

# Peter Derleder

## Das Jahrhundert des deutschen Familienrechtes

*Die Familie hat sich im letzten Jahrhundert revolutionär verändert. Von einer Großformation ist sie zu einem Konglomerat von Singles, Zwei-Personen-Haushalten, Wohngemeinschaften und anderen Lebensformen geworden. Wie sich dieser soziale Wandel im Familienrecht reflektiert, zeigt der Autor in einzelnen auf.*  
Die Red.

»Zurück in die stille Bucht der Rechtsdogmatik«<sup>1</sup>, das war der Wunschtraum vieler Zivilrechtler nach 1945, »die gefahrlose Handwerksarbeit am verlässlichen Material hergebrachter Denkfiguren.« War ein Zivilrechtssystem noch denkbar, das von der politischen Katastrophe abgekoppelt war? Ging es noch um ein – in der Sprache der Systemtheorie – geschlossenes autopoietisches System des Rechts, das in sich seine Denkprozesse vollziehen konnte? War dies eine Rückbesinnung auf die formalistischen Traditionen des 19. Jahrhunderts, auf ihre individualistischen Grundkategorien, ihre begriffliche Klarheit und systematisch-dogmatische Strenge, auf die Trennung von Politik und Rechtswissenschaft? Der heutige Betrachter wird darin allenfalls die obligate Absage an das völkische Rechtsdenken finden<sup>2</sup>. Die Wiederbelebung des klassischen formalen Rechts war eigentlich kaum denkbar. So viele Infragestellungen hatte das Privatrecht seit Inkrafttreten des BGB erlebt, die nicht einfach wieder getilgt werden konnten. Die Kodifikation von 1900 war nach einem Urteil Dieter Grimms das Ergebnis einer Rechtskultur, die durch die Historische Rechtsschule und nicht durch das aufklärerische Naturrecht und die westlichen Verfassungsentwicklungen geprägt war<sup>3</sup>. Schon das Privatrechtskonzept Rudolf von Jherings hatte freilich eine Öffnung versucht. Interessenjurisprudenz und Freirechtsschule wandten sich gegen den Universalitätsanspruch des Kodifikationskonzepts. Die Interessenjurisprudenz sollte später zu einer Wertungsjurisprudenz werden<sup>4</sup>, die die Interessenkämpfe der Gesellschaft zwar rezipieren, jedoch eine neutrale Bewertung gewährleisten wollte. All dies konnte man nicht einfach ungedacht machen und zu einem schlichten formalen Privatrechtskonzept zurückkehren. Das Revival der Naturrechtstheorien in den fünfziger Jahren zeigte jedoch ein grundlegendes Bedürfnis zur Anknüpfung an verschüttete Traditionsperspektiven. Die Grundaxiome einer Privatrechtsgesellschaft, Privatautonomie und Privateigentum, versuchte die ordoliberalen Privatrechtstheorie mit einer wettbewerbsbezogenen Rahmenordnung zu überlagern. Konzepte einer materialen Ethik sozialer Verantwortung im Recht nahmen von dem Privatrechtsmodell Franz Wieackers ihren Ausgang<sup>5</sup>. In den langen

<sup>1</sup> Das war die von Ludwig Raiser, ZHR 111 (1949), 75 kritisierte Botschaft vieler juristischer Fakultäten.  
<sup>2</sup> Joerges, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bundesrepublik, S. 311 f., 320, dessen Gedankengang zur allgemeinen Zivilrechtsentwicklung hier aufgenommen wird.  
<sup>3</sup> Grimm, Der Staat in der kontinentaleuropäischen Tradition, in: ders., Recht im Staate der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt, 1987, 53 ff., 69 ff.  
<sup>4</sup> Siehe nur Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 1981, 60 ff..  
<sup>5</sup> Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1913.

fünfziger Jahren, die bis zu der ersten kleinen Wirtschaftskrise 1966/67 reichten, blieb es aber weitgehend bei einer dogmatischen Rechtswissenschaft, in der nicht nur die nationalsozialistischen Rechtsbegriffe getilgt sein sollten, sondern der Rückgriff auf die Kategorien von 1900 beherrschend war.

Das galt bei allen Besonderheiten auch für das Familienrecht. Der Gesetzgeber von 1900 hatte das bürgerliche Patriarchat im nationalstaatlichen Rahmen in eine stabile Großform zu bringen versucht. Die ersten Jahrzehnte seiner Geltung waren von der Frage geprägt, ob das Patriarchat ein notwendiger Bundesgenosse des Industriekapitalismus war. Dagegen sprach, daß es ganz anderen Gesetzen unterworfen war als das Marktgeschehen. In der Familie wurden Gebrauchswerte produziert, auf dem Markt Tauschwerte. Der dominant werdende Industrialismus setzte auf den freien Lohnarbeitsvertrag, dem gegenüber familiäre Autoritätsverhältnisse wie ein feudaler Rückstand wirkten. Vielleicht aber bedurfte der autoritäre Staat der Sozialisation im Patriarchat. Die Geschichte der Erosion des Patriarchats seit 1900, ohne die sich die Nachkriegsgeschichte des deutschen Familienrechts nicht begreifen läßt, war jedenfalls von grundlegenden theoretischen Zweifeln geprägt, die in der Bekräftigung vielfach wirklichkeitsferner Familienrechtsnormen verdrängt werden sollten. Aus dieser Sicht ist zunächst einmal der Rechtsbestand von 1900 als Ausgangspunkt der rechtshistorischen Entwicklung aufzuarbeiten.

### *I. Deutsches Familienrecht von 1900*

Die obligatorische Zivilehe war im Kulturkampf des Bismarckreichs erkämpft worden. Mischehen blieben aber zunächst noch ein Problem. Ein Protestant, der in Deutschland eine Katholikin ohne katholische Trauung geehelicht hatte, konnte sich in Bayern noch der kirchlichen Verpflichtung gegenübersehen, den anderen Ehegatten zu verlassen. Er wurde nicht zu den Sakramenten zugelassen und auch nicht des kirchlichen Begräbnisses teilhaftig, bis zur *Constitutio Provida* vom 15. April 1906<sup>6</sup>. Zivilrechtlich war aber die Eheschließungsfreiheit Volljähriger verankert. Im Laufe des 19. Jahrhunderts war das polizeirechtliche Ehehindernis der Armut<sup>7</sup> getilgt worden. Es gab aber noch eine große Anzahl von sonstigen Ehehindernissen, so das der Wartezeit in § 1313 BGB, nach dem 10 Monate nach der Auflösung einer früheren Ehe vor der erneuten Eheschließung verstrichen sein mußten. Ferner gab es in § 1315 BGB Ehehindernisse kraft mangelnder dienstlicher Erlaubnisse, insbesondere für Militärpersonen. Nichtig war eine Ehe gem. § 1328 BGB, wenn sie wegen eines früheren Ehebruchs, d. h. einer geschlechtlichen Verbindung der jetzigen Ehegatten miteinander während der Zeit anderweitiger Verheiratung des einen von ihnen verboten war. Die mangelnde Jungfräulichkeit der zuvor noch nicht verheiratet gewesenen Frau wurde wie seit je als ein Anfechtungsgrund bei entsprechendem Irrtum des Mannes behandelt, der die Auflösungsklage rechtfertigt.

<sup>6</sup> Nach dem tridentinischen Konzil war es katholischer Glaubenssatz, daß die Ehe ein Sakrament, monogam und, wenn vollzogen, unauflöslich war, Ehesachen zudem ausschließlich vor das kirchliche Gericht gehörten (Concil. Trident. Sess. XXIV de sacr. matr. can. 1). Die Eheschließung war nur vor einem kompetenten Pfarrer zulässig, sonst lag nur ein nichtiges *matrimonium clandestinum* vor. Erste Lockerungen erfolgten im 18. Jahrhundert. Die *Constitutio provida* erkannte dann mit Wirkung vom 15. 4. 1906 im Deutschen Reich abgeschlossene und noch bestehende gemischte und akatholische Ehen auch bei Außerachtlassung der tridentinischen Form an (*»a forma Tridentina servanda«*). Siehe zu dieser Entwicklung Sauer, Das deutsche Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht, 1909, S. 4. ff.

<sup>7</sup> Siehe zu den armenpolizeilichen Beschränkungen der Eheschließung insb. Heinsohn/Knieper, *Theorie des Familienrechts* (1974), S. 14.

te<sup>8</sup>. Bei einem Manne konnte allenfalls die Täuschung der Frau über seine vorhandenen nichtehelichen Kinder zu einem entsprechenden Klagantrag führen. An Ehesachen nahm gem. § 607 ZPO auch jeweils die Staatsanwaltschaft teil, soweit sie dies für gerechtfertigt hielt.

Die Scheidung war nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Eine Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung war ausgeschlossen, desgleichen eine Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung. Im letzteren Fall wurde zur Begründung insbesondere angeführt, daß der Richter eine solche Abneigung in der Praxis gar nicht feststellen könne. Die Scheidung war jedoch wegen Ehebruchs und gleichgestellter strafbarer Handlungen, etwa »widernatürlicher Unzucht« im Sinne des § 175 StGB gestattet (§ 1565 BGB). Ein Ehegatte konnte ferner gem. § 1566 BGB auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte ihm nach dem Leben trachtete. Körperverletzungen reichten dafür nicht aus, konnten aber zur Scheidung wegen tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses nach § 1568 BGB führen. Daneben gab es noch den Scheidungsgrund der böswilligen Verlassung, wegen Desertion (mit unbekanntem Aufenthalt) und Quasi-Desertion. Vorausgesetzt wurde hier der *animus dirimendi matrimonii*<sup>9</sup>. Bei der Scheidung wegen tiefer Zerrüttung wurde insbesondere die männliche Ehre geschützt, wobei auch schon vertrauliche Briefe mit Dritten und gelegentliche Küsse relevant waren<sup>10</sup>. Ein »eheherrliches Züchtigungsrecht« wurde jedoch nicht mehr anerkannt.

Relevant war ferner die »Verweigerung der ehelichen Pflicht ohne berechtigten Grund« für beide Seiten. Dazu formulierte das RG<sup>11</sup>: »Die Pflege des geschlechtlichen Verkehrs unter Eheleuten gehört zum Inhalte des ehelichen Lebens und jeder Teil hat die sich daraus ergebenden Pflichten zu erfüllen, ohne daß es einer besonderen Erinnerung durch den anderen Teil bedarf. Trifft den Mann der Vorwurf, derartige Pflichten zu vernachlässigen, so kann er sich nicht damit entschuldigen, daß es an einer Aufforderung durch die Frau, die meist durch ein natürliches Schamgefühl davon zurückgehalten wird, gemangelt habe. Seine Erklärung, er habe seine Frau, die er nach kurzer Bekanntschaft geheiratet habe, erst näher kennenlernen wollen, ist nicht geeignet, seine Zurückhaltung zu rechtfertigen. Die Klägerin durfte gerade in der Zeit der jungen Ehe ein liebevolles Benehmen des Beklagten erwarten. Der Beklagte hat aber mit Standhaftigkeit und Ausdauer der Klägerin widerstanden und ihren berechtigten Erwartungen getrotzt. Der Nachweis, daß der Beklagte sich schon in der ersten Zeit des Ehelebens vorgenommen habe, seiner Frau nie beizuwohnen, ist zur Annahme der Hartnäckigkeit nicht erforderlich.« In dem Beharren auf Anwendung von Schutzmitteln (Präservativen) konnte ebenfalls eine Verweigerung der ehelichen Verpflichtungen liegen, befand das RG im Jahre 1900<sup>12</sup>. Berufstätigkeit der Frau konnte ebenfalls eheschädlich sein. »Als Scheidungsgrund ist es zu erachten, wenn die Frau dem ihrem Ehemann gegebenen Versprechen zuwider ihre Bühnentätigkeit nicht aufgibt, sondern sogar ein langjähriges Engagement ins Ausland eingegangen ist«, judizierte das OLG München<sup>13</sup>. Gleichgeschlechtliche Beziehungen galten als unehrenhafte Lebensführung. »Es steht fest, daß die Klägerin durch die Art und Weise, wie sie mit der K. verkehrte, bei ihrer Umgebung und insbesondere bei dem Beklagten als ihrem Ehemanne Anstoß erregte, ja dadurch der Verdacht entstand, sie treibe mit der genannten widernatürliche Unzucht. Auch wenn

<sup>8</sup> Sauer (Fn. 6), § 35 II c.

