

Der Wandel der Familie – neue Überlegungen zum Modell der Familie

Atsuko Kimura / Gabriele Koziol

- I. Einleitung
 - 1. Problemstellung
 - 2. Ziel der Abhandlung
- II. Ehe als Grundlage der Familie
 - 1. Die auf der Ehe gründende Familie als Grundmodell
 - 2. Notwendigkeit der Neukonzeption der Ehe – Abschaffung autoritärer Elemente
 - 3. Rechtliche Behandlung von nicht verheirateten Paaren
- III. Individualistischer Familienbegriff
 - 1. Achtung des Selbstbestimmungsrechts
 - 2. Aktive Rolle des Rechts und des Staates
 - 3. Umgang mit eheähnlichen Lebensgemeinschaften
- IV. Vertragsrechtlicher Familienbegriff (1) – aus dem Blickwinkel der Gerechtigkeitstheorie
 - 1. Der vertragsrechtliche Begriff der Familie
 - 2. Konsequenzen der Vertragskonstruktion
 - 3. Verhältnis zwischen Eltern und Kindern
- V. Vertragsrechtlicher Familienbegriff (2) – umfassende vertragliche Gestaltung
 - 1. Vertragsrechtlicher Familienbegriff
 - 2. Die Rolle des Rechts
- VI. Fazit

I. EINLEITUNG

1. *Problemstellung*

Das geltende japanische Zivilgesetz enthält keine Bestimmungen über die Familie an sich, selbst das Wort „Familie“ wird nicht verwendet. Als typische Familie wird aber eine Familie angesehen, die aus einem Ehepaar und minderjährigen Kindern besteht.¹ Dieser Familienbegriff, der im Familienrecht und anderen gesetzlichen Regelungen zum Ausdruck kommt und der von einer auf der Ehe aufbauende Familie ausgeht, ist jedoch neu zu überdenken. Auf diese Notwendigkeit wird insbesondere im Zusammenhang mit

1 Siehe S. WAGATSUMA, *Shinzoku-hô* [Familienrecht] (Tokyo 1961) 9; A. ÔMURA, *Kazoku-hô* [Familienrecht] (3. Aufl., Tokyo 2010) 23 ff.

der Diskussion rund um folgende drei Fragestellungen verwiesen. Dies betrifft erstens die Diskussion um eine Reform des Familienrechts vor allem in Hinblick auf die Einführung der Möglichkeit, dass Ehepartner unterschiedliche Familiennamen führen können, und die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, zweitens die Diskussion rund um die Realität der geschlechtsspezifischen Rollenverteilung in Japan und einer Verbesserung dieses Zustandes und drittens die Frage, wie rechtlich mit nicht verheirateten Paaren umzugehen ist. Diese drei Themenkomplexe und der jeweilige Stand der Diskussion sollen im Folgenden näher ausgeführt werden.

a) *Diskussion rund um die Reform des Familienrechts*

Häufig wird auf die Notwendigkeit einer Reihe von Reformen im japanischen Familienrecht verwiesen, wobei vor allem die Einführung der Möglichkeit, dass Ehepartner unterschiedliche Familiennamen führen, sowie die Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern thematisiert werden. Im Jahr 2009 gab der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau ferner die Empfehlung, ausgehend von den genannten Problemen rasch Maßnahmen zur Reform des Zivilgesetzes zu ergreifen.

Zum Familiennamen eines Ehepaares bestimmt Art. 750 Zivilgesetz (ZG)², dass „die Ehegatten [...] entsprechend der bei Eheschließung getroffenen Entscheidung den Familiennamen des Mannes oder der Frau [tragen]“. Damit wird der Grundsatz festgelegt, dass die Ehepartner einen gemeinsamen Namen führen.³ In Folge der vor allem seit den 1990er Jahren zunehmenden gesellschaftlichen Präsenz von Frauen und dem damit einhergehenden stärkeren Bewusstsein der Gleichheit von Mann und Frau wird in Japan diskutiert, ob die Möglichkeit geschaffen werden sollte, dass Ehepartner unterschiedliche Familiennamen tragen können. Der Legislativausschuss des Justizministeriums sah in seinem Reformentwurf von 1996⁴ die Einführung einer solchen Wahlmöglichkeit

2 *Minpô*, Gesetz Nr. 89/1896 und Nr. 9/1898 i.d.F. des Gesetzes Nr. 74/2011.

3 Vor der Reform des Familienrechts 1947 bezeichnete der Familienname das Haus (*ie*) (Art. 746 ZG a.F.), das eine Organisationseinheit darstellte, unter deren Dach Familienmitglieder mehrerer Generationen, die alle denselben Familiennamen trugen, vereint waren, und das unabhängig von den individuellen Mitgliedern bestand und somit Ahnen ebenso wie Nachkommen umfasste. Mit der Eheschließung verließ die Frau ihr bisheriges Haus und wurde in das des Mannes aufgenommen (Art. 788 ZG a.F.). Infolgedessen nahm die Ehefrau grundsätzlich den Familiennamen ihres Mannes an. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde das Haussystem (*ie seido*) abgeschafft; der Familienname bezeichnet nun nur mehr ein Individuum. Gleichzeitig wurde die Regelung geschaffen, wonach die Ehepartner bei Eheschließung nunmehr wählen können, ob sie den Namen des Mannes oder der Frau als gemeinsamen Familiennamen wählen. Dadurch wurden Mann und Frau insoweit gesetzlich gleichgestellt.

4 *Minpô no ichibu o kaisei suru hôritsu-an yôkô* [Grundlinien eines Gesetzesentwurfs zur teilweisen Änderung des Zivilgesetzes], Beschluss des *Hôsei shingi-kai* [Legislativausschusses des Justizministeriums] vom 26.2.1996, online abrufbar unter http://www.moj.go.jp/shingi/shingi_960226-1.html [zuletzt aufgerufen am 28.1.2013].

vor.⁵ Dieser Reformentwurf wurde jedoch bis heute nicht umgesetzt, da innerhalb der damals regierende Liberaldemokratischen Partei Widerstand herrschte.⁶

Im japanischen Zivilgesetz besteht darüber hinaus nach wie vor die Diskriminierung nichtehelicher Kinder fort. Das betrifft vor allem die Höhe des gesetzlichen Erbteils, da nach Art. 900 Nr. 4 ZG der Erbteil nichtehelicher Kinder nur die Hälfte des Erbteils ehelicher Kinder beträgt.⁷ In dem oben genannten Reformentwurf von 1996 war auch die Abschaffung der Ungleichbehandlung von nichtehelichen Kindern hinsichtlich des Erbteils vorgesehen (Vorschlag 10); auch dies wurde jedoch nicht verwirklicht. Der Oberste Gerichtshof (OGH) hingegen hält nach wie vor an der Verfassungsmäßigkeit der Regelung des Art. 900 Nr. 4 ZG fest.⁸

-
- 5 Vorschlag 3-1: „Die Ehegatten tragen entsprechend der bei Eheschließung getroffenen Entscheidung den Familiennamen des Mannes oder der Frau oder behalten den jeweiligen Familiennamen vor Eheschließung bei.“ (Fn. 4). Die Umsetzung dieser Regelung würde auch eine Reform des Familienregisters erforderlich machen. Im Familienregister (*koseki*), in dem umfassend alle personen- und familienrechtlichen Verhältnisse jedes Japaners aufgezeichnet werden, werden bislang nämlich nicht Einzelpersonen sondern Ehepaare und deren gemeinsame Kinder registriert, wobei aber nur Personen gleichen Familiennamens zusammen erfasst werden. Vorschlag 11 des Reformentwurfs (Fn. 4) sieht daher vor, dass „zusammen mit der Reform des Zivilgesetzes auch erforderliche Änderungen des Familienregistergesetzes“ durchzuführen sind. Die daraufhin eingesetzte Kommission für die Verwaltung in Zivilsachen hat einen Vorschlag ausgearbeitet, wie ein gemeinsames Familienregister für Ehepaare und deren gemeinsame Kinder auch bei unterschiedlichem Familiennamen realisiert werden könnte.
 - 6 Als 2009 die Demokratische Partei die Liberaldemokratische Partei an der Regierung ablöste wurde neuerlich eine Reform erwogen, letztlich aber kein Gesetzesentwurf eingebracht.
 - 7 Weitere Unterschiede bei der Behandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder zeigen sich auch bei amtlichen Dokumenten. So ist beispielsweise bei der Anmeldung der Geburt anzugeben, ob das Kind ehelich ist oder nicht (Art. 49 Abs. 2 Nr. 1 Familienregistergesetz [FRG, *Koseki-hô*, Gesetz Nr. 224/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 61/2011]). Fehlt diese Angabe, so wird die Anmeldung der Geburt nicht entgegengenommen. Mittlerweile wird die Anmeldung aber doch angenommen, wenn unter „weitere Angaben“ angeführt wird, dass das Kind den Familiennamen der Mutter tragen oder in das Familienregister der Mutter eingetragen werden soll. Denn während ein eheliches Kind den Familiennamen des Vaters trägt und in dessen Familienregister eingetragen wird (Art. 18 Abs. 1 FRG), erhält ein nichteheliches Kind mit der Geburt den Familiennamen der Mutter und es wird in das Familienregister der Mutter eingetragen (Art. 18 Abs. 2 FRG). Früher wurde darüber hinaus bei ehelichen Kindern im Familienregister angegeben, ob es sich um den ältesten Sohn, die älteste Tochter usw. handelte, während bei nichtehelichen Kindern nur „männlich“ oder „weiblich“ eingetragen wurde. Seit dem 1. November 2004 erfolgt auch bei nicht ehelichen Kindern die Angabe „ältester Sohn“ bzw. „älteste Tochter“ usw. Im Meldeverzeichnis erfolgt seit 1. März 1995 ebenfalls eine einheitliche Eintragung als „Kind“. Insofern kann man von einer allmählichen Beseitigung der Ungleichbehandlung von ehelichen und nicht ehelichen Kindern sprechen.
 - 8 OGH v. 5.7.1995, Minshû 49, 1789; siehe ferner auch OGH v. 27.1.2000, Katei Geppô 52-7, 78; OGH v. 28.3.2003, Katei Geppô 55-9, 51; OGH v. 30.9.2009, Katei Geppô 61-12, 55. Jedoch sprechen sich die abweichenden bzw. ergänzenden Meinungen in diesen Entscheidungen vehement für die Notwendigkeit einer Gesetzesreform aus. Ferner haben jüngst

