



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Identitätsjurisprudenz
Eine migrationssoziologische Analyse von Interessenkonflikten
im Internationalen Personen- und Familienrecht“**

Dissertation vorgelegt von Vanessa Grifo

Erstgutachter: Prof. Dr. Marc-Philippe Weller

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dres. h.c. Herbert Kronke

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Identitätsjurisprudenz

Eine migrationssoziologische Analyse von Interessenkonflikten im Internationalen Personen- und Familienrecht

Die Arbeit entwickelt einen migrationssoziologischen Analyserahmen für das Internationale Personen- und Familienrecht. Das Ziel besteht darin, die Kultur- und Interessenkonflikte, die die Gesetzgebung und Rechtsprechung im Migrationskontext prägen, systematisch offenzulegen.

Im Folgenden soll kurz dargelegt werden, wie die Arbeit mit dem Analyserahmen der Identitätsjurisprudenz eine Verbindung zwischen der Migrationssoziologie und dem Internationalen Privatrecht herstellt und welcher Erkenntnisgewinn sich aus diesem soziologischen Zugriff auf das Internationale Privatrecht ergibt (A.). Im Anschluss erfolgt eine Einführung in die Analysekriterien der Identitätsjurisprudenz, und es wird erläutert, wie das Analysematerial, also die Rechtsprechung und Gesetzgebungsakte, ausgewählt wurde (B.). Abschließend werden die Analyseergebnisse der Arbeit zusammengeführt, und es wird argumentiert, dass im Vergleich zum letzten Drittel des 20. Jahrhunderts ein Interessenwandel im Internationalen Personen- und Familienrecht des 21. Jahrhunderts stattgefunden hat (C.).

A. Migrationssoziologischer Zugriff auf das Internationale Personen- und Familienrecht

In der Migrationssoziologie hat sich der Begriff der postmigrantischen Gesellschaft etabliert. Ausgangspunkt ist die politische Zäsur im Jahr 2001, als die damalige Bundesregierung erstmals anerkannte: „Deutschland ist faktisch ein Einwanderungsland“.¹ Migration steht seither nicht mehr für ein temporäres Kommen, sondern für ein langfristiges Bleiben.² Das Konzept „postmigrantisch“ beschreibt, wie Politik und Gesellschaft seit der Jahrtausendwende die kulturelle Integration von Zugewanderten neu aushandeln. Kulturelle Integration betrifft die Frage, wie potenzielle Konflikte zwischen der individuellen kulturellen Identität des Zugewanderten und der nationalen Identität des Einwanderungslandes ausbalanciert werden sollten. In der politischen Debatte lässt sich beobachten, wie die nationale Identität häufig gerade in Abgrenzung zur kulturellen Identität muslimischer Zugewanderter neu definiert wird. Im Mittelpunkt stehen dabei Fragen wie „Wer sind wir und wer gehört zu diesem Wir?“.³

Diese postmigrantischen Identitätskonflikte sind nicht nur ein soziologisches Phänomen, sie sind auch Gegenstand des Rechts. Gerade das Internationale Personen- und Familienrecht übernimmt dabei eine zentrale Moderationsfunktion: Es legt fest, welche Rechtsordnung auf persönliche Statusverhältnisse des Zugewanderten wie Ehe, Scheidung, Abstammung oder Name Anwendung findet. Kommt dabei nicht das Recht des Einwanderungslandes, sondern eine ausländische, zum Beispiel islamisch geprägte Rechtsordnung zur Anwendung, kann dies die Inhalte der nationalen Identität des Einwanderungslandes herausfordern. Hier müssen sich Gesetzgeber und Gerichte mit der Frage auseinandersetzen, ob sie im Inland religiös geprägte Regelungen anwenden, auch wenn diese von inländischen (säkularen) Wertvorstellungen zum Teil erheblich abweichen.

¹ Bundesministerium des Innern, Zuwanderung gestalten Integration fördern, Bericht der Unabhängigen Kommission Zuwanderung, 4.7.2001, 2001, 1.

² Foroutan, Die postmigrantische Gesellschaft, 2021, 223.