<sup>9</sup> Motive Bd. 4, S. 390, also unter Bezug auf die Willensrichtung zur Trennung und Scheidung.

<sup>10</sup> Sauer (Fn. 6), § 68 II.

<sup>11</sup> RG DR 1908, Nr. 3430.

<sup>12</sup> RG JW 1901, 456.

<sup>13</sup> BayZfR 1907, 261.

der Verdacht objektiv unbegründet war<sup>14</sup>, so hatte er doch feststelltermaßen eine Entfremdung der Ehegatten zur Folge, für welche die Klägerin nach der erwiesenen Sachlage moralisch verantwortlich zu machen ist und auf deren Beseitigung sie durch Abbruch des Umgangs mit der K. hinwirken mußte«, befand das RG<sup>15</sup>.

Verziehen werden konnte allerdings sehr schnell, vor allem durch Beiwohnung. »Ist die Beischlafsvollziehung freiwillig erfolgt, so wird nur unter ganz besonderen Umständen verneint werden können, daß sie die Bedeutung einer Verzeihung gehabt hat«<sup>16</sup>, hieß es in einem RG-Urteil.

Die Scheidung erfolgte aufgrund ausdrücklichen Schuldausspruchs, teilweise von Amts wegen, teilweise auf Antrag (§ 1574 BGB). Wurde die Frau allein für schuldig erklärt, so konnte der Mann ihr die Führung seines Namens nach § 1577 Abs. 4 BGB untersagen. Sie durfte allerdings das Prädikat »Frau« neben dem eigenen Familiennamen beibehalten<sup>17</sup>. Unterhalt gab es prinzipiell nur für den nicht an der Zerrüttung Schuldigen (§§ 1578 ff. BGB). Der schuldlose Ehegatte konnte nach § 1584 BGB alle Schenkungen an den schuldigen widerrufen. Die Sorge für die Person der Kinder war in § 1635 BGB ebenfalls schuldabhängig geregelt. Dort hieß es: »Ist die Ehe aus einem der in den §§ 1565 bis 1568 bestimmten Gründe geschieden, so steht, solange die geschiedenen Ehegatten leben, die Sorge für die Person des Kindes, wenn ein Ehegatte allein für schuldig erklärt ist, dem anderen Ehegatten zu; sind beide Ehegatten für schuldig erklärt, so steht die Sorge für einen Sohn unter sechs Jahren oder für eine Tochter der Mutter, für einen Sohn, der über sechs Jahre alt ist, dem Vater zu. Das Vormundschaftsgericht kann eine abweichende Anordnung treffen, wenn eine solche aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes geboten ist; es kann die Anordnung aufheben, wenn sie nicht mehr erforderlich ist. Das Recht des Vaters zur Vertretung des Kindes bleibt unberührt.«

Eheschließungs- und Scheidungsrecht gaben den Rahmen ab für die Ehegestaltung, während das allgemeine Eherecht traditionell eher deklaratorischer Natur ist. In der Ehegemeinschaft ist der Mann das Haupt, bestimmte § 1354 Abs. 1 BGB. Die Norm konkretisierte dies noch dahin, daß der Mann Wohnort und Wohnung bestimmen konnte und überhaupt das Entscheidungsrecht in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten hatte. Die Frau hatte die Pflicht, seiner Entscheidung Folge zu leisten, solange kein Mißbrauch vorlag. Der Frau blieb die Schlüsselgewalt. Sie war verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten, vorbehaltlich einer anderweitigen Entscheidung des Mannes (§ 1356 Abs. 1 BGB). Natürlich konnte der Mann einer Berufstätigkeit der Frau zustimmen. Vor allem kam eine Berufstätigkeit als Fabrikarbeiterin, Handlungsgehilfin, Lehrerin, Amme und Schauspielerin in Betracht, wenn man die für sie üblichen Berufe nennen will<sup>18</sup>. War der Ehemann damit jedoch nicht einverstanden, so konnte er das Vertragsverhältnis einseitig, sogar durch fristlose Kündigung lösen, falls ihn das Vormundschaftsgericht dazu ermächtigte; das Gericht hatte die Ermächtigung zu erteilen, wenn die Tätigkeit die ehelichen Interessen beeinträchtigte (§ 1358 BGB). Der Mann hatte die Kosten des Hausstandes zu tragen (§ 1360 Abs. 1 BGB); umgekehrt konnte dies nur ausnahmsweise praktisch werden.

Als gesetzlichen Güterstand bestimmte der BGB-Gesetzgeber die Verwaltungsgemeinschaft mit der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung des Vermögens der Ehefrau. Das war von einer Gleichberechtigung der Geschlechter sehr weit entfernt,

<sup>14</sup> Auch wenn dies sogar bewiesen wurde.

<sup>15</sup> RG JW 1903, 127.

<sup>16</sup> RG JW 1906, 753.

<sup>17</sup> Sauer (Fn. 6), S. 623.

<sup>18</sup> So noch Heinrich Lehmann, Familienrecht, 1926, § 11 III 1, S. 63.

so daß sogar der konservative Freiherr von Stumm bei seinen Schlußworten zum Entwurf des BGB bemerkte: »Es wird mir für mein ganzes Leben ein tiefer Schmerz sein, daß das große Werk mit diesem Makel der Verwaltungsgemeinschaft behaftet ist.«<sup>19</sup> Nach diesem Güterstand blieben die Gütermassen dem Eigentum nach getrennt. Das Frauengut wurde aber durch die Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung der Frau entzogen und der des Mannes unterworfen, als sogenanntes eingebrachtes Gut. Eingebrachtes Gut der Frau war aber auch alles, was sie während der Ehe erwarb (§ 1363 Abs. 2 BGB). Zum Vorbehaltsgut gehörte aber immerhin außer den zum persönlichen Gebrauch bestimmten Sachen wie Kleidern, Schmuck und Arbeitsgerät der Erwerb aufgrund selbständiger Arbeit der Frau und aufgrund eines selbständigen Betriebs eines Erwerbsgeschäftes (§ 1367 BGB), wobei insoweit ein entsprechender Ehevertrag geschlossen sein mußte. Der Mann hatte das Recht, das eingebrachte Gut der Frau in Besitz zu nehmen (§ 1373). Er erwarb die Nutzung des eingebrachten Guts zu eigenem Recht als Mannesgut, was das RG als Ausgleich für die Verpflichtung zur Bestreitung des ehelichen Aufwandes interpretierte<sup>20</sup>. Gütertrennung und Gütergemeinschaft waren kraft Ehevertrags möglich. Die Errungenschaftsgemeinschaft war im Gesetz nicht ausgestaltet, konnte aber durch vertragliche Beschränkungen der Gütergemeinschaft entstehen. Das galt auch für die sogenannte Fahrnisgemeinschaft.

Im Kindschaftsrecht war die elterliche Gewalt des Vaters prägend. Der Vater hatte das Recht und die Pflicht, die als angemessen angesehenen Zuchtmittel anzuwenden (Züchtigungen, Einsperrung, Einschränkungen). Vor dem Ersten Weltkrieg wurde viel die Frage erörtert, ob auch ein ungerufener Dritter ein Züchtigungsrecht hatte, ob z.B. ein Passant einem ungezogenen Jungen auf der Stelle eine angemessene Strafe verpassen konnte. Die überwiegende Auffassung leitete ein solches Recht aus der Geschäftsführung ohne Auftrag ab. Das OLG Jena nahm sogar ein allgemeines Bürgerrecht zur Erziehungshilfe an<sup>21</sup>. Neben dem Vater hatte die Mutter während der Dauer der Ehe auch das Recht und die Pflicht, für die Person des Kinds zu sorgen, freilich ohne das Recht zur Vertretung; bei einer Meinungsverschiedenheit ging allerdings die Meinung des Vaters vor (§ 1634 BGB). Die Mutter hatte danach also ein Züchtigungsrecht, durfte es aber nicht gegen den Willen des Vaters ausüben. Ein Einschreiten des Vormundschaftsgerichts war nur bei schuldhafter Gefährdung des leiblichen oder geistigen Wohls des Kindes durch den Vater möglich. Die elterliche Gewalt der Mutter konnte sich erst nach dem Tod des Vaters zur alleinigen und vollen elterlichen Gewalt entfalten.

Der BGB-Gesetzgeber sah die unehelichen Geschlechtsverbindungen als große Gefahr an, weil das Aufwachsen der aus ihr stammenden Abkömmlinge zu gesunden und lebensstüchtigen Staatsbürgern bedroht sei. Er erkannte ein rechtliches Verwandtschaftsverhältnis zwischen dem Kinde und seinem Erzeuger nicht an (§ 1589 Abs. 2 BGB) und gab dem Kind gegen diesen nur einen beschränkten Unterhaltsanspruch, der im allgemeinen mit der Vollendung des 16. Lebensjahres endete (§ 1708 Abs. 1 BGB). Das Gesetz sprach zudem der Mutter nur die äußere, tatsächliche Sorge für die Person des Kindes zu, versagte ihr aber die elterliche Gewalt und das Vertretungsrecht, so daß das Kind einen Vormund erhielt (§ 1773 BGB). Sehr bestritten war, ob die Mutter verpflichtet war, dem Kind den Namen des Erzeugers zu nennen. Soweit dem Kind durch dessen Verheimlichung die Mittel zu seinem Unterhalt entzogen wurden, nahm die Gerichtspraxis eine solche Pflicht an<sup>22</sup>. In der Literatur wurde der

<sup>19</sup> Zitiert nach Lehmann (Fn. 16), § 12 II, S. 76.

<sup>20</sup> RGZ 90, 65.

<sup>21</sup> OLG Jena DJZ, 1913, 296.

<sup>22</sup> OLG München SeuffA. 67,49.

Schweigevertrag mit dem Erzeuger als unsittlich und nichtig angesehen, weil er das Interesse des Kindes an der Namensnennung mißachte<sup>23</sup>.