Aus dem Ausgeführten ergibt sich, dass bei der Forderung einer Reform in Hinblick auf den Ehenamen und die Stellung nichtehelicher Kinder auch nachdrücklich auf die Notwendigkeit hingewiesen wird, dass die Bedeutung der Institution der Ehe an sich zu überdenken sei.

b) *Familienmodell mit einer geschlechtsspezifischen Rollenverteilung*

Bildet die auf der Ehe gegründete Familie das Grundmodell der Familie in Japan, so ist es besonders eine Ehe und Familie mit geschlechtsspezifischer Rollenverteilung, von der das Familien- und Sozialversicherungsrecht ausgehen.⁹ Dies zeigt sich etwa an Regelungen im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, die Hausfrauen eine bevorzugte Stellung einräumen, beispielsweise durch die Gewährung von Steuerfreibeträgen für den Ehegatten bei der Einkommenssteuer oder im Zusammenhang mit der Rente. Diese Vorschriften werden aber als problematisch angesehen, da sie die geschlechtsspezifische Rollenverteilung in Ehe und Familie zementieren, ein entsprechendes Bewusstsein schaffen und Frauen zur Leistung unbezahlter Arbeit in der Familie, wie Hausarbeit, Kindererziehung und Pflege, drängen. Daher werden seit kurzem das Steuer- und Sozialversicherungsrecht ebenso wie arbeitsrechtliche Regelungen daraufhin überprüft, inwieweit sie neutral gegenüber der Wahl des Einzelnen bezüglich der Gestaltung seines Lebens sind. Es wird deshalb auch auf die Notwendigkeit hingewiesen, dass in Hinblick auf eine Revision des auf einer geschlechtsspezifischen Rollenverteilung aufbauenden Familienbegriffs auch die rechtlichen Regelungen sowie rechtspolitische Maßnahmen, die von diesem Familienbegriff ausgehen, neu zu überdenken sind.

c) *Rechtliche Einordnung nicht verheirateter Paare*

Schließlich ist auch in Zusammenhang mit der rechtlichen Einordnung von nicht verheirateten Paaren zu hinterfragen, welcher Stellenwert der Ehe als Grundlage der Familie eingeräumt wird und welche Bedeutung der Ehe zukommt. In Japan bestand bislang in Rechtsprechung und Lehre die Tendenz, traditionell bestehenden außer-ehelichen Lebensgemeinschaften (*naien*) sehr weitgehenden Schutz zu gewähren. In jüngerer Zeit gibt es jedoch vielfältige Formen von nicht verheirateten Paaren, weshalb sich die Frage nach ihrer rechtlichen Einordnung neu stellt.

unterinstanzliche Gerichte in einer Reihe von Entscheidungen die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung festgestellt, vgl. OG Nagoya v. 21.12.2011, OG Tokyo v. 10.3.2010, OG Osaka v. 24.8.2011, in: Kin'yû Shôji Hanrei 1382 (2012) 40.

9 S. NINOMIYA, *Kazoku-hô to seibetsu yakuwari bungyô – hôteki shikumi no genjô to kaikaku no dôkô* [Familienrecht und geschlechtsspezifische Rollenverteilung – der gegenwärtige rechtliche Rahmen und Entwicklungstendenzen] (Tokyo 1997) 137 ff.

(1) Der Schutz von *naien*-Beziehungen

(a) Geschichtlicher Hintergrund

In Japan wurde durch das Zivilgesetz der Grundsatz der obligatorischen Anmeldung der Ehe zum Familienregister eingeführt. Jedoch kam es in der Vorkriegszeit häufig vor, dass Paare zwar faktisch wie ein Ehepaar zusammenlebten, aber die Ehe nicht zum Familienregister anmeldeten, womit die Ehe als solche nicht wirksam war. Als Gründe hierfür werden einerseits angeführt, dass in der Bevölkerung kein ausreichendes Bewusstsein über die Notwendigkeit der Anmeldung der Eheschließung vorhanden war, andererseits dass die Eheschließung aufgrund des Haussystems zahlreichen Beschränkungen unterlag. So war etwa zur Eheschließung die Zustimmung des Hausvorstandes sowie der Eltern erforderlich. Auch konnte der mutmaßliche Erbe des Hauses¹⁰ das Haus nicht verlassen und in ein anderes Haus eintreten, so dass eine Eheschließung zwischen einem ältesten Sohn und einer ältesten Tochter nicht möglich war. Auch der Brauch mit der Anmeldung der Ehe zu warten, bis erkennbar war, ob die Frau sich in die Familie einfügen würde bzw. ob sie Kinder gebären könne, mag zur großen Zahl nicht angemeldeter Ehen beigetragen haben.

(b) Schutz aufgrund des Zivilgesetzes

Paaren, die aus den genannten Gründen keine Anmeldung der Ehe durchführen konnten und daher eine *naien*-Beziehung wählten, gewährten Rechtsprechung und Lehre einen gewissen Schutz. Die Rechtsprechung sah derartige Beziehungen zunächst als Vorverträge zur Eheschließung an und gewährte Schadensersatz im Fall der unrechtmäßigen Beendigung der Beziehung.¹¹ In der Lehre wurde eine solche Beziehung als ein einer Ehe entsprechendes Verhältnis, somit als „Quasi-Ehe“ (*junkon*), angesehen und argumentiert, dass die Wirkungen der Ehe analog anzuwenden seien und so rechtlicher Schutz zu gewährleisten sei.¹² Die Lehre von der Quasi-Ehe wurde in weiterer Folge vom OGH übernommen.¹³ Lag ein Ehewille (der Wille in gesellschaftlicher und tatsächlicher Hinsicht ein „Ehepaar“ zu werden) vor und lebten die Partner wie ein Ehepaar zusammen, so wurde eine *naien*-Beziehung anerkannt und die rechtlichen Wirkungen der Ehe fanden analoge Anwendung, so dass ein rechtlicher Schutz bestand. Konkret wurden die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Wirkungen der Eheschließung hinsichtlich des Zusammenlebens (z.B. Pflicht zum Zusammenwohnen, Zusammenwirken und zur gegenseitigen Unterstützung, Art. 752 ZG), die Pflicht zur Teilung der Aufwendungen für das eheliche Leben (Art. 760 ZG),¹⁴ die gesamtschuld-

10 Dies war in der Regel der erstgeborene Sohn oder in Einzelfällen auch die älteste Tochter. Der Hauserbe trat in die Position des Hausvorstandes mit seinen weitreichenden Befugnissen ein und erbt das gesamte Vermögen des Hauses.

11 Großer Senat des Reichsgerichtshofs v. 26.1.1915, Minroku 21, 49.

12 Z. NAKAGAWA, *Nihon shinzoku-hô* [Japanisches Familienrecht] (Tokyo 1942) 280.

13 OGH v. 11.4.1958, Minshû 12, 789.

14 OGH v. 11.4.1958, Minshû 12, 789.

nerische Haftung für häusliche Geschäfte des täglichen Lebens (Art. 761 ZG),¹⁵ und die Zuordnung des Vermögens zwischen den Ehegatten (Art. 762 ZG)¹⁶ anerkannt.¹⁷ Eine analoge Anwendung der Ehwirkungen, die auf der Entstehung eines personenstandsrechtlichen Verhältnisses durch Anmeldung beruhen (z.B. gemeinsamer Familienname Art. 750 ZG, Entstehung der ehelichen Beziehung), wurde hingegen abgelehnt.

