

S A M M L U N G P O L I T E I A

Veröffentlichungen des Internationalen Instituts für Sozialwissenschaft und Politik

Universität Freiburg/Schweiz

Herausgegeben von Prof. Dr. A. F. Utz

Bd. XI

ALBERT ZIEGLER

Das natürliche Entscheidungsrecht
des Mannes
in Ehe und Familie

Ein Beitrag zur Frage der Gleichberechtigung
von Mann und Frau

1958

F. H. KERLE VERLAG · HEIDELBERG - VERLAG E. NAUWELAERTS · LÖWEN

PARENTIBUS DEFUNCTIS

VORWORT

Fragestellung, Zweck und Bauplan dieser Arbeit, sowie ihr Sinn im Zeitpunkt ihres Erscheinens gehen aus Überschrift und Einleitung genügend hervor. So darf sich das Vorwort auf ein Wort der Bitte und des Dankes beschränken.

Die *Bitte* geht an den Leser, dem ein erhebliches Maß an Aufmerksamkeit zugemutet wird. So muß sie die Bitte sein, die Anstrengung des Mitvollzuges auf sich zu nehmen, bei den abstrakten Erörterungen des ersten Teiles wenigstens weiterzublättern, bis im zweiten die Fragen praktischer werden, und allenfalls durch das Gespräch der Kritik zu helfen, das hier Versuchte besser, vielleicht richtiger, jedenfalls verständlicher zu sagen.

Der *Dank* gilt jenen, die geholfen haben, das Gesagte wenigstens so vorzulegen. Vor allem stehe ich in der Schuld dreier meiner Lehrmeister. Professor *W. Brugger* (Pullach-München) versuchte mit Sorge und Sorgfalt, mich in das philosophische Denken einzuführen. Professor *H. Hirschmann* (Frankfurt a. M.) gab das Thema und in Vorlesungen, Seminar und Gespräch entscheidende Grundgedanken. Professor *A. F. Utz* (Freiburg/Schweiz) leitete die Arbeit mit kundigem Rat, anregender Kritik, vor allem mit nie müde gewordener Geduld. Schließlich gewährte er ihr Gastrecht in der Sammlung „*Politeia*“. Besonderen Dank schulde ich Professor *W. F. Bosch* (Bonn). Er hat nicht nur als Schriftleiter der Zeitschrift „*Ehe und Familie*“ ein umfassendes Material gesammelt und durch seine eigenen Werke und Hinweise für diese Arbeit bereitgestellt. Er hat sich auch persönlich der Arbeit angenommen und sie mit seinem überlegenen juristischen Wissen in nicht wenigen Einzelfragen verbessern helfen.

Von Herzen danke ich auch meinen Freunden, die mir schwer zugängliche Schriften beschafft, die Reinschrift geschrieben und mich in meiner Berufspflicht entlastet haben. Nicht weniger herzlich geht der Dank an ihre Mütter, Gattinnen und Schwestern. Sie haben mich auf manches aufmerksam gemacht und — fraulich klug — einen oft sehr lebhaften Anschauungsunterricht erteilt. Ich kann nur hoffen, ihrem und meiner Freunde Anliegen einigermaßen gerecht geworden zu sein.

Die undankbare Arbeit, Manuskript und Druckbogen auf Unebenheiten durchzusehen, haben *Gräfin Brigitte von Galen*, Assistentin am Internationalen Institut für Sozialwissenschaft und Politik, und *Dr. Peter Henrici* auf sich genommen. Sie haben den Leser vor unnötigem Kopferbrechen, den Verfasser aber vor mancher Blöße bewahrt. Beiden danke ich aufrichtig.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet. Beide sind tot. So konnte ich sie nicht fragen, ob sie einverstanden seien mit dem, was ich darin für richtig halte. Während des Überdenkens jedoch schien es mir oft, sie hätten uns Kindern unbewußt, aber umso überzeugender vorgelebt, worum es hier geht. Darum schuldet auch diese Arbeit den Eltern den größten Dank.

Freiburg/Schweiz, Neujahr 1958

Albert Ziegler

INHALTSVERZEICHNIS

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungen	XXV
Einleitung	1

ERSTER TEIL

VORAUSSETZUNGEN UND GRUNDLAGEN DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

ERSTER ABSCHNITT: Der naturrechtliche Ansatz der deutschen Familienrechtsreform	11
Erstes Kapitel: Die Notwendigkeit der deutschen Familienrechtsreform . .	12
§ 1 Die rechtliche Notwendigkeit	12
§ 2 Die geschichtliche Notwendigkeit	14
Ergebnis	17
Zweites Kapitel: Die Problematik der deutschen Familienrechtsreform . .	18
Ergebnis	20
§ 1 Die Frage nach der Gleichberechtigung	21
A. Der allgemeine Gleichheitssatz	22
I. Zur geschichtlichen Problematik des Gleichheitssatzes	23
1. Die Zweideutigkeit des Gleichheitssatzes	23
a) Rechtsgleichheit als Privilegierungsverbot	24
b) Rechtsgleichheit als Willkürverbot	24
2. Die Eindeutigkeit des Gleichheitssatzes	25
a) Zum Begriff der Willkür im Gleichheitssatz	25
aa) Willkür und der Begriff des Rechtsverhältnisses	27
bb) Die Rechtstitel der Gleich- und Ungleichbehandlung .	28
Ergebnis (zu a)	31

b) Zum Wechselverhältnis der beiden Gleichheitsdeutungen	32
aa) Die rechtsphilosophische Willkürtheorie	32
bb) Die staatsrechtliche Privilegierungstheorie	33
Die persönliche Gleichheit	33
Die sachliche Gleichheit	37
Das Verhältnis zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit	38
Ergebnis (zu b)	40
II. Zur inhaltlichen Problematik des Gleichheitssatzes	41
1. Die philosophische Frage der Gleichheit	44
Ergebnis	47
2. Die rechtsphilosophische Frage der Gleichheit	47
a) Die Aporie des Gleichheitssatzes	49
Ergebnis	49
b) Der Lösungsversuch der Gleichheitsaporie im Rechtsformalismus	50
aa) Der Lösungsversuch durch einen Begriff der formalen Gerechtigkeit	50
Das Gerechtigkeitsbewußtsein	51
Der Gerechtigkeitsbegriff im Gleichheitssatz	52
Zur Kritik des Lösungsversuches durch einen Begriff formaler Gerechtigkeit	53
Ergebnis (zu aa)	54
bb) Der Lösungsversuch des subjektiven Standortes	54
Zur Kritik des subjektivistischen Lösungsversuches	55
Kritik seiner Behauptungen	55
Kritik seiner Voraussetzungen	56
Ergebnis (zu bb)	58
c) Die Lösung der Naturrechtslehre	59
Ergebnis (zu A)	59
B. Der Begriff der Gleichberechtigung von Mann und Frau	60
I. Zur Deutungsproblematik des Gleichberechtigungsbegriffes	60
1. Der rechtsphilosophische Standort der Gleichberechtigungsbegriffen	61
a) Mann und Frau vor der Rechtsinstanz	61
b) Mann und Frau als Rechtssubjekte	62
c) Mann und Frau als Rechtsobjekt	62
Ergebnis (zu 1)	65
2. Gemeinsames und Unterscheidendes der Gleichberechtigungsbegriffen	66
Ergebnis	67

3. Deutung der Gleichberechtigungsdeutungen	67
a) Quantitative und qualitative Gleichheit	68
b) Mann und Frau in quantitativer und qualitativer Sicht . . .	69
c) Gleichberechtigung in quantitativer und qualitativer Sicht .	70
Ergebnis (zu 3)	71
4. Beurteilung der Gleichberechtigungsdeutungen	71
a) Organische und formale Gleichberechtigung sind mit dem Bonner Grundgesetz vereinbar	71
b) Organische Gleichberechtigung ist rechtsphilosophisch höhe- rer Ordnung	73
c) Der Streit um die Gleichberechtigung ist ein Streit um den Gleichberechtigungssachverhalt	76
Ergebnis (zu 4)	79
II. Zur Voraussetzungsproblematik des Gleichberechtigungsbegriffes	80
Ergebnis	81
Ergebnis (zu § 1)	82
§ 2 Die Frage nach Mann und Frau	83
A. Die Naturrechtslehre der Scholastik und der Aufklärung	83
B. Scholastische Naturrechtslehre und positivistische Rechtsauffassung	84
Ergebnis (zu § 2)	86
§ 3 Die Frage nach Ehe und Familie	87
A. Der staatsrechtliche Ehebegriff	89
Ehe als vorgegebene Institution	89
Ehe als vorhergegebene Institution	90
Ergebnis (zu A)	91
B. Der naturrechtliche Ehebegriff	91
I. Naturrechtliche Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff	91
1. Rechtsphilosophische Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff	92
a) Die Begründung der Vorstaatlichkeit mit rechtshistorischer Methode scheint widersprüchlich, führt jedenfalls nicht zum Ziel	92
b) Die Ehe als vorhergegeben vorgegeben scheint nicht unbe- dingt vorgegeben	93
2. Inhaltliche Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff .	94
a) Die Tradition der Ehe und Familie scheint eine Tradition des wachsenden Individualismus	94
b) Der Rückgriff auf die Tradition der Ehe ist unbrauchbar in der Auseinandersetzung um das Entscheidungsrecht . . .	98
Ergebnis (zu I)	101

II. Der Unterschied naturrechtlichen Eheverständnisses gegenüber dem staatsrechtlichen Ehebegriff	101
1. Naturrechtslehre und Ehe als traditionell vorgegebene Institution	102
2. Naturrechtslehre und individualistische Ehe	104
Ergebnis (zu § 3)	105
Drittes Kapitel: Ergebnis der Problematik der deutschen Familienrechtsreform	107
Viertes Kapitel: Der naturrechtliche Ansatz der deutschen Familienrechtsreform	109
Die naturrechtlichen Problemkreise	109
Ehe und Gleichberechtigung	110
Ehe und Entscheidungsrecht	110
Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht	111
Ergebnis des ersten Abschnittes	112
 ZWEITER ABSCHNITT: Grundlagen der deutschen Familienrechtsreform	113
Erstes Kapitel: Der Mensch als Mann und Frau	114
§ 1 Mann und Frau als Mensch	114
A. Der Mensch als Person	114
B. Der Mensch als leibhafte Person	115
Ergebnis (zu § 1)	118
§ 2 Der Mensch als Mann und Frau	119
A. Der Mensch als geschlechtliches Wesen	119
B. Der Mensch als Mann und Frau	123
Ergebnis (zu § 2)	124
§ 3 Mann und Frau als gleichberechtigte Menschen	125
A. Die formale Sicht der Gleichberechtigung	125
Ergebnis	126
B. Die inhaltliche Sicht der Gleichberechtigung	126
I. Die verschiedenen Gleichberechtigungselemente	126
II. Die Zuordnung der Gleichberechtigungselemente	127
III. Die verschiedene Bedeutsamkeit der Gleichberechtigungselemente	128
Ergebnis (zu § 3)	130

Zweites Kapitel: Ehe und Familie als Gemeinschaft von Mann und Frau	132
§ 1 Die Struktur der Gemeinschaft als solcher	132
A. Die ontische Sicht der Gemeinschaft	133
I. Gemeinschaft statisch als Ganzheit	133
II. Gemeinschaft dynamisch als Wirkeinheit	133
B. Die ethische Sicht der Gemeinschaft	137
I. Die gemeinschaftliche Gebundenheit	137
1. Die sittliche Bindung zur Gemeinschaft	137
2. Die rechtliche Bindung in der Gemeinschaft	138
a) Die meta-physische Erzwingbarkeit des Gemeinwohls	138
b) Die physische Erzwingbarkeit der Gemeinwohlmitte	139
II. Die gemeinschaftliche Bindungsinstanz	139
1. Die transzendente Rechtsinstanz	140
2. Die immanente Rechtsinstanz	140
a) Die Eigenart innergemeinschaftlicher Autorität	141
aa) Anpassungsinstanz	141
bb) Festsetzungsinstanz	141
cc) Durchsetzungsinstanz	142
dd) Gebundene Bindungsinstanz	142
b) Autorität und Gemeinschaft	143
aa) Das doppelte Bindungsverhältnis in der Gemeinschaft	144
bb) Die innere Grenze der Gemeinschaftsautorität	144
c) Gemeinschaftsautorität und Gemeinschaftsglied	145
d) Gemeinschaftsautorität und Gleichberechtigung der Glieder	147
Ergebnis (zu § 1)	150
§ 2 Die Struktur der Ehe und Familie	150
A. Die ontische Sicht der Ehe und Familie	151
I. Ehe als Leibgemeinschaft	151
II. Ehe als Lebensgemeinschaft	151
B. Die ethische Sicht der Ehe und Familie	153
I. Ehe und Familie als Rechtsgemeinschaften	153
Ergebnis	156
II. Ehe und Familie als Liebesgemeinschaften	156
III. Ehehliche Autorität und ehelicher Autoritätsträger	158
Ergebnis (zu § 2)	160
Ergebnis des zweiten Abschnittes	161

ZWEITER TEIL

DER MANN ALS TRÄGER DES NATÜRLICHEN
ENTSCHEIDUNGSRECHTES IN EHE UND FAMILIE

ERSTER ABSCHNITT: Die Ansichten über das Entscheidungsrecht und seinen Träger	165
Erstes Kapitel: Die Ansichten über das Entscheidungsrecht	167
§ 1 Die rechtslogische Begründung des Entscheidungsrechtes	167
A. Das natürliche Entscheidungsrecht	168
B. Das positiv-gesetzte Entscheidungsrecht	170
C. Natürliches und positiv-gesetztes Entscheidungsrecht in der Gleich- berechtigungsdiskussion	172
1. Ambivalenz der vorgetragenen Meinungen	172
2. Möglichkeit praktischen Einvernehmens	172
3. Weltanschauliche Fragerichtung in der tieferen Begründung	173
§ 2 Die weltanschaulichen Gruppen beim Entscheidungsrecht	173
Die katholische Position	173
Die evangelischen Christen	176
Die außerkirchlichen Kreise	176
§ 3 Der vermittelnde Standort	177
Ergebnis	179
A. Die hierarchische Struktur	179
B. Das iudicium rationis	183
C. Die Natur der Sache	185
Ergebnis des ersten Kapitels	186
Zweites Kapitel: Die Ansichten über den Träger des Entscheidungsrechtes	187
§ 1 Der positiv zu bestimmende Träger	188
A. Die außereheliche Bestimmbarkeit	188
1. Das rein faktische Bestimmtwerden	188
2. Die normative Bestimmung	189
Ergebnis (zu A)	193
B. Die innereheliche Bestimmbarkeit	193
I. Die stärkere Persönlichkeit als Träger des Entscheidungsrechtes	194
1. Zur quaestio facti	194
2. Zur quaestio iuris	196
3. Zur Kritik	197
Ergebnis (zu I)	199

II. Die vertragliche Vereinbarung des Trägers des Entscheidungs-	
rechtes	200
1. Zur rechtstechnischen Frage	200
2. Zur grundsätzlichen Kritik	201
a) Der Einwand von der Gleichberechtigung her	201
b) Der Einwand aus dem Wesen der Ehe	202
aa) Die rechtlichen Bedingungen einer vertraglichen Ver-	
einbarung des Entscheidungsrechtes	202
bb) Die psychologische Erfüllbarkeit der rechtlichen Bedin-	
gungen	202
Ergebnis (zu II)	203
§ 2 Der naturhaft bestimmte Träger	204
A. Die innerehelich bestimmte äußere Entscheidungsinstanz	204
I. Die primäre äußere Entscheidungsinstanz	204
Gründe der Ablehnung	204
Ergebnis	206
II. Die subsidiäre äußere Entscheidungsinstanz	206
1. Die Drittinstantz als rechtsetzend	207
a) Die rechtsetzende Drittinstantz als sachentscheidend	207
Zur Kritik	208
b) Die rechtsetzende Drittinstantz als kompetenzverteilend	209
Zur Kritik	209
Ergebnis (zu 1)	210
2. Die Drittinstantz als rechtfindend	210
Zur Kritik	211
Ergebnis (zu 2)	212
B. Die innerehelich bestimmte innere Entscheidungsinstanz	212
I. Das gemeinsame Entscheidungsrecht	212
1. Das gemeinsam verwaltete Entscheidungsrecht	213
Eheliches Entscheidungsrecht	214
Gemeinsames Entscheidungsrecht	214
Zur Kritik	215
Demokratisch gemeinsames Entscheiden	216
Ergebnis (zu 1)	217
2. Das kompetenzverteilte Entscheidungsrecht	217
Zur Kritik	217
Gemeinsame Ordnungsnormen für Ehe und Familie	219
Ergebnis (zu 2)	221
II. Das geschlechtseigene ausschließliche Entscheidungsrecht	221
1. Das frauliche Entscheidungsrecht	221
2. Das männliche Entscheidungsrecht	222

Drittes Kapitel: Die Gesamtdeutung der Ansichten	223
§ 1 Die geistigen Voraussetzungen	223
§ 2 Die Folgerungen	225
A. Die unmittelbaren Folgerungen	225
B. Die mittelbaren Folgerungen	226
I. Die notwendigen Unterscheidungen beim Entscheidungsrecht	226
II. Die Forderungen an den Träger des Entscheidungsrechtes	226
Ergebnis des ersten Abschnittes	227
 ZWEITER ABSCHNITT: Der Mann als Träger des Entscheidungsrechtes	228
Personal- und Sozialrechte	228
Entscheidungsrecht als Sozialrecht	231
 Erstes Kapitel: Die für den Vollzug des Entscheidungsrechtes erforderlichen menschlichen Eigenschaften	232
§ 1 Befehlen und Gehorchen beim Entscheidungsrecht	232
A. Befehlen und Gehorchen als Dienstfunktion	233
I. Befehl und Gehorsam inhaltlich gesehen	234
Ergebnis	235
II. Befehl und Gehorsam rechtlich gesehen	235
Ergebnis	236
B. Befehlen und Gehorchen als sittliche Personvollzüge	237
Ergebnis (zu § 1)	239
§ 2 Die menschlichen Eigenschaften beim Entscheidungsrecht	239
A. Befehl und Gehorsam psychologisch gesehen	240
Ergebnis	241
B. Die menschlichen Eigenschaften des Befehlens und Gehorchens	241
Ergebnis des ersten Kapitels	242
 Zweites Kapitel: Die männlichen Eigenschaften als Eigenschaften für das Entscheidungsrecht	243
§ 1 Das Gesamtbild von Mann und Frau	244
A. Der verschiedene Weltbezug von Mann und Frau	244
I. Die Leibeserscheinung von Mann und Frau	245
1. Gestalt	245
2. Bewegung	246
3. Haltung	248
Ergebnis (zu I)	249

II. Das äußere Tun von Mann und Frau	249
Ergebnis	252
III. Die Geistigkeit von Mann und Frau	252
1. Integration als Ganzheitserscheinung im sinnlichen Vorfeld	253
2. Integration als Verwurzelung des Geistigen im Sinnlichen	253
3. Integration der geistigen Fähigkeiten	254
Ergebnis (zu A)	255
B. Die verschiedene Bezugswelt von Mann und Frau	256
I. Die Beobachtungen der Psychologie	256
II. Der geschlechtsmäßig verschieden integrierte Weltbezug als Folge der geschlechtsverschiedenen Bezugswelt	258
1. Männliche Desintegration als Sachweltbedienung	258
2. Frauliche Integration als Personweltbedingung	260
Ergebnis (zu B)	261
C. Die ergänzte Welt von Mann und Frau	261
I. Der ergänzte personale Selbstvollzug	262
II. Die ergänzte Welt von Mann und Frau	262
Ergebnis (zu § 1)	263
§ 2 Die Befehls- und Gehorsamseignung von Mann und Frau	263
A. Der verschiedene Rechtsbezug von Mann und Frau	264
I. Der Mann als befehlsbefähigt	264
II. Die Frau als gehorsamsgeeignet	265
III. Der gefährdende Mannesgehorsam	266
IV. Der gefährdende Frauenbefehl	266
B. Die ergänzende Rechtsgestaltung von Mann und Frau	266
I. Befehl als Vorgestaltung des Rechts	266
II. Gehorsam als Ausgestaltung des Rechts	267
Ergebnis des zweiten Kapitels	269
Drittes Kapitel: Der Mann als Träger des Entscheidungsrechtes	270
§ 1 Der naturrechtliche Beweis	270
§ 2 Der Mann als Ernährer	273
Ergebnis des zweiten Abschnittes	274

DRITTER ABSCHNITT: DAS MÄNNLICHE ENTSCHEIDUNGS-
RECHT IN EHE UND FAMILIE 276

Erstes Kapitel: Der Vollzug des Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie 278

§ 1 Die Struktur des Entscheidungsrechtes	278
A. Das Entscheidungsrecht als Recht, Recht zu setzen (Die Wesensfunktion des Entscheidungsrechtes)	279
I. Befehlsrecht und Gehorsamsrecht	279
II. Entscheidungsrecht und Gehorsamsrecht als qualitative Gleich- berechtigung	281
Ergebnis (zu A)	282
B. Das Entscheidungsrecht als Recht, die Gemeinwohlmitte praktisch festzusetzen (Der Gegenstand des Entscheidungsrechtes)	282
I. Prinzipielle und soziale Autorität	283
Ergebnis	285
II. Das Entscheidungsrecht als Recht der Sozialautorität in Ehe und Familie	286
1. Das Entscheidungsrecht als Notwendigkeit der Ehe und Familie	286
2. Das Entscheidungsrecht als Notwendigkeit der äußeren Ge- meinschaftsordnung	289
a) Das Entscheidungsrecht als Recht über die äußere Gemein- schaftsordnung	290
aa) Das Recht äußerer Ordnung	290
bb) Das Recht äußerer Zusammenordnung	291
Die zwei Ordnungsinstanzen in Ehe und Familie	292
Die eine Zusammenordnungsinstanz	293
Die Außeninstanz als Zusammenordnungsinstanz	293
b) Das Entscheidungsrecht als Recht über die positiv zu gestal- tende Gemeinschaftsordnung	296
c) Das Entscheidungsrecht als Recht über die praktische Ent- scheidung der Gemeinschaftsordnung	297
Ergebnis (zu II)	300
III. Die entscheidungsrechtlich gesetzte Gemeinwohlmitte und die Gleichberechtigung der Frau	301
Ergebnis (zu B)	302
C. Das Entscheidungsrecht als Recht im Dienste des Gemeinwohls (Die Norm des Entscheidungsrechtes)	303
I. Die allgemeinen Personal- und Sozialrechte der Frau	304
II. Umstrittene Sozial- und Personalrechte der Frau	306

1. Die Sozialrechte	306
a) Das subsidiäre Entscheidungsrecht der Frau	307
b) Das primäre Hausleitungsrecht der Frau	308
Ergebnis (zu 1)	311
2. Die Personalrechte	311
a) Das Recht auf Eigentum	312
b) Das Recht auf außerhäusliche Betätigung	315
c) Das Recht auf politische Betätigung	317
d) Das Recht auf Gleichberechtigung	318
Ergebnis (zu § 1)	320
§ 2 Der Vollzug des Entscheidungsrechtes (Die psychologischen Voraussetzungen beim Vollzug des Entscheidungs- rechtes)	321
A. Willenseinheit ohne Stichentscheid	322
1. Fall: Meinungs- und Willenseinheit	322
2. Fall: Willenseinheit bei Meinungsverschiedenheit	322
B. Willenseinheit durch Stichentscheid (3. Fall)	323
C. Willensverschiedenheit bei Entscheidungs- und Widerstandsrecht (4. Fall)	326
Ergebnis (zu § 2)	328
§ 3 Das Ergebnis des Entscheidungsrechtes (Der rechtslogische Aufbau des Rechtsentscheides beim Entscheidungs- recht)	328
A. Der Anteil von Mann und Frau am Rechtsinhalt	329
B. Der Anteil von Mann und Frau an der Rechtsform	330
Ergebnis (zu § 3)	331
Zweites Kapitel: Der Mißbrauch des Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie	332
§ 1 Zum Begriff des Mißbrauchs beim Entscheidungsrecht	332
§ 2 Der Entscheid des Mißbrauchs beim Entscheidungsrecht	335
A. Die gerichtsmäßige Beweislast beim Mißbrauch des Entscheidungs- rechtes	336
1. Die innereheliche Beweislast beim Entscheidungsrecht	336
2. Die Beweislast vor dem Gericht	337
3. Der Gang zum Gericht	338
Ergebnis (zu A)	340
B. Der Entscheid über die Bestimmung der Kinderreligion	340
1. Die innereheliche Bestimmung der Kinderreligion	341

2. Die Mißbrauchsentscheidung durch das Vormundschaftsgericht	343
Die Rationalanalyse des Vormundschaftsgerichtes	343
Ergebnis (zu B)	345
§ 3 Der Schutz vor Mißbrauch beim Entscheidungsrecht	346
A. Der natürliche Rechtsschutz des Entscheidungsrechtes	346
1. Der Schutz der Öffentlichkeit	346
2. Der Schutz der Ehe und Familie	347
3. Der Schutz des Kindes	347
4. Der Schutz der Frau	348
5. Der Schutz des Mannes	349
a) Die innereheliche „Straf“-Befugnis	349
aa) Zur quaestio facti	350
bb) Zur quaestio iuris	350
b) Die außereheliche Erzwingungsinstanz	352
Ergebnis (zu A)	354
B. Der kodifizierte Rechtsschutz des Entscheidungsrechtes	354
I. Zur Kodifikation des Entscheidungsrechtes	355
1. Die Positivierung des Entscheidungsrechtes	355
a) Die progressive Positivierung des Entscheidungsrechtes	356
aa) Die implizite Positivierung	356
bb) Die explizite Positivierung	357
b) Die regressive Positivierung des Entscheidungsrechtes	359
2. Die Formulierung des Entscheidungsrechtes	360
a) Zur Kritik an der Formulierung des Entscheidungsrechtes im BGB	361
b) Der Grundgehalt bei der Formulierung des Entscheidungsrechtes	363
Ergebnis (zu I)	364
II. Die Kodifikation des Entscheidungsrechtes in Deutschland	365
1. Der Diskussionsgegenstand bei der Entscheidungsrechtskodifikation	365
a) Die Materialimplikation des Entscheidungsrechtes in Art. 6 GG	366
b) Die Formalimplikation des Entscheidungsrechtes in § 1353 BGB	366
c) Die Formalexplikation des Entscheidungsrechtes in §§ 1354 und 1628 BGB	369
aa) Ablehnung jeder Formalexplikation	369
bb) Annahme einer Formalexplikation	370
cc) Forderung einer Verschiedenexplikation	370
Ergebnis (zu 1)	371

2. Das Diskussionsergebnis bei der Entscheidungsrechts-	
kodifikation	372
a) Das gesetzgeberische Ergebnis der Diskussion	372
b) Die gesetzgeberische Bedeutung der Diskussion	373
Ergebnis (zu II)	377
Drittes Kapitel: Entscheidungsrecht und Gleichberechtigung in Ehe und	
Familie	379
§ 1 Die Gleichberechtigung beim rechtmäßigen Entscheiden	379
§ 2 Die Gleichberechtigung beim Entscheidungsmißbrauch	380
Ergebnis des dritten Kapitels	381
Schlußbetrachtung: Die natürliche Gleichberechtigung von Mann und Frau	
in Ehe und Familie	381

EXKURS

DIE FRAGE DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT VON § 1628 BGB	
IN NATURRECHTLICHER SICHT	387
ERSTER ABSCHNITT: Die Rechtsprechung zum deutschen Familien-	
recht während der rechtsschöpferischen Gleich-	
berechtigungszeit in naturrechtlicher Sicht	389
Erstes Kapitel: Die Entwicklungstendenz der Rechtsprechung im Familien-	
recht seit dem 1. April 1953	390
§ 1 Gleichberechtigung als personale Gleichberechtigung	391
A. Allgemein	391
B. In Ehe und Familie	391
I. Das Recht der Frau auf die Ehe als Gemeinschaft	391
II. Das Recht der Frau auf die Ehe als Heim	393
§ 2 Gleichberechtigung als Anspruch sachgemäßer (Gleich)behandlung	394
A. Gleichberechtigung als Gebot sachgemäßer Gleichbehandlung	394
I. Der Gegenstand sachgemäßer Differenzierung	395
1. Allgemein	395
2. Für Ehe und Familie	395
II. Sachgemäße Differenzierung als Ausdruck der Gleichberechtigung	395
1. Allgemein	395
2. Für die Frau besonders	396
3. Für Ehe und Familie	396

B. Gleichberechtigung als Verbot geschlechtsmäßiger Differenzierung .	396
I. Differenzierungen nicht unmittelbar des Geschlechtes wegen . .	397
1. Biologische Differenzierungstitel	397
a) Bei der Frau	397
aa) Allgemein	397
als (physischer) Arbeitsschutz	397
als Schutz der weiblichen Geschlechtshhre	397
bb) Im Hinblick auf Ehe und Familie	397
Für das Heiratsalter	397
Als Schutz der weiblichen Geschlechtshhre	397
Schmerzensgeld	398
Kranzgeld	398
Für die Wartezeit bei Wiederverheiratung	398
Als Mutterschaftsschutz	398
b) Beim Manne	398
aa) Allgemein (Bestrafung der Homosexualität)	398
bb) Im Hinblick auf Ehe und Familie (Vaterschaftsschutz) .	399
2. Funktionale Differenzierungstitel	399
a) Allgemeine funktionale Differenzierungstitel	399
aa) Für den Mann	399
Waffenpflicht	399
Vorzug beim Hoferbe	399
bb) Für die Frau (Hausarbeitstag)	400
b) Funktionale Differenzierungstitel in Ehe und Familie . . .	400
aa) Der Mann und Vater in Ehe und Familie	400
α) Die primäre Aufgabe des Mannes und Vaters	400
1. Der Mann als Ernährer	400
2. Der Mann als Beschützer	402
3. Der Mann als Entscheider	403
Die Letztentscheidung des Mannes	404
Das Entscheidungsrecht des Vaters	404
4. Der Mann als Vertreter	405
β) Die subsidiäre Aufgabe des Mannes und Vaters	405
Die Haushaltspflicht	405
bb) Die Frau und Mutter in Ehe und Familie	405
α) Die primäre Aufgabe der Frau und Mutter	405
1. Die Frau als Leiterin des Hauswesens	405
Schlüsselgewalt	406
2. Die Frau als Mutter	406

β) Die subsidiäre Aufgabe der Frau und Mutter	407
1. Unterhaltspflicht	407
2. Schutz- und Entscheidungspflicht	407
3. Soziologische Differenzierungstitel	408
a) Das Namensuntersagungsrecht des Mannes	408
b) Der Aussteueranspruch der Tochter	408
II. Geschlechtsdifferenzierungen nicht benachteiligender oder bevor- zugender Art	409
1. Der Begriff der Ordnungsnormen	409
2. Die einzelnen Ordnungsnormen	410
a) Der männliche Familienname	410
b) Der männliche Wohnsitz	411
aa) Für die Scheidung	411
bb) Für die Kinder	411
§ 3 Ergebnis der richterlichen Rechtsentwicklung	412
A. Grundsätze für die Gleichberechtigung	412
B. Anwendung für die Differenzierungsmöglichkeit angesichts der Gleichberechtigung	413
Zweites Kapitel: Zur Beurteilung der Rechtsprechungstendenzen	414
§ 1 Zum Gleichbegriff in den Gerichtsentscheiden	415
A. Zur Wortbedeutung der Gleichberechtigung	415
I. Das nominale Mißverständnis der Gleichberechtigung	415
II. Das uniformistische Mißverständnis der Gleichberechtigung . .	418
B. Zur Bedingtheit des Gleichbegriffes	419
C. Zur Deutung des Gleichbegriffes	420
Ergebnis (zu § 1)	421
§ 2 Zur Kritik einzelner Rechtstitel	422
A. Der Hausarbeitstag der Frau	422
B. Die Familienhaushaltsbesteuerung	423
I. Der Rechtstitel der Haushaltsbesteuerung	423
II. Die Zusammenveranlagung und das GG	424
Ergebnis (zu B)	426
C. Die vorrangige Unterhaltspflicht des Mannes	426
I. Quantitative und qualitative Gleichberechtigung beim Unterhaltsrecht	427
1. Die quantitative Gleichberechtigung	427
2. Die qualitative Gleichberechtigung	427

II. Das quantitative Mißverständnis der Gleichberechtigung . . .	428
Ergebnis (zu C)	429
D. Das Namensuntersagungsrecht des Mannes	430
Ergebnis	431
§ 3 Zur Kritik der Ordnungsnormen	432
A. Die Bedenken gegen die Ordnungsnormen	432
I . Die praktischen Bedenken	432
II. Die grundsätzlichen Bedenken	433
1. Die Ordnungsnorm wird grundlos Mannesnorm	434
2. Ordnungsnormen als grundlose Mannesnormen werten die Frau rechtlich minder und verletzen so die Gleichberechtigung	434
3. Ordnungsnormen sind nicht (begriffs)notwendig grundlose Mannesnormen	435
B. Die naturrechtliche Deutung der Ordnungsnormen	436
I. Die prinzipielle Erklärung der Ordnungsnormen (das Entschei- dungsrecht)	436
II. Die praktische Brauchbarkeit der prinzipiellen Erklärung (der Mißbrauch beim Entscheidungsrecht)	437
Ergebnis (zu § 3)	439
§ 4 Zum geistesgeschichtlichen Hintergrund der Rechtsprechung	439
Ergebnis des ersten Abschnittes	441

ZWEITER ABSCHNITT: Die Frage der Verfassungswidrigkeit von

§ 1628 BGB	442
Erstes Kapitel: Zur rechtsgrundsätzlichen Verfassungswidrigkeit . . .	443
Zweites Kapitel: Zur rechtspraktischen Verfassungswidrigkeit	444
§ 1 Die direkte rechtspraktische Verfassungswidrigkeit	444
Ergebnis	447
§ 2 Die indirekte rechtspraktische Verfassungswidrigkeit	447
1. § 1628 BGB ist keine Regelung unmittelbar des Geschlechtes wegen	447
2. § 1628 BGB ist keine Bevorzugung des Mannes und keine Benachteiligung der Frau	448
Ergebnis (zu § 2)	448

Drittes Kapitel: Die rechtssystematische Verfassungswidrigkeit	449
§ 1 Zur quaestio facti	449
§ 2 Zur quaestio iuris	450
Ergebnis des zweiten Abschnittes	456

ANHANG

DIE FÜR DAS MÄNNLICHE ENTSCHEIDUNGSRECHT IN EHE UND FAMILIE WICHTIGSTEN DEUTSCHEN VERFASSUNGS- UND GESETZESBESTIMMUNGEN	459
NACHWORT	471
Bibliographie	477
Personenverzeichnis	501

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS UND ZITATIONSWEISE

(A) = Anhang

Abzugsverfahren = als Manuskript vervielfältigt.

add. = addit (addunt): Hinzufügung (bei Gesetzentwürfen)

a. F. = alte Fassung (des BGB gegenüber den Entwürfen zur Familienrechtsreform; vgl. n. F.)

AG (AmtsG) = Amtsgericht.

Anwalt(s)verein = Stellungnahme(n) des Zivilrechtsausschusses des Deutschen Anwalt(s)vereins (enthalten in IF).

BArbG = Bundesarbeitsgericht.

BayObLG = Bayerisches Oberstes Landesgericht

BFinH (BFH) = Bundesfinanzhof

BGB = (Deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch (1896)

BGH = Bundesgerichtshof

BR = (Deutscher) Bundesrat (als Vertreter der Länder der Deutschen Bundesrepublik)

BT = (Deutscher) Bundestag (als Vertreter des Volkes der Deutschen Bundesrepublik)

BTDebatte (I, II, III) = Bundestagsdebatte (zur Familienrechtsreform, vgl. S. 494)

BU = Buytendijk (S. 484)

BVerG = Bundesverfassungsgericht

BVerwG = Bundesverwaltungsgericht

CC = Code civil (1804; Familienrechtsreform: 1942)

CIC = Codex iuris canonici (1917)

DJT = Deutscher Juristentag (es handelt sich um den 38. DJT in Frankfurt a. M. 1950.)

DKW = Die Kirche in der Welt. Wegweisung für die kath. Arbeit am Menschen der Gegenwart. Ein Loseblatt-Lexikon, Münster 1948ff.

DR = Deutsche Rundschau

DRiZ = Deutsche Richterzeitung

DRZ = Deutsche Rechtszeitschrift

DV (DVBl) = Deutsches Verwaltungsblatt

E (I, II, III) = Entwürfe zur Familienrechtsreform (vgl. S. 494) (in Gerichtssammlungen:) Entscheide

(E) = Exkurs

EGBGB = Einführungsgesetz zum BGB

Eherecht = Ehe und Eherecht, hrsg. von F. Karrenberg und Th. Pathe, Stuttgart 1954

DAG = Deutsche Angestellten-Gewerkschaft

Eherechtskommission = Stellungnahme(n) der ... der EKD (enthalten in FRR)

EJF = Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht (S. 479)

ER = Entscheidungsrecht

EKD (Rat der) = Stellungnahme des Rats der Evangelischen Kirche in Deutschland zu den Fragen der Revision des Ehe- und Familienrechts (enthalten in FRR 9—15; IFS 8—11).

Evang. Frauen(arbeit) = Stellungnahme(n) der Evang. Frauenarbeit in Deutschland (vgl. IFS 31-36; S. 492)

FamRZ = Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 1954ff. (wird allgemein ohne Angabe der Sigel nur mit Jahres- und Seitenzahl zitiert.)

FRR = Familienrechtsreform

Bosch, FRR (und Seitenzahl): Bosch, Familienrechtsreform, Siegburg 1952.

FRR (und Seitenzahl, z. B.: FRR 19): Familienrechtsreform, hrsg. von Dombos und Schumann, Witten-Ruhr 1954.

FZPT = Freiburger Zeitschrift für Philosophie und Theologie

GG = Bonner Grundgesetz (1949)

Glb = Gleichberechtigung

GlbG = Gleichberechtigungsgesetz vom 18. Juni 1957 (am 3. Mai vom BT angenommen, am 24. Mai vom BR bestätigt, am 18. Juni verabschiedet, am 21. Juni verkündet und (spätestens) am 1. Juli 1958 in Kraft) = E III (vgl. n. F.).

GuL = Geist und Leben, Zeitschrift für Ascese und Mystik

HK = Herder-Korrespondenz — Orbis catholicus —

H-M = Habscheid-Meyer: Neues Familienrecht (S. 479)

IF = Informationen für die Frau (S. 480)

IFS = IF: 1. Sonderheft, Stellungnahmen zur Ehe- und Familienrechtsreform, April 1953.

JR = Juristische Rundschau

JZ = Juristenzeitung

KA = Kampmann (S. 484)

Kath. Frauen = Stellungnahme des Kath. Deutschen Frauenbundes ... (S. 485)

KG = Kammergericht (Berlin-West)

LG = Landgericht

LE = Lersch (S. 484)

LkL = Lexikon des kath. Lebens, hrsg. v. Rauch (S. 481)

MDR = Monatsschrift für Deutsches Recht

LSozG = Landessozialgericht

n. F. = Neue Fassung (des BGB nach dem Entwurf III, insofern dieser am 3. Mai 1957 vom Bundestag in dritter Lesung angenommen und am 24. Mai 1957 vom Bundesrat bestätigt wurde und am 1. Juli 1958 in Kraft treten wird).

NJW = Neue Juristische Wochenschrift

OLG = Oberlandesgericht

österrOGH = österreichischer oberster Gerichtshof Wien
 OVG = Oberverwaltungsgericht
 Periodica = Periodica de re morali canonica liturgica
 RelKG (RKEG) = Gesetz über die religiöse Kindererziehung (1921)
 SPF = Sozialdemokratische Frauengruppen der Schweiz (S. 498)
 Rpfleger = Rechtspfleger
 R-S = Reinicke-Schwarzhaupt: Die Glb von Mann und Frau (S. 497)
 RuG = Recht und Gerechtigkeit (siehe Utz, S. 481)
 SH = Familienrechts-Sonderheft des Rechtspflegers „Die Glb von Mann und Frau“, Bielefeld 1954.
 StdZ = Stimmen der Zeit, Monatsschrift für das Geistesleben der Gegenwart
 StGB = Strafgesetzbuch
 TuG = Theologie und Glaube
 VG = Verwaltungsgericht
 VormG = Vormundschaftsgericht
 WeimRV = Weimarer Reichsverfassung (1919)
 ZGB = (Schweizerisches) Zivilgesetzbuch (1907)
 ZPO = Zivilprozeßordnung

Auch die Werkangaben sind in den Anmerkungen möglichst gekürzt. Die vollständigen Angaben finden sich in der Bibliographie unter den einzelnen Verfassern. Steht nur Jahres- und Seitenzahl (z. B.: 54/15b), wird verwiesen auf: FamRZ (z. B.: (1954), S. 15, 2. Spalte).

Die Selbstverweise sollen in etwa das Stichwortverzeichnis ersetzen. Wird auf Anm. der nicht gleichen Nummernfolge verwiesen, ist die Seitenzahl beigelegt. Anm., die nicht durch Satzzeichen von der vorangehenden Zitation getrennt sind, sind Anm. des zitierten Verfassers.

EINLEITUNG

Anlaß dieser Arbeit bot die Diskussion um die Familienrechtsreform in Deutschland, wie sie vom Gleichberechtigungsstreben gestellt wurde. Hier hatte die geschichtliche Stunde eine Frage aufgeworfen, die als „ein Thema der ganzen Welt“¹ über den räumlichen und zeitlichen Nächstsinn so bedeutsam ist, daß wirklichkeitsbewußtes Naturrechtsdenken sich nicht nur gefragt, sondern auch zur Antwort verpflichtet erkennen muß. Die Antwort wurde bisher nicht oder doch nicht grundlegend genug erteilt².

Selbstredend konnte aus dem Gesamtfragenkreis der Familienrechtsreform im Zeichen der Gleichberechtigung von Mann und Frau nur eine Einzelfrage, sollte aber doch eine wesentliche, wenn nicht die Wesensfrage herausgegriffen werden. Damit drängte sich „das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie“ als *Gegenstand* der Untersuchung auf. Dieses Recht ist genauer

¹ BOSCH, NRO 64. Dabei sei unter „ganzer Welt“ aber nicht nur raum-zeitlich der orbis terrarum verstanden, sondern auch geistig die universitas litterarum (BOSCH, FRR 81; SH 17a; MÖRS-DORF, StdZ 53/323; BETTERMANN, I/20; DOMBOIS, 85; HEDEMANN, passim; WOLLE, 5). Denn das Studium veritatis (vgl. BOSCH, SH 9b, IX) ist hier nur möglich als Studium universale (vgl. BOSCH, SH 8a, VI; LG Duisburg, SH 61b). So müht sich auch unsere Arbeit um diese „Enzyklopädie“ (vgl. HEDEMANN, 14ff.), indem sie die phil. Fragestellung mit der rechtlichen verbindet und durch die psychologische ergänzt und damit hofft, die Glb von Mann und Frau ihre „Bewährungsprobe vor der harten Wirklichkeit“ (WOLLE, 5) bestehen zu lassen. Allerdings bleibt die theol. Frage außer Betracht und die Arbeit somit nach dieser Seite notwendig ergänzungsbedürftig (vgl. S. 178).

Die heutige deutsche FRR darf mit Allgemeininteresse rechnen, weil 1. die heutige Reform vielfach die Fragen früherer Reformversuche aufgegriffen hat, so daß das ältere Schrifttum oft sehr zeitnah anmutet (vgl. etwa MAUSBACH); 2. die deutschen Reformfragen sich in jenen anderer Länder deutlich spiegeln. (So folgt etwa in der Schweiz SPF oft bis auf die einzelnen Formulierungen den deutschen Vorlagen.)

² So sagt etwa KRÜGER zu der Äußerung des kath. Episkopats, in der „von einer naturrechtlich-christlich begründeten gesetzgeberischen Lösung gesprochen“ werde: „Ein Versuch des Nachweises dieser naturrechtlichen und theologischen Behauptung wird nicht unternommen“ (DRiZ 53/83b Anm. 10).

1. ein *natürliches* Recht. — Insofern geht es hier um die grundsätzliche, nicht um die rechtspolitische Gleichberechtigungsfrage. Dies zu betonen und einem rechtspolitischen Mißverständnis zu entgehen, schien es besser, die Arbeit erst *nach* der rechtspolitischen Diskussion vorzulegen. Dafür konnte auch das gesetzgeberische Diskussionsergebnis verarbeitet und grundsätzlich beurteilt werden³. Zudem vermag die Arbeit vielleicht auf diese Weise mitzuhelfen, die nunmehr vorliegenden Gesetze aus einem vertieften Verständnis der Ehe und Familie wie der Gleichberechtigung von Mann und Frau zu verstehen und anzuwenden. So bliebe sie doch nicht unwirksam.

2. ein natürliches *Recht*. — Insofern wird hier das männliche Entscheidungsrecht als eigentliches Recht mit normativer Bewandtnis, nicht bloß als irgendwelche Sachzuständigkeit und unverbindliche Konvenienz verstanden. Damit steht die Arbeit *im Gegensatz zum Rechtspositivismus*, der mit seinem Grunddogma vom *Nominalismus* und *Idealismus* im Rechte ein solches Recht ablehnen muß:

a) Der *Rechtsnominalismus* ist unmittelbar vom Gleichbegriff, und darin eingeschlossen auch vom Begriff der Gerechtigkeit her zur Frage gestellt: genügt die Nominaldefinition von Recht und Gerechtigkeit (etwa als „Ausgleich zwischen Personen“ oder als „*suum cuique*“) oder bedarf sie notwendig der rechtfertigenden Ergänzung durch die Realdefinition, die ihrerseits bestimmt, welcher konkrete Inhalt tatsächlich den „Ausgleich“ schafft und jedem das „Seine“ gibt? Erklärt namentlich bei der Gleichberechtigung die Nominaldefinition die zugrunde liegende Wirklichkeit rechtlicher Gleichheit von Mensch und Mensch, von Mann und Frau, oder bleibt sie in einer Weise vieldeutig, die den Menschen und Mann und Frau eindeutig rechtlicher Willkür ausliefert und in der „willkürlichen Rechtsgleichheit“ zum hölzernen Eisen wird?

Das *natürliche Rechtsbewußtsein* wird stets den im bloß Nominalen verborgenen inneren Widerspruch von sich weisen. Denn in einer letzten untrüglichen Selbstgewißheit weiß es: wenn Unrecht mit dem Rechte nicht nur Namen und Schein teilte, sondern als Unrecht Recht *sein* könnte, dann wäre in der unordentlichen Ordnung solch

³ Vgl. S. 372. Damit dürfte zugleich eine Arbeitshilfe für die entsprechenden Fragen in der Schweiz und die Gesetzanwendung in Belgien geboten sein.

ungerechten Rechtes auch der Weg zur Gleichberechtigung versperrt: Gleichberechtigung wäre nur ein Ball im Spiel der Rechtspolitik, aber kein gültiges Prinzip zur Gestaltung der sozialen Wirklichkeit.

Von diesem natürlichen Empfinden her ist deshalb das *Naturrechtsdenken* unbedingt dem *Realismus* im Rechte verpflichtet: Recht und Gerechtigkeit werden nicht benannt, sondern sind aus der Wirklichkeit geschöpft. Damit aber erhebt sich die Frage nach der *Analogie der Rechtsbegriffe*. Wenn sie schon mehr als bloße Namen, nämlich real beinhaltet sind, genügt ihnen auch nicht die Univozität des Nomen. Sie haben vielmehr die konkrete Realität der Rechtswirklichkeit als konkrete — denn Recht ist erst Recht, wenn es konkret ist⁴ — in den Begriffen einzuschließen. So müssen die rechtlichen Grundbegriffe *analog* sein. Denn im analogen Begriff wird auch die Konkretheit actualiter confuse mitgedacht. Die heutige Naturrechtslehre hat sich wiederum dieser Analogie zugewandt. So wurde vor allem auf die analoge Bewandnis des Gemeinwohlbegriffes, der die personale Einmaligkeit und Eigenart jedes einzelnen Menschen mitenthält, hingewiesen und damit im Ansatz ein neues Gemeinschaftsdenken ermöglicht. Dieser Ansatz ist hier für die Gemeinschaft der Ehe und Familie fruchtbar zu machen und im Sinne der Gleichberechtigung von Mann und Frau in dieser Gemeinschaft zu vertiefen.

b) Der *Rechtsidealismus* wird zur Frage, weil der Rechtspositivismus Gerechtigkeit und Gleichberechtigung zwar als Ideen gelten läßt, aber ihnen die Geltung als absolute Rechtsnormen, ohne und gegen die kein Recht möglich ist, abspricht⁵. Auch ein solcher Idealismus hebt letztlich Gerechtigkeit und Gleichberechtigung auf. Denn was nützt es, zu wissen, was am Ideal der Gerechtigkeit gemessen hier und jetzt das „Seine“ und das „Gleichberechtigende“ ist, wenn nicht alle Rechtsvorgänge an diesem Ideal normiert und unbedingt daraufhin verpflichtet sein müssen?

Das natürliche Rechtsbewußtsein hat deshalb stets um jene höhere Macht gewußt, die das Ideal der Gerechtigkeit den Menschen verbindlich auferlegt und den Rechtsverletzer unweigerlich zur Rechenschaft zieht. Als Anwalt dieser urmenschlichen Einsicht hat die Naturrechtslehre immer eine *transzendente Rechtsinstanz* in ihr Rechts-

⁴ Vgl. S. 83.

⁵ Vgl. S. 50.

denken miteinbezogen und alle Rechte und Pflichten darin verankert gesehen. So schien es notwendig, auch hier das natürliche Entscheidungsrecht wie die Gleichberechtigung im rechtsetzenden Willen des transzendenten Gesetzgebers formal und in seinem planenden Denken inhaltlich begründet zu erkennen.

Freilich kann, wer aus subjektiven Gründen glaubt, eine solche transzendente Rechtsinstanz ablehnen zu müssen (allerdings nicht ohne im Akt seiner Ablehnung sie wiederum zu setzen und sie damit als objektiv unablehnbare zu erweisen⁶), hier nicht mitdenken. Aber er vermag wenigstens (von der eigentlichen Rechtsbewandtnis absehend), das Gesagte auf seine inhaltliche Vernünftigkeit hin zu überdenken.

3. ein natürliches Recht in *Ehe und Familie*. — Die Naturrechtslehre hat zwar im Grunde immer an einem natürlichen Entscheidungsrecht des Mannes als an einem von der realen Gerechtigkeitsforderung normierten und von der transzendenten Rechtsinstanz verbindlich auferlegten Rechte festgehalten. Aber dies doch eher nur in obliquo. So wurde, neben dem Problem der Einehe mit ihrer Unauflöslichkeit und ihrer dornigen Zweckfrage, der rechtlichen Struktur der Ehe und Familie und damit der innerhehlichen Autorität nicht jene Aufmerksamkeit geschenkt, auf die sie heute Anspruch hat. So möchte diese Arbeit auch die *Vertreter der Naturrechtslehre* anregen, die Fragen um Ehe und Familie, so wie sie die Zeit uns stellt, neu zu überdenken.

Damit ist auch der Standort dieser Arbeit in der *Sammlung „Politeia“* aufgezeigt. Während *M.-E. Schmitt*⁷ sich mit dem Nominalismus im

⁶ Es handelt sich hier um die sog. *contradictio exercita* zwischen Denkvollzug und Denkinhalt, insofern das Denken (Behaupten) des Gedachten (Behaupteten) das Gegenteil des Gedachten (Behaupteten) als Bedingung seiner Möglichkeit voraussetzt. Dazu BRÜGGER, W.: Dynamische Erkenntnistheorie und Gottesbeweis, in: *Mélanges Maréchal*, Bd. II, 110—121 (bes. 121).

Damit gehen wir über A. BRECHT hinaus, wonach „die Annahme der Realität Gottes wissenschaftlich nicht schlechter ist als die umgekehrte, die ebenfalls bloße Hypothese ist“ (in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1956) 465ff.) und behaupten, daß sich die zweite Hypothese folgerichtig nicht zu Ende denken läßt, während die erste (ausgehend etwa von der Frage nach der Möglichkeitsbedingung des in unzweifelbaren Selbstgewißheit unmittelbar Erfahrenen) einsichtig zu machen und objektiv zwingend als wahr zu erweisen ist (zum phil. Problem vgl. BRÜGGER, Theol. nat.; zum rechtsphil. MEYER, H.: Die Geltung des natürlichen Sittengesetzes — nisi daretur Deus, in: *phil. Jahrbuch der Görresgesellschaft*, München 1953 179ff.); UTZ, RuG 403 (3).

⁷ Bd. VIII: Recht und Vernunft. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rationalität des Naturrechts. 1955.

Recht grundlegend auseinandersetzte, *A. Verpaalen*⁸ der Analogie des Gemeinwohlbegriffes nachging und *F. Faller*⁹ die Begründung der gesellschaftlichen Autorität überdachte, wird hier versucht, das dort Erkannte innerhalb der Ehe und Familie wiederzuerkennen. Insofern ist diese Untersuchung eine *Anwendung* der früheren. Andererseits gaben die anderen Arbeiten den Stand der heutigen Diskussion mehr referierend wieder. Hier war zu versuchen, eine eigene Meinung innerhalb der Diskussion zu begründen. So bedeutet diese Arbeit vielleicht eine kleine Erkenntnisbereicherung über das dort Gesagte hinaus. Die eigentliche Begründung jener wie dieser Untersuchungen wird *A. F. Utz* in seiner Sozialethik¹⁰ vorlegen.

Arbeitsgrundlage ist vor allem das zur heutigen *Gleichberechtigungsdiskussion* veröffentlichte Schrifttum. Die naturrechtlich orientierten und die kirchlichen Stellungnahmen dürften wohl vollständig, die theologischen und politischen zu wesentlichen Teilen erfaßt sein. Von den juristischen Äußerungen sind hoffentlich wenigstens mittelbar die wesentlichsten, jedenfalls eine repräsentative Auswahl verarbeitet¹¹. Das versuchte Gesamtbild von *Mann und Frau* stützt sich auf die neue psychologische Spezialliteratur¹². Die rechtsphilosophische und naturrechtliche *Grundhaltung* beruht, soweit sie nicht unmittelbar auf die Vorlesungen von Prof. *Hirschmann* und Prof. *Utz* zurückgeht, auf den klassischen „*Institutiones iuris naturalis*“ von *Theodor Meyer*. Dabei versteht sich von selbst, daß die Gewährsmänner soviel wert sind wie ihre Gründe, und daß die Verantwortung für das hier Vertretene auf jene weder abgewälzt werden soll, noch kann.

Der *Aufbau der Arbeit* ergibt sich von selbst. Der *erste Teil* hat den Grund zu legen. Dazu ist im *ersten Abschnitt* zu zeigen, warum die Naturrechtslehre glaubt, sich überhaupt ins Gespräch einschalten zu sollen. Der *zweite Abschnitt* legt dar, aus welchen Voraussetzungen heraus sie an diesem Gespräch teilnimmt. Der *zweite Teil* gilt dem

⁸ Bd. VI: Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin. Ein Beitrag zum Problem des Personalismus. 1954.

⁹ Bd. V: Die rechtsphilosophische Begründung der gesellschaftlichen und staatlichen Autorität bei Thomas von Aquin. 1954.

¹⁰ Bd. X. Teil I—V.

¹¹ Vollständigkeit dürfte kaum mehr möglich (noch auch notwendig) sein. Schon 1953 stellte BOSCH fest: „Die Fülle des Materials wächst derart an, daß sie kaum noch überblickt werden kann“ (SH 32b).

¹² Vgl. Bibliographie und Anm. 171 (S. 243).

männlichen Entscheidungsrechte selbst. Der *erste Abschnitt* gibt den Stand der Diskussion. Der *zweite* begründet die eigene Ansicht und versucht, den Mann als natürlichen Träger des Entscheidungsrechtes aufzuweisen. Der *dritte Abschnitt* versucht, die eigene Ansicht zu entfalten und sie durch den Aufweis ihrer praktischen Brauchbarkeit innerlich zu rechtfertigen. Schließlich schien es angezeigt, in einem *Exkurs* (als Probe aufs Exempel) der positiven deutschen Familienrechtsentwicklung nachzugehen und *anhangsweise* für den mit den deutschen (Rechts)verhältnissen weniger Vertrauten auch die wichtigsten deutschen Gesetzesunterlagen beizufügen.

Auf diese Weise hofft die Arbeit, ein *Diskussionsbeitrag* zu sein. Ob sie ein Beitrag ist zur *Gleichberechtigung* selbst, hängt davon ab, was man unter Gleichberechtigung versteht. In jedem Falle ist sie aber ein Beitrag zur *Frage* der Gleichberechtigung. Als Beitrag zu einem Gespräch bemüht sie sich, die Gesprächsteilnehmer richtig zu verstehen und ihnen sachlich Rede und Antwort zu stehen. Das Bemühen wird ihr wohl niemand absprechen können. Das Gelingen? Wer weiß, wie schwer es ist, in der Flut der Schlagwörter „satiram non scribere“, wird eher verzeihen, wenn auch einmal ein argumentum ad hominem unterlaufen wäre.

Zudem hofft die Arbeit, auch dem Anliegen jener, deren Meinung sie glaubt ablehnen zu müssen, nicht Unrecht getan zu haben. Und sie bittet um ein wohlmeinendes Verständnis dort, wo sie versucht, die eigene und vielleicht neue oder wenigstens neu gesagte Meinung ins Gespräch zu bringen. So sei etwa der Jurist auf die Gleichheits- und Gleichberechtigungsdeutung¹³, der Psychologe auf das Gesamtbild von Mann und Frau¹⁴, der Ethiker auf das „Gehorsamsrecht“¹⁵, der Sozialphilosoph auf die gemeinwohlnormierte Rechtsauffassung¹⁶ und die Unterscheidung von Gemeinwohl und Gemeinwohlmitte oder „Sozialgerechtem“¹⁷ aufmerksam gemacht. Sie alle haben zu entscheiden, wie weit es gelungen ist, Aspekte unserer menschlichen

¹³ Vgl. S. 32; 67 (wo u. a. versucht wird, die tiefere Verschiedenheit der formalen und organischen Gbbsdeutung aufzuzeigen).

¹⁴ Vgl. S. 244.

¹⁵ Vgl. S. 235; 279.

¹⁶ Vgl. S. 116; 228 ff.

¹⁷ Vgl. Anm. 201 (S. 135).

Wirklichkeit gültig auszusagen. Diese Entscheidung zu erleichtern, wurde auf eine eingehende Gliederung Wert gelegt und die Ergebnisse laufend herausgehoben.

Sollte es so gelingen, einem fruchtbaren Gespräch zu dienen, ein Kleines zur Wesenserhellung von Ehe und Familie beizutragen und vielleicht selbst dem Richter noch, der es fast nur mit dem Zerrbild einer traurig gestörten Wirklichkeit zu tun hat, die trotz allem Unheil heilen Ordnungsmächte der Ehe und Familie wiederum ins richterliche Wissen zurückzurufen, schiene eine nicht geringe Mühe nicht nutzlos vertan.

ERSTER TEIL

VORAUSSETZUNGEN UND GRUNDLAGEN
DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

Erster Abschnitt

DER NATURRECHTLICHE ANSATZ

DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

Die Deutsche Bundesrepublik hatte sich in ihrer Verfassung, dem Bonner Grundgesetz, die Pflicht auferlegt, innerhalb ihres Hoheitsgebietes nicht nur die persönlichen Menschenrechte zu gewährleisten¹, sondern auch den Institutionen der Ehe und Familie staatlichen Schutz angedeihen zu lassen². Mit dieser doppelten Verpflichtung war die Notwendigkeit einer Reform des Ehe- und Familienrechtes gegeben: in dieser zweifachen Verpflichtung lag aber auch die besondere Schwierigkeit einer solchen Reform beschlossen.

So fraglos die Notwendigkeit einer Reform des deutschen Ehe- und Familienrechtes war, so sehr gaben ihre Schwierigkeiten zu Fragen Anlaß. Diese Schwierigkeiten stellten nicht zuletzt Fragen an das Naturrecht. Im Versuch, sie zu beantworten, vermag dieses mit vielleicht größeren Erfolgsaussichten als sonstwo den Erweis seiner Berechtigung, ja Notwendigkeit anzutreten. Denn in dem Maße, als sich herausstellt, diese Schwierigkeiten sind ohne Rückgriff auf die Naturrechtslehre überhaupt nicht lösbar, ist auch das Naturrecht als notwendig gerechtfertigt. Zum Erweis dieser Notwendigkeit wenden wir uns deshalb zuerst den Schwierigkeiten der deutschen Familienrechtsreform zu. Dabei müssen wir uns aber zunächst mit dem rechtlichen und geschichtlichen Hintergrund beschäftigen, welcher die Reform überhaupt notwendig machte.

¹ Art. 3 GG; (A) 459. Im Gegensatz zu Art. 109 I WeimRV (vgl. S. 23) handelt es sich bei Art. 3 GG um Menschenrechte, nicht um die Rechte Deutscher: nicht der Heimatschein, sondern das Hoheitsgebiet der Deutschen Bundesrepublik ist Prinzip der Rechtszuteilung (vgl. BETTERMANN, I/3. (I.1.); dazu vgl. BGH, 54/111).

² Art. 6 GG; (A) 460.

Erstes Kapitel

DIE NOTWENDIGKEIT

DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

§ 1. Die rechtliche Notwendigkeit

Die deutsche Familienrechtsreform war rechtsnotwendig aus rechtssystematischen und aus formell rechtlichen Gründen. *Rechtssystematisch*, weil einerseits das Bonner Grundgesetz in seinem Katalog verfassungsmäßig gewährleisteter Menschenrechte auch jenes der Gleichberechtigung von Mann und Frau enthält, und andererseits das Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch dieser selben Gleichberechtigung in gewissen Bestimmungen eindeutig widerspricht.

Dieser Widerspruch zwischen dem Bonner Grundgesetz und dem Bürgerlichen Gesetzbuch schien denn auch dem Verfassungsgeber hinsichtlich der Gleichberechtigung so offensichtlich, daß er glaubte, sich im 117. Artikel des Bonner Grundgesetzes zusätzlich und ausdrücklich zu einer Bereinigung dieses Widerspruches zwischen Verfassung und Gesetz verpflichten zu müssen³.

Damit war der Grundsatz der Gleichberechtigung nicht nur wie in der Weimarer Reichsverfassung als schöner Programmsatz⁴, sondern auch als Durchführung einer Rechtsreform verfassungsmäßig festgelegt: Artikel 117 GG legte die Rechtsreform auch *formell* als rechtsnotwendig fest.

³ Vgl. (A) 460.

⁴ Vgl. WeimRV Art. 109 II gegenüber Art. 119 II; dazu etwa WOLLE, 8; HIRSCHMANN, HK 53/278 b; zur Problematik des Programmsatzes vgl. BACHOF, 56/399 b; KRAUSS, 54/61 b (2); BVerfG, SH 77 a; bes. 57/84 a (vollständig in: Bundessteuerblatt 57/193 b; 198).

Bei dieser Rechtsreform ging es nun „nicht nur um die staatsbürgerliche Gleichberechtigung: sie ist bereits [1919] in der Weimarer Verfassung verwirklicht worden. Auch nicht nur um eine grundsätzliche, menschliche Gleichstellung in der Ehe: denn dagegen gibt es seit langem, wenigstens in unseren Kulturbreiten keine Einwände mehr, und die Weimarer Verfassung hat in Artikel 119 ausdrücklich festgelegt, die Ehe beruhe auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter. Was die Bundesverfassung von Bonn erstrebt, ist mehr: der Gesetzgeber soll den gesamten Bereich des geltenden deutschen Rechtes nachprüfen, und was vor dem Grundsatz der Frauen-Gleichberechtigung nicht bestehen kann, soll er beseitigen oder durch bessere Gesetze ersetzen⁵“.

Diese Nachprüfung mußte ergeben, daß das BGB doch nicht ganz so rückständig ist, wie ihm gerne vorgeworfen wurde, und daß die Frau als solche in der Gesetzgebung — wenn auch nicht überall im praktischen Leben — die Gleichberechtigung mit dem Manne erreicht hat⁶. Was aber der Gleichberechtigung der Frau stracks entgegenläuft, ist die Behandlung, die das BGB der Frau in seinen ehe- und familienrechtlichen Bestimmungen zuteil werden ließ⁷.

So mußte die Rechtsreform vorab und ganz besonders *Ehe- und Familienrechtsreform* sein: Mithin wuchs dem Staate die Aufgabe zu, die rechtlichen Bestimmungen gerade der Ehe und Familie zu überprüfen, damit fürderhin dem sowohl im Grundgesetz als auch allgemein im BGB vorgängig anerkannten Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau nicht hinterher durch das Ehe- und Familienrecht wiederum Abbruch geschehe.

Das ist die Familienrechtsreform, soweit sie für uns in Betracht kommt⁸. Sie bestand in der Aufgabe, das Ehe- und Familienrecht so zu gestalten, daß das gute Recht der Frau auf Gleichstellung mit dem

⁵ ZEIGER, StdZ 52/176. Zum geschichtlichen Verlauf der Reform vgl. FRR, 16; dazu BTDeb. III (Anlage 7) 11824 D ff.

⁶ Vgl. SCHEFFLER, DJT 6; BEITZKE, Glb 28; v. NELL-BREUNING, in: Die Frau, 211.

⁷ SCHEFFLER, DJT 7.

⁸ Die Frage der Wiederherstellung der Rechtseinheit im Bereich des Familienrechts (Beseitigung des nach 1945 entstandenen Länder- und Zonenrechtes und des nach 1933 erlassenen nationalsozialistischen Familienrechts) bleibt hier ganz außer Betracht. Ebenso das damit zusammenhängende Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht (vgl. etwa CONRAD, Grundprobleme 55; HIRSCHMANN, HK 53/277b und HK 54/340; Literatur in Rechtspfleger-Jahrbuch 1956, 101). BOSCH meint, die Versteinierung des Besatzungsrechtes erscheine manchmal als bequemer „Kunstgriff“, an der Problematik der Rechtsreform vorbeizugehen (55/177a; 56/310b; vgl. auch 55/226; 57/190b Anm. 15); vgl. aber BRÜHL, 57/283b Anm. 88.

Manne nicht nur gewährt wird, wenn sie als Staatsbürgerin dem Staatsbürger, als Berufstätige dem Berufstätigen, als Vertragspartnerin dem Vertragspartner gegenübertritt, sondern nicht minder auch dann, wenn sie in der Ehe als Gattin dem Gatten und in der Familie als Mutter dem Vater ihrer Kinder sowohl zur Seite als auch gegenübersteht. Anders ausgedrückt: die Familienrechtsreform mußte — von der Gleichberechtigung aus gesehen — dahin wirken, daß die verheiratete Frau nicht mehr vor ihrer unverheirateten, dem Manne gegenüber in viel stärkerem Maße gleichberechtigten Schwester benachteiligt erscheint⁹.

§ 2. Die geschichtliche Notwendigkeit

Mit der Durchführung der Gleichberechtigung auch im Ehe- und Familienrecht war „anscheinend der Schlußstein der modernen Frauenemanzipation in Deutschland gesetzt“¹⁰. Eine hundertfünfzigjährige Entwicklung findet ihren Abschluß.

Vorbereitet durch religiöse und geistesgeschichtliche Unterströmungen, die eine allgemeine Gleichheit der Menschen und Staatsbürger gefordert hatten¹¹; veranlaßt durch die wirtschaftliche Entwicklung, die mehr und mehr auch die Frau in den Wirtschaftsprozeß einzugliedern begann, sie damit aus dem Hause entfernte und in die Öffentlichkeit stellte, nicht ohne ihr dadurch zwangsläufig eine größere Selbständigkeit zu verschaffen¹²; bald einmal von immer weiteren Frauenkreisen aufgenommen¹³; in der Frauenbewegung gesammelt¹⁴; von Parteiprogrammen machtvoll unterstützt¹⁵, war die Gleichberechtigung im 19. und beginnenden 20. Jahrhundert namentlich auf vier Hauptfeldern vorgetragen worden:

⁹ „Im Bezug auf die unverheiratete Frau bedarf es zur Verwirklichung des Grundsatzes der Glb im allgemeinen keiner Gesetzesänderung mehr. Nur die verheiratete Frau ist im Gesetz noch vielfältig und entscheidend zurückgesetzt“ (SCHEFFLER, DJT 7; vgl. SPD-ENTWURF, 40; K. WEBER, BTDeb. II/482A).

¹⁰ BEITZKE, Glb 9.

¹¹ Vgl. BEITZKE, Glb 11; zum Ganzen BRUNNER, 314 mit Literatur; BUMILLER; zur Rechtsstellung etwa CONRAD, DKW 54/193—198. KUEHNELT-LEDDIHN, Freiheit oder Gleichheit, Salzburg 1953, geht ungeachtet dessen, daß er im Vorwort von (thomistischer) Philosophie redet, auf das Philosophische überhaupt nicht ein, bringt aber interessante historische Hinweise in eigenwilliger Deutung.

¹² BEITZKE, Glb 11.

¹³ HEDEMANN, 2; 12.

¹⁴ HEDEMANN, 10.

¹⁵ Namentlich von der Sozialdemokratischen Partei; vgl. HEDEMANN, 6; über die innere Richtungsänderung von Bebel zu Menger vgl. BUMILLER.

Im *Schulwesen* mit der Forderung, auch für die Mädchen entsprechende höhere Bildungsmöglichkeiten zu schaffen; auf dem Gebiete von *Beruf* und *Arbeit*, einerseits mit dem Kampf um die Zulassung der Frau zu jenen bisher ausschließlich dem Manne vorbehaltenen Berufen, andererseits mit dem Ruf nach gleichem Lohn für beide Geschlechter; im Bereiche der *Politik*, gipfelnd im Wahlrecht auch der Frauen und schließlich, als alle diese Forderungen auf dem weiten Gebiete der Öffentlichkeit zu einem erheblichen Teil Rechtswirklichkeit geworden waren, auch noch im innern Kreis häuslichen Lebens mit dem Anspruch rechtlicher Gleichsetzung der *Ehefrau* mit dem Ehemann¹⁶.

Innerhalb der Gesamtfrage der Gleichberechtigung von Mann und Frau ist jene, die das Ehe- und Familienleben betrifft, ohne Zweifel die wichtigste, aber auch die schwierigste. Es handelt sich ja hier weder um die uns heute vielleicht etwas komisch anmutende Suffragettenleidenschaft einiger unserer Großmütter, noch um Fragen bloß arbeitsrechtlicher Natur, die jene weniger interessieren, die keiner außerhäuslichen Erwerbstätigkeit nachgehen. Vielmehr stehen bei der Gleichberechtigung im Umkreis der Ehe und Familie Männer und Frauen nicht nur ganz allgemein, sondern auch in einem wesentlichen Teile ihrer selbst in Frage. Zumal die Frauen sind in diese Frage sehr existentiell hineinverwoben. Denn eben haben wieder zwei männerverschlingende Weltkriege gezeigt, wie wichtig und unersetzlich die Frau gerade in Ehe und Familie ist. Und in diesem Bereich nun sollten sie gleichgestellt als gleichberechtigte Gattin und Mutter neben Gatten und Vater treten.

Im Ehe- und Familienrecht beansprucht zwar das *eheliche Güterrecht*, als der staatlichen Ordnungsgewalt besonders zugewiesen¹⁷, den weitaus größten Raum. Auch übertrifft es an rechtsgestaltender und faktisch wirksam werdender Kraft¹⁸ die anderen Bestimmungen. Zudem benachteiligte das eheliche Güterrecht die Frau ohne Zweifel, war am stärksten von der gewandelten sozialen Stellung der Frau betroffen und bedurfte allein schon deshalb am dringendsten der Reform.

Trotzdem konnte es bei der vorwiegend grundsätzlich eingestellten Diskussion nicht ausbleiben, daß stärker als die güterrechtlichen

¹⁶ HEDEMANN, 1; 11; 18.

¹⁷ HIRSCHMANN, HK 53/277 a (unten); R-S, 10.

¹⁸ Vgl. WILKENS, 51; DEUTSCHER GEWERKSCHAFTSBUND, IFS 27.

Bestimmungen die sogenannten *persönlichen Rechtswirkungen* der Ehe im Vordergrund standen. Zumal zwei Verfügungen schienen hier die Gleichberechtigung der Frau in Frage zu stellen. Die erste übertrug dem Ehemann jenes Entscheidungsrecht, wonach er in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten bestimmen kann, was zu geschehen habe¹⁹. Die andere legte ein entsprechendes Recht in die Hand des Vaters und überließ ihm damit für Familie und Kinder die Entscheidungsgewalt²⁰.

In beiden Fällen scheint das Recht der Gattin und Mutter gegenüber dem des Gatten und Vaters hintangesetzt, die Gleichstellung der Frau verletzt, der Frau Unrecht getan. Gibt es sich doch den Anschein, als könne der Gatte und Vater auf Grund dieser Verfügungen über den Kopf der Gattin und Mutter hinweg und allenfalls gegen ihren Widerstand seinen Entscheid fällen.

So ist es verständlich, daß sich gerade an diesem ehemännlichen Entscheidungsrecht die Geister als am entscheidenden Wendepunkt recht eigentlich schieden²¹, und daß im besondern diese Bestimmungen als hoch explosiv²² im Mittelpunkt der bisweilen leidenschaftlich erregten Diskussion standen und stehen, und aus weltanschaulichen und politischen Gründen den größten Kämpfen ausgesetzt waren und sind²³.

Damit zeigt sich innerhalb der Notwendigkeit der Familienrechtsreform überhaupt die besondere Notwendigkeit, angesichts der Gleichberechtigung von Mann und Frau das Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie zu überprüfen, und sich seiner Möglichkeit oder aber seiner Unverträglichkeit bewußt zu werden.

¹⁹ § 1354 BGB; (A) 465.

²⁰ §§ 1626 ff. BGB vgl. (A) 466. Für den Rechtsvergleich mit andern Ländern vgl. HAGEMEYER I (§ 1354); III (§ 1626).

²¹ HEDEMANN, 36; SCHEFFLER, DJT 6; ULMER, DJT 37; CONRAD, Grundprobleme 71; BETTERMANN, II/8; BRÖCKELCHEN, IFS 54b.

²² M. v. BRÜCK, in: Die Gegenwart (1952) 554 (zit. von Bosch, SH 20 Anm. 83).

²³ Vgl. WILKENS, 51; ARNOLD, DRiZ 53/82a; CONRAD, Grundprobleme 88; GERKEN, MDR 53/329b. Gerichte: OLG Celle, SH 54b; LG Duisburg, SH 57b (oben); 62b (oben); 60a Ablehnung des Vorschlags v. DEINES (NJW 53/946); BGH, SH 66a (unten).

Ergebnis

1. Das Bonner Grundgesetz verlangte im Hinblick auf den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau auch formell eine geschichtlich notwendige durchgängige Rechtsreform.

2. Diese Rechtsreform mußte in erster Linie eine Ehe- und Familienrechtsreform sein.

3. Innerhalb dieser Ehe- und Familienrechtsreform, erfordern die Bestimmungen über das eheliche und familiäre Entscheidungsrecht besondere Beachtung.

Zweites Kapitel

DIE PROBLEMATIK

DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

Die Schwierigkeit der deutschen Familienrechtsreform lag letztlich in der *Natur der Sache* selbst²⁴: im Rätselwesen Mensch. Denn in seiner Zweigeschlechtlichkeit macht ja dieser Mensch nicht nur jenes „wie ein Rätsel anmutende Phänomen der Gleichberechtigung von Mann und Frau“²⁵ überhaupt erst möglich; sondern diese seine geschlechtliche Verschiedenheit richtet den Menschen auch auf jene naturhaften, nicht minder geheimnisreichen Geschlechtsverbindungen der Ehe und Familie aus, in denen die Gleichberechtigung erst ihre eigentliche Schwierigkeit zu enthüllen scheint.

So steht wohl hinter allen Schwierigkeiten die ungelöste, vielleicht sogar ungestellte Frage nach dem Menschen in Ehe und Familie: nach dem Menschen also, nicht, wie er einfach ein Gemeinschaftswesen, sondern wie er genauerhin ein eheliches und familiales Wesen ist. Was ist dieser Mensch, der zweigeschlechtlich, einerseits die Frage nach der Gleichberechtigung dieser beiden Geschlechter aufwirft und andererseits als eben dieser zweigeschlechtliche auf Ehe und Familie angelegt ist? So spitzt sich die eine Frage zur andern zu: was ist es um die Gleichberechtigung der Geschlechter gerade in der Geschlechtsgemeinschaft der Ehe und Familie?

Die Schwierigkeiten, welche mit der Natur der Sache, also des geschlechtlichen Menschen als Mann und Frau einerseits und der naturhaften Geschlechtsgemeinschaft der Ehe und Familie andererseits

²⁴ Vgl. MÖRSDORF, StdZ 53/322.

²⁵ HEDEMAN, 26.

gegeben sind, liegen indes nicht offen zu Tage. Die Eigenart menschlichen Erkennens bringt es mit sich, daß sich die Schwierigkeit der Sache in die *Begriffe* hineinversteckt, in denen die Sache ihr erkenntnismäßiges Abbild findet. Daher die Schwierigkeit nicht nur der Sache, sondern vielleicht noch mehr der entsprechenden Begriffe. Der wohl schwierigste dieser Begriffe dürfte jener der Gleichberechtigung sein. Deshalb glauben wir, gerade mit einer Erörterung des Gleichberechtigungsbegriffes beginnen zu sollen.

Das *Ziel* dieser Erörterung ist ein doppeltes. Einmal müssen wir einen ersten Einblick in die Schwierigkeiten der deutschen Familienrechtsreform gewinnen. Besonders aber soll uns die eigentümliche Bewandnis der Schwierigkeiten zeigen: jener Rechtspositivismus, der das Recht ausschließlich in formalen Prinzipien begründet sieht und in einer bloßen, vom Inhalt völlig losgelösten Nominaldefinition des Rechtes²⁶ sein Genügen findet, ist nicht imstande, ihnen wirksam zu begegnen. Vielmehr erweisen die dem Gleichberechtigungsbegriff innewohnenden Schwierigkeiten eindeutig die Notwendigkeit einer Rechtsbetrachtung, die über das Nominale und Formale hinaus auch das Reale und Inhaltliche in die Rechtsbegründung mit einbezieht.

So haben uns die Schwierigkeiten deutlich zu machen: beim Gleichberechtigungsbegriff genügt es nicht, sich bloß abstrakt-formal zu fragen: was ist rechtliche Gleichheit? Sondern es ist ebenfalls zu fragen: wer sind denn die, welche durch die rechtliche Gleichheit einander rechtlich gleich sind? Das will heißen, die Frage nach der Gleichheit läßt sich auf abstrakt-formaler Ebene gar nicht beantworten, wenn man nicht auch die konkret-inhaltliche Frage nach denen, die gleich sind, bereits mitbeantwortet. In der Frage nach der Gleichberechtigung von Mann und Frau ist immer auch die Frage nach Mann und Frau mit eingeschlossen.

Im Einzelnen stellen sich uns drei Fragen:

1. Insofern im *Gleichberechtigungsbegriff* der allgemeine Gleichheitssatz enthalten ist, erhebt sich die mehr rechtsphilosophische Frage nach der rechtlichen Gleichheit und Ungleichheit. Eben dabei erweist sich aus dem Ungenügen einer bloß formalen Analyse der Gleichheits-

²⁶ Vgl. S. 49 ff.

und Gerechtigkeitsidee die Notwendigkeit weiteren, eigentlich naturrechtlichen Fragens, welches das Formale und Nominale bis in seine Gebundenheit in das Inhaltliche und Reale zurückverfolgt.

2. Dieser Inhalt aber ist im Begriff der *Gleichberechtigung der Geschlechter* der Mensch als Mann und Frau. Deshalb müssen wir auch nach dem Menschen als Mann und Frau fragen, und zwar von der Gleichberechtigung aus besonders danach, ob an dieses Mann- und Frausein nicht auch notwendig und unmittelbar bestimmte Rechtsbezüge geknüpft sind.

3. Nun aber haben wir uns nicht um die Gleichberechtigung von Mann und Frau im allgemeinen, sondern um ihre besondere *Gleichberechtigung in Ehe und Familie* zu kümmern. Das heißt, der Inhalt, in dem wir den Begriff der Gleichberechtigung verwirklicht sehen müssen, ist nicht einfachhin Mann und Frau, sondern Mann und Frau in Ehe und Familie. Infolgedessen bleibt nochmals zu fragen: besitzt diese Lebensgemeinschaft der Ehe und Familie nicht ebenfalls ihre unmittelbaren und ableitbaren Rechtsbezüge? Und wenn ja: muß diese wesenseigene Rechtsgestalt der Ehe und Familie nicht auch die rechtlichen Bewandnisse von Mann und Frau in Ehe und Familie und darin eingeschlossen ihre gegenseitige Gleichberechtigung in eben dieser Gemeinschaft beeinflussen?

Ergebnis

Die deutsche Familienrechtsreform war nicht nur notwendig, sondern auch schwierig. Diese Schwierigkeiten liegen in drei Fragekreisen verborgen. Dabei bedingt der erste Fragekreis, wie noch zu zeigen ist, notwendig die beiden andern:

1. Die Frage nach der *Gleichberechtigung*: was bedeutet beim Gleichberechtigungsbegriff rechtliche Gleichheit?

2. Die Frage nach *Mann und Frau*: welche an das Mann- und Frausein unmittelbar anknüpfenden Rechtsbezüge liegen der Gleichberechtigung der Geschlechter zugrunde?

3. Die Frage nach *Ehe und Familie*: in welche ursprüngliche Rechtsgestalt der Ehe und Familie ist die Gleichberechtigung innerhalb der Ehe und Familie hineinverwoben?

§ 1. Die Frage nach der Gleichberechtigung

Bei näherem Zusehen erweist sich der Gleichbegriff bei weitem nicht so eindeutig, wie man obenhin meinen möchte und immer wieder meint²⁷. Sicher kommt es nicht von ungefähr, daß das Grundgesetz vermeidet, was nun Gleichberechtigung nach Sinn und Inhalt eigentlich bedeuten soll, begrifflich festzulegen. Infolge dieses Fehlens eines gesetzlich umschriebenen Begriffes der Gleichberechtigung bleibt einem nur eine doppelte Möglichkeit. Entweder erkennt man dem Grundsatz der Gleichberechtigung nur die Eigenschaft eines politischen Schlagwortes zu, nicht aber die einer geltenden Rechtskategorie²⁸. Oder aber man versucht in mühereicher Kleinarbeit juristischer Methodik mit den Mitteln rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtssystematischer Hermeneutik den Begriffselementen der Gleichberechtigung nachzuspüren.

Da eine rechtsvergleichende Betrachtung wenig Erfolg verspricht, ist man namentlich um eine rechtshistorische und rechtssystematische Aufhellung bemüht. Sie brachte bisher den geistesgeschichtlichen Ursprung und den rechtlichen Standort des Gleichbegriffes ans Licht: die allgemeine Gleichheit der Menschen untereinander und vor dem Gesetz.

Rechtshistorisch führten gelegentlich Ausflüge zu den Quellbüchern der Gleichberechtigung²⁹ in der Stoa, dem Christentum, der calvinischen Theologie, der Kolonisationsgeschichte Amerikas und in den Idealen der Freimaurerei, der Aufklärung und des Pietismus. Besonders aufschlußreich erwies sich die unmittelbare Vorgeschichte des Gleichbegriffssatzes in den Beratungen zur Weimarer Reichs-

²⁷ Vgl. bes. die Grundstimmung des DJT 1950 (dazu DOMBOIS, 85; BOSCH, FRR 83 Anm. 12): „In Art. 3/2 GG ist mit einem klaren und einfachen Satz die Glb von Mann und Frau ausgesprochen“ (Frau BÄHNISCH, DJT 2; ähnlich SCHEFFLER, DJT 4, ihr folgend SPD-ENTWURF, 39). Vgl. DEHLER: „Der Satz der Glb von Mann und Frau ist logisch klar“ (BTDeb. II/483 B). Der Begriff der Glb hat einen „ihm immanenten präzisen juristischen Sinn“ (BVerfG, SH 76b; dazu freilich KRAUSS, 54/62b). Vgl. (E) 415.

Andererseits hatte schon im Parlamentarischen Rat TH. HEUSS gesagt: „Diese Dinge sind, worüber sich alle Sachverständigen einig sind, sehr subtil zu behandeln“ (Protokolle S. 542, zit. bei Bosch, FRR 54 Anm. 134; vgl. NRO 64). Für die Frauen vgl. H. WEBER (BTDeb. II/512 C). Inzwischen sollte die (gerichtliche) Erfahrung gezeigt haben, daß selbst „mit der Verkündigung und dem Inkrafttreten des GlbG keineswegs „alles klar“ ist, sondern im Grunde für die praktisch tätigen Juristen die Arbeit erst beginnt“ (BOSCH, 57/192a; vgl. S. 376 (3)).

²⁸ Vgl. OLG Celle, SH 52a; LG Duisburg, SH 56a, 59b; AG Mannheim, LG Gießen, MDR 53/361; dagegen: BVerfG, SH 77b (unten).

²⁹ SCHUMANN, Fragen V/18; vgl. BEITZKE, Glb 10; BRUNNER, 41.

verfassung und zum Bonner Grundgesetz. Es ergab sich, daß man unter Gleichberechtigung jedenfalls nicht Gleichmacherei verstanden wissen wollte, und daß man den Begriff der Gleichberechtigung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz in Verbindung brachte³⁰.

Rechtssystematisch erscheint der Gleichberechtigungsbegriff im Bonner Grundgesetz als zweiter Absatz von Art. 3, der in seinem ersten Satz die allgemeine Gleichheit aller vor dem Gesetze festlegt. Der rechtssystematische Standort in unmittelbarer Nähe des allgemeinen Gleichheitssatzes zeigt somit ebenfalls die Verwandtschaft des Gleichberechtigungsbegriffes mit dem allgemeinen Gleichheitsgedanken. Der Gleichberechtigungssatz ist nichts anderes als dessen Ausfluß, Konkretisierung, Verdichtung und Erläuterung³¹. Deshalb ist auch rechtssystematisch betrachtet der allgemeine Gleichheitssatz zur Deutung des Gleichberechtigungsbegriffes mit heranzuziehen.

Rechtshistorisch und rechtssystematisch dem Satze der allgemeinen Menschengleichheit entwachsen, kann der Begriff der Gleichberechtigung nicht verstanden werden, wenn man nicht bereits verstanden hat, was die allgemeine rechtliche Gleichheit der Menschen ist. Darum ist zuerst von der *allgemeinen Rechtsgleichheit* der Menschen zu sprechen. Erst vor diesem Hintergrund läßt sich sinnvoll auch von der *Gleichberechtigung der Geschlechter* reden³². In beiden Fällen scheint es gut, an die besondere geschichtliche Fragestellung unserer Tage anzuknüpfen.

A. Der allgemeine Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz ist problematisch in seiner Geschichte und in seinem Inhalt.

Die *geschichtliche Problematik* besteht darin, daß der Gleichheitssatz seit der Weimarer Zeit in zweifacher Weise gedeutet wird. Zweifach gedeutet, ist er aber zweideutig. Die Zweideutigkeit des Gleichheitssatzes macht seinerseits den Gleichberechtigungsbegriff von seiner

³⁰ Vgl. etwa SCHEUNER, 42.

³¹ KRAUSS, 54/62b, in Anm. 17 Hinweis auf ENGISCH, K.: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (1953); DÜRIG, 54/2a; WOLLE, 10; FREY, 5ff.; SCHEFFLER, DRiZ 53/86a; Gerichte: BVerfG, SH 76a; 57/83b; BGH, 54/19b (8. Leitsatz); JZ 54/156a; BArbG, 54/134b.

³² Im Folgenden ist, soweit der Zusammenhang nichts anderes fordert, stets unter Gleichheit die allgem. (Rechts-)Gleichheit der Menschen, unter Glb die bes. (Rechts)gleichheit von Mann und Frau verstanden.

Grundlage her mehrdeutig. Diese Mehrdeutigkeit kann deshalb auch nur von der Grundlage her überwunden werden. Man muß versuchen, die zwei Deutungen des zugrunde liegenden Gleichheitssatzes in eine einigende Grunddeutung zu sammeln, indem man auf die Grundbedeutung des Gleichheitssatzes zurückgeht. In diesem Versuch offenbart sich die hypothetische Art des Gleichheitssatzes.

Die *inhaltliche Problematik* des Gleichheitssatzes beruht auf dieser Bedingtheit: er ist ein bedingter Satz. Die Realgültigkeit eines bedingten Satzes gründet aber in der Realgültigkeit seiner Bedingung. So wird die Frage des Gleichheitssatzes zur Frage seiner Vorbedingung. Die Antwort auf diese Frage wird zeigen, daß die Vorbedingung den Gleichheitssatz dem Naturrecht zuweist. Anders ausgedrückt: als in seiner *Nominaldefinition* bedingter Satz verweist der Gleichheitssatz auf eine tiefere *Realdefinition* als auf seine eigentliche. Erst in der der Wirklichkeit entnommenen Realdefinition gewinnt er jene Unbedingtheit, ohne die er Schlagwort und Spielball einander widerstreitender Parteien und Weltanschauungen bleibt³³.

I. Zur geschichtlichen Problematik der Gleichheitsdeutungen

1. Die Zweideutigkeit des Gleichheitssatzes

Eben hatte man während der Weimarer Zeit das Gleichheitsproblem wieder einmal aufgerollt. Den Anlaß bot die Weimarer Reichsverfassung, die in Artikel 109 bestimmte: „Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.“ Dieser Satz fand zwei Auslegungen: eine historisch-politische von *Nawiasky* und *Hippel* und eine ethisch-rechtsphilosophische von *Leibholz*, *Kaufmann* und *Triepel*³⁴.

³³ Insofern stimmen wir mit WOLLE völlig überein: „... Wirklichkeitsanschauung muß bei der FRR entscheidend sein, wenn es sich darum handelt, einen Vorschlag abzulehnen oder zu billigen“ (5). „Andernfalls steht man in der Gefahr, der Diktatur einer sachfremden Ideologie zu verfallen“ (WILKENS, 51).

³⁴ Vgl. BETTERMANN, I/3 I. 1ff.; für die heutige Diskussion vgl. Kommentare zum GG; vgl. Besprechung des Mangoldtischen von BACHOF, 56/399 a. Allgemein gewinnt man den Eindruck, man sei sich bei der Glbsdiskussion nicht immer der Schwierigkeit des Gleichheitssatzes bewußt gewesen und etwas schnell von der keineswegs abgeschlossenen Gleichheitsdiskussion zur Glbsfrage übergegangen. Zur alten Frage vgl. etwa noch die Auseinandersetzung zwischen LEIBHOLZ, DV 51/198 und THOMA, DV 51/458 (vgl. SCHEFFLER, DRiZ 53/86 Anm. 18).

a) *Rechtsgleichheit als Privilegierungsverbot*

Die historisch-politische Deutung beruht auf der Unterscheidung von persönlicher und sachlicher Rechtsgleichheit. Unter *persönlicher* Rechtsgleichheit ist dabei jener um die Mitte des 19. Jahrhunderts aufkommende Gleichheitsgedanke verstanden, der durch Abschaffung der Standes- und Klassenvorrechte jedem Rechtssubjekte gleiche subjektive Rechte und Pflichten zuteilt und mit diesem *Privilegierungsverbot* das Fundament unserer heutigen demokratischen Staatsverfassung legt. *Sachliche* Rechtsgleichheit aber wird begriffen als jene erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts auftauchende Gleichheitsauffassung, die an das gleiche Rechtsobjekt — den gleichen objektiven Sachverhalt — auch gleiche Rechtsfolgen knüpft.

Im Gleichheitssatz sah man vornehmlich die persönliche Rechtsgleichheit gewährleistet. Die Rechtsgleichheit im Sachenbereich wollte man nur für die Rechtsanwendung, nicht aber als Forderung auch an die Gesetzgebung im allgemeinen Gleichheitssatz enthalten wissen. Nicht die Gleichheit der Sache als Rechtsobjekt, sondern die Gleichheit der Person als Rechtssubjekt stand im Mittelpunkt. In einen gewissen Gegensatz dazu stellt die ethisch-rechtsphilosophische Auslegung die sachliche Rechtsgleichheit in die Mitte.

b) *Rechtsgleichheit als Willkürverbot*

Die sachliche Rechtsgleichheit, von der die ethisch-rechtsphilosophische Deutung ausgeht, deckt sich allerdings nicht mit der sachlichen Rechtsgleichheit der ersten Auffassung. Denn hier ist die persönliche Gleichheit der sachlichen nicht kontradistinkt gegenübergestellt, sondern in ihr als eine „sehr wichtige Ausstrahlung des allgemeinen Gleichheitsgedankens³⁵“ miteingeschlossen. So steht in diesem Begriff sachlicher Rechtsgleichheit „sachlich“ im Gegensatz nicht zu „persönlich“, sondern lediglich zu „*unsachlich*“.

Sachlich ist gleichbedeutend mit „sachgemäß“. Rechtsgleichheit fordert also hier sachentsprechende Behandlung und verbietet willkürliche. Durch dieses Willkürverbot ist die Gleichheitsforderung nichts anderes, als eine Wiederholung und Positivierung der aristotelischen Gerechtigkeitsdefinition, die Gleiches gleich, Ähnliches

³⁵ TRIEPEL bei KAUFMANN-NAW., 50.

ähnlich, Ungleiches ungleich zu behandeln verlangt, also eine Behandlungsweise fordert, die positiv der Eigenart der Sache entspricht und damit sachgemäß ist, und die negativ Willkür ausschließt³⁶.

2. Die Eindeutigkeit des Gleichheitssatzes

Bettermann ist zwar der Ansicht, die Willkürtheorie sei gegenüber der historisch-politischen Deutung „ein völliges aliud³⁷“. Dennoch mag es im Hinblick auf den Begriff der Gleichberechtigung von Mann und Frau gerechtfertigt sein, die Verbindungslinie zwischen den beiden Deutungen zu suchen. Denn nur so scheint die Ausgangslage für den Gleichberechtigungsbegriff breit und gesichert genug.

Unbestritten dürfte sein: durch den Begriff der Rechtsgleichheit soll bei beiden Deutungen Willkür ausgeschlossen werden. Nur daß es bei der rechtsphilosophischen Deutung um die Willkür überhaupt geht, indes die staatsrechtliche Deutung nur den einen Fall der Willkür herausgreift, der nach dieser Ansicht in der Privilegierung besteht. So läßt sich vermuten, die Verschiedenheit der Deutungen beruhe auf einer Verschiedenheit des jeweiligen Willkürbegriffs. Deshalb ist von einem Grundbegriff der Willkür her das Wechselverhältnis der beiden Deutungen zu bestimmen.

a) Zum Begriff der Willkür im Gleichheitssatz

1. *Willkür im allgemeinen* meint das willentliche Setzen oder Gesetzsein einer Handlung, also deren Begründetsein in einem Willensakt. *Willkür im präzisen* Sinne meint positiv eben dieses unmittelbare Begründetsein einer Handlung in der Willenssetzung, *sieht* aber davon *ab* (praescindit), ob (und wie) die Handlung auch noch außerhalb des Beliebens des Handelnden im behandelten Sachverhalt selbst begründet ist. So verstanden fällt Willkür zusammen mit dem Vollzug der Willensfreiheit.

³⁶ Gut formuliert diese Auffassung WIELAND: „... Zum Wesen des Rechtes gehört, daß die Rechtssubjekte untereinander gleichgestellt sind. Dies bedeutet ja nicht unterschiedslose Gleichheit abstrakter Personen, sondern gleiche Behandlung in Bezug auf gleiche Voraussetzungen, ungleiche Behandlung in Bezug auf ungleiche Voraussetzungen. Dieser Gleichheitsgrundsatz ist kein Ergebnis der Menschenrechtstheorie der Neuzeit, sondern kommt jedem Recht als solchem zu, wenngleich die Anschauungen darüber, was im konkreten Fall als gleich und was als ungleich zu betrachten ist, auseinander gehen können und in der Geschichte ja auch vielfach auseinander gegangen sind. Daß aber eine derartige Gleichheit in irgendeiner Weise immer noch vorhanden ist, unterscheidet das Rechtsverhältnis von jedem Gewaltverhältnis“ (99).

³⁷ BETTERMANN, I/4 Anm. 2.

Willkür im negativen Sinne meint positiv das willentliche Belieben, schließt aber *negativ* die Sachbegründetheit und damit auch eine verstandesmäßige Begründbarkeit der Handlung aus: stat pro ratione voluntas. Durch das negative Merkmal gewinnt Willkür dann die Bedeutung von Unsachlichkeit als Unsachgemäßheit, und endlich schließt man von der Unsachlichkeit einer Handlung auf deren Willkürlichkeit zurück. Im Alltagsgebrauch hat Willkür fast ausschließlich diese Bedeutung der Unsachgemäßheit. So geht der Begriff auch in die Rechtssprache ein.

2. *Willkür im rechtlichen Sinne* läßt sich demnach umschreiben als Zuerkennung einer rechtlichen Position, die sachlich nicht begründet ist, sondern ihren Grund nur in der formalen willentlichen Setzung als solcher hat. Dabei kann Willkür vorliegen bereits in der Tatsache der Setzung, insofern sich nicht einmal die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung als solcher aus der in Frage stehenden Sache erweisen läßt. Willkürlich kann aber auch bloß der Inhalt der Setzung sein, wenn eine rechtliche Regelung zwar sachlich gefordert ist, ihre bestimmte Art und Weise aber nicht der Sachlage entspricht. *Willkürverbot* bedeutet mithin *negativ*, daß Gründe, die nur im rechtsprechenden Subjekte liegen, die rechtliche Regelung nicht beeinflussen dürfen. *Positiv* aber heischt das Willkürverbot, die Rechtsregelung müsse in ihrem Dasein sachgefordert, in ihrem Inhalt sachgemäß sein.

Anders ausgedrückt: rechtliche Willkür setzt einen Gegensatz zwischen das Subjekt, das Recht spricht, und den Sachverhalt, über den es Recht spricht. Willkürverbot aber schließt aus diesem Gegensatzpaar das rechtsprechende Subjekt als Begründungsmöglichkeit für die rechtliche Regelung des Sachverhaltes aus. Eine bloß aus dem rechtsprechenden Subjekt geschöpfte Begründung hat keine rechtliche Geltung. Als Ausschluß einer der Sache nicht entsprechenden und als Forderung einer sachgemäßen Behandlung wird der Begriff des Willkürverbotes auch im Begriffe rechtlicher Gleichheit verstanden.

3. *Willkürverbot angesichts rechtlicher Gleichheit* besagt demnach nicht zum vornherein ein unbedingtes Verbot jeglicher Ungleichbehandlung, sondern nur das einer willkürlichen, weil sachlich nicht begründeten und daher unsachgemäßen. Im übrigen aber bleibt die Frage, ob angesichts der Menschengleichheit sich noch eine Begrün-

dungsmöglichkeit böte für eine allfällige Ungleichbehandlung. Zutreffendenfalls könnte eine Ungleichbehandlung vor dem Willkürverbot bestehen, ja, das Willkürverbot könnte, insofern es positiv die unbedingte Forderung einer sachgemäßen Behandlung enthält, unter Umständen eine Ungleichbehandlung geradezu fordern. Dann nämlich, wenn anders die Sache gar nicht sachgemäß zu behandeln wäre, so daß eine gleichmachende Behandlung ihrerseits zur Willkür würde³⁸. Die ganze Frage nach der Möglichkeit einer Ungleichbehandlung hängt also ab von der Frage: sind die Menschen trotz ihrer durch den Gleichheitssatz vorausgesetzten Gleichheit nicht doch irgendwo noch so ungleich, daß sich daraus eine *Ungleichbehandlung als einzig sachgemäße* begründen läßt? Die Antwort auf diese Frage gewinnen wir am besten im Anschluß an den Begriff des sogenannten Rechtsverhältnisses.

aa) Willkür und der Begriff des Rechtsverhältnisses

Bei jeder Rechtsregelung ist zu unterscheiden zwischen Rechtsvorgang und Rechtszustand. Der Rechtsvorgang ist die Setzung des Rechtes, indem die *Rechtsinstanz* (Verfassungs- oder Gesetzgeber, Richter) den Rechtsverhalt regelt. Der Rechtszustand ist dann dieser Rechtssachverhalt als rechtlich geordneter. Er besteht aus den Rechtssubjekten und dem Rechtsobjekt. *Rechtssubjekte* sind jene Personen, die durch die Rechtsinstanz auf das Rechtsobjekt hin entweder subjektiv berechtigt (Rechtssubjekt im engeren Sinn) oder verpflichtet werden (Rechtsterminus). *Rechtsobjekt* ist eine Sache rein materieller oder geistig-körperlicher Art, sei es unmittelbar, sei es mittelbar

³⁸ Vgl. DÜRIG, 54/2a; gute Zusammenfassung bei HERMINGHAUSEN (NJW 55/1867): willkürlich = ohne ausreichende sachliche Gründe, ohne Erfordernisse der Gerechtigkeit; diskriminierend = aus sachfremden Beweggründen. Vgl. v. NELL-BREUNING: „Die Gerechtigkeit fordert, positiv gewendet, Gleiches gleich und Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln, oder vielleicht noch schärfer in der negativen Formulierung: die Gerechtigkeit verbietet, Gleiches willkürlich ungleich zu behandeln. Wo eine Ungleichbehandlung stattfinden soll, muß sie begründet sein in einer Ungleichheit des zu behandelnden Gegenstandes, der zu regelnden Lage usw., um auf diese Weise Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln“ (4). Dabei ist selbstverständlich nicht jede Ungleichheit Grund zur Ungleichbehandlung. Erst als „wesentliche“ wird sie rechtserheblich (vgl. DÜRIG, (E) 419). Dieses Wesentliche ist aber nicht formal, sondern nur inhaltlich zu bestimmen: die Ungleichheit ist (für ein Ding) wesentlich, insofern das betreffende Ding ohne den Vollzug dieser Ungleichheit nicht mehr es selbst wäre, so daß also diese Ungleichheit mit zu dem „Seinen“ des Dinges gehört (vgl. S. 117). Gerichte: BVerfG (vgl. Anm. 60); BGH (vgl. (E) 391 (II)).

(wenn die Sache erst noch durch irgendeine menschliche Dienstleistung unmittelbarer Rechtsgegenstand werden muß; in diesem Falle ist dann die Leistung unmittelbares Rechtsobjekt).

Die menschliche Person ist immer (nur) Rechtssubjekt. Die Person unmittelbar als Person kann daher nie Rechtsobjekt werden. Wohl aber vermag es die Person mittelbar als leistende oder bedürftige, sofern sie eben mit ihrer Arbeitsleistung oder ihren Bedürfnissen auftritt und insofern das Recht sich um die gemeinschaftliche Ordnung gerade auch dieser Angelegenheit zu mühen hat³⁹.

Der im Zusammenhang mit der Willkür wesentlichste Begriff des Rechtsverhältnisses ist der *Rechtstitel*. Er ist der Grund, weswegen beim Rechtsvorgang die Rechtsinstanz das eine Rechtssubjekt auf das Rechtsobjekt hin berechtigt, das andere verpflichtet, und weswegen dann im Rechtszustand das Rechtssubjekt (im engeren Sinn) mit einem diesbezüglichen subjektiven Recht, der Rechtsterminus mit einer entsprechenden subjektiven Pflicht behaftet ist.

Wie jede Handlung einen Grund, so braucht jede Rechtshandlung einen Rechtsgrund oder Rechtstitel. Da nun das Rechtsverhältnis ein Wechselverhältnis zwischen Rechtsinstanz, Rechtssubjekten und Rechtsobjekt ist, muß der Rechtstitel bei einem dieser drei Rechtsglieder gelegen sein. Wo muß er liegen, damit eine Rechtshandlung überhaupt, und wo, damit eine rechtliche Ungleichbehandlung begründet ist?

bb) Die Rechtstitel der Gleich- und Ungleichbehandlung

1. *Die Rechtsinstanz als Rechtstitel* einer Rechtshandlung kommt überhaupt *nicht in Frage*. Gerade das hat sich ja in unserer vorläufigen Umschreibung als Willkür gezeigt: Rechtshandlung als ausschließlich gestützt durch Beweggründe des rechtsentscheidenden Subjektes. Es sind alle Menschen mindestens in dem Sinne gleich, daß sie keines-

³⁹ Vgl. TH. MEYER, I. Nr. 465. Die eigentliche Schwierigkeit des Gleichheitssatzes liegt bei diesen Diensten und Bedürfnissen (vgl. S. 30). Sie bilden sozusagen die Mitte zwischen Person und Sache, indem sie zwischen beiden vermitteln: Obwohl von der Person ausgehend, sind sie als auf die Sache gerichtet bereits irgendwie schon sachhaft; obschon von der Sache her geprägt, gehören sie als aus der Person entspringend immer noch mit zur Person. Deshalb sind sie sowohl unmittelbar Rechtsobjekt, als auch mittelbar Rechtssubjekt. Denn die menschliche Person wird als Rechtssubjekt mittels dieser auf das Rechtsobjekt gerichteten Leistungen selbst zum unmittelbaren Rechtsobjekt; und die Sache als Rechtsobjekt wird mittels dieser aus dem Rechtssubjekt ausgehenden Leistungen ihrerseits zum mittelbaren Rechtssubjekt. Diese Leistungen und Bedürfnisse bilden das eigentliche Objekt der Forderung sachlicher Gleichheit (vgl. S. 37; 74).

falls aus rein persönlichen Gründen der Rechtsinstanz ungleich zu behandeln sind. Damit ist ein erster Begriff von Gleichheit (die *Gleichheit vor der Rechtsinstanz*) gefunden und der bisherige Willkürbegriff als *Grundfall der Willkür* bestätigt.

2. *Rechtssubjekte als Rechtstitel* sind hingegen *möglich*. Angesichts der persönlichen Gleichheit der Menschen untereinander sind sie zwingender Rechtsgrund für Gleichbehandlung. Das heißt, eine Rechtshandlung kann begründet sein in den Menschen als Rechtssubjekten. Weil aber die Menschen als Personen und damit auch als Rechtssubjekte gleich sind, *muß* diese Behandlung *Gleichbehandlung* sein. Wenn die Rechtsinstanz eine Rechtshandlung vornimmt und sie abgesehen von rein persönlichen (also willkürlichen) Beweggründen in nichts anderem begründen kann als in den Rechtssubjekten, die zur Behandlung stehen, *muß* es Gleichbehandlung sein. Eine *Ungleichbehandlung* ist in den Rechtssubjekten als solchen *nicht* begründbar: sie wäre Willkür.

Daraus ergibt sich ein zweiter Begriff von Willkür und von Gleichheit. Die Menschen sind nicht nur vor der Rechtsinstanz, sondern auch untereinander gleich. Gleich bedeutet demnach: Die Rechtssubjekte als Personen sind so gleich, daß in ihnen als Personen kein Grund (Rechtstitel) liegt, sie ungleich zu behandeln. *Willkür* aber ist jene Ungleichbehandlung, deren Rechtstitel abgesehen von den persönlichen Gründen der Rechtsinstanz nur die Person der Rechtssubjekte ist. Jede Rechtshandlung *muß* also außerhalb der Rechtsinstanz, jede rechtliche Ungleichbehandlung zusätzlich auch außerhalb der Rechtssubjekte begründet sein.

3. *Das Rechtsobjekt als Rechtstitel* kommt in Betracht sowohl für rechtliche Gleichbehandlung als auch für rechtliche Ungleichbehandlung. Es liegt im Wesen dieses Rechtstitels, die Natur der Sache zu unterstellen. Deshalb ist jede Behandlung, die sich auf diesen Rechtstitel stützt, per definitionem sachgemäß. Sachgemäß ist sie aber nur, wenn sie die Sachen gemäß der ihnen eigenen Gleichheit bzw. Ungleichheit gleich bzw. ungleich behandelt. Ist das Rechtsobjekt unmittelbar eine *Sache*, versteht sich das von selbst.

Sind aber auch dann, wenn menschliche *Leistungen und Bedürfnisse* zum unmittelbaren Rechtsobjekt werden, Rechtstitel für Gleich- und Ungleichbehandlung gegeben? Ohne Zweifel. Daß Leistungen und

Bedürfnisse gleich und damit auch Rechtstitel für Gleichbehandlung sein können, ist unbestritten. Daß sie auch ungleich und daher Rechtsgrund auch für Ungleichbehandlung werden können, ja allenfalls müssen, ist unbestreitbar:

Es rechnen nämlich nicht nur alle Menschen damit, daß die Menschen unbeschadet ihrer subjektiven Gleichheit, in ihren subjektiven Fähigkeiten, Leistungen und Bedürfnissen sehr ungleich sind und sein müssen, sondern auch der Gleichheitssatz selbst setzt diese Ungleichheit voraus. Er sagt darum nur: alle Menschen sind gleich, 1. schlechthin vor der Rechtsinstanz, 2. untereinander, soweit das Rechtssubjekt unmittelbar als Person reicht. Er setzt aber, will er nicht selbst der Willkür verfallen und so sich selber aufheben, notwendig voraus: die Menschen sind, was ihre mittelbar an die Person geknüpften persönlichen Leistungen und Bedürfnisse angeht, mannigfach ungleich. Werden aber diese bloß mittelbar mit dem Rechtssubjekt verbundenen bald gleichen, bald ungleichen Leistungen und Bedürfnisse Rechtsobjekt, dann wird es zum Rechtsort sowohl der Gleichheit wie der Ungleichheit. Es muß daher auch Rechtsgrund der Ungleichbehandlung sein können.

Als Rechtstitel für Gleich- *und* Ungleichbehandlung bedingt das Rechtsobjekt auch eine dritte Gleichheitsforderung und eine dritte Willkürmöglichkeit:

a) *Gleichheitsforderung* heißt hier: mittels ihrer Leistungen und Bedürfnisse Rechtsobjekt geworden, sind die Menschen gleich zu behandeln, wenn ihre Leistungen und Bedürfnisse gleich sind; sie sind ungleich zu behandeln, wenn ihre, zur Entfaltung ihrer Person notwendigen, Leistungen und Bedürfnisse so ungleich sind, daß eine daran knüpfende Gleichbehandlung unmittelbar die Entfaltung der Person, mittelbar auch das Wohl der Gesellschaft gefährdete. Mit andern Worten: die an das Rechtsobjekt gerichtete Gleichheitsforderung ist, anders als die an die Rechtsinstanz und die Rechtssubjekte geknüpfte, *bedingt*. Denn die Rechtsinstanz ist *nie* Rechtstitel, und die Rechtssubjekte, bloß auf den Rechtstitel ihrer Person hin, sind *immer* gleich zu behandeln. An den Rechtstitel des Rechtsobjektes geknüpfte Rechtsfolgen jedoch müssen *je nachdem* gleich oder ungleich sein.

b) *Willkür* bezüglich des Rechtsobjektes ist mithin 1. die *Gleichbehandlung ungleicher Leistungen und Bedürfnisse*, ohne den Beweis, daß durch diese *Gleichbehandlung* weder die betreffende Person noch die Gemeinschaft gefährdet ist, 2. die *Ungleichbehandlung* gleicher Leistungen oder Bedürfnisse, die aufgrund ihres objektiven Rechtstitels auf Gleichbehandlung dringen.

c) *Ungleichbehandlung* ist also unbeschadet der Gleichheitsforderung und des Willkürverbotes möglich, wenn ihr eine Ungleichheit in Leistung oder Bedürfnis als unmittelbares Rechtsobjekt und als entsprechender Rechtstitel zugeordnet ist. Daher ist bei jeder Ungleichbehandlung die entscheidende Frage: kann die Rechtsinstanz zu ihrer Begründung hinweisen auf ungleiche Leistungen oder Bedürfnisse, die ihrerseits Rechtsobjekt werden und damit auch den objektiven Rechtstitel einer Ungleichbehandlung bilden können?

Ergebnis (zu a)

1. *Ungleichbehandlung*. — In Anbetracht des im Gleichheitssatz enthaltenen Willkürverbotes ist die *Möglichkeit einer Ungleichbehandlung* zwar nicht zum vornherein schlechthin ausgeschlossen. Aber sie ist durch einen entsprechenden Rechtstitel zu beweisen, nicht vorauszusetzen.

a) Die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung ist nicht zu beweisen, weder aus einem Rechtstitel der Rechtsinstanz (sonst Grundfall der Willkür) noch des Rechtssubjektes unmittelbar als Person (sonst 2. Fall der Willkür).

b) Sie ist allenfalls beweisbar aus einem Rechtstitel der Person als bedürftiger oder leistender und damit mittelbar aus dem Rechtstitel des Rechtsobjektes.

c) Dieser Beweis hat zu erbringen, daß 1. das unmittelbare Rechtsobjekt tatsächlich eine Ungleichheit an Leistung oder Bedürfnis enthält, und daß 2. die Ungleichbehandlung tatsächlich dieser Ungleichheit als ihrem Rechtstitel folgt.

d) Nicht nur die Möglichkeit, sondern die *Notwendigkeit einer Ungleichbehandlung* ist dann bewiesen, wenn feststeht, daß angesichts der Ungleichheit an Leistung oder Bedürfnis eine Gleichbehandlung notwendig person- und gemeinschaftsgefährdend, also unsachgemäß würde (sonst 3. Fall der Willkür: Gleichmacherei).

2. *Willkür*. — Sie kann demnach ein Dreifaches bedeuten:

a) die *Rechtsbandlung*, deren sogen. Rechtstitel nur die Rechtsinstanz ist.

b) die rechtliche *Ungleichbehandlung*, deren Titel nur das Rechtssubjekt als Person ist.

c) Die rechtliche *Gleichbehandlung*, deren Rechtsobjekt ungleiche Leistungen oder Bedürfnisse sind, ohne Beweis, daß die Gleichbehandlung auf alle Fälle die ungleich Leistenden bzw. Bedürftigen und die Gemeinschaft nicht gefährde⁴⁰.

3. Welche dieser drei Willkürmöglichkeiten werden in den verschiedenen Deutungen des Gleichheitssatzes zugrunde gelegt?

b) Zum Wechselverhältnis der beiden Gleichheitsdeutungen

Wenn der Gleichheitssatz ein Willkürverbot enthält, muß dem dreifachen Willkürbegriff offenbar auch eine dreifache Gleichheitsforderung entsprechen. Es scheint, daß die beiden Deutungen sich durch die Verschiedenheit ihrer Gleichheitsforderungen sowohl unterscheiden als auch ergänzen.

aa) Die rechtsphilosophische Willkürtheorie

Die *rechtsphilosophische Willkürtheorie* bekennt sich zur aristotelischen Gleichheitsauffassung, wonach Gleiches gleich, Ungleiches entsprechend ungleich zu behandeln ist. Damit gründet sie auf dem *ersten Willkürbegriff*. Denn Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandeln, heißt eben sachgemäß behandeln, dessen Gegenteil die unsachgemäße, weil nur im Willen des Behandelnden begründete Behandlung ist. Eine solche Handlungsweise ist aber Willkür erster Art.

Diese Deutung verbietet eine Ungleichbehandlung, die nur im Belieben der Rechtsinstanz begründet ist. Sie fordert eine Behandlung,

⁴⁰ Eine etwas andere Terminologie bei ERMECKE (DKW 51/263): Glb: Zuerkennung gleicher Rechte bei gleichem Tatbestand. Gleichmacherei: Zuerkennung gleicher Rechte bei ungleichem Tatbestand. Willkür: Zuerkennung ungleicher Rechte bei gleichen Tatbeständen.

NB: Bei allen personenrechtlichen Tatbeständen ist die Eigenart der daran beteiligten Personen Tatbestandsmerkmal. (Sachlich besteht natürlich kein Unterschied zwischen dieser und unserer Sprechweise. Denn Gleichmacherei ist auch Willkür; und die Personeneigenart als Tatbestandsmerkmal ist nichts anderes als die Person, insofern sie mittelbar (durch ihre eigenartigen Bedürfnisse oder Leistungen) Rechtsobjekt ist, vgl. S. 28.)

die den Sachverhalt selbst zum Maß der Behandlung nimmt, also je nach Maßgabe des Sachverhaltes Gleich- oder Ungleichbehandlung, wenn sie nur sachgemäß ist.

Hier wird mithin *die Rechtsinstanz* als Rechtstitel einer Rechtshandlung abgelehnt. Der Titel muß vielmehr in dem zu regelnden Rechtssachverhalt liegen. Ob bei dessen Rechtssubjekten oder beim Rechtsobjekt: darüber scheint diese Deutung mit ihrer allgemeinen Forderung sachverhaltsgemäßer Behandlung nichts Direktes auszusagen. Die Frage, wo der Rechtstitel innerhalb des Sachverhaltes zu liegen habe, wird durch die staatsrechtlich-politische Deutung entschieden.

bb) Die staatsrechtliche Privilegierungstheorie

Die staatsrechtliche Privilegierungstheorie sieht im Gleichheitssatz die persönliche und die sachliche Gleichheitsforderung. Beim Begriff der persönlichen Gleichheit wird untersucht, ob und wie das Rechtssubjekt Rechtstitel einer Rechtshandlung sein kann, beim Begriff sachlicher Gleichheit stellt sich die gleiche Frage für das Rechtsobjekt. Infolgedessen geht es bei der persönlichen Gleichheit um den zweiten Willkürbegriff, bei der sachlichen um den dritten.

Die persönliche Gleichheit

Persönliche Gleichheit besagt: alle Menschen sind gleich, soweit ihre Person als Person reicht. Da nun die Person als Person immer (nur) Rechtssubjekt ist, müssen die Menschen jedenfalls als Rechtssubjekte gleich sein. Deshalb kann das Rechtssubjekt auch immer nur Titel einer Gleichbehandlung sein. So wird das Willkürverbot zum *Privilegierungsverbot*: die Person des zur Behandlung stehenden Rechtssubjektes darf nicht Anlaß einer Ungleichbehandlung sein.

Das Entstehen des Privilegierungsverbotes macht dies deutlich. Als Entgelt für geleistete und Vorschuß für zu leistende besondere Dienste waren die Privilegien ursprünglich nicht an die Person als Person, sondern an deren besondere Leistung geknüpft. Rechtstitel der Sonderbehandlung war deshalb nicht die Person des Rechtssubjektes, sondern deren Leistung, also die Person mittelbar als Rechtsobjekt. Bei Wegfall der besonderen Dienste war es auch um das Rechtsobjekt und den objektiven Rechtstitel geschehen. Ohne

objektiven Titel konnte aber die Sonderbehandlung sich nur noch auf einen subjektiven stützen, sei es den des Rechtssubjektes als Person, sei es den der Rechtsinstanz. Der Titel des Rechtssubjektes begründete angesichts der persönlichen Gleichheit keine Sonderbehandlung; der Titel der Rechtsinstanz war zum voraus Willkür.

Der Inhalt des Privilegierungsverbotes umfaßt demnach folgendes :

1. Die in den Privilegierungs- und Diskriminierungskatalogen aufgezählten Merkmale des Geschlechts, der Abstammung, Rasse, Sprache usw. sind Eigenschaften der Person, bei denen überhaupt oder wenigstens in unserer geschichtlichen Lage keine besonderen Leistungen oder Bedürfnisse vorauszusetzen, sondern allenfalls eigens zu beweisen sind.

2. Sie sind deshalb Eigenschaften, die der Person so unmittelbar als Person zukommen, daß sie sozusagen mit ihr identisch sind (Personmerkmale).

3. Als Personmerkmale können sie angesichts der persönlichen Gleichheit der Menschen ebensowenig Rechtstitel für Differenzierungen abgeben, wie die Person als Person selbst.

So wenig nun aber der Gleichheitssatz überhaupt jede Differenzierung schlechthin ausschließt, so wenig das Privilegierungsverbot. Denn es kann sich nicht nur die gleichzubehandelnde Person in ungleichen Leistungen oder Bedürfnissen äußern, die dann ihrerseits, Rechtsobjekt geworden, Rechtstitel für Ungleichbehandlung sein können. Sondern es kann auch ein unmittelbar nur dem Rechtssubjekt zugehöriges Personmerkmal seinerseits ungleiche Leistungen oder Bedürfnisse im Gefolge haben, die gleicherweise Rechtsobjekt und objektiver Rechtstitel für Ungleichbehandlung zu werden imstande sind. Es ist daher zu scheiden zwischen Personmerkmalen und Leistungs- oder Bedürfnismerkmalen:

Die *Personmerkmale* schließen weder eine Leistung noch ein Bedürfnis ein, kommen daher unmittelbar der Person des Rechtssubjektes zu und unterstehen somit, wie die Person selbst, der Forderung persönlicher Gleichheit. Sie bilden keinen Rechtstitel für Ungleichbehandlung.

Die *Leistungs- oder Bedürfnismerkmale* sind weder mit der Person noch mit den Personenmerkmalen identisch, sind aber eine Folge, zwar nicht der Person als solcher, sondern der Person als mit diesen oder jenen Personenmerkmalen gekennzeichneter. Wie die unmittelbar an die Person geknüpften Leistungen oder Bedürfnisse sind auch die an die Personenmerkmale geknüpften fähig, Rechtsobjekt zu werden. Als Rechtsobjekte der Forderung sachlicher Gleichheit unterstellt, können sie ebenso wie die unmittelbar an die Person geknüpften Leistungen unter Umständen Rechtstitel für Ungleichbehandlung werden. Dabei ist sowohl das mögliche *Wechselverhältnis* von Leistungs- und Bedürfnismerkmalen, wie das *Folgeverhältnis* zwischen den Person- und allfälligen Leistungs- und Bedürfnismerkmalen bedeutsam:

Das Wechselverhältnis von Leistungs- und Bedürfnismerkmalen. — Das Bedürfnis kann nicht nur auf eine Sache gerichtet sein (genauer: auf das passive Empfangen einer Sache, etwa das Behaglichkeitsgefühl beim Rauchen einer Pfeife). Das Bedürfnis kann auch unmittelbar auf eine Leistung gehen (genauer: auf das aktive Hervorbringen einer Sache). Insofern nämlich der Mensch einen naturhaften Drang — das Bedürfnis — hat, sich zu entfalten, die Entfaltung menschlicher Werte aber gerade durch deren Selbstmitteilung geschieht⁴¹, hat der Mensch auch und vor allem das *Bedürfnis nach Leistung*. Wo sich deshalb wirklich das Bedürfnis zu einer bestimmten Leistung, gerade auch zu bestimmten ungleichen Leistungen, feststellen läßt, hat die Rechtsbehandlung nicht nur die gesetzte Leistung, sondern auch schon das (naturhafte) Bedürfnis zu dieser (allenfalls ungleichen) Leistung zu berücksichtigen.

Das Folgeverhältnis zwischen Person- und Leistungs- oder Bedürfnismerkmalen. — Es ist auf dreifache Weise möglich:

1. Die Leistungs- oder Bedürfnismerkmale können sich aus der überzeitlichen *Natur* der Personenmerkmale ergeben. Freilich ist auch da das Leistungs- oder Bedürfnismerkmal je nach der besonderen Befindlichkeit des Personenmerkmals gradmäßig verschieden. Dennoch bleibt bei allen geschichtlichen Wandlungen mit dem Personenmerkmal ein entsprechender Wesenskern des Leistungs- und Bedürfnismerkmals verbunden⁴². So folgt etwa aus dem Personenmerkmal des Ge-

⁴¹ Vgl. S. 115.

⁴² Vgl. S. 83 mit Anm. 103; 104.

schlechtes unmittelbar das Leistungsmerkmal verschiedener physischer Kraft und mittelbar das Leistungsmerkmal bestimmter Eignung oder Nichteignung für gewisse Berufe, etwa zum Waffendienst⁴³.

2. Sie können sich ergeben aus der bestimmten geschichtlich-soziologischen *Situation*, in die sich die Person mit ihrem Personenmerkmal gestellt sieht. Mit gewandelter Situation können dann die Leistungsmerkmale oder Bedürfnismerkmale überhaupt wegfallen. Die Standesprivilegien dürften so zu verstehen sein. Auch mag es Gesellschaftszustände geben, wo das Personenmerkmal des Frauseins mit einer ganz qualifizierten Schutzbedürftigkeit, die zu andern Zeiten nicht besteht, verbunden ist⁴⁴.

3. Sie können scheinbar nur *zufällig* mit einem Personenmerkmal gekoppelt sein. Es ist dann einfach etwa statistisch festzustellen: wo ein bestimmtes Personenmerkmal gegeben ist, ist auch in der Mehrzahl der Fälle ein bestimmtes Leistungs- oder Bedürfnismerkmal gegeben, ohne daß (zunächst) ein innerer Grund für diese Koppelung ausfindig zu machen wäre. So läßt der festgestellte größere Rauchwarenverbrauch der Männer den Schluß berechtigt erscheinen, der gesteigerte Verbrauch sei Folge gesteigerten Bedürfnisses, wodurch dem Personenmerkmal des Mannseins ein besonderes Rauchbedürftigkeitsmerkmal verbunden erscheint⁴⁵.

Wie immer es aber um dieses Folgeverhältnis und seine Erkennbarkeit sein mag, es gibt jedenfalls Personenmerkmale, die naturhaft oder geschichtlich so zur Person gehören, daß sie nur Bestandteile des Rechtssubjektes bilden, nie unmittelbar Rechtsobjekt werden und damit unter der Forderung persönlicher Gleichheit nur Gleichbehandlung begründen können. Und es gibt Leistungs- oder Bedürfnismerkmale, die wie jede menschliche äußerbare Leistung Rechtsobjekt zu werden vermögen und dann der Forderung der sachlichen Gleichheit unterstehen.

⁴³ Vgl. Anm. 48.

⁴⁴ Wäre nicht z. B. denkbar, daß man sich u. U. gezwungen sähe, etwa für die Neger(soldaten)kinder gewisse Sonderschutzbestimmungen einzuführen, obwohl Art. 3/3 GG (oberflächlich betrachtet) dies nicht zuzulassen scheint. (Vgl. etwa KRÜGER, 56/371.)

⁴⁵ Vgl. Anm. 47.

Die sachliche Gleichheit

Sachliche Gleichheitsbehandlung ist zu fordern, wo Leistungen oder Bedürfnisse, sei es der Person, sei es der Personmerkmale unmittelbares Rechtsobjekt werden. An das Rechtsobjekt gebunden, ist sie durch die zwei Merkmale des Rechtsobjektes geprägt:

1. *Sie enthält die Möglichkeit der Ungleichbehandlung.* Denn wenn das Rechtsobjekt Rechtstitel der Ungleichbehandlung sein kann, muß auch die an das Rechtsobjekt gerichtete Gleichheitsforderung mit der Möglichkeit einer Ungleichbehandlung rechnen.

2. *Sie ist bedingt.* Indem sie nämlich die Möglichkeit der Ungleichbehandlung einräumt, verlangt sie Gleichbehandlung, *wenn* gleiche Leistungen oder Bedürfnisse vorliegen, Ungleichbehandlung aber, *wenn* solche ungleicher Art gegeben sind. Dabei ist Maßstab für die Zulässigkeit oder Gefordertheit der Ungleichbehandlung wiederum Wohl oder Gefährdung der Person oder Gemeinschaft⁴⁶.

Als *Folgerung* dieser beiden Merkmale ergibt sich: bei jeder Ungleichbehandlung ist nicht nur allgemein nach einem Rechtstitel ungleicher Leistungen oder Bedürfnisse im Rechtsobjekt zu fragen, sondern angesichts des Privilegierungsverbotes muß auch abgeklärt werden, inwieweit die ungleichen Leistungen und Bedürfnisse mit einem Personmerkmal verbunden sind.

So wäre beispielsweise im Falle einer Tabakrationierung die größere Rauchwarenzuteilung an Männer mit dem Hinweis zu rechtfertigen: sie sei Folge nicht unmittelbar des Mannseins, sondern des mit dem Mannsein tatsächlich verbundenen größeren Rauchbedürfnisses, Rechtstitel sei demnach nicht das Personmerkmal des Geschlechtes, sondern ein damit gekoppeltes Bedürfnismerkmal⁴⁷. Ähnlich wäre die Militärpflicht des Mannes damit zu begründen, daß sie Folge nicht seines Mannseins, sondern der damit gegebenen größeren physischen Kraft sei⁴⁸.

Ist das Rechtssubjekt der Ort der persönlichen Gleichheit, das Rechtsobjekt hingegen jener der sachlichen, so fragt sich schließlich, wie sich persönliche und sachliche Gleichheit zueinander verhalten.

⁴⁶ Vgl. Anm. 38; dazu mehr im 2. Kap.

⁴⁷ Vgl. BEITZKE, Glb 19; ausführlicher MELICHAR, 55/130b.

⁴⁸ Vgl. etwa SCHREIBER: „Der gesundheitlich geeignete Mann wird nicht wegen seines Geschlechtes, sondern wegen seiner Eignung zu den vom Staate erforderlich gehaltenen Aufgaben eingezogen“ (55/96b; ähnlich beim Höferecht, vgl. (E) 399).

Das Verhältnis zwischen persönlicher und sachlicher Gleichheit

Persönliche und sachliche Gleichheit stehen in einem Wechselbezug. Da nämlich jeder Rechtssachverhalt zugleich Rechtssubjekte und Rechtsobjekte umfaßt, ist die Forderung sachverhaltsgemäßer Behandlung nur dann erfüllt, wenn die Gleichheitsforderung zugleich als persönliche an das Rechtssubjekt und als sachliche an das Rechtsobjekt ergeht. So muß jede Rechtsinstanz, gleichgültig ob auf der Stufe der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Verwaltung⁴⁹, will sie nicht Willkür zum Recht erheben, die Forderungen der sachlichen wie der persönlichen Gleichheit erfüllen, indem sie zuerst sucht, ob der Rechtstitel der Rechtshandlung im Rechtssubjekt oder aber im Rechtsobjekt liege, und indem sie danach den Forderungen der persönlichen oder sachlichen Gleichheit nachkommt⁵⁰.

Das Wechselverhältnis von persönlicher und sachlicher Gleichheit zeigt sich vielleicht am besten, wenn wir abschließend die Behauptung untersuchen, es könnten „an die Verschiedenheit des Geschlechtes jedenfalls verschiedene Rechtsfolgen geknüpft werden, falls die Rechtsfolgen in gleicher Weise eintreten, wenn der Berechtigte oder Verpflichtete männlichen oder wenn er weiblichen Geschlechtes ist“⁵¹.

Diese Behauptung wird gefolgert aus einer je andern steuerlichen Einstufung der Steuersubjekte, je nachdem ihr Hauspersonal männlichen oder weiblichen Geschlechtes ist. Die Begründung dieser Ungleichbehandlung besteht darin, daß die Geschlechtsverschiedenheit kurzweg ins Rechtsobjekt abgeschoben wird und man dann jedenfalls die persönliche Gleichheit gewahrt sieht, wie immer es um die sachliche stehe. Die Begründung läßt aber außer Acht, daß der

⁴⁹ Die in der ersten Nachkriegszeit so umstrittene Frage, ob der Gleichheitssatz auch Verfassung und Gesetzgeber binde, dürfte bejahend entschieden sein (BVerfG, JZ 51/728 [im Anschluß an BayVerfGH; vgl. BGH, SH 65b]; SH 74b; BGH, JZ 54/152). Naturrechtlich ist dies selbstverständlich. Zur vorgängigen Diskussion vgl. Anm. 34; ferner die Glbsdefinition SCHEFFLERS (DJT 4; SPD-ENTWURF, 39).

⁵⁰ „Selbstverständlich darf der funktionale Unterschied [der als solcher eben Rechtsobjekt wird] nie als Vorwand zu persönlicher Differenzierung gebraucht werden; und umgekehrt kann unzulässige personelle Differenzierung nicht dadurch verdeckt werden, daß funktionell formuliert wird“ (SCHEFFLER, DRiZ 53/88a). Aber eben damit ist nach einem Prinzip gefragt, das diese mißbräuchliche Vertauschung unbedingt ausschließt. Letztlich kann es nur die real definierte Gerechtigkeit sein. Vgl. S. 53.

⁵¹ MELICHAR, 55/132 (Erkenntnis Nr. 1426 des österr. VfGH). Zur Untersuchung entsprechender deutscher Gerichtsentscheide vgl. (E).

Hausangestellte männlichen Geschlechtes, der als Rechtsobjekt Grund für die Ungleichbehandlung eines andern ist, auch als Rechtssubjekt mit der Klage rechtlicher Benachteiligung auftreten kann: steuerlich schwerer belastet, sei er gegenüber seiner Mitbewerberin subjektiv benachteiligt.

Mit dieser Klage ist die ungleiche steuerliche Behaftung doch wieder zur Frage der subjektiven Gleichheit geworden. Der Abschub ins Rechtsobjekt bringt also keine echte Lösung. Sie ist nur durch den Beweis zu erbringen, daß tatsächlich nicht die Geschlechtsverschiedenheit als solche Rechtsobjekt war, sondern das damit verbundene Leistungsmerkmal verschiedener Arbeitskraft, das seinerseits das weitere Merkmal je anderer Startbedingungen im Arbeitswettbewerb zur Folge hatte. Es ist darum immer zwischen Person- und Leistungsmerkmalen zu unterscheiden: jene sind nach der persönlichen Gleichheitsforderung gleich, diese aber nach den Gesetzen der sachlichen Gleichheit je nachdem gleich oder ungleich zu behandeln. Mithin steht bei der Gleichheitsforderung immer sowohl die persönliche wie die sachliche Gleichheit in Frage⁵².

⁵² Dabei ist für die Glb die Grundfrage immer: läßt sich die Ungleichbehandlung an eine geschlechtsbedingte aber vom „Geschlecht“ unterscheidbare „Funktion“ anknüpfen (vgl. BVerfG. (E) 396). Denn die Glb fordert nur, eine allfällige Ungleichbehandlung „nicht an das Geschlecht, sondern an die Funktion zu knüpfen“ (SCHEFFLER, DRiZ 53/86a). Insofern ist es nicht genau, wenn das OLG Celle meint, der Pflichtenkreis als Hausfrau komme der Frau „gerade als Frau, also wegen ihres Geschlechtes“ zu (SH 55a). Vielmehr kommt er ihr zu, weil (er 1. als familiennotwendiger überhaupt jemandem zukommen muß und weil 2.) „die Frau zur Haushaltsführung in der Regel besser geeignet ist als der Mann“ (ILK, BTDeb. III/1172 D). Also: unmittelbar wegen einer Sondereignung und nur mittelbar wegen des Geschlechts, insofern nämlich diese Eignung ihrerseits in der Geschlechtseigenart der Frau gründet (allgem. vgl. DÜRIG, 54/3a; bes. 3b (bb); zur Sache vgl. S. 308). Ebenso fragt sich beim ER des Ehemannes und Vaters, ob es sich wirklich „geradezu um den klassischen Fall einer rechtlichen Differenzierung allein wegen des Geschlechtes“ handelt, insofern bei Meinungsverschiedenheiten der Mann entscheiden könne, „nur weil er eben der Mann ist“ (KANT, BRStitzungsbericht II/6 C) oder ob „die Frage entscheidend oder nicht entscheidend?“ wirklich eine Frage der Funktionsverteilung ist (SCHWARZHAUPT, BTDeb. III/11773 D), insofern „die Funktion des Mannes so grundsätzlich anders ist, daß dieser in andern Ehefragen [nämlich außerhalb des Haushalts] wirklich nur aus der Funktion des Mannes heraus entscheiden kann, und auch befähigt ist, besser als die Frau zu entscheiden“ (ILK, BTDeb. III/11772 D), so daß auch das ER nicht im Mann als Mann, sondern unmittelbar in der Sondereignung des Mannes gründete. Die Erklärung müssen wir jenen, die mit SCHWARZHAUPT und ILK die funktionale Begründungsmöglichkeit des ER ablehnen, bzw. nicht einschen, einstweilen schuldig bleiben. Für den Augenblick genügt, sich der Frage bewußt zu werden (vgl. SCHULTZ, MDR 57/462b). Zur Antwort vgl. S. 272; 448.

Ergebnis (zu b)

1. Die beiden Deutungen des Gleichheitssatzes scheinen sich rechtsphilosophisch insofern zu ergänzen, als die rechtsphilosophische Deutung die Voraussetzung der politischen, die politische die Entfaltung der rechtsphilosophischen ist.

a) Die *rechtsphilosophische* ist *Voraussetzung*, weil sie grundsätzlich von der Rechtsinstanz weg auf den Rechtssachverhalt als einzig möglichen Rechtstitel verweist (Verbot der ersten Willkürart).

b) Die *historisch-politische* ist *Entfaltung*, weil sie darüber hinaus im Rechtssachverhalt Rechtssubjekt und Rechtsobjekt als mögliche Rechtstitel unterscheidet: 1. eine *persönliche* Gleichheit, deren Gegenstand die Begründbarkeit von Rechtshandlungen aus dem Rechtssubjekt ist; 2. eine *sachliche* Gleichheit, welche die Begründungsmöglichkeit der Rechtshandlungen aus dem Rechtsobjekt zum Gegenstand hat.

Dabei ist das *Rechtssubjekt* angesichts der persönlichen Gleichheit der Menschen Rechtsgrund nur für rechtliche Gleichbehandlung, was ausgedrückt wird durch das Privilegierungsverbot (Verbot der zweiten Willkürart). Das *Rechtsobjekt* aber ist, gleiche wie ungleiche Leistungen und Bedürfnisse der Menschen umfassend, Rechtsgrund für Gleich- wie für Ungleichbehandlung, woraus das Verbot erwächst, an das Rechtsobjekt andere Rechtsfolgen zu knüpfen als solche, die in ihm als in ihrem Rechtsgrund verankert sind (Verbot der dritten Willkürart).

2. Wie immer es aber um die Richtigkeit dieser rechtsphilosophischen Interpretation der beiden Gleichheitsdeutungen steht, jedenfalls ist mit beiden Deutungen die *Möglichkeit einer Ungleichbehandlung* vereinbar:

a) mit der *philosophischen*, weil sie durch den Ausschluß der Rechtsinstanz als Rechtstitel sachgemäße Behandlung fordert, die um dieser Sachgemäßheit willen unter Umständen Ungleichbehandlung sein muß.

b) mit der *politischen*, weil sie unter der persönlichen Gleichheit zwar unbedingt Gleichbehandlung der Person und Personmerkmale fordert, als sachliche Gleichheit aber das Rechtsobjekt ungleicher Leistungen oder Bedürfnisse unter Umständen als Rechtsgrund ungleicher Behandlung anerkennt.

c) die Wesensfrage für die Begründung einer Ungleichbehandlung lautet also: ist von einer Person oder Personengruppe eine Besonderheit in Leistung oder Bedürfnis abhebbar (pol. Deutung), die es um der geforderten Sachgemäßheit der Rechtshandlung willen (phil. Deutung) rechtfertigt, die Person oder Personengruppe besonders zu behandeln?

3. Vereinbar mit der Möglichkeit einer Ungleichbehandlung, enthalten beide Gleichheitsdeutungen neben dem unbedingten ein *bedingtes Element* :

a) die *philosophische*, weil sie eine Behandlung als Ungleichbehandlung verlangt, *wenn* es deren unbedingt geforderte Sachgemäßheit erheischt.

b) die *politische*, weil sie die Ungleichheit der Leistungen oder Bedürfnisse unbedingt zum Anlaß einer Ungleichbehandlung zu nehmen fordert, *wenn* anders die unbedingt verlangte persönliche Gleichheit gefährdet erscheint.

c) die unbedingte Wesensforderung des Gleichheitssatzes heißt also: Gleichbehandlung, wenn möglich, Ungleichbehandlung, wenn nötig. In dieser Forderung erweist sich der Gleichheitssatz als bedingt. In dieser seiner Bedingtheit verweist er auf die Problematik seiner Voraussetzungen.

II. Zur inhaltlichen Problematik des Gleichheitssatzes

Wenn möglich Gleich-, wenn nötig Ungleichbehandlung fordernd, stellt der Gleichheitssatz die Frage: wann ist diese Möglichkeit, beziehungsweise Notwendigkeit gegeben? Gewiß gibt er selber die Antwort: Gleichbehandlung ist notwendig, wenn Gleichheit vorliegt; Ungleichbehandlung ist notwendig, wenn jene Ungleichheit zu behandeln ist, die anders als durch Ungleichbehandlung schlechterdings nicht sachgemäß zu behandeln ist.

Damit ist jedoch die Frage nur rückwärts geschoben und stellt sich neuerdings: wann ist denn diese Gleichheit, wann jene qualifizierte Ungleichheit gegeben? Darauf bleibt der Gleichheitssatz die Antwort schuldig. Dennoch läßt er sich nur durchführen, wenn man weiß, ob Gleich- oder Ungleichheit zur Behandlung kommt. Selber schwei-

gend, aber eine Antwort erfordernd, setzt er somit die Antwort als anderswo gegeben voraus. Dies ist die *Voraussetzung für die Durchführung des Gleichheitssatzes*.

Aber nicht nur seine Durchführung, auch schon seine Anwendbarkeit ist an eine ähnliche Voraussetzung geknüpft. Denn ohne Zweifel läßt er sich nur dort anwenden, wo vergleichbare Sachverhalte vorliegen. Fehlen diese, ist auch er fehl am Platz: Sachverhalte, die gar keine Vergleichsmöglichkeit zulassen, sind sachgemäß nur so zu behandeln, daß auch die Behandlungsweisen entsprachungslos je verschieden sind. Auch darauf, ob überhaupt zwei vergleichbare Sachverhalte zur Behandlung kommen, schweigt der Gleichheitssatz. Die Antwort auf dieses Schweigen ist die *Voraussetzung für die Anwendung des Gleichheitssatzes*.