Das Familienrecht des BGB von 1900 hatte lange Bestand. Auch die Weimarer Reichsverfassung konnte daran nicht viel ändern, selbst wenn sie in Art. 119 Abs. 1 dekretierte, daß die Ehe auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter beruhe. Wörtlich hieß es in dieser Norm ferner: »Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens zur Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Die Reinerhaltung, Gesundheit und soziale Förderung der Familie ist Aufgabe des Staates und der Gemeinden. Kinderreiche Familien haben Anspruch auf ausgleichende Fürsorge.« Auch Art. 121 WRV, der den unehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen gebot wie den ehelichen, verpuffte in der Verfassungswirklichkeit. Wirksamer war das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz von 1922, das ein eigenes Recht des Kindes auf eine optimale Erziehung nicht bloß gegenüber den Eltern, sondern auch gegenüber dem Staat dekretierte. Dagegen mißlang die Umsetzung der Verfassungsbestimmungen im BGB, da sich entsprechende Mehrheiten im Reichstag nicht fanden. Auch Rechtswissenschaft und Justiz nahmen die Verfassung nur als ein Programm, das das geltende bürgerliche Recht nicht unmittelbar umgestalte. Von der Notwendigkeit des Patriarchats zutiefst überzeugt war auch überwiegend die akademische Familienrechtslehre. Heinrich Lehmann schrieb:

»Entsprechend der *materialistischen* Einstellung unserer Zeit legen die Anhänger des individualistischen Eheideals das Schwergewicht auf die ... Veränderung in der wirtschaftlichen Stellung der Frau, auf ihre erzwungene Auswanderung aus dem Hause und ihre wachsende Beteiligung am Erwerbsleben – Vorgänge, die sich seit Ausgang des Weltkriegs mit beängstigender Schnelligkeit vollziehen. Sicher ist damit der Hauptgrund getroffen, der zu einer Nachprüfung des geltenden Familienrechts, nämlich des Familiengüterrechts, daraufhin zwingt, inwieweit es den Belangen der Frau gerecht wird. Aber zu einer völligen Beseitigung der eheherrlichen und väterlichen Vorrechte könnte das doch nur dann schlechthin nötigen, wenn diese Vorrechte bloß durch überholte *wirtschaftliche* Verhältnisse gerechtfertigt würden, wenn der Mann lediglich in seiner Eigenschaft als der den Unterhalt in der Hauptsache beschaffende Teil zum Familienhaupt gemacht worden wäre. Gerade das läßt sich aber nicht sagen. Ihre eigentliche Rechtfertigung findet der Vorrang des Mannes im Gemeinschaftsgedanken.

Das Gedeihen der Familie bedingt eine *embeute* Lebensführung. Da das Gesetz nicht bei jeder Meinungsverschiedenheit den Richter oder Schiedsmann hineinsprechen lassen wollte, mußte es einem der Gatten die entscheidende Stimme geben, unter Schutz des anderen gegen einen Mißbrauch dieses Rechtes. Wenn es in diesem Zwiespalt dem Mann die maßgebende Stimme zuerkennt, hat es die Wahl getroffen, die dem Durchschnitt der Lebensverhältnisse damals entsprach und auch heute noch entspricht ... Damit ist selbstverständlich die Frage nicht entschieden, ob es nicht dem Gemeinschaftsleben ebenso zuträglich gewesen wäre, dem Richter die Entscheidung zu übertragen, falls die Gatten nicht zu einem einheitlichen Vorgehen zusammenfinden können ... Letzte Wertmaße kann man nur gewinnen aus dem Gedanken der *Gemeinschaft*.«<sup>24</sup>

Diese Auffassung ging aus einer bewußten Befassung mit den Gedanken der Frauenbewegung hervor, die zur Zeit der Entstehung des BGB noch relativ schwach gewesen war. Nachdem jedoch die Forderung nach politischer Gleichberechtigung der Frau und ihrer Teilnahme am öffentlichen Leben in der Weimarer Verfassung durchgesetzt war, war die privatrechtliche Gleichstellung vor allem auf dem Gebiete des Familienrechts auf die Tagesordnung gesetzt. Die Familienrechtslehre sah dies als einen Konflikt zwischen dem patriarchalischen und christlichen Eheideal des BGB und dem streng individualistischen der Frauenbewegung, die eine restlose Beseitigung der

<sup>23</sup> Siehe nur Lehmann (Fn. 18), § 39 IV, S. 248.

<sup>24</sup> Lehmann (Fn. 18), S. 11 f.

Vorherrschaft des Mannes verlange. »In diesem Verlangen«, schrieb Lehmann<sup>25</sup>, »vereinigen sich die Anhänger eines folgerichtig durchgedachten Individualismus mit den Wortführern des Sozialismus. Daß auch diese sich für eine derartige individualistische Forderung eingesetzt haben, darf nicht wundernehmen. Denn nach Bebels Buch »Die Frau und der Sozialismus« erstrebt der Sozialismus einen Gesellschaftszustand, »in dem volle Gleichberechtigung aller ohne Unterschied des Geschlechts zur Geltung kommt.« Sozialismus ist ... »potenzierter Individualismus«<sup>26</sup>. Bemerkenswert an dieser Interpretation der theoretischen Kontroversen um das Familienrecht ist die starke Verkopplung von Patriarchat und Christentum, die jedoch bei der juristischen Durcharbeitung dann immer mehr verblaßt ist. Bezeichnend dafür ist die eher nichtssagende Legitimation der Dominanz des Mannes mit der Gefahr des Patts bei ehelichen Konflikten, wie sie auch im Familienrecht der fünfziger Jahre wieder auftaucht.

## II. Das großdeutsche Familienrecht

Das Patriarchat des BGB von 1900 brauchte also vom Nationalsozialismus nicht erst aufgenordet zu werden. Das völkische Rechtsempfinden konnte in den BGB-Bestimmungen ohne wesentliche Veränderungen seinen Platz finden. Das Verschwinden des christlichen Eheideals, auf das sich die konservativen Interpreten immer berufen hatten, geschah ganz unmerklich. Hinzu kamen die Rassegesetze und eine scheidungsfreundlichere Haltung zugunsten der Fortpflanzung der Rasse, während die Euthanasie der Behinderten unter der Decke des Gesetzes blieb und sich kein Jurist mit der Kommentierung diesbezüglicher Vorschriften beflecken mußte. Das nationalsozialistische Familienrecht wurde dann 1938 mit dem Anschluß Österreichs als großdeutsches Gesetzbuch proklamiert. Der Familienrechtler Maßfeller schrieb dazu: »Rechtsprechung und Schrifttum zu dem alten Recht des BGB werden in dem Buche nicht angeführt. Sie haben nur noch einen beschränkten Wert. Entscheidend für die Weglassung war aber die Erwägung, daß – unbeschwert von alten Auffassungen – diese wichtigen Gesetze unter nationalsozialistischer Staatsführung nur in dem Geiste angewandt werden dürfen, in dem sie geschaffen sind, im Geiste unserer neuen Weltanschauung.«<sup>27</sup> Der Verfasser, der sich erklärtermaßen vor allem den Standesbeamten nahefühlte, ging nicht mehr besonders auf die Neugestaltung des deutschen Familienrechts i.S. der nationalsozialistischen Weltanschauung ein, da die Amtlichen Begründungen zu diesen Gesetzen hierüber erschöpfende Auskunft gäben. Solche Zurückhaltung wurde nach 1945 als ein Zeichen des inneren Widerstands gewertet.

Nicht umhin kam Maßfeller aber, das Eheverbot der Blutsverschiedenheit in § 4 des Ehegesetzes zu kommentieren, der die Blutschutzgesetze – übrigens mit all ihren sophistischen Abgrenzungen – aufnahm. Die Kommentierung war knapp, mit umfassendem Schrifttumsnachweis, darunter auch auf Stuckart-Globke<sup>28</sup>, Reichsbürgergesetz, Blutschutzgesetz, Ehegesundheitsgesetz, C. H. Beck, München und Berlin 1936. Entsprechendes galt für das Eheverbot wegen Mangels der Ehetauglichkeit, mit dem Eheschließungen aus Gründen der Volksgesundheit untersagt werden konnten. Damit wurde das Erbgesundheitsgesetz umgesetzt. Der Standesbeamte konnte da-

<sup>25</sup> Ebd.

<sup>26</sup> Lehmann (Fn. 18), S. 11.

<sup>27</sup> Dazu Maßfeller, Das großdeutsche Ehegesetz, 1939, S. III.

<sup>28</sup> Globke war später langjähriger Staatssekretär Adenauers.

nach ein Ehetauglichkeitszeugnis verlangen. Die Verlobten mußten durch das vom Gesundheitsamt ausgestellte Ehetauglichkeitszeugnis nachweisen, daß ein Ehehindernis im Sinne des § 1 Erbgesundheitsgesetz nicht bestand. Weniger gewichtig war, daß der Eheverbotstatbestand des Ehebruchs etwas liberalisiert wurde. Hierdurch sollte klargestellt werden, daß die Tatsache des Ehebruchs allein noch nicht genüge, um eine Eheschließung der an dem Ehebruch Beteiligten dauernd zu verhindern. Die Behörden erhielten vielmehr die Weisung, die Befreiung von diesem Verbot zu erteilen, wenn nicht weitere schwerwiegende Umstände, z.B. mangelnde Erbgesundheit oder ein zu großer Altersunterschied der Beteiligten, die neue Ehe unerwünscht erscheinen ließen<sup>29</sup>. Hinzu kamen weitere Liberalisierungen, aber auch Erlaubnisvorbehalte. So bedurften die Angehörigen der SS zur Eingehung ihrer Ehe einer besonderen Erlaubnis<sup>30</sup>. Verstöße gegen das Blutschutzgesetz und das Erbgesundheitsgesetz wurden jedoch mit aller Radikalität als Nichtigkeitsgründe gewertet<sup>31</sup>. Die Ehe war somit »die von der Volksgemeinschaft anerkannte, auf gegenseitiger Treue, Liebe und Achtung beruhende dauernde Lebensgemeinschaft zweier rassegleicher, erbgesunder Personen verschiedenen Geschlechts zum Zwecke der Wahrung und Förderung des Gemeinwohls durch einträchtige Zusammenarbeit und zum Zwecke der Erzeugung rassegleicher, erbgesunder Kinder und ihrer Erziehung zu tüchtigen Volksgenossen«, so formulierte dies der Vorsitzende des Familienrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht, Rechtsanwalt Ferdinand Mößmer, in seinen Vorschlägen zur Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts<sup>32</sup>. Die Amtliche Begründung trumpfte hier noch stärker auf<sup>33</sup>.

Da man nach einer erst fünfjährigen nationalsozialistischen Erziehungsarbeit noch nicht ein sicheres Urteil der Ehegatten über den möglichen überindividuellen Wert ihrer Ehe zugrunde legen konnte, lehnte der Gesetzgeber die radikale Einführung des Zerrüttungsgedankens als einzigen Scheidungsgrundes ab und baute nur die bisherigen Scheidungsgründe um. § 48 des Ehegesetzes brachte dann die Verweigerung der Fortpflanzung als besonderen Scheidungsgrund. Danach konnte ein Ehegatte Scheidung begehren, wenn der andere sich ohne triftigen Grund beharrlich weigerte, Nachkommenschaft zu erzeugen oder zu empfangen, oder wenn er rechtswidrig Mittel zur Verhinderung der Geburt anwendete oder anwenden ließ. Ferner trat § 51 des EheG an die Stelle des § 1569 BGB. In dieser Norm war es Voraussetzung für den

<sup>29</sup> Amtliche Begründung zu § 9 EheG, abgedruckt bei Maßfeller (Fn. 27), zu § 9 EheG.

<sup>30</sup> § 14 der Durchführungsverordnung zu § 13 EheG.

<sup>31</sup> § 10 EheG.

<sup>32</sup> Zustimmung Maßfeller (Fn. 27), § 37 EheG Anm. 2.

