cooke*, 149; *Ellman*, 428 f.). Dies alles erschwert es den Partnern, die Folgen des Ehevertrages einzuschätzen (429). Aus diesem Grund sind die Schwellen für die richterliche Umgestaltung von Eheverträgen tiefer zu setzen als bei gewöhnlichen Verträgen (deutlich zurückhaltender z.B. das französische und das belgische Recht, *Pintens*, 78, 82), oder es wird etwa (in den *common law*-Rechtsordnungen) versucht, einen Teil der genannten Probleme durch gegenseitige Auskunftspflichten zum Vermögen (dazu zusammenfassend *Scherpe*, 495 ff.; *Cooke*, 151 f.) und die Pflicht zur Inanspruchnahme von Rechtsberatung (dazu *Scherpe*, 491 ff.; *Cooke*, 152) zu eliminieren. Es ist indes fraglich, ob dies wirklich helfen kann; denn wo die Eheschließung keine sofortigen Auswirkungen auf die Eigentumsverhältnisse der Eheleute hat, sondern lediglich einen Anspruch schafft, bei der Eheauflösung die Hälfte des

<sup>11</sup> Siehe die Länderberichte unter <<http://ceflonline.net/property-relations-reports-by-jurisdiction/>>.

ehelichen Vermögens zu erhalten, ist die Auskunft über Vermögenspositionen, die sich bis zum Zeitpunkt der Auflösung der Ehe noch ändern können, nicht von großer Bedeutung (so *Jänterä-Jareborg*, 388f. zum schwedischen Recht). Auch das neuseeländische Recht differenziert daher und fordert eine präzise Auskunft nur bei *separation agreements* (*Briggs*, 270, 278f.). Rechtsberatung bewirkt nicht, dass sich die Partner besser vorstellen können, wie sich ihr Leben entwickeln wird. Sie kann lediglich zu einem Teilaspekt eine Warnwirkung haben (ebenso *Cooke*, 149; *Scherpe*, 516). Zudem kann das Einhalten dieser Erfordernisse nicht verhindern, dass Partner trotzdem objektiv unvernünftig handeln.

Solche *ex ante*-Kontrollmechanismen funktionieren also weniger gut als erhofft – ein Ersatz für den richterlichen Ermessensentscheid können sie nicht sein. Am Beispiel des australischen Rechts wird dies besonders deutlich, auch weil es noch auf einen unzureichend konzipierten (und, wie bereits aufgezeigt wurde, ohnehin bloß teilwirksamen) *ex ante*-Kontrollmechanismus setzte: Im Jahr 2000 wurde mit einer Reform versucht, die richterliche ermessensbasierte Kontrolle bei Eheverträgen zu ersetzen, indem den Rechtsanwälten für die Beratung der Ehegatten derart viele Pflichten aufgebürdet wurden, dass diese ihre Kooperation aufgrund des großen Haftungsrisikos verweigerten. Spätere Reformen haben dieses Problem zwar behoben, dafür aber neue geschaffen (dazu detailliert *Jessep*, 35 ff.).

2. Im Bericht zum schwedischen Recht wird im Kontrast zu den Reformbestrebungen im englischen Recht, bei denen das richterliche Ermessen (zu) weitgehend ausgeschaltet und durch andere Mechanismen ersetzt werden soll, gefordert, dass Eheverträge anhand des richterlichen Ermessens vermehrt angepasst werden sollten, mithin der Grundsatz *pacta sunt servanda* weniger zum Tragen kommen sollte (siehe dazu auch das österreichische Recht, *Ferrari*, 61 f.). Allerdings wird mit einer starken (d. h. ermessensbasierten) richterlichen *ex post*-Kontrolle auch ein anderes richterliches Selbstverständnis notwendig (*Jänterä-Jareborg*, 401). Richtern wird sehr viel zugemutet, wenn sie ohne ein engmaschiges normatives Sicherheitsnetz sachgerechte Ergebnisse erzielen sollen. Das englische *common law* verlässt sich da auf das Beherrschen der *techné* des Problemdenkens durch seine Richter, auf die optimale Aufgabenteilung zwischen ihnen und den Prozessanwälten im Prozess sowie auf die Begrenzung der Anzahl der Fälle, die dafür sorgt, dass jedenfalls die höheren Gerichte nicht mit Fällen überschwemmt werden. So können die Richter ihre wertvolle Zeit tatsächlich für die Rechtsentwicklung nutzen. Der *civil law*-Richter wird dabei hingegen, soweit es geht, auf die Prinzipien des Allgemeinen Teils seines Privatrechts zurückgreifen und diese aufschlüsseln. Es ist ihm allerdings lieber, wenn er klarere Vorgaben hat. Der *civil law*-Richter bevorzugt Systematik. Solche Faktoren müssen berücksichtigt werden, wenn Richter mehr Ermessensentscheide fällen sollen.