Auf die Auflösung einer *naien*-Beziehung durch die Partner wurden die Vorschriften über die Vermögensaufteilung bei Scheidung (Art. 768 ZG) analog angewendet.¹⁸ Ein Erbrecht des überlebenden Teils bei Tod des anderen Partners wurde hingegen nicht anerkannt.¹⁹

(c) Reaktion des Sozialversicherungsrechts

Im Bereich des Sozialversicherungsrechts wurde der Schutz von *naien*-Beziehungen dadurch erreicht, dass ausdrückliche Regelungen eingeführt wurden, denen zufolge unter dem Begriff des „Ehegatten“ als Leistungsempfänger auch Partner einer *naien*-Beziehung zu verstehen sind.²⁰

(2) Gegenwärtige Probleme

(a) Diversifizierung außerehelicher Lebensgemeinschaften

Heute bestehen jedoch viele verschiedene Formen von Paarbeziehungen. Seit nach dem Zweiten Weltkrieg das Haussystem abgeschafft wurde, hat die Zahl von Paaren, die keine andere Wahl hatten, als eine *naien*-Beziehung einzugehen, da sie die Ehe nicht anmelden konnten, stark abgenommen. Dagegen steigt jedoch die Zahl derer, die aus freiem Willen keine Anmeldung der Eheschließung durchführen, um die damit verbundenen Rechtspflichten wie auch den rechtlichen Schutz zu vermeiden. Es sind dies nicht nur Paare, die überhaupt keinen Willen haben, eine Ehe zu schließen, sondern auch solche, die aufgrund der Ablehnung nur mancher nach dem geltenden Recht bestehender

15 DG Tokyo v. 31.5.1971, in: Hanrei Jihô 643 (1971) 68.

16 Zur analogen Anwendung von Art. 762 Abs. 2 ZG siehe OG Osaka v. 30.11.1982, Katei Geppô 36-1, 139.

17 Die Bestimmung über das Anfechtungsrecht hinsichtlich Verträgen zwischen Ehegatten (Art. 754 ZG) wurde schon an sich als problematisch angesehen und eine analoge Anwendung daher überwiegend abgelehnt.

18 OG Hiroshima v. 19.6.1963, Kô-Minshû 16, 265.

19 Es stellte sich daraufhin die Frage, ob bei Tod eines Partners die Bestimmungen über die Vermögensaufteilung bei Scheidung sinngemäß anzuwenden seien; dies lehnte der OGH jedoch ab, OGH v. 10.3.2000, Minshû 54, 1040, da sonst ein systemwidriges Moment in die Konzeption der Vermögensnachfolge durch Erbschaft hineingebracht worden wäre.

20 Vgl. u.a. Art. 3 Abs. 7 Krankenversicherungsgesetz (*Kenkô hoken-hô*, Gesetz Nr. 70/1922 i.d.F. des Gesetzes Nr. 98/2012); Art. 3 Abs. 2 Rentenversicherungsgesetz (*Kôsei nenkin hoken-hô*, Gesetz Nr. 115/1954 i.d.F. des Gesetzes Nr. 99/2012); Art. 16-2 Abs. 1 Gesetz über die Entschädigung und Versicherung von Arbeitsunfällen (*Rôdô-sha saigai hoshô hoken-hô*, Gesetz Nr. 50/1947 i.d.F. des Gesetzes Nr. 62/2012).

Ehewirkungen (z.B. des gemeinsamen Familiennamens) keine Ehe schließen (können). Jüngst hat der OGH deliktische Ansprüche bei Auflösung einer Beziehung verneint, bei der die Partner nicht im gleichen Ausmaß wie bei einer *naien*-Beziehung zusammenlebten und sich gegenseitig unterstützten.²¹

(b) Gleichgeschlechtliche Paare

In Japan ist die Eheschließung Personen verschiedenen Geschlechts vorbehalten (vgl. Art. 24 Abs. 1 JV²²). Für gleichgeschlechtliche Paare besteht darüber hinaus auch keine andere Form der rechtlichen Anerkennung, etwa als eingetragene Partnerschaft. Während historisch gesehen in christlich geprägten Ländern sexuelle Beziehungen zwischen Personen gleichen Geschlechts verboten und strafrechtlich sanktioniert waren, war die gesellschaftliche Diskriminierung Homosexueller in Japan nie stark ausgeprägt.

Im Wege einer gewöhnlichen Adoption²³ ist es gleichgeschlechtlichen Paaren möglich einige rechtliche Wirkungen, etwa Erb- und Unterhaltsansprüche gegenüber dem Partner, herbeizuführen. Daher sind die rechtlichen Bedürfnisse gleichgeschlechtlicher Paare bis zu einem gewissen Grad abgedeckt. Es wird folglich, verglichen mit anderen Ländern, kaum die Forderung nach einer rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften geäußert.²⁴ Die rechtlichen Wirkungen, die gleichgeschlechtliche Paare im Wege der Adoption herbeiführen können, entsprechen jedoch nicht völlig denen der Ehe. Auch wird die Lösung im Wege der Adoption nicht dem Wunsch gerecht, eine rechtliche Anerkennung als Paar zu erlangen. Daher wird unter dem Einfluss ausländischer Entwicklungen zur rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen in Form einer Ehe oder Partnerschaft auch in Japan zunehmend die rechtliche Behandlung gleichgeschlechtlicher Paare problematisiert.

21 OGH v. 18.11.2004 in: Hanrei Jihô 1881 (2005) 83.

22 Japanische Verfassung (*Nihon-koku kenpô*) v. 3.11.1946. Art. 24 Abs. 1 JV bestimmt, dass „die Ehe ausschließlich durch den übereinstimmenden Willen beider Geschlechter“ zustande kommt.

23 Eine sogenannte gewöhnliche Adoption kommt durch Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem Angenommen zustande, dabei genügt es, wenn der Annehmende auch nur einen Tag älter als der Angenommene ist. Gleichgeschlechtliche Paare wählen häufig die Form einer gewöhnlichen Adoption, wobei der ältere Partner den jüngeren annimmt.

24 Y. AKASUGI u.a. (Hrsg.), *Dôsei pâtonâ – dôsei-kon, DP-hô o shiru tame ni* [Gleichgeschlechtliche Partner – über die gleichgeschlechtliche Ehe und ein Gesetz zur *domestic partnership*] (Tokyo 2004). Für Personen mit Geschlechtsidentitätsstörung wurde 2003 das Gesetz über Sonderregelungen zum Geschlecht von Personen mit Geschlechtsidentitätsstörungen (*Seidô itsusei shôgai-sha no seibetsu no toriatsukai no tokurei ni kansuru hôritsu*, Gesetz Nr. 11/2003 i.d.F. des Gesetzes Nr. 53/2011) erlassen, wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine für die Zukunft wirkende Änderung der geschlechtlichen Zuordnung für die Zwecke des ZG und anderer Gesetze zulässig ist.

2. Ziel der Abhandlung

Wie sich zeigt, besteht daher die Notwendigkeit ausgehend von der Diskussion einzelner konkreter Probleme die Bedeutung der Ehe und den Stellenwert der auf der Ehe gegründeten Familie im japanischen Familienrecht neu zu beleuchten. Im Folgenden werden daher einige der in jüngerer Zeit in der japanischen Rechtswissenschaft im Zivil- und Verfassungsrecht sowie in der Rechtsphilosophie vertretenen Ansichten zum Begriff der Familie, zum Stellenwert der Ehe als Grundlage der Familie und zur Rolle des Familienrechts vorgestellt.²⁵ Die unterschiedlichen Meinungen lassen sich in Hinblick auf das Verständnis der Familie sowie der familiären Beziehungen im Familienrecht grob in zwei Gruppen einteilen. Die eine hält daran fest, die Ehe als Grundlage der typischen Familie zu sehen, und vertritt, dass das Familienrecht sein Hauptaugenmerk auf die auf der Ehe gegründete Familie (und deren Schutz) zu legen habe (II.). Der anderen Gruppe zufolge sind hingegen familiäre Beziehungen auf Grundlage der freien Lebensgestaltung und Selbstbestimmung des Einzelnen zu verstehen, das Familienrecht soll somit einem individualistisch geprägten Konzept folgen (III.). Dabei wird von manchen ein vertraglicher Familienbegriff vertreten, wonach familiäre Beziehungen auf Vertrag beruhen sollen (IV., V.). Diese Ansichten werden im Folgenden näher ausgeführt.

25 Zusätzlich zu den einzelnen Nachweisen im Folgenden siehe auch K. YOSHIDA, *Gendai shimin shakai to minpô-gaku* [Gegenwärtige Zivilgesellschaft und Rechtswissenschaft] (Tokyo 1999) 62 ff.

