

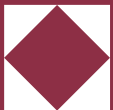
Schriften zum Portugiesischen und
Lusophonen Recht

14

Grundmann u.a. (Hrsg.)

Familie und Recht der unerlaubten Handlungen

Família e Responsabilidade Civil



Nomos

Schriften zum Portugiesischen und Lusophonen Recht
Estudos Sobre o Direito Português e o Direito Lusófono

Herausgegeben von

Dr. Stephanie Müller-Bromley,
Institut für deutsch-portugiesische Rechtsbeziehungen
Instituto Jurídico Luso-Alemão

Band 14

Stefan Grundmann | Christian Baldus | Rui Pereira Dias
Claudia Lima Marques | Laura Mendes
Dário Moura Vicente | Karina Nunes Fritz (Hrsg.)

Familie und Recht der unerlaubten Handlungen

Família e Responsabilidade Civil



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-7560-1803-1 (Print)

ISBN 978-3-7489-4477-5 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Algumas Reflexões sobre a Tese do Direito Lusófono

“Ó mar salgado, quanto do teu sal, são lágrimas de Portugal!”.

Mas, para onde, meu caro Fernando, as lágrimas dos outros correram?

Quão cruel a mãe, ou não?

Aos filhos, conquistados, quebrados e dobrados, foi-lhes permitido crescer em liberdade?

De acordo com a sua própria vontade?

Os cravos finalmente libertaram não somente a mãe, mas também os seus filhos, já maiores,

Acabaram com as dores.

Mas terá sido apenas isso?

Ainda estamos a falar de uma família. Procuramos semelhanças, na língua e na lei,

Ou será que não podemos fazer isso? Me perguntei.

Talvez se tenha questionado o mesmo, caro Senhor Doutor Erik Jayme,

Mas com uma leveza única, respeito e prudência, à sua maneira, convencido, nos apresentou

A tese do direito lusófono.

Gosto da sua tese, que une e reconcilia!

Olhamos, curiosos e de mente aberta, consigo para o presente.

Sem si, talvez tivéssemos uma visão diferente.

Ohne Sie würde es diese Schriftenreihe nicht geben.

Ich danke Ihnen für alles!

Stephanie Müller-Bromley

Herausgeberin der Schriftenreihe

Vorwort

Als *Erik Jayme* 1969 seine Arbeit zu *Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen* – im Alter von 35 Jahren – in Mainz als Habilitationsschrift vorlegte, waren die Kolleginnen und Kollegen, Schüler und Schülerinnen, allgemeiner: die Freunde *Erik Jaymes*, die sich in „seiner“ Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung und Welt engagieren und bewegen, noch Kinder, viele noch nicht einmal geboren. Dass wir – stellvertretend der Vorstand der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung, die er gründete, zugleich die Herausgeber dieses Bandes – heute und in diesem Jahr dieses Thema wieder aufgreifen, nach deutlich mehr als einem halben Jahrhundert, ist leicht erklärt. Es geschah dies auf der Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Heidelberg im Herbst 2023, deren Beiträge dieser Band in sich vereint. Also am Anfang des akademischen Jahres, in dem *Erik Jayme* 90 Jahre alt wird. Drei Gründe – unter den vielen, die die Themenwahl leiteten – seien herausgegriffen, fast schon beiläufig, spielerisch und mit Leichtigkeit, nach Art des Jubilar.

Im Privatrecht wird wohl keine (Sonder-)Beziehung als so nah, als so dicht und so geprägt durch persönliche und weitreichende Pflichten gesehen wie die Ehe, die Kindschaft und sonstige Näheverhältnisse des Familienrechts. Es sind dies die „Dauerschuldverhältnisse“ ohne ordentliches Kündigungsrecht, abweichend von der Regel in Dauerschuldverhältnissen, weil näher und dichter als die anderen. Umgekehrt gehört es zu den ersten Grundlagen des Studiums, namentlich im deutschen Privatrecht, dass es die Rechte *erga omnes* sind, auf die das Deliktsrecht, das Recht der unerlaubten Handlungen abzielt, die absoluten Rechte, die auch im anonymen Verkehr zu achten sind, „in the market place“ und nicht nur in der nahen oder gar der Treuebeziehung. Familie *und* Delikt, nichts ist stärker auf die Nähe *und* nichts ist stärker auf die anonyme Weite angelegt. Besonders nah und besonders fern. Diese Spannung musste *Jayme* faszinieren. Er sollte Jura lieben wie kaum ein anderer, geradezu zelebrieren, er sollte jedoch zugleich auch ein Kenner der Welt, der Künste, der Ideen, der Zeiten und Länder werden wie kaum ein anderer, ein Kulturmensch geradezu leonardesken Zuschnitts wie kaum eine andere. Er sollte Meister des Details, des kleinen Falles werden, den er stets auf die Ebene des Allgemeingültigen zu heben wusste, in „seiner“ IPRax zumal, fast schon im Wochenrhythmus.

Und zugleich sollte ihn eine Liebe zur ganz großen Theorie treiben wie sehr wenige, sei es zum Thema Postmoderne und Recht, das er früher entdeckte als alle anderen, zum Thema Datumtheorie, das er nach Europa holte, zum „Dialog der Quellen“, den er gerade im transnationalen Raum wirken sah, oder zum Thema lusophone Rechtsfamilie, die er in der Tat als facettenreiche Familie von Rechtsideen postulierte. Besonders nah und besonders fern, bis ins Detail zugespitzt und zugleich über die Lande schwebend. Zu den Lieblingsfiguren des Jubilars gehört daher auch nicht von ungefähr jener sagenumwobene Dom Sebastião, der als kaum 18-Jähriger nach Afrika zog, die Welt zu erobern, verschollen und ohne sein zerriebenes Heer in den Nebeln der Sahara verschwand, aber über Jahrhunderte in zahllosen Mythen, Schriften und Versen, in Köpfen und Sehnsüchten fortlebte, über die Zeiten und über die Welten.