3. Der Beitrag zum Recht in Singapur (*Leong*) wirft die in diesem Kontext wichtige Frage auf, ob die (vermeintliche) Vorhersehbarkeit von Ergebnissen aufgrund von normenbasierten Entscheiden tatsächlich zu weniger Rechtsstreitigkeiten führt, und kommt gerade zu einem gegenteiligen Ergebnis: Unvorhersehbarkeit zwingt die Parteien dazu, eine wirklich faire Lösung auszuhan-

deln, und dies wiederum mache den Gang zum Gericht überflüssig oder führe zu sachgerechteren Rechtsstreitigkeiten, denn das Gericht entscheide direkt die Frage der *fairness* (Leong, 346). Damit wird auf eine juristische Binsenwahrheit hingewiesen, die jedoch nicht oft genug wiederholt werden kann: Normen können dem Richter die Aufgabe, gerecht zu entscheiden, nicht abnehmen; denn er ist kein Subsumtionsautomat, seine Disziplin bleibt stets topisch. Rechtliche Ergebnisse sind daher, sowohl im *civil law* als auch im *common law*, nur annäherungsweise vorhersehbar (dies zeigt z. B. auch der Beitrag zum deutschen Richterrecht, Dutta, 174 ff.).

4. Der Bericht zum englischen Recht weist auf den wichtigen Aspekt hin, dass die richterlichen Korrekturmöglichkeiten besonders wichtig sind, wenn der Vertrag sich auf das gesamte Vermögen beziehen kann (mithin kein „Pflichtteil“ besteht), sodass ein Ehegatte, ohne den richterlichen Schutz, völlig leer ausgehen könnte. Je geringer also der Anteil am Vermögen ist, um den es in der Vereinbarung geht, desto eher kann die Vertragsfreiheit zum Zuge kommen (siehe dazu Cooke, 155; Scherpe, 501). Das ist der Grund, weshalb wirtschaftliche Verträge von den Vertragspartnern in aller Regel frei vereinbart werden können. Dieses Prinzip drückt zum Beispiel im Schweizer Recht Art. 27 ZGB aus: Niemand kann sich rechtsgültig seiner Handlungsfähigkeit, das heißt der Existenzgrundlage begeben. Das englische Recht befolgt dieses Prinzip im Zusammenhang mit der Frage der richterlichen Korrigierbarkeit von Eheverträgen nicht nur gestützt auf Gesetzesrecht, sondern auch mit folgendem, bereits eingangs genannten Argument: Von einem Ehegatten kann nicht angenommen werden, er wolle dem anderen die Existenzgrundlage entziehen<sup>12</sup> – damit wird im englischen Recht mit der Rechtsfigur der *implied terms* gearbeitet, ein entsprechender Wille wird fingiert und so Gerechtigkeit formell mit dem Prinzip der Vertragsfreiheit versöhnt.

5. Der Bericht zum schottischen Recht betont hingegen die Bedeutung der *procedural justice*, die beim Eingehen von Verträgen einzuhalten ist, im Gegensatz zur *substantial fairness* zum Beispiel des englischen Rechts, die eher danach fragt, ob mit dem Ehevertrag ein faires Ergebnis vorliegt (Norrie, 306). Das neuseeländische Recht geht in dieselbe Richtung wie das schottische Recht (Briggs, 272). Dies führt dazu, dass Eheverträge eher Bestand haben, da die *certainty as to status* wichtig ist (274). Aspekte der materiellen Gerechtigkeit werden indes auch dort nicht außer Acht gelassen.