<sup>33</sup> »Ehe und Familie sind die Grundlagen des völkischen Gemeinschaftslebens, von deren Kraft und Gesundheit Wort und Bestand der Volksgemeinschaft abhängen. Sie bergen in sich die Kräfte, deren Entfaltung und Wirkung die Ehelichkeit des völkischen Lebens sichert. Dadurch, daß die Ehe durch die gegenseitige Treupflicht der natürlichen Verbindung der Geschlechter Stetigkeit verleiht, wird sie zum Hort des Kinderreichtums und zur unersetzlichen Voraussetzung aller gesunden und geordneten Erziehung der Nachkommenschaft. Gleichzeitig vermittelt sie als die kleinste Zelle völkischen Lebens den Ehegatten das Erleben der Gemeinschaft ... Eine solche Betrachtung ist unvereinbar mit der liberalistischen, die in der Ehe eine vertragsartige Zweckverbindung zur Verwirklichung individueller Interessen sieht. Denn für den nationalsozialistischen Staat liegt der tiefste Sinn der Ehe außerhalb der Individualinteressen der Ehegatten. Andererseits erblickt er die Weihe der Einrichtung der Ehe aber nicht wie die konfessionelle Betrachtung in jenseitigen Vorstellungen und religiösen Bindungen, sondern in der Bedeutung der Ehe für Bestand und Gesundheit des deutschen Volkes. Daraus folgt einerseits, daß die neue Regelung des Ehescheidungsrechts über die Hemmungen hinweggehen muß, die sich aus rein religiösen Betrachtungen gegen die Lösung einer Ehe ergeben können. Andererseits kann aber auch das Ziel der Reform nicht sein, eine allgemeine Erleichterung der Ehescheidung im Sinne individualistischer Eheauffassung herbeizuführen. Denn wollte man jedem Ehegatten, der in der Ehe nicht das volle von ihm erwartete persönliche Glück findet, ermöglichen, von seiner Ehe freizuwerden, so würde man den Wert der Ehe herabsetzen, man würde bei den Volksgenossen das Gefühl für die heilige Pflicht, aus ihrer Ehe das Beste zu machen und sich mit Unzulänglichkeiten des Gefährten abzufinden, statt zu stärken, schwächen« (abgedruckt bei Maßfeller (Fn. 27), S. 207 ff.).



Scheidungsanspruch wegen Geisteskrankheit des anderen Ehegatten gewesen, daß die Krankheit während der Ehe mindestens drei Jahre gedauert hatte. Diese Dreijahresfrist wurde nunmehr gestrichen. Ferner wurden der Scheidungsgrund der ansteckenden oder ekeletregenden Krankheit in § 52 und das Scheidungsrecht wegen vorzeitiger Unfruchtbarkeit in § 53 EheG aufgenommen. In § 55 EheG fand sich dann schließlich die Scheidung der Ehe wegen tiefgreifender unhaltbarer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ohne Rücksicht auf Verschulden, wenn die häusliche Gemeinschaft seit drei Jahren aufgelöst war. Mößner schrieb dazu<sup>34</sup>: »Die Fälle, in denen Eheleute, höchst wertvolle Menschen, durch zerrüttete eheliche Verhältnisse aus ihrer Bahn geworfen werden, ihre besten Kräfte dadurch für die Gemeinschaft verlorengehen, in denen die Aufrechterhaltung der Ehe gerade zu jedem sittlichen Empfinden Hohn spricht, sind beängstigend zahlreich.« Auch die nationalsozialistische Erziehung konnte also den Gemeinschaftswert krisenhafter Ehen gegenüber den Kräften der Zerrüttung nicht gewährleisten.

Der an der Scheidung schuldigen Frau konnte die Führung des Mannesnamens untersagt werden (§ 64), desgleichen bei ehrlosem Lebenswandel nach der Scheidung (§ 65). Die Unterhaltsfolgen der Scheidung waren kaum anders als nach dem BGB.

Auch das Verfahren wurde angepaßt. In Ehesachen ist, hieß es in § 607 ZPO n.F., der Staatsanwalt zur Mitwirkung befugt, um die vom Standpunkt der Volksgemeinschaft für die Aufrechterhaltung oder die Auflösung der Ehe sprechenden Umstände geltend zu machen. Der Staatsanwalt konnte bei der Nichtigkeitsklage etwa wegen Verletzung des Blutschutzgesetzes und des Erbgesundheitsgesetzes selbständig Anträge stellen. In den Eheprozeß wurden gem. § 9 Familienrechtsänderungsgesetz rassenkundliche Untersuchungen eingebaut. Dazu wurde notfalls die Reichsstelle für Sippenforschung an erb- und rassenkundlichen Untersuchungen beteiligt. In der Ausführungsverordnung des Reichsjustizministers vom 10. 2. 1939<sup>35</sup> hieß es dazu: »Jeder erb- und rassenkundlichen Untersuchung muß, damit ein möglichst zuverlässiges Ergebnis erzielt wird, eine sorgfältige Vorbereitung vorausgehen; insbesondere sind gründliche genealogische Feststellungen zur Erfassung der sippenmäßigen Zusammenhänge erforderlich, zum Beispiel die Beschaffung fehlender Urkunden, die sittenkundliche Durchprüfung der Unterlagen oder die Aufstellung weitläufiger Sippentafeln.« Die Gesetzesbürokratie arbeitete gut. Die Normen waren von hoher Konsistenz, die Verwaltungsvorschriften konkret und effektiv.

Die innere Heimatfront war damit geordnet. Während des Zweiten Weltkrieges brauchte kaum nachgearbeitet zu werden. Wichtig war allerdings, daß die noch heute geltende 6. Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, die sog. Hausratsverordnung, dem von einer Trennung und Scheidung betroffenen Frontsoldaten seine Wohnung zu sichern half, notfalls durch Eingriff in die Rechte des Vermieters.

Die Rechtsprechung während der Zeit des Nationalsozialismus hatte nicht nur die bisher üblichen Konflikte zwischen Ehegatten zu behandeln, sondern Neuland zu betreten. Zerrüttungverschulden konnte sich ergeben aus der Beleidigung des Führers<sup>36</sup>, aus der Mandatierung jüdischer Anwälte<sup>37</sup>, aus Nörgeleien über die Mitarbeit des anderen Ehepartners in der Bewegung<sup>38</sup>, aus dem Kauf bei Juden<sup>39</sup> sowie aus der Betätigung in Sekten. Was die verschuldensunabhängige Scheidung nach § 55 EheG angeht, so wollten die Scheidungskläger natürlich weitgehend von vornherein eine

<sup>34</sup> Neugestaltung des deutschen Ehescheidungsrechts, S. 45 ff.

<sup>35</sup> Deutsche Justiz 1939, 350.

<sup>36</sup> RG Warneyer 35, 50.

<sup>37</sup> RG JW 1936, 2537.

<sup>38</sup> I.G Halberstadt DJ 1936, 1537.

<sup>39</sup> OLG Hamburg HansRGZ 37 B 87.

neue Ehe eingehen. Insofern entschied die Justiz, daß auch der Wert der beabsichtigten neuen Ehe vom volksgemeinschaftlichen Standpunkt aus zu beurteilen sei<sup>40</sup>. Mit dem Kommentar von Volkmar, Antoni, Fickert, Rexroth und Anz aus dem Reichsjustizministerium von 1939 war die konkrete Neuordnung der Ehe auch wissenschaftlich erst einmal abgeschlossen.

### *III. Die Familienrechtsentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg bis zum 1. EheRG*

Nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus formulierte der Alliierte Kontrollrat (AKR) im Gesetz Nr. 16 über die Ehe, in Kraft getreten am 1. März 1946, das Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht für das Territorium des besetzten Deutschland neu. Er begnügte sich freilich damit, aus dem großdeutschen Ehegesetz von 1938 die, wie es Dölle formulierte<sup>41</sup>, »penetrant nationalsozialistischen Normen« herauszunehmen. Im übrigen übernahm der AKR das Gesetz fast wörtlich, änderte es nur in ganz wenigen und praktisch nicht sehr bedeutsamen Fragen regelmäßig durch Rückgriff auf das BGB. Ferner wurde die Möglichkeit geboten, gerichtliche Entscheidungen familienrechtlichen Inhalts aus der Zeit des Nationalsozialismus, die auf rassenmäßigen, politischen oder religiösen Gründen beruhten, innerhalb einer Zweijahresfrist anzufechten und einen Schadensausgleich zu erlangen. Das Kontrollratsgesetz war somit ein bereinigtes Ehegesetz von 1938. Zur Legitimation berief man sich darauf, daß das Ehegesetz 1938 zu einem Teil auch auf Neuerungsvorschlägen aus der Zeit vor 1933 beruhte. Diese stammten aus dem konservativen Lager. Der Familienrechtsbestand von 1946 läßt sich damit kennzeichnen als ein um Nazikernsätze bereinigtes Patriarchat.

Mit Rücksicht auf die gewaltige Last, die die Frauen während des Zweiten Weltkrieges zur Aufrechterhaltung von Produktion und Dienstleistungen erbracht hatten, war das Familienrecht somit einerseits von der gesellschaftlichen Wirklichkeit weitgehend überholt, andererseits ein Hebel zur Wiederherstellung einer restaurativen Gesellschaftsordnung. Die politisch, sozial und physisch degradierten Heimkehrer mußten erst langsam wieder für die Wahrnehmung einer patriarchalen Rolle aufgepäppelt werden. Vor allem wurde das Familienrecht aber durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes schwer erschüttert, das mit dem aus der Weimarer Reichsverfassung übernommenen, besonders von den wenigen Frauen im Parlamentarischen Rat geforderten Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 GG eigentlich ein komplett neues Familienrecht erforderte. Auch Art. 6 GG gebot, insbesondere mit dem Verfassungsauftrag zum Schutz der nichtehelichen Kinder, eine radikale Veränderung des Normbestands. Das bürgerliche Lager des Parlamentarischen Rates mag, als es den weiblichen Mitgliedern in puncto Gleichberechtigung Raum gab, an die Wirkungslosigkeit des Vorläufers zu Art. 3 Abs. 2 GG in der Weimarer Reichsverfassung gedacht haben, wobei aber die Sprengkraft des Art. 1 Abs. 3 GG sicher nicht in vollem Umfang mitreflektiert wurde. Der Trick, Art. 3 Abs. 2 GG über Art. 117 GG erst einmal für vier Jahre zu suspendieren, bedeutete dann praktisch, daß mit dem bisherigen Familienrechtsbestand zunächst weiterzuarbeiten war und es den parlamentarischen Auseinandersetzungen überlassen wurde, Änderungsgesetze vorzulegen und die Änderungen so schmal wie möglich auszuge-

<sup>40</sup> Vgl. OLG München HRR 1939, 736.

<sup>41</sup> Dölle, Familienrecht, Bd. 1 (1964), S. 14.

stalten. Das führte dazu, daß praktisch das BGB von 1900 und das bereinigte EheG von 1938 weiterhin die langfristige Grundlage des Familienlebens blieben. Gesetzgeber und Rechtsprechung der Bundesrepublik ließen sich auch nicht davon beirren, daß die Verfassung der DDR vom 7. 10. 1949 die Gleichberechtigung von Mann und Frau als unmittelbar geltendes Recht normierte und alle Gesetze und Bestimmungen aufhob, die der Gleichberechtigung der Frau entgegenstanden<sup>42</sup>. Die gesetzliche Umsetzung ging dann allerdings auch in der DDR nicht so schnell wie geplant über die Bühne. Dem Gesetz über Mutter- und Kinderschutz vom 27. 9. 1950 folgten Einzelgesetze und -verordnungen, während das Familiengesetzbuch bis 1965 auf sich warten ließ<sup>43</sup>.