So hat der Gleichheitssatz notwendig zwei Voraussetzungen: 1. Zwei als vergleichbar erkannte Sachverhalte (als Voraussetzung seiner Anwendbarkeit). 2. Die Erkenntnis, ob diese vergleichbaren Sachverhalte als gleiche oder aber als ungleiche der Behandlung vorgegeben seien (als Voraussetzung seiner Durchführung).

Die *Diskussion* um den Gleichheitssatz brachte diese Voraussetzungen mehr oder weniger deutlich zum Bewußtsein. Die Auseinandersetzung über den Gleichheitssatz erhob besonders die Voraussetzung der Durchführung, der Kampf um den Gleichberechtigungs-begriff aber jene der Anwendbarkeit zur Frage:

1. Die *Voraussetzung der Durchführung* erörtert im Anschluß an Kaufmann namentlich⁵³ Nef⁵⁴ als Frage nach der *Wahl der Gerechtigkeitsprinzipien*. Indem nämlich der Gleichheitssatz, wenn möglich Gleich-, wenn nötig Ungleichbehandlung fordert, fordert er: gleiche Tatbestände seien nach dem Prinzip der Tauschgerechtigkeit, ungleiche im Sinne der Ausgleichsgerechtigkeit zu behandeln. Denn die *Tauschgerechtigkeit* ist nichts anderes als die Forderung, Vorgegebenes

⁵³ Wegen der Übrigen, wie zur Bibliographie vgl. NEF. Ferner Anm. 34.

⁵⁴ NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit (Zürcher Habilitationsschrift, 1941). Die Untersuchung arbeitet mit völlig unzureichenden Mitteln und befriedigt im Ergebnis in keiner Weise. Sie zeigt jedoch stringent die Unmöglichkeit, mit einer Formalanalyse der Gleichheit oder Gerechtigkeit das Gleichheitsproblem zu lösen. Das ist ihr Verdienst. Insofern ist zu bedauern, daß das Buch verhältnismäßig spät (zunächst offenbar nur über BRUNNERS „Gerechtigkeit“) in Deutschland bekannt geworden scheint. Es hätte manchen zur Vorsicht bestimmen können, dem die Glb in ihrem „immanenten präzisen juristischen Sinn“ „aus sich heraus verständlich“ war (vgl. S. 21 Anm. 27; (E) 416). Ausdrücklich zitiert finde ich NEF zum erstenmal im Glbzusammenhang im Ev. Soziallexikon (Art. Glb).

gleichen Inhalts auch inhaltsgleich zu behandeln. Die *Ausgleichsgerechtigkeit* aber verlangt, inhaltlich Ungleiches auch inhaltsgleich zu behandeln, und zwar so, daß die Ungleichheit der Behandlung der Ungleichheit der Behandelten entspreche, was nur möglich ist, wenn an die Ungleichen der gleiche Maßstab, nämlich der je ihrer Eigenart, gelegt wird.

Mithin läßt sich die Forderung des Gleichheitssatzes auch so ausdrücken: die Behandlung ist, wenn möglich, nach der Tausch-, und nur wenn nötig, nach der Ausgleichsgerechtigkeit vorzunehmen. Dabei wird das Schweigen des Gleichheitssatzes, ob Gleichheit oder Ungleichheit zur Behandlung vorliege, selbstredend auch zum Schweigen darüber, ob nun bei der Behandlung die Tausch- oder die Ausgleichsgerechtigkeit anzuwenden sei. Darum kann *Kaufmann* mit Recht sagen: „Wenn darüber gestritten wird, was im einzelnen Falle gerecht ist, geht meist der Streit nicht um die Frage, was die einzelnen Gerechtigkeitsprinzipien, die Verkehrsgerechtigkeit oder die verteilende Gerechtigkeit verlangen; das ist relativ einfach zu sagen.“ Der Streit geht vielmehr „um die Wahl des jeweils anzuwendenden Gerechtigkeitsprinzips und darüber, wie sie gegeneinander abzuwägen, welchem von ihnen im einzelnen Falle der Vorrang zu geben ist“⁵⁵.

2. Die grundlegende *Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes* wurde zum Problem, als man sich beim Gleichberechtigungsbegriff fragte, wie weit nun Mann und Frau überhaupt vergleichbar seien und wie weit sich demzufolge der Gleichheitssatz bezüglich Mann und Frau überhaupt anwenden lasse. Denn wie wir noch sehen werden⁵⁶, geht es beim Streit um die Gleichberechtigung weniger darum, ob Mann und Frau nach dem Prinzip der Verkehrsgerechtigkeit gleich, oder aber im Sinne der Ausgleichsgerechtigkeit ungleich zu behandeln seien. Der tiefere Streit geht um die Frage ihrer Vergleichbarkeit.

Da nun der Gleichheitssatz weder angewendet noch durchgeführt werden kann, solange nicht feststeht, ob vergleichbare Sachverhalte vorliegen und ob diese gleich oder ungleich sind, fordert er notwendig eine Lösung der Frage: wo und wie entscheidet sich, ob vergleichbare, und wenn ja, ob gleiche oder ungleiche Sachverhalte

⁵⁵ KAUFMANN-NAW., 14.

⁵⁶ S. 76.

vorliegen? Diese Frage läßt sich nur lösen, wenn man weiß, was Vergleichbarkeit, Gleichheit und Ungleichheit sind. So müssen wir uns kurz der philosophischen Gleichheitsfrage zuwenden. Erst danach sind wir fähig, das rechtsphilosophische Gleichheitsproblem anzugehen.

1. Die philosophische Frage der Gleichheit

Die philosophische Gleichheitsfrage⁵⁷ liegt darin, daß alle Dinge seinshaft sowohl gleich wie ungleich sind, damit aber sich je nachdem unserem Verstand als gleiche oder ungleiche zu erkennen geben. So ist das Gleichheitsproblem zum einen mit der Seinsfrage verknüpft, zum andern in die Erkenntnisfrage hineinverwoben.

I. Aus der *Seinsfrage* sind uns zwei Einsichten wesentlich:

1. Alle Dinge und Sachverhalte sind untereinander *gleich und ungleich zugleich*. Sie sind *ungleich*, weil alle je „sich selbst“, damit aber eben je „nicht das andere“ sind. Als sich selbst sind sie aber insofern nicht das andere, als sie sich durch Ungleichheit von ihm unterscheiden. Sie sind *gleich*, weil sie als je „sich selbst“ gerade „seiend“ sind und folglich als Seiende doch wieder mit allen Seienden mindestens im Seiendsein übereinkommen, hierin also gleich sind.

2. Gleich und ungleich zugleich, sind aber alle Dinge und Sachverhalte *tiefer gleich als ungleich*. Indem sie nämlich zuerst einmal überhaupt sind und erst dann gerade so und nicht anders sind, sind sie auch zutiefst einander gleich und erst aufgrund dieser tieferen Gleichheit als je Andersseiende durch Ungleichheit voneinander abgesetzt.

II. Aus diesen Einsichten in die Seinsfrage ergeben sich uns folgende Einsichten in die *Erkenntnisfrage*:

1. Tiefer gleich als ungleich, sind alle Dinge und Sachverhalte miteinander *vergleichbar*. Denn Vergleichen heißt: mindestens zwei

⁵⁷ Hier liegt einer der wesentlichen Denkfehler NEFS, der die Gleichheitsfrage philosophisch nur als logische, allenfalls noch als erkenntnistheoretische Frage kennt, sich jedoch in keiner Weise nach der ontischen Begründung der Gleichheit fragt. Deshalb stellt er Gleichheit und Ungleichheit einfach parallel nebeneinander, statt die Ungleichheit aus einer tieferen Gleichheit als aus einer ihrer Möglichkeitsbedingungen zu erklären. Zum Problembereich etwa BRÜGGER, phil. Wörterbuch, Art.: Einheit (mit dem henologischen Prinzip), Vielheit, Identität.

und damit je andere, also ungleiche, daraufhin untersuchen, ob sie unbeschadet ihrer Ungleichheit nicht doch in etwas übereinkommen und dann in dieser Übereinkunft eben gleich sind. Wo Übereinkunft fehlt, fehlt auch die Möglichkeit des Vergleichs. Da nun aber die Verneinung einer solchen Möglichkeit nur so möglich ist, daß die als nicht vergleichbar bezeichneten Dinge oder Sachverhalte zuvor miteinander auf ihre Vergleichbarkeit hin verglichen wurden, bestätigt auch noch der Akt solcher Verneinung die tiefer liegende Vergleichbarkeit und Gleichheit.

2. Der tatsächliche *Vergleich* erfolgt, die Grundgleichheit und Grundvergleichbarkeit der Dinge und Sachverhalte voraussetzend, aus einer je besonderen Sicht des vergleichenden Verstandes. Unser Verstand vermag nämlich Dinge und Sachverhalte nie in ihrem konkreten Miteinander von Gleich- und Ungleichheit, sondern immer nur im Nebeneinander abstrakter Einzelmerkmale zu erkennen. Die Erkenntnis einzelner dieser Merkmale aber gewinnt er, indem er die Dinge von je verschiedenen Seiten aus betrachtet. So geschieht es, daß sich ihm Dinge im Vergleich zu ändern je nach der Sicht bald mehr als gleich, bald als ungleich darbieten.

3. *Je nach Sicht* wird also der Vergleich des Verstandes zur Einsicht führen, entweder „diese Dinge sind nicht vergleichbar“ oder aber „sie sind vergleichbar“. Die vergleichbaren Dinge kann der Verstand nochmals miteinander vergleichen und dann wiederum *je nach Sicht* zum Schluß kommen, „sie sind zwar vergleichbar, aber dennoch ungleich“ oder „sie sind nicht nur vergleichbar, sondern auch gleich“. So sind drei Aussagen über das Verhältnis mehrerer Dinge oder Sachverhalte möglich:

a) „*Dinge oder Sachverhalte sind nicht vergleichbar.*“ Diese Aussage beruht darauf, daß der Verstand, indem er aus seiner Sicht ein gewisses Einzelmerkmal jenes Dinges erblickt, dieses Kennzeichen in einem zweiten gleichfalls betrachteten Ding oder Sachverhalt in keiner Weise verwirklicht erkennt: das Merkmal des ersten Dinges steht zu sämtlichen augenblicklich gesichteten Merkmalen des zweiten Dinges oder Sachverhaltes in gar keiner Beziehung. Indem nun der Verstand die Beziehungslosigkeit der gesichteten Merkmale erkennt, erkennt er auch: diese Dinge oder Sachverhalte sind hinsichtlich jenes Merkmals nicht vergleichbar. *Nichtvergleichbarkeit* der Dinge bedeutet

also, die Begriffe, unter denen die Dinge gesehen werden, sind unter sich beziehungslos oder disparat. So ist Nichtvergleichbarkeit eine Eigenschaft nicht der Dinge an sich, sondern der Dinge als begrifflich erkannter.

b) „*Dinge oder Sachverhalte sind ungleich.*“ Dies bedeutet: der Begriff, mittels dessen das eine Ding erkannt ist, ist im andern Ding zwar nicht verwirklicht. Wohl aber wird im zweiten Ding oder Sachverhalt ein Begriff als verwirklicht erkannt, der zu jenem im ersten Ding erkannten seine Beziehungen, und seien es auch gegensätzliche, hat⁵⁸.

c) „*Dinge oder Sachverhalte sind gleich.*“ Das heißt: die Begriffe, durch welche die Dinge erkannt sind, sind in den betreffenden Dingen so verwirklicht, daß der Inhalt des Begriffes ein und derselbe ist. Im Bezug auf dieses begriffliche Merkmal kommen die als ganze zugleich gleichen und ungleichen Dinge völlig überein: diesbezüglich sind sie gleich.

Man sieht daraus, bei den verschiedenen Aussagen über die Vergleichbarkeit und Gleichheit der Dinge und Sachverhalte ist immer die Bezogenheit des Erkannten zum Standort des erkennenden Verstandes mitgemeint. Solange ein Urteil diese wesentlich mitgemeinte Bezüglichkeit nicht ausschließt, ist es wahr. Anders ist es notwendig falsch.

4. Bedingt durch die jeweilige Sicht, ist die Erkenntnis der Dinge und Sachverhalte als unvergleichbarer oder vergleichbarer, als ungleicher oder gleicher auch *mitbedingt durch den Willen*. Denn die Wahl einer bestimmten Sichtweise untersteht der Einflußmöglichkeit des Willens. Ist es doch Erfahrungstatsache, daß man Dinge nur zu oft deshalb als gleiche ansieht, weil man sie gleich sehen will.

Wir Menschen wissen nämlich aus einer Grundeinsicht heraus, Gleiches ist gleich zu behandeln. Andererseits kommt uns oft aus irgendwelchen (Hinter)gründen eine Gleichbehandlung ungelegen. In den wenigsten Fällen werden wir nun unmittelbar gegen unsere Grundeinsicht zur Ungleichbehandlung schreiten. Aber wir werden durch einen vielleicht nur halbbewußten und uneingestanden Willensimpuls den Verstand zu einer Sichtweise veranlassen, von der aus sich ihm die Angelegenheit mehr oder weniger notwendig als

⁵⁸ Die Frage der analogen Begriffe darf hier außer Betracht bleiben.

ungleich darbietet, und werden so mittelbar nun doch zur gewünschten Ungleichbehandlung kommen. Mit dieser Einflußmöglichkeit des freien Willens auf die Sicht der Gleichheit ist aber die *rechtliche Gleichheit* entscheidend in Frage gestellt.

Ergebnis

1. Die Dinge sind immer sowohl gleich als ungleich, dabei aber tiefer gleich als ungleich.
2. Alle Dinge sind deshalb miteinander vergleichbar.
3. Ob man die Dinge im Einzelfall als vergleichbar, als gleich oder als ungleich betrachtet, hängt ab von der Einzelsicht, aus der man die Dinge sieht.
4. Die Wahl dieser Einzelsicht steht unter der Einflußmöglichkeit des freien Willens.

2. Die rechtsphilosophische Frage der Gleichheit

Der Gleichheitssatz ist, wie dargestellt, von seinen Vorbedingungen abhängig. Diese enthalten die Möglichkeit eines Willenseinflusses. So kann der Gleichheitssatz unter die Abhängigkeit des Willens geraten. Damit steht er vor seiner Aporie als seiner eigentlichen rechtsphilosophischen Frage. Um ihre Lösung ringen Rechtsformalismus und Naturrechtslehre.

a) Die Aporie des Gleichheitssatzes

Zu seiner Anwendung setzt der Gleichheitssatz vergleichbare Sachverhalte, zu seiner Durchführung die Erkenntnis ihrer Gleich- oder Ungleichheit voraus. Nun haben wir 1. gesehen: alle Sachverhalte sind vergleichbar, und alle vergleichbaren Sachverhalte sind sowohl als gleich, wie auch als ungleich zu erkennen, man muß bloß einen entsprechenden Gesichtspunkt wählen. Daraus folgt: der Gleichheitssatz ist grundsätzlich immer anwendbar und immer sowohl als Gleich- wie auch als Ungleichbehandlung durchführbar, man muß nur die zur Behandlung stehenden Sachverhalte von entsprechend gewählten Gesichtspunkten aus betrachten.

Wir haben 2. gesehen: die Wahl der Gesichtspunkte steht unter der Einflußmöglichkeit des freien Willens. Wenn man die Sachverhalte so und nicht anders sehen will, kann man sie auch tatsächlich so sehen, indem man eben den entsprechenden Gesichtswinkel wählt. Man kann aber Sachverhalte so und nicht anders sehen wollen, weil man sie gerade so und nicht anders behandeln will. Daraus folgt: der Gleichheitssatz ist grundsätzlich immer anwendbar, wenn man ihn nur anwenden will. Er ist immer sowohl als Gleich-, denn auch als Ungleichbehandlung durchführbar, wenn man ihn nur so oder so durchführen will.

In dieser Folgerung aber ist der Gleichheitssatz zum Zirkelschluß und „Willkürsatz“ geworden. Zum Zirkel, denn weil ich beispielsweise gleichbehandeln will, sehe ich mir die Sache als gleich an; und weil ich die Sache als gleich ansehe, darf ich sie gleichbehandeln, ich darf, weil ich will. Zum „Willkürsatz“, denn je nachdem ich will — eben willkürlich will — kann ich ihn nicht anwenden oder anwenden und als Gleich- oder Ungleichbehandlung durchführen. Mehr kann man wirklich nicht mehr wollen: ich will, also handle ich.

Zirkelschluß und Willkürlichkeit stellen den Gleichheitssatz in die *Aporie*. Ohne Zweifel ein bedingter Satz, enthält er dennoch (in seinem bedingenden Hauptsatz) ein unbedingtes Willkürverbot: die Rechtsinstanz darf in der Rechtsbehandlung unter keinen Umständen willkürlich, das heißt mit Beweggründen ihrer eigenen oder der behandelten Person, vorgehen. In seinem *bedingten* Nebensatz öffnet er der Willkür Tür und Tor. Man schließt einfach: das unbedingte Willkürverbot des Hauptsatzes gilt unter der Bedingung, daß man es gelten lassen will. Damit wird das Willkürverbot des Gleichheitssatzes zum *willkürlich* aufgestellten und gehandhabten *Willkürverbot*, das in innerem Selbstwiderspruch kein Willkürverbot, sondern selber Willkür ist.

So besteht die *Aporie des Gleichheitssatzes* darin: sein Willkürverbot, das nur als unbedingtes innerlich möglich ist, hängt von Bedingungen ab, die Willkür nicht unbedingt ausschließen. Mithin bleibt es als bedingtes solange Un-Sinn, als es möglicherweise Willkür zu seiner Bedingung hat. Die Willkür nicht unbedingt ausschließende Bedingung ist aber eben jene möglicherweise willkürlich erfolgende Erkenntnis, ob die zu behandelnden Sachverhalte vergleichbar, gleich oder ungleich seien. Standpunktbedingt, kann sie von sich aus

Anspruch weder auf Allgemeingültigkeit noch auf Allgemeinverbindlichkeit erheben. Damit bleibt sie doppelter Willkür ausgesetzt: jeder kann von seinem (willkürlich wählbaren) Standpunkt aus die zu Behandelnden ansehen, wie er will: und jedem (und seiner Willkür) bleibt es anheimgestellt, den Standpunkt des andern als auch für ihn verbindlichen anzuerkennen oder abzulehnen.

Die Willkürmöglichkeit ist also vom Gleichheitssatz erst entfernt, wenn die von ihm vorausgesetzte Vergleichbarkeits- und Gleichheits-erkenntnis zwei Bedingungen erfüllt:

1. Sie muß aus ihrer angestammten standortbezogenen Vieldeutigkeit heraus zur Eindeutigkeit gebracht sein, so daß sie — nicht mehr anders deutbar — bei allen Erkennenden gleich, also *allgemeingültig* ist, und nunmehr für jeden unbedingt gilt: z. B. diese Dinge sind gleich.

2. Sie muß mit jener rechtlichen *Allgemeinverbindlichkeit* ausgestattet sein, derzufolge jeder Rechtshandelnde sich zu ihrer Eindeutigkeit zu bekennen und ihr entsprechend seine Rechtshandlung zu setzen hat.

Mithin hängt die *Lösung der Gleichheitsaporie* davon ab: gibt es eine Bedingung, die jene zwei Bedingungen für das vom Gleichheitssatz vorausgesetzte Vergleichbarkeits- und Gleichheitserkennen erfüllt, das heißt, es allgemeingültig und allgemeinverbindlich macht? Um die Lösung mühen sich Rechtsformalismus wie Naturrechtslehre, beide aber je nach ihrer Grundanschauung von Recht und Gerechtigkeit auf verschiedenem Weg. Der *Rechtsformalismus* versucht, von einer *Nominaldefinition* der Gerechtigkeit her den geforderten Lösungsbedingungen zu genügen. Die *Naturrechtslehre* trachtet, das Gleiche durch die *Realdefinition* der Gerechtigkeit zu erreichen.

Ergebnis

1. Der Gleichheitssatz ist bezüglich seiner Anwendbarkeit und der besonderen Art seiner Durchführung (Gleich- oder Ungleichbehandlung) von sich aus *indifferent*.

2. Er darf aber nicht durch *Willkür* aus seiner Indifferenzlage gebracht werden. Enthält er doch in seinem Hauptsatz ein Willkürverbot. Andererseits schließt er von seinem hauptsatzbedingten Nebensatz her Willkür nicht unbedingt aus (*Aporie des Gleichheitssatzes*).

3. Seine Indifferenzlage läßt sich unter Ausschluß der Willkür dadurch beheben, daß er der *Gerechtigkeitsforderung* unterstellt wird, sei es der nominal bestimmten (Rechtsformalismus), sei es der real definierten (Naturrecht) (*Lösungsversuche der Gleichheitsaporie*).

b) Der Lösungsversuch der Gleichheitsaporie im Rechtsformalismus

Nach dem Rechtsformalismus⁵⁹ sind Rechtsbegriffe, zumal jener der Gerechtigkeit nur als *formale*, das heißt als jeder inhaltlichen Bestimmung ledige, allgemeingültig und allgemeinverbindlich zugleich. In seiner *extremen* Form verneint er jede Möglichkeit, einen konkreten Inhalt der Rechtsbegriffe allgemeingültig zu erkennen. Jeder hätte ihn zu denken, wie er wolle. Denn was deren Inhalt betreffe, so schweige die Gerechtigkeit überhaupt. In seiner *gemäßigten* Richtung gibt er allenfalls eine allgemeingültige Inhalts-erkenntnis als möglich zu. Aber es handle sich dann um die Erkenntnis einer nur idealen Gerechtigkeit, deren Inhalt nicht unbedingt rechts-erheblich und deren Forderung nicht unbedingt rechtsverbindlich seien. Auch wenn alle das Gleiche als Forderung der idealen Gerechtigkeit erkannten, könne immer noch ein jeder ihr gemäß oder zu-wider seine verbindliche Rechtshandlung setzen. Denn was den gerechten Inhalt betreffe, so lege ihn die Gerechtigkeit jedenfalls nicht rechtsverbindlich auf.

Folglich hängt das Gelingen des formalen Lösungsversuchs davon ab: ist der Begriff der Gerechtigkeit als formaler nicht nur allgemeingültig und allgemeinverbindlich, was er nach dem Rechtsformalismus voraussetzungsgemäß ist, sondern ist er in seiner *Allgemeingültigkeit* auch so eindeutig, daß er die Eindeutigkeit jener Vergleichbarkeits- und Gleichheitserkenntnis gewährleistet, die der Gleichheitssatz voraussetzt, und bestimmt er in seiner *Allgemeinverbindlichkeit* die eindeutige Erkenntnis zur allgemeinverbindlichen Rechtsnorm der Handelnden?

aa) Der Lösungsversuch durch einen Begriff der formalen Gerechtigkeit

In der Tat scheint der Gleichheitssatz durch den Gerechtigkeitsbegriff vor der Willkür gerettet. Denn unter Berufung auf die Gerechtigkeit läßt sich sagen: die Anwendung des Gleichheitssatzes ist

⁵⁹ Vgl. v. NELL-BREUNING, in BRUGGER, phil. Wörterbuch, Art.: Recht. Für die gemäßigte Richtung vgl. UTZ, Formen 48; RuG, 402; 436.

dann unbedingt gefordert, und seine Durchführung als Gleich-, beziehungsweise als Ungleichbehandlung ist dann unbedingt verlangt, wenn seine Nichtanwendung oder seine Nichtdurchführung als Gleich-, beziehungsweise als Ungleichbehandlung sich als *ungerecht* erweisen müßte⁶⁰. Von den Gerechtigkeitsprinzipien aus gesehen heißt dies: die Wahl der Tauschgerechtigkeit als Behandlungsprinzip ist dann gefordert, wenn die Ausgleichsgerechtigkeit zur Ungerechtigkeit führte oder umgekehrt⁶¹.

*Das Gerechtigkeitsbewußtsein*⁶²

Für diese Lösung spricht unser allgemeines Gerechtigkeitsbewußtsein, das mit besonderer Leidenschaft jene „Rechtsbehandlung“ als „ungerecht“ brandmarkt, die unter Namen und Schein des Rechts dort tauschgerechte Gleichbehandlung vornimmt, wo nach dem allgemeinen Empfinden nur ausgleichsgerechte Ungleichbehandlung der Sachlage wäre gerecht geworden oder umgekehrt.

Ohne Zweifel reagiert unser Gerechtigkeitsbewußtsein in solchen Belangen ebenso schnell wie sicher. Aber beruht die Sicherheit dieser Reaktion auf einem *formalen* Gerechtigkeitsbegriff? Der Hinweis auf unser Gerechtigkeitsbewußtsein allein rechtfertigt den Lösungsversuch aus einem *formalen* Gerechtigkeitsbegriff noch nicht. So ist es unerlässlich, die Funktion des formalen Gerechtigkeitsbegriffes im Gleichheitssatz eigens zu untersuchen.

⁶⁰ DÜRIG spricht geradezu von einer „Gerechtigkeitsgleichheit“ (54/2a [1; 2]); FREY vom „Verbot der unsachlichen oder sachfremden Differenzierung, wo Vernunft und Gerechtigkeit die Gleichheit fordern“ (6). v. NELL-BREUNING, Anm. 38; W I/57. Gerichte: BVerfG: „Nur solche tatsächlichen Ungleichheiten dürfen zu unterschiedlicher Behandlung im Recht führen, denen aus Erwägungen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit auch für das Recht unterscheidende Bedeutung zukommt“ (SH 76b; ARNOLD, 6). BGH vgl. (E) 419 (6). Über die konditionale Bewandnis dieser Gerechtigkeit, sofern bloß nominal verstanden, vgl. WIELAND, Anm. 36; MACHLEID, (E) 419. MALLMANN spricht vom Leidensweg, der von der absoluten Gleichheit im Recht über die sog. rel. Gleichheit zur Gerechtigkeit und von da zur Willkür führt (DRZ, 50/412; ähnlich THOMA (vgl. S. 85); beide aufgegriffen von SCHEFFLER, DRiZ 53/86b). Diese Bedenken sind richtig, solange man die Gerechtigkeit nominal faßt. Sie sind ebenso falsch, sofern sie die Behauptung einschließen, hinter der nominalen (formalen) Gerechtigkeit stünde nicht als deren Möglichkeitsbedingung ein absolut verbindlicher Begriff „realer Gerechtigkeit“, der seinerseits den konkreten Sachverhalt eindeutig zu einem gerechten oder ungerechten macht. In diesem Sinne bildet „die materielle Gerechtigkeit den Kern des Gleichheitssatzes“ (SCHAEFER, 57/356b). Zum Problem: UTZ, RuG 428; v. NELL-BREUNING, W I/44; LkL (Naturrecht). Vgl. S. 80.

⁶¹ KAUFMANN, 14; NEF, 103.

⁶² Vgl. etwa WIELAND, 90; 100; dazu Lit. in Anm. 64.

Der Gerechtigkeitsbegriff im Gleichheitssatz

Ergänzt durch den Gerechtigkeitsbegriff fordert der Gleichheitssatz: *Gerechtigkeit immer; Gleichbehandlung wenn möglich, Ungleichbehandlung wenn nötig*, wobei Bestimmungsgrund der Möglichkeit und Notwendigkeit eben die Gerechtigkeit ist. Der gerechtigkeitsgeforderte Gleichheitssatz besagt also: *Gleichbehandlung ist möglich, wenn die Gleichbehandlung gerecht ist; Ungleichbehandlung ist nötig, wenn einzig die Ungleichbehandlung gerecht ist.*

Gerechtigkeit aber fordert: „*suum cuique*“. Gerecht ist demnach jene Behandlung, die jedem das Seine gibt: was er ist, hat und braucht, um sich selbst zu sein. Eingesetzt in den Gleichheitssatz heißt dies: *Gleichbehandlung ist möglich, wenn und solange jeder der Behandelten dadurch das Seine erhält; Ungleichbehandlung ist nötig, wenn und sobald einer der Behandelten anders des Seinen verlustig ginge.*

Aus dieser Formulierung erhellen Wert und Grenze des formalen Gerechtigkeitsbegriffs:

Wert, weil damit das Richtmaß gefunden ist, die Wahl, ob Gleich- oder Ungleichbehandlung, zu treffen. Denn sobald ich weiß, was das Seine des Menschen und der ihm zugeordneten Dinge ist, weiß ich gleichfalls, nicht nur was jedem Einzelnen als das Seine zu geben gefordert ist, sondern auch was mehreren zugleich zu Behandelnden je zu geben ist, um jedem das je geforderte Seine zu geben. In dieser zweiten Erkenntnis und der damit verknüpften Forderung liegen aber bereits auch Erkenntnis und Forderung, beim Vergleichen verschiedener Sachverhalte jenen Standort zu wählen, der das „Seine“ der einzelnen zu Behandelnden nicht außer Acht läßt: auch die Wahl des Standorts, je nachdem die Sachverhalte nicht vergleichbar oder vergleichbar, ungleich oder gleich erscheinen, steht unter der Gerechtigkeit. Vorausgesetzt also, die Gerechtigkeit sagt, was das Seine ist, schließt die Gerechtigkeitsforderung die Willkürmöglichkeit der Standortwahl aus.

Grenze, weil der formale Gerechtigkeitsbegriff ausgerechnet nicht sagt, was das Seine des Menschen und seiner Dinge ist. Solange ich aber an Stelle der *formalen* Bestimmung „das Seine“ nicht das einsetze, was ihr an *inhaltlichen* Eigenschaften entspricht: was nämlich das „Seine“ tatsächlich ist, so daß doch wieder jeder unter dem Inhalt des „Seinen“ verstehen kann, was er will, genau so lange bleibt

die Standortwahl für den Vergleich und folglich die Wahl, ob Gleich- oder Ungleichheit, ob tauschgerechte Gleich- oder ausgleichsgerechte Ungleichbehandlung, *ebenso unentschieden wie ohne Gerechtigkeitsbegriff*. Denn je nachdem das „Seine“ so oder anders ist, je nachdem wird etwas anderes gerecht, drängt sich ein anderer Vergleichsort auf, muß man je anders gleich- oder ungleichbehandeln.

Der Wert der Gerechtigkeitsforderung ist mithin solange bis zur Bedeutungslosigkeit begrenzt, als sie formal beim „suum“ bleibt und nicht zu den Realien vorstößt, die dem „suum“ zugrunde liegen. Mit andern Worten: der Wert des formalen Gerechtigkeitsbegriffes ist ein *bedingter Wert*. Die Bedingung, unter der er wertvoll wird, ist die Realdefinition der Gerechtigkeit. In dieser Einsicht liegt auch die Kritik eines solchen Lösungsversuchs.

Zur Kritik des Lösungsversuches durch einen Begriff formaler Gerechtigkeit

1. Der formale Gerechtigkeitsbegriff, nämlich die Forderung des „suum cuique“, läßt konkret genau so viele Inhaltsdeutungen zu, als es vieles Inhaltliche in den Dingen gibt. Auch der formale Gerechtigkeitsbegriff schließt somit die Indifferenzlage konkreter Vieldeutigkeit und in der Folge die Willkürausgesetztheit des Gleichheitssatzes nicht aus. Vielmehr wird durch die formale Gerechtigkeit die Willkürmöglichkeit einfach aus der (willkürlichen) Wahl des Vergleichsortes in die (willkürliche) Inhaltsbestimmung des Seinen zurückverschoben.

2. Erst wenn die Gerechtigkeit auch noch allgemeingültig und allgemeinverbindlich festlegt: dies und nur dies ist *real* konkret *das Seine* des Menschen und seiner Dinge, wird der Gleichheitssatz eindeutig, das heißt, aus seiner Indifferenz bezüglich seiner Anwendung und Durchführung herausgehoben, und schließt die Gerechtigkeitsforderung Willkür unbedingt von ihm aus.

3. Also nicht schon die Nominal-, sondern erst die *Realdefinition* der Gerechtigkeit, das heißt, erst die eindeutige und allgemein verbindliche Antwort auf die Frage: was kommt dem Menschen als das Seine zu? birgt die Lösung der Gleichheitsaporie.

Ergebnis (zu aa)

1. Die *naturrechtliche* Fragestellung ist insofern vom Gleichheitssatz her ganz unvermeidlich, als er vor seinem Vollzug jedenfalls eine konkrete Antwort fordert auf die Frage: was ist der Mensch und das Seine inhaltlich?

2. Insofern der *Rechtsformalismus* die Notwendigkeit einer solchen Antwort selbstredend zugibt, aber voraussetzungsgemäß ebenso selbstverständlich verneint, sie könne von der Gerechtigkeit her allgemeingültig und allgemeinverbindlich erteilt werden, wird er zwangsläufig zum *Rechtssubjektivismus*.

3. Damit aber besteht seine „Lösung“ der *Gleichheitsaporie* im ausdrücklichen Eingeständnis ihrer Unlösbarkeit. Denn die Indifferenzlage des Gleichheitssatzes wird so überwunden bloß durch den subjektiven (möglicherweise willkürlichen) Standpunkt dessen, der den Gleichheitssatz (und sein Willkürverbot) vollzieht.

bb) Der Lösungsversuch des subjektiven Standortes

Nef als ausgeprägter Rechtsformalist sieht die „Lösung“ des Gleichheits- und Gerechtigkeitsproblems in folgender Weise⁶³: Politische oder weltanschauliche Gründe lassen mich einen bestimmten Standort wählen. Die Wahl dieses Standorts hat mit Gerechtigkeit noch nichts zu tun. Von diesem Standpunkt aus nehme ich zwei Sachverhalte wahr. Selbstverständlich enthalten sie Gleiches und Ungleiches. Aber mein Standort läßt mich entweder mehr ihre Gleich- oder mehr ihre Ungleichheit sehen. Da nun die Erkenntnis nur Folge des Standorts ist, die Wahl des Standorts aber nicht der Gerechtigkeitsforderung unterstand, so ist auch das Erkennen und Anerkennen der Sachverhalte als nicht vergleichbarer oder vergleichbarer, als gleicher oder als ungleicher, noch nicht gerecht oder ungerecht.

Habe ich aber die Sachverhalte entweder als nicht vergleichbar oder als vergleichbar, vergleichbare entweder als gleich oder als ungleich erkannt, dann verlangen nun Gleichheit und Gerechtigkeit, die als

⁶³ S. 105; 106; 109.

gleich erkannten Sachverhalte tauschgerecht gleich, die als ungleich erfaßten ausgleichsgerecht ungleich, jene als überhaupt nicht vergleichbar erschienenen je verschieden zu behandeln. Erfolgt aus politischen oder weltanschaulichen Gründen ein Standortwechsel, so wird sich selbstverständlich eine andere Gleichheitserkenntnis ergeben und werden Gleichheit und Gerechtigkeit ebenso selbstverständlich eine andere Behandlung fordern, ohne daß — nochmals selbstverständlich — der Standortwechsel selbst der Gerechtigkeitsforderung unterstünde.

Zur Kritik des subjektivistischen Lösungsversuches

Es ist zu unterscheiden zwischen dem, was der Rechtsformalismus als Subjektivismus ausdrücklich behauptet, und dem, was er zu dieser Behauptung stillschweigend, aber notwendig voraussetzt. Seine Behauptungen verwickeln ihn in Widersprüche. Seine Voraussetzungen zeigen ihn als in sich selbst widerspruchsvoll.

Kritik seiner Behauptungen

Der Rechtspositivismus behauptet: 1. die Realität des „suum“ könne von der Gerechtigkeit her nicht eindeutig bestimmt und deshalb jedenfalls nicht für alle als verbindlich erklärt werden; 2. die Forderung der Gerechtigkeit und Gleichheit sei deshalb entweder in ihrer inhaltlichen Bestimmung überhaupt (extremer Rechtsformalismus) oder doch in der Anerkennung ihres Inhalts als eines rechtsverbindlichen (gemäßigter Rechtsformalismus) dem subjektiven Standpunkt der einzelnen Menschen oder Gruppen zu überlassen.

1. Diese Behauptung steht in schroffem *Gegensatz zur Evidenz unseres Gerechtigkeitsbewußtseins*, das evidenterweise nicht durch gefühlsmäßige Unbestimmtheit, sondern durch den Unbedingtheitsanspruch seiner Urteile gekennzeichnet erscheint⁶⁴. Insofern sich der Rechtsformalismus auf das „Phänomen“ als auf seine innere Begründung stützt, wie es etwa bei *Nef* ausdrücklich der Fall ist⁶⁵, ist er

⁶⁴ Vgl. etwa TH. MEYER, I. Nr. 47; 184; 223; 285. Dazu BRUGGER, Theol. nat. Nr. 85/37 ff. WIELAND, der die Allgemeingültigkeit ebenfalls als zum Wesen der Rechtsidee gehörig betrachtet, meint: „Ein Rechtsbewußtsein, das auf diesen Allgemeingültigkeitsanspruch verzichtet, gibt sich selbst als Rechtsbewußtsein auf“ (98). Genauer müßte es heißen: wird in einer *contradictio exercita* (vgl. Anm. 6 [S. 4]) nicht als sich selbst gedacht (vgl. S. 80).

⁶⁵ S. 51; 128.

deshalb in Wahrheit unbegründet. Denn er schiebt diesen Wesensbestandteil des Gerechtigkeitsphänomens, der offenbar nicht in sein Denksystem paßt, willkürlich beiseite. Unbegründeterweise behauptet, ist er aber selbst ein willkürliches System. Wenigstens in der Wissenschaft ist Willkür kein Beweisgrund.

2. Diese Behauptung enthält den *Denkwiderspruch eines willkürlichen Willkürverbotes*. Denn alles mit der Eigenschaft „willkürlich“ Behaftete ist selbst Willkür. Als willkürliches ist das Willkürverbot selber *Willkür*. Mithin schließt es als Willkür-Verbot Willkür aus, als willkürliches Verbot aber Willkür ein. Willkür zugleich ein- und ausschließend ist es das hölzerne Eisen einer *contradictio in adiecto*. Diesen Selbstwiderspruch eines willkürlichen Willkürverbotes zeigen seine *Folgen*. Denn dann spielt 1. die Machtpolitik, an den Fäden des Willkürverbotes und der rechtlichen Gleichheit drauflos zupfend, mit der Marionette „Mensch“ das Spiel der Willkür, wobei die formale Gerechtigkeit das regelrecht gespielte Spiel als gerecht erklären muß. Und dann ist 2. der in den Augen der anderen offensichtliche Willkürfall mit dem Hinweis bereits gerechtfertigt, Willkür sei Weltanschauung und Weltanschauung sei Willkür, ohne daß vom Standpunkt formaler Gleichheit und Gerechtigkeit auch nur das mindeste dagegen einzuwenden wäre.

*Kritik seiner Voraussetzungen*⁶⁶

Ausdrücklich behauptet der Rechtsformalismus: die Gerechtigkeit legt keinen Inhalt als einzig gerechten und damit allgemeinverbindlichen fest. Stillschweigend muß er aber zu dieser Behauptung selber einen Inhalt als allgemein gültigen voraussetzen und ihn namens der

⁶⁶ Für die Erkenntniskritik vgl. DE VRIES, Denken und Sein, Freiburg i. Br. 1937, 121ff.; für den Rechtsstandpunkt vgl. SCHEUNER: „Die Abgrenzung dessen, was als gleich und demgemäß gleich zu behandeln anzusehen ist, von dem, was Differenzierungen erlaubt oder gebietet, wird niemals ohne Werturteile erfolgen können. Das darf nicht zu einer Überbetonung des Relativen in der Gleichheit und damit zu einer Auflösung der Gleichheit führen. Aber es mahnt, jedes Rechtsverhältnis auf seine inneren Maßstäbe der Gerechtigkeit und Ordnung abzustellen und formallogischen Argumenten hier zu mißtrauen“ (48; vgl. 45f.). IMBODEN, M.: „Dem angeblich allgemein gültigen Begriffsrecht liegen zahlreiche Ausnahmen von einer durchaus vorkonstitutionellen Wertbetonung [zu Grunde], ja gelegentlich mit einem sehr robust autorität-absolutistischen Akzent“ (Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, Basel 1954). In diesem Zusammenhang ist wichtig, daß auch das BVerfG den „wertungsfreien Gesetzespositivismus“ ablehnt (vgl. SH 74b mit Anm. BOSCHS, 79b) und bes. Art. 6/I GG als „wertentscheidende Grundsatznorm“ bezeichnet (57/83 vgl. (E) S. 451). Vgl. auch die Problematik des Grundsatzes von „Treu und Glauben“, der, wie der Gleichheitssatz, ebenfalls „vorerst inhaltslos“ ist (WIEACKER, 57/288 mit weiterer Lit.). Zum Gesamtproblem vgl. OSWALD.

Gerechtigkeit als allgemeinverbindlichen fordern. So widersprechen seine Behauptungen seinen Voraussetzungen: er ist widerspruchsvoll in sich.

1. Er macht eine *Inhaltsaussage mit dem Anspruch absoluter Gültigkeit*. Denn 1. ist die Behauptung, es sei unmöglich, allgemeingültig und rechtsverbindlich zu sagen, was das Seine des Menschen inhaltlich sei, selbstredend für jeden beliebigen Standpunkt, also als *allgemeingültige* erhoben; 2. ist die Behauptung eine *Inhaltsaussage* darüber, was der Mensch und das Seine sei. Indem man behauptet, nichts (Bestimmtes) über den Inhalt aussagen zu können, sagt man doch bestimmt etwas Inhaltliches aus: nämlich dessen Unbestimmtheit. In sich unbestimmt, ist er aber von jedem bestimmbar: jeder kann den Inhalt, der er ist und den die andern je sind, selber bestimmen. So hat der Mensch zu seinem Wesensinhalt absolute Freiheit und als das Seine schrankenlose Willkür.

2. Er setzt diese Inhaltsaussage als *allgemeinverbindlich* fest. Denn jede Aussage rechtlicher Bewandtnis muß irgend etwas als rechtserheblich und unbedingt rechtsverbindlich erklären, und sei es nur dessen Rechtsunverbindlichkeit. Wenn daher der Rechtsformalismus nichts Inhaltliches als rechtsverbindlich erklärt, erklärt er das Nichts (an Bestimmtheit) zum rechtsverbindlichen Inhalt, damit aber dessen absolute Bestimmbarkeit durch jeden Beliebigen. Dieses allgemeingültig und allgemeinverbindlich erklärte Nichts an Bestimmtheit und Alles an Bestimmbarkeit ist aber genau dies: der absolut freie Mensch, der nichts des „Seinen“ in sich enthält als absolute Bestimmbarkeit oder schrankenlose Willkür.

3. Er setzt die Inhaltsaussage *namens der Gerechtigkeit* als allgemein verbindlich fest. Denn die Aussage behauptet: der Inhalt des Menschen sei rechtsverbindlich reine Willkür oder — was dasselbe ist — er sei ohne positive Dazwischenkunft des Menschen noch nicht rechtsverbindlicher Art. Die Behauptung aber, ein Rechtsinhalt sei vor seiner positiven (staatlichen) Setzung noch nicht rechtsverbindlich, wird naturgemäß ihrerseits als rechtsverbindlich angenommen, unabhängig von ihrer allfälligen positiven Gesetztheit. Denn ganz offensichtlich gilt das positiv Gesetzte innerlich (also abgesehen von seiner polizeilichen Zwangsdurchsetzung) nur deshalb, weil stillschweigend vorausgesetzt und vor- oder überpositiv anerkannt wird:

das als positivgesetzt Erklärte solle gelten⁶⁷. Diese überpositive Forderung, ohne die überhaupt kein positiv Gesetztes rechtsverbindlich gilt, ist aber nichts anderes, als die unbedingt rechtsverbindliche Forderung einer überpositiven Gerechtigkeit. Wenn schon, dann ist nur in ihrem Namen die Gleichsetzung von „suum“ und „willkürlich“ als rechtsverbindlich zu fordern. Kurz: indem der Rechtsformalismus das Seine des Menschen mit dem Willkürlichen gleichsetzt, setzt er stillschweigend selber eine *Realdefinition der Gerechtigkeit* voraus, die ihrerseits in vorpositiver Rechtsverbindlichkeit fordert, jeden seiner Willkür zu überlassen.

Ergebnis (zu bb)

1. In seiner *positiven Behauptung*, das Seine des Menschen lasse sich inhaltlich nicht eindeutig bestimmen und unbedingt als rechtsverbindlich erklären, verwickelt der Rechtsformalismus den Gleichheitssatz in die Aporie des willkürlichen Willkürverbotes, das nicht nur denkunmöglich ist, sondern auch im klaren Widerspruch zum Selbstzeugnis unseres eigenen Gerechtigkeitsbewußtseins steht. Der Rechtsformalismus löst also die Gleichheitsaporie nicht nur nicht, sondern führt sie unmittelbar herbei, was er selber zugibt.

2. In seiner *stillschweigenden Voraussetzung* bestimmt der Rechtsformalismus „das Seine“ des Menschen selber inhaltlich als „das Willkürliche“ und erklärt diese Bestimmung als allgemeingültig und unbedingt rechtserheblich. Insofern widerspricht er sich selbst.

3. Auch der Rechtsformalismus begnügt sich somit nicht mit einem Formalbegriff der Gerechtigkeit, sondern setzt für diesen eine *Realdefinition der Gerechtigkeit* voraus, die in der Gleichsetzung des „suum“ mit dem „Willkürlichen“ besteht.

Um die Wahrheit dieser Realdefinition beurteilen zu können, muß die Frage nach der Realdefinition ausdrücklich gestellt werden. Dies geschieht im *naturrechtlichen Lösungsversuch* der Gleichheitsaporie.

⁶⁷ Vgl. S. 170.

c) *Die Lösung der Naturrechtslehre*⁶⁸

Rechtsformalismus und Naturrechtslehre stimmen darin überein, daß beide der Gleichheitsaporie tatsächlich durch eine Realdefinition der Gerechtigkeit begegnen. Während sie indes der Rechtsformalismus (im Leugnen ihrer Möglichkeit) nur *impliziert*, legt sie die Naturrechtslehre *ausdrücklich* ihrer Rechtsbetrachtung zugrunde.

Von einer realistischen Erkenntniskritik ausgehend, ist die Naturrechtslehre nämlich der Ansicht, bei der Frage nach dem Seinen des Menschen handle es sich um eine *Selbstbefragung*, wo nicht nur Frager und Befragter auf dem *gleichen Standpunkt* stehen, sondern sich der Fragende in der unmittelbaren *Gewißheit des Bewußtseins* auch der Wahrheit der Antwort versichern kann.

Aber auch zwischen den einzelnen Fragenden ist eine allfällige Standpunktverschiedenheit mindestens feststellbar, wobei in ihrer Feststellung bereits wieder ein *gemeinsamer Standpunkt* erreicht ist. Da auch dieser gemeinsame Standpunkt jederzeit am eigenen Selbstzeugnis nachprüfbar ist, offenbart auch er der innern Einsicht eine Wahrheit als sicher und gewiß. Bei dieser Möglichkeit glaubt die Naturrechtslehre, die Frage nach dem Seinen des Menschen sinnvoll nicht nur stellen zu können, sondern angesichts des Gleichheitssatzes, der wesentlich die Sachgemäßheit einer jeden Behandlung fordert, dies auch zu müssen.

Wer ist nun also dieser zufolge der Gleichheitsforderung sachgemäß zu behandelnde Mensch? Die Antwort ist an dieser Stelle natürlich noch nicht fällig. Hier genügt die Erkenntnis, daß sich die Naturrechtslehre durch die Gerechtigkeit in besonderer Weise gefragt weiß.

Ergebnis (zu A)

1. Der Gleichheitssatz ist nur praktikabel, wenn man allgemeingültig und allgemeinverbindlich weiß, was real das Seine des Menschen ist (*Realdefinition der Gerechtigkeit*).

2. Die Naturrechtslehre, und sie allein, stellt ausdrücklich diese Frage. Insofern ist der Gleichheitssatz notwendig eine Frage des Naturrechtes.

⁶⁸ Dazu vgl. PIEPER, Über die Gerechtigkeit, München 1954², 11—28.

3. Die Naturrechtslehre, und sie allein, hält diese Frage für grundsätzlich beantwortbar. Denn sie ist der Ansicht, Selbstbefragung und Selbstkontrolle böten die Möglichkeit, der Standpunktverschiedenheit der Fragenden und Antwortenden wirksam zu begegnen. Insofern traut es sich die Naturrechtslehre allein zu, den Weg aus der Gleichheitsaporie zu weisen.

B. Der Begriff der Gleichberechtigung von Mann und Frau

Als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes enthält der Begriff der Gleichberechtigung selbstredend auch dessen doppelte Problemstellung. So erstaunt es nicht, daß die Gleichberechtigungsdiskussion nicht nur eine *zweifache Deutung* des Gleichberechtigungsbegriffes ergab, sondern ihn auch von seinen *Voraussetzungen* her in Frage stellte.

I. Zur Deutungsproblematik des Gleichberechtigungsbegriffes

Zwar ging die Gleichberechtigungsdiskussion nicht mehr von der Willkür- und Privilegierungstheorie aus. Man sprach vielmehr von *organischer* und *formaler* Gleichberechtigung⁶⁹, ohne daß man nach den Verbindungslinien zu den Gleichheitsdeutungen gefragt hätte. Es scheint, als hätte man allgemein angenommen, nicht nur zwischen Gleichberechtigungs- und Gleichheitsdeutung bestehe ein Unterschied, sondern auch die Gleichberechtigungsdeutungen unter sich seien je ein „völliges aliud“. Denn die organische Gleichberechtigungsauffassung schließe die *Möglichkeit einer Ungleichbehandlung* ein, die formale jedoch schließe sie aus, da sie für Mann und Frau völlig inhaltsgleiche Rechte und Pflichten fordere⁷⁰.

Weil aber Diskussionen leicht zu simplifizierenden Kurzschlußformeln führen, scheint es dennoch gerechtfertigt, eigens nach dem Verhältnis der Gleichberechtigungs- zu den Gleichheitsdeutungen und der Gleichberechtigungsdeutungen unter sich zu fragen. Um

⁶⁹ Vgl. HAGEMEYER, I/3; BEGRÜNDUNG I/40; SCHEUNER, 47; ARNOLD, 15.

⁷⁰ BUMILLER, 81; MESSMER, 12.

freilich nicht selber dem simplifizierenden Mißverständnis zu verfallen, empfiehlt es sich, das Verhältnis zu den Gleichheitsdeutungen vom *rechtsphilosophischen Standort* der Gleichberechtigungsdeutungen aus zu bestimmen, und ihr eigenes Wechselverhältnis nicht nur aus einer Aufsammlung ihres *Gemeinsamen und Unterscheidenden* abzulesen, sondern aus einer vertiefenden *Deutung* zu verstehen zu suchen. Nur so scheint eine abschließende *Beurteilung* einigermaßen möglich.

1. Der rechtsphilosophische Standort der Gleichberechtigungsdeutungen

Ihren rechtsphilosophischen Ort haben die Gleichberechtigungs-auffassungen jedenfalls in den drei Begriffen des Rechtsverhältnisses⁷¹. So haben wir denn je Mann und Frau vor der Rechtsinstanz, als Rechtssubjekte und als Rechtsobjekte zu betrachten.

a) Mann und Frau vor der Rechtsinstanz

Unbestritten hat Gleichberechtigung den Sinn: Mann und Frau sind vor der Rechtsinstanz⁷² gleich. Zuzufolge geschichtlicher Wandlung der zu Behandelnden oder unliebsamer Erfahrung mit den Behandelnden wird die Rechtsinstanz eigens angehalten, sich bei der Behandlung gerade von Mann und Frau vor eigenen Beweggründen, das heißt vor Vorliebe oder Abneigung zum einen oder andern Geschlechte zu hüten, und um Sachgemäßheit bemüht zu sein: zumal Mann und Frau sind so zu behandeln, nicht wie es der Rechtsinstanz beliebt, sondern wie es der Eigenart der Behandelten, also der Geschlechter, entspricht. Dabei kann die Behandlung je nach der Gleich- oder Ungleichheit der Geschlechter Gleich- oder Ungleichbehandlung sein, wenn sie nur der Geschlechtseigenart gemäß ist.

So verstanden erweist sich der Gleichberechtigungsbegriff als Spezialvorschrift der *Willkürtheorie*: wie diese die Rechtsinstanz allgemein „Gleiches gleich, Ungleiches ungleich“ zu behandeln auffordert, so fordert die Gleichberechtigung von ihr speziell: Gleichbehandlung, wofern Mann und Frau gleich, Ungleichbehandlung, wofern sie ungleich sind⁷³. Diese Forderung scheint das Eigentliche

⁷¹ Vgl. S. 27.

⁷² Gleichgültig, ob auf der Stufe der Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Verwaltung (vgl. Anm. 48; DÜRIG, 54/2b, 3 (b)).

⁷³ Vgl. WOLLE, 10, wo auf den Unterschied zwischen SCHEFFLER und HAGEMEYER hingewiesen wird. Grundsätzlich ist bedeutsam: 1. die Möglichkeit von Ungleichbehandlung nach

der *organischen Gleichberechtigung*. Sie ist die Anwendung der Willkürtheorie auf den Sachverhalt „Mann und Frau“. Sie schließt die erste Willkürart aus und fordert allgemein eine Mann und Frau entsprechende Behandlung, ohne sich ausdrücklich zu deren Stellung als Rechtssubjekte oder als Rechtsobjekte zu äußern. Selbstverständlich schließt auch die formale Gleichberechtigung die erste Willkürart aus.

b) Mann und Frau als Rechtssubjekte

Gleichfalls unbestritten ist: die Gleichberechtigung erklärt das Mann- und Frausein als Personmerkmal, das seinerseits ebensowenig Rechtstitel für Ungleichbehandlung sein kann wie die Person unmittelbar selbst. Wo Mann und Frau nur als solche, wo also außer dem Personmerkmal ihres Mann- und Frauseins nicht auch noch ein (allenfalls damit verknüpft) je ungleiches Leistungs- oder Bedürfnismerkmal angeführt werden kann, sind sie ausschließlich als Rechtssubjekte zu betrachten und als solche gemäß der durch das *Privilegierungsverbot* geforderten persönlichen *Rechtsgleichheit* unbedingt gleich zu behandeln⁷⁴.

So gefaßt, meint Gleichberechtigung die Konkretisierung der persönlichen Gleichheitsforderung. Diese scheint das Grundanliegen der *formalen Gleichberechtigung*⁷⁵. Die organische enthält es aber (eingeschlossen in der Grundforderung geschlechtsgemäßer Behandlung) selbstverständlich ebenfalls.

c) Mann und Frau als Rechtsobjekt

Ebensowenig wie die Person, können Mann und Frau unmittelbar Rechtsobjekt sein. Aber wie die Person mittels ihrer Leistungen und Bedürfnisse Rechtsgegenstand wird, werden auch Mann und Frau durch allfällige an das Personmerkmal ihres Mann- und Frauseins

beiden (allen) Deutungen, wobei die Ungleichbehandlung a) nach den einen mit der Glb bloß vereinbar ist (vgl. BEITZKE, Glb 22), so daß sie vorgenommen werden kann (FREY, 5) oder darf (HAGEMEYER I), aber so, daß sie mit der Glb selbst überhaupt nichts zu tun hat (SCHEFFLER, DRIZ 53/86a); b) nach den andern von der Glb selbst als ihr Ausdruck gefordert ist (BEGRÜNDUNG I/41a; DEHLER, BTDeb. II/483 A; Gerichte: (E) 395 (II)). 2. Die dadurch bedingte konditionale Bewandnis des formalen Glbsbegriffes (vgl. Anm. 60; Gerichte: (E) 419).

⁷⁴ Vgl. S. 33.

⁷⁵ Insofern läßt sich sagen: „Der Glbsatz bedeutet in erster Linie Gleichheit des Persönlichkeitswertes von Mann und Frau“ (BEITZKE, Glb 18), weil nämlich Glb „ein Verbot personeller Differenzierung im Recht um des Geschlechtes willen“ bedeutet (SCHEFFLER, DRIZ, 53/86a). Vgl. (E) S. 391.

geknüpfte Leistungs- und Bedürfnismerkmale Gegenstand rechtlicher Regelung. Da sich das Mann- und Frausein in einer nicht nur individuell, sondern auch geschlechtsmäßig verschiedenen Leistungsfähigkeit und Bedürfnishaftigkeit äußert, gibt es ohne Zweifel solche *geschlechtsbedingte Leistungs- und Bedürfnismerkmale*. Ihrer Natur nach sind sie doppelter Art. Entweder sind sie je nur im einen Geschlechte möglich, also *eingeschlechtlich* oder geschlechtsspezifisch. Oder sie finden sich, wenngleich je geschlechtsmäßig verschieden, dennoch in beiden Geschlechtern, also als *beidgeschlechtliche* oder geschlechtsgemeinsame.

Dreierlei Leistungen und Bedürfnisse von Mann und Frau können mithin Rechtsgegenstand sein: 1. eingeschlechtliche (Eigenleistungen oder -bedürfnisse entweder der Männer oder der Frauen), 2. beidgeschlechtliche, aber geschlechtsmäßig ungleiche, 3. beidgeschlechtliche und dabei geschlechtsmäßig gleiche.

Wäre nun die formale Gleichberechtigungsdeutung einfach die *Anwendung der Privilegierungstheorie*, müßte sie namens deren *sachlicher Gleichheitsforderung* verlangen: Männer und Frauen sind bezüglich eingeschlechtlicher und geschlechtsmäßig ungleicher Leistungen und Bedürfnisse ungleich, bezüglich geschlechtsmäßig gleicher gleich zu behandeln. Eine nicht immer klare Sprechweise⁷⁶ läßt indes nicht

⁷⁶ Vor allem wurde nicht genügend unterschieden: 1. Vergleichbare und gleiche Tatbestände. SCHEFFLER geht von vergleichbaren aus (vgl. Anm. 78) und wird auch so von WOLLE verstanden (10). Der SPD-ENTWURF, der sonst hierin SCHEFFLER folgt, spricht aber plötzlich von gleichen Tatbeständen (vgl. Anm. 79). Ebenso vermennt des BVerfG „vergleichbar“ und „gleich“ (vgl. (E) 397). Es ist festzuhalten: das Vergleichbare enthält immer Gleich- und Ungleichheit. Auch das Ungleiche kann noch vergleichbar sein (vgl. S. 45). 2. Gleichwertigkeit und Glb (vgl. S. 75 Anm. 93).

Diese unklare Sprechweise hat namentlich zum Mißverständnis jener Glbsauffassung geführt, wie sie von SCHEFFLER und dem BVerfG (SH 76b ff.; vgl. KRAUSS, 54/62b) vertreten wurde. Dabei liegt möglicherweise bei SCHEFFLER eine gewisse Lehrentwicklung zwischen dem DJT und DRiZ 53/85 ff. vor. Beiden Äußerungen liegt ein sehr restriktiver Glbsbegriff zu Grunde, insofern sie sich bemühen, den Gleichwertigkeitsbegriff (und damit die qualitative Glb) aus dem Glbsbegriff auszuklammern (ohne ihn zu leugnen). Ein derart eingengerter Glbsbegriff ist innerlich widerspruchsfrei und führt zu sachlich mit den übrigen Glbsauffassungen übereinstimmenden Ergebnissen: er läßt sich vertreten. Rechtslogisch ergibt sich aber diese enge Fassung keineswegs zwingend aus dem Standort der Glb im GG (als Abs. 2 von Art. 3). Insofern kann man verfassungsgemäß mit ebenso guten (wenn nicht besseren) Gründen die weitere (und gebräuchlichere) Glbsauffassung vertreten. Keinesfalls folgt aber aus dem Schefflerschen Glbsbegriff die Unvereinbarkeit des männlichen ER mit der Glb (des GG). Wenn SCHEFFLER trotzdem dessen Grundgesetzwidrigkeit behauptet (DRiZ 53/87a), dann überschätzt sie die rechtslogische Tragkraft ihrer eigenen Ansicht. Vgl. auch Anm. 52.

eindeutig erkennen, ob und wieweit die formale Gleichberechtigung diese Forderung auch tatsächlich zu ihrer eigenen macht. Immerhin dürfte folgendes feststehen:

1. Die *organische* Auffassung erhebt zwar diese Forderung nicht ausdrücklich, enthält sie aber in ihrer Grundforderung geschlechtseigenartgemäßer Behandlung einschlußweise mit.

2. Die *formale* Auffassung vertritt ihre Grundforderung völlig inhaltsgleicher Rechte und Pflichten zwischen Mann und Frau kaum mehr in uneingeschränkter Weise. *Extrem* vertreten ließe sie nämlich eine rechtliche Regelung eingeschlechtlicher Leistungen und Bedürfnisse, wie sie etwa die Mutterschaft mit sich bringt, überhaupt nicht zu. Da sich nämlich ein Mutterschutz aus für Mann und Frau inhaltsgleichen Rechten schlechterdings nicht bilden läßt, wäre ein Mutterschutz schlechterdings unmöglich. Tatsächlich aber hat heute selbst Rußland seine Mutterschutzbestimmungen⁷⁷.

3. Die *gemäßigt formale* Auffassung schränkt die Grundforderung inhaltsgleicher Rechte in verschiedenem Maße ein. Einstimmigkeit besteht darüber (deshalb ist sie überhaupt gemäßigt), daß die *eingeschlechtlichen Leistungen* und Bedürfnisse einer Sonderregelung zugänglich sind, ohne daß dadurch die Gleichberechtigung verletzt wäre. So ist Mutterschutz, angeknüpft an das mit dem Personenmerkmal des Frauseins verbundene *Leistungs- und Bedürfnismerkmal des Mutterseins*, rechtlich durchaus zulässig.

Unstimmigkeit scheint bezüglich der *beidgeschlechtlichen* Leistungen und Bedürfnisse zu bestehen. *Scheffler* scheint bei beidgeschlechtlichen Merkmalen auf jeden Fall *inhaltsgleiche* Rechte und Pflichten zu fordern, also auch bei den geschlechtsmäßig verschiedenen⁷⁸. Der *SPD-Entwurf* scheint auch bei diesen mindestens grundsätzlich die Möglichkeit *inhaltsungleicher* Rechte und Pflichten anzunehmen, so, wenn er die Frauen mit Rücksicht auf das Leistungsmerkmal geringerer

⁷⁷ Vgl. BEITZKE, Glb 22; dazu FALK, H.: Wandel im sowjetischen Ehe- und Familienrecht, StdZ 149 (1951) 169—174.

⁷⁸ „Natürlich gibt es infolge der Verschiedenheit der Geschlechter, insbesondere der Mutterschaft, rechtlich geregelte Tatbestände, die sich nur in einem Geschlecht verwirklichen können: Mutterschutz gibt es nur für Mütter. Da es aber hier zwischen Mann und Frau gar keine Vergleichsmöglichkeit gibt, ist der funktionelle Unterschied für die Frage der Glb ohne Bedeutung“ (DJT 5). „Die ‚Funktion‘ der Frau, ihr ‚Beruf‘ als Hausfrau und Mutter, hat also mit Glb überhaupt nichts zu tun“ (DRiZ 53/86a); ähnlich KANT, BRStzung I/416 D.

Körperkraft nicht zu unentsprechender Erwerbsarbeit zwingen will⁷⁹. Er scheint also inhaltsgleiche Rechte nur bei geschlechtsmäßig gleichen Leistungen und Bedürfnissen zu fordern, wobei er sich sachlich in grundsätzlicher Hinsicht mit der organischen Deutung einig wüßte.

Ergebnis (zu 1)

I. Aus dem rechtsphilosophischen Standort der Gleichberechtigungsdeutungen läßt sich entnehmen:

1. Die *organische* Deutung ist die auf Mann und Frau angewandte *Willkürtheorie* des Gleichheitssatzes. Sie wehrt der Willkür der Rechtsinstanz und fordert allgemein geschlechtseigenartgemäße Behandlung.

2. Die *formale* Auffassung ist insofern Anwendung der *Privilegierungstheorie*, als sie Mann und Frau ausdrücklich als Rechtssubjekte und Rechtsobjekte unterscheidet. *Rechtssubjekte* sind sie, solange sie nur mit dem Personenmerkmal ihrer Geschlechtlichkeit geprägt sind. Als solche sind sie gemäß der *persönlichen Rechtsgleichheit* unbedingt gleich zu behandeln. *Rechtsobjekt* werden sie mittels allfälliger Leistungs- und Bedürfnismerkmale. Bei *geschlechtsspezifischen* können sie jedenfalls gesondert behandelt werden (gemäßigt formale Gleichberechtigung). Bei den *geschlechtsgemeinsamen* scheinen die Übergänge von der formalen zur organischen Deutung fließend. Denn gewisse Vertreter der formalen halten die Ungleichbehandlung beidgeschlechtlicher, aber geschlechtsmäßig ungleicher Leistungen und Bedürfnisse mit der Gleichberechtigung vereinbar: genau das, was einschlußweise auch die organische Deutung fordert.

II. Aus dem rechtsphilosophischen Standort kann daher *nicht* entnommen werden, ob sich die beiden Deutungen grundsätzlich unterscheiden und allenfalls widersprechen. So ist ihr Gemeinsames und Unterscheidendes eigens in Frage zu stellen.

⁷⁹ Man wird die Frauen „nicht unter dem Gesichtspunkt der Glb und Gleichverpflichtung zu Arbeiten nötigen, die ihren Kräften nicht entsprechen, weil ein „gleicher Tatbestand“, nämlich die gleichen Körperkräfte nicht vorhanden sind“ (SPD-ENTWURF, 40; ebenso weiter oben).

2. *Gemeinsames und Unterscheidendes der Gleichberechtigungsdeutungen*

Ihr *Gemeinsames* besteht einmal in der Ablehnung der „Gleichmacherei“⁸⁰ und „Nivellierung“⁸¹ und zum andern in einer *sachlichen* Übereinstimmung, die, was das Grundsätzliche und nicht die konkreten Einzelforderungen betrifft, weiter reicht, als manche annehmen geneigt scheinen⁸². Denn nicht nur lehnen beide Deutungen die Willkür der Rechtsinstanz ab und fordern persönliche Rechtsgleichheit für Mann und Frau. Nicht nur halten beide mindestens die inhaltliche Sonderbehandlung eingeschlechtlicher Leistungen und Bedürfnisse mit der Gleichberechtigung vereinbar. Sogar über die grundsätzliche Möglichkeit, beidgeschlechtliche ungleiche Leistungen und Bedürfnisse ungleich zu behandeln, scheint man teilweise übereinzukommen. So dürfte der Unterschied der Deutungen weniger im Sachlichen zu suchen sein. Ihr *Unterscheidendes* scheint vielmehr rechtslogischer und begrifflicher Art.

Rechtslogisch wird nämlich die von beiden Deutungen mit der Gleichberechtigung als vereinbar erklärte geschlechtsspezifische Sonderbehandlung je verschieden gedeutet. Bei der *organischen* ist sie rechtslogische Forderung der Gleichberechtigung selbst, also innerhalb und kraft der Gleichberechtigung gefordert und als Ungleichbehandlung bezeichnet. Bei der *formalen* ist sie rechtslogische Forderung eines andern Rechtsprinzips, jedenfalls außerhalb und neben der Gleichberechtigung gefordert und schlechthin Verschiedenbehandlung genannt.

Begrifflich ergibt sich daher ein grundsätzlicher Unterschied der beiden Deutungen: sie deuten gar nicht denselben, sondern einen nach Umfang und Inhalt je verschiedenen Gleichberechtigungsbegriff. Die *organische* deutet einen Gleichberechtigungsbegriff, der, die Sonderbehandlung als Ungleichbehandlung einklammernd, weitem Umfang ist, dafür aber inhaltlich auch weiter ist, indem er sowohl die tauschgerechte Gleichbehandlung als auch die ausgleichsgerechte Ungleichbehandlung zu seinen Möglichkeiten rechnet. Die *formale*

⁸⁰ Vgl. SCHEFFLER, DJT 6; DRiZ 53/86b mit Anm. 14; SPD-ENTWURF, 40; BVerfG, SH 76b; MEYER-LAULE, BTDeb. I/11061 A; vgl. Anm. 40; HIRSCHMANN (vgl. S. 383).

⁸¹ ERMECKE, Frau 77.

⁸² So sehen etwa BUMILLER (81 ff.) und SCHEUNER (47 (a)) die formale Glb auffassung doch so, wie sie heute kaum mehr vertreten wird, jedenfalls nicht von SCHEFFLER, die insofern auch von BEITZKE (JZ 52/744 Anm. 10) mißverstanden wird.

aber deutet einen Gleichberechtigungsbegriff, der die Sonderbehandlung ausklammert, somit anwendungsmäßig enger ist, dafür aber inhaltlich auch nur die tauschgerechte Gleichbehandlung anwenden kann. Kurz, der organische Gleichberechtigungsbegriff greift den zweigliedrigen Gleichheitssatz auf: Gleichbehandlung, wenn Gleichheit, Ungleichbehandlung, wenn Ungleichheit. Der formale scheint sich nur auf dessen eine Hälfte beschränken zu wollen: Gleichbehandlung, wenn Gleichheit, ohne kraft der Gleichberechtigung darüber zu befinden, was mit der Ungleichheit zu geschehen habe.

Ergebnis

1. Die Möglichkeit einer geschlechtsspezifischen Sonderbehandlung einräumend, sind beide Deutungen in ihrer sachlichen Grundsatzforderung weitgehend *einig*.

2. Sie *unterscheiden* sich aber rechtslogisch, insofern die organische Auffassung die Sonderbehandlung als Folgerung der Gleichberechtigung betrachtet, indes sie die formale nur als vereinbar mit und neben der Gleichberechtigungsforderung bestehen läßt. Der rechtslogische Unterschied seinerseits steht aber in Wechselbezug mit einem begrifflichen: der organische Gleichberechtigungsbegriff ist weiter, der formale enger.

3. Damit ist zwar das Unterscheidende der beiden Deutungen aufgezeigt, aber es bleibt die Frage, wie es zu diesem Unterschied kommt. So muß versucht werden, die Gleichberechtigungsdeutungen von ihrem Grund her zu *deuten*.

3. Deutung der Gleichberechtigungsdeutungen

Begriffsverschiedenheit beruht auf Sichtverschiedenheit. Denn Dinge werden anders begriffen, weil man sie anders sieht. So ist auch die Verschiedenheit der Gleichberechtigungsbegriffe Folge der Sichtverschiedenheit. Die *organische* Auffassung sieht die Gleichberechtigung von einer *qualitativen* Gleichheit her, betrachtet die gleichzuberechtigenden Männer und Frauen unter *qualitativer* Rücksicht und führt zu einem qualitativen Gleichberechtigungsbegriff. Die *formale* tritt mit der Vorstellung *quantitativer* Gleichheit an die Gleich-

berechtigung heran, unterwirft Mann und Frau einer *quantitativen* Betrachtung und gelangt zu einem quantitativen Gleichberechtigungsbegriff.

a) Quantitative und qualitative Gleichheit

Quantitative Gleichheit ist Stück- und Inhaltsgleichheit. Sie beruht darauf, daß ein Teilbares in mehreren gleichen Stücken oder Quanten unter mehrere Träger verteilt wird, so daß nun diese diesbezüglich quantitativ oder inhaltlich gleich sind. Da aber kein Ding einem andern in all seinen Stücken gleich sein kann, wäre dieses doch sonst kein anderes mehr, ist quantitative Gleichheit nur bezüglich einzelner Stücke möglich, wobei andere ungleiche Stücke vorausgesetzt sind. So ist sie Gleichheit, weil sie Ungleichheit ausklammert, und zwar liegt diese Gleichheit weniger in den Dingen als solchen als in ihren einzelnen Stücken.

Qualitative Gleichheit ist Ergänzungs- oder Entsprechungsgleichheit: mehrere in sich unteilbare, aber sich gegenseitig (zu höherer Ganzheit) ergänzende Eigenschaften sind je unter mehrere Träger aufgeteilt, so daß auch diese in jenen Eigenschaften einander entsprechen und qualitativ oder entsprechend gleich sind. So sind etwa Mutter- und Vaterschaft je unteilbar, ergänzen einander aber zur höhern Einheit der Elternschaft. Insofern aber die Mutterschaft der Frau, die Vaterschaft dem Manne zugeteilt ist, ergänzen sich auch Mann und Frau zu Eltern. Im Gegensatz zur quantitativen Stückgleichheit kann sich die qualitative Entsprechungsgleichheit auch auf die Gesamteigenart mehrerer Dinge erstrecken, indem sich diese nicht nur in ihren quantitativ gleichen, sondern auch in der Andersartigkeit ihrer quantitativ je ungleichen Stücke gegenseitig ergänzen. So kann etwa das Muttersein wiederum mit bestimmten andern fraulichen Eigenschaften gekoppelt erscheinen, wie das Vatersein mit männlichen, wobei sich dann aus der Gesamtheit dieser untereinander verbundenen Eigenschaften die Eigenart des Mannes und der Frau bestimmt. So wie sich die Einzeleigenschaften hüben und drüben ergänzen, so auch je die Gesamteigenart⁸³. Die Ergänzungsgleichheit ist also in doppelter Form möglich: als Entsprechung *einzelner Teile* je von Ding zu Ding

⁸³ Vgl. BÖCKENFÖRDE, 67 Anm. 5; zur Anwendung auf die Glb BOSCH, 58/81b.

und als Entsprechung der aus den quantitativ gleichen und ungleichen Elementen sich aufbauenden *Gesamteigenart* der einzelnen Dinge. So ist sie auch Gleichheit, indem sie die quantitative Ungleichheit einklammert. Insofern ist sie gegenüber der quantitativen Gleichheit höherer Ordnung.

Quantitative und qualitative Gleichheit werden erkannt durch den quantitativen und qualitativen Vergleich. Der *Quantitativvergleich* klammert die quantitative Ungleichheit aus, stellt allfällige Stückgleichheit fest und bezeichnet andernfalls die Dinge als quantitativ nicht vergleichbar. Der *Qualitativvergleich* untersucht die quantitativ ungleichen und die quantitativ überhaupt nicht vergleichbaren Einzelstücke, ob sie nicht gerade in ihrer Ungleichheit oder Unvergleichbarkeit sich gegenseitig ergänzen. Gegebenenfalls wird das quantitativ Ungleiche und Unvergleichbare zur qualitativen Vergleichbarkeit, möglicherweise gar zur qualitativen Gleichheit.

Daraus ergibt sich: auch die qualitative *Vergleichbarkeit* ist gegenüber der quantitativen höherer Ordnung. Die Feststellung, Dinge seien quantitativ nicht vergleichbar, sagt nichts gegen ihre qualitative Vergleichbarkeit aus.

b) Mann und Frau in quantitativer und qualitativer Sicht

Quantitativ teils gleich, teils ungleich, teils überhaupt nicht vergleichbar, sind Mann und Frau qualitativ völlig gleich. *Quantitativ ungleich* sind sie in ihren beidgeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnissen. *Quantitativ nicht vergleichbar* sind sie in den eingeschlechtlichen. Mutterschaft etwa ist unteilbar und kann nur der Frau zukommen.

Qualitativ völlig gleich sind sie vor allem in ihrer *Gesamteigenart*. Denn die Geschlechtseigenart erscheint in ihrer Gesamtheit mit all ihrer Andersartigkeit auf Ergänzung angelegt. Qualitativ gleich sind sie aber auch in *einzelnen* der eingeschlechtlichen Leistungs- und Bedürfnismerkmalen. Bei manchen läßt sich nämlich ein genau entsprechendes Gegenmerkmal im andern Geschlecht aufzeigen. So erweisen sich, wie gesagt, etwa die eingeschlechtlichen Merkmale der Mutter- und Vaterschaft unter dem Vergleichspunkt der Elternschaft nicht nur als qualitativ vergleichbar, sondern in eben diesem Vergleich als einander völlig gleich entsprechend und damit entsprechend gleich.

c) *Gleichberechtigung in quantitativer und qualitativer Sicht*

Da der Begriff der Gleichberechtigung auch jenen der Gleichheit enthält und die Gleichberechtigung zudem zu ihrer Anwendung Mann und Frau als vergleichbaren Sachverhalt voraussetzt, ist klar: je nachdem man Gleichheit und Vergleichbarkeit quantitativ oder qualitativ faßt, wird auch der Gleichberechtigungssatz je anders.

Einen *quantitativ vergleichbaren* Sachverhalt zugrunde legend, wird man auf Grund der Gleichberechtigung nur die *beidgeschlechtlichen* Leistungen und Bedürfnisse zu regeln haben, die eingeschlechtlichen aber schon gar nicht sehen. So wird man auch eher mit inhaltsgleichen Rechten und Pflichten durchkommen. Einen *qualitativ vergleichbaren* Sachverhalt voraussetzend, wird man jedoch sowohl mit den beid- als auch mit den *eingeschlechtlichen* Eigenheiten rechnen müssen. Begreiflich, daß auch inhaltsungleiche Rechte und Pflichten kraft der Gleichberechtigung zu fordern sind. Je nach dem zugrunde liegenden vergleichbaren Sachverhalt können wir somit einen quantitativen und qualitativen Gleichberechtigungsbegriff unterscheiden.

Der mit der formalen Auffassung identische *quantitative Gleichberechtigungsbegriff* (Gleichberechtigung im engeren Sinne) ist jene Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau, die ihre beidgeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse im Sinne der Gleichheit zu regeln heischt. Sie besteht (etwa nach *Scheffler*⁸⁴) in einem gleichen Quantum inhaltsgleicher Einzelrechte und Einzelpflichten und bedeutet daher Forderung und Anspruch tauschgerechter Gleichbehandlung des Geschlechtsgemeinsamen.

Die von der organischen Auffassung gedeutete *qualitative Gleichberechtigung* (Gleichberechtigung im weiteren Sinne) ist jene Rechtsgleichheit zwischen Mann und Frau, die nicht nur ihre beid-, sondern auch ihre eingeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse im Sinne der Gleichheit zu behandeln fordert. Sie ist der Inbegriff der je der Geschlechtsqualität je gleich entsprechenden und damit entsprechend gleichen Rechte und Pflichten, die ihrerseits sowohl inhaltsgleiche als auch inhaltsungleiche sind. Sie bedingt daher Forderung und Anspruch eigenartgemäßer Behandlung und damit bald tauschgerechter Gleich-, bald ausgleichsgerechter Ungleichbehandlung⁸⁵.

⁸⁴ In diesem Sinne dürfte ihr Satz: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, kann nur heißen, daß die natürliche Verschiedenheit der Geschlechter rechtlich nicht als verschiedener Tatbestand gewertet werden darf“ (DJT 4), zu verstehen sein. Vgl. Anm. 76; 93.

⁸⁵ Beides unter der Forderung der realen Gerechtigkeit nach Anerkennung der Gleichwertigkeit (Jedem das Seine; nicht: jedem das Gleiche).

Ergebnis (zu 3)

1. Von ihrem Grund her gedeutet, erweist sich die organische Gleichberechtigungsdeutung als Deutung eines qualitativen Gleichberechtigungsbegriffes, die formale aber als Deutung eines quantitativen. So empfiehlt sich, von *qualitativer und quantitativer Gleichberechtigung* zu sprechen.

2. Diese Grundverschiedenheit (nämlich Gleichheit entweder als quantitative Inhaltsgleichheit oder als qualitative Ergänzungsgleichheit zu nehmen) bedingt (und erklärt damit) *die übrigen Deutungsverschiedenheiten* :

a) den je andern vergleichbaren Sachverhalt (eingeschlechtliche oder aber sowohl ein- als auch beidgeschlechtliche Leistungen), b) die je andern geforderten Rechte und Pflichten (inhaltsgleiche oder aber entsprechendgleiche: also inhaltsgleiche und inhaltsungleiche), c) die dadurch bedingten je andern Behandlungsarten (tauschgerechte Gleichbehandlung oder aber sowohl tauschgerechte Gleich-, als auch ausgleichsgerechte Ungleichbehandlung).

3. Insofern Gleichheit sowohl quantitativ als auch qualitativ begreifbar ist, scheinen auch quantitative und qualitative Gleichberechtigung widerspruchslös nebeneinander möglich. Sind aber beide Deutungen „*gleichberechtigt*“?

4. Beurteilung der Gleichberechtigungsdeutungen

Aus der Ruhe nötiger Entfernung gewinnt man den Eindruck: zwar sind a) organische und formale Gleichberechtigung mit der Gleichberechtigung des Grundgesetzes vereinbar. Dennoch gebührt b) rechtsphilosophisch der organischen der Vorrang. Dabei ist aber c) der Deutungsstreit zweitrangig, da Streitpunkt weniger die Gleichberechtigung als der Gleichberechtigungssachverhalt ist.

*a) Organische und formale Gleichberechtigung
sind mit dem Bonner Grundgesetz vereinbar*

Um mit dem Grundgesetz vereinbar zu sein, müssen beide Deutungen nebeneinander möglich sein, dürfen sich nicht grundsätzlich in den Forderungen widersprechen und darf das Grundgesetz nicht die eine oder die andere Deutung ausschließen.

1. Beide Deutungen sind nebeneinander *möglich*, weil 1. der Gleichberechtigungsbegriff den Sinngehalt quantitativer Stückgleichheit wie qualitativer Entsprechungsgleichheit enthält, und weil 2. Mann und Frau tatsächlich in ihren beidgeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnissen einen quantitativ vergleichbaren, in den eingeschlechtlichen einen qualitativ vergleichbaren Sachverhalt bilden.

Wenn es nämlich eine qualitative Gleichheit gibt, hat auch qualitative *Gleichberechtigung* ihren unersetzbaren Sinn. Und wenn Mann und Frau einen qualitativ vergleichbaren Sachverhalt bilden, läßt sich qualitative Gleichberechtigung auch auf Mann und Frau anwenden.

Daß auch Entsprechungsgleichheit echte, ja tiefere Gleichheit ist, versteht sich zwar an sich von selbst. Aber unsere am mathematischen „Gleichheits“zeichen ge- (und ver)bildete Denkgewohnheit scheint diese Selbstverständlichkeit für die Entsprechungsgleichheit überhaupt und für die Entsprechung von Mann und Frau im besonderen verloren zu haben. Gewiß will niemand Mann und Frau in „mathematischer Gleichberechtigung⁸⁶“ „more geometrico⁸⁷“ ausmessen. Aber wer abschließend behaupten wollte, bezüglich etwa des Mutter-schutzes seien Mann und Frau überhaupt nicht vergleichbar, hätte eben doch das Geometerband bloßer Quantität an sie gelegt⁸⁸.

2. Beide Deutungen *widersprechen* sich *nicht* grundsätzlich, weil ihre grundsätzliche Verschiedenheit durch die Verschiedenheit ihres teilweise verschiedenen Sachverhaltes gefordert und damit als widerspruchlos erklärt ist. Wo sie an den gleichen Sachverhalt, nämlich an die beidgeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse, ihre Forderungen richten, unterscheiden sie sich nicht grundsätzlich, sondern nur in den konkreten Einzelforderungen.

Die Verschiedenheit konkreter Einzelforderungen aber beruht auf der Meinungsverschiedenheit darüber, ob die gleichzubehandelnden Leistungen und Bedürfnisse tatsächlich überhaupt beidgeschlechtliche (also quantitativ vergleichbare) und ob die allenfalls beidgeschlechtlichen auch noch (quantitativ) gleich seien. Mit andern Worten: man streitet nicht über qualitative und quantitative Gleichberechtigung,

⁸⁶ Vgl. HIRSCHMANN (S. 383); WOLLE, 10; SPD-ENTWURF, 40; BOSCH, FR 78.

⁸⁷ Vgl. etwa v. d. HEYDTE, A.: Vom Wesen des Naturrechts, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (1957) 223.

⁸⁸ Vgl. Anm. 78. Nur auf Grund einer apriori als allgemeingültig behaupteten Quantitativglb ist der funktionale Unterschied für die Glb ohne Bedeutung und hat er mit Glb überhaupt nichts zu tun.

sondern darüber, ob und wie man in einem konkreten Fall die quantitative Gleichberechtigung *anwenden* könne. Dabei bleibt die weitere Frage nach einer qualitativen Gleichberechtigung zunächst einmal überhaupt aus dem Spiel, weshalb denn auch der Streit um die Einzelforderungen gerade so gut innerhalb der gleichen Gleichberechtigungsauffassung ausbrechen kann⁸⁹. Darum sind widersprüchliche Einzelforderungen kein Beweis für die Widersprüchlichkeit der organischen und formalen Deutung.

3. Beide Deutungen sind schließlich mit dem Grundgesetz *vereinbar*, weil es in keiner Weise erwähnt, eine der beiden sei ausgeschlossen. Denn damit ist zwar stillschweigend, aber durchaus verbindlich gesagt: Gleichberechtigung hat im Grundgesetz jenen Sinn, den sie sinngemäß haben kann, und ist daher so zu deuten, wie sie sinntsprechend deutbar ist. Auch die Gleichberechtigung des Grundgesetzes enthält die zweifache Möglichkeit der Gleichheit und gibt damit Raum für eine quantitative und qualitative Deutung.

Nirgends, weder rechtshistorisch, noch rechtsvergleichend, noch rechtssystematisch läßt sich eine Interpretationsregel nachweisen, die bestimmte, nur die organische oder nur die gemäßigt formale Gleichberechtigungsauffassung entspräche dem Grundgesetz. Im Maße beide Deutungen grundsätzlich die persönliche Gleichheit von Mann und Frau als Gleichberechtigungsforderung anerkennen und Egalisierung ablehnen, deuten beide die Gleichberechtigung des Grundgesetzes.

b) Organische Gleichberechtigung ist rechtsphilosophisch höherer Ordnung

Organische und formale Gleichberechtigung fordern die persönliche Gleichheit von Mann und Frau. Nun hat schon der Gleichheitssatz gezeigt: persönliche und sachliche Gleichheit stehen in Wechselbezug. Denn da der Mensch sich nur durch seine personhaften Lei-

⁸⁹ So wird etwa das positivierte männliche ER von den Vertretern der org. Glbdeutung zum Teil abgelehnt, zum Teil angenommen, die frauliche Schlüsselgewalt von den Anhängern der formalen Glb ebenfalls teils angenommen, teils abgelehnt, desgleichen das sog. Kranzgeld. „Fraglich ist und bleibt [also] nur, wo der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtserheblich angesehen werden kann. Das ist eine Frage, die nicht aus Art. 3 GG, sondern nur aus dem Gesamtzusammenhang unseres Sozialgefüges entschieden werden kann“ (BEITZKE, JZ 52/744). Dazu bedarf es keiner abstrakten Glbdiskussion, sondern der konkreten Interessenabwägung (vgl. etwa die Frage des Aussteueranspruchs ((E) S. 428) oder des Namenuntersagungsrechtes ((E) S. 430)).

stungen als Person verwirklicht und durchsetzt, ist die Gleichheit der Person erst dann verwirklicht, wenn auch der Gleichheit der Leistungen und Bedürfnisse entsprochen wird.

Auch die persönliche Gleichheit von Mann und Frau ist daher nicht ohne die sachliche denkbar. Nun aber können Mann und Frau nur als Mann und Frau Person sein, sich mithin auch nur durch ihre männlichen und fraulichen Leistungen als einander gleiche Personen verwirklichen. Damit ist eben gesagt: die persönliche Gleichheit von Mann und Frau ist nicht möglich, wenn nicht auch ihre männlichen und fraulichen Leistungen und Bedürfnisse vor dem Gesetze 1. als männliche und frauliche und 2. als einander ergänzende und entsprechende, also als qualitativ gleiche anerkannt sind⁹⁰.

Es braucht wirklich ein erstaunliches Stück Lebensfremdheit zu meinen, Mann und Frau seien als Personen schon dadurch gleichgestellt, daß man beiden ein tupfgleiches Bündel inhaltsgleicher Rechte und Pflichten in die Hand drückt, dabei aber zwangsläufig die Mittel, ihre Gleichheit zu verwirklichen, nämlich die geschlechtseigenartigen Leistungen und Bedürfnisse, buchstäblich rechtlos erklärt. Und es zeugt für die Lebensklugheit derer, die sich um das Recht mühen, daß sie nunmehr wohl insgesamt die *Sonderbehandlung von Mann und Frau*, soweit sie geschlechtseigenartige Leistungen und Bedürfnisse betrifft, als mit der Gleichberechtigung vereinbar erachten⁹¹.

Muß diese Sonderbehandlung um der persönlichen Gleichheit willen einerseits möglich sein, so kann sie anderseits um derselben Gleichheit willen nicht „ohne weiteres“ möglich sein, wie etwa *Wolle*⁹² meint. Denn ohne weiteres möglich, wäre sie auch ohne weiteres als willkürliche möglich und höbe damit doch wieder die persönliche Gleichheit auf. Vielmehr ist das Weitere, das sie erst möglich macht, ein Rechtsprinzip, das sie auf die persönliche Gleichheit hinordnet. Dieses kann aber naturgemäß nicht die quantitative Gleichberechtigung sein, da sie ja nur das quantitativ Vergleichbare der Gleichheit zuführen kann, es aber hier gerade um quantitativ Unvergleichbares, nur qualitativ Vergleichbares geht. So ist die

⁹⁰ Vgl. S. 35.

⁹¹ Vgl. (E). 394.

⁹² S. 10.

Sonderbehandlung nur möglich durch ein Rechtsprinzip, das qualitative Gleichheit fordert. Mit Recht hat man es das „Prinzip der Gleichwertigkeit“ genannt⁹³. Begrifflich aber ist es genau, was die organische Deutung unter der *qualitativen Gleichberechtigung* versteht.

So ergibt sich: insofern die persönliche Gleichheit von Mann und Frau nicht möglich ist ohne Sonderbehandlung ihrer geschlechtseigenartigen Leistungen und Bedürfnisse, die Sonderbehandlung aber nicht möglich ist ohne Forderung qualitativer Gleichberechtigung, ist die *formale Gleichberechtigungsauffassung* nicht falsch, aber *unzulänglich*. Denn sie kommt de facto ohne qualitativen Gleichbegriff nicht aus, wenn sie die Sonderbehandlung begründen will. Insofern ist die organische Deutung mit ihrer qualitativen Gleichberechtigung höherer Ordnung.

Die Unterstellung der Sonderbehandlung *unter* die qualitative Gleichberechtigung dürfte der formalen Deutung umso leichter fallen, als sie die Sonderbehandlung ja bereits als *neben* ihrer quantitativen

⁹³ Vgl. Anm. 99. Gegen den Begriff der Gleichwertigkeit vor allem THOMA (vgl. S. 85) und MALLMANN (vgl. Anm. 60); IF Jan. 57/11. Auch BOSCH meint: „Für die juristischen Lösungen zu Art. 3/2 GG bedeutet das bloße Wort „Gleichwertigkeit“ — das niemals umstritten war — nichts“ (56/163b). Selbstverständlich nicht das bloße Wort. Aber es bleibt die Frage, ob nicht hinter dem Wort ein realer Wert steht, der — allgemeingültig und -verbindlich — seinerseits Grundnorm auch für die Glb ist (vgl. S. 85; 104). Abgesehen von einem gewissen Wortstreit dürfte man sich auf folgender Grundansicht einig wissen: 1. Mann und Frau sind gleichwertig, insofern ihre Gleichheit als Person ihre Ungleichheit als Mann und Frau durchformt und überhöht. 2. Um dieser personalen Gleichheit (und ihres Vorrangs vor der geschlechtsmäßigen Ungleichheit) willen, sind Mann und Frau solange (inhalts)gleich zu behandeln, als nicht das Mann- und Frausein eine geschlechtsmäßige Leistungs- und Bedürfnisungleichheit bedingt und damit auch zu verschiedenen Funktionen im Gemeinschaftsleben führt. 3. Wo ohne den Mitvollzug dieser ungleichen Funktion Mann und Frau sich nicht als die, die sie gerade als Mann und Frau sind, entfalten können, muß auch das Recht die Ungleichheit (zwar nicht des Geschlechts, wohl aber) der Geschlechtsfunktionen berücksichtigen. 4. Dabei ist Richtmaß dieser rechtlichen Verschiedenbehandlung die Einsicht: wo Mann und Frau in einer Funktion sich als die, die sie sind, einsetzen, müssen auch diese ungleichen Funktionen einander genau so gleichwertig sein, wie das Personsein derer, die diese Funktionen personal vollziehen (vgl. Anm. 38; mehr darüber S. 230; 304).

Es scheint sich also wohl eher um einen begrifflichen Meinungsunterschied zu handeln: 1. SCHEFFLER läßt im Oberbegriff „Gleichwertigkeit“ die Unterbegriffe „Glb“ (für den personalen Bereich) und „Gleichwertigkeit im engern Sinn“ (für den funktionalen Bereich) enthalten sein. So sagt sie: a) „Glb hat (Andersartigkeit und) Gleichwertigkeit zur Voraussetzung“ (DRiZ 53/86a). b) „Die nicht im Personellen, sondern in der Arbeitsteilung begründete Verschiedenheit fordert eine die Gleichwertigkeit der Frauenleistung berücksichtigende Regelung“ (88b). 2. Die meisten ändern fassen bereits den Schefflerschen Oberbegriff „Gleichwertigkeit“ als qualitative Glb, insofern Glb „immer nur eine Gleichwertigkeit beinhalten“ könne (DRESSLER, 3/3), sprechen dann von der „Äquivalenz im Rechtsleben“ (DÖLLE, JZ 53/356; SH 18b) als jener aristotelischen *aequitas*, *quae in imparibus causis imparia iuria desiderat* (MÖRSDORF, DKW 51/247; vgl. BEITZKE, JZ 52/744; BEGRÜNDUNG I/40; ULMER, DJT 34).

Gleichberechtigung mögliche anerkennt und als sich infolgedessen der Streit um die Gleichberechtigung verlagert und zum Streit um den der Gleichberechtigung zu unterstellenden Sachverhalt wird.

*c) Der Streit um die Gleichberechtigung ist ein Streit
um den Gleichberechtigungssachverhalt*

Ob man die organische oder die gemäßigt formale Gleichberechtigungsdeutung vertritt: beidemale wird der Gleichberechtigungsgrundsatz erst anwendbar, wenn man weiß, ob Mann und Frau im zu behandelnden Fall einen quantitativ oder nur einen qualitativ vergleichbaren Sachverhalt bilden, mit andern Worten: ob beid- oder ob eingeschlechtliche Leistungen und Bedürfnisse zur Behandlung kommen.

Man muß dies wissen, weil man ja einig ist, daß nur die quantitativ vergleichbaren Tatbestände quantitativ gleich behandelt werden sollen, während die nur qualitativ vergleichbaren eingeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse gesondert zu behandeln sind. Ist man sich darüber einig, dann kann der Gleichberechtigungsstreit nur noch darum gehen, welche Leistungen und Bedürfnisse von Mann und Frau nun solch geschlechtsspezifischer Art sind.

Daß es überhaupt derartige gibt, ist unbestritten. Daß sie aber nur dann geschlechtsspezifisch im Sinne der Gleichberechtigung seien, wenn sie auf unmittelbar *physiologischen* Geschlechtsunterschieden beruhen, ist eine Behauptung, die offenbar gelegentlich erhoben wird⁹⁴, die aber weder im Gleichberechtigungs-begriff selbst, noch in seiner Fassung im Grundgesetz irgend eine Begründung findet⁹⁵, sondern anscheinend darauf gründet, daß man Mann und Frau diesmal zwar nicht mit dem Meßband, wohl aber mit dem Reagenzglas berechnet.

Ohne Zweifel gibt es auch geschlechtsspezifische Leistungen und Bedürfnisse, die aufbauend auf physiologisch-biologisch-psychologischen Geschlechtsunterschieden soziologisch-funktionaler⁹⁶ oder

⁹⁴ Wenigstens setzen dies ULMER (DJT, 34), BUMILLER (81) und SCHEUNER (47) voraus. Wenn SCHEUNER dabei auf SCHEFFLER verweist, scheint er sie wohl nicht ganz richtig verstanden zu haben.

⁹⁵ Vgl. BEITZKE, JZ 52/744; BOSCH, FRR 78; HIRSCHMANN, (E) 421.

⁹⁶ BEITZKE, JZ 52/745a; RÜDEL betont vor allem den psychologischen Unterschied (vgl. Anm. 259 [S. 269]).

*arbeitsteiliger*⁹⁷ Art sind, wobei deren Nichtanerkennung durch das Gesetz den personalen Selbstvollzug von Mann und Frau, damit aber auch ihre allseits geforderte persönliche Gleichheit gefährden könnte. Wie immer es um die einzelnen arbeitsteiligen Merkmale steht, jedenfalls gehören in diesen Zusammenhang der Mutterschutz und auch das umstrittene Entscheidungsrecht.

Mutterschutz hat selbstverständlich nicht nur unmittelbar biologischen, sondern auch arbeitsteiligen Sinn: er ist nicht nur als Kündigungsschutz während Schwangerschaft und Stillzeit, sondern auch als Anspruch auf den Hausarbeitstag möglich⁹⁸. Ist aber ein arbeitsteiliger Mutterschutz möglich (und er muß heute um der persönlichen Gleichheit der Frau als Mutter möglich sein, was beide Gleichberechtigungsdeutungen zugeben), dann kann auch keine der beiden Deutungen einen entsprechenden *Vaterschutz* von vornherein als unmöglich hinstellen.

Müssen sie aber einen Vaterschutz als allenfalls möglichen zugeben, dann muß auch nach beiden das *Entscheidungsrecht* des Mannes in Ehe und Familie allenfalls möglich sein. Dann nämlich, wenn es sich als Wesensbestandteil eines notwendigen Vaterschutzes erweisen sollte⁹⁹.

Daraus folgt: *man kann sich nicht mit Berufung auf die eine oder andere Gleichberechtigungsauffassung die genaue Prüfung des Entscheidungsrechtes sparen*. Wer es annehmen will, hat zu beweisen: die Verwaltung des Entscheidungsrechtes ist eine geschlechtsspezifische Eigenleistung des Mannes. Wer glaubt, es ablehnen zu müssen, hat darzutun: das Entscheidungsrecht lasse sich ohne Verlust seines Sinnes entweder quantitativ (in zwei gleich große Stücke) aufteilen, oder als ungeteiltes einer Stelle außerhalb der Ehe und Familie zuweisen. In beiden Fällen geht es aber nicht um organische und formale Gleichberechtigung,

⁹⁷ BVerfG, SH 77a; vgl. ARNOLD, 8.

⁹⁸ Vgl. BULLA, 54/63; (E) 400; 422.

⁹⁹ Man hätte also zu fragen: 1. Kann der Vater seine naturhafte Aufgabe erfüllen, wenn er nicht notfalls auch von außen her bei der Verwaltung dieser Aufgabe unterstützt wird? 2. Ist diese äußere Unterstützung innerlich möglich, und zwar gerade als rechtliche Unterstützung? Dazu muß man natürlich wissen, worin die Vateraufgabe besteht. Wenn sich aber erweisen sollte: das Entscheiden gehört wesentlich mit zur typisch väterlichen Aufgabe, und gerade auch diese Entscheidungsaufgabe bedarf eines staatlichen Rechtsschutzes: dann ist es widersinnig, den mütterlichen Rechtsschutz zuzulassen und den väterlichen nun plötzlich namens der Glb grundsätzlich abzulehnen. Dies verstieße nicht nur gegen die elementare Gerechtigkeit, sondern auch unmittelbar gegen die Glb selbst, die ja auch die Glb von Vater und Mutter ist.

sondern darum, ob Mann und Frau bezüglich des Entscheidungsrechtes ein quantitativ vergleichbarer Tatbestand seien und ob man daher quantitative Gleichberechtigung anwenden könne¹⁰⁰.

So erweist gerade das Entscheidungsrecht den Gleichberechtigungsstreit als Streit um den Gleichberechtigungssachverhalt. Diesen Streit entscheiden weder die Gleichberechtigungsdeutungen, noch der nominale Gleichberechtigungsbegriff selbst. Denn hier zeigt er sich als getreuer Nachfahr des Gleichheitssatzes. Sowenig dieser aussagt, ob Gleichheit oder Ungleichheit zur Behandlung komme, ebenso wenig besagt die Gleichberechtigung, ob Mann und Frau im konkret zu behandelnden Sachverhalt quantitativ vergleichbar seien. Daher ist die nominale Gleichberechtigung, gleich welcher Deutung, *bedingt*: sie kann inhaltsgleiche Behandlung überhaupt nur dann fordern, *wenn* beidgeschlechtliche Leistungen oder Bedürfnisse vorhanden sind. *Ob* sie aber vorhanden sind, setzt sie als beantwortet *voraus*. Mithin hat auch der Gleichberechtigungsbegriff seine Voraussetzungsproblematik.

¹⁰⁰ „Daß es Rechte in der Ehe gibt, die unter Würdigung des Wesens von Mann und Frau nicht Rechte beider sein können, ist unbestritten. Daß das ER des Mannes nicht dazu gehören kann, ist ein nirgendwo bewiesenes Apriori, das auch nirgendwo im Recht festgelegt ist. Wenn z. B. das Schreiben des Deutschen Frauenringes an den Bundesminister des Innern vom 15. Oktober 1951 sagt, man billige, daß die funktionale Verschiedenheit der Geschlechter zu berücksichtigen ist, wo es an vergleichbaren sachlichen Tatbeständen fehlt (Mutterschaft, Verzicht der Hausfrau auf Berufsarbeit), und daß hier im Sinne der Verfasser (nämlich des GG) das Prinzip der Gleichwertigkeit entscheiden muß: so läßt sich daraus fragen, [a] ob, wenn alle Gesichtspunkte, die bei der Entscheidung dieser Frage sowohl aus dem Wesen der Ehe und Familie, wie aus dem von Mann und Frau berücksichtigt werden wollen, falls man die Frage des Vorhandenseins vergleichbarer Tatbestände prüft, nicht doch das ER des Mannes sich als ein dem Eigenrecht der Mutterschaft und des Verzichts auf Berufsarbeit paralleler Tatbestand herausstellt; und ob [b] nicht die Leugnung dieser Parallelität aus einem im geltenden Recht nicht festgestellten Begriff des Wesens von Ehe und Familie oder des wesentlichen Verhältnisses von Mann und Frau in ihr hergeleitet wird“ (HIRSCHMANN, Referat 12).

Dabei ist bei dieser Parallelität natürlich keineswegs an eine Art „Tauschgerechtigkeit“ gedacht, als ob der Mann sagen könnte: ich muß auf die Frau, als auf die mit der Bürde der Geschlechtsfunktion Beladene, so und so oft Rücksicht nehmen. Dafür muß ich schließlich auch etwas haben: das ER. Rechtstitel des ER kann also keinesfalls die notwendige männliche Rücksichtnahme auf die Frau und Mutter sein (vgl. v. NELL-BREUNING, 5). Vielmehr fragt sich: ist nicht mit der biologischen Vateraufgabe auch eine funktionale Vateraufgabe verknüpft, die ihrerseits auch eine besondere Funktion in der ehelichen Rechtsgestaltung mit einschließt und als solche Rechtstitel des ER ist? Läßt sich somit erweisen: 1. Ehe und Familie haben notwendig auch ihre Rechtsgestalt; 2. bei dieser Rechtsgestaltung hat der Mann seine besondere nicht auswechselbare Funktion, dann läßt sich grundsätzlich aus dem Glbsbegriff kein Einwand gegen ein mit dieser Rechtsfunktion verbundenes ER erheben. Auch BEITZKE stellt fest: „Wenn man funktionale Unterschiede zwischen Mann und Frau wie hinsichtlich Beruf und Haushaltsführung überhaupt noch zuläßt, so muß auch ein Bestimmungsrecht — sei es allgemeiner Art, sei es in Einzelfragen — unter dem Gesichtspunkt einer Funktionsteilung mit Art. 3 GG vereinbar sein“ (JZ 52/745). Vgl. aber S. 473.

Ergebnis (zu 4)

1. Obschon der Gleichberechtigungsartikel des Grundgesetzes sinnvoll durch einen qualitativen und quantitativen Gleichbegriff ausdeutbar ist, verdient doch der qualitative Gleichbegriff mit seiner Grundforderung gleich entsprechender und entsprechend gleicher Rechte *rechtsphilosophisch* den Vorzug. Denn er allein gewährleistet abschließend die auch von der formalen Gleichbegriffsauffassung geforderte persönliche Gleichheit von Mann und Frau.

2. Wie immer man zu dieser rechtsphilosophischen Deutung und Beurteilung der beiden Gleichbegriffsauffassungen stehen mag: auf jeden Fall geben beide die Möglichkeit zu, eingeschlechtliche Leistungen oder Bedürfnisse gesondert zu behandeln.

Damit ist aber auch für beide Deutungen das *männliche Entscheidungsrecht* in den Bereich des Möglichen gerückt. Denn möglicherweise ist es ein Recht, das quantitativ nicht in mehrere Einzelrechte aufteilbar ist und somit einem einzigen als ungeteiltes zukommen muß, dessen Verwaltung sich sogar als eingeschlechtliche Eigenleistung des Mannes erweist, so daß diesbezüglich Mann und Frau gar nicht quantitativ vergleichbar sind.

3. Ob dies der Fall ist und welche Leistungen von Mann und Frau allgemein ein-, welche beidgeschlechtlich sind, sagt die Gleichberechtigung in ihrer *Nominaldefinition* nicht.

a) Gleichberechtigung enthält nämlich als *Gleichberechtigung* den Begriff der Gleichheit, der sowohl quantitative Stück-, als auch qualitative Entsprechungsgleichheit besagt. Deshalb hat sie als *Gleichberechtigung* den Gleichberechtigten gemäß deren Gleichheit, die im Einzelfall selbst wieder Stück- und Entsprechungsgleichheit sein kann, bald inhaltsgeleiche, bald entsprechendgeleiche Rechte und Pflichten auszuteilen.

b) Diese Nominaldefinition ist *bedingt*. Sie verlangt jedenfalls nur dann quantitative Gleichbehandlung, *wenn* Mann und Frau überhaupt quantitativ vergleichbar sind, das heißt, *wenn* ihre beidgeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse zur Rechtsbehandlung vorliegen.

c) Als bedingte ist sie an die *Problematik ihrer Voraussetzungen* geknüpft.

II. Zur Voraussetzungsproblematik des Gleichberechtigungsbegriffes

In seiner nominalen Umschreibung bedingt, sagt der Gleichberechtigungsgrundsatz nicht, wann und wie Mann und Frau quantitativ vergleichbar sind, also auch nicht, wann und wie jene den beiden Gleichberechtigungsdeutungen gemeinsame quantitative Gleichheitsforderung anwendbar ist.

Damit steht die *Gleichberechtigung vor der gleichen Aporie* wie der Gleichheitssatz. Jeder kann nämlich die inhaltsgleiche Behandlung mit dem Hinweis ablehnen, vorliegenden Falles seien Mann und Frau gar nicht quantitativ vergleichbar, stünden doch geschlechtsspezifische Leistungen und Bedürfnisse zur Behandlung. Und wäre der Hinweis noch so willkürlich: vom Standpunkt nominaler und damit bedingter Gleichberechtigung ließe sich dagegen nichts vorbringen. Daß damit Gleichberechtigung sinnlos, ja sinnwidrig wird, leuchtet ein.

So gilt es, die Gleichberechtigung durch jene Bedingung zu ergänzen, die unbedingt, das heißt, allgemeingültig und allgemeinverbindlich zu erkennen gibt, welche Leistungen und Bedürfnisse ein- und welche beidgeschlechtlich sind, und wo man daher Mann und Frau qualitativ, wo quantitativ zu vergleichen hat.

Naturgemäß ergeben sich bezüglich der Gleichberechtigungsaporie und ihrer allfälligen Lösungsversuche die entsprechend gleichen Fragen wie beim Gleichheitssatz. Daher muß die dortige Lösung auch hier gelten: *auch bei der Gleichberechtigung ist die real definierte Gerechtigkeit die Bedingung, welche die willkürliche Anwendung und Durchführung der Gleichberechtigung ausschließt.*

Die *Realdefinition der Gerechtigkeit* enthält nämlich in ihrer Forderung, dem konkreten Menschen konkret das Seine zu geben, auch die Forderung nach dem „*Seinen*“ von Mann und Frau. Indem aber die real verstandene Gerechtigkeit allgemeingültig und allgemeinverbindlich festzulegen hat, was Mann und Frau in der Gemeinschaft unbedingt zu geben ist, damit diese sie selbst sein und sich als Mann und Frau entfalten können, stellt sie selbstverständlich die *Frage nach Mann und Frau*.

Ausgehend davon, daß der Sinn des Menschen als Mann oder Frau Ergänzung ist, hat sie nicht nur zu bestimmen, wo Mann und Frau

inhaltsgleich zu behandeln sind, weil hier je das Seine auch das Gleiche ist. Sie hat ebenso festzulegen, was ihnen inhaltsungleich als einander Entsprechendes zuzuteilen ist, weil hier je das Seine das je Ungleiche und das in seiner Ungleichheit je aufeinander Hingeordnete und gegenseitig Ergänzende ist. Die Frage der Gleichberechtigung überhaupt, namentlich die Frage von Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht bedingt naturgemäß auch die *Frage nach Ehe und Familie*. Sollen nämlich Mann und Frau einander als Gatte und Gattin gleichberechtigt sein, dann muß auch die Gerechtigkeit fordern, daß sie von einander wie von der Mitwelt als das Seine je das erhalten, ohne welches sie gerade als Gatte und Gattin nicht sie selbst sein und ihre Persönlichkeit entfalten können.

Das Seine aber von Gatte und Gattin bestimmt sich unmittelbar nicht von Mann und Frau, sondern von der *Ehe* her. Denn Ehe ist nicht, weil Mann und Frau Ehemann und Ehefrau sind, sondern sie sind Ehemann und Ehefrau, weil sie von der Ehe, die sie geschlossen haben, nunmehr geprägt sind. Ein Gleiches gilt für die *Familie*: Familie ist nicht, weil Mann und Frau Vater und Mutter sind, sondern die Familie, die sie durch ihr Kind begründet haben, hat sie zu Vater und Mutter gemacht.

So bemißt sich das Seine von Mann und Frau in Ehe und Familie nach dem, was Ehe und Familie sind. Und so stellt die Frage nach der Gleichberechtigung in Ehe und Familie von der real zu definierenden Gerechtigkeit her die Frage nach Wesen und Gesetz dieser Gemeinschaften¹⁰¹.

Ergebnis

1. Gleichberechtigung, nominal definiert, ist bedingt und damit in Anwendung und Vollzug der Willkür ausgesetzt. Erst durch die real definierte Gerechtigkeit ergänzt und dadurch selber real definiert, sagt sie aus, wann und wie sie als quantitative Gleichbehandlung, wann und wie sie als quantitativ entsprechende Sonderbehandlung anzuwenden und zu vollziehen ist.

So sagt erst die *Realdefinition der Gleichberechtigung*, welche konkreten subjektiven Rechte Mann und Frau haben müssen, damit das, was die

¹⁰¹ Vgl. S. 88.

Nominaldefinition der Gleichberechtigung als formales, das heißt, als inhaltsleeres Rechtsprinzip nur allgemein und abstrakt fordert, konkret verwirklicht ist.

2. Die Realdefinition der Gleichberechtigung aber läßt sich naturgemäß *nicht apriori* aufstellen. Sie bedingt vielmehr, von der sie ergänzenden real zu definierenden Gerechtigkeit her, als *Gleichberechtigung von Mann und Frau* die Frage nach dem Seinen von Mann und Frau und als *Gleichberechtigung in Ehe und Familie* auch die Frage nach dem Seinen von Ehe und Familie.

3. So führt die rechtsformale Frage der Gleichberechtigung zu den *rechtsinhaltlichen* Fragen von Mann und Frau und von Ehe und Familie.

Ergebnis (zu § 1)

1. Die der Gleichberechtigungsdiskussion zugrunde gelegte Unterscheidung zwischen organischer und formaler Gleichberechtigungsauffassung läßt die Diskussion in der Schwebe.

a) Da nämlich die formale Auffassung nur noch in gemäßigter Form vertreten wird, halten beide Deutungen eine *Sonderbehandlung eingeschlechtlicher Leistungen und Bedürfnisse*, auf die als einen quantitativ nicht vergleichbaren Tatbestand sich quantitativ inhaltsgleiche Behandlung nicht anwenden lasse, als mit der Gleichberechtigung vereinbar.

b) Damit wird der Streit um die Gleichberechtigung *Sachstreit um die eingeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse*, den die Deutungen deshalb nicht entscheiden, weil sie nur die nominale Gleichberechtigung deuten können, diese aber als bedingte den Sachstreit als bereits entschiedenen voraussetzt.

2. Namentlich hat der Deutungsstreit als solcher mit der Frage des *männlichen Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie* kaum etwas zu tun. Denn da es sich möglicherweise als rechtliche Normierung einer eingeschlechtlichen Eigenleistung des Mannes erweist, haben beide Deutungen damit zu rechnen und kann es keine zum vornherein ablehnen.

3. Die Diskussion läßt sich nur weiterbringen und entscheiden von einer *real definierten Gerechtigkeit* her, die den von der nominalen Gleichberechtigung vorausgesetzten Sachverhalt in seiner inhaltlichen

Rechtsbewandtnis bestimmt und damit auch festlegt, welche eingeschlechtlichen Leistungen und Bedürfnisse von Mann und Frau unbedingt von der Rechtsordnung zu berücksichtigen sind. Dieser inhaltlich zu bestimmende Gleichberechtigungssachverhalt aber ist allgemein das Seine von Mann und Frau, im Fall des Entscheidungsrechtes auch das Seine von Ehe und Familie¹⁰².

§ 2. Die Frage nach Mann und Frau

Daß die Gleichberechtigung die Frage nach Mann und Frau bedingt, darüber sind sich alle einig. Indem aber hier gerade von einer real zu definierenden Gerechtigkeit her nach dem gefragt wird, was inhaltlich das Seine von Mann und Frau ist, zeigt sich der Unterschied einerseits zum rationalistischen Naturrecht, anderseits zur positivistischen Rechtslehre.

A. Naturrechtslehre der Scholastik und der Aufklärung

Soll real bestimmt werden, was das Seine von Mann und Frau ist, muß es als konkretes bestimmt sein. Denn das Reale ist immer konkret. Was aber konkret das Seine von Mann und Frau ist, ist mitbedingt durch Umwelt und Umstände, in denen sie je das Ihre zu verwirklichen haben. Denn das Konkrete ist auch geschichtlich.

Inhaltliche Gerechtigkeit meint also nicht ein „more geometrico“ ein für allemal Meßbares, sondern auch eine Situation im Hier und Jetzt, in die der Mensch hineinverwoben ist und die das Seine bestimmt. Denn die menschliche Natur im *Natur*-recht ist nicht nur etwas unwandelbar Statisches, sondern auch jene *natura variabilis*¹⁰³, die je und je im geschichtlichen Menschen Wirklichkeit wird. Mithin ist auch das *Natur-recht* als das Recht, das der Natur naturhaft, das heißt mit innerer Notwendigkeit folgt, nicht ein System allgemeiner Rechtsnormen, sondern das Recht, das dem Menschen auf Grund seines sich durchhaltenden Menschseins *und* seiner geschichtlichen Situation, in der das Menschsein sich durchhält, zukommt¹⁰⁴.

¹⁰² Diese inhaltliche Bestimmung soll im 2. Kapitel grundgelegt und im letzten entfaltet werden, vgl. Schlußbetrachtung.

¹⁰³ Vgl. etwa THOMAS VON AQUIN, S.Th. 2/2 57. 2 ad 1; Suppl. 65. 2 c und ad 1; dazu M.-E. SCHMITT, 76.

¹⁰⁴ Vgl. FUCHS, Orientierung 56/114b; DAVID, Orientierung 56/171ff. UTZ, RuG 402; 433. Dazu KAUFMANN, A.: Naturrecht und Geschichtlichkeit, Tübingen 1957. Zur Entwicklung der

Deshalb geht die hier vertretene Ansicht gegen ein rational mißverstandenes Naturrecht mit all jenen Juristen einig, die meinen, Gleichberechtigung könne nicht ohne Würdigung der historisch-soziologischen Vorgegebenheiten bestimmt¹⁰⁵ und letzten Endes nur mit Zuhilfenahme soziologischer Beobachtungen und gesellschaftlich-historischer Werturteile ausgelegt werden¹⁰⁶. Die Naturrechtslehre weiß sich mithin zur Bestimmung dessen, was nun konkret das Seine von Mann und Frau ist, nicht weniger als das positive Recht an die positiven Forschungsergebnisse der Soziologie, Geschichte und Psychologie verwiesen. Genügen indes die Ergebnisse, und welches ist ihre rechtliche Bewandnis zur Bestimmung des Seinen?

B. Scholastische Naturrechtslehre und positivistische Rechtsauffassung

Zwar werden die meisten Juristen keine Schwierigkeit empfinden, im Gleichheitssatz und desgleichen im Gleichberechtigungsbegriff „einen auch naturrechtlich zu verstehenden inhaltlichen Bestand grundlegender Humanitas¹⁰⁷ innerhalb gewissermaßen *unverrückbar fixierten* Grenzen¹⁰⁸“ als gewährleistet anzuerkennen. Sie wären also bereit zuzugeben: die Antwort auf die Frage nach dem Seinen des Menschen und dem Seinen von Mann und Frau als einem in allen Wandlungen doch unverrückbar Fixierten läßt sich mit den faktizistisch aufsammelnden Gesellschaftswissenschaften doch nicht restlos beantworten, sondern führt in „metaphysische“ Gründe hinein¹⁰⁹.

Dennoch werden die meisten Juristen diese *meta-physischen* Gründe auch als *meta-juristische* erklären, indem sie entweder schon ihre allgemeingültige Erkennbarkeit oder doch ihre Allgemeinverbindlichkeit verneinen. Ein weitverbreiteter *Wertirrationalismus* im Rechtsbereich¹¹⁰, verbunden mit einem erkenntnistheoretischen Relativismus wird behaupten, es sei das Seine des Menschen, wenn nicht überhaupt,

Rechte der Frau, UTZ, RuG, 452. Zum zweiten Fehler des aufklärerischen Naturrechts, dem Individualismus, vgl. Anm. 146.

¹⁰⁵ SCHEUNER, 45.

¹⁰⁶ SCHEUNER, 45 oben; vgl. NAWIASKY (bei KAUFMANN-NAW., 40).

¹⁰⁷ SCHEUNER, 45.

¹⁰⁸ SCHEUNER, 45.

¹⁰⁹ Vgl. BRUNNER, 36.

¹¹⁰ Ein gutes Beispiel für diese (mindestens sehr schwankende) Auffassung ist WEINKAUFF (zit. bei Bosch, SH 13a). Dazu M.-E. SCHMITT, 58; 115ff.

so doch mindestens im Hier und Jetzt, nicht allgemeingültig zu erkennen und damit subjektiver Weltanschauung und der Rechtspolitik zu überlassen.

Gewiß warnen manche vor der Überbetonung des Relativen in der Gerechtigkeits- und Gleichheitserkenntnis, aus der richtigen Einsicht: einmal relativiert, heben sich Gerechtigkeit und Gleichheit auf¹¹¹. Auch macht man geltend, es bestünde trotz aller Gegensätzlichkeit weltanschaulicher Zerklüftung in grundlegenden Überzeugungen immer noch ein Restbestand allgemein anerkannter Werte, welche die Verschiedenheit transzendierten und so Gemeinschaft überhaupt erst möglich machten¹¹². Trotzdem scheint man diesem Restbestand, sobald es auf die konkrete Sachverhaltsanalyse und das, was sich darin als das Seine zu erweisen hat, ankommt, nicht mehr sehr zu vertrauen. Anders wäre das Mißtrauen, gegen einen Gleichberechtigungsbegriff im Sinne der *Gleichwertigkeit*, „in dessen Nebel und Dämmerchein“ „gleichberechtigt“ und „nicht gleichberechtigt“ in eines zusammenfließen¹¹³, nicht zu verstehen.

Gleichwertigkeit heißt nämlich: man wägt zwei Ungleiche auf ihren Wert hin ab und stellt ihre Wertgleichheit fest. Gleichwertigkeit läßt sich also nur feststellen, wenn man weiß, welcher Wert einem jeden als der seine zugeordnet ist, und man daher auch weiß, was dieses Seine ist. Weiß man weder das eine noch das andere allgemeingültig, scheint es am besten, man legt einmal die gleiche Quantität auf die Waagschale. Und sollte es nicht zum Ausgleich kommen, hat man mindestens einen objektiven Verteilungsschlüssel gebraucht. So dürfte in diesem Wertirrationalismus der tiefere Grund dafür liegen, daß man sich auf einen quantitativen Gleichberechtigungsbegriff beschränkt. Wie immer es aber um diesen Wertirrationalismus stehen mag: jedenfalls wird man das Ergebnis der konkreten Sachverhaltsanalyse kaum als *rechtsverbindlich* empfinden.

Der *Rechtsidealismus* wird nämlich diese Erkenntnis als Idee oder Ideal des Rechtes zur Kenntnis nehmen. Aber er wird sie nicht als für die Rechtsbildung unbedingt verbindlich, weil durch höhere Rechtsinstanz bereits verbindlich erklärt, anerkennen. Mindestens in diesem Sinne wird jenes von den positiven Wissenschaften gesammelte und

¹¹¹ SCHEUNER, 48; vgl. Anm. 66.

¹¹² Vgl. LEIBHOLZ, DV 51/197 a; v. NELL-BREUNING, StdZ 159 (1956) 78.

¹¹³ THOMA, DV 51/456 (vgl. Anm. 60); vgl. UTZ, Formen 60; dazu S. 104.

von der philosophischen Fragestellung her aufgehellte Wissen um den Menschen und um das, was ihm als Mann und Frau als das Seine zukommt, metajuristisch bleiben¹¹⁴.

Demgegenüber wird die Naturrechtslehre trotz aller Schwierigkeit rationaler Werterkenntnis und Sachanalyse, derer sie sich klar bewußt ist¹¹⁵, dennoch festhalten: das Seine von Mann und Frau ist nicht nur in seinem überzeitlichen Grundbestand, sondern auch in seiner geschichtlich-konkreten Verwirklichung mindestens grundsätzlich erkennbar. Sie wird sich zudem durch diese Erkenntnis als rechtlich gebunden betrachten, so daß dieses konkrete Seine von Mann und Frau rechtsverbindlich die Realdefinition der Gleichberechtigung bestimmt. Diese aber kann auf dem Begriff der *Gleichwertigkeit* beruhen, da die klare Erkenntnis der beiden Werte auch ihn zu einem klaren Begriff macht.

Ergebnis (zu § 2)

1. Das Seine von Mann und Frau ist im Gegensatz zum ungeschichtlichen Naturrecht der *Aufklärung* konkret, daher unter Zuhilfenahme der positiven Gesellschaftswissenschaften, aber von einer überzeitlichen philosophischen Fragestellung her zu bestimmen. Es ist im Gegensatz zu einem *Wertirrationalismus* durch eine Rationalanalyse des Sachverhaltes in seinem Hier und Jetzt grundsätzlich erkennbar und im Gegensatz zum *Rechtspositivismus* als von höherer Rechtsautorität auferlegt unbedingt rechtsverbindlich.

2. Das Seine von Mann und Frau ist auch je in seinem *Wert* konkret, allgemeingültig und als unbedingt verbindlich klar erkannt. Daher ist auch der Begriff der *Gleichwertigkeit von Mann und Frau* ein klarer Begriff.

3. Allerdings dringt man nicht mit den positiven Wissenschaften, sondern nur durch philosophische Besinnung auf das, was Mann und Frau in ihrem *Wesen* sind, zu seiner Klarheit vor.

¹¹⁴ Vgl. SCHEFFLER, DRiZ 53/85b Anm. 1; dazu DÜRIG, 54/4b (cc) mit Berichtigung 54/38b.

¹¹⁵ Zur grundsätzlichen Frage vor allem KARL RAHNER, Orientierung 55/240ff.; FUCHS, Orientierung 56/127ff.; zur rechtspolitischen: allgemein M.-E. SCHMITT, 122; zur Glb: v. NELL-BREUNING, 11.

§ 3. Die Frage nach Ehe und Familie

Während die Frage nach Mann und Frau meist nur beim Begriff ihrer Gleichwertigkeit auftauchte, und zwar in mehr erkenntnistheoretischer Fragestellung, stand die Frage nach Ehe und Familie stets im Vordergrund der Diskussion. Einmal deshalb, weil *rechts-historisch* gesehen die Weimarer Reichsverfassung in ihrer Eheschutzbestimmung ausdrücklich gesagt hatte, die Ehe beruhe auf der Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 119). Und wenn das Bonner Grundgesetz in seinem Ehe- und Familienschutzartikel auch nicht mehr ausdrücklich von einer Gleichberechtigung innerhalb der Ehe sprach¹¹⁶, so war doch aus *rechtssystematischen* Gründen der Bezug zur Gleichberechtigung der Geschlechter gegeben. Denn nach neuerer Grundrechtsauslegung stehen die einzelnen Verfassungsbestimmungen zum vornherein in einem sich gegenseitig interpretierenden Wechselverhältnis¹¹⁷.

Allerdings war man sich über das *Interpretationsverhältnis* der Sätze „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“ und „Ehe und Familie stehen unter dem besondern Schutze der staatlichen Ordnung“ nicht einig. Die einen werteten aus mehr rechtshistorischen Gründen *Art. 3/2* höher und ließen nur die durch *Art. 3/2* modifizierte Ehe und Familie unter staatlichem Schutze stehen¹¹⁸. Die andern stellten aus mehr sachlichen¹¹⁹ und rechtssystematischen¹²⁰ Erwägungen *Art. 6* höher, indem sie *Art. 3/2* durch *Art. 6* eingeschränkt sein ließen¹²¹.

Indes scheint die Auseinandersetzung auf der Ebene solch „rein formaler Konstruktionen“¹²² müßig. Auch wenn nämlich nur die „Ehe der Gleichberechtigung“ geschützt sein soll, fragt sich immer noch, was Gleichberechtigung bedeute¹²³. Da aber diese Bedeutung im

¹¹⁶ Vgl. BETTERMANN, I/16; dazu die Lit. in Anm. 4.

¹¹⁷ Besonders betont von SCHEUNER, 50 und 51; vgl. BEGRÜNDUNG I/41a; DÜRIG, 54/4c; zur Kritik des BVerfG vgl. KRAUSS, 54/62b (Mitte).

¹¹⁸ KRÜGER, JZ 52/613; DRiZ 53/82b; SCHEFFLER, DRiZ 53/86a mit Anm. 11.

¹¹⁹ KRAUSS: „Logisch mit gleichem, sachlich mit besserem Recht kann man aus dem Wesen der Ehe das Maß der für sie tragbaren Glb bestimmen“ (54/62b); vgl. BUMILLER, 80.

¹²⁰ Vgl. DÜRIG, 54/4 (aa); BOSCH, SH 22a; 11a Anm. 18 gegen KRÜGER. Vgl. EHERECHTS-KOMMISSION, FRR 18: „Das Wesen der Ehe und Familie bildet den Interpretationshorizont der Glb“ (dazu RANKE, Eherecht 63), ferner Rat der EKD, FRR 11; SCHUMANN (Anm. 191); DÖLLE, JZ 53/355; LG Duisburg, SH 57a.

¹²¹ Bezügl. des Eingeschränktheits vgl. Anm. 197. HIRSCHMANN, (E) S. 421.

¹²² SCHEUNER, 52.

¹²³ BOSCH, SH 22a; NRO 18 Anm. 36: „Die oft gehörte Behauptung, ... es sei bloß, die gleichberechtigte Ehe‘ unter besondern staatlichen Schutz gestellt, ist für sich allein wertlos. Denn es bleibt die Frage nach dem Gehalt des Begriffes ‚Glb‘.“ (Vgl. (E) S. 416).

Grundgesetz nicht eindeutig festgelegt ist, bleibt die „*gleichberechtigungsmodifizierte Ehe*“ genau so mehrdeutig wie die nominale Gleichberechtigung selber. Wenn man aber die Gleichberechtigung durch den Eheschutz modifiziert, fragt sich, was denn Ehe und Familie in sich selber seien. So bleibt auch eine „*eheschutzmodifizierte Gleichberechtigung*“ solange mehrdeutig, als nicht eindeutig das Wesen von Ehe und Familie bestimmt ist, beziehungsweise eindeutig feststeht, was davon der Staat zu schützen gedenkt. Damit aber ist eindeutig die *Frage nach Ehe und Familie* gestellt.

Dies wird dadurch bestätigt, daß Art. 6 GG zu den *Institutionsgarantien* gehört, die eine grundlegende Lebensordnung des Volkes zu sichern haben, in diesem Falle also Ehe und Familie als bestimmte rechtliche Ordnung und natürliche Daseinsform unseres Daseins¹²⁴. Der Sinn der Institutionsgarantien liegt nicht im Formalen: sie haben nicht den jeweiligen gesetzlichen Bestand, der über diese Institutionen vorliegt, zu schützen, sondern die Institutionen selbst als eine Lebenswirklichkeit des Volkes: in Art. 6 schützt das Verfassungsrecht nicht das Ehe- und Familienrecht, sondern umgekehrt Ehe und Familie vor einem sie bedrohenden Ehe- und Familienrecht¹²⁵. Damit aber ist er schlechterdings nicht denkbar ohne bestimmtes Leitbild der zu schützenden Ehe und Familie, selbst dann, wenn das Grundgesetz es nicht in einer bestimmten Definition festlegt. Im Gegenteil: indem der Staat Ehe und Familie nicht definiert, scheint er sie als von staats-

¹²⁴ Vgl. SCHEUNER, 52. Im Anschluß an das Schrifttum zur FRR wird nicht näher unterschieden zwischen Institution und Institut.

¹²⁵ Vgl. WOLLE: Durch 6/1 GG „wird das Rechtsinstitut der Ehe und Familie als eine dem Naturrecht entstammende und somit schlechthin von jedem Staat und von jedem Gesetzgeber zu achtende und zu schützende Einrichtung anerkannt“ (9). „Nicht das deutsche Familienrecht in seiner derzeitigen Gestalt wird von der Verfassung garantiert, sondern das Wesen der Ehe und Familie im Sinne des europäischen und des anglo-amerikanischen Rechtskreises“ (11). [Zum Widersinn „Wesen der Ehe im Sinne des ... Rechtskreises“ vgl. HIRSCHMANN (Anm. 165). Vgl. die ähnliche Verwechslung zwischen „Naturrecht“ und „natürliche Ordnung bei Plato“ am DJT (61; 64). Dazu BOSCH, FRR 83 Anm. 12]. Deshalb dürfte auch das BVerfG dem Art. 6 GG nicht gerecht werden, insofern es meint, er beziehe sich „auf jede Ehe und Familie, die den heute in der Bundesrepublik gesetzlich normierten bürgerlich-rechtlichen Instituten Ehe und Familie entspricht“ (57/85a) und schützt daher das Institut der Ehe und Familie „wie es zur Zeit des Inkrafttretens des GG bestand“ (K. WEBER, BTDeb. III/11769 D). Was also ist geschützt: die heutige gesetzliche Normierung (und damit auch etwa die Zwangszivilehe (vgl. BACHOF, 56/399a; DÜRIG, 55/341 [10]; BECKER, 57/44a; SPANNER, 57/157b)) oder Ehe und Familie selbst in ihrer „wesentlichen Struktur“ (57/83a), die ihrerseits wesentlich vorstaatlich ist, wobei dann Art. 6 GG, indem er als „Institutsgarantie“ diese Wesensstruktur garantiert, als „Grundsatznorm“ zugleich auch die darin enthaltene Vorstaatlichkeit „für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“ (57/83b) mit gewährleisten muß. Dazu DOMBOIS, FRR 142. Im übrigen vgl. (E) S. 451.

wegen nicht definierbare, mithin als ihm vorgegebene anzuerkennen¹²⁶. In der Auffassung dieser Vorgegebenheit unterscheiden sich aber staats- und naturrechtlicher Ehebegriff.

A. Der staatsrechtliche Ehebegriff

Zweifach erscheint der staatsrechtliche Ehebegriff vorgegeben: formal-inhaltlich und zeitlich. Dabei scheint die zeitliche Vor(her)-gegebenheit die formal-inhaltliche Vorgegebenheit zu bestimmen.

Ehe als vorgegebene Institution

Vorgegeben erscheint das Wesen der Ehe und Familie einmal dem Einzelwillen derer, die sich zu ihr verbinden. Denn „immer hatte der Gesetzgeber die Ehe als irgendwie fest umrissene Institution verstanden, zu der die Eheschließenden sich verbanden, über die sie aber dabei nicht verfügten¹²⁷“. So sind Ehe und Familie vor-individuell.

Vorgegeben ist aber das Wesensgefüge von Ehe und Familie nach Ansicht des Staates auch ihm selbst. Deren Grundgestalt hält er seiner Verfügungsmacht vorgelagert und damit enthoben: er glaubt sie weder ändern zu können, noch zu dürfen. Art. 6 soll Ehe und Familie schützen als Institute positiv-rechtlich nicht konstruierbarer Art¹²⁸. So sind Ehe und Familie auch vor-staatlich.

Vorgegeben aber soll die Ehe in *vierfacher Einheit* sein, insofern sie nämlich 1. als einzige rechtlich anerkannte Geschlechtsverbindung ist (Ausschließlichkeit)¹²⁹, 2. als einpaarige einen Mann und eine Frau verbindet (Einpaarigkeit), 3. als einmalige sich über die ganze Lebensdauer erstreckt (Unauflöslichkeit), 4. als gemeinschaftliche auch das Zusammensein tätig-täglichen Lebens umfaßt (Häuslichkeit)¹³⁰.

¹²⁶ Vgl. SCHUMANN, Fragen V/6; SCHWARZHAUPT, 57/33a; RANKE, Eherecht 63; dazu DOMBOIS, FRR 134.

¹²⁷ SCHUMANN, Fragen V/7; vgl. FRR 18; REHLING BTDeb. I/11058 B; K. WEBER, BTDeb. III/11768 D (vgl. GREVE!); BGH, 58/126b. Vgl. Anm. 157.

¹²⁸ Vgl. etwa RANKE, Eherecht, 55 (Ehe als „metajuristisches Institut“, was wohl heißen sollte: der positiven Gesetzgebung als nicht rechtlich vorgegeben); WUERMELING, BTDeb. II/490 A. ¹²⁹ JÄGGI, 22.

¹³⁰ SCHEUNER, 43; 53; WOLLE, 11; SCHUMANN, Fragen V/2; EHERECHTSKOMMISSION, FRR 18; BUMILLER, 76; LÜDERS, BTDeb. II/505 C.

Ob eines dieser Elemente *unbedingt* sein soll, ist schwer zu sagen. Jedenfalls nimmt ihre Wichtigkeit vom ersten zum vierten ab und sind die beiden letzten bedingt. Denn das Nicht(mehr)bestehen der Hausgemeinschaft kann gerade Bedingung sein, die grundsätzlich unauflösliche Ehe aufzulösen, um dann, wenn nicht zur polygamia simultanea, so doch zur polygamia successiva¹³¹ überzugehen. Ja, auch die Ausschließlichkeit der Ehe scheint staatsrechtlich schon bezweifelt worden zu sein¹³².

Diese ehelichen Einheitselemente und namentlich ihren Wichtigkeitswert entnimmt das Staatsrecht dem Begriff der „Ehe als (zeitlich) *vorher-gegebener*“.

Ehe als vorhergegebene Institution

Der staatsrechtliche Ehebegriff, wie er dem Grundgesetz als Richtbild vorschwebt, ist das Ergebnis *rechtshistorischer* Begriffsfindung, indem man die Entstehungsgeschichte des Art. 6 untersucht. Daraus ergibt sich eindeutig, daß er einen traditionalistischen Zug enthält: die Ehe ist „als eine Institution des objektiven Rechts in ihrer durch die christliche Tradition geprägten, seit dem 19. Jahrhundert bürgerlich ausgestalteten Form gesichert“¹³³. Man sah also in Art. 6 „auch einen traditionellen Gehalt von Ehe und Familie garantiert“¹³⁴, und es sollte der Staat Ehe und Familie schützen, „so wie sie bisher verstanden wurden“¹³⁵ und wie sie „unter dem Einfluß der abendländischen Sitte und Geistigkeit“¹³⁶ „seit urvordenklichen Zeiten bestanden haben“¹³⁷. Damit erscheint der staatsrechtliche Ehebegriff

¹³¹ Vgl. SCHMIDT, 6 Bücher 87.

¹³² Vgl. MAUNZ, 56/2a.

¹³³ SCHEUNER, 55; EHERECHTSKOMMISSION, FRR 20 B.

¹³⁴ BEITZKE, Glb 27; vgl. LG Duisburg, SH 56b (mit Hinweis auf DÖLLE, JZ 53/355).

¹³⁵ Vgl. BEITZKE, Glb 27; HÜBNER, 46; SCHUMANN, Informationsblatt 52/90a; BUMILLER, 78; K. WEBER (Anm. 125).

¹³⁶ Vgl. WOLLE, 11; 12; 15; vgl. BTDeb. I: MEITINGER, 11063 A; MENZEL, 11070 C.

¹³⁷ MANGOLDT (Anm. 2 zu Art. 6 GG) aufgegriffen vom Rat der EKD, FRR 11. Das LG Duisburg spricht von jenem Bilde einer „echten selbstlosen, nur für den andern gelebten Liebes- und Lebensgemeinschaft“, „das den guten Geistern der deutschen Geschichte vertraut und lieb gewesen ist und nicht untergehen darf“ (SH 57b). Dagegen WITTROCK in Anm. 141 (S. 224). Vgl. auch die Bedeutung von „vorkonstitutionell“ im Satz: „... ob und in welchem Umfang das vorkonstitutionelle Ehe- und Familienrecht mit Art. 3/2 GG vereinbar ist“ [steht nicht zur Frage] (BVerfG, SH 73b unten), was einfach heißt: das Ehe- und Familienrecht des BGB, so wie es schon vor der Konstitution (d. h. früher als das GG) bestand, und wo in keiner Weise an ein überkonstitutionelles (natürliches) Ehe- und Familienrecht gedacht ist.

dem Grundgesetz insofern vorgegeben, als seine vier Einheitselemente bereits *vor* dem Grundgesetz gegeben waren und sich Art. 6, indem er keine Neuerungsbestimmung enthielt, offenbar an das *Vorherige* anschloß.

Ergebnis (zu A)

1. *Ehe* im Sinne des Staatsrechts ist die einpaarige lebenslange Hausgemeinschaft von Mann und Frau, so wie sie bisher bestanden hat, als die einzig rechtliche Grundlage der Familie.
2. Dieser Ehebegriff ist *aposteriori* gewonnen im Rückblick auf die abendländische Sitte und Geistigkeit.
3. Als solchen erklärt ihn das Staatsrecht dem Staat in Art. 6 GG *vorgegeben*.

B. Der naturrechtliche Ehebegriff

Selbstverständlich vertritt auch die Naturrechtslehre die vor-individuelle und vorstaatliche Natur der Ehe und Familie. Desgleichen rechnet auch sie die vier staatsrechtlichen Einheitselemente zum Grundbestand der Ehe, wenngleich sie ihre Unbedingtheit anders einstuft. Indes weckt die Vorgegebenheit der Ehe als Vorhergegebenheit ihre Bedenken und bedingt den Unterschied ihres Eheverständnisses.

I. Naturrechtliche Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff

Indem das Staatsrecht sich rechtshistorischer Methoden bedient und damit den Sinn des Art. 6 GG aus dem Willen des Verfassungsgebers abzuleiten sucht, scheint es zu sagen: die Ehe ist dem Staate vorgegeben, 1. *weil* der Verfassungsgeber sie als vorgegeben anerkennt und 2. *wie* er sie als vorgegeben erachtet, nämlich als vorhergegebene. Dagegen erheben sich rechtslogische und inhaltliche Zweifel.

1. Rechtsphilosophische Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff

a) *Die Begründung der Vorstaatlichkeit mit rechtshistorischer Methode scheint widersprüchlich, führt jedenfalls nicht zum Ziel.* — Nur das mit innerer Notwendigkeit Vorstaatliche ist überhaupt vorstaatlich. Denn das durch Staatserklärung Vorstaatliche wäre als Vorstaatliches staatlich konstituiert: ein Widerspruch. Folglich hängt die Vorstaatlichkeit des Vorstaatlichen in keiner Weise von der Anerkennung durch den Staat ab. Daraus läßt sich umgekehrt schließen: die Äußerung des Staates über Vorstaatliches kann nur die Bewandnis bloßer Anerkennung ohne jede rechtskonstitutive Wirksamkeit bezüglich der Vorstaatlichkeit haben: sie kann nur *Deklaration* sein. Diese Deklarativbewandnis ist deshalb gleichfalls nicht vom Verfassungswillen abhängig, sondern ergibt sich zwangsläufig aus der Tatsache, daß sich die Verfassung über Vorstaatliches äußert. Ist aber das Vorstaatliche und die Deklarativbewandnis rechtlicher Bestimmungen vom Staatswillen unabhängig, ist es sinnlos, ihn darüber zu befragen.

Die Erkenntnis der Vorstaatlichkeit läßt sich vielmehr nur durch die Einsicht in das Wesen eines Sozialgebildes selbst gewinnen. Ohne diese Wesenseinsicht ist auch der deklaratorische Sinn einer Rechtsbestimmung nicht erkennbar. Seine Erkenntnis beruht mithin auf zwei Prinzipien: auf der *Tatsachenfeststellung*, daß sich die Verfassung über etwas ausspricht, wobei diese Tatsächlichkeit allenfalls rechtshistorisch zu ermitteln ist. Auf der gegenüber der Tatsachenfeststellung apriorischen *Einsicht* in das vorstaatliche *Wesen* der betreffenden Einrichtung. Daraus folgt dann unmittelbar die weitere Einsicht, die festgestellte Bestimmung könne, da die angesprochene Einrichtung vorstaatlich sei, nur *deklaratorischen* Charakter besitzen.