II. EHE ALS GRUNDLAGE DER FAMILIE

Von einigen bedeutenden Zivilrechtswissenschaftlern wird vertreten, dass das Grundmodell der Familie im Familienrecht ein Familienkollektiv ist, das aus einem Ehepaar und dessen Kindern besteht.²⁶

1. Die auf der Ehe gründende Familie als Grundmodell

Demnach ist die Ehe eine fortdauernde, stabile Beziehung zwischen Mann und Frau zum Aufziehen der in die Familie geborenen Kinder. Aufgabe des Familienrechts ist daher, konstanten Schutz der Ehe (bzw. Familie) zu gewährleisten. Das bedeutet konkret, dass für die Dauer des Bestands der Ehe sowohl vermögensrechtliche Leistungen (Verteilung der ehelichen Ausgaben, Ehegüterrecht) als auch persönliche Rechte und Pflichten (Pflicht zur ehelichen Treue, zum gemeinsamen Wohnen, zum ehelichen Beistand) im Verhältnis zwischen den Parteien geregelt sind. Durch diese Rechte und Pflichten wird die Beziehung zwischen den Parteien umfassend und dauerhaft abgesichert. Ferner bestehen auch für die Zeit nach Beendigung der ehelichen Beziehung Regelungen zum Ehegattenerbrecht sowie zum Ausgleich der Vermögensverhältnisse etwa durch vermögensrechtliche Ansprüche im Fall der Scheidung. Schließlich kommt es für Kinder verheirateter Eltern durch die Vermutung der Ehelichkeit (Art. 772 f. ZG) bereits zu einer frühzeitigen Klärung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kind und wird so ein stabiles Umfeld für die Erziehung der Kinder gewährleistet. In der auf der Ehe gründenden Familie wird durch die Regelung der Rechte und Pflichten im Dreipersonenverhältnis zwischen Ehepaar und (minderjährigen) Kindern die Stabilität der Familie bezweckt und dadurch, dass die Erfüllung der Rechte und Pflichten in der Ehe sichergestellt wird, das Leben der schwachen Glieder der Familie, also insbesondere von Frau und Kindern, geschützt. Die Bedeutung der Ehe liegt daher darin, die physische und psychische Stabilität des Paares herbeizuführen und ein geborgenes Umfeld, ähnlich einem Kokon, für die Erziehung der Kinder zu schaffen.²⁷ Nach dieser Ansicht kann

26 N. MIZUNO, *Dantai toshite no kazoku* [Die Familie als Kollektiv], in: *Jurisuto* 1126 (1998) 72 ff.; DIES., *Kazoku-hô no jakusha hogo kinô ni tsuite* [Zur Funktion des Familienrechts als Schutz Schwächerer], in: Ôta u.a. (Hrsg.), *Suzuki Rokuya sensei tsuitô ronshû. Minji hōgaku e no chōsen to aratana kōchiku* [Gedenkschrift für Prof. Rokuya Suzuki. Herausforderungen für die Zivilrechtswissenschaft und deren Neukonstruktion] (Tokyo 2008) 651 ff. Siehe ferner DIES., *Hikaku kongai-shi hô* [Das nichteheliche Kind im Rechtsvergleich], in: Kawai u.a. (Hrsg.), *Kōza – Gendai kazoku-hô dai-3-kan* [Familienrecht der Gegenwart Band 3] (Tokyo 1992) 127 ff.; DIES., *Chakushutsu suitei, hinin seido no shōrai* [Die Zukunft der Regelung der Vermutung und Bestreitung der Ehelichkeit] in: *Jurisuto* 1059 (1995) 115; ÔMURA (Fn. 1) 23 ff., 373 ff.

27 N. MIZUNO, *Naien junkon riron to jijitsu-kon no hogo* [Die Theorie der *naien*-Beziehung als Quasi-Ehe und der Schutz der De-facto-Ehe], in: Hayashi/Satô (Hrsg.), *Hironaka Toshio sensei sanju kinen – Hô no seisei to minpô no taikai* [Festschrift zum 80. Geburtstag von Prof. Toshio Hironaka – Die Entstehung des Rechts und System des Zivilrechts] (Tokyo 2006) 632.

durch die Stärkung der Rechte und Pflichten in der Ehe und durch die Gewährleistung ihrer Effektivität der Schutz des Einzelnen bzw. Schwächerer erzielt werden.

2. *Notwendigkeit der Neukonzeption der Ehe – Abschaffung autoritärer Elemente*

Die vorgestellte Ansicht geht also davon aus, dass sie durch die sich aus der Ehe ergebenden Rechte und Pflichten die Stabilität der Familie und den Schutz des Einzelnen (des Schwachen) herbeiführen kann. Dabei negiert sie aber Probleme in der gegenwärtigen Ausgestaltung der Ehe nicht. Demnach sind jene Wirkungen der Ehe, die keinen Beitrag zum Schutz Schwächerer leisten, nicht länger anzuerkennen. Es wird daher argumentiert, dass die Ungleichbehandlung nichtehelicher Kinder hinsichtlich des Erbteils gegen die Achtung der Würde des Einzelnen verstoße und deshalb abzuschaffen sei.²⁸ Ferner zwingt die obligatorische Änderung des Familiennamens durch die Eheschließung Frauen in eine feste Rolle – als Schwiegertochter und Ehefrau – im Rahmen einer geschlechtsspezifischen Rollenverteilung. Daher sei, auch um die Autonomie des Ehepaares innerhalb der Familie zu erhöhen, die Möglichkeit der Wahl unterschiedlicher Familiennamen anzuerkennen.²⁹

3. *Rechtliche Behandlung von nicht verheirateten Paaren*

a) *De-facto-Ehe*

Während anerkannt wird, dass es Familie in vielfältigen Formen gibt, wird bezüglich (moderner) eheähnlicher Lebensgemeinschaft wie folgt argumentiert: Wer automatisch in den Genuss der für die Ehe vorgesehenen rechtlichen Wirkungen kommen will, der habe sich für die Ehe zu entscheiden. Wer sich dagegen gerade nicht für die Ehe entschieden hat, hat offensichtlich den Wunsch durch seinen eigenen Willen und Entschluss (etwa durch Vertrag), ein eigenständiges Verhältnis von Rechten und Pflichten zu schaffen. Es würde deshalb eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts darstellen, wenn bei solchen Paaren das Gericht eingreift und letztlich doch wieder die gleichen Wirkungen wie bei der Ehe herstellt. Paaren, die in einer eheähnlichen Gemeinschaft leben, ist daher nur eingeschränkter Schutz aufgrund des Vertrags- oder Deliktsrechts zu gewähren.³⁰

28 N. MIZUNO, *Hi-chakushutsu-shi no sôzoku-bun kakusa o meguru kenpô-ron no tairitsu* [Der Streit in der verfassungsrechtlichen Diskussion rund um die Unterschiede hinsichtlich des Erbteils nichtehelicher Kinder], in: *Hôgaku Seminâ* 55 (2010) 4; ÔMURA (Fn. 1) 376.

29 N. MIZUNO, *Fûfu no uji* [Der Ehe name], in: *Koseki Jihô* 428 (1993) 13 ff.; ÔMURA (Fn. 1) 244 ff., 375.

30 N. MIZUNO, *Jijitsu-kon no hôteki hogo* [Der rechtliche Schutz der De-facto-Ehe], in: Ishikawa u.a. (Hrsg.), *Kazoku-hô kaisei e no kadai* [Aufgaben in Hinblick auf eine Reform des Familienrechts] (Tokyo 1994) 84; DIES., *Naien junkon riron to jijitsu-kon no hogo* [Theorie der *naien*-Beziehung als Quasi-Ehe und Schutz der De-facto-Ehe], in: Hayashi/ Satô (Hrsg.),

b) *Gleichgeschlechtliche Paare*

Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung von gleichgeschlechtlichen Paaren wird hingegen vertreten, dass die Frage, ob ein ähnlicher rechtlicher Schutz wie bei der Ehe zu gewähren ist, in Hinblick darauf zu beantworten ist, was als der Zweck der Ehe verstanden wird. Die Antwort muss deshalb unterschiedlich, je nachdem ob man auf eine gemeinsame Lebensführung als Zweck der Ehe abstellt oder ob man es als Charakteristikum der Ehe ansieht, dass zwei Menschen im gegenseitigen Einverständnis, Kinder zu erziehen, ein gemeinsames Leben führen.³¹

c) *Anerkennung der Pluralisierung der Familie*

Nach dieser Ansicht bildet zwar die auf der Ehe basierende Familie den Grundtypus der Familie, dabei wird jedoch die Pluralisierung der Familie nicht in Abrede gestellt. Vielmehr ist die gesetzliche Ehe zwar als wünschenswerter Standard festgesetzt, je nach den individuellen Bedürfnissen ist dieser jedoch anzupassen bzw. sind andere Familienmodelle neu zu schaffen.³²

III. INDIVIDUALISTISCHER FAMILIENBEGRIFF

Die im Folgenden vorgestellte, ebenfalls von einem Zivilrechtswissenschaftler vertretene Ansicht, geht nicht von der Familie als Kollektiv aus, sondern versucht Familie unter dem Blickwinkel des Individualismus zu erfassen.³³

1. *Achtung des Selbstbestimmungsrechts*

a) *Achtung der Selbstbestimmung und der Lebensgestaltung*

Es wird besonderes Augenmerk auf die Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen bezüglich seiner Lebensgestaltung gelegt, da es der Freiheit des Einzelnen überlassen sei, was für ein Privat- und Familienleben er führe wolle. Eine autonome Entscheidung über den Lebensstil zu treffen ist daher unabdingbar für die persönliche Existenz. Familie wird als der Ort verstanden, an dem der Einzelne nach Glück strebe und Unterstützung für die Verwirklichung seiner selbst findet. Daher kann der Einzelne

Hô no seisei to minpô no taiei [Die Entstehung des Rechts und das System des Zivilrechts] (Tokyo 2006), 627 ff.; ÔMURA (Fn. 1) 229 ff.

31 ÔMURA (Fn. 1) 286.