³ Foroutan in: Brinkmann/Sauer (Hrsg.), Einwanderungsgesellschaft Deutschland, 2016, 227, 244.

Die theoretische Grundlage des Internationalen Privatrechts ist bis heute die Interessenjurisprudenz von *Gerhard Kegel* aus dem 20. Jahrhundert. Ihr Grundgedanke ist, dass in der Regel die Rechtsordnung zur Anwendung kommt, mit der eine Person am engsten verbunden ist.⁴ Unterschiede im materiellen Recht und die darin enthaltenen Wertvorstellungen – diese werden oft auch als „politische“ Interessen bezeichnet – wirken dagegen nur ausnahmsweise auf die Bildung und Anwendung von Kollisionsnormen ein.

Der postmigrantische Kontext des 21. Jahrhunderts bringt allerdings, so eine zentrale These dieser Arbeit, eine deutlich komplexere Interessenlage hervor, als es die Interessenlehre *Kegels* abzubilden vermag. Mit *Kegels* Ansatz lässt sich nicht theoretisch erklären, wie das Internationale Privatrecht gesellschaftliche Veränderungen, wie zum Beispiel eine veränderte Migrationspolitik und ein verändertes staatliches Integrationsverständnis, reflektiert. Um es mit *Niklas Luhmanns* Systemtheorie zu sagen: Die Interessenjurisprudenz reicht nicht aus, um offenzulegen, wie das Internationale Privatrecht seine „sozialen Umwelten“ – also Politik, Wirtschaft, Religion oder auch das Bewusstseinssystem des Individuums – in seiner kollisionsrechtlichen Dogmatik verarbeitet.⁵

Die Arbeit entwickelt daher einen alternativen Analyserahmen für das Internationale Personen- und Familienrecht: die Identitätsjurisprudenz. Mithilfe der Identitätsjurisprudenz lässt sich sichtbar machen, wie das Internationale Privatrecht postmigrantisches Identitätskonflikte in seiner Dogmatik mit eigenen Begriffen, Konzepten und Methoden verarbeitet.

Dafür analysiert die Arbeit Rechtsprechung und Gesetzgebung zum Umgang mit islamisch geprägten Rechtsordnungen von den 1970er Jahren bis zum Jahr 2024. Im Ergebnis legt die Arbeit einen Interessenwandel im Internationalen Personen- und Familienrecht offen, der eng mit einem Interessenwandel im migrationspolitischen Diskurs verbunden ist. Damit widerlegt sie zugleich punktuell das teilweise in der Literatur noch vertretene apolitische Verständnis des Kollisionsrechts.

B. Analysekriterien der Identitätsjurisprudenz und Auswahl des Analysematerials

Die Arbeit zielt darauf ab, die von der Migrationssoziologie herausgearbeiteten Kriterien für Identitätskonflikte in postmigrantischen Gesellschaften zu extrahieren und in Konzepte und Methoden des Internationalen Privatrechts zu übersetzen. Auf diese Weise können Kultur- und Interessenkonflikte in Rechtsprechung und Gesetzgebung systematisch erfasst werden. Dabei sind drei Kriterien von zentraler Bedeutung: das Verständnis von kultureller Identität, das Verständnis von Integration sowie sogenannte *Othring*-Tendenzen.

I. Kulturelle Identität

In den Sozialwissenschaften gewinnt der Begriff der Identität erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts an Kontur. Er wird zunehmend mit Kategorien wie Nationalität, Religion, Sprache oder ethnischer Zugehörigkeit verknüpft.⁶ Daraus entwickelt sich das Konzept der kulturellen Identität. In Deutschland erlangt die kulturelle Identität vor allem im Migrationskontext des 21. Jahrhunderts an Bedeutung. Dabei steht unter anderem die Frage im Vordergrund, wie die individuelle kulturelle Identität des Zugewanderten zu verstehen ist. In

⁴ *Kegel* in: Gerwig/Simonius/Spiro/Süß/Wolff (Hrsg.), FS Lewald, 1953, 259, 274 ff.

⁵ *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, 407; *Teubner* ZEuP 2022, 648, 651.