Auf keinen Fall jedoch kann der Staatswille selbst die Auskunft erteilen. Denn die Bestimmung ist Deklaration, nicht weil der objektivierte Wille¹³⁸ des Gesetzgebers *will*, sondern weil er *muß*, wobei dieses Müssen sich eben nicht aus der Tatsache des Wollens, sondern nur durch Einsicht in die *objektivbestimmte Notwendigkeit* des Wollens

¹³⁸ Maßgebend „für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers“ (BVerfGE 1, 299; vgl. ARNOLD, 14; BÖCKENFÖRDE, 33).

erkennen läßt. Deshalb kann weder eine rechtshistorische noch überhaupt eine positive Auslegungsmethode, die immer nur zum Wollen als tatsächlichem vordringt, zum Ziele führen¹³⁹.

Indem aber das Staatsrecht dennoch rechtshistorisch die Väter des Art. 6 um ihren Willen befragt, verneint es von sich aus die Vorstaatlichkeit der Ehe und Familie, um sie erst als vom Staatswillen ausgesprochen anzuerkennen¹⁴⁰. So scheinen sich Voraussetzung und Ergebnis der Methode zu widersprechen. Auch das *Ergebnis* selbst scheint indes widersprüchlich.

b) Die Ehe als vorhergegeben vorgegeben scheint nicht unbedingt vorgegeben. — Der Verfassungswille scheint Ehe und Familie als in der Tradition vorgegebene anzuerkennen. Ist aber die Vorgegebenheit in der Tradition nicht eine genau so formale Konstruktion wie jene ab-

¹³⁹ Die wesentliche Rechtsordnung des Ehe- und Familienlebens ist seinshaft früher als der Staat (vgl. S. 121). „Es kann also höchstens Sinn eines staatlichen Gesetzes sein, solche Rechtsordnungen festzustellen“ (HIRSCHMANN, HK 53/277a; ausführlicher v. NELL-BREUNING, 13). „Art. 6 GG hat keine konstitutive (rechtsbegründende), sondern nur deklaratorische (rechtsverkündende) Bedeutung, weil er für jeden Staat gilt, ob er in das positive Recht aufgenommen ist oder nicht“ (KLÜBER, Familie 6); wie überhaupt „die hier behandelten Grundrechte keine Schöpfung der Bonner Verfassung, sondern — zumindest weithin — bloß eine Deklaration ohnehin gegebener übergesetzlicher Prinzipien darstellen“ (BOSCH, SH 17b mit Hinweis auf SCHÄTZEL, W.: Zur Frage der Weiterentwicklung der Menschenrechte, Die Friedenswarte (1953) 328; dazu auch GIACOMETTI, Z.: Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, Zeitschrift f. schweiz. Recht (1955) 149—171); vgl. BERTRAMS, in Anm. 174.

Entsprechendes gilt auch für die Glb. Denn sie gehört (ganz entgegen LG München) „zu jenen allgemeinen Grundrechten, die dem Menschen angeboren sind [vgl. aber Anm. 185] und jedem staatlichen Rechte vorausliegen“ (55/106b). Gerade auch hier — bei Ehe und Familie wie bei der Glb — ist der Gesetzgeber zunächst nicht konstitutiv, sondern findet er die Rechte nur vor, indem er „die Bestimmung, die ihm der Schöpfer gibt, bekennt“ (HAMEL, 8). Ferner: HIRSCHMANN, Grenzen.

¹⁴⁰ So fragt etwa MAUNZ (56/2) ausdrücklich nach der Entstehungsgeschichte des Art. 6 GG, um festzustellen, was aus Art. 6 GG gefolgert werden könne und was nicht. Ebenso SCHEUNER, 52. Solche Fragen können nur den Sinn haben, festzustellen, ob ein bestimmter Verfassungsgeber über den Wesensbestand von Ehe und Familie hinaus, auch noch andere (geschichtliche) Elemente dieser Gemeinschaften schützen will. Insofern kann dann MAUNZ sinnvollerweise negativ sagen: „Nach dem Willen des Grundgesetzes ist nur dasjenige geschützt, was zum natürlichen Wesen der Ehe gehört. Politische Ziele und Erwägungen scheiden aus“ (56/2b). Das aber setzt voraus, daß man bereits (auch ohne rechtshistorische Erwägungen) weiß, was Ehe und Familie wesentlich sind. Deshalb muß bei der Frage, wer bestimmt, was Wesen eines Grundrechtes ist, „unter allen Umständen verhütet werden, daß dies der Staat tut“ (HIRSCHMANN, Grenzen 111).

Bedenklich positivistisch klingt etwa folgender Satz: „Da die Mutter im künftigen Recht dem Vater völlig gleichgeordnet ist, kann eine Störung der natürlichen Ordnung dadurch, daß sie die elterliche Gewalt ganz oder zum Teil allein ausübt, ebenso wenig eintreten wie in dem Fall, daß der Vater die elterliche Gewalt allein ausübt“ (HAGEMEYER, III/14b). „Die völlige Gleichordnung wird hier als „natürliche Ordnung“ genommen, und zwar deshalb, weil sie vom staatlichen Gesetz festgelegt werden soll. Was gesetzt wird, ist natürliche Ordnung!“ (L. HOFMANN, 160f.).

gelehnte, wonach in Art. 6 GG einfach der gegenwärtige Rechtsbestand gesichert ist? Denn ob die „heutige“ oder die „gestrige“ Ehe geschützt ist, es fragt sich beidemal, was dies inhaltlich bedeute. Und wenn Art. 6 GG nicht das Eherecht, sondern die Ehe selbst garantiert, dann dürfte eben die Ehe, nicht die *Ehetradition* unter seinem Schutze stehen.

Tradition aber soll heißen: bürgerliche Ehe Mitte des letzten Jahrhunderts mit einem christlichen Restbestand. Ist aber diese Ehe dem Staate als eine ihm vorgegebene Institution erschienen? Rechtshistorische Erwägungen lassen daran zweifeln. Mit der Einführung etwa der Zwangszivilehe¹⁴¹ und Ehescheidung hatte damals doch der Staat gerade mit der Tradition gebrochen und zwar in einer Weise, die einen nicht eben überzeugt, der Staatswille hätte die Ehe als ihm traditionell vorgegebene Institution erachtet. Damit aber ergibt sich das Paradoxon: der (heutige) Staat anerkennt jene Ehe als sich vorgegeben, die der (damalige) Staat nicht als sich vorgegeben anerkennt.

2. Inhaltliche Bedenken gegen den staatsrechtlichen Ehebegriff

a) *Die Tradition der Ehe und Familie scheint eine Tradition des wachsenden Individualismus.* — Der Rückgriff auf die Ehe als in der Tradition vorgegebene geschieht im Fragezusammenhang der innerehelichen Gleichberechtigung, um eine „individualistische Ehe“ abzulehnen¹⁴². Selbstverständlich wäre eine individualistische Ehe, „bei der jeder Ehegatte weitgehendst seine Selbständigkeit wahrt“¹⁴³, keine echte Ehe mehr. Man schließt gewiß nicht ohne Grund diese Eheform aus dem Sinngehalt des Art. 6 aus. *Wie* aber rechtfertigt sich dieser Ausschluß?

¹⁴¹ Vgl. bes. JÄGGI; FRR 89 ff. Dazu Anm. 125.

¹⁴² BEITZKE, Glb 28.

¹⁴³ BEITZKE, Glb 28; vgl. BGH: „Der allgemeinen Entwicklung entspricht nicht nur eine Gleichstellung der Frau, sondern eine stärkere Betonung ihrer Selbständigkeit ungeachtet der durch die Ehe begründeten umfassenden gegenseitigen Bindungen der Ehegatten“ (SH 67a). „Wer Art. 3/2 GG nur oder vornehmlich im Sinne fraulicher Selbständigkeit ausdeutet und ausformt, der zerstört also die Ehe ... Im Zweifel wird daher die jetzige Unterworfenheit der Frau unter den Willen des Mannes nicht durch ein freies und selbständiges Entscheidungsrecht der Frau, sondern durch das Erfordernis gemeinschaftlicher Entschliebung und gemeinsamen Handelns zu ersetzen sein“ (BETTERMANN, I/18). Kann man darum so ohne weiteres sagen: „Jeder Ehegatte hat ein Recht darauf, ein Eigenleben auch als Ehegatte zu führen und — besonders bei der Behandlung der Kinder — seine eigenen Gedanken und Empfindungen in die Tat umzusetzen“ (HÜBNER, 46)?

Scheuner etwa verwirft sie über das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, das eine individualistische Deutung der Grundrechte ausschließt (Art. 20 GG)¹⁴⁴. Daher sei es auch ausgeschlossen, „bei einem seinem ganzen Wesen nach rein individueller Auslegung unzugänglichen Rechtsstande wie der Gemeinschaft der Ehe eine formale Deutung des Gleichheitssatzes zu vertreten, die nur das Recht des einen und des andern Gatten auf Gleichberechtigung als Individuum, nicht aber die Institution der Ehe und die zu gründende und zu erhaltende Gemeinschaft an die erste Stelle rückt“¹⁴⁵.

Läßt sich die individualistische Ehe aber auch ablehnen, weil die dem Verfassungsgeber vorgegebene bürgerliche nicht individualistisch sei? Ist nicht gerade die individualistische Ehe weitgehend im BGB grundgelegt, und weist nicht das BGB als das 1896 *spät*geborene Kind des individualistischen Liberalismus weit über die Jahrhundertmitte zurück, ja in die Aufklärung hinein¹⁴⁶? Jedenfalls hat auch die „individualistische Ehe“ ihre lange rechtliche Tradition.

¹⁴⁴ SCHEUNER, 50f.

¹⁴⁵ SCHEUNER, 51.

¹⁴⁶ Vgl. CONRAD, Grundprobleme 58; in Anm. 6a Hinweis auf WIEACKER, der das BGB treffend „ein spätgeborenes Kind des klassischen Liberalismus“ nenne. — WOLLE: „Die Familienordnung des BGB hätte, auch wenn sie in der Biedermeierzeit erlassen worden wäre, kaum revolutionierend gewirkt“ (7).

Gut kennzeichnet FELLERMEIER den Individualismus der Aufklärung: „Die Voranstellung des subjektiven Rechtes unter Verschleierung der entsprechenden und begründenden Pflicht, die heute besonders in den Fragen nach der Glb von Mann und Frau und in der Mitbestimmung des Arbeiters in der Wirtschaft so verwirrend wirkt, hat seinen letzten Grund in der Naturrechtslehre der Aufklärung. (Das Nebeneinanderstehen dieser beiden Fragen könnte ebenfalls verwirrend wirken, indem es zur Annahme verleiten könnte, es handle sich bei beiden um ähnliche Probleme. In Wirklichkeit sind sie naturrechtlich je völlig verschieden. Bei der Mitbestimmung des Arbeiters geht es wesentlich um Dinge, die der Vertragsfreiheit unterliegen; bei der Glb von Mann und Frau (zumal in Ehe und Familie) ebenso wesentlich um Dinge, die der Vertragsfreiheit entzogen sind (vgl. (E) S. 452). Beide Fragen haben aber einen geistesgeschichtlichen Berührungspunkt, insofern der Begriff des (Sozial)partners (in der Wirtschaft) zum Begriff der Partnerschaft in Ehe und Familie führte, wobei man nur zu leicht vergißt, daß man den Begriff der Ehe zerstört, wenn man die Ehegatten nur als (Sozial)partner betrachtet (LG Duisburg (E) S. 440).) Das aufklärerische Naturrecht betrachtet den Menschen als isoliertes Individuum, das von Natur aus mit absoluter Freiheit ausgestattet ist, deren uneingeschränkter Gebrauch das natureigenste Recht eines jeden einzelnen Menschen darstellt. Die Verpflichtung wird hier als Beschränkung des subjektiven Rechtes betrachtet; sie entsteht daraus, daß der Einzelne genötigt ist, seine Freiheit einzuschränken, damit sie zusammen mit der (ebenfalls aus dieser äußeren Notwendigkeit eingeschränkten) Freiheit der andern bestehen kann.“ Das scholastische Naturrecht geht aus „von der konkreten Natur des Menschen, der als Geschöpf Gottes zunächst schon seinem Schöpfer mit seinem ganzen Sein verpflichtet und, von Anfang an und von Natur aus in der Gemeinschaft stehend, auch dieser verhaftet ist. Aus diesen verschiedenartigen Verpflichtungen entstehen dann die entsprechenden subjektiven Rechte als Befugnisse, die Pflichten zu erfüllen“ (74 Anm. 17). Vgl. UTZ, Formen 52ff.; dazu S. 134; 229.

Der *Individualismus der Neuzeit* führte im Rechtsdenken dazu, immer mehr Rechte als subjektive Einzelrechte aus dem Begriff des Gemeinwohls auszugliedern und den Einzelnen mit angeborenen Individualrechten der Gemeinschaft kontradistinkt gegenüberzustellen. Genau diese Denkart aber schlägt sich im BGB nieder. Es kennt die Gemeinschaft der Ehe und Familie, aus der sich für alle Glieder Rechte und Pflichten ergeben¹⁴⁷, überhaupt nicht, sondern behandelt einfach die Rechte und Pflichten der Familienglieder als Einzelpersonen¹⁴⁸. Und wenn die Diskussion um die *Familienrechtsreform* den „Verlust des Gemeinschaftsverständnisses“ und des Institutsdenkens offenbart, sind es gerade auch die „bürgerlich-rechtlichen Vorstellungen“¹⁴⁹, die weiterwirken: statt den Gemeinschaftsgedanken an die Spitze zu stellen¹⁵⁰, spricht man bloß von „Ausgestaltung subjektiver Rechte der einzelnen Familienglieder, Gleichsetzung des Mannes und der Frau, der Söhne und Töchter“¹⁵¹. Begreiflich, daß schließlich die Rechtsgestalt der Ehe zu einer möglichst klein zu haltenden Summe leider abzutretender Individualrechte wird, wobei sich zwei Individuen isoliert gegenüberstehen und bestrebt sind, möglichst viel ihrer Individualrechte wieder zurückzuerobern.

Wer derart in „Ehe und Familie nicht eine überindividuelle Einheit, sondern lediglich die Summe von Mann und Frau, Eltern und Kindern“ sieht, ist dann natürlich „auch nicht imstande, zu erkennen, daß der *Gleichberechtigungssatz* im Zusammenhang mit der Familien-

¹⁴⁷ CONRAD, Grundprobleme 59; BOSCH, FRR 55 (mit Hinweis auf OTTO v. GIERKE); NRO 21; L. HOFMANN, 161.

¹⁴⁸ Vgl. PALANT, Bem. 1 Einleitung vor § 1297.

¹⁴⁹ BOSCH, NRO 21.

¹⁵⁰ ERMECKE, DKW 51/260b; BOSCH, NRO 51; 21. Vgl. BVerfG (Anm. 150).

¹⁵¹ BOSCH, NRO 21; vgl. ERMECKE, DKW 51/260b. Zumal bei HAGEMEYER erscheint die Familie weniger als Einheit denn als „Zweckverband einzelner Individuen“, wobei Recht dann nur noch aufgefaßt wird „als ein System zur Ausbalancierung entgegengesetzter Individualinteressen“ (RICHTER, Deutsche Rundschau 51/826). „Soll der Positivismus in der Ausdeutung des Glbsatzes überwunden werden, dann muß in der Bestimmung dieses Satzes im Sinne der Verfassung auf Wesen und Würde des Menschen als Person in Gemeinschaft zurückgegangen werden. Es wäre falsch — wie [HAGEMEYER] — das Recht von Ehe und Familie nur als eine Summe von Individualrechten zu begreifen. Ehe und Familie haben ein auf die Individualrechte von Mann und Frau nicht zurückführbares Eigenrecht“ (KATH. FRAUEN, 2; IFS 37b). Ebenso: „Wir wehren uns mit Entschiedenheit als kath. Christen gegen alle Versuche, das Eigenrecht von Ehe und Familie auf bloße Persönlichkeitsrechte von Mann und Frau zurückzuführen und damit einen unsozialen Grundzug in unserem Familienrecht, der ein schlechtes Erbe des 19. Jahrhunderts ist, noch zu verschärfen“ (HIRSCHMANN, Familie 21). Auch das BVerfG ist nicht frei davon, wenn es etwa meint, was „zum Nachteil der im Ehestand Lebenden (nämlich der Ehegatten) gereicht, „stellt einen störenden Eingriff in die Ehe dar“ (57/84b). „Ehe“ und „subjektives Belieben der Ehegatten“ (um das es hier geht) lassen sich nicht einfach gleichsetzen. Vgl. (E) 425.

rechtsreform sinnvoll nur so verstanden werden kann, daß Mann und Frau gleicherweise in der Verwirklichung der ihnen eigentümlichen Aufgabe als Organe des überindividuellen Ganzen der Ehe und Familie als Gatte und Gattin, als Vater und Mutter ungestört ihre verschiedenartigen Funktionen wahrnehmen können¹⁵².

Vielleicht am deutlichsten tritt diese individualistische Grundhaltung in einer wohl kaum vollbewußten, aber gerade deshalb offenbarenden Sprechweise zutage. Offensichtlich ist sie, wenn man es als „durchaus denkbar“ unterstellt, „daß der Mann Entscheidungen trifft, die die Frau oft tief verletzen, die aber mit dem Wohl der Familie nicht oder kaum zusammenhängen¹⁵³“. Denkbar ist dies wirklich nur von einem ganz extremen Individualismus her: als ob die Frau außerhalb der Familie stünde und als ob etwas überhaupt zum Wohl der Familie gereichen könnte, das nicht zugleich auch das Wohl (freilich nicht wiederum ein individualistisch mißverständenes) der Frau als Gattin und Mutter wäre¹⁵⁴.

Mehr verhüllt erscheint die gleiche Sprechweise etwa im bekannten Urteil des Bundesgerichtshofes, wo es heißt: „Eine solche Schlechterstellung der Ehefrau wird durch den Schutz der Ehe und Familie nicht gefordert¹⁵⁵.“ Dies besagt doch entfaltet: die Gemeinschaft als solche verlangt vom Individuum eine Schlechterstellung (Verzicht auf Individualrechte). Aber sie muß möglichst klein sein (auch der Mensch in der Gemeinschaft muß möglichst viele seiner Individualrechte behalten). Im vorliegenden Fall ist aber das Mindestmaß der Schlechterstellung überschritten: eine „solche“ Schlechterstellung ist nicht gefordert¹⁵⁶.

¹⁵² HIRSCHMANN, Gemeinschaft 98; vgl. (E) S. 421.

¹⁵³ NADIG (BTDeb. II/486 A).

¹⁵⁴ Vgl. S. 319; (E) S. 440.

¹⁵⁵ SH 67 a. Schon in den Änderungsvorschlägen des BR zu Entwurf I steht der Widerspruch der „unberechtigten Schlechterstellung der Frau“ (Anlage 1/12). In der BTDeb. II (490 B) gebrauchte dann WUERMELING diesen Ausdruck (vgl. Zwischenfrage ILKS, 490 C). Auch WOLLE fragt, „ob § 1354 BGB eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Ehefrau enthalte“ (17), offenbar in der Meinung, er bedeute „eine unberechtigte Besserstellung des Mannes“ (der Ausdruck bei OLG Celle, SH 55 a). SPF gibt denn auch die schwerbeladene Antwort: das ER des Mannes erweist sich ... „als eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung der Frau, welche mit Gerechtigkeit und Glb unvereinbar ist“ (64).

¹⁵⁶ Ebenso mißlich ist es, von einer „einseitigen Benachteiligung der Frau“ (KRAUSS, 54/25b) oder einer „einseitigen Schlechterstellung der Frau“ (BayObLG, SH 70 a) zu reden. Ähnlich meint NEUHAUS, man soll „die Benachteiligungen beseitigen, die nicht durch das Wesen der Ehe und Familie bedingt sind“ (JZ 52/523). Zu Ende gedacht, müßte dies doch heißen: mit Eingehen der Ehe sind „Nachteile“ verknüpft. Diese Nachteile müssen aber auf Mann und Frau in gleicher Weise verteilt werden, damit so der gleichberechtigte Gatte und die gleichberechtigte Gattin auch

Das Gesagte macht deutlich, wie die Tradition der Ehe als *conjugium*, wo Mann und Frau unter das Gleichjoch gespannt sind, mehr und mehr einer andern Tradition weicht, wo schließlich „das Institut der Ehe höchsten sittlichen Inhalt gewinnt, wenn Mann und Frau völlig gleichberechtigt und *unabhängig voneinander* in freiwilliger Zuneigung die Ehe miteinander führen¹⁵⁷“. Zugleich aber erhellt: die Berufung auf die Ehe als in der Tradition vorgegebener erreicht das gewünschte Ziel nicht. Auch der Individualismus in der Ehe hat seine Tradition.

Wer deshalb in der Überzeugung, „die Verselbständigung von Mann und Frau gefährde die Gemeinschaft¹⁵⁸“, „die Einheit der Ehe und Familie individualistischen Bestrebungen entgegenstellt, mögen sie auch in der Form der Forderung nach Gleichberechtigung auftreten¹⁵⁹“, und deshalb „bei der Durchführung des Gleichberechtigungsgrundsatzes die Gleichberechtigung nicht auf ein verschärftes Gegenüber zweier Individuen abgestellt haben will, sondern auf eine möglichste Wahrung der Gemeinschaftsidee¹⁶⁰“: der wird sorgsam auszuscheiden haben, „was in Wahrheit Konsequenz des Individualismus in der Ehe und nicht der Gleichberechtigung ist¹⁶¹“. Dazu aber wird er Ehe und Familie wirksamer gegen den Individualismus abschirmen müssen, als dies durch den Rückgriff auf die traditionelle Ehe möglich scheint.

b) Der Rückgriff auf die Tradition der Ehe ist unbrauchbar in der Auseinandersetzung um das Entscheidungsrecht. — Ohne Zweifel enthält das gemeinhin traditionelle Ehebild neben dem Begriff lebenslanger Hausgemeinschaft auch den männlicher Vorherrschaft. Ist doch „nach uralter Kultursitte fast der ganzen Menschheit, jedenfalls des Abendlandes, grundsätzlich der Mann Entscheider und Richtungs-

gleichbenachteiligt vor den nichtbenachteiligten Unverheirateten dastehen. Die gegenteilige Einstellung bringt treffend v. NELL-BREUNING zum Ausdruck: „Um der Familie willen müssen wir durchaus auch in den Menschen das Bewußtsein aufrecht erhalten, daß derjenige, der eine Familie gründet, der Kindern das Leben schenkt, darin einen Wert sieht und sich das etwas kosten läßt ansonsten für ihn unzugänglichen Annehmlichkeiten des Lebens ...“, wobei sich die Eheleute und Eltern sagen: „wir finden, daß diese Opfer ihren Lohn in sich selber tragen“ (24); vgl. auch UTZ, Formen 58 ff.

¹⁵⁷ SPD-ENTWURF, 41; vgl. BVerfG (Anm. 151); weitere Angaben Anm. 127.

¹⁵⁸ STRAUSS, JZ 52/450a; BEGRÜNDUNG I/45b; BEGRÜNDUNG II/28b.

¹⁵⁹ BEITZKE, Glb 28; vgl. 34; 36; 38.

¹⁶⁰ HEDEMANN, 32.

¹⁶¹ BEITZKE, Glb 38.

weiser in der Ehe¹⁶². Ohne Zweifel bedingen umgekehrt Entwicklung und Durchführung der Gleichberechtigung in mancher Beziehung eine Abkehr von der Tradition. Damit ist aber gerade die Tradition in Frage gestellt und hört auf, Beweisgrund zu sein. Wenn es schon um Neuerungen geht (und es muß bei der Gleichberechtigung darum gehen, was niemand bestreitet) dann verliert die Begründung, es war bisher anders, ihren Sinn¹⁶³.

Wo deshalb die Gleichberechtigung die Frage nach Ehe und Familie stellt, ist das männliche Entscheidungsrecht jedenfalls nicht mit dem Hinweis zu rechtfertigen, es gehöre zum *traditionellen* Ehezubehör. Denn es ist ja gerade gefragt, ob es weiterhin dazu gehören solle, oder ob es nicht im sonstigen gleichberechtigungsbedingten Traditionsabbau gleichfalls mit abzubauen sei. Andererseits ist die Notwendigkeit, das Entscheidungsrecht abzubauen, nicht schon damit aufgezeigt, daß man die Staaten aufzählt, in denen es *heute* tatsächlich nicht mehr besteht. Denn es fragt sich, ob dieser Abbau zu recht geschah und ohne Gefährdung, ja Preisgabe der Ehe und Familie, oder ob er nicht doch mehr Ergebnis jenes abgelehnten Individualismus in der Ehe als einer echten Gleichberechtigung sei.

Man kann daher nicht einfach mit *Wolle* den europäischen und anglo-amerikanischen Rechtskreis untersuchen und dann feststellen, zwar garantiere Art. 6 GG Ehe und Familie „wie sie sich unter dem Einfluß abendländischer Sitte und Geistigkeit entwickelt haben“. Nun aber seien Ehe und Familie im Bereich abendländischer Sitte und Geistigkeit nicht oder nicht mehr durch die patriarchalische Ordnung als Wesensmerkmal gekennzeichnet. Demnach garantiere Art. 6 Ehe und Familie „keineswegs in ihrer derzeitigen patriarchalischen Prägung¹⁶⁴“.

¹⁶² HÜBNER, 48; BEGRÜNDUNG I/45b; SCHWOERER, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt 51/18f. Nach alter Kultursitte des Abendlandes und nach der natürlichen Veranlagung der beiden Geschlechter — die Frau lehne sich gern an den Mann an und sei froh, wenn er die Verantwortung für den Entschluß trage — sei der Mann zur Entscheidung berufen. (Zit. bei HAGEMEYER, III/8b.)

¹⁶³ Die Verwirklichung der Glb bedeutet „einen klaren Bruch mit dem bisher das Familienrecht beherrschenden Grundsatz der patriarchalischen Ordnung und der präsumptiven Vorrangstellung des Mannes“ (ARNOLD, MDR 52/718; vgl. LG Duisburg, SH 60b). So fraglich dies ist, so berechtigt die Forderung SCHEFFLERS, nicht mit dem Hinweis auf die Tradition das ER rechtfertigen zu wollen (DJT 5). Vgl. ENGEL-HANSEN, IF, Anlage C (4/1953) 10 II.

¹⁶⁴ WOLLE, 15; ebenso KRÜGER, DRiZ 53/82b; beide mit dem nun wirklich nicht sachnotwendigen Mißverständnis des „vatikanischen Ehrechts“ (§ 1111 CIC); dazu vgl. Anm. 10 (S. 175).

Denn abgesehen von der fragwürdigen Gleichsetzung zwischen patriarchalischer und hierarchischer Ordnung¹⁶⁵, besagt „derzeitige patriarchalische Prägung“ immer noch ein Zweifaches. Soll es nichts anderes heißen, als der derzeitige Patriarchalismus sei abzulehnen, dann sind sich alle einig. Aber damit bleibt die Frage offen, ob nicht auch heute noch eine hierarchische Eheordnung möglich sei, die nichts mit dem derzeitigen Patriarchalismus der §§ 1354 und 1634 BGB gemein hat. Heißt es aber, die derzeitige Prägung, die und weil sie *hierarchisch* sei, sei abzulehnen, dann fragt sich, ob dieser Abbau nicht doch gerade ein abzulehnender Schwund abendländischer Sitte und Geistigkeit ist.

Schließlich mag es erlaubt sein zu fragen, wie weit etwa Neuseeland, die Südafrikanische Union und Sowjetrußland (überhaupt, schon oder noch) von abendländischer Sitte und Geistigkeit geprägt erscheinen. Jedenfalls steht *Hedemann* nicht an, ins Licht zu setzen: „Vollständige Streichung des ehemännlichen Entscheidungsrechtes entfernt uns von dem europäischen Kulturkreis (auch Schweden ändert nichts an diesem Eindruck) und gleicht uns dem sowjetrussischen Kulturkreis an“¹⁶⁶.

Ist somit aber die Notwendigkeit, das Entscheidungsrecht fallen zu lassen, nicht am *gegenwärtigen* Ehebild, die Notwendigkeit, es beizubehalten, nicht am *vergangenen* erweisbar, so ist die Frage des Entscheidungsrechtes endgültig nur entscheidbar, wenn man Gegenwart und Vergangenheit an einem *überzeitlichen* Wesensgehalt der Ehe und Familie mißt. Nur vom Überzeitlichen her läßt sich zeigen: entweder ist das Entscheidungsrecht als solches und damit für alle Zeiten und in allen Formen abzulehnen; oder aber es ist mindestens für bestimmte Kulturstufen unbedingt zu verwerfen; oder schließlich, es ist nur in seinen Fehlformen zu verneinen, wobei deren Fehlerhaftigkeit erst noch je nach Kulturstand verschieden sein kann. So gilt es hinter „der

¹⁶⁵ „Will man die Entscheidungsgewalt als solche „patriarchalisch“ nennen, mag man es tun. Man gerät dabei in Gefahr, sie mit geschichtlichen Erscheinungsformen zu identifizieren, die mit ihrem Wesen ebenso wenig verwechselt werden dürfen, wie die Tatsache, daß diese Ehe- und Familienordnung ein Stück abendländischer Kultur ist, damit verwechselt werden darf“ (HIRSCHMANN, Referat 10; vgl. GuL 53/40). Dazu RENGSTORF: Das neutestamentliche Bild von Ehe und Familie „ist nicht patriarchalisch und erst recht nicht frauenfeindlich. Man könnte es hierarchisch nennen, sofern man dies Wort richtig versteht als Ausdruck für eine von Gott gegebene Ordnung in der Beziehung der Geschlechter und in dem aus ihrer Gemeinschaft in der Ehe entstehenden „Hause““ (FRR, 41). Vgl. KAPFHAMMER, 37 (1).

¹⁶⁶ S. 36. Vgl. RÜDEL, JR 51/745a.

in Entwicklung begriffenen Struktur¹⁶⁷ das *Wesen* der Ehe zu erkennen. Insofern ist die Familienrechtsreform nicht nur Auseinandersetzung um die traditionelle Ehe, sondern Kampf um das Wesen der Ehe selbst¹⁶⁸.

Ergebnis (zu I)

1. Bloß aposteriori aus der abendländischen Sitte und Geistigkeit und als Ausgleich der im Grundgesetz parteipolitisch vertretenen Weltanschauungen bestimmt, erscheinen Ehe und Familie

a) der Verfassung weder rechtsphilosophisch, noch rechtshistorisch unbedingt vorgegeben, sondern in der Vorgegebenheit von deren positivem Wollen bedingt und damit diesem Wollen *nicht vorgegeben* zu sein;

b) nicht hinreichend vor ihrem *individualistischen Mißverständnis* geschützt.

2. Besonders ist die durch die Gleichberechtigungsforderung gestellte Frage nach der hierarchischen Struktur der Ehe und Familie (*männliches Entscheidungsrecht*) von einem aposteriori rein historisch-soziologisch bestimmten Ehebegriff her nicht entscheidbar, wohl aber durch die Schutzlosigkeit dieses Begriffes vor dem individualistischen Mißverständnis in Gefahr, unsachlich vorentschieden zu werden.

II. Der Unterschied naturrechtlichen Eheverständnisses gegenüber dem staatsrechtlichen Ehebegriff

Der Unterschied des naturrechtlichen Ehebegriffes besteht vor allem in der Verschiedenheit der *Methode*, mit der er gewonnen wird. Sie ergibt sich aus den naturrechtlichen (rechtsphilosophischen und inhaltlichen) Bedenken gegen die staatsrechtliche Methodik. Damit bedingt sie ein anderes rechtsphilosophisches Verhältnis zur Ehe als in der Tradition vorgegebener und eine andere Abschirmung der Ehe vor dem individualistischen Mißverständnis.

¹⁶⁷ Vgl. EVANG. FRAUEN, IFS 31 a (2).

¹⁶⁸ HEDEMANN, 21; BOSCH, SH 8 b; beide mit Hinweis auf SCHIFFER, JZ 53/8; HIRSCHMANN (S. 383). Vgl. DESCHENAUX, 433 Anm. 27 mit Hinweis auf ARNOLD, 55/225.

1. Naturrechtslehre und Ehe als traditionell vorgegebene Institution

Wie schon bei der Frage nach Mann und Frau ist auch hier hervorzuheben: die Naturrechtslehre geht an der durch die Gesellschaftswissenschaften festgestellten *soziologischen Befindlichkeit* der Ehe und Familie nicht vorbei: wenn das Naturrecht konkret ist, muß es auch von der konkreten Situation der Ehe und Familie ausgehen, und zwar in zweifacher Hinsicht:

1. hilft der soziologische Befund zu einer weitergreifenden Erkenntnis der Naturrechtsmaterie. Allerdings kann dieser Befund nicht einfach übernommen werden, sondern ist in *philosophischer* Fragestellung durch eine Art transzendentaler Deduktion¹⁶⁹ auf den aller Befindlichkeit zugrunde liegenden und sie erst ermöglichenden Wesensgehalt zu überprüfen. Nicht schon das soziologische Phänomen, sondern die Natur der Sache steht am Ende der Erkenntnis.

2. ist rechtsphilosophisch die *soziologische Befindlichkeit* nur als *conditio sine qua non*, nicht aber als Norm der Rechtshandlung vorgegeben. Die Vorgegebenheit im Sinne normativen Aufgetragenseins ist ausschließlich an die Natur der Sache geknüpft, insofern sie von höherer Rechtsinstanz zur menschlichen Verwirklichung auferlegt ist. Nur insofern sie in der Zeit und im Zusammenwirken mit andern Menschen zu verwirklichen ist, wird die gesellschaftliche Befindlichkeit mit Einschluß des ethischen Wollens der Gesellschaftsglieder auch zum Erkenntnisprinzip, wie die Norm konkret anzuwenden ist. Nicht aber, daß das subjektive Wollen etwa der Mehrheit, dort, wo die Natur der Sache in sich selbst festgelegt ist, normative Bewandnis hätte¹⁷⁰. Eine normative Kraft des Faktischen in diesem Sinne gibt es naturrechtlich nicht¹⁷¹.

Ähnlich wie die augenblickliche soziologische Befindlichkeit die Beachtung der Naturrechtslehre findet, so auch die vergangene: die *Tradition*. Allerdings mit zwei kleinen Unterschieden. Insofern nämlich 1. die Tradition eine gesellschaftliche Befindlichkeit ist, die sich während Generationen durchgehalten hat, im Durchhalten aber oft eine Bewährungsprobe liegt, weil auf die Dauer auch die „mistgabelvertriebene“ Natur immer wieder zurück und zum Vorschein kommt,

¹⁶⁹ Vgl. K. RAHNER, Orientierung, 55/242; Schriften II/248.

¹⁷⁰ Vgl. UTZ, RuG 403; Formen 87 ff.; M.-E. SCHMITT, 116 ff.

¹⁷¹ Vgl. etwa BOSCH, NRO 52 Anm. 125 (dazu BGH, 54/46 ff.).

ist die Tradition ein qualifiziertes *Erkenntnisprinzip* für die Natur der Sache¹⁷². Insofern 2. Recht Friedensordnung ist und als solche Rechtssicherheit fordert, diese aber nicht möglich ist ohne Kontinuität auch in der Zeit, findet die Tradition auch im Sinne des Gewohnheitsrechtes im Naturrechtsdenken Eingang. Dieses *Gewohnheitsrecht* hat aber naturrechtliche Bewandnis, nicht unmittelbar, weil es Gewohnheit ist, sondern weil bei der Gewohnheit eben zunächst die Präsumption auf der sachlichen Richtigkeit liegt, und weil die Gewohnheit als ein Prinzip der Rechtssicherheit an der Rechtskraft des Naturrechts teilhat¹⁷³, so daß die Gewohnheit um der Rechtssicherheit willen solange naturrechtliche Geltung besitzt, bis die Notwendigkeit des Neuen als Notwendigkeit einer neuen Situation bewiesen ist.

Aus dem Gesagten folgt, wie die *traditionelle Ehe* dem Naturrecht vorgegeben ist: sie erscheint geeignet als Ausgangspunkt, um von hier aus in philosophischer Fragerichtung zur überzeitlichen Natur der Ehe und Familie vorzustoßen. Als Norm vorgegeben ist nur diese überzeitliche Natur, und zwar insofern sie von höherer Rechtsinstanz zur Verwirklichung aufgetragen ist, wobei aus diesem Auftrag unmittelbar die *naturnhafte Rechtsgestalt* der Ehe und Familie folgt¹⁷⁴.

Die *traditionelle Rechtsgestalt* aber ist der Rechtspolitik nur im Sinne der Rechtssicherheit vorgegeben, insofern sie gegenüber einer *neuen*

¹⁷² Im übrigen bedürfte das Gewohnheitsrecht dringend einer naturrechtlichen Aufarbeitung. Vgl. M.-E. SCHMITT, 65f.

¹⁷³ Wie metaphysisch das Formale im Materialen und rechtsphilosophisch die formale Gerechtigkeit in der materialen gründen muß, so muß auch die Rechtssicherheit als Formalprinzip von einem Materialprinzip her in ihrer Rechtskraft begründet sein. Vgl. etwa BVerfG, SH 76 a; dazu KRAUSS, 54/62a.

¹⁷⁴ Vgl. BERTRAMS, W.: De origine personae moralis in ecclesia, Periodica (1947) 169—184: „Immo tenemus naturam vitae socialis exigere possibilitatem originis personae moralis ordinis naturalis, quin intercedat actus constitutivus ex parte auctoritatis publicae. Imprimis hoc affirmandum est de societate naturali necessaria, praesertim de familia. Societas naturalis est necessaria, quia prosequitur bonum pro homine necessarium; tota eius activitas dirigitur ad hunc finem obtinendum. In quantum igitur finis est necessarius, in tantum tali societati etiam media ad finem necessaria debentur ipsa natura rei; a. v. talis societas est subiectum iurium et officiorum ex natura rei; eo ipso quod est, gaudet personalitate iuridica. Ita e. g. familia habet ius ad propriam vitam, ad omnia media ad hanc vitam necessaria. (De cetero haec argumentatio valet etiam pro origine personalitatis iuridicae ipsius Status).“ (180/81). „... Securitati iuridicae omnino providetur, si interventus auctoritatis publicae restringitur ad recognitionem personae moralis ortae. A. v. interventus auctoritatis publicae non habet rationem constitutionis, sed merae recognitionis personae moralis constitutae“ (183). Auch SAVATIER spricht vom Familienhaushalt „als erster und natürlichster juristischer Person“ (60ff.). Die entgegenstehende Ansicht von DABIN (Sur le concept de famille, in: Miscellanea Vermeersch, Bd. II, 229—263) beruht auf irrigen rechtsphilosophischen Grundeinsichten. Vgl. BENDER, L.: Phil. iuris, Rom 1947, 170 ff. Im übrigen vgl. S. 153.

Rechtsgestalt, die ihrerseits selbstredend auch wieder die naturhafte mitzuenthalten hat, solange in possessione ist, als nicht deren Notwendigkeit aus der veränderten Zeitlage erwiesen ist.

2. Naturrechtslehre und individualistische Ehe

Die individualistisch mißverstandene Ehe hat ihren Grund nicht nur in einer gewandelten Wirtschaft. Sie ist nicht zuletzt Folge jenes gewandelten Rechtsdenkens, das mit der Aushöhlung des Gemeinwohlbegriffes begann und über die angeborenen Individualrechte die Einzelnen unmittelbar einander gegenüber, nicht aber schon naturhaft auf die Gemeinschaft hingeordnet sieht. Tieferer Grund solchen Denkens scheint nun aber (mindestens auch) jener Erkenntnisrelativismus und Wertirrationalismus zu sein, der sich bereits als Ursache des quantitativen Rechts- und Gleichheitsdenkens zeigte¹⁷⁵.

All das scheint nämlich auf einer Linie zu liegen: Wenn ich schon nicht mehr das Meine und Seine allgemeingültig erkenne und als allgemeinverbindlich anerkannt erhalte, und wenn dann zwangsläufig auch nicht mehr die Gleichwertigkeit zwischen dem Meinen und dem Seinen erkannt und als unbedingt verpflichtend anerkannt wird: dann ist es am besten, ich setze mich gegenüber dem andern, namentlich wenn er in der Gemeinschaft als Vielzahl auftritt, möglichst ab (*Individualismus*). Und andererseits wird die Gemeinschaftsinstanz bei der Unkenntnis, was dem einzelnen sich von ihr möglichst weit Entfernenden zukommt, am besten allen einmal quantitativgleiche Rechte und Pflichten zuteilen (*quantitative Gleichheit*)¹⁷⁶.

Demgegenüber hat das Naturrechtsdenken seinen Anspruch, die Natur der Sache in ihrer allgemeingültigen Wesenheit und in ihrer allgemeinverbindlichen Aufgetragenheit zu erkennen, unter Beweis zu stellen. Im Maße als es ihm gelingt, mit der Natur der Sache auch das zu erkennen, was einem jeden als das Seine zukommt, wird es möglich, auch einem jeden sein Entsprechendes zuzuteilen. Damit ist die Einseitigkeit der Quantitativgleichheit durch die qualitative Entsprechungsgleichheit ergänzt. Ist aber Entsprechungsgleichheit möglich, dann wird auch wieder echte Gemeinschaft möglich, weil

¹⁷⁵ S. 84.

¹⁷⁶ Vgl. UTZ, Formen 60. S. 85; 223.

nun die Gemeinschaftsinstanz in der ihr eigenen Ausgleichgerechtigkeit unbedingt gehalten ist, jedem das ihm Entsprechende zu geben. Wird aber so die Gemeinschaft zum Ort, wo der Einzelne nicht nur irgendein Gleiches, sondern gerade das Seine erhält, findet sich auch der Einzelne wieder in die Gemeinschaft hinein.

Daraus folgt, im Anspruch, das Seine von Mann und Frau und damit auch ihre Ergänzungsgleichheit und Gleichwertigkeit zu erkennen und rechtsverbindlich sicherzustellen, gewinnt das Naturrechtsdenken auch die Möglichkeit, die Eigenart der Ehe und Familie so zu bestimmen, daß dabei das Eigene von Mann und Frau gewahrt und nicht von der Gemeinschaft aufgesogen wird. Damit fällt die innere Berechtigung eines individualistischen Denkens dahin und ist echtes Gemeinschaftsverständnis möglich.

Ergebnis (zu § 3)

1. Wenn überhaupt, dann sind Ehe und Familie dem Staate vorgegeben, nicht weil er sie vorgegeben erklärt, sondern weil sie es auch ohne seine Erklärung schon in sich selbst sind. Sind sie aber in sich selbst vorgegeben, dann legen sie auch das Maß ihrer Vorgegebenheit selber fest: so steht es nicht dem Staate zu, sich die Ehe als „traditionelle“ vorgegeben zu erklären. Er hat sie als vorgegeben zu erklären, so wie sie sich selbst als vorgegeben erklärt. Insofern ist die Frage nach Ehe und Familie als dem Staate vorgegebene in jedem Fall eine *Frage nach dem Wesen von Ehe und Familie*.

2. Das Wesen der Ehe und Familie läßt sich mit den positiven Gesellschaftswissenschaften und ihren rein faktizistischen Ergebnissen nicht ergründen. Vielmehr sind diese Ergebnisse *philosophisch* auf ihre Grundlagen zu untersuchen und von der so aufzufindenden Grundgestalt der Ehe und Familie her zu erklären. Namentlich die Frage des *ehelichen Entscheidungsrechtes* läßt sich nicht mit faktizistisch aufsammlender Methode lösen, sondern nur durch Einsicht in das gegenüber den zeitlichen Verwirklichungsformen *apriori gegebene Wesen* der Ehe und Familie.

3. Die Naturrechtslehre erhebt den Anspruch, so wie das Seine von Mann und Frau, so auch die Eigenart der Ehe und Familie allgemeingültig zu erkennen. In dieser Erkenntnis ist die Einsicht

miteingeschlossen: das naturhafte Wesen der Ehe und Familie ist Mann und Frau allgemeinverbindlich zur gemeinsamen Verwirklichung aufgetragen: also die Einsicht einer *naturhaften Rechtsgestalt* der Ehe und Familie.

4. Da aber der Einsicht in die Rechtsgestalt der Gemeinschaft von Mann und Frau die Einsicht in das Seine von Mann und Frau vorausgeht, wird diese Rechtsgestalt gerade das Seine von Mann und Frau mit zum Rechtsgegenstand haben müssen. In dieser dritten Einsicht liegt der Ansatz eines echten Gemeinschaftsbegriffes und die Überwindung einer individualistisch mißverstandenen Ehe, welche die Frage des Entscheidungsrechtes vorbelasten und überhaupt das Verständnis der Gleichberechtigung in der Ehe verunmöglichen müßte.

Drittes Kapitel

ERGEBNIS DER PROBLEMATIK

DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

I. 1. Die *Nominaldefinition* der Gleichberechtigung ist durch die Doppeldeutigkeit von Gleichheit (Inhalts- und Entsprechungsgleichheit) und durch ihre Sachverhaltsverwiesenheit mehrdeutig, ohne daß sich die Mehrdeutigkeit rechtshistorisch oder rechtskombinatorisch aus Art. 3/2 GG zur Eindeutigkeit zurückführen ließe.

2. Erst die *Realdefinition* ist eindeutig, indem sie vom eindeutigen *Gleichberechtigungssachverhalt* her (das Seine für Mann und Frau; die Eigenart von Ehe und Familie für die Gleichberechtigung in Ehe und Familie) bestimmt, welche subjektiven Rechte und Pflichten den konkreten Inhalt der Gleichberechtigung bilden. Sie ist also *aposteriori* zur Erkenntnis besagter Sachverhalte, mithin erst am Rande und als Folge unserer Untersuchung möglich.

3. Die Realdefinition ist aber in Gefahr, ihre Eindeutigkeit nicht *aposteriori* durch die kritisch überprüfte Kenntnisnahme des Sachverhaltes, sondern durch ein *subjektives Apriori* (vor)bestimmt zu erhalten. Namentlich das *Entscheidungsrecht* in Ehe und Familie ist derart bedroht, vorentschieden zu werden, bevor die Frage nach Ehe und Familie überhaupt nur gestellt wird.

II. 1. Dieses Apriori subjektiv vorentschiedener Gleichberechtigung ist Folge eines dreifachen *Mißverständnisses* :

a) des *relativistischen*, demzufolge das Seine von Mann und Frau weder in sich selbst, noch in seiner gegenseitigen Wertgleichheit erkennbar ist.

b) des *quantitativen*, wonach Gleichberechtigung auf quantitative Gleichbehandlung eingeschränkt wird, weil die Grundlage der qualitativen, nämlich die Gleichwertigkeit von Mann und Frau, als nicht erkennbar erklärt wird.

c) des *individualistischen*, das in der Gemeinschaft nur mehr eine Summe abgetretener und wieder zurückforderbarer Individualrechte erblickt, weil das Individuum bei jener der Gemeinschaft einzig möglichen Quantitativgleichbehandlung sonst überhaupt nicht zu dem Seinen käme.

2. Nur die *Naturrechtslehre* scheint dieses dreifache Mißverständnis beheben zu können. Denn sie beansprucht

a) das Seine von Mann und Frau, folglich auch ihre Gleichwertigkeit zu erkennen;

b) dadurch auch Gleichberechtigung als qualitative Gleichbehandlung zu ermöglichen;

c) damit der Gemeinschaftsinstanz ein Mittel zu geben, dem Individuum auch von der Gemeinschaft her das Seine zu geben.

III. Die *schwierige Aufgabe in der deutschen Familienrechtsreform* besteht darin, den Gleichberechtigungssachverhalt nicht durch das Prisma eines subjektiven, relativistischen, quantitativen und individualistischen Apriori zu sehen (*Apriori der deutschen Familienrechtsreform*) und damit die nominal mehrdeutige Gleichberechtigung real mißverständlicherweise eindeutig zu machen (*Mißverständnis der deutschen Familienrechtsreform*). Nur die Naturrechtslehre scheint dieser Schwierigkeit hinreichend begegnen zu können.

Viertes Kapitel

DER NATURRECHTLICHE ANSATZ DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

Die naturrechtlichen Problemkreise

Bei der verfassungsrechtlich geforderten Zusammenschau von Art. 3/2 GG und Art. 6/1 GG finden wir die Deutsche Bundesrepublik in der Pflicht, die Gleichberechtigung der Ehegatten unter Wahrung der Einheit von Ehe und Familie ins Werk zu setzen¹⁷⁷. Naturrechtlich sind damit *zwei Fragekreise* berührt: das Verhältnis von Staat und Ehe; das Verhältnis von Ehe und Gleichberechtigung. Denn es ist klar, selbst wenn das Verhältnis von Staat und Ehe so etwas wie einen staatlichen Eheschutz zulassen oder gar fordern sollte, ist dieser Schutz noch nicht auch als Durchführung einer Gleichberechtigung unter den Ehegatten als möglich oder notwendig erwiesen. Er ist es erst dann, wenn erstens die Möglichkeit innerehelicher Gleichberechtigung überhaupt feststeht und sich zweitens eine staatliche Einflußnahme auf diese Gleichberechtigung der Gatten als möglich und zulässig erweist.

Die vorliegende Untersuchung bleibt im Wesentlichen beim Fragekreis der Ehe und Gleichberechtigung stehen. Nur abschließend wird noch kurz nach dem Verhältnis innerehelicher Gleichberechtigung und staatlichem Eheschutz gefragt und damit der zweite Fragekreis

¹⁷⁷ BEITZKE, Glb 28; BUMILLER, 78; S. 11 f.

gestreift. Es sei aber grundsätzlich festgestellt: in Art. 6 hat sich das Grundgesetz zu einer Staatsaufgabe bekannt, welche die Naturrechtslehre seit je zu den naturrechtlich geforderten zählt¹⁷⁸.

Ehe und Gleichberechtigung

Die Frage nach der Gleichberechtigung innerhalb der Ehe und Familie bedingt selbstverständlich die *Frage nach der Gleichberechtigung* selbst. Indes haben wir uns dieser Frage bereits genügend gestellt. Es ergab sich: was konkret Gleichberechtigung ist, läßt sich nur erkennen, wenn man erkannt hat, wer die Gleichzuberechtigenden sind, und welches der Ort ist, wo sie sich treffen. In diesem Fall ist der Ort „Ehe und Familie“. So ist von der Gleichberechtigung her auch *nach Ehe und Familie gefragt*. Auch dieser Frage sind wir schon begegnet. Ehe hat sich erwiesen als „einpaarige lebenslange Hausgemeinschaft von Mann und Frau“. Aus dieser Einsicht in die Gleichberechtigung und Ehe ergibt sich ohne weiteres die Möglichkeit einer Gleichberechtigung innerhalb der Ehe. Denn „Einheit zweier Personen im Lebensraum auf Lebenszeit“ läßt sich sehr wohl als „Gemeinschaft Gleichberechtigter“ denken.

Ehe und Entscheidungsrecht

Ist aber mit dieser eben umschriebenen Ehe schon ein vollständiger Ehebegriff gegeben, der alle notwendigen Merkmale enthält, um diese Einheit zweier Personen in Raum und Leben real möglich, das heißt, konkret funktionstüchtig zu machen? Damit ist die Frage nach dem *Entscheidungsrecht in Ehe und Familie* aufgeworfen. Denn bekanntlich wird die Ansicht vertreten, ohne Entscheidungsrecht komme die Ehe konkret nicht aus. Läßt sich also — und das ist unser eigentliches Problem — das Entscheidungsrecht als Möglichkeitsbedingung für die Einheit der Ehe aufweisen, und wenn ja, ist dann noch so etwas wie Gleichberechtigung zwischen den Ehegatten möglich?

¹⁷⁸ Vgl. nur etwa THOMAS VON AQUIN, Suppl. 52. 2. ad 2 und ad 4. Ferner der bemerkenswerte Satz: *determinare qualis debeat esse generationis actus, non pertinet ad unumquemque, sed ad legislatorem, cuius est, ordinare de propagatione filiorum* (de Malo, 15. 2. ad 12). Im übrigen vgl. die Handbücher der Naturrechtslehre; dazu SAVATIER, 60 ff.; UTZ, Formen 80 ff.; KLÜBER in Anm. 139.

Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht

Gewiß werden manche die Gleichzeitigkeitsmöglichkeit von Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht verneinen. Indes warnt uns früher Gesagtes vor Kurzschlüssen. Wenn nämlich Gleichberechtigung wirklich ihren konkreten Sinn erst vom Gleichberechtigungssachverhalt empfängt, dann läßt sich jedenfalls nicht mit Berufung auf Gleichberechtigung definitiv festlegen: *Ehe unter Gleichberechtigung ist Ehe ohne Entscheidungsrecht*. Ebenso wenig ist natürlich umgekehrt etwa aus historischen Vorstellungen heraus *Ehe als Ehe mit Entscheidungsrecht* bestimmbar. Beides wären rein aprioristische Formalkonstruktionen¹⁷⁹. Die Frage Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht läßt sich aber bei der Vieldeutigkeit der Gleichberechtigung und den verschiedensten Verwirklichungsweisen eines Entscheidungsrechtes apriori gar nicht entscheiden.

Vielmehr ist von Mann und Frau her zuerst einmal eine inhaltliche Vorstellung der Gleichberechtigung und ein Anfangsbegriff der Ehe und Familie zu gewinnen, so daß auch das Verhältnis *Ehe und Gleichberechtigung* einsichtig wird. Dann ist vom Begriff der Ehe her der Frage des Entscheidungsrechtes nachzugehen und so das Verhältnis *Ehe und Entscheidungsrecht* zu untersuchen. Erst unter Voraussetzung und als Folge dieser Erkenntnisse läßt sich auch das Verhältnis *Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht* bestimmen.

Apriori aber steht nur, jedoch eindeutig fest: wenn *Ehe weder ohne Gleichberechtigung noch ohne Entscheidungsrecht* möglich ist, dann müssen auch Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht miteinander möglich sein, wobei sie sich dann in der Notwendigkeit ihres Nebeneinanders gegenseitig ihre Eigenart geben: Das Entscheidungsrecht muß durch die Gleichberechtigung von Mann und Frau genormt sein; die Gleichberechtigung in Ehe und Familie ist gerade mit Hilfe des Entscheidungsrechtes sicherzustellen.

Gehört¹⁸⁰ also das *männliche Entscheidungsrecht* in Ehe und Familie

a) nicht bloß zum „Seinen“ des Mannes, weil er zur Leistung des Entscheidens als einer ihm eigentümlichen Möglichkeit, sein Mannsein zu entfalten, ein naturhaftes Bedürfnis besitzt (so wie die Frau ein gleich naturhaftes Bedürfnis besitzt, dieses männliche Entscheiden in

¹⁷⁹ Vgl. Anm. 122.

¹⁸⁰ Damit nehmen wir die alte Frage der Anm. 90 und 100 wieder auf.

einer gerade ihr eigentümlichen Weise entgegenzunehmen, um in der ergänzenden Entgegennahme die Werte ihres Frauseins entfalten zu können);

b) sondern auch *zum „Seinen“ der Ehe und Familie*, weil die Natur (das Gemeinwohl) der Ehe und Familie zur Funktion des Entscheidens als zu einem ihrer Wesenselemente ein ebenso naturhaftes Bedürfnis hat (so wie sie zu der diesen Entscheid korrelativ ergänzenden Funktion der Frau ein naturhaftes Bedürfnis besitzt)?

Läßt sich das beweisen, dann müssen (auch positiv-gesetzliche) Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht miteinander vereinbar sein, weil dann

a) das Entscheiden als *eingeschlechtlich-männliches* Leistungs- und Bedürfnismerkmal (nach allen Gleichberechtigungsdeutungen) einer rechtlichen Sonderregelung *zugänglich* ist;

b) Ehe und Familie, die den Sinngehalt der Gleichberechtigung in Ehe und Familie wesentlich mitbestimmen, diese Entscheidung als Entscheidung des Mannes (und den Ergänzungsbeitrag als Entscheid der Frau) *fordern*.

Ergebnis des ersten Abschnittes

1. Die deutsche Familienrechtsreform bietet dem Naturrechtsdenken eine doppelte Ansatzstelle: die Frage nach Staat und Ehe und nach Ehe und Gleichberechtigung. Wir setzen bei der zweiten an und fragen in Sonderheit nach Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht.

2. Da Gleichberechtigung nominal mehrdeutig, das Entscheidungsrecht in verschiedensten Formen möglich ist, läßt sich diese Frage apriori nicht eindeutig beantworten. Die Antwort ist nur in Verbindung der beiden Begriffe mit dem Wesen der Ehe möglich.

3. Folglich sind einerseits Mann und Frau in Richtung auf Gleichberechtigung und Ehe, anderseits die Ehe in Richtung auf das Entscheidungsrecht zu untersuchen. Diese Untersuchung führt zu den Grundlagen der deutschen Familienrechtsreform.

Zweiter Abschnitt

GRUNDLAGEN

DER DEUTSCHEN FAMILIENRECHTSREFORM

Der dem Gleichbegriff zugrunde liegende Sachverhalt ist der Mensch als Mann und Frau und die Gemeinschaft der Ehe und Familie. Dem Wesen dieser Sachverhalte ist daher der Inhalt des Gleichbegriffes zu entnehmen. In ihnen sind auch die letzten Voraussetzungen der deutschen (wie einer jeden) Familienrechtsreform enthalten. Sie ausführlich auseinander zu legen oder gar einsichtig zu machen, überforderte diese Arbeit bei weitem. Um der grundlegenden Bedeutung willen sei indes auf das Gemeinte, das wir als anderswo einsichtig gemacht voraussetzen, wenigstens in Stichworten hingewiesen.

Da das Anliegen der Gleichberechtigung der Einzelmensch in seinem Gegenüber zum Andern ist, scheint es gut, vom Einzelmenschen her die Gemeinschaft und dann von der Gemeinschaft her den Einzelmenschen zu suchen. So ist 1. vom Menschen als Mann und Frau und 2. von Ehe und Familie als der Gemeinschaft von Mann und Frau zu handeln¹⁸¹.

¹⁸¹ Dabei lassen sich natürlich gewisse Wiederholungen nicht vermeiden, indem der gleiche Verhalt zunächst individual und dann vom Sozialen her aufzuhellen ist. Überdies ist das hier Grundgelegte bei seiner Anwendung auf das ER gelegentlich eingehender zu entfalten.

Erstes Kapitel

DER MENSCH ALS MANN UND FRAU

Wohl sind Mann und Frau wesentlich Mensch; aber der Mensch scheint nicht wesentlich Mann und Frau: aus dem Wesen des Menschseins läßt sich kaum die Doppelform dieses Menschseins als Mann und Frau ableiten. Deshalb ist zuerst von Mann und Frau her das Wesen des Menschen zu erfragen und dann vom Menschen her seine konkrete und kontingente Verwirklichung als Mann und Frau zu ergründen¹⁸².

§ 1. Mann und Frau als Mensch

A. Der Mensch als Person

Der Mensch ist Person. — Als solche ist er Einzelner, der sich in Freiheit und Würde zu entfalten hat. Als *einzelner* ist er anders als alle andern, daher unvertretbar. Als *freier* erfährt er mit unausweichlicher Gewißheit (durch die subjektiv notwendige Einsicht in die objektive Notwendigkeit der Freiheit) seine Freiheit als Anruf und unbedingt verbindlichen Auftrag. Indem er diesen immer schon erfahrenen Anruf und Auftrag er-gründet, erkennt er sich als den, der von einer personalen Letztinstanz angesprochen und beauftragt ist. Derart *gebunden*, aber an seine *Freiheit* gebunden, ist sein Gesetz das Soll

¹⁸² Das Folgende stützt sich vor allem auf K. RAHNER, der in „Würde und Freiheit des Menschen“ wohl den präzisesten Aufriß des heutigen naturrechtlichen Menschenbildes gegeben hat (wenn man von den dort mitentwickelten theologischen Gedanken absieht). Dazu K. RAHNER, Orientierung 55/239. Ferner HIRSCHMANN, Gemeinschaft.

(Sittlichkeit)¹⁸³. Als sittlicher nur nach oben gebunden, ist er gegenüber seinesgleichen frei. So ist er der mit Würde: Würde ist jener, der Person als angesprochenem Geist eigene, unbedingte Anspruch, von allen anderen gleichfalls angesprochenen Personen in sich selbst und in ihrer Entfaltung als freie einzelne beachtet zu werden. Darin liegt die Grundlage der *persönlichen Rechtsgleichheit*. Denn dort, wo Sittlichkeit Recht wird, wird der Würdeanspruch Rechtsanspruch: das jedem zukommende gleiche Recht, sich gemäß der im Gewissen erkannten Notwendigkeit seiner Freiheit zu entfalten.

B. Der Mensch als leibhafte Person

Der Mensch ist *leibhafte Person*. — Als leibhafter hat er sich zu entfalten in einem raum-zeitlichen Außen und Neben und mit Hilfe anderer: als Person *gemeinschafts offen*, ist er als leibhafter *gemeinschafts verwiesen*. Er ist *ens sociale* und steht in Gemeinschaft.

1. Als seinesgleichen sind die Andern ihm gleich: als ihm gleiche sind sie aber selbst wieder Einzelne und damit von ihm durch Ungleichheit verschieden. Die Gleichheit besteht vor allem in der gleichen Würde, das heißt, in der gleichen Unbedingtheit des Auftrages und Anspruches, sich ebenfalls als Einzelne mit ihrem Eigenen, also ihren individuellen Werten, in Freiheit zu entfalten. Zur personalen Entfaltung individueller Werte gehört aber wesentlich, daß sie sich mitteilen. Deshalb „kommt echte Gemeinschaft nicht primär zustande in den Gegenseitigkeiten des Empfangens Bedürftiger, sondern des Schenkens Besitzender. Gerade hierin zeigt sich die *Liebe* als die zugleich elementarste und umfassendste vollendende gesellschaftliche Macht¹⁸⁴“.

2. Die freie Entfaltung der vielen derart auf gegenseitiges Mitteilen angewiesenen Einzelnen hat als immer auch *äußere* Entfaltung in der Enge von Raum und Zeit zu erfolgen. Von dieser ihrer „Äußerung“ her bedarf deshalb die gegenseitig entfaltende Mitteilung der (äußeren) *Koordination*. Diese erfolgt durch das *Recht*. Durch die Sittlichkeit nach oben *genormt*, ist die „Äußerungsfreiheit“ des Men-

¹⁸³ Damit ist die Frage der obligatio gestellt. Dazu bes. BRUGGER und TH. MEYER (Anm. 64); ferner ROHNER, 60. Dazu K. RAHNER, Schriften III/86.

¹⁸⁴ HIRSCHMANN, Gemeinschaft 99.

schen im Nebeneinander des Raumes und im Nacheinander der Zeit (erzwingbar) *gebunden*. Denn nur so ist die Koordination sichergestellt.

Deshalb ist Recht als notwendige Ko-ordination notwendiger menschlicher Ko-operation notwendig Bindung an die Norm der Freiheit. Diese Bindung erfolgt immer im Bezug zur Gemeinschaft, sei es unmittelbar durch die Gemeinschaft selbst und nur mittelbar durch die gemeinschaftstiftende Letztinstanz (*positives Recht*), sei es unmittelbar durch die Letztinstanz selbst (*Naturrecht*)¹⁸⁵:

a) Die Letztinstanz, die dem Menschen seine individuelle und soziale Natur schafft und als Norm seiner Verwirklichung auferlegt, stiftet nämlich, sofern sie ihm gerade die soziale Entfaltung aufträgt, die Gemeinschaft und erweist sich derart als *transzendente Rechtsinstanz*. Denn sie stiftet die menschliche Gemeinschaft so, daß sie die Einzelnen auf einen von allen gemeinsam zu verwirklichenden Wert naturhaft hinordnet und *rechtlich* hinverpflichtet (Gemeinwohl im spezifischen Sinne). Derart wird aber der sittliche Anspruch des Einzelnen, sein transzendent-personales Angesporensein von allen mitangesprochenen Personen beachtet zu erhalten, zum *Rechtsanspruch*: zur sittlichen Befugnis, jene Werte, die der menschlichen Person so wesenseigen sind, daß ihr Selbstentfaltungsauftrag nur durch das Mitentfalten dieser Werte erfüllbar ist, gegenüber jeder andern Person nicht nur zu behaupten, sondern auch *gegen Behinderung durchzusetzen*.

b) Die den Menschen als leibhaft-geistigen schaffende und verpflichtende Letztinstanz ist

aa) also *Rechtsinstanz*, sofern sie die Einzelnen auf das Gemeinwohl hin rechtlich bindet, so daß dieses in jenem Bindungsverhältnis konstituierte Gemeinwohl selber rechtlicher Art ist und wodurch auch der Anspruch des Einzelnen zum Rechtsanspruch wird. Gemeinwohl und Anspruch erweisen aber ihre Rechtsbewandtnis dadurch, daß die Letztinstanz das durch allfällig mißachtete Rechtsansprüche verletzte Gemeinwohl nicht einfach hinterher wieder „in Ordnung

¹⁸⁵ Damit soll gegen jene individualistische Naturrechtsauffassung Stellung bezogen werden, nach der der Einzelne von Geburt auf Rechte gegen die Gesellschaft hat und mit diesem Rechtsanspruch gegen die Gesellschaft in sie hineingeboren wird. In Wahrheit sind die personalen Rechte des Einzelnen gerade auch „gemeinschaftliche Rechte“, insofern sie nämlich im Gemeinwohl selbst schon mitenthalten sind. Dazu treffend: UTZ, Formen, 61ff.; vgl. TH. MEYER, I. Nr. 435; FELLERMEIER (Anm. 146).

bringt“, sondern gerade so in Ordnung bringt, daß sie den *Rechtsverletzter zwingt*, dem in seinem Rechtsanspruch Verletzten Genugtuung zu verschaffen.

bb) aber *transzendente* Rechtsinstanz, sofern sie 1. Gemeinschaft stiftend, nie selber als Glied in die Gemeinschaft eingeht, sondern ihr transzendent gegenübersteht; 2. die verletzten Rechtsansprüche erzwingend, sie nicht unbedingt schon während der zeitlichen Verwirklichung des Gemeinwohls erzwingt, sondern allenfalls auch erst in einem transzendenten Gerichtsvorgang. In diesem Sinne aber gehört es zum Wesen des Rechtes, (unendlich, doch endlich) Recht zu behalten, und ist auch das *Naturrecht* mindestens *transzendent erzwingbar*, also im eigentlichen Sinne Recht.

3. Von dieser transzendenten Rechtsinstanz her ist Gemeinschaft als Koordination freier Entfaltung wesentlich Rechtsgemeinschaft: *ubi societas, ibi ius*. Aufgabe des Rechtes ist es, die ontische und sittliche Ausgangsgleichheit der Person in der *persönlichen Rechtsgleichheit* für das Gemeinschaftsleben sicherzustellen. Dazu hat es jedem einen freien Raum eigener Entfaltung zu überlassen. Da aber der Mensch sich nur entfalten kann, indem er seine Eigenart entfaltet und damit auch sein Unterscheidendes (seine Ungleichheit) mitentfaltet, ist im Recht persönlicher Gleichheit auch das Recht auf persönliche Ungleichheit mitenthaltend: der Anspruch des Einzelnen, auch sein Ungleiches rechtlich geordnet zu erhalten. Hier liegt der Grund für die Rechtmäßigkeit, ja Rechtsnotwendigkeit *rechtlicher Ungleichbehandlung*: um der persönlichen Gleichheit willen muß die persönliche Rechtsgleichheit durch die Rechtsmöglichkeit sachlicher Ungleichbehandlung ergänzt sein. Deshalb hat das Recht 1. den unbedingten Anspruch des Einzelnen auf sein Eigenes und damit auch auf seine Freiheit anzuerkennen, aber ihn 2. so auf den gleich unbedingten Anspruch aller Übrigen auf das je Ihre abzustimmen, daß im Ergebnis alle miteinander das je Gemeinsame und je Eigene in *sozialer Freiheit* verwirklichen können¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Daraus ergibt sich die Unterscheidung des „legitimen und des falschen Sinnes von Rechtsgleichheit aller und der Gleichheit aller vor dem Recht“: „Grundsätzlich kann solche Rechtsgleichheit nur besagen, daß jedem sein Recht gewahrt werden soll, das sich nur in gewissen grundlegenden Momenten, nicht aber in jedem Moment sachlicher Art mit dem Recht jedes andern deckt. Die Tendenz, eine adäquate materiale Rechtsgleichheit aller zu erzielen, käme nur hinaus auf eine Vergewaltigung aller, weil auf eine Störung des jedem Einzelnen zugeordneten, je verschiedenen Freiheitsraumes“ (K. RAHNER, 260).

4. Mit dieser Koordination der sozialen Freiheit als Koordination Vieler im Nebeneinander raum-zeitlicher Enge ist weder eine bestimmte Rechts-, noch gar Staatsform gemeint, sondern einfach auf abstrakter Ebene der notwendige *Wechselbezug* zwischen Leibhaftigkeit, Gesellschaftlichkeit und „Rechtlichkeit“ ausgedrückt: daß nämlich der Mensch als leibhafter wesensnotwendig *ens sociale*, als *ens sociale* aber ebenso notwendig *ens iuridicum* ist. Das will sagen: der Mensch als leibhafte Person kann sich nur verwirklichen, wenn andere sich mit ihm zugleich mitverwirklichen, wobei dieses Zugleich nur möglich und wirksam ist durch eine *Koordination in Raum und Zeit* und wobei diese Koordination auch die Bewandnis des Rechtes hat.

5. *Wie* diese Koordination in Raum und Zeit *konkret* gestaltet sein muß: ob sie in ihrer konkreten Gestalt einfachhin der freien Willensbildung unterliegt oder ob vom Wesen des Menschen als leibhaftem her nicht nur die Koordination als solche gefordert, sondern auch selber mitgestaltet und so in ihrer Grundgestalt vor jeder Willensbildung naturhaft festgelegt ist: dies hängt davon ab, wie die *Leiblichkeit* des Menschen *konkret* gestaltet ist. Denn wenn sich die Notwendigkeit einer Koordination in Raum und Zeit als solche auf die Leibhaftigkeit des Menschen zurückführen läßt, so ist zum mindesten zu vermuten, daß auch ein Zusammenhang bestehe zwischen der konkreten Ausgestaltung der Leibhaftigkeit und der konkreten Gestalt besagter Koordination.

Ergebnis (zu § 1)

1. *Mann und Frau als Mensch sind leibhafte Personen.*

a) Als *Personen* ist ihnen ihr unbedingter Eigenwert zur freien Selbstentfaltung aufgetragen.

b) Als *leibhafte* haben sie diesen Auftrag aber in der Gemeinschaft zu verwirklichen. Sie haben deshalb in ihr einen unbedingten und unbedingt gleichen Anspruch auf ihren zu entfaltenden Eigenwert. Er ist sichergestellt durch das Recht. Es gibt jedem einen Raum freier Entfaltung (*persönliche Rechtsgleichheit*). Er entspricht der sich auch in ungleichen Leistungen und Bedürfnissen „äußernden“ Eigenart (*sachliche Rechtsgleichheit*). Aber so, daß die freie Entfaltung aller möglich bleibt (*Recht als Friedensordnung*).

2. Die *konkrete Gemeinschaftsform* ist aus der konkreten Leibhaftigkeit des Menschen zu entnehmen.

§ 2. Der Mensch als Mann und Frau¹⁸⁷

A. Der Mensch als geschlechtliches Wesen

Als leibhafter ist der Mensch auf Grund vorliegender Tatsächlichkeit notwendig *geschlechtlich*, mit andern Worten: die Leibhaftigkeit des Menschen ist konkret ausgestaltet in eine Geschlechtlichkeit.

1. *in sich* schafft diese Geschlechtlichkeit die wesentliche, naturhafte Ungleichheit der Menschen: eine Ungleichheit, die nicht nur den Einzelnen in seinem ganzen personalen Menschsein zeitlebens mitprägt, sondern auch die gesamte Menschheit zu allen Zeiten in zwei Geschlechter hälftig auseinandergliedert.

2. *von ihrer Zielrichtung her* begründet die Geschlechtlichkeit die konkrete Gemeinschaftlichkeit des Menschen überhaupt. Denn 1. besteht ihr unverkenn- und unverwischbarer Nächstsinn darin, die allgemeine Gesellschaftlichkeit des Menschen konkret zunächst als *leibhafte Zweisamkeit* festzulegen und damit in dieser Intimgemeinschaft die grundlegende Gemeinschaftsform überhaupt zu stiften. Als geschlechtliches Wesen ist der Mensch wesentlich eheliches Wesen: *ens coniugale*; 2. ist diese zweisame Leibgemeinschaft ihrerseits ihrer innern Wesensrichtung nach auf die Verwirklichung der menschlichen Nacheinanderfolge ausgerichtet: die Zweiergemeinschaft des Nebeneinanders geht, leibhaft vollzogen, naturhaft in eine neue konkrete Gemeinschaftsform über: in die *Dreiergemeinschaft des Nacheinanders*¹⁸⁸. Als eheliches Wesen ist der Mensch naturhaft notwendig auch familiales Wesen: *ens familiare*.

3. Die zweisame Dreiergemeinschaft „*Ehe und Familie*“ ist durch keine andere Gemeinschaft ersetzbar: sie ist notwendige konkrete

¹⁸⁷ Hier soll nur das mehr Ontische herausgestellt werden. Zum Phänomenologischen vgl. S. 244 ff. Dieses eigentlich Ontische der Geschlechtlichkeit wie von Mann und Frau ist philosophisch wie theologisch noch weitgehend zu erfragen. Vgl. etwa RÄHNER, Mann 30; RENGSTORF, 34. Dazu HIRSCHMANN, GuL 53/39—43. Eine solche Untersuchung hat davon auszugehen, daß das Mann- und Frausein zwei verschiedene Weisen des Habens der menschlichen Natur bedeutet. Darum genügt nicht, den Geschlechtsunterschied im Bereich der seelischen (sinnlichen und geistigen) Fähigkeiten zu begründen, etwa als Ergänzungseinheit Erkenntnis-Liebe, ermöglicht durch eine besondere *virtus intellectiva* beim Manne und spezifische *virtus affectiva* bei der Frau (vgl. MARC, A.: *Raison philosophique et religion révélée*, Bruges 1955, 200—248 (KERN, Scholastik 57/444); WENDLAND, D.: *Der Mensch — Mann und Frau*, Aschaffenburg 1957).

¹⁸⁸ Vgl. die Zeichnung dieser Zwei-Drei-Dialektik in der Action von M. BLONDEL: „Zwei Wesen sind nur noch eines, und gerade wenn sie eines sind, werden sie drei“ (Logik der Tat, Einsiedeln 1957, 37).

Gemeinschaftsform. Denn die zur Verwirklichung des Menschen wesensnotwendige Koordination in Raum und Zeit ist nur dann vollständig geordnet, wenn Zeit- *und* Raumkoordination sicher gestellt sind:

a) *Raumkoordination* scheint freilich *nicht unbedingt* gerade ein geschlechtsmäßig-leibhaftes Zueinander zu erfordern, als ob die geschlechtsspezifische Leibvermittlung zwischen Mann und Frau sich als unbedingt notwendige Weise menschlichen Nebeneinanders im Raume erweisen ließe. Insofern ist *Ehe* von der Raumkoordination her (noch) nicht als notwendige Gemeinschaftsform erwiesen.

b) *Zeitkoordination* jedoch ist, nachdem der Mensch tatsächlich geschlechtlich erscheint, *nur* über die leibhaft vermittelte Dreiergemeinschaft *möglich*. Denn ohne Weitergabe (als Vermittlung leibhaften Lebens) gibt es nicht einmal gesellschaftliche Zeit (als Geschichte), geschweige denn zeitliche Koordination. Insofern ist *Familie* (und sei es nur als Zeugungsstätte) von der Zeitkoordination her unbedingt notwendig (und in diesem Sinne auch notwendiger als Ehe).

c) Die zeithafte Leibvermittlung als Weitergabe des Lebens an das Kind ist aber ihrerseits *nur möglich* durch die raumhafte Leibvermittlung zwischen Mann und Frau. Insofern also die Leibvermittlung an das Kind notwendig ist, ist auch die Leibvermittlung zwischen Mann und Frau notwendig. Insofern ist Familie schlechthin und deretwillen auch Ehe, und sind damit beide als *zweisame Dreiergemeinschaft* unbedingt notwendig und unersetzbar.

4. Notwendig und unersetzbar, ist diese zweisame Dreiergemeinschaft doch nicht die einzige naturhafte Gemeinschaftsform. Sowohl der Einzelne, der zur Verwirklichung seiner selbst nicht nur des leibhaft Verwandten, sondern auch der Auseinandersetzung mit dem Fremden bedarf, wie auch die Dreiergemeinschaft, die sich selbst nicht genügt, erfordern eine *konkrete übergeordnete Gemeinschaftsform*: den *Staat*, der den Menschen naturhaft zum *ens civile* macht. Damit sind die drei naturhaft notwendigen konkreten Gemeinschaftsformen des Menschen aufgezeigt und der Mensch selber, der als leibhafter einfachhin *ens sociale* ist, als geschlechtlich-leibhafter konkret als *ens coniugale, familiale, civile* aufgewiesen.

5. Diese drei notwendigen naturhaften Gemeinschaftsformen sind auch notwendig in ihrer (mindestens begrifflichen) Verschiedenheit: sie haben einen je eigenen und darum *unvertauschbaren Sinn*. Eine Überbetonung der einen Gemeinschaft gegenüber der andern läuft deshalb notwendig auf eine Unordnung in der sozialen Wirklichkeit des Menschen und seiner Entfaltungsmöglichkeit in ihr hinaus¹⁸⁹. Wirklichkeitsgerechtes und menschenwürdiges Verhalten hat sich immer nach dem *innern Ordnungsverhältnis* dieser Gemeinschaften zu richten:

a) Menschliche Gemeinschaft ist wesentlich Entfaltung des Lebens. Die wesentlichste und grundlegendste Lebensentfaltung ist aber die Weitergabe des Lebens. Deshalb sind Ehe und Familie grundlegender Gemeinschaft als der Staat und ist der Mensch wesenhafter eheliches und familiales Wesen denn Staatsbürger. Weitergabe menschlichen Lebens beruht notwendig auf Leibvermittlung: der unmittelbaren von Mann und Frau an das Kind, der mittelbaren zwischen Mann und Frau selbst. Dabei zielt die mann-frauliche Leibvermittlung wesentlich auf die kindhafte. Deshalb ist *Familie* zielhaft *früher als Ehe*.

b) Vor allem sind *Ehe und Familie* naturhaft *früher als der Staat*. Denn der Staat vermittelt kein Leben, sondern bedarf im Gegenteil

¹⁸⁹ „Es gibt im Grunde nur zwei Sozialgebilde, die sich aus der Angewiesenheit des Menschen auf die Organisation seines innerweltlichen Zusammenlebens mit andern mit Notwendigkeit ergeben: die Organisation der Familie und die des Gemeinwesens. Bei jeder handelt es sich um die menschenwürdige Ordnung der Fortpflanzung des menschlichen Lebens; bei dieser um die Gewährleistung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der menschlichen Personen und Personengruppen in dem gemeinsamen Lebensraum des Volkes“ (HIRSCHMANN, GuL 56/42). Dabei ist aber das erste Sozialgebilde wesentlich zweigliedrig. Die Ehe ist einerseits „familia in potentia“, (damit ist mitgesagt: das Kind ist der naturhafte Erstsinn der Ehe. Zur Kontroverse darüber FUCHS, J.: Sexualethik des hl. Thomas, Köln 1949; PEREGO; BRUNNER, 171. Ehe ist aber andererseits doch wieder von der Familie unterschieden. Sie ist „eine eigenständige Gemeinschaft, die als Verbindung von Mann und Frau ihren Wert in sich trägt“ (MÖRSDORF, StdZ 53/323; vgl. REIDICK, Einleitung) und so als *fraterna societas* und *humanum solatium* Eigenwert hat (vgl. SOLTMANN, 11).

Die Nichtzurückführbarkeit dieser Gemeinschaften aufeinander hervorzuheben, ist umso wichtiger, als heute die Gefahr besonders groß ist, „alle menschlichen Sozialordnungen zu nivellieren“ und „in unzulässiger Weise alle diese Ordnungen auf eine ‚fundamentale‘ zurückzuführen“ (HIRSCHMANN, GuL 56/42). So ist die Pluralität der Gemeinschaften und infolgedessen auch des Rechtes zu betonen (vgl. UTZ, Formen 79ff.) und auch bei der Autorität zwischen der staatlichen und der gesellschaftlichen (deren eine die eheliche und familiäre ist) zu unterscheiden (vgl. FALLER, 13). Namentlich ist nicht zu vergessen „der fundamentale Unterschied zwischen der Struktur der Familie und der Struktur des Staatswesens, der am deutlichsten in Erscheinung tritt, wenn das Staatswesen demokratisch ist“ (v. NELL-BREUNING, 15ff.). Darum ist es rechtsphilosophisch grundfalsch, im Zeichen der Glb von einer „Demokratisierung der Ehe“ zu sprechen (vgl. Anm. 113, S. 216). Vgl. THOMAS VON AQUIN, S. Th. 2/2, 58, 7 ad 2. Dazu DEPLOIGE, vgl. Anm. 371 [S. 315]. Zum Ganzen MESSNER, Archiv.

selbst der Lebensvermittlung: da er selbst kein Leben hervorbringt, wohl aber immer wieder Leben verliert, ist er darauf angewiesen, daß ihm Ehe und Familie ihrerseits immer neues Leben vermitteln. Allein schon seiner selbst willen hat deshalb der Staat *Ehe und Familie* als seine Existenzgrundlage anzuerkennen und zu *schützen*. Daß dabei Art und Weise des Schutzes der Art und Weise des Schutzgutes entsprechen müssen, ergibt sich nicht nur logisch aus dem Begriff des Schutzes, sondern auch real aus der Natur des hier zu schützenden Gutes: wie dem Staate das werdende Leben selbst vorgeht, so auch Ehe und Familie als die Gemeinschaft des werdenden Lebens. Und nur in dem Maß können ihm Ehe und Familie das gewordene Leben, das er nicht hat, aber braucht, weitervermitteln, als er Ehe und Familie als lebensvermittelnde Gemeinschaft und sein Angewiesensein auf ihre Vermittlung und damit die naturhafte Vorgegebenheit der Ehe und Familie anerkennt. Anders entwürdigte er nicht nur den Menschen: er zerstörte sich selbst¹⁹⁰.

6. Das unaufhebbare Ordnungsverhältnis zwischen den drei naturhaften Gemeinschaften zeigt ihren *analogen Charakter*: alle drei erfüllen zwar die Bedingungen, die notwendig sind, damit man von Gemeinschaften sprechen kann. Aber sie erfüllen sie in je verschiedener Weise. Wenn man daher diese Gemeinschaften miteinander in Vergleich bringen will, muß man sich bewußt sein, daß der Vergleich nicht über eine unvollkommene Ähnlichkeit hinausreicht und größere Unähnlichkeit, Ungleichheit und Unvergleichbarkeit unaufhebbar übrig bleibt.

Konkret gesprochen: ein Rückschluß von der konkreten Gestalt staatlicher Gemeinschaft auf die konkrete Gestalt und Gestaltung etwa der Ehe ist nur sehr bedingt und beschränkt möglich: wie man etwa umgekehrt nicht das Ganze des Staates auf die Art der Familie

¹⁹⁰ Hier liegt der eigentliche naturrechtliche Grund des Art. 6 GG. Vgl. HIRSCHMANN: „Die wesentliche Rechtsordnung von Ehe- und Familienleben sind seinshaft früher als der Staat. Darum sind die Möglichkeiten des Staates zur gesetzlichen Regelung in diesem Bereich begrenzt. Ein Teil dieser Rechtsverhältnisse ist im Wesen des Menschen, im Wesen von Mann und Frau, im Wesen von Ehe und Familie begründet“ (HK 53/277 a; vgl. Anm. 139; 174). Der Einzelne wie der Staat ist daran gebunden. „Denn Recht ist schließlich keine subjektive Angelegenheit des menschlichen Bewußtseins („Auffassungssache“), noch eine — wenn es sich um Naturrecht handelt — positive Setzung staatlicher Autorität oder menschlicher Konvention, sondern der Mensch selbst in seiner sozialen Wesenswirklichkeit und objektiven Ordnung; wer sie verkennt, kommt notwendig zu wirklichkeitswidrigem Verhalten; und das zerstört den Menschen“ (HIRSCHMANN, HK 53/279 b).

geordnet denken kann. Diese Eigenständigkeit und das analoge Verhältnis der aufgezeigten naturhaften Gemeinschaften gilt es namentlich zu beachten, wenn man sich überlegt, daß diese Gemeinschaften auch *Rechtsgemeinschaften* sind.

Da nämlich die drei konkreten naturhaften Gemeinschaften nur auf analoge Weise miteinander übereinkommen, steht auch ihre „Rechtsbewandtnis“ in einem analogen Verhältnis. Deshalb wäre es ein Trugschluß, von der Rechtsgestalt der einen Gemeinschaft (des Staates) auf die Rechtsgestaltung der andern (der Ehe und Familie) schließen zu wollen. Vielmehr ist gerade bezüglich des Rechtes daran festzuhalten, *jede dieser Gemeinschaften* hat mit ihrem eigenen Sinn auch ihre eigene Gesetzlichkeit, damit aber auch ihre *eigene Rechtsstruktur*.

B. Der Mensch als Mann und Frau

Als leibhaft-geschlechtlicher ist der Mensch wesentlich *Mann oder Frau*. Haben wir bisher die Folgerungen aus der Geschlechtlichkeit einfach als solcher gezogen, ist nun das eigentliche Mann- und Frausein zur Frage gestellt.

1. Für ein richtiges Verständnis von Mann und Frau ist es wesentlich und entscheidend, daß man die Frage nach Mann und Frau an die richtige Stelle setzt. Sie hat ihren *natürlichen Ort* dort, wo man im Zusammenhang des Wechselbezugs von Leibhaftigkeit und Gemeinschaftlichkeit nach der konkreten Gestalt der Leibhaftigkeit und konkreten Gestaltung der Gemeinschaftlichkeit fragt, also im Zusammenhang mit der Geschlechtlichkeit.

2. Da der Mensch als geschlechtlicher hingeordnet ist auf eine zweiseame Dreiergemeinschaft, als geschlechtlicher aber andererseits ausgeprägt ist im Mann und in der Frau, ergibt sich zwingend: auch das spezifische Mann- und Frausein empfängt von dieser *Hinordnung auf die zweiseame Dreiergemeinschaft* seinen entscheidenden Sinn. Das Mann- und Frausein und die Gemeinschaft von Ehe und Familie stehen deshalb in innerlich notwendigem Wechselbezug: man weiß nur, was Mann und Frau sind, wenn man weiß, was Ehe und Familie sind, wie man umgekehrt nur das Wesen von Ehe und Familie versteht, wenn man um das Wesen von Mann und Frau weiß.

3. Aus dieser Hinordnung auf die konkrete Gemeinschaftlichkeit des Menschen in Ehe und Familie folgt: a) Das Mann- und Frausein ist selber wesentlich gemeinschaftlicher Art. Daher wäre es falsch, das Wesen von Mann und Frau in einseitig individualistischer Sicht aufhellen zu wollen. Als Mann und Frau ist der Mensch nicht in seinem Wesen als Einzelner angesprochen, sondern gerade im Verwiesensein dieses Einzelnen auf die Gemeinschaft. b) Das Mann- und Frausein ist nicht einfachhin gemeinschaftlicher, sondern konkret ehelicher und familialer Art. Deshalb wäre es ebenso falsch, wollte man Mann und Frau zuerst einmal und grundlegend auf staatlich-öffentlicher Ebene einander gegenüberstellen, und nicht in der Intimsphäre von Ehe und Familie. Der Mensch als Mann und Frau ist primär kein *ens civile*, sondern *ens coniugale et familiare*.

4. Die Beachtung des natürlichen Standortes von Mann und Frau ist wiederum von besonderer Wichtigkeit, wenn man Mann und Frau im Umkreis des *Rechtes* behandelt. Wenn das Mann- und Frausein eine naturhaft konkrete Gemeinschaftsform begründet, jede naturhaft konkrete Gemeinschaft aber mit ihrer Eigengesetzlichkeit auch ihre eigene Rechtsgestalt hat, dann ist auch das Mann- und Frausein in einer Rechtsbetrachtung zuerst und grundlegend von ihrer spezifischen Gemeinschaftlichkeit her zu sichten, das heißt, von ihrem Zueinander in Ehe und Familie.

Ergebnis (zu § 2)

1. Der Mensch als geschlechtlich geprägter bedingt die naturhaften Gemeinschaften der Ehe und Familie und — der Natur nach später — des Staates.

2. Der Mensch als Mann und Frau ist auf Ehe und Familie hingeordnet. Deshalb läßt sich das Wesen von Mann und Frau und das Wesen von Ehe und Familie nur aus einem Wechselbezug heraus verstehen.

3. Auch die wesentlichen Rechtsbeziehungen zwischen Mann und Frau sind durch diesen Wechselbezug mitgeprägt.

§ 3. Mann und Frau als gleichberechtigte Menschen

Gleichberechtigung ist die rechtliche Grundformel für die Begegnung von Mann und Frau in Gemeinschaft oder der Inbegriff des Rechtsbezuges von Mann und Frau: Er läßt sich formal und inhaltlich betrachten.

A. Die formale Sicht der Gleichberechtigung¹⁹¹

Wie der allgemeine Gleichheitssatz (als rechtlicher Ausdruck für die Wesenswürde des Menschen als ihm gemeinsam mit andern zu raumzeitlicher Verwirklichung aufgetragene) ist auch der Begriff der Gleichberechtigung als Inbegriff des Rechtsbezuges von Mann und Frau zunächst *formaler* Art: Wie der Gleichheitssatz allen Menschen den gleich unbedingten Anspruch auf ihre gesamt menschlichen Eigenwerte gibt, so erkennt der Gleichberechtigungssatz Mann und Frau den je gleich unbedingten Anspruch zu, gerade ihr Mann- oder Frausein zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit mit in Einsatz zu bringen. Insofern bedeutet Gleichberechtigung *in recto* die Gleichwertigkeit des Mann- und Frauseins. Da aber das Mann- und Frausein sich

¹⁹¹ Es ist also zu unterscheiden zwischen der formalen Sicht der Glb und der formalen Deutung der Glb. Bei der formalen Sicht wird die Glb unter Absehung ihres Inhalts einzig nach ihrem Formalaspekt betrachtet. Bei der formalen Deutung wird der Inhalt der Glb formal gedeutet, insofern das Formalprinzip gleicher Unbedingtheit als Materialprinzip genommen und so als Anspruch auf unbedingte Gleichheit (und zwar als Inhaltsgleichheit) verstanden wird. Zur formalen Sicht der Glb vgl. SCHNEIDER: Der Glbssatz ist „zunächst rein formaler Natur. Er besagt nicht, welche Rechte der Mann und welche Rechte die Frau hat, sondern lediglich, daß beide gleiche Rechte haben sollen. Aber selbst in dieser formalen Bedeutung bleibt der Satz noch ganz unbestimmt, denn er bedeutet ja zweifellos nicht, daß Mann und Frau in jeder Beziehung gleichberechtigt behandelt werden müssen. Eine rechtliche Differenzierung wird ... nach wie vor möglich sein. Der Gleichheitsgrundsatz sagt bekanntlich nicht nur, daß Gleiches gleich gewertet, sondern auch, daß Ungleiches ungleich behandelt werden muß. Wo also eine rechtliche Differenzierung zwischen Mann und Frau sachgemäß (gerecht) erscheint, wird sie auch künftig noch zulässig und notwendig sein. Der Satz von der Glb enthält also zunächst nicht mehr als eine allgemeine Maxime, die noch der Präzisierung bedarf“ (NJW 53/890). Wegen dieser inhaltlichen Unbestimmtheit ist darum „die Auslegung des Glbsartikels außerordentlich schwierig. Bei dieser Unbestimmtheit liegt nämlich die Gefahr nahe, daß aus dem Ausdruck „gleichberechtigt“ alle irgendwie möglichen Konsequenzen gezogen werden, die in ihrer Wirkung zu einer Zerstörung der Ehe führen könnten. Demgegenüber wird man auf kirchlicher Seite daran festhalten müssen, daß die Auslegung des Wortes „gleichberechtigt“ durch die Aufrechterhaltung der Institution der Ehe begrenzt ist. „Glb“ wird also nur das bezeichnen können, was unter Voraussetzung der Aufrechterhaltung der Ehe in einer Ehe als Glb möglich ist“ (SCHUMANN, Informationsblatt 52/89 b). Ähnlich unterscheidet auch DÜRIG zwischen formaler Wirksamkeit und materieller Bedeutung der Glb (54/2a; 3b).

gerade durch seine geschlechtsspezifische Andersartigkeit voneinander abhebt, weist die Gleichberechtigung *in obliquo* auch auf diese eigentümliche Andersartigkeit des Mann- und Frauseins hin.

Ergebnis

1. Gleichberechtigung formal (in Absehung des Inhalts) als Anspruch gesehen, schließt die Andersartigkeit der Geschlechter nicht aus, sondern ein und fordert sie.

2. Wie bietet sich die formal eingeschlossene Andersartigkeit der Geschlechter im Inhalt der Gleichberechtigung dar?

B. Die inhaltliche Sicht der Gleichberechtigung

Meint Gleichberechtigung formal die für Mann und Frau gleiche Unbedingtheit ihres Anspruchs auf gleiche Anerkennung ihrer geschlechtlichen Eigenwerte, so ist das, worauf sich der Anspruch richtet, oder der Inhalt des Anspruchs, aus dem zu entnehmen, was Mann und Frau sind. Mann und Frau sind aber Menschen und sind gerade Mann oder Frau. Dadurch erhält auch der Gleichberechtigungsinhalt ein unaufhebbares Doppelement. Dabei ist zu fragen, ob beide Elemente in jeder Gemeinschaftsbegegnung von Mann und Frau gleicherweise bedeutsam werden.

I. Die verschiedenen Gleichberechtigungselemente

a) Die Gleichberechtigung von *Mann und Frau als Mensch*. — Schlechthin grundlegend, bedeutet sie: angesichts der unbedingten Gültigkeit menschlicher Würde ist der Geschlechtsunterschied *gleichgültig* (belanglos). Insofern kann man in dieser letzten menschlichen Gleichheit die geschlechtsmäßige Ungleichheit als unerheblich ausklammern¹⁹².

b) Die Gleichberechtigung von *Mann und Frau als Mann und Frau*. — Insofern Mann und Frau ihr Menschsein schlechthin nicht entfalten können, es sei denn sie entfalteten es je durch ihr Mann- und Frausein,

¹⁹² Vgl. RAHNER, Mann 29.

gehören das Mann- und Frausein mit zu jenen Werten, die dem Menschen so wesenseigen sind, daß er ein eigentliches Recht besitzt, sie zu entfalten und die Entfaltungsmöglichkeit von allen andern auch durchsetzungsmäßig gewährleistet zu erhalten¹⁹³. Insofern aber Mann und Frau ihr Mann- oder Frausein gerade durch dessen Mitteilung an die Andersartigkeit des andern Geschlechtes zu entfalten haben, liegt im Anspruch geschlechtseigenartiger Selbstentfaltung auch schon der Anspruch auf die Andersartigkeit des Gegengeschlechtes beschlossen.

In dieser Sicht ist das Mann- und Frausein keineswegs gleichgültig, vielmehr gleich-*gültig* (gleichwertig), insofern es nämlich in seiner unverwischbaren und daher nicht (nicht einmal versuchsweise) zu verwischenden Ungleichheit als je gleiche Entfaltungsmöglichkeit menschlicher Werte zu gelten hat. *Gleichberechtigung* ist mithin nicht Einebnung, sondern Schutz und Erhaltung der geschlechtlichen Andersartigkeit. Indem sie Mann und Frau ein Recht auf ihr Eigensein gibt, gibt sie, weil das geschlechtliche Eigensein in seinem Anderssein ergänzendes Zueinandersein ist, ihnen auch je ein *Recht auf den andern als andern*. Aus einer tief genug verstandenen Gleichberechtigung und als ihre eigentliche Verwirklichung müßten sich daher auch Maßnahmen begründen lassen, die eine Kulturentwicklung weibischer Männer und vermännlichter Frauen zu verhindern suchten.

II. Die Zuordnung der Gleichberechtigungselemente

Die personale Gleichberechtigung von Mann und Frau als Mensch ist, als ergänzte Einheit, das Ziel; die Gleichberechtigung von Mann und Frau als Mann und Frau ist, als ergänzungsbefähigende Verschiedenheit, notwendiges Mittel dazu. Deshalb läuft jede Leugnung des einen oder andern Gleichberechtigungselementes notwendig auf die Leugnung der Gleichberechtigung von Mann und Frau überhaupt hinaus und damit des Menschen als Mann und Frau¹⁹⁴:

¹⁹³ Vgl. S. 117; 230; 303; 305.

¹⁹⁴ Über den Menschen als „zweigeschlechtliche Relationsgröße“, worin Mann und Frau „grundsätzlich und strukturell gleichwertig, so sehr sie verschiedenartig sind“ vgl. etwa JAKOBS: „Nur aus dem Grunde dieser Gleichwertigkeit und Verschiedenartigkeit kann es zur Gemeinschaft kommen, namentlich zur geschlechtlichen Gemeinschaft. Und auf dieser Gemeinschaft baut sich alle andere innerweltliche Gemeinschaft auf. Sie wird schon rein biologisch nur von hier her möglich. Jede Art von Frauen- und Männerremanzipation befindet sich von vornherein auf einem

a) Wer die Ergänzung „als Menschen“ leugnet, kann die geschlechtliche Ungleichheit nicht mehr aus dem sie einigenden Grund sehen. Die Geschlechtseigenart wird bezugsloses *Auseinander* und zur Manifestation der Geschlechtseitelkeit in der Geschlechtsherrschaft.

b) Wer das reduplikative „als Mann und Frau“ bestreitet, bestreitet, daß geschlechtliche Einheit durch inneres *Zueinander* aufgebaute Ergänzungseinheit ist, leugnet somit die gegenseitige Ergänzungsfähigkeit und macht aus Mann und Frau entweder das uniformierte Kollektiv von Genosse und Genossin mit der Bluse gleicher Parteilichkeit, oder er kreiert den Zivilisten als solchen.

III. Die verschiedene Bedeutsamkeit der Gleichberechtigungselemente

Ist Gleichberechtigung von Mann und Frau derart immer mit beiden Gleichberechtigungsreduplikationen zu denken, so steht doch der Stellenwert beider *nicht* in einem für jede Gemeinschaft *gleichen Verhältnis* fest. Denn Mann und Frau begegnen sich wohl immer als Menschen, aber nicht immer in gleich unmittelbarer Weise gerade als Mann und Frau. Deshalb muß zwar in jeder Gemeinschaft, wo immer Mann und Frau sich begegnen, ihre menschliche Gleichberechtigung, kann aber nicht in jeder Gemeinschaft jene Gleichberechtigung, die Mann und Frau zur gleichen Entfaltung gerade ihres spezifischen Mann- und Frauseins berechtigt, verwirklicht sein. Daraus folgt:

a) Indem sich die Gleichberechtigung derart über alle Lebensbereiche erstrecken muß, muß sie auch teilhaben an der relativen Eigenständigkeit und an der analogen Rechtsstruktur dieser Lebenskreise und wird selber zum *analogen Begriff*. Das heißt: *Gleichberechtigung bekommt einen je andern Sinn und Inhalt, je nach der Gemeinschaft, in der sich Mann und Frau als gleichberechtigte begegnen*. Was auf staatlicher Ebene Gleichberechtigung ist, braucht deshalb noch lange nicht

unhumanen Weg!“ (IF, Feb. 55/8a). Darum geht es um das „Erkennen der völligen Andersartigkeit der Frau und der Hinwegführung der Frau von weiblichen Vorbildern, die eher männlichen Karrikaturen gleichen als natürlichen Frauen und Müttern. Es darf nicht übersehen werden, daß jede Kultur auf der unterschiedlich sozialen Differenzierung der Geschlechter aufgebaut ist. Die Glb der Frau ist in dem Sinne zu realisieren, daß sie in ihrer Geschlechtlichkeit als eigenständige Persönlichkeit ebenso anerkannt, dazu erzogen und in ihr für voll genommen wird wie der Mann“ (P. HESSE, in der Besprechung von SALLER, K.: Zivilisation und Sexualität, Stuttgart 1956, in: Deutsche Literaturzeitung 57/333).

Gleichberechtigung in Ehe und Familie zu sein¹⁹⁵. Denn Mann und Frau müssen ihr gleichberechtigtes Mann- und Frausein anders einsetzen in der Ehe, anders in der Familie, anders im Staat. Darum käme ein univoker, ein „gleichgeschalteter“ Gleichberechtigungsbegriff für alle drei Lebenskreise auf eine Vergewaltigung des Menschen als Mann und Frau, und auf eine Entwürdigung des Menschen überhaupt heraus: er höbe den Entfaltungsraum ihrer Freiheit weitgehend auf. So widerspräche er ihrer Gleichheit als Personen.

b) Das Maß des geschlechtsspezifischen Gleichberechtigungselementes wird von der geschlechtsmäßigen Verschiedengeprägtheit der einzelnen Gemeinschaften bestimmt:

aa) Ohne Zweifel begegnen sich im *Staate* Mann und Frau unmittelbarer als Menschen denn als Mann und Frau. Deshalb kann im staatlich-öffentlichen Raum die Gleichberechtigung eher die geschlechtsmäßige Ungleichheit ausklammern und stärker das Element menschlicher Gleichheit betonen.

bb) Ohne Zweifel begegnen sich in *Ehe und Familie* Mann und Frau unmittelbar als Mann und Frau. Insofern hat die Gleichberechtigung in Ehe und Familie gerade das geschlechtseigenartige Element herauszustellen und die menschliche Gleichheit in der geschlechtlichen Andersartigkeit der Entfaltungsweise auszuprägen.

c) Sowenig ein univoker Gleichberechtigungsbegriff möglich ist, ebenso wenig kann man die den einzelnen Gemeinschaftsformen entsprechenden einzelnen Gleichberechtigungsformen *gegeneinander* ausspielen. Etwa die staatlich-öffentliche Gleichberechtigung von Mann und Frau zu einer ehelichen zu machen, hieße, den Bürger die Bürgerin, den Arbeitskollegen die Arbeitskollegin heiraten zu lassen und Ehe als Staatsfamilie oder als Betriebsgemeinschaft abzustempeln¹⁹⁶. Vielmehr hat die eheliche Gleichberechtigung ihren eigenen Sinn: wie Mann und Frau, als primär auf Ehe und Familie hingeeordnet, aus der ehelichen Rechtsgestalt ihr primäres Rechtsverhältnis

¹⁹⁵ „Es ist also ein Nonsens, von der Glb der Ehepartner als Bürger auf die Glb innerhalb der Ehe zu schließen. Diese Frage der Rechtsverteilung innerhalb der Ehe kann einzig von der die Ehe regelnden Rechtsnormen, nämlich dem Gemeinwohl der Ehe abgeklärt werden. Wenn also der Staat in subsidiärer Tat die politische Emanzipation der Frau besorgt, heißt dies noch lange nicht, er habe ein Recht, die Frau als Ehepartnerin zu ‚emanzipieren‘“ (UTZ, Formen, 82; vgl. H. WEBER, S. 366).

¹⁹⁶ Vgl. KÖNIG, 97; 140; dazu die Partnerschaft in Anm. 146.

erhalten, so erhält auch der Begriff der (ehelichen) Gleichberechtigung aus der naturhaften Rechtsgestalt der Ehe und Familie seinen grundlegenden inhaltlichen Erstsinn. Und ebensowenig es einen naturhaften Widerspruch geben kann im Menschen selbst, der als Mann und Frau eheliches und gleichberechtigtes Wesen ist, ebensowenig zwischen der natürlichen Rechtsgestalt der Ehe und Familie und der Gleichberechtigung von Mann und Frau¹⁹⁷.

Ergebnis (zu § 3)

1. Gleichberechtigung von Mann und Frau ist der rechtliche Ausdruck des Anspruchs von Mann und Frau, die Werte ihres Mann- und Frauseins in allen Belangen des Gemeinschaftslebens als gleiche Möglichkeiten der *Selbstentfaltung* anerkannt zu erhalten:

a) Formal gleicher (gleich unbedingter) Anspruch, ist Gleichberechtigung inhaltlich unter doppelter Reduplikationsmöglichkeit denkbar: als Gleichberechtigung

aa) von Mann und Frau *als Menschen*,

bb) von Mann und Frau *als Mann und Frau*.

b) Dabei gewährleistet erst die spezifische Gleichberechtigung von Mann und Frau als Mann und Frau das Mann- und Frausein als gleiche Möglichkeit, die Werte des eigenen Menschseins zu entfalten.

2. Für diese gleichberechtigungsgewährleistete Selbstentfaltungsmöglichkeit ist vor allem ein Zweifaches bedeutsam:

¹⁹⁷ Hierin liegt der rechtslogische Grund, daß die Glb durch Ehe und Familie nicht „eingeschränkt“ wird. Denn die Glb ist nicht „an sich“ grenzenlos und kann dann (leider) in Ehe und Familie nicht (vollständig) durchgeführt werden. Vielmehr ist „GlB in Ehe und Familie“ begrifflich so festgelegt, daß das Wesen der Ehe und Familie als konstitutives Begriffsmerkmal mit in den Begriff eingeht. Die Einschränkungsauffassung geht wiederum von jener rechtsphilosophisch unhaltbaren Ansicht aus, Mann und Frau brächten „ihre Rechte“ in die Ehe mit, nicht aber, sie erhielten ihre subjektiven Rechte, insofern sie im Gemeinwohl der Ehe bereits enthalten sind. Vgl. Anm. 185. Zur Einschränkungstheorie vgl. Anm. 121; dazu die ähnliche Sprechweise in Anm. 155, 156; 521; (E) S. 414. Ferner ist zu bedenken, daß, wie die Rechtsgestalt der Ehe und Familie, so auch die Glb ihr geschichtlich wandelbares Element enthält, so daß es auch in dieser Hinsicht keinen „gleichgeschalteten“ GlBs-begriff gibt (vgl. Anm. 104). Vgl. BISCHÖFE, 30. Jan. 53, III [IFS 4a] mit Hinweis auf *Casti connubii*.

a) Insofern die Selbstentfaltung des Mann- und Frauseins durch die ergänzende Andersartigkeit des Gegengeschlechtes am entsprechendsten geschieht, enthält die Gleichberechtigung im Anspruch auf geschlechtliche Selbstentfaltung auch einen Anspruch auf die Anerkennung der *Andersartigkeit* von Mann und Frau.

b) Insofern Mann und Frau zu ihrer ergänzenden Selbstentfaltung naturhaft auf Ehe und Familie hingeordnet sind, ist Ehe und Familie nicht nur die grundlegende Gemeinschaftsbegegnung von Mann und Frau, sondern ist auch die Gleichberechtigung von Mann und Frau durch die natürliche *Rechtsgestalt der Ehe und Familie* mitgeprägt, so daß sich diese nicht widersprechen können.

Zweites Kapitel

EHE UND FAMILIE ALS GEMEINSCHAFT

VON MANN UND FRAU

Mann und Frau sind eheliche und familiale Wesen. Ehe und Familie aber sind Gemeinschaftsformen, die mit den übrigen konkreten Gemeinschaften in einem analogen Gemeinschaftsbegriff übereinkommen. Deshalb ist zuerst von der *Gemeinschaft* als solcher und dann von ihrer analogen Verwirklichung in *Ehe und Familie* zu handeln.

§ 1. Die Struktur der Gemeinschaft als solcher

Menschliche Gemeinschaft ist Schnittpunkt der Leibhaftigkeit und Personalität. Als leibhafter ist der Mensch schlechthin auf Gesellung angewiesen: allein erreicht er sein Ziel, die Selbstverwirklichung, nicht. Als Person kann er aber kein Herdentier, muß er Gemeinschaftswesen sein: 1. er hat sich in Gesellung, aber sich selbst als Einzelner zu verwirklichen; 2. seine Selbstverwirklichung ist ihm als Norm seines freien Tuns aufgetragen¹⁹⁸.

So ist menschliche Gemeinschaft Bezugseinheit gemeinsamer leibbedingter Selbstmitteilung und Bedürftigkeit, zur Erreichung des allen eigenen gemeinsamen Zieles, nämlich der aufgetragenen Selbstverwirklichung. Entsprechend lautet die *Wesensfrage der Gemeinschaft* :

¹⁹⁸ Vgl. Anm. 183. Zum Folgenden vor allem UTZ, Die Definition des Sozialen und der Gesellschaft, FZPT 55/401; Die soziale Natur des Menschen, FZPT 56/3; Christlicher Personalismus, Neue Ordnung 54/280. UTZ will vor allem die ontische und die ethische Sicht der Gemeinschaft unterschieden wissen. Zu bedenken: BRUGGER, Das Mitsein, Scholastik 56/375.

wie muß die leibbedingte Bezugseinheit beschaffen sein, damit sie von personal Einzelnen personal vollziehbar ist, und damit deren Selbstverwirklichung herbeiführt? Wie der Mensch ist demnach auch menschliche Gemeinschaft doppelter Bewandtnis: sie ist *ontisch*, insofern sie ist und wirkt; sie ist *ethisch*, insofern dieses Wirken aufgetragen ist.

A. Die ontische Sicht der Gemeinschaft

I. Gemeinschaft statisch als Ganzheit

Mehr *statisch* ist die Gemeinschaft die auf ein Ziel geeinte Vielheit. Als solche ist sie eine vom gemeinsamen Ziel her bestimmte Ordnungs- oder Beziehungseinheit: eine Vieleinheit. Damit ist sie Ganzheit und unterliegt dem allgemeinen ontischen Gesetz der Ganzheit: sie bedarf eines äußern und innern Ganzheitsprinzips. Eines *äußern*, weil Viele als Viele von sich aus nie zur Einheit zusammenkommen. Eines *innern*, weil Viele als Viele, nur von außen zusammengezwungen, ein Konglomerat, keine Ganzheit sind. Das Innenprinzip ist das Formprinzip der Ganzheit. Es stiftet in den Vielen Vieleinheit, indem es die Vielen einander zuordnet. Zuordnung besagt aber: das eine ist des andern *wegen* da, und zwar dadurch, daß es etwas besitzt, was das andere nicht hat, wohl aber braucht. So ist Zuordnung, mithin auch Vieleinheit, unter schlechterdings Gleichgestellten schlechterdings nicht möglich. Vieleinheit fordert ontisch zwingend ein transzendentes und ein inneres Einigungsprinzip und führt dadurch notwendig zur Über- und Unterordnung unter den geeinten Vielen¹⁹⁹.

II. Gemeinschaft dynamisch als Wirkeinheit

Dynamisch ist die Gesellschaft das geeinte und gemeinsame Wirken auf das gemeinsame Ziel hin. Damit stellt sich die Frage nach dem Ziel und der Einung des Wirkens auf das Ziel hin.

1. Das gemeinsame Ziel ist das *Gemeinwohl*. Es ist das, worum willen überhaupt Gemeinschaft ist. Gemeinschaft aber ist der Selbstverwirklichung der Einzelnen wegen, die als endliche Personen sich

¹⁹⁹ Vgl. BRUGGER, phil. Wörterbuch, Art.: Ganzheit; Einheit. Ein inneres Einigungsprinzip ist gefordert, weil sonst die Gemeinschaft als solche nur ein „unum per accidens“ wäre, wodurch die Realität „Gemeinschaft“ nicht hinreichend erfaßt ist. Vgl. BRUGGER, Mitsein 378.

als personal Einzelne verwirklichen müssen, die aber als leibhafte sich nicht allein als Einzelne verwirklichen können. Folglich ist das Gemeinwohl notwendig auf das Wohl jedes Einzelnen bezogen. Folglich schließt das Gemeinwohl notwendig einen Bezug auf das Wohl des Einzelnen ein, also auch zu dessen Selbstverwirklichung und damit zu dessen Eigenem und Ungleichem. Dies kann das Gemeinwohl aber nur dann, wenn es nicht außer und über den Einzelnen ist, an dem diese irgendwie teilhaben, sondern in ihnen selbst als ihre je eigene Perfektion (als das innere Letztziel des Menschen)²⁰⁰.

2. Dieses von jeder Gemeinschaft angezielte Gemeinwohl ist durch gemeinsames Wirken zu verwirklichen. Gemeinschaft ist wesentlich *Wirkeinheit*. So untersteht sie auch dem ontischen Gesetz der Wirkeinheit: der Organisation und Koordination. Wie Ganzheit eines Ganzheitsprinzips bedarf, so Wirkeinheit eines Organisationsprinzips (*Entelechie, natura*): es bestimmt jedem Glied seinen Wirkanteil am zu verwirklichenden Ziel und legt es wirksam darauf fest. So macht es die Operation der einzelnen durch Koordination zur Kooperation.

²⁰⁰ Vgl. UTZ, Formen 62. Hier beginnt die Diskussion um den Begriff des Gemeinwohls und — damit zusammenhängend — des Subsidiaritätsprinzips (vgl. BERTRAMS, W.: *Periodica* 57/3—65; *Orientierung* 57/76—79; *StdZ* (Juli) 57/252—267; DAVID, J.: *Orientierung* 57/13—16. Ferner UTZ, Formen (siehe Bibliographie)). Nach den einen, die mehr an den mittelalterlichen *Ordo*-Gedanken anknüpfen, ist das Gemeinwohl weder ein Kollektiv-, noch ein univoker Allgemeinbegriff, sondern ein analoger Begriff, der als solcher nicht nur das bei allen Begriffsträgern abstrakt Gleiche und Gemeinsame, sondern auch (*actualiter confuse*) ihr Unterscheidendes mitumfaßt. Dabei sind diese Begriffsträger sowohl der Einzelmensch als auch die einzelnen konkreten Gemeinschaften, so daß es im Grunde nur ein Gemeinwohl gibt, das seinerseits das Eigenwohl einer jeden Gemeinschaft in deren Eigenheit, als auch das darin selbst wieder auf je eigene Weise enthaltene Einzelwohl der betreffenden Gemeinschaftsglieder enthält (vgl. UTZ, Formen 79). Der Gedankengang geht hier aus von Gott als dem *bonum commune externum* (*transcendens*) aller Geschöpfe über die *gloria Dei formalis* der Geistgeschöpfe, die sowohl *bonum commune internum* (*immanens*) wie *finis ultimus internus* der Schöpfung ist und zugleich die *ultima perfectio interna* eines jeden einzelnen Geistgeschöpfes ausmacht, damit also gerade dessen *bonum proprium* einschließt. So ist die *gloria Dei formalis* jener zentrale Wert, der — Gemeinwohl und Einzelwohl zugleich — der Unterschiedenheit von „Gemeinwohl“ und „Privatwohl“ noch vorausliegt, diese beiden aber in ihrer Werthaftigkeit begründet und in ihrer inneren Bezogenheit normiert (dazu vor allem VERPAALLEN). Die andere Richtung, mehr von SUAREZ herkommend und durch die Auseinandersetzung mit dem Staatsabsolutismus wie dem Liberalismus geprägt, geht aus vom Einzelmenschen mit der unverletzlichen Einmaligkeit seiner Personwürde und der ebenso wesentlichen (letztlich in der Endlichkeit seiner Person gründenden) Soziabilität seiner Natur und stößt von hier aus zur Gemeinschaft vor. Ihr eigentliches Anliegen ist, die Substantialität des Einzelmenschen gegenüber dem bloß akzidentalen Sein der Gemeinschaft (als Vieleinheit und damit ontisch als *Ordo*, also als Akzidenz) zu wahren. Hier wäre wohl das „Mitsein“ BRUGGERS in die Diskussion miteinzubeziehen. Zum Ganzen UTZ, I/25 ff.

Als Koordination Selbständiger unterliegt aber die gemeinschaftliche nicht der Naturnotwendigkeit. Die Verwirklichung des Gemeinwohls ist kein naturgesetzlicher Ablauf. Sie ist vielmehr nur Koordination, welche die personal innere Willensfreiheit und die darin gründende äußere Handlungsfreiheit der Koordinierten einschließt. Von daher bietet die menschliche Wirkeinheit einen mehr individualen und mehr sozialen Aspekt:

a) *Verwirklichung des Gemeinwohls als Selbst-verwirklichung.* — Insofern das *Gemeinwohl* sich unmittelbar auf die Selbstverwirklichung des Einzelnen bezieht, kann es nicht durch gemeinsames Wirken geschaffen werden, sondern hat es jeder in seinem *freien Willensentscheid* je unvertretbar, letztlich durch andere auch nicht verhinderbar zu wirken. Soweit kann das unmittelbare Ziel der Gemeinschaft als Ziel gemeinschaftlicher Wirkeinheit nie das personale Gemeinwohl sein.

b) *Verwirklichung der Gemeinwohlmittle als gesellschaftliche Verwirklichung.* — Ist das letzte Gemeinwohl auch immer durch den Einzelnen selbst zu wirken, so ist doch die Gemeinschaft daran keineswegs unbeteiligt: sie schafft hierfür die Bedingungen, die insofern äußere sind, als sie mit der *freien* (leibhaften) *Äußerungsmöglichkeit* des Menschen zusammenhängen. Der Inbegriff dieser äußeren Bedingungen ist die *Gemeinwohlmittle*²⁰¹: jener durch äußeres Gemeinschaften zu wirkende gesellschaftliche Zustand, in der die personalen Einzelnen am besten sich selbst (und damit eben auch das eigentliche personale Gemeinwohl) verwirklichen können. Sie umfaßt zwar auch das *Gemeingut* (öffentliche Einrichtungen). Aber sie ist wesentlich *äußere Ordnung* menschlichen Zusammenlebens, und zwar

aa) *situationsbezogene.* — Sie ist auf den steten Wechsel im Ablauf und Aufbau des gesellschaftlichen Lebens gerichtet, und so als Ordnung des Wechsels selber wechselnde (das heißt, dem Wechsel anzupassende) Ordnung.

bb) *positiv zu schaffende.* — Nicht nur als stets neu anzupassende ist sie stets neu zu schaffen. Sie ist positiv zu schaffen, vor allem weil sie Ordnung von Menschen ist. Es ist ja dem Menschen eigen, zumal in praktischen Dingen verschieden zu denken, also auch über die

²⁰¹ Der Ausdruck stammt von UTZ; vgl. Formen 61; 73; 123. Er ist auch mit „das Sozialgerechte“ umschreibbar, insofern nämlich die Gemeinwohlmittle des Formalobjekt der sog. Sozialgerechtigkeit ist. Vgl. UTZ, I/177.

Anpassung und gerade über die Anpassung der Ordnung an den Wechsel²⁰². Da aber verschiedene Meinungen über eine Ordnung gerade noch nicht die erwünschte und notwendige Ordnung selber sind, ist gegenüber der Vielheit der vermeintlichen Ordnungen eine als die tatsächlich gemeinsam zu wirkende positiv festzusetzen.

cc) *gegen geäußerten Wissenswiderstand durchzusetzen*. — Meinungsverschiedenheiten können zu Willensverschiedenheiten führen. Dann kann der Unwillige in seiner Freiheit sich gegen die zu setzende Ordnung sperren, gegen die gesetzte verstoßen. So ist die (verstandesmäßig) festgesetzte Ordnung des Wechsels nicht nur in einer physisch widerständigen Welt ins Werk zu setzen, sondern allenfalls auch gegen sich physisch äußernden Willenswiderstand durchzusetzen²⁰³.

dd) *gemeinwohlgerichtete*. — Ordnung des Wechsels ist nur möglich durch ein dem Wechsel über-geordnetes Richtmaß. Dieses Richtmaß, das die im Hinblick auf die wechselnde Situation wechselnde Ordnung normiert, ist das Gemeinwohl. Insofern dieses ein absoluter und absolut verbindlicher Wert ist, unterliegt die Gemeinwohlmitte zwar dem Wechsel, ist sie aber alles andere denn ein „situationsethisches“ Gedankengebilde.

²⁰² Vgl. etwa THOMAS VON AQUIN, S. Th. 1/2, 91. 4; UTZ, I/257.

²⁰³ Damit ist erst auf das Ontische an der Durchsetzung hingewiesen, auf Grund dessen sie sich noch nicht vom rein physischen Zwang unterscheidet. Menschenwürdig (und überhaupt erst so [menschlich]möglich) ist aber eine solche äußere Erzwingung nur als Reaktion auf eine immer schon bestehende, aber hier und jetzt mißachtete innere Bindung. Insofern setzt die Erzwingung die sittliche Bindung voraus. Diese ist darum im Folgenden aufzuzeigen. Grundlegend sagt HIRSCHMANN: „Gewiß besteht Recht nicht in Erzwingbarkeit, also in einer Beziehung zur Gewalt, hat aber eine solche zur Folge. Der Grund dafür liegt in der leibseelischen Struktur des menschlichen Wesens. Was der menschlichen Person auf Grund dieser Struktur „zukommt“ und als das „Ihre“ durch die Rechtsordnung gewährleistet wird oder gewährleistet werden soll, hat eine Verbindlichkeit in sich, die nicht rein geistiger Natur ist, die sich vielmehr auch als „äußere Macht“ manifestiert. Diese „Macht“ des Rechtes ist darum nicht einfach physische Gewalt; sie ist als sittlich begründete Macht zur Verwirklichung des Guten im menschlichen Zusammenleben zugleich die Möglichkeit, den geäußerten Widerspruch eines menschlichen Willens gegen die Rechtsordnung in zwingendem, Gewalt anwendenden Eingriff in den Bereich der Güter und der Freiheit der betreffenden Person zu brechen und damit die Hoheit, Macht und Unantastbarkeit des Rechtes sichtbar zu machen. Das ist grundsätzlich in dreifacher Weise möglich: 1. In der gewaltsamen Durchsetzung eines Rechtes, wenn sich der zur freien Verwirklichung oder Anerkennung des Rechts berufene Wille eines Menschen ihr widersetzt. 2. In der Weise der Verteidigung eines ungerecht angegriffenen Rechtes. 3. In der Weise der Strafe für die Verletzung der sittlichen Ordnung, wenn die Organisation menschenwürdigen Zusammenlebens solche Ahndung notwendig macht. In all diesen Formen privater oder öffentlicher Gewaltanwendung handelt es sich um die Verwirklichung der Tugend der Gerechtigkeit“ (wobei allerdings in bestimmten Umständen die Gerechtigkeit, Klugheit oder Liebe den Verzicht auf die Durchsetzung fordert) (GuL 57/180f.).

3. Ist derart Gemeinschaft auf ein letztes personales Gemeinwohl und auf eine vorgängig dazu zu schaffende Gemeinwohlmittle bezogen, so ist sie Wirkeinheit nur im Maße, als der freie Wille der Einzelnen auf das Gemeinwohl und das ebenfalls freie Schaffen der Einzelnen auf die Gemeinwohlmittle hin geeint, also irgendwie *gebunden* wird, so daß in dieser Bindung aller Gemeinwohl und Gemeinwohlmittle wirklich *Gemeinwohl* und *Gemeinwohlmittle* sind. Angesichts menschlicher Freiheit hat aber diese Bindung *ethische* Bindung zu sein.

B. Die ethische Sicht der Gemeinschaft

Gemeinschaft besagt: mehrere sind auf ein und denselben Wert hin gebunden, insofern er ihnen zur gemeinsamen Verwirklichung aufgetragen ist und dadurch wirklich zum gemeinsamen Wert (dem Gemeinwohl) wird. Gemeinschaft ist mithin notwendig Bindung von Freiheit. Bindung schließt aber nicht nur das Gebundensein des Gebundenen ein, sondern setzt auch das Binden des Bindenden voraus, wobei das Binden das Band bewirkt und dieses das Gebundensein. So ist von der gemeinschaftlichen Gebundenheit als der Wirkung zur gemeinschaftlichen Bindungsinstanz als zur Begründung zurückzuschreiten.

I. Die gemeinschaftliche Gebundenheit

In der menschlichen Gemeinschaft ist nicht nur die innere Freiheit des Willens, sondern auch die äußere des Handelns wirksam. Deshalb kommt menschliche Gemeinschaft auch nur durch eine doppelte Bindung zustande: eine grundlegende, ausschließlich sittliche als moralische Bindung des freien Willens und eine darauf gründende als Bindung auch des äußeren Tuns.

1. Die sittliche Bindung zur Gemeinschaft

In der subjektiv notwendigen Einsicht in die objektive Notwendigkeit der Freiheit wird die Freiheit als Auftrag und Verpflichtung zur Selbstentfaltung erfahren. In der weiteren Einsicht, leibhaft-personale Entfaltung sei nur als gemeinschaftliche möglich, wird auch die Verpflichtung zur Gemeinschaft erfahren. So weiß sich der Mensch zur

Gemeinschaft verpflichtet und an sie gebunden: er erkennt sich als den, dem im Auftrag personaler Verwirklichung auch das Mitverwirklichen des Gemeinwohls mitaufgetragen ist. Das Gemeinwohl, aufgetragen als in sozialer Freiheit zu verwirklichen, konstituiert aber die Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft. So erfährt sich der Mensch in seinem *sittlichen* Gebundensein an die Gemeinschaft auch als durch die Gemeinschaft *rechtlich* gebunden.

2. Die rechtliche Bindung in der Gemeinschaft

Menschliche Gemeinschaft ist wesentlich Rechtsgemeinschaft, weil das die vielen Einzelnen zur gemeinschaftlichen Vielheit bindende Band das Recht ist und sein *muß*. Denn der zu gemeinsamer Verwirklichung aufgetragene Wert ist aufgetragen als in der psychologischen Freiheit des Willens und äußern Zusammenarbeitens zu verwirklichen. Deshalb kann der mit dem Auftrag behaftete Wille auch nicht wollen und kann das aufgetragene Tun ungetan bleiben. So wäre die Verwirklichung des gemeinsamen Wertes grundsätzlich vereitelbar, wäre das Einheitsband nicht so, daß es ebenso grundsätzlich, trotz des sich sperrenden Willens und des verweigerten Mitwirkens, das gemeinsame Wirken als gemeinsames ermöglichte. Diese Ermöglichung ist die Erzwingung und mithin das gesellschaftsbindende Band das Recht, dessen Eigentümlichkeit die Erzwingbarkeit ist²⁰⁴. Allerdings geschieht die Erzwingung anders beim Willen im Hinblick auf das Gemeinwohl und anders beim äußern Tun angesichts der Gemeinwohlmitte.

a) Die meta-physische Erzwingbarkeit des Gemeinwohls

Eigentlich personale Werte sind menschlicherseits nicht erzwingbar, denn darin besteht die psychologische Freiheit. Deshalb ist auch das eigentliche Gemeinwohl menschlich nicht zu erzwingen. Wohl aber wird die transzendente Rechtsinstanz den Rechtsbrecher meta-physisch zwingen, vorenthaltene Personwerte, die zur sozialen Entfaltung

²⁰⁴ Vgl. HIRSCHMANN (1. Satz) in Anm. 203. Dazu TH. MEYER, der die Erzwingbarkeit begründet sieht in einer „potestas quasi subsidiaria . . . , officium iuri correspondens etiam coactione, si opus ferit, ad suum realem effectum urgendi“ (I. Nr. 481). Insofern es sich dabei um eine potestas subsidiaria handelt, fällt sie nicht schlechthin mit der Autorität als dem *ius intimationis* (FALLER, 12), d. h. dem Recht, Recht zu setzen, zusammen. Deshalb besteht kein Widerspruch, wenn u. U. Intimations- und Koaktionsgewalt je verschiedene Träger haben (vgl. S. 353).

des Einzelnen wie der Gemeinschaft so wesensnotwendig sind, daß sie einen eigentlichen Rechtsanspruch begründen, dem Eigentümer zurückzuerstatten. Derart sind auch die personalen Werte des Gemeinwohls erzwingbar²⁰⁵. Insofern ist Recht: moralische (willensmäßige) Bindung an die Norm sozialer Freiheit (nämlich an das aufgetragene Gemeinwohl), sofern sie, zwar nicht physisch, wohl aber meta-physisch (transzendent) erzwingbar ist.

b) Die physische Erzwingbarkeit der Gemeinwohlmitte

Äußerem Tun ist es eigen, auch äußerlich und von außen her erzwingbar zu sein. Da aber die Gemeinwohlmitte gerade durch äußeres Tun gemeinsam zu wirken ist, ist auch das Ableisten dieses Tuns als äußeren Vollzugs mindestens grundsätzlich auch von außen her erzwingbar. Läßt sich bei äußerer Machtlosigkeit der Erzwingungsinstanz die Leistung einmal nicht erzwingen und so die Kräftekoordination und das Recht nicht wirksam durchsetzen, bleibt dennoch der Rechtsanspruch auf die Leistung bestehen. Sie wird auf jeden Fall transzendent erzwungen und damit der Rechtsanspruch erfüllt. Bezogen auf die Gemeinwohlmitte ist daher Recht: die grundsätzlich physisch (mindestens aber meta-physisch) erzwingbare Bindung an die Norm der äußeren Handlungsfreiheit (nämlich an die gemeinwohlorientierte Gemeinwohlmitte).

II. Die gemeinschaftliche Bindungsinstanz

Sofern Gemeinschaft ontisch Vieleinheit oder Ganzheit ist, bedarf sie eines Einungs- oder Ganzheitsprinzips. Sofern die Einung aber nicht naturhaft-zwangsläufig, sondern über die sittlich-rechtliche Bindung der Freiheit zu erreichen ist, muß das Einungsprinzip selber sittlich-rechtlicher Art und damit personal-verpflichtende

²⁰⁵ Der klassische Fall ist das natürliche Recht auf die bona fama als die innere (also noch nicht geäußerte) Wertschätzung. Dieser gute Ruf ist ein Wert, den jede Person (nie völlig verlierbar) zu eigen hat, den sie aber gerade im andern zu eigen hat, so daß sie mit einem Teil ihrer selbst (sozusagen als einem sozialen Anfangskapital) immer schon im andern investiert ist und damit zugleich einen Teil des andern (eben dessen gute Meinung über sie) als ihr Eigenes besitzt. Der Grund für dieses Recht liegt darin, daß ohne diesen guten Ruf als Anfangskapital kein Gemeinschaftsleben möglich ist, so daß der Mensch darauf als auf eine Möglichkeitsbedingung des ihm auferlegten Lebens in Gemeinschaft einen eigentlichen Anspruch haben muß. Vgl. LEHMKUHL, A.: *Theologia moralis*, Vol. II, Freiburg i. Br. 1914¹¹, Nr. 1415.

Rechtsinstanz (Rechtsautorität) sein. Wie aber schon ontisch die Ganzheit ein transzendentes und immanentes Ganzheitsprinzip braucht, so braucht auch die menschliche Gemeinschaft als rechtliche Ganzheit eine transzendente und immanente Rechtsinstanz²⁰⁶.

1. Die transzendente Rechtsinstanz

Wer nicht letztlich das Recht untergehen lassen will im Selbstwiderspruch eines Rechtes, das möglicherweise nie Recht erhält, also grundsätzlich Un-recht (nämlich un-erfülltes) Recht bleiben kann, kommt ohne transzendente Rechtsinstanz, die in letzter Instanz jedem sein Recht und so auch dem Recht sein Recht gibt, schlechterdings nicht aus. Von dieser Grundeinsicht her hat man dann jenes die Gemeinschaft ursprünglich begründende Einigungsprinzip als personale Rechtsinstanz zu denken, die sich eben dadurch als solche erweist, daß sie das Gemeinwohl nicht nur inhaltlich (nämlich durch die Natur des Menschen) bestimmt, sondern auch verpflichtend, als in sozialer Freiheit zu verwirklichendes, auferlegt und die Verwirklichung transzendent durchsetzt²⁰⁷.

2. Die immanente Rechtsinstanz

Indem die transzendente Rechtsinstanz den Menschen ein Gemeinwohl auferlegt, konstituiert sie (*necessitate consequentiae*) das innere Ganzheitsprinzip der Gemeinschaft als immanente Rechtsinstanz oder als *gesellschaftliche Autorität*.

Die innergemeinschaftliche, also menschliche Autorität ist für die menschliche Gemeinschaft *notwendig*, weil es bei der menschlichen Gemeinschaft wesentlich um eine im gemeinsamen Tun gemeinsam zu wirkende Ordnung geht und die Ordnung nicht im eigentlichen Sinne eine menschliche wäre, läge nicht (vorgängig zu allem Ausführen der Ordnung) schon das *Ordnen* selbst in der menschlichen Kompetenz²⁰⁸. Dieses Ordnen als Bestimmen und Festsetzen einer

²⁰⁶ Insofern weist das Verhältnis Autorität-Gemeinschaft auf eine umfassendere metaphysische Gesetzmäßigkeit (vgl. S. 133).

²⁰⁷ Vgl. S. 138.

²⁰⁸ Bekanntlich haben diesen Gedanken manche Kirchenväter übersehen und sahen dann die menschliche Gemeinschaft hinreichend durch die transzendente Autorität begründet (vgl. FALLER, op. cit.; UTZ, I/47ff.). In der Tat liegt das rechtsphilosophische Problem weniger im Aufweis, daß überhaupt Autorität und damit jedenfalls ein transzendenter Autoritätsträger gemeinschaftsnotwendig ist. (Vgl. etwa COSTA-ROSSETTI, der meint, „in societate autoritatem Dei haberi,

Ordnung ist denn auch die Wesensfunktion der menschlichen Autorität. Und der Inbegriff dieser sozialen Ordnung, die Gemeinwohlmittle, wird als positiv rechtlich zu setzende zum *Sozialgerechten*. Der sozialgerechten Gemeinwohlmittle wegen notwendig, ist die innergemeinschaftliche Autorität auch von dorthin in ihrer Eigenart, in ihrem Verhältnis zur Gemeinschaft, zu den Gemeinschaftsgliedern und zur Gleichberechtigung dieser Glieder zu sehen.

a) Die Eigenart innergemeinschaftlicher Autorität

Als Gegenstand innergemeinschaftlicher Autorität ist die Gemeinwohlmittle situationsbezogene, positiv (durch)zusetzende und gemeinwohlnormierte äußere Ordnung gemeinschaftlichen Zusammenlebens. Als situationsbezogene Ordnung bedarf sie der Anpassungsinstanz, als positiv zu schaffende der Festsetzungsinstanz, als notfalls zwangshaft durchzusetzende der Durchsetzungsinstanz; als gemeinwohlnormierte macht sie die Bindungsinstanz selber zur gebundenen.

aa) Anpassungsinstanz. — Ohne Zweifel bedarf wechselnde Situation wechselnder Ordnung und damit der Anpassung, wobei das Passende zu finden ist. Dies ist die *Rechtsfindung*. Sie ist zwar für die zu setzende Ordnung notwendig, aber noch insofern vor-rechtlich, als es noch nicht um die positiv-gesetzten Rechte geht, sondern um das erst noch positiv zu setzende Rechte (das seinerseits allerdings bereits naturrechtliche Bewandnis hat). Deshalb obliegt es zwar der innergemeinschaftlichen Autorität als rechtlicher, für die Rechtsfindung zu sorgen. Aber sie braucht diese Rechtsfindung keineswegs selber vorzunehmen, sondern kann ohne weiteres auch das anderswo gefundene Rechte übernehmen.

bb) Festsetzungsinstanz. — Ob der Mensch die Natur der Sache (und das ihr transzendent eingestiftete Recht) erkennen kann oder nicht, tatsächlich werden über die Natur der Sache meistens verschiedene Meinungen bestehen. Theoretisch können diese als nah beieinander wohnende Gedanken nebeneinander bestehen bleiben; praktisch aber läßt sich im Raum der hart sich stoßenden Sachen immer nur eine

evidens est“ und nur noch die Notwendigkeit auch der spezifisch menschlichen Autorität beweist, Phil. moralis, Innsbruck 1886, 413.) Heute ist eher das transzendente Element der Autorität zu betonen: daß menschliche Autorität — auch die in Ehe und Familie — „von oben her“ begründet ist, insofern aber auch „Ausdruck der Autorität schlechthin“ ist (so PICARD [105; 108] für die Autorität des Gatten und Vaters). Vgl. Anm. 234.

dieser Meinungen ausführen. Denn dem Menschen ist wohl die *possibilitas simultanea*, nicht aber die *possibilitas simultaneitatis* gegeben. Deshalb muß, ehe ein gemeinsames Tun überhaupt möglich wird, auf jeden Fall die *Willensverschiedenheit* über das *praktische Vorgehen* überwunden sein.

Aus der Natur dieses Sachverhaltes, nämlich der Möglichkeit entgegengesetzter Meinungen bei der Unmöglichkeit, Entgegengesetztes gleichzeitig zu tun, und bei der allfälligen Notwendigkeit, überhaupt etwas zu tun, folgt: es muß jemanden geben, der ungeachtet der Meinungsverschiedenheiten jedenfalls die Willensverschiedenheit überwindet, indem er die zuvor gegensätzlichen Willen auf eine Ordnung, die hier und jetzt gemeinsam zu wirken ist, festlegt. Diese willensbindende Festsetzung einer gemeinsam zu verwirklichenden Ordnung ist die Wesensfunktion innergemeinschaftlicher Autorität.

cc) *Durchsetzungsinstanz*. — Da die Gemeinwohlmitte als verwirklichte und so existenzielle Friedensordnung das Gemeinwerk *aller* ist, hat die Rechtsinstanz sie nicht unbedingt auch selber auszuführen²⁰⁹. Weil die Gemeinwohlmitte jedoch nicht nur *mit* vereinten psychisch-physischen Kräften, sondern unter Umständen auch *gegen* solche (nämlich des Zuwiderhandelnden) zu verwirklichen ist, muß die Festsetzungsinstanz zugleich auch Durchsetzungsinstanz, das heißt Erzwingungsinstanz sein, die als solche auch den Gemeinschaftswidrigen zur Gemeinschaftsordnung zwingt und gegebenenfalls bestraft²¹⁰.

dd) *Gebundene Bindungsinstanz*. — Insofern der positiv zu setzenden Gemeinwohlmitte das personale Gemeinwohl vorgegeben ist, kann die innergemeinschaftliche Autorität die Willen immer nur in Richtung auf das Gemeinwohl binden. Durch die transzendente Rechtsinstanz normativ auferlegt, ist aber dieses Gemeinwohl der immanenten Rechtsinstanz *autoritativ* vorgegeben, so daß sie selber rechtlich an dieses Gemeinwohl gebunden ist.

²⁰⁹ Vgl. S. 219; 292; 329; 333.

²¹⁰ „Gewiß greift dieser Zwang in die Güter der menschlichen Person ein; aber nicht jeder Eingriff in diesen Güterbereich ist auch ein Eingriff in den Rechtsbereich. Wer eine strafbare Handlung setzt, verwirkt die Unantastbarkeit seiner Güter; und wer sich der Verwirklichung des Rechtes widersetzt, hat sich selbst den Schaden zuzuschreiben, der die dann gewaltsame Durchsetzung dieses Rechtes ihm zufügt: diesen Schaden kann der mit der Rechtsdurchsetzung Beauftragte oder zu ihr Berechtigte in Kauf nehmen, um der sittlichen Ordnung willen. Das gleiche gilt für den Schaden, den die Ausübung des Notwehrrechtes gegen einen ungerechten Angriff zur Folge hat. Die Verteidigung, die Durchsetzung, die strafrechtliche Aufrechterhaltung der Rechtsordnung kann solche Schäden durchaus verantworten“ (HIRSCHMANN, GuL 57/181).

b) *Autorität und Gemeinschaft*

Dadurch, daß die sozialgerechte Gemeinwohlmitte eine Festsetzungsinstanz, zumal eine selber gemeinwohlgebundene, voraussetzt, wird auch das Verhältnis Autorität—Gemeinschaft bestimmt:

1. Wegen der Notwendigkeit anzupassender und festzusetzender Gemeinwohlmitte für jede Gemeinschaft ist für jede Gemeinschaft *innergemeinschaftliche* Autorität als inneres Formprinzip, also als Konstitutivelement, notwendig. Damit ist gegeben:

a) Jede Gemeinschaft hat nicht nur ihre innergemeinschaftliche, sie hat auch ihre *innergemeinschaftlich begründete* Autorität. Insofern nämlich die Gemeinwohlmitte wesentlich ist für menschliche Gemeinschaft, konnte die transzendente Rechtsinstanz Gemeinschaft nicht stiften, ohne ihr die innergemeinschaftliche Autorität *einzu-stiften*. Jede Gemeinschaftsautorität ist mithin zwar Delegation der Letztautorität, bleibt aber gegenüber andern Gemeinschaftsautoritäten innerhalb des eigenen Gemeinwohls eigen-mächtig.

b) Jeder Gemeinschaft innerlich eigen, ist aber Autorität wie die Gemeinschaft ein analoger Begriff: jede der naturhaften Gemeinschaften hat ihre *eigenartige* Autorität. Die eheliche ist anders als die in der Familie, und beide sind anders als die im Staat. So läßt sich auch nicht von der staatlichen auf die Eigenart der Ehe- und Familienautorität rückschließen.

c) Jede konkrete Gemeinschaft hat ihre *eigene* Autorität. Denn sie hat auch ihre eigene konkrete Gemeinwohlmitte. So können zwar etwa Ehe und Familie in einen Familienverband eingegliedert sein, müssen aber trotzdem ihre eigene Autorität mit eigener Macht-vollkommenheit haben. Sonst hörten sie auf Gemeinschaft zu sein²¹¹.