6. Neben den genannten dogmatischen Gründen, die die Schwellen für die richterliche Umgestaltung von Eheverträgen niedriger ansetzen als bei gewöhnlichen Verträgen, besteht aber vor allem auch ein sozialpolitischer Grund, der einem „Vertrag zuungunsten eines Dritten“ entgegensteht. Denn nicht selten unterschreibt der schwächere Ehegatte, in der Regel die Frau, einen für ihn oder sie unvorteilhaften Vertrag, ginge im Falle der Scheidung also leer aus und würde dann auf Kosten des Steuerzahlers zum Sozialfall – kein Staat wünscht sich dies (Schweden und Neuseeland scheren hier etwas aus, indem sie im Hinblick auf die staatlichen Sozialleistungen zurückhaltend bei der Festsetzung von Unterhaltsleistungen sind, Briggs, 266; Jänterä-Jareborg, 377 f.). Überdies sind

<sup>12</sup> Radmacher (formerly Granatino) [2010] UKSC 42, 81.



Kinder davon betroffen, wie der sie betreuende Ehegatte, in der Regel die Frau, finanziell dasteht, denn davon hängt ihr Lebensstandard ab. Ein Ehegatte, der mangels nahehelichen Unterhalts wieder erwerbstätig werden muss, kommt nicht umhin, für eine Betreuung der Kinder zu sorgen. Das kann bei sehr kleinen oder behinderten Kindern problematisch sein. Kindesunterhalt und staatliche Kinderzulagen können nur zum Teil kompensierend wirken. Der Staat muss also überlegen, wie er Armut von Kindern geschiedener Eltern, die nicht selten zu schlechter Schulbildung, Jugendarbeitslosigkeit und zu anderen Problemen wie etwa Jugendkriminalität führt, mit entsprechenden Mechanismen möglichst verhindern kann. Kinder geschiedener Eltern sind ohnehin deutlich gefährdeter, sozial abzurutschen, als Kinder aus intakten Familien.<sup>13</sup>

7. Abschließend sollen noch die Positionen aufgezeigt werden, die sich der Frage widmen, ob zwischen *pre-marital*, *post-marital* und *separation agreements* zu unterscheiden sei. Der Bericht zum Recht in den Vereinigten Staaten (bzw. zu den *ALI Principles*) gibt Anlass zu der Überlegung, ob *pre-marital agreements* und *post-marital agreements* grundsätzlich unterschiedlich behandelt werden sollten, da das Näheverhältnis stärker ausgeprägt sein kann (was dazu führen könnte, dass ein Ehegatte den anderen stärker ausnutzt) und der Druck in der Regel höher ist, wenn Eheleute verhandeln, als wenn dies Verlobte tun (*Ellman*, 429 ff.): Wenn sich etwa die wirtschaftliche Position eines Ehegatten während der Ehe verschlechtert hat, weil dieser Ehegatte davon ausgegangen ist, die Ehe bleibe bestehen, könne das drohende Ende der Ehe diesen Ehegatten gefügig machen. Auf den ersten Blick leuchtet die Differenzierung ein. Meines Erachtens darf man allerdings nicht außer Acht lassen, dass auch Verlobte unter Druck stehen und einander genauso verbunden sein können wie in einer Ehe, so etwa bei einer Schwangerschaft: Mag es für eine Mutter heutzutage glücklicherweise nicht mehr überall auf der Welt stigmatisierend sein, ihr Kind allein aufzuziehen, so ist doch die Kraft, die das in ökonomischer und personeller Hinsicht erfordert, eine deutlich größere, als wenn ein Ehepartner vorhanden ist. Auch das englische Recht differenziert nicht,<sup>14</sup> weil es keinen Unterschied sieht zwischen der Situation, wenn der Ehevertrag einen Tag vor Eheschließung unterschrieben worden ist, und derjenigen, wenn der Vertrag einen Tag nach Eheschließung eingegangen wurde (*Miles*, 102).