⁶ *Appiah*, Identitäten, Die Fiktion der Zugehörigkeit, 2019, 21.

welchem Verhältnis steht sie zu der kollektiven kulturellen Identität seines Herkunftslandes oder zu der des Einwanderungslandes?

In der Migrationssoziologie und Sozialphilosophie ist ein Bedeutungswandel kultureller Identitäten zu beobachten: Die Identität des Zugewanderten wird zum einen nicht mehr eindimensional mit seinem Herkunftsland gleichgesetzt, sondern *hybrid* – d. h. *zwischen* zwei Nationalstaaten – verstanden.⁷ Zum anderen arbeitet die Migrationssoziologie heraus, wie insbesondere die Politik im migrationspolitischen Diskurs des 21. Jahrhunderts die nationale Identität des Einwanderungslandes neu ausformuliert und bewertet.⁸ Der Konstruktion nationaler Identität liegt die Vorstellung zugrunde, dass die Nation als homogenes Kollektiv mit bestimmten identitätsstiftenden Merkmalen beschrieben werden kann.

Aufbauend auf diesen sozialwissenschaftlichen Untersuchungen fragt die Arbeit, inwieweit Rechtsprechung und Gesetzgebung die individuelle kulturelle Identität des Zugewanderten mit dessen kollektiver kultureller Herkunft gleichsetzen.⁹ Zugleich wird untersucht, ob durch die Anwendung der Heimatrechtsordnung patriarchale Strukturen der Herkunftsrechtsordnung fortgeschrieben werden – insbesondere im Hinblick auf die individuelle kulturelle Identität von Frauen, die sich möglicherweise gerade von diesen Strukturen und damit auch dieser Rechtsordnung lösen wollen. Darüber hinaus fragt die Arbeit, inwieweit Rechtsprechung und Gesetzgebung den Bedeutungswandel kultureller Identitäten, wie er sich seit Ende des 20. Jahrhunderts in den Sozialwissenschaften vollzogen hat, in der kollisionsrechtlichen Dogmatik verarbeiten.

In welchem Maße findet ein Verständnis *hybrider* kultureller Identität Ausdruck in der kollisionsrechtlichen Dogmatik? Zudem analysiert sie, inwieweit die nationale Identität des Einwanderungslandes neue Beachtung im Internationalen Personen- und Familienrecht findet. Übersetzt in die kollisionsrechtliche Dogmatik stellt sich hier die Frage, ob sich diese nationale Identität etwa im Rahmen des *ordre public* in konkreten Verfassungswerten, wie etwa der Gleichberechtigung von Mann und Frau gemäß Art. 3 Abs. 2 GG erschöpft oder ob die Gerichte und der Gesetzgeber darüber hinaus weitere identitätsstiftende Merkmale heranziehen, die eher an Diskurse um eine „nationale Leitkultur“ erinnern.

II. Integration

Aufbauend auf diesem Identitätsverständnis stellt sich die Frage, wie Konflikte zwischen der individuellen kulturellen Identität des Zugewanderten und der nationalen Identität des Einwanderungslandes ausbalanciert werden. Hier setzt das zweite Analysekriterium der Identitätsjurisprudenz an: die Integration. Die Arbeit untersucht, welches Integrationsverständnis Rechtsprechung und Gesetzgeber in der kollisionsrechtlichen Dogmatik verarbeiten.

Einerseits wird analysiert, inwieweit sie ein Integrationsverständnis durch ethnischen Pluralismus reflektieren. Dieses zeigt sich etwa im kollisionsrechtlichen Gleichheitsprinzip, das gerade die materiellrechtliche Ungleichbehandlung von In- und Ausländern wegen ihrer Verschiedenheit gebietet.¹⁰ Zudem wird untersucht, ob Rechtsprechung und Gesetzgebung ein pluralistisches Integrationsverständnis verarbeiten, etwa wenn die Gerichte bei der Anwendung

⁷ Jullien, Il n'y pas d'identité culturelle, mais nous défendons les ressources culturelles, 2016, 20.

⁸ Foroutan, Die postmigrantische Gesellschaft, 2021, 105.