2. Wegen der Gemeinwohlgebundenheit der Gemeinschaftsautorität besteht in jeder Gemeinschaft neben einem doppelten Bindungsverhältnis auch eine innere Grenze der Autorität:

²¹¹ Hier wären etwa die Verhältnisse in einem (mutterrechtlichen) Klan zu bedenken, wo der Einzel-ehe jede Eigenständigkeit mit Eigenautorität abzugehen scheint (Vgl. Lit. in Anm. 133 [S. 221]). Für unsere Verhältnisse vgl. (E) S. 437 (1 a; b).

aa) *Das doppelte Bindungsverhältnis in der Gemeinschaft*

Die grundlegende Gebundenheit der *Gemeinschaftsautorität* an die das Gemeinwohl bestimmende und auftragende Letztinstanz, als an die, vor der jede Autorität als aufgetragene Delegation stammt. Diese Bindung ist sittlicher und transzendent-rechtlicher Art, ist also *transzendent* erzwingbar.

Die sittlich-rechtliche Bindung der *Glieder* an die Gemeinschaftsautorität und zwar als meta-physisch durch die Letztautorität erzwingbare und als *physisch* durch die Gemeinschaftsautorität selbst zu erzwingende.

bb) *Die innere Grenze der Gemeinschaftsautorität*

Autorität ist (nur) soweit rechtmäßig, als sie begründet ist. Deshalb ist der Grund der Autorität zugleich deren innere Grenze, jenseits der Willkür beginnt. Der Grund innergemeinschaftlicher Autorität ist aber die gemeinwohlgerichtete Gemeinwohlmitte. Mithin kann die Autorität nie das Gemeinwohl selbst, sondern nur die Gemeinwohlmitte, also nur innerhalb und um des Gemeinwohls willen, befehlen, das heißt, eine Anordnung als Recht setzen. Im Maße die von der Rechtsautorität angezielte Gemeinwohlmitte nicht auf das Gemeinwohl hinzuordnen ist, hat die Rechtsbefugnis der Autorität ihre innere (moralische) Berechtigung verloren und ist *nur* organisierter Zwang: *Un-Recht*.

Unrecht befehlend, stellt sich aber die Autorität (genauer: ihr augenblicklicher Verwalter) außerhalb des Gemeinwohls und damit der Gemeinschaft überhaupt: sie ist nicht mehr Gemeinschaftsautorität. Da aber Gemeinschaft ohne solche schlechterdings nicht bestehen kann, heißt dies: indem der bisherige Autoritätsträger die Gemeinschaft verläßt, hat die Letztinstanz eo ipso eine *neue Delegation* vorgenommen, so daß die Autorität nunmehr auf andern Trägern ruht.

Unmittelbar sind dies die einzelnen *Gemeinschaftsglieder*, mittelbar ist es auch der Autoritätsträger einer andern Gemeinschaft, insofern in deren Gemeinwohl das der ersten Gemeinschaft analog mitenthalten ist. In jedem Fall aber gilt: ist keine rechtmäßige Autoritäts-

verwaltung vorhanden, ist die Autorität auf die einzelnen Gemeinschaftspersonen übergegangen, und zwar im Maße als sie Gemeinwohl und Gemeinwohlmitte zu verwirklichen imstande sind.

c) Gemeinschaftsautorität und Gemeinschaftsglied

1. Als *Rechtsfindungsinstanz* hat die Autorität für das Finden des Rechtes zwar zu *sorgen*, kann sich aber, um das Rechte zu finden, an das sachverständige Gemeinschaftsglied wenden (müssen). Rechtsfindung ist nur im letzten Stadium Autoritätsfunktion, nämlich insofern es angesichts mehrerer (gefundener) Möglichkeiten praktischen Vorgehens gilt, gerade über deren praktische Brauchbarkeit (nicht unbedingt theoretische Richtigkeit) zu urteilen.

2. Als *Rechtssetzungsinstanz* setzt die Autorität das (sei es selbst, sei es vom Gemeinschaftsglied) gefundene Rechte als Recht fest. Damit setzt sie eine positive Rechtsordnung. Diese Festsetzung ist das Eigentümliche der Autorität. Das Gemeinschaftsglied als Glied kann kein Recht setzen. Wer darin schon ein Übel sieht, mag dies der menschlichen Natur mit der Kontingenz ihrer personalen Endlichkeit und leibhaften impossibilitas simultaneitatis verübeln. Darüber aber vergißt er: sofern die Verwirklichung als Wirklichkeit gegenüber allen unwirklich bleibenden Möglichkeiten ein überragender Wert ist, ist (mindestens reduktiv) auch die notwendig ein-seitige Festsetzungsfunktion als einzige Möglichkeit gemeinsamer Wertverwirklichung auch für den werthaft, der zwar die Setzung nicht selbst vornehmen kann, wohl aber durch die Setzung seinen Wirkanteil an der gemeinsamen Wertverwirklichung erhält.

3. Als *Durchsetzungsinstanz* geht die Autorität gegen gemeinschaft-vergessene Glieder vor, sei es, daß sie unmittelbar die Gemeinwohlmitte, sei es, daß sie unmittelbar die andern Glieder²¹² bedrohen oder verletzt haben. Die Autorität kann also nur zu der ihr beigegebenen Zwangsgewalt greifen, wenn auf Gliedseite Mißbrauch vorliegt. Anders wird Zwangsdurchsetzung selber Mißbrauch, der die Glieder zu Verteidigern des Gemeinwohls und ihrer darin eingeschlossenen Rechte macht²¹³.

²¹² Vgl. TH. MEYER, I. Nr. 483.

²¹³ Vgl. S. 210.

4. Als *gemeinwohlgebundene Instanz* kann die Autorität als solche nicht gegen die Rechte der Glieder verstoßen, wohl aber der konkrete Amtsverwalter²¹⁴:

a) *Es besteht kein ursprünglicher Gegensatz zwischen der Autorität und den Rechten der Person*

aa) Der *Einzelne* kann sich nie gegenüber dem Gemeinwohl auf sogenannte Individualrechte berufen. Das, worauf er nicht schon auf Grund des Gemeinwohls (das ja sein Eigenes als Eigenes mitenthält) einen Rechtsanspruch hat, kann überhaupt nicht Gegenstand eines solchen sein.

bb) Die *Autorität* hat, sofern ihr Grund und Gegenstand das Gemeinwohl ist, auch die darin enthaltenen Rechte der Person mit zum verbindlich vorgegebenen Gegenstand.

b) *Wohl aber kann in einer konkreten Autoritätsverwaltung der Einzelne nicht zu seinem Recht kommen*

aa) Rechtsphilosophisch liegt dann stets auch eine Verletzung des Gemeinwohls durch den Autoritätsträger vor. Dann aber wird, wie gesagt, der *Einzelne* für seinen Teil auch mit dem Sozialrecht der Autorität belehnt und tritt so gegenüber einer pflichtvergessenen und daher unrechtmäßigen Autoritätsverwaltung als Wahrer, allenfalls als *Wiederhersteller des Gemeinwohls* auf. Somit haben auch die sogenannten Individualrechte, nicht minder als das Sozialrecht der Autorität Grund und (innere!) Grenze im Gemeinwohl²¹⁵.

bb) Es ist also genau zu unterscheiden zwischen der *Autorität als solcher*, die als Sozialrecht gerade die Rechte der Einzelnen sicherzustellen beauftragt ist, und dem *Träger der Autorität*, der gegen diesen Auftrag verstoßen kann, wobei er aber durch den Verstoß seine Autorität an den, gegen den er verstoßen hat, abtritt.

5. *Umschreibung der gemeinschaftlichen Autorität.* — Jene sittliche Befugnis, die im Auftrag der *transzendenten Rechtsinstanz*, nämlich die Selbstentfaltung des Einzelnen gemeinsam im Hinblick auf ein

²¹⁴ „Sofern man den rechtsphilosophischen Gedanken versteht, daß jede rechtliche Organisation einer Gesellschaft — und die in der Natur begründete menschliche Gesellschaft hat rechtliche, nämlich sittlich-rechtliche Bewandnis — ein Gesetz und jedes Gesetz eine Autorität voraussetzt, dann wird man begreifen, daß die Autorität grundsätzlich nicht im Gegensatz stehen kann zu einer gesunden Gesellschaftsauffassung“ (UTZ, I/326).

²¹⁵ Vgl. UTZ, Formen 61 ff.; Anm. 146; 185; 197.

Gemeinwohl zu verwirklichen, *begründet* ist und darin besteht, die Einzelnen um dieses vorbestimmten und aufgetragenen Gemeinwohls willen in ihrem äußeren Tun auf eine durch den transzendent Befugten zu bestimmende *Gemeinwohlmitte* moralisch zu binden und die *Willensbindung* notfalls zwangsmäßig durchzusetzen, wobei in dieser sittlichen, physisch erzwingbaren Bindung die *Gemeinwohlmitte* als *positive Rechtsordnung* gesetzt erscheint.

d) *Gemeinschaftsautorität und Gleichberechtigung der Glieder*

Autorität ist das Rechtsverhältnis *von oben nach unten* : vom Gemeinschaftsganzen zu den Gemeinschaftsgliedern. Gleichberechtigung ist die Rechtsbeziehung der Gemeinschaftsglieder *unter sich*. Das Verhältnis Autorität-Gleichberechtigung ist daher mehr mittelbarer Bewandnis, insofern die Autorität, indem sie den einzelnen Gliedern oder Gliedgruppen ihre Rechte zumißt, auch deren gegenseitige Rechtsstellung bestimmt.

1. Diese gegenseitige Rechtsstellung ist aber bereits in dem der Autorität vorgegebenen Gemeinwohl mitenthalten, insofern es auch die Rechte der Einzelnen, also auch deren Recht auf Gleichheit und Gleichbehandlung mitenthält. So ist der Autorität gerade auch die Gleichberechtigung der Gemeinschaftsglieder zur Verwirklichung mitaufgetragen.

Wer in diesem Aufgetragensein und der darin begründeten Befugnis, Recht zu setzen, allein schon als solchen einen Verstoß gegen die Gleichberechtigung sähe, dem fehlte nicht nur die Einsicht in die innere Möglichkeit von Gleichberechtigung, die immer Gleichberechtigung innerhalb einer Gemeinschaft, also unter Voraussetzung innergemeinschaftlicher Autorität sein muß. Es fehlte ihm das Grundverständnis für das (positive) Recht überhaupt. Wer aber überhaupt einmal die Möglichkeit und Notwendigkeit positiver Rechtsetzungen zugibt, diese aber an einem verbindlich vorgegebenen personalen Gemeinwohl normiert sieht, für den ist *ein Gegensatz zwischen Gleichberechtigung und Autorität als solcher nicht möglich*. Wo tatsächlich ein Widerspruch besteht, besteht er entweder zwischen der Autorität und einer mißverstandenen, weil im Gemeinwohl gar nicht enthaltenen

Gleichberechtigung²¹⁶. Oder er besteht zwischen der im Gemeinwohl eingeschlossenen echten Gleichberechtigung und einer konkreten mißbräuchlichen Autoritätsverwaltung, die sich nicht an das vorgegebene Gemeinwohl hält, damit aber eben ihre Rechtsbefugnis verwirkt und sie an die vom Gemeinwohl her gleichberechtigten Einzelnen abtritt.

2. Ist aber zwischen Gleichberechtigung und Autorität als solcher kein Widerspruch möglich, scheint auch keiner zwischen *Gleichberechtigung* und *Autoritätsträger* als solchem möglich zu sein. Beim Autoritätsträger ist nämlich zu unterscheiden zwischen ihm als Autoritätsträger und als einzelner:

a) Als *Autoritätsträger* hat er gegenüber andern Gemeinschaftsgliedern selbstredend das Recht, zu befehlen, welches die andern Glieder nicht haben. Insofern aber dieser Befehl an das Gemeinwohl gebunden ist und dieses die Gleichberechtigung mit zum bindenden Inhalt hat, ist das Befehlsrecht nichts anderes, als ein notwendiges Mittel zur Verwirklichung der Gleichberechtigung. Also wird man im Gebrauch dieses Mittels keinen Verstoß gegen die Gleichberechtigung sehen dürfen.

b) Als *Einzelner*, das heißt, insofern der Autoritätsinhaber dem andern Einzelnen kontradistinkt gegenübersteht, ist er aber durch seine von ihm als Autoritätsträger erlassenen Befehle genau so gebunden wie jeder andere auch. Wenn nicht, handelt es sich wiederum um mißbräuchliche, weil im Gemeinwohl nicht begründete Autoritätsverwaltung mit ihren rechtsverwirkenden Folgen. Insofern ist also auch der Autoritätsträger gleichverpflichtet und damit auch „nur“ gleich-, nicht „besser“berechtigt.

3. Hier zeigt sich genau der Unterschied zwischen *quantitativem Individualdenken* und *qualitativem Gemeinwohldenken*:

a) Das individualistische Denken wird den Autoritätsträger unmittelbar den andern Einzelnen gegenüberstellen, den ersten mit dem Befehlsrecht, die andern ohne es ausgestattet sehen und nun von Ungleichberechtigung sprechen.

²¹⁶ So wenig die Autorität grundsätzlich im Gegensatz zur gesunden Gesellschaftsauffassung stehen kann (Anm. 214), so sehr kann die Gesellschaftsauffassung selber (zumal über Ehe und Familie) im individualistischen Mißverständnis ungesund sein und dann zu unberechtigten Glbsforderungen gegenüber der Autorität führen. Demgegenüber ist festzuhalten: so wie die personalen Rechte der Frau überhaupt im Gemeinwohl (in unserem Falle: der Ehe und Familie) mitenthalten sind, so auch „ihre Glb“ als der Inbegriff dieser Rechte (vgl. Anm. 386 [S. 319]).

b) Das Gemeinwohldenken wird grundlegend Autoritätsträger und Gemeinschaftsglieder vom Gemeinschaftsganzen her sehen, dann beim Träger Autoritätsfunktion und Stellung als Einzelner unterscheiden. In der gleichen Gemeinwohlverpflichtetheit des Trägers als Trägers wie des Gliedes als Gliedes wird es die grundlegende Gleichberechtigung zwischen Autoritätsträger und Autoritätsuntergebenem verwirklicht sehen. In der Gleichgebundenheit des Trägers als Einzelnem wie des Gliedes als Gliedes an die Verordnungen des Trägers als Trägers wird es die Gleichberechtigung unter den Gemeinschaftsgliedern erfüllt erkennen.

4. Offensichtlich ist das Gesagte, wo der Autoritätsträger durch die Gleichberechtigten *selbst bestimmt* ist. Niemand wird sich neben irgendeinem Mitglied der Regierung, die er mitgewählt hat, und die ihm jetzt Anordnungen erteilt, dabei sich aber genau so selber daran halten muß, nicht gleichberechtigt erachten.

Wesentlich aber ist: diese, unbeschadet der Befehlsbefugnis des einen, bestehende Gleichberechtigung hat ihren *Grund nicht im Gewähltsein* des Autoritätsträgers durch die Gleichberechtigten. Nächstgrund ist vielmehr das Gleichverpflichtetsein des Trägers wie des einzelnen Gliedes an das beiden gemeinsam aufgetragene Gemeinwohl und an die von der Autorität um dieses Gemeinwohls willen erlassenen Verordnungen. Diese doppelte Gleichverpflichtetheit ist aber ihrerseits eben nicht in der Wahl begründet, sondern in dem durch die transzendente Rechtsinstanz allen gleichverpflichtend aufgetragenen Gemeinwohl.

5. *Zur Gleichberechtigung innerhalb einer Gemeinschaft ist also nicht freie Wählbarkeit des Autoritätsträgers erfordert.* Sie ist also nicht nur dort möglich, wo die aufgetragene Selbstentfaltung des Einzelnen nur den Zusammenschluß als solchen erfordert, nicht aber auch schon die Art dieses Zusammenschlusses festlegt, so daß die besondere Art, mithin auch Autoritätsform und Autoritätsträger, der freien Willensbindung unterliegen.

Gleichberechtigung muß auch dort möglich sein, wo sich erweisen sollte: nicht nur die Notwendigkeit der innergemeinschaftlichen Autorität überhaupt, auch deren Träger ist schon naturhaft, das heißt, durch das vorgegebene Gemeinwohl der betreffenden naturhaft notwendigen Gemeinschaft bestimmt.

Ergebnis (zu § 1)

1. Als Viel- und Wirkeinheit bedarf die Gemeinschaft eines innern Einungsprinzips. Insofern das Gemeinschaftsziel zur freien Verwirklichung aufgetragen ist, muß dieses Einungsprinzip rechtlicher Art sein: *gemeinschaftliche Autorität*.

2. Grund und Grenze dieser Autorität ist das inhaltlich vorbestimmte und formal aufgetragene *Gemeinwohl*, das die Einzelvollkommenheit aller Einzelnen in sich enthält, so daß die Rechte der Person auf ihr Eigenes verpflichtender Inhalt der Autorität sind; bei ihrer Nichtbeachtung verlieren die Anordnungen der Autorität ihre bindende Kraft, und wird kraft des verletzten Gemeinwohls der Einzelne Sachwalter seiner im Gemeinwohl enthaltenen Rechte.

3. Insofern der Autoritätsträger in der Autoritätsverwaltung genau so auf das vorgegebene Gemeinwohl verpflichtet ist wie jeder Einzelne und selbst an seine Anordnungen gebunden ist, besteht nicht nur kein Gegensatz zwischen *Autorität und Gleichberechtigung*, sondern stehen auch Autoritätsträger und Autoritätsuntergebener gleichberechtigt nebeneinander.

§ 2. Die Struktur der Ehe und Familie

Ehe und Familie kommen mit den übrigen Gemeinschaften darin überein, daß sie zur Selbstverwirklichung des Menschen beitragen, wobei dieser Selbstverwirklichungsbeitrag der einzelnen Gemeinschaften analog je und je grundverschieden ist. Das Unterscheidende der Ehe und damit auch der Familie liegt im leibhaften Grundbezug. Durch ihn und seinetwillen ist Ehe, was sie ist. Sie ist mehr als ihr Leibhaftes, aber dieses Mehr ist *des personalen Vollzugs des Leibhaften wegen*. So gilt es besonders bei der Ehe die Wesensfrage der Gemeinschaft zu stellen: wie muß der leibhafte Grundbezug beschaffen sein, damit er personal-geistig vollziehbar ist und so das Menschsein derer wahrt und verwirklicht, die in dieser Gemeinschaft leben? Wie bei der Gemeinschaft als solcher ist auch hier die Frage zu stellen im Sinne ontischen Vorgegebenseins und ethischer Aufgetragenheit²¹⁷.

²¹⁷ Das Folgende wird weiterentfaltet in der Auseinandersetzung mit REIDICK (vgl. S. 182). Man beachte im Hinblick darauf die Grundfrage. Für das hier nicht Behandelte, wie zur Weiterführung vor allem LECLERCQ-DAVID.

A. Die ontische Sicht der Ehe und Familie

I. Ehe als Leibgemeinschaft²¹⁸

Die naturhaft-spezifische Verwirklichung von Mann und Frau geschieht im spezifischen, also geschlechtlichen Einsatz ihres Mann- und Frauseins: im Geschlechtsakt. Als solcher allen Paarungswesen eigen, ist er von sich aus paarhaft, nicht gemeinschaftlich. Soll er aber zwischen Menschen vollzogen werden, *muß* er, da alles Zwischenmenschliche das Gemeinschaftliche voraussetzt, gemeinschaftlich sein. Er wird es, indem er innerlich (transzendental) auf Gemeinschaft bezogen ist und in diesem Gemeinschaftsbezug selber gemeinschaftlich geprägt wird. Um der Personalität der Vollziehenden willen muß daher der menschliche Geschlechtsvollzug Geschlechtsgemeinschaft sein. Als *Geschlechtsgemeinschaft* ist er aber nur *Geschlechtsgemeinschaft* als innerlich auf Gemeinschaft bezogen. Diese Gemeinschaft ist die Lebensgemeinschaft von Mann und Frau.

II. Ehe als Lebensgemeinschaft

1. Ehe ist vom innern Zielsinn und vom personalen Vollzug der Leibgemeinschaft her Lebensgemeinschaft:

a) als Leibgemeinschaft zielt die Ehe innerlich auf *Lebensvermittlung*. Sie ist Familie in potentia. Nun aber benötigt das Kind, als zu früh geborener Nestflüchtler²¹⁹ der jahrelangen, tagtäglichen und arbeits teiligen Pflege der Lebensvermittler. So bedarf das menschlich vermittelte Leben der Lebensgemeinschaft der Lebensvermittler.

b) der *personale Geschlechtsvollzug* selber verlangt die Gemeinschaft derer, die sich darin einander begegnen. Anders wird der Mensch um den Preis seiner Würde entweder zur käuflichen Ware oder aber zu dem, der sich um seine tieferen Wünsche betrügt. In beiden Fällen

²¹⁸ Die Ausdrücke Ehe als „Leibgemeinschaft“ und „Lebensgemeinschaft“ (sowie Rechts- und Liebesgemeinschaft) meinen natürlich nicht zwei Gemeinschaften, sondern nur zwei verschiedene Bezüge innerhalb ein- und derselben. Sie als real unterschiedene (wenngleich einander zugeordnete) zu betrachten, ist insofern wesentlich, als man sonst nicht die eigentümliche Ehestruktur zu erfassen imstande ist und sich damit etwa für die Ehe zwecklehre (vgl. Anm. 189) die Antwort von vornherein verbaut.

²¹⁹ Vgl. PORTMANN, Biologische Fragmente zu einer Lehre vom Menschen, Basel 1951² (vgl. RÜSTOW, 174).

findet er im Geschlechtsgeschehen nicht die Verwirklichung seiner selbst, ohne die Personenbegegnung sinnlos wird²²⁰.

2. Als Lebensgemeinschaft ist Ehe wie jede Gemeinschaft *Einheit*. Im Gegensatz zu andern Gemeinschaften ist sie aber nicht Vieleinheit allgemein, sondern *um der Personalität des Leibbezuges willen* wesentlich Vieleinheit von der *Zweieinheit* her:

a) Nach innen ist sie *Gatteneinheit*. Als solche ist sie von innen her unauflösliche Einehe. Die menschliche Würde der Leibhingabe fordert, nicht nur das Leben ganz, sondern auch das ganze Leben miteinzusetzen. Indem sich der Mensch einem Menschen derart hingibt, muß er über sich als ganzen verfügen. So ist kein Platz für einen Dritten. Indem er über sich als ganzen verfügt, hat er aber über sich ein für allemal verfügt. So bleibt kein Raum für einen Nachfolger²²¹.

b) Nach innen ist die Gatteneinheit *Einheit zur Familie* hinüber und damit die Zweieinheit einerseits der Eltern unter sich und anderseits der Eltern und Kinder²²². Die Wirtschaftsgemeinschaft der Familie braucht uns hier nicht zu kümmern²²³. Jedenfalls ist sie *Erziehungsgemeinschaft* und als solche wesentlich Einheit der Erziehenden unter sich und der Erzieher und zu Erziehenden.

c) Nach außen ist Ehe und Familie Einheit, insofern sie notwendig in eine größere Einheit eingefügt sein muß als in eine notwendige Koordination der einzelnen Ehen und Familien. An diesem grund-

²²⁰ In dieser Grundeinsicht liegt die Absage an jede Form von „Kameradschaftsehe“ und „Ehe auf Zeit“ (vgl. HEDEMANN, 21; SCHMIDT, 6 Bücher 44; sehr aufschlußreich: HÖFFNER, Neue Ehe- und Familienpolitik in Rußland, Trierer Theol. Zeitschrift 1949/184 (189)). Über die Möglichkeit einer zweiten Heirat nach dem Tode des einen Gatten ist mit dem Gesagten nichts präjudiziert. Auch das Recht beruft sich auf das dem Geschlechtsgeschehen immanent Personale, wenn es durch den ehelichen Verkehr die unwiderlegbare Vermutung der Verzeihung erbracht sieht, „selbst wenn beide Parteien den Verkehr nicht als Verzeihung gewertet haben“ (DÖRMANN, 56/295b; vgl. SCHOELLER, 58/154b; POPP, 55/161a). Dazu BGH, 57/208; OLG Celle, 58/135.

²²¹ Schön zeichnet M. BLONDEL dieses „toti totus, unus uni“ (vgl. Logik der Tat, 36). Dazu: BRUNNER, A.: Über den Sinn der Ehe, StdZ 193 (1946) 436—452 (bes. 439).

²²² Hierin liegt begründet, daß Ehe und Familie gemeinsame Ordnungsnormen haben müssen. Vgl. S. 219. Zur Familie als Erziehungsgemeinschaft: HARTMANN, F.: Das nicht festgestellte Tier, Zeitwende (1957) 161—174.

²²³ Vgl. LECLERCQ-DAVID, 245ff.; HÄRING, 141; v. NELL-BREUNING 18ff. dazu „Kommerzialiserte Gesellschaft“, StdZ 158 (1956) 32—44; Familienlohn). Zum Gesamtproblem: BELTRAO, P.: Vers une politique de bien-être familial (Éléments d'une normative économique et sociale de la politique familiale), Rome 1957.

sätzlichen *Außenbezug* ändert nichts, daß er stark historischem Wandel unterliegt und heute, wie es soziologisch scheint, nur mehr über die einzelnen Ehe- und Familienglieder erfolgt²²⁴.

3. Als Vieleinheit ist Ehe und Familie Einheit auf *Grund je eines gemeinsamen Zieles*, des Gemeinwohls der Ehe und des Gemeinwohls der Familie, wobei die Zieleinheit durch die transzendente Einigungsinstanz bestimmt und durch das innere Einigungsprinzip koordinationsmäßig herbeigeführt wird. Das Ehe- und Familiengemeinwohl ist aber, wie das Gemeinwohl einer jeden naturhaften Gemeinschaft, zur freien Verwirklichung *aufgetragen*.

B. Die ethische Sicht der Ehe und Familie

Wer immer Ehe und Familie dem Partner- oder Staatswillen vorgegeben erklärt, hat sie eben damit als ursprüngliche Rechtsgemeinschaften erklärt. Denn als zur Verwirklichung nicht naturgesetzlich-zwangsläufig vorgegeben, können sie nur dem Willen vorgegeben sein, das heißt: sie unterwerfen den psychologisch freien Willen sittlicher Bindung, wobei sie als zwischenmenschliche Beziehungen die sittlichen Bindungen notwendig auch zu rechtlichen werden lassen. Wer daher seine ihm zunächst sittlich aufgetragene Selbstentfaltung glaubt in der Ehe zu finden, erfährt sie eben damit als auch *in rechtlicher Normierung aufgetragene*: als eine, die in der rechtlichen Gebundenheit an das eheliche Gemeinwohl und damit auch an den Partner zu verwirklichen ist, im Rahmen also der Ehe und Familie als Rechtsgemeinschaften.

I. Ehe und Familie als Rechtsgemeinschaften

Ehe und Familie sind Rechtsgemeinschaften durch das ihnen je eigene zu gemeinschaftlicher Verwirklichung aufgetragene Gemeinwohl:

1. *existenziell* konkret wird es begründet durch das freie Willens-Ja der Eheschließenden. Nur in gegenseitiger Freiheit zu begründen, beruht die Ehe auf einem Vertrag und ist sie ein vertragliches Rechts-

²²⁴ Vgl. SCHELSKY, Wandlungen 151 (mit Hinweis auf KÖNIG); SCHÖLLGEN: „Ehe und Familie haben niemals und nirgendwo in der Menschheitsgeschichte dem Intimbereich bloß privat-personalen Erlebens angehört“ (Referat 6); SCHMIDT, 6 Bücher 223.

verhältnis. Frei vertraglich zu begründen, aber nicht frei vertraglich abzuregeln, ist jedoch der Ehevertrag „völlig sui generis²²⁵“: er wird abgeschlossen auf die unabdingbare, der Parteiabrede enthobene Institution der Ehe²²⁶.

a) Der vermeintliche Gegensatz zwischen der Ehe als Vertrag und Institution gründet im mißverstandenen Wesen des Vertrages als solchem. Sein Wesen ist nicht der frei verfügende Parteiwille, der grundsätzlich nur soweit vertraglich gebunden sein kann, als er sich selber frei binden will. (Damit sind Verträge, die man zwar frei eingehen kann, die man aber nur als unabdingbar vorgegebene eingehen kann, durch eine rein aprioristische, aber nicht gerechtfertigte Definition ausgeschlossen.)

b) Der Vertrag als solcher ist vielmehr seinerseits schon wesentlich *Institution*, indem er überhaupt nur auf Grund des als parteienthoben vorausgesetzten Prinzips „rebus sic stantibus pacta sunt servanda“ möglich ist. Damit aber wird jeder Vertrag in eine *als absolut vorausgesetzte Rechtsordnung* hineingeschlossen und setzt eben dadurch nicht nur die Institution des Rechtes, sondern auch deren Institutor voraus, der sie als ganze und darin miteingeschlossen auch die Institution des Vertrages absolut setzt und ebenso absolut sanktioniert²²⁷.

c) Liegt somit in jedem Vertrag ein institutionelles Element, kann es auch nicht widersprüchlich sein, wenn ein bestimmter Vertrag gerade auch konkreter Existenzgrund einer Institution ist²²⁸.

2. *essentiell* besteht das eheliche Gemeinwohl in der gemeinsamen Selbstentfaltung der Gatten, die als solche durch gegenseitige Leibhingabe und, um deren personalen Vollzugs willen, in der Lebensgemeinschaft zu vollziehen ist. Mithin enthält das eheliche Gemeinwohl die Rechtsbezüge der Leib- und der Lebensgemeinschaft.

²²⁵ JOYCE, 229; REIDICK, 105. Den Vertragscharakter der Ehe betonen vor allem REIDICK, SAVATIER, MÖRSDORF. Dabei darf der Vertrag natürlich nicht als bloßes „vinculum juris“ dem „vinculum vitae“ gegenübergestellt werden (vgl. die Auseinandersetzung zwischen HÄRING und MÖRSDORF, 55/119; 55/248): „Der Ehevertrag ist die für das Entstehen des ehelichen Verhältnisses entscheidende personale Begegnung“ (MÖRSDORF, DKW 51/248b).

²²⁶ Vgl. S. 89 gegen S. 98; dazu S. 452; Anm. 141 S. 224.

²²⁷ Deshalb ist grundsätzlich auch ein „pactum supra partes“ (und damit die Ehe als Vertrag) möglich. Zum überpositiven Vertragselement vgl. FALLER, 12.

²²⁸ Zum Verhältnis Ehevertrag—Eheinstitution vgl. LECLERCQ-DAVID, 32ff. Von evangelischer Seite: DOMBOIS, Das Problem der Institution und die Ehe, FRR 132—142. Er betont vor allem das setzende Element des „Instituere“ und stößt damit zum Setzenden, dem Institutor, vor (136f.). Dazu auch RANKE, Eherecht 64. Vgl. LkL (Art. Institution); DOMBOIS, Recht und Institution.

a) *Recht der Leibgemeinschaft*: wenn Leibhingabe ontischer Grundbezug der Ehe ist, muß auch das Grundrecht der Ehe sich gerade darauf erstrecken. Kern des Ehevertrages ist deshalb jene gegenseitige Übertragung des *ius in corpus*, wodurch die ehelichen Rechte und Pflichten im engern Sinne erwachsen. Im ehelichen Gemeinwohl der „Selbstentfaltung durch Selbstübergabe“ begründet, sind sie durch vorranglose Gattengleichheit gekennzeichnet, und zwar deshalb, weil ohne beiderseitig gleichverpflichtetes Wollen der eheliche Akt nicht als die vom ehelichen Gemeinwohl geforderte, den innern Personkern treffende Gattenbegegnung möglich ist²²⁹.

Rechtsphilosophisch bedeutet dies: Ehe als Leibgemeinschaft ist ohne innergemeinschaftliche Autorität. Derart (!) autoritätslos, erfüllt sie aber dennoch die Bedingungen der Gemeinschaft:

aa) sie ist *Gemeinschaft*, weil die außergemeinschaftliche Letztinstanz das eheliche Gemeinwohl als so festgesetzt zu erkennen gibt, daß nähere Festsetzung weder nötig, noch möglich ist: die ehespezifischen Rechte und Pflichten sind unmittelbar durch das vorgegebene Ehegemeinwohl selbst festgelegt, so daß es diesbezüglich keine erst noch menschlicherseits konkret festzulegende und jeweils anzupassende Gemeinwohlmitte gibt²³⁰.

bb) sie ist *von innen her* Gemeinschaft, weil sie ontisch innerlich auf Gemeinschaft bezogen ist, nämlich auf die Ehe als Lebensgemeinschaft: ebenso sehr wie Ehe als Leibgemeinschaft um ihres gemeinwohlgeforderten personalen Vollzugs willen vorranglose Gattengleichheit verlangt, ebenso fordert sie dessentwegen Ehe als Lebensgemeinschaft.

b) *Ehe als Lebensgemeinschaft*: als Leibgemeinschaft nur innerhalb einer Lebensgemeinschaft personal vollziehbar, fordert das Wesen der Ehe, daß im Ehevertrag nicht nur das *ius in corpus*, sondern auch (*necessitate consequentiae*) das *ius cohabitationis* im Sinne eines consortium vitae mitübertragen wird. Wenn nicht, käme keine Ehe zustande und bliebe die Geschlechtsgemeinschaft ein sittlich unerlaubtes Geschlechtsverhältnis. Als Lebensgemeinschaft hat aber die

²²⁹ „Das beiderseitige *Ius in corpus* ist der Wesenskern der Ehe ... Mann und Frau geben sich das inhaltlich gleiche Recht auf den Leib und nehmen dieses Recht voneinander an ... Die im Bereich der durch das *Ius in corpus* umgrenzten Leibesgemeinschaft bestehenden Gleichheit der Gatten ist eine wesensnotwendige Gleichheit, weil der eheliche Akt eine den innern Personkern treffende Begegnung der Gatten ist und sinnvoll nur in beiderseitig freiem Wollen getätigt werden kann“ (MÖRSDORF, DKW 51/248b; 249b).

²³⁰ Dies ist auch der einzig mögliche Sinn des vielbemühten can. 1111 CIC (vgl. Anm. 10 S. 175).

Ehe nicht nur ihr Gemeinwohl, sondern auch ihre eigene Gemeinwohlmitte. Damit bedarf sie aber wesensnotwendig jener *innergemeinschaftlichen Autorität*, welche die Gemeinwohlmitte jeweils im Rahmen des durch die Letztautorität vorgegebenen Gemeinwohls inhaltlich bestimmt und die Gatten in ihrem Sein und Tun wirksam daraufhin verpflichtet: so selbstverständlich die autoritätslose Gattengleichstellung innerhalb der Leibgemeinschaft ist, so fraglos ist rechtsphilosophisch die innergemeinschaftliche Autorität für die Ehe als Lebensgemeinschaft.

3. Erst recht ist die *Familie* Lebensgemeinschaft mit eigenem Gemeinwohl und eigener Gemeinwohlmitte. Erst recht muß deshalb die Familie über innergemeinschaftliche und innergemeinschaftlich begründete Autorität verfügen.

Ergebnis

Um des personalen Vollzugs der Leibgemeinschaft willen muß die Ehe Lebensgemeinschaft, damit aber auch Rechtsgemeinschaft mit innergemeinschaftlicher Autorität sein. Ist jedoch dergestalt die Wesensfrage ehelicher Gemeinschaft schon letztgültig gelöst, das heißt, sind schon alle Möglichkeitsbedingungen personalen Ehe- und Familienvollzugs aufgezeigt?

II. Ehe und Familie als Liebesgemeinschaften²³¹

Das analog verstandene Gemeinwohl der Ehe und Familie (wie der Gemeinschaft überhaupt) schließt im Selbstentfaltungsauftrag den Bezug zur gesamt sittlichen Vervollkommenung und Vollendung der Gemeinschaftsglieder ein. Ohne Zweifel ist aber die sittliche Vollendung erst erreicht, wenn das Zwischenmenschliche in wechsel- und

²³¹ Damit ist der schwierige Problemkreis „Recht-Liebe“ berührt. Dazu mehr spekulativ-theologisch: GILLEMANN, G.: *Le primat de la charité en théologie morale*, Louvain 1954². Mehr rechtspolitisch KLEIN, F.: *Christ und Kirche in der sozialen Welt*, Freiburg i. Br. 1956 (vgl. 57/164). Ferner: BRUNNER, 147. FUCHS, *Lex naturae*, 130 und 157; WELTY, *Katechismus* I/271ff. Für Ehe und Familie: HIRSCHMANN, *GuL* 53/41; REIDICK, 105; MÖRSDORF, 55/119 (ähnlich HIRSCHMANN, *HK*, 53/280a Mitte). BISCHÖFE, 30. 1. 52 (VIII) IFS 6b; BOSCH, *FRR* 91 (beide mit Hinweis auf PIUS XII., 10. 9. 41). Dazu besonders: VAN DER VEN, J.: *Die Ehe als Rechtsinstitut und als Liebesverhältnis*, Hochland, April 1954, 297–309 (gek.: *FamRZ* 55/166); ZEIGER, I.: *Natura amoris coniugal*, *Periodica* (1931) 46–54. Vgl. auch TRILLHAAS, Mann und Frau 455.

allseitiger Liebe vollzogen wird. Insofern sind Ehe und Familie durch das sittliche Aufgetragensein ihres Gemeinwohls wesentlich als Liebesgemeinschaften konstituiert. Im Einzelnen heißt dies:

1. Das Gemeinwohl, als sittlich-*rechtlich* aufgetragenes, fordert Ehe und Familie als Liebesgemeinschaften in einem (natur)*rechtlichen* Sinne, und zwar wiederum wegen des personalen Vollzugs der Ehe als Leib- und Lebensgemeinschaft und entsprechend der Familie. Die Gatten und Eltern, die Eltern und Kinder haben also einen (natur)*rechtlichen* Anspruch auf gegenseitige Liebe²³².

2. Ehe und Familie als Rechts- und als Liebesgemeinschaften heben sich deshalb nicht auf, sondern *bedingen sich* gegenseitig, insofern Rechtsgemeinschaft im existenziellen Vollzug die Liebesgemeinschaft miteinschließt und mitvollzieht. Rechts- und Liebesgemeinschaft meinen also das Gleiche; nur daß Liebesgemeinschaft inneres Motiv und letzte Möglichkeitsbedingung für den personalen Vollzug hinzufügt. So setzt der Rechtsvollzug die Liebe, die Liebe die Rechtsordnung voraus:

a) der personale Vollzug materialer Rechtsordnung und entsprechender subjektiver Ansprüche ist erst dann letztlich sichergestellt, wenn der konkrete Rechtsvollzug aus und in Liebe geschieht;

b) wo Liebe greifbar wird — und nur als potenziell greifbar ist menschliche möglich — muß sie eine Ordnung ergreifen, die sie voraussetzt und erfüllt: die materiale Wesens- und Rechtsordnung²³³.

3. Sind deshalb unrechtmäßige Liebe und liebloses Recht, weil mit dem unbedingt verpflichtenden Gemeinwohl als Grund und Grenze allen Rechtes nicht vereinbar, apriori naturrechtlicher Widersinn,

²³² Denn das Naturrecht enthält neben seinen materialen Forderungen auch noch jene formale, „daß im lebendigen Vollzug alles von der Liebe getragen sein muß und ohne die Liebe der notwendigen und erfüllenden Form entbehrt“ (FUCHS, 132). Darum muß in der Ehe „eine innere Ordnung walten, die nicht nur eine Ordnung des Rechtes, sondern auch eine Ordnung der Liebe ist“ (KATH. FRAUEN, 2 [IFS 37b]).

²³³ So ist einerseits „die Liebe das Medium, in dem das Wort der Autorität auf die Dauer verwaltet wird“ (PICARD, 108) und löscht anderseits die Liebe „die Rechtsverhältnisse nicht aus, sondern setzt sie voraus und bejaht sie“ (HIRSCHMANN, GuL 53/41). „Von der Erfüllung der Verpflichtung zu liebender Verwirklichung der dem Manne in seiner Autorität zugewiesenen Rechte kann allerdings nicht der Bestand dieser Rechte abhängig gemacht werden. Wohl kann der Mißbrauch des Rechtes, zu entscheiden, die Verpflichtung aufheben, in diesem Falle der Entscheidung zu folgen — dann nämlich, wenn solcher Mißbrauch mit dem beiden Gatten gemeinsamen Recht zur ehelichen Lebensgemeinschaft unvereinbar ist“ (HIRSCHMANN, GuL 53/42). Das Mißverständnis dieser Zusammenhänge führt notwendig zu weiteren Mißverständnissen bei der Frage nach der Kodifizierung(smöglichkeit) des ER. Vgl. S. 333.

so können sich Ehe und Familie als Rechts- und als Liebesgemeinschaften nicht naturhaft widersprechen. Wo *Widerspruch* vorliegt, besteht er zwischen der naturhaften Rechtsgestalt und ihrem konkreten Vollzug, wie er sich aus der konkreten Autoritätswaltung ergibt.

Darum ist gerade bei Ehe und Familie, die ihrer Innigkeit wegen mehr als andere Gemeinschaften Liebesgemeinschaften sind und sein müssen, besonders auf die Unterscheidung zwischen Autorität und Autoritätsverwaltung zu achten. Ist aber so von der Liebesgemeinschaft her die Frage nach dem *Wie der Autorität* gestellt, so fragt sie naturgemäß auch besonders nach dem, *welcher* sie dergestalt zu vollziehen hat.

III. Ehehliche Autorität und ehelicher Autoritätsträger

So wenig eheliche Liebesgemeinschaft und eheliche Autorität sich grundsätzlich widersprechen können, so wenig eheliche Autorität und eheliche Gleichberechtigung. Denn das eheliche Gemeinwohl hat im gegenseitigen Liebesverhältnis der Gatten auch deren Gleichberechtigung mit zum autoritätbindenden Inhalt, setzt doch personale eheliche Liebe von Mann und Frau diese als gegeneinander gleichverpflichtet und voreinander gleichberechtigt voraus. Da aber innerehliche Autorität auch einen innerehlichen Träger verlangt, folgt für die *Frage nach diesem Träger*:

1. Auch der autoritätsgeforderte innerehliche Autoritätsträger als solcher kann keinen Grundwiderspruch zur Gattengleichberechtigung besagen²³⁴. Wer immer die innerehliche Autorität zu verwalten hat: solange er sie rechtmäßig (und nur so rechtsgültig) verwaltet, das heißt, solange er die eheliche Gemeinwohlmitte nach dem ehelichen Gemeinwohl ausrichtet, das die gleichberechtigte Selbstentfaltung der Gatten beinhaltet: so lange ist auch sein Autoritätsvollzug nicht Hindernis, sondern im Gegenteil *Verwirklichung der gattenhaften Gleichberechtigung*.

²³⁴ „L'autorité de l'homme sur son épouse lui a été confiée pour permettre à celle-ci de réaliser au mieux sa vocation personnelle dans le cadre de la famille ... Le dépositaire de l'autorité n'en a été investi par délégation divine que pour l'accomplissement d'un objectif précis: l'épanouissement personnel de ceux dont il a la charge ... Si ces décisions n'ont pour raisons dernières que ... la facilité de sa vie personnelle, sa délégation cesse par le fait même ...“ (REY-HERME, A.: L'autorité, service d'amour, Foyer (1953) 375 f [vgl. Bibl. S. 488]). Vgl. S. 230; 304; 382 (III).

2. Damit ist noch nicht gesagt, es sei der eheliche Autoritätsträger schon naturhaft bestimmt. Dies ist vielmehr eigens zu untersuchen, indem von jener doppelten Möglichkeit ausgegangen wird, deren jede mit der Gleichberechtigung vereinbar ist. Diese Möglichkeiten sind:

a) das Wesen der betreffenden Gemeinschaften verlangt innergemeinschaftliche Autorität, ohne selbst einen Hinweis dafür zu enthalten, in welche Hand diese Autorität gelegt sein müsse, wobei diese Hinweislosigkeit selbst zum positiven, naturhaften Hinweis wird, die Autoritätsträgerbestimmung sei der *freien Wahl* der Gemeinschaften überlassen. So ist etwa die Autoritätsträgerfrage bei der *staatlichen Gemeinschaft* naturhaft bestimmt: indem kein Bürger einfach als solcher eine besondere Autoritätsbefähigung aufzuzeigen vermag, kann dies naturrechtlich nur heißen: der Autoritätsträger ist grundsätzlich in freier Wahl zu bestimmen.

b) das Wesen der naturhaften Gemeinschaften verlangt nicht nur innergemeinschaftliche Autorität, sondern bestimmt auch schon von sich aus den Träger der Autorität: der Träger der Autorität ist unmittelbar *naturrechtlich bestimmt*, das heißt, ohne Dazwischenkunft menschlicher Bemühung. Das ist dort der Fall, wo das betreffende Gemeinwohl ohne einen durch die Natur dieser Gemeinschaft vorbestimmten Autoritätsträger nicht sichergestellt ist, und zwar deshalb nicht, weil nur eines oder nur ein Teil der Gemeinschaftsglieder naturhaft über die Fähigkeit verfügt, die Autorität sinnvoll zu verwalten. So liegt zum Beispiel bei der *Familie* die Autorität eindeutig bei den Eltern: sie liegt weder bei den Kindern, noch ist durch freie Wahl zu bestimmen, ob sie bei den Eltern oder Kindern zu liegen habe. Die Kinder als Kinder sind noch nicht fähig, Autoritätsverwalter zu sein, sondern müssen es erst lernen, indem sie zuerst einmal Autorität passiv erfahren, dabei aber die zu lernende Reaktion darauf am Beispiel ihrer befehlenden und gehorchenden Eltern gelehrt erhalten²³⁵.

²³⁵ Anders als beim Verhältnis Eltern-Kind geht es bei den Gatten um ein Mehr oder Minder der Autoritätsbefähigung. Dieses naturhafte Mehr oder Minder genügt aber, den Träger der Autorität naturhaft bestimmt sein zu lassen, vorausgesetzt, daß, in allen Ehen gleichbleibend, einer der Gatten das ER als ungeteilt ganzes verwalten muß. So ist 1. diese Voraussetzung zu rechtfertigen. Dazu schließen wir (S. 187 ff) alle andern Denkmöglichkeiten für den Träger des ER, wie für die Weise, ihn zu bestimmen, als dem Wesen der Ehe und Familie direkt widersprechend oder doch das Funktionieren des ER verunmöglichend, aus. — Hat sich derart die Voraussetzung als zutreffend erwiesen, ist 2. (S. 243 ff) dem Mehr oder Minder geschlechtstypischer Autoritätsbefähigung nachzugehen, wobei sich eine besondere Befehlsbefähigung des Mannes ergibt. Dieses Ergebnis

3. Die Frage nach der naturhaften Bestimmtheit des *ehelichen Autoritätsträgers* ist deshalb eigens zu stellen. Sie läßt sich umso vorurteilsfreier stellen, als sich schon jetzt apriori sagen läßt: durch die Trägerfrage ist die Gleichberechtigungsfrage nicht unmittelbar berührt. Indes besitzen apodiktische Antworten, wo es um existenzielle Lebensbezüge geht, wenig Überzeugungskraft. Daher wird es besser sein, an diesem Punkte in die konkrete Diskussion um die Familienrechtsreform einzutreten, um von den konkreten Meinungen und Gegenmeinungen her das eigene Wort zu wagen.

Ergebnis (zu § 2)

1. Ehe ist ontisch wesentlich Leibgemeinschaft. Um deren personalen Vollzuges willen muß Ehe aber auch wesentlich *Lebensgemeinschaft* sein. Als solche muß sie jedoch ebenso wesentlich Rechtsgemeinschaft sein mit einer innergemeinschaftlichen Autorität, die das vorgegebene und aufgetragene eheliche Gemeinwohl durch eine entsprechende eheliche Gemeinwohlmittle sicherzustellen hat.

2. Die innereheliche Autorität kann keinen Grundwiderspruch zur Gattengleichberechtigung bedeuten, da das ihr vorgegebene Gemeinwohl die personalen Rechte von Mann und Frau auf ihr Eigenes und eben damit auch ihre Gleichberechtigung mitenthält. Insofern ist eheliche Autorität rechtsphilosophisch wesentlich Dienst an der gemeinwohlgeforderten Gattengleichberechtigung. Entsprechendes gilt selbstverständlich auch innerhalb der Familie.

3. An der Dienstfunktion der ehelichen Autorität zur Verwirklichung der gattenhaften Gemeinwohlberechtigung ändert sich grundsätzlich nichts, ob der Träger dieser Funktion durch freie Wahl der Gatten erst noch zu bestimmen oder ohne sie bereits schon naturhaft bestimmt ist: so sehr die Frage nach dem naturhaften Autoritätsträger überhaupt und namentlich angesichts der Gleichberechtigungsdiskussion gestellt werden muß, so wenig ist sie durch die Gattengleichberechtigung schon vorentschieden.

rechtfertigt die Tatsache, daß viele dem Manne (aber niemand der Frau) ein derartig umfassendes ER zusprechen (S. 222), als innerlich begründet. Denn es zeigt, daß die Entscheidungsberechtigung des Mannes in seiner Entscheidungsbefähigung gründet, und damit, daß die Anknüpfung des ER an den Mann, als einzig sachlich begründbare, notwendig ist.

Ergebnis des zweiten Abschnittes

1. Die Rechtsgestalt der Ehe und Familie und damit auch die unverzichtbaren subjektiven Rechte von Mann und Frau auf ihre personale Selbstentfaltung sind festgelegt durch das wesenseigene Gemeinwohl der Ehe und Familie. Deshalb kann zwischen gemeinwohlgefordertem Entscheidungsrecht und gleichfalls gemeinwohlgeforderter Gleichberechtigung kein Widerspruch bestehen.

2. Das eheliche Entscheidungsrecht als solches (das heißt, vorgängig zur Frage seiner besonderen Form) läßt sich deshalb namens der verfassungsmäßig geforderten Gleichberechtigung nur dann als grundgesetzwidrig ablehnen, wenn man entweder das Entscheidungsrecht oder die Gleichberechtigung oder beides individualistisch (das heißt, als nicht im Gemeinwohl vorgegeben) mißversteht oder das Entscheidungsrecht mit einer seiner bestimmten historischen Fehlformen fälschlicherweise gleichsetzt.

3. Das Grundgesetz selbst legt sich weder auf das individualistische Mißverständnis noch auf eine historische Gleichsetzung von Entscheidungsrecht und „patriarchalischer Ehe“ fest. Angesichts dessen erweist sich die behauptete Verfassungswidrigkeit als unbegründete rein aprioristische Behauptung.

ZWEITER THEIL

DER MANN ALS TRÄGER
DES NATÜRLICHEN ENTSCHEIDUNGSRECHTES
IN EHE UND FAMILIE

Erster Abschnitt

DIE ANSICHTEN ÜBER DAS ENTSCHEIDUNGSRECHT UND SEINEN TRÄGER

Die Notwendigkeit innergemeinschaftlicher *Autorität* für Ehe und Familie ist rechtsphilosophisch einleuchtend. Damit aber auch die Notwendigkeit eines *Entscheidungsrechtes*. Denn es ist die Befugnis zu gerade jener Funktion, deretwillen innergemeinschaftliche Autorität überhaupt notwendig ist, nämlich die Entscheidungs- oder Befehlsmefugnis. Selbstverständlich verlangt die Natur der Ehe und Familie, indem sie eine Entscheidungsbefugnis fordert, auch jemanden, der diese Befugnis wahrnimmt, also einen *Träger* des Entscheidungsrechtes.

So notwendig indes das Entscheidungsrecht einen Träger fordert, so notwendig ist es, zwischen dem Entscheidungsrecht und seinem Träger zu unterscheiden. Denn man kann sehr wohl die Notwendigkeit eines Entscheidungsrechtes einsehen und dennoch über den Träger dieses Rechtes ganz verschiedener Meinung sein. So braucht, wer etwa den Mann als Träger des ehelichen Entscheidungsrechtes ablehnt, noch keineswegs das eheliche Entscheidungsrecht überhaupt zu verwerfen.

Darum wäre es, um Sinn und Tragweite der Meinungen, namentlich der ablehnenden, richtig zu beurteilen, wichtig, zu wissen, ob sich einer darin über das Entscheidungsrecht als solches oder bloß über dessen mutmaßlichen Träger äußere. Leider läßt sich dies oft nicht oder doch nicht mit genügender Sicherheit feststellen. Da es

hier aber nicht bloß um das Aufzählen einzelner Meinungen geht, sondern um den Versuch, die tatsächlich vorgebrachten Meinungen von einem Ordnungsganzen möglicher Ansichten her aus ihrem innern Grund einsichtig zu machen, gehen wir doch von dieser Grundunterscheidung aus und fragen zunächst nach den möglichen Ansichten über das Entscheidungsrecht als solches und dann nach den Meinungen über dessen Träger. Dabei bleibe dahingestellt, ob sich im Einzelfall eine Ansicht mehr auf das Entscheidungsrecht selber oder mehr auf dessen Träger bezieht. Vor allem ist zu fragen nach einem *natürlichen Entscheidungsrecht* und nach einem *natürlichen Träger* dieses natürlichen Rechtes.

Erstes Kapitel

DIE ANSICHTEN ÜBER DAS ENTSCHEIDUNGSRECHT

Die Notwendigkeit eines Entscheidungsrechtes irgendwelcher Form für jede Gemeinschaft ist so einsichtig, daß wohl kaum einer rundweg bestritt, es sei auch für Ehe und Familie so etwas wie eine Entscheidungsinstanz notwendig. So setzte man sich auch, wenn man überhaupt vom Entscheidungsrecht als solchem sprach und es von seinem Träger unterschied, weniger mit dessen Notwendigkeit oder Unmöglichkeit auseinander, als vielmehr mit dessen *rechtslogischer Begründung*. Man fragte sich, woher es seine rechtsverbindliche Kraft und damit seine eigentlich rechtliche Bewandnis hat, so daß es nicht bloß irgendwie Entscheidungszuständigkeit im Sinne einer Konvenienz besagt, sondern in eigentlicher Bedeutung Entscheidungsrecht ist.

Selbstverständlich rührt dies an jene letzten rechtlichen Grundsatzen, deren Beantwortung stark durch die weltanschauliche Grundeinstellung mitbedingt ist. So wundert es nicht, gerade in diesem Zusammenhang auf die *weltanschauliche Auseinandersetzung* um das Entscheidungsrecht zu stoßen, wobei auch wir uns des *eigenen Standortes* zu vergewissern haben.

§ 1. Die rechtslogische Begründung des Entscheidungsrechtes

Das Entscheidungsrecht ist rechtslogisch begründet entweder in der Natur der Ehe und Familie, also naturrechtlich, oder in einer positiven Rechtssetzung, sei es einer positiv-göttlichen Schöpfungsordnung, sei es der staatlichen Rechtserzeugung.

A. Das natürliche Entscheidungsrecht¹

Naturrechtlich ist das Entscheidungsrecht begründet, insofern die Natur der Ehe und Familie (sei es in ihrer abstrakt-überzeitlichen Wesensgestalt, sei es in bestimmten [oder allen] konkret-zeitlichen Verwirklichungsformen) ein Entscheidungsrecht fordert. Nicht als wäre nach dieser Ansicht die Natur der Ehe und Familie selber schon rechtserzeugend. (Ein „Naturrecht“ in diesem Sinne gibt es überhaupt nicht.) Vielmehr geschieht die Rechtskonstitution des Entscheidungsrechtes durch jene ehestiftende transzendente Rechtsinstanz, welche die Natur der Ehe festsetzt und zur zeitlichen Verwirklichung aufträgt, wobei in diesem Imperativ all das, ohne welches Ehe nicht zu verwirklichen ist — und damit eben auch das Entscheidungsrecht — mitkonstituiert wird.

Rechtslogischer Letztgrund des ehelichen Entscheidungsrechtes ist mithin jener mit der freien Schaffung von Mann und Frau notwendig mitzuschaffende Auftrag an sie, sich gemäß ihrem Mann- und Frausein zu entfalten. Denn in diesem Auftrag ist nicht nur die Stiftung der Ehe miteingeschlossen, sondern wird auch (da die Ehe

¹ Die natürliche Begründetheit des ER kann nicht nur geleugnet, sondern auch mißverstanden werden. Deshalb ist im Anschluß an eben Gesagtes die rechtslogische Begründung des ER näher darzulegen. Dem Mißverständnis ist namentlich KELSEN verfallen: „Der Schluß: ... weil Gott den Geschlechtsunterschied geschaffen hat, muß er auch die Ehe gestiftet haben, ist der typische Trugschluß der Naturrechtslehre, die aus einem Sein der Natur ein Sollen der Gerechtigkeit folgert ... Das tritt besonders deutlich hervor, wenn BRUNNER im Namen der Gerechtigkeit erklärt: „Es ist nicht das Rechte, wenn in der Familie die Frau die Führung hat, wenn der Mann die kleinen Kinder besorgt, während die Mutter dem Verdienst nachgeht. Die Natur spricht hier, Gott sei Dank, immer noch deutlich genug ...“ Aber in Wahrheit ist es nicht die Natur, die hier spricht, sondern ein protestantischer Theologe, der sein höchst subjektives Urteil über das, was gerecht ist, der Natur in die Schuhe schiebt und die so ausgestattete Natur als göttliche Schöpfungsordnung erklärt“ (Studia philosophica, 53/186f.). Ähnlich argumentiert wohl E. WOLF, wenn er meint, die rechtliche Ordnung der Ehe sei nicht naturrechtlich zu begründen, diese sei überhaupt keine Naturgegebenheit, sondern eine Aufgabe sittlichen Existierens (Evang. Eherecht, in: Festschrift Smend).

In Wirklichkeit schließt die Naturrechtslehre aus dem „Sein der (menschlichen) Natur“ 1. auf die Dualität zwischen Natur, die man „hat“ und die dem personalen Freiheitsvollzug vorausliegt, und Person, die man „ist“ und als die man sich für den Vollzug seiner Freiheit (wenn man nicht sich selber als Person verneinen will) notwendig an seine Natur zurückgebunden erfährt; 2. von dieser eingesehenen Notwendigkeit seiner Freiheit auf eine transzendente Instanz als auf deren letzte ontische Möglichkeitsbedingung, wobei diese Instanz zugleich als personal verpflichtende Person erkannt wird; 3. schließlich nochmals zurück auf die zuvor (noch unentfaltete) erkannte Notwendigkeit seiner psychologischen Freiheit, die nunmehr im Blick auf die transzendente (Rechts)instanz als „Sollen (der Gerechtigkeit)“ erkannt wird. Zur Dualität von Person und Natur: ROHNER, 60; RAHNER, Schriften III/68. Zur Analyse der obligatio vgl. TH. MEYER und BRUGGER (Anm. 183 [S. 115]). E. E. SCHNEIDER vermag aufgrund seiner Voraussetzungen den Einwand KELSENS kaum hinreichend zu entkräften.

als Gemeinschaft eine Instanz braucht, die befugt ist, die Gemeinschaftsangelegenheiten zu entscheiden) das eheliche Entscheidungsrecht miterzeugt.

In diesem Sinn kann man wirklich von einem *natürlichen Entscheidungsrecht* sprechen, sei es, daß man es in seiner positiven Eigenart versteht, sei es, daß man es negativ gegen die anderen Rechtsordnungen abgrenzt:

1. Es ist *natürliches Recht* (*Naturrecht*), insofern die Schaffung der Natur von Mann und Frau naturnotwendig (das heißt, mit dieser Natur notwendig mitzuschaffen) auch die Stiftung der Ehe als spezifischer Gemeinschaft von Mann und Frau fordert und die Natur der Ehe nochmals naturnotwendig (das heißt, mit der Natur [dem Wesen] der Ehe notwendig mitzuerzeugen) das eheliche Entscheidungsrecht verlangt.

2. Es ist natürliches *Recht* (*Naturrecht*), insofern der Schöpfer von Mann und Frau im Auftrag an sie, ihr Mann- und Frausein spezifisch zu verwirklichen, auch als transzendente Rechtsinstanz auftritt und in dieser Eigenschaft nicht nur allgemein die Ehe stiftet, sondern insonderheit gerade auch das eheliche Entscheidungsrecht miterzeugt.

3. Natürliches Entscheidungsrecht bedeutet mithin *positiv*: das Miterzeugtsein des ehelichen Entscheidungsrechtes (*necessitate consequentiae*) mit der Schaffung von Mann und Frau und der Stiftung der Ehe und Familie.

4. Es besagt *negativ*: das Erzeugtsein des Entscheidungsrechtes nicht erst

a) *natura posterius* zur naturhaft mitgeschaffenen Schöpfungsordnung in einem ihr nochmals frei hinzuzusetzenden, ihr gegenüber mithin positiven Schöpfungsbefehl Gottes (*vorpositives* Entscheidungsrecht);

b) *natura et tempore posterius* zur (naturhaften und positiven) Schöpfungsordnung in menschlicher Rechtserzeugung (*vorstaatliches* Entscheidungsrecht²).

² Vgl. S. 191.

B. Das positiv-gesetzte Entscheidungsrecht

Rechtsphilosophisch zu Ende gedacht, setzt jede positive Rechtsordnung, indem sie den Anspruch, sie zu beachten, erhebt, eine naturhafte voraus. Es geht nicht an, diesen Anspruch in bloßer Zwangsandrohung zu begründen; würde doch so das Recht zum Ausdruck menschenunmöglicher, weil menschenentwürdigender Unterdrückung. Vielmehr hat das positive Recht in seinem Anspruch zunächst ein Gewissen mit einer Pflicht zu behaften, wobei es erst folgend auch die Pflichtverletzung zwangsmäßig ahnden kann. Dieses Verpflichtetwerdenkönnen des Gewissens durch positives Gesetz setzt aber voraus, daß der Mensch vorgängig zu jeder positiv ergangenen Rechtssetzung (mithin in einer durch positive Rechtssetzung nicht mehr zu begründenden, also vorpositiven und damit naturrechtlichen Art) verpflichtet ist, je ergehenden positiven Rechtssetzungen, sofern sie innerlich gerechtfertigt sind, Gehorsam zu leisten. In diesem jedem Menschen einsichtigen Verpflichtetsein zum Gehorsam ist denn auch eine vorpositive Rechtsordnung im Ansatz bereits gerechtfertigt³.

Das naturhafte Verpflichtetsein ist nicht nur der staatlichen Rechtschöpfung, sondern auch der positiv-göttlichen Gesetzgebung vorgeordnet. Damit ist durchgehend mit zwei verschiedenen, sich ergänzenden Rechtsordnungen zu rechnen. Namentlich ist damit zu rechnen im Bereich der Rechtssatzungen — der kodifizierten Rechte. Denn da sich auch die Naturrechtsordnung wenigstens teilweise satzhafte ausdrücken läßt, ist es möglich, daß Rechtssatzungen, neben eigentlicher Setzung positiver Rechte, auch bloße Deklaration bereits gesetzter natürlicher Rechte enthalten.

In unserem Fall: Die Annahme oder Ablehnung eines positiv-gesetzten Entscheidungsrechtes sagt noch nichts über ein vorpositiv-gesetztes natürliches Entscheidungsrecht. Jedenfalls ist zu prüfen, ob ein gesetztes Entscheidungsrecht die Bewandnis positiv-gesetzten oder bloß deklarierten Rechtes habe. Selbst einem Rechtspositivisten könnte diese Prüfung nicht ganz erspart bleiben. Denn wenn man schon einmal Ehe und Familie als „vorstaatliche Institutionen“

³ Diese Einsicht gilt nicht nur einer positiv-menschlichen, sondern auch einer positiv-göttlichen (Rechts)ordnung gegenüber (vgl. COSTA-ROSSETTI, *Phil. moralis* 146). Im übrigen vgl. zum Rechtspositivismus S. 55.

anerkennt, ist nicht einzusehen, weshalb so etwas wie ein vorstaatliches eheliches Entscheidungsrecht von vornherein unmöglich sein soll. Man hat es also mindestens in die Frage miteinzubeziehen, so sehr man es in der Beantwortung hinterher wieder ablehnen mag. Damit kommen aber folgende Stellungnahmen in Betracht:

1. *Ablehnung eines kodifizierten Entscheidungsrechtes*, wobei man gleichzeitig ein vorstaatliches entweder abzulehnen oder anzuerkennen hat.

2. *Annahme eines kodifizierten Entscheidungsrechtes*, wobei man in der Kodifikation entweder positive Rechtsschöpfung oder bloße Deklaration eines vorstaatlichen Entscheidungsrechtes zu sehen hat:

a) als *staatlich-geschaffenes* ist es begründet unmittelbar-formal in der positiven Rechtssetzung, mittelbar-inhaltlich in einer noch völlig vorrechtlich gedachten soziologischen Befindlichkeit der Ehe und Familie, aufgrund deren es dem Staat nötig scheint, ein Entscheidungsrecht zu schaffen.

b) als *staatlich-deklariertes* ist nur die Deklaration staatlich begründet, und zwar *formal* im staatlichen Willen, insofern er ausdrücklich eine vorstaatliche Rechtsstruktur der Ehe und Familie anerkennen und gewährleisten will, *inhaltlich* in einer bestimmten soziologischen Befindlichkeit der Ehe und Familie, angesichts deren es dem Staate nötig scheint, dem Entscheidungsrecht durch Aufnahme in seine Kodifikation in der Öffentlichkeit, wie besonders in der Rechtsordnung gebührende Beachtung zu verschaffen. Unmittelbarer Gegenstand einer solchen Kodifikation ist also nicht das Entscheidungsrecht selbst, sondern der staatlich zu gewährende *Schutz* des Entscheidungsrechtes vor bestimmten ihm drohenden Gefährdungen. Das Entscheidungsrecht selbst ist vorstaatlich begründet, und zwar

aa) entweder in der *Natur der Ehe* im Sinne eines natürlichen Entscheidungsrechtes,

bb) oder in der *positiv-göttlichen Schöpfungsordnung*, wobei diese selbst wieder entweder Deklaration eines unmittelbar mit dem Menschen und seinen Gemeinschaften mitgesetzten Rechtssachverhaltes oder positive Rechtskonstitution einer naturrechtlich noch nicht letztbestimmten Sachlage ist.

C. Natürliches und positiv-gesetztes Entscheidungsrecht in der Gleichberechtigungsdiskussion

Bei der doch vorwiegend rechtspolitisch gerichteten Fragestellung der Diskussion um Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht ging es weniger um die eheliche Entscheidungsbefugnis selbst, als vielmehr um deren *Kodifizierung im BGB*. So war denn aus dem Gesamtfragenkreis des Entscheidungsrechtes nur eine (verhältnismäßig kleine) Teilfrage unmittelbarer Gesprächsgegenstand. Dies ist zu beachten, will man nicht in einer rechts*politischen* Diskussion rechts*grundsätzliche* Fragen in unzulässiger Weise entschieden wissen. Denn obwohl in der Rechtspolitik immer auch über vorausgesetzte Rechtsgrundsätze entschieden wird, so kann man doch von sehr verschiedenen Grundlagen her zu einer gemeinsamen Rechtspolitik kommen. Deshalb wäre es falsch, aus gemeinsamer Rechtspolitik schon auf gemeinsame Rechtsgrundlagen zu schließen, wie umgekehrt, in der Ablehnung einer rechtspolitischen Maßnahme auch schon die Verwerfung ihrer rechtlichen Grundlagen zu sehen. In diesem Sinne ist auch bei der Diskussion um § 1354 BGB ein Dreifaches bedeutsam:

1. *Ambivalenz der vorgetragenen Meinungen.* — Grundsätzlich überprüft, erweisen sich die meisten tatsächlich über das Entscheidungsrecht und seine Begründung vorgebrachten Ansichten als mehrdeutig. Bedeutet die Forderung, § 1354 ersatzlos zu *streichen*, auch die Ablehnung eines vorstaatlichen Entscheidungsrechtes, oder soll nur gesagt sein: ein kodifiziertes sei nicht nötig, nötigenfalls werde sich die staatliche Rechtsordnung selbstredend an einem vorstaatlichen orientieren? Schließt die Forderung, die *Ablehnung* des Entscheidungsrechtes sei *explizit* zu kodifizieren, auch die Ablehnung eines vorstaatlichen ein, oder wird nur gefordert, der Staat hätte mit einem Entscheidungsrecht nichts zu schaffen? Ist schließlich die *Forderung* eines *kodifizierten* Entscheidungsrechtes begründet in der soziologischen Befindlichkeit der Ehe und Familie von heute und gestern oder in der positiven Schöpfungsordnung oder endlich in der natürlichen Rechtsgestalt der beiden Gemeinschaften?

2. *Möglichkeit praktischen Einvernehmens.* — Wenn man das Entscheidungsrecht mit ganz verschiedenen Begründungen annehmen oder ablehnen kann, ist es möglich, daß man sich praktisch einigt

über die Annahme oder Ablehnung eines Entscheidungsrechtes, obwohl man in der Begründung dazu völlig auseinander geht. Insofern etwa der Vertreter der Naturrechtslehre das Entscheidungsrecht als auch in der positiven Schöpfungsordnung deklariert anerkennt, kann er sich mit dem (evangelischen) Theologen einigen; insofern der Rechtspositivist das Entscheidungsrecht, sei es als biblisches, sei es als naturrechtliches, im soziologischen Raum wirksam weiß, können sich alle drei ins Einvernehmen setzen.

3. *Weltanschauliche Fragerichtung in der tieferen Begründung.* — Die Möglichkeit praktischen Einvernehmens kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß bei der rechtslogischen Begründung des Entscheidungsrechtes grundsätzliche Rechtsfragen, wie Staat, Schöpfungsordnung und transzendente Rechtsinstanz, berührt sind, wobei diese Rechtsfragen notwendig den Umkreis der Rechtswissenschaft übersteigen und Fragen der Weltanschauung werden. Deshalb ist die Möglichkeit praktischen Einvernehmens gerade im Hinblick auf die weltanschauliche Verschiedenheit nochmals zu überprüfen. So haben wir zunächst die weltanschaulichen Gruppierungen zu besprechen und dann in unserer eigenen Stellungnahme zu versuchen, auf die Möglichkeit praktischen Einvernehmens erneut hinzuweisen⁴.

§ 2. Die weltanschaulichen Gruppen beim Entscheidungsrecht

Die katholische Position. — Wohl am geschlossensten ist die katholische Ansicht. Sie läßt sich so zusammenfassen:

1. Das Entscheidungsrecht ist positiv-göttlicher wie auch natürlicher Rechtsordnung, wobei die positiv-göttliche die natürliche voraussetzt und wobei die natürliche auch in der positiv-göttlichen Botschaft der Bibel anklingt⁵.

⁴ Vgl. etwa WOLLE, 6; KASSELER VORSCHLÄGE: Die meisten (seit dem 1. April 1953) getroffenen Entscheide laufen „auch bei extrem verschiedener Begründung praktisch auf das gleiche“ hinaus. Vgl. HARTMANN, Scholastik 54/463.

⁵ (1) „Die wesentlichen Rechtsbeziehungen in jeder Ehe und Familie sind durch die menschliche Natur selbst und den göttlichen Willen so geordnet, daß sie nicht durch die menschliche Willkür der Gatten oder den gesetzgeberischen Willen des Staates verändert werden können. Jeder, der eine Ehe eingeht, unterwirft sich dieser Ordnung. Diese Ordnung zu stützen und zu schützen, ist eine Pflicht der staatlichen Gewalt (Art. 6/1 GG).“ (2) „Die gottgewollte Ordnung von Ehe und

2. Soweit *positiv-göttlich*, hat das Entscheidungsrecht im heutigen weltanschaulich gespaltenen Deutschland zwar nicht positiv, wohl aber negativ Norm staatlicher Ehegesetzgebung zu sein:

a) *nicht positiv*, insofern jenen Staatsbürgern, die sich einer positiv-göttlichen Schöpfungsordnung nicht unterworfen erachten, staatlicherseits nicht diese positiv-göttliche Ordnung und damit auch nicht ein positiv-göttliches Entscheidungsrecht als Norm einer (wenigstens mittelbar erzwingbaren) staatlichen Ehegesetzgebung zuzumuten ist⁶;

Familie verlangt zur wirksamen Hinordnung ihrer Glieder auf das Wohl des häuslichen Gemeinwesens eine in ihr selbst wurzelnde und sich auswirkende Autorität. Diese Autorität ist ursprünglich und ihrer Natur nach früher als die Autorität des Staates. Die letztere ist gegenüber der Ordnung von Ehe und Familie nur subsidiär.“ (3) „Der naturgemäße Träger der von dem Ehe-Ordnungs-Prinzip geforderten Autorität ist der Mann und Vater.“ (4) „Unter der Voraussetzung, daß grundsätzlich die [nicht geschichtlich gewordene, sondern wesentliche] Autorität des Mannes und Vaters anerkannt bleibt, können Grad und Art ihrer Geltendmachung je nach den persönlichen, örtlichen und zeitlichen Verhältnissen verschiedene Formen annehmen“ (BISCHÖFE, 12. 1. 52). Dieses ist „die natürliche Ordnung, wie sie mit der Menschennatur verbunden ist, wie sie sich in den christlichen Völkern entwickelt hat, wie sie in der biblischen Lehre klar zum Ausdruck kommt und sie ständig vom kirchlichen Lehramt verkündet worden ist“ (BISCHÖFE, 15. 4. 52). Vgl. S. 176.

Zur Unterscheidung des traditionellen und wesentlichen Elementes beim ER: „Bei bestehender Ehe ist das Übergewicht des Vaters in der Natur der Dinge begründet, in der Natur selbst, von der Jahrhunderte hindurch unsere abendländische Auffassung ausgegangen ist, es auch heute noch tut und es weiter wird tun müssen“ (HK, Mai 51/90). (Es geht also nicht um die Tradition als solche, sondern um die Natur, insofern sie sich in der Tradition durchhält.) Die kath. Auffassung deckt sich also hierin weitgehend mit jener der Juristen (vgl. DÜRIG, 54/4a bb; SCHEUNER, 47; 52; siehe S. 177). Vgl. auch HIRSCHMANN, Anm. 165 (S. 180).

⁶ „Den Vertretern der kirchlichen Forderungen geht es nicht um die gesetzliche Sicherung der „christlichen Gestalt“ der Ehe, sondern ihrer „Wesensordnung“ (HIRSCHMANN, HK 54/342b; HK 53/277a; 280a; MÖRSDORF, 55/119b). Wenn es daher im SPD-ENTWURF heißt: „Niemand soll gezwungen werden, etwa nach kirchlichen oder religiösen Grundsätzen zu leben, die er nicht teilt“ (38), so denkt niemand daran. Wenn es aber weiter heißt: „Die von kirchlichen oder anderen religiösen Institutionen aufgestellten Grundsätze für die Ausgestaltung des Ehe- und Familienlebens können daher nicht Gegenstand der Zivilehe sein“, so unterläuft hier ein bedenklicher Kurzschluß. Die Kirchen brauchen ja nicht unbedingt Grundsätze aufzustellen, die spezifisch religiöser Art sind. Sie haben politisch das gleiche Recht, Grundsätze allgemein menschlicher Gültigkeit aufzustellen, wie es auch die SPD für sich beansprucht. Dabei haben sie selbstverständlich deren allgemeine Gültigkeit zu beweisen. Ob man dann aber den Beweis als stichhaltig anerkennt oder nicht: jedenfalls kann man nicht einfach behaupten, Grundsätze gelten allein schon deshalb nicht allgemein, weil es Kirchen waren, die sie aufstellten. Man hat in jedem Fall den Inhalt solcher Sätze und dessen Begründung zu prüfen, namentlich wie weit er einen „auch naturrechtlich zu verstehenden Bestand grundlegender Humanitas“ (vgl. SCHEUNER, 45) enthält. (Wer sich in den kath. Lehräußerungen auskennt, weiß, wie sehr sie gerade in Ehe- und Familienfragen diesen Bestand grundlegender Humanitas betonen.) Nun sind die Vertreter der kath. Anschauung der Ansicht, das ER des Mannes und Vaters ergebe sich aus dem Wesen nicht etwa der christlichen, sondern der Ehe schlechthin. Unter dieser Voraussetzung (die selbstverständlich zu beweisen ist) können sie daher mit Recht sagen: „Es ist irrig, zu unterstellen, dem Nichtchristen werde durch die staatsgesetzliche Anerkennung der hierarchischen Zuordnung der Ehegatten eine christliche Ordnung aufgezwungen“ (MÖRSDORF, 55/119b).

b) wohl aber *negativ*, insofern auch den nicht gläubigen Bürgern eine Staatsordnung zumutbar bleibt, die es ihren gläubigen Mitbürgern möglich sein läßt, den positiv-göttlichen Verpflichtungen allgemein, wie besonders in Ehe und Familie nachzuleben⁷.

3. Soweit *naturrechtlich* (also auch insofern die positiv-göttliche Ordnung Naturrechtliches deklariert), ist das Entscheidungsrecht dem Staate unbedingt vorgegeben, und kann er mindestens nicht positiv dagegen verstoßen⁸.

4. Ob er es *auch positiv* zu kodifizieren habe, war anfangs strittig. Niemand behauptete, das natürliche Entscheidungsrecht als solches fordere auch unmittelbar seine Positivierung⁹. Deshalb verlangten einige, § 1354 BGB sei für die heutige soziologische Struktur zu streichen¹⁰. Die Mehrzahl sprach sich aber für die Kodifizierung des Entscheidungsrechtes aus als für dessen im heutigen Deutschland naturrechtlich geforderten Schutz¹¹.

⁷ „Der Staat ist verpflichtet, jene Voraussetzungen rechtlicher Art zu schützen und zu schaffen, die es den einzelnen Bürgern nicht unmöglich machen, im Geist der Bergpredigt und des Beispiels des Herrn zu leben“ (HIRSCHMANN, GuL 57/184). Vgl. SPD-ENTWURF, 38; 49; SCHUMANN, Fragen V/2f.; DEHLER, BTDeb. II/483 A (dazu HIRSCHMANN, HK 54/340a).

⁸ „Der sachliche Gehalt [der biblischen Aussagen bes. bei Paulus über das ER] ist [unbeachtet gewisser kulturhistorischer Färbung] Offenbarungsgut, ist näherhin göttliches Recht, woran das menschliche Recht aller Orten und Zeiten unlöslich gebunden bleibt“ (v. NELL-BREUNING, Frau 216; vgl. BOSCH, FRR 91; 96; HIRSCHMANN, Referat 6).

⁹ Man kann „sicher sagen, daß die naturrechtliche Forderung des ER des Mannes noch nicht die naturrechtliche Forderung nach seiner Positivierung einschließt“ (HIRSCHMANN, HK 53/280a).

¹⁰ Vor allem KRÜGER (bes. DRiZ 53/83b Anm. 10). Ihre juristische Argumentation (über die Verfassungswidrigkeit etwa des positivierten ER) überzeugt nicht (vgl. BEITZKE, JZ 52/744); ihre theologische noch weniger (vgl. BOSCH, SH 10 Anm. 6; 19 Anm. 68; 22 Anm. 91). Ferner KRAUSS-FLATTEN, Caritas 52/197; vgl. auch Caritas 51/101; HK (Juni) 51/375b. Im übrigen vgl. Bibliographie (S. 490). Einige theol. Irrtümer sind richtig gestellt von HIRSCHMANN, HK 53/278b; vgl. GuL 53/41 (3); Referat 5. Vgl. auch die Auseinandersetzung MÖRSDORF-HÄRING (55/119; 248). Die Kritik MÖRSDORFS besteht mindestens insofern zu recht, als HÄRING 1. unter dem Einfluß jener Auffassung vom bloßen „Liebesgehorsam“ der Frau steht als einer nur religiös-sittlich, nicht aber streng naturrechtlich geschuldeten Unterordnung und damit im Zusammenhang 2. jene Ansicht, welche die Entscheidungsbefugnis des Mannes als durch die staatliche Rechtsordnung überhaupt nicht schützbar erachtet, wenn vielleicht auch nicht selber vertritt, so ihr doch Vorschub leistet (wie die Berufung der KASSELER VORSCHLÄGE auf HÄRING deutlich beweist). Vgl. MÖRSDORF in Anm. 50; FLATTEN, 506.

Allzu häufig ist auch can. 1111 (und 1113) CIC mißverstanden worden: WOLLE, 13; SCHMID, 26; FLATTEN, HK (Juni) 51/375b (vgl. BORGMANN, Caritas 51/101); KRAUS-FLATTEN, Caritas 52/197; KRÜGER, DRiZ 53/82; VEREINIGUNG WEIBLICHER JURISTEN, IFS 41b; 42b; FRAUENAUSSCHUSS FDP, IF Feb. 57/4b. MENZEL, BTDeb. I/11070 D; zur Richtigstellung: RISK; MÖRSDORF, 54/26ff.; BOSCH, NRO 67 Anm. 158; HIRSCHMANN, Referat 7.

¹¹ Vor allem betonten die BISCHÖFE die Notwendigkeit, überhaupt einmal „an der Formulierung von Ordnungsgrundsätzen für Ehe und Familie im künftigen Gesetze“ festzuhalten. Dabei „handelt es sich — wie Papst Pius XI. in der Ehe-Enzyklika (N. 28) autoritativ festgestellt hat —

Die evangelischen Christen. — Ihrer allgemeinen Lehrhaltung gemäß sahen die evangelischen Christen von einem natürlichen Entscheidungsrecht ab. Über ein *biblisch begründetes* gingen sie auseinander¹². Die einen sahen darin ein Wesenselement der Ehe und traten deshalb für § 1354¹³, jedenfalls für § 1628 BGB ein¹⁴. Die andern sahen in der patriarchalischen Ehe der Bibel eine Gegebenheit, kein Gebot¹⁵ und wollten für die heutige Ordnung das Entscheidungsrecht gestrichen wissen¹⁶.

Die außerkirchlichen Kreise. — Außerkirchliche und kirchlich nicht beeinflusste politische Richtungen¹⁷ kamen kaum auf ein vorstaatlich begründetes Entscheidungsrecht. Wenn sie schon *vorstaatliche Rechte* betonten, dann zweifellos mehr jene der Einzelperson als jene der Gemeinschaften, wobei die Gefahr individualistischer Verzerrung

um das „von Gott selbst erlassene und bekräftigte Grundgesetz“ der Ehe und Familie. Schon diese Formulierung „Grundgesetz“ beweist, daß die Einwendungen derer unrichtig sind, die meinen, es handle sich nur um eine sittliche Forderung, keineswegs aber um rechtlich relevante Fragen. Ebenso wie jede andere Gemeinschaft verlangt auch die Ehe- und Familiengemeinschaft eine rechtliche Autorität, ohne die sie in ihrer Existenz gefährdet ist — und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es sich um eine „christliche Ehe“ oder nur um eine „Naturehe“ handelt. Allgemein in der Natur des Menschen und menschlicher Gemeinschaften begründete Ordnungsgrundsätze müssen im Gesetze festgehalten und dürfen nicht aus dem Gesetze entfernt werden“ (30. 1. 53; IFS 5b). Vgl. Entschliefungen der KATH. SOZIALEN WOCHEN (München 1951): „Eine Lösung, die den Satz der hl. Schrift: ‚Der Mann ist das Haupt der Frau‘ für die rechtliche Ordnung von Ehe und Familie grundsätzlich verwirft, ist für das kath. Gewissen untragbar“ (Abschnitt IX, 3; 4; bei BOSCH, FRR 67; 92 Anm. 34). Zur rechtspolitischen Frage: v. NELL-BREUNING, 7; 11; W I/318; HIRSCHMANN, Referat 5; MÜRS DORF, 55/119. Ferner DESCHENAUX, 442 Anm. 42.

¹² Zum Stand der Meinungen vgl. KARRENBURG und PATHE, Eherecht 67—78; RANKE (besonders über § 1354 und 1628 BGB), Eherecht 53—66. Dazu Beschluß der EHERECHTSKOMMISSION (24/25. 9. 54), wobei man sich auf Streichung von § 1354 einigt, aber nach wie vor bezügl. § 1628 auseinander geht (FRR 61—66; 54/232ff.; im übrigen vgl. Bibliographie [S. 491]).

¹³ ALTMANN, 18ff.; ALTHAUS, 205b; vorsichtig WILKENS, 53. Vgl. auch SCHUMANN, Informationsblatt 52/90; SCHWARZHAUPT (nur referierend), 57/33b. Wenigstens trat man entschieden für die biblisch-sittliche Unterordnung der Frau ein: „Es geht demnach weniger um die Unterordnung als solche, als vielmehr um die Frage, ob sich hier ein vorgefundenes Wesenselement der Ehe in der staatlichen Rechtssetzung auszuprägen hat, oder ob das Unterordnungsgebot seinen Platz ausschließlich in dem der Rechtssetzung unzugänglichen Bereich gegenseitiger Verpflichtung von Mann und Frau findet“ (WILKENS, 53).

¹⁴ Vgl. vor allem RAT der EKD (22. 3. 52), FRR 13; EHERECHTSKOMMISSION (1952), FRR 13; (1953), FRR 28; (1954), FRR 63.

¹⁵ PAULSEN (vgl. Eherecht 68 Anm. 2).

¹⁶ EVANG. FRAUENARBEIT, IFS 31ff.; IF Jan. 57/9b f.; KASSELER VORSCHLÄGE; SCHWARZHAUPT, BTDeb. II/499 C; III/11773 C; 11787 C.

¹⁷ Man nehme als Beispiele WOLLE, SPD-ENTWURF; DRESSLER. Dazu die verschiedenen Verbände (vgl. IF).

vorstaatlicher Individualrechte naturgemäß stärker als anderswo drohte. So ist es verständlich, daß in diesen Kreisen besonders eifrig gegen § 1354 BGB gekämpft wurde¹⁸.

Auch die *Juristen* als Wissenschaftler begründeten ein zu kodifizierendes Entscheidungsrecht verhältnismäßig selten aus einem vorstaatlichen Autoritätsrecht vorstaatlicher Gemeinschaften. Meist begnügte man sich, durchaus positivistisch, eine traditionell oder soziologisch vorgegebene Ehe, in der man faktisch eben ein Entscheidungsrecht vorfand, heranzuziehen¹⁹. Selbst wer das Entscheidungsrecht als solches und die Notwendigkeit, dessen Träger innerhalb der Gatten zu suchen, aus der Natur der Ehe als Zweiergemeinschaft ableitete, war geneigt, mindestens im Mann als Träger nur das Ergebnis von Wertungen religiöser oder historischer Art zu sehen²⁰.

§ 3. Der vermittelnde Standort

Aus dem Aufweis, das Entscheidungsrecht sei als Wesensbegriff gemeinschaftsnotwendiger innerer Gemeinschaftsautorität selber notwendig, wobei die Ehe, als mit der Natur von Mann und Frau notwendig mitgestiftet, naturnotwendige Gemeinschaft ist, folgt: das

¹⁸ Vgl. die Stellungnahmen in IF, wo im Zusammenhang mit dem ER als häufigstes Wort „Bestürzung“ vorkommt. Selbstverständlich melden sich hier nicht nur rationale Gründe an. So fragt sich SCHUMANN, ob nicht Urmächte aktiviert werden, die sich gegen die abendländische Geschichte beherrschende patriarchalische Eheauffassung auflehnen (Fragen V/18): „Wir werden uns darüber klar sein müssen: bei dem Versuch der Änderung des Ehegesetzes werden gerade in unserem heutigen geistig-politischen Raum eine Fülle von ideologisch-dynamischen Motiven ins Spiel gesetzt, die oft unterbewußt gesteuert sind und Zielen zudrängen, die mit bewußtem Willen vielleicht niemand anstrebt“ (V/24). SCHEFFLER spricht vom „gefühlsmäßigen Widerstand der Männer (DJT 22; vgl. ULMER, 37). HIRSCHMANN stellt fest: „Der Ton vieler Ausführungen verrät irrationale Tiefen, die der Sachlichkeit wenig dienen. Der gute Wille der Beteiligten mag allseits vorhanden sein — er allein reicht nicht aus“ (HK 53/282b). Vgl. DOMBOIS, FRR 78; WOLLE, 5.

¹⁹ Vgl. SPANNER: „Zu § 1354 BGB sei die Feststellung von BEITZKE [Gleichheit von Mann und Frau, in: NEUMANN-NIPPERDEY-SCHEUNER, 226f.] unterstrichen, daß schon aus praktischen Gründen sich eine gewisse Vorrangstellung eines Ehepartners nicht vermeiden lassen wird, wozu bemerkt sei, daß auch die traditionell überkommene Ehe, wie sie im Art. 6 GG geschützt wird, zu einer solchen Auffassung hinführt. Auf diesen Umstand weist BEITZKE (231f.) richtig hin“ (57/157b; vgl. K. WEBER, BTDeb. III/11769 A; B; zu BEITZKE auch SCHEUNER, 54). Dazu HÜBNER, SCHWOERER (Anm. 162 [S. 99]); HEDEMANN (S. 100); BEITZKE, 58/8b (4).

²⁰ So DÜRIG, 54/4b (cc). GERKEN spricht von der „präjuristischen, außerverfassungsmäßigen Auffassung der Entscheidungsgewalt des Mannes“, die er als „so starke dogmatische Bindung“ nicht für gesetzlich normierbar hält (MDR 53/330a; vgl. Anm. 43), während es DÜRIG für unverständlich hält, „diese von Offenbarungswegen vorgegebene Ordnung, die im positiven Gesetz verwirklicht bleiben soll, als „metajuristisch“ zu bezeichnen (54/4b cc); ähnlich (gegen GERKEN) LG Duisburg, SH 61b; (zu DÜRIG vgl. S. 187).

eheliche Entscheidungsrecht ist ein im eben dargelegten Sinne naturhaft begründetes Recht²¹.

Derart verstehen und vertreten wir ein natürliches Entscheidungsrecht. Dabei bleibt die Frage, ob dieses natürliche Recht in einer positiv-göttlichen Ordnung deklariert sei, gänzlich dahingestellt, also völlig offen. Damit ist unsere Stellung in ihrer positiven Fragerichtung mit der katholischen Position durchgängig, weitgehend wohl auch mit jener der evangelischen Christen vereinbar, bleibt aber beiden gegenüber notwendig ergänzungsbedürftig²².

Ausgeschlossen wird nur ein eigentlich staatlich-geschaffenes Entscheidungsrecht. Denn ein eheliches Entscheidungsrecht als Staatsgeschöpf machte die Familie notwendig zur Staatsfamilie, kämen ihr doch unter dieser Voraussetzung wesenseigene Funktionen erst von staatswegen zu und würde damit die Familie in ihrem innern Wesensbestand vom Staate (wenigstens mit)konstituiert. Damit aber wäre der Mensch, der tiefer *ens coniugale et familiale* denn *ens civile* ist, in seinem Wesenaufbau entwürdigt.

Obschon manche Vorschläge in ihren weiteren — wohl ungewollten und offenbar unbewußten — Folgerungen einer solchen Staatsfamilie nicht unbedenklich nahe rücken, hat doch niemand diese Meinung ausdrücklich vertreten. Wer diese Ansicht überhaupt erwog, erwog sie, um sie umso entschiedener abzulehnen. So brauchen wir uns hier nicht weiter mit ihr auseinanderzusetzen²³.

²¹ Vgl. S. 169.

²² Diese Ergänzung ist vor allem bei REIDICK zu finden; vgl. auch HIRSCHMANN, *GuL* 53/39—43; RAHNER, *Der Mann. Für die evang. Sicht* vgl. etwa RENGSTORF; REISER; GREEVEN, KÖBERLE, A.: *Vatergott, Väterlichkeit und Vaterkomplex im christlichen Glauben*, in BITTER. Im übrigen Bibliographie (S. 492).

²³ Immerhin wäre es der Mühe wert, einmal die unausrottbaren Mißverständnisse und Fehlformulierungen um das ER auf ihre tieferen Wurzeln zurückzuverfolgen. Den aufmerksamen Leser der *BTDeb.* III stimmt es nach-, ja bedenklich, wenn er immer wieder auf die alten Mißverständnisse stößt. So heißt es etwa: „Bei der inneren Ordnung der Ehe, deren Grundlagen durch das ER mitgestaltet werden, handelt es sich um eine sittliche Ordnung.“ Damit entzieht „es sich der Zuständigkeit des Gerichtes bzw. Gesetzgebers, hier a priori ein für allemal und für alle Lebensverhältnisse gültig eine Letztentscheidungsrecht zu setzen.“ (WITTROCK, *BTDeb.* III/11 770 C) ... „Der Gesetzgeber auferlegte eine Letztverantwortlichkeit für die Leistung der Familie“ (11 771 A); ... „Übertragung eines echten Rechtes wie des ER“ (D). Das *VormG* kann einen Elternteil ermächtigen ... (METZGER, 11 795 B). „Das Verständnis christlicher Tradition“ stammt „aus einer Ordnung, die dem staatlichen Recht vorgegeben ist, die aber nicht durch staatliches Recht gestaltet werden kann“ (SCHWARZHAUPT, 11 774 B). All dies war schon längst richtiggestellt worden (vgl. etwa H. WEBER, *BTDeb.* II/514 A).

In Wahrheit wird nicht die innere Ordnung der Ehe, geschweige deren Grundlagen durch das ER mitgestaltet (vgl. S. 290), wird das ER ausgerechnet weder (staatlich) gesetzt, noch vom Gesetzgeber übertragen, noch von ihm Letztverantwortung auferlegt, noch vom *VormG*

Statt dessen sei versucht, von unserem eigenen Standort aus, der innerhalb der Überschneidungsfläche der drei weltanschaulichen Kreise liegt, diese Überschneidungsfläche etwas deutlicher zu machen, um so die grundsätzliche Möglichkeit praktischen Einvernehmens bezüglich des ehelichen Entscheidungsrechtes freizulegen und damit auch schon das Einvernehmen in der praktisch bedeutsameren Frage nach dem Träger des Entscheidungsrechtes wenigstens anzubahnen. In diesem Bemühen greifen wir je auf ein Kennwort der genannten Richtungen zurück.

Ergebnis

1. Mit der natürlichen Rechtsgestalt der Ehe und Familie und ihrer innergemeinschaftlichen Autorität (als innerem Formprinzip) ist auch ein *natürliches Entscheidungsrecht* mitgestiftet.

2. Über die *rechtspraktischen Folgerungen* aus dieser Grundeinsicht scheint, ungeachtet der weltanschaulichen Verschiedenheit in der Grundeinsicht selbst, ein gewisses Einvernehmen möglich.

A. Die hierarchische Struktur

Die bedeutendste *katholische* Arbeit zum Entscheidungsrecht ist die ausgezeichnete Untersuchung *Reidicks* über „die hierarchische Struktur der Ehe²⁴“. Da sie im Ergebnis mit uns weitgehend übereinkommt, ist hier besonders sorgfältig ihr Eigenes, das aus der Sicht des Naturrechtes Bemerkenswerte und das davon Abweichende herauszustellen.

I. Die *Eigenart* läßt sich so wiedergeben:

1. Aus der theologisch-biblisch erschlossenen *Ursprungshierarchie der Geschlechter*, wonach die Frau aus der Seite des Mannes erschaffen ward, folgt die seinsmäßig hierarchische Zuordnung und damit die

ein Elternteil ermächtigt, noch überhaupt die tiefer begründete Ordnung der Ehe und Familie gestaltet. Sondern der Staat stellt hier grundsätzlich nur fest, daß Recht, Ermächtigung, Verantwortung schon da ist, schützt das festgestellte Recht und die vorgegebene Gestaltung vor Mißbrauch und behaftet den, den er mit Verantwortung belehnt erkennt. Solche Formulierungen zeigen nicht nur, wie sehr der Blick für die Eigenart des ER, wie überhaupt für elementare Rechtsgrundfragen (vgl. HIRSCHMANN, HK 53/281a) fehlt, sondern auch wie sehr man immer noch in den Kategorien der „Staatsfamilie“ denkt, selbst wenn man sie ablehnt. Vgl. Anm. 50,

²⁴ Vgl. HIRSCHMANN, HK 54/343a; MÖRSDORF, 54/25ff.; KRAUSS, 54/24. Auch RENGSTORF nennt die Arbeit ein „kluges und gründliches Buch“ (FRR 36 Anm. 5).

ontische Einheit von Mann und Frau überhaupt. Insofern die Ehe die Mann-Frau-Beziehung katexochen ist, ist hierarchische Zuordnung Formprinzip auch und gerade der Ehe²⁵.

2. Das Besondere der Ehe besteht darin, daß die *seinsmäßig* zuordnende Geschlechtereinheit in der Ehe durch den die konkrete Ehe stiftenden Ehevertrag und das dadurch bewirkte Eheband zu einer auch *rechtlich* zuordnenden Einheit wird, auf Grund deren die Gatten einander ausschließlich und unwiderruflich zugehören.

Das Eheband als das „*Strukturgesetz* der ehelichen Geschlechts-gemeinschaft²⁶“ bewirkt nämlich unmittelbar das „innere *Formgesetz* der Ehe²⁷“: die „Gleichbindung der Gatten zur ehelichen Einheit“. Daraus erwächst die ausschließlich unwiderrufliche Gattenzugehörigkeit als „*Grundrechtsverhältnis* der Ehe²⁸“. Da aber die eheliche Einheit hierarchisch zuordnend ist, bedingt das Eheband mittelbar und tiefer die Gleichbindung der Gatten an das „Medium ihrer einzigartigen Einswerdung“, nämlich an die hierarchische Struktur (als an das „*Formprinzip* für die Ehe²⁹“).

3. Ehe wird so zum „mysterium unitatis³⁰“. Ihr Grundkonstitutiv ist das hierarchische Einssein der Gatten als das Aneinandergebunden-sein und deshalb Einander-völlig-gehören. Daraus entspringen gleichunmittelbar und gleichnotwendig die weiteren Wesenskonstitutiven der Leib- und Lebensgemeinschaft. Das *Wesen der Ehe* ist also Leib-Lebensgemeinschaft auf Grund hierarchischer Gatten-einheit³¹.

II. Aus naturrechtlicher Sicht ist diese Auffassung methodisch und inhaltlich *bemerkenswert*:

1. *methodisch*, weil die Frage nach dem Träger des ehelichen Entscheidungsrechtes als schon durch die allgemeine Geschlechterhierarchie gelöst, in der Betrachtung der Ehe vorausgesetzt wird, also nicht eigens gestellt zu werden braucht.

²⁵ REIDICK, 111.

²⁶ REIDICK, 103.

²⁷ REIDICK, 118 Anm. 18.

²⁸ REIDICK, 111.

²⁹ REIDICK, 111.

³⁰ REIDICK, 7; 92. „Einheit ist das eigentliche Wesen des ehelichen Verhältnisses“ (108). Reidick hätte sich für ihre Auffassung auch auf SCHWARZ stützen können, der im Kirchenlexikon von WETZER und WELTE (1848ff.) im Art. „Ehe“ sehr stark diese eheliche Einheit hervorstellt; ebenso FUCHS im Art. „Familie“. Vgl. auch LESTAPIS, 505ff.

³¹ „Wir subsumieren beide Rechtsbeziehungen [nämlich das *ius ad corpus*, wie das Recht auf die Lebensgemeinschaft] in gleicher Weise unter das Grundrecht der Gattenzugehörigkeit“ (111).

2. *inhaltlich*, weil sie von der gewöhnlichen naturrechtlichen und kanonistischen Eheauffassung abweicht:

a) von der *kanonistischen*, insofern *Reidick* die Leib- und die Lebensgemeinschaft für die Ehe *gleichwesentlich* erachtet, während die Kanonisten zumeist die Übertragung des *ius ad corpus* zum Wesen, die Übergabe des *ius ad cohabitationem* im Sinne des *consortium vitae* aber nur zur *integritas* der Ehe erforderlich halten.

b) von der *naturrechtlichen*, insofern *Reidick* die Leib- und die Lebensgemeinschaft *gleichunmittelbar* aus dem Grundkonstitutiv ehelicher Einheit ableitet, indes die Naturrechtslehre die Lebensgemeinschaft unmittelbar aus dem Grundkonstitutiv der Leibgemeinschaft folgert, und zwar als Möglichkeitsbedingung für deren personalen Vollzug.

III. Daraus ergibt sich, inwieweit wir von *Reidick* abweichen :

1. *methodisch* : selbstverständlich kann eine Naturrechtsbetrachtung nicht die biblisch erschlossene Geschlechterhierarchie als Begründung heranziehen. Das hindert freilich an sich nicht, mit rein philosophischen Mitteln einer allgemeinen Geschlechterhierarchie nachzugehen. Wenn wir nicht diesen Weg gewählt haben, sondern lediglich das Mann-Frau-Verhältnis vom Wesen der Ehe her überdenken, geschah es aus einem negativen und positiven Grund:

a) *negativ* bieten die Ergebnisse der Geschlechteranthropologie noch keine genügende Arbeitsgrundlage. Allzusehr steht die Geschlechterfrage noch im Banne der Psychoanalyse³² oder gar der Männchen-Weibchen-Zoologie eines Kinseyrapportes³³.

b) *positiv* schien es einer rechtsphilosophischen Arbeit angepaßter, von der Gemeinschaft und von den Möglichkeitsbedingungen ihres personalen Vollzugs her nach dem Geschlechterverhältnis zu fragen. Damit ergibt sich eine grundlegend andere Fragerichtung: *Reidick* schließt von einer theologisch begründeten Geschlechterhierarchie auf eine hierarchische Ehestruktur. Wir folgern aus einer rechtsphilosophisch erschlossenen hierarchischen (das heißt autoritätsaufweisenden) Ehestruktur auf eine hierarchische Zuordnung von Mann und Frau innerhalb der Ehe.

³² Vgl. etwa GRABER: Die Frauenseele, Zürich 1951.

³³ Vgl. TRAPP, G.: Das Menschenbild eines Zoologen, *Anima* (1954) 155-164.

2. inhaltlich gehen wir mit *Reidick*

a) *einig*, insofern sie gegen die Mehrzahl der Kanonisten auch die Lebensgemeinschaft mit zum Wesen der Ehe rechnet. Die kanonistische Eheauffassung scheint eine formale Konstruktion, um die sogenannte „Gewissensehe“ als „Ehe ohne Lebensgemeinschaft“ zu ermöglichen. Da aber die Gewissensehe auch bei *Reidick* durch die einfache Unterscheidung zwischen ius und usus iuris möglich bleibt (insofern zwar bei jeder Ehe auch das ius ad cohabitationem übertragen werden muß, unter Umständen jedoch das Geltendmachen dieses Rechtes unterbleiben kann oder gar muß), fällt die Notwendigkeit der kanonistischen Ehekonstruktion dahin³⁴.

b) *nicht enig*, insofern sie das Wesen der Ehe als Leib- und Lebensgemeinschaft unmittelbar aus der Gatteneinheit ableitet. Dazu bewegen uns folgende Überlegungen:

aa) (Viel)einheit ist Wesen der Gemeinschaft überhaupt, also nichts Ehespezifisches. Ehespezifisch ist nur die besondere Dichte dieser Einheit: die ausschließliche und unwiderrufliche Zugehörigkeit. Die *Wesensfrage der Ehe* hat mithin die *innere* Begründung gerade der ehelichen Ausschließlichkeit und Unauflöslichkeit zu erfragen.

bb) der Hinweis auf den Willen Gottes, der als transzendente Rechtsinstanz die Ehe als unauflösliche und ausschließende Einheit stiftet³⁵, erbringt erst die *äußere faktische* Begründung. Es fragt sich weiter: mußte Gott die Ehe gerade als solche Einheit stiften, oder hätte er sie auch ohne diese Eigenschaften gründen können? Die Antwort darauf gibt *Reidick* nicht.

cc) die *innere notwendige Begründung* ergibt sich aber zwingend aus unserer früher dargelegten Eheauffassung³⁶, wonach Grundkonstitutiv der Ehe die Leibgemeinschaft, ihre Wesensbedingung deren personale Vollziehbarkeit und einzige Möglichkeit dazu die ausschließende und unauflösliche Lebensgemeinschaft ist.

³⁴ Die diesbezügliche Kritik von JANSSEN an REIDICK (*Ephemerides Theologicae Lovaniensis* 54/81–84) geht offensichtlich daneben. Im entscheidenden Punkt, nämlich der Möglichkeit einer Gewissensehe auch bei der Ansicht Reidicks, hat er Reidick wohl kaum verstanden.

³⁵ „Woher kommt es, daß, was durch die Übereinkunft der Brautleute begründet wurde, nicht durch die Übereinkunft der Eheleute wieder aufgehoben werden kann? Es war ein dritter Wille im Spiel ... — der Wille Gottes! Und aus diesem unwandelbaren Willen kommt dem einmal Geknüpften seine Unauflöslichkeit“ (106).

³⁶ Vgl. S. 150 (dazu die ganze Ehezweckfrage).

Frei, den Menschen als Mann und Frau zu schaffen, war nämlich Gott, den Menschen als Mann und Frau schaffend, nicht mehr frei, die Ehe, und zwar als ausschließliche und unauflösliche Lebensgemeinschaft zu stiften. Denn sonst hätte er sich in seiner Schöpfung selbst widersprechen müssen, weil anders die vom Mann-und-Frausein naturhaft geforderte Leibbegegnung nicht als die von deren Personsein geforderte Personbegegnung möglich wäre, und er so Mann und Frau ohne ihre eigene Selbstentfaltungsmöglichkeit geschaffen hätte.

Ehe ist also in ihrem Wesen nicht, wie *Reidick* meint, Leib-Lebensgemeinschaft auf Grund der Gatteneinheit, sondern *gatteneinende Lebensgemeinschaft um der grundlegenden Leibgemeinschaft willen*³⁷.

B. Das iudicium rationis

Eine Stellungnahme zu den verschiedenen evangelischen Ansichten hätte selbstredend die Naturrechtsproblematik aufzurollen, wie sie sich von der evangelisch verstandenen Schöpfungsordnung her stellt. Daran ist in dieser Arbeit natürlich nicht zu denken³⁸. Trotzdem scheint eine *gewisse Übereinkunft* der evangelischen Ansicht mit der hier vertretenen nicht zum vornherein aussichtslos.

³⁷ Auch MÖRSDORF sagt: „Die Ehe ist Lebensgemeinschaft um der Leibesgemeinschaft willen“ (DKW 51/250 a). Das Worumwillen ist aber nichts anderes als der (in diesem Falle naturhaft) intendierte Zweck. Die naturhafte Hinordnung der personalen Lebensgemeinschaft unmittelbar auf die Leibgemeinschaft und mittelbar auf die Familie zeigt treffend v. NELL-BREUNING: „Die Institution der Ehe erscheint unzweideutig angelegt in der menschlichen Natur.“ Denn es ist „ohne weiteres ersichtlich, ... daß die menschliche Fortpflanzung, um menschenwürdig zu sein, sich von der bloß animalischen Fortpflanzung eben dadurch unterscheidet, daß die beiden Menschen, die durch ihre geschlechtliche Verbindung das Leben übertragen und wiederum eine neue menschliche Person ins Dasein rufen, dies nur tun in einer Verbundenheit, in der ihre gegenseitige Hingabe menschenwürdig ist, personalen Charakter hat, und in der sie auch für das aus ihrer Verbindung hervorgehende ... neue personale Wesen, die volle Verantwortung für dessen nicht nur animalische Aufzucht, sondern auch für seine Heraufführung zu einem menschenwürdigen Dasein übernehmen“ (5f.). Vgl. DE VRIES, Nr. 352.

³⁸ Zum Problemkreis etwa FUCHS; M.-E. SCHMITT, 81ff. v. NELL-BREUNING: Kath. und evang. Soziallehre, ein Vergleich. Una Sancta Rundbrief (1956) 184–195; RAISER: Christen und Nichtchristen im Recht, in: Festschrift Smend, Göttingen 1952. Daß in unserer Frage der sachliche Unterschied vielleicht doch kleiner sein dürfte, als der Wortlaut zunächst vermuten läßt, scheinen mit folgende Äußerungen zu zeigen: DOMBOIS: „Gegen eine naturrechtliche Deutung wäre zunächst zu sagen, daß die herrschaftliche Struktur der Ehe nicht ein Naturrecht des Mannes, ein seiner Vorzüglichkeit zugemessenes Recht, Teil einer Hierarchie der Familie ist usw. Es ist vielmehr die Herrschaftlichkeit der Ehe wesentlich Ausdruck ihrer Gefallenheit. Die Hauptschaft des Mannes, auf den hin und zu dessen Gehilfin die Frau nach der Schrift geschaffen ist, verwandelt sich im Fall in die Herrschaft und muß nach dem Bilde des Verhältnisses Christi zur Gemeinde (Eph.-Brief) in die Hauptschaft des Dienstes wieder zurückgewandelt werden“ (FRR 82).

Schließlich spricht sich auch die Bibel ausdrücklich für das „*natura docet*“ aus³⁹. Andererseits kann auch das Naturrechtsdenken einmal versuchen, wie weit es gelingt, die *biblisch* vorgelegten Sachverhalte in eigenem Denkbemühen, das heißt, ohne logische Anleihe bei theologischen Wahrheiten, aufzuhellen. Denn unbeschadet dessen, daß der Theologe die Bibel von Gott, der Naturrechtsdenker vom Menschen her sieht, lesen doch beide den gleichen Text. So scheint es möglich, daß zwischen Naturrechtsdenken und evangelischem Seinsverständnis sich auch bezüglich des Entscheidungsrechtes eine gewisse Übereinstimmung erzielen läßt, so sehr man in der Begründung voneinander abweichen mag.

Wenn sich darüber hinaus die evangelische Kirche gesichert weiß, „gegen die Überheblichkeit wie gegen die Hilflosigkeit aller naturrechtlichen Programme und Ausflüchte⁴⁰“, so dürfte hier vielleicht doch ein nicht unbedingt sachgefordertes Mißverständnis des Naturrechtes mitspielen. Jedenfalls fühlt sich, wer vom Naturrecht her denkt, unmittelbar angesprochen, wenn er *Schumann* im Zusammenhang der Ehe das „*iudicium rationis*“ erwähnen hört und vernimmt: „die Reformatoren verstehen unter ‚Vernunft‘ ein Vernehmen der Eigentümlichkeit des Seienden in seinem Sein, ein Denken, das so beim Seienden weilt, daß dessen Sein sich ihm erhellt⁴¹“. Denn dieser Wortlaut scheint adäquat auszudrücken, was die Naturrechtslehre unter „*Rationalität des Naturrechtes*“ versteht. Auch ihr geht es darum, im „Gewissen“ so beim Seienden zu weilen, daß in der „gewissenhaften“ Sachanalyse sich das Seiende dem Gewissen in seinem eigenen, wahren und gottgewirkten Sein enthüllt, und dergestalt das

HIRSCHMANN: „... die geschichtlichen Formen der patriarchalischen Ehe spiegeln einen übergeschichtlichen Tatbestand. Der Sündenfall hat den schon ursprünglich vorhandenen rechtlichen Charakter der Haupt-Stellung des Mannes nur schärfer sichtbar werden lassen, da sich die Verwirklichung dieser Stellung nun nicht mehr in der Schönheit paradiesischer Liebe von Mann und Frau vollzieht ... Der sakramentale Charakter der christlichen Ehe aber kräftigt die Gatten wieder zu dieser Liebe, die sich der ursprünglichen Harmonie zubewegt“ (GuL 53/41; vgl. HK 53/280 a. Vgl. THOMAS VON AQUIN, S. Th. 1. 97. 4).

³⁹ „Die biblischen Grundeinsichten sind nicht Gesetze, die man einfach auf einen „Fall“ anwenden kann, sondern es sind sozusagen die Fluchtlinien, denen entlang gebaut werden muß. Im Einzelfall müssen dann außerdem auch noch andere Dinge eine sehr wesentliche und legitime Rolle spielen, z. B. der Grundsatz von Recht und Billigkeit und nicht zuletzt das *natura docet* (Paulus, 1. Kor. 11, 14). Sagt uns die Natur nicht schon erstaunlich viel von der Unterschiedenheit und der Zuordnung von Mann und Frau?“ (GREEVEN, Eherecht 17).

⁴⁰ RANKE (Göttinger Thesen: Kirche und Recht 51), Eherecht 65.

⁴¹ SCHUMANN, Fragen V/22; vgl. TRILLHAAS, W.: In welchem Sinn sprechen wir beim Menschen von „Natur“, Zeitschrift für Theologie und Kirche, 55/272–296, bes. 294ff.; Evang. Soziallexikon, Art.: Vernunft.

Gewissen zum Gestaltungsprinzip der Gesellschaft zu machen⁴², wobei die Naturrechtslehre als Wissenschaft nur die prinzipielle Rechtfertigung und systematische Zusammenschau dieser gewissenhaften Sachanalyse ist.

C. Die Natur der Sache

Die Natur der Sache ist bei den Juristen ein beliebter und so häufig gebrauchter Ausdruck, daß man sich des Eindrucks nur schwer erwehrt, man ziehe „die Natur der Sache“ bisweilen als dekorative und wohlfeile Etikette aus der Schublade der „termini technici“, um sich ein tieferes Eindringen unmittelbar in die Natur der Sache selbst zu ersparen. Weshalb könnte man sonst so ganz verschiedene und einander widersprechende Folgerungen aus der Natur etwa der Ehe oder der Gleichberechtigung ziehen? So sollte, wer schon „die Natur der Sache“ ins Feld führt, allein „der Natur der Sache“ wegen sich nicht leichthin der Beweislast ledig fühlen, nun auch die „Sache“ aus ihrer „Natur“ zu ergründen⁴³.

⁴² Vgl. M.-E. SCHMITT, 122; UTZ, RuG 433.

⁴³ So meint GERKEN vom positiven Recht her: „Die weitreichendsten Konzessionen im Gegensatz zum Glbsgrundsatz [zum hier unterlaufenen Mißverständnis der Glb vgl. Anm. 197 (S. 130)] in der Richtung der Abgrenzung von Reservaten wird man da machen müssen, wo es sich um die aus dem Wesen der Ehe sich ergebenden speziellen Rechte und Aufgaben (Pflichten) eines jeden Ehegatten handelt. Das ergibt sich aus der Natur der Sache. Ein Verstoß gegen den Glbsgrundsatz ist hier auch bei richtiger Würdigung der Zusammenhänge nicht vorhanden. Denn im Gesamtergebnis dieses Vergleiches über die inneren Werte der vorbehaltenen Reservate des einzelnen Ehegatten ergibt sich im Grundsätzlichen doch wieder eine wohlausgewogene Glb.“ (MDR 53/331a). [Die Fragestellung ist ausgezeichnet. Nur ist bezeichnend, daß GERKEN die Glbsfrage erst in dieser Weise stellt, nachdem er zuvor (apriori aus „dogmatischen“ Gründen; vgl. Anm. 20) das ER des Mannes als nicht kodifizierbar abgetan hatte. Ergab sich nun das gerade aus der Natur der Sache (oder selbst wieder aus dogmatischen Gründen)? Wenn man die Glbsfrage schon so stellt — und man kann sie sinnvollerweise überhaupt nur so stellen —, dann muß man auch alle einschlägigen Fragen — auch das ER — unter diesem Gesichtspunkt überprüfen. Dazu unbedingt HIRSCHMANN, Anm. 100 (S. 78)]. Vgl. BOSCH, SH 12b; 13a; 14a (mit Hinweis auf REICHEL, Gesetz und Richterspruch; MENDELSSOHN-BARTHOLDY, Das Imperium des Richters; WEINKAUFF, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland). Dazu BEITZKE, Glb 34; 40. Mehr vom Naturrecht her meint v. NELL-BREUNING: „Grundsätzlich ist es durchaus möglich, das Wesen der Sache, d. i. hier der Ehe, zu erkennen und aus dem Wesen der Sache heraus auch sachgerechte Entscheidungen zu treffen, was keineswegs ausschließt, daß es außerordentlich wünschenswert sein mag, das, was sich aus dem Wesen der Sache heraus erkennen läßt, wenn man sich unbefangen, unvoreingenommen darin versenkt, im Gesetzbuch positiviert zu finden, wodurch ... die Gefahr subjektiver Irrtümer bis zu einem gewissen, recht erheblichen Grad gemildert werden kann“ (9). Zum naturrechtlichen Begriff „Natur der Sache“ M.-E. SCHMITT, 33; LkL (Naturrecht); TRILLHAAS, 272 (Anm. 41); Ek. WOLF. Selbstverständlich ist hier nicht auf die positiv-rechtliche Problematik der „Natur der Sache“ einzugehen. Jedenfalls scheint bezeichnend, daß auch der BGH auf die „Natur der Sache“ verweist (54/19 4. Leitsatz; (E) S. 420). Zur Situation der Naturrechtsauffassung in Deutschland:

Im Maße dies geschieht, dürfte man sich *inhaltlich* einem Naturrecht nähern, das ja gerade jene aus der Natur der Sache analytisch zu ergründenden Rechtsbezüge meint. Deshalb müßte ungeachtet dessen, daß der Rechtspositivist die Natur der Sache nur inhaltlich betrachtet, indes sie der Naturrechtsdenker auch als normativ-rechtlich vorgegebene erkennt, dennoch bei gewissenhafter Sachanalyse sich beiden ein gewisser gleicher Grundinhalt als Natur der Sache enthüllen. Derart müßte sich auch, wenigstens grundsätzlich, aus der Natur der Ehe eine Übereinstimmung über das Entscheidungsrecht anbahnen lassen⁴⁴.

Ergebnis des ersten Kapitels

1. In der *Begründung des Entscheidungsrechtes* unterscheiden sich die Geister vor allem in weltanschaulicher Richtung. *Katholischerseits* wird es naturrechtlich, auf *evangelischer* Seite aus der positiv-göttlichen Schöpfungsordnung begründet. *Außerkirchlich* betrachtet man es eher als positive Rechtsschöpfung des Staates, allenfalls mit Hinweis auf eine soziologische oder historische Ehestruktur.

2. Abgesehen von der Begründung, scheint eine gewisse Übereinkunft möglich, insofern man durch das „iudicium rationis“ zur „Natur der Sache“ vorstößt und so in der Natur der Ehe als Folge des rechtsphilosophisch notwendigen Entscheidungsrechtes auch eine gewisse „*hierarchische Struktur*“ der Gatten verwirklicht erkennt.

3. Wie setzt aber die Natur der Ehe und Familie den Träger des *Entscheidungsrechtes* fest: als naturhaft bestimmten oder als positiv zu bestimmenden?

ZEIGER, J.: Naturrecht und Natur des Rechts, StdZ 149 (1952) 468—472. Beachtung verdient diesbezüglich das LG Duisburg: Was die naturrechtliche Begründung des Rechts betrifft, so steht der Richter ihr „nicht fremd, mißtrauisch, ja furchtsam“ (WEINKAUFF, 31) gegenüber, wenn er nicht zu stürmisch und nicht mit einer vereinfachenden Selbstverständlichkeit zu naturrechtlichen oder angeblich naturrechtlichen Grundsätzen greift. Ihm kommt es auf eine dem Naturrecht entsprechende Kodifizierung an“ (SH 61a). Daß man in der Eile drängender Arbeit nur zu oft dieser vereinfachenden Selbstverständlichkeit erlegen ist und darum umgekehrt oft auch „Naturrecht“ abgelehnt hat, das keines war: wer möchte es bestreiten? (Vgl. etwa LÜDERS, BTDeb. II/509 C; dazu H. WEBER, BTDeb. II/512 C). SCHEUNER, in Dombois: Recht, 36; UTZ, Brennpunkt; STRATENWERTH, G.: Das rechtstheor. Problem der „Natur der Sache“, Tübingen 1957.

⁴⁴ „Mag der einzelne dann eine solche Regelung auf das Naturrecht, das christliche Ehegesetz, die materielle Ethik [etwa von ERBE, W.: Von der angeblichen Unverbindlichkeit der Jurisprudenz, Tübingen 1948] oder bloß auf die Tatsache zurückführen, daß es ohne ein „Gemeinschaftsgesetz“ nun einmal nicht geht [wobei es sich bei dieser „aprioristischen, aber jedenfalls logischen Erkenntnis“ (RÜDEL, JR 51/744) gerade selbst wieder um eine ‚naturrechtliche Erwägung‘ handelt]“ (BOSCH, FRR 99; 58/81).

Zweites Kapitel

DIE ANSICHTEN

ÜBER DEN TRÄGER DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES

Wenn die Natur der Ehe und Familie ein Entscheidungsrecht *fordert*, dann selbstredend auch einen Träger dieses Rechtes. *Bestimmt* diese Natur aber auch schon den Träger, oder ist es auch in Ehe und Familie so wie beim Staate, dessen Natur nur innergemeinschaftliche Autorität fordert, es aber freier Vereinbarung überläßt, den Autoritätsträger zu bestimmen? Ist also das eheliche Entscheidungsrecht auch insofern ein natürliches Recht, als es einen *natürlichen* (das heißt, einen durch die Natur dieses Rechtes selbst bestimmten) *Träger* fordert? Das ist die geisterscheidende Schlüsselfrage. Ihre Lösung setzt ein Doppeltes voraus:

1. Damit die Antwort die verschlüsselte Frage wirklich aufschließt, muß sie auf die *Natur der Ehe und Familie* zurückgreifen. Nicht nur wer meint, der Träger des Entscheidungsrechtes sei schon naturhaft bestimmt, hat dies aus der Natur der Ehe zu beweisen. Auch jener, der glaubt, er sei positiv bestimmbar, hat darzutun: die Natur der Ehe bestimmt den Autoritätsträger noch nicht naturhaft, also muß er von der Natur der Ehe her gesehen noch positiv bestimmbar sein.

So fragt sich also etwa bei der Behauptung, das männliche Entscheidungsrecht sei nur „Ergebnis von Wertungen religiöser oder historischer Art“⁴⁵: bietet denn die Natur der Ehe und Familie überhaupt Spielraum für solche Wertungen? Solange dies nicht gefragt, geschweige denn bewiesen ist, bleibt die Behauptung „wertlos“.

⁴⁵ DÜRIG, 54/4b (cc). Vgl. BEITZKE (S. 472).

Denn möglicherweise ist gerade sie als (Fehl)ergebnis „rein subjektiver Wertungen“ zustandegekommen. Vielleicht wäre nämlich der Entscheidungsberechtigte durch die Natur der Ehe und Familie bestimmt gewesen. Aber der durch das Prisma eines religiösen oder historischen Apriori gebrochene Blick hätte an der Naturbestimmtheit des Entscheidungsrechtsträgers einfach vorbeigesehen.

2. Damit die Antwort die Geisterscheidung der Frage wirklich sichtbar macht, sind auch in diesem Falle die Ansichten aus einem Ordnungsganzen möglicher Meinungen zu verstehen. Dabei hat hier das Hauptgewicht auf der Kritik zu liegen. Denn die Einsicht in das Ungenügen der vorgebrachten Meinungen soll helfen, die eigene vorzubereiten.

§ 1. Der positiv zu bestimmende Träger

Je weniger man sich die Natur der Ehe aufzuhellen bemüht, desto schneller ist man bereit, den Träger des Entscheidungsrechtes positiv bestimmt sein zu lassen. So ist zum voraus zu erwarten, daß jene, die in ihrem Denken bei der (leider oft naturwidrig) *gelebten* Ehe stehen bleiben und in der Rechtskodifikation vor allem gerichtsmäßige Praktikabilität verwirklicht haben wollen, zu derartigen Ansichten neigen. Tatsächlich hat man denn auch verschiedene Vorschläge für die positive Bestimmbarkeit des Trägers vorgebracht. Sie unterscheiden sich grundlegend, je nachdem er als individuell durch die Ehegatten selbst oder als überindividuell außerhalb der Ehe bestimmbar angenommen wurde.

A. Die außereheliche Bestimmbarkeit

1. *Das rein faktische Bestimmtwerden.* — Rein faktisch wäre der Träger entweder durch die Macht der Gewohnheit (Tradition) oder der Umwelt (soziologische Befindlichkeit) bestimmt. Die einzelne Durchschnittsehe wird ja immer vor dem Hintergrund einer traditionellen Eheauffassung und unter dem Einfluß eines umweltmäßigen Eheverständnisses geschlossen. Auch die Ansicht, welche die Umwelt über das Entscheidungsrecht und seinen Träger hat, bedingt naturgemäß die Frage des Entscheidungsrechtes in der Ehe mindestens als starkes Präjudiz mit.

Andererseits ist Tradition eigentlich nur die *soziologische* Befindlichkeit im Längsschnitt, die soziologische Befindlichkeit aber bloß die in ihrer Einflußmächtigkeit allerdings nicht rückführbare Quersumme jener Kräfte, die in den vielen *einzelnen* wirksam sind. Rechtsphilosophisch können deshalb Tradition und Umwelt nicht eigentlich und ursprünglich den Träger des Entscheidungsrechtes bestimmen, sondern setzen ihn als durch ursprüngliche Kräfte bestimmt voraus.

2. *Die normative Bestimmung.* — Normativ hätte eine überindividuelle Bestimmung entweder durch die Religion oder den Staat zu geschehen, insofern nämlich diese den Anspruch erhöhen, den Träger ehelicher Autorität erstmals zu bestimmen.

a) Die *Religion* (Kirche) könnte den Träger bestimmen entweder als von Gott bestellte Kündlerin der göttlichen Botschaft oder als von Gott eingesetzte gesellschaftliche Institution:

aa) als Kündlerin der *göttlichen Botschaft* hätte sie zu zeigen, daß darin der Träger als durch Gott selber positiv bestimmter geoffenbart sei. Äußert sich aber Gott in dieser Botschaft über den Träger des Entscheidungsrechtes wirklich auch als positiver Gesetzgeber oder stellt er nur fest, was er als Stifter der natürlichen Rechtsgestalt von Ehe und Familie bereits naturhaft festgesetzt hat? Das heißt: ist in der göttlichen Botschaft der Träger positiv (erstmalig) festgesetzt oder nur (als natürlicher Träger) deklariert? Die Frage zeigt: die Annahme einer biblischen Begründung des Entscheidungsrechtes wie des Bestimmtheits seines Trägers schließt die weitere Frage nach einer natürlichen Begründung beider nicht aus, sondern fordert sie.

bb) als *gesellschaftliche Institution* bestimmte die Kirche den Träger, insofern Gott den Träger zwar nicht selber positiv bestimmt, wohl aber die Kirche ermächtigt hätte, ihrerseits den Träger positiv zu bestimmen. Nun aber ist Gott nicht nur der positiv Ermächtigende, sondern schon zuvor der Stifter der Natur von Ehe und Familie und kann sich in beiden Eigenschaften nicht widersprechen. Daher wird positives Ermächtigtsein überhaupt erst innerlich möglich, wenn die Natur der Ehe und Familie dieses Ermächtigtsein zuläßt, das heißt, wenn der Stifter der Ehe nicht bereits als transzendente Rechtsinstanz im natürlichen Rechtsgefüge der Ehe mit dem natürlichen Entscheidungsrecht zugleich auch einen natürlichen Träger dieses Rechtes bestimmt hat.

Daß die Kirche weder als K nderin der Offenbarung, noch als gesellschaftliche Institution den Träger des Entscheidungsrechtes bestimmen kann, läßt sich aus früher Gesagtem⁴⁶ leicht ermitteln. Wenn nämlich Gott, indem er Mann und Frau schuf, zugleich Ehe und Familie stiften mußte, dann mußte er auch, indem er das Mann- und Frausein als *natürliche* Eigenschaften schuf, Ehe und Familie als *natürliche* Gemeinschaften stiften. Natürliche Gemeinschaften sind aber nur gegeben, wenn sämtliche Wesenselemente dieser Gemeinschaften bereits mit der Natur des Menschen mitgestiftet sind, so daß es zu deren Konstituierung nicht noch eines zusätzlichen über-natürlichen Eingreifens (sei es Gottes in seiner Offenbarung und in der Verkündigung dieser Offenbarung durch die Kirche; sei es der Kirche als über-natürlicher Gemeinschaft positiv-göttlichen Rechts) bedarf. Das positive Bestimmen des Trägers durch die Kirche (sei es als K nderin der Offenbarung, sei es als gesellschaftliche Institution) wäre aber gerade ein derartiger Eingriff, der Ehe und Familie als natürliche Rechtsgemeinschaft aufh be.

(Selbstverständlich kann aber 1. die Offenbarung darüber hinaus, daß sie bestimmte Aussagen über Rechtsverhältnisse der Menschen macht, auch sagen, daß ihnen diese Rechtsverhältnisse von Natur zukommen; 2. die Kirche als K nderin dieser Offenbarung — wozu sie etwa nach katholischem Glaubensverständnis berufen ist — solche Aussagen authentisch interpretieren, gegebenenfalls also erklären, der Träger des Entscheidungsrechtes sei in der Offenbarung als naturhaft bestimmter enthalten oder vorausgesetzt, und eben damit den Träger als naturhaft bestimmten deklarieren.)

b) Der *Staat* hätte seinen Anspruch, in eigener Machtvollkommenheit zu bestimmen, ob er, ob Gatte oder Gattin oder die Gatten gemeinsam das eheliche Entscheidungsrecht zu verwalten hätten, entweder ebenfalls aus positiv-göttlicher Ermächtigung oder aus seiner eigenen Natur zu begründen.

⁴⁶ Vgl. S. 183. Unmittelbar folgend ist nach dem Zusammenhang „natürlich“ im Gegensatz zu „ bernat rlich“ (dem Menschen nur als ungeschuldete Gnade des sich frei mitteilenden Gottes zukommend, also die Natur des Menschen wesenhaft übersteigend) zu verstehen. Es wird also zunächst nur die Dazwischenkunft einer Autorität übernatürlicher Bewandnis für die Bestimmung des Trägers des ER ausgeschlossen. Erst im 2. Schritt wird auch ein Dazwischentreten des Staates abgelehnt — und damit jedes Eingreifen von außen. Schließlich wird in einem 3. Schritt auch noch das Selbst-Bestimmenk nnen der Eheleute ausgeschieden — (S. 194 ff.) — mithin ein positives Eingreifen überhaupt.

aa) Eine *positiv-göttliche Ermächtigung* hätte in diesem Falle mit der Natur nicht nur der Ehe und Familie, sondern auch des Staates in Einklang zu stehen. Denn Gott kann nicht als positiver Gesetzgeber den Staat zu etwas ermächtigen, was der Natur des Staates, die er als transzendente Rechtsinstanz selber gestiftet hat, widerspricht. Widerspricht es aber nicht derart der Natur des Staates, den Träger des ehelichen Entscheidungsrechtes zu bestimmen, daß Gott den Staat dazu gar nicht zu ermächtigen vermöchte, ohne zugleich die Natur des Staates wie der Ehe wie des Menschen aufheben zu müssen? So ist auch bei solchen Gedankengängen grundlegend zu fragen, ob nicht der Träger des Entscheidungsrechtes unabdingbar mit der Natur des ehelichen Entscheidungsrechtes verknüpft ist, so daß keine positive Ermächtigung über diese Verknüpfung hinweggehen kann.

bb) Aus der *Natur des Staates* hätte festzustehen, es gehöre zu den natürlichen Funktionen des Staates, auch den Träger des ehelichen Entscheidungsrechtes zu bestimmen. Das Entscheidungsrecht selbst wäre also ein natürliches Recht der Ehe (das heißt, in der Natur der Ehe begründet); die positive Bestimmung des Trägers dieses Rechtes wäre aber ein *natürliches Recht des Staates* (das heißt, in der Natur des Staates begründet).

Wenngleich gerade bei solchen Erörterungen die Ansichten kaum unterscheiden zwischen einem staatlich-begründeten Entscheidungsrecht und einem staatlich-bestimmten Träger eines vorstaatlich-begründeten Entscheidungsrechtes, so ist doch der rechtsphilosophische Wesensunterschied beider Auffassungen nicht zu verkennen:

Beim *staatlich-begründeten* Entscheidungsrecht geht es wirklich um die Staatsfamilie. Denn staatlich-begründet, wäre die eheliche Autorität *Delegation* der staatlichen, die Ehe mithin durch Staatsautorität konstituiert und geleitet: ein Ableger des Staates.

Beim *staatlich-bestimmten* Träger wäre das Entscheidungsrecht selbst in der Natur der Ehe begründet, so daß Ehe und Familie natürliche Rechtsgemeinschaften blieben. Der Staat verleihe auch nicht dem Träger das Recht; er bezeichne bloß, wem von der Ehe her (durch deren transzendente Rechtsinstanz) die Autorität verliehen werde. Diese staatliche Bezeichnung wäre aber keine bloße Feststellung (*Deklaration*) bereits verliehener Rechte, sondern selbst notwendige Vorbedingung für die Rechtsverleihung (*Designation*).

Solche Designation höbe die Ehe zwar nicht als natürliche⁴⁷, wohl aber als *vorstaatliche*, das heißt als seinshaft staatsfrühere (Rechts-)gemeinschaft auf. Als Vorbedingung der Rechtsverleihung wäre nämlich der Staatseingriff *conditio sine qua non* für die Konstituierung der Ehe, nicht bloß Hilfe (*subsidium*), Ehe und Familie als bereits konstituierte Rechtsgemeinschaften zu erhalten und zu fördern. Ein solches Eingreifen widerspräche aber der Natur des Staates wie jener der Ehe und Familie⁴⁸.

Ausdrücklich vertrat denn auch kaum jemand diese Ansicht. Indes wurde sie gelegentlich jenen unterstellt, die für ein staatlich-kodifiziertes Entscheidungsrecht eintraten, als ob dadurch „dem Manne kraft gesetzlicher Vorschrift“ vom Gesetzgeber Autorität verliehen werde, und so die Autorität nicht von innen her begründet sei⁴⁹. Hier handelt es sich um ein (nicht unbedingt sachgefordertes) Mißverständnis, das wohl eher in rhetorischen Zweckmäßigkeitserwägungen begründet war. Freilich haben umgekehrt manche Formulierungsfehler in der Fassung und Begründung⁵⁰ des § 1354 BGB dieses Miß-

⁴⁷ Mindestens insofern der Begriff einer „Gemeinschaft, die einerseits mit der Natur des Menschen mitgestiftet (insofern ‚natürlich‘) wäre und damit eo ipso auch eine naturrechtlich begründete Autorität haben müßte, die aber andererseits den Träger dieser Autorität sich durch die Rechtsinstanz einer andern (natürlichen) Gemeinschaft hätte bestimmen zu lassen“ nicht ohne weiteres innerlich widerspruchsvoll scheint.

⁴⁸ Nach dieser Ansicht wären Ehe und Familie extrinsece-primär staatsabhängig: nur extrinsece, weil nicht ursächlich (denn das ER wäre ja von innen her konstituiert und sein Träger von innen her ermächtigt); aber doch primär, weil schlechthin notwendig für die Konstituierung. — In Wirklichkeit sind Ehe und Familie a) intrinsece-subsidiär staatsabhängig (d. h. zufolge ihrer Natur als bereits konstituierter auf das Subsidium des Staates angewiesen); b) extrinsece-primär staatsnotwendig (nämlich als *conditio sine qua non* für die *causa materialis* des Staates (vgl. S. 122)). Vgl. Anm. 98.

Zur rechtsphilosophischen Unmöglichkeit dieser Ansicht kommt die psychologische: Bei einem derart gesetzlich auch nur bezeichneten (aber eben doch designierten und nicht bloß konstatierten und deklarierten) Träger wäre weder das ER richtig zu verwalten noch die Ehe als Intimgemeinschaft zu leben. Insofern lehnen jene, die das innere Begründetsein des ER mißverstehen oder leugnen und dann zwangsläufig das ER einem Träger „von Gesetzes wegen“ übertragen müssen, ihr so mißverstandenes ER mit Recht ab (vgl. Anm. 23).

⁴⁹ METZGER, BTDeb. II/494 C. Ebenso die „Diktatur von Gesetzes wegen“ (DJT 94).

⁵⁰ Vgl. S. 361. „Der Schutz der Ehe verlange in jedem Fall, daß sie vom Gesetz her fähig gemacht werde, erforderliche Entscheidungen zu treffen“ (so meinte man im Familienrechts-Unterausschuß, 57/34a). In Wahrheit ist die Ehe nicht vom Gesetz her „fähig zu machen“, sondern in der Fähigkeit, die sie naturrechtlich immer schon hat, zu schützen. Denn selbstverständlich ist das ER eine „naturgegebene, vom Gesetz anerkannte Autorität“ (BOSCH, SH 31 b). §§ 1354, 1628 BGB sind nicht rechtskonstitutiv, sondern nur rechtsdeklarativ. Insofern ist die Formulierung des AG Würzburg: „Dem Antragsteller ... wird das Recht, den Aufenthalt der Kinder zu bestimmen, erteilt“ (54/179a) grundfalsch. Denn „es darf sich (gerade nach der Meinung des hier judizierenden Gerichts) nicht um einen konstitutiven Verleihungsakt, sondern nur um eine feststellende Entscheidung handeln“ (BOSCH, 54/179b). Gleich wie Art. 6 GG Ehe und Familie als vorstaatliche Institutionen und als solche vom Staate zu schützende deklariert, so heben

verständnis gewissermaßen veranlaßt. Solche Formulierungsfehler, wie auch das vergrößernde Mißverständnis solcher Formulierungen zeigen, daß doch manche, ungeachtet der ausdrücklich erklärten Gegenmeinung, noch stark von einem staatlichen Bestimmungsrecht her denken, oder sich wenigstens nicht zu einer klaren Auffassung der Vorstaatlichkeit nicht nur des Entscheidungsrechtes, sondern auch seines Trägers durchgerungen haben. Ja, es soll eigens dahingestellt bleiben, ob manche Vorschläge in ihren praktischen Folgerungen nicht doch auf ein uneingestandes, aber stillschweigend vorausgesetztes staatliches Trägerbestimmungsrecht zurückzuführen wären⁶¹.

Ergebnis (zu A)

1. Weder Religion (Kirche) noch Staat können den Träger des Entscheidungsrechtes bestimmen:

a) die kirchliche Bestimmung höbe Ehe und Familie als natürliche Gemeinschaft auf;

b) die staatliche Bestimmung verstieße gegen deren Wesen als vorstaatlicher Rechtsgemeinschaft.

2. Wenn überhaupt, ist mithin der Träger höchstens innerehelich bestimmbar. Ist es also mit Ehe und Familie als naturrechtlich-vorstaatlicher Gemeinschaft vereinbar, daß die Eheleute selber bestimmen, wer das Entscheidungsrecht verwalten soll?

B. Die innereheliche Bestimmbarkeit

Während die außereheliche Bestimmbarkeit des Trägers kaum ernsthaft erörtert wurde, fanden die Ansichten, ihn innerehelich bestimmen zu lassen, starke Beachtung. Deshalb sind sie eingehender zu behandeln. Auch die Bestimmung des Trägers in der Ehe erfolgt entweder bloß faktisch oder auf rechtlich normativem Weg. Faktisch, indem die stärkere Persönlichkeit entscheidet; rechtlich, indem die Partner die Trägerfrage vertraglich regeln.

§§ 1354, 1628 BGB ein besonderes Konstitutivum der Ehe und Familie heraus und erklären es als besonders schutzwürdig. (Vgl. MÖRSDORF [S. 206].)

⁶¹ Vgl. HIRSCHMANN zu BTDeb. II: „Unklar bleibt bei den Sprechern der SPD und FDP, wie sie ihre Forderungen hinreichend eindeutig gegen Fehlentwicklungen abgrenzen, die zu einer Absorption innerfamiliärer Angelegenheiten durch den Staat ... führen“ (HK 54/342b). Dazu die (richterliche) Tendenz der vormundschaftlichen Generalklausel (vgl. [E] S. 440).

I. Die stärkere Persönlichkeit als Träger des Entscheidungsrechtes

Die stärkere Persönlichkeit als Träger des Entscheidungsrechtes ist die Patentlösung aller Ehepraktiker. Einem § 1354 sei kein großer praktischer Wert beizumessen, in Wirklichkeit setze sich ja doch in jeder Ehe die stärkere Persönlichkeit durch⁵². So wahr das ist, so wenig sagt die bloße Tatsache des Entscheidens etwas über dessen Berechtigtsein aus⁵³. Schließlich ist auch mißbräuchliches Entscheiden möglich. Deshalb ist die *quaestio iuris* genau von der *quaestio facti* abzuheben.

1. Zur *quaestio facti*

Selbstverständlich entscheidet faktisch die stärkere Persönlichkeit. Und in jeder Ehe wird sich jene Verfassung unter den Gatten herausbilden, von der *Gottfried Keller* spricht⁵⁴. Jeder weiß auch, in Ehe und Familie ist sehr oft die Gattin und Mutter die stärkere Persönlichkeit. So wird dann wahr:

Der Mann, der ist der Kopf, des Wille muß geschehn;
Die Frau, die ist der Hals, die tut das Köpfchen drehn⁵⁵.