32 Vgl. die Äußerung von N. Mizuno in Rahmen des Sondergesprächskreises „Auf dem Weg zu einer Reform des Familienrechts (2)“ [*Tokubetsu zadan-kai „Kazoku-hô kaisei ni mukete (ge)“*] abgedruckt in: *Jurisuto* 1325 (2006) 177, sowie ÔMURA (Fn. 1) 25.

33 S. NINOMIYA, *Kazoku-hô kaisei o kangaeru* [Über die Reform des Familienrechts] (Tokyo 1993) inbes. 178 ff.; DERS., *Kazoku no kojîn shugi-ka to hô-riron – kazoku-hô riron no saikentô* [Die Individualisierung der Familie und rechtliche Theorien – neue Überlegungen zur Theorie des Familienrechts], in: *Hôritsu Jihô* 74 (2002) 26 ff.

frei wählen, mit wem er eine Vertrauensbeziehung eingeht und wie er das Zusammenleben gestaltet. Fragen, die persönliche Werte betreffen, wie die sexuelle Orientierung, Treuepflichten, die Pflicht zum Zusammenwohnen oder die Wahl des Familiennamens, sind der freien Entscheidung des Einzelnen zu überlassen.³⁴ Daher wird nachdrücklich die Einführung der Möglichkeit der Wahl unterschiedlicher Familiennamen gefordert, da dies eine gleichberechtigte Beziehung zwischen Mann und Frau gewährleisten und die Würde des Einzelnen schützen.

b) *Individualisierung der Familie und Neutralität des Familienrechts*

Da von der Selbstbestimmung des Einzelnen ausgegangen wird, führt dies zu einer Individualisierung von Familien, innerhalb der die Beziehungen zwischen den einzelnen Mitgliedern geregelt werden. Das Ziel, eine als Kollektiv verstandene Familie (insbesondere in Form einer Familie mit geschlechtsspezifischer Rollenverteilung) zu bewahren, kann daher keine Rechtfertigung für die Einschränkung der Selbstbestimmung des Einzelnen bieten.

Das Recht hat vielmehr eine neutrale Haltung gegenüber den unterschiedlichen Erscheinungsformen der Familie und der individuellen Lebensgestaltung einzunehmen. Denn sobald das Recht davon ausgeht, dass eine bestimmte Familienform als wünschenswert anzusehen ist, führt dies unweigerlich zu einer Unterdrückung anderer Familienformen und damit zu einer Einschränkung der Wahlfreiheit des Einzelnen hinsichtlich seiner Lebensgestaltung. Geht von der Neutralität des Familienrechts aus, so ist es nicht zulässig, allein die Ehe rechtlich anzuerkennen und ausschließlich verheirateten Paaren Vorteile zu gewähren, während andere Beziehungsformen benachteiligt werden. Daher sollte durch die Abschaffung der Diskriminierung nichtehelicher Kinder klar und deutlich die Achtung der Würde des Kindes als Individuums zum Ausdruck gebracht werden. Auch für die Eltern werde es durch die Abschaffung der Diskriminierung nichtehelicher Kinder möglich, ihr Leben in unterschiedlicher Weise zu gestalten, etwa auch ohne zu heiraten ein Kind zu bekommen und es als Mutter alleine aufzuziehen oder als in einer De-facto-Ehe zusammenlebendes Paar Kinder zu haben.³⁵

Regelungen des Steuer- und Sozialversicherungsrechts, die Hausfrauen bevorzugen, sind Gegenstand der Kritik, da sie Familien in eine geschlechtsspezifische Rollenverteilung zwingen. Daher sind diese dahingehend zu ändern, dass sie gegenüber der Lebensgestaltung des Einzelnen neutral sind.³⁶

34 NINOMIYA, in: Hôritsu Jihô (Fn.33) 29.

35 S. NINOMIYA, *Fûfu besshi, kongai-shi sabetsu to kojîn no songeki* [Unterschiedliche Ehenamen, Diskriminierung nichtehelicher Kinder und die Würde des Einzelnen], in: Jiyû to Seigi 45 (1994) 54 ff.; DERS., *Kazoku-hô to seibetsu yakuwari bungyô* [Familienrecht und geschlechtsspezifische Rollenverteilung] (Tokyo 1997) 159.

36 NINOMIYA, *Kazoku-hô to seibetsu yakuwari bungyô* (Fn. 35) 152 ff.; DERS., *Kazoku to hô – kojîn-ka to tayô-ka no naka de* [Familie und Recht – in Mitten von Individualisierung und Pluralisierung] (Tokyo 2007) 43 ff.

2. *Aktive Rolle des Rechts und des Staates*

Das Recht, insbesondere das Familienrecht, muss ebenso wie der Staat neutral gegenüber den Entscheidungen des Einzelnen hinsichtlich seiner Lebensgestaltung sein. In bestimmten Fällen ist jedoch eine aktive Rolle des Rechts gefordert und muss der Staat in die Belange der Familie und des Einzelnen eingreifen.³⁷

Erstens obliegt dem Familienrecht der Schutz all jener Personen, die nicht in der Lage sind, aus eigener Kraft ihr Leben zu bestreiten, und Schutz bedürfen, wie etwa Minderjährige, Kranke, Alte und Arbeitslose. Diese bedürfen in dreierlei Hinsicht der Sorge, nämlich in Bezug auf ihr Handeln (Vertretung bei Rechtshandlungen), ihre finanziellen Situation (Unterhalt) und den Alltag (Pflege). Die einzelnen Familienmitglieder sind, unabhängig von einer Vereinbarung zwischen den Parteien, aufgrund ihrer Nähebeziehung zum Schutz Schutzbedürftiger verpflichtet. Es wird jedoch in diesem Zusammenhang gefordert, dass bislang von der Familie wahrgenommene Aufgaben möglichst weitgehend auf die Gesellschaft zu übertragen sind. Die damit einhergehende Entbindung der Frauen von unbezahlter Arbeit, wie sie Frauen und Mütter bislang im Zuge der traditionellen Rollenverteilung verrichten, ermögliche es, ganz andere Formen der Lebensgestaltung zu wählen. Die Familie solle daher nur mehr zu einem Mindestmaß an Sorge für Schutzbedürftige verpflichtet sein.

Zweitens sind bei Verletzung der persönlichen und körperlichen Freiheit des Einzelnen innerhalb der Familie staatliche Eingriffe zulässig, beispielsweise durch Hilfe für Opfer von Kindesmisshandlung und häuslicher Gewalt.

Drittens sind Eingriffe erlaubt, sofern sie erforderlich sind, um geeignete Bedingungen für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts herzustellen. So findet das Selbstbestimmungsrecht zwar beispielsweise in der Liberalisierung der Scheidung in Form der einvernehmlichen Scheidung oder der Scheidung aufgrund von Zerrüttung Ausdruck, dies führt aber zu Problemen hinsichtlich des Schutzes von Frauen und Kindern, die durch Scheidung in eine wirtschaftlich schwierige Lage geraten. Hier ist es Aufgabe des Rechts, die Erfüllung der nach dem Familienrecht zustehenden Ansprüche bei Scheidung und die Abdeckung der Unterhaltskosten sicherzustellen und darüber hinaus durch die Regulierung des Arbeitsmarktes das notwendige Umfeld und die erforderlichen Bedingungen zu schaffen, die eine Verwirklichung selbstbestimmter Entscheidungen in Hinblick auf eine Scheidung ermöglichen.

37 NINOMIYA, *Kazoku-hô to seibetsu yakuwari bungyô* (Fn. 35) 158; DERS., in: *Hôritsu Jihô* (Fn. 33) 30 ff.

3. *Umgang mit eheähnlichen Lebensgemeinschaften*

a) *Einordnung der De-facto-Ehe*

Es stellt sich die Frage, welche rechtliche Einordnung (moderne) eheähnliche Lebensgemeinschaften im Rahmen eines solchen individualistischen Familienbegriffs erfahren. Nach den Vertretern der hier vorgestellten Ansicht hat das Recht, unabhängig davon, welche Form der Lebensgestaltung gewählt wird, eine neutrale Haltung gegenüber den im Familienleben verwirklichten Werten einzunehmen und für die Sicherung der Lebensgrundlage zu sorgen. Erst durch den neutralen Schutz, der unterschiedlichen Formen der Lebensgestaltung gewährt wird, wird es möglich eine Wahl in Hinblick auf die Gestaltung des Familienlebens, sei es in Form einer Ehe, einer De-facto-Ehe oder einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft, zu treffen. Anders ausgedrückt, ist die neutrale Gewährung von rechtlichem Schutz gegenüber nicht verheirateten Paaren notwendige Voraussetzung für die Gewährleistung der Wahlfreiheit in Hinblick auf die Lebensgestaltung. Wenn daher eine stabiles und dauerhaftes Zusammenleben und einer partnerschaftliche Beziehung gegeben sind (oder waren), so ist dieser Lebensgestaltung rechtlicher Schutz zuzubilligen und durch die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe eine gerechte Vermögensaufteilung herbeizuführen sowie Unterstützung für Schutzbedürftige sicherzustellen. Kann zum Beispiel ein Partner keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, weil er allein die Führung des Haushalts und die Erziehung der Kinder übernimmt oder dazu aufgrund einer Krankheit oder eines Unfalls nicht in der Lage ist, und ist er daher in finanzieller Hinsicht vom anderen abhängig, so käme er durch die Auflösung der Beziehung in eine wirtschaftlich prekäre Lage. In einem solchen Fall sind unabhängig vom Willen und der Übereinkunft der Parteien die Regelungen über die Vermögensaufteilung nach Scheidung analog anzuwenden und somit dem Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen.³⁸

b) *Behandlung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften*

Auch bei gleichgeschlechtlichen Partnerschaften soll wie bei der De-facto-Ehe Schutz durch die analoge Anwendung der Wirkungen der Ehe herbeigeführt werden. Geht man ferner davon aus, dass es Zweck der Ehe ist, die persönlichen Verhältnisse zu stabilisieren, so besteht kein Grund gleichgeschlechtliche Paare anders als verschiedengeschlechtliche zu behandeln. Daher wird vertreten, dass eine Eheschließung zwischen Personen gleichen Geschlechts bzw. die Registrierung der Partnerschaft zu ermöglichen sei.³⁹