Er wählte das Familienrecht als Analysegegenstand. 1967 und in den Jahren der Forschung zum Werk bedurfte es schon der Imaginationskraft des Jubilars, um im Familienrecht (bereits seit „Jahrzehnten“!) „stürmische Wandlungen“ (S. 17) zu konstatieren, das Familienrecht gleichsam als das Zukunftsgebiet par excellence zu erkennen. Zwar hatte das Bundesverfassungsgericht in der Tat seit 1959 die Gleichbehandlung von Mann und Frau gegenüber gleichheitswidrigen Privilegierungen des Ehemannes im materiellen Familienrecht durchgesetzt, in den Kerngebieten des Jubilars war dieser mit dem genannten *dictum* freilich ganz Visionär. Oder ist es ein Zufall, dass der große „Spanierbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts, mit dem dieses auch die Privilegierung des Ehemannes bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung für ebenfalls nichtig erklärte und damit die Erarbeitung einer großen IPR-Reform anstieß (1 BvR 636168), ins Jahr 1971 fiel – dasjenige Jahr, in dem die längst verteidigte *Jayme'sche* Habilitation bei Metzner in Frankfurt erschien? Doch vor allem in den großen methodischen Linien, aber auch in den großen gesellschaftspolitischen Themen und Problemfokuspunkten der Zukunft sollte das Familienrecht in der Tat schon bald große Entwicklungsschritte inspirieren. In der Verhandlungstheorie – so zentral im Vertrags-, Gesellschafts- und ganz allgemein Organisationsrecht – ist kaum eine Erkenntnis zentraler als diejenige, dass Verhandlungen „im Schatten der Rechtslage“ („in the shadow of the law“) stattfinden, von diesem Schatten strukturiert und geprägt werden – ein Gedanke, der erstmals für ein (gar nicht so verhandlungsaffines) Rechtsgebiet wie das Familien-, konkret das Scheidungsrecht formuliert und detailliert ausgeführt wurde (*Mnookin/Kornhauser*, 1979). Für den in den USA dominanten interdisziplinären Methodenansatz, Law & Economics, mit starker Wirkung

auch in Europa, ist für die Entwicklung zentral die Ausweitung von einer Methode vor allem für das Vermögensrecht, etwa für das Deliktsrecht, hin zu einer allgemeingültigen Methode, für alle Rechtsgebiete. Nichts steht für diese Ausweitung, die Verallgemeinerung, so sehr wie Gary Beckers Forschungsansatz zu *economics of family law* oder auch *economics of crime*, etwa früh sein *economic analysis of marital instability* (1977). Schließlich erinnert *Jaymes* Vorhersage, das Familienrecht sei ein oder das Rechtsgebiet „stürmischer Wandlungen“ par excellence, daran, dass in der Tat der vielleicht tiefgreifendste rechtlich-gesellschaftspolitische Umbruch gerade in diesem Gebiet anzusiedeln ist, teils auch im nahen Umfeld. Die Rede ist von der zunehmenden – wiederum auch verfassungsrechtsinduzierten – vollständigen Gleichstellung von homosexuellen, lesbischen etc. Paaren (LGBTQ) oder auch im Bereich Transsexualität und ähnlichen Phänomenen. Jedenfalls für eine pluralistische Gesellschaft der Toleranz (vgl. die EU-verfassungsrechtliche Zieleumschreibung in Art. 2 S. 2 EUV) steht diese Entwicklung wie wohl keine oder jedenfalls kaum eine andere. Fürwahr, das Familienrecht mag 1967 noch nicht für „stürmische Wandlungen“ gestanden haben, wie sie *Jayme* bereits sah, doch der Blick des Jubilars nahm jedenfalls für die Zukunft exakt solche Entwicklungen vorweg. Angesichts der Konnotationen, die gerade in diesem Märchen mitschwingen, ist man gerade bei der zuletzt genannten Entwicklung fast geneigt, in *Jayme* den Prinzen oder jedenfalls einen der Prinzen zu sehen, die das Dornröschen „Familie“ wachgeküsst haben.

Schließlich steht Familie im Recht der unerlaubten Handlungen mit den genannten Bezügen, drittens und keineswegs zuletzt, auch für eines, das *Jayme* immer wieder besonders am Herzen lag, das er vielfach betonte: die Schönheit und die Macht der Brüche, der Verwerfungen. Nicht von ungefähr zählt er zu den Ersten, die Postmoderne und Recht in Bezug zueinander setzten (etwa ZfRV 1997), jener weltumgreifenden philosophischen Richtung, welche – mit den Worten *Jean-François Lyotards* – „le différend“ (1983) zum allgegenwärtigen, aber auch besonders dynamischen und zukunftstreibenden Kernelement von Gesellschaft erklärte. Eine Weltansicht, die in Brüchen – im Anschluss an *Nietzsche* – nicht primär die Inkonsistenzen sah und sie negativ bewertete, sondern vielmehr das kreative, das umstürzende und dynamische Potential, Brüche also fundamental um- und grundsätzlich positiv bewertete. Wenn *Jaymes* große Metapher in der Welt des Rechts nicht mehr die „Grundnorm“ ist oder auch die Normenhierarchie, sondern – für seine Welt des internationalen und transnationalen Rechts so unmittelbar eingängig – das von ihm geprägte, große Bild eines

(lockeren, auch nicht ganz vorhersehbaren, imaginationsfreudigen) „Dialogs der Quellen“ (etwa *Jayme/Kohler*, IPRax 1995), so liegt darin eine der konkretesten Ausformungen seiner großen Vorliebe für die Postmoderne, für die Brüche und Verwerfungen.