8. Das neuseeländische Recht weist bezüglich der *separation agreements* auf einen interessanten, meines Erachtens richtigen Punkt hin: Weiche ein solcher Vertrag stark von den gesetzlichen *default rules* ab, so könne dies ein Indiz dafür sein, dass der Vertrag ungerecht sei (*Briggs*, 278). Die zugrunde liegende Idee wird wohl sein, dass emotionale Spannungen und wirtschaftliche Schwierigkeiten im Zeitpunkt der Scheidung dazu führen können, dass – obwohl Klarheit bezüglich aller Positionen besteht und Ehegatten einander in der Scheidungsphase mit einer kritischen Distanz begegnen – die Eigenschutzmechanismen vermutlich dennoch nicht funktionieren (siehe zum spanischen Recht *Ferrer-Riba*, 366). Daher weist eine einseitige finanzielle Belstung, die nicht durch eine

<sup>13</sup> *Lynn D. Wardle*, Reconciling Private Autonomy and Public Interests in Family Law, in: FS Pintens (Fn. 5) 1747, 1753 f.

<sup>14</sup> *Radmacher (formerly Granatino)* [2010] UKSC 42, 57 ff.

entsprechende Aufgabenentlastung in der Ehe gerechtfertigt ist, darauf hin, dass eine Ungleichgewichtslage bei der Verhandlung bestanden hat, die zu einem ungerechten Ergebnis führt. Das wiederum ruft nach starker richterlicher Kontrolle. *Scherpe* steht dieser neuseeländischen Position hingegen kritisch gegenüber (513f.), da sie im Gegensatz stehe zu den Lösungen in denjenigen anderen Rechtsordnungen, die die richterliche Kontrolle bei Scheidungsvereinbarungen deutlich restriktiver als bei den anderen Eheverträgen zum Zug kommen lassen.

V. Fazit: Das Buch ist eine Bereicherung, sowohl für den Wissenschaftler als auch für den Praktiker. Allerdings muss vor allem der Letztere darauf achten, dass das Familienrecht sich gerade rasant entwickelt – wobei ihn die Lektüre des Buches ohnehin nicht davon entlasten kann, ausländische Kollegen einzuschalten, wenn ein entsprechender Fall zu lösen ist.

Die Darstellung von vierzehn klug ausgewählten Rechtsordnungen (zu den Kriterien der Auswahl 4ff.) bringt den Leser auf viele Ideen. Die Einrahmung der Länderberichte durch die Einführung und den rechtsvergleichenden Schlussbericht von *Scherpe* ist sehr gelungen. Damit wird der Leser an die wichtigen Themen herangeführt. Seine rechtsvergleichende Zusammenfassung und Analyse gibt zudem einen schönen, systematisierten Überblick über die Lösungen der im Buch dargestellten Rechtsordnungen, nach den eingangs genannten, vom Fragebogen vorgegebenen Themen – das hilft, das Wichtigste schnell nachschlagen zu können. Außerdem greift *Scherpe* zahlreiche *topoi* heraus und bespricht deren Relevanz – das rundet die Untersuchung ab. Schade nur, dass das reizvolle Thema „Rules vs. Discretion – Does This Actually Mean Certainty vs. Fairness?“ etwas kurz und recht rudimentär behandelt wird.

Schade auch, dass eine kurze soziologische Studie zur Korrelation von ökonomischer Stärke und Machtstellung von Partnern in der Ehe fehlt. Diese hätte dem Buch noch einen weiteren Pluspunkt verliehen, denn der Einschätzung von *Scherpe*, dass es während bestehender Ehe oft unwichtig sei, wer über finanzielle Mittel verfügt (444), kann nicht beigepflichtet werden. Vielmehr führt die Übernahme familiärer Aufgaben und der Ausstieg aus dem Erwerbsleben eines Ehegatten, meist der Frau, zu einem psychologischen Abhängigkeitsverhältnis und einer Übermachtstellung des verdienenden Ehegatten, meist des Mannes.<sup>15</sup> Regeln des Ehegüterrechts können dieses Problem nicht beheben, sondern nur etwas abschwächen. Denn es bleibt eine Tatsache, dass der nicht erwerbstätige Ehegatte selbst bei einer Gütergemeinschaft in aller Regel davon abhängig ist, dass der andere die finanziellen Mittel beschafft.

Ein weiterer kleiner Wermutstropfen: Es hätte dem Buch nicht geschadet, die Berichte der Nichtmuttersprachler lektorieren zu lassen.

Hamburg

NATAŠA HADŽIMANOVIĆ

---

<sup>15</sup> Siehe dazu *Susan Emmenegger*, Die feministische Kritik des Vertragsrechts (1999) 210f. m. w. N.