38 S. NINOMIYA, *Jijitsu-kon no gendaiteki kadai* [Gegenwärtige Probleme der De-facto-Ehe] (Tokyo 1990); DERS., *Jijitsu-kon no hanrei sôgô kaisetsu* [Allgemeine Erläuterungen zur Rechtsprechung zu eheähnlichen Lebensgemeinschaften] (Tokyo 2006) 198 ff.; DERS., in: *Hôritsu Jihô* (Fn. 33) 55 ff.

39 NINOMIYA (Fn. 36) 63.

IV. VERTRAGSRECHTLICHER FAMILIENBEGRIFF (1) – AUS DEM BLICKWINKEL DER GERECHTIGKEITSTHEORIE

Die im Folgenden behandelte Ansicht spricht sich, wie die oben unter III. vorgestellte These, für eine Individualisierung der Familie und die Achtung der Pluralität der Familie aus, wobei rechtsphilosophische Erwägungen zugrunde gelegt werden. Vertreten wird ein vertragsrechtlicher Familienbegriff, der auf der Theorie des Liberalismus sowie der Gerechtigkeitstheorie beruht und sich auf die amerikanische Feminismus-Debatte rund um die geschlechtsspezifische Rollenverteilung stützt.⁴⁰

1. *Der vertragsrechtliche Begriff der Familie*

Familiäre Beziehungen werden als Verträge verstanden. Der Vertragsfreiheit wird ein hoher Stellenwert eingeräumt, da es nach der Theorie des Liberalismus für die Autonomie des Einzelnen unerlässlich ist, es der individuellen Freiheit zu überlassen, welche seiner Fähigkeiten er entwickelt. Indem die Vertragsfreiheit auf die Organisationsprinzipien der Familie erstreckt wird, führt dies zur Achtung der Pluralität der Familie verbunden mit der Achtung der Freiheit des Einzelnen zu wählen, mit wem er eine Familie bilden und fortführen möchte, der für das Leben jedes Menschen zentrale Bedeutung zukommt.⁴¹

Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass zwischen „Gerechtigkeit“ und „dem Guten“ zu unterscheiden ist. Jeder Mensch hat eine bestimmte Antwort auf die Frage, was der Sinn und Zweck des Lebens ist, also eine Idealvorstellung vom Entwurf eines „guten Lebens“, und soll frei nach dieser streben können. Damit die Menschen die Freiheit des Strebens nach einem guten Leben aufgrund ihres jeweiligen Verständnisses verwirklichen können, ohne dabei die Freiheit anderer zu verletzen, sind sozialpolitische Leitlinien erforderlich. Diese sind in der Gerechtigkeitstheorie zu finden. Gerechtigkeit muss daher einerseits ihre Rechtfertigung ohne Bezug auf eine bestimmte Vorstellung von einem „guten Leben“ finden (Unabhängigkeit der Gerechtigkeit), andererseits müssen im Falle eines Konflikts zwischen einer bestimmten Vorstellung vom „guten Leben“ und den Anforderungen der Gerechtigkeit letztere vorgehen (Vorrang der Gerechtigkeit).⁴² Zentral für die Idealvorstellung vom „Guten“ ist der individuelle Entwurf der

40 A. NOZAKI, *Seigi-ron ni okeru kazoku no ichi – riberaru feminizumu no sai-tei'i ni mukete* [Die Stellung der Familie in der Gerechtigkeitstheorie – zu einer Neuorientierung des liberalen Feminismus], in: *Seigi, kazoku, hô no kôzô henkan riberaru feminizumu no sai-tei'i* [Strukturwandel in Gerechtigkeit, Familie, Recht – Neuorientierung des liberalen Feminismus] (Tokyo 2003) 52 ff.; DIES., „*Shinmitsu-ken*“ *to seigi kankaku* [„Die Sphäre der Vertrautheit“ und das Gerechtigkeitsempfinden], a.a.O. 155 ff.

41 NOZAKI (Fn. 40) 163.

42 Siehe dazu T. INOUE, *Kyôsei no sahô – kaiwa toshite no seigi* [Die Ethik des Zusammenlebens – Gerechtigkeit im Dialog] (Tokyo 1986) 157 ff.; DERS., *Tasha e no jiyû – kôkyô-sei no tetsugaku toshite no riberarizumu* [Die Freiheit gegenüber anderen – Liberalismus als Philosophie der Öffentlichkeit] (Tokyo 1999) insbes. 143 ff.; NOZAKI (Fn. 40) 33, 85.

Gestaltung der Familienbeziehungen. Beschränkt man jedoch die freie Gestaltung der Familie nach den individuellen Vorstellungen vom Guten, so besteht die Gefahr eines schwerwiegenden Eingriffs in die Autonomie des Einzelnen. Der Theorie des Liberalismus folgend, dessen Grundprinzip die Gerechtigkeit ist, sind Familienbeziehungen als Verträge zu verstehen, wobei bestimmte Familienformen nicht schon von vornherein ausgeschlossen werden dürfen.

2. *Konsequenzen der Vertragskonstruktion*

Eine derartige vertragliche Konstruktion wirkt sich einerseits in der Pluralisierung der Familie im Recht und andererseits in der Beschränkung der Vertragsfreiheit auf Grundlage der Gerechtigkeit aus.⁴³

a) *Verschiedene Erscheinungsformen der Familie*

(1) Pluralisierung der Familie

Der Vertragsansatz bereitet die Grundlage für die Diversifizierung der Erscheinungsformen der Familie. Ist es für die Anerkennung als Familie im Rechtssinn ausreichend, dass bei mehreren Individuen, die eine „Familie“ gründen wollen, ein ernsthafter, über einer bestimmten Grenze liegender Bindungswille vorhanden ist, dann bedeutet dies die Respektierung der Autonomie des Einzelnen. Gegenstand rechtlichen Schutzes können daher nicht nur die auf die Ehe gegründete Familie, sondern auch gleichgeschlechtliche Paare oder asexuelle Gruppen sein.

(2) Pluralisierung der Familie gleich Pluralisierung der gesetzlichen Ehe

Auch wenn Familienbeziehungen umfassend auf eine vertragliche Grundlage gestellt werden, so soll dies jedoch nicht die Daseinsberechtigung der gesetzlichen Ehe in Frage stellen, sondern zu einer Pluralisierung der Formen der gesetzlichen Ehe führen. Übereinstimmung besteht mit der unter II. dargestellten Ansicht zur Bedeutung der auf der Ehe gründenden Familie, wonach das Recht die Familie zu schützen habe, damit diese ihre Funktion erfüllen könne, Kinder zu schützen und ein geborgenes Umfeld zu schaffen;⁴⁴ nach der hier behandelten These besteht aber keine Notwendigkeit, hinsichtlich der angesprochenen Funktion der Familie auf die Ehelichkeit abzustellen.⁴⁵ Somit kommt es zwar zu einer Individualisierung der Familie, die Vertreter dieser Ansicht gehen aber nicht soweit, die Familie gänzlich auflösen zu wollen und nur mehr von Einzelpersonen auszugehen, und leugnen auch nicht die Funktion der Familie.⁴⁶

43 NOZAKI (Fn. 40) 139 ff.

44 MIZUNO in: *Jurisuto* (Fn. 26) 76.

45 NOZAKI (Fn. 40) 73.

46 O. KAWASAKI, *Feminizumu to riberarizumu no kakushin* [Erneuerung des Feminismus und Liberalismus], *Seigi, kazoku, hō no kōzō henkan riberaru feminizumu no sai-tei'i* [Struktur-

(3) Präzisierung der Rechte und Pflichten des Einzelnen

Der Inhalt der bei Gründung und Auflösung familiärer Beziehung entstehenden Rechte und Pflichten sind ebenfalls durch Vertrag zwischen den Parteien zu regeln. Es ist vorstellbar, dass Gesetze verschiedene Familienmodelle aufzeigen.

b) Beschränkungen der Vertragsfreiheit

Durch den vertragsrechtlichen Familienbegriff kommt es zu keiner umfassenden Anerkennung der Freiheit der Gestaltung der Familie, die Vertragsfreiheit unterliegt vielmehr den Grenzen der Gerechtigkeit, nämlich dem Schutz Schwacher. Das heißt, falls die Freiheit, Gleichheit oder Würde eines anderen verletzt würde, unterliegt der Vertrag Grenzen und ist ein staatlicher Eingriff erforderlich. Als Beispiel wird die Notwendigkeit des Schutzes von Frauen und Kindern genannt, die sich aufgrund einer Scheidung in einer gesellschaftlich und wirtschaftlich schwachen Stellung befinden.