Und einen vierten Grund nennt und beschreibt die Herausgeberin der Schriftenreihe, *Stephanie Müller-Bromley*, die es sich nicht nehmen ließ, die Reihe umzubenennen – von „Schriften zum portugiesischen Recht“ zu „Schriften zum portugiesischen und lusophonen Recht“ – und dazu für diesen besonderen Band auch ihr eigenes Vorwort beizusteuern. Ein Vorwort zur Idee und These einer lusophonen Rechtsfamilie, die *Erik Jayme* in den Raum stellte. Natürlich auch dies Ausdruck der so besonders breit ausgreifenden Weltsicht des Jubilars. Inhalt zu dieser These gibt ein zweiter Tagungsband, dieser nun hervorgegangen aus der vorangegangenen Jahrestagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung in Lissabon im Herbst 2022 (hrsg. von *Dário Moura Vicente*). Wir danken herzlich: ihr als Reihenherausgeberin, den Autorinnen und Autoren, dem „Jubililar“.

Die Beiträge sind angeordnet in der klassischen Ordnung vom Internationalen Privatrecht über die Rechtsvergleichung bis hin zu den Fallanalysen, die beides verbinden, innerhalb jeder dieser Gruppen vom Allgemeinen zum Spezielleren übergehend. Eine reiche Lektüre.

Berlin Anfang 2024

Die Herausgeber

Stefan Grundmann

Christian Baldus

Rui Pereira Dias

Claudia Lima Marquez

Laura Mendes

Dário Moura Vicente

Karina Nunes Fritz

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	7
<i>Dário Moura Vicente</i> Familie und das Recht der unerlaubten Handlungen aus der Sicht des internationalen Privatrechts	13
<i>Tiago Azevedo Ramalho</i> Relacionalidade conjugal e imediatez estadual: pólos do estatuto da pessoa e da família no Direito Português (1960-2020)	33
<i>Lena Kunz</i> Besserer Deliktsschutz im internationalen Familienrecht durch Eingriffsnormen? – Eine Skizze zu Kinderehen und Gewaltschutz im internationalen Gefüge	83
<i>Lisiane Feiten Wingert Ody</i> Deliktsrecht im brasilianischen Familienrecht: eine rechtsvergleichende Analyse	109
<i>Lisiane Feiten Wingert Ody</i> Responsabilidade civil no direito de família brasileiro: uma análise de direito comparado	139
<i>Vivianne Ferreira e Rafael Longhi</i> Responsabilidade civil pelos danos causados por filhos menores ("Direito Privado")	167
<i>Rute Teixeira Pedro</i> A transformação da intervenção jurídica na área da família e as suas repercussões no direito (civil) da família: reflexão sobre as relações entre o direito matrimonial e o direito da responsabilidade civil	191

Inhaltsverzeichnis

Carl Friedrich Nordmeier

Die Rechtsstellung von Familienmitgliedern deliktisch Geschädigter
in deutsch-portugiesischen Fällen 221

Autorenverzeichnis 241

Familie und das Recht der unerlaubten Handlungen aus der Sicht des internationalen Privatrechts*

Dário Moura Vicente

I. Darstellung der Problematik

Das in diesem Aufsatz behandelte Problem lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wie soll die Haftung für unerlaubte Handlungen geregelt werden, die im Rahmen internationaler familiärer Beziehungen, insbesondere zwischen Ehegatten oder ehemaligen Ehegatten, entsteht?

Die Relevanz dieses Problems ergibt sich aus mehreren Faktoren: Die Zunahme der grenzüberschreitenden Mobilität von Ehepaaren, insbesondere im Zusammenhang mit der europäischen Integration¹; der Anstieg der Zahl der Scheidungen, die in Portugal im Jahr 2021 durchschnittlich 60 pro 100 Ehen erreichte (während es 1960 noch 1,1 pro 100 waren)²; und die Ersatzansprüche eines Ehegatten gegen den anderen für Schäden, die er durch unerlaubte Handlungen während der Ehe erlitten hat, die in diesen Situationen immer häufiger auftreten.

* Vortrag gehalten in Heidelberg am 15. September 2023 auf der Tagung der Deutsch-Lusitanischen Juristenvereinigung zum Thema «Familie und Recht der unerlaubten Handlungen». Der Verfasser dankt Herrn Johannes Staats für seine sorgfältige sprachliche Überarbeitung des Textes.

1 Vgl. den Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010: Weniger Hindernisse für die Ausübung von Unionsbürgerrechten, KOM(2010) 603, S. 5, in dem es heißt: «Von den rund 122 Millionen Ehen innerhalb der EU haben etwa 16 Millionen (13 %) solch einen grenzüberschreitenden Charakter. 2007 machten internationale Ehen etwa 300 000 der 2,4 Millionen Eheschließungen in der EU aus; Gleiches galt für 140 000 (13 %) der 1 040 000 Scheidungen, die im selben Jahr innerhalb der EU ausgesprochen wurden».

2 Siehe <https://www.pordata.pt/portugal/numero+de+divorcios+por+100+casamentos>-531.

II. Die unterschiedliche Behandlung des Problems in Civil und Common Law Systemen

In den *Civil* und *Common Law* Systemen wird dem Problem der Haftung zwischen Ehegatten für unerlaubten Handlungen traditionell sehr unterschiedliche Beachtung geschenkt³.

In *Civil Law* Systemen ist dies ein Thema, das jahrzehntelang von der Literatur ignoriert wurde, mit der bemerkenswerten Ausnahme der Habilitationsschrift von Erik Jayme⁴, und das lange Zeit ohne sichtbaren Ausdruck in der Rechtsprechung blieb, da es nur wenige Fälle gab, in denen Ehegatten oder Ex-Ehegatten gegenseitige Entschädigungsansprüche geltend machten.