⁵² „Wenn ein Ehepartner in der Ehe tonangebend ist, so ist er es infolge seiner tatsächlichen, und nicht infolge seiner ‚präsumptiven‘ Autorität“ (WOLLE, 18; vgl. 21: die stärkere Persönlichkeit ergreift die Initiative und handelt allein). „In jeder guten Ehe leben die Eheleute nach einer eigenständigen Ordnung, die von ihnen selbst geschaffen würde; ob diese Form patriarchalisch, matriarchalisch oder kollegial ist, hängt von den Persönlichkeiten ab, die diese Ehe geschlossen haben“ (DEUTSCHER FRAUENRING, IFS 25a). DÖLLE spricht von der „Selbstregulierung des tatsächlichen Lebens“ (30), TIMME vom „Gatten, der der Frau imponiert“ (DJT 98), ULMER vom „Durchdringen“ (DJT 37), wobei „in dem nun einsetzenden Kampf zweier sich aneinander stoßenden Persönlichkeiten das Gesetz Mann und Frau die Gewähr für eine unbedingt gleiche und gerechte Ausgangsstellung geben“ muß (MULERT, IFS 58a). Denn „Autorität muß errungen und kann nicht befohlen werden“ (IF März 57/6b [2a]). „Die Führung der Frau in der Ehe wird in den meisten Fällen in der charakterlichen Veranlagung der Partner ihren Grund haben. Sie ist häufig angesichts des Versagens des Mannes förmlich ‚aufgezwungen‘“ (POETTER, IFS 60a). „Die Frage, wer in einer Ehe das letzte Wort spricht, ist eine Frage der Persönlichkeit und kann nicht gesetzlicher Bestimmung unterliegen“ (ANWALTVEREIN, IF Anlage A (9/1954) 2b [6c]). DJT: SCHEFFLER, 22; ULMER, 41; SCHWOERER, 95. KOFFKA, JR 53/4 (vgl. HEDEMANN, JR 53/198b Anm. 5). DESCHENAUX, 444; CATHREIN, 76.

⁵³ „Ein solches Machtprinzip [wonach ‚der aktivere, energischere oder schnellere von beiden Ehegatten sich durchsetzt‘] ist nicht unbedingt ein Rechtsprinzip“ (BEITZKE, JZ 52/745). „Daß die stärkere Persönlichkeit die Initiative ergreift und unter Nichtbeachtung der Mitbestimmung des andern Ehegatten die Entscheidung trifft und handelt, kann nicht als die ideale Lösung des Konflikts angesehen werden“ (HAGEMEYER, I/9f.; vgl. III/10b).

⁵⁴ Im „Fähnlein der sieben Aufrechten“. (Vgl. DJT: SCHEFFLER, 22; BRUNNER, 59.)

⁵⁵ ZEIGER, StdZ 52/182.

Die Kinder können singen: „Der Vater ist das Prunkstück der Familie, doch was Mutter sagt, geschieht.“ Der Mann aber mag seinen Freunden erklären: „In kleineren Angelegenheiten — da entscheidet meine Frau, und größere Angelegenheiten — die kommen eigentlich gar nicht vor“⁵⁶. Vielleicht am treffendsten hat *Debler* in der Bundestagsdebatte das Bild einer solchen Familie gezeichnet: „In der Ehe meiner Eltern — nun, das war das Musterbeispiel eines Matriarchats. Nun habe ich das Glück gehabt, eine besonders kluge, temperamentsgeladene und willensstarke Mutter zu haben. Sie war eine kleine Königin in ihrem Bereich. Es war in einer kleinen Stadt, wir hatten Landwirtschaft, Brauerei, Gastwirtschaft und Metzgerei. Da *mußte* geherrscht werden. Und alle Entscheidungen hat meine kluge Mutter getroffen, doch selbstverständlich. Natürlich war sie so gescheit, am frühen Morgen zu sagen: ich habe heute Nacht mit dem Vater gesprochen, und er hat gesagt: — —!“⁵⁷

So unbestreitbar die *quaestio facti* indes ist, so wenig sagt sie aus über die tiefere psychologische und rechtsphilosophische Bewandnis solch faktischen Entscheide. *Psychologisch* ist durchaus wahr: in einer guten Ehe herrscht die kluge Frau, wenn die Frau dumm ist, ist es eh' ein Unglück! Dieses „kühne Wort“ *Deblers* birgt aber nicht, wie er meint, die Lösung des Problems des § 1354 im Sinne einer ersatzlosen Streichung⁵⁸. Denn es läßt sich umdrehen: Eine kluge Frau hat die Streichung des § 1354 nicht nötig, denn sie wird trotz eines kodifizierten Entscheidungsrechtes zum Zuge kommen; eine dumme bleibt aber auch beim Fortfall von § 1354 ein Unglück. Andererseits ist es natürlich ebenfalls wahr: § 1354 hat nicht verhindern können, daß Pantoffelhelden entstanden⁵⁹. Aber ist es denn seine Aufgabe, Ret-

⁵⁶ ULMER, DJT 39; vgl. SCHEFFLER, DJT 24 (unten). Der Franzose aber sagt wissend: „Monsieur a horreur des gilets de flanelle, mais il en porte parce que Madame trouve que c'est plus sain; au bureau on plaisante ses bretelles, mais Madame trouve que c'est plus hygiénique qu'une ceinture. Monsieur garde le droit de choisir la voiture, mais à condition que ce soit une Citroen bleue ...“ (ECK, 191).

⁵⁷ BTDeb. II/483 D.

⁵⁸ BTDeb. II/484 A; vgl. S. 281.

⁵⁹ Vgl. Eherecht 56; BTDeb. II/488 D („Trottelparagraph“). Selbstverständlich ist in jeder Ehe „von jeher und immer praktisch zunächst nicht das BGB entscheidend, sondern das, was jeder Ehegatte an Fähigkeiten und Gaben aufzuweisen hat. Nur davon hängt es ab, ob entweder der Mann oder genau so gut die Frau das ‚Übergewicht‘ hat“ (KARRENBERG, Eherecht 75). Dennoch „wünscht die normale Frau, in dem Manne einen Führer, eine kraftvolle Stütze zu haben“. Dabei aber ist, „so oft die Wirklichkeit das Idealbild der männlichen und weiblichen Vorzüge Lügen straft, dieselbe Wirklichkeit auch stark genug, den Buchstaben des Familienrechts aufzuheben und zu bestimmen, daß ‚derjenige König sei, der die Macht hat‘“ (MAUSBACH, 46). Vgl. aber Anm. 234 und 481.

tungsanker für Anwarter des Pantoffelheldentums zu sein? Schon diese psychologischen Überlegungen zeigen, die *quaestio facti* macht die *rechtsphilosophische quaestio iuris* nicht überflüssig.

2. Zur *quaestio iuris*

Rechtsphilosophisch läßt faktisches Entscheiden zwei Rechtsmöglichkeiten zu:

1. *das Entscheidungsrecht fällt zusammen mit dem äußerlich faktischen Entscheiden.* Das Recht zu entscheiden besitzt, wer dazu besser befähigt ist. Recht gewinnt erst im dynamischen Vollzug seinen Sinn. So scheint es sinnvoll, daß die Frau, wenn sie die Entscheidungsklügere ist, auch das Entscheidungsrecht besitzt⁶⁰.

2. *das Entscheidungsrecht ist unterschieden vom äußerlich faktischen Entscheiden.* Der Jugendbericht *Dehlers* zeigt deutlich, Entscheidungsrecht und faktisches Entscheiden fallen nicht unbedingt zusammen. Vater Dehler mag seiner Frau gegenüber die weniger starke Persönlichkeit gewesen sein. Aber war er in seiner Art nicht ebenso klug? Hat er sich nicht vielleicht gesagt — möglichenfalls mehr unbewußt —: meine Frau kann es besser, also ist es besser, sie entscheidet. Dieser Einsicht ist aber zugleich ein Willensentscheid verbunden: der Entscheid, die Frau entscheiden zu lassen.

Entscheidenlassen heißt aber: zwei entscheiden. Einer entscheidet, den andern entscheiden zu lassen, wobei dieser Entscheid zwar nicht unbedingt nach außen tritt, deshalb aber *rechtsphilosophisch* nicht weniger rechtskräftig ist. Der andere entscheidet *faktisch* äußerlich, wobei aber dahinter das Entscheidenlassen oder gar Entscheidenlassen-Müssen des ursprünglich Entscheidungsberechtigten steht⁶¹.

⁶⁰ Die rechtsphilosophische Argumentation dieser Ansicht (deren Vertreter sich ihrer natürlich kaum bewußt sein dürften), beruht auf folgendem Schluß: Das ER hat, wer sich (und seinen Entscheid) durchsetzen kann. Die Durchsetzungsfähigkeit als Rechtstitel für Autorität ist nicht ohne weiteres unmöglich. Denn die Durchsetzbarkeit gehört wesentlich zum Recht, die Fähigkeit des Durchsetzens also mit zur Wesenserfordernis des Autoritätsträgers (vgl. S. 142). Indes ist die (Durchsetzungs)macht und sei es auch die „Macht der Persönlichkeit“ nur eines der Erfordernisse. Deshalb fragt sich, ob dieser Rechtstitel allein schon genüge (vgl. Anm. 53). Dazu Anm. 61.

⁶¹ Die Unterscheidung von Entscheiden und Entscheidenlassen ist bekannt: „Ob in der Ehe die Frau ihren Mann entscheiden läßt, oder ob der Mann, sei es aus Bequemlichkeit oder sei es, wenn er seine Frau für lebensklüger hält, ihr die Entscheidung überläßt, oder ob beide von Fall zu Fall, nach gemeinsamer Besprechung, entscheiden, das haben allein die Ehegatten zu bestimmen“ (JURISTEN, IFS 41a). Im praktischen Leben „übt die Mutter fast täglich das Recht der Vertretung aus. Tausendfältig überlassen die Väter den Müttern diese Aufgabe“ (NADIG, BTDeb. III/11787 C). Die Mutter kann „in den meisten Fällen besser beurteilen, was den Kindern

Eben darin liegt das Typische bei der Familie Dehler: Mutter Dehler weiß als kluge Frau um diese Dinge und stützt sich in ihren Entscheidungen auf die Autorität ihres Mannes, der, in seiner Art nicht weniger klug, seine kluge Gattin entscheiden läßt.

3. Zur Kritik

1. Aus der *quaestio facti* allein läßt sich die *quaestio iuris* nicht entscheiden. Also auch nicht, ob einfaches Entscheiden oder jenes Doppelte des Entscheidenlassens vorliegt. Deshalb sagen die soziologischen Untersuchungen über die Familienautorität mit Einschluß der fleißig errechneten Statistiken über das Zahlenverhältnis ausgeübter Autorität von Mann und Frau *nichts über* und deshalb auch *nichts gegen* ein tiefer begründetes Entscheidungsrecht⁶².

2. Von der *quaestio facti* her *ambivalent*, ist die *quaestio iuris* psychologisch und rechtsphilosophisch zu lösen:

a) *psychologisch* ist faktisches Entscheiden als Begründung einer Entscheidungsberechtigung abzulehnen. Autorität — und Entscheidungsrecht ist Autorität — erfüllt ihre Ordnungsfunktion am besten,

dienlich ist. In der normalen Ehe kommt diese Tatsache dadurch zum Ausdruck, daß der Mann der Frau die Entscheidung vorwiegend stillschweigend überläßt“ (KARDEL, IF Jan. 57/8a). Auch das „Nachgeben des Klügeren oder des besseren Liebenden“ (SCHEFFLER, DJT 26) ist ein solches Entscheidenlassen. Ebenso die Aufforderung: „Machs Du, du weißt viel besser Bescheid“ (HEDEMANN, 44).

Aber meist wird zu wenig bedacht, daß Entscheidenlassen selbst wieder ein Vollzug der Autorität ist (etwa im Sinne einer Delegation; vgl. dazu Anm. 407 (S. 330)). Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/279a; K. WEBER, BTDeb. III/11769 A). Es ist daher grundlegend zu unterscheiden zwischen Autorität und der Art und Weise, diese Autorität geltend zu machen (eben allenfalls in Form des Entscheidenlassens). DE WINT unterscheidet ebenso zwischen „l'autorité“, die dem Manne zusteht und „l'exercice de l'autorité, au concret: la direction et le gouvernement de la société conjugale et familiale, pourra en pratique être menée par l'épouse plus capable, et le sera souvent en ce cas d'une façon toute normale“ (590). Vgl. auch Anm. 5 (4). Aufgrund dieser Unterscheidung läßt sich auch gegenüber Anm. 60 Stellung beziehen: nach der dort dargelegten Ansicht bestimmt die individuelle Fähigkeit unmittelbar den Träger für jede Ehe einzeln. Nach unserer (noch darzulegenden) Ansicht wird der Träger selbst aufgrund naturhafter Fähigkeit institutionell (d. h. für jede Ehe der gleiche) bestimmt, während die individuelle Fähigkeit des institutionell Beauftragten nur die Art und Weise bestimmt, seine Autorität geltend zu machen. Vgl. HIRSCHMANN (S. 219). In diesem Sinne gilt: „Die Autorität des Mannes ist auch nicht abhängig vom Subjekt des Mannes, von der Macht des Subjektes. Auch ein schwächerer Mann bekommt in der Ehe die Autorität“ (PICARD, 106).

⁶² Wie denn die Soziologie überhaupt nur das faktische Ausgeübt-, Anerkannt- und Wirksamwerden, nicht aber das Bestehen und innere Begründetsein (natürlicher) Rechte feststellen und beurteilen kann. Damit sei Verdienst und Wert der (Familien)soziologie keineswegs verkleinert, wohl aber vor illegitimen rechtsphilosophischen Schlüssen aus errechneten Prozentsätzen gewarnt, wie es doch etwa bei LOTTMANN (Eherecht 26) geschieht. Im übrigen vgl. Bibliographie (S. 483); bes. die Kritik von HUNGER und OBERNDÖRFER.

wenn sie möglichst wenig formell wirksam wird. Je inniger eine Gemeinschaft ist, desto mehr soll die gemeinschaftsgeforderte Autorität *latente* Autorität sein, welche die Dinge einfach dadurch ordnet, daß alle um sie wissen und sie selbstverständlich und stillschweigend anerkennen. Wo man von ihr zu sprechen beginnt, ist ihr menschlicher Vollzug schon gefährdet⁶³. *Faktische* Autorität aber hat ihren Existenzgrund nun gerade im Faktum des Entscheidens. Deshalb ist es ihr immanent, ihre Existenzberechtigung sich und den andern immer wieder *via facti* vorzudemonstrieren und damit „förmlich zur Machtprobe zu reizen“⁶⁴. Gerade deshalb ist wahr: die menschlich tiefere Persönlichkeit hat ein Entscheidungsrecht nicht nötig, sondern entscheidet, indem sie sich in aller Selbstverständlichkeit auf eine latente Autorität, die nicht in ihrer eigenen Person gelegen sein braucht, stützt. Nochmals sei an das menschlich schöne Beispiel der Familie Dehler erinnert⁶⁵.

⁶³ Vgl. S. 322; 375.

⁶⁴ BEITZKE, JZ 52/745; vgl. BOSCH, SH 21; FRR 97. Hier steht nun zur Frage, was aus dem Nicht-Anerkanntsein des ER folgt: nämlich die gesteigerte Ehezerüttungsmöglichkeit. Ob umgekehrt das ER selbst konfliktverhütend wirke und so die eheliche Einheit tatsächlich bewahren helfe (vgl. WOLLE, 20; IFS 25; SPD-ENTWURF, 48), ist hier noch nicht gefragt (vgl. S. 325 ff.). Insofern wirkt sich die öffentliche Diskussion um das ER sicher zu Ungunsten der Ehe und Familie aus, wenn sie nicht zugleich zu dem positiven Ergebnis einer Neubesinnung auf das Wesen des ER führt.

Mit dieser stillschweigenden und selbstverständlichen Normalfunktion des ER (der latenten oder — nach MITTEIS — der „präsumptiven“ Autorität (vgl. WOLLE, 18; BETTERMANN, II/8) hängt zusammen, daß das ER normalerweise weder vom Manne noch von der Frau formal als solches empfunden wird. Gerade dort, wo es seine Funktion richtig ausübt, werden Mann und Frau nach dem ER gefragt, spontan antworten: das gibt es bei uns gar nicht. Wir entscheiden gemeinsam. Es wäre grundfalsch, aus einer solchen Antwort auf das Nichtbestehen des ER schließen zu wollen. Wie leicht man hier unwirkliche juristische Konstruktionen errichten kann, zeigt vielleicht am besten ein Entscheid des LG Duisburg (54/202), wo der Mann den Wohnsitz ändert, die Frau sich aber weigert, zu folgen. Selbstredend weist der Prozeßbevollmächtigte der Frau, dem es weniger um das Erfassen der Wirklichkeit, als vielmehr um den günstigen Prozeßausgang zu tun ist, darauf hin, „daß die Entscheidungsgewalt des Ehemannes mit dem Inkrafttreten des Glbsatzes weggefallen sei“. Eine solche Generalklausel ist schließlich der einfachste Weg und erspart die Prüfung des Falles. Das Gericht indes hatte den klugen Einfall, die Mandantin persönlich einzuvernehmen. Und siehe: ungeachtet ihres rechtskundigen Bevollmächtigten bekennt sie sich zur Gegenmeinung: „Sie sieht grundsätzlich im allgemeinen den Stichtscheid des Ehemannes als verbindlich an, unter der natürlichen Voraussetzung, daß er keine grob fehlsame Entscheidung gegen die wohlverstandenen Interessen der Ehe und Familie trifft“ (was hier eben der Fall war). (Vgl. [E] S. 437.) Einer der vernünftigsten, weil (wirklichkeits)gerechtesten Entscheide zu diesem Fragepunkt! Im übrigen S. 325. Vgl. auch KLEINWEFERS, 23.

⁶⁵ Man wird sich also hüten, faktische (oder auch rechtliche) Autorität als Maßstab der Persönlichkeit — ja selbst der Einflußmächtigkeit zu nehmen. Man nehme als Beispiel die Eltern MAX WEBERS, wo die Mutter den größeren Einfluß, aber die geringere „Macht“ hatte (vgl. MARIANNE WEBER: Max Weber, ein Lebensbild, Tübingen 1926) und als Gegenbeispiel die Eltern von HERMANN BAHR, wo die Mutter „regiert“, aber der Vater den Sohn tiefer beeindruckte: „Wenn ich ... die sämtlichen Grundzüge meines Wesens von der Mutter habe, das Beste dank

b) *rechtsphilosophisch* ist gleichfalls die Rechtsmöglichkeit des Entscheidenlassens allein möglich. Die gemeinschaftserforderten Entscheide gelten nicht nur innerhalb der Ehe und Familie, sondern strahlen oft auch als Entscheide gegenüber Dritten in den Raum des öffentlichen Rechtes aus. Damit aber unterstehen sie dem Rechts-erfordernis der *Rechtssicherheit*.

Treffend sagt *Ermecke*: „Wer faktisch in den einzelnen Familien , zu sagen‘ hat, regelt das Leben selbst. Der Staat muß aber wissen, an wen er sich als rechtlich Verantwortlichen zu halten hat⁶⁶.“ Dieses der Rechtssicherheit wegen notwendige Wissen ist aber erst sichergestellt, wenn der Träger des Entscheidungsrechtes sichergestellt ist. Denn tatsächlich können zwei verschiedene Entscheide vorliegen, indem jeder der Eheleute entschieden hat, ohne daß der eine Entscheid sachlich notwendig falsch wäre. Wer ist jetzt von der öffentlichen Ordnung als der Entscheidungsberechtigte anzuerkennen? Die stärkere Persönlichkeit? Wie soll man sie feststellen, da sie sich offenbar gerade nicht durchgesetzt hat?

Dieser mögliche Fall zeigt: der Entscheidungsberechtigte muß in jeder Ehe und für jeden Fall sicher erkennbar sein. Dabei mag die Erkennbarkeit in der Kodifizierung des Entscheidungsberechtigten oder sonstwo begründet sein. Jedenfalls gewährleistet die stärkere Persönlichkeit noch nicht die unbedingt erforderliche Rechtssicherheit. Es bedarf eines *institutionellen Trägers*⁶⁷.

Ergebnis (zu I)

1. *Faktisch* entscheidet in Ehe und Familie die stärkere Persönlichkeit. Möglicherweise birgt sich aber hinter dem faktischen Entscheiden das Entscheidenlassen des ursprünglich Entscheidungsberechtigten.

ich doch dem Vater: dem Vater dank ich die Ehrfurcht vor der Frau“ (Selbstbildnis, Berlin 1923, 24). Dazu das treffende Beispiel bei WURZBACHER, 120 ff.

⁶⁶ DKW 51/364a.

⁶⁷ Vgl. etwa WAHL: „Wenn man sich erst einmal klar gemacht hat, daß das Recht, das ja nicht für jede Ehe und Familie eine eigene Lösung geben kann, sondern nur mit groben, ganz groben, durchschnittlichen Maßstäben arbeiten muß, und zwar mit umso größeren, je größer in concreto die Variationsbreite der zu regelnden Lebenserscheinung ist, dann wird man sagen können, daß der Mann immer noch am ehesten für diese Aufgabe heranzuziehen ist“ (BTDeb. III/11792 B). [Besser hieße es: daß das Gesetz immer noch am ehesten davon ausgeht, zunächst den Mann als mit dieser Aufgabe betrauten zu behaften. Vgl. Anm. 167.] Ähnlich DESCHENAUX, 445 Anm. 50; 446 (unten); CATHREIN, 72.

2. Jedenfalls ist aus dem faktischen Entscheiden kein eigentliches Entscheidungsrecht abzuleiten, weil es sonst a) um die psychologisch geforderte Zurückhaltung der Autorität (latente Autorität), b) um die rechtlich notwendige Rechtssicherheit der öffentlichen Ordnung geschehen ist.

3. Der Träger des Entscheidungsrechtes muß daher nicht bloß faktisch, sondern rechtlich bestimmt sein.

II. Die vertragliche Vereinbarung des Trägers des Entscheidungsrechtes

Der eben geforderten Rechtssicherheit scheint durch ein vertraglich geregeltes Entscheidungsrecht bestens entsprochen. Die Ehepartner hätten demnach rechtsvertraglich zu vereinbaren, ob ihre persönliche Ehe nach patriarchalem oder matriarchalem oder „gleichberechtigendem“ Prinzip gelebt werde. Diese Möglichkeit hat namentlich *Bettermann* erörtert⁶⁸. Ähnlich wie bei der Vertragsfreiheit betreffs des ehelichen Güterstandes⁶⁹, ergeben sich eine Reihe rechtstechnischer Fragen. Dahinter aber stehen grundsätzliche Bedenken.

1. Zur rechtstechnischen Frage

Muß ein solcher Vertrag geschlossen werden? Wenn ja, hat der Staat ein Recht, dies zu fordern, oder verstößt er dabei bereits gegen die vorstaatliche Natur der Ehe? Wenn kein Vertrag geschlossen ist, wer ist dann der Entscheidungsberechtigte? Wenn der Vertrag geschlossen werden muß, dann als Wesensbestandteil des ehestiftenden Ehevertrags, oder erst im Verlauf der Ehe? Kann er, einmal geschlossen, auch wieder gelöst werden? Wenn ja, auch einseitig; wenn einseitig, dann nach freiem Belieben oder nur aus wichtigen Gründen; wenn nur aus wichtigen Gründen: wer entscheidet über deren stichhaltige Wichtigkeit?

Sicher nicht der Partner, der den Vertrag einseitig lösen will: sonst liefe es ja doch wieder auf sein freies Belieben hinaus. Sicher aber auch nicht der Partner, der am Vertrag festhalten will: durch sein Festhalten hält er die Gründe für gerade nicht stichhaltig. So bleibt

⁶⁸ BETTERMANN, I/11ff.

⁶⁹ BETTERMANN, I/12; vgl. SCHREIBER, 55/64ff. (dazu: SPIRITUS, 55/203; MAUE, 55/281).

also nur eine entscheidende Drittinstantz. Man sieht: entweder bleibt es beim freien Belieben. Warum dann aber erst ein Rechtsvertrag? Oder man kommt zur Drittinstantz. Warum dann aber der vertragliche Umweg⁷⁰?

2. Zur grundsätzlichen Kritik

a) Der Einwand von der Gleichberechtigung her

Bettermann läßt den Grundsatz der Gleichberechtigung durch jenen der Freiheit modifiziert sein. Darum sei unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit neben einer auf Gleichberechtigung beruhenden Rechtsordnung eine patriarchalische wahlweise zur Verfügung zu stellen⁷¹. Demgegenüber will *Scheffler*, wenn schon, dann umgekehrt die Freiheit durch die Gleichberechtigung modifiziert wissen, damit nicht die Freiheit des einen zur Unfreiheit des andern werde. Auch ein Grundrecht wie das der Freiheit sei der Vertragsfreiheit grundsätzlich entzogen: „Ebensowenig wie man einen gültigen Vertrag darüber schließen kann, daß einer den andern verstümmelt oder in Schuldknechtschaft nimmt, ebensowenig kann man die Gleichberechtigung abdingen⁷².“

Dies mag wahr sein. Damit aber der Grundsatz der Gleichberechtigung die eheliche Entscheidungsbefugnis der Vertragsfreiheit entzieht, ist *vorausgesetzt*, vertraglich vereinbarte Entscheidungsbefugnis sei gleichberechtigungswidrig. Wenn aber schon das Entscheidungsrecht als solches nicht der Gleichberechtigung widerspricht⁷³, dann auch nicht ein vertraglich vereinbartes.

Andererseits kann man aber auch nicht von der Gleichberechtigung her ein vertraglich geregeltes Entscheidungsrecht fordern. Auch dies setzt nämlich voraus: jede andere Möglichkeit des Entscheidungsrechtes verstieße gegen die Gleichberechtigung, was eben nicht be-

⁷⁰ Dazu käme noch die schwierige Frage des „Pluralismus im Recht“, auf die BETTERMANN selbst aufmerksam macht (I/13), bezüglich eines vertraglich geregelten elterlichen ER vgl. BOSCH, SJZ 50/636; HAGEMEYER, III/10b. Zum Problem der Verträge über die Religion der Kinder vgl. S. 340.

⁷¹ BETTERMANN, I/13; SCHEFFLER, DJT 23. Auch DÜRIG spricht von der „Präponderanz der Freiheit über die Gleichheit“ (54/5b); vgl. auch WOLLE, 7. Zum Kräfteparallelogramm „Freiheit-Gleichheit“ BETTERMANN, I/10ff.; v. NELL-BREUNING, Wörterbuch der Politik V/1, 203b; v. NELL-BREUNING, 3. Dazu: PETERS, H.: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift Laun, Hamburg 1953.

⁷² SCHEFFLER, DJT 24; vgl. HEDEMANN, 30; auch Anm. 75.

⁷³ Vgl. S. 147; S. 158.

wiesen ist. Deshalb läßt sich eine vertraglich geregelte Entscheidungsberechtigung *weder* als gleichberechtigungswidrig *apriori ablehnen*, noch als gleichberechtigungsnotwendig *apriori fordern*.

b) Der Einwand aus dem Wesen der Ehe

Sicher ist nicht alles in der Ehe der Vertragsfreiheit freigegeben. Darum ist eine vertraglich geregelte Entscheidungsberechtigung möglicherweise ehewidrig. So ist auch die Möglichkeit eines solchen Vertrags *nicht apriori anzunehmen*, sondern als mit dem Wesen der Ehe vereinbar aufzuzeigen. Dazu ist zu fragen: welche Bedingungen hätte ein solcher Vertrag *rechtlich* zu erfüllen, und wären sie *psychologisch* erfüllbar?

aa) Die rechtlichen Bedingungen einer vertraglichen Vereinbarung des Entscheidungsrechtes

1. Der Vertrag müßte als Wesensbestandteil des *ehestiftenden Vertrages* geschlossen werden. Denn wäre er erst im Verlauf der Ehe zu schließen: wer entschiede in der Zwischenzeit, und wer über den Zeitpunkt, da der Vertrag einzugehen ist? Offenbar wäre dazu ein Vorvertrag nötig: also doch ein Vertrag schon beim Eheabschluß.

2. Der Vertrag müßte, einmal geschlossen, der Vertragsfreiheit entzogen, also unwiderruflich sein. Jedenfalls hätte er die Widerrufsbedingungen und auch den Rechtsträger zu bestimmen, der in dem durch den Widerruf geschaffenen Rechtsvakuum zu entscheiden hätte. Mindestens soweit wäre gleich zu Beginn der Ehe unwiderruflich zu verfügen. Sonst schlosse man eben keine (wenigstens grundsätzlich) unauflösliche Ehe, sondern eine offene Handelsgesellschaft mit ihrer immanenten Scheidungsmöglichkeit: man ist solange, als man einig ist, zusammen. Dann geht man eben auseinander⁷⁴. Aber unter diesen Umständen braucht man nicht einmal ein vertraglich geregeltes Entscheidungsrecht.

bb) Die psychologische Erfüllungbarkeit der rechtlichen Bedingungen

1. Ein solcher Vertrag ist sinnvoll *nicht zu schließen*. Am Anfang der Ehe mag man sich zwar kennen. Man kennt sich aber noch nicht im häuslichen Zusammenleben, um das es beim Entscheidungsrecht

⁷⁴ Vgl. v. NELL-BREUNING, 13; BOSCH, FRR 42 Anm. 97 (RHEINSTEIN, JZ 51/700); 44; DESCHENAUX, 443. Vgl. S. 215.

gerade geht. Jene gelebte Verfassung der Eheleute muß sich erst bilden. So müßte ein Vertrag gerade dieses innere Wachsen ehelicher Gemeinschaft hindern.

2. Einmal geschlossen, wäre er sinnvoll *nicht vollziehbar*. Für den richtigen Vollzug ehelichen Entscheidens ist das Zusammenspiel zwischen faktischem Entscheiden und latenter Autorität notwendig. Läge aber ein Vertrag in der Schublade, könnte die faktische Autorität nicht mehr richtig zum Zuge kommen. Entweder wäre sie nämlich die auch vertraglich bestimmte und stünde dann in Gefahr, erst recht regieren zu wollen. Ober aber sie wäre sie nicht, und dann reizte sie jener famose Vertrag eist recht zur Machtprobe.

Jedenfalls ist das Sich-einfügen in eine überindividuelle naturhafte Ordnung auch beim Entscheiden personal leichter und besser vollziehbar. Der Gehorchende weiß dann, er gehorcht nicht so sehr dem andern, sondern dem, der die naturhafte Ordnung gefügt hat. Der Entscheidende weiß, sein Entscheidungsrecht verdankt er nicht der Tüchtigkeit seiner Person, sondern unverdienter Belehrung durch die ordnungsfügende Macht, vor der Entscheidender und Gehorchender gleichverantwortlich sind⁷⁵.

Ergebnis (zu II)

1. Der vertraglich vereinbarte Träger des Entscheidungsrechtes *entspricht* zwar (abgesehen von besonderen Problemen des Rechtspluralismus) *der Rechtssicherheit* und widerspricht nicht der Gleichberechtigung.

2. Er *widerspricht* aber *dem Wesen der Ehe*, insofern er faktisch das Entscheidungsrecht nicht richtig verwalten kann, da die rechtlich erfordernten Bedingungen eines solchen Vertrages personal nicht erfüllbar sind.

⁷⁵ „Aufs Ganze gesehen ist es eine Wohltat für die Ordnung der Familien und Ehen, daß diese Führung in der Natur der Menschen verankert ist und nicht erst von den Gatten erklügelt (und erstritten!) oder im Falle der Nichteinigung der Gatten von einem staatlichen Schiedsrichter eingesetzt werden muß“ (KRÖSBACHER, 258a). „Précisément parce que l'autorité conjugale n'est pas un privilège ou un mérite, son attribution au mari selon la vrai conception de l'institution matrimoniale est une conséquence de la nature même de l'homme et de la femme, et non pas de tel homme ou telle femme“ (DE WINT, 590). Dazu vgl. S. 229. Aus der Unmöglichkeit, daß das ER Gegenstand eines Vertrages sein kann, folgt auch, daß sein Träger nicht einfach (zugunsten des andern Gatten) darauf verzichten kann: Auch das ER (nicht nur die Glb) läßt sich nicht abdingen. Vgl. Anm. 97; 266.

3. Damit erscheint der Träger, als weder überindividuell noch individuell bestimmbar, überhaupt nicht positiv bestimmbar. Folglich muß er ursprünglich durch die *Natur der Ehe und Familie* bestimmt sein.

§ 2. Der naturhaft bestimmte Träger

Naturhaft bestimmt, kann die Entscheidungsinstanz an sich als innereheliche wie als außereheliche bestimmt sein. Im ersten Fall haben wir einen naturhaft innerehelichen Entscheidungsberechtigten, im zweiten eine zwar innerehelich *begründete*, aber außereheliche Entscheidungsinstanz.

A. Die innerehelich bestimmte äußere Entscheidungsinstanz

Innerehelich als äußere Entscheidungsinstanz festgesetzt, ist sie wesentlich verschieden, je nachdem sie primäre Instanz ist oder aber nur subsidiär zu einem ursprünglich innerehelichen Entscheidungsberechtigten. Als primäre ist sie rechtsphilosophisch unmöglich, als subsidiäre wird sie, als mindestens praktisch unbedingt notwendig, von allen gefordert.

I. Die primäre äußere Entscheidungsinstanz

Die rechtsphilosophische Unmöglichkeit einer primären äußeren Entscheidungsinstanz gründet darin, daß Gemeinschaft nur durch jene die Gemeinwohlmitte verbindlich auferlegende innergemeinschaftliche Autorität menschliche Gemeinschaft ist⁷⁶. Es hat denn auch niemand einer solchen Entscheidungsinstanz als einer mittel- oder unmittelbar staatlichen das Wort geredet. Alle traten auf gegen jene Auswanderung der Familie vom „Matriarchat über das Patriarchat zum Sekretariat“⁷⁷. Allerdings aus verschiedenen Gründen.

Gründe der Ablehnung

1. Aus Gründen *praktischer Erfahrung* wehrt sich etwa der *SPD-Entwurf* gegen jene staatliche Entscheidungsinstanz: „In den 20er Jahren dachte man sich die Lösung dieser Frage einfach. Man wollte

⁷⁶ Vgl. S. 133; 140.

⁷⁷ BOSCH, FRR 62; 101 Anm. 61; ZEIGER, StdZ 52/182. Vgl. (E) S. 454.

den Vormundschaftsrichter auf Antrag eines Ehegatten entscheiden lassen. Damals haben auch die Sozialisten keine Bedenken in dieser Hinsicht gehabt, da sie größtes Vertrauen in den Staat und seine Einrichtungen setzten. Die dazwischenliegenden Jahre haben gelehrt, daß das Eingreifen Dritter in höchstpersönliche Angelegenheiten, wie es Ehe- und Familienverhältnisse sind, nur bei äußerster Notwendigkeit zugelassen werden sollte⁷⁸.

Lüders aber mahnt, gerade in Deutschland hätten Männer und Frauen sich selbst und der ganzen Welt zu beweisen, daß sie sich innerhalb ihres engsten Bereiches, der Familie, ohne Kadi zu einigen verstehen, damit man ihnen glaube, daß sie auch bereit sind, sich in größerem Kreise auch mit anderen Leuten zu verständigen⁷⁹. Ähnliche Erwägungen mögen auch die „Staatsjugend“ und „Staatsfamilie“ veranlaßt haben⁸⁰, und jenen „Entscheidungsrichter als Scheidungsrichter⁸¹“, mit seiner „Lösung durch Auflösung⁸²“.

2. *Verfassungsrechtliche Gründe* macht Scheuner geltend. Da nämlich der innere Raum der Ehe „sich als ein nicht oder nur unvollkommen justizabler Bereich staatlicher Formung und Jurisdiktion“ entziehe, sei er durch Art. 6 GG auch verfassungsrechtlich „als ein intimer, der fremden Einmischung staatlicher Administration oder Justiz entzogener Raum geschützt und der eigenen Gestaltung der Gatten überlassen“. „Schon von diesem Gedanken her ließen sich verfassungsrechtliche Bedenken gegen das von manchen Seiten angestrebte staatliche (vormundschaftsgerichtliche) Bestimmungsrecht in ehe-lichen Lebensfragen (§ 1354 BGB) herleiten⁸³“.

Dürig sieht nicht nur den Innenraum, sondern gleichfalls die innergemeinschaftliche Autorität durch Art. 6 GG garantiert und will „infolgedessen die Übertragung der Letztentscheidung in allen Fällen, in denen sich Ehegatten und Eltern nicht einigen können, auf einen staatlichen Funktionär⁸⁴“ abgelehnt wissen.

⁷⁸ SPD-ENTWURF, 47.

⁷⁹ LÜDERS, DJT 69 (vgl. 95; 98).

⁸⁰ BOSCH, DJT 91; SH 21; FRR 62; 56/226a; ULMER, DJT 46; KLÜBER, Familie 22. Dagegen: HAGEMEYER, III/11b.

⁸¹ ZEIGER, StdZ 52/182.

⁸² BOSCH, FRR 63; 97. (Vgl. SPD-ENTWURF, 48.) Dazu: „Der Gesetzgeber verzichtet auf eine Antwort und überläßt das Schicksal der Ehe der Selbstregulierung durch das tatsächliche Leben. Eine unüberwindliche Krise mag durch Scheidung beendet werden, sofern deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen“ (DÖLLE, 30); vgl. BOSCH, FRR 62.

⁸³ FRR 54.

⁸⁴ 54/4b (dd).

3. *Naturrechtliche* Gründe führt Zeiger an: „Die Ehe trägt ihr Gesetz in sich, sie ist in ihren wesentlichen Eigenschaften jedem menschlichen Zugriff entzogen. Und weil sie eine echte Gemeinschaft ist, ja die Urgemeinschaft der Menschheit, darum besitzt sie auch natürlicherweise eine innere Gewaltenordnung, eine Autorität, die in ihr selber ruht, das Zusammenleben regelt, die auseinanderstrebenden Kräfte bindet, und zwar auch und gerade dann, wenn die gewohnten Ordnungen von Gesellschaft und Staat versagen⁸⁵.“

Die Kehrseite zeigt Mörsdorf: „Wird das innere Ordnungsprinzip dieser Urgemeinschaften zerstört, so wird es notwendig, Ehe und Familie von außen her in Ordnung zu halten⁸⁶.“ „Das bedeutet aber die Auslieferung der Ehe an den Staat. Es muß deshalb allein aus der Sicht des Naturrechtes von der staatlichen Gesetzgebung gefordert werden, daß sie das natürliche Ordnungsprinzip der ehelichen Gemeinschaft anerkennt und schützt⁸⁷.“

Ergebnis

Eine allfällige aus dem Wesen der Ehe als notwendig erweisbare außereheliche Entscheidungsinstanz kann rechtsphilosophisch nur *subsidiär* zu einem primären innerehelichen Entscheidungsrecht sein.

II. Die subsidiäre äußere Entscheidungsinstanz

Als notwendig subsidiäre ist die *äußere* Entscheidungsinstanz komplementär zu einer innern. Sie ist daher apriori nur so verstehbar, daß sie die primäre Entscheidungsfunktion einer innerehelichen nicht antastet. Die *innere* Entscheidungsinstanz ist aber nur richtig verstanden, wenn sie so begriffen wird, daß sie in jedem Fall primär entscheiden kann, ohne innerlich von einer äußern abhängig zu sein. Daraus folgt: die Ansichten über das innere Entscheidungsrecht führen notwendig zu bestimmten Ansichten auch über das äußere und umgekehrt. Nun aber ist das innereheliche Entscheidungsrecht, wie wir gleich sehen werden⁸⁸, denkbar entweder als gemeinsames Ent-

⁸⁵ StdZ 52/183.

⁸⁶ StdZ 52/336.

⁸⁷ 55/120a; vgl. REIDICK, 119. „[La famille] ne se conçoit pas sans un pouvoir qui la dirige; si et dans la mesure où ce n'est pas l'un ou l'autre époux, ce sera l'autorité publique“ (DESCHENAUX, 443).

⁸⁸ S. 212.

scheidungsrecht der Gatten oder als geschlechteigenes, das heißt als männliches oder frauliches. Dem gemeinsamen entspricht subsidiär eine rechtsetzende Außeninstanz, dem geschlechteigenen eine rechtfindende Drittstelle.

1. Die Drittinstanz als rechtsetzend

Das gemeinsame Entscheidungsrecht wird entweder *ungeteilt* von beiden Gatten gemeinsam oder aber, nach Kompetenzen *aufgeteilt*, je von einem Gatten verwaltet. Das gemeinsam ausgeübte erfordert eine Drittstelle, die subsidiär auch Sachentscheide fällt; das hälftig aufgeteilte eine Außenstelle, die mindestens die Kompetenzen verteilt.

a) Die rechtsetzende Drittinstanz als sachentscheidend

Was geschieht, wenn die nur gemeinsam entscheidungsberechtigten Gatten sich nicht einigen können, der Entscheid aber notwendig ist? Logisch und rechtsphilosophisch zwingend ergibt sich die Notwendigkeit einer den Sachentscheid festsetzenden Drittinstanz. Das *Wesen* dieses Entscheides liegt darin: er ist 1. *Sachentscheid*, und zwar 2. als ein durch staatlich-positive Rechtsetzung den uneinigen Gatten rechtsverbindlich vorgesetzter: die positiv staatliche *Rechtsetzung* dessen, was die staatliche Drittstelle für die innere Ehe- oder Familienangelegenheit für gut befindet. Eher *Unwesentliches* berühren die Fragen: 1. greift der Staat bei Nichteinigung der Gatten automatisch ein oder nur bei Anrufung durch den einen oder durch beide Gatten⁸⁹? 2. hat der Staat bei einem Sachentscheid denjenigen eines der Gatten aufzugreifen oder kann er einen eigenen fällen, und dies auch allenfalls gegen den Widerspruch der Gatten⁹⁰?

⁸⁹ Vgl. HAGEMEYER, I/9ff.; BOSCH, SH 21a. Dazu bes. IF März 57/5a.

⁹⁰ Diese Frage wird besonders aktuell bei Kindesangelegenheiten, vgl. BOSCH, FRR 60f.; 57/48; FIRSCHING, 56/138a. Rechtsphilosophisch bedeutet diese Ansicht im Grunde: Die Meinungs-, bzw. Willensverschiedenheit der Gatten (Eltern) ist bereits als solche ein derartiger Mißbrauchstatbestand, daß der Staat das Recht hat, über diese Ehe (Familie) zu bestimmen, ohne daß er seinerseits gezwungen wäre, die Uneinigkeit der Gatten selber zu prüfen, um zu schauen, wo der Grund der Uneinigkeit ist, d. h., bei welchem Gatten (Elternteil) Mißbrauch vorliegt. Daß unter dieser Voraussetzung der Nicht-mißbräuchliche zwangsläufig Unrecht erleidet, liegt auf der Hand. So hat auch bei dieser Ansicht apriori Recht, wer Nein sagt (vgl. S. 215). Denn sein Nein ermöglicht den Staatseingriff (nicht bloß staatliche Feststellung).

Zur Kritik

Der rechtsverbindliche Sachentscheid der Drittinstantz fand den stärksten Widerspruch. Nicht nur, daß ihr sehr oft der Einblick in die betreffende Eheangelegenheit, die zudem vermutlich oft Bagatellsache⁹¹ und gar nicht judiziabel⁹² wäre, einfach fehlen müßte, sei es, weil Zeit und Entscheidung drängten⁹³, sei es, weil die notwendigen Entscheidungspersönlichkeiten mangelten⁹⁴. Nicht nur, daß psychologisch ein solches Eingreifen das Vertrauen zwischen den Eheleuten untergraben müßte⁹⁵. Vor allem wäre rechtsphilosophisch Ehe und Familie nicht nur „tödlich bedroht“⁹⁶, sondern bereits dahin: dadurch, daß die außereheliche Drittinstantz rechtskräftig über die inneren, noch nicht naturhaft festgesetzten und deshalb frei zu bestimmenden Gattenangelegenheiten entscheidet, also die eheliche Gemeinwohlmitte bestimmt, haben Ehe und Familie aufgehört, Gemeinschaft zu sein⁹⁷.

⁹¹ HAGEMEYER, I/9ff.; vgl. DÖLLE, 30; KLÜBER spricht von „läppischen Ehequerelen, von denen ein großer Teil nicht einmal judiziabel wären“ (Familie 22); DESCHENAU, 446.

⁹² HAGEMEYER, I/9ff.; ULMER, DJT 37; vgl. auch RANKE, Eherecht 56. „Wie sollte der staatliche Richter denn überhaupt in der Lage sein, nach Rechtsgrundsätzen darüber zu befinden, ob etwa der väterliche oder der mütterliche Vorschlag betr. Kindesausbildung „besser“ ist (falls nicht die eine Meinung erkennbar Mißbrauch darstellt)? Anders ausgedrückt: der Tatbestand des Mißbrauchs ist judiziabel, gerichtsscheidungsfähig, nicht aber generell, ob es besser ist, das Kind Handwerker oder Akademiker werden zu lassen ...“ (BOSCH, SH 21a; vgl. NRO 68; 56/226a). „Welche Entscheidung für die Minderjährige die richtige ist, kann z. Zt. niemand entscheiden“ (KRÜGER, Anm. zu einem BGH-Entscheid über die verweigerte Heiraterlaubnis für die Tochter, 56/377b [VII]). Besonders die Bestimmung der Kinderreligion ist absolut injustiziabel (BOSCH, SH 37b; 55/143; 55/216): Gerichtsentscheide mit injudiziablen Kindesangelegenheiten: Wohnortbestimmung (54/24; vgl. 56/86ff.; 56/223ff.). Berufswahl (Tischler oder Schornsteinfeger, 55/20; 213. Haushaltslehre oder Schreibmaschinenunterricht, 55/215); Kindesvorname (54/221; 57/56a; vgl. WAHL, BTDeb. III/11792 B); Kindesreligion (vgl. Anm. 452).

⁹³ BOSCH, DJT 92; KLÜBER, Familie 22.

⁹⁴ WOLLE, 21; DEUTSCHER ANWALTVEREIN, IFS 20a. Vgl. das „Zwischengremium“ (vor dem Vormundschaftsgericht eingeschaltet) von LÜDERS, dessen Anrufung „für die Ehepartner obligatorisch ist und nur gemeinsam erfolgen kann“ (IFS 57a). Dagegen die „Schlichtungsstelle auf freiwilliger Basis“ (SPD-ENTWURF, 40; HAGEMEYER, I/11a); DÖLLE, 28; vgl. Eherecht 72. Dazu: „Nachdem der Staat nicht mehr mächtig genug ist, naturgegebene Ordnungen rechtlich zu schützen, greift er in seiner Unfähigkeit zu Palativmitteln zweifelhafter Art wie der hier vorgeschlagenen Ehehilfen (RICHTER, DR 51/826). Vgl. RÜDEL, JR 51/746a.

⁹⁵ WELTY, II/104; vgl. HAGEMEYER, I/9ff.

⁹⁶ KLÜBER, Familie 22.

⁹⁷ Denn derart wird das, was innerhalb der Ehe Recht ist, durch den Staat(sentscheid) konstituiert. Vgl. Anm. 98. Im Gesagten ist eingeschlossen: das innereheliche ER ist ein unabdingbares Recht. Der innereheliche Träger kann nicht zugunsten einer außerehelichen Instanz darauf verzichten (vgl. S. 454; ferner S. 143 mit Anm. 211). Zur „innerehelichen“ Abdingbarkeit des ER vgl. Anm. 75; 266.

b) Die rechtsetzende Drittinstantz als kompetenzverteilend

Einem nach Kompetenzen aufgeteilten innerehelichen Entscheidungsrecht entspricht eine Kompetenzstreitigkeiten schlichtende Drittinstantz. Eine solche Kompetenzzuteilung durch die Drittinstantz hat daher auch den Beifall jener gefunden, welche am gattungsgemeinsamen Entscheidungsrecht festhalten, die sachentscheidende Drittinstantz aber für ehezerstörerisch halten. Die Drittstelle hätte also auch dort, wo Mann und Frau sich sachlich nicht einigen können, zwar nicht unmittelbar sachlich zu entscheiden, sondern nur zu bestimmen, welcher der beiden Gatten in diesem Falle zu entscheiden habe.

Zur Kritik

Kompetenzentscheiden bedingt rechtsphilosophisch *Entscheidenlassen*. Dabei ist hier der Entscheid, den Sachentscheid einem andern zu überlassen, für den Sachentscheid rechtskonstitutiv. Auch wenn daher die Außeninstanz kompetenzverteilend innerhalb der Ehe entscheiden läßt, geschieht die *Rechtskonstitution des Entscheides außerhalb der Ehe*⁹⁸.

Praktisch mag sich die entscheidendlassende Drittinstantz weniger verhängnisvoll auswirken, obschon auch hier der Sachentscheid wenigstens mittelbar von außen her geschieht: als Maßstab der Kompetenzverteilung müßte die Drittinstantz ja doch die von ihr

⁹⁸ Denn auch hier gilt: Entscheidenlassen ist Vollzug der Autorität (Anm. 61): „Ermächtigung“ (Delegation). Die staatliche Kompetenzzuteilung könnte rechtsphilosophisch entweder als Delegation oder als bloße Designation gedacht werden. Bei der Delegation wäre der Entscheid im eigentlichen Sinn staatlich begründet: ein Staatsentscheid. Anders ausgedrückt: der Staat könnte zwar nicht den Träger der innerehelichen Autorität ein für allemal bestimmen (vgl. S. 192), wohl aber von (Konflikts)fall zu (Konflikts)fall. Selbstverständlich hebt auch dies den Begriff einer Rechtsgemeinschaft, deren innere Autorität gerade auch Konfliktsfälle (d. h. Meinungs- und Willensuntimmigkeiten) muß beheben können, auf (vgl. S. 142; S. 297). Bei der bloßen Designation wäre zwar das Recht unmittelbar von der Ehe her konstituiert, das designierende Eingreifen des Staates aber doch *conditio sine qua non* der Rechtskonstituierung. Auch so verfügte die Ehe nicht über alle Bedingungen, damit in Konfliktsfällen ein rechtmäßiger Entscheid zustande kommen kann. Sie bliebe (wiederum mindestens „extrinsece primär“) staatsabhängig.

Der Unterschied zwischen staatlicher Trägerbestimmung (S. 191) und Kompetenzbestimmung (sei es in beiden Fällen als Delegation oder Designation) besteht darin, daß bei der Trägerbestimmung Ehe und Familie als werdende Gemeinschaften staatsabhängig sind, als gewordene aber ohne Staatseingriff auskommen (bzw. mit staatlicher Deklaration und Mißbrauchsfeststellung), während bei der Kompetenzbestimmung Ehe und Familie selbst noch als gewordene Gemeinschaften grundsätzlich für jeden Konfliktsfall des Staates bedürfen. Insofern also bei der Ansicht der Kompetenzzuteilung Ehe und Familie nicht nur in ihrem Werden, sondern schlechthin staatsabhängig sind, ist diese Ansicht mindestens rechtsphilosophisch noch widersprüchlicher.

beurteilte sachliche Richtigkeit der Gattenentscheide heranziehen⁹⁹. *Rechtsphilosophisch* aber ist auf jeden Fall von außen über das Innere der Ehe rechtlich verfügt und damit die Ehe als echte Gemeinschaft aufgehoben.

Ergebnis (zu 1)

1. Als nur subsidiär kann die Außeninstanz einen innerehelichen *Sachentscheid weder unmittelbar selbst noch kompetenzzuteilend mittelbar* den Gatten rechtsverbindlich vorlegen.

2. Beide Verfügungen müßten nämlich rechtskonstitutiver Art sein und zerstörten damit nicht nur praktisch den allenfalls schon gefährdeten personalen Vollzug der Ehe vollends, sondern hoben auch rechtsphilosophisch Ehe und Familie als naturhafte (Rechts)gemeinschaften auf.

2. Die Drittinstantz als *rechtfindend*

Auch wer ein inneres Entscheidungsrecht ausschließlich des Mannes oder der Frau vertritt, kommt nicht ohne Drittinstantz aus. Angesichts der Möglichkeit des Irrtums oder des bösen Willens ist der Entscheid des Entscheidungsberechtigten ja nicht unbedingt Ausdruck des ehelichen oder familiären Gemeinwohls. So ist es sinnvoll, wo der Autoritätsvollzug des Entscheidungsberechtigten dagegen verstößt, den Staat subsidiär eingreifen zu lassen.

Für die *Ehe* kann die Drittinstantz *nur rechtfindend* sein. Verletzt nämlich der Autoritätsentscheid irriger- oder böswilligerweise das eheliche Gemeinwohl, wird der Gatte, dessen im Gemeinwohl enthaltene Eigenrechte mitverletzt sind, selber zum Anwalt des Gemeinwohls¹⁰⁰. Daher ist er nunmehr selber berechtigt, den ihm gemeinwohlgefordert erscheinenden Entscheid zu fällen. Damit jedoch liegen zwei einander widersprechende Entscheide vor, von denen keiner Unfehlbarkeit beanspruchen, aber nur einer rechtskräftig sein kann. So wird es um der gefährdeten ehelichen Einheit willen sinnvoll, ja notwendig, eine Drittinstantz anzurufen, wobei diese festzustellen und zu zeigen hat, welcher der beiden Entscheide als gemeinwohlentsprechend rechtskräftig *war* (also so nicht erst durch die Feststellung *wird*).

⁹⁹ „Trifft [der Vormundschaftsrichter] denn nicht schon die Entscheidung, wenn er dem einen Ehegatten sagt: Entscheide du!? Damit hat er im Sinne des einen entschieden“ (SEIDL, BTDeb. III/11795 B).

¹⁰⁰ Grundsätzlich vgl. S. 144; praktisch vgl. S. 348f.

Für die *Familie* mit noch nicht handlungsreifen Kindern ist es überdies notwendig, dem staatlichen Vormundschaftsrichter für den Fall, daß beide Eltern gemeinwohlwidrig entscheiden, zum Schutze der Kinder auch noch eine subsidiäre *Rechtsetzungsfunktion* zuzubilligen.

Insofern also diese Drittinstantz wesentlich nur mißbrauchfeststellend und rechtfindend ist, unterscheidet sie sich von den früher gezeigten wesentlich. *Bosch* sieht den Unterschied darin, „daß zunächst einmal eine innereheliche und innerfamiliäre Ordnung anerkannt wird, und erst dann, wenn es trotzdem not tut, auf Antrag des Mannes oder der Frau eine staatsgerichtliche Mißbrauchskontrolle in Form eines Feststellungsverfahrens einsetzt (während manche andere kurzerhand proklamieren: ‚falls Vater und Mutter uneins sind, entscheidet im Zeichen der Gleichberechtigung der Staat!‘ oder (etwas milder): ‚falls durch Uneinigkeit der Eltern das Kind gefährdet sein sollte, kann das Vormundschaftsgericht angegangen werden‘¹⁰¹).“

Zur Kritik

Eine Mißbrauchsinstanz ist rechtlich mit dem Wesen der Ehe und Familie *vereinbar*, insofern sie die rechtskonstitutiven Kräfte der innerehelichen Autorität nicht antastet. Sie ist *praktisch notwendig*, um die beiden allfällig vorliegenden Gattenentscheide auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, und so die eheliche Einheit von außen her richtigzu-

¹⁰¹ BOSCH, SH 21a. Ähnlich: „Wenn [echter Mißbrauch oder eine Gefährdung des Kindes festgestellt werden kann], handelt es sich um ein echtes richterliches Betätigungsfeld; wenn aber kein Mißbrauch, keine Vernachlässigung vorliegt, handelt es sich um eine Abdankung der privaten Entscheidungsfreudigkeit zugunsten einer staatlichen Maßnahme, zu der der Staat nach Art. 6 GG kein Recht hat“ (WAHL, BTDeb. III/11792 C). Grundsätzlich: „Die logische Konsequenz solcher Einschaltung [nämlich einer staatlichen Stelle, die und insofern sie notwendig wird, weil man Mann und Frau in der Familie in ihren materiellen Rechten restlos gleichstellt und daraus im Falle elterlicher Willensverschiedenheiten das Kind, dessen Stellung rechtlich klar sein muß, unvermeidlich gefährdet wird; dazu auch BOSCH, FRR 103] ist die Verstaatlichung der Familie. Daran ändern alle Versicherungen von der Zuverlässigkeit und Discretion der VormG nichts. Es handelt sich nicht um die Ausübung dieses Rechtes, sondern um sein Bestehen. Es ist fast unfassbar, wie gedankenlos hier sonst ernsthafte Geister argumentieren, die Notwendigkeit der Feststellung von Mißbräuchen mache doch auch den Staat notwendig. Rechtsschutz ist Staatsaufgabe. Sie setzt auch das Recht auf Rechtsfeststellung voraus. Wer aber den fundamentalen Unterschied zwischen dem subsidiären Recht dieser Art und der Behauptung staatlichen Rechtes einfach infolge wesentlichen Wegfalls bisher der Familie zugesprochenen Eigenrechtes sieht, dem fehlt der Blick für elementare Rechtsgrundfragen“ (HIRSCHMANN, HK 53/280a). Ähnlich HABSCHEID, Rpfleger 57/328 (vor 3). Vgl. S. 370. Zur Illustration: BTDeb. III/11795 (Auseinandersetzung zw. SEIDL und METZGER). PAULICK, 58/2a 4 (e).

stellen. Sie ist jedenfalls notwendig, um die Kinder vor jenen Eltern, die das Familienwohl und die darin enthaltenen Grundrechte des Kindes verletzen, zu schützen.

Ergebnis (zu 2)

1. Die innerehelich bestimmte *äußere Entscheidungsinstanz* kann nur subsidiär zu einem innerehelichen Entscheidungsrecht sein.

2. Subsidiär heißt hier *negativ* „nicht rechtsetzend“ (ausgenommen bei elterlich verletztem Kindeswohl), *positiv* „rechtfindend“ in objektiven Mißbrauchsfällen der inneren Autorität auf Antrag eines Gatten.

3. Als solche ist sie *rechtsphilosophisch möglich*, weil die vom Wesen der Gemeinschaft geforderte innere Entscheidungsinstanz auch in Konfliktsfällen rechtskonstitutiv erhalten bleibt; *praktisch gefordert*, um das Wohl des Kindes zu schützen und die gefährdete innere Einheit der Ehe durch eine rechtabklärende Hilfe von außen sicherzustellen.

B. Die innerehelich bestimmte innere Entscheidungsinstanz

Wie bereits Vorbemerkt, kommt das innereheliche Entscheidungsrecht entweder beiden Gatten gemeinsam oder ausschließlich dem einen Gatten, sei es dem Mann, sei es der Frau, zu.

I. Das gemeinsame Entscheidungsrecht

Das Entscheidungsrecht kann gemeinsam sein, insofern es entweder auch gemeinsam verwaltet oder hälftig nach Kompetenzen jeweils von Mann oder Frau ausgeübt wird.

1. Das gemeinsam verwaltete Entscheidungsrecht

Wer in der Diskussion um die Ehe von Lebenskameradschaft¹⁰², Partnerschaft¹⁰³, Kollegialität¹⁰⁴, Genossenschaft¹⁰⁵ spricht, meint gewöhnlich, die Entscheidung in allen das Eheleben betreffenden Angelegenheiten sei von beiden Gatten gemeinsam zu treffen¹⁰⁶, weil die Ehegatten, durch die Trauung zur ehelichen Lebensgemeinschaft verbunden, nunmehr gegenseitig verpflichtet seien, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen¹⁰⁷, und weil ganz allgemein „das Gemeinsame der Sinn der Ehe ist“¹⁰⁸.

Was aber besagt „gemeinsam getroffene Entscheidung“ rechtsphilosophisch für Ehe und Familie: Ist die „gemeinsame Entscheidung“ auch in der Form eines gemeinsamen ehelichen Entscheidungsrechtes möglich? Um zu wissen, wie sich „gemeinsame Entscheidung“ und „eheliches Entscheidungsrecht“ verhalten, ist zu wissen, was beide in sich bedeuten.

¹⁰² DEUTSCHER FRAUENRING, IFS 25.

¹⁰³ Vor allem HAHN; dazu BTDeb. II/498 B (vgl. HIRSCHMANN, HK 54/343a). Dagegen: DOMBOIS, FRR 87.

¹⁰⁴ SCHEFFLER, DJT 24f.

¹⁰⁵ BETTERMANN, I/17ff.; II/9; GEILER, DJT 64; BEITZKE, Glb 38. Ähnliche Ausdrücke: Gleichrangige Gefährtschaft (WURZBACHER und SCHELSKY; MONZEL weist darauf hin, daß damit die Frage des ER nicht präjudiziert ist (56/215). So käme man auf „primus inter pares“ hinaus (BEITZKE, JZ 52/745; BOSCH, FRR 104). Vgl. die Formulierung BOSCHS in Anm. 98; *équipe conjugale* (vgl. LESTAPIS); *isonome Dyarchie* (BOEHMER, 56/10a; vgl. BETTERMANN, I/18).

¹⁰⁶ Vgl. SPD-ENTWURF, 47. Ferner: Eherecht 73 (mit Hinweis auf E. WOLF, evang. Eherecht). [Hier wird offensichtlich der Doppelsinn von „entscheiden“ nicht beachtet (vgl. S. 298).] SPF, 64.

¹⁰⁷ Vgl. Art. 159 ZGB; HEDEMANN, 35. CONRAD, Grundprobleme 60; RÜDEL, JR 51/746b.

¹⁰⁸ SPD-ENTWURF, 45. Denn die Ehe beruht darauf, „daß Mann und Frau in gegenseitiger Einigung ineinander immer wieder neu zur Einheit finden“ (EVANG. FRAUENARBEIT, vgl. Eherecht 68). Als wünschenswert ist dies alles selbstverständlich unbestritten (vgl. v. NELL-BREUNING, 12). Auch kann man aus rechtsklärenden und -erzieherischen Gründen diesen Gedanken im Gesetz positiv aussprechen (§ 1354 nach dem SPD-ENTWURF, 7; 47). Aber es fragt sich, ob aufgrund dieses Prinzips die Familienordnung hinreichend sichergestellt sei, und ob daher eine solche Positivierung abschließend sein könne. Deshalb ist die innere Möglichkeit gemeinsamen Entscheidens in Ehe und Familie näher zu untersuchen. Wenn es etwa heißt: „Was die eheliche Lebensgemeinschaft von beiden erfordert, kann nicht einer allein bestimmen. Hierzu müssen beide mitwirken“ (SPD-ENTWURF, 46), fragt sich, was dieses Mitwirken näherhin bedeutet. Ebenso unbestimmt SPF, 64. Die Grundfrage: kann der Richter (auch) rechtsetzend oder (nur) Recht (und Mißbrauch) feststellend entscheiden? bleibt mindestens völlig offen. Damit bleibt diesen Vorschlägen gegenüber Anm. 101 in Kraft.

Eheliches Entscheidungsrecht

Abstrakt ist das eheliche und familiäre Entscheidungsrecht die Befugnis, die eheliche Gemeinwohlmitte zu bestimmen und verpflichtend aufzuerlegen. *Konkret* normalerweise latent, wird es wie alle selbstverständlichen Dinge meistens *psychologisch* nicht spürbar, obwohl es tiefer in der Form stillschweigenden Entscheidenlassens rechtsphilosophisch vollzogen ist. *Praktisch* zu spüren ist es daher meist erst als Konfliktinstanz, wo formell ein willentlicher Letztentscheid über zwei widerstreitende Sachentscheide fällt.

So falsch es daher wäre, im Entscheidungsrecht nur eine *Konfliktinstanz* zu sehen¹⁰⁹, so falsch ist es, ihm die konfliktentscheidende Funktion abzusprechen: es hat auch und gerade im gemeinschaftsprengenden Konflikt die eheliche Einheit mitzubewahren. Nur das kann also überhaupt Entscheidungsrecht sein, was auch Konflikte zu entscheiden vermag. Kann also ein „gemeinsames Entscheidungsrecht“ Konflikte entscheiden?

Gemeinsames Entscheidungsrecht

Das gemeinsame Entscheidungsrecht ist jedenfalls ein Recht, dessen Träger weder Gatte noch Gattin, sondern „das Ehepaar“ ist¹¹⁰. Dieses Recht kann daher nur ausgeübt werden, wenn das Ehepaar durch ein actu gemeinsames Wollen der Gatten actu konstituiert ist: ein rechtsgültiger Entscheid ist nur möglich, wenn beide Gatten einstimmig das zu Entscheidende bejahen und den Entscheid formell wollen.

Damit ist die Rechtsgültigkeit eines jeden Entscheids in *das freie Belieben* jedes einzelnen Gatten gelegt. Sobald der eine nicht will, fällt die Einstimmigkeit und damit die rechtskonstituierende Kraft: eine Handlung ist rechtmäßigerweise nicht möglich. Wer aber in besserer Einsicht und größerem Verantwortungsbewußtsein glaubt, dennoch handeln zu müssen, ist von vornherein im Unrecht. Der Neinsager, dessen Nein die Berechtigung der Handlung hindert, ohne indes die Notwendigkeit der Handlung beheben zu können, ist im Recht. Gleichgültig, ob er *mit* seinem Nein im Recht ist, *durch* sein Nein ist

¹⁰⁹ Vgl. S. 198; 325 ff.

¹¹⁰ Offenbar im Sinne einer moralischen und juristischen Person (vgl. Anm. 174 [S. 103]). Den Begriff des „Ehepaars“ stellt vor allem HEDEMANN hervor (21; 31). Vgl. Evang. Soziallexikon (Ehe, rechtlich).

er es. Das gemeinsame Entscheidungsrecht ist deshalb notwendig das *Recht dessen, der Nein sagt*¹¹¹. Ja, das Nein verhindert, konsequent durchdacht, selbst das rechtsgültige Anrufen der Drittinstantz.

Zur Kritik

Das gemeinsame Entscheidungsrecht kann für die Ehe und Familie keine Konfliktinstanz sein und daher nicht als eheliches und familiäres Entscheidungsrecht in Frage kommen. Entweder wird es konsequent durchgeführt, und dann verhindert das Nein des einen selbst die Anrufung einer vermittelnden oder ehetrennenden Drittinstantz. Oder man schließt diesen Fall von vornherein von seinem Wirkbereich aus, und dann liefert man die innere Geschlossenheit der Ehe und Familie grundsätzlich der Drittinstantz aus, insofern der Ehe und Familie eine innere, auch in Komplikationsfällen wirksame Autorität fehlt, und die Drittinstantz rechtsetzende Funktionen übernehmen muß.

Ein gemeinsames Entscheidungsrecht ist auch nicht ehemöglich, wenn man es mit dem Begriff der *Demokratie* in Verbindung bringt. Ein demokratisches Entscheidungsrecht setzt wesentlich zahlenmäßige Mehrheitsbildung und eine ungerade Zahl von Gemeinschaftsgliedern voraus. Demokratie als gemeinschaftliche Autoritätsform ist daher nur dort möglich, wo eine Gemeinschaft mindestens die Dreizahl erreicht. „Tres faciunt collegium“ ließe sich in diesem Fall verdeutlichen: Demokratie beginnt bei drei. Ein „eheliches demokratisches Entscheidungsrecht“ verkennt das Wesen der Ehe als Zweiergemeinschaft wie das Wesen der mehrheitsgebundenen Demokratie. Daraus ergibt sich der einzig mögliche Sinn für „gemeinsames Entscheiden“ und „Demokratie in der Ehe“¹¹².

¹¹¹ „Jedem Ehegatten ein liberum veto gegen den Vorschlag des andern zu geben, kann eine Lösung verhindern, wo eine Entscheidung getroffen werden muß ... Stirbt ein Kind, weil die Eheleute sich nicht einigen konnten, welcher Arzt es behandeln soll, so wären ... sie nicht strafbar. Jeder Ehegatte, welcher ohne die Zustimmung des andern das Kind zu einem bestimmten Arzt brächte, würde rechtswidrig und ehewidrig handeln (Scheidungsgrund!)“ (BEITZKE, JZ 52/705). Nicht umsonst bezeichnet BOSCH das liberum veto als „das Falscheste“ überhaupt (vgl. 56/164a; FRR 62). Denn es führt „zu unmöglichen Lagen“, weil so „bei Nichteinigung der Ehegatten die Ausführung der Angelegenheit zu unterbleiben hat, und ein Ehegatte, der gleichwohl handelt, sich einer Verletzung seiner Pflichten schuldig machen würde“ (ANWALTVEREIN, IFS 19b). Ebenso WOLLE, 23; SOLLTMANN, 9 (IFS 61a). Vgl. ENTWURF I (Anlage B, 17 zu Nr. 5).

¹¹² Vgl. DJT 58; 94; 97; HÄRING, 80; SCHÖLLGEN, 12. Eindringlich BERTHOLD, IF Febr. 57/7a. Mit Hinweis auf die Offene Handelsgesellschaft: DJT 24; 97; 98; BETTERMANN, II/7; ANWALTVEREIN, IFS 19b; BAETENS, 97. Vgl. v. NELL-BREUNING, 12f. Vgl. S. 202.

Demokratisch gemeinsames Entscheiden

Wie schon bei der Außeninstanz ist auch beim innerehelichen Entscheidungsrecht zwischen Rechtsfindung und Rechtssetzung zu unterscheiden. Für die *Rechtsfindung* läßt sich „Demokratie“ als auch innerhalb der Ehe analog zu verwirklichen sinnvoll verlangen. Es entspricht der Gemeinschaft erwachsener Personen und ist durch die Gleichberechtigung von Mann und Frau gefordert, daß die Gatten miteinander beraten und innerhalb der Meinungsbildung, also auch der Rechtsfindung, völlig gleichgestellt sind.

Für die *Rechtssetzung* ist aber grundsätzlich weder demokratisches noch gemeinsames Entscheiden möglich. Sonst wird das Entscheidungsrecht zum chesprengenden Recht des Nein. Die eigentliche Rechtssetzung muß vielmehr, sei es überhaupt, sei es kompetenzverteilt, in der Hand eines Ehegatten liegen als des überhaupt oder kompetenzmäßig allein Entscheidungsberechtigten¹¹³.

Dem nicht entscheidungsberechtigten Gatten aber bleibt das *Recht*, sachlich mitzuberaten und sachlich berücksichtigt zu werden, wobei dies aber *conditio sine qua non* für den rechtmäßigen Gebrauch des Entscheidungsrechtes ist. Naturrechtlich kann ja nur „richtiges Recht“ überhaupt als Recht gesetzt werden. Im Maße also „richtiges Recht“ nur durch gemeinsames Beraten der Gatten zu finden ist, wird diese Beratung zur *conditio sine qua non* der folgenden Rechtssetzung¹¹⁴.

Damit dürfte das echte Anliegen der Gleichberechtigung und zugleich die innere Einheit der Ehe und Familie gewahrt sein. Schließlich ist entscheidend, *was* und *wie* entschieden wird, nicht aber dessen rechtsformales *Daß*. Ob etwa beispielsweise die Frau selber rechtsetzend sagt: ich habe recht, oder ob der Mann rechtsetzend ihr sagen muß (nicht bloß kann): du hast recht, dürfte der Frau gleichgültig sein, solange sie tatsächlich ihr Recht erhält¹¹⁵.

¹¹³ In diesem Sinne gilt: „„Familiendemokratie“ ist ein Unsinn, der entweder ein Zerfallsprodukt einer absterbenden Gesellschaft darstellt oder aber zu dem Zweck propagiert wird, nach Auflösung der Familie das Individuum umso totaler durch gesellschaftliche Institutionen beherrschen zu können“ (RICHTER, DR 51/823). Vgl. K. E. MEYER, DJT 97. „Für die natürliche Ordnung der Familie gelten eben nicht die Prinzipien einer egalitären Demokratie“ (SCHRANZ, BTDeb. II/510 B). Vgl. BTDeb. III: K. WEBER, 11769 D; WAHL, 11781 Dff. (zur Ehe als soziologischer Zweiergruppe).

¹¹⁴ Vgl. S. 330.

¹¹⁵ „In einer harmonischen Ehe kommt es letzten Endes gar nicht darauf an, ob der Ehemann oder der Vater in den Fragen des gemeinschaftlichen Lebens allein entscheidet, oder ob die Eheleute gemeinsam beraten und gemeinsam entscheiden. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ehe-

Ergebnis (zu 1)

1. Das Entscheidungsrecht muß auch *Konfliktinstanz* sein. Diese ist aber innerhalb der Ehe weder als Mehrheitsabstimmung noch als gemeinsame Rechtssetzung möglich.

2. *Gemeinsam verwaltetes Entscheidungsrecht* innerhalb der Ehe und Familie kann deshalb nur heißen demokratisch gemeinsame Rechtsfindung, nicht aber auch demokratisch gemeinsame Rechtssetzung. Als Recht, den rechtsetzenden Entscheid zu fällen, kann das Entscheidungsrecht, sei es überhaupt, sei es kompetenzverteilt, folglich nur *einem* Gatten zukommen.

2. Das kompetenzverteilte Entscheidungsrecht

Stärker auf die Familie gerichtet, liegen Vorschläge zur Kompetenzaufteilung indes auch schon für die Ehe vor. Für die *Ehe* mußte wiederum die Parallele mit dem Staate erhalten: „Gewaltenteilung, die Frau gewissermaßen das Innere, der Mann die auswärtigen Angelegenheiten¹¹⁶.“ Für die *Familie* sollte, abgesehen von jenem famosen „alternierenden Oberbefehl“ (ein Jahr bestimmt der Vater, ein Jahr die Mutter!¹¹⁷), das Kinderalter oder das Kindergeschlecht Aufteilungsschlüssel sein: die Mutter bestimmt entweder für die Kleinkinder oder die Mädchen, der Vater für die heranwachsenden Kinder oder die Buben¹¹⁸. Und wie ist es mit dem Zeitpunkt, da das Kleinkind aus dem Schoß der Mutter in die Hand des Vaters übergehen soll? Wie steht es mit der Gleichberechtigung in Familien mit lauter Buben oder lauter Mädchen? Wie stellt man sich die Familienerziehung vaterrechtlicher Buben und mutterrechtlicher Töchter vor mit und ohne Oedipus- und anderen psychoanalytischen Komplexen?

Zur Kritik

Auch hier fragt sich: was ist der rechtsphilosophisch mögliche Sinn eines kompetenzverteilten Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie? Die ziemlich „verschwommene Programmatik¹¹⁹“ dieser Ansicht

leuten werden in einer gesunden Ehe immer einen vernünftigen und tragbaren Ausgleich finden“ (HESSISCHE FRAUENORGANISATIONEN, IFS 51b).

¹¹⁶ HEDEMANN, 33; vgl. HATTINGBERG, 189; SPF, 21.

¹¹⁷ Vgl. BOSCH, DJT 91; HAGEMEYER, III/10b. Dazu BGH, 57/176.

¹¹⁸ Vgl. vor allem HAGEMEYER, III/9bf.

¹¹⁹ HEDEMANN, 33.

stellt nur ans Licht: es gibt keine naturhaft eindeutig abgegrenzten Sachbereiche in Ehe und Familie. Im Grunde sind doch alle ehelichen Angelegenheiten gemeinsam¹²⁰.

Alle sind mindestens *negativ gemeinsam*, insofern naturhaft kein Gatte von bestimmten Sachbereichen ausgeschlossen ist. So hätte die Kompetenzteilung positiv zu erfolgen und setzte damit eine Entscheidungsinstanz voraus, die überhaupt einmal die Kompetenzen verteilte und dann fallweise die Kompetenzzugehörigkeit der anlaufenden Geschäfte festsetzte.

Daneben finden sich auch *positiv gemeinsame Angelegenheiten*, und so gibt es „(mindestens auch!) Fragen, die beide Gatten gleichermaßen angehen¹²¹“. Ein kompetenzverteiltes Entscheidungsrecht ist darum in Ehe und Familie mindestens als letztes unmöglich. Denn es fordert selber eine *kompetenzverteilende* Entscheidungsinstanz, die zudem auch die *gattungsgemeinsamen* Angelegenheiten rechtsetzend zu entscheiden hätte.

Praktisch hat man also entweder eine dem kompetenzverteilten Entscheidungsrecht übergeordnete Entscheidungsinstanz anzunehmen, und dann bleibt der Sinn jenes kompetenzverteilten fraglich; oder man versucht den rechtsphilosophischen Widersinn, die beiden kompetenzverteilten Entscheidungsrechte als letzte innergemeinschaftliche Rechtsinstanz absolut zu setzen, und dann würde „wahrscheinlich zu allem andern Streit noch der um Auslegung und Abgrenzung der Kompetenzen treten. Und solche Konflikte sind gewöhnlich die häßlichsten, vor allem in einem Volk, das ohnedies mit einem guten Schuß Rechthaberei begabt ist, und — wenn über dem Herrn Außenminister und der Frau Innenminister kein Ministerpräsident stünde, der das letzte Wort zu sprechen hätte¹²².“

Die Kompetenzverschiedenheit von Mann und Frau liegt nicht auf der Stufe der Rechtssetzung, sondern auf der tieferen der Rechtsfindung, ist sie doch eine verschiedene Sachverständigkeit. Selbstverständlich

¹²⁰ Vgl. etwa: „Es muß jeden Menschen als absurd anmuten, von einer schon im Berufsleben selbständig gewordenen Frau z. B. zu verlangen, daß sie sich auch in ihren eigenen Angelegenheiten, die ja in der Regel auch das gemeinsame Leben betreffen, dem ER des Mannes fügt“ (DEUTSCHER AKADEMIKERINNENBUND, IFS 18a). (Hier geht es nur um die Einsicht in die „gemeinsamen Angelegenheiten“. Über den hier zutage tretenden Individualismus vgl. S. 319.) „So gesehen, gehören selbst das Arbeitszimmer des [Mannes] und seine Jagdtrophäen auch zur [gemeinsamen] ehelichen Wohnung“ (OLG Düsseldorf, 57/393b).

¹²¹ HIRSCHMANN, HK 53/280b; vgl. S. 222.

¹²² ZEIGER, StD 52/182; HAGEMEYER, I/9 ff. (zu b).

versteht die Frau mehr vom Innern und die Mutter mehr vom Kind. Darin ist sie „kompetenter“. Ihre größere sachliche Zuständigkeit und ihr besseres Urteil müssen daher auf jeden Fall eingesetzt werden. Aber dort, wo sie rechtslogisch am Platze sind: in der *Rechtsfindung*. Das Wohl der Familie und das darin enthaltene Wohl der Kinder und die miteingeschlossene Gleichberechtigung der Frau und Mutter fordern das ohne Zweifel. Fordert das Familienwohl aber auch, daß die Frau ihren Sachentscheid rechtlich setzt, oder genügt es nicht, wenn der allenfalls entscheidungsberechtigte Mann sie in diesem Fall entscheiden lassen muß, jedenfalls ihren Sachentscheid als rechtlichen zu setzen hat? Um der Einheit in Ehe und Familie willen, die notwendig ein kompetenzzenthobenes Entscheidungsrecht verlangt, ist das zweite zu bejahen¹²³. Darum hat *Hirschmann* recht: „Daß eine Frau intellektuell gelegentlich besser entscheiden kann, was in bestimmten Fragen des Lebens in der Ehe und Familie das Geratenerere ist, beweist noch nicht, daß sie darum auch die praktische Entscheidungsgewalt haben muß, sondern nur, in welchem Umfang der Mann bei der sittlich geordneten Ausübung seiner Entscheidungsgewalt auf das Urteil seiner Frau Rücksicht zu nehmen hat“¹²⁴.

Gemeinsame Ordnungsnormen für Ehe und Familie

Aus der tieferen Einsicht in das Kompetenzproblem läßt sich auch entnehmen: *Ehe und Familie* haben die gleiche Entscheidungsinstanz. So widerspricht es der Rechtslogik, etwa ein väterliches Entscheidungsrecht anzunehmen, ein ehemännliches aber abzulehnen¹²⁵. Denn das Kompetenzproblem existiert nicht nur innerhalb der Ehe und innerhalb der Familie, sondern auch zwischen Ehe und Familie.

Eindeutig ist dies, wo die *Ehe bereits Familie* ist. Denn hier sind die meisten Dinge in entscheidender Weise positiv-gemeinsam. Oder ist

¹²³ Es handelt sich hier nur um die Verteilung der ehelichen und familiären Autorität auf verschiedene Träger im Sinne der „Dyarchie“ BETTERMANN (I/18).

Hier gilt als rechtsphilosophisch zwingend: „Wo zwei Menschen gleichberechtigt nebeneinander stehen und ihre Einheit, ihre Zusammengehörigkeit bewahrt werden soll, muß schließlich einer die Letztverantwortung tragen“ (nämlich für die Gestaltung des Gemeinschaftslebens) (BOSCH, 55/14b). Damit ist keineswegs ausgeschlossen, daß innerhalb dieser „Letztverantwortung“ (dazu vgl. Anm. 167) selbst wieder verschiedene Zuständigkeiten bestehen können (vgl. S. 292). Zur „Autoritätsstreuung“ FALLER, 19f.; UTZ, Formen 68.

¹²⁴ Referat 9.

¹²⁵ HIRSCHMANN, Referat 13; HK 53/281; BOSCH, FR 104; NRO 67 (2); SH 20b; MÖRSDORF, StdZ 53/334; BISCHÖFE (30. 1. 1953; IFS 6a).

es für das Verhalten des Mannes als Ehemann gleichgültig, wenn er als Vater seinen Kindern etwa einen neuen Wohnsitz bestimmt und allenfalls auch selber bezieht¹²⁶? Und bestimmt er, wenn er den Beruf der Kinder bestimmt, nicht auch das Geschick seiner Gattin mit, der als Mutter je nach dem Berufsgang der Kinder eine je verschiedene Mutterpflicht erwächst? Kurz: obwohl die Ehe in der Familie nicht aufgeht¹²⁷, gibt es doch *keine naturhaft eindeutige Abgrenzung* dessen, was ausschließlich Eheangelegenheit wäre. So müßte man auf jeden Fall doch wieder zur kompetenzverteilenden Entscheidungsinstanz Zuflucht nehmen, die zugleich die Kompetenzzugehörigkeit der eintreffenden Dinge bestimmte.

Aber auch dort, wo *Ehe noch nicht Familie* ist, ist von der Familie her zu denken. Denn nicht nur naturhaft ist Ehe familia in potentia¹²⁸. Auch psychologisch haben die Eheleute auf die Familie hin zu leben und bereits als Gatte und Gattin — als die sie ja werdender Vater und werdende Mutter sind — zu lernen, Vater und Mutter zu sein. Wenn daher die Familie ein väterliches Entscheidungsrecht braucht, dann braucht allein schon aus *erzieherischen* Gründen die Ehe ihr ehemännliches Entscheidungsrecht. Denn wie sollte der Mann in seinen viel schwierigeren Vateraufgaben familiengerecht entscheiden können, wenn er nicht (nicht zuletzt dank der erzieherischen Hilfe seiner Frau) gelernt hat, im kleineren Kreis seiner Ehe gemeinschaftsentsprechend zu entscheiden¹²⁹?

¹²⁶ Vgl. MÖRSDORF, StdZ 53/334; BISCHÖFE, 30. 1. 53, VIII [IFS 6b]; MEYER, Rpfleger 57/285b; BOSCH, 57/193a; 58/84a. Vgl. Anm. 535.

¹²⁷ Vgl. Anm. 189 (S. 121).

¹²⁸ „Da die Ehe keimhaft Familie ist, so ist deren Ordnung in der Ehe insoweit zu beachten, wie die Familie in der Ehe gründet“ (BISCHÖFE, 15. 4. 52). Eine etwas tiefer gehende Analyse zeigt (nach KÖNIG, 115) „daß alle rechtlichen Regelungen der Ehe einzig um der Familie willen getroffen werden“ (SOLLTMANN, 7). Insofern ist mit guter Rechtslogik auch § 1628 BGB zur Deutung des § 1353 BGB mitheranzuziehen (vgl. BOSCH, 57/193a; (E) S. 450 Anm. 113; S. 152b).

¹²⁹ Damit ist nicht gesagt: 1. das eheliche ER lasse sich bloß aus dem familiären herleiten. — Vielmehr braucht die Ehe a) als Gemeinschaft ein ER schlechthin; b) als Zweiergemeinschaft grundsätzlicher Unauflöslichkeit einen der beiden Gatten als dessen ausschließlichen Träger (vgl. DÜRIG in Anm. 265). Damit enthüllt sich die „isonome Dyarchie gleichberechtigter Ehegatten“ (vgl. BOEHMER, 57/10a) als contradictio in adiecto, die auch unter griechischem Namen nicht möglich wird. Die „isoi nomoi“ werden nämlich entweder als qualitativ gleiche (entsprechende) Rechte genommen, und dann folgt daraus nicht Dyarchie, sondern Hierarchie; oder sie werden als inhaltsgleiche Rechte gefordert, und dann liegt rechtsphilosophisch nicht Dyarchie vor, sondern Anarchie. Deshalb hat BOSCH Recht: „Hierarchie oder Anarchie — das ist die Frage“ (FRR 59); 2. das eheliche ER sei nicht anders strukturiert als das familiäre. — Deshalb ist es besser vom ER schlechthin zu sprechen und zwischen seiner ehelichen und familiären Funktion zu unterscheiden (dazu Abschnitt III). Vgl. SOLLTMANN, (E) S. 450 Anm. 113. Auch CATHREIN meint, das ER sei nicht einfach aus der „Vaterwürde“ ableitbar (70).

Ergebnis (zu 2)

1. Kompetenzverteilte Entscheidungsrechte in Ehe und Familie setzen jedenfalls ein kompetenzverteilendes voraus und können daher nicht das gemeinwohlgeforderte (Letzt)entscheidungsrecht sein.

2. Die verschiedene Sachkompetenz von Mann und Frau ist aber in der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Insofern ließe sich sinnvoll der Begriff eines kompetenzverteilten sekundären Entscheidungsrechtes bilden: das Recht, nach Maßgabe der Sachverständigkeit bei der Rechtsfindung berücksichtigt, allenfalls auch in der Rechtssetzung zur Eigenentscheidung befugt zu sein (Entscheidenlassen), wobei dies die *conditio sine qua non* der rechtsverbindlichen Ausübung des rechtsetzenden primären Entscheidungsrechtes ist.

3. Die Notwendigkeit eines kompetenzzenthoben ursprünghchen für Ehe und Familie gemeinsamen Entscheidungsrechtes zeigt: es muß in Ehe und Familie ausschließlich entweder bei der Frau oder beim Manne liegen.

II. Das geschlechtseigene ausschließliche Entscheidungsrecht

1. Das frauliche Entscheidungsrecht

Gewiß meint man, „eigentlich müßte nach dem Gedanken der Gleichberechtigung für die nächsten zweitausend Jahre die Frau bestimmen, nachdem in den vergangenen zweitausend Jahren der Mann bestimmt hat¹³⁰.“ „Würde damit nicht für die Menschheit eine Zeit des Friedens anbrechen, wenn nicht mehr die unruhig schweifenden Männer, sondern die stillen, gütigen Mütter das Geschick der Familien bestimmten? Würden nicht vor allem die endlosen Streitigkeiten in den Familien ein für allemal beendet sein?¹³¹“ Sicher mag das Matriarchat mit dem Ruf der Mütter und dem Geheimnis des ewig Weiblichen auch für den Psychoanalytiker anziehend sein¹³². Aber im Ernst denkt in unseren Kulturkreisen niemand daran, ein Matriarchat aufzurichten¹³³.

¹³⁰ SCHEFFLER, DJT 25.

¹³¹ ZEIGER, StZ 52/181.

¹³² Vgl. etwa GRABER, Die Frauenseele.

¹³³ Im übrigen bedeutet ja Matriarchat nicht ER der Mutter: „Patriarchat und Matriarchat im wissenschaftlichen Sinne unterscheiden sich nicht durch die Gewaltenverteilung der Ehegatten, sondern

2. Das männliche Entscheidungsrecht

Gewichtige Stimmen in Kirche, Wissenschaft und Politik sind für das männliche Entscheidungsrecht eingetreten, so sehr man in seiner Begründung und positiven Formulierung auseinanderging¹³⁴. Mit diesen Schwierigkeiten haben wir uns indes hier nicht zu beschäftigen. Es genügt an dieser Stelle, daß durch die Notwendigkeit eines Entscheidungsrechtsträgers und die praktische oder rechtsphilosophische Unmöglichkeit der andern Ansichten der *Mann per modum exclusionis* als *Träger des Entscheidungsrechtes* negativ aufgewiesen ist, so wie es *Hirschmann* gezeigt hat: „Ist einmal klar, daß die Ehe eine Rechtsgemeinschaft ist, dann ist einleuchtend, daß sie zu ihrem Bestand — und der ist ja unauflöslich, von Natur aus — eine innere rechtliche Autorität zur Lösung von Willenskonflikten braucht. Der Träger dieser Autorität kann nicht — anders als beim Staat — in einer freien Vereinbarung der Glieder dieser Gemeinschaft bestimmt werden; freie Vereinbarungen sind wieder lösbar und dann fehlte die Autorität. Träger können nicht Mann und Frau zugleich sein, weder in der Weise, daß sie restlos gleichgestellt sind — dann wird die Entscheidung unmöglich — noch in der Weise, daß bestimmte Fragen von vornherein dem Mann, andere der Frau zugeordnet sind — es gibt (wenigstens auch!) Fragen, die beide gleicherweise angehen! Die Autorität der Frau für alle Fragen wird kaum ernsthaft behauptet. Bleibt eigentlich nur der Mann¹³⁵.“

durch Heraushebung der namengebenden Blut- und Erblinie“ (DOMBOIS, FRR 84 [a]). Dazu etwa: CORNET: *La Femme en régime matriarchal*, dans: *Le rôle de la Femme dans les missions* (192—209), Bruxelles 1950. BEITZKE bedenkt dies offenbar nicht, 58/8b (4); (vgl. S. 473).

¹³⁴ Vgl. S. 172 ff.; dazu Anm. 44; S. 369 ff.

¹³⁵ HK, 53/280b, ähnlich BOSCH, FRR 60; MÖRSDORF, DKW 51/255a.

Drittes Kapitel

DIE GESAMTDEUTUNG DER ANSICHTEN

So wenig es genügt, die Ansichten aneinanderzureihen, so wenig, sie in ein Ordnungsganzes zu stellen. Man muß versuchen, sie von ihrem geistigen Hintergrund her zu verstehen. Außerdem sind als Ertrag der Diskussion die Folgerungen für das Verständnis des Entscheidungsrechtes und seines Trägers zu ziehen.

§ 1. Die geistigen Voraussetzungen

Wie die geistige Grenzscheide der Diskussion um Gleichberechtigung und Familienrechtsreform überhaupt zwischen *quantitativem Individual- und qualitativem Gemeinwohldenken* verläuft¹³⁶, so auch und besonders bei der Frage nach dem Entscheidungsrecht und seinem Träger: das Entscheidungsrecht wird unmittelbar gesehen entweder von einer individual-quantitativ gefaßten (und mißverstandenen) Gleichberechtigung oder aber von einem qualitativ gedachten, die Gleichberechtigung mitenthaltenden Gemeinwohl her. Die Ansichten über den Träger des Entscheidungsrechtes zeigen dies deutlich.

Geistiger Ausgangspunkt ist meist das Individuum, das auch in Ehe und Familie „so viel Freiheit als möglich, so viel Bindung als notwendig“ beansprucht¹³⁷. Ideal wird so ein ursprünglich schlechthin gemeinsames Entscheidungsrecht. Entweder ist es ein nur *kollegial rechtsetzendes*, was hintergründig heißt: Mann und Frau führen die Ehe

¹³⁶ Vgl. S. 148 (70; 72; 85; 104; 134).

¹³⁷ Vgl. UTZ, Formen 68f.

in freiwilliger Zuneigung völlig unabhängig voneinander¹³⁸, wo jeder sich durch jenes im gemeinsamen Entscheidungsrecht eingeschlossenes „*liberum veto*“¹³⁹ jeweils nur soweit bindet, als er dies frei und freiwillig will. Oder das ursprünglich gemeinsame Entscheidungsrecht ist doch mindestens *vertraglich* dem einen oder andern Gatten zugesprochen, was wiederum heißt: jeder tritt nicht nur frei in die Ehe, sondern hat auch frei sein eheliches Recht- und Pflichtmaß selber zu bestimmen.

Wer bei diesen Vorschlägen nicht mitdenken kann, der ist geneigt, das ursprünglich gemeinsame Entscheidungsrecht *hälftig aufzuteilen*, wobei die Wirkungskreise im Zeichen der Gleichberechtigung eben „in mindestens ungefähr gleichem Umfang zwischen Mann und Frau verteilt werden müssen“¹⁴⁰.

Wem auch dieses kompetenzverteilte Entscheidungsrecht letztgültig nicht möglich scheint, bleibt von einer quantitativen Gleichberechtigung nur eines: wenn man das Entscheidungsrecht innerhalb der Ehe nicht in quantitativ gleicher Rechtsfunktion oder in quantitativ gleicher Stückverteilung verwalten kann, dann überhaupt nicht. Also muß man die *rechtsetzende staatliche Außeninstanz* schaffen. So nimmt man die Staatsfamilie in Kauf, um die zum Schutze des Individuums nötig erachtete quantitative Gleichberechtigung zu retten. Mehr als scheiden kann ja der Staat die Ehe auch nicht. Und was heißt schließlich die Scheidung für das Individuum mehr als dies: (lästig gewordene) Bindungen hören auf, und das Individuum tritt wieder in seine (ach, so ersehnte) individuelle Freiheit (richtiger: Ungebundenheit) zurück. Damit wird die Frage, Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht zum Schulbeispiel jener alten Einsicht, daß Individualismus in Sozialismus umschlägt und Sozialismus potenziert Individualismus ist¹⁴¹.

¹³⁸ SPD-ENTWURF, 41 (S. 98).

¹³⁹ Vgl. Anm. 110.

¹⁴⁰ HEDEMANN, 33; vgl. HAGEMEYER, III/9b. S. 77.

¹⁴¹ Als Beispiel etwa die BTDebatten: „Das entscheidende Kriterium für die sittliche Ordnung ist die Freiwilligkeit“ (WITTROCK, III/11770 C). Deshalb besteht die innere Ordnung der Ehe „in der freiwilligen Zuneigung von Mann und Frau“. Dadurch ist nicht nur das „Miteinander der Gatten“ näherhin ein [völliges] „Unabhängig-Voneinander“ (SPD-ENTWURF, 41; S. 98), wobei dann das Wohl der völlig unabhängigen Frau eben nicht mehr mit dem Wohl ihrer Familie zusammenfällt (vgl. NADIG, II/486 A; S. 97), sondern ist auch die Ehe als solche eine Einrichtung, die der Disposition der Eheschließenden unterliegt (vgl. GREVE, III/11768 D). Umgekehrt muß „das [Ehe-]Leitbild des Gesetzgebers aus der gegenwärtigen Verfassungslage [wobei die Verfassung gerade kein solches Leitbild hat, noch haben kann, vgl. SCHEUNER, 52; S. 88] und der gegenwärtigen gesellschaftlichen Situation gezogen werden“ (WITTROCK, III/11796 D), wobei die

§ 2. Die Folgerungen

Das quantitative Individualdenken hebt den Begriff des Menschen als personales Gemeinschaftswesen auf und zerstört, in die Tat umgesetzt, den Menschen als den, der er sich zutiefst unbeirrbar weiß¹⁴². Deshalb ist dieser Denkart das *qualitative Gemeinwohldenken* gegenüberzustellen. Daraus ergeben sich in unserem Zusammenhang allgemeine und besondere Folgerungen.

A. Die unmittelbaren Folgerungen

1. Da *Gemeinschaft* mehr ist als die Summe ihrer Individuen, ist sie nicht von den Individuen her zu verstehen, sondern von dem sie innerlich konstituierenden Gemeinwohl, das das personale Gemeinwohl der Einzelnen mitenthält¹⁴³.

2. Das *Entscheidungsrecht* ist nicht mehr oder weniger mit der Ehe gleichzusetzen, als ob man nur dann richtig in der Ehe stehen könne, wenn man das Entscheidungsrecht oder mindestens ein Stück davon besitzt. Es ist auch nicht primär von der Person her zu betrachten, die es verwaltet, sondern als eine der gleich möglichen und gleich notwendigen Funktionen des Gemeinwohls¹⁴⁴.

3. *Entscheidungsrecht und Gleichberechtigung* sind deshalb nicht unmittelbar einander gegenüberzustellen, sondern eben als solche Auswirkungen und Erfordernisse des Gemeinwohls in ihrem ursprünglichen Einklang zu sehen¹⁴⁵.

morgen gegenwärtige gesellschaftliche Situation vielleicht eine völlig kollektivistische ist und dann der Staat die der Parteiendisposition unterstellte Ehe nun seinerseits der Staatsdisposition unterstellt! (S. 93ff.).

In Wahrheit führt das Prinzip der Freiwilligkeit nie über eine „Ordnung“ der Willkür hinaus (S. 48) und läßt sich der Begriff der sittlichen Ordnung überhaupt nur durchdenken, wenn man die (psychologische Willens)freiheit als durch einen transzendent erteilten Auftrag unbedingt gebunden (obligatio, vgl. S. 168 Anm. 1) erkennt. — So setzt zwar die sittliche Ordnung die (psychologische) Willens-Freiheit (als eines ihrer Prinzipien) voraus; die (moralische) Freiwilligkeit aber setzt ihrerseits die sittliche Ordnung als bereits konstituiert voraus. Das scheint in etwa auch METZGER (SPD) anzunehmen (vgl. Anm. 117 [(E) S. 452]).

¹⁴² Vgl. S. 114.

¹⁴³ Vgl. S. 134.

¹⁴⁴ Vgl. S. 149.

¹⁴⁵ Vgl. S. 147.

B. Die mittelbaren Folgerungen

Neben dem hintergründigen quantitativen Individualdenken dürfte das Vergessen einiger Unterscheidungen beim Entscheidungsrecht und etlicher vom Träger dieses Rechtes apriori zu fordernden Eigenschaften zu den unhaltbaren Lösungsversuchen geführt haben.

I. Die notwendigen Unterscheidungen beim Entscheidungsrecht

1. Beim Entscheidungsrecht, wie beim Recht überhaupt, ist zu unterscheiden zwischen *Rechtsfindung* und *Rechtssetzung*. Innerhalb der Rechtsfindung gelten die Gesetze der Sachverständigkeit und Kollegialität. Das Entscheidungsrecht als Recht, Entscheide rechtlich zu setzen, beginnt erst nach der Rechtsfindung. Wer deshalb vom Entscheidungsrecht redet, redet notwendig von der (willentlichen) Rechtssetzung, nicht der (intellektuellen) Rechtsfindung¹⁴⁶.

2. Innerhalb der Rechtssetzung ist nochmals zu unterscheiden zwischen *Entscheiden* und *Entscheidenlassen*. Im Maße abnehmender Sachverständigkeit ist der Entscheidungsberechtigte verpflichtet, vom Entscheiden zum Entscheidenlassen überzugehen, und hat der Nichtentscheidungsberechtigte das Recht, daß ihm der Entscheid überlassen wird. Dabei ist aber festzuhalten: auch Entscheidenlassen ist Vollzug des Entscheidungsrechtes¹⁴⁷.

II. Die Forderungen an den Träger des Entscheidungsrechtes

1. Als Wesensfunktion der gemeinschaftlichen Autorität hat das Entscheidungsrecht in Ehe und Familie Grund und Notwendigkeit in der Sicherstellung der gemeinschaftlichen Einheit. Die Ehe ist aber Einheit

a) nach *innen*, und zwar als intentional-moralische Einheit der Gatten, die sich auch in der Einheit einer gemeinsamen Lebensgestaltung zu „äußern“ hat, und als seinsmäßig naturhafte Einheit in die Familie hinein;

¹⁴⁶ Vgl. S. 141; 145; 216; 298; 328; 333.

¹⁴⁷ Vgl. S. 196; 330.

b) nach *außen*, insofern Ehe und Familie, obschon Intimgemeinschaften, dennoch im öffentlichen Raume stehen und gerade hier als Einheit zu erhalten sind.

2. Der Träger ehelicher Autorität ist deshalb Garant

a) der personalen Einheit der Gatten, insofern sie durch die Einheit der äußeren Lebensgestaltung bedingt ist,

b) der seinsmäßigen Einheit von Ehe und Familie,

c) der öffentlich-rechtlichen Einheit von Ehe und Familie im öffentlichen Raum.

3. Als Garant dieser dreifachen Einheit muß der Träger des Entscheidungsrechtes darum sein

a) innergemeinschaftlich¹⁴⁸,

b) in Ehe und Familie der gleiche¹⁴⁹,

c) in allen Ehen und Familien der gleiche¹⁵⁰.

Ergebnis des ersten Abschnittes

1. Träger des Entscheidungsrechtes kann weder der Staat, noch das Ehepaar, noch der vertraglich oder kompetenzmäßig dazu bestimmte Gatte sein, noch wurde es für die Frau beansprucht.

2. Da aber notwendig jemand das notwendige Entscheidungsrecht verwalten muß, ist damit negativ (per modum exclusionis) der Mann als Träger des Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie, und zwar für jede, aufgewiesen.

3. Kann das Entscheidungsrecht auch noch positiv als naturhaft männliches aufgezeigt werden?

¹⁴⁸ Und zwar auch innergemeinschaftlich begründet. Also weder Staatsinstanz noch Staatsdelegatur!
Vgl. S. 191 f.

¹⁴⁹ Vgl. S. 219 f.

¹⁵⁰ Also ein institutioneller (d. h. ein durch Ehe und Familie als Institution bestimmter) Träger.

Zweiter Abschnitt

DER MANN ALS TRÄGER DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES

Als subjektives Recht ist das Entscheidungsrecht erst vom objektiven Recht her verstehbar. Das objektive Recht oder die Friedensordnung ist nichts anderes als das Gemeinwohl, insofern es als durch die transzendente Rechtsinstanz unter das Sollen gestellt gedacht wird¹⁵¹. Nun ist beim Gemeinwohl zu unterscheiden: 1. jenes endzielhafte personale Gemeinwohl, das in unmittelbarem Bezug steht zur Vollendung der Person als in Gemeinschaft zu wirkende und zu besitzende; 2. die vorgängig dazu stets neu zu verwirklichende Gemeinwohlmitte, die als Mittel zum personalen Gemeinwohl (Dienstwert) gleichfalls unter das Sollen des Gemeinwohls gestellt ist und damit selbst wieder Friedensordnung besagt. Entsprechend der Doppelung des Gemeinwohls und des objektiven Rechtes sind auch die subjektiven Rechte gedoppelt zu denken: als Personal- und Sozialrechte.

Personal- und Sozialrechte

Die *Personalrechte* sind rechtslogisch im personalen Gemeinwohl begründet, sind um der Selbstentfaltung der Person willen und gründen seinshaft entweder unmittelbar in der Person oder in deren

¹⁵¹ Vgl. S. 116; 138.

Leistungen oder Bedürfnissen als in ihrem Rechtstitel. So ist von der Person und ihren Leistungen her nach den dafür notwendigen Rechten gefragt¹⁵².

Die *Sozialrechte* haben ihren rechtslogischen Nächstgrund in der Gemeinwohlmitte, sind Dienstrechte am Dienstwert¹⁵³, und ihr realer Rechtstitel ist eine soziale Leistung oder Leistungsbefähigung. Deshalb ist vom gemeinschaftsgeforderten Recht her nach der sozialen Leistung und damit nach dem gefragt, dessen soziale Eigenschaften ihn zu dieser Sozialleistung befähigen.

Ist der Träger eines Sozialrechtes zu bestimmen, fragt sich daher grundlegend: zu welcher Sozialleistung erteilt es die rechtlichen Befugnisse, und welche Sozialbefähigung (das heißt, welche gesamt-menschlichen in den Dienst der Gemeinschaft einsetzbaren Eigenschaften) setzt dessen Ausübung bei seinem Träger voraus? So kann ein Kind nie aktueller Träger einer Leitungsbefugnis sein: es fehlt ihm die Leistungsfähigkeit und damit der erforderte Rechtstitel.

¹⁵² Der Vollzug der Personalrechte steht also unter der Forderung sowohl der persönlichen, als auch der sachlichen Gleichheit. Gründen sie unmittelbar in der Person, gewährleisten sie die persönliche Gleichheit; gründen sie in den personalen Leistungen oder Bedürfnissen, sichern sie die sachliche Gleichheit, d. h. bedingen sie je nach der Gleich- oder Ungleichheit der Leistungen oder Bedürfnisse im Rechtsvollzug gleiche oder ungleiche Behandlung. Vgl. daher S. 38 ff.

¹⁵³ Zum Begriff Gemeinwohl als „organisatorischem und organisierendem Wert“ vgl. v. NELL-BREUNING (in BRUGGER, phil. Wörterbuch, Art. Gemeinwohl [2]). Dieses ist ein Dienstwert, weil es als Mittel im Dienste des (personalen) Gemeinwohls verstanden wird: „Das Gemeinwohl ist ein universales ethisches Ziel, das je und je durch die richtige Gemeinwohlsituation oder — aristotelisch formuliert — das „Medium“ im Hinblick auf das Gemeinwohl angestrebt wird ... Es ist Richtweiser für die Vernunft, welche die Situation und den konkreten Sachverhalt entsprechend dem Ziel zu meistern hat“ [eben „mittels“ einer jeweils zu verwirklichenden Gemeinwohlmitte (S. 135)] (UTZ, Formen 73f.). ER als Dienstrecht (reinsten Prägung) vgl. MITTEIS, Familienrecht 86. Süddeutsche JZ 50/242; dazu BEITZKE, Glb 30; MÖRSDORF, StZ 53/331. Vgl. LG Duisburg, SH 63a; dagegen: WOLLE, 17. Die Kritik BETTERMANN (II/6f.) geht insofern daneben, als MITTEIS den Begriff Dienstrecht rechtsphilosophisch, BETTERMANN soziologisch versteht. Rechtsphilosophisch liegt hier einfach die geläufige Unterscheidung zwischen superior und dominus (bzw. auctoritas socialis und dominium) zu Grunde (vgl. TH. MEYER, I. Nr. 378). Die von BETTERMANN (I/18) herangezogene verfassungsrechtliche Entwicklung der Neuzeit (nämlich Absolutismus, konstitutionelle Monarchie, Demokratie) bewegt sich ausschließlich innerhalb der auctoritas socialis, bezeichnet also historische Wandlungen der Dienstrechte. Sie besagt aber nichts über (und gegen) die tiefergründende (von MITTEIS gemeinte) Unterscheidung zwischen Dienstrechten und „Herrschaftsrechten“. Wenn BETTERMANN überdies meint, die Geschichte des abendländischen Eherechtes spiegele die verfassungsrechtliche Entwicklung der Neuzeit wieder (I/18), so spielt hier (abgesehen von einem gewissen Wahrheitsgehalt (vgl. S. 349)) doch wieder jene gefährliche Konfrontierung Staat-Ehe mit (vgl. S. 121 mit Anm. 113). Auch DESCHENAUX spricht in diesem Zusammenhang von „droits finalisés, qui perdent leur justification dès qu'ils ne sont plus subordonnés à leur fin [dem bonum commune]“ (440 mit Hinweis auf DABIN, J.: Le droit subjectif, Paris 1952, 217; 241). Vgl. „droit-service“ in Anm. 356; dazu Anm. 545.

Sind an sich zwei Träger möglich, kommt das Sozialrecht dem im gefragten Zusammenhang besser qualifizierten Bewerber zu. Bedarf es eines institutionellen Trägers, ist die naturhaft bessere Eignung, nicht die individuelle, maßgebend, obschon auch ihr im konkreten Rechtsvollzug Rechnung zu tragen ist¹⁵⁴.

Das *Verhältnis von Sozial- und Personalrechten* ist namentlich von der Gleichberechtigung zur Frage gestellt. Das Gleichberechtigungsproblem hat sich ja gerade daran entzündet, daß die Ausübung von Sozialrechten, die durch die Personalrechte gewährleistete Selbstentfaltung hindere. Demgegenüber ist festzuhalten: zwischen Sozial- und Personalrechten besteht das gleiche, in der Einheit des Menschen als personalem und sozialem gründende Ordnungsverhältnis wie zwischen Gemeinwohlmitte und Gemeinwohl: rechtmäßige Ausübung der Sozialrechte ist nur möglich als Dienst an den in sozialer Freiheit zu vollziehenden Personalrechten. Darum ist zwischen Personal- und Sozialrechten *kein ursprünglicher Gegensatz* möglich:

Nicht *im gleichen Subjekt*. — Insofern nämlich die Person in den Personalrechten das Recht, sich zu entfalten, besitzt, diese Entfaltung aber auch und gerade als sozialer Einsatz zu geschehen hat¹⁵⁵, besitzt sie auch das personale Recht auf diese soziale Selbstmitteilung und damit eben auch auf die ihr naturgemäßen Sozialrechte als den Rechten, die den Sozialeinsatz der Person normieren. Daher sind die Sozialrechte (von der Person her gesehen) nichts anderes als die Verlängerung (oder der Sozialaspekt) der Personalrechte, so wie die Gemeinschaft die Verlängerung der menschlichen Person ist.

Nicht *in verschiedenen Subjekten*. — Da nämlich die Sozialrechte (von der Gemeinschaft her gesehen) eine Notwendigkeit der Gemeinwohlmitte sind, die Gemeinwohlmitte aber eine Notwendigkeit der menschlichen Person und ihrer personalen Entfaltung ist, sind die Sozialrechte selbst wieder um der Personalrechte willen, so wie die Gemeinwohlmitte um des personalen Gemeinwohls willen ist. Deshalb ist kein natürliches Rechtsverhältnis möglich, wonach einer auf Grund von Sozialrechten einen andern so verpflichten kann, daß der Verpflichtete gegenüber dem Verpflichtenden in seinen Personalrechten minderberechtigt oder in deren Vollzug behindert würde¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Vgl. Anm. 61; S. 159; 329; 334.

¹⁵⁵ Vgl. S. 35; 111 (a); 115; 125; 303.

¹⁵⁶ Vgl. S. 146; 158.

So erweist sich die *Gleichberechtigung* geradezu als personalrechtliche Formulierung des naturhaften Ordnungsverhältnisses zwischen Personal- und Sozialrechten: die *Gleichheit der Personalrechte und deren gleiche Vollziehbarkeit beim Vollzug notwendig ungleicher Sozialrechte*.

Entscheidungsrecht als Sozialrecht

Ohne Zweifel ist das Entscheidungsrecht Sozialrecht eines institutionellen Trägers. Zu welcher gemeinschaftsaufbauenden Leistung erteilt es also die Rechtsbefugnisse, und welche Fähigkeiten setzt es daher bei dem voraus, der es verwalten soll? Der Träger muß aber innergemeinschaftlich, konkret also Mann oder Frau sein, wobei sich besonders der Mann um das Entscheidungsrecht bewirbt. *Läßt sich darum jene im Vollzug des Entscheidungsrechtes geschehende Sozialleistung als männliche Eigenleistung aufweisen, weil die von ihr geforderten personalen Eignungen sich als männliche Eigenschaften erweisen?*

So haben wir *zuerst* die soziale Leistung des Entscheidungsrechtes und die Eigenschaften, die sie beim Leistenden voraussetzt, aufzuzeigen. *Dann* ist zu untersuchen, ob jene von der Entscheidungsrechtsleistung geforderten menschlichen Eigenschaften gerade männliche sind, die Entscheidungsrechtsleistung daher männliche Eigenleistung und das Entscheidungsrecht folglich männliches Eigenrecht ist¹⁵⁷.

¹⁵⁷ Vgl. S. Anm. 52 (S. 39); S. 77; 111 (a).

Erstes Kapitel

DIE FÜR DEN VOLLZUG DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES ERFORDERLICHEN MENSCHLICHEN EIGENSCHAFTEN

Die Ausübung des Entscheidungsrechtes und damit die ihm zugrundeliegende Sozialleistung ist das Befehlen. Dessen soziale Gegenleistung ist das Gehorchen. So ist aus diesen beiden Akten einerseits das Entscheidungsrecht verständlich zu machen, anderseits die dafür geforderten menschlichen Eigenschaften zu erschließen¹⁵⁸.

§ 1. Befehlen und Gehorchen beim Entscheidungsrecht

Befehlen und Gehorchen verwirklichen die Gemeinwohlmitte und damit die existentielle Friedensordnung der Gemeinschaft. Sie sind deshalb objektive Funktionen der Gemeinschaft und im Sinne des

¹⁵⁸ 1. der naturrechtliche Gehorsamsbegriff ist leider einigermaßen vernachlässigt und müßte von Grund auf neu durchdacht werden. Meistens wird er der Moralthologie überwiesen und zudem (im kath. Raum) noch stark vom Gehorsamsgelübde des Ordensstandes her gesehen. So kommt die rechtsphilosophische Grundlegung zu kurz. Gute Ansätze bietet KARL RAHNER, der sehr gut die inneren Grenzen des Befehlbaren zeigt. Er spricht zwar meistens von spezifisch kath. Kirchengehorsam. Aber seine Gedanken lassen sich ohne Zweifel auch für den Gehorsam schlechthin fruchtbar machen (vgl. Schriften II/227 ff.; bes. 236; Gefahren im heutigen Katholizismus, Einsiedeln 1950, 20; Marginalien über den Gehorsam, StdZ 158 (1956) 253—267). Für uns bes. HIRSCHMANN: Gehorsam in der Welt, GuL (1956) 39—45; dazu: Die Freiheit in der Kirche, StdZ 161 (1957) 81—92 (bes. 88f.). Ferner: ADAM, A.: Die Tugend der Freiheit, Nürnberg 1947; LAROS, M.: Autorität und Gewissen, Hochland, März 1939, 265—280. Zur Bibliographie: GuL 56/19—20. 2. Ein Gleiches gilt naturgemäß für den naturrechtlichen Autoritätsbegriff. Hier wäre im Anschluß an die historische Untersuchung von FALLER rechtsphilosophisch weiterzudenken. Gerade die rechtsphilosophische Grundlegung entfällt bei STROHAL: Autorität (ihr Wesen und ihre Funktion im Leben der Gemeinschaft, Wien 1955) und bei RÜSTOW, A.: Autorität und Freiheit, in: BITTER, 172—186. So besteht die große Gefahr, im Psychologischen oder Soziologischen stecken zu bleiben (was etwa das Sammelwerk von HORKHEIMER weitgehend für diese Arbeit unbrauchbar macht, ganz abgesehen von den nur zu deutlich zutage tretenden marxistisch-materialistischen Grundkategorien und Voraussetzungen).

Gemeinwohldenken¹⁵⁹ auch grundlegend von daher in ihrer Rechtsbewandtnis zu sehen. Da die Gemeinwohlmitte aber selbst wieder auf das Gemeinwohl als auf die Selbstentfaltung der Person ausgerichtet ist, sind auch die subjektiven Rechtsvollzüge des Befehlens und Gehorchens als subjektive Akte dessen, der befiehlt oder gehorcht, und damit als Selbstentfaltungsweisen der Person zu werten. Dabei fragt sich von der Gleichberechtigung her: gewährleisteten Befehlen und Gehorchen gleiche Selbstentfaltungsmöglichkeiten, so daß der durch das Entscheidungsrecht Befehlsberechtigte und der dadurch Gehorsamsverpflichtete personal gleichberechtigt bleiben?

A. Befehlen und Gehorchen als Dienstfunktion

Jedes subjektive Recht verpflichtet den Rechtsterminus bezüglich des vorliegenden Rechtsobjektes¹⁶⁰. Rechtsobjekt des Entscheidungsrechtes ist aber die Gemeinwohlmitte. Es liegt daher nicht vor, sondern ist durch das Entscheidungsrecht gerade erst zu konstituieren, wobei dies eben im Schaffen von Rechten und Pflichten, also in der Rechtsschöpfung oder *Rechtserzeugung* geschieht.

Wer festhält: Friedensordnung ist ein konkreter Zustand¹⁶¹, wird aber bei dieser Rechtserzeugung nicht nur das Entscheidungsrecht in seinem Befehlen, sondern auch das Gehorchen am Werk sehen. Denn Recht ist über seine ideale Wirklichkeit hinaus erst dort existenziell verwirklicht, wo dem Befehl gehorcht worden ist: erst der geleistete Gehorsam schafft unmittelbar die *tranquillitas ordinis*. Um Recht und Gehorsam aber genauer in ihrer sozialen Funktion zu erkennen, ist daran zu denken, daß beide als Funktionen der Rechtserzeugung, wie Recht und Gesetz überhaupt ein inhaltliches und ein formales Element enthalten¹⁶².

¹⁵⁹ Vgl. S. 148; 149; 223.

¹⁶⁰ Das subjektive Recht ist ja der Anspruch auf etwas (nämlich auf das Rechtsobjekt), mit dem das Rechtssubjekt (im engeren Sinn) fordernd an ein anderes Rechtssubjekt (den Rechtsterminus) herantritt (vgl. S. 27).

¹⁶¹ Denn Friedensordnung ist nichts anderes als das von der konkret gegebenen Sachlage *hic et nunc* geforderte Recht (vgl. M.-E. SCHMITT, 34; 8). Vgl. S. 3; 83.

¹⁶² Der Gedanke, daß die Gerechtigkeit erst in der existierenden Friedensordnung verwirklicht ist und damit unmittelbar gerade durch die Gehorsamsausführung verwirklicht wird, ist schon ARISTOTELES im Zusammenhang mit seinem Epikie-Begriff vertraut (vgl. etwa *nikom. Ethik*, 5/14). Außerdem gibt es dafür eine staatsrechtliche Parallele, insofern nämlich Gesetzgebung und Richteramt als Vollzugsorgane einer höheren Einheit gewertet werden: „Nicht nur das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schaffen — wie BÜLOW so prägnant gesagt hat — dem Volk sein Recht. Erst durch den Richterspruch wird das Gesetz zum Tönen gebracht, wie die Glocke durch

I. Befehl und Gehorsam inhaltlich gesehen

Befehl ist inhaltlich Planen, Gehorchen Ausführen. Der Plan aber hat etwas noch Abstraktes, während die geplante Wirklichkeit konkret ist. Ausführen als Schaffen der geplanten Wirklichkeit heißt deshalb wesentlich mehr als Kopieren: ebenso wie der Plan eines Hauses, kopiert, immer nur Plan bleibt, nie Haus wird, ebenso würde der Befehl, bloß kopiert, nie existentielle Gemeinwohlmitte. Die Ausführung hat demnach jenes Mehr an Konkretheit zu erbringen, das der Plan unmöglich haben kann, die Wirklichkeit aber notwendig haben muß. So bedeutet Ausführung eine schöpferische Eigenleistung an Konkretisierung, und deshalb sind Planen und Ausführen genauer Vorgestalten und Ausgestalten.

Auch der *Gehorsam* enthält mithin inhaltlich *mehr als der Befehl*: die notwendige Ausgestaltung dessen, was der Befehl notwendig nur vorgestalten kann. Als Plan ist der Befehl nicht ratione oder natura, sondern tempore prius als der Gehorsam. So kurz das Zeitintervall sein mag, es genügt, den Befehl grundsätzlich bedingt erscheinen zu lassen: die Ausführung ist befohlen unter der Bedingung „rebus sic stantibus“, wobei die Feststellung dieses Status eben nicht mehr im Befehl vorwegnehmbar, sondern vom Gehorchenden in eigener Sachentscheidung vorzunehmen ist. So schwierig es ist, das Maß im Einzelfall zu bestimmen, so gilt doch grundsätzlich: als Ausführung hat der Gehorsam dem befohlenen Plan aus der Situation heraus, in die hinein er geschieht, eine *letzte Situationsgemäßheit* zu geben, die nicht befehlsmäßig vorentscheidbar ist.

den Klöppel“ (BÖTTICHER: Die Gleichheit vor dem Richter, Hamburg 1954; S. 34; BÜLOW: Gesetz und Richteramt, 48). „Es ist möglich, als Wille des Gesetzgebers festzustellen, was im bewußten Willen der Gesetzverfasser niemals vorhanden war. Der Ausleger [die gehorchende Frau] kann das Gesetz besser verstehen, als es seine Schöpfer [der befehlende Mann] verstanden haben; das Gesetz kann klüger sein als seine Verfasser — es muß sogar klüger sein ... Juristische Auslegung [der ausführende Gehorsam] ist nicht Nachdenken eines Vorgedachten, sondern Zu-Ende-Denken eines Gedachten“ (RADBRUCH, Rechtsphilosophie, 1956, 211 ff.). „Im Gegensatz zur philologischen Interpretation, die im Nachdenken eines Vorgedachten besteht, ist die juristische Interpretation dagegen Zu-Ende-Denken eines Gedachten und muß u. U. mehr aus dem Gesetz entnehmen, als bewußt hineingelegt worden ist“ (RADBRUCH, Vorschule der Rechtsph., 9). Die Parallele zeigt, daß Befehl und Gehorsam spezifisch verschiedene Akte sind, insofern das sie spezifizierende Objekt nicht adäquat das gleiche ist. Das Formalobjekt des Gehorsams ist nämlich unmittelbar nicht der Befehl, sondern die Erfüllung des Befehls (non praeceptum, sed impletio praecepti, THOMAS VON AQUIN, De Ver. 17. 5. ad 4; vgl. ADAM und LAROS). Diese spezifische Eigenart von Befehl und Gehorsam gilt es, inhaltlich und formal aufzuzeigen.

Ergebnis

1. Die existenzielle Friedensordnung verwirklicht sich im Befehl und Gehorsam.
2. Als Planen noch abstrakt, bedarf der Befehl inhaltlicher Ergänzung. Sie geschieht in der Ausführung des Gehorsams als situationsentsprechende Konkretion.
3. So erwächst die existenzielle Friedensordnung inhaltlich aus der Vorgestaltung des Befehls und der Ausgestaltung des Gehorsams.

II. Befehl und Gehorsam rechtlich gesehen

Von der gemeinwohlgeforderten Gemeinwohlmitte her in je ihrer unersetzbaren Eigenleistung gleich wichtig, sind Befehl und Gehorsam gleichverpflichtend gesollt. Sie sind Pflicht dessen, den die Gemeinschaft auf Grund entsprechender Eignung mit der Befehls- oder Gehorsamsfunktion belehnt hat.

Erst aus dieser objektiven Gemeinwohlverpflichtetheit von Befehl und Gehorsam ergeben sich die *subjektiven Rechtsbezüge* zwischen Befehlendem und Gehorchendem. Objektiv zum Befehl verpflichtet, hat der „*Befehlsberechtigte*“ gegenüber dem „*Gehorsamsverpflichteten*“ 1. ein subjektives Recht, die Gemeinwohlmitte inhaltlich vorzuplanen und als vorgeplante willentlich zu setzen, 2. die subjektive Pflicht, den „*Gehorsamsberechtigten*“ die Gemeinwohlmitte ausgestalten zu lassen. Der objektiv „*Gehorsamsverpflichtete*“ hat entsprechend dem „*Befehlsberechtigten*“ gegenüber 1. die subjektive Pflicht, die geplante Gemeinwohlmitte anzunehmen, 2. das subjektive Recht, ausführend sie situationsgemäß zu konkretisieren und damit als nur vorgestaltete, noch konkretisierbare vorgelegt zu erhalten.

„*Befehlsrecht*“ und „*Gehorsamspflicht*“ ist deshalb eine abgekürzte Sprech- einer oft irrigen und irreführenden Denkweise. Ebenso wie es objektiv die Gehorsamspflicht gibt, gibt es die Befehlsverpflichtung; und ebenso wie es ein subjektives Befehlsrecht gibt, so auch ein *subjektives Gehorsamsrecht*: den gegenüber dem Befehlenden verbindlichen *Anspruch* auf das, was Gehorsam über den bloßen Befehlsempfang hinaus positiv ist: die *inhaltliche Letztdetermination*.

Diese Einsicht schimmert bisweilen in der Diskussion auch durch. So wenn man manche Eheangelegenheiten als nicht „judiziabel“ erklärte¹⁶³ und „den blauen oder grünen Zimmeranstrich“ bei mangelnder Gatteneinigung auf sich beruhen ließ¹⁶⁴. Wie dem auch sei: der „injudiziabel Zimmeranstrich“ sagt jedenfalls nichts gegen das Entscheidungsrecht, sondern höchstens, es habe als Befehlsrecht hier möglicherweise seine sachliche Grenze des Befehlbaren überschritten.

Ergebnis

1. *Vom Gemeinwohl her ist*

Befehl objektive Pflicht, eine noch situationsgemäß auszugestaltende Vorgestaltung der Gemeinwohlmitte vorzulegen;

Gehorsam objektive Pflicht, die vorgestaltete Gemeinwohlmitte situationsgemäß auszugestalten.

2. Auf Grund dieser objektiven Gleichverpflichtung ist

Befehl subjektiv zwar das Recht, die Vorgestaltung dem Gehorsamsverpflichteten verbindlich vorzulegen, aber die Pflicht, ihm die Ausgestaltung zu überlassen;

Gehorsam subjektiv zwar die Pflicht, die Vorgestaltung des Befehlsberechtigten anzunehmen, aber das Recht, die Ausgestaltung selber vorzunehmen.

¹⁶³ Vgl. Anm. 91. Dabei ist eine doppelte Weise des Nicht-mehr-Judiziabeln zu unterscheiden: 1. was nicht mehr von außen her judiziabel ist (es sei denn indirekt als Mißbrauchsfeststellung). Damit ist aber keineswegs gesagt, es könne dasselbe nicht mehr Gegenstand des (innerehelichen) ER sein; 2. was auch nicht mehr Gegenstand des ER sein kann, so daß es, trotzdem dazu genommen, eo ipso den Mißbrauchstatbestand verwirklicht (darüber folgend).

¹⁶⁴ Vgl. SPD-ENTWURF, 47. Es gibt einfach Dinge, die ihrer Natur nach nicht „befehlbar“ sind, weil sie als befohlene nicht mehr sich selbst wären. Was RAHNER allgemein und besonders für den kirchlichen Raum sagt, gilt a fortiori für den Intimbereich der Ehe und Familie: „In jeder organisierten Gesellschaft gibt es Dinge, Handlungsweisen ihrer Glieder usw., die faktisch wegen ihrer Unbedeutendheit nicht Gegenstand der gesellschaftlichen Autorität und Leitung sind, die dem Einzelnen überlassen werden, obwohl sie an sich, — wenn vielleicht auch technisch bis zur praktischen Unmöglichkeit schwierig [was naturrechtlich heißt: „seiner Natur nach nicht (mehr) befehlbar“] — einer gesellschaftlichen Regelung zugänglich sind. Das aber bedeutet eine Sphäre des „Privaten nach unten“, wie wir vielleicht sagen können. Diese darf aber nicht verwechselt werden mit der Sphäre des Privaten nach oben oder nach innen, die grundsätzlich und wesensmäßig vom gesellschaftlichen Ordnungsgefüge der Kirche nicht unmittelbar berührt wird (Gefahren 20; vgl. Schriften II/112).

B. Befehlen und Gehorchen als sittliche Personvollzüge

Wie jedes Tun, sind auch Befehlen und Gehorchen über ihren intentionalen Sozialsinn hinaus Selbstentfaltung des befehlenden und gehorchenden Menschen. Ist nun Gehorchen als personaler Selbstvollzug geringer zu werten denn Befehlen? Sicher sind Befehl und Gehorsam quantitativ verschieden. Qualitativ aber ist der Gehorsam dem Befehl inhaltlich wie formal gleichzustellen.

In der *inhaltlichen* Gestaltung der existentiellen Gemeinwohlmitte ist auch der Gehorsam mit seiner unersetzbaren Eigenleistung beteiligt. Auch der Gehorchende hat daher die Möglichkeit, seine eigene Persönlichkeit in den Gehorsam hinein zu investieren und gehorchend so sich personal zu entfalten. Formal, das heißt *willentlich*, stehen Befehlender und Gehorchender grundlegend unter dem gleichen Sollen des transzendent aufgetragenen Gemeinwohls. Wie der Befehlende seinen Befehl, hat der Gehorchende seinen Gehorsam vor der letzten Gemeinwohlinstanz zu verantworten¹⁶⁵, wobei Gleichverantwortung personale Gleichbewertung voraussetzt und anzeigt.

Der Gehorsam ist dabei vom Gehorchenden als personale Aneignung wie als situationsgemäße Ausführung des Befehls zu verantworten: als dessen *Aneignung*, insofern der Gehorsam vorgängig zur aktuellen Ausführung das personale Sichzueigenmachen des Befohlenen ist und, Eigenbesitz des Gehorchenden geworden, auch seiner Verantwortung unterstellt wird. So geschieht die Aneignung als personale Stellungnahme des Gehorchenden zum Befohlenen, ob er es sich überhaupt aneignen könne oder aber als von ihm nicht zu Verantwortendes ablehnen müsse. Als aktuelle *Ausführung*, insofern

¹⁶⁵ Es handelt sich nicht darum, daß durch die Autorität des Mannes „der Frau für ihren Gehorsam die Verantwortung abgenommen werden sollte. Als ob die Verantwortung des Leitenden hinsichtlich seiner Leitung nicht gleich groß wäre, wie die Verantwortung des Gehorchenden hinsichtlich seines Gehorsams“ (HIRSCHMANN, HK 53/279a). Deshalb gilt: *Bien obéir est une perfection qui grandit l'homme, tout comme bien commander*“ (DE WINT, 589). „Im Gehorsam als solchem schon eine dem Menschen unwürdige Einschränkung personaler Freiheit zu sehen, verriete einen mit der christlichen Botschaft vom Menschen ebenso unvereinbaren Freiheits- wie Gehorsams- wie Ordnungs- und Autoritätsbegriff“ (HIRSCHMANN, Referat 5). Wohl aber ist „der Gehorsam als sittliche Entscheidung das Mittel, wie die Persönlichkeit aus dem Zwang der notwendigen Unterordnung ihre Würde rettet. Wird dieser Weg infolge der Entwertung des Gehorsams versperrt, so wird man entweder versuchen, die Unterordnung abzuschaffen, was destruktive Gleichmacherei oder aber Illusion ist, oder aber man wird die Würde des einzelnen zerstören müssen“ (LEITMAIER, 14). Vgl. dazu WUERMEILING, BTDeb. II/488 C.

darin das Befohlene seine situationsgemäße Letztkonkretion zu erhalten hat, die, gleichfalls gesollt, von dem zu verantworten ist, der sie vornimmt¹⁶⁶.

In solcher Sicht ist Gehorsam weder „blind“ noch „unterwürfig“, sondern personal-freies Tun als gemeinsam mit dem Befehlenden zu leistender Dienst am Gemeinwohl, wobei die Dienstgemeinschaft mit der Innigkeit der betreffenden Gemeinschaft zunimmt. So sagt *Hirschmann* mit Recht von Ehe und Familie: „Der Gehorchende begreift die Ordnung, der er sich unterwirft, nicht als eine äußere, sondern als inneres Lebensgesetz jener Gemeinschaft, in der er, der Gehorchende, mit dem Befehlenden eins ist, weil er weiß, daß in dieser Lebensgemeinschaft jeder Befehl aus der Liebe kommt, und darum jeder Gehorsam eine Antwort der Liebe sein kann, und daß in dieser Liebe alle eins sind¹⁶⁷.“

¹⁶⁶ Hier gilt wieder *mutatis mutandis*: „Grundsätzlich haben alle sittlichen Entscheidungen des Christen ... eine Dimension des Konkreten und Individuellen, die in sich unmittelbar von der Autorität [der Kirche] gar nicht verwaltet werden kann. Damit aber ist eine Zone der Freiheit gegeben, die zwar nicht die Freiheit der Willkür und des vor Gott Gleichgültigen ist, wohl aber eine Zone der Freiheit, in der der einzelne [Christ] ... sich so sehr überlassen bleibt, daß der Einzelne die Last und Verantwortung dieser Freiheit gar nicht auf die Kirche [die Autorität] abwälzen kann“ (RAHNER, Schriften II/112; Gefahren 23). Es ist darum kennzeichnend, daß THOMAS VON AQUIN dem Gehorchenden eine besondere Klugheit zuordnet (*prudencia politica* (vgl. S. Th. 2/2. 50. 2). Damit setzt er offenbar voraus, daß der Gehorsamsvollzug als personale Eigenleistung geschieht und „*libera electione ex proprio consilio procedere debet*“ (2/2. 104 ad 1; vgl. den Kommentar von DEMAN, *La prudence*, Paris 1949). Um dieser personalen Eigenleistung willen ist der Gehorchende darum auch alles andere als bloß ein „passiver Befehlsempfänger ohne Eigenverantwortung und Eigeninitiative“ (RAHNER, Schriften II/274). Vgl. HIRSCHMANN, Anm. 275.

¹⁶⁷ GuL 53/41. Das Gesagte ermöglicht auch das Verständnis der mit dem (Letzt-)ER verbundenen (Letzt-)Verantwortlichkeit. Ebenso wie Glb (vgl. S. 125) ist auch Verantwortung formaler wie inhaltlicher Art. Formal ist sie die für Mann und Frau gleich unbedingt gegebene Notwendigkeit, für die Erfüllung ihrer Pflicht Rechenschaft ablegen zu müssen (und zwar letztlich der transzendenten Instanz). Insofern sind Mann und Frau unbedingt gleichverantwortlich. Denn sie sind unbedingt gleich in ihrer Personwürde, wobei es zur Personwürde gehört, Verantwortung zu übernehmen (vgl. SOLLTMANN, 10; IFS 61 b). In diesem Sinne ist „Gleichverantwortung von Mann und Frau, von Vater und Mutter als Voraussetzung einer echten christlichen Ehe [wie einer jeden] unabdingbare Forderung“ (BRÖCKELCHEN, IFS 54a). Materiell haben Mann und Frau, weil und insofern sie inhaltlich je ihre eigene und damit je andere Pflichten haben, auch eine andere Verantwortung. Deshalb sind Mann und Frau (zumal in Ehe und Familie) zwar unbedingt gleich, aber nicht für das Gleiche verantwortlich. Mithin kann „Letztverantwortung“ des (letz)entscheidungsberechtigten Mannes primär nur inhaltlich gemeint sein: Verantwortung für den Letztentscheid, d. h. für jenen Willensentscheid, der letztlich die äußere Gemeinschaftsordnung bestimmt. Insofern es der Staat zunächst mit dieser äußeren Ordnung zu tun hat, erscheint vom Staate her und für den Staat der Mann nun auch wieder in einem sekundär formalen Sinne als für „Ruhe und Ordnung“ in Ehe und Familie letzt-, d. h. primärverantwortlich. Denn die „Gemeinsamkeit, die in einer rechten Ehe bei den meisten Angelegenheiten selbstverständlich [ist, ändert] nichts daran, daß gegenüber der Rechtsgemeinschaft einer die Entscheidung formell aussprechen, vertreten und verantworten [muß]“ (Eherecht 57). Nicht daß der Staat dem Manne ein Recht „anvertraut“ (STRAUSS, DTDeb. III/11789 B)

Ergebnis (zu § 1)

1. Quantitativ ungleich, sind Befehl und Gehorsam als gleiche Personalvollzüge zu werten. Denn beide bedingen eine persönliche Eigenleistung und damit eine personale unabwältzbare Selbstverantwortung.

2. Als gleichwertige Personalakte vollziehend, sind deshalb *Befehlender und Gehorchender* personal gleichwertig und personal *gleichberechtigt*. Denn es ist ihnen die gleiche Grundmöglichkeit geboten, im Dienste der Gemeinschaft sich selbst zu entfalten.

3. Die gleiche Entfaltungsmöglichkeit besteht mindestens dann, wenn Befehlen und Gehorchen nicht entgegen naturhafter Eignung auferlegt sind. Welche Eignungen erfordern deshalb Befehlen, beziehungsweise Gehorchen?

§ 2. Die menschlichen Eigenschaften beim Entscheidungsrecht

Die Eigenschaften, die das Entscheidungsrecht von seinem Träger fordert, bestimmen sich nach dem, was sein Vollzug zum Gemeinwohl beizutragen hat. Die Befehlsleistung ist aber nur von der sie ergänzenden Gehorsamsleistung her verständlich. Deshalb sind auch die befehlsgeforderten Trägereigenschaften nur zusammen mit den gehorsamsgeforderten verstehbar. Folglich sind die Eignungserfordernisse des Befehlenden und Gehorchenden aus der (hier mehr psychologisch gesehenen) Eigenart des Befehls und Gehorsams zu bestimmen.

hätte: er gibt ihm kein Recht; wohl aber behaftet er ihn bei seinem (natürlichen) Recht und nimmt ihn bei seiner Pflicht, wenn es in Ehe und Familie zu einer positiv-rechtlich faßbaren Unordnung kommt. Insofern ist das ER wirklich mehr Pflicht als Recht (d. h. kein „individuelles Herrschaftsrecht“, sondern eine „soziale Dienstverpflichtung“ (H. WEBER, BTDeb. II/514 A; vgl. LG Duisburg, 54/202b [S. 440]), nämlich die „Haftpflcht“ des Mannes für die äußere Ordnung der Ehe und Familie gegenüber der staatlichen Rechtsordnung (vgl. [E] S. 402). Daß der Staat den Mann nicht behaftet, wenn dieser beweisen kann, daß er seiner entscheidungsrechtlichen Ordnungspflicht nachgekommen ist und die Unordnung auf einem gemeinschaftswidrigen Nichteinfügen der Frau beruht, was nichts anderes heißt, als: daß der Staat den rechtmäßigen Mannesentscheid gegenüber einem pflichtvergessenen Nichteingehen der Frau schützt (= §§ 1354; 1628, bzw. 1353 BGB), ist eine elementare Forderung der Gerechtigkeit wie der Glb. (Die Mißverständnisse der Gleichverantwortung beruhen zum großen Teil weitgehend auf der Verwechslung zwischen ihrer formalen und materiellen Bedeutung. Vgl. etwa BTDeb. II/508 C; III/11770 D; 11789 D; 11790 D).

A. Befehl und Gehorsam psychologisch gesehen

Befehl und Gehorsam verwirklichen zusammen die Gemeinwohlmitte: der Befehl, indem er sie normiert, der Gehorsam, indem er das Normierte sich zu eigen macht und ausführt. Normierungs- und Aneignungsfunktion bestimmen mithin deren psychologische Eigenart.

Normierung bedingt Setzung: das Festsetzen dessen, was andere berechtigt oder verpflichtet; die *positio* dessen, was (positives) Recht ist. Solchem Festsetzen ist aber von der menschlichen Eigenart her eine doppelte Grenze gesetzt:

1. eine menschliche Normierungsinstanz kann grundsätzlich nur *Äußeres* normieren: eine durch äußere Leistung verwirklichtbare äußere Gestaltung des Gemeinschaftslebens (eben die Gemeinwohlmitte), wobei freilich die zur äußeren Leistung erforderlichen inneren Akte gleichfalls unter dem Befehl stehen¹⁶⁸. Normierungsgegenstand ist demnach: a) die *innergemeinschaftliche* Gemeinwohlmitte als das Zusammenleben der Gemeinschaftsglieder, b) die *zwischen-gemeinschaftliche* Gemeinwohlmitte als die Gemeinschaftsbeziehung nach außen zu andern gleich- und übergeordneten Gemeinschaften im Sinne einer umfassenden Friedensordnung.

2. menschliche Normierung ist nur *als abstrakte* möglich. Einmal wegen des grundsätzlich unaufhebbaren zeitlichen Spielraums zwischen Befehlsausgabe und ausgeführtem Befehl¹⁶⁹, der nur noch formal normierbar ist als Forderung an den Ausführenden: handle situationsgemäß! Also im Sinne rechtlichen Entscheidenlassens¹⁷⁰. Zum andern wegen der für das Recht als Friedensordnung unabdingbaren *Rechtssicherheit* als räumlicher und zeitlicher Kontinuität rechtlichen Vorgehens, die nur durch eine einheitliche Normierung erreicht wird. Einheitlichkeit ist aber für den Menschen nur als Abstraktion möglich, und die einheitliche Norm daher mit dem Preis ihrer Abstraktheit zu bezahlen.

Gehorsam ist, im Unterschied zum einfachen Befehl, wesentlich doppelgesichtig. Einerseits ist er dem Befehlenden zugewandt und so *formal* als Entsprechung zu dessen *positio intimatio*: personales

¹⁶⁸ Das besagt also, „daß auch die persönlichen Angelegenheiten des einzelnen, sofern sie irgendwie in die Gemeinschaft hineinreichen, der Autorität unterstellt sind“ (UTZ, Formen 69; vgl. TH. MEYER, I. Nr. 379 (373); MAUSBACH-ERMECKE, I/133). Vgl. S. 288; Anm. 290; 341.

¹⁶⁹ S. 234.

¹⁷⁰ S. 266 (IV); 334 (dd).

Aufnehmen des befohlenen Inhalts. Andererseits ist er als Ausführung auf die konkrete Situation gerichtet und so *inhaltlich* situationsgeforderte *Konkretion* der anbefohlenen Gestaltung, wobei Konkretion wesentlich Ergänzung, also Verganzheitlichung besagt. Denn nicht die vom Befehlenden einheitlich überblickten Möglichkeiten sind auszuführen, sondern nur jene daraus gewählte, diese aber in ihrer konkreten Ganzheit.

Ergebnis

1. Der Gegenstand von Befehl und Gehorsam ist die *Gemeinwohlmitte*: die äußere Gestaltung des Gemeinschaftslebens mit Einschluß der zu dessen ständiger Verwirklichung notwendigen inneren Akte.

2. *Befehl* ist einheitliches und damit abstraktes Festsetzen dieser äußeren Gestaltung in ihren Innen- und Außenbezügen.

Gehorsam ist personales Aneignen der befohlenen Gestaltung und deren situationsgemäße ganzheitliche Ausgestaltung im Verlauf der Ausführung.

3. Welche menschlichen Eigenschaften fordern daher Befehlen und Gehorchen?

B. Die menschlichen Eigenschaften des Befehlens und Gehorchens

Je nach ihrer formalen und inhaltlichen Eigenart fordern Befehl und Gehorsam bestimmte Willens- und Verstandesfähigkeiten. Der *Befehl als Setzung* verlangt einen Durchsetzwillen. Denn das Befohlene ist gegen möglichen Widerstand durchzusetzen, allenfalls zu erzwingen. Damit wird physische Stärke im Hintergrund des Befehls bedeutsam.