⁹ Zur Bedeutung der kulturellen Identität im IPR siehe insbesondere Jayme in: Cours général de droit international privé, Recueil des Cours 251 (1995), 1996, 9 ff.

¹⁰ Jayme, Internationales Privatrecht und Völkerrecht, 2003, 9.

und Auslegung des deutschen Rechts im Wege der Zwei-Stufen-Theorie die ausländische Heimatrechtsordnung des Migranten auf der Sachrechtsebene berücksichtigen.¹¹

Andererseits wird herausgearbeitet, ob Rechtsprechung und Gesetzgebung ein assimilationsorientiertes Integrationsverständnis verarbeiten. Im Mittelpunkt steht hierbei die Frage, inwieweit sie eine Anpassung des Zugewanderten an die sozialen, kulturellen, politischen und rechtlichen Verhältnisse des Aufenthalts- bzw. Einwanderungslandes betonen und damit im privatrechtlichen Kontext eine materiellrechtliche Gleichstellung von In- und Ausländern erreicht wird, wie sie der Analyse dieser Arbeit zufolge zunehmend von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vorgenommen wird.

III. *Othering*-Tendenzen

Othering beschreibt den Prozess, in dem sich eine erste Gruppe – das „Wir“ – von einer zweiten Gruppe – „den Anderen“ – abgrenzt. Dabei beschreibt die erste Gruppe die zweite Gruppe zum Zweck dieser Abgrenzung als andersartig. Sowohl das „Wir“ als auch „die Anderen“ werden dabei als vermeintlich homogene Gruppen wahrgenommen, beispielsweise als „die Muslime“.¹² Die Fremdmachung der zweiten Gruppe dient in der Regel nicht nur der Unterscheidung zwischen einem „Wir“ und „den Anderen“, sondern schafft auch Ausgrenzungsverhältnisse und führt zur Entstehung von Machtgefällen.

Ein möglicher Ausdruck dieser Kategorisierung im Kollisionsrecht könnte darin bestehen, dass die Gerichte oder sogar bereits der Gesetzgeber Inhalte einer nationalen Identität der deutschen Gesellschaft (also das „Wir“) gerade in Abgrenzung zu und Fremdmachung gegenüber islamisch geprägten Rechtsordnungen konkretisieren. Darüber hinaus könnte sich die Konstruktion der „die Anderen“ darin manifestieren, dass sie islamisch geprägte Rechtsordnungen als „Scharia-Recht“ pauschalisieren, ohne auf die Ausgestaltung der islamisch geprägten Rechtsordnungen im Einzelfall einzugehen.

Zudem untersucht die Arbeit *Othering*-Tendenzen im Zusammenhang mit dem kollisionsrechtlichen Phänomen des sogenannten Heimwärtsstrebens.¹³ Es beschreibt die Tendenz inländischer Gerichte, die Anwendung der eigenen Rechtsordnung gegenüber der ausländischen Rechtsordnung zu privilegieren, indem sie z. B. eine stillschweigende nachträgliche Rechtswahl der Parteien zugunsten der *lex fori* im Prozess annehmen. In der kollisionsrechtlichen Literatur wird dies zum einen mit dem Fehlerpotenzial, das der Anwendung einer ausländischen Rechtsordnung naturgemäß innewohnt, begründet und gerechtfertigt. Zum anderen werden Effizienzargumente angeführt, da das ausländische Recht häufig erst zeit- und kostenaufwändig ermittelt werden muss. *Othering*-Tendenzen im Umgang mit islamisch geprägten Rechtsordnungen könnten sich auch darin manifestieren, dass das „Heimwärtsstreben“ im Internationalen Personen- und Familienrecht nicht mehr ausschließlich aus Effizienzüberlegungen resultiert.

¹¹ Jayme IPRax 1996, 237, 242; Hessler, Sachrechtliche Generalklausel und internationales Familienrecht – Zu einer zweiseitigen Theorie des internationalen Privatrechts, 1985.

¹² Said, Orientalism, 1978.

¹³ Nussbaum, Deutsches Internationales Privatrecht, 1932, 43.