Im Gegensatz dazu ist das Thema in *Common Law* Systemen seit langem bekannt und von Lehre und Rechtsprechung eingehend behandelt⁵.

III. Die verschiedenen zugrundeliegenden Vorstellungen von Familie

Die unterschiedliche Sensibilität der nationalen Rechtssysteme für dieses Problem ist zum Teil auf die unterschiedlichen Vorstellungen zurückzuführen, die in den beiden genannten Systemen traditionell von der Familie selbst herrschen.

Auf der einen Seite steht die institutionelle Auffassung von der Familie als einer Gemeinschaft, deren Interessen gegenüber denen der einzelnen Mitglieder überwiegen. In ihr herrscht eine gewisse Furcht vor exzessiven Rechtsstreitigkeiten innerhalb der Familie und unangemessenen Eingriffen der Gerichte in das Funktionieren der Familie, die die eheliche Harmonie stören. Als Domäne par excellence des «*non-droit*»⁶ sollte die Familie von den Regeln der außervertraglichen Haftung ausgenommen sein. Dies wür-

3 Für eine vergleichende Analyse siehe Salvatore Patti, Intra-Family Torts, in: International Encyclopedia of Comparative Law, Bd. IV, Persons and Family, Tübingen 2007, Kapitel 9.

4 Die Familie im Recht der unerlaubten Handlungen, Frankfurt a.M./Berlin 1971.

5 Siehe für das englische Recht Salmond & Heuston on the Law of Torts, 19. Aufl., von R.F.V. Heuston und R.A. Buckley, London 1987, S. 492; und für das Recht der Vereinigten Staaten Prosser and Keeton on Torts, 5. Aufl., von W. Page Keeton (General Editor), St. Paul, Minn. 1984, S. 901 ff.

6 Siehe dazu Jean Carbonnier, Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur, 6. Aufl., Paris 1988, S. 24 ff., der in Bezug auf die Familie schrieb: «le non-droit est l'essence, le droit l'accident» (S. 32).

de bedeuten, dass es keine haftungsrechtliche Sanktion für das schädigende Verhalten eines Ehegatten gegenüber dem anderen gäbe.

Auf der anderen Seite steht das individualistische Konzept der Familie als Aggregat von Menschen, die ihre Einzigartigkeit nicht verlieren und deren persönliche Interessen in erster Linie geschützt werden. So wurde beispielsweise im britischen *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962* eine gesetzliche Regelung der Haftung zwischen Ehegatten eingeführt, die sie so behandelt, «als ob sie nicht verheiratet wären» («*as if they were not married*»)⁷.

Das so aufgeworfene Problem wurde bereits von *Max Rheinstein* in seinem Geleitwort zu *Jaymes* Werk von 1971 angesprochen, als er sich fragte:

«Wie weit soll die Familie als Einheit behandelt werden, und wie weit soll jedes ihrer Mitglieder als Einzelperson zur Geltung kommen?»

IV. Gegenwärtige Entwicklungen

Das hier behandelte Problem hat sich jedoch in den letzten Jahrzehnten grundlegend geändert.

Zum einen aufgrund der Entwicklungen des Familienrechts seit Mitte des 20. Jahrhunderts⁸, die durch sehr verschiedene Faktoren bestimmt wurden: Die Emanzipation der Frauen nach dem Zweiten Weltkrieg; der Übergang vom patriarchalischen Familienmodell zur Gleichberechtigung der Ehepartner; das Verschwinden der Autorität des Ehemannes und seines *ius corrigendi* gegenüber der Frau; die Reaktion auf häusliche Gewalt, die heute nicht mehr toleriert, sondern streng bestraft wird; die Aushöhlung der institutionellen Perspektive der Familie und das Aufkommen des Individualismus: Das Familienmitglied ist in erster Linie eine Person und erst dann ein Verwandter einer anderen Person.

Zum anderen hat sich das Haftungsrecht in gewissem Maße gewandelt, was ebenfalls auf verschiedene Faktoren zurückzuführen ist, darunter die

7 Vgl. *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962*, Abschnitt 1, Absatz 1: «Vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Abschnitts hat jede Partei einer Ehe das gleiche Recht auf Klage aus unerlaubter Handlung gegen die andere, als ob sie nicht verheiratet wäre».

8 Für eine vergleichende Betrachtung siehe *Erik Jayme*, Die Entwicklung des europäischen Familienrechts, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 1981, S. 221 ff.; *Régine Tremblay*, Family, in: *Jan M. Smits et al.* (Herausgeber), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 3. Aufl., Cheltenham/Northampton 2023, S. 527 ff. In der Portugiesischen Doktrin siehe *Diogo Leite de Campos/Mónica Martínez de Campos*, *Lições de Direito da Família*, 6. Aufl., Coimbra 2023, S. 11 ff.

Ausweitung des Umfangs der Entschädigung für immaterielle Schäden, die früher von vielen als nicht entschädigungsfähig angesehen wurden, sowie das Aufkommen der Haftpflichtversicherung für Unfallschäden und ihre Auswirkungen auf das Funktionieren des Instituts und auf die Haftung zwischen Ehegatten für diese Art von Schäden (z. B. bei Verkehrsunfällen).

V. Die Stellung der lusitanischen Rechte

Diese Entwicklungen haben sich unter anderem in den lusitanischen Rechtssystemen bemerkbar gemacht. Besonders hervorzuheben sind hier die portugiesischen und mosambikanischen Erfahrungen.