Unter der ersten Regierung Adenauer kam es keineswegs, wie vom Grundgesetz vorgesehen, zu dem erforderlichen Gleichberechtigungsgesetz. Es wäre wegen der starken Rolle der Frauen auch in der Nachkriegszeit mit Sicherheit radikaler ausgefallen als das dann in der zweiten Legislaturperiode von der zweiten Regierung Adenauer verabschiedete Gleichberechtigungsgesetz. Der Gesetzgeber dieser Phase sah es offenbar unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 2 GG als völlig ausreichend an, wenn die Rechte von Männern, Frauen und Kindern geschlechtsneutral formuliert waren. So blieb eigentlich nur das Güterrecht als Reformgegenstand, bei dem die ehemännliche Nutznießung und Verwaltung des Frauenvermögens nicht nur patriarchalisch, sondern explizit geschlechtsspezifisch reguliert war. Da Art. 117 GG das Außerkrafttreten des gleichberechtigungswidrigen Familienrechts mit dem 1. 4. 1953 vorsah, wurde an dieser Verfassungsnorm in durchsichtiger Weise herumgedeutelt. So gab es Gerichtsentscheidungen, die Art. 3 Abs. 2 GG wegen seiner Unbestimmtheit nicht unmittelbar anwenden wollten<sup>44</sup>. Das Bundesverfassungsgericht<sup>45</sup> entschied jedoch, daß aufgrund des Art. 117 Abs. 1 das mit Art. 3 Abs. 2 nicht zu vereinbarende bürgerliche Recht auf dem Gebiet von Ehe und Familie außer Kraft getreten sei. Das führte dann auch keineswegs zu einem rechtlichen Chaos. Vielmehr wurden die Einschnitte in das Patriarchat vor allem dadurch entschärft, daß die herrschende Familienrechtslehre »funktionale« Differenzierungen zwischen den Geschlechtern durchaus noch nicht als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG wertete. So hieß es etwa, die Gleichberechtigung könne nicht mechanisch, sondern nur organisch, nicht material, sondern nur funktional, nicht als gleichmacherisch, sondern nur als gleichwertig gemeint sein<sup>46</sup>. Nach dem Wegfall des gesetzlichen Güterstands der ehemännlichen Nutznießung und Verwaltung nahm man überwiegend an, daß die Gleichberechtigung die Gütertrennung zwischen den Ehegatten erfordere. Damit konnte in der Hausfrauenehe die wirtschaftliche Partizipation am zunehmenden Mannesvermögen abgewehrt werden.

Bei der Beratung des Gleichberechtigungsgesetzes während der zweiten Legislaturperiode kam es zwar zu vehementen parlamentarischen Auseinandersetzungen, bei denen das Patriarchat an entscheidenden Punkten zur Disposition stand. Während das eheliche Güterrecht mit dem gesetzlichen Güterstand des Zugewinnausgleichs durchaus eine paritätische Regelung fand, wurde das Letztentscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie nicht kampflos aufgegeben. Schließlich wurde die Gleichstellung der Ehefrau bei ehelichen Angelegenheiten durch Streichung des § 1354 BGB doch vollzogen, wenn auch nur auf der Grundlage eines knappen Mehrheitsbe-

<sup>42</sup> Art. 7 und 144 der Verfassung der DDR.

<sup>43</sup> Das FGB vom 20. 12. 1965 trat zum 1. 4. 1966 in Kraft (GB). DDR 1966 I, 1) und löste insb. die EheVO vom 24. 11. 1955 ab.

<sup>44</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW 1953, 746

<sup>45</sup> BVerfGE 3, 255.

<sup>46</sup> Döller JZ 1953, 353, 355.

schlusses<sup>47</sup>. Das Leitbild der Hausfrauenehe wurde in § 1356 Abs. 1 BGB nochmals verankert, allerdings ohne Sanktionen für andere Formen der ehelichen Arbeitsteilung. Die Mehrheit des Parlaments hielt es auch nicht für erforderlich, den Mannesnamen als Ehe- und Familiennamen nach § 1355 BGB in Frage zu stellen. Die juristische Patri-Argumentation lag wiederum dem Stichtscheid des Mannes in Fragen der elterlichen Gewalt zugrunde, der noch einmal in den §§ 1628, 1629 BGB seinen Niederschlag fand. Die Kontroverse, die bereits vorher zum Stichtscheid die rechtswissenschaftliche Diskussion geprägt hatte, wurde dann gerichtlich weitergeführt, bis das Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 29.7.1959<sup>48</sup> die Stichtscheidsnormen für verfassungswidrig und nichtig erklärte. Die letzten prominenten Vertreter des männlichen Stichtscheids, Bosch<sup>49</sup> und Dürig<sup>50</sup>, mußten es mit ansehen, daß das parlamentarische Mehrheitsvotum zugunsten patriarchaler Erziehung von einem Gericht gekippt wurde, das jahrzehntelang mit einem einzigen weiblichen Mitglied auskam, in dem aber teilweise noch der Gründungsgeist und Widerstandserfahrungen für die Neuordnung lebendig waren. Zur Begründung hieß es in der Entscheidung, auch Art. 3 Abs. 2 GG erlaube gewisse Differenzierungen im Hinblick auf die biologischen oder funktionalen Unterschiede der Geschlechter, z.B. bei Mutterschutzbestimmungen. Bei der elterlichen Gewalt sei jedoch die Beziehung der Mutter zu den Kindern keineswegs durch die bestehenden Verschiedenheiten so entscheidend geprägt, daß die vergleichbaren Elemente daneben zurücktreten müßten. Auch die Gesichtspunkte der Einheit der Familie und des Wohles des Kindes rechtfertigten nicht die Zurücksetzung der Mutter. Funktionale Differenzierungen waren andererseits tragende Gründe für die Billigung von Arbeitszeitbeschränkungen für die Frauen<sup>51</sup> und der alleinigen Strafbarkeit der männlichen Homosexualität<sup>52</sup>, wenn auch hier teilweise die biologischen Unterschiede stärker in den Vordergrund gestellt wurden. Den Abschluß der Restauraionsphase bildete dann noch das Familienrechtsänderungsgesetz vom 11. 8. 1961<sup>53</sup>, von dem die verantwortliche Ministerin Elisabeth Schwarzhaupt behauptete, es habe kaum etwas mit der Gleichberechtigung der Geschlechter zu tun.<sup>54</sup> Immerhin wurde in diesem Gesetz der Mutter eines nichtehelichen Kindes die volle elterliche Gewalt vorenthalten, da sie »aus praktischen Gründen« einen Amtspfleger zugeordnet erhielt, der die Vaterschaft und die Unterhaltsansprüche geltend machen sollte (§ 1706 BGB). Auf Antrag konnte ihr aber die volle elterliche Gewalt vom Vormundschaftsgericht zuerkannt werden (§ 1707 BGB). Diese Regelungen traten erst mit der Kindschaftsrechtsreform zum 1. 7. 1998 außer Kraft.

Gegenüber den eherechtlichen Bestimmungen mit patriarchalischem Gehalt brauchten jedoch keine Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts befürchtet zu werden. Das Ehegesetz war als Besatzungsrecht nicht am Grundgesetz zu messen, da die Bundesrepublik Kontrollratsgesetze nicht ändern oder aufheben durfte. Auch wenn dies im einzelnen umstritten war<sup>55</sup>, so konnte der von den bürgerlichen Parteien getragene Gesetzgeber noch in den sechziger Jahren seine Hände insoweit in den Schoß legen und die widerstrebenden Kräfte in der Gesellschaft auf den Besatzungsrechtsvorrang verweisen. Dem gesetzlichen Patriarchat fehlten also zu Beginn der

47 Mit 186 : 172 Stimmen.

48 BVerfGE 10, 59.

49 Siehe nur Bosch SJZ 1950, 625.

50 FamRZ 1954, 24.

51 BVerfGE 5, 9, 12.

52 BVerfGE 6, 389, 422.

53 BGBl. 1961 I, 1221.

54 Vgl. Schwarzhaupt FamRZ 1961, 329 und 1962, 49.

55 Siehe nur Bachof DÖV 1956, 382.

sechziger Jahre allerdings die Kronjuwelen des väterlichen Stichtenscheids, der familiengesetzlichen Beschränkung weiblicher Erwerbsarbeit und der Frauenvermögensverwaltung. Es war in seinem Aufbau verunsichert und stand in einem ständigen Abwehrkampf, in dem verständlicherweise wieder christliche Ideale einen ideologischen Argumentationsvorsprung sichern sollten. Es lohnt sich deswegen, den ideologischen Verarbeitungsritualen der damaligen Zeit noch einmal Aufmerksamkeit zu schenken.

Erinnert sei an den Privatrechtler Heinrich Lehmann, dem wir die mündlich überlieferte Aussage verdanken, daß ein Privatrechtler auch ein totalitäres Regime unverstrickt überstehen könne. Im Vorwort der zweiten Auflage seines Lehrbuchs zum deutschen Familienrecht schrieb er: »Eine Neuauflage des Familienrechts unter der Herrschaft des Nazismus herauszubringen, widerstrebte mir, obwohl ich mehrfach dazu aufgefordert wurde. Ich hätte die Grundhaltung meines Buches aufgeben müssen. Nunmehr ist dieses Bedenken weggefallen. Die Neuauflage hat die inzwischen erlassenen Gesetze ... eingehend berücksichtigt und überall die Rechtsprechung, soweit sie verwertbar war, nachgetragen.«<sup>56</sup> Sehr vieles war allerdings nicht verwertbar und wurde unter Schonung der engeren Kollegen auch nicht weiter erwähnt. Zur Frauenfrage fügte der Autor trotz 22-jähriger Bedenkzeit nichts Neues hinzu, er sah immer noch in der vollen Gleichberechtigung aller ohne Unterschied des Geschlechts einen Sozialismus in der Form eines potenzierten Individualismus. Die Rolle der Frauen während des Zweiten Weltkrieges und in der Nachkriegszeit nötigte ihm keinen einzigen weiteren Satz seit der 1. Auflage von 1925 ab. Eine aufgesetzte christliche Begeisterung findet sich bei dem Autor jedoch ebenfalls nicht. Die Tilgung der 12 Jahre des Nationalsozialismus war bei ihm nahezu komplett, wenn man davon absieht, daß für die Schrifttumsnachweise und die Kommentare aus den Jahren 1933 bis 1945 ein Unverwertbarkeitsvorbehalt hinsichtlich erwaigen, dort zu findenden nationalsozialistischen Rechtsdenkens gemacht war. Den Vorrang des Mannes in allen Gemeinschaftsangelegenheiten und seine sonstigen Vorrechte sah Lehmann in keiner Weise als kritikbedürftig an. Die neuen Scheidungsgründe aus der Nazizeit, die die Alliierten nicht beseitigt hatten, kommentierte er lakonisch. Die Scheidung wegen schwerer ansteckender oder ekelerregender Krankheit nach § 46 EheG hielt er mit dem RG<sup>57</sup> schon beim künstlichen Darmausgang für berechtigt<sup>58</sup>. Unter Bezug auf das Reichsjugendwohlfahrtsgesetz beklagte er die fortschreitende Verdrängung der Familie durch die Volksgemeinschaft, die schon vor der nazistischen Herrschaft festzustellen gewesen, durch diese nur auf die Spitze getrieben worden sei<sup>59</sup>. Während ein Großteil der Zivilrechtslehrer entweder mit nationalsozialistischer Emphase die Lehrstühle besetzt und »entjudet« oder aber sich am martialischen Kommentierungsgeschäft reibungslos beteiligt hatte, konnte Heinrich Lehmann, lang vor 1933 schon Ordinarius und während der Nazijahre schweigsam, über diese wie eine Grippe oder einen zeitweiligen Verwirrungszustand hinweggehen. Im übrigen empfand er seine Auffassungen von 1925 allesamt bestätigt.