IV. Auswahl des Analysematerials

Die analysierte Rechtsprechung und die Gesetzgebungsakte werden in der Arbeit den Themenbereichen Ehescheidung, Eheschließung und elterliche Sorge zugeordnet. Der Betrachtungszeitraum reicht von 1970 bis 2024. Die erste Phase, das letzte Drittel des 20. Jahrhunderts, markiert eine Periode, in der faktisch mehr Ausländer nach Deutschland einwanderten als Deutsche auswanderten; die Politik jedoch nicht bereit war, diese Einwanderungsrealität anzuerkennen. Die zweite Phase, der postmigrantische Kontext, beginnt mit der politischen Anerkennung Deutschlands als Einwanderungsland im Jahr 2001. Dabei stellt die Jahrtausendwende bzw. das Jahr 2001 keine harte zeitliche Zäsur dar. Dies ist schon wegen der Vielzahl unterschiedlicher Gerichte und Richter, die unabhängig voneinander über den jeweiligen Einzelfall entscheiden, nicht möglich. Zudem wird nie exakt die gleiche Fallkonstellation zu einem späteren Zeitpunkt erneut entschieden, sodass Unterschiede, beispielsweise in der Behandlung einer *talaq*-Scheidung nach islamischem Recht, immer zumindest auch damit zusammenhängen, dass die Sachverhaltskonstellation jeweils eine andere ist. Aus diesem Grund betrachtet die Arbeit nicht einzelne Entscheidungen isoliert, sondern nimmt eine Gesamtschau von Entscheidungen zu den verschiedenen Themenbereichen vor. Die Entscheidungen wurden sodann systematisch anhand der oben genannten Analysekriterien untersucht, um die in den Entscheidungsgründen enthaltenen Bedeutungen, Muster und Argumentationsstrukturen zu identifizieren. Dabei wurde vor allem mit juristischen Datenbanken wie *Beck Online* und *juris* gearbeitet.

Bei der Auswahl und Analyse der Gerichtsentscheidungen musste die Arbeit dem Umstand Rechnung tragen, dass die Gerichte und der Gesetzgeber die Begriffe „kulturelle Identität“, „Kultur“, „Integration“ nur in wenigen Ausnahmefällen ausdrücklich verwenden. Für die Auswahl des Analysematerials bedeutet dies, dass eine Stichwortsuche mit diesen Begriffen nicht hinreichend ergiebig war. Stattdessen wurde eine thematische Stichwortsuche entlang der zuvor gebildeten Kategorien, anhand von Begriffen wie „Talaq“, „Brautgabe“, „Mehrehe“, „islamisches Recht“ oder „Kinderehe“, in den Datenbanken vorgenommen.

C. Ergebnis

Mithilfe der Identitätsjurisprudenz gelingt es der Arbeit, herauszustellen, wie Rechtsprechung und Gesetzgebung im 21. Jahrhundert postmigrantische Identitätskonflikte mit eigenen Begriffen, Konzepten und Methoden in der kollisionsrechtlichen Dogmatik verarbeiten. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, dass Gerichte und Gesetzgeber im 21. Jahrhundert ein anderes Verständnis von kultureller Identität und Integration verarbeiten als im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts. Dies zeigt sich einerseits darin, dass sie die individuelle kulturelle Identität des Zugewanderten nicht mehr automatisch mit seiner Heimatrechtsordnung gleichsetzen, und andererseits darin, dass sie die nationale Identität des Einwanderungslandes neu ausformulieren und bewerten.

Dabei verarbeiten sie zunehmend ein assimilationsorientiertes Integrationsverständnis. Damit entfernen sie sich von dem pluralistischen Integrationsverständnis, auf dem auch *Kegels* Interessenlehre beruht und das die Rechtsprechung und Gesetzgebung im 20. Jahrhundert noch maßgeblich prägte.