1. Das portugiesische Scheidungsgesetz

Mit dem portugiesischen Scheidungsgesetz von 2008⁹ wurde die Haftungsregelung zwischen Ehegatten geändert, nachdem eine solche Haftung jahrzehntelang grundsätzlich abgelehnt worden war. Zu diesem Zweck wurde der Wortlaut von Artikel 1792 des Zivilgesetzbuches modifiziert, der nun lautet:

- «1. Der geschädigte Ehegatte hat das Recht, den Ersatz des von dem anderen Ehegatten verursachten Schadens nach den allgemeinen Bestimmungen der zivilrechtlichen Haftung und vor den ordentlichen Gerichten zu verlangen.
2. Der Ehegatte, der die Ehescheidung gemäß Artikel 1781 Buchstabe b) beantragt hat, muss den immateriellen Schaden ersetzen, der dem anderen Ehegatten durch die Auflösung der Ehe entstanden ist; dieser Anspruch muss im Scheidungsverfahren selbst geltend gemacht werden.»

Das Gesetz von 2008 beseitigte das Konzept der Scheidung als Sanktion aufgrund einer schuldhaften Verletzung der ehelichen Pflichten. Die Möglichkeit des Schadensersatzes zwischen Ehegatten wurde jedoch beibehalten, wobei dieser nach den allgemeinen Voraussetzungen der zivilrechtlichen Haftung in den entsprechenden Verfahren zu beurteilen ist. Dies ist,

9 Gesetz Nr. 61/2008 vom 31. Oktober 2008.

wie in der Begründung zum Gesetzesentwurf Nr. 509/X¹⁰ dargelegt wurde, eine logische Folge davon, dass im Scheidungsverfahren das Verschulden nicht mehr beurteilt wird.

Die so genannte «Theorie der Fragilität der Garantie», der zufolge die Natur der ehelichen Pflichten weder die Durchsetzbarkeit ihrer Erfüllung noch eine Entschädigung für ihre Verletzung zulässt¹¹, so dass als Sanktion dafür nur die Ehescheidung oder die Trennung von Person und Vermögen bleibt, wurde somit vom Gesetzgeber aufgegeben (obwohl sie bereits von einem Teil der Lehre aufgegeben worden war¹²).

Die dogmatische Konstruktion des in Artikel 1792 Abs.1 verankerten Entschädigungssystems ist jedoch in der portugiesischen Lehre umstritten: Für einige ist dies eine besondere Art der zivilrechtlichen Haftung für Schäden, die durch die schuldhafte Verletzung der ehelichen Pflichten verursacht wurden¹³; für andere ist die genannte Regel dahingehend auszulegen, dass sie nur einer Entschädigung für die Verletzung der Persönlichkeits-

10 Verfügbar unter <https://www.parlamento.pt>.

11 Vgl. *Antunes Varela*, *Direito da Família*, Lissabon, 1999, S. 523.

12 Siehe *Heinrich Hörster*, *A Respeito da Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre Si*, *Scientia Iuridica* 1995, S. 115 ff., vertritt die Auffassung, dass die ehelichen Pflichten subjektiven Rechten *sui generis* entsprechen, deren Verletzung einen Schaden verursachen kann, und dass es nicht zulässig ist, «dass einer der Ehegatten seine Pflichten gegenüber dem anderen jederzeit in dem vollen Vertrauen darauf verletzt, dass er für sein Tun nicht zur Verantwortung gezogen wird» (S. 117). Es sollte daher eine «zivilrechtliche Haftung der Ehegatten füreinander geben, und zwar sowohl für die schuldhafte Verletzung des persönlichen Familienrechts als auch für die schuldhafte Verletzung des vermögensrechtlichen Familienrechts». Die Doktrin von der «Fragilität der Garantie» sei daher nicht sinnvoll (S. 124); und *Jorge Duarte Pinheiro*, *O núcleo intangível da comunhão conjugal. Os deveres conjugais sexuais*, Coimbra 2004, S. 662 ff.

13 Vgl. *Jorge Duarte Pinheiro*, *O Direito da Família Contemporâneo*, 4. Aufl., Lissabon 2013, S. 632; *Ana Mafalda Castanheira Neves*, *Lições de responsabilidade civil*, Cascais 2017, S. 151 s. (die hervorhebt, dass es sich um «eine besondere Hypothese der zivilrechtlichen Haftung handelt, die, auch wenn sie keine Verletzung der Persönlichkeit (und damit eines absoluten Rechts) beinhaltet, eine Abweichung von der Regel des Art. 483 CC darstellen kann»); *Victor Hugo Ventura*, *E sejam lesados para sempre...? A responsabilidade civil emergente da violação de deveres conjugais*, *Lex Familiae* 2021, S. 5 ff.; und *Diogo Leite de Campos/Mónica Martinez de Campos*, *Lições de Direito da Família*, S. 375 ff. (diese Autoren sind, im Gegensatz zu den vorhergehenden, der Meinung, dass die Verletzung der ehelichen Pflichten, wenn sie keine Verletzung der Persönlichkeitsrechte darstellen, zu einer Entschädigung im Rahmen der allgemeinen vertraglichen Haftung führen wird).

rechte der Ehegatten begründet, wobei der Status der betroffenen Parteien irrelevant ist¹⁴.

Generell lässt sich sagen, dass die portugiesische Rechtsprechung die neue gesetzliche Regelung in dem Sinne ausgelegt hat, dass diese die Anerkennung des Rechts von Ehegatten oder ehemaligen Ehegatten auf Entschädigung für die Verletzung der ehelichen Pflichten unter den allgemeinen Voraussetzungen der außervertraglichen zivilrechtlichen Haftung vorsieht.