Das Gegenbeispiel kann hier Franz Maßfeller bieten, Ministerialrat im Bundesjustizministerium und verantwortlich für den Gesetzentwurf über die Gleichberechtigung von Mann und Frau. War er 1938 noch bei seinen Kommentierungen zum EheG und dessen Verbindungen mit dem Blutschutzgesetz und dem Erbgesundheitsgesetz von »unserer Weltanschauung« ausgegangen, so legte er den Entwurf des Gleichberechtigungsgesetzes 1953 ohne persönliche Stellungnahme vor, nachdem er insoweit das

<sup>56</sup> 2. Aufl., 1947.

<sup>57</sup> RGZ 165, 352.

<sup>58</sup> Lehmann, Familienrecht, 2. Aufl., § 26 II 2 a, S. 140.

<sup>59</sup> Lehmann (Fn. 58), S. 165.

Hemd gewechselt hatte. Wäre der Entwurf Gesetz geworden, so wäre das ehemännliche Entscheidungsrecht auch in ehelichen Angelegenheiten bestehen geblieben, freilich mit einem selbständigen Recht zur Wohnsitzbegründung und zur außerhäuslichen Berufstätigkeit der Frau. Der Entwurf, der auch das Eheschließungs- und das Scheidungsrecht umfassen sollte, kam dann unter der Ägide der Regierungskoalition der ersten Legislaturperiode nicht zum Tragen und wurde in der zweiten Legislaturperiode eher noch etwas entschärft, was den Abbau patriarchalischer Regelungspunkte angeht. Insgesamt haben wir es also bei Maßfeller um einen getreulichen, gesetzestechisch hochkompetenten Begleiter des nationalsozialistischen wie des Nachkriegsfamilienrechts zu tun, der in besonderem Maße die patriarchalische Kontinuität zu sichern in der Lage war.

In der akademischen Lehre waren die Familienrechtsspezialisten nicht die Protagonisten des nationalsozialistischen Umbruchs, zu denen etwa Larenz zu zählen war. Zum Belastungsmoment nach dem Zweiten Weltkrieg konnten hier insbesondere Arbeiten werden, die sich speziell mit dem Blutschutz beschäftigt hatten. Nachdem der führende Kommentator der Rasseschutzgesetze, Hans Globke, aber als Staatssekretär Adenauers verantwortungsfrei gestellt war, mußten die Familienrechtsautoren normalerweise nach der kurzen Entnazifizierungsphase nicht mehr mit Nachteilen rechnen. Als ihre Studenten in der ersten Hälfte der sechziger Jahre auf die eigentlich unzugänglichen »Giftschränke« mit Nazimonographien stießen oder in den juristischen Zeitschriften besonders engagierte rassegesetzliche Artikel fanden, wurden diese Lehrer krank und suchten den vorzeitigen Abgang. Keiner wurde mehr wie der Mitläufer Franz Maßfeller zum Motor des familienrechtlichen Geschehens. Hauptakteur eines restaurativen Familienrechts wurde der vom katholischen Naturrecht her kommende Friedrich-Wilhelm Bosch, der das Familienrecht in allen seinen Wandlungen zwischen 1950 und heute akribisch begleitet hat und dabei eine Meinungsvarianzbreite entfalten mußte, wie dies auf anderen Rechtsgebieten in den vergangenen fünfzig Jahren kaum möglich und geboten war. Ehe- und Scheidungsrecht standen in den sechziger Jahren mangels einer Gesetzesreform nun in besonderem Maße auf dem Prüfstand der Justiz, die, weitgehend orientiert an christlichen Ehevorstellungen und konfrontiert mit dem Kriegsschicksal von Ehen, eine letzte verzweifelte Anstrengung gegen die Ausbreitung von Scheidungen versuchte. Hier handelte es sich aber nicht um bloßen Traditionalismus, sondern um einen spezifischen Paroxysmus.

Will man zeigen, welche revolutionären Wandlungen die Familienrechtsbetrachtung in den letzten dreißig Jahren erfahren hat, lohnt es sich noch einmal, den Rechtszustand vor 1968 zu rekonstruieren. Die Reformen der langen fünfziger Jahre hatten eine Art Patriarchalismus mit Hausfrauenehe und Vermögensbildungsparität geschaffen. Die patriarchalische Bewertung des weiblichen und des kindlichen Verhaltens war aber noch weitgehend erhalten. Zur Konturierung der Ehe als Institution berief man sich auf das Denken des christlichen Abendlandes<sup>60</sup>. Nach diesem gab es einen Ordnungskern der Ehe, der die Zeiten überdauern werde und »für das allgemeine Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein unantastbar« sei<sup>61</sup>. Zur Ehe als Institution gehöre der Grundsatz ihrer Unauflöslichkeit, der eine strenge Handhabung des Scheidungsrechts erfordere<sup>62</sup>. Zwingend verkoppelt mit der Ehe war der Gedanke an die »Weckung neuen Lebens«<sup>63</sup>. Die Frauen mußten nicht nur gegebenenfalls unglückliche Ehen um der Kinder willen oder auch ohne Kinder aus Institutionswah-

60 BVerwGE 9, 356.

61 BVerfGE 6, 72; 10, 66.

62 Bosch FamRZ 1966, 63; Mikat FamRZ 1963, 72.

63 Hoffmann-Stephan, EheG, 2. Aufl., 1968, Einleitung Rdn. 17.

rungsgründen weiterführen, ihnen wurden auch bis ins letzte Detail die entsprechenden Pflichten vorgegeben. Berühmt ist das Zitat eines 1967 publizierten BGH-Urteils zum ehelichen Verkehr<sup>64</sup>:

»Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, daß sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen läßt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen, zu denen die Unwissenheit der Eheleute gehören kann, versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe doch von ihr eine Gewährung ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit zur Schau zu tragen. Denn erfahrungsgemäß vermag sich der Partner, der im ehelichen Verkehr seine natürliche und legitime Befriedigung sucht, auf die Dauer kaum jemals mit der bloßen Triebstillung zu begnügen, ohne davon berührt zu werden, was der andere dabei empfindet.«

Das Zitat wäre es wert, eine hermeneutische Studie darüber vorzulegen, wie sich die patriarchalische Empathie auf eine emotionale Aura der Triebstillung für den Mann konzentriert, während die Frau ihre Emotionalität in der Synthese eines dauerhaften Opfers mit einer möglichst authentisch gespielten Glückslüge entfalten soll. Eine solche Pflicht der Frau zur Orgasmus-Simulation hatten selbst preußische und nationalsozialistische Richter niemals begründet, sei es auch deswegen, weil ihnen die emotionsfreie Triebstillung noch ganz und gar genügte.

Andererseits durfte die Frau, die sich in den traditionellen weiblichen Pflichtenkanon fügte, der Scheidung entgegentreten, auch wenn die Ehe über Jahrzehnte hinweg zu einer empty shell geworden war. Insofern gilt es die Geschichte des § 48 Abs. 2 EheG noch einmal nachzuzeichnen<sup>65</sup>. Vorläufer dieser Bestimmung war § 55 Abs. 1 EheG 1938 gewesen. Dessen Abs. 1 gewährte die Scheidung ohne Verschulden bei unheilbarer objektiver Ehezerüttung nach dreijähriger Trennung. In § 55 Abs. 2 EheG hieß es: »Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so kann der andere der Scheidung widersprechen. Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens der Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist.« Der verlassene Ehegatte hatte damit eine Abwehrbefugnis gegen das Scheidungsbegehren. Je höhere Anforderungen man an die Schuldlosigkeit stellte, desto schneller kam man zur Ausübung des Widerspruchsrechts. Zu § 55 Abs. 2 EheG 1938 war die Rechtsprechung des RG einigermaßen scheidungsfreundlich gewesen, wenn auch mit bevölkerungspolitischen Akzenten. So las man, die Volksgemeinschaft habe kein Interesse an der Erhaltung einer zerbrochenen Ehe; vielmehr könne gerade die Scheidung für die Betroffenen den Weg zu einer wertvollen Verbindung freimachen<sup>66</sup>. Waren die Eheleute jung, schied das RG eher, standen sie bereits im fortgeschrittenen Alter, versagte es eher die Scheidung, so in einem Fall, bei dem der Ehemann bereits 55 Jahre alt war, die neue Verbindung mit einer vielleicht zwanzig Jahre jüngeren Frau aber vom bevölkerungspolitischen Standpunkt unerwünscht sei<sup>67</sup>. Nachdem der Alliierte Kontrollrat § 55 EheG 1938 als § 48 EheG 1946 übernommen hatte, baute der BGH in den fünfziger Jahren das Widerspruchsrecht des schuldlosen Ehegatten mit religiösen Bezügen aus, auf die etwa Wüstenberg als Mitglied des für die Scheidungen zuständigen 4. Zivilsenats ausdrücklich hinwies<sup>68</sup>. In der Hauptentscheidung der 50er Jahre<sup>69</sup> ging es um einen Ehemann, der bereits zwanzig Jahre lang ein »ehetreuerliches« Verhältnis zu einer anderen Frau unter-

64 BGH NJW 1967, 1078.

65 Siehe dazu vor allem Finger, Familienrecht, 1979, S. 11 ff.

66 So RGZ 160, 144 nach 8-jähriger Trennung der Ehepartner, aus deren Ehe ein inzwischen 17-jähriger Sohn hervorgegangen war.

67 RGZ 164, 155.

68 RGRK-Wüstenberg, 10./11. Aufl., § 48 EheG 1946 Anm. 116.

69 BGH LM Nr. 26 zu § 48 II EheG 1946.

halten hatte und der an seiner zerrütteten Ehe festgehalten wurde. Wörtlich hieß es in der Entscheidung:

»Die Aufrechterhaltung der Ehe, zu der sich die Ehegatten miteinander verbunden haben und deren Verwirklichung sich auch in ihrem ehelichen Zusammenleben als möglich erwiesen hat, ist deshalb sittlich gerechtfertigt, solange ein Ehegatte in echter innerer Bindung an diesen Sinn der Ehe und in der Bereitschaft, ihn zu verwirklichen, die Scheidung ablehnt.«

Mit dem Familienrechtsänderungsgesetz von 1961 wurde § 48 Abs. 2 EheG in dieser Richtung geändert. Er lautete nunmehr: »Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so darf die Ehe gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nicht geschieden werden, es sei denn, daß dem widersprechenden Ehegatten die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlt, die Ehe fortzusetzen.« Der Widerspruch wegen des wohlverstandenen Interesses von Kindern war zusätzlich in § 48 Abs. 3 EheG geregelt. § 48 Abs. 2 aber stellte nicht mehr einfach auf das Sittengesetz, sondern auf den Bindungswillen des widersprechenden Ehegatten ab, wie dies die Rechtsprechung schon zuvor praktiziert hatte. Schon die Tatbestände in der Rechtsprechung vor 1961 waren entsprechend formuliert.

Im ersten herauszuhebenden Fall<sup>70</sup> war die beklagte Ehefrau mit einem gemeinsamen Kind in russische Gefangenschaft geraten. Das Kind starb dort an Unterernährung, die Frau wurde verstümmelt und war körperlich gezeichnet. Über die Jahre der Trennung hinweg »klammerte sie sich an ihre Vorstellung von ehelichem Glück«, formulierte der BGH im Urteilstatbestand. Die Gewißheit, einem Menschen fest verbunden zu sein und Verbundenheit von ihm zu erfahren, gaben ihr Halt und Trost in ihrer schweren Zeit. Bei der Rückkehr mußte sie jedoch feststellen, daß sich ihr Mann von ihr gelöst hatte und sich nicht »in der erforderlichen Weise darum bemühte, sie äußerlich und innerlich wieder zu Kräften zu bringen und die Voraussetzungen für die Aufnahme der ehelichen Lebensgemeinschaft zu schaffen.« Auf schicksalhafte Entwicklungen durfte sich der Mann nicht berufen, sein Scheidungsbegehren war trotz einer Trennung von mehr als einem Jahrzehnt erfolglos.