Als vorgestaltende (einheitliche) *Planung* äußerer Gestaltung setzt der Befehl verstandesmäßig die buchstäbliche „Sach“verständigkeit dessen voraus, der mit Sachen umzugehen weiß, weil er sie schon in der Hand gehabt hat. Insofern Planung einheitlich und konstant sein muß, fordert sie die Sachverständigkeit einer rational-abstrakten Denkweise, welche aus vielen überschauten Möglichkeiten das Allgemeingültige abstrahiert und im Plan vorlegt.

Der *Gehorsam* erheischt in seiner Doppelgesichtigkeit grundlegend eine Vermittlungsfähigkeit zwischen (befehlender) Person und (aus-

zuführender) Sache, wobei Vermittlung eine besondere Sicherheit der Mitte fordert. Gegenüber dem Durchsetzwillen bedarf der Gehorsam des Durchhaltewillens, als Ergänzung einheitlich rationaler Sachverständigkeit ganzheitlichen instinktiven Personverständnisses.

Durchhaltewillen verlangt schon die *intimatio*. Denn es gehört zum richtigen Gehorchen, auch widerstehen zu können und notfalls, um Befehlenden und Gehorchenden nicht zu gefährden, den vorgelegten Sachentscheid solange abzulehnen, bis dessen personale Aneignung sittlich verantwortbar ist. Namentlich aber bedingt die *Ausführung* den Willen, durchzuhalten, setzt sie doch meist länger andauerndes Tun und so Ausdauer und damit Durchhalten voraus.

Verstandesmäßig bedarf Gehorsam als *intimatio* des *Personverständnisses*. Denn der Gehorchende muß Horchender sein, um den Befehl zu verstehen, und muß so sich in die Person und Denkweise des Befehlenden einfühlen können. Als *Ausführender* aber braucht der Gehorchende *Situationsverstehen*, eine instinktive Sicherheit, das Besondere des Einzelnen als Ganzes, das heißt, das Einzelne in seiner vielfältigen Situationsverwobenheit zu erkennen. Hier kann es nicht mehr um die Rationalanalyse eines vereinheitlichenden abstraktiven Denkverfahrens gehen, sondern muß das auszuführende Ding in seiner konkreten Ganzheit intuitiv erspürt werden.

Ergebnis des ersten Kapitels

1. Das Befehlen erfordert

- a) als Setzung einen *Durchsetzwillen* verbunden mit physischer Kraft.
- b) inhaltlich als Planung (Vorgestaltung) einer äußeren Gemeinschaftsordnung die *Abstraktion* eines rationalen Sachverständes, dessen Eigenart die Vereinheitlichung ist.

2. Das Gehorchen erfordert

- a) einen *Durchhaltewillen* als Wartenkönnen auf den richtigen Befehl und als Ausdauer bei der Ausführung.
- b) inhaltlich die *Intuition* als Erfassen des Befehls und als Erspüren der richtigen Situation, wobei Intuition ganzheitliches Denken ist.

3. Sind nun Durchsetzwillen und Abstraktion naturhaft männliche Eigenschaften und Durchhaltewillen und Intuition naturhaft frauliche: kann also der Mann naturhaft besser befehlen, die Frau naturhaft besser gehorchen?

Zweites Kapitel

DIE MÄNNLICHEN EIGENSCHAFTEN

ALS EIGENSCHAFTEN FÜR DAS ENTSCHEIDUNGSRECHT

Zweifelloos ließe sich unmittelbar nach den gesuchten Befehls- und Gehorsamseigenschaften bei Mann und Frau fragen. Indes erweckte dies leicht den Eindruck des Zufälligen, ja Willkürlichen. Um einer genügend breiten Arbeitsgrundlage willen empfiehlt sich daher, die gefragten Eigenschaften innerhalb eines Gesamtbildes von Mann und Frau zu suchen¹⁷¹.

¹⁷¹ Da eine eingehende Spezialstudie über das Verhältnis von Mann und Frau zum Recht zu fehlen scheint, mußte dies durch einen Querschnitt heutiger Geschlechteranthropologie zu ersetzen versucht werden. Als Arbeitsgrundlage dienten vor allem:

1. DEUTSCH und DE BEAUVOIR (wesentlich korrigiert und ergänzt von BUYTENDIJK (fortan abgekürzt BU). 2. KAMPMANN (KA), der das deutschsprachige Schrifttum bis etwa 1943 verarbeitet (für uns Bd. II); LERSCH (LE). Beide namentlich so, wie sie gesehen sind von REIDICK. 3. Von evang. Seite: METZKE (der die wichtigste Nachkriegsliteratur bis 1954 zusammenfaßt), BARTH, QUERVAIN, REISER. 4. KINSEY-RAPPORT, der im Band über die Frau einen Vergleich der Geschlechter anstellt, freilich ohne (mit seinem zoologischen Fragepunkt) zur Wesenserhellung der Geschlechter beizutragen. Als wesentliches Korrektiv dazu: DEMBICKI, L. und FEYERABEND, W.: Die Sexualität der Frau, Stuttgart 1954. 5. Für die Psychoanalyse: GRABER (der aber doch gelegentlich etwas tief ins Urmeer zurückweist). 6. An älterer Literatur vor allem HATTINGBERG (als ursprünglicher Jurist, in unserem besonderen Fragepunkt besonders zuständig). 7. Für das Vaterproblem: BITTER.

Es wird hier also nur versucht, das wohl gesicherte Ergebnis der Geschlechteranthropologie für unseren besonderen Fragezweck dienstbar zu machen. Höchstens darf vielleicht der Systematisierungsversuch einen gewissen Anspruch auf Beachtung erheben. Er möchte Mann und Frau auf Grund zweier scholastischer apriorischer Gemeinplätze in einem Gesamtentwurf zeigen. Diese Einsichten sind: 1. *actus specificatur ab obiecto*: wenn Mann und Frau tatsächlich verschieden sind (was empirisch festzustellen ist), dann nur deshalb, weil sie durch ihr (Sein und) Tun auf ein verschiedenes Nächstobjekt gerichtet sind. Ihre Verschiedenheit erklärt sich also dann, wenn für die Verschiedenheit ein verschiedener Eigengegenstand namhaft gemacht werden kann. 2. *finis est primum in intentione*: die (durch Objektsverschiedenheit geformte) seins- und handlungsmäßige Geschlechterverschiedenheit ist erst dann erklärt, wenn sie als Manifestation einer tieferen Einheit, die Sinn und Ziel einer jeden Verschiedenheit ist, begriffen wird: auf welche Einheit zielt also die geschlechtliche Seins- und Objektsverschiedenheit ab?

§ 1. Das Gesamtbild von Mann und Frau

Gesamtbild sagt mehr als die aufgesammelte Summe faktischer Einzelheiten. Es ist deren Erklärung aus einem sie als notwendig aufzeigenden Grund. Erklärungsgrund des Mann- und Frauseins kann nur der ihrer *Ergänzung* sein: soll das Mann- und Frausein überhaupt einen Sinn haben — und nur als sinnvolles ist es überhaupt möglich —, dann nur den einer aus der Geschlechterergänzung sich ergebenden innigeren Einheit der Menschen. Die zielhafte *Ergänzungseinheit* ist aber ihrerseits nur als Ergebnis einer sich ergänzenden Geschlechts*verschiedenheit* möglich, die als leibhafte Verschiedenheit einen verschiedenen *Weltbezug* und als dessen Nächstobjekt eine verschiedene *Bezugswelt* bedingt.

Die Schaffung des Menschen als Mann und Frau war demnach nur so möglich, daß er von einer vorgängig gedachten zielhaften *Ergänzungseinheit* her auf zwei sich ergänzende Bezugswelten hin in zwei verschiedenen darauf hingerichteten Weltbezügen geschaffen wurde. Die *verschiedene Bezugswelt* von Mann und Frau hat mithin einerseits die Geschlechtsverschiedenheit als notwendig zu erklären und anderseits die *Ergänzungseinheit* von Mann und Frau als mögliche aufzuzeigen. Damit erweist sie sich als jener geforderte „*archimedische Punkt der Geschlechteranthropologie*“¹⁷². So haben wir zuerst den verschiedenen Weltbezug, dann die verschiedene Bezugswelt und schließlich die ergänzte Welt von Mann und Frau zu betrachten.

A. Der verschiedene Weltbezug von Mann und Frau

Das verschiedene Verhältnis von Mann und Frau zur Welt ist zunächst eine Tatsachenfrage, die mit den positiven Beobachtungen der Geschlechteranthropologie zu belegen ist. Aus vielen Einzelheiten ergibt sich dabei ein Grundgesetz geschlechtsverschiedener Leibhaftigkeit und folglich geschlechtsverschiedenen Verhältnisses zur Welt.

Selbstredend handelt es sich im folgenden um Typen, wobei der konkrete Mann und die konkrete Frau immer ein Mehr oder Minder dieses Typus verwirklichen (vgl. etwa HATTINGBERG, 325; LE, 98; BU, 286). Zudem ist der Typus selbst wieder nicht kontradiktorisch dem Gegentypus gegenübergestellt (vgl. etwa die Theorie von Animus und Anima bei C. G. JUNG [vgl. LECERCQ-DAVID, 130—132; THURN, GuL 53/44—53]).

¹⁷² LE, 45 (aufgegriffen von REIDICK).

Das männliche Gesetz ist das *desintegrierter Spontaneität*, das frauliche jenes *integrierter Rezeptivität*¹⁷³. Männliche Leibhaftigkeit bedingt Desintegration, männliches Weltverhältnis Spontaneität. Frauliche Leibhaftigkeit bedingt Integration, fraulicher Weltbezug Rezeptivität. Dies zeigt sich in der Leiberscheinung, dem äußeren Tun, vor allem in der Geistigkeit. Damit wird der Mann erwiesen als der Werker, die Frau als die Sorgende.

I. Die Leiberscheinung von Mann und Frau

1. Gestalt

Integration und Desintegration menschlicher Leibgestalt zeigt sich bei deren *Rubestellung* vor allem gesamthaft als Mittelpunkt-sflüchtigkeit der männlichen und Mittelpunktsgesammeltheit der fraulichen Körperform. Beim Mann überwiegen die Extremitäten und weisen so nach außen; bei der Frau überwiegt der Rumpf und erscheint damit die Peripherie des Leibes auf die Mitte bezogen.

Auch die einzelnen Körperteile sind beim Manne desintegrierter, das heißt, weniger vom Ganzen geprägt. Sie unterscheiden sich stärker von der kindlichen Frühform und sind stärker verschieden von Mensch zu Mensch. So wird der Mann aufgespaltener und wirkt so individueller. Die frauliche Körperform erscheint in ihren Einzelheiten kontinuierlicher. Die Übergänge von Glied zu Glied und vom Glied zum Ganzen, von der Frühform zur Vollgestalt und von Mensch zu Mensch sind fließender. So erscheint die Frau innerlich geschlossener und gattungshafter¹⁷⁴.

Diese Integrations- und Desintegrationserscheinung hat ihren Grund im verschiedenen Knochen- und Muskelapparat. Er ist beim Manne überhaupt und besonders in den Extremitäten stärker entwickelt. Bei der Frau wirken Fetteinlagerungen ausgleichend, und entsprechen zudem feinere Haut und Innervation den feineren Knochen und Muskeln.

Diese Verschiedenheit hat ohne Zweifel mit einer verschiedenen Geschlechtsaufgabe zu tun. Die zentrifugale *Mannesgestalt* ermöglicht eine außerhalb des Mannes gelegene Aufgabe: Raumüberwindung und

¹⁷³ Die ältere Unterscheidung von Aktivität und Passivität ist nicht mehr haltbar. Auch frauliches Empfangen ist ein aktiver Lebensvollzug (vgl. etwa KREUTZ, 30; LE, 27). Zum Folgenden vor allem LERSCH und BUYTENDIJK.

¹⁷⁴ BU, 178.

Sachbeherrschung. Die grobknochigen, muskelkräftigen Arme und Beine dienen dem Vormarsch, wobei die an starkem Schultergürtel und Rückgrat angesetzten Arme vorstoßen, die derbhäutigen Hände zupacken und die Dinge angreifen, und der ganze Knochen- und Muskelbau eine gefestigte Angriffsposition und Widerstandskraft gegen die Außenwelt verleiht.

Der zentripetale *Leib der Frau* deutet auf eine Aufgabe innerhalb dieses Leibes: die Mutterschaft. Er läßt die Frau darauf angelegt sein, mehr bei sich und innerhalb des Nahraumes ihrer unmittelbaren Umgebung zu verweilen. Ihre *Haut*¹⁷⁵, die sensorisches Empfangs- und motorisches Führungsorgan ist, ist empfindlicher für Berührungsreize und ermöglicht eine feinere sensible Steuerung ihres Tuns: jenes Fingerspitzengefühl, die Dinge behutsam in die Hand zu nehmen, sich einzufühlen und anzupassen und überall dort nachzugeben, wo „der Mann die Wirklichkeit im tatenden Eingriff bewältigt“¹⁷⁶. Die größere Labilität ihres *Nervensystems* macht sie nicht nur empfindsamer und verwundbarer, sondern auch integrierter, insofern die Frau, dadurch inniger mit ihrer Leiblichkeit verbunden, stärker mit ihrer ganzen Leiblichkeit mitschwingt und antwortet¹⁷⁷.

2. Bewegung

Die verschiedene leibhafte Integration und Desintegration bei Mann und Frau erscheint noch deutlicher im *bewegten* Zustand der Körperform. Der statisch zentrifugale männliche Körper deutet dynamisch auf *Expansion*, die frauliche zentripetale Gestalt dynamisch auf *Adaption*. Dies zeigt sich sowohl beim Bewegungsstil, dem Zusammenspiel von Rumpf, Armen und Beinen¹⁷⁸, als auch beim Bewegungsablauf.

Der männliche *Bewegungsstil*¹⁷⁹ ist entsprechend der Körperform eckiger und mehr in die Bewegung der einzelnen Glieder aufgespalten. Er wird so zum Ausdruck eines sich auf isolierte Leistungszwecke spezialisierten Zielwillens. Bei der Frau ist, wie die Leibgestalt, so auch der Bewegungsstil sanfter und mehr in die Mitte und das Ganze hineinintegriert. Er wird damit zur Erscheinungsform ihrer größeren

¹⁷⁵ LE, 33; KREUTZ, 30.

¹⁷⁶ LE, 34.

¹⁷⁷ BU, 106, 250.

¹⁷⁸ LE, 37.

¹⁷⁹ LE, 38.

Anpassung und Einfühlung und ihrer stärkeren Integration: die Frau wird ganzheitlicher von den je und je gegebenen Lebenslagen ergriffen und reagiert deshalb auch ganzheitlicher in ihrem Sichdarleben.

Die *Bewegung* selbst ist beim *Manne* wuchtig und erscheint so als Anlage zur Überwindung von Widerständen. Sie ist weitausholend und weitausgreifend und zeigt damit: die Widerstände liegen außen. So ist sie Angriff, Fortbewegung, Gestaltung und Tat in der Außenwirklichkeit¹⁸⁰. Die *fraulichen* Bewegungen sind leichter, wobei sich Leichtigkeit und Rundheit zur Grazie verbinden und als frauliche Anmut männlicher Wucht gegenüberstehen. Frauliche Bewegungen sind stärker auf Eigenachse und Körperstamm rückbezogen als nächster Repräsentation des eigenen Selbst: Ursprung und Ziel sind in stärkerem Maße der eigene Körper. Dergestalt wird auch die Bewegung der Frau ganzheitlicher: sie ist weniger zielende Bewegung, denn schwingende Beweglichkeit¹⁸¹.

Männliche Expansion und frauliche Adaption zeigen sich besonders deutlich in *einzelnen Bewegungen*. Beim *Gang* drückt sich die Desintegration des Mannes taktmäßig und in der Endpunktakzentuierung des Einzelschrittes aus. Er erweist sich so schon elementar als zielpunktbestimmt, indes weibliche Gangart sich rhythmisch endelos fortschwingt¹⁸². Der kontinuierlich-fließende *Sprechablauf* der Frau hat sein Gegenstück in der intermittierenden-stoßenden Sprechweise des Mannes und weist so zurück auf den Gegensatz zwischen Gefühlsschwingung und Willensspannung¹⁸³. Beim *Händedruck* umschließt die männliche kräftigere Hand in ihrem entschlossenen Zugriff zur Welt die kleine und zarte Frauenhand, in der sich die Frau als selber Ergriffene weiß¹⁸⁴. Beim weiblichen *Blick* ruht das offene Auge auf den Dingen und nimmt sie auf, während der durchbohrende Blick des Mannes in seiner straffen Gerichtetheit die Ablehnung des Erblickten enthält und die Absicht bekundet, das Vorübergleitende zu fassen, als Objekt vor sich hinstellen und durch das Erblickte hindurchzustoßen¹⁸⁵. Bei der *Mimik* entspricht der Variations-

¹⁸⁰ LE, 38.

¹⁸¹ LE, 40.

¹⁸² LE, 40; BU, 197; 230.

¹⁸³ LE, 42ff.; BU, 196.

¹⁸⁴ BU, 250.

¹⁸⁵ LE, 40; BU 183 Anm. 246.

reichtum des weiblichen Ausdrucks einer geringeren naturhaften Außenprägung und zeigt so die bessere Mitschwingungsgabe der Frau als eine ganzheitliche stets neue Prägung von innen her¹⁸⁶.

3. Haltung

Expansive männliche Mittelpunktflüchtigkeit und adaptive frauliche Mittelpunktbezogenheit bleiben bestehen, auch wenn die Bewegung anhält und sich in der *Haltung*, jenem typischen menschlichen Körperverhalten wiederum zur Statik verdichtet. Bei der Haltung findet die männliche Desintegration in der *Asymmetrie*, die frauliche Integration in der *Symmetrie* ihren Ausdruck¹⁸⁷.

Die *frauliche symmetrische Haltung* ist jene, die man schon hat, wenn man in völliger Eindeutigkeit absichtslos und entspannt in einfach verweilender Gegenwärtigkeit sich irgendwo befindet. Sie ist Zurückhaltung als intendierte Aufhebung der auf die Welt gerichteten Intentionalität, die bei den Dingen weilt, weil sie in sie nicht verstrickt ist. Ihr Grundgesetz ist jene Harmonie, wie sie die Kunst des Porträts immer wieder im Antlitz der Frau festhält.

Die *asymmetrische männliche Haltung* ist jene, die man nicht hat, sondern angesichts doppeldeutiger Situation annimmt, um sich von ihr abzusetzen: „Alles, was in der Struktur der äußeren und inneren Situationen die Form des Zweifels und Zweifelhaften hat, darum auch alles Mehrdeutige, das entdeckt, intendiert und gedacht wird, jede nur halbe Zuwendung oder Zurückhaltung, fordern eine Körperhaltung und einen Gesichtsausdruck, die eben diese einander widerstreitenden Sinngebungen repräsentieren. Eben dies geschieht im Annehmen einer Haltung: man ist zwar bei den Dingen, aber in einer persönlich gewählten Weise, das heißt, in einer Weise, die man sich vorbehält¹⁸⁸.“

„In kritischer Haltung wird das andere ausdrücklich als relativ gesetzt. Die Situation wird also nicht genommen als etwas, sondern bei etwas; nicht wie sie sich eindeutig darbietet, sondern als etwas Verdächtiges. Jedes Mißtrauen ist Feindschaft und darum Abweisung; es bedeutet, daß man erst nach einer Prüfung, nachdem man gewisse Unterscheidungen und Scheidungen vorgenommen hat, etwas

¹⁸⁶ LE, 81; BU, 176; REIDICK, 81.

¹⁸⁷ Besonders von BUYTENDIJK untersucht (187 ff.).

¹⁸⁸ BU, 188.

akzeptiert. Das Wertvolle muß vom Wertlosen gesondert werden; hinter dem Erscheinenden wird etwas gesucht, und dahinter wieder etwas anderes. Immer bleibt der eigentliche Sinn ungewiß. Die kritische Haltung ist der Ausdruck des prinzipiellen Zweifels: man läßt sich nur bedingungsweise mit etwas ein¹⁸⁹.“

So ist denn auch die asymmetrische Haltung Zurück-Haltung. Aber anders als die weibliche Symmetrie bedeutet sie nicht Aufhebung der Intentionalität, sondern deren *Vor-behalt*. Sie ist Zweifel, Kritik, ja wesentlich aggressiv¹⁹⁰.

Ergebnis (zu I)

1. Der Vergleich männlicher und fraulicher *Leiberscheinung* ergibt einen geschlechtsverschiedenen Integrationsgrad der Körperteile und Körperbewegungen.

2. In Körperbau, Bewegung und Haltung erscheint der Mann als zentrifugal, expansiv und asymmetrisch, die Frau als zentripetal, adaptiv und symmetrisch.

3. Entspricht dieser leibhaften Grundbefindlichkeit auch die Eigenart des *äußeren Tuns* von Mann und Frau: ist diese Leiberscheinung nur Ausdruck einer tieferen Naturanlage zu einer bestimmten Betätigungsweise?

II. Das äußere Tun von Mann und Frau

Die natürliche Eigenart des äußeren Tuns von Mann und Frau zeigt sich am deutlichsten dort, wo es am ursprünglichsten geschieht: beim Geschlechtsgeschehen. Gerade hier wird männliche Desintegration und frauliche Integration ersichtlich: die desintegrierte zentrifugale expansive Dynamik zeigt sich als *Spontaneität*, die integrierte zentripetale adaptive Dynamik als *Rezeptivität*. Dies zeigen, abgesehen vom Geschlechtsgeschehen als personalem Tun¹⁹¹, der Begattungsakt und der Befruchtungsvorgang.

¹⁸⁹ BU, 190.

¹⁹⁰ BU, 190. Kritik ist aber wesentlich eine Eigenschaft dessen, der es mit rechtlichen Vorgängen zu tun hat: der scheidet und entscheidet.

¹⁹¹ Vgl. Anm. 220 (S. 152). Hier wäre auch auf den werbenden Bräutigam und die erwählte Braut aufmerksam zu machen (vgl. MICHEL, 50); wobei diese Rollen [nach einem Teil der EHERECHTSKOMMISSION] „unvertauschbar“ sind (FRR 63a). Damit hängt wiederum die Erscheinung der Exogamie zusammen, die RÜSTOW gerade mit der väterlichen Autorität in Bezug setzt (178).

Beim *Begattungsakt* wird mit der Ausstoßung des Samens männliches Einwirken sichtbar als eine von der Lebensmitte nach außen gerichtete zentrifugale Selbst-entäußerung, mit der Aufnahme dieses Samens im mütterlichen Schoß weibliches Empfangen erkennbar sowohl als Auf-sich-zukommen- und Mit-sich-geschehen-lassen wie auch als zentripetales In-sich-aufnehmen¹⁹².

Die zellphysiologische Untersuchung des *Befruchtungsvorganges* ergibt eine ähnliche Tätigkeitsfolge: für die *Samenzelle* als Sichentäußern — Werben — Annähern — Erwecken — Weitersuchen — vorstoßendes Suchen. Für die *Eizelle* als Warten können — im Schlummer liegen — Locken — Auf-sich-zukommen-lassen — Sich-finden-lassen — In-sich-aufnehmen — Empfangen — Abschließen gegen alles andere¹⁹³.

Die Befruchtung hat die Frau zur Mutter, den Mann zum Vater gemacht und Mann und Frau auch biologische Aufgaben gestellt, in denen wiederum Rezeptivität und Spontaneität sichtbar werden. Denn die biologische *Mutteraufgabe* erweist erneut frauliche Selbstbezogenheit: das Empfangen setzt sich im Bewahren und Hegen fort. Die biologische *Vateraufgabe* ist fremdbezogen: der Mann hat die an ihre Mitte gebundene, vom Kind vollbeanspruchte Mutter von außen her zu unterstützen und im Außenraum zu schützen.

Die tiefe Verwurzelung mütterlicher Rezeptivität und väterlicher Spontaneität zeigen die psychologisch so bedeutsamen *Kinderspiele*. Schon formal wirken sich deutlich männliche desintegrierte Spontaneität und frauliche integrierte Rezeptivität aus: „*Knabenspiele* tragen fast immer den Charakter des Kampfes, vom körperlichen Toben über kraftvolles Sichbehaupten hinweg bis zum wagemutigen Einsatz und zur praktisch-gewaltsamen Wirklichkeitsmeisterung¹⁹⁴“. Dahinter stehen Herrschtrieb und Neigung zu Angriff und Widerstand: „Schon ganz kleine Jungen sind *ungehorsam*, aufsässig und schwierig¹⁹⁵“. Sie nehmen Spielzeug weg und der Streit artet leicht in Tötlichkeiten aus¹⁹⁶. Bei den *Mädchen* dominiert der Drang nach beschwingter, leicht ablaufender Bewegung, und das Temperament ihrer Spiele ist ruhiger, ausgeglichener und verhaltener. Damit verbunden ist ihr größeres *soziales Anpassungsstreben*. Sie hören eher das

¹⁹² LE, 25.

¹⁹³ KREUTZ, 29.

¹⁹⁴ KA, 57.

¹⁹⁵ BU, 120.

¹⁹⁶ BU, 120.

Spiel auf als Streit anzufangen und geben auf jeden Fall rascher nach¹⁹⁷. Der Streit spielt sich fast ganz auf der Ebene des Verbal-Mimischen ab: das Mädchen zetert, macht ein brummiges Gesicht oder streckt die Zunge heraus¹⁹⁸.

Auch der *Spielinhalt* zeigt die gleiche Verhaltensweise. „Mit anderthalb Jahren fangen Jungen an, aus Klötzchen Türme zu bauen (die natürlich umfallen), Mädchen niedrige kleine Häuschen¹⁹⁹“. „Mädchen greifen die Situation des Familienlebens auf, und haben mehr Neigung, alles *bis ins Einzelne hinein sorgfältig auszugestalten*²⁰⁰“. Auch dort, wo Buben mitspielen, hat die Mutter ganz klar die führende Rolle. Umgekehrt bevorzugen Knaben technische Spiele wie Basteln und Bauen. Wenn so Jungen „öffentliches Leben“, Mädchen „Haus“ spielen, zeigt sich im einen das Streben nach „technischer Umweltbeherrschung“, im andern der Versuch, „fremdes Seelenleben möglichst direkt zu beeinflussen²⁰¹“. Wenn das Mädchen Puppen, ja selbst beliebige Dinge wie Löffel oder Klapper füttert, badet und bettet, der Junge aber seinen Bär „abrichtet“, tritt erneut der Macht- und Geltungstrieb beim Jungen, der Pflegeinstinkt beim Mädchen in Erscheinung. So wird hinter dem Kramen mit Läppchen und Spitzen, dem Spielen mit Puppen, dem Seilspringen die adaptive Dynamik der Frau sichtbar, und in den Kampf- und technischen Spielen der Buben jene an der Erfahrung des Widerstandes sich steigernde Expansivität und Aggressivität des Mannes²⁰².

Die adaptive Dynamik des Mädchens und die aggressive des Jungen entwickeln sich in *Mann und Frau* zu den Tätigkeiten des Umsorgens und Arbeitens: die Frau wird zur Sorgenden, der Mann wird zum Arbeiter²⁰³. Vor der expansiven Dynamik werden die Dinge zu Widerständen und wecken als solche gerade jenes Expansionsstreben, das im Angehen gegen diese widerständige Welt zur Aggression wird und in der Umgestaltung der Welt endet: der *homo expansivus* wird über den *homo aggressivus et aggrediens* zum *homo faber*. Die adaptive Dynamik erzeugt keinen Widerstand. Sie nimmt die Dinge nicht unter

¹⁹⁷ BU, 120.

¹⁹⁸ BU, 120.

¹⁹⁹ BU, 117; KA, 58.

²⁰⁰ BU, 117.

²⁰¹ KA, 58.

²⁰² KA, 59; BU, 120; 251.

²⁰³ Besonders hervorgehoben bei BUYTENDIJK, 252ff.; vgl. LE, 52ff.

der relativen Rücksicht ihrer Brauchbarkeit, sondern in ihrem Eigen-sein und begegnet so der Welt der Werte. Indem die Frau, verweilend und sich anpassend, die Dinge in sich aufnimmt, gestaltet sie die Welt nicht um, sondern aus: als *homo eroticus* wird sie zum *homo curativus*²⁰⁴.

So konstituiert „die typische männliche Weise des In-der-Welt-Seins den Menschen als Arbeiter und seine Welt als eine Welt von Widerständen und Mitteln. Das typische Weibliche konstituiert ihn in einem Dasein als Wirheit (*Binswanger*), als den liebenden Menschen, als Mitgeschöpf des in Qualität und Gestalt erscheinenden Seienden. Die Welt der Frau ist darum prinzipiell die Welt von erschließenden und erschlossenen Eigen-Werten²⁰⁵“.

Ergebnis

1. Die in der Körper- und Bewegungserscheinung zu beobachtende zur Ferne drängende Expansion des Mannes und jene die Nähe umspannende adaptive Dynamik der Frau tritt auch in deren äußerem Tun als Spontaneität und Rezeptivität deutlich hervor.

2. Sie ist nachzuweisen nicht nur im biologischen Mann-Frau-Geschehen, sondern auch im menschlichen Tun von Mann und Frau: im unbewußt kindlichen Spiel und in der Tätigkeit der Erwachsenen als Arbeiten und Sorgen.

3. So erweist das äußere Tun Mann und Frau als die, die Leibeserscheinung und Körperbewegungen schon andeuteten: als *homo faber* und *homo curativus*. Sind indes Arbeiten und Sorgen auch in der Geistigkeit von Mann und Frau innerlich begründet?

III. Die Geistigkeit von Mann und Frau

Die Geistigkeit ist jenes Innere, das in der Leibeserscheinung, sei es in deren Ruhestand, sei es in deren Bewegtheit, zum Ausdruck kommt. So ist sie nicht nur bewußte Ursache des äußern Tuns, sondern auch unbewußter Formgrund jener Eigenschaften der Leibgestalt²⁰⁶. Mithin müssen auch der desintegrierte und zentrifugale *homo expansivus* et *aggre-diens* als der *faber* und die integrierte zentripetale Frau als der

²⁰⁴ BU, 244.

²⁰⁵ BU, 246; LE, 50; 26; 64.

²⁰⁶ Vgl. die Erkenntnisse der Ausdruckspsychologie; LE, 24; 30; 45.

homo adaptivus, eroticus et curativus in der Geistigkeit von Mann und Frau begründet sein. Deshalb ist gerade die Integration des geistigen Hintergrundes von Mann und Frau im Sinne der Spontaneität und Rezeptivität zu untersuchen und zwar entsprechend dem Aufbau der Geistigkeit im Bereich der Sinnesgegebenheiten, in den Beziehungen zwischen der Sinnlichkeit und Geistigkeit und innerhalb der Geistanlage selbst.

1. *Integration als Ganzheitserscheinung im sinnlichen Vorfeld*

Eindeutig erweist sich die Frau bei der Sinneserkenntnis wie beim sinnlichen Streben stärker integriert. Bei der *Sinneserkenntnis* zeigt sich dies schon bei der *Empfindung* mit dem besseren Geschmack, der feineren Witterung, dem zarteren Gespür, sowie dem Vorherrschen des Auges vor dem Ohr. Dann in der *Wahrnehmung*, die bei der Frau mehr das Gesamtergebnis aller Sinne und damit vielseitiger, aber diffuser ist. In der *Vorstellung*, die stärker die Wahrnehmung steuert und mit einer Fülle rascher Assoziationen auf die *Phantasie* hinweist, die bei der Frau besonders in lückenfüllender Kombinationsfunktion stärker hervortritt. In der besseren *Erinnerungsgabe*, die als Aufspeicherung des Erlebten viel ganzheitlicher als das männliche Gedächtnis des Gelernten ist²⁰⁷.

Im Bereich des *Sinnesstrebens* erscheint die Integration der Frau im *Gefühl*, jener erlebten Quersumme eigener Befindlichkeit, die nicht nur das frauliche Erleben stärker prägt, sondern sich auch nach außen in der besonderen fraulichen Einfühlung kundtut.

2. *Integration als Verwurzelung des Geistigen im Sinnlichen*

Die sinnliche Grundlage *fraulichen Denkens* sind Auge und Erinnerung. So denkt die Frau vom geschauten Bilde her und wird damit beim Denken nicht nur stärker vom Sinneseindruck beeinflusst, sondern bleibt auch im Geistigen im Umkreis des Lebendig-Konkreten: das Gedachte ist anschaulich und damit ganzheitlich. Die Sinnesgrundlage *männlichen Erkennens* sind Ohr und Gedächtnis. Er denkt vom gehörten (und gedächtnishaft erlernten) Begriff her und denkt damit zur abstrakten desintegrierten Form hin: das Gedachte ist begrifflich und damit einseitig.

²⁰⁷ Zum Folgenden vor allem KAMPMANN, 277 ff.

Auch beim *Handeln* tritt die stärkere Integration in der Verbundenheit von Wille und Gefühl hervor: das fundamentale Triebleben ist bei der *Frau* stärker mit den höheren Strebungen verschmolzen, und deshalb kann sich ihr Wille nicht so wie der des *Mannes* von dem ursächlichen Gefühl ablösen und nun selbständige Ziele verfolgen. Daraus ergibt sich dann jener Gesamteindruck, der Denken und Wollen der Frau als „existenzieller“ empfinden läßt und damit gesamthaft die innere Geschlossenheit und Einheitlichkeit fraulicher Eigenart bestätigt.

3. Integration der geistigen Fähigkeiten

Im *Erkenntnisbereich* stehen sich weibliche Intuition und männliche Ratio gegenüber. Selbstredend sind beides intellektuelle Erkenntnisvorgänge. Aber das intelligere der Ratio wird als intellegere vollzogen: man liest zwischen den Zeilen, weil man interessiert (interesse) zwischen den Seienden steht. Das intelligere der Intuitio jedoch ist das „intuslegere“: die innere Wesensschau, weil man aufnehmend bei den Dingen ist²⁰⁸. Als Schau arbeitet die Intuitio mit Bild und Einfühlung und bleibt damit lebendig konkret. Als Hin- und Herlaufen ist der Diskurs der Ratio durch Begriff und Syllogismus gekennzeichnet und führt damit zu der aus dem lebendigen Zusammenhang des Hier und Jetzt losgelösten allgemein-abstrakten Gesetzmäßigkeit. Intuitio und Ratio erkennen die Welt. Aber gebrochen durch die Linse der Intuitio erscheint sie im scharfen Nahbild des Hier und Heute, indes die allgemeinen Umrisse verschwimmen. Umgekehrt erzeugt die Ratio ein scharfes Konturenbild des Fernen und damit des Allgemeinen und Immergültigen, dieweil das Besondere der einzelnen Situation im Filter zurückbleibt.

Dem geschlechtsverschiedenen Erkennen entspricht das geschlechtsverschiedene *Wollen*. Der desintegrierte Wille, der in der Ratio gründet, ist die Stoßkraft; der integrierte, der von der Intuitio herkommt, ist die Spannkraft²⁰⁹.

Die *männliche Willensstoßkraft* bedeutet die Fähigkeit, die gesamt-körperlich-geistige Energie auf einen Punkt zu konzentrieren und in einem Augenblick einzusetzen. Sie ist Einsatzbereitschaft und zeichnet

²⁰⁸ BU, 195; KA, 337 ff.

²⁰⁹ KA, 106.

den Mann wiederum als Kämpfenden, dessen Kraft Stoß, dessen Tat Vorstoß ist und dessen hohe Einsatzenergie um den Preis folgender Erschöpfung erkaufte werden muß, wobei im jähren Wechsel wiederum die Desintegration des Mannes aufscheint.

Gegenüber der männlichen Vordergrundsenergie ist die *weibliche Willensspannkraft* jene hintergründige und damit integrierte Durchhaltebereitschaft, die geduldige Stetigkeit mit zäher Ausdauer verbindet und dadurch fähig wird, das vom intuitiven Verstand erkannte kompliziert-konkrete Ganze des Lebens zu meistern. Dank ihrer Spannkraft hat es die Frau nicht nötig, in einer Kurzschlußhandlung den gordischen Knoten der komplizierten Wirklichkeit zu durchhauen, sondern bringt die Geduld auf, ihn aufzulösen, wobei ihr dann wieder die Einfühlungsgabe hilft und wobei sie in der einführenden Geduld eben die Sorgende ist.

Kurz: der Mann sieht mit seiner Ratio die Wirklichkeit in der Konsequenz der Abstraktheit und bewältigt sie als homo aggressivus mit seiner Willensstosskraft im Angriff. Die Frau erschaut mit ihrer Intuitio die Wirklichkeit in der Kompliziertheit des Konkreten und meistert sie mit der Willensspannkraft in geduldig einfühndem Umsorgen als homo curativus.

Ergebnis (zu A)

1. Das *Leibverhältnis* von Mann und Frau ist durch einen verschiedenen Integrationsgrad gekennzeichnet. Männliche Leibhaftigkeit ist aufgespaltener, wie es in der Mittelpunktflüchtigkeit des Baues, der Expansivität der Bewegung, der Asymmetrie der Haltung zum Ausdruck kommt. Frauliche Leibhaftigkeit ist ganzheitlicher, wie es sich in der Mittelpunktgesammeltheit der Leibgestalt, der Adaption der Bewegung und der Symmetrie der Haltung ausdrückt.

2. Das verschiedene Leibverhältnis bedingt und spiegelt aber ein verschiedenes *Weltverhältnis*. Der Mann ist mit seiner zentrifugalen, expansiven und asymmetrischen Leibgestalt in der Welt als der, der nach außen in spontaner Aktivität wirkt: der faber. Die Frau ist mit ihrem zentripetalen, adaptiven und symmetrischen Leib in der Welt als die in rezeptiver Aktivität nach innen Sorgende: die curatrix.

3. Tieferer Grund des integrationsmäßig verschiedenen Leib- und Weltverhältnisses ist die integrationsmäßig verschiedene *Geistigkeit*.

Durch Auge und Gedächtnis tiefer sinnenhaft verwurzelt, sind Intuitio und Willensspannkraft Integrationsgrund der Frau; durch Ohr und Gedächtnis mit den Sinnen mehr äußerlich verbunden, sind Ratio und Willensstoßkraft Desintegrationsgrund des Mannes.

4. Erklärt sich dieser geschlechtsverschiedene Weltbezug einfach aus seiner Tatsächlichkeit oder ist er tiefer als Angelegtsein auf eine geschlechtsverschiedene Bezugswelt zu erklären?

B. Die verschiedene Bezugswelt von Mann und Frau

Verschiedene Richtungen führen notwendig zu verschiedenen Zielen²¹⁰. Die apriori notwendige Zielverschiedenheit der geschlechtsverschiedenen leibhaft-geistigen Naturausrichtung aposteriori aufgefunden zu haben, ist das Verdienst der *neueren Psychologie*, die sozusagen einstimmig bekennt: beim Knaben und Manne prävalieren die sachlichen Beziehungen, beim Mädchen aber und bei der Frau sind die persönlichen Bindungen eins und alles²¹¹. Dies heißt aber: männliches expansiv-spontanes Schaffen ist auf die Sache, frauliches adaptiv-rezeptives Sorgen auf die Person ausgerichtet. Die männliche Bezugswelt ist die Sache, die frauliche die Person. Wir haben zunächst die Ergebnisse der Entwicklungs- und Interessenpsychologie vorzulegen und anschließend zu versuchen, den bisher bloß faktisch erwiesenen geschlechtsverschiedenen Weltbezug mit seiner verschiedenen Integrität im Personengefüge von Mann und Frau als notwendige Folge der geschlechtsverschiedenen Bezugswelt zu erklären.

I. Die Beobachtungen der Psychologie

Schon im *Kinderspiel*²¹² — dem Familienspiel der Mädchen mit seiner Fürsorgebeziehung, dem technischen Spiel der Jungen mit der Sachbezogenheit — zeigt sich deutlich die Fürsorgebeziehung der Frau und die Sachbezogenheit des Mannes und damit die geschlechtsverschiedene Bezugswelt. Auch die *Spielberufswünsche* zeigen dies. Jungen möchten Lokomotivführer oder Maschinenbauer, Mädchen aber Mutter werden. „Wenn Knaben einen Beruf erwählen, um der

²¹⁰ Dabei bestimmt das Ziel (als *ratione prius*) intentional die Richtung, nicht umgekehrt die Richtung das Ziel.

²¹¹ KA, 181; 306; LE, 68 ff.

²¹² Vgl. S. 250; KA, 337 ff.

Menschheit zu dienen, so soll es durch ihre Leistungen, ihre Kraft, durch neue Erfindungen geschehen; die Mädchen aber wollen mit ihrer Arbeit sich selbst hingeben. Den Knaben lockt die tote Maschine, das Mädchen das lebendige Kind²¹³. Für die *Schulzeit* zeigt die Wahl der Lektüre und Aufsatzthemen wiederum die sachlichen Beziehungen der Buben, die persönlichen der Mädchen. Besonders bedeutsam ist die Begabungsverschiedenheit in Sprache und Mathematik. Während in der mathematischen Formel das Hilfsmittel schlechthin bereit liegt, die Sachwelt theoretisch zu bewältigen, weil man die an sich absolut intelligible Sache²¹⁴, sofern man sie erklären kann, auch beherrscht²¹⁵, bedarf es im Umgang mit dem Menschen, der Individuum ineffabile ist, des Wortes, womit der Mensch nicht erfaßt, sondern angesprochen wird. Damit erweist die größere Begabung und Vorliebe der Mädchen für die (Mutter)sprache erneut ihre stärkere Personenbezogenheit, indes die mathematische Anlage der Jungen deren Sachlichkeit bezeugt.

Vor die Berufswahl gestellt, erwähnen Mädchen Berufe, in denen es entweder um Pflegen und Sorgen geht, wie bei Krankenschwester, Lehrerin, Kinderärztin²¹⁶, oder die intensiveren Verkehr mit Menschen mit sich bringen, wie bei einer Journalistin, Verkäuferin, Sekretärin²¹⁷.

Für die *Berufstätigkeit* selber ist ein Zweifaches bedeutsam. Zum einen spielt bei der Frau die *Person des Chefs* eine weitaus wichtigere Rolle als bei ihren männlichen Kollegen²¹⁸, wie schon in der Schule die Person des Lehrers beim Mädchen ganz anders ins Gewicht fiel²¹⁹, und beim Spiel das Mädchen das persönliche Erscheinen bewertete, während es dem Jungen um die Leistungshilfe ging²²⁰. Zum andern zeigt die *Verliebttheit*, der junge Mann wird durch die Liebe normalerweise in seiner Berufsarbeit gefördert, das Mädchen aber gestört²²¹. Hierin erscheint nicht nur die Desintegration des Mannes und die Integration der Frau, für welche Liebe das Leben,

²¹³ BU, 195; vgl. LE, 68.

²¹⁴ Vgl. „Wesenserkenntnis“ in BRUGGER, phil. Wörterbuch.

²¹⁵ „Was ich erklären kann, dessen bin ich Herr“ (TH. HAECKER, Tag- und Nachtbücher, Olten 1946, 226).

²¹⁶ BU, 119; LE, 64.

²¹⁷ BU, 119.

²¹⁸ KA, 167.

²¹⁹ KA, 203; 204.

²²⁰ KA, 167.

²²¹ KA, 186.

nicht Erlebnis ist wie für den Mann, sondern auch und gerade die verschiedene Bezugswelt: „Der Mann schreitet durch das Temperament der geliebten Person in die Welt, für das Weib sammelt sich die Welt in der einen, der geliebten Person²²²“. Hat die Frau an einer Person Interesse gefunden, dann können die Berufsinteressen nicht mehr gleichwertig nebenher gehen.

Umgekehrt zeigt die *Interessenpsychologie*: die Frau interessiert sich für die Interessen der sie interessierenden Person. Nicht obwohl, sondern gerade weil²²³ die Frau einseitig auf Personen gerichtet ist, muß sie auch vielseitiger interessiert sein, „nicht zwar aus eingeborenem Impuls, sondern im Hinblick auf bestimmte Menschen, um deretwillen sie sich für diese oder jene Gebiete erwärmt²²⁴“. Hier enthüllt die geringere Eigengesichtigkeit der Frau den positiven Sinn als Offensein für die Interessen anderer: Mädchen begeistern sich in Begeisterung für die Lehrperson für Mathematik, und Gattinnen leben sich in die Berufswelt ihres Gatten tief und rasch ein²²⁵. Dies und mehr zeigt deutlich: „Die Frau intendiert einheitlich die Personen (zusamt dem Reich der dazugehörigen Sachen), der Mann vielheitlich die Sachen (einschließlich der Welt der Personen)²²⁶“.

II. Der geschlechtsmäßig verschieden integrierte Weltbezug als Folge der geschlechtsverschiedenen Bezugswelt

Das Leben in anderer Umwelt fordert andere Eigenschaften. Sind also die männlichen Desintegrations- und die fraulichen Integrations-eigenschaften notwendige Lebensbedingungen für die Sach-, beziehungsweise die Personenwelt?

1. Männliche Desintegration als Sachweltbedingung²²⁷

Die Welt der Sachen erfordert einen innerhalb des Personaufbaus desintegrierten Weltbezug. Denn als vielheitliche Welt äußerer Widerstände ist sie eine in Begriffen zu begreifende und mit Händen zu behandelnde Welt, wobei dies eben jene desintegrierte Ratio, Willensstoßkraft und expansive Spontaneität äußeren Tuns erfordert.

²²² KA, 186.

²²³ Gegen REIDICK, 81.

²²⁴ REIDICK, 81.

²²⁵ KA, 205; 181.

²²⁶ KA, 211; 79.

²²⁷ Vgl. BU, 252ff. (bes. 256).

Als *vielheitliche* wäre sie daseinsverunmöglichendes Chaos, würde die konkrete Vielheitlichkeit nicht in abstrakten Begriffen vereinheitlicht: durch jene Ratio, die das Eine-Allgemeine in der Vielheit sieht und mit logischem Begriff und technischer Formel um die praktische Vertausch- und Vorausberechenbarkeit der Dinge weiß. Als physisch-physikalisch *widerständige* Welt erfordert sie den Angriff als physische Oberflächenbearbeitung. So ist die physische Kraft der Arme, Beine und Hände notwendig. In die Hand nehmen läßt sich die Sachwelt aber nur stückweise und auch dann nur um den Preis punktkonzentrierter erschöpfender Anstrengung. Damit bedarf es nochmals, den Arbeitsplan rationell zu gestalten, der Ratio und vor allem der Willensstoßkraft.

Mithin verlangt die vielheitliche Widerstandswelt einen desintegrierten Weltbezug. Denn die *Ratio* als Sachweltverstehen hat gerade das Allgemeine aus dem Besonderen zu abstrahieren, das heißt zu desintegrieren. Dies ist aber nur möglich, wenn sie selber vom endothymenten Grund der erkennenden Person weitgehend losgelöst ist. Die *Willensstoßkraft* kann desintegrierter Stoß sein, weil die Sache nur dem aktuellen Angriff widersteht, so daß das Gesetz des Handelns beim Willen bleibt und er nach dem physischen Kräftevorrat rationell disponieren kann. Die Stoßkraft *muß* aber desintegriert sein, weil sonst die objektiv notwendige Heftigkeit des Stoßes den endothymenten Grund schädigen müßte. Das *äußere Tun* kann desgleichen desintegriert sein, weil es nur die Oberfläche zu behandeln gilt. Es *muß* es sein, weil sonst der Mensch sein Inneres in ein bloß Äußeres legen müßte und damit, sein Inneres veräußernd, personal veräußerlichte: bekanntlich die *naturnhafte Gefährdung* des in der Arbeit aufgehenden Mannes. Der dafür naturgegebene Schutz, nämlich in Konfliktsituationen die Äußerung sofort abzubrechen und sich nach innen („In-sich-Mensch“²²⁸) zurückzuziehen, beweist gleichfalls diese Gefährdung, macht aber zugleich die andere sichtbar: in kontaktloser Abkapselung Eigenbrötler und Hagestolz zu werden.

²²⁸ HATTINGBERG, 322 ff. (bes. 337).

2. *Frauliche Integration als Personweltbedingung*²²⁹

Die Personwelt erfordert ein in die Personmitte hineinintegriertes Weltverhältnis. Denn als einheitliche Welt personalen Wechselbezuges ist sie eine intuitiv zu verstehende und in Geduld und Gefühl zu umsorgende Welt, was jene integrierte Intuitio, Willensspannkraft und adaptive Rezeptivität des Tuns erheischt.

Sie ist *einheitliche Welt*. Denn nur eines der verschiedenartigen Dinge ist der Mensch. Menschenverständnis bedarf daher nicht des Dezimalsystems ordnungschaffender Kategorien. Andererseits ist der Mensch nicht vertauschbar, sondern einmalig. Er wird daher nur verstanden, wenn er in seiner einmaligen Situation, das heißt aber, als Ganzer verstanden wird. Deshalb ist jene Intuitio notwendig als einfühlende Einsföhlung, wo der ganze Mensch dem ganzen Menschen in der innern Einheit des Einverständnisses begegnet und wo die Gewißheit der Erkenntnis nicht in der (hier ganz unmöglichen) experimentier- und formelmäßigen Nachprüfbarkeit wurzelt, sondern in der Selbstgewißheit unreflektierter Selbstsicherheit. Als Welt personalen Wechselbezuges ist sie *keine widerständige Welt*. Sie will nicht durch Überwältigung erobert, sondern in Begegnung erschlossen sein: durch Hingabe und Aufnehmen, was sich im Sorgen äußert. Darum ist die Personwelt nicht zu bearbeiten, sondern zu besorgen, wobei dies weniger als Summe einzelner Teilleistungen, denn als ständige Bereitschaft der Besorgtheit zu geschehen hat, die der innern Willensspannkraft bedarf.

Daraus erhellt: die Personwelt erfordert ein in das Persongefüge integriertes Weltverhältnis. Denn die *Intuitio* als Personverständnis bedingt jenes Denken, das die Person aus deren Situation heraus versteht. Solches Denken ist aber nur möglich als Mitgefühl, das heißt als Analogieschluß von der im Gefühl bewußt erlebten eigenen Situation her, wobei man sich der fremden Situation *hingibt*, indem man sie in sich *hineinnimmt* und so als eigene erlebt. Weibliche *Willensspannkraft* muß integriert sein, weil die umspannte Person keine nur stoßhafte Leistung erfordert, sondern ständige Sorgebereitschaft, die nicht als absplaltbare Äußerung, sondern nur als Hingabe der Person an die Person möglich ist, wobei Hingabe eben wiederum dies

²²⁹ Vgl. BU, 254.

meint: das Hineinnehmen der fremden Person in die eigene. Auch das aus dieser Hingabe erwachsende *äußere Tun* wird damit notwendig integriert: mehr als nur äußere Tat ist es Aus-druck innerer Hingabe.

Im Hingabecharakter des äußeren Tuns liegt denn auch die *naturnhafte Gefährdung* der Frau: auch dort sich einem Tun — etwa der Putzwut — ganzheitlich hinzugeben, wo es nicht mehr um Person-sorge, sondern nur mehr um Schaffen und Situation geht, und so in die Personmitte statt der personalen Sorgesituation eine leere Geschäftigkeit oder bloße Sensation zu stellen und damit innerlich sich selber fremd zu werden. Deshalb strebt die Frau in der Gefährdung notwendig zum Menschen hin: sie sucht Kontakt, um den zu finden, vor dem personale Hingabe möglich ist, wobei aber auch hier die Gegengefahr erscheint: frauliche Hörigkeit; man gibt sich nicht hin, sondern preis („Nach-Außen-Mensch²³⁰“).

Ergebnis (zu B)

1. Die Bezugswelt des Mannes ist die Sache, jene der Frau die Person.

2. Die geschlechtsverschiedene *Bezugswelt* erfordert als Lebensbedingung jenen geschlechtsverschiedenen *Weltbezug* verschiedener *Integration*. Die Sachwelt verlangt die desintegrierte Spontaneität einer Ratio, Willensstoßkraft und äußerer Arbeit, die Personwelt die integrierte Rezeptivität einer Intuitio, Willensspannkraft und inneren Besorgtheit.

3. Zugleich zeigen die verschiedene Bezugswelt und der dadurch verschiedene Weltbezug die *naturnhafte Gefährdung* von Mann und Frau. Beim Mann als Gefahr der Veräußerlichung und Abkapselung; bei der Frau als Überfremdung durch Sach- oder Personhörigkeit. In dieser Gefährdung wird die geschlechtliche Ergänzungsbedürftigkeit sichtbar.

C. Die ergänzte Welt von Mann und Frau

Die drohende Selbstgefährdung des Mannes und der Frau zeigt, die geschlechtliche Ergänzungsbedürftigkeit erstreckt sich nicht nur auf das geschlechtsspezifische Geschehen, sondern über den ganzen personalen Daseinsvollzug. Die zielhafte Ergänzungseinheit ist daher

²³⁰ HATTINGBERG, 338.

der innere Letztgrund für die Verschiedenheit in Bezugswelt und Weltbezug von Mann und Frau. So ist abschließend jene im beiderseitigen Weltbezug geschehende Selbstentfaltung als gegenseitige *personale Ergänzung* und jene, durch den gemeinsam vollzogenen Weltbezug bewirkte, *ergänzte (Kultur)welt* zu sehen.

I. Der ergänzte personale Selbstvollzug

Der *Mann* entfaltet sich in seiner Äußerung mit der Gefahr zu veräußerlichen, wenn nicht die Frau die Äußerung in ihre Mitte sammelt, sie verinnerlicht und als verinnerlichte wiederum dem Manne zurückgibt. So kommt der Mann zu sich selbst erst über die Frau. Und will er wissen, wer er ist, muß er auf die Frau schauen, die das Richtbild des Menschen unreflex in ihrer innern Selbstgewißheit trägt²³¹. Die *Frau* aber entfaltet sich in der Hingabe mit der Gefahr, sich allzu Fremdem hinzugeben und so innerlich zu verfremden, wäre ihre Hingabe nicht als personale Antwort auf das Tun des Mannes möglich.

Das äußere Selbstbewußtsein des *Mannes* ist seiner nicht sicher ohne die innere Selbstgewißheit der *Frau*, und umgekehrt ist die Selbsthingabe der *Frau* nur möglich als antwortende Sorge auf das Tun des *Mannes*. So muß die desintegrierte Spontaneität des Mannes durch die Rezeptivität der Frau re-integriert werden und die Rezeptivität der Frau als Integration männlicher Spontaneität geschehen.

II. Die ergänzte Welt von Mann und Frau

Welt ist zunächst Natur und Naturgewalt. So ist sie Daseinsraum des Mannes; in sie hinein investiert er das Kapital seiner Arbeit und bringt sie unter die Gewalt des Menschen. Gewalt aber gestaltet bloß die Oberfläche um. Männliche Welt ist noch Fremde²³². Als männliche Fremde wird sie Welt der Frau. Das äußerlich Umgestaltete nimmt die Frau in sich hinein und gestaltet es in Sorge und Sorgfalt von innen her aus. Die vom Manne bloß ergriffene und gegriffene Welt wird verstanden: sie wird menschlich, wohnlich und Heimstatt.

²³¹ Hier hat das paulinische Wort von der Frau als der „Doxa des Mannes“ seinen psychologischen Ort: die Frau spiegelt als die, die sie ist, das Bild des Mannes. Der Mann erkennt, indem er die Frau erkennt, sich selbst. Die Frau als das spiegelnde Bild, der Mann als das gespiegelte Bild sind einander völlig ebenbürtig. Dazu vor allem WENNEMER, 293. Von hier aus wäre weiterzudenken, um über MARC (Anm. 187 [S. 119]) hinaus ins Ontische vorzudringen.

²³² Vgl. BU, 238. Dazu: WUST, P.: Die Dialektik des Geistes, Augsburg 1928, 448.

So bedarf es der *Arbeit des Mannes* als physischer Umgestaltung und der *Sorge der Frau* als menschlicher Ausgestaltung und männlicher Dingbezüge und fraulicher Menschbezogenheit, um die Welt des Menschen zu gestalten.

Ergebnis (zu § 1)

1. Die verschiedene *Bezugswelt von Mann und Frau* — die Sachwelt des Mannes, die Personwelt der Frau — und die dadurch bedingten verschiedenen Weltbezüge — desintegrierte Spontaneität des Mannes und integrierte Rezeptivität der Frau — erzielen eine *personal tiefe Ergänzung von Mann und Frau*: der in der Arbeit veräußerlichte Mann wird durch die Hingabe der Frau verinnerlicht, und die umgestaltete Arbeitswelt des Mannes wird durch ausgestaltende Sorge der Frau zur Wohnwelt des Menschen.

2. Diese Welt ist als gemeinsam zu wirkende eine Welt der Gemeinschaft und bedarf einer rechtlichen Friedensordnung, also auch menschlicher Rechtserzeugung.

3. Wirkt sich nun die in einem Gesamtbild aufgezeigte Geschlechtsverschiedenheit auch im Besondern aus als *geschlechtsverschiedene Aufgabe bei der Rechtserzeugung in Ehe und Familie*?

§ 2. Die Befehls- und Gehorsamseignung von Mann und Frau

Ein auch nur oberflächlicher Vergleich der Geschlechtseigenschaften und der für Befehl und Gehorsam geforderten Eignung zeigt eindeutig: *der Mann kann besser befehlen, die Frau besser gehorchen*. Dies ergibt sich schon aus der Verschiedenheit des Weltbezuges und der Bezugswelt von Mann und Frau. Besonders eindringlich geht es aus deren gegenseitiger Ergänzung hervor²³³.

²³³ HIRSCHMANN hat die Eigenschaften von Mann und Frau im Hinblick auf „Gewissen und Gewissensbildung“ so dargestellt, daß sich daraus besonders gut die Befehls- bzw. Gehorsamseignung von Mann und Frau ablesen läßt: „Die Frau hat zum Leiblichen eine nähere und stärkere Beziehung als der Mann (ist dafür allerdings durch die Beseeltheit dieser Beziehung auch stärker als er vor dem Absinken in Unnatur geschützt: z. B. durch das für die frauliche Sitte so wichtige Gefühl der Scham). Darum eignet der Frau eine konkretere Art des Wissens; eine stärkere und ausstrahlendere Emotionalität; eine größere Situationsnähe; eine bestimmtere Erfassung der Einzelheiten einer Lage; größere Gläubigkeit, leichter Gehorsam; größere Hingabebereitschaft. Diesen gewissensfördernden Eigenschaften entsprechen die Schwierigkeiten: geringere Rücksicht

A. Der verschiedene Rechtsbezug von Mann und Frau

I. Der Mann als befehlsbefähigt

Der männliche Weltbezug desintegrierter Spontaneität entspricht deutlich jener vorgestaltenden Rechtssetzung des Befehlens. Denn die vom männlichen Daseinsraum verlangte vereinheitlichende Einseitigkeit erweist sich im Rechtsbereich als jene befehlsgeforderte Konsequenz.

Formal als Setzung ist der Akt des Befehlens typisch jenes Aus-sich-heraus-setzen eines männlichen *Setzwillens*, worin sich der Mann behauptet, indem er Eigenes aus sich heraussetzt.

Inhaltlich als Planen ist Befehlen ein Akt jener Ratio, die als allgemein-abstrakte Denkweise die Dinge sachlich mißt und in ein allgemeingültiges Ordnungsgefüge bringt und die jene kritische Unterscheidungs-gabe voraussetzt, die sich in der Haltung männlicher Asymmetrie so auffallend ausprägt. Als (auch gegen möglichen äußeren) Widerstand durchzusetzen, fordert Befehlen schließlich jene *Willensstoßkraft* als Durchsetzwillen, die verbunden mit physischer Stärke dem Bewußtsein zur befehlsnotwendigen inneren Ruhe verhilft²³⁴.

auf größere Zusammenhänge; mangelndes Verständnis für die Rechtsordnung; irrationale Entscheidungen; Leichtgläubigkeit; Unselbständigkeit im Entscheid (dementsprechend größere Ängstlichkeit, falsch entschieden zu haben); unangebrachte Minderwertigkeitsgefühle; Ausgleichsversuche — zumal in Verbindung mit der größeren körperlichen Schwäche — durch mindere Wahrhaftigkeit; Überschätzung der Hingabepflicht, Unterschätzung der notwendigen Rücksicht auf die eigene Person. — Demgegenüber ist das Denken und Wissen des Mannes abstrakter, allgemeiner, unabhängiger vom Gefühl, der Mann ist aktiver, verantwortungsbereiter, selbständiger, kritischer, zweckhafter, willensbetonter. Auch diese Eigenschaften haben ihre Kehrseiten, durch die der richtige Gewissensentscheid einseitig werden kann: übertriebene Grundsätzlichkeit ohne Feinheit der Anpassung an die Besonderheit der Situation; leichtes Sichhinwegsetzen über sittliche Gefühle, zu weit gehende Kritik an der Autorität; willensbedingte Kurzschlüsse des Urteils; überbewertete Selbständigkeit, welche die sozialen Werte bedroht“ (Gewissen 21). Zum Pflichtbewußtsein der Frau vgl. auch BU Anm. 126.

²³⁴ Zum Setzwillen: REIDICK, 79; KA, 105. Zum Durchsetzwillen: „In etwa spricht für den Mann schon die größere körperliche Kraft. Macht und Recht sind gewiß nicht identisch, aber das Recht muß schließlich doch die Macht haben, sich durchzusetzen. In letzter Instanz, in denjenigen Verhältnissen, die von der Natur geschaffen und für alles weitere Leben vorbildlich sind, dürfen Macht und Recht nicht auseinanderfallen“ (MAUSBACH, 45; ähnlich CATHREIN, 71; vgl. aber Anm. 59). Dazu Anm. 481.

II. Die Frau als gehorsamsgeeignet

Der frauliche Weltbezug integrierter Rezeptivität entspricht eindeutig jener im Gehorsam auszuführenden Ausgestaltung des im Befehl gesetzten Rechts. Denn die daseinsbedingte Ganzheitlichkeit der Frau wirkt sich in der Rechtsgestaltung als besondere Anlage für die konkrete Ganzheit der Situation aus und erweist damit die Befähigung zu dem, was Gehorsam positiv als Konkretisierung besagt. Als *Intimatio* ist Gehorsam jene Verinnerlichung, worin die Frau, indem sie sich hingibt, Fremdes in sich hineinholt²³⁵. *Inbaltlich* fordert er damit jene frauliche Intuitio, die im mitfühlenden Erleben begründet, jenes unmittelbare Seelenerkennen von Person zu Person ermöglicht, das genauer und richtiger ist als das männliche²³⁶. Dank ihrer besseren *Mitschwingung*²³⁷ weiß die Frau den Befehl in seinem beabsichtigten, wenngleich vielleicht nur ungenau geäußerten Sinngehalt zu erspüren, und überhaupt „den Mann zu nehmen“²³⁸.

Für die Befehlsausführung aber ist die Frau vermöge ihrer inneren Lebensverbundenheit situationsnäher. Sie paßt sich mit ihrem unmittelbaren Einfühlen den einzelnen Aufgaben an; und mit jener „instinktiven Klugheit“, die dem Manne abgeht, löst sie gerade das „Beispiel“, den „lebendigen Fall“ richtig²³⁹. Die Willensspannkraft gibt ihr aber Geduld, den richtigen Augenblick abzuwarten und mit behutsamer Hand auch heikle Dinge anzufassen.

Das Gesagte macht zugleich deutlich: *der Mann kann weniger gut gehorchen, die Frau weniger gut befehlen*. Nicht nur belastet der gehorchende Mann und die befehlende Frau die objektive Rechtswirklichkeit. Auch subjektiv ist der Mann durch das Gehorchen und die Frau durch das Befehlen im personalen Selbstvollzug stärker gefährdet: auch das eigene Leben gelingt ihnen weniger leicht und oft auch weniger gut.

²³⁵ REIDICK, 79; KA, 73.

²³⁶ KA, 170.

²³⁷ REIDICK, 81.

²³⁸ HATTINGBERG, 338. Vgl. S. 280; 351 (5).

²³⁹ KA, 171; 178; 179.

III. Der gefährdende Mannesgehorsam

Im Befehl „Tugend“ der Konsequenz, wird männliche Einseitigkeit im Gehorsam zum „Laster“ der Sturheit. Befehl ist Befehl, und so wird er *coûte que coûte*, taliter-qualiter, auf jeden Fall nicht aus-, sondern durchgeführt und nicht nur das Prinzip zu Tode geritten, sondern auch dem toten Prinzip lebendiges Leben geopfert. Hier wird der *Soldatengehorsam* sichtbar und daneben jene Zivilcourage, die offensichtliche Frauentugend ist.

IV. Der gefährdende Frauenbefehl

Im Gehorsam „Tugend“ der Situationsgerechtigkeit, wird die ganzheitliche Anlage der Frau im Befehl zum „Laster“ sowohl der Hörigkeit als auch der Kleinlichkeit. Denn das frauliche Offensein für Menschen macht es ihr schwer, in der Vielfalt fremder Meinungen ihre eigene Stellung klar zu behaupten: die befehlsnotwendige Sachlichkeit wird durch Hörigkeit oder Parteilichkeit verdrängt²⁴⁰. Auch neigt die situationsnahe Ganzheitlichkeit der Frau dazu, „überall dreinzureden“ und die konkrete Ausführungssituation bereits in der Befehlsausgabe vorwegzunehmen, damit aber den Befehl zur kleinlichen Ausführungsbestimmung herunterzuwerten und richtiges, das heißt situationsgemäßes Gehorchen unmöglich zu machen. Hier wird das Bild mancher „*Oberin*“ wach.

B. Die ergänzende Rechtsgestaltung von Mann und Frau

I. Befehl als Vorgestaltung des Rechts

Als sachweltbezogen ist der Mann nicht nur *homo faber*, sondern auch *zoon polemikón*²⁴¹. Denn das Ringen mit der Sache in der Arbeit hat etwas vom Kampf an sich, zunächst *mit* der Sache, gegebenenfalls auch *um* die Sache, dann nämlich, wenn ein Gegner sie streitig macht²⁴². Den Kampf *mit* der Sache nicht zum Streit *um* die Sache werden zu lassen, ist Aufgabe des Rechts als Friedensordnung. Deshalb legt das Recht die Kampfregeln fest. Diese sind nur brauchbar, wenn sie einheitlich begriffen, konsequent gehandhabt und situationsgemäß angewandt werden.

²⁴⁰ KA, 177; vgl. HENRY.

²⁴¹ KA, 182.

²⁴² BU, 253.

Einheitliches Begreifen und konsequentes Handhaben dieser Regeln konstituiert die *Rechtswirklichkeit auf der Stufe von Gesetz und Befehl*. Dieses Recht ist Mannessache: im Recht geht es um die Welt des Mannes. „Deshalb kristallisieren sich beim Mann alle Schwierigkeiten um die eine, daß er Recht behalten muß. Nicht allein um seinerwillen, sondern ebensosehr für die Frau, die ihn nicht als Mann achten kann, wenn er ihr zu weit entgegenkommt²⁴³“, das heißt, mit seiner Sachwelt nicht selber fertig wird. Daß die Frau bei diesem Recht weniger zuständig ist, zeigt ihr „Aber gegen alles logische Apriori, gegen jede Verallgemeinerung, gegen das abstrakte Gesetz und die gemeingültige Maxime²⁴⁴“. „Sie fühlt sich außerstande, den Sonderfall in seiner komplizierten Konkretion mit der Formel eines übergreifenden Gesetzes zu erfassen und auf dem Wege eines reglementierten ‚Verfahrens‘ zu erledigen²⁴⁵“.

Als Gesetz und Befehl noch abstrakt und einseitig, ist das Recht aber schlechterdings nicht fähig, des Lebens Vielseitigkeit gerecht zu werden: einseitiges Recht im vielseitigen Leben würde notwendig Unrecht. Deshalb bedarf das Recht notwendig der zweiten Stufe, wo es aus seiner Abstraktheit heruntergeholt und konkretisiert: ausgestaltet wird.

II. Gehorsam als Ausgestaltung des Rechts

Dadurch, daß Gehorsam den Befehl sinngemäß aufnimmt und situationsgemäß ausführt, gibt er ihm die lebensnotwendige Konkretion. Darin erweist sich der Mann eindeutig als schwachbegabt: seine einseitige Abstraktion wird zur Recht und Leben gefährdenden Sturheit. Umgekehrt hat gerade hier die Frau ihre eigene Begabung.

Als geborener Menschenkenner²⁴⁶ ist sie treffender im Urteil über Mitmenschen und als „Psychologin von Natur“ geschickter im Umgang mit ihnen, was sie befähigt, den Befehl sinnvoll aufzunehmen. Vor allem gelingt es ihr, „das abstrakte Wahre in die personale Konkretisierung“ zu bringen²⁴⁷. Während das männliche Verstehen

²⁴³ HATTINGBERG, 239; vgl. HENRY, 126. Das kleine Töchterchen (!) sagt (in der psychoanalytischen Sprechstunde) resigniert: „Meine Mutter hat zu Hause die Hosen an, und mein Vater läßt es geschehen“ (DEUTSCH, I/43). Vgl. Anm. 397.

²⁴⁴ KA, 293; LE, 75.

²⁴⁵ KA, 293.

²⁴⁶ KA, 169 (Anm. 95 mit Hinweis auf RADECKI).

²⁴⁷ KA, 194.

manche Dinge überhaupt nicht greift, ein smarterer Syllogismus in Lebensfragen recht wenig ausrichtet, der männliche Geist wegen seiner loseren Verbindung mit dem Unbewußten von bestimmten Irrtümern stärker bedroht ist²⁴⁸, trifft die Frau als „Virtuosin des Erratens“ mit instinktiver Klugheit²⁴⁹ in der konkreten Situation das Angemessene und zeigt sich gerade in der heiklen Situation dem Manne klar überlegen: „Wenn zwei Personen beiderlei Geschlechtes sich in einer kompromittierenden Lage befinden, so wird immer die Frau vermöge ihrer größeren geistigen Beweglichkeit, sich kühn aus der Klemme ziehen“²⁵⁰.

Der Mangel an Distinktion²⁵¹, beim Befehl jene verhängnisvolle Zweideutigkeit und Grundsatzlosigkeit, erweist sich beim Gehorsam als Befähigung, das Recht vor der Sturheit des Mannes zu bewahren: „Als Meister der *complexio oppositorum*, als Anwalt des Sowohl-Als auch, als Fürsprecher des Maßes und der Mitte, spricht sie ihr „Aber gegen Analyse und Abstraktion“²⁵², in der durchaus sinnvollen Furcht vor partikularistischer Verengung, die eine *pars pro toto* setzt, vor zersetzender Einseitigkeit, die dem Ganzen sein Recht verkürzt, vor systematisierender Vergewaltigung, die jenes Lebendige zerstört, das zugleich ein Ganzes wie ein Besonderes ist²⁵³. „Gerade damit wird sie zum Rechtsanwalt sowohl des heilen Ganzen als auch des besonderen Falls“²⁵⁴, und hat als „Anwalt des Lebens“ nicht nur das Recht, sondern „die Pflicht, in seinem Namen Forderungen zu erheben“²⁵⁵.

Man kann somit nicht eigentlich von einer „unjuristischen Natur“ der Frau reden²⁵⁶: auch die Frau hat ihre naturhafte rechtliche Funktion. Aber nicht im Sinne abstrakter Normierung, sondern konkret-praktischen Rechtsvollzugs: als Gehorsam, der erst dem Recht seine eigentliche Existenz gibt. Als Lebensnähere besitzt die Frau die Fähigkeit und damit die Aufgabe, im Gehorsam *das Recht auszuführen und damit das Recht ins Leben und das Leben ins Recht einzuführen*. Im Gegensatz zum Manne als *zoon polemikón* kann man

²⁴⁸ KA, 178.

²⁴⁹ KA, 171; 265.

²⁵⁰ KA, 265.

²⁵¹ KA, 195.

²⁵² KA, 178; 194.

²⁵³ KA, 179.

²⁵⁴ KA, 179.

²⁵⁵ HATTINGBERG, 205.

²⁵⁶ Wie es bei KAMPMANN geschieht, 293.

daher die Frau sinnvoll *ζoon politikon*²⁵⁷ nennen. Darin kommt zum Ausdruck, daß die Frau mit ihrem Beitrag nicht nur die konkrete existentielle Rechtsordnung mitgestaltet, sondern darin auch den Mann ergänzt, wie dieser die Frau.

Die konsequente Gerichtetheit, die dem Befehl eignen muß, schuldet das Recht dem Manne und seiner desintegrierten Spontaneität. Die maßhaltende Mitte aber, die im Gehorsamsvollzug ihren Rechtsort hat, verdankt das Recht der Frau und ihrer ganzheitlichen Rezeptivität. Der kürzeste Ausdruck dieser rechtlichen Ergänzung von Mann und Frau liegt in der Antwort der Frau, die ihrem rechthabenden (und schon etwas rechthaberischen) Manne entgegnet: wir sind nicht logisch, sondern verheiratet²⁵⁸, und auf sein kategorisches Ja und Nein situationserwartend nur das Eine sagt: nous verrons²⁵⁹.

Ergebnis des zweiten Kapitels

1. Mit der Abstraktion seiner Ratio und dem Durchsetzwillen seiner Willensstoßkraft kann der Mann naturhaft eindeutig besser befehlen, weniger gut gehorchen. Mit der Konkretion ihrer Intuition und dem Durchhaltewillen ihrer Willensspannkraft vermag die Frau naturhaft eindeutig besser zu gehorchen, weniger gut zu befehlen.

2. Mithin ist Befehlen eine naturhafte Sonderbefähigung des Mannes, Gehorchen eine ebensolche der Frau.

3. Mithin ist der Mann als naturhafter Träger des Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie nachweisbar.

²⁵⁷ KA, 182.

²⁵⁸ HATTINGBERG, 337.

²⁵⁹ KA, 195 Anm. 157. „Es ist [also] keine Frage, daß sich der Mann mehr als die Frau von formelhaften Grundsätzen und Maximen praktischer, ethischer und juristischer Art leiten läßt, ... während die Frau nach Maßgabe der hier und jetzt gegebenen individuellen Lage handelt, bzw. entscheidet“ (LE, 75ff.). Darin aber zeigt sich fraglos die besondere Befehlsbefähigung des Mannes und die besondere Gehorsamseignung der Frau, beides als subjektiv gleichwertige und objektiv gleichnotwendige Fähigkeit verstanden. Mithin ist „bei seinem Wesensverhältnis zum positiven Recht (der sittlich begründeten äußeren Ordnung sozialen Lebens), im Unterschied zu dem Verhältnis der Frau, als Träger der Autorität [in Ehe und Familie] der Mann anzusprechen; der korrelative Beitrag der Frau ist gleichwertige Ergänzung und die Sicherung dieser äußeren Ordnung von innen her in einem Beitrag zur Gestaltung der Ehe und Familie, der nicht rechtsetzender Art ist“ (HIRSCHMANN, Referat 11).

Daß dieser Sachverhalt auch für das positiv-staatliche Recht nicht unerheblich ist, betont vor allem RÜDEL: „Will [das Recht] seinem Zweck, dem Rechtssubjekt adäquate Lebensformen zu schaffen, genügen“, dann darf m. E. „diese zutiefst vielleicht im Metaphysischen verwurzelte Verschiedenheit der Geschlechter, wonach auch bei gleicher Intelligenz dem Manne durchschnittlich das Bedürfnis zur Führung, zur Verantwortung und zur Fürsorge für das Weib, dem letzteren das Verlangen nach Anlehnung und Leitung innewohnt, nicht weniger unberücksichtigt bleiben, als körperliche und [unmittelbar] funktionelle Unterschiede“ (JR 51/745a).

Drittes Kapitel

DER MANN ALS TRÄGER DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES

Die Zusammenfassung des Versuchs, den Mann als natürlichen Träger des Entscheidungsrechtes nachzuweisen²⁶⁰, zeigt, nicht weil er Ernährer der Familie ist, sondern weil er besser befehlen kann, ist er entscheidungsberechtigt.

§ 1. Der naturrechtliche Beweis

Die Einsicht, der Mann sei „chef de famille“²⁶¹ und deshalb entscheidungsberechtigt, ergibt sich zwingend aus der Einsicht in das Wesen der Ehe und Familie und in die natürliche Eigenart von Mann und Frau.

I. *Ehe und Familie* haben als Gemeinschaften (ihrem personalen Gemeinwohl vorgeordnet und zugleich mit ihm zu gemeinsamer Verwirklichung aufgetragen) ihre stetem Wechsel unterworfenen rechtliche Gemeinwohlmitte²⁶².

²⁶⁰ Zur leichteren Überprüfbarkeit erscheint hier der Beweisgang möglichst gerafft. Vgl. die ähnlichen Gedankengänge von ZIGLIARA (S. 286).

²⁶¹ Hierin kommt die soziale Funktion der Entscheidungsgewalt zum Ausdruck: „Der Mann steht nicht so sehr über der Frau, als über der Ehe- und Familiengemeinschaft und über der Frau, weil und insoweit sie Glied dieser Gemeinschaft ist“ (LECLERCQ-DAVID, 300). „Toute autorité est une fonction sociale, un service. On peut donc dire qu'elle est une prérogative, sans jamais devenir un privilège dont on use dans son propre intérêt. Cela est si vrai que, lorsque, dans l'exercice de sa fonction, un chef doit choisir entre son bien strictement individuel ou celui d'un inférieur, son titre même lui fait un devoir de se sacrifier. [l'exemple classique: le capitaine du navire faisant naufrage]“ (DE WINT, 588; vgl. Anm. 545). Ähnlich DESCHENAUX (der allerdings den Titel „chef“ ablehnt, 447) in Anm. 153. Vgl. S. 231; 286 f.

²⁶² Vgl. S. 156.

1. *Als in stetem Wechsel* gemeinsam zu verwirklichende bedarf sie einer Instanz, die sie dem Wechsel anpaßt und die Gemeinglieder auf sie als angepaßte wirksam hinordnet.

a) Anpassung und Hinordnung geschehen aber durch den *Befehl*. Er muß, da es um eine innergemeinschaftliche Anpassung und Hinordnung geht, auch von einer innergemeinschaftlichen Instanz ergehen.

b) Die Bezogenheit der Gemeinschaft zu andern fordert aus Gründen notwendiger Rechtssicherheit, daß die Instanz stets feststellbar und damit eindeutig bestimmt sei²⁶³.

c) Die richtige Amtsführung der Instanz aber verlangt, daß die Bestimmung nicht positiv erfolge²⁶⁴.

d) Damit steht die Notwendigkeit einer innergemeinschaftlichen institutionellen und naturhaften Entscheidungsautorität für Ehe und Familie fest.

2. *Als rechtliche* ist die Gemeinwohlmitte Gestaltung des *äußern Rahmens* des ehelichen und familialen Zusammenlebens. Denn das Recht (als Friedensordnung) ist die notwendige äußere Gestaltung eines Sozialgebildes. Ohne äußere Gemeinschaftsordnung ist nämlich die innere von Mensch zu Mensch nicht möglich. Die äußere aber als Ordnung des Sachhaften bietet ihrer Natur nach Konfliktmöglichkeiten und bedarf daher notwendig einer *positiv* zu setzenden Rechtsordnung.

3. Das *Entscheidungsrecht* ist mithin: die aufgetragene Befugnis, nach der Norm des personalen Gemeinwohls und in steter Anpassung an die Erfordernisse wechselnder Situationen die Gemeinwohlmitte als äußere Gemeinschaftsgestaltung zu bestimmen und entsprechend den Gemeinschaftsgliedern zu befehlen²⁶⁵.

²⁶³ Vgl. S. 199.

²⁶⁴ Der Träger des ER läßt sich positiv bestimmen: 1. nicht durch den Staat, weil sonst (selbst bei bloßer Designation) a) rechtsphilosophisch die seinshafte Priorität der Ehe vor dem Staate aufgehoben und b) psychologisch bei „gesetzlich bezeichneter“ Autorität die Ehe nicht als Intimgemeinschaft zu leben wäre (vgl. Anm. 48); 2. nicht durch die Ehegatten, weil a) bei individuellem, gemeinsamen oder kompetenzverteilten ER die Rechtssicherheit verunmöglicht würde oder b) bei vertraglichem ER die Ehe ebenfalls nicht personal in ihrer unauflösbaren Einheit zu leben wäre.

²⁶⁵ Zu diesem ersten Gedankenschritt vgl. (neben ZEIGER und MÖRSDORF [S.206f.]) vor allem DÜRIG: (1) „Von der Natur her ist die Ehe eine Lebensgemeinschaft, die auf Erreichung des Familienwohls angelegt ist, das (spätestens jedenfalls mit Hinzutritt des Kindes [vgl. dazu Anm. 129]) ein Aliud und ein Mehr als die addierten Privatwohle der Partner ist und daher nicht mehr zur freien Disposition der Ehevertragspartner steht. (2) Dieses Familienwohl zwingt der Ehe

II. Die *Eigenart von Mann und Frau* läßt eindeutig erkennen: das Treffen positiver Rechtsentscheidungen ist dem Manne gemäßer. Denn die äußere Gestaltung eines Sozialgebildes entspricht überhaupt mehr seiner Aufgabe.

1. Allgemein beweist dies seine formale Hinordnung auf das Äußere und Sachhafte, wie es sein spontaner Weltbezug und seine sachliche Bezugswelt zeigen.

2. Im einzelnen befähigen ihn die Ratio seines Verstandes, die Stoßkraft seines Willens und die zupackende Art seines physischen Tuns, diese Gestaltung vorzunehmen, nach innen durchzusetzen und gegen außen zu schützen.

3. Besonders gelingt es seiner Sachlichkeit, Einheitlichkeit, Stetigkeit und dem Weitblick seiner Ratio, die Gemeinwohlmitte an die Situation anzupassen, ohne deren gleichfalls notwendige Kontinuität zu gefährden, noch die besondere erst in der Ausführung selbst offenbare Situation vorweg reglementieren zu wollen.

4. Diese positiven Eigenschaften des Mannes und die entsprechenden, zwar nicht in sich negativen, wohl aber sich diesbezüglich negativ auswirkenden Eigenschaften der Frau zeigen: der Mann ist der natürliche Träger des Entscheidungsrechtes. Nicht gesagt ist damit, wer konkret faktisch im Einzelfall zu entscheiden habe, sondern nur: der Mann hat grundsätzlich und allgemein zu entscheiden, sofern das personale Gemeinwohl in der konkreten Ordnung nichts anderes bedingt²⁶⁶.

(ganz sicher, wenn das Kind hinzutritt) eine Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit auf, die sie mit den üblichen Vertragsverhältnissen selbständiger Kontrahenten unvergleichbar machen.

(3) Da die Ehe somit in der soziologischen Terminologie nicht Gesellschaft, sondern Gemeinschaft ist, ist soziologisch [vor allem: rechtsphilosophisch] für die Ehe wie für jede Gemeinschaft eine Autorität erforderlich, die die Einheit wahrt. In einer Zweiergemeinschaft kann natürlich (im wörtlich verstandenen Sinne) die wirkliche, d. h. die letztentscheidende Autorität nur bei einem Partner liegen“ (54/4a).

Wir stimmen also mit dem, was DÜRIG positiv sagt, völlig überein (zu seiner aprioristischen Negation vgl. S. 187), folgern aber weiter: nicht nur muß der Träger letztlich einer von beiden Gatten sein, sondern es muß dieser eine, da er (ohne die Funktion, die er zu erfüllen hätte, zu verunmöglichen) nicht durch menschliche Dazwischenkunft bestimmt werden kann, auch selber naturhaft, d. h. durch die Natur derer, die dafür abstrakt gesehen überhaupt in Frage kommen (also durch die Natur von Mann und Frau), bestimmt sein. Hier setzt der zweite Schritt an. Man beachte, daß es nicht um „traditionelle“ Elemente geht, sondern um „natürliche“, d. h. der konkreten Daseinsform von Mann und Frau wesenhafte Eigenschaften.

²⁶⁶ Allerdings ist damit gesagt, daß der Mann als natürlicher Träger des ER naturrechtlich auch mit der Pflicht zu entscheiden belehnt ist, d. h., daß das ER naturrechtlich ein unverzichtbares Recht ist, „ita ut nec uxor sibi auctoritatem arrogare, nec vir eidem prorsus renuntiare, nec uterque

§ 2. Der Mann als Ernährer

Gewiß ist der Mann als homo faber naturhaft auch Ernährer der Familie. Indes scheint es verfehlt, sein Entscheidungsrecht aus seiner *Ernähraufgabe* abzuleiten, wie es namentlich von soziologischer Seite her geschieht²⁶⁷.

Diese Ableitung ist verhängnisvoll, *einmal* weil sie das Entscheidungsrecht als solches, nicht nur seine besondere Form, der soziologischen Wandelbarkeit unterwirft. Nur in der Ernährerrolle gründend, muß es beim Wegfall der Ernährerfunktion notwendig dahinfallen. *Vor allem* aber macht diese Vorstellung den Vollzug des Entscheidungsrechtes als richtiges Befehlen und richtiges Gehorchen personal im Letzten unmöglich. Wenn der Mann entscheidungsberechtigt ist, weil er für die Familie „aufkommt“, heißt dies: Recht hat, wer Geld hat; wer bezahlt, befiehlt; der Stärkere regiert.

Daß damit der Gehorsam der Frau, die doch auch für die Familie „aufkommt“, zum vornherein belastet wird, ist klar. Aber auch der Mann läuft Gefahr, ein grundfalsches Bild seines Rechtes zu bekommen und in der Folge das Recht allzu leicht zu überziehen. Deshalb ist zu betonen, Recht zu entscheiden und Pflicht zu ernähren stehen in keinem unmittelbaren Zusammenhang, sondern gehen beide je auf die geforderten Eigenschaften, die beidemale Manneseigenschaften sind, zurück. Er ist sowohl zum Befehlen als auch zum Unterhalt

mutuo consensu aliud statuere possit (quamvis viro non sit vetitum exercitio auctoritatis interdum abstinere“ (COSTA-ROSSETTI, 445). Vgl. ALTHAUS, Anm. 396. Insofern läßt sich nicht behaupten, daß die kath. Kirche „ohne Widerspruch den freiwilligen Verzicht des Gatten auf seine Vorrechte zugunsten der Frau und die friedlichen Eroberungen an Leitungsgewalt von seiten der Frau auf Kosten des Gatten duldet“ (DERMINE, La doctrine du mariage chrétiens, 99; zit. bei LECLERCQ-DAVID, 300 Anm. 36). Das heißt wiederum (noch) nicht, daß bei der Positivierung des natürlichen ER gerade auch diese naturrechtliche Entscheidungspflicht mit zu positivieren sei (vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 54 [IFS 6a]; BTDeb. III/11799 D — 11800 D); vgl. S. 464.

²⁶⁷ „Die Vorschriften des BGB hinsichtlich der Verpflichtung des Ehemannes, für den Unterhalt von Frau und Kind zu sorgen, während die Ehefrau dazu nicht verpflichtet ist, beruhen auf dem Gedanken der Jahrhundertwende, daß der Mann als Haupt der Familie diese Verpflichtung übernehmen muß“ (ENGEL-HANSEN, IF Anlage C [4/1953] 8b; ebenso HOFFMANN, JR 53/201b; BGH, Anm. 97 (E) S. 446; LG Wiesbaden, 55/264b mit Hinweis auf MUGDAN, Materialien Bd. IV, 367; FINKENSTEIN, BTDeb. II/511 C). „Weil der Mann das Geld verdient (oder verdienen sollte), ist er von Gesetzes wegen das Haupt, was wohl heißt die Hauptperson [dazu Anm. 328] in der Familie“ (SPF, 21). Schon ENGELS hatte gesagt: „Die Vorherrschaft des Mannes in der Ehe ist einfach Folge seiner ökonomischen Herrschaft und fällt mit dieser von selbst“ (Ursprung der Familie, 72; vgl. CATHREIN, 61). Ferner: KÖNIG, 31ff.; 89; SCHRADE, 57/346a (3). Demgegenüber: § 1354 BGB ist weder rechtshistorisch ein Korrelat zur männlichen Unterhaltspflicht, noch läßt er sich sachlich aus der Fürsorgepflicht des Mannes erklären (BETTERMANN, II/8 ([b]; ebenso BEITZKE, Glb 30). Vgl. S. 293f.; 314.

der Familie besser befähigt und deshalb naturrechtlich einerseits mit dem Recht zu entscheiden, andererseits mit der Pflicht zum Unterhalt belehnt, ohne daß zwischen beiden ein unmittelbares Wechselverhältnis bestände²⁶⁸.

Ergebnis des zweiten Abschnittes

1. Der Mann ist naturrechtlich das Oberhaupt der Familie. Aber nicht wegen seiner naturrechtlichen Aufgabe, die Familie zu erhalten, sondern weil er auf Grund seiner Gesamteigenart besonders befähigt ist, die Erstpflcht des Oberhauptes, nämlich zu befehlen, wahrzunehmen.

²⁶⁸ Das Gesagte ermöglicht endlich, auch gegenüber MICHEL Stellung zu beziehen: „Die soziale Struktur der Familie, deren Begründer und Haupt der Vater ist, bedingt, daß der Vater an der Außenfront, im Außendienst, in seinem beruflichen und öffentlichen Wirken den Grad von Lebenserfahrung, Verantwortlichkeit und Personalität zu gewinnen vermag, der nötig ist, um ihn in das Innere der Familie hinein Autorität zu verleihen“ (67). „Es gibt (daher) keine naturrechtliche Ermächtigung der natürlichen Vaterschaft als solche. Vaterschaft setzt vielmehr eine faktische Legitimation voraus, die aus der sozial-kulturellen, aus der geschichtlichen Welt entweder gewonnen oder übertragen worden ist“ (58). Hier liegt, ähnlich wie bei BETTERMANN (vgl. Anm. 153), insofern eine illegitime Grenzüberschreitung vor, als MICHEL auf Grund soziologischer Kategorien naturrechtliche Aussagen macht, um „mit vereinfachender Selbstverständlichkeit naturrechtliche oder angeblich naturrechtliche Grundsätze“ (vgl. Anm. 43) abzulehnen. In Wahrheit steht die soziologische Betrachtungsweise, sofern sie sich auf ihren Fragegegenstand beschränkt, mit den naturrechtlichen Einsichten nicht in Widerspruch.

Der Mann steht nicht bloß faktisch an der Außenfront. Eine tiefergehende Untersuchung der Gesamteigenart des Mannes hat uns nämlich gezeigt, daß er vorgängig zum (kontingenten) Faktum des An-der-Außenfront-Stehens naturhaft auf diese Außenfront hingeordnet ist. Insofern die Außenfront in besonderer Weise die Welt des Rechtes und der Autorität ist, ist der Mann naturhaft auch in besonderer Weise auf Recht und Autorität hingeordnet. Auch dies hat sich uns aus der Gesamteigenart des Mannes gezeigt. Legitimation (Rechtstitel) männlicher Autorität ist also nicht bloß ein soziologisches Faktum, sondern tiefer die naturhafte Ausrichtung auf dieses soziologische Faktum. Daher kann naturrechtlich das Bestehen der männlichen Autorität auch nicht vom Bestehen des Faktums abhängig gemacht werden. Wohl aber ist der faktische Vollzug dieser Autorität erschwert, ja vielleicht im Einzelfall unmöglich, wo der Mann nicht im Außendienst seine Personalität entfalten kann, sei es, daß er seine durch die Automatisierung verkümmerte Personalität nun zu Hause als Tyrann austobt (vgl. MICHEL, 51); sei es, daß er, weil er seine Familie nicht (genügend) unterhalten kann, innerlich unsicher wird und so nicht mehr mit der zur Autoritätswaltung erforderlichen Selbstsicherheit aufzutreten vermag. Insofern läßt sich sagen: „Zur inneren Autorität des Vaters in der Familie muß auch die äußere kommen, die er als Erhalter der Familie seinem Schöpfungsauftrag gemäß hat. Wird ihm keine wirtschaftliche Chance geboten, so ist die Ehe schwer bedroht (KRAUSE-LANG, Gefahrenpunkte der Flüchtlingshe, in: Ehe und Familie, 125). So zeigt denn die soziologische Struktur einen auch für Frau und Kind, wie für das gesellschaftliche Leben überhaupt verhängnisvollen Schwund männlicher Autorität. Insofern muß es sich erst recht verhängnisvoll auswirken, namens einer falsch verstandenen Gib diesen Schwund, vor dem die Psychoanalytiker eindringlich warnen (vgl. BITTER), gesetzlich legitimieren zu wollen. Auch hierin wäre zu wünschen: „Man sollte die so oft bemühten Psychotherapeuten auch zu diesem Thema einmal hören“ (HIRSCHMANN, HK 53/281a). Vgl. auch Anm. 315. Als Beispiel: „Daß er weitgehend in wirtschaftliche Abhängigkeit von seiner Ehefrau geriet, mußte die Ehe [ebenfalls] von vornherein erheblich belasten“ (BGH, 57/299b).

2. Folglich gründet das *Entscheidungsrecht* als Rechtsbefugnis gemeinschaftsnotwendigen Befehlens in einer *Sonderbefähigung des Mannes* als in seinem objektiven Rechtstitel. Folglich verletzt es die Gleichberechtigung von Mann und Frau solange nicht, als nicht sein Vollzug die durch die Gleichberechtigung gewährleistete persönliche Rechtsgleichheit und damit die Personalrechte der Frau verletzt.

3. Wie sieht also der Vollzug des männlichen Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie, namentlich in Anbetracht der Gleichberechtigung von Mann und Frau, genauerhin aus?

Dritter Abschnitt

DAS MÄNNLICHE ENTSCHEIDUNGSRECHT IN EHE UND FAMILIE

Naturhaft ist der Mann als sozial Entscheidungsberechtigter, sind Mann und Frau als personal Gleichberechtigte bestimmt. Naturhaft ist somit das Verhältnis von Entscheidungsrecht und Gleichberechtigung nicht als Entweder-Oder, sondern als Sowohl-als-Auch festgelegt. Deshalb ist nicht nur die grundsätzliche Unvereinbarkeit von Gleichberechtigung und Entscheidungsrecht naturrechtlich unhaltbar, sondern verengt auch schon die Sprechweise „Gleichberechtigung trotz Entscheidungsrecht“ oder umgekehrt „Entscheidungsrecht trotz Gleichberechtigung“ den naturrechtlichen Sachverhalt.

Wer es nicht vorzieht, die Natur des Menschen (in einer sich selbst widersprechenden Behauptung) als innerlich widerspruchsvoll zu behaupten, hat darum, ausgehend von der Grundeinsicht, daß der entscheidungsberechtigte Mann und die nicht entscheidungsberechtigte Frau personal gleichberechtigt seien, weiter zu fragen, wie dies möglich sei.

Wie notwendig diese Frage ist, zeigt die Diskussion. Man begegnet nicht nur auf Schritt und Tritt jenem quantitativen Mißverständnis der Gleichberechtigung²⁶⁹. Man ist auch „erschüttert über die ethisch irrigen Vorstellungen über den Sinn von Entscheidungsrecht und Gehorsamspflicht, denen man im Schrifttum begegnet²⁷⁰“. Daß neben

²⁶⁹ Vgl. S. 223; (E) S. 427.

²⁷⁰ HIRSCHMANN, HK 53/279 a.

irrigen Vorstellungen des Entscheidungsrechtes kein rechtes Verständnis der Gleichberechtigung Platz hat, ist ebenso klar, wie umgekehrt, daß man dann im Namen der Gleichberechtigung gegen ein Entscheidungsrecht kämpft, das in Wirklichkeit bloß dessen Verzerrung ist. Werden umgekehrt diese Begriffe naturrechtlich gefaßt, „so verliert sehr vieles von den Bedenken gegen die Forderung männlicher Entscheidungsgewalt seine Kraft“²⁷¹. Deshalb ist, nachdem der naturhaft Entscheidungsberechtigte festgestellt ist, auch das Entscheidungsrecht selbst, in sich und in seiner Bezogenheit zur Gleichberechtigung, zu sehen.

Selbstverständlich ist es weder möglich noch beabsichtigt, alle Einzelfragen zu untersuchen, die eine einigermaßen abschließende Darstellung zu beantworten hätte. Ohnehin zeigt sich in diesen Fragen die unergreifbare Vielfalt des Lebens, die jeder Antwort eine neue Frage und jedem Grundsatz einen noch nicht vorgesehenen Fall bereithält. So sei nur auf einige *Grundeinsichten* hingewiesen, wie sie namentlich das Verständnis der Gleichberechtigung zu erfordern scheint. In dieser Absicht wenden wir uns zunächst dem *Entscheidungsrecht* und seinem rechtmäßigen Gebrauch selbst zu und sehen dann, welchen *Mißbräuchen* sein Vollzug von Seiten des Mannes oder der Frau ausgesetzt und wie es davor geschützt ist. Abschließend fragen wir von diesem rechtmäßig ausgeübten und vor Mißbrauch geschützten Entscheidungsrecht her nach der *Gleichberechtigung* in Ehe und Familie.

²⁷¹ HIRSCHMANN, HK 53/279 a; vgl. HK 54/343 b; Referat 9.

Erstes Kapitel

DER VOLLZUG DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES IN EHE UND FAMILIE

Erst wenn man weiß, wie das Entscheidungsrecht in seiner Wesenseigenart innerlich *strukturiert*, das heißt, welches seine Wesensfunktion ist, kann man verstehen, wie sich sein *Vollzug* in der ehelichen Gemeinschaft praktisch zwischen Mann und Frau abspielt. Und nur von der innern Struktur und dem praktischen Vollzug her läßt sich das Entscheidungsrecht als vollzogenes, nämlich sein *Ergebnis*: der positiv gefällte Entscheid, begreifen.

§ 1. Die Struktur des Entscheidungsrechtes

Das Entscheidungsrecht ist ein Sozialrecht. Seine Sozialfunktion besteht darin, eine äußere Gemeinschaftsordnung der Ehe und Familie (Gemeinwohlmitte), die dem innern Gemeinwohl dieser Ehe und Familie entspricht, positiv als rechtsverbindlich zu setzen.

Mithin ist das Entscheidungsrecht innerlich strukturiert durch

A. die Rechtssetzungsfunktion als durch sein formales *Wesen*. — Damit ist das Entscheidungsrecht gegenüber allen andern Sozialrechten abgegrenzt;

B. die Gemeinwohlmitte als seinen *Gegenstand*. — Darin ist es gekennzeichnet in seiner Eigenart als Recht einer sozialen Autorität und so unterschieden von der Entscheidungsbefugnis der prinzipiellen Autorität;

C. das Gemeinwohl als seine *Norm*. — Diese läßt das Entscheidungsrecht nicht nur als gebundenes Bindungsrecht erkennen, sondern zeigt auch seine Stellung gegenüber den auf das Gemeinwohl bezogenen Personalrechten²⁷².

A. Das Entscheidungsrecht als Recht, Recht zu setzen

Alle Sozialrechte befugen zu einer für die Gestaltung des Gemeinschaftslebens notwendigen Leistung. Die dem Entscheidungsrecht entsprechende Sozialleistung ist das Befehlen, wodurch die gesellschaftliche Autorität eine äußere Gestaltung gemeinschaftlichen Zusammenlebens als rechtliche Ordnung setzt. Selbstverständlich ist im Recht, Recht zu setzen, auch die Pflicht eingeschlossen, das Richtige als das Rechte, also richtiges Recht zu setzen, mithin auch für eine angemessene Rechtsfindung besorgt zu sein. Welche Rolle dem Entscheidungsrecht bei diesen vorbereitenden Rechtsberatungen zukommt, soll indes im Augenblick dahingestellt bleiben²⁷³.

Jedenfalls ist die Rechtssetzungsfunktion das Eigentümliche (*proprium*) des Entscheidungsrechtes. Damit steht der Entscheidungsberechtigte, durch das Entscheidungsrecht subjektiv befugt, befehlend zu verpflichten, dem Gehorsamsverpflichteten gegenüber. Diesem subjektiven Recht-Pflichtverhältnis entspricht aber, wie festgestellt²⁷⁴, ein Recht-Pflichtverhältnis der Gegenrichtung, wodurch der Gehorchende zum Gehorsamsberechtigten, und der Befehlsberechtigte zum Verpflichteten wird. Deshalb ist das Entscheidungsrecht als Befehlsrecht nur verstanden, wenn man es als durch das Gehorsamsrecht notwendig ergänztes versteht.

I. Befehlsrecht und Gehorsamsrecht

Das *Gehorsamsrecht* ist das unveräußerliche Recht des Gehorchenden, den Befehl nicht nur in seiner abstrakten Normgerechtigkeit zu überprüfen, sondern auch an der Situation zu messen und ihm in der Ausführung seine Situationsgerechtigkeit zu geben. Erst in *zweiter* Linie wird es auch zum *Widerstandsrecht*: zum Recht, (unter Umständen

²⁷² Es werden also die Eigenschaften der Gemeinschaftsautorität im Hinblick auf das ER näher untersucht. Die Durchsetzungseigenschaft ist sinngemäß beim Mißbrauch des ER zu besprechen (vgl. S. 141). Zur Durchsetzung vgl. Anm. 481; 234.

²⁷³ Vgl. S. 297; 329

²⁷⁴ Vgl. S. 235.

zur Pflicht,) den Gehorsam dort zu verweigern, wo der Befehl ein solches Maßnehmen an der konkreten Situation entweder überhaupt ausschließt, oder sich darin nicht so, wie befohlen, durchführbar erweist. Es ist also kein bloßes Einsprache-, sondern ein Mitsprache-, ja ein *Mitbestimmungsrecht* als Recht zur con-determinatio, wobei der Befehl die vorgestaltende determinatio, der Gehorsam die ausgestaltende condeterminatio erbringt²⁷⁵.

Anders aber als beim „gemeinsamen Entscheidungsrecht“²⁷⁶ geht es hier nicht um jenes Mitbestimmen bei der Befehlskonstituierung, wo der Befehl nur als actu gemeinsames Wollen von Mann und Frau möglich ist. Es setzt vielmehr den vom Mann in seiner abstrakten Normgerechtigkeit allein²⁷⁷ konstituierten Befehl *voraus* und befugt (und verpflichtet), ihm *nachträglich* in der Ausführung die notwendige Situationsgemäßheit zu geben.

Als nachzeitiges Mitbestimmen überwindet es die Schwierigkeiten des gleichzeitigen und wahrt doch das Anliegen der Frau wie der Familie. Denn während beim gleichzeitigen gemeinsamen Entscheidungsrecht schon das Zustandekommen des Befehls entscheidungsverhindernde Konfliktmöglichkeiten bietet, mit der Gefahr, daß die Frau doch von der männlichen Autorität überfahren wird, ist es beim nachzeitigen Mitbestimmungsrecht im Gehorsam gleicherweise möglich, die gemeinschaftsnotwendigen Entscheide zu fällen, wie auch die Frau zu ihrem Rechte kommen zu lassen. Deshalb wird die kluge Frau ihr Bestes für sich, den Mann und die Familie gerade im Gehorsam leisten. Die unkluge aber, die den Mann nicht durch kluges Gehorchen „zu nehmen weiß“²⁷⁸, wie will sie befehlend den Mann

²⁷⁵ Nochmals sei mit HIRSCHMANN betont: „Der Gehorsam ist in seinem Gehorsam frei — das ist eine der entscheidendsten Aussagen der natürlichen Ethik. Nur als freier Gehorsam ist der Gehorsam eine sittliche Leistung, nicht bloß als äußerer Vollzug eines den Menschen erreichenden äußeren Befehls. Echt ist der Gehorsam nur, wenn dem zum Gehorsam Aufgeforderten durchaus das Recht der Prüfung gegeben ist, ob tatsächlich ein echter Befehl vorliegt, und zwar im Rahmen der Zuständigkeit des Befehlenden. — Es liegt in der Natur der Ausübung obrigkeitlicher Gewalt [des ER], daß sie nicht immer die Situation dessen, den sie anspricht, so restlos überschaut wie der zum Gehorsam Aufgeforderte selbst. [Dieser hat darum] die Möglichkeit, ja das Recht und unter Umständen sogar die Pflicht, nicht im Sinne der Weisung zu handeln, wenn er nach reiflicher Überlegung zu der Überzeugung kommt, daß der Befehlende, in seine Sicht und Situation hineingestellt, seinen Befehl nicht aufrecht erhielte“ (StdZ 57/88f.). Vgl. Anm. 162; 165. Ferner: BOSCH, FRR 59; CONRAD, Grundprobleme 70 (mit Hinweis auf Art. 161 Abs. 2 ZGB).

²⁷⁶ Vgl. S. 214.

²⁷⁷ Vgl. S. 216; 231.

²⁷⁸ Vgl. S. 265.

auf ihre Seite bringen? So ist wahr: eine kluge Frau hat das Entscheidungsrecht nicht nötig, einer weniger klugen nützt auch das Entscheidungsrecht nichts²⁷⁹.

Freilich wird, wer das Richtbild eines patriarchalisch geprägten und damit „überzogenen“ Entscheidungsrechtes besitzt, sich kaum mit einem fraulichen Gehorsamsrecht befreunden können. Bewiese dies jedoch nicht gerade, daß er nicht nur theoretisch durch falsche Vorstellungen vom Entscheidungsrecht belastet ist, sondern sich offenbar auch praktisch selber nicht zutraut, so zu entscheiden, daß daneben eine Gleichberechtigung möglich bleibt, ja darin verwirklicht wird? Warum sich dann aber zum Anwalt fraulicher Gleichberechtigung berufen fühlen²⁸⁰?

II. Entscheidungsrecht und Gehorsamsrecht als qualitative Gleichberechtigung

Wer Befehlen und Gehorchen als *determinatio* und *condeterminatio* und entsprechend Entscheidungs- und Gehorsamsrecht sich ergänzen sieht und zudem Gleichberechtigung nicht als quantitative Stückgleichheit fordert²⁸¹, dürfte in der männlichen Entscheidungsberechtigung und der fraulichen Gehorsamsberechtigung echte Gleichberechtigung verwirklicht finden, denn:

1. Mann und Frau sind *berechtigt* durch Rechte, deren Rechtstitel objektive Leistungen sind, nämlich die Befehlsbefähigung des Mannes und die Gehorsamsbefähigung der Frau.

²⁷⁹ Vgl. S. 195. „Bei der einseitigen Denkart beider Gatten wird das Richtige gewöhnlich in der Mitte liegen. Diese Mitte zu finden, müssen beide beitragen. Und wenn der Mann schwerer nachgibt und seine Ansicht korrigiert, weil er selbst ja gerade seine Frau gegenüber sein Ansehen und seinen (angeblichen) geistigen Vorrang wahren will, die kluge Frau wird nur mit um so mehr Geduld und Einfühlung ihren geistigen Beitrag leisten“ (KRÖSBACHER, 408a). Deshalb liegt „die Macht der Frau in ihrer Klugheit; wo es eine ‚das gemeinschaftliche Leben betreffende Angelegenheit‘ [§ 1354 BGB] zu erledigen gilt, wird eine kluge Frau stets verstehen, dem Manne das Zutreffende ihrer Ansicht vorzustellen, und der Entschluß wird in harmonischer Eintracht gefaßt“ (RÖSLER, 135).

²⁸⁰ Wenn die Psychologie das „Befehlen als reife Frucht des Gehorchens“ erkennt und meint, „das Bild, das sich einer vom Gehorchen macht, ist immer schon das Bild, das er vom Befehlen hat“ (TRAPP, GuL 56/38): dann mutet es etwas seltsam an, wenn die Gegner des ER im entscheidungsberechtigten Mann offenbar mit Vorzug den sehen, der auf den Tisch haut (vgl. BTDeb. III/11775 A; 11776 C (Zwischenruf); 11797 B).

²⁸¹ Was zu fordern jedenfalls nicht namens der Glb, möglich ist (vgl. S. 71 ff.).

2. Beide sind *gleich*berechtigt, weil ihre Rechte — quantitativ ungleich — genau so gleich sind, wie Mann und Frau einander gleich sind, nämlich entsprechend gleich.

3. Das Gehorsamsrecht ist nämlich ein *qualitativ gleiches* Recht. Denn es ist Mit-, nicht bloß Einspracherecht. Und diese im ausführenden Gehorsam geschehende Mitsprache ist nicht nur vielleicht nutzloses Reden, über das der Mann hinweggehen kann, sondern ein wirksames Mitgestalten des häuslichen Zusammenlebens.

Ergebnis (zu A)

1. Da *Friedensordnung* erst dort ist, wo dem Befehl situationsgemäß gehorcht wird, hat der Gehorchende um der Friedensordnung willen ein Recht, situationsgemäß zu gehorchen.

2. Das *Gehorsamsrecht* ist weder bloßes Widerstands- noch gleichzeitiges Mitbestimmungsrecht, sondern das Recht, nachzeitig zum ergangenen Befehl der Ausführung die situationsgeforderte Letzt-determination zu geben.

3. Es kommt auf Grund besonderer Befähigung naturhaft der *Frau* zu.

4. Das männliche Entscheidungsrecht ist damit als durch das frauliche Gehorsamsrecht kon-determiniert zu sehen. In dieser gegenseitigen Berechtigung zur Kondetermination, ist echte *qualitative Gleichberechtigung* verwirklicht.

B. Das Entscheidungsrecht als Recht, die Gemeinwohlmitte praktisch festzusetzen

Während die Rechtssetzungsfunktion das Entscheidungsrecht *innerhalb der Sozialrechte* als Autoritätsrecht kennzeichnet, bestimmt die praktisch zu setzende Gemeinwohlmitte das der Entscheidungsrechtsautorität *innerhalb der Autoritätsformen* Eigentümliche. Es ist die Entscheidungsbefugnis einer sozialen, nicht einer prinzipiellen Autorität und ist daher kein Erziehungs-, sondern lediglich ein Koordinationsrecht. Denn es ist notwendig nicht wegen der Erziehungsbedürftigkeit einer Person, sondern wegen der gemeinschaftsnotwendigen Koordination. Mithin ist zunächst der Unter-

schied von prinzipieller und sozialer Autorität aufzuzeigen und anschließend die Eigenart des Entscheidungsrechtes aus seiner Notwendigkeit für die eheliche und familiäre Wirkkoordination abzuleiten.

I. Prinzipielle und soziale Autorität

Im letzten Seins- und Zielgrund sich treffend, unterscheidet sich das Entscheidungsrecht der sozialen Autorität vom Erziehungsrecht der prinzipiellen Autorität im Nächstgrund und Nächstziel, wie auch entsprechend in der Eigenfunktion und im Eigengegenstand²⁸².

1. Autorität ist Superiorität und setzt damit als *letzten Notwendigkeitsgrund* seinshafte Abhängigkeit und Ergänzungsbedürftigkeit voraus. Diese aber und damit auch die nähere Autoritätsbegründung ist auf doppelte Weise möglich:

a) als einseitige, insofern einer im andern seinen Ursprung hat und so prinzipiell oder unmittelbar autoritätsabhängig ist (prinzipielle Abhängigkeit und *prinzipielle Autorität*, wobei durch das nicht umkehrbare Ursprungsverhältnis auch der Autoritätsträger bestimmt ist).

b) als gegenseitige, insofern mehrere aufeinander angewiesen sind, wobei dies notwendig zur Gemeinschaftsbildung führt, mithin unmittelbar Gemeinschaftsabhängigkeit besagt, wobei aber die Gemeinschaft ihrerseits notwendig der innergemeinschaftlichen Autorität bedarf, so daß die unmittelbar Gemeinschaftsabhängigen auch mittelbar autoritätsabhängig sind (soziale Abhängigkeit und *soziale Autorität*, wobei zunächst die Notwendigkeit der Autorität feststeht, und erst *natura posterius* auch deren Träger festzustellen ist).

2. *Letztziel* menschlicher Autorität ist jene Ergänzung menschlicher Ergänzungsbedürftigkeit, wie sie durch den Vollzug der personalen Freiheit als sozialer erreicht wird, wobei die Autorität eben die soziale Freiheit durch die Friedensordnung zu ermöglichen hat. Da Freiheit aber Unabhängigkeit besagt, ist personale Freiheit und damit auch das *Nächstziel* der Autorität je anders im einseitigen und wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis:

²⁸² Die Unterscheidung zwischen prinzipieller und sozialer Autorität betont vor allem ERMECKE, Frau, 53/80 (MAUSBACH-ERMECKE, III/27; vgl. v. NELL-BREUNING, 15; W I/92; ferner RAHNER, Schriften II/264 [b]). Diesen Ansatzpunkt versuchen wir etwas zu vertiefen.

a) *der einseitig Abhängige* ist noch außerstande, seine Freiheit personal zu vollziehen und lebt so in der Verantwortungseinheit mit seinem Ursprung, insofern dieser das Tun des noch Verantwortungsunfähigen zu verantworten hat. In diesem Sinne ist das Kind wirklich aliquid parentum, und treten Eltern und Kind vor der Gemeinschaft als *eine* moralische Person auf. (Die Rechte bei der prinzipiellen Autorität sind daher auch weniger Sozial- als vielmehr Personalrechte, nämlich die Rechtsbezüge innerhalb der moralischen Personeneinheit, die vor der *societas* und deren Rechtsbezügen noch als aliquid unum erscheint²⁸³.)

Da der Mensch als Person zur personalen Selbständigkeit aufgerufen ist, ist prinzipielle Autorität auf die Dauer menschlich nicht tragbar. *Nächstziel* der prinzipiellen Autorität ist daher jene Selbständigkeit des noch einseitig Abhängigen, die in der wechselseitigen Gemeinschaftsabhängigkeit besteht. Insofern hat prinzipielle Autorität sich wachsend überflüssig zu machen und soziale zu werden.

b) *die gegenseitige Abhängigkeit* setzt die personale Selbstverantwortung des einzelnen voraus. *Nächstziel* der Sozialautorität ist daher nicht die Gewöhnung an die Freiheit, sondern die Ermöglichung ihres Vollzuges in der Raumgemeinschaft mit andern: die Freiheit als soziale durch *Koordination* ihrer äußeren Vollzugsbedingungen.

3. Dem verschiedenen Nächstgrund und Nächstziel entspricht der verschiedene unmittelbar angezielte *Gegenstand* der prinzipiellen und sozialen Autorität:

a) *der Einzelne* ist Gegenstand der *prinzipiellen Autorität* und zwar als an die Freiheit zu gewöhnender und so auf die Gemeinschaft vorzubereitender.

b) *die Gemeinschaft* ist Gegenstand der *sozialen Autorität* und zwar als jene durch das Aufeinanderangewiesensein notwendige äußere Freiheitskoordination. Die Sozialautorität trifft also den Einzelnen erst mittelbar über die Gemeinwohlmitte.

4. Der verschiedene Eigengegenstand bedingt notwendig auch eine je verschiedene *Eigenfunktion*:

a) *der Einzelne* muß von der prinzipiellen Autorität auch innerlich angesprochen werden. Denn Gewöhnung an die Freiheit ist nicht

²⁸³ Deswegen gelten auch die Eltern als „Sachwalter des Persönlichkeitsrechts ihres Kindes“ (KRÜGER, 56/330a). Vgl. UTZ, RuG 408 (8); 452 (zu S. Th. 2/2. 57. 4. ad 2); BOSCH, 58/140b.

möglich nur als Verkehrsregelung äußeren Verhaltens, sondern erfordert ganzheitliche Einflußnahme auf die menschlichen Grundbezüge (Leib-Seele, Einzelwesen-Gemeinschaft, Mensch-Gott). Prinzipielle Autorität ist mithin wesentlich *Erziehungsbefugnis* mit dem Anspruch auf den Gehorsam des Einzelnen auch in rein geistig-sittlichen Dingen.

b) *die Gemeinschaft* wird durch die soziale Autorität über die Gemeinwohlmitte angesprochen. Sozialautorität ist mithin wesentlich Befugnis zur Koordination der äußeren Lebensbedingungen innerhalb der Gemeinschaft. Sie fordert innerlich verbindlich ein unmittelbar nur äußeres Verhalten oder eine äußere Leistung, die allerdings mittelbar (als Möglichkeitsbedingung) auch die entsprechende innere Haltung voraussetzen. Rein Geistig-Sittliches untersteht nicht ihrer Autorität²⁸⁴.

Ergebnis

1. Als *Koordinationsrecht* ist das Entscheidungsrecht Recht der Sozialautorität und vom *Erziehungsrecht* prinzipieller Autorität grundlegend verschieden:

a) die *prinzipielle Autorität* gründet im Ursprungsverhältnis einseitiger Abhängigkeit, bezieht sich auf den personal noch unbeständig Einzelnen, zielt dessen gemeinschaftsbefähigende Selbstverantwortung an und wirkt als Erziehung, die als Gewöhnung an die Freiheit Gehorsam auch bezüglich der inneren Akte fordert;

b) die *soziale Autorität* gründet im gegenseitigen Aufeinanderangewiesensein, bezieht sich auf die Gemeinschaft, zielt den sozialen Freiheitsbezug an, wirkt als Koordination und bewirkt damit die Gemeinwohlmitte, die den äußeren Rahmen des innern Freiheitsvollzuges sicherstellt.

2. Wie ist diese entscheidungsrechtliche Koordinationsbefugnis in Ehe und Familie näherhin bestimmt?

²⁸⁴ ERMECKE, Frau 53/80; MAUSBACH-ERMECKE, III/28 (d); TAPARELLI, Nr. 1561 (eingehend. Vgl. Anm. 287). Vgl. S. 135; 290.

II. Das Entscheidungsrecht als Recht der Sozialautorität in Ehe und Familie

Als Koordinationsrecht ist das Entscheidungsrecht notwendig nicht wegen irgendeiner Erziehungsbedürftigkeit der Frau, sondern wegen jenem zu koordinierenden gemeinschaftlichen Wirken, ohne das keine Gemeinschaft besteht. Von der Eigenart der ehelichen und familiären Wirkkoordination her ist denn auch die Eigenart des ehelichen und familiären Entscheidungsrechtes bestimmt: seine Befugnis reicht so weit, als die Wirkkoordination in Ehe und Familie notwendig ist, und als es selber für diese gemeinschaftsnotwendige Koordinierung notwendig ist. Als Koordinationsrecht ist es derart nicht nur grundlegend als Notwendigkeit der Ehe und Familie, sondern genauerhin als Notwendigkeit der *äußern* gemeinsam zu wirkenden Ordnung in dieser Gemeinschaft zu erweisen.

1. Das Entscheidungsrecht als Notwendigkeit der Ehe und Familie

Die ältere Naturrechtslehre spricht (wie auch die Theologie) vom Manne unmittelbar als vom *Haupt der Frau* und billigt ihm auch eine gewisse Erziehungs- und Strafbefugnis über sie zu²⁸⁵. In der *neueren* Naturrechtsauffassung erscheint der Mann ausschließlich als *Oberhaupt der Ehe und Familie* ohne jede Erziehungsgewalt und damit auch ohne Rechtsbefugnis unmittelbar über die Frau. Das Entscheidungsrecht als Notwendigkeit nicht der irgendwie erziehungsbedürftigen Frau, sondern der gemeinschaftlichen Einheit tritt deutlich schon bei *Zigliara* hervor:

„(1) Ex matrimonio exurgit societas domestica primitus constituta ex unitate inita a viro cum uxore. *Necesse* est ergo ut in hac societate parva in se, virtute magna, immo maxima, quia genus humanum in radice continet, *unitas auctoritatis* constituatur, sine qua unitate nulla societas exsistere potest.

(2) *Unde impossibile* est ut uxor et maritus in domestica societate dirigenda sint inter se independentes, hoc est sine ulla ad invicem subordinatione. Quod principium si solum considerassent *Krausius*²⁸⁶,

²⁸⁵ Vgl. THOMAS VON AQUIN, Suppl. 62. 4. ad 4.; UTZ, RuG 488 (zu 2/2. 65. 2.); PRÜMMER, Theologia moralis Bd. II, Nr. 592; vgl. S. 349 mit Anm. 474. Dazu HEDEMANN, 5.

²⁸⁶ FRIEDRICH KRAUSE (1781—1832) hatte, von SCHELLING herkommend, durch seine Schüler AHRENS und RÖDER, großen Einfluß (vgl. ÜBERWEG, IV/102 ff.). Dazu etwa LIBERATORE, 209.

et qui eum secuti sunt rationalistae, profecto non docuissent, inter membra societatis domesticae, hoc est inter virum et uxorem, perfectam aequalitatem exsistere in regimine domestico.

(3) Necessario autem *admissa auctoritate* dirigente in uno coniugium, *non mulieri sed viro* tribuenda est: id enim natura indicat tum in physiologia membrorum, quae debiliora in feminis, in viris fortiora sunt, tum maxime in viribus intelligentiae²⁸⁷.“

In der *heutigen Diskussion* betont man, den gleichen Grundgedanken weiterführend, besonders die innere Beschränkung der Entscheidungsbefugnis auf die *Gemeinwohlmitte*. So sagt *Ermecke*: „Es gibt in jeder Ehe für den Ehemann eine soziale Autorität, weil er verpflichtet und darum insoweit berechtigt ist, die zur Erhaltung des inneren Friedens und zur Erreichung des ehelichen Zieles notwendigen Entscheidungen zu treffen. Das verlangt von der Ehefrau die Begrenzung ihrer äußeren Freiheit um der ehelichen Gemeinschaft willen. Daß der Ehemann diese Begrenzung nur verlangen kann, wenn seine Entscheidung für das Wohl und Ziel der Ehe notwendig ist, wenn also keine Willkür vorliegt, versteht sich aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft und dem Begriff der sozialen Autorität²⁸⁸.“ Bei *Hirschmann* heißt es: „Grund und Grenze der Weisungsgewalt des Mannes und der Gehorsamspflicht der Frau ist das Gemeinwohl von Ehe und Familie: die menschenwürdige äußere Ordnung dieser Lebensgemeinschaft²⁸⁹“, als der „Inbegriff jener Ordnungsverhältnisse, die Mann und Frau in der Ehe (und Familie) in optimaler Weise die Verwirklichung ihrer menschlichen Werte auf Grund ihrer Eigenart und in Freiheit ermöglichen²⁹⁰.“

Damit ist zugleich das Entscheidungsrecht als *Erziehungsrecht* abgelehnt: „Mit Recht wehren sich die Frauen, einer prinzipiellen Autorität des Ehegatten und Vaters unterstellt zu werden, als ob sie

²⁸⁷ Philosophia moralis, Rom 1893. COSTA-ROSSETTI, J.: Philosophia moralis, Innsbruck 1886², 442 (C); LIBERATORE, M.: Ethica et ius naturae (Institutiones philosophicae, Bd. III), Neapel 1875, 208 (10). TAPARELLI, A.: Naturrecht, 1845, 364ff. (Von der Autorität der ehelichen Verbindung). Besonders TAPARELLI bringt höchst interessante Hinweise und Vergleichspunkte, die näherer Betrachtung wert wären. Ferner LECLERCQ-DAVID, 300.

²⁸⁸ ERMECKE, Frau 53/80.

²⁸⁹ HIRSCHMANN, GuL 56/41.

²⁹⁰ HIRSCHMANN, HK 53/279b. „Potestas haec oeconomica normis a natura fixis circumscribitur, nempe iis quibus bonum domesticum, mandante natura, regitur. Res vero uxoris quae ne indirecte quidem bono domestico affines sunt, sub imperio viri non cadunt. Hinc, uxori integra manet illa sphaera activitatis in quam nemo intrudere potest“ (RISK, 24).

unmündige Kinder wären²⁹¹.“ Denn — um mit *Hirschmann* zu reden — „der Gehorsam der Frau gegenüber dem Manne ist von dem kindlichen wesentlich verschieden. Er wurzelt nicht in einer mangelnden Reife der Frau, ihr Leben selbst zu bestimmen: nicht in einer Art Erziehungsbedürftigkeit der Frau durch den Mann. Er ist echter Gehorsam unter Reifen²⁹²“ und damit unvertretbar zu verantwortende Entscheidung, so daß die Eigenverantwortung des Gehorsams zur inneren Grenze des Befehls wird. Während nämlich die elterliche Erziehungsautorität „geradezu von der Unfähigkeit des Kindes lebt, im Gehorsam den sittlichen Akt des elterlichen Befehlens in einer ebenbürtigen Weise sittlicher Aneignung zu erwidern²⁹³“, ist diese ebenbürtige Weise sittlicher Aneignung und Erwidern im Gehorsam der Frau voll verwirklicht und in ihrem Gehorsamsrecht auch rechtlich geschützt²⁹⁴.

Die Frau ist nicht nur *nicht* erziehungsbedürftig, sondern als *Mutter* gleicherweise wie der Vater erziehungsberechtigt. Dabei ist ihre Erziehungsberechtigung nicht wie ihr Entscheidungsrecht subsidiär, sondern gleichsprünglich wie die des Vaters. Denn als Recht prinzipieller Autorität ist das Erziehungsrecht primär *Elternrecht*, wobei Vater und Mutter unbedingt gleichwertig Eltern sind²⁹⁵. Nur wo das Erziehungsrecht neben seiner inneren Leitungsgewalt auch äußere Entscheide bedingt, also teilweise mit dem Entscheidungsrecht zusammenfällt, ist der Vater wiederum der Letztentscheidungsberechtigte.

Wo der Vater „seine Autorität unter Mißachtung der auch der Mutter zustehenden prinzipiellen“ überspannt, lehnt sich die Mutter mit Recht auf²⁹⁶ und leistet in dieser Auflehnung, wie im richtigen Gebrauch des Gehorsamsrechtes überhaupt, eine wichtige Erziehungsaufgabe am Kinde (wie übrigens auch am Manne!), zu welcher

²⁹¹ ERMECKE, Frau 53/81.

²⁹² HIRSCHMANN, GuL 56/41. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die von den alten Autoren viel erörterte Frage, ob und wie weit das ER des Mannes sich auch auf die (religiösen) Gelübde der Frau erstreckt, zu lösen: „Inter res quae personam uxoris spectant et ad quas potestas maritalis non extendit enumeranda sunt vota privata ... Si illaesa manent iura mariti (sc. suum ius ad corpus) et familiae et observatio voti facile componi potest cum disciplina domestica, irrationabiliter ageret vir qui obstatet ne uxor vota sua adimpleret“ (RISK, 21, mit Hinweis auf SUAREZ). Dazu: SCHÄUFELE, H.: Maritus, valetne directe irritare uxoris vota matrimonio durante emissis? Periodica (1934) 175—185. Vgl. KRÖSBACHER, 408b.

²⁹³ HIRSCHMANN, GuL 56/40.

²⁹⁴ Vgl. Anm. 275; 165.

²⁹⁵ Vgl. LECLERCQ-DAVID, 288; MÖRSDORF, DKW 51/253b.

²⁹⁶ ERMECKE, Frau 53/80.

der Vater viel weniger befähigt ist. Das Kind muß ja innerhalb der Erziehung auch gehorchen lernen. Dazu haben es aber die Eltern nicht nur wachsend selber entscheiden zu lassen, sondern ihm diese Selbstentscheidung im Gehorsam durch richtiges Befehlen und Gehorchen auch beispielhaft vorzuleben: die beste Gehorsamserziehung des Kindes ist der durch das immanente Gehorsamsrecht richtig vollzogene Gehorsam der Mutter²⁹⁷.

2. Das Entscheidungsrecht als Notwendigkeit der äußeren Gemeinschaftsordnung

Das Entscheidungsrecht als Koordinationsrecht oder als inneres rechtliches Wirkeinheitenprinzip der Ehe und Familie ist gerechtfertigt im Maße seiner Notwendigkeit für das eheliche und familiäre Gemeinschaftsleben. Diese Notwendigkeit zeigt:

a) Die rechtliche Gemeinschaftsordination verlangt (nur, aber notwendig) die Koordinierung der äußeren Gemeinschaftsordnung. Folglich genügt ein Entscheidungsrecht als Recht über die *äußere* Gemeinschaftsordnung.

b) Die äußere Gemeinschaftsordnung bedarf ihrerseits einer gewissen positiven Festlegung. Deshalb reicht das Entscheidungsrecht (nur) soweit, als die äußere Gemeinschaftsordnung noch eine *positive* Gestaltungsmöglichkeit bietet.

²⁹⁷ „An ihren Eltern lernen [die Kinder] für ihr ganzes Leben, was Autorität und Gehorsam ist. Erleben sie es in ihnen nicht, entfällt das Erlebnis der Autorität des Vaters gegenüber der Mutter — infolge der Leugnung dieser Autorität oder ihres Mißbrauchs —, so wird das zu einer erblichen Erschwerung des rechten Verhältnisses zu jeder Autorität unter Erwachsenen in ihrem späteren Leben führen: entfällt das Erlebnis des Gehorsams der Mutter, so bringt das eine nicht minder erhebliche Erschwerung des rechten Verhältnisses zu jeder Gehorsamspflicht im späteren Leben mit sich. Von Jugend auf wird eine individualistische Grundeinstellung die richtige Entfaltung ihrer Sozialanlage verzerren, ihre Kontaktfähigkeit, ihre Ergänzungsfähigkeit gegenüber andern herabsetzen. Ein großer Teil jener unglücklichen Ehen und Familien, denen viele heute mit einer mißverstandenen Gf sich helfen wollen, sind bereits Opfer dieser Fehlentwicklung“ (HIRSCHMANN, GuL 53/43). Das Kind „spürt ursprünglich bei aller Einheit der Autorität des Vaters die mütterliche ebenso fruchtbar, wie diese die väterliche mildert und situationsgerechter zum Zuge kommen läßt“ (HIRSCHMANN, GuL 56/41; vgl. KRÖSBACHER, 409b. Ferner MICHEL, 57f.; GRAEVENITZ, 125ff.; RÜSTOW, 182ff. [alle bei BITTER]; KRÜGER 56/332ff.; RANKE, Eherecht 59; 61). Vgl. Anm. 308.

c) Die positiv zu bestimmende Gemeinschaftsordnung erfordert (nur, aber notwendig) eine praktische Entscheidungsgewalt. Insofern befugt das Entscheidungsrecht ausschließlich zur *praktischen* Entscheidung dieser positiv zu bestimmenden Ordnung.

a) Das Entscheidungsrecht als Recht über die äußere Gemeinschaftsordnung

Die innere Ordnung des Menschen ist in ihrer individualen wie sozialen Bewandnis durch die transzendente Autorität der Sittlichkeit und des Rechtes dem Menschen unbedingt auferlegt und im erwachsenen Menschen durch dessen Gewissen auch hinreichend promulgiert. Deshalb ist menschliche Sozialautorität von der transzendenten Rechtsautorität zu keiner Befehlsgewalt über rein innere Akte delegiert²⁹⁸. Selbstverständlich gilt dies auch für die Sozialautorität in Ehe und Familie. Damit ist diese wiederum *negativ* gegen die Erziehungsautorität mit deren innerer Leitungsgewalt abgegrenzt. *Positiv* wird sie durch die Eigenart der Lebensordnung in Ehe und Familie zum Recht äußerer Zusammenordnung.

aa) Das Recht äußerer Ordnung

Beim Entscheidungsrecht handelt es sich „um Fragen, die die äußere Gestaltung des Ehelebens, nicht etwa die innere Gestaltung betreffen“²⁹⁹. Darum gilt: „Während sich die soziale Autorität mehr auf die Wahrung der *äußeren* (nicht bloß äußerlichen) Ordnung im Hinblick auf das Gemeinwohl der Gemeinschaft bezieht, reicht die prinzipielle auch in das innere Leben der der Autorität unterworfenen. Die Kinder müssen auch in geistig-sittlichen Dingen den Eltern Gehorsam leisten, so lange sie nichts gegen Gottes Gebote verlangen“³⁰⁰. Die elterliche Autorität umfaßt somit „die Gesamtheit aller noch unentwickelten Lebensentscheidungen des Kindes“, die Leistungsgewalt des Mannes aber ist „auf die Notwendigkeit der äußeren Einheit des ehelichen und darauf aufbauenden familiären Gemeinschaftslebens beschränkt“³⁰¹. Sie umgreift nur jene Regelungen, „die

²⁹⁸ Vgl. S. 285.

²⁹⁹ K. WEBER, BTDeb. III/11768 D; vgl. BOSCH, 57/193a.

³⁰⁰ ERMECKE, Frau 53/80.

³⁰¹ HIRSCHMANN, GuL 56/41.

es den Gliedern von Ehe und Familie ermöglichen, bei der gemeinsamen Angewiesenheit auf bestimmte *äußere* Lebensbedingungen so zusammenzuleben und zu wirken, daß jeder die Werte seines Menschums, seiner persönlichen Eigentümlichkeit entsprechend, in und durch diese Gemeinschaft entfalten kann³⁰².

bb) Das Recht äußerer Zusammenordnung

Äußere Ordnung ist nicht gleichzusetzen mit dem Ordnungsbezug einer Gemeinschaft „nach außen“, nämlich zu anderen Gemeinschaften. Sie ist vielmehr der Inbegriff jener Ordnung, die in der leibhaften Äußerungsmöglichkeit und -notwendigkeit des Menschen grundgelegt ist und dort, wo Menschen in Gemeinschaft leben, insofern notwendig wird, als hier der menschliche Außen- und Äußerungsraum als gemeinsamer Raum zwischen den Personen erscheint, mithin auch einer zwischenmenschlichen Ordnung bedarf³⁰³. Deshalb hat jede Gemeinschaft neben ihrem außerhalb der Gemeinschaft gelegenen Außenraum, wo sich die Gemeinschaft und Gemeinschaftsglieder mit andern Gemeinschaften und Menschen berühren, notwendig auch ihren Innenraum, wo sich die Gemeinschaftsglieder unmittelbar selber gegenüberstehen. Folglich umschließt die äußere Gemeinschaftsordnung notwendig auch zwei Ordnungsbezüge — die Innen- und die Außenordnung —, die selber wieder in einer Ordnung der Ordnungsbezüge stehen müssen, eben der Zusammenordnung.

Gilt dies für Gemeinschaft schlechthin, so bedingt die Eigenart der Ehe und Familie, daß diese zwei Ordnungsbezüge auch zwei getrennte Ordnungsinstanzen, genauer: zwei verschiedene naturhaft bestimmte Autoritätsträger besitzen, und zwar so, daß dem Manne die Außenordnung oder „der gesellschaftliche Bereich, in dem sich die Begegnung mit der außerhäuslichen Welt vollzieht“, der Frau die Innenordnung oder „der häusliche Bereich: die Gemeinschaft von Bett, Tisch und Wohnung“³⁰⁴ aufgetragen ist. Da aber die eheliche

³⁰² HIRSCHMANN, GuL 56/41. Vgl. LG Duisburg (E) S. 433.

³⁰³ SOLLTMANN drückt diesen Sachverhalt treffend so aus: Die Ehe „hat einen innern Kern, um den sich [als um das „eigentliche“ eheliche Leben] in konzentrischen Kreisen die stufenweise immer mehr dem „Außen“ zugewendeten Bezirke legen“ (8 [IFS 60a]). Beim ER geht es nur um diese Außenbezirke.

³⁰⁴ Vgl. MÖRSDORF, DKW 51/250a; dazu LG Bamberg, 57/285b (vgl. (E) S. 393; 405).

Innenordnung, soweit rechtlich faßbar, sich nach der Außenordnung richtet, ist dem Manne auch die Zusammenordnung der Innen- und Außenordnung zugewiesen. Das männliche Entscheidungsrecht in Ehe und Familie hat mithin bezüglich der Innen- und Außenordnung eine verschiedene Funktion: zur Regelung der Außenbezüge befugt es unmittelbar, zur Regelung der Innenordnung nur unter Voraussetzung und Anerkennung der innerhäuslichen Autorität der Frau, also im Sinne einer Zusammenordnung bereits vorgegebener Ordnungsbezüge. Dies ist im einzelnen aus dem Gemeinwohl der Ehe und Familie herzuleiten.

Die zwei Ordnungsinstanzen in Ehe und Familie

Ohne Zweifel ist der Innenraum der Ehe und Familie in besonderer Weise die Wirkwelt der Frau. Nicht nur *objektiv* von der Ehe und Familie als einer Intimgemeinschaft her ist die Frau und Mutter zur Hüterin des Heimes bestellt, weil nur sie als die Sorgende das Heim in seiner ihm eigenen Heimlichkeit zu besorgen befähigt ist. Auch *subjektiv* hat die Frau das naturhafte Bedürfnis, die Werte ihres Menschseins gerade dadurch zu entfalten, daß sie in der Geduld steter Sorge das Heim für die geliebten Personen bereithält³⁰⁵.

Deshalb übernimmt die Frau mit der Heirat nicht nur die objektive Pflicht, das Heim zu besorgen, sondern gewinnt sie in dieser sozialen Verpflichtung auch das personale Recht, den Intimraum der Ehe und Familie als den eigentümlichen Ort zur Entfaltung ihrer fraulichen Werte anerkannt zu erhalten. Damit muß ihr aber auch das soziale Recht zustehen, den Innenraum selber zu ordnen: die *Frau* ist der *naturhafte Träger der innerhäuslichen Autorität*.

Andererseits ist nach früher Gesagtem³⁰⁶ ebenso klar: der Mann als der Werker und Schützer ist der naturhafte Träger der ehelichen Außenordnung. Damit sind aber in Ehe und Familie nicht nur zwei verschiedene Ordnungsbezüge wirksam, sondern auch zwei verschiedene Ordnungsinstanzen am Werk³⁰⁷.

³⁰⁵ Vgl. S. 260 (255; 262).

³⁰⁶ S. 253 (262).

³⁰⁷ Damit ist nach der Kompetenzverteilung oder der Autoritätsstreuung gefragt (vgl. S. 219). Die natürliche Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau zeigt „zwar eine relative Unabhängigkeit jedes Teiles auf seinem Gebiete; so wird denn auch die Selbständigkeit und Autorität der Mutter in der Leitung des eigentlichen Haushaltes, und in der Pflege der Kinder von niemandem bestritten und vom heutigen Recht in der „Schlüsselgewalt“ der Frau anerkannt. Aber die beiden Ressorts

Die eine Zusammenordnungsinstanz

Die zwei verschiedenen Ordnungsbezüge und -instanzen sind ihrer Natur nach verschieden, also nicht aufeinander zurückführbar. Sie müssen in ihrer Eigenständigkeit erhalten bleiben. Zwei verschiedene Ordnungen und Ordnungsinstanzen sind aber selber Unordnung, wenn nicht die Ordnungen naturhaft aufeinander hingeordnet sind und positiv durch eine übergreifende Ordnungsinstanz gegeneinander abgestimmt werden³⁰⁸. Deshalb erfordert die verteilte eheliche Ordnungszuständigkeit mit ihren verschiedenen naturhaften Autoritätsträgern ebenso naturhaft eine *Zusammenordnungsinstanz* mit dem Recht, die Innen- und Außenordnung auf eine Gesamtordnung hin zu koordinieren.

Diese Koordinationsinstanz kann aber nicht *außerhalb* der Ehe und Familie liegen³⁰⁹, muß daher entweder mit der Innen- oder der Außeninstanz zusammenfallen. Ist also die Frau als Trägerin der häuslichen Autorität oder der Mann als Amtswalter der gesellschaftlichen Ordnung mit dem Recht der Gesamtkoordination betraut?

Die Außeninstanz als Zusammenordnungsinstanz

Die der Koordinationsinstanz eigene Aufgabe läßt eindeutig erkennen, daß die Koordinationsfunktion der Außeninstanz zukommen muß:

1. Die Zusammenordnung muß eine *rechtliche* Koordination sein. — Anders blieben Ehe und Familie rechtlich ungeordnet, wären also nicht konstituiert als willensmäßig durchsetzbare Wirkeinheit und damit überhaupt keine Gemeinschaft.

ergänzen sich zu einer sozialen Einheit; diese Einheit setzt eine gemeinsame äußere Basis voraus und fordert zu ihrer sittlichen und seelischen Festigung eine bestimmte Garantie und Sicherung. Die äußere Einheit der Wohnstätte, der Wirtschaft, der Kindererziehung kann auf die Dauer nur bestehen bleiben, wenn schließlich einem Teile die Entscheidung darüber zufällt“ (MAUSBACH, 45). Dies verkennt BEITZKE, 58/9 (1). Vgl. S. 473.

³⁰⁸ Auch zwei Ordnungsbezüge stellen nämlich eine Vieleinheit dar, die als solche ein inneres Einigungsprinzip braucht (vgl. S. 133). „Der Dualismus, der naturgemäß in der Ehe liegt, muß im Interesse der Familie durch Eingliederung einer Autorität zur Einheit werden. Wenn dies wahr ist, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß dem Manne diese Autorität zufällt“ (MAUSBACH, 45 [dazu S. 272]). „Durch seine Autorität vereinigt der Mann an der Spitze der Familie die Glieder zu einem Ganzen; in ihrer sozialen Unterordnung aber vermittelt die Frau, die als Beraterin des Mannes und als Mutter des Kindes an der Autorität teilnimmt, zwischen dem Vater und den Kindern, deren [freilich anders gearteten (S. 288)] Gehorsam gegen den Leiter der Familie sie teilt“ (RÖSLER, 92). Vgl. Anm. 297; 311.

³⁰⁹ Sonst wäre die eigentliche Entscheidungsinstanz wiederum außergemeinschaftlich und Ehe und Familie als staatsfrühere natürliche Rechtsgemeinschaft aufgehoben (vgl. S. 209).

2. Die *Innenordnung*, selber weniger durch eine rechtliche Ordnung geprägt, vermag gegenüber der Außenordnung auch *weniger rechtlich ordnend* zu wirken. — Das *Recht* geht, indem es jedem (als einem je anderen) das Seine gibt, vom Gegen-einander-gestellt-sein der Menschen aus und wahrt darin jedem seinen Anspruch auf Eigen- und Andersheit. Die *Liebe* hingegen sucht diese Andersheit durch das Einssein zu überwinden, ohne indes die letzte, in der personalen Einmaligkeit des Menschen gründende Andersheit je aufzuheben, so daß jeder Liebe, will sie sich selbst nicht zerstören, eine rechtliche Grundstruktur zugrunde liegen muß³¹⁰.