Ein Beispiel hierfür ist das Urteil des Berufungsgerichts («Tribunal da Relação») von Guimarães vom 26. Januar 2012, in dem es heißt:

«Mit der neuen Gesetzgebung, die sich aus dem Gesetz Nr. 61/2008 und der Änderung des Wortlauts des vorgenannten Artikels ergibt, besteht die Möglichkeit, dass der Ehegatte/Ex-Ehegatte eine Entschädigung für den durch die Auflösung der Ehe verursachten immateriellen Schaden verlangt nicht mehr [...], andererseits bleibt das Recht auf Ersatz des immateriellen Schadens, den der "geschädigte" Ehegatte bei der Ehescheidung aufgrund der der Ehescheidung zugrunde liegenden Tatsachen erlitten hat.»¹⁵

In der gleichen grundsätzlichen Richtung erklärte das Berufungsgericht von Coimbra in einem Urteil vom 10. November 2015:

«Die Verletzung der ehelichen Pflichten kann eine außervertragliche zivilrechtliche Haftung nach sich ziehen, weshalb Artikel 1792 Absatz 1 des Zivilgesetzbuchs das Recht des geschädigten Ehegatten bekräftigt, den Ersatz des vom anderen verursachten Schaden unter den allgemeinen Bedingungen der zivilrechtlichen Haftung, d. h. unter der Generalklausel des Artikels 483 des Zivilgesetzbuchs, zu verlangen.»¹⁶

14 In diesem Sinne *Guilherme de Oliveira*, *A nova lei do divórcio*, *Lex Familiae* 2010, S. 5 ff. (S. 21); *Francisco Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira*, *Curso de Direito da Família*, vol. I, 5. Aufl., Coimbra 2016, S. 790; *Guilherme de Oliveira*, *Responsabilidade civil por violação dos deveres familiares*, *Lex Familiae* 2019, S. 17 ff. (S. 34); *idem*, *Manual de Direito da Família*, 2. Aufl., Coimbra 2021, S. 340 f.; *Margarida Silva Pereira*, *Direito da Família*, 4. Aufl., Lissabon 2022, S. 324 ff.

15 Sache Nr. 365/10, verfügbar unter <http://www.dgsi.pt/>.

16 Sache Nr. 360/14, verfügbar unter <http://www.dgsi.pt/>.

Diese Entwicklungen wurden vom Portugiesischen Obersten Gerichtshof («Supremo Tribunal de Justiça») in einem Urteil vom 12. Mai 2016¹⁷ wie folgt zusammengefasst:

- «I – Nach Artikel 1792 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung des Gesetzesdekrets 496/77 vom 25. November 1977 gab es in der nationalen Rechtsprechung zwei Meinungen für die Zulässigkeit des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Verletzung der persönlichen ehelichen Pflichten: i) eine traditionelle, im Sinne der Verweigerung dieses Rechts, die in der These von der sogenannten Fragilität der Garantie dieser Pflichten verankert ist; ii) eine andere, die die Möglichkeit unterstützt, den geschädigten Ehegatten in einer von der Scheidung unabhängigen Klage auch während der Ehe unter den allgemeinen Bedingungen der zivilrechtlichen Haftung zu entschädigen, da die ehelichen Rechte die Rechtsnatur subjektiver Rechte hätten und ihre institutionelle Funktion diesen Schutz nicht rechtfertigen könne.
- II – Die Rechtsprechung hat ihrerseits den Weg geebnet und hat sich auf die zweitgenannte Auffassung festgelegt.
- III – Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes Nr. 61/2008 vom 31. Oktober und in Anbetracht des neuen Wortlauts von Artikel 1792 des Zivilgesetzbuchs wurde die These der zweiten Perspektive gestärkt, auch wenn es immer noch einige Autoren gibt, die in Anbetracht der Abschaffung der Scheidungssanktion behaupten, dass die Verletzung der persönlichen ehelichen Pflichten keinen direkten Schutz durch das allgemeine Institut der zivilrechtlichen Haftung mehr verdient.
- IV – Die Rechtsprechung hat ihrerseits die bisherige Linie beibehalten, wonach dieser Schutz zulässig ist, d. h. im Rahmen des Ersatzes von Nichtvermögensschäden, sofern diese aufgrund ihrer Schwere den Schutz des Gesetzes im Sinne von Artikel 496 Absatz 1 des Zivilgesetzbuches verdienen.
- V – Zumindest im Falle einer gleichzeitigen Verletzung der ehelichen Pflichten und der Persönlichkeitsrechte des geschädigten Ehegatten ist daher die Zulässigkeit eines Schadensersatzanspruchs nach

17 Sache Nr. 2325/12, verfügbar unter <http://www.dgsi.pt/>. Siehe die Rezensionen dieser Entscheidung von *Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho*, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Jahrgang 147 (2017/18), S. 54 ff., und *Rute Teixeira Pedro*, in: *Cader-nos de Direito Privado*, Nr. 61 (2018), S. 52 ff.

den allgemeinen Bedingungen der zivilrechtlichen Haftung anzuerkennen.»

2. Das mosambikanische Familiengesetz

Das mosambikanische Familiengesetz Nr. 22/2019 vom 11. Dezember enthält eine explizitere Regelung der zivilrechtlichen Haftung von Ehegatten oder Ex-Ehegatten für Verletzungen der ehelichen Pflichten. In Artikel 97 dieses Gesetzes heißt es:

- «1. Die Ehegatten sind gegenseitig an die Pflichten der Achtung, des Vertrauens, der Solidarität, des Beistands, des Zusammenlebens und der Treue gebunden.
2. Die Verletzung der ehelichen Pflichten durch einen der Ehegatten kann neben anderen gesetzlich vorgesehenen Folgen eine zivilrechtliche Haftung für den dem verletzenden Ehegatten entstandenen Schaden nach sich ziehen, in allgemeiner Form.
3. Ein Schadensersatzanspruch kann während der Ehe oder in Verbindung mit einem Antrag auf Trennung oder Scheidung geltend gemacht werden.»