Die nächste Zuspitzung ergab sich durch ein Urteil von 1960<sup>71</sup>. Hier hatten die Eheleute 1940 geheiratet. Neun Monate später war der Ehemann Soldat in der deutschen Wehrmacht geworden. Anfang 1945 geriet er in russische Gefangenschaft, aus der er im September 1945 heimkehrte. Seit 1951 war er im Ruhrgebiet als Bergmann tätig. Die Zwischenzeit verbrachte er bei den Eltern eines Kriegskameraden in Mittelfranken, danach bei seiner in Westfalen ansässigen Mutter. Seit 1946 stand er mit seiner Frau in Briefkontakt, die er letztmals 1944 bei einem Heimataufenthalt gesehen hatte. Sie war mit der gemeinsamen Tochter in Polen geblieben. Beide Ehegatten bemühten sich zunächst nachdrücklich um die Aufrechterhaltung ihrer Ehe. Wegen der politischen Verhältnisse konnten sie dieses Ziel jedoch nicht erreichen. 1948 schlug der Mann, der – nach dem Tatbestand des BGH – »infolge der vergeblichen Versuche an der Möglichkeit, die Gemeinschaft mit der Beklagten wieder herzustellen, verzweifelte«, die Scheidung der Ehe vor, was sie jedoch ablehnte. 1953 lernte er eine Frau kennen, mit der er zusammenlebte. Im selben Jahr hielt sich die Ehefrau bei Verwandten in Westfalen auf, besuchte dabei ihren Mann und bat – nunmehr vergeblich – um einen neuen Beginn. Der Scheidungsantrag des Mannes wurde 1960 rechtskräftig zurückgewiesen.

Noch weiter ging der BGH im sogenannten Polenfall<sup>72</sup>. Hier hatten die Eheleute

70 BGH LM Nr. 23 zu § 48 II EheG 1946.

71 BGH LM Nr. 39 zu § 48 Abs. 2 EheG 1946.

72 BGH LM Nr. 44 zu § 48 II EheG 1946.



nimals einen gemeinsamen Haushalt geführt. Der Ehemann war aus dem Krieg mit einer schweren Kriegsverletzung heimgekommen, die ständiger Pflege bedurfte. Entsprechende Sorge fand er bei einer anderen Frau, was aber im Tatbestand des BGH nicht weiter vertieft wurde. Auch seine Scheidungsklage war erfolglos.

Nach der Novellierung des § 48 Abs. 2 EheG im Jahr 1961 brauchte also die bisherige Rechtsprechung in keiner Weise revidiert zu werden. Nur stieß der BGH ganz langsam in den Bereich monströser Trennungszeiten vor. Der Höhepunkt dieser Rechtsprechung war das Urteil vom 2. November 1966<sup>73</sup>. Hier ging es um die Scheidung zweier jüdischer Ehegatten, die 1920 vor dem Standesbeamten in Berlin die Ehe geschlossen hatten. Aus der Ehe waren zwei Töchter hervorgegangen. Auf Veranlassung der Ehefrau war im Jahre 1936 eine religiöse Scheidung durch ein Rabbinatskollegium durchgeführt worden. Seit 1936 hatten die Ehegatten nicht mehr zusammengelebt. Sie waren unabhängig voneinander ins Exil gegangen. Der Ehemann hatte mit einer anderen Frau zusammengelebt, und zwar auch nach seiner Rückkehr aus dem Exil bis zum Jahre 1958. 18 Jahre lang hatte er Unterhalt bezahlt. Im Jahre 1966 beehrte er nunmehr Scheidung. Der BGH verlangte eine genaue Würdigung des Verschuldens der Parteien vor und nach der Rabbinatsscheidung. Ein zutreffendes Bild lasse sich nur gewinnen, wenn das gesamte frühere Verhalten umfassend geprüft und gewürdigt werde. Wörtlich hieß es in dem Urteil des BGH:

»Es läßt sich gewiß nicht sagen, daß nach jahrzehntelanger Trennung eine Bindung des beklagten Ehegatten an die Ehe nicht mehr bestehen könne. Es ist nicht unmöglich, daß ein verlassener Ehegatte auch über Jahrzehnte bis an das Ende seines Lebens die innere Kraft aufbringt, das Bewußtsein der Gebundenheit an den Ehepartner und seiner ehelichen Verantwortung für ihn in sich lebendig zu erhalten, oder daß er die Bindung zurückgewinnt. Nicht ausgeschlossen wäre es, wenn die Beklagte, wie sie im Zusammenhang mit ihrer Parteivernehmung vorgebracht hat, hofft, daß der älter gewordene Kläger zu ihr zurückfindet, und daß sie bereit ist, gemeinsam mit ihm wieder eine rechte Ehe zu führen.«

Das Urteil zeigt, daß in der Geschichte der Bundesrepublik der Versuch zur Stabilisierung der Ehe auch über die dramatischsten Schicksale Betroffener hinweg bis zur äußersten Grenze unternommen worden ist. Erst vor 30 Jahren ist diese Rechtsprechung schließlich zusammengebrochen.<sup>74</sup> Damit war der Versuch gescheitert, noch einmal gegenüber der sich wandelnden gesellschaftlichen Realität eine an der katholischen Familienlehre orientierte Wertordnung durchzusetzen.

#### IV. Die Neuordnung der siebziger Jahre

Der Einbruch war tief. Er begann – was die rechtlichen Veränderungen angeht – mit der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters<sup>75</sup>, die durch frühere Integration der Jugendlichen in das rechtliche und soziale Leben und ihre geringere Integration in ihre Familien erforderlich wurde. Er setzte sich fort mit der Liberalisierung des Sexuallebens, von der Streichung des Ehebruchsparagraphen bis zur Beseitigung der Strafbarkeit der Pornographie und der Homosexualität unter erwachsenen Männern<sup>76</sup>. Der erste große Akt in der Familiengesetzgebung, während der Großen Koalition

<sup>73</sup> BGH NJW 1967, 443.

<sup>74</sup> BGH LM Nr. 101 zu § 48 II EheG 1946/1961.

<sup>75</sup> Siehe das Gesetz vom 31. 7. 1974 (BGBl. I, S. 1713) mit der Neufassung des § 2 BGB.

<sup>76</sup> Der Grundgedanke der Reform des Sexualstrafrechts in den 70er Jahren, insbesondere des 4. StRÄndG vom 23. 11. 1973 (BGBl. I, S. 1725), ging dahin, daß ein Verhalten nicht schon »um seiner Unmoral willen« Strafe verdiene (vgl. Hanack NJW 1974, 1).

vollzogen, war das Nichtehechengesetz<sup>77</sup>. Es erkannte erstmals die Verwandtschaft zwischen den umbenannten unehelichen, jetzt also nichtehelichen Kindern und ihren Vätern an und realisierte eine weitgehende Gleichstellung der ehelichen mit den nichtehelichen Kindern, wie dies in Art. 6 Abs. 5 GG gefordert war. Die Gesetzgebung war freilich nicht konsequent. Dem nichtehelichen Kind wurde Unterhalt in der speziellen Form des Regelunterhalts zugesprochen<sup>78</sup>, die man jedoch sogar als einen Versuch zur Kompensation der schwierigeren sozialen Situation nichtehelicher Kinder ansehen konnte. Eher diskriminatorisch war die erbrechtliche Regelung, die dem nichtehelichen Kind neben der Ehefrau und den ehelichen Abkömmlingen nur einen Erbersatzanspruch, eine mindere Beteiligung am Erbe, zuwies<sup>79</sup>. Zudem war der Betreuungsunterhalt für die Mutter des nichtehelichen Kindes äußerst schmal<sup>80</sup>. Längerfristig war die Vorbereitung auf die große Ehe- und Scheidungsreform, die dann im 1. EheRG während der sozialliberalen Ära zustande kam<sup>81</sup>. Gedanklich lag den Beratungen im Ausgangspunkt die Vorstellung zugrunde, daß eine wirkliche Gleichstellung der Frau ihre Integration im Berufsleben voraussetzt, daß auch nach dem Scheitern einer Ehe die Heranführung an die berufliche Selbstständigkeit grundsätzlich erforderlich ist, daß die Abhängigkeit vom ehelichen Unterhalt für die meisten Frauen eine trügerische Sicherheit darstellt und daß der wirtschaftliche Aufschwung auch eine verbesserte Stellung der Frau im Erwerbsleben erleichtern werde. Das Gesetz beseitigte dann auch das Leitbild der Hausfrauenehe, bot im allgemeinen Eherecht – etwa bei der Namensgebung – Ansätze zu mehr Parität zwischen Mann und Frau, verteilte die Rentenanwartschaften hälftig, insoweit eine Gleichstellung von Haus- und Erwerbsarbeit realisierend, und schuf ein neues Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht. Die langfristig stetig steigenden Scheidungsziffern der Industriegesellschaften wurden bei der Scheidungsreform nunmehr als ein rechtlich nicht mehr konterkarierbares Faktum hingenommen. Der Versuch eines Teils der Rechtsprechung und Literatur, das Verschuldensprinzip wenigstens im Unterhaltsrecht beizubehalten und den »aus einer durchschnittlich verlaufenen Ehe ausgebrochenen« Frauen den Unterhalt wegen Verwirkung nach § 1579 BGB zu verweigern, blieb in Ansätzen stecken<sup>82</sup>. Der Staat übernahm hier insofern mehr Verantwortung, als er eine Gesamtentscheidung über die Scheidung und die Scheidungsfolgen herbeiführte, durch den sogenannten Scheidungsverbund<sup>83</sup>, und eine spezielle Familiengerichtsbarkeit mit besseren Kompetenzen auch in sozialer Hinsicht schuf. Darauf bauen die Reformen seither auf, insbesondere die Reform des Rechts der elterlichen Sorge für Kinder seit 1980<sup>84</sup> und auch die zum 1. 7. 1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreform<sup>85</sup>, die weitgehend vom Bundesverfassungsgericht angestoßen wurde. Betreuungsrecht<sup>86</sup> und Pflegeversicherung haben die Rechtsstellung der Alten verbessert, deren familiärer Zusammenhang keinen ausreichenden Halt mehr bietet.

77 BGBl. 1969 I, 1243.

78 Nach den §§ 1615 a ff. BGB a.F.

79 Nach den §§ 1934 a ff. BGB.

80 Siehe die enge zeitliche Begrenzung auf äußerstenfalls ein Jahr in § 1615 I BGB nach der bis 1995 geltenden Fassung, geändert durch Art. 6 des Schwangeren- und FamHilfeÄndG vom 21. 8. 1995 (BGBl. I, S. 1050), während die jetzige Fassung seit dem 1. 7. 1998 gilt (Art. 1 Nr. 13 KindUG vom 6. 4. 1998, BGBl. I, S. 666) und unter Härteumständen mehr als drei Jahre lang Unterhalt für die Mutter oder den betreuenden Vater gewährt.