Zweifellos ist die eheliche Innenordnung stärker (aber keineswegs ausschließlich!) von jener einenden Liebe, die bei Mann und Frau nicht das rechtliche Gegeneinander, sondern das liebende Zu- und Ineinander sieht, geprägt. So gemeinschaftsnotwendig diese inner-eheliche Liebesordnung, in der die grundlegende Rechtsstruktur nicht so sichtbar erscheint, sein mag, so wenig kann sie aber selber die *rechtliche* Koordination zwischen der Innen- und Außenordnung bewirken. Deshalb ist sie dort, wo die Innen- und Außenordnung aufeinander abzustimmen sind, und soweit sie überhaupt rechtlich faßbar ist, von der Außenordnung her zu bestimmen: *Soweit es um die rechtliche Gemeinschaftskoordination geht, bestimmt die gemeinwohlbestimmte Notwendigkeit der Außenordnung das Gemeinwohl mögliche der Innenordnung*. In diesem Sinne geht die Frau bei der Heirat wirklich in den „Lebensraum des Mannes“ ein³¹¹: sein Erwerb bestimmt die *Lebenshaltung* in

³¹⁰ Vgl. S. 157.

³¹¹ Der Dienst des Mannes an der Frau, nämlich „in hingebender Liebe den Raum für ihr natürliches und übernatürliches Leben zu bereiten“, hat für die Frau verbindliche Kraft, sie darf ihn nicht zurückweisen, sondern muß „in den vom Manne bereiteten und bestimmten Lebensraum eingehen und dessen Grenzen auf sich nehmen“. Ebenso: „Das Eingehen in den vom Mann umschriebenen Lebensraum ist ihr Gehorsam“ (SCHMAUS, M.: Dogmatik III/2, 481; vgl. MÖRS-DORF, DKW 51/251b; BOSCH, FRR 65). Vgl. (E) S. 404 (vor b).

Das gleiche läßt sich im Hinblick auf die männliche Schutzfunktion sagen. Denn sie „besteht darin, der Ehefrau für ihre Aufgaben des inneren Aufbaus der Ehe und weiterhin der Familie die Möglichkeit und den Raum zu schaffen. Gemäß dieser Schutzfunktion muß dem Mann die Entscheidungsbefugnis in den Angelegenheiten des gemeinsamen ehelichen Lebens zustehen. Die Entscheidungsbefugnis findet aber auch ihre Grenze an der Schutzfunktion des Ehemannes. Wo er in seiner Entscheidungsbefugnis diese Grenze überschreitet, hört die rechtmäßige Befugnis auf und beginnt der Mißbrauch“ (SOLLTMANN, 8; IFS 60b). Dies gilt auch für die Familie: „Damit das Erziehungsamt der Mutter volles Gewicht habe, muß es das Erziehungsamt des Vaters geben und da der Vater normalerweise der Schützer der Familie nach außen ist, so schließt sein Vateramt die Letztentscheidung ein. Vater- und Mutterautorität sind aufeinander bezogen und ergänzen sich, aber sie dürfen nicht [quantitativ] gleichgesetzt werden“ (EHERECHTSKOMMISSION, FRR 14 [b]; IFS 10b). „Väterlichkeit und Mütterlichkeit sind ... der Inbegriff von

Ehe und Familie, und von seiner außerhäuslichen Berufstätigkeit her muß der *Wohnsitz* entscheidungsrechtlich bestimmbar sein³¹². Auch der *Familienname* als Mannesname erhält hier eine tiefere Begründung, geht es doch beim Familiennamen (im Gegensatz zum Vornamen) gerade um den Außenbezug der ehelichen Gemeinschaft³¹³. Und selbst jene Regelungen über die Heimatzugehörigkeit und den Gerichtsstand von Frau und Kindern, die nach manchen so willkürlich sind wie Links- und Rechtsfahren³¹⁴, erhalten durch den Gedanken der männlichen Außenbezogenheit der Familie ihr sachliches Moment³¹⁵. Und in diesem Sinne ist das männliche Entscheidungsrecht auch das Recht zur äußeren Zusammenordnung der ehelichen Ordnungszuständigkeiten.

verantwortlicher, beispielhafter, herrscherlicher, ehrfurchtgebietender Würde und Autorität ... Dabei repräsentiert der Vater das Ordnungsgefüge der Gemeinschaft, Recht, Gesetz, Norm; die Mutter die ungenormten, nie zu normenden Kräfte der Individualität und Neigung“ (SCHLÜTER-HERMKES, M.: Die Verantwortung der Frau für den Geist — heute, Der kath. Gedanke (1947) 76). Vgl. auch WAHL, BTDeb. III/11792 D.

³¹² Vgl. Anm. 64.

³¹³ „Es ist zuzugeben, daß es sich dabei nicht nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, und daß dem Namen eines Menschen eine Bedeutung zukommt, die über die rein äußerliche Ordnungsfunktion, die er auch hat, hinausgeht; der Name weist in tiefere Bezüge und Zusammenhänge, in denen der Mensch steht.“ Aber er widerspricht deshalb „der richtig verstandenen Glib“ noch nicht. Denn er entspricht dem „Bewußtsein, daß der Mann vornehmlich die Familiengemeinschaft nach außen vertritt, die Frau sie im Inneren gestaltet, und daß nach der natürlichen Aufgabenteilung in der Ehe und Familie diese sich unter dem Namen des Mannes darstellt“ (BGH, 57/362; vgl. (E) S. 410). Vgl. DOMBOIS, FRR 84 (vgl. 24).

³¹⁴ Vgl. MÜLLER-FREIENFELS, 57/149b, Anm. 20 (hinweisend auf WENGLER: Das internationale Familienrecht Deutschlands und Frankreichs, 338).

³¹⁵ Zumal die männliche Vertretungsmacht hat hier ihren Grund, wobei diese wiederum das männliche ER fordert. Die „männliche Eigenart wie die notwendige Arbeitsteilung zwischen Vater [der „um seiner primären Aufgabe der Erhaltung der Familie nachzukommen, in der meist außerhäuslichen Arbeits- und Berufswelt stehen und tätig sein muß“] und Mutter [die „notwendig mehr ans Haus und an die Kinderstube gebunden“ ist] bestimmen den Mann für den Normalfall auch dazu, die Belange der Familie in den größeren Gemeinschaften der Gemeinde und des Staates wirksam zu vertreten. Vertritt er nun aber die Interessen der Familie als Ganzes nach außen, muß er auch von innen als ihr Haupt anerkannt werden, soll nicht das Ganze der Familie leiden. Und weil er zu dieser Vertretung der Gemeinschaft Familie in den größeren Vergemeinschaftungen ebenso ein gewisses Selbstbewußtsein, wie die Anerkennung und das Ansehen der Außenwelt braucht, ist es nur Dienst am Wohl der Familie, wenn ihn die Frau und Kinder auch innerhäuslich ehren und anerkennen; denn wenn seine eigenen Leute nichts von ihm halten und ihn nicht respektieren, wie können sie das von den Außenstehenden verlangen“ (KRÖSBACHER, 409a; vgl. R. SCHERER, 16). Vgl. DESCHENAUX, 457; BOSCH, SH 35b (unten); PAULICK, 58/4 (3); (E) S. 405 (4).

b) *Das Entscheidungsrecht als Recht über die positiv zu gestaltende
Gemeinschaftsordnung*

Menschliche Gemeinschaftsautorität ist notwendig, wenn und im Maße die Natur eines äußeren gesellschaftlichen Sachverhaltes nicht als eindeutig bestimmt erkannt wird. Denn diese Unbestimmtheit führt zwangsläufig zu verschiedenen Meinungen und gefährdet damit die gemeinschaftliche Ordnung, die *eine* sein muß. So ist die Tatsache der Meinungsverschiedenheiten selbst wieder ein gesellschaftlich bedeutsamer Sachverhalt, der aus seiner Natur heraus einer Lösung bedarf. Sie besteht im *positiven* Festsetzen einer Gemeinschaftsordnung als der für alle verbindlichen, wobei der Gemeinschaftsautorität eben dieses positive Festsetzen zukommt³¹⁶.

Gemeinschaftsautorität *kann* mithin *nur* dort entscheiden, wo der Verstand vor einem für ihn noch nicht bereits aus der Natur der Sache heraus entschiedenen Sachverhalt steht, *muß* aber entscheiden, wo diese Unbestimmtheit das gemeinschaftliche Wirken, das bestimmt sein muß, verunmöglichen würde. Darum ist Gemeinschaftsautorität als Institution (und ist in Ehe und Familie auch deren Träger) zwar naturrechtlich. Aber ihre naturrechtliche Funktion ist gerade die positive Rechtssetzung und ihr Entscheid mithin selber *positives* Recht.

Als Institution und in seinem Träger natürliches, in seinen Entscheiden aber positives Recht gibt folglich auch das eheliche Entscheidungsrecht nur dort die Entscheidungsbefugnis, wo gemeinsame, zur ehelichen Lebensgemeinschaft gehörende Angelegenheiten von Mann und Frau nicht als durch die Natur der Sache oder die Erfordernisse der Lebensgemeinschaft eindeutig vorbestimmt erkannt sind, wo deshalb mehrere abstrakt sittlich gleich tragbare Gestaltungsmöglichkeiten ehelicher und familiärer Gemeinschaft als gegeben erscheinen, und zwar so, daß nur eine verwirklicht werden kann, eine aber muß.

Darum geht es „bei den möglichen Entscheidungen der innerfamiliären Autorität grundsätzlich nur um jene, in denen das, was durch sie ermöglicht werden soll, nicht bereits durch die Natur der Sache oder die objektive Ordnung entschieden ist, sondern noch offen steht“, um Angelegenheiten also, „die aus der Natur der Sache

³¹⁶ Vgl. S. 135 (bb); 141 (bb); (E) S. 404; 448.

nicht entschieden sind, und die doch im Interesse von Ehe und Familie einer Entscheidung bedürfen³¹⁷, wobei dieses „Treffen positiver Entscheidungen dem Manne gemäßer ist³¹⁸“.

c) *Das Entscheidungsrecht als Recht über die praktische Entscheidung der Gemeinschaftsordnung*

Wo unser Verstand die Natur der Sache nicht als aus sich selbst heraus bestimmt erkennt, ergeben sich nicht nur Meinungsverschiedenheiten über den Sachverhalt, sondern auch Willensverschiedenheiten, wie der Sachverhalt zu behandeln sei. Bei bestehenden Willensuntimmigkeiten ist aber kein gemeinsames Vorgehen, also die Gemeinschaft nicht als Wirkeinheit möglich. Deshalb muß das Entscheidungsrecht als Prinzip der gemeinschaftlichen Wirkeinheit auf jeden Fall diese Willensverschiedenheiten überwinden: es muß *praktisch* entscheiden, was hier und jetzt getan werden muß. Muß es indes auch die den praktisch gerichteten Willensungleichheiten vorgängigen Meinungsverschiedenheiten überwinden? Dies ist weder nötig, noch möglich. Es ist

1. nicht *nötig*. — Da nämlich Gemeinschaft wesentlich Wirkeinheit ist, und zwar unmittelbar im Hinblick auf die äußere Gemeinschaftsgestaltung, geht es beim Entscheidungsrecht um die Gestaltung nicht unmittelbar als solche oder als zu erkennende, sondern als zu tuende. Dazu genügt aber, wenn die Gemeinschaftsglieder *willens* sind, an der positiven Gestaltung mitzuwirken. Und solange man von der sittlichen Tragbarkeit der befohlenen Ordnung überzeugt ist, bleibt eine solche Willenshaltung auch dann möglich, wenn man selber der *Meinung* ist, eine andere Gestaltungsweise wäre besser.

2. nicht *möglich*. — Erkennen und Meinen sind nämlich innere Personakte, die nicht durch menschliche Sozialautorität befehlbar sind. Der Grund liegt mit darin, daß ganz allgemein menschliche Sozialautorität über keine prinzipiell bessere Wahrheitsbefähigung

³¹⁷ HIRSCHMANN, Referat 8. Vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 54 (IFS 5b [VIII]). Ähnlich BEITZKE: „So weit es da nur eine mögliche Lösung gibt, ist ein Bestimmungsrecht überflüssig. Erst da, wo es mehrere gleichmäßig vertretbare Lösungsmöglichkeiten gibt, beginnen die Probleme des ER. Denn hier ist mit GIB keine Klärung zu erzwingen“ (JZ 53/744). Vgl. BOSCH, SH 20b (2). Auch für den Gesetzgeber gilt ja: „... ein gewisser freier Spielraum (nämlich des Ermessens), unter mehreren an und für sich gegebenen Möglichkeiten zu wählen, muß ihm gelassen werden“ (BGH, 55/14a; vgl. SozG Karlsruhe, 57/382 b unten).

³¹⁸ HIRSCHMANN, HK 53/281a (S. 321).

als der Autoritätsunterworfenen verfügt. Beide können sich nur auf die Einsicht des Verstandes berufen, und der ist in praktischen Dingen weder im einen noch im andern unfehlbar³¹⁹.

Auch in *Ehe und Familie* selber ist der Mann gegenüber der Frau nicht besser zur Wahrheitserkenntnis befähigt. Da aber in der Erkenntnis nur die Wahrheit „entscheidet“, besteht in der Entscheidung über Wahrheitsfragen zwischen Mann und Frau kein Rechtsunterschied. Wenn schon, hat hier die größere Autorität, wer der Wahrheit näher steht. Das aber hängt nicht vom Geschlecht, sondern von den intellektuellen Fähigkeiten der einzelnen Eheleute und vom gerade fragten Sachbereich ab. Darum spricht in der sachlichen Auseinandersetzung der Mann nicht als entscheidungsberechtigter, sondern als der, der etwas (oder nichts) von der Sache versteht³²⁰.

Mithin ist das Entscheidungsrecht in Ehe und Familie:

1. keine *Wahrheitsinstanz*, also nicht befugt, Erkenntnisuneinigkeiten zu schlichten und in Wahrheitsfragen verstandesmäßig festzusetzen (= zu entscheiden): „diese Ansicht ist richtig, denn gerade dies ist wahr“.

2. keine *Moralinstanz*, die aufgrund unfehlbarer Sittlichkeitserkenntnis erklären könnte: „gerade dies (und nichts anderes) ist sittlich entsprechend“.

3. nur *praktische Gestaltungsinstanz* und nur berechtigt, Willensunstimmigkeiten zu überwinden, indem es willentlich festsetzt (= entscheidet): „das ist jetzt zu tun!“ Damit ist gesagt:

a) „*Entscheiden*“, wie auch „*Bestimmen*“ ist doppelsinnig und heißt:

aa) verstandesmäßiges Entscheiden über Meinungsverschiedenheiten als Feststellen der Wahrheit, also dessen, wessen Meinung mit dem Sachverhalt (besser) übereinstimmt.

bb) willentliches Entscheiden über Willensunstimmigkeiten als Festsetzen dessen, was hier und jetzt zu wollen und zu tun ist³²¹.

³¹⁹ Vgl. S. 329 (135 (bb); 141 (bb); 145; 210); vgl. 327.

³²⁰ Es ist das Verdienst HIRSCHMANNs, die ausschließlich praktische Bewandnis des ER in Ehe und Familie klar herausgestellt zu haben (vgl. Referat 8f.; HK 53/279a; HK 54/343b).

³²¹ Vgl. auch etwa den Ausdruck: „Bei einer ... Trennung der Eheleute vollzieht derjenige von ihnen, der die Verbundenheit mit dem anderen auch im Rahmen des Möglichen nicht mehr aufrecht erhält, eine willensmäßige Entscheidung, für deren Auswirkung er verantwortlich ist“ (BGH, 54/16b [2]).

b) Im Begriff des „*Entscheidungs*“-*Rechtes* ist ausschließlich willentliches Festsetzen gemeint ohne jede rückwirkende Befugnis über die vorgängigen Verstandesentscheide.

Die Unterscheidung von *rechtlicher und theoretischer Autorität* ergibt demnach: wo der Mann nach der sachlichen Auseinandersetzung im willentlichen Letztentscheid festsetzt, was jetzt getan wird, ist nichts über die Richtigkeit seines vorgängigen Sachentscheides gesagt. Umgekehrt: daß der Sachentscheid der Frau objektiv richtiger ist, beweist noch nicht, sie müsse auch zum willentlichen Entscheid berechtigt sein. Auch der intellektuell Unterlegene kann sinnvoll die Willensautorität verwalten.

Insofern aber naturrechtlich nur richtiges Recht positiv als Recht setzbar ist, heißt dies: *der Willensentscheid des Mannes ist nur rechtens als Festsetzung des Sachentscheides dessen, der über die größere aktuelle Sachkenntnis verfügt*, gleichgültig ob dies der Mann oder die Frau sei³²². Damit ist auch die Frage nach dem Verhältnis von *Entscheidungsrecht und Rechtsfindung* gelöst³²³. Indem der Entscheidungsberechtigte verpflichtet ist, für das richtige Recht zu sorgen, selber aber nicht die Richtigkeit des Rechtes entscheidungsrechtlich bestimmen kann, ist er auch verpflichtet, sich an die entsprechenden Sachverständigen zu wenden, also je nach dem Sachbereich die Rechtsfindung der Frau und Mutter zu überlassen oder doch deren Sachentscheid entsprechend zu berücksichtigen.

Aus der Unterscheidung von *rechtlicher und moralischer Autorität* folgt: Das Entscheidungsrecht als praktisches Recht befugt nicht zur Feststellung dessen, „was durch die objektive Ordnung als richtig oder falsch, dem Wohl der Familie dienend oder ihr widersprechend bereits bestimmt ist“³²⁴. Darum berechtigt es auch nicht ohne weiteres zur Festsetzung dessen, was geschehen und wer entscheiden soll, wenn Mann und Frau — uneins über das Gegebensein einer solchen objektiv eindeutigen Lösung — auch darüber, ob überhaupt zwei sittlich gleich tragbare Möglichkeiten bestehen, verschiedener Überzeugung sind³²⁵. Vielmehr ist das Entscheidungsrecht nur das Recht zur „willensmäßigen Entscheidung zwischen zwei sittlich gleich

³²² Vgl. S. 330.

³²³ Vgl. S. 279.

³²⁴ HIRSCHMANN, Referat 9.

³²⁵ Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/279 a.

tragbaren Möglichkeiten der Gestaltung des Zusammenlebens³²⁶, so daß grundsätzlich zur konkreten Entscheidung vorausgesetzt ist, Mann und Frau anerkennen, daß abstrakt im zu entscheidenden Fall beide Möglichkeiten gegeben sind.

Was zu geschehen hat, wenn dies nicht der Fall ist (was namentlich bei der so schwerwiegenden Frage, ob der Mann entscheidungsrechtlich die Religion der Kinder bestimmen könne, zutrifft), steht hier noch nicht eigentlich zur Frage. Denn es geht dabei weniger um die Frage nach der inneren Struktur des Entscheidungsrechtes, als vielmehr um das mehr praktische Problem: wie ist das Entscheidungsrecht dort zu vollziehen, wo ein Irrtum (allenfalls ein schuldlos irriges Gewissen) seinen Vollzug bedroht, wo also objektiv das Entscheidungsrecht durch den Mißbrauch gefährdet erscheint. Hier genügt die allgemeine Grundeinsicht: soweit es um Wahrheits- und Gewissensfragen geht, also auch soweit die Frage der Kinderreligion eine Wahrheits- und Gewissensfrage ist, kann der Mann nicht mit seinem praktischen Entscheidungsrecht darüber verfügen³²⁷.

Ergebnis (zu II)

1. Als Entscheidungsbefugnis einer menschlichen Sozialautorität ist das eheliche Entscheidungsrecht ein bloßes *Koordinationsrecht*:

a) *allgemein* die Befugnis, die äußere Gestaltung der Ehe und Familie, soweit sie noch nicht als durch die Natur der Ehe und Familie selbst bestimmt erkannt wird, positiv zu bestimmen und praktisch als gemeinsam zu wirkende willensverbindlich aufzuerlegen. Es ist also ausschließlich das Recht:

aa) zur *äußeren* Gestaltung. — Mithin kein Erziehungsrecht über die Frau mit der Befugnis, ihr innere Akte vorzuschreiben.

bb) sofern die äußere Gestaltung *noch positiv* zu gestalten ist. — Mithin setzt es voraus, daß unser Verstand, als abstrakter vor einer naturrechtlichen Unbestimmtheit stehend, zwei sittlich gleichvertretbare Gestaltungsmöglichkeiten mit der Notwendigkeit gegeben erkennt, im Hinblick auf das konkrete Gemeinwohl eine gültige Lösung als verbindlich zu setzen.

³²⁶ HIRSCHMANN, HK 53/279 a.

³²⁷ Vgl. S. 340.

cc) indem es die positive Gestaltung *praktisch* setzt. — Mithin bedeutet es keine verstandesmäßige (theoretische und moralische), sondern nur eine willensmäßige (rechtliche) Autorität. Als solche setzt sie voraus, daß Mann und Frau mindestens über die sittliche Zulässigkeit der willentlich zu entscheidenden Lösungen verstandesmäßig einig sind.

b) *besonders* als Koordinationsrecht der häuslichen und gesellschaftlichen Ordnung in Ehe und Familie, wobei die häusliche unmittelbar der Frau, die gesellschaftliche unmittelbar dem Manne unterstellt ist.

2. Wie ist angesichts dieser verschiedenen ehelichen Ordnungszuständigkeit von Mann und Frau und der Zusammenordnungsbefugnis des Mannes die *Gleichberechtigung* von Mann und Frau möglich?

III. Die entscheidungsrechtlich gesetzte

Gemeinwohlmitte und die Gleichberechtigung der Frau

Selbstverständlich schließt die Annahme eines Koordinationsrechtes, das seiner Natur nach unteilbar ist, also sich auch nicht hälftig zwischen Mann und Frau aufteilen läßt, eine quantitative Gleichberechtigung aus. Andererseits ist mit diesem Koordinationsrecht eine qualitative Gleichberechtigung von Mann und Frau aufs beste vereinbar, und zwar im Bereich sowohl der Rechtsfindung wie der Rechtssetzung.

In der *Rechtsfindung* sind Mann und Frau insofern gleichberechtigt, als der entscheidungsberechtigte Mann die Frau entsprechend ihrer Sachverständigkeit berücksichtigen muß. In der *Rechtssetzung* besteht die rechtliche Gleichheit darin, daß Mann und Frau je ihren Eigenbereich haben, dem sie in eigener Autorität vorstehen. Daß dabei der häusliche Bereich der Frau keineswegs schlechthin, wohl aber rechtlich dem gesellschaftlichen Bereich des Mannes untergeordnet ist, widerspricht schon deswegen der Gleichberechtigung der Frau nicht, weil dies kein Privileg des Mannes ist, sondern eine zwingende Sachnotwendigkeit aus dem Verhältnis von gesellschaftlicher und häuslicher Ordnung, und wobei zudem das Treffen der positiven Koordination eine geschlechtsspezifische Eigenleistung des Mannes darstellt.

Den treffendsten Ausdruck hat diese qualitative Gleichberechtigung in jenem Bild gefunden, das den Mann mit dem Haupt, die Frau mit

dem Herz der Familie vergleicht. Hier zeigt sich nicht nur die völlige Gleichwertigkeit bei typischer und unersetzbarer Andersartigkeit. Es erhellt auch, daß das Herz, das und weil es als Herz die Rechtsbelange übersteigt — *le coeur a ses raisons, que la raison ne connaît pas* —, dem rechtsverständigen Haupte untergeordnet sein muß, zwar keineswegs überhaupt, wohl aber sofern es um jene notwendige Rechtsregelung geht, ohne die auch das Herz in einer Welt äußerer Dinge und Widerstände seine Herzlichkeit nicht zu entfalten vermag:

„Es handelt sich in der Integration der Rechtsordnung der Ehe um die Gestaltung des äußeren Rahmens des ehelichen Zusammenlebens; die äußere Gestaltung aber eines Sozialgebildes entspricht mehr der Aufgabe des Mannes, während es der Frau mehr gemäß ist, den gleichen Rahmen von einer inneren Mitte her zu beseelen. Beide Funktionen ergänzen einander. So wie der Mann nicht in gleicher Weise wie die Frau zur Erfüllung dieser ihr gemäßen Aufgabe imstande ist, Herz der Gemeinschaft zu sein, so nicht die Frau, ihr Haupt zu sein. Die [quantitative] Gleichstellung der Frau mit dem Manne nimmt der Gemeinschaft das Herz und gibt ihr dafür ein zweites Haupt. Beides ist naturwidrig³²⁸.“

Ergebnis (zu B)

1. Das Entscheidungsrecht als Recht, die Gemeinwohlmitte praktisch zu setzen, ist dann mit der Gleichberechtigung vereinbar, ja verwirklicht sie, wenn bei seiner Rechtsausübung die Frau nach Maßgabe ihrer Sachverständigkeit zur Rechtsfindung beigezogen und bei der Rechtssetzung (wie überhaupt) in ihrer Eigenfunktion, Herz der Familie zu sein, anerkannt wird.

³²⁸ HIRSCHMANN, HK 281a; Familie 22. Deshalb bedeutet „der Vorrang des Mannes in der rechtlichen Gestaltung keinen Vorrang in der Gestaltung des häuslichen Lebens überhaupt, denn dieses hat mehr als einen rechtlichen Gehalt“ (KATH. FRAUEN, 2 [4] [IFS 38a]). „La supériorité de la femme c'est l'intuition et le coeur“ (DE WINT, 590). Aus dieser verschiedenartigen Superiorität ergibt sich dann die Ehe als eine „ordinata concordia cohabitantium“ (AUGUSTINUS, De civ. Dei I/19 c. 14; vgl. BOSCH, FRR 91; 58; PIUS XII. am 10. 9. 41). Dazu PIUS XI., Casti Connubii: „Wenn der Mann das Haupt ist, dann ist die Frau das Herz, und wie er das Vorrecht der Leitung, so kann und soll sie den Vorrang der Liebe als ihr Eigen- und Sondergut in Anspruch nehmen“ (Nr. 27. Marmy, 336); vgl. HIRSCHMANN, Referat 3; KATH. FRAUEN, 3 (4) (IFS 38a); MÖRSDORF, StZ 53/331; R. SCHERER, 17; ALTHAUS, 205b. Dazu BTDeb. II: WUERMELING, 492 B; CZERMAK, 502 D; LÜDERS, 505 D; ferner LG Duisburg, SH 63a; DRESSLER, (Mai) 5; CATHREIN, 176 („In einer guten Eh' ist wohl das Haupt der Mann, / Jedoch das Herz das Weib, das er nicht missen kann“ [RÜCKERT, Weisheit des Brahmanen]). Das Gesagte stellt auch die irrige Gleichsetzung von „Haupt“ und „Hauptperson“ (Anm. 267) richtig.

2. Welches ist die Norm, die das Entscheidungsrecht auf diese Anerkennung fraulicher Eigenfunktion verpflichtet?

C. Das Entscheidungsrecht als Recht im Dienste des Gemeinwohls

Als gemeinwohlnormiert und als Dienstrecht am Gemeinwohl und den darin enthaltenen Personalrechten hat das Entscheidungsrecht in seinem Vollzug jenen personalrechtlichen Anspruch auf Entfaltung der personal-individualen Werte des Einzelnen nicht nur zu beachten, sondern auch erfüllen zu helfen. So hat es den äußeren Vollzug der Personalrechte zwischen den Gemeinschaftsgliedern so abzustimmen, daß die personale Freiheit als soziale, das heißt als Freiheit aller möglich wird³²⁹. Dazu ist der Freiheitsvollzug auf die Gemeinwohlmitte auszurichten. Dies erfordert notwendig eine Einschränkung individueller Unabhängigkeit. Da dies aber umgekehrt gerade den personalen Freiheitsvollzug ermöglichen soll, ergeben sich für das Entscheidungsrecht folgende unbedingt verbindlichen Forderungen:

1. Seine Ausübung und die dadurch bedingte Einschränkung individueller Unabhängigkeit ist nur rechtsverbindlich, im Maße sie als *Notwendigkeit* der tieferen personalen Freiheit als sozialer (also des personalen Gemeinwohls) gerechtfertigt ist.

2. Dabei hat den *Beweis* für die Notwendigkeit solcher Einschränkung der zu erbringen, der diese auferlegt, also der Träger des Entscheidungsrechtes³³⁰.

Die Entfaltung personal-individualer Werte geschieht durch deren Mitteilung, also in ihrem sozialen Einsatz³³¹. Deshalb ist der Mensch um seiner ihm aufgetragenen Selbstentfaltung willen darauf angewiesen, daß die Gemeinschaft und damit auch die Gemeinschaftsautorität ihm die Möglichkeit seiner ihm naturgemäßen sozialen Leistung bietet. Insofern sind die sozialen Leistungen nicht nur von der Gemeinwohlmitte her notwendig und damit als *soziale* Pflichten festgesetzt, sondern auch von der sich entfalten sollenden Person aus als *personale* Rechte begründet³³².

³²⁹ Vgl. S. 117; 158 (1).

³³⁰ Vgl. S. 336 (314; 320; 326 (a); aber 317; vgl. 358 (bb)).

³³¹ Vgl. S. 230; 305 (a).

³³² Vgl. S. 230; 233.

In diesem Sinne hat auch der Mann in seinem Entscheidungsrecht die Sozialrechte der Frau zu beachten, eben nicht nur deshalb, weil sich sonst die eheliche Gemeinwohlmittle nicht verwirklichen läßt, sondern mehr noch, weil sonst die Frau als Person nicht die ihr wesenseigene und vom personalen Gemeinwohl her garantierte Entfaltungsmöglichkeit findet. Umgekehrt kann die Frau ihre Personalrechte nicht in Absehung des Entscheidungsrechtes ihres Mannes geltend machen. Denn auch dieses Entscheidungsrecht ist nicht nur um der positiv zu setzenden Gemeinwohlmittle willen notwendig, sondern auch, damit der Mann im Treffen positiver Rechtsentscheide sich seiner Natur gemäß entfalten kann³³³.

Angesichts dieses gemeinwohlnormierten und damit dem konkreten Vollzug des Entscheidungsrechtes unbedingt vorgegebenen Wechselbezuges von Personal- und Sozialrechten ist auch das Verhältnis des männlichen Entscheidungsrechtes zu den Personal- und Sozialrechten der Frau *zunächst* ganz allgemein zu sehen. Denn nur so gelingt es *dann*, jene im Gleichberechtigungszusammenhang besonders diskutierten Personal- und Sozialrechte der Frau richtig zu verstehen.

I. Die allgemeinen Personal- und Sozialrechte der Frau

Vor der Ehe hat die Frau die genau gleiche rechtliche Freiheit wie der Mann, die Ehe einzugehen, und ihre freie Zustimmung ist zur Ehe ebenso unersetzlich wie die seine³³⁴.

In der Ehe hat die Frau, gleicherweise an deren Entstehen wirkursächlich beteiligt, ein gleiches Recht auf die eheliche Gemeinschaft und zwar

1. als *Recht auf die Leibgemeinschaft*: als Recht auf ehelichen Verkehr und eheliche Treue. Dabei untersteht dieser Rechtsanspruch in keiner Weise dem Entscheidungsrecht. Denn damit wäre die personale Freiheit der Frau unmittelbar getroffen, weil Leibgemeinschaft, befohlen, nicht mehr personal vollziehbar ist³³⁵. Deshalb mußte die transzendente Rechtsinstanz die gegenseitigen leibgemeinschaftlichen

³³³ Denn gerade in seiner „Vaterfunktion [und damit auch im Vollzug seines väterlichen ER] gelangt der Mann zur Reife seiner Freiheit im Dienste an der Welt, der für ihn zum Dienste an seiner Familie wird“ (R. SCHERER, 17). Vgl. S. 321; Anm. 234 (S. 158).

³³⁴ Vgl. KATH. FRAUEN, 2 (4) (IFS 37b); BOSCH, FR 95.

³³⁵ Vgl. S. 151.

Rechte und Pflichten bereits *naturhaft* festlegen, so daß positives Dazwischentreten menschlicher Autorität weder möglich noch notwendig ist.

Umgekehrt geht das frauliche Recht auf Leibgemeinschaft dem männlichen Entscheidungsrecht insofern vor, als dort, wo kraft des Entscheidungsrechtes lebensgemeinschaftliche Entscheide zu fällen sind, die mittelbar auch die Leibgemeinschaft betreffen, der Mann qualifiziert an die formelle Zustimmung der Frau gebunden ist. So kann bei bestehender Ehe der Mann ohne Zustimmung der Frau keinen Beruf ergreifen (etwa den eines Seemannes), der die leibgemeinschaftliche Rechtssituation zu Ungunsten der Frau wesentlich verändert³³⁶.

2. als *Recht auf die Lebensgemeinschaft* : als Recht auf Treue, Beistand, das gegenseitige Sich-zur-Verfügung-stellen und Füreinander-dasein, das erst die volle Integration von Mann und Frau möglich macht³³⁷.

a) Deshalb hat die Frau „nicht nur das gleiche Recht wie der Mann auf die *Entfaltung* dessen, was sie mit ihm als Mensch gemeinsam hat, soweit nicht die Notwendigkeiten des Gemeinwohls von Ehe und Familie diese Individualrechte innerlich — wie beim Manne auch — begrenzen, sondern auch des ihr Eigentümlichen; zumal des ihr als Frau Eigentümlichen; denn nur, wenn dieses Recht gewährleistet wird, kommt es zu einer Sinnerfüllung der Ehe als einer echten menschlichen Integration von Mann und Frau“ (*Hirschmann*). In diesem Anspruch, auch das ihr Eigentümliche zu entfalten, hat die Frau auch Anspruch zu jener *Sozialleistung*, die es ihr ermöglicht, ihre hausfraulichen und mütterlichen Eigenschaften zu entfalten.

b) Weil Gemeinschaft wirklich *Gemeinsamkeit* besagt, folgt aus dem Recht auf die Gemeinschaft auch das Recht, alles, was auf Grund von *Vereinbarungen* geordnet werden kann, auch auf diese Weise geordnet zu sehen:

³³⁶ Vgl. schon THOMAS VON AQUIN, Suppl. 53. 4; 64. 6. ad 1. Wenn der SPD-ENTWURF daher meint: „Wir haben immer schon Berufe gekannt, in denen der Mann Monate und Jahre abwesend war, ohne daß jemand auf den Gedanken gekommen ist, anzunehmen, daß dadurch die eheliche Lebensgemeinschaft aufgehoben ist“ (46), so wäre in solchen Fällen der Mann ohne Zweifel an die Einwilligung der Frau gebunden.

³³⁷ Vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 52 (VIII) (IFS 5b); SOLLTMANN, 8 (IFS 60a).

aa) grundlegend gilt dies für den Anspruch der Frau auf gemeinsame (*Rechts-*)*Beratung* mit dem Recht, zumal in fraulich-mütterlichen Fragen ihre Sachverständigkeit geltend zu machen³³⁸.

bb) Aber auch bei der *Rechtsetzung* hat das Entscheidungsrecht nicht nur die häusliche Autorität der Frau zu beachten, sondern überhaupt möglichst auf *freie Vereinbarung* (als freies Entscheiden lassen³³⁹) hinzuwirken und sie nur notfalls zu ergänzen³⁴⁰. Aber selbst dann, wie überhaupt, hat die Frau das Recht, vom Manne nicht nur als erwachsene freie Person, sondern auch als ebenbürtige Gefährtin angesehen und behandelt zu werden (wobei dieses Recht im fraulichen Gehorsamsrecht mitausgedrückt ist): sie ist weder Sache, noch Kind, noch Bedienstete³⁴¹.

II. Umstrittene Sozial- und Personalrechte der Frau

1. Die Sozialrechte

Allgemein-formal sind das rechtfindende Mitberatungsrecht und das ausführende Gehorsamsrecht der Frau bedeutsam. An inhaltlich-konkreten Rechten sind wir dem mütterlichen Sorge- und Miterziehungsrecht³⁴², wie dem Recht, das Hauswesen zu leiten³⁴³, begegnet. In diesem Zusammenhang scheint neben dem Hausrecht der Frau

³³⁸ „Weil das Wohl der Familie am besten von beiden Elternteilen wahrgenommen wird“, ist im ER geradezu eingeschlossen, „daß der Mann sich in Ausübung dieses Führungsdienstes von der Frau beraten läßt“ (R. SCHERER, 17); SOLLTMANN, 9 [IFS 61a]); KRÖSBACHER, 256b. Vgl. S. 219; 329; 334(a).

³³⁹ „Dans la mesure où la femme est instruite, prévoyante, économe et travailleuse, elle a le droit naturel strict à sa part d'initiative et de responsabilité. L'autorité maritale, parce que fonction et service, a comme premier devoir de protéger et de stimuler ces initiatives loin de les contrecarrer“ (DE WINT, 589). Vgl. BOSCH, FRR 95 (2); BEGRÜNDUNG I/28b (zu § 1354). Vgl. S. 326.

³⁴⁰ Vgl. S. 323.

³⁴¹ Deshalb hat der Mann nicht das Recht, die persönliche Lebensführung der Frau zu überwachen (wie es etwa nach dem alten CC durch die *puissance maritale* möglich war (vgl. WOOPEN, 54/99b ff.). Mithin hat der Mann auch kein Brieföffnungsrecht (vgl. WOLLE, 17 [oben]; SOERGEL, zu § 1354), es sei denn, er wüßte, durch bestimmte Briefe drohe der Familie unmittelbar Gefahr. Selbstverständlich wäre im Gegenfalle die Frau genauso zu diesem Tun verpflichtet (zur Frage des Brieföffnungsrechtes der Eltern vgl. KRÜGER, 56/334a). Allgemein gilt: „Inter ea quae uxor libere eligere potest, illaesa familiae cura, sunt, v. g. electio amicorum, modi recreationis, studia etc. Haec enim, de se, nullum nocumentum in iura coniugalia vel bonum domesticum operantur. Fatendum tamen est, res minimas et etiam nugatorias non raro paci coniugali vulnus inferre“ (RISK, 20). An Gerichtsfällen vgl. OLG Düsseldorf, 55/362; OLG Wien, 55/177; KG, 56/108b (Nr. 74). Zur Brieföffnung: HÄRING, Gesetz Christi, 1292.

³⁴² S. 288.

³⁴³ S. 292.

besonders ihr subsidiäres Entscheidungsrecht bedeutsam. Denn beide Rechte lassen besser die innere Struktur des männlichen Entscheidungsrechtes erkennen.

a) Das subsidiäre Entscheidungsrecht der Frau

Was die Ehefrauen immer schon, zumal in den Kriegsjahren, praktisch ausgeübt haben, hat in der Diskussion um das Entscheidungsrecht einen verhältnismäßig geringen rechtlichen Niederschlag gefunden. Einzig die katholische Position hat ausdrücklich vom Recht der Frau, an Stelle des verhinderten Mannes die notwendigen Entscheide zu treffen, gesprochen, und zwar von einem innergemeinschaftlich begründeten Rechte der Frau: „Machen Ehe und Familie eine Entscheidung notwendig und entfällt aus irgendeinem Grund der Mann, so tritt ohne weiteres — der Natur der Sache nach, und nicht kraft irgendeiner angenommenen Ermächtigung durch den Mann oder das Gesetz — die Frau an seine Stelle³⁴⁴“.

Dieses Entscheidungsrecht der Frau ist mithin eine *potestas*³⁴⁵

1. *ordinaria*. — Es kommt demnach der Frau zu, aufgrund ihrer ehelichen Stellung und keineswegs als eine Art Delegation durch den Staat oder durch den Mann. Wohl kann der Mann der Frau ausdrücklich sagen, sie solle (an seiner Stelle) entscheiden. Aber jedenfalls dort, wo der Mann dies sagen *muß*, weil er selber nicht (oder doch nicht richtig) entscheiden kann, ist der Akt seiner Willenskundgabe weder konstitutiv noch notwendige Bedingung für die Entscheidungsbefugnis der Frau. Die Frau ist vielmehr unmittelbar von der transzendenten Rechtsinstanz selber zur Stellvertreterin des Mannes delegiert³⁴⁶, wobei die Stellvertretung bei Wegfall des Mannes eo ipso rechtswirksam wird (ohne daß das weitere Eingreifen irgendeiner menschlichen Instanz erfordert wäre³⁴⁷).

³⁴⁴ HIRSCHMANN, HK 54/341 b (vgl. HK 53/280 b). Ebenso BISCHÖFE, 30. 1. 54 (VIII) (IFS 6a); KATH. FRAUEN, 3 (4) (IFS 37b); SOLLTMANN, 10 (IFS 61b); BOSCH, FR 90; KRÖSBACHER, 258a; WUERMELING, BTDeb. II/491 C (alle mit Hinweis auf PIUS XI., Casti Connubii: „Wenn der Mann seine Pflicht nicht tut, ist es sogar die Aufgabe der Frau, seinen Platz in der Familienleitung einzunehmen“ (Nr. 28. Marmy, 336). Dazu MÖRSDORF, DKW 51/255b; BOSCH, SH 22a Anm. 92; RISK, 18 (a; b); H. WEBER, BTDeb. II/514 B für den Fall, wo der Mann mißbräuchlich entscheidet); LG Duisburg, SH 66; 56b (mit Hinweis auf PAEPKE, L.: Die Ehe und das Kollektiv, Frankfurter Hefte 53/389); 54/202b, vgl. (E) S. 407 (2).

³⁴⁵ Vgl. MÖRSDORF, 55/120a. Zur Terminologie vgl. CIC. can. 197.

³⁴⁶ So wie auch der Mann sein ER einer transzendenten Delegatur verdankt. Vgl. etwa KRÖSBACHER, 259b. Anm. 208 (S. 140).

³⁴⁷ Vgl. HIRSCHMANN, HK 54/343b.

2. *vicaria*. — Die frauliche Entscheidungsbefugnis setzt mithin die männliche voraus, anerkennt und ergänzt oder ersetzt sie, wenn und soweit der Mann außerstande ist zu entscheiden. Über die Tatsachenfrage — eine Frage der festzustellenden Wahrheit³⁴⁸ —, wann und wie weit der Mann in seiner Entscheidungsfunktion ausfällt, hat sie nach ihrem am objektiven Gemeinwohl der Ehe und Familie normierten Gewissen zu bestimmen. Daß eine derartige subsidiärstellvertretende Entscheidungsbefugnis vom Wohl der Ehe und Familie her *notwendig* ist, steht angesichts der häufig gegebenen Möglichkeit, daß der Mann zu entscheiden verhindert ist, außer Frage. Daß es eine *stellvertretende* Befugnis ist, ist nicht nur rechtsphilosophisch einsichtig, sondern geht auch psychologisch daraus hervor, daß die Frau dort, wo sie tatsächlich entscheiden muß, sei es an Stelle des Mannes, sei es gegen ihn, sich selber in einer Aufgabe erlebt, die sie nicht als die ihr wesenseigene erkennt³⁴⁹.

b) *Das primäre Hausleitungsrecht der Frau*³⁵⁰

Der natürliche Ort der verheirateten Frau ist das Heim. Denn das Heim ist schlechterdings nötig für das Wohl der Ehe und Familie, und die Frau ist schlechterdings nötig für das Heim. Während sie nämlich im außerhäuslichen Bereich aufs große Ganze durch den Mann ersetzbar ist, sind die fraulichen und mütterlichen Eigenschaften für das Heim einfachhin nicht zu ersetzen: Ersatz wäre hier gerade kein Ersatz. Deshalb übernimmt die Frau mit der Heirat die Pflicht, das Familienleben zu besorgen, so wie der Mann die Pflicht übernimmt, durch seinen Erwerb ihr dafür die laufenden Mittel bereitzustellen³⁵¹.

³⁴⁸ Also eine nicht „entscheidungsrechtlich“ entscheidbare Frage. Vgl. S. 298; 335.

³⁴⁹ „Hier und da geschieht es, daß eine Frau die Autorität in der Ehe übernimmt. Schmerzlich ist es dann zu sehen, wie die Frau jedesmal, wenn die Autorität bei ihr in Aktion treten soll, einen Augenblick wartet, ob doch noch der Mann komme, der das tue, was sie jetzt tun muß“ (PICARD, 107). Vgl. Anm. 233; 379; S. 335 (III/2); 339.

³⁵⁰ Vgl. TAPARELLI Nr. 1555; KRÖSBACHER, 257a; SCHERER, 17; BISCHÖFE, 30. 1. 54 (IX) (IFS 6b). BTDeb. II: K. WEBER, 480 A; 482 B; H. WEBER, 514 B. BTDeb. III: K. WEBER, 11769 B; SCHWARZHAUPT, 11773 D. MÖRSDORF, StZ 53/335; KATH. FRAUEN, 4 (4; 5) (IFS 38b). Ferner: BRÜHL, 57/280a (5; 7). Zur Witwe: HEON-C.

³⁵¹ Diese Pflicht ist begründet in der besonderen Haushaltsbefähigung der Frau (vgl. ILK, BTDeb. III/11772 D). Diese freilich nicht verstanden bloß als bewußt gewordene (und als solche die Gegenwehr veranlassende) Abneigung gegen Schmutz und Unordnung (wie etwa KRÜGER meint [57/163b]), sondern als die Fähigkeit, auch so unscheinbare Dinge wie Staubwischen als Personensorge personal zu vollziehen. Denn „die gute Hausfrau sorgt immer für den Menschen mittelbar und unmittelbar“ (BU, 258); dazu vor allem DRESSLER (Mai) 2ff. Vgl. BRÜHL, 57/280a (7).

Darum hat der *Mann gegenüber der Frau* das subjektive Recht, diese seinen Unterhaltsbeitrag ergänzende Haussorge zu fordern, unter gleichzeitiger Anerkennung seiner Pflicht, ihr die Mittel zur eigenen Verfügung zu überlassen. Umgekehrt hat die *Frau gegenüber dem Manne* das Recht, ihren Anteil am Familienunterhalt als unbedingt gleichwertig anerkannt zu erhalten und im Maße des immer Möglichen von Erwerbslast frei zu sein³⁵².

Die Frau hat mithin gegenüber dem Manne (und der Wirtschaftspolitik) ein eigentliches *Personalrecht auf ihr Heim* als auf den Ort, wo sie, die ihr eigentümliche, weil nur von ihr zu leistende innerhäusliche Aufgabe erfüllend, die Wesensart ihrer Persönlichkeit am besten entfalten kann³⁵³. Nur *subsidiär*, wo der Mann ganz oder zum Teil ausfällt, kann auch die Frau verpflichtet sein, selbst durch außerhäuslichen Erwerb für die Familie aufzukommen³⁵⁴, so wie es umgekehrt *subsidiäre* Männerpflicht ist, im Haushalt mitzuhelfen, mit dem Unterschied, daß die subsidiäre Männerpflicht ihrer Natur nach gewöhnliche Alltagspflicht ist, indes die Erwerbspflicht der Frau nur aus einem eigentlichen Notstand begründbar ist³⁵⁵.

Dieses frauliche Hausleitungsrecht ist naturrechtlich folgendermaßen strukturiert: Es bedeutet eine *potestas*

1. *ordinaria*. — Die Frau ist mit diesem Rechte unmittelbar vom ehelichen Gemeinwohl (und dessen transzendenter Rechtsinstanz) her belehnt, und zwar nicht als diese oder jene individuell befähigte Einzelperson, sondern als Frau, der aufgrund besonderer naturhafter

³⁵² Vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 54 (XI) (IFS 7a). Dazu jetzt bes. BRÜHL, 57/277 ff.

³⁵³ Das Personalrecht auf das Heim bedingt aber ein Sozialrecht über das Heim, d. h. ein besonderes Recht, seine Persönlichkeit bei der Gestaltung dieses Heimes geltend zu machen: das Recht also, das Heim zu leiten. Ohne dieses soziale Leitungsrecht hätte letztlich auch das personale Recht auf das Heim keinen Sinn. Denn dann vermöchte sich die Frau im Heime nicht im Einsatz ihrer Fähigkeiten personal zu entfalten (vgl. S. 230; 262; (E) S. 393 (II/1)).

³⁵⁴ „Ad inopiam familiae sublevandam labor extra domum suscipiendus uxori iure imponi potest. Excipias tamen si hic labor debitam curam filiorum impediret, vel ob infirmitatem mulieris nimis durus esset“ (RISK, 19). Vgl. (E) S. 407.

³⁵⁵ „Es geht nicht an, daß die Frau allein die körperliche Last des Haushaltes trägt und daß der Mann nach seiner 8-Stunden-Arbeit im Betrieb sich zu Hause hinsetzt und die Zeitung liest, während die Frau bis spät in die Nacht sich mit der Arbeit für die Familie plagen muß. Es geht auch nicht an, daß die Frau die schwere körperliche Arbeit macht, die ihrer Gesundheit schadet, wie Holzhacken, Kohlentragen und Teppichklopfen“ (ENGEL-HANSEN, 10; vgl. BOSCH, FRR 108). Dazu (E) S. 405; bes. LSozG Stuttgart, 55/17b (wo der Mann für die kranke Frau den ganzen Haushalt besorgen muß). Ferner R. SCHERER, 17.

Befähigung das „Amt“ des Hauswesens zukommt. Es ist also nicht etwa ein vom männlichen Entscheidungsrecht her delegiertes Recht. Vielmehr ist die Frau diesem Rechte gegenüber eigen-mächtig³⁵⁶.

2. *propria*. — Die Frau leitet das Hauswesen nicht als Stellvertreterin des Mannes, als ob das häusliche Leitungsrecht eine potestas vicaria des männlichen Entscheidungsrechtes wäre, weil nun einmal der Mann keine Zeit hat oder sonstwie verhindert ist, auch noch das Hauswesen zu leiten. Vielmehr ist das häusliche Leitungsrecht der Frau gegenüber dem männlichen Entscheidungsrecht eigen-ständig³⁵⁷.

3. *subordinata*. — Zwar eigenmächtig und eigenständig, kann das Hausleitungsrecht doch nicht ein unabhängiges Recht sein. Es muß selbst wieder eingefügt werden in die gesamte Lebensgestaltung der Ehe und Familie. Es bedarf der Integration in die Rechtsgestalt der Ehe, wobei eben dem Entscheidungsrecht des Mannes diese integrierende Zusammenordnung obliegt und obliegen muß. Insofern ist das Hausleitungsrecht auf das Entscheidungsrecht hingeordnet und damit relativ³⁵⁸. Diese Relativität hebt aber die Eigenständigkeit des Hausleitungsrechtes nicht auf. Denn wenn der Mann entscheidungsrechtlich über die relative Eigenständigkeit des Hausleitungsrechtes verfügen will, liegt jener *Mißbrauch* der Entscheidungsgewalt vor, der den Entscheid nicht nur nicht rechtswirksam werden läßt, sondern die Frau berechtigt, nun ihrerseits aufgrund ihres subsidiären Entscheidungsrechtes zu handeln. Hier wird nun die Frau (gegen den Willen des Mannes) zur Stellvertreterin des Mannes (indem nämlich ihre entscheidungsrechtliche potestas ordinaria *vicaria* Rechtskraft

³⁵⁶ Die Frau „hat durchaus als Regentin im Innern ihre eigene Würde und Autorität innerhalb der Familie, die der Mann respektieren muß“ (SCHERER, 17). „C'est à la femme qu'incombe la noble tâche, un droit-service, de rendre la maison attrayante et intime“ (DE WINT, 597). Daß die Frau in Fragen, die die Haushaltsführung betreffen, allein entscheiden kann, ergibt sich nicht aus einer Bevollmächtigung, sondern aus dem Wesen der Ehe und der ehelichen Lebensgemeinschaft (BEGRÜNDUNG I/45b [zu § 1354]). Vgl. CONRAD, Grundprobleme 72. Vgl. Anm. 311.

³⁵⁷ „In den Angelegenheiten des Hauswesens im engeren Sinne sollte die Frau das letzte Bestimmungsrecht, der Mann nur das Widerspruchs- und Verweigerungsrecht bei Mißbrauch haben“ (ALTMANN, 18; vgl. BOSCH, FRR 100). „Der Mann soll ruhig im Haushalt mithelfen. Aber wenn er dies tut, wenn er beispielsweise beim Spülen abtrocknet, so wird er das Gefühl haben, daß er dabei unter der Oberleitung seiner Frau steht, die diese Dinge besser versteht“ (ULMER, DJT 84).

³⁵⁸ „Le pouvoir du mari sur ce domaine n'est de soi qu'un pouvoir de contrôle“ (DE WINT, 597). „Pour le cas relevant de la compétence propre de la mère, l'autorité maritale signifie seulement un droit de contrôle et de direction“ (DE WINT, 589). Vgl. BRÜHL, 57/280 b (4; 5); Anm. 307.

erhält) und hat als an Stelle des mißbräuchlich entscheidenden Mannes Entscheidungsberechtigte ihr Hausleitungsrecht im Dienst und zum Wohl der Familie vor dem mißbräuchlichen Manne zu schützen³⁵⁹.

Ergebnis (zu 1)

1. Das Recht der Frau, dem Haus(halt) vorzustehen, ist eine *potestas ordinaria* (d. h. non delegata), *propria* (d. h. non vicaria), subordinata (nämlich der Zusammenordnungsfunktion des männlichen Entscheidungsrechtes unterstellt).

2. Verletzt der Mann aufgrund dieses Subordinationsverhältnisses die relative Eigenständigkeit des fraulichen Hausrechtes, dann ist die Frau durch ihr subsidiäres Entscheidungsrecht als einer *potestas ordinaria vicaria* geschützt, insofern nämlich in diesem Fall (wie bei Ausfall oder Mißbrauch des Mannes überhaupt) ihre Stellvertretungsgewalt rechtswirksam wird.

2. Die Personalrechte

Selbstverständlich geht es hier nicht um einen Katalog fraulicher Menschenrechte. Manches, wie Gewissensfreiheit und Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit dürfte ohnehin selbstverständlich (geworden) sein. So ist nur auf die am häufigsten mißverstandenen Rechte der Frau hinzuweisen.

³⁵⁹ Notwendiges Mittel zur Ausübung des Hausrechtes ist die (einseitige) Schlüsselgewalt der Frau: das „selbständige Recht der Ehefrau, die zur Führung des Haushalts erforderlichen Geschäfte des täglichen Lebens abzuschließen und den Ehemann, ohne daß es dazu seiner Einwilligung bedürfte, zu verpflichten“ (PETERSEIM, 57/169 ff. [vgl. 171 b (c)]; 57/215 b; CONRAD, Grundprobleme 77. BTDeb. III.: METZGER, 11779 A; H. WEBER, 11779 D). Die Schlüsselgewalt beruht weder auf gesetzlicher Ermächtigung noch auf stillschweigender Bevollmächtigung durch den Mann (gegen Prozeßrichter AmtsG Köln, MDR 53/409), sondern ergibt sich mittelbar aus dem Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft, unmittelbar aus dem (eigenständigen) Hausrecht der Frau (vgl. Anm. 355). Mit der Schlüsselgewalt ist „eine subsidiäre Verantwortlichkeit der Frau aus ihren Schlüsselgewalt-Geschäften“ gegeben (BOSCH, SH 27b Anm. 149; vgl. 57/231 b [unten]) mit einer „Mitberechtigung der Frau aus ihren Hausgeschäften“ (vgl. BOSCH, 57/232a [Anm.]); DESCHENAUX, 439; 458. Im übrigen (E) S. 406. Entsprechend auch ein Entziehungsrecht des Mannes (allenfalls bei vorgängiger Mißbrauchsfeststellung durch das VormG; vgl. BOSCH, SH 27b). Dazu PETERSEIM, 56/172 b (f); zum GbG vgl. BOSCH, 57/194 (a); FINKE, MDR 57/451 (7); MEYER, Rpfleger 57/278 b. Ferner: SPF, 23.

Mit Hausleitungsrecht und Schlüsselgewalt besitzt „die Frau sogar eine stärkere, sehr viel häufiger bedeutsam werdende ‚Entscheidungsmacht‘ als der Mann“ (BOSCH, SH 21a; 58/84; CONRAD, Grundprobleme 72). Doppelt recht hat deshalb der Mann, der erklärt: „In kleineren Angelegenheiten — da entscheidet meine Frau, und größere Angelegenheiten — die kommen eigentlich gar nicht vor“ (vgl. S. 195; HATTINGBERG, 188 ff.). Umso mehr als der Mann auch zufolge der soziologischen Wandlung zur „ultima ratio“ des Hauswesens wird, „der das besorgt und entscheidet, was die Frau allein nicht kann“ (DOMBOIS, FRR 85). Vgl. FINKE, BB 53/271 (bei HEDEMANN, JR 53/198a Anm. 3).

a) Das Recht auf Eigentum

Da der Mensch seine Persönlichkeit nur entfalten kann, indem er sich auch in die Dingwelt hinein auswirkt und so Dinge als „Verlängerung seiner Person“ zu eigen nimmt, gehört das *Eigentumsrecht* zu den *Personalrechten*. Darum sind Jurisdiktionsverhältnisse keine Eigentumsverhältnisse, besagen die rechtlichen Ordnungen von Mann und Frau in den persönlichen Rechtsfolgen der Ehe noch nichts über die familiengerechte Ordnung ihrer Eigentumsverhältnisse³⁶⁰, und unterliegt das eheliche Güterrecht als ganzes nicht dem Entscheidungsrecht³⁶¹.

Anders als bei den persönlichen Rechtsfolgen läßt sich beim *Güterrecht* keine Rechtsform als die aus der Natur der Ehe und Familie einzig mögliche und damit unbedingt notwendige erweisen. Deshalb ist beim ehelichen Güterrecht jene für die Sicherheit des Rechtsverkehrs und des Gläubigerschutzes geforderte Bestimmtheit erst noch positiv zu schaffen, was auf Grund freier Vereinbarung möglich ist³⁶².

Diese ehегüterrechtlichen *Vereinbarungen* haben eine doppelte naturrechtliche *Grenze*: 1. sofern Eigentum mit einer unabwälbaren Sozialhypothek belastet und das Eigentumsrecht deshalb nur in Anerkennung seiner Sozialbindung vollziehbar ist, ist auch die *ehe-*

³⁶⁰ Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/282a.

³⁶¹ Ähnlich wie schon BUMILLER glauben auch wir, im Zusammenhang des ER (also der persönlichen Ehwirkungen) auf eine eingehende Erörterung des ehelichen Güterrechtes verzichten zu können. Grundsätzlich ist bei allen ehегüterrechtlichen Fragen davon auszugehen, daß „die Ehegemeinschaft sich auch im Vermögensrecht real widerspiegeln“ muß (BOSCH, 54/104a). Denn nur dies entspricht der natürlichen Einstellung der Gatten, in der sie sagen, auch wenn nur einer unmittelbar daran beteiligt ist: „Wir schaffen uns an; wir haben ein kleineres Gehalt, erhalten aber später eine Pension ...“ (vgl. WEIBLICHE JURISTEN, IFS 44a; SCHEFFLER, DRiZ 53/88b; BOSCH, SH 43 Anm. 121; 54/154). Dabei ist zu beachten: (1) Die Ehe ist kein vermögensrechtliches Geschäft (vgl. BGH, 57/133; LG Koblenz, 57/320a), hat aber Vermögensverhältnisse zur Folge. (2) Obwohl man gerade im Eherecht „nicht klar zwischen ‚nur-persönlichen‘ und ‚rein-vermögensrechtlichen‘ Angelegenheiten unterscheiden“ kann (BOSCH, 57/325; 58/102), sind doch (3) „vom Personalen her auch die Vermögensverhältnisse weitgehend mitbestimmt“ (BOSCH, 57/394a) und wird deshalb (4) im Ehevermögensrecht der gesetzliche Güterstand der Gütertrennung einer echten Glb [der Frau] nicht gerecht (vgl. BOSCH, 57/323a). Vgl. LG Bonn, 57/428.

³⁶² „Bei der Regelung des ehelichen Güterrechtes handelt es sich nicht um die Erfüllung unabdingbarer Forderungen des Naturrechtes, sondern um die Regelung einer eherechtlichen Frage, für die verschiedene Lösungen möglich sind“ (BISCHÖFE, 30. 1. 54 [XI] [IFS 7a]). „... hier müssen wir wirklich die Notwendigkeit positiver Regelungen durch den Gesetzgeber anerkennen, denn wir vermögen nicht aus der Natur der Sache eine bestimmte Regelung als die allein mögliche und vernünftige abzuleiten. Mit Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs, mit Rücksicht auf den Gläubigerschutz muß man aber jeden Augenblick wissen, woran man ist“ (v. NELL-BREUNING, 20).

liche Güterordnung nicht als individualistische, sondern nur als *sozial gebundene* von den Gatten vereinbar³⁶³. 2. sofern der ehelichen Eigentumsordnung die eheliche Arbeitsteilung naturhaft vorgeht, ist die Vereinbarung nur unter Beachtung der naturrechtlichen geschlechtsverschiedenen Unterhaltungspflichten möglich: der primär männlichen, nur subsidiär fraulichen Erwerbspflicht; der primär fraulichen, nur subsidiär männlichen Heimpflicht.

Zufolge der *ersten* Begrenzung ist die restlose *Gütertrennung* zu Lebzeiten der Gatten abzulehnen³⁶⁴ und eher von einem Familieneigentum auszugehen, das aus dem von Mann und Frau in die Ehe Eingebraachten und in der Ehe Erworbenen besteht, das die Familie als naturrechtliche Person besitzt, das auf Grund des gleichunmittelbaren (wenngleich je nach dem Mitgebrachten positiv verschieden zu regelnden) Mitbesitzrechtes gemeinschaftlich verwaltet wird und dessen Ertrag der Familie als solcher zukommt³⁶⁵. Dabei können Mann und

³⁶³ Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/243b; MÖRSDORF, StdZ 53/353. Die Frage, „ob man von einer Gütergemeinschaft ausgehen und eine geringfügige Individualsphäre den Ehegatten, teils kraft des Gesetzes, teils kraft freier Vereinbarungen überlassen soll. Oder sollte man das Individuum und seine Rechte voranstellen und von Gesetz wegen eine Bindung nur soweit anordnen, als der Zweck der Ehe es unbedingt erfordert?“, diese Frage ist daher unbedingt (gegen BEITZKE, 54/157a) im Sinne der ersten Alternative zu bejahen. Denn bei der zweiten meldet sich eben das individualistische Mißverständnis der Ehe an, das schon das Güterrecht des BGB mit seiner „aus privatem Individualismus und eheherrlichem Autokratismus seltsam gemischten Anschauung“ belastet hatte (BOEHMER, Grundlagen des Bürg. Rechts, 104 bei SCHEFFLER, DRiZ 53/88a).

Dabei ist aber der Wesensunterschied zwischen Güterrecht und ER zu beachten. Auch wo Mann und Frau gesetzliche Gütertrennung vereinbaren, ist noch das Wesen der Ehe verwirklicht. Insofern handelt es sich hier nicht um Grundsatzfragen. Wo aber Mann und Frau oder beide grundsätzlich die hierarchische Struktur ihrer Ehe grundsätzlich ablehnen und in dieser Ablehnung die Ehe eingegangen sind, besteht naturrechtlich keine Ehe (vgl. die Schlußfrage REIDICKS, 204). Denn die personhafte Rechtsordnung (mit ihrer hierarchischen Struktur und dem ER des Mannes) läßt sich zwingend als unabdingbares Ehekonstitutiv erweisen. Die güterhafte Ordnung aber läßt einer gewissen persönlichen Gestaltungsfreiheit Raum, fordert jedoch die Familienbindung auch allenfalls getrennter und getrennt verwalteter Gütermassen.

³⁶⁴ Vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 54 (XI) (IFS 7a). Gerichte: „Die Ehe ist die umfassendste Lebens- und Rechtsgemeinschaft überhaupt, und auch für die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten sind aus dem Wesen der Ehe Folgerungen zu ziehen (RGZ 87, 62). Daraus folgt für die Ehegatten die Pflicht, auch bei der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche untereinander ihr Verhalten so einzurichten, daß es mit dem sittlichen Wesen der Ehe im Einklang bleibt“ (LG Karlsruhe, 54/2242a; vgl. ALEBRAND, 55/348ff.). Ebenso OLG Celle, SH 54a.

³⁶⁵ Hier wäre also die Familie als juristische Person Vermögensträgerin (vgl. BOSCH, 54/153b; MONZEL, 56/80b (mit Hinweis auf HÄRING, Gesetz Christi 1161). Ablehnend SCHRADE, 57/347b. Davon ausgehend wäre (positiv rechtlich) entweder allgemeine Gütergemeinschaft (KRAUSS, 54/89; GREVEN, 54/93) oder doch Errungenschaftsgemeinschaft (vgl. BOSCH, 54/152) zu vereinbaren. In beiden Fällen steht „dem Manne kein persönliches Nutzungs- und Verfügungsrecht über das eingebrachte oder erworbene Vermögen der Frau zu, wie dies im BGB zum Ausdruck gebracht ist. Der individuelle Besitz und der individuelle Verdienst von Mann und Frau werden vielmehr in der Ehegemeinschaft zum gemeinsamen Eigentum beider

Frau auf Grund ihres Miteigentumsrechtes in eigener Ermächtigung das nach dem Gemeinwohl der Ehe und Familie Mögliche für den persönlichen Bedarf beanspruchen³⁶⁶.

Die *zweite* Begrenzung begrenzt zugleich auch den Vollzug des Entscheidungsrechtes, das als Befugnis zu positiven Entscheiden nur dort vollziehbar ist, wo noch keine naturhafte Entschiedenheit vorliegt³⁶⁷. Auf Grund der primären Heimpflicht der Frau und der primären Erwerbspflicht des Mannes hat die *Frau* gegenüber dem Manne das subjektive *Recht*, den zur Erfüllung ihrer Pflicht notwendigen Anteil an der männlichen Unterhaltsleistung zu fordern (eingeschlossen ein angemessenes Taschengeld³⁶⁸) und darüber in eigener Ermächtigung zu verfügen. Das Entscheidungsrecht ist soweit notwendig als freies Entscheidenlassen zu vollziehen³⁶⁹.

Umgekehrt kann der *Mann* auf Grund seines Entscheidungsrechtes und der subsidiären Unterhaltspflicht der Frau auch auf den fraulichen Anteil am Familieneigentum zurückgreifen, wo er die Unmöglichkeit seiner Unterhaltsleistung oder ihr notwendiges Ungenügen gegenüber den objektiven Erfordernissen des Gemeinwohls von Ehe und Familie als unverschuldet beweisen kann. Da nämlich die Entscheidungsberechtigung des Mannes nicht unmittelbar auf seiner Unterhaltsverpflichtung beruht³⁷⁰, kann umgekehrt das Nichterfüllenkönnen der Unterhaltspflicht auch nicht unbedingt Verwirkungsgrund der Entscheidungsbefugnis sein. Freilich wird der Mann beim Verfügen über das Frauengut in verstärktem Maße an die Ansicht der Frau gebunden sein, ihr vorgängig die Gemeinwohlsnotwendigkeit seiner Verfügung darzulegen und ihr nachträglich darüber Rechenschaft abzulegen haben.

(Errungenschaftsgemeinschaft), das zwar unter der Verwaltung des Mannes steht, von dessen Ertrag aber sowohl dem Mann wie der Frau persönlich so viel zusteht, wie ihre standesmäßige Lebensführung erfordert“ (FELLERMEIER, 162). Vgl. CIC (MÖRSDORF, 54/27a).

Die Vermögensverwaltung fällt insofern unter das (männliche) ER, als letztlich 1. wiederum nur einer entscheiden kann (vgl. v. NELL-BREUNING, 20); 2. auch das Vermögen zu den „Außenbezirken“ der Ehe und Familie gehört, die Gegenstand des männlichen ER sind. Diese (entscheidungsrechtliche) Vermögensverwaltung ist aber konkret dreifach gebunden: 1. an das Mitbesitzrecht der Frau; 2. an die natürliche Aufgabenverschiedenheit (Haushaltsgeld und Schlüsselgewalt für die Frau); 3. an die individuelle Sachverständigkeit der Gatten (derzufolge der Mann die Vermögensverwaltung allenfalls der Frau überlassen kann oder muß).

³⁶⁶ DE WINT spricht hier der Frau „un droit strict“ zu (593).

³⁶⁷ Vgl. S. 296.

³⁶⁸ Vgl. KRÖSBACHER, 257 a; BOSCH, FRR 110 („Nadelgeld“); DE WINT, 589 (Vergnügen). BRÜHL, 57/281 a (4).

³⁶⁹ Vgl. S. 306; BRÜHL, 57/277 b (2); 281 a (5).

³⁷⁰ Vgl. S. 273.

Schon *Thomas von Aquin* bekennt sich zu einem solchen Eigentumsrecht der Frau als einem ihrer Personalrechte. Wenn er nämlich der Frau das Recht zuspricht, auch ohne Zustimmung des Mannes von ihrem Vermögen oder Einkommen Almosen zu geben, setzt er nicht nur ein frauliches Vermögens- und Einkommens-, sondern auch ein gewisses Verfügungsrecht voraus. Und da Almosen als eines der wesentlichen Mittel erachtet wurden, sein Heil sicherzustellen, also entscheidend seine Persönlichkeit zu entfalten, erweist das mittelalterliche Almosenrecht der Frau eindrücklich deren entscheidungsrechtenthobene personalrechtliche Eigentumsbefugnis³⁷¹.

*b) Das Recht auf außerhäusliche Betätigung*³⁷²

Hat die Frau neben ihrem personalen Heimrecht, bei ihrer sozialen Heimpflicht und abgesehen von ihrer sozialen, aus der Gemeinwohlsituation als subsidium zu beweisenden Erwerbspflicht auch ein personales *Recht auf außerhäusliche Betätigung*, weil sie nämlich nur so ihre Persönlichkeit entfalten könne? Ohne Zweifel hat die Produktionsverlagerung aus der Hauswirtschaft in die Industrie nicht nur dazu geführt, daß heute in weit stärkerem Maße „aus der Lohntüte gedeckt werden muß, was früher durch produktive Tätigkeit an Werten geschaffen wurde“³⁷³ (mit der gesteigerten Notwendigkeitsmöglichkeit des Hausfrauenerwerbs). Auch der naturhafte Ort der

³⁷¹ S. Th. 2/2. 32. 8 ad 2. Zu THOMAS vgl. vor allem DEPLOIGE, S.: Saint Thomas et la famille, dans: *Annales de l'institut supérieur de Philosophie* V, 700—738, Louvain 1924. (MITTERER, A.: Mann und Frau nach dem biologischen Weltbild des Thomas und dem der Gegenwart, in: *Zeitschrift für kath. Theologie*, 1933. Die biologische Weltbildbetrachtung scheint hier verfehlt und die Methode ungenügend.) Die rechtliche Stellung der Frau bei Thomas müßte neu erforscht werden. Wichtig wäre etwa De Malo 15, 2, 2, 4. obiectio, wo die alleinstehende Frau (also jene, die weder im väterlichen Hauswesen lebt, noch verheiratet ist), als *sui iuris* bezeichnet wird.

³⁷² KRAUSS-FLATTEN, Zur Berufstätigkeit der verheirateten Frau, IFS 55; H. WEBER, Frau 53/81 ff.; BOSCH, FRR 106; SH 22 (d; e); DRESSLER (Mai) 2f.; WUERMELING, BTDeb. II/492 B; IF Nov. 56/17 ff. Dazu: HERMANN, H.: Beiträge zur Problematik der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit verheirateter Frauen, München 1955. KRAUSE-LANGE, M.: Berufstätigkeit der Frau und Mutter, in: Zentralmitteilungsdienst des Familienbundes der deutschen Katholiken Nr. 12. 30. 11. 1956. SPECK, O.: Kinder erwerbstätiger Mütter, Stuttgart 1956 (zu allen drei HK [März] 57/250—253). UNGERN-STERNBURG, R.: Mutterschaft und weibliche Berufstätigkeit, StdZ 159 (1957) 341—347. MAYER, A.: Doppelberuf der Frau als Gefahr für Familie, Volk und Kultur, in: Österreichische Ärztezeitung 25. 10. 56. BECKER, Jugendschutz 5; GREEVEN, H. (Hrsg.): Die Frau im Beruf, Hamburg 1954; KROEBER-KENNETH, L.: Frauen unter Männern. Grenzen und Möglichkeiten der arbeitenden Frau, Düsseldorf 1955. WÜLKER, G.: Die berufstätige Ehefrau und Mutter in soziologischer Sicht, Gesundheitsfürsorge — Gesundheitspolitik (1956) 156—160; Gutachten des Deutschen Ausschusses für das Erziehungs- und Bildungswesen (vgl. StdZ [Okt.] 57/58).

³⁷³ v. NELL-BREUNING, 21; W I/80 (dagegen THIELE, FZPT 57/89).

Frau ist in verhängnisvoller Weise zusammengeschrumpft, umso mehr als ihr Eigenbewußtsein gewachsen ist: „Die Hausfrau findet in ihrem Heimwesen nicht mehr einen Wirkungskreis, der sie ausfüllen könnte³⁷⁴.“

Somit läßt sich nicht bestreiten, daß im allgemeinsten Personalrecht der Frau, die Werte ihres Menschseins zu entfalten, in der heutigen Situation auch das Recht enthalten sein *kann*, diese Entfaltung außerhalb ihres häuslichen Wirkraumes zu suchen. Freilich kann gerade dieses Recht nur bestehen in Abhängigkeit zu ihrer Sozialfunktion in Ehe und Familie, das heißt, soweit das Gemeinwohl ihrer Ehe und Familie durch eine außerhäusliche Betätigung nicht gefährdet erscheint. Deshalb ist für die Tatsachenfrage, ob konkret ein derartiger Rechtsanspruch auch wirklich besteht, nicht allein das subjektive Wünschen der Frau, sondern vor allem das Gemeinwohl ihrer Ehe und Familie maßgebend³⁷⁵. Denn „die Aufgabe, die die Frau in ihrer Ehe und Familie übernommen hat, ihre innere Gestaltung und Fruchtbarmachung in alle Bereiche des Lebens hinein, hat vor frei übernommenen und frei aufgebaren andern Aufgaben den Vorrang³⁷⁶.“

Sicher gibt es „außerhäusliche Betätigungsformen der verheirateten Frau und Mutter, die mit ihrer Aufgabe in Ehe und Familie vereinbar sind. Insofern mag die „Ehefrau im Rahmen ihrer Verpflichtung als Hausfrau und Mutter und der kulturellen Aufgaben, die die Familie hat, das Recht zur außerhäuslichen Tätigkeit besitzen³⁷⁷.“ Aber ebenso gewiß ist, daß die konkrete Frage, wo diese Vereinbarkeit gegeben ist, heute von vielen — Männern und Frauen — falsch

³⁷⁴ v. NELL-BREUNING, 21. HATTINGBERG spricht von der „fortschreitenden Entseelung des Hauswesens“, was zur Folge habe, daß eine bewußtere Frau mit echten geistigen Interessen nicht mehr „ganz im Haus und den Kindern aufgehen kann“ (190).

³⁷⁵ „Diese Frage ist nach objektiven Gesichtspunkten, nicht nach den subjektiven Vorstellungen und Wünschen des Mannes oder der Frau zu beurteilen“ (FINKE, MDR 57/451 a [a]).

³⁷⁶ HIRSCHMANN, HK 53/282a; Referat 13. Vgl. KLEIN, Caritas 51/56; SOLLTMANN, 12 (IFS, 62a); DOMBOIS, FRR 84b; WOLLE, 30; MONZEL, 56/214b; LECHNER, 54; DE WINT, 594; EHERECHTSKOMMISSION, FRR 25 (5); 69.

³⁷⁷ KATH. FRAUEN, 4 (4) (IFS 38b). Es muß bei der Frau „zu einer neuen Einheit zwischen ihren innerhehlichen und überhehlichen, zwischen ihren innerfamiliären und überfamiliären Interessen kommen. Nur wenn die Frau diese übergreifenden Interessen bewußt pflegt, kann sie sie in Ehe und Familie so auswerten, daß sie von hier aus, von der Mitte der Familie aus, die Hälfte des Schicksals der Welt gestaltet. Das zu erstreben ist nicht nur eine sittliche Aufgabe der Frau, sondern auch ihres Mannes“ (HIRSCHMANN, Familie 24). Vgl. etwa das treffende Beispiel bei LESTAPIS, 498.

entschieden wird. „Viele von ihnen merken erst, wenn es zu spät ist, — in der Entfremdung des Gatten oder Erziehungsmängeln der Kinder —, was sie in bester Absicht angerichtet haben“³⁷⁸.“

Angesichts dessen wird sich der Mann, der sich für seine Ehe und Familie und damit nicht nur für seine Kinder, sondern auch und gerade für seine Frau (und ihr leiblich-geistiges Wohlergehen als Gattin und Mutter) mitverantwortlich weiß, nicht scheuen dürfen, sein Entscheidungsrecht auch in diesen Fragen geltend zu machen. Er kann dies, wenn feststeht, daß die außerhäusliche Tätigkeit seiner Frau das Wohl der Ehe und Familie gefährdet³⁷⁹.

Bestehen Zweifel darüber, hat in diesem Fall *zunächst* die Frau die Richtigkeit ihres Tuns oder Vorhabens, das heißt, dessen Vereinbarkeit mit ihrer erstrangigen Hauspflicht darzulegen. Denn da dem Manne subsidiär (als obligatio ordinaria vicaria) die Haushaltungspflicht zukommt, so daß er bei Ausfall der Frau selber den Haushalt zu besorgen hat³⁸⁰, muß er auch die (natur)rechtliche Möglichkeit besitzen, zu verhindern, daß er ohne Not mit dieser zusätzlichen Pflicht belastet wird. Diese Möglichkeit ist ihm in seinem Entscheidungsrecht gegeben³⁸¹.

c) Das Recht auf politische Betätigung

Im Personalrecht außerhäuslichen Wirkens ist selbstredend auch das Recht politischer Betätigung miteingeschlossen³⁸². Gerade hier aber gespenstert der Frauenschreck des männlichen Entscheidungs-

³⁷⁸ HIRSCHMANN, HK 53/282a. „Der Drang in die außerhäuslichen Dienste ist oft nur Überkompensation für die Pflichtverletzung in Heim und Kinderstube“ (KRÖSBACHER, 408a). Man denke an die „Liebesmangelschäden des Schlüsselkindes“ (vgl. BOSCH, SH 23a [Anm. 106] oder auch des „Kühlschrankskindes“ (das vernachlässigt werden muß, weil man alle Kräfte auf die Anschaffung des Kühlschranks richtet (vgl. MÜLLER-ZADOW, Ehe und Heim, in: Gesundheitsfürsorge — Gesundheitspolitik (1956) 162b)), Vgl. SCHRADE, 57/347a (1). Ferner: v. KÜGELEN, H: Die Rate und das Großmutterkind, Gesundheitsfürsorge (1957) 94.

³⁷⁹ Man denke etwa an jene menschlich tragischen Fälle, wo sich die Frau zum „Felddienst“ der Zeugen Jehovas verpflichtet fühlt. Vgl. OLG Stuttgart, 55/256b mit Anm. v. DUNZ; KG, 54/146.

³⁸⁰ Vgl. Anm. 134; (E) S. 405.

³⁸¹ Nach dem neuen Glbgesetz (Wegfall von § 1358) ist der Mann „nicht mehr berechtigt, mit Ermächtigung des VormG unmittelbar ein Arbeitsverhältnis der Frau ihrem Arbeitgeber gegenüber aufzulösen. Bestehen bleibt jedoch die Verpflichtung der Frau, auf Wunsch des Mannes eine Erwerbstätigkeit aufzugeben, wenn deren Fortsetzung mit ihren Pflichten in Ehe und Familie nicht mehr vereinbar ist“ (FINKE, MDR 57/451a[5]). Ebenso BEITZKE, Glb 33; vgl. auch BOSCH, SH 33a. Dazu OLG Bremen, EJR D I (Nr. 5) 8 (B 2). Vgl. auch den ähnlichen Fall des Entziehungsrechtes der Schlüsselgewalt (Anm. 358). Dazu allgemein S. 352.

³⁸² Dabei ist aber der Unterschied zwischen wirtschaftlicher und politischer außerhäuslicher Frauentätigkeit zu beachten. Die wirtschaftliche fällt unter das Koalitionsrecht der Frau, aufgrund

rechtes. So heißt es in einer Eingabe des *Deutschen Akademikerinnenbundes*: „Der Mann würde (besäße er das Entscheidungsrecht) z. B. seiner Frau die Teilnahme am öffentlichen Leben aus Gründen persönlicher Bequemlichkeit verbieten und sie damit eines Grundrechtes unserer demokratischen Verfassung berauben können³⁸³.“ Und der *Deutsche Frauenring* als staatsbürgerliche Spitzenorganisation der deutschen Frauen sieht sich durch das Entscheidungsrecht „in eine geradezu groteske Lage“ versetzt. Denn „jeder Ehemann könnte — aus eigener politischer Gleichgültigkeit, aus Bequemlichkeit oder aus feindseliger Einstellung zur Demokratie überhaupt — seiner Ehefrau die Teilnahme am politischen Leben verbieten und ihr damit jede Möglichkeit zu eigener politischer Information und politischer Meinungsbildung nehmen. Er würde sie damit ihrer verfassungsmäßig garantierten staatsbürgerlichen Rechte berauben können³⁸⁴.“

Natürlich sind auch hier im Einzelfall Schwierigkeiten möglich. Dies zugegeben, beeindruckt aber weniger die groteske Lage des Deutschen Frauenringes, als vielmehr dessen geradezu groteske Vorstellung vom männlichen Entscheidungsrecht.

d) Das Recht auf Gleichberechtigung

Das Recht auf Gleichberechtigung ist selbstverständlich kein von den andern allgemeinen und besonderen Personalrechten verschiedenes Einzelrecht, sondern nur deren Inbegriff, insofern nämlich

dessen sie (in sensu diviso) das Recht hat, eine Ehe zu schließen wie Arbeitsverhältnisse einzugehen. Hat die Frau aber einmal ihr Koalitionsrecht in Form einer Eheschließung vollzogen, dann kann sie (in sensu composito) ihr Koalitionsrecht im erwerbswirtschaftlichen Raum nur noch mit Anerkennung und nach Erfüllung ihrer ehelichen Pflichten geltend machen.

Die politische Betätigung untersteht im Grunde nicht der Koalitionsfreiheit, sondern der naturrechtlichen Pflicht, sich zur sozialen Entfaltung seiner Persönlichkeit im Staatsverbande zu sammeln. An sich gilt diese Pflicht für den Menschen als leibhaft-sozialen, also für Mann und Frau gleich. Die Gleichverpflichtung schließt aber eine Aufgabenverschiedenheit von Mann und Frau auch im politischen Raume nicht aus, zumal dann, wenn die Frau Gattin und Mutter ist. Dennoch hat auch die verheiratete Frau ihre (entsprechende) politische Verantwortung und damit zugleich das Recht, ihren Einfluß auch in diesem Bereich geltend zu machen (vor allem, indem sie in der Erziehung den Kindern eine tragfähige Grundlage gibt und auch den Mann bei seiner mehr unmittelbaren politischen Tätigkeit entsprechend beeinflußt). Insofern ist politische Betätigung in einem sehr umfassenden Sinne zu verstehen. Daher präjudiziert das Gesagte auch in keiner Weise die spezifische Frage des (schweizerischen) Frauenstimmrechtes (das ja nicht bloß ein Wahlrecht wäre wie jenes der deutschen Frauen (und Männer). (Vgl. etwa LECLERCQ-DAVID, 318; KÄGI, W.: Der Anspruch der Schweizerfrau auf politische Glib, Zürich 1956.) Wohl aber ist gesagt: wo ein Frauenstimmrecht tatsächlich besteht, kann der Mann nicht entscheidungsrechtlich darüber verfügen. Vgl. Patronatsrecht der Frau im CIC (MÖRSDORF, 54/27a).

³⁸³ Eingabe vom Aug. 52 (IFS 17a).

³⁸⁴ Schreiben vom 1. Sept. 52 (IFS 26a).

durch sie eine zwischen Mann und Frau entsprechend *gleiche Entfaltungsmöglichkeit in Ehe und Familie* gewährleistet ist. Daß diese Möglichkeit besteht, dürfte das Gesagte ergeben haben.

Selbstredend handelt es sich um personale Entfaltung in Ehe und Familie, wobei Ehe und Familie nicht bloß soziologische Ortsbezeichnungen sind, sondern das, *wodurch* die Entfaltung zu geschehen hat als Entfaltung im Rahmen eines *Gemeinwohls*. Deshalb hat die gleichberechtigte Frau kein Recht, vom Mann eine Entscheidung zu fordern, die gerade ihrem individualistisch verstandenen *Privatwohl* am angemessensten wäre³⁸⁵, sowenig sich der Mann für sein Privatwohlergehen entscheiden kann³⁸⁶, und sowenig das Kind ein Recht auf die gerade für es beste Entscheidung hat³⁸⁷. Wer auf eine mög-

³⁸⁵ „Führung“ und „Gehorsam“ drücken vor allem die verschiedenen arteigenen Dienstweisen von Mann und Frau an ihrer Ehe und Familie aus. Der Mann „führt“ also nur da zu Recht in der Ehe, wo sein Wille auch dem wahren, wenn auch vielleicht mit dem sichtbaren Willen der Frau in Widerspruch stehenden Wohl der weiblichen Natur dient; wo sein Wille und Entschieden dem echten Wohl der Ehegemeinschaft und der Familie dient, nicht aber, wo er nur sein persönliches Wohl im Auge hat. Auch der „Gehorsam“ der Frau ist im ersten Fall rein auf den Nutzen der Ehe und Familie und zu ihrem eigenen Besten ausgerichtet. Würde sie im zweiten Fall widerspruchslos gehorchen, wäre sie „pflichtvergessen“ (KRÖSBACHER, 258a). Vgl. S. 279; Anm. 440.

³⁸⁶ Vgl. DE WINT, Anm. 261; S. 304. „Es gehört zum Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft, daß sie eine Schicksalsgemeinschaft ist, in der jeder Ehegatte das Los, das dem andern zufällt, mitträgt“ (BGH, 54/244b). „Das Wesen der ehelichen Lebensgemeinschaft besteht darin, daß beide Ehegatten grundsätzlich bis zu ihrem Tode gemeinsam Freud und Leid der Familie zu tragen und zu teilen haben ... Dabei dürfen zwar die persönlichen Umstände eines jeden Ehegatten nicht außer acht bleiben. Es kann aber nicht darauf ankommen, ob einem der beiden Ehegatten allein unter Berücksichtigung seiner subjektiven seelischen Einstellung der auf ihn entfallende Anteil der Last des Leides unzumutbar erscheint ... Beide Ehegatten müssen daher Schicksalsschläge, die sie oder ihre Familienangehörigen treffen, gemeinsam tragen, und wenn sie noch so schwer sind“ (LG Hannover, 54/251a). Deshalb fordert die Ehe „vom Mann und von der Frau, Einordnung, Verzicht und Opfer im Interesse der Ehe und ihrer natürlichen Fortentwicklung, der Familie“ (K. WEBER, BTDeb. II/482 A; BOSCH, FRR 48 [g]). Darum gibt es auch „in der Ehe und Familie keine reinen Individualrechte“ (H. WEBER, BTDeb. II/513 B) und kann selbst „das weniger Zuträgliche Gegenstand echten Befehls und echten Gehorsams sein“ (HIRSCHMANN, Referat 9). „Es zeigt sich, daß in einigen Familien jener Grundsatz einer Gleichrangigkeit weniger zu einer gegenseitig tief verbundenen Gefährtschaft als mehr zu einer kühleren individuellen Interessenwahrung der einzelnen Partner führt“ mit einem „Vorranganspruch ihrer individuellen Interessen vor denen der Familie“ (WURZBACHER, Die Familie im Umbruch der Gesellschaft, 16).

³⁸⁷ Im Maße sie selber zu opfern bereit seien, haben die Eltern auch das Recht, von den Kindern Opfer zu verlangen. Denn „ein Recht des Kindes auf die Entscheidung, die für es ‚die beste‘ ist, besteht nicht. Es hat ein Recht auf Entscheidungen, die ihm kein Unrecht zufügen“ (HIRSCHMANN, HK 54/341b; vgl. Anm. 503). „Denn wer davon überzeugt ist, daß es eine Skala von Werten gibt, der wird leicht einsehen, daß der Vater für ein Kind im Hinblick auf den hohen, überragenden Wert seines gewählten Berufes auch von den andern Familiengliedern ebenfalls ein Opfer verlangt, wie er es als Vater überhaupt für die ganze Familie zu tun gewillt ist“ (UTZ, Formen 58). „Das, was Familie sein soll, ist ohne jeden Zweifel in jener Familie besser verwirklicht, in der die Kinder unter der Führung ihrer Eltern für einen vielleicht unheilbar kranken Bruder größte Opfer zu bringen bereit sind, als in jener, wo alle auf quantitativer Glb bestehen“ (UTZ, Formen 59). Vgl. EHERECHTSKOMMISSION, FRR 31; BGH, 58/25 (vgl. HAUCK, EJR H III (Nr. 9) 16).

lichst unabhängige Entfaltung abzielt, soll keine Intimgemeinschaft begründen, wie sie Ehe und Familie notwendig sind³⁸⁸.

Wohl aber haben Mann und Frau und Kinder ein Recht, daß die Gemeinschaft durch die sie vertretende Autorität auch ihr *persönliches Wohl* bedenkt und in solidarischer Gemeinschaftlichkeit, aber ohne jeden „Patronalismus“³⁸⁹ fördert. Naturgemäß schließt dies oft auch ein Verzichtemüssen auf Privatwünsche mit ein. Aber auch hier sind Mann und Frau gleichgestellt. Denn einerseits hat der *Mann* den Verzicht der Frau als gemeinwohlnotwendig zu beweisen, und andererseits ist der Mann gleicherweise zum Verzicht verpflichtet, wo er dessen Gemeinwohlgefordertheit entweder selber einsieht oder durch die *Frau* bewiesen erhält.

Ergebnis (zu § 1)

1. Als Sozialrecht ist das Entscheidungsrecht Dienstrecht an den Personalrechten gerade auch der Frau. Es hat deren Vollzug durch Bereitstellung einer äußeren Ordnung des ehelichen Gemeinschaftslebens (Gemeinwohlmitte) möglich zu machen.

2. Sofern diese entscheidungsrechtliche Bereitstellung als Ausrichtung der Personalrechte auf die Gemeinwohlmitte einen *Verzicht* individueller Unabhängigkeit fordert, ist sie vom Entscheidungsberechtigten als Notwendigkeit der Gemeinschaft zu beweisen. Dabei ist selbstredend der Mann an einen (allenfalls von der Frau bewiesenen) gemeinwohlgeforderten Verzicht eigener Unabhängigkeit genau so gebunden wie die Frau.

3. Namentlich hat die Frau ein personales (aber durch das Gemeinwohl der Ehe und Familie sozial gebundenes) Eigentumsrecht. Fordert das Gemeinwohl einen Eingriff in dieses Eigentum, schuldet der Mann der Frau Rechenschaft. Im Anspruch auf personale Entfaltung kann die Frau auch das Recht haben auf außerhäusliche Betätigung. Sie hat aber ihren Rechtsanspruch mit ihrer erfüllten häuslichen Sozialverpflichtung gegenüber dem Manne zu rechtfertigen.

³⁸⁸ ERMECKE, Frau 53/79; Leitsätze 265 a; MULERT, IFS 58 a; R. SCHERER, 18; BOSCH, 58/82a.

³⁸⁹ „Je mehr der Mensch seiner Vernunft mächtig und seines Willens Herr wird, umso mehr liegt es im Gemeinwohl, ihm die Selbstbestimmung zu überlassen“ (UTZ, Formen 69). Der Grundsatz des Patronalismus, „Alles für, nichts durch das Volk“ wäre gerade in Ehe und Familie ein Verhängnis. Dies gilt schon im Eltern-Kind-Verhältnis; erst recht aber in dem von Mann und Frau (vgl. MONZEL, 56/214 b; S. 334).

4. In der Gleichverpflichtetheit von Mann und Frau zum gemeinwohlnotwendigen Verzicht liegt angesichts der Gemeinwohlgebundenheit des Entscheidungsrechtes echte *Gleichberechtigung*.

5. Insofern ist die innere Wesensstruktur des Entscheidungsrechtes nicht nur mit der Gleichberechtigung vereinbar, sondern läßt diese das Entscheidungsrecht geradezu als Dienstrecht zur Verwirklichung der ehelichen Gleichberechtigung erscheinen. Wie ist aber die Gleichberechtigung von Mann und Frau im konkreten *Vollzug* des Entscheidungsrechtes gewährleistet?

§ 2. Der Vollzug des Entscheidungsrechtes

Der Vollzug des Entscheidungsrechtes besteht *formaliter* in dem einfachen und unteilbaren Akt der Rechtssetzung. Er wird vom Mann allein vollzogen, insofern „das Treffen positiver Rechtsentscheidungen dem Manne gemäß³⁹⁰“. Am Zustandekommen dieses einen Aktes sind aber eine Reihe weiterer Akte beteiligt, die ihrerseits auch von der Frau vollzogen werden können und müssen. Insofern ist der Vollzug des Entscheidungsrechtes *materialiter* ein Wechselbezug von Mann und Frau. Dieses den eigentlichen Entscheidungsakt vorbereitende Wechselspiel zwischen Mann und Frau bildet die *psychologischen Voraussetzungen* zum unmittelbaren Vollzug des Entscheidungsrechtes. Diese psychologischen Voraussetzungen sind hier näher darzulegen. Denn nur so läßt sich verstehen, wie das Entscheidungsrecht *praktisch* im täglichen Leben vollzogen wird.

Das Entscheidungsrecht soll die möglichen Verschiedenheiten unter den Gatten überwinden und so jene, zum gemeinschaftsnotwendigen gemeinsamen Handeln notwendige, Willenseinheit unter den Gatten ermöglichen. Es sind aber *vier Fälle* der Meinungs- und Willensbildung möglich.

³⁹⁰ HIRSCHMANN, HK 53/281a (vgl. S. 297; 301; 303; Anm. 259; (E) S. 441; 448).

A. Willenseinheit ohne Stichentscheid

1. *Fall: Meinungs- und Willenseinheit.* — Schon vor oder doch nach einer Aussprache sachlich einig, sind Mann und Frau zugleich auch willentlich einig. Das Entscheidungsrecht des Mannes vollzieht sich so, daß der Willensentscheid des Mannes den einstimmigen Vorschlag verbindlich setzt und die Frau selbstverständlich einwilligt.

2. *Fall: Willenseinheit bei Meinungsverschiedenheit.* — Auch die Aussprache hat nicht zu einer einheitlichen Auffassung geführt. Aber einer der Gatten, gleich welcher, sagt — sei es im Wissen um seine geringere Sachkompetenz, sei es auch nur um des lieben Friedens willen —: „Zwar sehe ich die Sache anders; aber ich will, was du willst.“ Auch hier vollzieht sich das Entscheidungsrecht als Willensentscheid des Mannes bei gleichzeitiger Willenzustimmung der Frau. Nur, daß entweder der Mann sich trotz seiner andern Meinung willentlich für den Vorschlag der Frau entscheidet, oder die Frau ihre Eigenmeinung willentlich der des Mannes hintansetzt³⁹¹.

Praktisch — und auch im unmittelbaren Bewußtsein der Gatten — geht es in beiden Fällen um „gemeinsames Entscheiden“ und „freie Vereinbarung“. Rechtsphilosophisch und *psychologisch* ist aber doch eher an einen virtuellen Vollzug des Entscheidungsrechtes zu denken. Je selbstverständlicher und unproblematischer nämlich sich Mann und Frau dem Entscheidungsrecht stellen, desto weniger wird dessen formeller Einsatz notwendig, und desto besser wird er notfalls gelingen. Darum hat der Mann, wo es schließlich auch „ohne Entscheidungsrecht“ zur Einwilligung kommt, zu lernen, die Vorschläge der Frau zu berücksichtigen und auf ihre Zustimmung zu warten, und hat die Frau dem Mannesentscheid zu vertrauen, weil sie in der Selbstverständlichkeit des Alltags immer wieder erfährt, der Mann will gerade ihr freies Mittun und ihr eigenes Wohl. Wer den Vollzug des Entscheidungsrechtes nicht schon virtuell gewohnt ist, wird ihn erst recht dort ablehnen, wo ihn die Konfliktsituation als „Stichentscheidung“ formell notwendig macht³⁹².

³⁹¹ „Selbst das Nachgeben eines Ehepartners wird als ‚Einigung‘ empfunden, als eine freiwillige Zurückstellung der eigenen Wünsche“ (WOLLE, 18). Vgl. etwa die „gemeinschaftliche Adoption“, wo „die Erklärung der Ehegatten, sie wollten ein Kind gemeinschaftlich annehmen“, zwar besagt, „daß jeder von ihnen es adoptiere“, nicht aber, „daß jeder bereit sei, das Kind auch im Wege der Einzeladoption anzunehmen“ (BGH, 57/306).

³⁹² Wenn wir die Entscheidung innerhalb der Ehe und Familie suchen, wird „der heilsame Druck ausgeübt, nicht abzuwarten, ob man einig wird, und wenn man nicht mehr einig ist, dann eben

B. Willenseinheit durch Stichentscheid (3. Fall)

Die Frau sagt zum Mann: „Ich sehe die Sache anders und muß sie daher auch anders wollen. Aber wenn du ausdrücklich auf deinem Vorschlag beharrst und willens bist, gerade ihn durchzusetzen, werde ich mich um des gemeinsamen Wohles unserer Einheit willen fügen und tun, was du willst, obschon ich es — auf mich allein gestellt — nicht oder anders tun würde.“ Hier fällt das Entscheidungsrecht den sogenannten *Stichentscheid*. Er ist notwendig, wenn mehrere mit der ehelichen Lebensgemeinschaft gleicherweise vereinbare Möglichkeiten der Gestaltung derselben oder mehrere mit dem Wohl der Kinder vereinbare Möglichkeiten der Ausübung elterlicher Gewalt ihnen gegenüber gegeben sind und eine Entscheidung um des Wohles von Ehe und Familie angemessen ist, aber auf Grund *nicht-überwindlicher* Willensunterschiede nicht durch Vereinbarung zustande kommt. Dies ist der Fall, „wenn ernsthafte Bemühungen um eine gemeinsame Entschließung erfolglos verlaufen sind, was schuldhafterweise, gelegentlich aber auch einmal ohne irgendwelches Verschulden vorkommen kann, dann nämlich, wenn jeder Teil glaubt, aus gewichtigen Gründen auf seiner Meinung beharren zu müssen, und die Frau es darum als geboten erachtet, nicht aus freien Stücken dem Manne zuzustimmen, vielmehr das geringere Übel darin erblickt, sich pflichtmäßig seinem von ihr nicht geteilten Willen zu fügen“³⁹³.

auseinander zu gehen, sondern die Übereinstimmung herzustellen. Und indem man die Übereinstimmung herstellt, kommt es gar nicht mehr zur Ausübung der Entscheidungsmacht. Ist die Entscheidungsmacht ... innerhalb der ehelichen Gemeinschaft, dann wird es äußerst selten dazu kommen, daß sie aktuell wird, sondern dadurch, daß sie habituell vorhanden ist, dadurch wirkt sie dahin, daß man zur Einigkeit, zur gemeinsamen Entscheidung hinstrebt und es so zum Stichentscheid gar nicht erst kommt“ (v. NELL-BREUNING, 13). „Nous sentons bien que l'homme peut exercer une certaine autorité dans le foyer, mais qu'il ne doit pas trop en parler“ (LOCHET, L'anneau d'or, 56/112).

³⁹³ v. NELL-BREUNING, Die Frau 215f. „In einer gesunden Familiengemeinschaft wird ... die Frage des Stichentscheides im allgemeinen überhaupt nicht oder jedenfalls nicht in dem Maße praktisch werden, daß es der förmlichen Entscheidung des Stichentscheidungsberechtigten oder einer dritten Stelle bedürfte. Denn dort wird zwischen den Ehegatten und Eltern regelmäßig ... eine ... Übereinkunft zu erzielen sein, und sei es auch nur in der Weise, daß faktisch gewissermaßen der eine Teil auf seinem Standpunkt beharrt und der andere sich im Interesse der Erhaltung des Familienfriedens damit abfindet“ (OLG Frankfurt, 54/23a). Vgl. Anm. 391.

„Lorsque les avis des deux époux restent partagés, après essai sincère de conciliation, et que les deux avis sont conformes aux lois de Dieu, alors c'est à la mère et non pas au père à céder“ (DE WINT, 589). „Si uxor adversus ea quae maritus disponit, insistat, cum recta subordinatione consonum est. Praeterea ea quae ab uxore sapienti viro suo ad agenda proponuntur, ab eodem prudenter considerari debent. Quandoque accidit ut propositum viri minus sapiens uxori appareat. Haec vero voluntati viri generaliter submittere debet ex principio iuxta quod oboediendum est superiori rationabiliter imperanti. Mandata sane, quae bono domestico sive spirituali sive temporali adversantur irrationabilia censi debent“ (RISK, 17). Vgl. ALTHAUS, 205 b (Anm. 396).

Selbstverständlich wird es nur *höchst selten* soweit kommen. Denn die Frau vermag mit ihrer besonderen Einfühlungsgabe leicht verstandes- und willensmäßig auf die Pläne des Mannes einzugehen³⁹⁴, oder wird ihn dank ihrer Überredungsgabe unschwer von der Richtigkeit ihrer eigenen Ansicht überzeugen³⁹⁵. Selbst jener Stichtentscheid, der einmal etwas für sie weniger Zuträgliches bestimmen sollte, kann Gegenstand ihres personalen Gehorsams sein und enthält solange nichts für sie Entwürdigendes, als sie ihn sittlich verantworten kann³⁹⁶.

Anderseits wird die Frau manchmal vom Manne einen formellen Entscheid geradezu *fordern*, nicht etwa, weil sie verschiedener Meinung wäre, sondern weil ihr der formelle Mannesentscheid eine äußere Sicherheit gibt, die sie naturhaft nicht so leicht erreicht. Darum mag es sogar wahr sein, daß die Frau den unentschlossenen und entscheidungsunfähigen Mann gar nicht recht als Mann achten kann³⁹⁷.

Aus diesen *psychologischen* Erwägungen folgt *rechtsphilosophisch* ein Dreifaches:

1. Das Entscheidungsrecht wird hier *formell* geltend gemacht. Denn die handlungsnotwendige Willenseinheit kommt *nur* durch den formellen Willensentscheid des Mannes zustande: die in den beiden Erstfällen *gleichzeitige* Willenszustimmung der Frau erfolgt ja hier erst im Hinblick auf den bereits formell konstituierten Manneswillen, also der Natur nach später.

³⁹⁴ Vgl. S. 265; 268.

³⁹⁵ Vgl. S. 267ff.

³⁹⁶ Vgl. HIRSCHMANN, Referat 9; vgl. Anm. 386. „Befremdlich ist, wieso in aller Welt der Gehorsam der Frau gegenüber einer innerlich sinnvollen, wenn auch vielleicht von ihrem eigenen Willen abweichenden Entscheidung des Mannes weniger mit ihrer Würde vereinbar sein soll als der in diesem Falle [nämlich bei der Annahme eines entscheidenden VormG] dem Staate gegenüber zu leistende“ (HIRSCHMANN, HK 53/281a). „Es wird dem rechten Gatten nicht leicht sein, unter Umständen gegen das Urteil und den Willen der Ehefrau zu entscheiden. Aber es ist ihm aufgetragen, zu entscheiden. Daß es so ist, fühlt und weiß gerade die Frau. Sie wird gewiß mit dem Manne oft ringen, um ihn für ihre eigene Beurteilung einer wichtigen Frage zu gewinnen. Gelingt das aber nicht, so wird sie nicht ihr Urteil und ihren Willen gegen den ihres Mannes durchsetzen wollen. Die vom Manne getroffene Entscheidung kann ihr manchmal in der Sache schmerzlich sein. Aber wenn sie seines Verantwortungsernstes und seines besten Willens gewiß ist, wird sie sich gerne bescheiden und unterordnen. Das ist ihr als Frau — trotz allem! — im Tiefsten natürlich und, in der Ordnung“ (ALTHAUS, 205b).

³⁹⁷ HATTINGBERG, 339 (vgl. S. 267). La femme „trouve facilement assez douce l'autorité qu'elle éprouve comme un soutien de sa propre faiblesse. Même si l'autorité est dure, quelquefois même surtout si l'autorité est dure, elle l'aime, précisément parce qu'elle y éprouve un soutien plus solide ... Certains troubles de ménages, certaines ruptures spirituelles viennent de ce que certains maris ne commandent pas. „Je suis seule, dit la femme, il ne commande pas, il ne dirige pas son foyer. Je ne trouve pas auprès de lui le soutien dont je rêvais. Je dois même souvent prendre des initiatives qui me font éprouver davantage encore mon isolement“ (HENRY, 126ff.). Vgl. HÜBNER, 48; Anm. 243; 349.

2. Beim Entscheidungsrecht ist mithin ein *virtueller* (1. und 2. Fall) und *formeller* Vollzug zu unterscheiden (latente Autorität und formelles Geltendmachen der Autorität). Als Konfliktsinstanz wesentlich auf den Stichtscheid ausgerichtet, muß das Entscheidungsrecht um des Stichtscheids willen schon vorgängig dazu *latente Autorität* und damit mehr als bloßes Stichtscheidsrecht sein. Sonst läuft es Gefahr, in einem Fall, der auf keinen Fall eine „Machtprobe“ erträgt, es doch auf eine solche ankommen zu lassen, dadurch aber das Einvernehmen erst recht zu gefährden³⁹⁸.

³⁹⁸ „Die Autorität des Vaters ist daher nicht bloß insoweit als notwendig anzusehen, als bei dem Fehlen eines Einverständnisses eine Autorität da sein muß, die den Stichtscheid gibt; sie ist vielmehr schlechthin notwendig, nicht nur um der Familie nach außen hin eine handlungsfähige Vertretung zu geben, sondern auch um den Frieden in der Familie selbst zu gewährleisten“ (MÖRSDORF, StdZ 53/322; vgl. HIRSCHMANN, HK 54/343b; Anm. 544).

Hier zeigt sich, wie und wie weit das ER konfliktverhütend ist (vgl. BOSCH, FR 97; SH 21b; RÜDEL, JR 51/745b). „Das Ansteigen der Ehescheidungsziffer ist unter patriarchalischem Recht erfolgt, und das Entscheidungsprivileg des Mannes hat sich keineswegs als konfliktverhütend erwiesen“ (SCHEFFLER, DRiZ, 53/87b; ähnlich SPD-ENTWURF, 48; WOLLE, 20; SOZIALARBEITERINNEN, IF (Jan.) 57/9a). Dazu treffend SCHWARZHAUPT, BTDeb. II/500 B. Daß es unter diesem Recht erfolgt ist, bestreitet niemand. Ist es aber gerade wegen des ER erfolgt; und wenn schon, wegen des Rechtes selbst, oder wegen seines Mißbrauchs, bzw. wegen des unzulänglichen Rechtsschutzes der Frau vor diesem Mißbrauch? (Vgl. S. 362). Im Grunde beruht schon diese Fragestellung auf einem Mißverständnis des ER. Wenn nämlich das ER richtig funktioniert, ist nicht zuerst ein Konflikt da, der hinterher durch das ER entschieden wird, sondern es entsteht überhaupt kein Konflikt. Insofern ist die Konfliktverhütung positiv überhaupt nicht feststellbar. Festzustellen ist allermeistens nur der Fall, wo es versagt hat: wo der Konflikt (trotz des ER) ausgebrochen ist und (trotz des ER) nicht geschlichtet wurde. Auf Grund dieses Versagens die konfliktverhütende Wirkung des ER zu verneinen, wäre ebenso töricht, wie auf Grund der Verkehrsunfälle die unfallverhütende Funktion des Verkehrspolizisten zu leugnen (zum Vergleich vgl. LECLERCQ-DAVID, 300; dazu HIRSCHMANN, Anm. 488). Im übrigen will man in England „auch festgestellt haben, daß die Gb, insbesondere die Berufstätigkeit der Frauen, die ständige Zunahme der Ehescheidungen verursacht habe“ (SCHULTZ, MDR 57/462b).

Freilich ist es „schon psychologisch etwas anderes, ob beide Teile gleiche Rechte haben und damit grundsätzlich auf eine Einigung angewiesen sind oder ob von vornherein der eine das Übergewicht der Alleinentscheidungsbefugnis hat“ (SCHWOERER, 56/242b; ähnlich EVANG. FRAUENARBEIT, IFS 32b; vgl. Eherecht 61; 71; FRAUENRING, IFS 25b; ARNOLD, MDR 53/333b; METZGER, BTDeb. III/11794 B). Aber entgegen dieser Ansicht zeigt der psychologische Befund: Wenn Mann und Frau „gleiche Rechte“ haben, hat jeder zunächst einmal die Neigung, auf seinem Recht zu bestehen und eben nicht nachzugeben. Das Geltendmachen des gleichen Rechtes wird so für die Frau zur Prestigefrage und selbstverständlich für den Mann erst recht. „Wird die Einigung wirklich erleichtert, wenn im Hintergrund immer die Möglichkeit der Anrufung des Gerichtes steht? Kann nicht gerade diese Möglichkeit zu einer Versteifung führen“ (WAHL, BTDeb. III/11792 B), weil jeder sein Recht haben und (gerichtlich) durchsetzen lassen will? Umgekehrt: wo der Mann „sein Recht“ hat (und die Frau das ihre, nämlich ihr Gehorsamsrecht), ist es ihm psychologisch viel leichter nachzugeben. Er weiß dann, daß er zwar Recht hat, es aber nur behält, wenn er Rücksicht nimmt und sein Recht für Frau und Kind einsetzt. Deshalb „muß“ der Mann Recht haben (vgl. HATTINGBERG, S. 267) und bedeutet auch das (positive) ER für ihn einen [zusätzlichen] „sittlichen Impuls, die Schutzfunktion gegenüber den Kindern [und der Frau] ernst zu nehmen“ (WAHL, BTDeb. III/11793 A). Die Frau aber muß den Mann lehren (oft einfach *via facti*, indem sie das Situationsgemäße tut [vgl. HATTINGBERG, 333]),

3. Die formelle Autorität verhält sich zur latenten selbst wieder *subsidiär* (soviel Freiheit wie möglich, soviel Autorität als notwendig) und zwar in doppelter Weise:

a) Nicht nur der Inhalt des Entscheides ist am Gemeinwohl zu messen, sondern auch das *formelle* Entscheiden ist als Notwendigkeit dieses Gemeinwohles zu begründen und allenfalls der Frau zu beweisen.

b) Das formelle Entscheiden selber hat wiederum, soweit möglich, im „*Entscheidenlassen*“ zu bestehen und nur soweit gemeinwohlgefordert die Eigenmeinung durchzusetzen. Denn es entspricht nicht nur dem sittlichen Ordnungsverhältnis von Mann und Frau, sondern auch dem Sinn der Entscheidungsgewalt, daß der Mann überall dort, wo die Frau besser weiß, was zu tun ist, sie selber entscheiden läßt. Wenn schon die Eltern unbeschadet ihrer Autorität die Kinder wachsend entscheiden lassen sollen, dann hat erst recht der Mann seiner Frau jenen Spielraum eigener Entscheidung zu überlassen, den im Rahmen geordneter Gemeinschaft die Frau wie die Gemeinschaft brauchen³⁹⁹.

C. Willensverschiedenheit bei Entscheidungs- und Widerstandsrecht (4. Fall)

Wenn die Frau überzeugt ist, der Mannesentscheid sei sittlich nicht tragbar, darf sie weder willentlich zustimmen, noch an sich bei der entsprechenden äußeren Handlung mitwirken. Sie ist im Gegenteil verpflichtet, soweit möglich, dem Entscheid zu widerstehen. Das Eigentümliche ist hier, daß die zwei entgegengesetzten Willenshaltungen *notwendige Folge* einer Überzeugung sind, welche die andere als objektiv sittlich unvertretbar erachtet und daher aus Gewissensgründen ablehnen muß. Eine Willensänderung wäre daher nur durch eine Gewissensänderung möglich. Gewissensentscheidungen unterstehen aber als Wahrheitsentscheidungen nicht dem Entscheidungsrecht.

„sein Recht“ richtig zu gebrauchen. In diesem Lehrgang, zu dem sie das beste natürliche Befähigungszeugnis besitzt, erweist sie dem Manne, den Kindern und auch sich selber den größeren Dienst, als wenn sie auf ein „gleiches Recht“ pocht. Vgl. Anm. 538.

³⁹⁹ Vgl. TH. MEYER, I. Nr. 385 (3); UTZ, Formen 68 ff.; RAHNER, Schriften II/264 (c), S. 306; 334.

Da der rechtmäßige Gebrauch des Entscheidungsrechtes die Willenszustimmung der Frau als *conditio sine qua non* voraussetzt⁴⁰⁰, diese aber hier gewissensmäßig verweigert werden *muß*, ist der Mann hier *nicht* ohne weiteres zu entscheiden befugt, sondern zunächst verpflichtet, sich nochmals mit der Frau zu beraten und um eine gemeinsame Gewissensüberzeugung zu mühen. Allenfalls werden sie eine, in der strittigen Entscheidung besonders befähigte, staatliche oder nicht staatliche Drittperson zur Wahrheitsfindung beiziehen müssen⁴⁰¹.

Indes ist diese Gewissensbildung zu zweit oder dritt weder immer möglich, noch immer erfolgreich. *Nicht möglich*: die unmittelbar geforderte Handlung stellt keine Zeit zur Verfügung. *Nicht erfolgreich*: auch die neue Sachberatung kann unter Umständen die Gewissensbedenken nicht beheben. Der wahrheitsabklärende Entscheid der Drittperson hat zwar die Präsumpption des nunmehr sittlich Gebotenen, und sollte so zu einer neuen Gewissensüberzeugung führen oder beide Gewissen auf eine Drittlösung einigen. Dennoch ist weder die neue gemeinsame Beratung, noch der Entscheid der Drittinstanz unfehlbar⁴⁰².

Kommt es zu keiner Gewissenseinigung und bleiben daher die sich widersprechenden Willenshaltungen, können Mann und Frau nach ihrem persönlichen aktuellen Gewissensentscheid handeln, immer bedacht, das kleinere Übel zu wählen und das Gesamtwohl zu vertreten: Der *Mann* handelt dabei auf Grund seines *präsumptiven Entscheidungsrechtes*, indem er nach seiner Überzeugung die Zustimmung der Frau als objektiv geschuldet und objektiv mißbräuchlich verweigert annehmen muß; die *Frau* handelt auf Grund des ihr hier nach ihrer Überzeugung *subsidiär* zukommenden Entscheidungsrechtes,

⁴⁰⁰ Vgl. S. 216; 230.

⁴⁰¹ Vgl. S. 210, SPD-ENTWURF, 72. Der ANWALTVEREIN meint: „Sind die Eltern durch richterliche Entscheidung belehrt, wer in dem Falle die Entscheidungsbefugnis hat, werden sie nicht selten doch noch zu einer gemeinschaftlichen Regelung gelangen, da der vom Vormundschaftsgericht ermächtigte Elternteil vielleicht darauf bedacht sein wird, nur im äußersten Notfall von seiner einseitigen Befugnis Gebrauch zu machen“ (IFS 22a). Wieso soll nun ausgerechnet der vormundschaftlich Ermächtigte vielleicht (!) nur im äußersten Notfall allein entscheiden und nicht auch der naturrechtlich Ermächtigte? Braucht es, dieses Vielleicht zu erreichen, wirklich einer vormundschaftlichen Ermächtigung, könnte nicht vielleicht auch schon eine vormundschaftliche Belehrung (allenfalls Mißbrauchsfeststellung) den Mann soweit bringen, daß er nicht „allein“ von seinem ER Gebrauch macht?

⁴⁰² Vgl. S. 208. Zum entstehenden Gewissenskonflikt vgl. entsprechend RAHNER, Schriften II/264 (d).

weil nach ihrer Überzeugung der Mannesentscheid das Gemeinwohl verletzt und sie sich daher mit der rechtlichen Interessenwahrung des Gemeinwohles belehnt wissen muß⁴⁰³.

Führt das beiderseitige gewissenhafte Handeln nachträglich zur Einigung, umso besser. Wenn nicht, hat notfalls die *Drittinstanz* festzustellen, welcher Entscheid objektiv, am konkreten Gemeinwohl dieser Ehe und Familie in dieser Situation gemessen, mißbräuchlich (nicht unbedingt subjektiv schuldbar) war, und welcher objektiv rechtens war und jetzt noch verbindlich ist⁴⁰⁴.

Ergebnis (zu § 2)

1. Das Entscheidungsrecht ist als Recht willentlicher Letztentscheidung bei allen psychologisch möglichen Willenshaltungen vollziehbar.

2. Bei der *Willenseinstimmigkeit* (1. und 2. Fall) latent vorhanden, selbstverständlich vorausgesetzt und unproblematisch eingeübt, überwindet es, formell als Stichentscheid eingesetzt, die *Willensverschiedenheit* unter den Gatten (3. Fall) und ermöglicht auch dort, wo es den gewissensmäßigen *Willenswiderstand* der Frau nicht unmittelbar beheben kann, das gemeinschaftsnotwendige Handeln (4. Fall).

3. Wie aber ist das immer vollziehbare Entscheidungsrecht im unmittelbaren *Ergebnis* seines Vollzuges?

§ 3. Das Ergebnis des Entscheidungsrechtes

Das Ziel des Entscheidungsrechtes ist die rechtsverbindlich festgesetzte Gemeinwohlmitte. Das unmittelbare Ergebnis des vollzogenen Entscheidungsrechtes ist der gefällte *positive Rechtsentscheid* über diese Gemeinwohlmitte. Wie jeder positive Rechtsentscheid besteht auch dieser aus Rechtsinhalt und Rechtsform. Beide zusammen bestimmen den *rechtslogischen Aufbau des Entscheides*. Da der *Rechtsinhalt* zurückgeht auf jene, dem Entscheid als verbindlich gesetzten vorgängigen *Sachberatungen*, die *Rechtsform* aber, die den Inhalt zum

⁴⁰³ „Es ist durchaus denkbar, daß ein Ehegatte seine Zustimmung zu einer Maßnahme versagt, der andere sie aber gleichwohl ausführt, ohne damit die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu verletzen“ (ANWALTVEREIN, IFS 20a). Vgl. Anm. 111.

⁴⁰⁴ Wegen der Beweislast vgl. S. 336.

verbindlich gesetzten macht, im rechtsetzenden *Willen* gründet, ist der mögliche Anteil von Mann und Frau am rechtslogischen Aufbau des positiven Rechtsentscheides leicht zu bestimmen.

A. Der Anteil von Mann und Frau am Rechtsinhalt

An der Gestaltung des *Rechtsinhaltes* sind Mann und Frau in gleicher Weise beteiligt. Denn Rechtsfindung ist Wahrheitsfindung. Im Recht aber auf Wahrheit und Wahrheitserforschung sind Mann und Frau unterschiedslos gleich, weil beide Verstand haben, keiner jedoch unfehlbar ist.

Da naturrechtlich nur das objektiv Gerechte (der gemeinwohl-entsprechende Inhalt) positiv als Recht setzbar ist, ist naturrechtlich jene, die *Rationalität des Rechts* begründende, Rechtsfindung besonders beim Entscheidungsrecht schlechthin entscheidend. Denn der Entscheidende kann sich hier in den wenigsten Fällen auf gesetztes Recht berufen, sondern muß durch eigene Analyse des Sachverhaltes erst herausfinden, was hier und jetzt dem konkreten Gemeinwohl dieser Ehe und Familie und aller darin personal Eingeschlossenen am besten entspricht. Entscheidend, hat er mit den vorhandenen Mitteln den Bedürfnissen, nach deren personaler Wichtigkeit und geleitet von gemeinschaftlicher Solidarität, zu entsprechen zu suchen⁴⁰⁵. Entscheiden wird derart zu eigentlich rechtsschöpferischem Tun. Um jedoch den Einzelnen entsprechen zu können, muß er deren Bedürfnisse auch kennen. So fordert schon die Rationalität des zu fällenden Rechtsentscheides, die Entscheidungsbetroffenen nach ihrer personalen und sachlichen Zuständigkeit zur Rechtsfindung beizuziehen⁴⁰⁶.

Wo daher die Frau auf Grund ihrer persönlichen oder fraulichen Fähigkeit richtiger entscheiden kann, ob ein bestimmter Weg besser

⁴⁰⁵ Vgl. UTZ, Formen 58; Anm. 389.

⁴⁰⁶ Für die Rechtsfindung kann deshalb v. NELL-BREUNING sagen: „... es kann nur eine Überlegenheit des einen oder anderen Teiles an Sachkenntnis und Einsicht geben. Da wird es Dinge geben, etwa im Zusammenhang mit der Berufswahl der Kinder, in denen der Vater sehr viel mehr Überblick hat als die Mutter ..., und es wird tausend andere Dinge geben, nicht allein bezüglich der körperlichen Pflege des Kleinkindes, sondern auch hinsichtlich der Gemütsbildung und seelischen Reifung des heranwachsenden Kindes, wo die Mutter dem Vater an Einsicht und instinkt-mäßiger Treffsicherheit unvergleichlich überlegen ist. Mit Entscheidungsmacht hat das nichts zu tun, und als vernünftige Menschen werden die Eltern zum einen Teil die sich von selbst ergebende Arbeitsteilung wahren und zum andern Teil gemeinsam überlegen, um jeweils der im Gedankenaustausch sich abklärenden besseren Einsicht zu folgen“ (12). Vgl. auch TH. MEYER, II. Nr. 579. Hier geht es wirklich um eine *dyarchia* im Sinne eines *condominium communicato consilio* (vgl. DESCHENAUX, 443; EGGER, 10); vgl. Anm. 129.

ist oder nicht, etwa in der Heimgestaltung oder Kindersorge, ist der Träger der willentlichen Autorität *verpflichtet*, sie als Autorität in der Wahrheitsfrage im Entscheid zu berücksichtigen: der Willensentscheid des Mannes ist nur dann als nicht mißbräuchlich verbindlich, wenn der Mann, je nach seiner intellektuellen Unbegabtheit oder Unzuständigkeit, sich den Vorschlag der Frau zu eigen macht, ja formell den Entscheid der Frau überläßt⁴⁰⁷.

Aus der Tatsache, daß der Mann den willentlichen Letztentscheid fällt, ist also nicht ersichtlich, ob er auch beim Sachentscheid den Ausschlag gab. Damit fällt jener *Einwand*, wonach bei positiviertem Entscheidungsrecht nur der Mannesvorschlag rechters sei, während beim gestrichenen und der einzig erwähnten Einigungspflicht weder der Vorschlag des Mannes, noch jener der Frau, sondern erst die aus beiden Vorschlägen resultierende *gemeinsame Kompromißlösung* rechtmäßig sei. Hier fehlt wieder die Unterscheidung zwischen *Gebrauch* und *Mißbrauch*. Denn genau diese verabredete Drittlösung wird in den meisten Fällen nicht nur die praktisch beste, sondern auch die einzige ohne Entscheidungsmißbrauch setzbare und rechtsverbindliche Lösung sein. So ist Berücksichtigung des sachverständigen fraulichen Vorschlages *conditio sine qua non*, den Entscheid überhaupt rechters setzen zu können⁴⁰⁸.

B. Der Anteil von Mann und Frau an der Rechtsform

Am Zustandekommen der *Rechtsform* sind Mann und Frau verschieden beteiligt. Der *rechtsetzende Willensakt*, wodurch der Vorschlag als willenbindendes Recht gesetzt wird, ist der unmittelbare Vollzug

⁴⁰⁷ Dieses Überlassen kann aber rechtlich Verschiedenes bedeuten: 1. das Überlassensein aus der Natur der Sache heraus, sei es inhaltlich für bestimmte Sachgebiete (Haushalt), sei es überhaupt falls der Mann tot oder abwesend ist (subsidiäres ER); 2. das eigentliche Überlassen aufgrund individueller Fähigkeiten des Mannes wie der Frau, denzufolge der Mann Entscheide, die an sich eher durch ihn zu fallen wären, der Frau zu entscheiden geben muß (so daß der Mann aus der konkreten Sachlage erkennt, daß hier das subsidiäre ER der Frau geltend zu machen ist), oder geben kann (wobei nur im letzten Fall, wo der Mann, wenn er wollte, auch selber entscheiden könnte, eine eigentliche *Delegation* des Mannes an die Frau vorliegt). Insofern ist die Aussage: Der Mann kann seine Entscheidungspflicht auch dadurch erfüllen, „daß er der Frau die Entscheidung z. B. in der inneren Gestaltung des Hauswesens überläßt“ (K. WEBER, BTDeb. III/11769 A), noch mehrdeutig und für das angeführte Beispiel insofern ungenau, als das ER sich nicht unmittelbar auf die „innere Gestaltung des Hauswesens“ erstreckt und daher der Entscheidungsberechtigte die Entscheidung auch nicht einem andern überlassen kann. Vielmehr stellt der Mann hier nun fest, daß die Haushaltsentscheidung zunächst der Frau überlassen ist.

⁴⁰⁸ Damit erweist sich auch der Einwand, daß beim (kodifizierten) ER des Mannes „die Frau im Spannungsfalle an der Entscheidung nicht beteiligt wird“ (IFS 52a), als falsch.

des Entscheidungsrechtes. Als unmittelbare Folge des vollzogenen Entscheidungsrechtes ist daher die Rechtsform ausschließlich im Manne begründet: der männliche Willensakt ist *rechtskonstitutiv*.

Um aber innerlich möglich zu sein, fordert diese Rechtskonstitution nicht nur das Ein-verständnis, sondern auch die *Ein-willigung der Frau* als *conditio sine qua non* der Setzbarkeit. Wo immer sie nicht als selbstverständlich gegeben vorauszusetzen ist, hat sie der Mann eigens einzuholen. Nur wenn dies nicht möglich ist, oder die Frau sie entweder rechtsirrtümlich ohne Schuld (im Gewissenskonflikt) oder pflichtvergessen schuldhaft verweigert, kann der Mann ohne aktuell gegebene Willenszustimmung der Frau entscheiden, sofern auch die durch die Weigerung neu geschaffene Situation des Gemeinwohles den Entscheid fordert.

Der Grund für diese Aufteilung der Rechtskonstituierung in constitutivum und conditio liegt darin, daß in der Zweiergemeinschaft für die anderswie nicht lösbare Konfliktsituation auch einer allein rechtens muß entscheiden können. Das aber scheint nur auf diese Weise möglich ⁴⁰⁹.

Ergebnis (zu § 3)

1. Am *Rechtsinhalt* sind Mann und Frau abstrakt unterschiedslos gleichberechtigt. Konkret erwächst ihnen aus ihrer persönlichen und naturhaften Sachverständigkeit (als dem Rechtstitel) das besondere Recht, bei den einschlägigen Fragen besonders am Rechtsinhalt beteiligt zu sein. Derart ist das Ein-verständnis der Frau für den Inhalt *conditio seiner Setzbarkeit*.

2. An der *Rechtsform* sind Mann und Frau unterschiedlich gleichberechtigt:

- a) der *Mann* hat das Recht zur konstitutiven *Rechtssetzung*,
- b) die *Frau* das Recht zur *Einwilligung*, als gemeinwohlgefordert zu gebender oder zu verweigernder. Derart ist die Ein-willigung der Frau *conditio für die der Setzung* als verbindlichkeitsbegründender.

3. Falls die inhaltliche oder formale conditio nicht erfüllt ist, liegt *Mißbrauch* der Entscheidungsgewalt vor. Was aber geschieht bei Mißbrauch?

⁴⁰⁹ Vgl. S. 215.

Zweites Kapitel

DER MISSBRAUCH DES ENTSCHEIDUNGSRECHTES IN EHE UND FAMILIE

Menschen können Dinge mißbrauchen. Auch das Entscheidungsrecht in Ehe und Familie. Nicht nur kann der Mann mißbräuchlicherweise entscheiden. Auch die Frau kann einem rechtmäßigen Entscheid des Mannes mißbräuchlich den Gehorsam verweigern. Deshalb ist immer mit beiden Mißbrauchsmöglichkeiten zu rechnen.

Diese Rechnung wäre aber falsch gestellt und gelöst, wollte man angesichts der Mißbrauchsmöglichkeiten das Entscheidungsrecht kurzerhand streichen. Denn wohl läßt mißbräuchlicher Rechtsvollzug allenfalls die erlassenen Vorschriften nicht rechtswirksam werden. Aber er hebt die rechtlichen Ordnungsfaktoren als solche deswegen nicht auf. So ist zuerst die *quaestio iuris* nach einem *Begriff des Mißbrauchs* zu stellen, der die einzelnen Mißbrauchsfälle des Mannes wie der Frau möglichst vollständig erfaßt. Dann ist zu fragen, wer bestimmt die *quaestio facti*, nämlich ob im Einzelfalle der *Tatbestand des Mißbrauchs* verwirklicht ist. Erst so wird die Frage lösbar: wie sind die Mißbrauchgetroffenen *naturrechtlich geschützt*?

§ 1. Zum Begriff

des Mißbrauchs beim Entscheidungsrecht

Im *positiven Recht* ergibt die *nominale* Inhaltsleere des Mißbrauchsbegriffes zwei Ansichten: eine *ablehnende*, weil die vielfältige Wandelbarkeit des Mißbrauchs von Fall zu Fall, derzufolge der gleiche Tatbestand hier schon, dort noch nicht als Mißbrauch zu werten sei,

ihn als Rechtsbegriff praktisch kaum verwenden lasse⁴¹⁰; eine *befürwortende*, weil seine inhaltlich geringe Vorbestimmtheit ihn anpassungsfähig mache und es daher weitgehend gelungen sei, die Dynamik schreitender Zeit in die Statik des Eherechtes einzubauen⁴¹¹.

Wie dem auch sei, für das *Naturrecht* mit seinem, einen konkreten (aus der Situation geschöpften) Inhalt enthaltenden *Realbegriff* des Rechts ist jenes Verhalten des Entscheidungsberechtigten oder -betroffenen Mißbrauch, das in konkreter Ehe im konkreten Fall unter konkreten Umständen mit dem konkreten Gemeinwohl ebendieser Ehe nicht vereinbar ist. Mißbrauch fällt also *nicht* zusammen mit subjektiver *Schuld*, sondern bedeutet die objektive Verletzung des Gemeinwohls, gleichgültig, ob subjektive Schuld (Nachlässigkeit oder eigentliche Böswilligkeit) oder ein schuldlos irriges Gewissen, sei es des Mannes oder der Frau, dazu führte⁴¹². Diese Gemeinwohl-unvereinbarkeit kann ihren Grund haben bei Mann, Frau oder beiden:

I. *Beim Mann*, wenn er bei der Ausübung seiner Autorität

1. *allgemein lieblos* ist und seine Frau nicht als ebenbürtige Gefährtin behandelt⁴¹³. Damit fällt der *Einwand* von *Krauss-Flatten* und *Dirks*, wonach das Entscheidungsrecht Mann und Frau deshalb personal ungleich stelle, weil im Entscheidungsrecht nur die Gehorsamspflicht der Frau faßbar werde, ohne daß die daran unlösbar gebundene, aber zwangsläufig außerhalb der Rechtsordnung stehende Liebespflicht des Mannes in einem entsprechenden Recht rechtserheblich würde. Hier ist nicht bedacht, daß unter den Rechtsbegriff entscheidungsrechtlichen Mißbrauchs „durchaus auch Formen der Lieblosigkeit in der Ausübung der Autorität fallen⁴¹⁴“, und somit neben der *Gehorsamspflicht der Frau im Begriff des Entscheidungsrechtes auch die Liebespflicht des Mannes im Begriff entscheidungsrechtlichen Mißbrauchs* rechtlich erfaßt wird⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Vgl. etwa BEBEL bei HEDEMANN, 7 Anm. 7; 34.

⁴¹¹ Vgl. K. E. MEYER, DJT 76; BOSCH, DJT 61; ULMER, DJT 38.

⁴¹² Vgl. HIRSCHMANN, HK 54/341b; BEGRÜNDUNG I/29a (zu § 1354); S. 300; 328.

⁴¹³ Vgl. S. 306 (bb); 157.

⁴¹⁴ HIRSCHMANN, HK 53/280a; vgl. GuL 53/41.

⁴¹⁵ Neben KRAUSS-FLATTEN (Caritas 52/196), DIRKS und PINSK hat namentlich HÄRING (79 ff.) diesen „Liebesgehorsam“ betont (vgl. auch Anm. 7). Ebenso aus evangelischer Sicht SCHWARZHAUPT, BTDeb. II/499 A; IFS 34 ff.; KASSELER VORSCHLÄGE (B. 7) mit Hinweis auf HÄRING. Ferner: DEHLER, BTDeb. II/485 A. Vgl. auch Anm. 10; S. 490.

2. *per excessum* entweder die bloß soziale Autorität als prinzipielle gebraucht und damit die gleichfalls *prinzipielle* Erziehungsberechtigung der Mutter verletzt⁴¹⁶, oder die soziale Ko-ordinationsbefugnis unter Umgehung der *innerhäuslichen Ordinationsbefugnis* der Frau einsetzt⁴¹⁷. In beiden Fällen können die Personal- und Sozialrechte der Frau auf folgende Weise verletzt sein:

a) bei der entscheidungsvorbereitenden *Rechtsfindung*, indem er — die Rationalität des Rechtes gefährdend —

aa) nicht mit der Frau *Rat pflegt*, selbst wenn er in seinem Vorschlag die Frau berücksichtigen sollte. Denn die Frau hat ein Recht, ihre Anliegen selber zu vertreten. „Alles für, nichts durch das Volk“ gilt selbstredend auch in der Ehe nicht;

bb) nicht den Vorschlag der beratenden Frau gebührend *berücksichtigt*⁴¹⁸;

cc) einen zu fordernden *Verzicht der Frau* auf Beschränkung (etwa in Fragen fraulichen Erwerbs oder Eigentums⁴¹⁹) nicht als strenge Notwendigkeit des Gemeinwohles beweist;

dd) schulmeisterlich den Entscheid inhaltlich so *konkretisiert*, daß situationsgemäß Gehorchen unmöglich wird⁴²⁰.

In all diesen Fällen ist, sollte das Gemeinwohl im Sinne ehelicher Gemeinsamkeit dadurch ernstlich gefährdet sein, der Vorschlag des Mannes überhaupt *nicht* oder *nicht so* rechtlich setzbar.

b) bei der willentlichen *Rechtssetzung* des rational richtigen und damit an sich setzbaren Inhalts (also beim unmittelbaren Vollzug des Entscheidungsrechtes), so daß das Gesetzte nicht oder nicht so verbindlich wird, wenn der Mann beim Entscheiden

aa) seine Autorität *formell* einsetzt, wo das Gemeinwohl auch durch die latente Autorität zu verwirklichen wäre⁴²¹;

bb) die *Einwilligung* der Frau nicht einholt, wo dies notwendig und möglich wäre⁴²²;

⁴¹⁶ Vgl. S. 288.

⁴¹⁷ Vgl. S. 310 (3).

⁴¹⁸ Vgl. S. 330. Dazu BOSCH, DJT 61; FRR 93 (a); CONRAD, Grundprobleme 70; EHERECHTS-KOMMISSION, FRR 19/20; 21/22; vgl. Eherecht 61; 69. Dagegen LÜDERS, BTDeb. II/507 C.

⁴¹⁹ Vgl. S. 314.

⁴²⁰ Vgl. S. 280.

⁴²¹ Vgl. S. 326 (b).

⁴²² Vgl. S. 331. Dazu BEGRÜNDUNG I/28b; II/45b (zu § 1354).

cc) den Entscheid *durchsetzt*, obschon er angesichts der verweigeren Zustimmung der Frau nicht verzugslos gemeinwohlnotwendig wäre.

3. *per defectum nicht* entscheidet, obschon das Gemeinwohl sein formelles Entscheiden fordert.

II. *bei der Frau*, wenn sie *nicht gehorcht*, obschon beim gemeinschaftsnotwendigen Entscheid des Mannes kein oder doch kein ernsthafter Mißbrauch vorliegt; namentlich, wenn sie sich in ihrer häuslichen Ordinationsgewalt über die eheliche Ko-ordinationsgewalt des Mannes hinwegsetzt⁴²³.

III. *bei Mann und Frau* zugleich, und zwar

1. *per excessum*, wenn die Frau gehorcht, obschon der mißbräuchliche Mannesentscheid das Gemeinwohl gefährdet;

2. *per defectum*, wenn die *Frau nicht entscheidet*, obgleich der Mann, nicht oder falsch entscheidend, das Gemeinwohl in Gefahr bringt⁴²⁴.

§ 2. Der Entscheid

des Mißbrauchs beim Entscheidungsrecht

Zu entscheiden, ob mißbräuchliches Entscheiden vorliege, ist erkenntnismäßiges *Feststellen*. Darum hat das Entscheidungsrecht des Mannes nichts mit der Mißbrauchsentscheidung zu tun. Er kann nicht in einem famosen „Rückzieher ins Unendliche“ jeweils hinterher entscheidungsrechtlich entscheiden, sein vorgängiger Rechtsentscheid sei kein Mißbrauch gewesen. Darum kann Mißbrauch beim Entscheidungsrecht, wenn sich Mann und Frau darüber nicht selber einig werden, nur die Drittstelle entscheiden, indem sie ihn feststellt⁴²⁵.

Wie hat aber die Drittinstanz diesen Mißbrauch festzustellen? Grundsätzlich ist dies die Frage nach der gerichtsmäßigen *Beweislast* beim vermeintlichen Mißbrauch der Entscheidungsgewalt. In der Anwendung stellt sich das besondere Problem der Mißbrauchsentscheidung bei der Bestimmung der *Kinderreligion*.

⁴²³ Vgl. S. 310 (294).

⁴²⁴ Vgl. im übrigen die Mißbrauchsfälle (E) S. 437 ff.

⁴²⁵ Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/280b; RÜDEL, JR 51/746a. Insofern ist der Mann keineswegs „Richter in eigener Sache“ (IFS 52a).

A. Die gerichtsmäßige Beweislast beim Mißbrauch des Entscheidungsrechtes

Bei der Frage nach der Beweislast vor dem Gericht ist im Zusammenhang des ehelichen Entscheidungsrechtes zu unterscheiden zwischen dem unmittelbaren *Prozeß vor dem Gericht* und dem vorgängigen Anrufen des Gerichtes, also dem *Gang zum Gericht*. Beides ist nur verstehbar, wenn man zunächst die Frage der *innerebelichen Beweislast* geprüft hat.

1. Die innerebeliche Beweislast beim Entscheidungsrecht

Das Entscheidungsrecht ist als Dienstrecht am Gemeinwohl rechtmäßigerweise nur so vollziehbar, daß es die gemeinwohlnormierten Personal- und Sozialrechte der Frau beachtet und im Sinne einer sozialen Freiheit zu vollziehen hilft⁴²⁶. Deshalb hat der Entscheidungsberechtigte dort, wo er in seinem Entscheid die individuelle Freiheit der Frau beschränken muß, der Frau zu beweisen, seine einschränkende Verfügung sei um der sozialen Freiheit willen gemeinschaftsgefordert⁴²⁷. Das Versäumen dieser Beweispflicht, zumal wenn die Frau sich gegen einen Entscheid sträubt, kann selbst schon Mißbrauch der Entscheidungsgewalt sein.

Im Mißbrauchsfall erhält aber die stellvertretende Entscheidungsbefugnis der Frau ihre Rechtskraft. Wo daher der Mann die Notwendigkeit seines Entscheides nicht beweisen kann, erwächst der Frau nicht nur keine Folgepflicht, sondern ist sie ihrerseits zum Entscheid berechtigt. (Die Erstpflicht der Frau, die Berechtigung dieses ihres Nichtgehorchens zu erweisen, könnte nur behaupten, wer rechtsnominalistisch einen Befehl allein schon deshalb als verbindlich erachtet, weil er erlassen wurde.) Vermag die Frau ihren Entscheid auch noch sachlich durchzusetzen, dann liegt es am Manne, gegen diesen sachlich vorliegenden Entscheid der Frau das Gericht anzurufen, falls er sich nicht damit abfinden will. Insofern ist der Einwand, „man schant dem Vater die Entscheidung zu und mutet der Mutter zu, zum Kadi zu laufen“⁴²⁸ falsch.

⁴²⁶ Vgl. S. 303f.

⁴²⁷ Vgl. S. 303 (2).

⁴²⁸ METZGER, BTDeb. III/11793 D (vgl. 11775 C). Mithin ist es auch beim (kodifizierten) ER keineswegs eigentümlich, daß „immer die Frau diejenige sein muß, die den Richter angeht“

2. Die Beweislast vor dem Gericht

Rechtstechnisch gilt vor dem Vormundschaftsgericht das Amtsverfahren, wobei der Richter inquisitionsmäßig die Parteien zu befragen hat. „Welcher Elternteil der mißbrauchende ist, wird der erfahrene Richter meist unschwer feststellen, wenn er beide anhört“⁴²⁹. „Deshalb ist „die Frage der Beweislast hier von keiner erheblichen Bedeutung“⁴³⁰“.

Grundsätzlich, das heißt aufgrund seiner primären Beweispflicht der Frau gegenüber, hat der Mann auch vor dem Gericht die größere Beweislast. Er wird nämlich das Nichtgehören der Frau nur dann als Ungehorsam gerichtsmäßig ahnden lassen können, wenn er beweist, 1. daß sein Entscheid in sich (und besonders angesichts der Weigerung der Frau) gemeinschaftsnotwendig war und 2. daß er dies der Frau auch tatsächlich dargelegt hatte. Denn nur so liegt auf der Seite der Frau jener „Mißbrauch der Unbelehrbarkeit oder des eigensinnigen Beharrens“⁴³¹ vor.