Die Verletzung einer ehelichen Pflicht, unabhängig von der damit einhergehenden Verletzung absoluter Rechte, kann somit in Mosambik zu einer zivilrechtlichen Haftung führen¹⁸.

Dieser Gedanke der Entschädigung war, wie eine kürzlich veröffentlichte Studie eines mosambikanischen Autors gezeigt hat¹⁹, bereits im traditionellen mosambikanischen Ehesystem vorhanden, und zwar nicht nur aufgrund des sozialen Erfordernisses des *lobolo*, sondern auch, weil sowohl in den patrilinearen Gesellschaften im Süden Mosambiks als auch in den matrilinearen Gesellschaften im Norden des Landes die Entschädigung für den durch eheliche Untreue verursachten moralischen Schaden seit langem eine Quelle der Entschädigungspflicht ist.

Daher findet eine Figur, die als bloßes Transplantat aus anderen Rechtssystemen wahrgenommen werden könnte, ihre funktionelle Entsprechung in den vorherrschenden Gewohnheiten und Gebräuchen der sozio-familiä-

18 Vgl. *Adelino Muchanga*, Responsabilidade Civil dos Cônjuges entre si por violação dos deveres conjugais e por eventuais e questionáveis danos causados pelo divórcio, Coimbra 2023, S. 219.

19 *Idem, ibidem*, S. 135 ff.

ren Organisation Mosambiks, die das oben erwähnte Gesetz von 2019 in seinem Artikel 4 zu bewahren sucht.

VI. Die grundlegenden Typen von Lösungen

Trotz dieser Entwicklungen zeigt die Rechtsvergleichung, dass es nach wie vor verschiedene Arten von Lösungen für das Problem der Haftung zwischen Ehegatten gibt.

Nach der angelsächsischen Lösung haften Ehegatten oder ehemalige Ehegatten untereinander, als wären sie nie verheiratet gewesen. Es gibt keine spezifische Haftung für die Verletzung ehelicher Pflichten, welche gesetzlich nicht vorgesehen sind, sondern nur eine mögliche Haftung *in tort*²⁰.

Die deutsche Lösung ähnelt in gewisser Weise der angelsächsischen: Die Verletzung der persönlichen Pflichten der Ehegatten begründet keinen spezifischen Anspruch auf Schadenersatz, sondern nur Schadenersatzansprüchen nach den allgemeinen Regeln der Delikts Haftung, wenn die Voraussetzungen der §§ 823 ff. des BGB erfüllt sind; eine besondere Regelung für den Schadenersatz wegen Verletzung der vorgenannten Pflichten gibt es nicht²¹.

Im Gegensatz dazu haften Ehegatten oder ehemalige Ehegatten in Frankreich einander für Schäden, die durch die Verletzung der ehelichen Pflichten aufgrund der von einem von ihnen begangenen *faute* verursacht wurden, gemäß der allgemeinen Regel der zivilrechtlichen Haftung (derzeit Artikel 1240 des Zivilgesetzbuches)²². In seinem Urteil vom 9. November 1965 entschied der Kassationsgerichtshof:

20 Siehe *Law Reform (Husband and Wife) Act 1962*, Abschnitt 1, Absatz 1.

21 Vgl. *Dieter Schwab*, Familienrecht, 30. Aufl., München 2022, S. 63; *Nina Dethloff*, Familienrecht, 33. Auflage, München 2022, S. 83 («Die eheliche Lebensgemeinschaft hebt allgemeine Verhaltensregeln und demzufolge Deliktsschutz nicht auf»).

22 Siehe *Catherine Labrusse*, *Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint* (Etude comparative de leur recevabilité et de leur fondement juridique), *Revue internationale de droit comparé* 1967, S. 431 ff. (S. 447); *Alain Bénabent*, *Droit de la famille*, 6. Aufl., Paris, 2022, S. 274 f. («l'article 1240 (ex-13829 du Code Civil s'applique entre époux comme entre tous autres concitoyens: celui qui par sa faute a causé un dommage à l'autre lui en doit réparation»).

«l'époux, qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal, est recevable à demander réparation a son conjoint, dans les conditions du droit commun.»²³

Die portugiesische Lösung, wie sie von der Rechtsprechung ausgelegt wird, sowie die mosambikanische, kommt der französischen nahe: Der geschädigte Ehegatte hat Anspruch auf Entschädigung für die Verletzung der ehelichen Pflichten. Der Anspruch auf diese Entschädigung ist eine Folge der Verletzung der ehelichen Pflichten, auch wenn er sich nach den allgemeinen Regeln der zivilrechtlichen Haftung richtet. Diese Ansicht wurde beispielsweise durch das oben genannte Urteil des Berufungsgerichts Guimarães vom 26. Januar 2012 gestützt, in dem es heißt:

«Unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Geistes des Gesetzes sowie der systematischen Einfügung des Artikels 1792 des Zivilgesetzbuches sind wir der Auffassung, dass das Recht auf Ersatz des immateriellen Schadens durch den "geschädigten" Ehegatten, das in der oben genannten Rechtsvorschrift vorgesehen ist, eine Wirkung darstellt, die sich aus der Scheidung selbst ergibt [...] und somit folglich nur auf den spezifischen Tatsachen beruhen kann, auf denen die streitige Scheidung beruht und die in dem Urteil, das sie ausgesprochen hat, zum Ausdruck kommen.»