3. Verhältnis zwischen Eltern und Kindern

Das Verhältnis zwischen Eltern und minderjährigen Kindern besteht nicht in einem Vertragsverhältnis, sondern einem Vertrauensverhältnis. Grundlage der Rechte und Pflichten im Verhältnis von Eltern und Kindern ist der freie Wille der Eltern, das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnis zu erklären, d.h. zu erklären, die Rechte des Kindes zu wahren. Grund für die Annahme dieser Konstruktion ist erstens, dass auf diese Weise Rechte und Pflichten im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern nicht aufgrund einer biologischen Verbindung, sondern als Ergebnis einer freiwillige Handlung erklärt werden können. Zweitens bietet die Konstruktion als Vertrauensverhältnis auch für den Fall eine rechtliche Struktur, dass minderjährige Kinder keinen freien Willen bilden können. Drittens ist es möglich, durch diese Konstruktion staatliche Eingriffe zum Schutzes der Interessen und des Wohles des Kindes zu rechtfertigen.

V. VERTRAGSRECHTLICHER FAMILIENBEGRIFF (2) – UMFASSENDE VERTRAGLICHE GESTALTUNG

Die letzte hier zu behandelnde These, die von Verfassungsrechtswissenschaftlern vertreten wird, geht ebenso wie die eben vorgestellte Ansicht von einem vertragsrechtlichen Familienbegriff aus, nimmt dabei aber keine durch die Gerechtigkeitstheorie vorgegebenen Schranken an, sondern unterstreicht stärker die Vertragsfreiheit.⁴⁷

1. *Vertragsrechtlicher Familienbegriff*

Das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen wird anerkannt, indem es der Freiheit eines jeden überlassen sein soll, mit wem er eine wie geartete Beziehung eingeht. Die Gestaltung familiärer Beziehungen der Freiheit des Einzelnen zu überlassen, wird als gleichbedeutend damit angesehen, diese dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgend einer vertraglichen Gestaltung anheim zu stellen; der damit einhergehende Familienbegriff wird als „vertragsrechtlicher Familienbegriff“ bezeichnet.

2. *Die Rolle des Rechts*

a) *In Hinblick auf die gesetzliche Ehe*

Das Recht soll keinen Normaltypus der Familiengestaltung vorgeben oder allein der gesetzlichen Ehe einen besonderen Rang und besonderen Schutz zukommen lassen.

b) *Problematik an der Pluralisierung der gesetzlichen Ehe und Familie*

Den von einer Pluralisierung der gesetzlichen Ehe bzw. Familie ausgehenden Thesen wird folgende Problematik entgegengehalten: Pluralisierung der gesetzlichen Ehe bedeutet, bislang irreguläre, außerhalb der gesetzlichen Ehe stehende Familienformen als reguläre Form der Familie bzw. Ehe anzuerkennen, etwa Beziehungen, die nur einen Teil der mit der herkömmlichen gesetzlichen Ehe verbundenen Rechte und Pflichten verwirklichen wollen (z.B. bedingte oder beschränkte Ehe, Ehe aus der keine Pflicht zu einer geschlechtlichen Beziehung folgen soll), oder Beziehungen zwischen Personen gleichen Geschlechts oder zwischen mehr als zwei Personen. Gewährt man jedoch all diesen Erscheinungsformen rechtliche Anerkennung als Familie, so bedeutet dies letztlich nichts anderes als von einer umfassenden vertragsrechtlichen Gestaltung auszugehen.

47 J. ANNEN, *Kazoku keisei to jiko kettei – Iwanami kôza gendai no hô 14 jiko kettei-ken to hô* [Die Bildung der Familie und die Selbstbestimmung – Iwanamis gegenwärtiges Recht 14: Das Selbstbestimmungsrecht und das Gesetz] (Tokyo 1998) 129 ff.; DERS., „*Ningen no songen*“ to *kazoku no arikata* – „*Keiyakuteki kazoku-kan*“ *sairon* [Die Würde des Menschen und die Erscheinungsformen der Familie – nochmals zum „vertraglichen Familienbegriff“], in: *Jurisuto* 1222 (2002) 21ff.

Wenn aber das nicht beabsichtigt ist, sondern nur eine Pluralisierung der gesetzlichen Ehe, so stellt sich die Frage, welche der Gestaltungsformen als reguläre Familie anzuerkennen sind. Einen Entscheidungsmaßstab oder eine Rechtfertigungsgrundlage hierfür zu finden ist aber schwierig.

c) Aufgabe des Rechts

Bei Zugrundelegung eines vertragsrechtlichen Familienbegriffs beschränken sich die Aufgaben des Rechts auf ein Mindestmaß unter Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen, nämlich den freien und individuellen Vereinbarungen rechtliche Wirkung zu verleihen und geschlossene Verträge durchzusetzen. Für zwingende gesetzliche Regelungen besteht daher, soweit sie durch Verträge ersetzt werden können, keine Notwendigkeit.

(1) Konkrete Schlussfolgerungen

Konkret werden aus dem bereits Ausgeführten folgende Schlüsse gezogen: Die Ehe ist nicht ausschließlich als unbefristete und unbedingte Rechtsbeziehung anzusehen. Jedem muss uneingeschränkte Freiheit bei der Wahl seines Partners zukommen. Während des Fortbestehens des Zusammenlebens, sind die rechtlichen Beziehungen durch Vereinbarung zwischen den Parteien zu regeln. Beispielsweise ist also die Aufteilung der Kosten für die gemeinsame Lebensführung und das Zusammenwohnen, die Aufteilung von während des Zusammenlebens erworbenem Vermögen, die Sexualität sowie Treuepflichten einvernehmlich zu regeln. Auch die Voraussetzungen für und die Wirkungen der Beendigung der Ehe, oder allgemeiner, einer partnerschaftlichen Beziehung, sind durch Vertrag zu bestimmen. Schließlich ist der Unterhalt im Verhältnis zwischen den Partnern einer Beziehung durch Vertrag zu regeln. Soweit es um Verhältnisse zwischen Erwachsenen geht, besteht keine Notwendigkeit, von Gesetzes wegen automatisch entstehenden Unterhaltspflichten festzusetzen, sondern es ist vielmehr vertraglich zu bestimmen, wem Unterhaltspflichten gegenüber welchen Personen und in welcher Höhe obliegen.

(2) Ausnahmen

In Ausnahmefällen gibt es jedoch auch vom Vertrag nicht erfasste Bereiche. Der vertragsrechtliche Familienbegriff geht nämlich grundsätzlich von Erwachsenen mit ausreichender Geschäftsfähigkeit aus. Die vertragliche Gestaltung erstreckt sich somit nicht auf minderjährige Kinder. Die Regelung des Sorgerechts und des Unterhalts für diese sowie die Bestimmung ihres gesetzlichen Vertreters erfolgen daher gemäß den gesetzlichen Vorschriften.

VI. FAZIT

Der Überblick über die verschiedenen Ansichten zum Begriff der Familie, wie sie in jüngerer Zeit in der japanischen Rechtswissenschaft vertreten werden, zeigt, dass es im japanischen Recht eine Reihe von Fragen gibt, die einer dringlichen Lösung bedürfen. Hierzu zählen etwa die Einführung einer Wahlmöglichkeit, wonach Ehepartner offen steht, nach Eheschließung ihren jeweiligen Familiennamen beizubehalten, oder die Abschaffung der Diskriminierung nichtehelicher Kinder. Als Gemeinsamkeit zwischen allen vorgestellten Ansichten lässt sich ein gewisser Widerstand gegenüber autoritären Formen der gesetzlichen Ehe sowie gegenüber dem Modell der geschlechtsspezifischen Rollenverteilung herauslesen. Große Unterschiede bestehen jedoch dahingehend, welche Bedeutung der gesetzlichen Ehe beigemessen wird, wie die Achtung des Selbstbestimmungsrechts des Individuums in den Familienmodellen zum Ausdruck gebracht wird und wie die Rolle des Familienrechts bewertet wird.