81 BGBl. 1976 I, 1421.

82 Siehe dazu Derleder KJ 1982, 20.

83 Siehe dazu §§ 623 ff. ZPO a.F.

84 Gesetz vom 18. 7. 1979 (BGBl. I, S. 1061).

85 Sie umfaßte ein ganzes Bündel von Gesetzen, vor allem aber das Kindschaftsrechtsreformgesetz vom 16. 12. 1997 (BGBl. I, S. 2924), regelte aber auch Eheschließung, Kindesunterhalt und Beistandschaft neu.

86 Siehe das am 1. 1. 1992 in Kraft getretene Betreuungsgesetz vom 25. 4. 1990 (BGBl. I, S. 2002).

Das neue Familienrecht enthält eine weitere Relativierung des Rechtsinstituts der Ehe, das seine Bedeutung umso mehr verliert, als auch ohne sie ehgleiche Wirkungen – vom gemeinsamen Sorgerecht bis zum Vollerbrecht der Kinder nicht verheirateter Ehegatten – erreicht werden können. Nicht die durch die Ehe begründete Familie wird durch Art. 6 Abs. 1 GG in seiner heutigen Interpretation geschützt, sondern jede Art von Familienform außer den gleichgeschlechtlichen Verbindungen<sup>87</sup>. Aber auch die Familie wird als Rechtsinstitut umso stärker relativiert, je dominierender die Privatautonomie der familialen Individuen wird, auch die der Partner, die sich trennen wollen, und der Kinder, die sich (immer früher) ablösen wollen. Die Emphase für den Kinderschutz verdeckt, daß die Privatautonomie im Zweifel vorgeht, so insbesondere, wenn der Staat sich in Zukunft nicht mehr obligatorisch im Familienprozeß um die Kinder kümmert<sup>88</sup>.

### V. *Schlußfolgerungen und Ausblick*

Die Darlegung der Familienrechtsentwicklung des letzten halben Jahrhunderts macht nicht nur einen revolutionären Wandel in diesem Kernbereich des sozialen Lebens evident. Verständlich wird auch, was an den Reformen unvollendet geblieben ist und welche neuen Aufgaben zur Debatte stehen. Alle bisherigen Reformen standen im Zeichen des Zerfalls des Patriarchalismus, der über die Kernfamilie hinausgehenden familiären Verbindungen und auch der immer weitergehenden Auflösung der Kernfamilie selbst. Die Restbestände des Patriarchats in der Rechtsordnung festzustellen, bedarf es heute einer Filigrananalyse, die etwa bei den Unterhaltstatbeständen immer noch eine Orientierung vieler Richter an der Hausfrauenehe ergibt. Der neue Betreuungsunterhalt nach § 1615 I BGB für die Mutter des nichtehelichen Kindes wird insoweit gleichfalls ein wichtiger Beobachtungspunkt sein<sup>89</sup>. Es gibt aber auch umgekehrte Diskriminierungen, so für Väter, denen die Gerichte im Sorgerechtskonflikt immer noch wenig Betreuungscompetenz zubilligen. Nach wie vor gibt es Unterhaltspflichten auch über den Kreis der Kernfamilienangehörigen hinaus. Aber diese werden sich nicht gegen die gesellschaftliche Realität behaupten können. Die sozialstaatlichen Behörden wissen genau, wie prekär die Abwälzung der Heimlasten für einen alten Menschen auf die nachfolgende Generation ist. Aber auch bei Kernfamilien werden die Risse spürbar. Die Eltern haben immer längere Ausbildungszeiten zu alimentieren und müssen immer frühere Ablösungsprozesse, auch mit der kulturellen Entfremdung ihrer Kinder, aushalten, bis zu dem drastischen Symbol der Hilflosigkeit, daß eine Dankesbekundung per Postkarte vor Gericht zur Voraussetzung der Unterhaltszahlung gemacht werden soll<sup>90</sup>. Die Apotheose des Kindeswohls im Familienrecht<sup>91</sup> zeigt, wie konfliktreich und gefährdet das Leben von Kindern in Deutschland geworden ist, die von ihren Eltern nicht mehr auf das Bestehen in Beruf und Familie der Zukunft hinreichend vorbereitet werden können. Aber das ist nur die eine Seite der familiären Entwicklung. Sie ist in der Sprache der

87 Insofern gibt es aber Gesetzgebungsiniciativen in mehreren europäischen Ländern zur Verbesserung der Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare, wobei insbesondere Frankreich mit dem Institut der *pacs* eine protagonistische Rolle spielt.

88 Aufgrund der Neufassung des § 623 ZPO, die die elterliche Sorge aus dem obligatorischen Verbund von Scheidung und Scheidungsfolgen herausgenommen hat.

89 Siehe dazu Puls FamRZ 1998, 865 und Derleder DEuFamR 1999, 84.

90 Siehe zur Verwirkungsschwelle des § 1611 BGB insb. Meder FuR 1995, 23.

91 Besonders pointiert wurde sie in den Diskussionen um den Anwalt des Kindes, der allerdings in der Kindschaftsrechtsreform nur in beschränktem Umfang institutionalisiert wurde.

Verfallslogik formuliert und blendet die kreative Seite aus. Die Frauenbewegung hat immer stärkere Kraft entfaltet. Die Ungleichbehandlung der Mädchen und Frauen in der Ausbildung ist praktisch heute weitgehend beseitigt, wenn man die Examensergebnisse zum Indikator nimmt. Die Ungleichbehandlung im Arbeitsleben ist zwar immer noch drastisch, wird aber mit und ohne Quote wirksam attackiert. Die paritätische, komplementäre Aufgabenteilung macht Fortschritte, wenn man etwa die soziale Kompetenz junger Männer im Abstand je eines Jahrzehnts vergleicht, obwohl trotz aller Modellvorstellungen in den (jüngeren) Paarhaushalten die Frauen immer noch den Löwenanteil der Haushaltsaufgaben erledigen. Die Verringerung des Arbeitspotentials in den Industriegesellschaften aufgrund der elektronischen Revolution gibt aber dafür mit ihren kürzeren Arbeitszeiten eine bessere Chance zur Parität auch bei der Hausarbeit, wobei aber die Flexibilisierung der Arbeitszeiten die gemeinsame Privatlebenszeit sogar zu verkürzen geeignet ist.

In der Paarbeziehung zeigt die allgemeine Erwartung inneren Verständnisses und seelischer Zuwendung ein viel höheres Anspruchsniveau, als wir es aus den historischen Formen der Bauern- und Bürgerfamilie kennen, aber auch noch aus den Jahrzehnten bis 1968. In der nichtehelichen Lebensgemeinschaft beiderseits beruflich selbständiger Partner, die keinen institutionellen Zusammenhalt suchen und die im Wissen um die Fragilität und Löslichkeit ihrer Beziehung zusammenbleiben, nicht nur für die Ausbildungsphase oder wegen der Rente, kulminiert diese Veränderung. In der Respektierung verdichteter sozialer Verbindungen auch außerhalb der leiblichen Verwandtschaft, z.B. in Adoptiv- und Pflegefamilien, aber auch bei gleichgeschlechtlichen Paaren, setzen sich ansatzweise neue Solidarformen durch, die dem Zug zur Isolierung des Einzelnen, zur extremen Individualisierung und zum Atomismus der konsumierenden Subjekte entgegengesetzt sind.

Dem Staat wird am Ende nichts anderes übrig bleiben, als Familiarität neu zu definieren und sie überall dort zu schützen, wo er sie vorfindet. Hier sind jeweils Entwicklungen fortzuschreiben, die sich auch in der Vergangenheit für den Gesetzgeber als unausweichlich dargestellt haben. Ohne vergleichbare Traditionslinie ist jedoch ein neuer Faktor des Familienrechts, der mit den neuen Technologien der menschlichen Fortpflanzung verbunden ist. Homologe und heterologe Insemination, In-vitro-Fertilisation, Ei- und Embryotransfer, Leihmutterchaft und gar künftig gentechnische Manipulationen sind die Stichworte eines Eingriffs in die ohnehin prekäre Familienordnung. An ihrem Anfang steht der bescheidene Wunsch unfruchtbarer Eltern oder Elternteile, die ein Kind aufziehen und lieben wollen. Im Hinblick auf Umweltbelastungen und psychischen Stress ist eine solche Unfruchtbarkeit heute auch kein absoluter Ausnahmefall. Der Gesetzgeber nähert sich dem Problem mit Vorschriften für Ärzte und Kliniken, während die familienrechtlichen Konsequenzen im neuen Abstammungsrecht nicht explizit geregelt sind. Eine tiefgreifende Erschütterung der gesamten familiären Beziehungen könnte am Ende dieser Entwicklung stehen, wenn Konflikte zwischen biologischen und sozialen Eltern verschiedener Provenienz zur Debatte stehen sollten. Mag sein, daß sich dann auch ein neuer Biologismus herausbildet, wie er teilweise heute schon in Ansätzen erkennbar ist, so wenn das Bundesverfassungsgericht ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung ohne Rücksicht auf die gelebten Familienzusammenhänge gewährt hat<sup>92</sup>.

Was also lernen aus der Geschichte des Familienrechts in diesem Jahrhundert? Die Erkenntnis, wie langwierig es war, das Patriarchat aufgrund der Analysen des 19. Jahrhunderts in Schutt und Asche zu legen, bietet noch keine produktiven Ansätze. Die Unausweichlichkeit des eingeschlagenen Weges wird vor allem an der ungeheuren

92 Ganz überraschend eingeführt durch BVerfG NJW 1989, 891.

Energie deutlich, mit der die christliche Verbrämung des Patriarchats verteidigt wurde. Daß der jetzige Rechtszustand, weitgehend auch geschaffen von einem christdemokratisch dominierten Gesetzgeber, eigentlich eine Ausgeburt des Sozialismus und des Individualismus ist, wenn man die Sichtweise von 1900, aber auch der langen 50er Jahre zugrunde legt, wird diejenigen nicht trösten, die in den ersten zwei Dritteln des Jahrhunderts im Namen des Familienrechts die bittersten Niederlagen und Katastrophen hinzunehmen hatten. Erwiesen scheint, daß der Kapitalismus, die Industriegesellschaft und das Computerzeitalter den Patriarchalismus nicht brauchen, ja womöglich, daß damit ein teilweise widerständiges Sozialsystem aufgelöst ist. Das für eine Gesellschaft notwendige Minimum familiären Zusammenhalts ist aber gleichfalls bedroht. Insofern können Arbeitslosigkeit und Familienlosigkeit auch eine Selbstaufhebungstendenz der kapitalistischen Wirtschaftsordnung bedeuten. Die – gemessen an früheren Jahrzehnten – verhältnismäßig hohen Aufwendungen des Staates für Familien mit Kindern reichen nicht aus, um den mit Kindern verbundenen Einkommens- und Konsumverzicht aufzuwiegen. Die noch festeren familiären Zusammenhänge der eingewanderten Bevölkerungsteile sind deswegen eine ganz entscheidende demographische Hoffnung. Aber auch bei ihnen zeichnet sich die Überforderung der Familie ab, im kulturellen Gegensatz der ersten und der folgenden Einwanderergenerationen sogar mit besonderer Heftigkeit. Wenn wir heute bei der Entscheidung von Familienkonflikten in den ausländischen Minderheiten dann immer wieder patriarchalischen Rechtsnormen ihres jeweiligen Heimatrechts begegnen, die bei uns selbst vor einiger Zeit noch Bestand hatten, sollte sich deswegen jede Überlegenheitsgeste verbieten. Es bedeutet auch keine letzte Reverenz an das Patriarchat, wenn man den Einwandererfamilien hier nicht in der Stunde des Familiengerichtes die Akzeptanz für sämtliche Normen abverlangt, für deren Bildung zwischen Rhein und Oder ein Jahrhundert benötigt wurde.