In diesem Sinne entschied auch das Berufungsgericht Lissabon in seinem Urteil vom 9. April 2013²⁴:

«Der Ersatz eines solchen Schadens unterliegt der allgemeinen Regelung der außervertraglichen Haftung nach Artikel 483 des Zivilgesetzbuchs. Es obliegt daher dem geschädigten Ehegatten, die Verletzung einer oder mehrerer ehelicher Pflichten durch den anderen Ehegatten (unerlaubte Handlung) und dessen Verschulden an dieser Verletzung zu beweisen.»

VII. Qualifikationsfragen

Diese unterschiedlichen Lösungen des materiellen Rechts spiegeln sich in der ebenso unterschiedlichen Qualifikation der entsprechenden Regeln wider, wenn es sich um internationale Sachverhalte handelt.

23 Verfügbar unter <https://www.legifrance.gouv.fr>.

24 Sache Nr. 22317/09, verfügbar unter <http://www.dgsi.pt/>.

Tatsächlich sind die genannten englischen und deutschen Rechtsvorschriften als reine Deliktsregelungen zu charakterisieren und unterliegen daher dem Statut der außervertraglichen Haftung.

Dagegen, handelt es sich bei der französischen und der portugiesischen Regelung, aufgrund ihres Inhalts und ihrer rechtspolitischen Zielsetzung, um familienrechtliche Vorschriften, die dem Recht unterliegen, das auf die eheliche Beziehungen anwendbar ist: Sie sind Vorschriften, die darauf abzielen, die ehelichen Pflichten und deren Verletzung unabhängig von einem Scheidungsverfahren zu sanktionieren, wobei nicht nur das individuelle Interesse der Person, der gegenüber die Pflichten bestehen, sondern auch das der ehelichen Gemeinschaft selbst geschützt wird²⁵.

VIII. Anwendbarkeit der *lex delicti* oder der *lex familiae*?

Je nach der Qualifikation der betreffenden materiellen Vorschriften gibt es jedoch unterschiedliche Gesetze, die auf internationale Sachverhalte, in denen ein Schaden zwischen Ehegatten oder Ex-Ehegatten verursacht wird, anwendbar sind.

So gilt, was die außervertragliche Haftung für unerlaubte Handlungen betrifft, heute der in Artikel 4 Absatz 1 der Rom II-Verordnung verankerte Grundsatz der Anwendung der *lex loci damni*²⁶.

Dagegen gilt in Portugal die Anwendbarkeit der gemeinsamen *lex patriae* der Ehegatten für eheliche Beziehungen, deren Inhalt gemäß Artikel 52 Absatz 1 des Zivilgesetzbuchs nicht vom Güterstand abhängt²⁷.

IX. Die Auflockerung des Deliktstatuts

In einigen Rechtsordnungen ist jedoch die Anwendung des Deliktstatuts in Bezug auf die Haftung für unerlaubten Handlungen zwischen Familienangehörigen deutlich zugunsten des Familienstatuts beseitigt.

25 So *Mafalda Castanheira Neves*, a. a. O., S. 149.

26 *Rui de Moura Ramos*, *Estudos de Direito Internacional Privado da União Europeia*, Coimbra 2016, S. 115.

27 Vgl. *João Baptista Machado*, *Lições de Direito Internacional Privado*, 2. Aufl., Coimbra, 1982, S. 403 ff.; *Moura Vicente*, *Kommentar zu Art. 52 des Zivilgesetzbuches*, in: *António Menezes Cordeiro* (Herausgeber), *Código Civil Comentado*, Bd. I, Coimbra, 2020, S. 217 ff.; *Luís de Lima Pinheiro*, *Direito Internacional Privado*, Band II, Teilband II, 5. Aufl., Coimbra, 2023, S. 406 ff.

Dies war die Lösung, die der Oberste Gerichtshof von Kalifornien schon im Jahr 1955 in der Sache *Emery vs. Emery*²⁸ annahm, in der er feststellte:

«We think that disabilities to sue and immunities from suit because of a family relationship are more properly determined by reference to the law of the state of the family domicile. That state has the primary responsibility for establishing and regulating the incidents of the family relationship and it is the only state in which the parties can, by participation in the legislative processes, effect a change in those incidents. Moreover, it is undesirable that the rights, duties, disabilities, and immunities conferred or imposed by the family relationship should constantly change as members of the family cross state boundaries during temporary absences from their home. Since all of the parties to the present case are apparently domiciliaries of California, we must look to the law of this state to determine whether any disabilities or immunities exist.»

In der europäischen Doktrin sticht die Pionierarbeit von *Erik Jayme* auf diesem Gebiet hervor. Er plädierte im Jahr 1971 für eine Auflockerung des Deliktsstatuts, indem er die zivilrechtliche Haftung zwischen Ehegatten dem Familienrecht unterwirft²⁹, eine Lösung, die der Verfasser wie folgt begründete:

«Die soziale Einbettung dieser Fälle sowie die besonders enge Verbindung zwischen den Beteiligten weisen hier auf eine der Familie gemäßige einheitliche Anknüpfung hin, die keine Rücksicht auf den jeweiligen *locus delicti* nimmt [...]. Hauptargument für diese Ausschaltung der *lex loci delicti* ist das Postulat der kollisionsrechtlichen Familieneinheit, d.h., der Gedanke, dass nach Möglichkeit eine und dieselbe Rechtsordnung alle miteinander zusammenhängenden Rechtsfragen der Familie regeln sollte.»³⁰

Eine gesetzliche Grundlage im deutschen Recht fand diese These in der Verordnung vom 7. Dezember 1942, die deutsche Staatsangehörige hinsichtlich der außervertraglichen Haftung für Handlungen oder Unterlas-

28 45 Cal.2d 421.

29 Vgl. a.a.O., S. 269 ff., insbesondere S. 330 ff.

30 *Idem*, S. 277 f.