Die Ergebnisse der Arbeit lassen sich wie folgt zusammenfassen:

1. Das migrationssoziologische Konzept der postmigrantischen Gesellschaft bildet ab, wie Politik und Gesellschaft seit der Anerkennung Deutschlands als Einwanderungsland im Jahr 2001 Fragen der kulturellen Integration neu aushandeln.
2. In postmigrantischen Identitätskonflikten kommt dem Internationalen Personen- und Familienrecht eine zentrale Moderationsfunktion zu. Im Umgang mit islamisch geprägten Rechtsordnungen wird dies besonders sichtbar, da sich Gesetzgeber und Gerichte mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob sie im Inland religiös geprägte Regelungen anwenden, auch wenn diese von inländischen (säkularen) Wertvorstellungen zum Teil erheblich abweichen.
3. Der postmigrantische Kontext des 21. Jahrhunderts bringt eine weitaus komplexere Interessenlage hervor, als es die Interessenlehre Kegels – als bis heute anerkannter theoretischer Rahmen des Internationalen Privatrechts – abzubilden vermag.
4. Mit der Identitätsjurisprudenz entwickelt die Arbeit einen Analyserahmen, der sichtbar macht, wie das Internationale Privatrecht postmigrantische Identitätskonflikte in seiner kollisionsrechtlichen Dogmatik verarbeitet.
5. Die Analysekriterien für die Identitätsjurisprudenz entlehnt die Arbeit dem soziologischen Konzept der postmigrantischen Gesellschaft. Dadurch können migrationsbezogene Interessenkonflikte in Rechtsprechung und Gesetzgebung systematisch erfasst werden. Drei Kriterien sind dabei von zentraler Bedeutung:
 - a. Kultur- und Identitätsverständnis: Die Sozialwissenschaften verstehen die individuelle kulturelle Identität des Zugewanderten zunehmend hybrid. Der Begriff der Identität lässt sich also nicht mehr einem homogen verstandenen Kollektiv, etwa einem Nationalstaat, zuordnen. Zugleich haben die Sozialwissenschaften herausgearbeitet, dass im politischen Diskurs die nationale Identität des Einwanderungslandes zunehmend neu definiert wird.
 - b. Integrationsverständnis: Welches Integrationsverständnis Politik, Gesellschaft und Recht verarbeiten, zeigt sich daran, ob sie Identitätskonflikte eher zugunsten der individuellen kulturellen Identität des Zugewanderten oder zugunsten der nationalen Identität des Einwanderungslandes entscheiden.
 - c. *Othering*-Tendenzen: Sie sind ein Prozess der Fremdmachung, der zu Ausgrenzungsverhältnissen und dem Entstehen von Machtgefällen führt.
6. Das postmigrantische Personen- und Familienrecht bildet einen Interessenwandel zwischen dem letzten Drittel des 20. Jahrhunderts und dem 21. Jahrhundert ab, der sich nicht durch eine isolierte Betrachtung der kollisionsrechtlichen Dogmatik erklären lässt.
7. Dieser Interessenwandel drückt sich in einem veränderten Identitäts- und Integrationsverständnis sowie in *Othering*-Tendenzen in Rechtsprechung und Gesetzgebung aus. Dies zeigt sich darin, dass diese die individuelle kulturelle Identität des Zugewanderten nicht mehr automatisch mit seiner Heimatrechtsordnung gleichsetzen, sondern hybrid verstehen, und gleichzeitig die nationale Identität schützen. Dem Internationalen Personen- und Familienrecht liegt somit zunehmend ein

assimilationsorientiertes Integrationsverständnis zugrunde. Die *Othering*-Tendenzen äußern sich darin, dass Gesetzgeber und Rechtsprechung gerade in Abgrenzung zu islamisch geprägten Rechtsordnungen neu ausformulieren und bewerten, was sie als Kern der nationalen Identität des Einwanderungslandes ansehen.

8. Das Internationale Personen- und Familienrecht entfernt sich damit von dem pluralistischen Integrationsverständnis, auf dem auch *Kegels* Interessenlehre beruht und das die Rechtsprechung und Gesetzgebung im 20. Jahrhundert noch maßgeblich prägte. Dieser Wandel lässt sich nur verstehen und theoretisch erklären, wenn man ihn im Kontext migrationspolitischer Entwicklungen betrachtet.

Die Arbeit wird im Mohr Siebeck-Verlag erscheinen.