So wird von den einen die Bedeutung der mit der Ehe verbundenen Rechte und Pflichten, die die Stabilität der auf der Ehe gegründeten Familie und den Schutz Schwacher gewährleistet, betont und gefordert, dass die auf der Ehe gegründete Familie den Kern des Familienrecht bilden solle, wahren gleichzeitig aber auch das Selbstbestimmungsrecht nicht verheirateter Paaren zu respektieren sei (vgl. II.). Von den anderen wird hingegen mit Nachdruck vertreten, dass die Freiheit des Einzelnen hinsichtlich der Gestaltung seines Lebens und der Familien im Mittelpunkt stehen solle. Dabei besteht Übereinstimmung in der Kritik daran, dass das Familienrecht die auf der Ehe gegründete Familie zum Ausgangspunkt nimmt, sowie in der Forderung nach einer aktiv vorangetriebenen Individualisierung und Pluralisierung des Familienrechts. In weiterer Folge zeigt sich aber auch eine Reihe von Unterschieden. Die unter III. vorgestellte Ansicht will durch die analoge Anwendung der Regelungen zur Ehe einen flexiblen Schutz nicht verheirateter Paare erzielen. Ein derartiger Schutz nicht verheirateter Paare könnte aber gerade zu einer Verletzung der Selbstbestimmung der betroffenen Partner führen und stellt auch den Sinn der Ehe in Frage.

Demgegenüber wird von anderer Seite vertreten, dass familiäre Beziehungen auf Grundlage der Freiheit des Einzelnen, seine Familie zu gestalten, als Verträgen zu verstehen seien. Der dem Prinzip der Vertragsfreiheit gegenüberstehende Grundsatz der Gerechtigkeit gebiete den Schutz Schwächerer (IV.). Geht man nicht mit der unter V. vorgestellten Ansicht davon aus, dass alle familiären Beziehungen gänzlich im Wege von Verträgen zu regeln sind, so ist unter Zugrundelegung der Freiheit des Einzelnen, seine Familienbeziehungen frei zu gestalten, zu überlegen, welche Rechte und Pflichten einer vertraglichen Regelung durch den Einzelnen zu überlassen und welche durch Vertrag der Parteien begründeten Familienbeziehungen als Ehe bzw. Familie im Rechtsinn anzuerkennen sind. Erforderlich ist dazu nicht nur zu überprüfen, welche Bedeutung der Ehe und der Familie bislang zugekommen ist, sondern auch zu klären, welches Familienbild in der Gesellschaft vorherrscht und welche Bedürfnisse die Bevölkerung

zur Verwirklichung ihrer Freiheit der Gestaltung der Familie hat. Derartige Überlegungen sind jedoch auch dann anzustellen, wenn man, wie die unter II. vorgestellte Meinung, von einer Pluralisierung der auf der Ehe gegründeten Familie ausgeht.

Eine solche Überprüfung und Neukonzeption ist jedoch nicht einfach zu bewerkstelligen. Das in Japan bestehende Familienregister sowie die Eigenheiten der traditionellen Familienrechtslehre erschwert sie zusätzlich. Das Familienregister kann als bestimmend dafür angesehen werden, dass das Familienkollektiv als Einheit verstanden und die Autonomie der Familie betont wird. Eine derartige Familienname und Familienregister gleichsetzende kollektivistische Sicht der Familie lehnen alle hier vorgestellten Ansichten ab. In der Bevölkerung ist dieses Bewusstsein dagegen wohl noch nicht überwunden. Auch in der familienrechtlichen Diskussion fand keine ausreichende Reflexion über die Bedeutung rechtlicher Regelungen wie die der Ehe statt, wie sich am Schutz von eheähnlichen Lebensgemeinschaften zeigt. Denn hier wurde vertreten, dass sich tatsächliche Verhältnisse in rechtlichen Prinzipien widerspiegeln sollten und tatsächlicher Verhältnisse zu schützen seien. Es fehlte daher bislang eine ausreichende Auseinandersetzung mit der Bedeutung und dem Sinn von Ehe und Familie unter Berücksichtigung der Freiheit und Rechte der einzelnen Familienmitglieder.⁴⁸

Wie dieser Beitrag zeigt, sind bei den gesetzlichen Ansichten zur Familie und zum Familienrecht verschiedenste Probleme mit einander in komplexer Weise verwoben, wie etwa die Frage, ob Familie als Kollektiv anzusehen ist oder als Zusammenschluss von Individuen, oder die Frage, welche Bedeutung die gesetzliche Ehe hat. Der Beitrag konnte nur die unterschiedlichen Standpunkte herausarbeiten, vermag jedoch keine Tendenzen für die zukünftige Entwicklung aufzuzeigen. Neben den konkreten Problemen, die das Familienrecht zu lösen hat, ist auch weiterhin der Frage nach dem dem Familienrecht zugrundeliegenden Begriff der Familie sowie der Bedeutung des Familienrechts nachzuspüren.

48 Siehe dazu die in Fn. 26 angeführten Werke von N. MIZUNO.

SUMMARY

The Japanese Civil Code does not give a definition of the word “family”, it does not mention it even once. Its provisions, however, presuppose a family consisting of a married couple and their (underage) children. This traditional family model has come to be severely criticized in recent years. The discussion in Japanese family law theory and practice focuses on three main issues, i.e. a possible reform of family law as provided for in the Civil Code – in particular regarding the possibility that the partners of a married couple have different surnames as well as regarding the abolition of discrimination against children born out of wedlock –, the question of gender roles within the family, and the legal protection awarded to non-married couples, including same-sex couples.

After outlining the present debate in Japan and its historical underpinnings, the paper presents various answers given by private and public law scholars to the underlying core questions such as how the concept of “family” should be defined, which role family law should play and how important marriage in this context is.

The first thesis presented adheres to the traditional notion that marriage is the basis of family relations. However, it suggests an abolition of authoritarian elements in family which do not serve the protection of weaker members of the family. Thus abolition of discrimination against children born out of wedlock is argued for. Non-married couples should not be awarded the same protection as married couples as this would infringe the right of self-determination.

The second thesis argues for an individualistic notion of the family focusing on the right of self-determination. The law should take on a neutral position as regards individual lifestyle choices and should interfere only where this is necessary for the protection of weaker members of the family.

The next two theses presented both propose that family relations should be based on contracts between the individual members of the family. One, however, argues in favor of limitations of contractual relations derived from the theory of justice. Therefore, the relation between parents and children, for example, should be exempt from contractual regulations. The other thesis puts more emphasis on freedom of contract and wants to leave everything to the agreement by the parties.

All four solutions would have far-reaching implications on the positioning of marriage and family within society. However, the current family register regime makes any reforms difficult. Further research on the issues involved is therefore necessary.

ZUSAMMENFASSUNG

Das japanische Zivilgesetz definiert den Begriff „Familie“ nicht, es verwendet ihn nicht einmal. Die familienrechtlichen Regelungen setzen jedoch einen Familienbegriff voraus, wonach eine Familie aus einem Ehepaar und dessen (minderjährigen) Kindern gebildet wird. Diese traditionelle Familiensicht kommt immer stärker in die Kritik. Die Diskussion im japanischen Familienrecht dreht sich vor allem um drei Problemkreise, nämlich eine mögliche Reform des Familienrechts im Zivilgesetz – insbesondere hinsichtlich der Einführung der Möglichkeit, dass Ehepartner unterschiedliche Familiennamen führen, und der Abschaffung der Diskriminierung nichtehelicher Kinder –, die Frage der geschlechtsspezifischen Rollenverteilung in der Familie und um die rechtliche Anerkennung nicht verheirateter Paare, einschließlich gleichgeschlechtlicher Paare.

Nach einem Überblick über den Stand der Diskussion in Japan mit Bezügen zu den geschichtlichen Hintergründen stellt der Beitrag verschiedene Lösungsansätze vor, wie sie von Privat- und Verfassungsrechtswissenschaftlern in Japan zu zentralen Fragen vertreten werden, etwa wie der Begriff „Familie“ zu definieren ist, welche Rolle dem Familienrecht zukommt und welche Bedeutung die Ehe hat.

Die erste der vorgestellten Meinungen hält an einem traditionellen Verständnis der Familie fest, deren Grundlage die Ehe ist, spricht sich jedoch für die Abschaffung autoritärer Elemente im Familienrecht aus, die keinen Schutz schwächerer Mitglieder der Familie bezwecken. So sei etwa die Diskriminierung nichtehelicher Kinder zu beseitigen. Nicht verheiratete Paare sollen hingegen nicht den gleichen Schutz wie Ehepaare genießen, da dies die Selbstbestimmung des Einzelnen verletzen würde.

Die zweite vorgestellte Ansicht geht von einem individualistischen Familienbegriff aus und stellt besonders auf das Recht auf Selbstbestimmung ab. Das Recht sollte eine neutrale Haltung gegenüber der Lebensgestaltung des Einzelnen einnehmen und nur dort eingreifen, wo es zum Schutz Schwacher erforderlich ist.

Die beiden folgenden Ansichten wollen beide familienrechtliche Beziehungen als Verträge begreifen. Die eine These geht jedoch von einer Einschränkung der vertraglichen Gestaltung aufgrund der Gerechtigkeitstheorie aus. Die rechtliche Beziehung zwischen Eltern und Kindern sollte daher beispielsweise von einer vertraglichen Regelung ausgenommen sein. Die andere Ansicht legt demgegenüber mehr Augenmerk auf die Vertragsfreiheit und überlässt die Gestaltung familiärer Beziehungen sehr weitgehend der Vereinbarung zwischen den Parteien.

Alle genannten Lösungsansätze haben weitreichende Auswirkungen auf die Bedeutung von Ehe und Familie. Das gegenwärtig bestehende Familienregisterregime erschwert dabei zusätzlich Reformen.