Wer zudem auf die Grundfunktion des Entscheidungsrechtes, nämlich innereheliche Konflikte erst gar nicht entstehen zu lassen, zurückgreift, wird bereits in der Tatsache, daß ein Entscheid zum gerichtlichen Austrag kommt, eine gewisse Präsumption für das Versagen des Mannes begründet finden. Denn ohne Zweifel hat hier das Entscheidungsrecht nicht funktioniert. Und zweifellos ist der Entscheidungsberechtigte in erster Linie selber für das richtige Funktionieren des Entscheidungsrechtes verantwortlich⁴³². Jedenfalls ist insoweit die Behauptung, die Frau sei bei einem (positivierten) Entscheidungsrecht gerichtlich in einer schlechteren Beweislage⁴³³ „eindeutig falsch“⁴³⁴.

(EVANG. FRAUENARBEIT, IF Jan. 57/10b; vgl. IFS 32b (unten); 35a (2); Eherecht 69). Ebenso WEIBL. JURISTEN, IFS 43a (zu § 1628); SOZIALARBEITERINNEN, IF Jan. 57/9b; (vgl. IF Febr. 57/4b (FRAUEN-FDP); 5a (DAG); 5b (BERUFSTÄTIGE FRAUEN)); ARNOLD, MDR 53/333b.

⁴²⁹ SCHEFFLER, DRiZ 53/87b.

⁴³⁰ SEIDL, BTDeb. III/11795 D.

⁴³¹ Vgl. SCHEFFLER, DRiZ 53/87b.

⁴³² Vgl. S. 358. Darum ist beim (mißbrauchten) ER nicht (wie bei Vaterschaftsfeststellungsklage) einfach „der jeweilige Kläger beweispflichtig“ (POHLE, 57/162, Besprechung der Zivilprozeßordnung von BAUMBACH-LAUTERBACH, München 1956²⁴).

⁴³³ SPD-ENTWURF, 45; WOLLE, 19; SCHEFFLER, DRiZ 53/87a; FRR, 65 (a). Vgl. BA-Sonderdruck, Nr. 59. 26. 3. 57/3b (II); SPF, 64.

⁴³⁴ BOSCH, SH 21b (6) mit Hinweis auf ROSENBERG, Die Beweislast, 1953, 28ff.; 40. Vgl. EHE-RECHTSKOMMISSION, FRR 22 (Eherecht 61). Gerichte bezüglich Beweislast: „Im Kon-

3. Der Gang zum Gericht

Ist die Frau durch das männliche Entscheidungsrecht nicht mindestens in die Rolle der „Friedensstörerin in Ehe und Familie“ gedrängt, sofern sie allenfalls ihren, gegen den mißbräuchlichen Mannesentscheid gefällten Gegenentscheid von Gerichts wegen durchsetzen lassen muß? Bei dieser Frage ist die objektiv-grundsätzliche und die subjektiv-menschliche Seite zu unterscheiden:

Objektiv stört den Frieden, wer das Recht als die Friedensordnung verletzt. Der rechtsmißbräuchliche Mannesentscheid ist deshalb friedienstörend. Wenn die Frau zum Schutze der derart verletzten und weiterhin gefährdeten Familienordnung gegen den Mann entscheidet und notfalls auch das Gericht anruft, stört sie den (schon gebrochenen) Frieden nicht: sie hilft ihn retten.

Subjektiv wird sich die Frau aber auch in diesem Falle irgendwie als „Friedensstörerin“ empfinden. Angesichts dessen, daß dieser Einwand in der Diskussion so häufig und so eindringlich vorgebracht wurde⁴³⁵, läßt sich an der Tatsache, daß die Frauen wirklich subjektiv so empfinden, nicht zweifeln. Vielmehr erscheint dieses allgemeine Bewußtsein der Frauen selber wieder als gesellschaftlich bedeutsamer Tatbestand, den es gerade als solchen zu deuten gilt.

Was also drückt sich darin aus, daß sich die Frauen fast zwangsläufig als Friedensstörerin empfinden, wenn sie sich formell gegen den Mann entscheiden, zumal wenn sie glauben, um ihrem Entscheid den erforderlichen Nachdruck zu geben, vor Gericht gehen zu müssen? Es ist das unbeirrbar Bewußtsein, sich auf ein Gebiet gedrängt zu sehen, das man nicht als seiner eigenen Natur gemäß empfinden kann. Während es dem Manne nichts (jedenfalls weniger) ausmacht, einen

fluktsfall ist die Entscheidung des Mannes für die Ehefrau nur dann verbindlich, wenn diese Entscheidung im Interesse der gesamten Familie getroffen ist ... Da die Bekl. die Entscheidung des Klägers ... nicht anerkannt hat, hatte der Kläger darzutun, daß die von ihm getroffene Entscheidung im Interesse der gesamten Familie liegt“ (LG Köln, 54/119a [f]). ... „Dementsprechend hätte der Kl. objektive Gründe für den Vorrang seiner Entscheidung dartun und beweisen müssen“ (LG Krefeld, 55/210b). Vgl. BGH 54/172b; 56/341 (Anm. HABSCHIED (2)); LG Duisburg, 55/177; OLG Köln, 55/105a (Anm. BOSCH [c]).

⁴³⁵ Vgl. KANT, BRSitzungsbericht I/416 B; MENZEL, BTDeb. I/11070 D; BRSitzungsbericht II: KANT, 6 D; BTDeb. II: NADIG, 485 D; LÜDERS, 508 A; BTDeb. III: METZGER, 11775 C; 11793 D. EVANG. FRAUENARBEIT, IFS 32b; EHERECHTSKOMMISSION, FR 13 (IFS, 10 [unten], 22, 65 [a]); (vgl. Eherecht 61; 71); KASSELER VORSCHLÄGE (A zu § 1627); LANDESFRAUENRAT Schleswig-Holstein, IFS 52a; FAMILIENRECHTSAUSSCHUSS, BA-Sonderdruck, Nr. 59. 26. 3. 57/7b; ANWALTVEREIN, IF Anlage A (9/1954) S. 2a (d); SCHEFFLER, DRiZ 53/87a; DRESSLER (März) 4.

Streit (gerade etwa eine seiner Frau angetane Ehrverletzung) auch vor dem Gerichte auszutragen⁴³⁶, ist das Gefühl, den Frieden zu stören, die naturhafte Reaktion der Frau, wenn sie um eine Sache „streiten“ muß. So wird es zum Anzeichen, daß es die Frau als Übel empfindet, sich mit den Dingen dort abgeben zu müssen, wo sie Rechts- und damit auch Streitgegenstände werden. Darin aber zeigt sich, daß die Frau selber ihre Entscheidungsbefugnis nur als notfalls eintretende verstehen und wollen kann⁴³⁷. Sie weiß auch sich und ihre Familie in diesem Gefühl davor geschützt, ihre Entscheidungsbefugnis leichtfertig und schon bei geringfügigen Mißbräuchen des Mannes zu gebrauchen. Nur in dringenden Notfällen wird ihr Gefühl sie zum Richter gehen lassen. Denn es gibt ihr zu erkennen, daß auch der staatliche Richter nicht vor Mißbrauch gefeit ist⁴³⁸ und daß das Hineinregieren des Staates in ihre Ehe und Familie seiner Natur nach immer ein Übel ist und tatsächlich oft ein größeres, als wenn der Mann nicht richtig entscheidet⁴³⁹. — Damit erweist sich die Frau noch einmal und selbst im eigenen Opfer als Hüterin des Heimes⁴⁴⁰.

Angesichts dessen ist der Einwand, das Entscheidungsrecht dränge die Frau in die Rolle der Friedensstörerin, nicht nur hinfällig — denn auch ohne (positiviertes) Entscheidungsrecht wird es tatsächlich „immer die Frau sein, die zum Kadi gehen muß⁴⁴¹“; er spricht selber eindrücklich *für* das Entscheidungsrecht. Allerdings verbirgt sich dahinter ein tieferes Problem.

Die Frau, nicht in der Welt des Rechtes beheimatet, wird in ihren fraulichen Werten und Funktionen nie in demselben Maße schützbar sein wie der selber „rechtlich“ strukturierte Mann. Sie wird rechtlich immer der komplizierte Fall sein und damit auch der, dem gerecht zu werden schwieriger ist. Jedenfalls kann man ihr nicht dadurch zu

⁴³⁶ Vgl. SCHUMACHER, 56/47 ff.; (E) S. 402.

⁴³⁷ Vgl. S. 308; Anm. 349.

⁴³⁸ „Die außerfamiliäre Instanz bei jedem Konflikt anzubieten, erscheint für das Bestehen einer Ehe gefährlicher als selbst ein längere Zeit über unausgetragener Konflikt“ (SCHUMANN, Informationsblatt 52/90b).

⁴³⁹ Es müßte „mit einem außerordentlich hohen Prozentsatz von Fehlentscheidungen gerechnet werden“ (RÜDEL, JR 51/745b). Vgl. FRR 65 (b); (Eherecht 60); HIRSCHMANN, HK 53/281b (oben). S. 208; S. 476 Anm. 28 (3).

⁴⁴⁰ Wenn derart „gerade die stille und ordentliche Frau sich scheut, Mißstände ihres Familienlebens vor dem Gericht auszubreiten“ (SOZIALARBEITERINNEN, IFS 24b), so liegt in dieser natürlichen Scheu auch die Gefahr, mit der Zurückhaltung zu weit zu gehen (vgl. HIRSCHMANN, Anm. 233; dazu IF März 57/5b [unten]; EVANG. FRAUEN, IFS 35b). Ferner SCHRADE, 57/347a [wenn sich die Frau mit einem zu geringen Wirtschaftsgeld begnügt].

⁴⁴¹ SEIDL, BTDeb. III/11 794 D.

ihrem Recht verhelfen, daß man die Rechte des Mannes streicht. Denn dann setzt sich der Mann eben auch ohne seine (positivierten) Rechte einfach machtmäßig durch. Viel besser schützt man die Frau, zumal in Ehe und Familie, wenn man die Rechte des Mannes anerkennt und zugleich die Verantwortung und Dienstverpflichtung des Vaters gegenüber Mutter und Kind klar bestimmt⁴⁴², ihm damit einen sittlichen Impuls gibt⁴⁴³, aber auch seinen Rechtsmißbrauch rechtlich eindeutig faßbar macht⁴⁴⁴.

Ergebnis (zu A)

1. Entscheidet der Mann mißbräuchlich, kann die *Frau* aufgrund ihres subsidiären Entscheidungsrechtes selber *entscheiden*. Will sich der *Mann* damit nicht abfinden, liegt es an ihm, das *Gericht* anzurufen.

2. Nur dort, wo die *Frau* (allenfalls durch den Mann) gehindert wird, ihren Entscheid auch sachlich durchzusetzen, steht sie vor der Notwendigkeit, *ans Gericht* zu gelangen. Dabei wird ihr naturhaftes Bewußtsein, den Familienfrieden zu stören, sie (und ihre Familie) davor behüten, den Gerichtsweg ohne Not zu beschreiten.

3. Insofern die Frau eher eine Mißachtung ihrer Rechte durch den Mann als den Gerichtsweg in Kauf nimmt, ist sie rechtlich nicht direkt schützbar (auch nicht durch eine Streichung des Entscheidungsrechtes). Wohl aber kann eine richtige Positivierung der männlichen Aufgabe und Verantwortung dem Manne seine sittliche Rechtspflicht bewußt machen und so indirekt die Frau auch vor seinem Mißbrauch schützen.

B. Der Entscheid über die Bestimmung der Kinderreligion

Wie kann das Vormundschaftsgericht entscheiden, ob und wie mißbräuchlicherweise über die Kinderreligion verfügt wurde? Selbstverständlich hängt diese Frage von der andern ab, ob und wie weit der Vater entscheidungsrechtlich die Kinderreligion bestimmen

⁴⁴² Vgl. S. 358.

⁴⁴³ Vgl. WAHL, BTDeb. III/11793 A (Anm. 398). Vgl. RÜDEL, Anm. 32 (S. 476).

⁴⁴⁴ Vgl. S. 362.

kann. Deshalb ist auch hier zunächst die innereheliche Bestimmungsweise der Kinderreligion zu untersuchen und erst aufgrund dessen die Mißbrauchsentscheidung durch das Gericht⁴⁴⁵.

1. Die innereheliche Bestimmung der Kinderreligion

Die Bestimmung der Kinderreligion ist jedenfalls ein Wesensbestandteil der *Erziehung*. Denn das religiöse Bekenntnis ist wesentlich eine Frage der (zu erkennenden und zu tuenden) Wahrheit, wobei der Erziehungsvorgang gerade das Entfalten (seinsmäßiger) Wahrheit ist. Er äußert sich vor allem im Vorleben und auch im Lehren der Wahrheit, um den noch Unverständigen wachsend fähig zu machen, die Wahrheit selbständig zu erkennen und selber (in Wort und Tat) zu bekennen⁴⁴⁶.

Dieses erzieherische Lehramt ist mit der *prinzipiellen* Autorität gegeben und steht daher grundsätzlich beiden Eltern in gleicher Verantwortung zu. Insofern kann der Vater die Religion seiner Kinder *nicht* kraft seines Entscheidungsrechtes bestimmen.

Bei der Verwirklichung dieses elterlichen Erziehungs- und Lehrauftrages werden aber auch Entscheide notwendig, die unmittelbar keine Wahrheitsfragen betreffen, sondern Regelungen des *praktischen Verhaltens* und Tuns sind (wie etwa Besuch des Gottesdienstes, des Religionsunterrichtes, einer konfessionellen Schule). Diese praktischen Entscheide unterstehen als praktische grundsätzlich (auch) dem *Entscheidungsrecht des Vaters*⁴⁴⁷.

Der Vollzug des Entscheidungsrechtes ist aber in diesen Fragen aus der Natur der zu entscheidenden Sache von doppelter *Mißbrauchsmöglichkeit* bedroht:

⁴⁴⁵ Zum Problem vgl. BÜCHER, F.: Die Stellung der Eltern zum Problem der religiösen Kindererziehung (Diss. München 1952); EGGER, Das Recht der rel. Kindererziehung auf der Grundlage des ZGB, Schweiz. Zentralbl. f. Staats- und Gemeindeverw. 53/3 u. 33; KLEIN, Wer bestimmt das rel. Bekenntnis des Kindes? Caritas 7/8, 1955; KOSZIECH, Legitimationsfragen zum Gesetz über rel. Kindererziehung, Rpfleger 53/298—302; WESTHOFF, P.: Das Recht der rel. Kindererziehung (DKW) 1951, 371—374. Zum GbG BECKER, Gb; POTRYKUS, Rel. Kindererziehung, Unsere Jugend 58/179.

⁴⁴⁶ Es handelt „sich — entgegen immer wieder vorgebrachten Irrtümern — in der Frage der religiösen Erziehung nicht nur um ein echtes ER; es geht ja hier um eine Wahrheitsfrage“ (HIRSCHMANN, HK 53/281 b). Vgl. BISCHÖFE, 30. 1. 53 (XII) [IFS 7b].

⁴⁴⁷ In diesem Sinne sind zu verstehen BOSCH, FRR 61 (Anm. 151); SH 37b; KOSZIECH, Rpfleger 53/300 (1); LG Bad Kreuznach, (E) S. 404 (b) (im Falle des subsidiären ER der Mutter: BGH, Rpfleger 53/305). Vgl. auch KRÜGER, 56/333 a (4).

1. von einem *tatsächlichen Mißbrauch*. — Weil diese praktischen Entscheide unmittelbar im Dienste des elterlichen Erziehungsrechtes stehen, das auch der Mutter zukommt, ist der Vater bei fälligen Entscheiden in besonderer Weise an das Einverständnis der Mutter gebunden. Damit ist die Gefahr besonders groß, daß er sein praktisches Erziehungsrecht gegenüber dem prinzipiellen Erziehungsrecht der Mutter überspannt⁴⁴⁸, damit aber sein Entscheidungsrecht mißbraucht.

2. von einem *vermeintlichen Mißbrauch*. — Weil diese praktischen Entscheide eben doch auch die Wahrheitsfrage (mit)entscheiden, wird die nicht einverständene Mutter aufgrund der von ihr anders entschiedenen Wahrheitsfrage den praktischen Entscheid des Mannes als sittlich nicht tragbaren ablehnen müssen. Denn sie sieht von ihrem Gewissen her hier eben nicht jene zwei sittlich gleich tragbaren Möglichkeiten des Zusammenlebens gegeben, die das Entscheidungsrecht ja überhaupt erst anwendbar machen⁴⁴⁹. So wird sie den Entscheid des Mannes nicht nur grundsätzlich als nach ihrer Meinung (und in diesem Sinne vermeintlichen) objektiven Mißbrauch ablehnen. Sie wird sich auch in ihrem Gewissen verpflichtet erkennen, angesichts dieses Mißbrauchs nun ihrerseits zu entscheiden.

Die Eigenart des Konfliktsfalles bei der Bestimmung der Kinderreligion besteht demnach darin, daß die beiden vertretenen Meinungen von der Überzeugung getragen sind, die eigene Meinung sei allein gültig, die Gegenmeinung könne daher sittlich in keiner Weise tragbar sein⁴⁵⁰. Im Konfliktsfall wird es deshalb aus der Natur der Sache heraus relativ häufig, ja fast zwangsläufig zu zwei sich grundsätzlich widersprechenden Entscheiden kommen müssen und damit auch nicht allzu selten zur Anrufung des Vormundschaftsgerichtes, um den vermeintlichen Mißbrauch feststellen zu lassen.

⁴⁴⁸ Vgl. S. 288 (334).

⁴⁴⁹ Vgl. S. 296.

⁴⁵⁰ Der „Stichentscheidungsfall“ (vgl. S. 323) liegt also hier gerade nicht vor, sondern der 4. Fall (vgl. S. 326).

2. Die Mißbrauchsentscheidung durch das Vormundschaftsgericht

Ob, wie und wieweit staatliche Autorität, angerufen als Vermittlungsinstanz, über religiöse Fragen befinden kann, kann dahingestellt bleiben⁴⁵¹. Jedenfalls hat in einem weltanschaulich aufgespaltenen liberalen Staatsgebilde das Vormundschaftsgericht keine Möglichkeit, über die grundsätzliche Wahrheitsfrage zu befinden. Es kann darum nicht den absoluten Wahrheitsgehalt der einzelnen Religionsgemeinschaften feststellen⁴⁵².

Wohl aber vermag es die Tatsachenfrage festzustellen: die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung vorgebrachter Meinungen mit vorliegenden Tatbeständen. Dabei läßt sich die Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung so weit feststellen, als der Tatbestand rational analysierbar ist. Durch eine solche Rationalanalyse läßt sich auch das tatsächliche Verhältnis dieser Ehe und Familie zu einer bestimmten Religion mindestens einigermaßen aufhellen.

Die Rationalanalyse des Vormundschaftsgerichtes

Der eigentlichen Rationalanalyse gehen zwei (dem konkreten Sachverhalt vorgängige) *Grundeinsichten* zuvor, die für die Analyse selbst wegleitend sind:

1. Ob nun das Vormundschaftsgericht den Entscheid des Vaters oder der Mutter als rechtmäßigen feststellt und anerkennt, in beiden Fällen wird einer der Eltern sich in seinem vermeintlichen Recht verletzt sehen. Dennoch wird es oft (um des Kindes willen) unumgänglich notwendig sein, einen der beiden Entscheide als rechtsverbindlichen anzuerkennen.

2. Es wird also zu einer Verletzung vermeintlicher Rechte einfach zwangsläufig kommen müssen. Dann aber ist vernünftiger- (und

⁴⁵¹ Hier wäre etwa die Frage nach der (staatlichen) Taufbestimmung für die Judenkinder im Mittelalter zu untersuchen (vgl. SCHRÖTELER, J.: Das Elternrecht in der kath.-theol. Auseinandersetzung, München 1936, 143ff.).

⁴⁵² „Der Richter, der Staat, die Rechtsordnung können nicht wie die Eltern auf das Seelenheil der Unmündigen bedacht sein; sie können nicht an deren Statt Bekenntnis ablegen. Was ihrer Wacht anvertraut ist, kann darum nur von Glaubensbekenntnissen unabhängig sein. Könnte doch keiner eine Sache dieser Welt und ihrer Ordnung für oder gegen verschiedene Bekenntnisse der Vertretenen auf das Gewissen nehmen“ (SCHLOTHEIM, 57/116b). Vgl. UTZ, Formen 108, 118; BGH, 56/375 (8, Ende). „Ob eine Erziehung in der neuapostolischen Glaubensgemeinschaft dem Wohl der Kinder entspricht oder nicht, läßt sich durch den Richter nicht entscheiden“ (AG Hofgeismar, 55/216; vgl. BOSCH, 55/143; 216); KASSELER VORSCHLÄGE (A zu § 1627 [vor B]); EHE-RECHTSKOMMISSION, FRR 31. Vgl. Anm. 92.

damit auch gerechter)weise jenem die größere Einbuße vermeintlicher Rechte zuzumuten, dessen Rechtsanspruch weniger gut *beweisbar* ist. Dies trifft dann zu, wenn einer trotz verweigerter Zustimmung des andern die Änderung einer (religiösen) Praxis verlangt, die er bislang im Einverständnis mit dem andern selber ausgeübt hat⁴⁵³.

Mithin hat die Rationalanalyse des Vormundschaftsgerichtes festzustellen, welche *religiösen Vorentscheide* in dieser Ehe und Familie bereits gefallen sind (Trauung, Erziehung früherer Kinder, bisherige Erziehung (Taufe) dieses Kindes). Besonders empfiehlt sich in diesem Zusammenhang, bei im Glauben nicht geeinten Eheleuten für den erfahrungsgemäß zu erwartenden Konflikt in der Bestimmung der Kinderreligion *Verträge* als Grundlage für die staatlicherseits durchzusetzende Regelung im Konfliktfall zu nehmen⁴⁵⁴.

Solche Verträge bedeuten weder einen Verzicht auf das elterliche Erziehungsrecht, noch auf das männliche Entscheidungsrecht. Sie enthalten nur den Verzicht, einen Entscheid, der von der vertraglichen Vereinbarung abweicht, zwangsmäßig *durchzusetzen* oder durchsetzen zu lassen. Sie heben also das Entscheidungsrecht des Mannes keineswegs auf, legen aber seinen Vollzug in einer bestimmten Richtung fest, indem der Mann einen andersgerichteten Entscheid seinerseits zum vornherein als Mißbrauch zugibt. So erweisen sie sich als besonderer *Schutz* vor einer besonderen Mißbrauchsgefährdung des Entscheidungsrechtes (sei es durch den Mann oder die Frau), wobei die Eigenart des Schutzes der Eigenart des hier zu schützenden Gutes — der Gewissensfreiheit der Gatten und der Eigenständigkeit der Ehe und Familie — entspricht⁴⁵⁵.

Der Vorteil solcher Verträge besteht nicht nur darin, daß sie eine klare Rechtsgrundlage (im Sinne der Rechtssicherheit) für die Tatsachenfeststellung des Vormundschaftsgerichtes schaffen. Vor allem bilden sie eine Norm, die es ermöglicht, in jenen Konfliktfällen, die sich aus der weltanschaulichen Uneinigkeit der Eheleute ergeben

⁴⁵³ Vgl. RKGE § 2 Abs. II; KOSZIECH, Rpfleger 53/299; BOSCH, SH 37. Dazu AG Hofgeismar, 55/216 (aber OLG Stuttgart, 55/143). „Der Bruch einer Vereinbarung über die religiöse Kindererziehung kann eine schwere Eheverfehlung begründen“ (RG JW 1927, 1194; 1931, 1347). Vgl. DUNZ, 55/257b; WESTHOFF, 373b. Ferner: OLG Köln, EJF 51/77 gegen OLG Hamm, MDR 50/351.

⁴⁵⁴ ULMER, DJT 46 (vgl. 102; 116); BOSCH, DJT 93; FRR 66 (4); 116; SH 37b; SCHEFFLER, DRiZ 53/87b; AKADEMIKERINNENBUND, IFS 17a (3).

⁴⁵⁵ Deshalb präjudiziert die Möglichkeit eines Vertrags über die Kindesreligion in keiner Weise die vertragliche Regelung des ER (entgegen MENZEL, BTDeb. I/11070 B).

können und wo eine rechtliche Regelung erzwingbarer Art nicht zu umgehen ist, mit einer geringstmöglichen Belastung der Gewissensfreiheit der Gatten und der Eigenständigkeit der Familie auszukommen.

Insofern dürften solche Verträge naturrechtlich gewissermaßen ein notwendiges Übel sein: ein *Übel*, weil man dagegen alle Bedenken, die gegen eine vertragliche Regelung der Entscheidungsbefugnis überhaupt⁴⁵⁶ wie gegen die Kompetenzaufgliederung dieser Befugnis⁴⁵⁷ sprechen, ebenfalls erheben kann⁴⁵⁸. Ein *notwendiges* Übel, weil alle andern Versuche, diese Konflikte zu lösen, noch weit mehr in die Gewissensfreiheit der Gatten und in die Eigenständigkeit der Familie eingreifen. Insofern sie aber ein erhebliches Übel sind und bleiben, zeigen sie, daß Ehen nur unter im Glauben einigen Gatten geschlossen werden sollen.

Ergebnis (zu B)

I. Eine der schwerwiegendsten Mißbrauchsmöglichkeiten des Entscheidungsrechtes ist bei der Bestimmung der Kinderreligion gegeben:

1. Die *Kinderreligion* als solche ist elterlich-erziehungsrechtlich, nicht väterlich-entscheidungsrechtlich zu bestimmen. Damit notwendig verbundene *praktische* Regelungen unterstehen dem Entscheidungsrecht des Mannes, der aber hier in besonderer Weise an die Rücksprache und Einwilligung der Mutter verwiesen ist, so daß bei Nichtberücksichtigung der Mutter regelmäßig Mißbrauch des Entscheidungsrechtes vorliegen dürfte.

2. Vor Gericht sind solche Mißbrauchsfälle nach den religiösen *Vorentscheiden* in der betreffenden Ehe und Kindererziehung zu beurteilen. Für dieses Urteil bilden (bei im Glauben nicht geeinten Ehepaaren) Verträge über die religiöse Kindererziehung eine wesentliche Untersuchungshilfe und geeignete Rechtsnorm.

3. Solche *Verträge* heben das männliche Entscheidungsrecht nicht auf, sind ein Übel, sofern sie das richtige Funktionieren des Ent-

⁴⁵⁶ Vgl. S. 202f. Als Beispiel: LG Bielefeld, NJW 54/1768 (vgl. OLG Celle, 58/134b).

⁴⁵⁷ Vgl. S. 217f.

⁴⁵⁸ Allerdings sind die Bedenken (rechtsphilosophisch) insofern abgeschwächt, als das ER erhalten bleibt (vgl. Anm. 447). Dennoch bleiben solche Verträge für den psychologischen Vollzug der Ehe sehr bedenklich.

scheidungsrechtes erschweren, sind aber angesichts des Übels, das eine im Glauben nicht geeinte Ehe zwangsläufig mit sich bringt, das Mittel, das Übel auf ein Mindestmaß einzudämmen.

4. Sie sprechen daher auch nicht gegen das *Entscheidungsrecht*, sondern machen nur deutlich, daß eine im Glauben nicht geeinte Ehe ein Übel ist, daß das Entscheidungsrecht angesichts dieses Grund Übels in besonderer Weise vom Mißbrauch bedroht erscheint, und gewähren vor dieser besonderen Bedrohung auch einen besonderen Schutz.

II. Wie sind aber Ehe und Familie allgemein und grundsätzlich vor dem Mißbrauch des Entscheidungsrechtes geschützt?

§ 3. Der Schutz vor Mißbrauch beim Entscheidungsrecht

Das natürliche Entscheidungsrecht ist nicht nur dem Mißbrauch ausgesetzt, sondern davor auch wieder naturrechtlich geschützt. Dieser natürliche Rechtsschutz ist allgemein in sich selbst und besonders im Hinblick auf eine bestimmte (positivierte) staatliche Rechtsordnung zu betrachten. So stellt sich neben der Frage des *naturrechtlichen* auch die Frage eines naturrechtlich geforderten *kodifizierten* Rechtsschutzes.

A. Der natürliche Rechtsschutz des Entscheidungsrechtes

Den Mißbrauchsmöglichkeiten entsprechend, sind auch die vom mißbrauchten Entscheidungsrecht Betroffenen zu schützen. Betroffen aber können sein Öffentlichkeit, Ehe und Familie, Kind, Frau und Mann.

1. Der Schutz der Öffentlichkeit

Entscheidungsmißbrauch könnte etwa in Ehegüterfragen die Sicherheit des öffentlichen Rechtsverkehrs gefährden. Er könnte die öffentliche Sittlichkeit verletzen, so, wenn in der *Ehe* der Mann — mit oder ohne Zustimmung der Frau — sich für ein bigamisches Verhältnis gar noch im eigenen Haushalt „entschiede“, oder ein solches der Frau hinnähme; so, wenn in der *Familie* der Vater als Hausvorstand oder die Mutter als dessen Stellvertreter „Kuppelei“ ihrer verlobten Kinder duldeten⁴⁵⁹.

⁴⁵⁹ Vgl. PETERS, 54/96 ff.; (E) S. 394 (5); 402 (a); 407 (a).

Der Schutz der öffentlichen Ordnung obliegt selbstredend dem *Staat*. Für den Mißbrauch bei Güterfragen mag er positive Rechtsvorkehrungen treffen, die entscheidungsrechtlich verletzte Sittlichkeit auf Grund des Strafrechts verfolgen⁴⁶⁰.

2. Der Schutz der Ehe und Familie

Der *Staat* schützt gleichfalls *Ehe und Familie als Institution*, und sowohl vor der sie gefährdenden Öffentlichkeit⁴⁶¹, wie gegen ihre Verletzung durch Entscheidungsmißbrauch. Wenn etwa der Mann entscheidungsrechtlich die Frau scheidungsmürbe machen oder sich unter Zustimmung der Frau für eine „Konventionalscheidung“⁴⁶² entscheiden wollte, hätte der Staat sozusagen als *defensor vinculi*⁴⁶³ aufzutreten und um des Instituts und dessen Anerkennung im Volke willen gegebenenfalls auch eine „Fehlehe“ juristisch bestehen zu lassen⁴⁶⁴.

Die *konkrete Ehe und Familie* wird vor einem schuldhaften oder schuldlosen Versagen männlicher Leitungsgewalt durch das subsidiäre Entscheidungsrecht der *Frau* geschützt. Dadurch sind selbstverständlich zugleich auch das Kind und die Frau selber vor männlichem Entscheidungsmißbrauch geschützt.

3. Der Schutz des Kindes

Wie die Frau bei Versagen des Mannes die Familienleitung übernimmt, so tritt sie auch bei Ausfall der väterlichen Kindesentscheidung nötigenfalls ohne weiteres als *Mutter* an die Stelle des Vaters⁴⁶⁵. Kommt es darüber zu Spannungen, die ein Eingreifen des Vormundschaftsgerichtes nötig machen, so hat dieses nicht festzusetzen, was zu geschehen oder wer zu entscheiden habe, sondern nur festzustellen, ob rechtmäßiger Gebrauch der väterlichen Gewalt vorlag oder Mißbrauch⁴⁶⁶, so daß der Mutterentscheid seinerseits rechtmäßig war.

⁴⁶⁰ Vgl. BECKER, 54/209b; BOSCH, SH 51 a (e).

⁴⁶¹ Vgl. etwa ADENAUER, Regierungserklärung vom 20. 10. 53 (zitiert von K. WEBER, BTDeb. II/482 A).

⁴⁶² Vgl. BOSCH, FRR 42ff.; NRO 48; FRANTZ, 54/190ff.; STEIN, 55/60ff.; LÜKE, 55/342ff.

⁴⁶³ Vgl. BOSCH, FRR 50 (e). Dazu Anm. 28 [3] (S. 476); JÄGGI, 41.

⁴⁶⁴ Vgl. BOSCH, FRR 45; NRO 54 Anm. 129; FRANTZ, 54/191 a. Zum Problem der Religionsmündigkeit vgl. KRÜGER, 56/333 a (4), der aus religiösen Gründen verweigerten Heiratsurlaubnis vgl. AG Bonn, 56/247; OLG Frankfurt, 56/283 (bes. 285 b); BGH, 56/371 ff. (mit Anm. KRÜGER, 377 a (V, 2. Abs.); 57/32b); BOSCH, 57/48.

⁴⁶⁵ Vgl. S. 307.

⁴⁶⁶ Vgl. S. 210f.; 335.

Versagt auch noch die Mutter, dann stellt das *Vormundschaftsgericht* fest, daß jetzt das staatliche subsidiäre Erziehungsrecht rechtswirksam geworden ist, auf Grund dessen es die Kinder gegenüber versagenden oder pflichtvergessenen Eltern oder Drittpersonen zu schützen hat. Das Vormundschaftsgericht *gibt* sich also das Recht nicht selbst, sondern *stellt* wiederum nur *fest*, daß es das Recht *hat*, und zwar das Recht, nunmehr gegenüber den Kindern selber *rechtsetzend* zu sein, wie auch die Rechtssetzung dem Vormund weiter zu delegieren. Dabei obliegt dem Vormundschaftsgericht selbstverständlich gegenüber den Eltern die *Beweispflicht* für das aktuelle Wirksamwerden seiner subsidiären Erziehungsbefugnis⁴⁶⁷.

4. Der Schutz der Frau

Ein *erster, innerer* Mißbrauch-Schutz der Frau liegt darin, daß sie einem Entscheid, der mit dem beiden Gatten gemeinsamen Recht zur ehelichen Lebensgemeinschaft nicht vereinbar ist, als einem nicht verbindlichen nicht zu folgen braucht. Ein *zweiter* ist ihr subsidiäres Entscheidungsrecht, auf Grund dessen sie naturrechtlich die Möglichkeit hat, „im Falle des Mißbrauchs der Autorität durch den Mann an seiner Stelle die verantwortliche Entscheidung zu treffen“⁴⁶⁸.

Als *äußerer Schutz* steht der Frau dabei die Drittinstantz zur Verfügung, die allenfalls die Unrechtmäßigkeit des männlichen Entscheides und die Rechtmäßigkeit des ihren feststellt und ihr hilft, ihn durchzusetzen. Im Gegensatz zur Kindesdrittinstantz hat aber diese eheliche Drittinstantz keine rechtsetzende Befugnis, sondern kann schlimmstenfalls, wenn dem dauernden Entscheidungsmißbrauch des Mannes auch noch dauernd mißbräuchliche Entscheide der Frau entsprechen, höchstens feststellen, daß hier die Ehe innerlich so ausgehöhlt ist, daß beiden die Möglichkeit gegeben sein muß, getrennt zu leben (was nicht schon heißt, sich wiederum zu verehelichen)⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ Vgl. v. NELL-BREUNING, 15; StdZ (Okt.) 57/65a; als ausgezeichnete Gerichtsentscheid: LG Münster, 56/155ff. Vgl. BOSCH, 58/140b.

⁴⁶⁸ HIRSCHMANN, HK 53/280b; vgl. S. 307; Anm. 283 (S. 157).

⁴⁶⁹ Vgl. BOSCH, FRR 50 (K); NRO 55 (4). Die staatliche Ehescheidungsformel kann grundsätzlich nur bedeuten: „Die bürgerlich-rechtlichen Wirkungen der am ... in ... geschlossenen Ehe der Parteien werden aufgehoben“ (BOSCH, FRR 29 Anm. 62). Dazu PFAB.

5. Der Schutz des Mannes

Naturrechtlicher Schutz der Autorität vor Gehorsamsverweigerung ist das ihr hilfswise beigegebene *Erzwingungs- und Strafrecht*. Die ältere Naturrechtslehre hat denn auch dem Mann eine mit seinem ehemännlichen Erziehungsrecht teilweise gekoppelte Strafbefugnis über die Frau zugebilligt⁴⁷⁰.

Heute erscheint die Naturrechtssituation weitgehend geändert. Nicht nur tritt die Frau genau so erzogen in die Ehe wie der Mann; sie vermöchte bei ihrem wachen Persönlichkeitsbewußtsein auch nicht die Ehe personal als Intimgemeinschaft zu leben, wüßte sie den Mann befugt, seinen Rechtsentscheid auch physisch mit Gewalt oder moralisch mit eigentlicher Straf- und Vergeltungsandrohung zu erzwingen. Darum hat ohne Zweifel die geänderte Naturrechtssituation auch zu andern Naturrechtsverhältnissen geführt⁴⁷¹. Und wie man gezwungen ist, das Entscheidungsrecht des Mannes als eine jener Bedingungen, die Ehe und Familie überhaupt erst als personal zu vollziehende Lebensgemeinschaft möglich machen, zu fordern⁴⁷², so ist man geneigt, eine diesem Entscheidungsrecht verbundene Erzwingungs- und Strafgewalt als eine Bedingung, die diese Gemeinschaft wiederum personal unmöglich machen müßte, auszuschließen. Andererseits scheint Autorität ohne jede Erzwingungsgewalt weitgehend wirkungslos zu bleiben und damit ihr Ziel nicht zu erreichen⁴⁷³. Deshalb ist die Frage etwas näher zu untersuchen. Dabei zeigt sich, daß mit dem Entscheidungsrecht eine gewisse *innereheliche* Strafbefugnis und *außereheliche* Erzwingungsgewalt verbunden ist.

a) Die innereheliche „Straf“-Befugnis

Die Frage der ehelichen Strafe und Strafgewalt ist bei Juristen wie bei Moralthologen unglücklicherweise immer noch derart mit historischen Erinnerungen verfilzt und von daher bestimmt, daß es beiden schlechterdings nicht gelingt, eine auch heute einigermaßen

⁴⁷⁰ Vgl. S. 286. Zum Problem allgemein: HIRSCHMANN, Ist Gewaltlosigkeit eine christliche Tugend? GuL 57/179—184. Zum Parallelproblem bei der elterl. Gewalt vgl. SCHNITZERLING, 57/291 ff.

⁴⁷¹ Vgl. UTZ, RuG 452.

⁴⁷² Vgl. S. 143; 156; Anm. 123; 265.

⁴⁷³ „Nisi auctoritas sit inefficax, exigit potestatem coactivam seu potestatem moralem mediis aptis urgendi finem proprium societatis“ (RISK, 21).

befriedigende Antwort zu geben⁴⁷⁴. So scheint es besser, von historischen Erörterungen abzusehen und von der heutigen quaestio facti her die quaestio iuris zu stellen.

aa) Zur quaestio facti

Zweifellos kommen auch heute noch in den meisten Ehen gelegentlich Verhaltensweisen des Mannes gegenüber der Frau, wie der Frau gegenüber dem Manne vor, die man sinnvollerweise nur mit Strafe bezeichnen kann. Nicht, daß sich die Beteiligten der Strafbewandtnis des Verhaltens ausdrücklich bewußt zu sein brauchten. Es genügt, wenn dieses Verhalten objektiv in seiner Ausdrucksform als Reaktion auf vermeintlich angetanes Unrecht und eben damit als dessen Bestrafung erscheint. So besehen, werden nach wie vor Mann und Frau „Strafen verhängen“, wobei der Strafende (allenfalls sogar der Bestrafte) von der Rechtmäßigkeit des Vorgehens überzeugt ist. Damit ist aber von einem bestimmten, Erklärung fordernden (Gerechtigkeits-)Phänomen⁴⁷⁵ her ausdrücklich die quaestio iuris gestellt.

bb) Zur quaestio iuris

Angesichts der fehlenden Unterlagen müssen ein paar grundsätzliche Hinweise genügen, um zu zeigen, daß die schlagwortmäßige Ablehnung einer entscheidungsrechtlichen Strafbefugnis die Tatsache, daß eben doch, und zwar überzeugterweise rechtmäßig gestraft wird, keineswegs erklärt:

1. Mit der *Autorität als solcher* ist notwendig auch eine Strafgewalt als notwendige Reaktionsmöglichkeit auf Ungehorsam zur Vorbeugung wie zur nachträglichen Korrektur des Ungehorsams gegeben⁴⁷⁶.

2. Insofern Autorität (wie jeder Gemeinschaftsbegriff überhaupt) wesentlich ein analoger Begriff ist, ist auch die *Strafweise* je von Gemeinschaft zu Gemeinschaft nicht nur individuell, sondern auch

⁴⁷⁴ Gerade hier kann gelten: „In der Vergangenheit mag der eine oder andere Theologe in der Begründung dieser Rechtsstellung des Mannes [nämlich „als Haupt der Ehefrau und der Familie“], oder in der näheren Bestimmung ihres Umfangs und ihrer geordneten Ausübung geirrt haben“ (BISCHÖFE, Hirtenwort 30. 1. 53 [5]; vgl. HIRSCHMANN, HK 53/279 b [unten]). Vgl. Anm. 543.

⁴⁷⁵ Vgl. S. 51; 55.

⁴⁷⁶ Der rechtsphilosophische Unterschied zwischen Punitiv- und bloßer Korrektivgewalt bleibt hier unerörtert. Die dem ER beigegebene Durchsetzungsbefugnis ist aber ausschließlich als *ius corrigendi* (nicht *puniendi*) zu verstehen (vgl. RISK, 21; dazu THOMAS VON AQUIN, Suppl. 60. 1. ad 4). Insofern läßt sich hier nicht im eigentlichen Sinne von Strafgewalt reden.

analog verschieden. Es wäre mithin falsch und gefährlich, vom Strafvollzug in der einen Gemeinschaft (etwa im Staat) auf die Strafmöglichkeit in einer andern (etwa der Ehe) zu schließen und sie aufgrund dieses Vergleichs allenfalls abzulehnen.

3. Insofern *Ehe und Familie* ihrer Natur nach der Ort sind, wo prinzipielle und soziale Autorität und damit auch prinzipielle und soziale Strafbefugnis wirksam sind, gilt es besonders in Ehe und Familie die Grundverschiedenheit beider Strafformen zu beachten, damit selbst im Strafvollzug noch der Wesensunterschied von sozialem Autoritätsverhältnis zwischen den Gatten und prinzipiellem zwischen den Eltern und Kindern sichtbar wird.

4. Eine notwendige Ausdrucksform der eigentlichen Erziehungsstrafe ist die Körperstrafe: die *körperliche Züchtigung*. Wegen des notwendig zu beachtenden Unterschiedes zwischen der prinzipiellen und sozialen Strafbefugnis kann deshalb im Autoritätsverhältnis zwischen den Gatten die Körperstrafe nicht Ausdruck dieses Verhältnisses sein. Deshalb ist (weil und insofern die Frau nicht als erziehungsbedürftiges Kind, sondern als erzogene und erziehungsberechtigte freie Person⁴⁷⁷ die Ehe schließt) körperliche Züchtigung aus inneren Gründen als strafrechtliche Möglichkeit schlechthin *abzulehnen*⁴⁷⁸. Dies gilt umso mehr, als man auch im staatlich-öffentlichen Raum von Körperstrafen mehr und mehr abkommt⁴⁷⁹.

5. Insofern die *Frau* stellvertretend mit der ehelichen Autorität betraut ist, ist nicht einzusehen, weshalb ihr nicht auch gegenüber dem pflichtvergessenen Manne das Recht, ihn zu bestrafen, zustehen sollte. Hierfür stehen ihr genügend Mittel, die ihrer fraulichen Eigenart und ihrer Liebe zum Manne entsprechen, zu Gebote. Im Wissen, wie sie den Mann zu nehmen hat⁴⁸⁰, weiß sie auch, wie sie ihn zu „korrigieren“ hat, damit der gestörte eheliche Friede nicht noch mehr gestört, sondern wiederhergestellt werde.

⁴⁷⁷ Vgl. S. 288; 306.

⁴⁷⁸ Vgl. DE WINT, 587; SOERGEL zu § 1354. RISK berücksichtigt zu wenig die geänderten psychologischen Bedingungen. Er scheint den Gebrauch eines männlichen Züchtigungsrechtes (nur) deshalb abzulehnen, weil dies nach positivem Recht meistens Ehescheidungsgrund ist (23). Dazu etwa STEIN, 55/61 a.

⁴⁷⁹ Vgl. auch KRÜGER, 56/334 a (g).

⁴⁸⁰ Vgl. S. 265. Dazu etwa die Aussage: „Da die Frau feiner ist als der Mann, so kann es geschehen, daß sie dafür im privaten Leben ihre Rache [!] übt, da, wo der Mann seinerseits der weiblichen Hand bedarf . . .“ (LECLERCQ-DAVID, 284).

6. Insofern körperliche Strafen zwischen Mann und Frau abzulehnen sind, erscheint auch die physisch-körperliche *Erzwingungsgewalt* nicht (mehr) mit dem Entscheidungsrecht des Mannes vereinbar. Er ist nicht berechtigt, seinen Entscheid physisch (sozusagen mit Brachialgewalt) durchzusetzen⁴⁸¹. Dennoch muß der Entscheid irgendwie durchsetzbar sein.

b) Die außereheliche Erzwingungsinstanz

Das Recht äußerer Koordination muß mindestens grundsätzlich auch äußerlich erzwingbar sein. Das Entscheidungsrecht des Mannes erscheint aber heute nicht mehr im eigentlichen Sinne erzwingbar. Denn angesichts einer solchen Möglichkeit scheint heute eine personale Gattungsgemeinschaft nicht mehr möglich. Insofern ist das eheliche Entscheidungsrecht nicht mehr ein von innen her vor dem Mißbrauch der Frau geschütztes Recht. Dennoch bleibt es ein schutzwürdiges und schutzbedürftiges Recht: *schutzwürdig*, weil es als Wesensrecht der wesensnotwendigen Autorität in Ehe und Familie selbst Konstitutiv-element dieser Gemeinschaft ist; *schutzbedürftig*, weil die Frau, gemeinschafts- und pflichtvergessen ihr Privatwohl dem Wohl der Ehe und Familie (in dem nach Eingehen der Ehe allein ihr echtes Eigenwohl enthalten ist) voranstellend, dem rechtmäßigen Mannesentscheid mißbräuchlich den Gehorsam verweigern und damit Ehe und Familie zerrütten kann.

Schutzfordernd, innerehelich aber nicht geschützt, muß deshalb das Entscheidungsrecht von außen — durch die staatliche Drittinanz — geschützt werden. Kann also der Mann seinen Entscheid auch nicht unmittelbar selber durchsetzen, so doch mittelbar über die Drittinanz, indem diese die Rechtsnotwendigkeit seines Entscheides *feststellt* und möglichenfalls gegenüber der Frau und Dritten ihrerseits durchsetzt⁴⁸². Mithin ist das entscheidungsrechtliche Erzwingungsrecht von der ehelichen auf die staatliche Autorität übergegangen.

⁴⁸¹ Damit sei keineswegs geleugnet, daß der Mann naturhaft auch die Eignung besitzt, seinen Entscheid durchzusetzen: „Auch die Frage der Durchsetzbarkeit der Entscheidungen spricht für ihn“ (HIRSCHMANN, HK 53/281 b). Aber er hat kein Recht, bei der Durchsetzung eigentliche „Druckmittel“ (SOERGEL, zu § 1354) zu gebrauchen. Vgl. Anm. 234; (E) S. 402 (a); 438 (i).

⁴⁸² Als Beispiele wären zu überdenken (vgl. [E] S. 406): Entziehung der Schlüsselgewalt durch VormG auf Antrag des Mannes (vgl. H-M, § 1357 BGB [C. I]) oder entsprechend Kündigung eines Arbeitsverhältnisses der Frau (H-M, § 1358 BGB; WOOPEN, 54/102b [d] für das franz. Eherecht). „Wird nicht ein Protest des Mannes in scharfen Fällen [wenigstens] den Partner zum Schadenersatz

Weder die *Verlagerung* des Erzwingungsrechtes von seinem ursprünglichen Subjekt auf ein anderes, noch die dadurch verursachte *Verschiedenheit* der Rechtssubjekte für ein Recht und dessen Erzwingungsrecht ist naturrechtlich unbekannt. So ruht ja auch das Erzwingungsrecht der Personalrechte nicht unmittelbar bei der berechtigten Person, sondern bei der *staatlichen Autorität*, so daß der Einzelne seine Eigenrechte durch die staatliche Rechtsordnung erzwingen lassen muß und nur bei deren offensichtlichem Versagen zur Selbsthilfe greifen darf⁴⁸³. Die staatliche Autorität aber kann selbst wieder gezwungen sein, ihre bisherigen Erzwingungsrechte, sei es jenes ihrer Staatsrechte selber, sei es jenes der Privatrechte ihrer Bürger, einer überstaatlichen Autorität zu *übertragen*, sofern nämlich nur noch diese fähig sein sollte, die rechtsbrecherisch verletzten Rechte und Pflichten gemäß einer Friedensordnung zu erzwingen.

verpflichten, wenn er die Frau durch Aufnahme in seinen Betrieb etwa dem Betrieb des Mannes entzogen oder auch nur aus dem Hausstand, wo sie unentbehrlich war, herausgerissen hat“ (HEDEMANN, JR 53/199b). Vgl. BEITZKE, Gb 33; RÜDEL, JR 51/746b; DESCHENAU, 461; SPF, 17. Allgemein: „Die Begründung . . ., die Gestaltung der Haushaltsführung durch den Ehemann liege nach sittlichem Empfinden jenseits der Grenzen des Bereiches staatlicher Zwangsanwendung, und der Ehefrau verbliebe daher nur die Wiederherstellungsklage nach § 1353 BGB, greift nicht durch. Denn auch die Treupflicht, die aus der Pflicht zur ausschließlichen Lebensgemeinschaft hervorgeht, kann nicht erzwungen werden. Trotzdem kann die Entfernung der Geliebten aus der Ehwohnung mit Klage und Zwangsvollstreckung erwirkt werden“ (BGH, 56/51 a). Die Unzumutbarkeit, „polizeiliche Hilfe gegen die nächsten Angehörigen in Anspruch zu nehmen, um strafbare Handlungen durch sie zu verhüten, gilt nicht ausnahmslos . . . Maßnahmen gegen ein solches Verbrechen sind möglicherweise auch dann von einer Frau zu verlangen, wenn sie mit ihnen ihre Ehe gefährdet“ (BGH, 56/81b). Vgl. (E) S. 394 (5); 402.

Die Urteile auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft sind nicht vollstreckbar (§ 888 ZPO). Dennoch ist nicht einzusehen, weshalb die Ehefrau (oder der Ehemann) grundsätzlich nicht durch Geldstrafen zur Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft angehalten werden könne (wie der BGH meint). „Man denke nur an den Fall, daß der schuldlose Ehemann durch die unberechtigte Verweigerung der Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehefrau genötigt ist, eine bezahlte Hilfe für die Haushaltsführung zu nehmen, und das Gericht die Ehefrau wegen Verstoßes gegen § 1353 BGB verurteilen würde, ihrem Ehemann allmonatlich bis zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft eine den Kosten der Hilfe etwa entsprechenden Betrag zu zahlen“ (BGH, 57/134a). Das Prinzip staatlicher Nichtintervention darf nicht so angewandt werden, daß dadurch Ehe und Familie tatsächlich ungeschützt bleiben und Art. 6 GG illusorisch wird, der zu schützen hat 1. Ehe und Familie vor den Ehegatten (vgl. etwa Konventionsentscheidung oder Frage der Besteuerung des Doppelerwerbs (E). S. 425); 2. den schuldlosen Gatten vor dem schuldigen (vgl. den oben angeführten Fall oder die strafrechtliche Privilegierung des unterhaltssäumigen ehelichen Vaters (BayObLG, 57/138b mit Anm. BRUNS)); 3. die Ehe und den schuldlosen Gatten vor dem ehestörenden Dritten (BGH, 57/135; vgl. BOEHMER, 57/196ff.; [E] S. 392). Zudem handelt es sich oft weniger um „Strafe“ als um Schadenersatz (vgl. KLEINHEYER, 57/284 [1]) oder um Verhütung von Schaden (etwa die „Pflicht des Mannes, der Frau das Wirtschaftsgeld vorzuenthalten“, wenn sie es verschleudert (SCHRADER, 57/347b)).

⁴⁸³ Vgl. TH. MEYER I. Nr. 482ff. S. 145 (3).

Ergebnis (zu A)

1. Während *Frau und Kind* vor dem Entscheidungsrechtsmißbrauch des Mannes primär durch das subsidiäre Entscheidungsrecht der Frau, hilfsweise durch die Drittstelle geschützt sind, ist der *Mann* vor dem Entscheidungsrechtsmißbrauch der Frau durch das mit dem Entscheidungsrecht verbundene Erzwingungs- und Strafrecht geschützt.

2. Die *Strafbefugnis* besteht nach wie vor, schließt aber nicht das Recht zu Körperstrafen ein und steht aufgrund des subsidiären Entscheidungsrechtes stellvertretend auch der Frau gegenüber dem Manne zu.

3. Das eigentliche *Erzwingungsrecht* erscheint heute — weil mit körperlicher Brachialgewalt mindestens nahe verwandt — vom Entscheidungsrecht insofern getrennt, als der Mann seinen Entscheid allenfalls durch die Drittinstantz durchsetzen lassen muß. Diese ist naturrechtlich verpflichtet, ihm diesen Schutz zu gewähren.

4. Wie hat sich dieser staatliche Rechtsschutz in der positiven Rechtsordnung auszuprägen?

B. Der kodifizierte Rechtsschutz des Entscheidungsrecht's

Der Staat hat in seiner Naturrechtspflicht, Ehe und Familie zu schützen⁴⁸⁴, ohne Zweifel auch die Pflicht, den rechtmäßigen Entscheid des Mannes gegen dessen unrechtmäßige Ablehnung durch die Frau zu schützen, so wie er umgekehrt die Frau vor dem Entscheidungsrechtsmißbrauch des Mannes in Schutz zu nehmen hat. Die Art und Weise dieses naturrechtlich geforderten Staatsschutzes wird dabei dem Rechtsschutz, den ein konkreter Staat allgemein zu gewähren imstande ist, entsprechen.

So wird in einem Staate mit *unentwickelter positiver Rechtsordnung*, wo die selbstverständliche Anerkennung ungeschriebener Rechtsordnungen die geringe Kodifizierung aufwiegt, die Mißbrauchsinstantz sich damit begnügen können, von Fall zu Fall im Hinblick auf die mehr oder minder bewußte Naturrechtsordnung zu befinden. Anders in den heutigen *kodifizierten Rechtsstaaten*, wo man mehr und mehr auch

⁴⁸⁴ Damit treten wir in den 2. Fragekreis ein (vgl. S. 109).

Naturrechtsgegebenheiten der positiven Rechtsordnung einverleibt, um sie in einer Deklaration dem Volke wie den Staatsorganen zu manifestieren.

Damit stellt sich die Frage nach einem positivierten Entscheidungsrecht als einem allenfalls naturrechtlich geforderten Schutze des natürlichen Entscheidungsrechtes vor Mißbrauch. Damit (und erst damit) stehen wir unmittelbar innerhalb der *deutschen* Diskussion. Um jedoch der deutschen Problematik gerecht zu werden, müssen wir zunächst allgemein den Schutz des Entscheidungsrechtes innerhalb einer kodifizierten Rechtsordnung untersuchen.

I. Zur Kodifikation des Entscheidungsrechtes

Bei einer Kodifikation ist zu unterscheiden zwischen Sinn und Notwendigkeit der Positivierung als solcher und einer bestimmten Formulierung bei dieser Positivierung. Denn die Positivierung kann sinnvoll, ja notwendig, die Formulierung aber falsch sein, so daß die Feststellung einer falschen Formulierung und einer (möglichenfalls gerade durch die Falschformulierung bedingten) Nichtbewährung dieser Positivierung noch nicht gegen die Notwendigkeit einer Positivierung überhaupt zeugt.

1. Die Positivierung des Entscheidungsrechtes

Bei der Positivierung ist das Nochnicht- und das Nichtmehr-positiviertsein auseinander zu halten. Denn die Wirkung ist wesentlich anders, ob man bei einer erstmaligen Formulierung des Familienrechtes grundsätzlich (oder doch weitgehend) auf die Kodifizierung naturrechtlicher Sachverhalte verzichtet, oder ob man (zufolge schlechter Erfahrung mit unvollkommen formulierten Rechtswahrheiten) nachträglich glaubt, auf die Positivierung wiederum verzichten zu sollen⁴⁸⁵. Deshalb ist die *progressive* von der *regressiven* Positivierung zu unterscheiden.

⁴⁸⁵ Vgl. HIRSCHMANN, Referat 14; HK 53/280a (unten).

a) *Die progressive Positivierung des Entscheidungsrechtes*

Das positive Recht kann Naturrechtssachverhalte nicht nur inhaltlich verschieden formulieren, sondern auch formal in verschiedenem Grade, das heißt, mehr oder weniger intensiv, positivieren. Dabei untersteht der Intensitätsgrad der Positivierung dem gleichen Sinn-gesetz wie die Positivierung als solche: er soll einer Naturrechts-gegebenheit die nötige öffentliche Beachtung und Anerkennung verschaffen. Je mehr also die Anerkennung gefährdet erscheint, desto intensiver wird auch die Positivierung, soll sie Sinn haben, sein müssen.

Unter Umständen kann die deklarative Positivierung selbst zur strengen *naturrechtlichen Pflicht* werden. Dann nämlich, wenn ohne diese Deklaration das natürliche Recht nicht mehr hinreichend (zumal vor dem Übergriff staatlicher Organe) geschützt und damit der Mensch in seiner sozialen Wesenswirklichkeit unmittelbar gefährdet erscheint. Entsprechend dieser Gefährdung wird auch die Positivierung einen bestimmten Progressionsgrad erreichen und je nachdem mehr *implizit* oder ausdrücklich und *explizit* sein müssen.

aa) *Die implizite Positivierung.* — Sobald eine Verfassung oder ein Gesetzbuch Ehe und Familie zu schützen erklärt, sind darin naturgemäß und notwendig auch die Wesenselemente dieser Gemeinschaften geschützt. So ist etwa ein Eheschutz nicht möglich, ohne zugleich auch die (grundsätzliche) Unauflöslichkeit der Ehe zu schützen. Ebenso ist im Schutz der Ehe und ihrer Unauflöslichkeit auch das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes mindestens insofern mitgeschützt, als der Mann einen Anspruch hat, seinen ehe- und familienrechtlichen Entscheid gegenüber der pflichtsäumigen Frau geschützt zu erhalten, und als die Frau einen gleichen Anspruch hat, im Vollzug ihres subsidiären Entscheidungsrechtes vom Staate unterstützt zu werden. Insoweit ist im *positivierten Ehe- und Familienschutz* das eheliche Entscheidungsrecht in besagter Weise *materialiter implizite* mitpositiviert und mitgeschützt.

Ohne Zweifel lassen sich die einzelnen oder doch einzelne eheliche Konstitutiv Elemente je nach Bedürfnis stärker hervorheben. So erschiene etwa die grundsätzliche *Unauflöslichkeit* der Ehe insofern grundsätzlich betont, als etwa bei bestehender Ehescheidungsmöglichkeit die Scheidungsgründe als abschließend aufgezählt würden.

Ähnlich ist das *Entscheidungsrecht* durch jene Gesetzbestimmungen betont, die Mann und Frau auf ihre Pflicht zur *ehelichen Lebensgemeinschaft* aufmerksam machen. Hier erscheint das Entscheidungsrecht *formaliter implicite* positiviert. Denn die positivierte „Lebensgemeinschaft“ gibt Grund, Notwendigkeit und Sinngehalt des Entscheidungsrechtes an, so daß, wer von der „Form“ einer Lebensgemeinschaft spricht, in dieser Form auch schon *necessitate consequentiae* deren inneres Formprinzip, eben die eheliche Autorität, einschlußweise mitausgesprochen hat, und das Prinzip nicht leugnen kann, ohne zugleich das *principiatum*, die Lebensgemeinschaft, leugnen zu müssen.

bb) Die explizite Positivierung. — Selbstverständlich kann das eheliche Entscheidungsrecht auch *formaliter explicite* positiviert, das heißt, formell kodifiziert werden. Dabei ist es besonders wichtig, das Entscheidungsrecht als solches von seiner formellen Kodifikation, das natürliche und das positivierte Entscheidungsrecht zu unterscheiden:

a) Die Funktion des *natürlichen* Entscheidungsrechtes ist primär Verhütung innerer ehelicher *Konflikte*, sekundär die Entscheidung solcher Konflikte durch praktisches Festsetzen einer verbindlichen Regelung⁴⁸⁶.

b) Die Funktion des *positivierten* Entscheidungsrechtes ist primär Verhütung entscheidungsrechtlicher *Mißbräuche*, sekundär die Entscheidung solcher Mißbräuche durch Feststellen des objektiven Mißbrauchs:

aa) in der Mißbrauchsverhütung liegt die eigentliche *Deklarativfunktion* des positivierten Entscheidungsrechtes. Insoweit kommt der Positivierung ein gewisser *Edukationseffekt*⁴⁸⁷ zu. Dem öffentlichen

⁴⁸⁶ Vgl. Anm. 398.

⁴⁸⁷ „Wenn ein solches Leitbild dem jungen Menschen schon in der Schule eindeutig vor Augen geführt werden könnte, wird er die Ehe mit ganz anderer Besinnung beginnen“ (SPD-ENTWURF, 47 [allerdings im Sinne eines ausschließlich „gemeinsamen ER“]). „Damit könnte erreicht werden, daß man die gesetzlichen Bestimmungen nicht erst im Krisenstadium der Ehe aus der „Mottenkiste“ holt, um seine Rechte zu wahren, sondern daß sich die Ehepartner schon vorher auf ihre Rechte und Pflichten einrichten“ (CONRAD, Grundprobleme 71). Vgl. MONZEL, 56/215b. Daher scheint es nicht richtig, mit WILKENS zu sagen, in § 1354 äußere sich der Staat nur für den Fall, „daß Konfliktsituationen der Lösung durch eine streitentscheidende Instanz bedürfen“, wobei „dann die Rechtssetzung nur aus dem Wesensgefüge der Ehe heraus erfolgen“ könne und deshalb „dem Manne für den Konfliktfall die Entscheidungsbefugnis zuzusprechen“ sei (53). Damit scheint nämlich gesagt, der Staat schweige sich über die innerer eheliche Ordnung überhaupt und grundsätzlich aus, behalte sich aber vor, wo innerer eheliche Konflikte vor ihm als der Streitinstanz auszutragen seien, den Mannesentscheid als rechtmäßigen zu präsumieren, bis die Frau das Gegenteil beweise. Derart erhielte wirklich „eine Bestimmung, die früher nur deklaratorisch war, praktische, gestaltende Bedeutung“ (EVANG. FRAUENARBEIT, IFS 31a [a]). Vgl. auch BLEIBTREU, BRSitzb. I/412 B.

Bewußtsein, in Sonderheit den Eheleuten und staatlichen Stellen, die sich mit Ehe- und Familienangelegenheiten zu befassen haben, soll ein gesetzliches *Leitbild* vorgeführt werden: Es besagt für

1. *den Mann und Vater*, daß er wirklich vom Wesen seiner Ehe und Familie her mit dem Entscheidungsrecht belehnt ist. Dabei ist ihm aber die Pflicht mitauferlegt, dieses Recht so zu gebrauchen, daß es, wo immer möglich, Konflikte nicht schlichtet, sondern verhütet, indem der Mann sich mit der Frau berät, auf ihre Anregungen und Wünsche Rücksicht nimmt, ja sie in ihrem Lebenskreis selber entscheiden läßt. Wo der Mann derart entscheidet, erklärt sich der Staat bereit, den Mannesentscheid als für ihn verbindlichen anzuerkennen und ihn nötigenfalls durchsetzungsmäßig zu schützen. Wo der Mann nicht so entscheidet, erklärt sich der Staat gewillt, den stellvertretenden Entscheid der Frau als den rechtmäßigen zu betrachten.

2. *die Frau und Mutter*, daß sie den Mann mit ihrem Rat und Willen unterstützen soll, damit er seiner Konfliktverhütungspflicht genügen kann, und daß sie dem sachlich richtigen und ordnungsgemäß ergangenen Entscheid des Mannes zu folgen habe. Auch der Staat hält sich durch einen solchen Entscheid gebunden: er wird ihn notfalls schützen. Zugleich aber erscheint die Frau, wo sie den Mannesentscheid als familienwidrig erkennen muß, vom Familienwohl her mit der Entscheidungspflicht belehnt, wobei in diesem Falle der Staat den Frauenentscheid als verbindlichen erachten und schützen wird.

bb) in der (besseren) Ermöglichung der Mißbrauchsfeststellung durch die Drittinstantz liegt die *Prozeßfunktion* des positivierten Entscheidungsrechtes. Das positivierte Entscheidungsrecht verpflichtet die Drittinstantz formaliter explicite, bei der Feststellung des entscheidungsrechtlichen Mißbrauchs, namentlich bei der Frage der Beweislast, vom entscheidungsrechtlichen Funktionsgefüge auszugehen. Sie hat also zu untersuchen und sich beweisen zu lassen, ob sich der Mann überhaupt einmal um seine Grundpflicht entscheidungsrechtlicher Konfliktverhütung bemüht, und bei der allenfalls dennoch notwendigen Konfliktentscheidung auf die (vorgängige oder noch bestehende) Weigerung der Frau Rücksicht genommen hat⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ „Unrichtig ist es, die Bedeutung einer rechtlichen Norm allein nach der Häufigkeit ihrer prozessualen Anwendung zu beurteilen. Gerade darin, daß ein Gesetz wirklich erfüllt wird [und es so eben nicht zum Prozeß kommt (vgl. Anm. 392)], zeigt es seine Güte. Ob der einzelne sich bewußt ist, daß sein Verhalten die Erfüllung einer positiven gesetzlichen Norm ist, spielt dabei für gewöhnlich keine Rolle“ (ERMECKE, Frau 53/78). „Die Normen des Ehe- und Familienrechtes

b) Die regressive Positivierung des Entscheidungsrechtes

Die Aufhebung positiver Gesetzesbestimmungen, zumal der Deklaration von Naturrechtssachverhalten, kann positiv oder negativ begründet sein. *Positiv*, insofern die Erfahrung ergibt, daß die Positivierung tatsächlich nicht (mehr) nötig ist, weil das Positivierte so selbstverständlich (geworden) ist, daß in allfälligen Konflikten die Rückorientierung an dieser Selbstverständlichkeit selbstverständlich geschehen kann und wird. *Negativ*, insofern die Erfahrung zeigt, daß sich die Bestimmung nicht bewährt hat, und zugleich feststeht, daß der Grund der Nichtbewährung die Tatsache der Positivierung, nicht aber eine fehlerhafte Formulierung dieser Bestimmung ist.

Beide Gründe zeigen, es ist leichter, Gesetze zu erlassen als aufzuheben. Wie will man beim *positiven* Grund das Nicht(mehr)bestehen des Bedürfnisses für eine Bestimmung überprüfen? Die *Prozeßhäufigkeit* ist jedenfalls kein Maßstab für die innere Güte und äußere Notwendigkeit eines Gesetzes. Denn der Sinn des Gesetzes ist ja seine Erfüllung, nicht seine Übertretung, und damit gerade das Vermeiden der Prozesse⁴⁸⁹. Vielleicht kam es ja nicht zuletzt deshalb zu keinen Prozessen, weil das Gesetz in seiner *Edukationswirkung* mithalf, den zugrunde liegenden Sachverhalt zu beachten. Wird also nicht umgekehrt die Streichung einer Bestimmung zur Nichtbeachtung des Sachverhaltes und damit zu einer Anhäufung der Prozesse führen⁴⁹⁰?

Hier zeigt sich der Wesensunterschied zwischen dem Nochnicht- und dem Nichtmehrpositiviertsein. Das erste fällt einen negativen Vorentscheid weder über die natürliche Rechtswahrheit noch über deren Positivierbarkeit. Das zweite präjudiziert als ersatzlose Streichung nicht nur die Positivierbarkeit negativ, sondern wirkt sich auch praktisch als Nichtmehranerkanntwerden der zugrunde liegenden Naturrechte durch die positive Rechtsordnung aus. So besteht bei der Streichung eines vormals positivierten männlichen Entscheidungsrechtes zumindest die Gefahr, daß „ein echtes natürliches Recht des Mannes, wenn auch nicht vielleicht gelegnet, so doch ungeschützt

sind eine nicht immer als solche sichtbare, aber doch umfassend wirksame gesellschaftliche Macht. Es ist naiv, diese Macht bloß in der Auswirkung auf gefährdete Ehen zu sehen ... Das rechtliche Gerüst [trägt] den Organismus des Familienlebens. Erst in den kranken Familien wird es sichtbar. Wollte aber der Gesunde es deshalb verleugnen oder vernachlässigen, so würde er krank“ (HIRSCHMANN, HK 53/282a; vgl. Anm. 389).

⁴⁸⁹ Vgl. dagegen Anm. 32 (S. 476).

⁴⁹⁰ Vgl. SEIDL, BTDeb. III/11794 C.

bleiben“ würde und „eine objektiv durch die Frau verschuldete Ehezerrüttung, wenn der Grund der Zerrüttung ihr Ungehorsam ist, als verschuldet nicht mehr festgestellt werden⁴⁹¹“ könnte. Dann aber wäre der Mann nicht nur personal schwerstens geschädigt; er müßte bei einer Eheaufhebung angesichts des nicht mehr feststellbaren Verschuldens der Frau auch unterhaltsrechtlich benachteiligt werden.

Zeigen diese und andere Imponderabilien, wie schwierig es schon bei positiven Aufhebungsgründen ist, nicht das Gegenteil des Beabsichtigten zu bewirken⁴⁹², so scheinen bei den *negativen* Gründen die Imponderabilien noch viel stärker wirksam. Wie will man, wenn sich eine positive Bestimmung nicht bewährt hat, prüfen, wie weit die Nichtbewährung gerade auf die Positivierung (nicht auf die Falschformulierung) zurückgeht, so daß nicht bloß eine fehlerhafte Formulierung, sondern der *Fehler der Positivierung* vorliegt? Jedenfalls wird man geneigt sein müssen, zunächst einmal den Fehler bei der Formulierung zu suchen. Und sollte sich ergeben, daß eine formal explizite Positivierung unter gewissen Umständen fast notwendig gewisse Nachteile zur Folge hat, ohne daß man die sie verursachenden Umstände beheben kann oder will, wird man bei der Regression sich mit einer Streichung der Formalexplikation begnügen und die Formalimplikation beibehalten müssen.

2. Die Formulierung des Entscheidungsrechtes

Selbstverständlich kommt es der Naturrechtslehre nicht zu, den Wortlaut positiver Gesetzesbestimmungen vorzulegen. Dennoch vermag sie sinnvollerweise, bestehende Formulierungen auf ihren innern Sinngehalt zu überprüfen und einen Grundgehalt für zu formulierende Gesetze aufzuzeigen. In diesem Sinne sind hier — noch abgesehen von der eigentlichen Diskussion — §§ 1354 und 1628 BGB kurz zu besprechen.

⁴⁹¹ HIRSCHMANN, HK 53/280b.

⁴⁹² Deshalb hat in unserer „experimentiersüchtigen Zeit“ (LG Duisburg, S. 433b) sich der Rechtspolitiker vor der Methode „mechanistischer Naturwissenschaft“ (BOSCH, SH 9a) zu hüten, weil er sein „Experiment [nicht tausendfach im Laboratorium, sondern] sofort an dem kostbarsten Rohstoff, den es gibt, am Leben seines Volkes“ macht (WAHL, BTDeb. III/11973 A). „Noch weniger als im Wirtschaftsleben des Volkes lassen sich in seinem Ehe- und Familienrecht Experimente machen“ (HIRSCHMANN, HK 53/282b).

a) *Zur Kritik an der Formulierung des Entscheidungsrechtes im BGB*

Unzweifelhaft ist das BGB in seinen familienrechtlichen Bestimmungen dem individualistischen Mißverständnis nicht entgangen. Es hat jenes „Familienrecht, das von der Familie ausgeht, aus dem zentralen Begriff ihrer organischen Einheit die persönlichen Rechte und Pflichten von Haupt und Gliedern ableitet und bemißt⁴⁹³“, nicht verwirklicht, sondern „dem Manne das Haupt abgeschlagen und nur den Rumpf belassen⁴⁹⁴“. Dieses individualistische Mißverständnis hat nicht nur allgemein zu jenen getrennten Ordnungsnormen für Ehe und Familie geführt. Es hat vor allem:

1. *den Begriff der innerehelichen Autorität* und ihres Mißbrauchs

a) *verdunkelt*, so daß die Entscheidungsgewalt des Mannes nicht mehr als Dienst an der Verwirklichung des Wohls von Ehe und Familie begriffen wird,

b) ihn derart verdunkelt *in die Formulierung des BGB eingehen* lassen;

2. *Ehe und Familie* als irgendwie freivertragliche Angelegenheit der Eheschließenden erscheinen lassen und so

a) theoretisch zur Vorstellung einer auch freilösbaren Ehe,

b) praktisch zur positivrechtlichen Ehescheidung im BGB geführt;

3. *bei der Ehescheidung* dem eheflüchtigen Manne im verdunkelt formulierten Entscheidungsrecht des BGB eine Handhabe geboten, die Ehe scheidungsreif zu machen;

4. *in der Gleichberechtigung* die rechtliche Gleichheit schließlich als gleiche *Rechtsbenachteiligung* durchführen wollen.

a) Zuerst hatte man nämlich die *Frau* durch die verdunkelte Formulierung des Entscheidungsrechtes und seines Mißbrauchs rechtlich nicht geschützt und entscheidungsrechtlich gegenüber dem mißbräuchlichen Manne benachteiligt.

b) Jetzt wollte man auch noch den *Mann* durch die ersatzlose Streichung des Entscheidungsrechtes positivrechtlich nicht schützen und ihn damit scheidungs- und unterhaltsrechtlich gegenüber der mißbräuchlichen Frau minder stellen.

⁴⁹³ v. GIERKE, zit. bei LECLERCQ-DAVID, 302; BOSCH, FRR 55; vgl. CONRAD, Grundprobleme 58. (E) S. 440.

⁴⁹⁴ CONRAD, Grundprobleme 70. S. 476.

c) So wurde nach diesem Vorschlag im Grunde nicht *Mann und Frau*, sondern nur der *Entscheidungsmissbrauch*, gleich ob bei Mann oder Frau, gegenüber dem pflichttreuen Gattenteil geschützt⁴⁹⁵. Zudem ist auch so die Gleichberechtigung nicht erreicht. Denn die Frau ist vor dem männlichen Entscheidungsmissbrauch immerhin durch ihr subsidiäres Entscheidungsrecht geschützt. Der Mann aber bleibt ohne innere Erzwingungs- und Strafgewalt völlig dem frauichen Entscheidungsmissbrauch ausgeliefert, was ihn praktisch dazu verführen wird, doch wieder so etwas wie Zwang und Repressalien zu versuchen: zum Schaden der Ehe, und gewiß nicht zum Wohl der Frau.

Die Frage, wie muß das Entscheidungsrecht formuliert sein, damit es *im Fall der Scheidung nicht zum Fallstrick der Frau* wird⁴⁹⁶, besteht zu Recht. Aber den Fallstrick dreht nicht das natürliche Entscheidungsrecht, sondern die nicht natürliche Scheidung und das sie mitbedingende individualistische Mißverständnis. Das Familienrecht ist (wie das Recht überhaupt) eine innere Einheit: die Rechte bedingen einander. So ist in der Unauflöslichkeit der Ehe einerseits das Entscheidungsrecht des Mannes mitbegründet, anderseits die Frau grundsätzlich am stärksten gegen Benachteiligungen im Verhältnis zum Manne geschützt⁴⁹⁷. Die Preisgabe der Unauflöslichkeit mußte daher notwendig auch die Rechtsverhältnisse zwischen Mann und Frau gefährden, jedenfalls ihr Zusammenspiel erheblich erschweren. Die Preisgabe auch noch des Entscheidungsrechtes setzt — ebenso notwendig — nur den Auflösungsprozeß der Ehe und Familie fort, dessen Opfer — wiederum notwendig — die *Frau* sein wird⁴⁹⁸.

Darum hebt die *Schwierigkeit*, bei bestehender Scheidungsmöglichkeit das Entscheidungsrecht richtig zu formulieren, die *Notwendigkeit* der Positivierung nicht auf. „Sehr unglaublich klingt, daß jede mögliche Formulierung des männlichen Entscheidungsrechtes eine Frau nicht besser als das geltende Recht vor Benachteiligung soll schützen können.“ Tatsächlich „sind Vorschläge gemacht worden,

⁴⁹⁵ Vgl. HIRSCHMANN, HK 53/279b; Referat 14.

⁴⁹⁶ Vgl. WOLLE, 19 (dazu 20 unten); FRAUENRING, IFS 25a; EVANG. FRAUEN, IFS 33b; JURISTINNEN, IFS 41a; HESSISCHE FRAUEN, IFS 51; KASSELER VORSCHLÄGE (A zu § 1627); SPF, 63. „Im übrigen ist die Behauptung übertrieben, daß sehr häufig Scheidungsklagen des Mannes auf ‚Gehorsamsverletzung‘ der Frau gestützt werden“ (BOSCH, SH 21 b Anm. 87). Als typisches Beispiel (wo der Mißbrauch des Mannes mit Händen zu greifen ist) vgl. (E) S. 438 (h).

⁴⁹⁷ Vgl. HIRSCHMANN, Referat 14.

⁴⁹⁸ Vgl. HIRSCHMANN, Referat 15.

die eine wesentliche Eingrenzung des männlichen Entscheidungsrechtes darstellen⁴⁹⁹. Der wirksamste Schutz der Frau aber liegt im *Abbau* nicht des Entscheidungs-, sondern *des Scheidungsrechtes* und im Neubau verantwortungsbewußten Gemeinschaftsdenkens.

b) Der Grundgehalt bei der Formulierung des Entscheidungsrechtes

Ausgezeichnet, vielleicht am besten, ist das naturrechtliche Ordnungsgefüge der Leitungsgewalt in Ehe und Familie im *Code Civil* formuliert. Vor allem bringt er neben der Hauptstellung des Mannes „die gegebenenfalls von selbst einsetzende stellvertretende Ehe- und Familienleitungsgewalt der Frau und Mutter zum Ausdruck⁵⁰⁰“. So bestimmt *Art. 213 CC*: „Der Mann ist das Haupt der Familie. Er übt diese Funktion im gemeinsamen Interesse der Ehe und der Kinder aus. Die Frau wirkt mit dem Manne zusammen, um die moralische und materielle Leitung der Familie sicherzustellen, für ihren Unterhalt zu sorgen, die Kinder zu erziehen und ihnen eine Versorgung zu bereiten. Die Frau vertritt den Mann in seiner Leitungsfunktion, wenn er außerstande ist, seinen Willen kundzutun, sei es, daß er dazu unfähig ist, sei es, daß er abwesend ist oder sich entfernt hat, sei es aus irgendeinem anderen Grunde⁵⁰¹.“

Für die *deutsche* Situation, wo notgedrungen vom Hauptbegriff abzusehen und mehr von den Individualrechten auszugehen ist, dürfte folgende Formalexplikation von § 1353 BGB — „Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet“ — dem naturrechtlichen Anliegen besser als die vorgeschlagenen Formulierungen entsprechen:

1. Die Regelung der Ehe- und Familienangelegenheiten verantworten Mann und Frau *gemeinsam*⁵⁰².

⁴⁹⁹ HIRSCHMANN, Referat 14.

⁵⁰⁰ MÖRSDORF, StDZ 53/334.

⁵⁰¹ Fassung vom 22. 9. 1942. Vgl. WOOPEN, 54/100. Auf Art. 213 nehmen Bezug BOSCH, FR 99 Anm. 50; NRO 67; CONRAD, DKW 51/388b; vgl. Grundprobleme 79; MÖRSDORF, StDZ 53/334; LG Duisburg, SH 57a; WUERMEILING, BTDeb. II/489 B. Vgl. S. 476.

⁵⁰² Damit ist das Anliegen des „gemeinsamen ER“ (vgl. S. 216) aufgegriffen und zugleich die Verantwortung auch der Frau (vgl. S. 237) betont, wobei diese Mitverantwortung die Grundlage ihres subsidiären ER ist.

2. Kommt es zu keinem gemeinsamen Entscheid, ist der *Entscheid des Mannes* verbindlich, vorausgesetzt, daß er dem Wohl der Ehe und Familie nicht widerspricht⁵⁰³.

3. Widerspricht der Entscheid des Mannes dem Wohl der Ehe und Familie, hat die *Frau das Recht*, zu entscheiden⁵⁰⁴.

4. Bei *Meinungsverschiedenheiten*, ob der Entscheid des Mannes oder der Frau dem Wohl der Ehe und Familie widerspreche, können beide das Vormundschaftsgericht anrufen⁵⁰⁵.

5. Das *Vormundschaftsgericht* stellt fest, welcher der beiden Entscheide dem Wohl der Ehe und Familie widerspricht⁵⁰⁶.

Ergebnis (zu I)

1. Besteht Gefahr, daß das natürliche Entscheidungsrecht nicht mehr beachtet und daher mißbraucht wird, erwächst dem Staat die naturrechtliche Pflicht, dieser Mißbrauchgefährdung durch eine entsprechende Kodifikation des Entscheidungsrechtes zu begegnen.

⁵⁰³ Diese Formulierung wird dem natürlichen ER des Mannes gerecht, ohne die positivrechtlich schwierige (und gesetztechnisch nicht notwendige) Frage der Entscheidungspflicht zu bemühen (vgl. BTDeb. III/11800). Vgl. Anm. 266. Die negative Form „nicht widerspricht“ ist gewählt, weil ein dem Wohl der Ehe und Familie widersprechender Entscheid als Mißbrauch richterlich feststellbar ist, während es nicht judiziabel ist, welcher von zwei Entscheiden positiv besser dem Familienwohl entspricht. Denn wohl hat an sich „bei einer Meinungsverschiedenheit der Ehegatten derjenige recht, dessen Meinung am besten dem wohlverstandenen Familieninteresse entspricht“ (FINKE, MDR 53/450b). Aber konkret läßt sich diese sachliche Bestentsprechung sehr oft überhaupt nicht feststellen. Darum fordert denn auch das Naturrecht vom positiven Recht nur, es müsse richtiges Recht sein, nicht aber es müsse unbedingt das Bestmögliche als Rechtsinhalt besitzen. Gerade deshalb ist auch der Richter grundsätzlich überfordert, wenn er über die Bestentsprechung einer Entscheidung befinden soll. Er müßte notwendig mit seiner subjektiven Meinung gestaltend in die Ehe eingreifen (vgl. WAHL, BTDeb. III/11792C; EHERECHTSKOMMISSION, FRR 31 [g]). Vgl. auch Anm. 387. Dennoch sind „Entscheidungen, die noch nicht als mißbräuchlich bezeichnet werden können und doch berechnete Interessen der Frau mißachten“ (SPF, 64; ähnlich ARNOLD, MDR 53/333b) nur denkmöglich, wenn man entweder einen untauglichen Richter voraussetzt (der nicht weiß, was Mißbrauch ist [vgl. Anm. 429]) oder eine rechthaberische Frau (die auf ihre Privatinteressen aus ist).

⁵⁰⁴ Auch hier ist das Recht der Frau betont. Die gesetzlich normierte Pflicht könnte psychologisch gesehen ungünstige Folgen haben.

⁵⁰⁵ Diese Formulierung entspricht auch den Vorschlägen jener, die das positivierte ER ablehnen, weil sie irrtümlich glauben, sonst entfalle der Antrag vor Gericht ausschließlich auf die Frau (vgl. Anm. 428 und S. 370).

⁵⁰⁶ Der Vergleich dieser Leitsätze mit andern Gesetzesvorschlägen (vgl. BOSCH, FRR 98; 57/193 Anm. 53), namentlich mit jenen ohne positiviertes ER des Mannes (vgl. BTDeb. III: Änderungsantrag [zu § 1628 BGB] SPD [11864], SCHWARZHAUPT [11865], FDP [11867]. Eventualvorschlag des FAMILIENRECHTSAUSSCHUSSES, 57/67ff.; WOLLE, 22) zeigt, daß ein vernünftig formuliertes natürliches ER des Mannes dem echten Anliegen jener Vorschläge durchaus gerecht zu werden vermag.

2. Die Positivierung kann je nach Notwendigkeit verschiedene Grade umfassen. Sie reicht von einer Materialimplikation in einem allgemeinen Familienschutzartikel über die Formalimplikation in einer Bestimmung über die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft bis zur Formalexplikation in einer ausdrücklichen Entscheidungsrechtsbestimmung.

3. Schlechte Erfahrungen genügen nicht, eine Positivierung des Entscheidungsrechtes aufzuheben. Vielmehr ist die Formulierung auf ihr individualistisches Mißverständnis zu untersuchen und allenfalls durch den Abbau der Ehescheidungsmöglichkeiten und durch die Betonung der Familieneinheit und ihres inneren Funktionsgefüges zu verbessern.

4. Zu welchen Ergebnissen hinsichtlich der Positivierung und Formulierung des Entscheidungsrechtes hat die deutsche Familienrechtsdiskussion geführt?

II. Die Kodifikation des Entscheidungsrechtes in Deutschland

Um die Problematik der Entscheidungsrechtskodifikation in Deutschland, zumal ihren heutigen Stand, zu verstehen, ist zunächst der unmittelbare Diskussionsgegenstand zu bestimmen. Denn nur so läßt sich auch das Diskussionsergebnis richtig beurteilen⁵⁰⁷.

1. Der Diskussionsgegenstand bei der Entscheidungsrechtskodifikation

In Deutschland hatte der Staat nicht nur als Verfassungsgeber Ehe und Familie als Ganzes geschützt (Art. 6 GG). Er hatte auch als Gesetzgeber aus der verfassungsrechtlich geschützten ehelichen und familialen Lebensordnung das Element der Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) und innerhalb dieser das männliche Entscheidungsrecht (§§ 1354 und 1628 BGB) eigens hervorgehoben. Bei der Diskussion um die Kodifikation des Entscheidungsrechtes mußte daher neben der Formalexplikation dieses Rechtes (in §§ 1354 und 1628 BGB) notwendig auch dessen formale (§ 1353 BGB) und materiale (Art. 6 GG) Implikation mitbetroffen sein.

⁵⁰⁷ Vgl. S. 2 (1); 372; 449.

a) *Die Materialimplikation des Entscheidungsrechtes in Art. 6 GG*

Selbstverständlich schützt Art. 6 GG im Zusammenhang mit Art. 3/2 GG auch und gerade die Gleichberechtigung in Ehe und Familie. Ebenso selbstverständlich ist aber „Gleichberechtigung in der Ehe und Familie etwas ganz anderes als Gleichberechtigung im Sozialleben und Erwerbsleben⁵⁰⁸“. Darum bedarf es „kaum eines Hinweises (eben weil es selbstverständlich ist), daß im Bereich des Familienrechtes Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft erlaubt oder sogar notwendig sind⁵⁰⁹“. Mithin gewährleistet Art. 6 GG verfassungsrechtlich (auch) eine auf geschlechtstypischer Arbeitsteilung gründende Gleichberechtigung in Ehe und Familie, wobei Ehe als grundsätzlich unauflösliche Lebensgemeinschaft verstanden ist.

Nun steht naturrechtlich zweifelsfrei fest, daß das männliche Entscheidungsrecht 1. auf einer geschlechtstypisch-arbeitsteiligen Eigenleistung des Mannes beruht⁵¹⁰, 2. die Gleichberechtigung der Gatten nicht verletzt⁵¹¹, 3. am besten die Unauflöslichkeit der Ehe und die Einheit der Familie wahrt⁵¹². Mithin schließt der positivrechtliche Gehalt des Art. 6 GG, naturrechtlich (das heißt hier: den Sachverhalt rational analysierend) interpretiert, *materialiter implicite* das männliche Entscheidungsrecht ein.

So zwingend sich rechtsphilosophisch diese Materialimplikation ergibt, so kann und soll sie angesichts der Diskussion dennoch dahingestellt bleiben. Denn praktisch beeinflusst sie das Diskussionsergebnis kaum⁵¹³.

b) *Die Formalimplikation des Entscheidungsrechtes in § 1353 BGB*

Einhellig war man der Ansicht, § 1353 BGB sei gegenüber einem allfälligen § 1354 BGB grundlegend⁵¹⁴. Denn er deklarierte, daß Mann und Frau in gegenseitiger Rücksichtnahme gemeinsam ihre Ehe

⁵⁰⁸ H. WEBER, BTDeb. II/513 D; vgl. BTDeb. III/11776 C.

⁵⁰⁹ BVerfG, SH 77a ([E] S. 396 (3)).

⁵¹⁰ Insofern der Mann auf den rechtlich geprägten Raum nach außen, die Frau auf die Ordnung des Innern gerichtet ist (vgl. S. 292) und das Treffen und Durchsetzen positiver Rechtsentscheide dem Manne gemäß ist (vgl. S. 297; Anm. 481).

⁵¹¹ Insofern das Geltendmachen des ER nur bei Berücksichtigung der (qualitativen) Glb der Frau rechtswirksam ist (vgl. S. 303).

⁵¹² Insofern die Einheit auch im Konfliktsfalle gewährleistet bleibt (vgl. S. 323).

⁵¹³ Im übrigen vgl. zu Art. 6 GG (E) S. 451.

⁵¹⁴ Vgl. BTDeb. II: H. WEBER, 513 C; SCHWARZHAUPT, 500 B; BTDeb. III: K. WEBER, 11768 C; SCHWARZHAUPT, 11774 B; BAY. FRAUEN, IFS 47b.

zu leben und zu regeln hätten, indem bald der Mann der Frau, bald die Frau dem Manne nachgeben müsse⁵¹⁵, damit die Gatten sich so immer wieder zur Einheit zusammenfänden⁵¹⁶ und ihre Gemeinschaft in dieser Einsfindung höchsten sittlichen Inhalt gewinne⁵¹⁷.

Daraus folgt zwingend: wenn der Mann ohne Rücksicht auf die Frau entscheidet oder die Frau eigensinnig und -willig ausgerechnet ihren Entscheid durchgesetzt haben will, liegt ein Verstoß gegen die eheliche Lebensgemeinschaft vor. Damit ist bereits gesagt, daß Fälle möglich sind, wo der Mann rechtmäßigerweise entscheiden kann und wo das Nichteingehen der Frau auf diesen Entscheid gerichtlich feststellbarer Mißbrauch ihrer Gemeinschaftsverpflichtung ist⁵¹⁸.

Wenn *Schwarzhaupt* zudem überzeugt ist, „daß auch in der Ehe von Menschen, die sich nicht bewußt an christliche Weisungen gebunden fühlen, *fast immer* Voraussetzung für das gute Bestehen und Funktionieren der Ehe ist, daß die *Frau* zu einem größeren Maß von Sicheinfügen, zu einem größeren Opfer an eigenständigem Leben bereit ist⁵¹⁹“, so deutet die sich notwendig aufdrängende Erklärung dieses „fast immer“ selbst schon auf das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes hin.

Ist nämlich die Tatsache, daß die Frau fast immer zu einem größern Maß des Sicheinfügens bereit ist, unmittelbar aus ihrer sittlich besseren Haltung heraus zu erklären, oder ist es nicht so, daß dies der Frau auf-

⁵¹⁵ Vgl. SCHWARZHAUPT, BTDeb. III/11774 B.

⁵¹⁶ Vgl. Eherecht 68 (S. 213).

⁵¹⁷ Vgl. SPD-ENTWURF, 41 (S. 98).

⁵¹⁸ Eben insofern von der ehelichen Lebensgemeinschaft her (§ 1353) „in den allermeisten Fällen in besonderem Maße auch von der Frau immer wieder verlangt wird“, sich einzufügen (SCHWARZHAUPT, BTDeb. III/11774 B).

⁵¹⁹ SCHWARZHAUPT, BTDeb. II/499 C; vgl. FINKENSTEIN, BTDeb. II/512 A. „Ich habe sehr viele Besprechungen mit einfachen Frauen des Volkes, wirklich mit dem Volke selber, gehabt. Diese Besprechungen mit Frauen gehen in die Tausende. Die Frauen haben alle, als ich mit ihnen sprach, von sich aus die einfache und schlichte Antwort gegeben: Nun ja, dann mag der Mann in diesen sehr seltenen Fällen — sie meinten nämlich, daß die meisten sich einigen würden — entscheiden“ (H. WEBER, BTDeb. III/11776 B). „Die letzte Entscheidung steht dem Manne zu. Ich habe über diese Frage ... auch viel mit Frauen gesprochen“ (ALTHAUS, 205b; vgl. Anm. 396). Vgl. MENZEL, BTDeb. I/11070 B.

Der Satz: „Die Mutter wird also [beim positivierten ER des Vaters] immer eher gezwungen und geneigt sein, sich der Auffassung des Vaters anzupassen, als umgekehrt“ (ARNOLD, MDR 53/333b), muß darum heißen: Die Mutter ist eher geneigt (weil naturhaft dazu besser befähigt), sich der Auffassung des Vaters anzupassen, als umgekehrt, wobei das positive ER des Vaters auf diese mütterliche Geneigtheit abstellt. Von daher wird man sich wirklich fragen müssen, „ob die Mehrheit des deutschen Volkes [nicht doch] die natürliche Ordnung letzter Entscheidungsbefugnis und letzter Verantwortung im Sinne einer Familienleitung [im Gesetze] beibehalten sehen möchte“ (LG Duisburg, SH 62a). Vgl. Anm. 103 (E) S. 447.

grund naturhafter Eigenart zunächst einmal *leichter* fällt und daß sie *deshalb* fast immer dazu bereit ist? Wer das eigenartige frauliche Sicheinfügen nur mit der sittlich besseren Einstellung der Frau begründen wollte, müßte auch die sittliche Gleichwertigkeit von Mann und Frau und damit die Grundlage der Gleichberechtigung überhaupt verneinen. Denn dann wäre die Frau im besseren Sicheinfügen eben auch (wenigstens fast immer) der bessere Mensch. So wird man hinter der Tatsache des Sicheinfügens doch eher ein bereits naturhaftes Ordnungsgefüge sehen, das die Frau im Entfalten ihrer Eigenwerte mit einer gewissen Selbstverständlichkeit fast immer auch mitentfaltet.

Dann aber ist nicht einzusehen, warum dieses frauliche Sicheinfügen „seinen Sinn und seine die Gemeinschaft erhaltende Kraft“⁵²⁰ plötzlich verliert, wenn die staatliche Rechtsordnung zwar nicht dessen personalen Vollzug erzwingt, wohl aber dem tiefern naturhaften Ordnungsgefüge seine Beachtung schenkt. Jedenfalls genügt die naturhafte Anlage der Frau, um zusammen mit der entsprechenden Gegenanlage des Mannes das natürliche männliche Entscheidungsrecht zu begründen, wobei dann der Staat vor der naturrechtlichen Aufgabe steht, in seiner positiven Rechtsordnung dieses Recht zu beachten und vor Mißbrauch zu schützen.

Mithin schützt § 1353 BGB, naturrechtlich interpretiert, *formaliter implicate*⁵²¹ auch das natürliche *Entscheidungsrecht* des Mannes. Wer diese Naturrechtsinterpretation ablehnt, hat mindestens den einzelnen sachlich richtigen und gemeinschaftsnotwendigen *Entscheid* des Mannes gegenüber einem unsachlichen (willkürlichen) Nichteingehen der Frau auf diesen Entscheid als durch § 1353 BGB geschützt anzuerkennen. Denn dann fiel dieses Verhalten der Frau eben unter den Begriff des Mißbrauchs ihrer ehelichen Gemeinschaftsverpflichtung. Insofern also praktisch eine ausschließlich positivrechtliche Deutung des § 1353 BGB zum gleichen Ergebnis kommt wie die tiefere naturrechtliche, kann es *praktisch* dahingestellt bleiben, ob in

⁵²⁰ SCHWARZHAUPT, BTDeb. II/499 C.

⁵²¹ „Eine Übertragung des Glbs-Grundsatzes auf Ehe und Familie ist nur insoweit möglich, als die tatsächlichen Gegebenheiten bei Ehe beiden Ehepartnern oder bei Sohn und Tochter gleich sind. Dies trifft ... nicht zu für diejenigen Rechte und Pflichten, die z. B. als Ausfluß der ehelichen Lebensgemeinschaft unabdingbar sind und aus § 1353 BGB abgeleitet auf dem eigentlichen Wesen der Ehe beruhen“ (LG Nürnberg-Fürth, MDR 53/430a). Zu diesen Rechten gehört auch und gerade das ER (vgl. S. 356). Vgl. auch BGH, 56/81 a; BOSCH, 58/84 a (3).

einem Mißbrauchsfall nur die Gemeinschaftsverpflichtung als solche verletzt wurde oder ob die Verletzung der Gemeinschaftspflicht näherhin darin bestand, daß das gemeinschaftliche Autoritätsgefüge mit seinem männlichen Entscheidungsrecht mißachtet wurde.

*c) Die Formalexplikation des Entscheidungsrechtes
in §§ 1354 und 1628 BGB*

War man sich über den Sinn des § 1353 BGB mindestens praktisch einig, so blieb nur noch die Formalexplikation des männlichen Entscheidungsrechtes zu diskutieren. Diskussionsgegenstand war mithin die Frage, ob neben § 1353 BGB und zu seiner Erläuterung auch noch das männliche Entscheidungsrecht entweder in seiner väterlichen (§ 1628 BGB) *und* ehemännlichen (§ 1354 BGB) oder wenigstens in seiner väterlichen Funktion ausdrücklich zu kodifizieren sei. Entsprechend wurden gegenüber den vorgeschlagenen §§ 1354 und 1628 BGB drei Ansichten möglich und auch tatsächlich vorgetragen⁵²²:

aa) Ablehnung jeder Formalexplikation. — Sei es, weil man grundsätzlich eine solche Formalexplikation als mit der Gleichberechtigung unvereinbar erachtete, sei es, weil man mehr praktisch das richterlich Faßbare eines ehelichen Entscheidungsrechtes durch § 1353 BGB hinreichend schützbar hielt und glaubte, auf diese Weise die Frage der Vereinbarkeit von Gleichberechtigung und männlichem Entscheidungsrecht ausklammern zu können⁵²³, wollten manche §§ 1354 und 1628 BGB ersatzlos *streichen*⁵²⁴ (oder im Sinne der vormundtschaftlichen Generalklausel anders fassen⁵²⁵).

⁵²² Vgl. S. 172 ff.

⁵²³ So heißt es in den Änderungsvorschlägen des BR ausdrücklich: „Die Frage, ob der Entwurf der Regierung [nämlich des § 1354] mit Art. 3/2 GG vereinbar ist, bleibt dahingestellt“ (E I [Anlage A, S. 2a]).

⁵²⁴ z. B. DJT (IFS 12a); ANWALTVEREIN, IFS 20a; IF Anlage A (9/1954) 2a (6); SOZIALARBEITERINNEN, IFS 24b; EVANG. FRAUENARBEIT, IFS 31a; WOLLE, 23.

⁵²⁵ Vgl. etwa SPD-ENTWURF: Wenn Ehegatten eine Verständigung über eheliche Angelegenheiten nicht erzielen können, „wird auf ihre Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft abgestellt und die Frage, ob der eine oder der andere gegen diese Pflicht verstoßen hat, wird allein vom Scheidungsrichter entschieden werden müssen“ (48). Ebenso GERKEN, MDR 53/330a; SCHEFFLER, DRiZ 53/87a; DÖLLE, Anm. 82. Dabei aber fragt sich gerade, ob die Frau bereits dann gegen ihre eheliche Pflicht verstößt, wenn sie die naturrechtliche Entscheidungsfunktion ihres Mannes nicht beachtet und ob auch diese Pflichtwidrigkeit für den Scheidungsrichter erheblich zu sein hat. Vgl. Anm. 108; 537.

bb) Annahme einer Formalexplikation. — Gerade um einem Mißverständnis der Gleichberechtigung vorzubeugen, hielten es manche für notwendig, innerhalb des Ordnungsbildes ehelicher Gemeinschaftsverpflichtung auch noch eigens das entscheidungsrechtliche Ordnungsgefüge zu deklarieren und wollten daher §§ 1354 und 1628 BGB, allenfalls anders gefaßt und unter Betonung ihrer inneren Zusammengehörigkeit, *beibehalten*⁵²⁶.

cc) Forderung einer Verschiedenexplikation. — Im Bestreben, den Staat aus Ehe und Familie möglichst herauszuhalten und geleitet von der Einsicht, der Staat werde desto mehr von Ehe und Familie fern gehalten, je weniger man über Ehe und Familie im BGB kodifiziere, glaubten schließlich manche, die Kodifikation der *ehemännlichen* Entscheidungsfunktion (§ 1354 BGB) als entbehrlich *streichen* zu können, jene der *väterlichen* (§ 1628 BGB) aber als nach wie vor, ja als gerade jetzt unentbehrlich *beibehalten* zu müssen.

Für die *Ehe* schien nämlich eine gesetzliche Vorkehrung für den Fall einer (durch die mangelnde Gatteneinigung bedingte) Entscheidungslosigkeit entbehrlich: der Staat konnte und sollte hier die Dinge auf sich beruhen lassen. Wo aber bei positivem *Entscheidungs-mißbrauch* der Staatseingriff schlechterdings nicht mehr zu vermeiden war, sollte die Frau beweis-, oder doch antragsmäßig besser als bisher gestellt⁵²⁷ und vor allem im Hinblick auf die Ehescheidung besser als früher geschützt werden⁵²⁸. Beiden Anliegen schien — nach dieser Ansicht — die Streichung von § 1354 BGB (am besten) zu entsprechen.

Für die *Familie* blieb eine gesetzliche Vorsorge auch für die in der elterlichen Unstimmigkeit gelegene *Entscheidungslosigkeit* unentbehrlich. Denn schon die elterliche Entschlußlosigkeit konnte das Kind gefährden und damit den Staat zwingen, sich schützend vor das Kind zu stellen. So ging es bei der Familie viel weniger als bei der Ehe darum, den Staat „herauszuhalten“, als vielmehr den allenfalls notwendigen Eingriff staatlicher Ordnungsorgane auf ein Mindestmaß zu beschränken. Dies konnte aber nur so geschehen, daß der Gesetzgeber die Staatsorgane zwang, bei ihrem unvermeidbaren Eingreifen von

⁵²⁶ BEITZKE, JZ 52/745 (II); BOSCH, z. B. SH 20 b (c); CREIFELDS, JR 50/449 ff.; MITTEIS, SJZ 50/241; PAULICK, 55/327 a; RÜDEL, JR 51/746 b; SCHNORR v. CAROLSFELD, JR 52/49; SPANNER, 57/157 b. Vgl. auch Anm. 18; 19; dazu kath. Juristen, S. 489.

⁵²⁷ Vgl. Anm. 504; 428.

⁵²⁸ Vgl. S. 362 mit Anm. 496.

der inneren Ordnungszuständigkeit der (Ehe und) Familie auszugehen. Die Gesetzesnorm dafür war § 1628 BGB. Insofern war er qualifiziert notwendig und daher beizubehalten⁵²⁹.

Die Forderung, das männliche Entscheidungsrecht für Ehe und Familie je verschieden zu kodifizieren, ist mithin eine Konsequenz des Bemühens, in Ehe und Familie möglichst ohne Staat auszukommen: die Streichung von § 1354 BGB bezweckte, den Staat von den inner-ehelichen Angelegenheiten fernzuhalten; die Beibehaltung von § 1628 BGB, den eingreifenden Staat an die innere Familienordnung zu binden. Insofern stand bei dieser dritten (ebenso wie bei der zweiten) Ansicht in recto das Verhältnis zwischen Ehe und Familie einerseits und dem Staat andererseits und nur in obliquo das Verhältnis zwischen Mann und Frau in Ehe und Familie in Frage: also *nicht* so sehr die *Gleichberechtigung* von Mann und Frau, *sondern* die *Eigenständigkeit der Ehe und Familie* gegenüber jenen im Namen einer mißverstandenen Gleichberechtigung auftretenden Verstaatlichungstendenzen⁵³⁰.

Diese drei einander wenigstens teilweise widersprechenden Ansichten waren und blieben während der ganzen Diskussion um die Familienrechtsreform bezüglich des Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie die Standpunkte. Von diesen Standpunkten aus mußte es denn auch schließlich zur gesetzgebenden Abstimmung kommen.

Ergebnis (zu 1)

1. Bei der Diskussion um das Entscheidungsrecht war man sich
 - a) *einig*, daß der gemeinschaftsnotwendige *Entscheid* des Mannes gegen den Mißbrauch der Frau jedenfalls durch § 1353 BGB geschützt sei;
 - b) *nicht einig*, ob der Schutz dieses Entscheides auch noch die formalexplicite Kodifikation des männlichen Entscheidungsrechtes erfordere.

⁵²⁹ Typisch etwa die Haltung des ANWALTVEREINS, dessen Ausschuß einstimmig „die Streichung des gesamten § 1354 BGB erforderlich“ erachtet, sich aber mit knapper Mehrheit „für den Stichtentscheid des Vaters entschieden“ hat (IF, Anlage A [9/1954], S. 2ff. [6; 19]). Ebenso EHERECHTSKOMMISSION, FRR 63ff.; HOFFMANN, JR 53/203. Vgl. (E) S. 450.

⁵³⁰ Insofern „der innerfamiliären Entscheidung der Vorzug gegenüber der Entscheidung des VormG gegeben werden muß“ (ANWALTVEREIN, IF, Anlage A (9/1954) S. 3 (19)). Umso mehr, als „angesichts totalitärer Gefahren des Zeitgeistes“ zu befürchten ist, „das innere Gefüge der Familie werde jedenfalls beim Wegfall des Letztentscheidungsrechtes [des Vaters den Kindern gegenüber] staatlichen Eingriffen stärker ausgesetzt sein“ (EHERECHTSKOMMISSION, FRR 65).

2. Das gesetzgeberische Ende der Diskussion mußte deshalb einen *Entscheid über diese Formalexplikation* ergeben, wobei die entscheidungsrechtliche Bedeutung des § 1353 BGB als selbstverständlich weiterbestehend vorausgesetzt wurde.

2. Das Diskussionsergebnis bei der Entscheidungsrechtskodifikation

Bekanntlich wurde am 3. Mai 1957 in der namentlichen Abstimmung des Bundestages die Streichung des § 1354 BGB und die Beibehaltung des § 1628 BGB durchgesetzt⁵³¹. Damit übernahm der Bundestag mehr oder weniger den Erstentwurf des Bundesministers (*Dehler*)⁵³² aus der ersten Wahlperiode und den Entwurf des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht aus der zweiten Wahlperiode⁵³³. So sehr man das Ergebnis als rechtspolitische Kompromißlösung betrachten mag, so ist doch die innere Möglichkeit dieser Lösung grundsätzlich zu überprüfen. Deshalb ist das Ergebnis genauer zu bestimmen und anschließend zu deuten.

a) Das gesetzgeberische Ergebnis der Diskussion

Unmittelbar wurde durch die Abstimmung die Formalexplikation des männlichen Entscheidungsrechtes in seiner Funktion als ehemännliche Entscheidungsbefugnis abgelehnt, als väterliche bestätigt. Selbstverständlich ist damit das männliche Entscheidungsrecht als solches, das heißt, als natürliches Recht des Mannes weder in sich selbst, noch in seiner grundlegenden Formalimplikation in § 1353 BGB berührt, geschweige denn „abgeschafft“⁵³⁴.

Mittelbar erscheint nunmehr der Gedanke einer Ordnungseinheit⁵³⁵ von Ehe und Familie in der Gesetzgebung noch stärker als bisher

⁵³¹ Vgl. die Ergebnisse der namentlichen Abstimmung, BTDeb. III/11869 ff.; dazu die Berichte von BOSCH, 57/189—196; 231—233; FINKE, MDR 57/449—455. Im übrigen vgl. (E) S. 387.

⁵³² Aufgrund von HAGEMEYER. Vgl. BEGRÜNDUNG I/46a.

⁵³³ Vgl. S. 494.

⁵³⁴ „Der Streit der Ehegatten ist nach dem unverändert bestehenbleibenden § 1353 zu beurteilen, dem nunmehr nach Wegfall des § 1354 eine wesentlich erhöhte Bedeutung zukommt“ (FINKE, MDR 57/450b; BOSCH, 57/193a; 58/84a; MEYER, Rpfleger 57/286a [a]). Vgl. H-M, § 1353 BGB.

⁵³⁵ Vgl. S. 219. Andererseits wurde im Unterhaltsrecht durch den (neu eingeführten) Begriff des Familienunterhaltes (= ehelicher Aufwand) nicht nur von gemeinsamen Ordnungsnormen ausgegangen (vgl. BRÜHL, 57/277a; BOSCH, 58/83a (3); FINKE, MDR 57/452a), sondern eben damit auch anerkannt, „daß die Familie eine ... überindividuelle Rechtsgemeinschaft mit eigenständiger Lebensordnung ist“ (SCHRADER, 57/342; 343b mit Hinweis auf BOEHMER). Dabei besteht zwischen Unterhaltsrecht und ER ein Zusammenhang, insofern etwa der zahlungs-

preisgegeben. Nicht nur, daß, wie bislang, Ehe und Familie im BGB an je verschiedenen Stellen behandelt werden. Jetzt ist auch noch die innergemeinschaftliche Autorität vom Trennungsgedanken getroffen. Denn die naturrechtlich, wie allgemein rechtsphilosophisch eine und unteilbare Autorität für Ehe und Familie hat nun im BGB einen für Ehe und Familie je verschiedenen Kodifikationsgrad gefunden. So stellt sich denn gerade von diesem mittelbaren Ergebnis her die Frage nach dem möglichen Sinn und den zu erwartenden Folgen einer solchen rechtspolitischen Trennungslösung.

b) Die gesetzgeberische Bedeutung der Diskussion

Das Abstimmungsergebnis ist rechtslogisch, wie rechtserzieherisch bedeutsam:

1. *Rechtslogisch ist ein verschiedener Kodifikationsgrad der ehemännlichen und der väterlichen Entscheidungsfunktion vertretbar.* — Die Kodifikationsverschiedenheit gründet nämlich in einer Funktionsverschiedenheit des männlichen Entscheidungsrechtes innerhalb der Ehe und der Familie. Insofern ist sie jedenfalls nicht willkürlich, obwohl es eine ganz andere Frage ist, ob die sachliche Funktionsverschiedenheit angesichts der vorauszusehenden Folgen der Kodifikationsverschiedenheit hinreiche, die Kodifikationsverschiedenheit zu rechtfertigen.

Die Funktionsverschiedenheit des männlichen Entscheidungsrechtes in Ehe und Familie zeigt sich am deutlichsten, wo ein Entscheidungsmißbrauch zum gerichtlichen Austrag kommt. Während nämlich beim Mißbrauch der *ehemännlichen* Entscheidungsbefugnis die Drittinstantz immer nur Mißbrauch *feststellend*, nie aber rechtsetzend eingreifen kann, kommt ihr beim Mißbrauch der *väterlichen* Entscheidungsbefugnis, sofern auch die Mutter ihre elterliche und ihre stellvertretend väterliche Entscheidungsberechtigung mißbraucht, auch eine *rechtsetzende* Funktion zu⁵³⁶. Deshalb besteht im Bereich der elterlichen und väterlichen Entscheidungsbefugnis auch die besondere Mißbrauchsmöglichkeit für die *Vormundschaftsinstantz*, rechtsetzend in die Familie hineinzuregieren, wo sie sich mit der einfachen Feststellung des Mißbrauchs, sei es der Mutter, sei es des Vaters, hätte

pflichtige Vater der haushaltverpflichteten Mutter eine Mehrarbeit zumuten kann, um dem bisher außer Haus lebenden Kind in Natur den Unterhalt gewähren zu können (vgl. SCHRADE, 57/349 b; 348 b). Ebenso bez. Wohnsitzbestimmung (R-S, 83).

⁵³⁶ Vgl. S. 211; 348; 370.

begnügen können. Insofern ist es sinnvoll, gerade beim Eltern-Kind-Verhältnis eigens die innergemeinschaftliche Entscheidungspflicht zu betonen, damit der Richter ausdrücklich verpflichtet ist, alle inner-ehelichen Entscheidungsmöglichkeiten zu berücksichtigen und erst dann einen eigenen Entscheid zu fällen, wenn sowohl der väterliche wie der mütterliche Entscheid das Wohl des Kindes gefährdet.

Daraus folgt: *Adressat* des § 1628 BGB ist in recto das Vormundschaftsgericht. Die vormundschaftliche Generalklausel wird so deutlich wie nur möglich abgelehnt. Nur in obliquo (nämlich unter Einbezug der Gleichberechtigungsdiskussion und der Streichung des § 1354 BGB) ist auch das elterliche Verhältnis berührt. *Gegenstand* des § 1628 BGB ist somit unmittelbar nicht die Gleichberechtigung in Ehe und Familie, sondern die elterliche Erziehungserstberechtigung gegenüber der staatlichen, nur subsidiären Erziehungsbefugnis.

Was zum Schutze des natürlichen Entscheidungsrechtes des Mannes im Bereich der *Ehe* bisher aufgrund des § 1354 BGB sinnvollerweise geschehen konnte, läßt sich heute über § 1353 BGB erreichen⁵⁹⁷. Insofern bleibt das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in der Ehe nach wie vor geschützt. Andererseits hat § 1628 BGB durch den Wegfall des § 1354 BGB eine stärkere Bedeutung erlangt: durch die nunmehr alleinige Formalexplikation der väterlichen Entscheidungsfunktion erscheint diese im heutigen BGB stärker als früher (wo sie nur die Parallele zur ehemännlichen Funktion bildete) betont. Da aber diese stärkere Betonung angesichts der gesetzlich durchgeführten Gleichberechtigung von Mann und Frau selbstverständlich nicht auf Kosten der mütterlichen Erziehungsberechtigung geht, dürfte sie zunächst

⁵⁹⁷ „Richtet man den Blick nicht auf die gesetzlichen Bestimmungen, sondern auf den zu ordnenden Lebenstatbestand, so ändert sich trotz Beseitigung des [positivierten] ER des Mannes bei einem ersatzlosen Fortfall des § 1354 BGB am praktischen Ergebnis kaum etwas gegenüber dem heutigen tatsächlichen Zustand“ (ANWALTVEREIN, IFS 20a; ebenso GERKEN, MDR 53/330a). Denn „sein möglicher Sinn ist durch § 1353 BGB zum Ausdruck gebracht“ (KASSELER VORSCHLÄGE [A zu § 1353 BGB]). Der Richter, der bisher zu prüfen hatte, „ob ein Mißbrauch des ER der Gehorsamsverweigerung der Frau den Charakter der Eheverfehlung nimmt (§ 1354 II BGB)“, hat nunmehr zu untersuchen, „ob die Weigerung der Frau, dem Willen des Mannes zu folgen, sachlich gerechtfertigt war, d. h. ob überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe für ihre von der Auffassung des Mannes abweichende Auffassungen sprächen, oder ob ihre Weigerung so ungerechtfertigt war, daß sie sich als eine Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt“ (BGH, JZ 54/158a). Dabei hatte die (unmittelbare) Prüfung des Mißbrauchs des ER, um selber sachlich gerechtfertigt zu sein, schon immer (mittelbar) untersuchen müssen, ob die Weigerung der Frau sachlich gerechtfertigt war (vgl. BGH, JZ 54/158 Anm. 27). So wird früher „die Austragung der divergierenden Meinungen letzten Endes denselben Weg gegangen sein, den jetzt [jedenfalls zufolge des GlbG] zu beschreiten notwendig geworden ist“ (GERKEN, MDR 53/330b). — Vgl. Anm. 534; 103 (E) S. 447. — (E) S. 439 (1).

den stärkeren Schutz der innerhehlichen Autorität gegenüber staatlichen Eingriffen bedeuten. *Rechtslogisch*, d. h. in einer rechtssystematischen Betrachtung der nun vorliegenden Kodifizierung, besagt darum die Verschiedenkodifikation nicht so sehr einen Abbau des (natürlichen) männlichen Entscheidungsrechtes, sondern eher eine Verstärkung seines Schutzes vor einem zu früh rechtsetzenden Staatseingriff.

2. *Rechtserzieherisch wirkt sich die Kodifikationsverschiedenheit nachteilig aus.* — So sinnvoll es sein mochte, angesichts verschiedener Diskussionstendenzen die vormundschaftliche Generalklausel abzulehnen, ist doch die einseitige Explikation der väterlichen Entscheidungsfunktion (im Gegensatz zur ehemännlichen) nicht unbedenklich. Sie kann sich rechtserzieherisch sowohl für den Vormundschaftsrichter wie für die Ehegatten und Eltern nachteilig auswirken:

a) *Für den Richter.* — Der Richter ist zwar eindeutig in seiner rechtsetzenden Befugnis eingeschränkt worden. Aber man hat ihn durch die rechtssystematische Trennung von Ehe und Familie im BGB und besonders durch die Streichung von § 1354 BGB um ein rechtlich leicht verständliches Ordnungsbild für seine Mißbrauchsfeststellung gebracht. Zweifellos wird der *gute* Richter mit der vorliegenden Gesetzeslage gute Ergebnisse erzielen können, so gut er dies schon unter dem § 1354 BGB und während des Interregnums seit dem 1. April 1953 konnte. Was aber wird der weniger gute Richter angesichts des verdunkelten rechtlichen Ordnungsbildes und unter der unheimlichen Zugkraft rechtsfremder Schlagwörter tun, zumal jetzt seine Aufgabe gegenüber den auf Entscheidungsmißbrauch klagenden Eltern und Gatten auch objektiv schwieriger geworden ist?

b) *Für Mann und Frau in Ehe und Familie.* — Was für den rechtskundigen Richter eine mögliche Gefahr ist, ist für die rechtsun erfahrenen Eheleute und Eltern eine drohende. Sicher bleibt ihnen der rechtslogische Erstsinn der Koordinationsverschiedenheit weitgehend verschlossen. Wenn überhaupt, kennen sie, durch die schlagzeilensüchtige Tagespresse informiert, wohl höchstens den Wegfall von § 1354 BGB.

So ist die *Frau* bei einem entstehenden Konflikt geneigt, zunächst einmal gegen den Mann (und ihr eigenes Wesen) zu protestieren und

es angesichts der „Gleichberechtigung“ nun eben „drauf ankommen“ zu lassen⁵³⁸. Und der Mann wird es sich bei einer solchen Machtprobe erst recht nicht leisten können, den kürzeren zu ziehen⁵³⁹.

Es wird deshalb für den Richter nicht leicht sein, in derartigen Fällen der auf ihre „Gleichberechtigung“ pochenden Frau ihre im Rahmen von § 1353 BGB durchaus weiterbestehende (selbstverständlich mit dem Manne geteilte) Einigungs- und Einfügunbspflicht verständlich zu machen.

Noch viel schwieriger dürfte es sein, den nicht rechtslogisch interessierten *Müttern* nach dem Wegfall des § 1354 BGB den § 1628 BGB als ihnen gegenüber nicht ungerecht erscheinen zu lassen. Sie werden die Vormundschaftsgerichtetheit dieser Bestimmung nicht beachten und dann das Gefühl haben müssen, gerade dort, wo sie sich in besonderer Weise sachzuständig und entscheidungsberechtigt wissen (und es selbstverständlich auch sind), das männliche Entscheidungsrecht kodifiziert zu finden.

3. *Die rechtserzieherischen Nachteile der gesetzgeberischen Rechtslogik erfordern einsichtsvolle Richterbildung und verantwortungsbewußte Gatten- und Elternernziehung.* — Soll sich die neue Familienrechtslogik des BGB nicht zum Schaden der Ehe und Familie auswirken, müssen die rechtserzieherischen Nachteile der gesetzlichen Kompromißlösung ausgeglichen werden. Dabei wird es *unmittelbar* darauf ankommen, daß die Richter, die Ehe- und Familienstreitigkeiten zu entscheiden haben, vernünftige Entscheide fällen. Da dies, angesichts des verdunkelten Ordnungsbildes im Gesetze selber wie bei den Streitparteien, nicht leicht sein dürfte, gilt es, durch die Judikatur selbst ein echtes richterliches Leitbild zu schaffen, das der Gleichberechtigung von Mann und Frau ebenso gerecht wird wie der gemeinschaftlichen Autorität in Ehe und Familie. So geht es darum, aufgrund der

⁵³⁸ „Nachdem die Mutter erfährt — und das spricht sich sehr schnell herum —, daß sie nicht mehr den Willen des Vaters respektieren muß, wird sie diesen in vielen Fällen, in denen sie ihn heute noch respektiert, nicht mehr respektieren. Wir hörten vorhin, daß gerade in einfachen Kreisen der Mann — etwa ein Arbeiter — sich weigere, einmal die Löffel zu spülen. Es ist eine bekannte Tatsache, daß gerade der einfache Mensch formalistisch denkt. Genau so werden es auch gerade die einfachen Frauen sein, die sagen: Was? Ich muß ja nicht! Ich will das andere! Und schon ist der Streit da, der nicht passiert wäre, wenn die Frau genau gewußt hätte, wie es heute ist: Ich muß mich fügen! Und deshalb glaube ich, sollten wir wirklich beim alten bleiben“ (SCHWOERER, DJT 96; vgl. DESCHENAUX, 444). Deshalb ist „die rechtliche Festlegung einer diesbezüglichen Norm wertvoll auch für die seelische Harmonie und Einheit, sie verhütet unnötige und aufreibende Differenzen“ (MAUSBACH, 45).

⁵³⁹ Vgl. S. 267.

Gesetze eine familienechte richterliche Rechtsentwicklung anzubahnen, beziehungsweise weithin fortzusetzen⁵⁴⁰: die *Rechtsfrage* ist in einem bedeutsamen Sinne *Richterfrage* geworden.

Mittelbar aber wirft die Rechtsfrage die Frage vermehrter Gatten- und Elternbildung auf. Denn die Richter werden ihre Aufgabe nicht lösen können, wenn nicht im Volke echtes Ehe- und Familienbewußtsein lebendig ist. So werden sich namentlich die *Kirchen* mühen müssen, nicht nur für einen richtigen Begriff der Gleichberechtigung immer wieder einzutreten, sondern vor allem *Männer und Frauen* auf Ehe und Familie hin zu erziehen, um sie bereit zu machen, ihr Vater- und Mutteramt als von Gott verliehene Aufgabe im frohen Dienst aneinander und für das Kind zu verwirklichen⁵⁴¹.

Ergebnis (zu II)

1. Nach der Gesetzgebung des Bundestages vom 3. Mai 1957 bleibt das natürliche Entscheidungsrecht in Ehe und Familie grundsätzlich anerkannt und geschützt:

a) in seiner *ehelichen* Funktion ist es mindestens *praktisch* geschützt, insofern aufgrund von § 1353 BGB willkürliches Nichteingehen der Frau auf einen sachlich richtigen und notwendigen Entscheid des Mannes als Mißbrauch der ehelichen Gemeinschaftsverpflichtung feststellbar und der entsprechende Entscheid des Mannes als rechtsverbindlicher durchsetzbar ist.

b) in seiner *familialen* Funktion bleibt es nach wie vor *formaliter explicite* durch § 1628 BGB geschützt, wobei *rechtslogisch* (durch Wegfall von § 1354 BGB) dieser Schutz gegenüber dem Vormundschaftsgericht verstärkt erscheint.

2. Diese Verschiedenkodifikation läßt sich *rechtslogisch insofern begründen*, als im Familienbereich der Richter bezüglich der Kinder notfalls auch *rechtsetzend* muß entscheiden können, dabei aber naturrechtlich verpflichtet (und durch § 1628 BGB auch positivrechtlich

⁵⁴⁰ Vgl. BOSCH, 57/192a (vor e); 192b; 58/87b. Dazu (E) S. 439.

⁵⁴¹ Gerade auch deshalb „erhebt sich für die evangelische [und katholische] Kirche die dringende Forderung, ihre Amtsträger in viel höherem Maße als bisher für eine echte Familienseelsorge auszurüsten“ (SCHUMANN, Informationsblatt, 52/90b). Vgl. v. NELL-BREUNING, W I/91. Als Beispiele: Landesbischof HAUG, 54/229–231; HIRSCHMANN, Die Familie unter dem Kreuz. Ferner: SCHLIESSKE, O.: Evang. Elternbuch, Stuttgart 1954² (Dilschneider, 57/14a).

gehalten) ist, solange bei der Rechts- und Mißbrauchs*feststellung* zu bleiben, bis eindeutig feststeht, daß der Entscheid beider Eltern das Kindeswohl verletzt.

3. Insofern diese Rechtslogik einen weiteren Abbau des Einheitsgedankens von Ehe und Familie zur Folge hat und sich darum *rechtserzieherisch nachteilig* auswirkt, ist besondere Sorge um die richterliche Rechtsentwicklung und die Erziehung der Gatten und Eltern notwendig.

4. Nur wenn die Frage der Richterbildung und der Ehe- und Familien-erziehung einigermaßen gelöst wird, bleibt das *natürliche Entscheidungsrecht* in Ehe und Familie vor dem Mißbrauch (des Mannes, der Frau oder der richterlichen Rechtssprechung) geschützt und wird echte *Gleichberechtigung* in Ehe und Familie möglich.

Drittes Kapitel

ENTSCHEIDUNGSRECHT

UND GLEICHBERECHTIGUNG IN EHE UND FAMILIE

Beim rechtmäßigen Geltendmachen ehelicher Autorität gleichberechtigt, sind Mann und Frau auch bei deren Mißbrauch in einer gleichberechtigenden Weise geschützt.

§ 1. Die Gleichberechtigung

beim rechtmäßigen Entscheiden

Als bloßes Koordinationsrecht ist die ehemännliche Autorität rechtmäßig nur geltend zu machen, wenn die Frau bei der Rechtsfindung einverstanden ist und bei der Rechtssetzung einwilligt. Darin liegt echte Gleichberechtigung⁵⁴².

Bei der *Rechtsfindung* besteht unterschiedlose Gleichberechtigung oder jene Sonderberechtigung des Mannes oder der Frau, die sich unmittelbar nicht aus dem Geschlecht, sondern der geschlechtsbedingten besonderen Sachzuständigkeit in der zu behandelnden Frage ergibt, also ihren, sie vor der Gleichberechtigung rechtfertigenden, Rechtstitel hat.

Bei der *Rechtssetzung* besteht keine quantitative Gleichberechtigung; denn der Mann ist zur eigentlichen Rechtssetzung, die Frau zur zu erteilenden oder verweigernden Einwilligung berechtigt. Diese Verschiedenheit erfüllt aber die Bedingung *qualitativer* Gleichberechtigung. Denn männliche Setzungs- und frauliche Einwilligungsberechtigung

⁵⁴² Nämlich im Sinne qualitativer Glb als die der quantitativen Glb rechtsphilosophisch übergeordnete Glb (vgl. S. 73).

haben ihren Nächstgrund wiederum in der besonderen Rechtssetzungsbefähigung des Mannes und der besonderen Einwilligungsfähigkeit der Frau, erfolgen also nicht unmittelbar wegen des Geschlechts⁵⁴³.

Dabei geht es um echte *personale Gleichberechtigung*. Denn einerseits ist die männliche Setzung nur rechtswirksam, wenn die Frau einwilligt. Andererseits ist die Einwilligung der Frau rechtlich geschuldet, also nicht rechtswirksam verweigerbar, wenn die männliche Entscheidung gemeinschaftsnotwendig ist und der Mann dies der Frau bei der Rechtsfindung aufgewiesen hat. Wenn daher der Mann die Einwilligung der Frau nicht einholt oder die Frau die eingeholte und als gemeinschaftsnotwendig aufgewiesene verweigert, liegt verbindlichkeitsverwirkender *Mißbrauch* männlicher oder fraulicher Berechtigung vor.

§ 2. Die Gleichberechtigung beim Entscheidungsmißbrauch

Der Mann und Frau gleichberechtigende Mißbrauch-Schutz liegt darin: Einerseits hat die *Frau* beim Entscheidungsmißbrauch des Mannes, da er seinen Entscheid nicht unmittelbar zwangshaft durchsetzen kann, tatsächlich die wirksame Möglichkeit, ihr subsidiäres Entscheidungsrecht zu gebrauchen. Andererseits hat der *Mann* gegenüber der mißbräuchlich ungehorsamen oder entscheidenden Frau, die ja ihren Entscheid auch nicht eigentlich erzwingen kann, selber wieder die Möglichkeit, die Drittinstantz zur Rechtsfeststellung und allenfalls zur Rechtsdurchsetzung anzurufen. Ohne diesen Außenschutz aber ist der Mann beim Mißbrauchschutz rechtlich minder gestellt⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Vgl. S. 111 (a); 321; Anm. 259.

⁵⁴⁴ „Das Anliegen der Frauen muß durchaus ernst genommen werden. Es ist die Sicherung der der Frau in Ehe und Familie zukommenden Rechtsstellung gegen Willkürakte des Mannes“, also gegen Handlungen, „die weder mit der Würde noch mit der sozialen Stellung der Frau, noch mit dem wahren Wohl von Ehe und Familie vereinbar sind. Daß Unklarheiten und falsche Auffassungen über das „ER“ des Mannes in der Vergangenheit diese Rechtsstellung gefährdeten, muß zugegeben werden. Auch heute noch zeigen die Versuche, diese Entscheidungsmacht zu einem bloßen „Stichentscheid“ zu machen, oder sie auf Wahrheitsfragen auszudehnen, oder ihren im Fall des Ausscheidens des Mannes von selber eintretenden Ersatz durch die Frau aus irgendeiner Art männlicher Delegation oder gesetzlicher Ermächtigung herzuleiten, oder sie so zu verstehen, als taste sie den im Rahmen ihrer innerhäuslichen Aufgabe als Frau zukommenden Bereich von Selbständigkeit an, wie wenig das Wesen der Autorität des Mannes und Vaters vielfach begriffen wird. Auch die Verwechslung von rechtlicher Autorität, moralischer Autorität und theoretischer Autorität ist ... zu häufig vorgekommen“ (HIRSCHMANN, HK 54/343 b).

Ergebnis des dritten Kapitels

1. Als *Befehlsrecht* dem Gehorsamsrecht gegenübergestellt, als *Sozialrecht* Dienst am Vollzug der Personalrechte, und zwar als *Koordinationsrecht* durch praktischen Willensentscheid über die Gemeinwohlmitte, ist das Entscheidungsrecht Dienst an der personalen Entfaltung von Mann und Frau in Ehe und Familie und gewährleistet sie im Sinne *echter qualitativer Gleichberechtigung*.

2. Welches sind die einzelnen *Elemente* dieser Gleichberechtigung in Ehe und Familie?

Schlußbetrachtung

Die natürliche Gleichberechtigung von Mann und Frau in Ehe und Familie

Nominal sagt Gleichberechtigung nicht, wo Mann und Frau in Ehe und Familie gleich sind, und wie daher ihre Gleichberechtigung in Ehe und Familie ist. Erst die „*res*“ Ehe und Familie läßt erkennen, in welcher Weise sie ihren Daseinsvollzug in diesen Gemeinschaften zu leben haben, mit welchen Rechten sie dazu ausgestattet sind und wie deshalb die Gleichheit in diesen Rechten aussieht. So muß von der Nominaldefinition der Gleichberechtigung her durch die Realität der Ehe und Familie die Realdefinition der Gleichberechtigung in Ehe und Familie bestimmt werden. Dabei läßt sich der Begriff der Gleichberechtigung in Ehe und Familie in vierfacher Weise real verwirklicht erkennen.

I. Das Gemeinwohl der Ehe und Familie enthält das Eigenwohl von Mann und Frau als in gegenseitiger Ergänzung und Werkhilfe zu verwirklichen. Dadurch ist *objektiv* durch das *Gemeinwohl* für Mann und Frau die gleiche Möglichkeit, sich in Ehe und Familie zu entfalten, gewährleistet, und *subjektiv* durch die *Gleichberechtigung*, welche das subjektive je gleiche Recht von Mann und Frau auf die gegenseitige Ergänzung bei dieser Entfaltung meint, sichergestellt. Dies ist die grundlegende **personale Gleichberechtigung**. Alles Weitere in Ehe und Familie hat ihr zu dienen. Alle Rechte und Pflichten, welche Ehe und Familie als Gemeinschaften fordern, sind Dienst an dieser personalen Gleichberechtigung. Ihr dienend, sind sie zur Gleichberechtigung

gehörig; zu ihr hinführend, sind sie gleichberechtigend. Sie fallen damit reduktive selber unter den Begriff der Gleichberechtigung⁵⁴⁵.

II. Diese *gleichberechtigenden Dienstrechte* berechtigen Mann und Frau, je voneinander die zur Erfüllung ihrer naturhaften Aufgabe als Gatte und Vater, Gattin und Mutter notwendige ergänzende Hilfeleistung zu fordern. Da, wie gesagt, die Erfüllung dieser amtshaften Aufgaben zugleich auch Erfüllung ihrer personalen Entfaltung und Gleichberechtigung ist, ist auch in den Dienstrechten allgemein echte Gleichberechtigung verwirklicht: die **dienstrechtliche Gleichberechtigung**.

III. Das Gemeinwohl verwirklicht sich aber über die *Gemeinwohlmitte*: die äußere Gestaltung der ehelichen und familialen Gemeinschaft. Die Gemeinwohlmitte als konkrete Friedensordnung verwirklicht sich aber ihrerseits, indem die Frau gehorchend den befohlenen Gestaltungsplan des Mannes situationsgemäß ausgestaltend ausführt. Diesen beiden Amtsfunktionen von Mann und Frau entspricht *das männliche Befehls- und das frauliche Gehorsamsrecht*.

Derart befehls- und gehorsamsberechtigt, stehen sich Mann und Frau zwar *nicht quantitativ, wohl aber qualitativ gleichberechtigt gegenüber*.

Insofern nämlich richtiges Befehlen und Gehorchen die naturhafte Eigenart von Mann und Frau am besten zur personalen Entfaltung führt, zielt der richtige Vollzug des Befehls- und Gehorsamsrechtes nicht nur die personale Gleichentfaltetheit an, sondern ist selber schon actu ein personales Gleichentfalten: die **rechtsverwirklichende Gleichberechtigung**.

IV. Aber selbst am Befehls- oder *Entscheidungsrecht des Mannes* ist die Frau nicht unbeteiligt und unberechtigt. Denn bei der vorbereitenden *Rechtsfindung* hat sie ein gleiches Recht zur Mitberatung oder ein Sondermitspracherecht zufolge größerer Sachkenntnis. Bei der *Rechtssetzung* aber setzt die männliche Setzung die frauliche Zustimmung

⁵⁴⁵ „Die Ehe ist eine Institution mit sittlichem Eigenwert, zu der beide Partner in gleichem Maße ‚einzubringen‘ haben. Beide Teile verzichten darauf, ihr persönliches Leben so zu bestimmen, wie wenn sie nicht verheiratet wären. Jeder Partner hat denjenigen Teil der durch die Ehe begründeten Aufgabe zu übernehmen, der seiner Natur wesensmäßig am meisten entspricht. Es ist ein Unding, zu sagen, daß zwischen diesen verschiedener Aufgabengebieten ein wertmäßiger Unterschied sei. Alle der Ehe dienenden Aufgaben sind gleich wichtig. Ganz verfehlt ist auch die Annahme, daß der eine Teil bei Erfüllung seiner Aufgaben häufiger versage als der andere“ (POETTER, IFS 60a). „L'autorité maritale ne diminue en rien l'égalité parfaite des époux dans leur personnalité. Elle résulte non pas directement de l'âme mais de la société conjugale, où elle est une fonction revenant au mari à cause de sa nature d'homme“ (DE WINT, 590). Vgl. Anm. 75; 261.

mung voraus, wobei auch hier je gesonderte Naturbegabungen die Sonderberechtigung begründen und im richtigen Rechtsvollzug personal entfaltet werden: die **entscheidungsrechtliche Gleichberechtigung**.

Wer nicht gefangen ist in einer apriori behaupteten quantitativen Stückgleichberechtigung, wird zugeben: bei der Gleichberechtigungsdiskussion geht es „zunächst weniger um eine tiefere Erfassung des Gleichberechtigungssatzes. Eine ‚formale‘, ‚mechanische‘, ‚totale‘ Gleichberechtigung will im Grunde niemand. Darüber, daß nach ihm Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, ist man sich im wesentlichen einig; auch darüber, daß Mann und Frau in Ehe und Familie eine verschiedene Funktion haben, die verschiedenes Recht begründen kann.

Die Diskussion geht um das *Wesen von Ehe und Familie*. Wer, wie wir, daran festhält, daß die verschiedenen Funktionen von Mann und Frau auch zu verschiedenen Aufgaben beider in der Bestimmung der rechtlichen Gestalt der Familie führen — und zwar nicht nur geschichtlich, sondern wesentlich — der wird sowohl die innerfamiliäre Autorität des Mannes und Vaters für vereinbar mit dem Gleichberechtigungssatz halten, wie die geschichtlich nicht zu leugnende Gefahr der Schrumpfung dieser Autorität mit Soziologen wie *Schelsky* für überwindbare Fehlentwicklung⁵⁴⁶.“

Denn „die Ehe ist wesentlicher auf dem Unterschied der Geschlechter aufgebaut, den sie zur Einheit und Ganzheit bindet, als auf der Gleichheit beider. Die Überbetonung der Gleichheit geht auf Kosten der Ergänzungsfähigkeit beider aus ihren Unterschieden heraus. In der Tatsache der herabgeminderten Ergänzungsfähigkeit der Geschlechter liegt vielleicht der wichtigste Grund des Zerfalls unserer Ehen heute. Ihre Entwicklung in Richtung auf Gleichheit — statt auf unterschiedliches Eigensein — ist eine viel größere Gefährdung der Ehe heute als die Verletzung echter Gleichheit aus einer Überbetonung unterschiedlicher Rechtsstellungen⁵⁴⁷.“

Eine Rückbesinnung auf das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes und der natürlichen Geschütztheit der Frau vor dessen Mißbrauch, sowie eine daran orientierte Rechtspolitik wird daher nicht nur der Gleichberechtigung von Mann und Frau dienen, sondern auch dem Verfassungsschutz der Ehe und Familie entsprechen.

⁵⁴⁶ HIRSCHMANN, HK 54/342b. / ⁵⁴⁷ HIRSCHMANN, HK 53/281a.

EXKURS

DIE FRAGE DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT VON § 1628 BGB IN NATURRECHTLICHER SICHT

Wie es nicht unmittelbar Sache der Naturrechtslehre ist, Gesetzesentwürfe vorzulegen, so auch nicht Gerichtsentscheide zu fällen¹. Wohl aber kann sie positiv vorliegende Gesetze und positiv gefällte Gerichtsentscheide auf ihren naturrechtlichen Grundgehalt untersuchen. Angesichts der Diskussion um das männliche Entscheidungsrecht in Ehe und Familie scheint es rechtspraktisch wie rechtsgrundsätzlich nicht nur sinnvoll, sondern notwendig, wenigstens anhangsweise eine solche Untersuchung vorzunehmen.

Als nämlich bekannt wurde, auch der Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht halte an der väterlichen Funktion des männlichen Entscheidungsrechtes im Sinne des § 1628 BGB fest, machte man² geltend, § 1628 BGB sei rechtspraktisch wie rechtsgrundsätzlich verfassungswidrig: *rechtspraktisch*, weil die Gerichte nun 5 Jahre lang rechtsschöpferisch gegen eine solche Regelung entschieden hätten, so daß durch § 1628 BGB eine rückläufige Rechtsentwicklung nötig würde; *rechtsgrundsätzlich*, weil einseitiges Entscheidungsrecht und Gleichberechtigung sich diametral gegenüberständen und gegenseitig ausschließen³, wobei § 1628 BGB in seiner jetzigen Fassung gegenüber den früher beanstandeten nur stilistisch geändert sei⁴, also nach wie vor Art. 3/2 GG widerspreche⁵.

¹ Vgl. S. 360.

² Vgl. DEUTSCHER AKADEMIKERINNENBUND, IF Jan. 57/8b; EVANG. FRAUENARBEIT, 10b; ANGESTELLTENGEWERKSCHAFT, IF Feb. 57/5b; WEIBL. JURISTEN, 6a (2; 3); HAUSFRAUENBUND, IF März 57/4b.

³ Vgl. FRAUEN-FDP, IF Feb. 4a; DRESSLER (März) 4.

⁴ Vgl. SOZIALARBEITERINNEN, IF Jan. 57/9a.

⁵ Vgl. etwa BTDeb. III: WITTROCK, 11771 C; METZGER, 11775 C (dagegen: K. WEBER, 11769 A; STRAUSS, 11789 C).

Gewiß läßt sich der Einwand, „Gleichberechtigung und Stichentscheid eines Ehepartners sei paradox und unvereinbar“⁶, — dies dürfte die vorliegende Arbeit gezeigt haben — nicht stichhaltig begründen. Aber hat nicht vielleicht die Rechtspraxis der „gesetzlosen“ Jahre einen solchen Grundwiderspruch angenommen und in ihren Entscheiden abgelehnt?

Vor dieser Frage ist zunächst im Sinne einer *quaestio facti* die vorliegende Judikatur in ihrer Entwicklungstendenz aufzuzeigen und naturrechtlich zu beurteilen. Daraus wird sich nicht nur ergeben, ob und wieweit unsere Arbeit mit der gegenwärtigen deutschen Rechtsprechung praktisch übereinkommt. Es wird damit zugleich auch das rechtspraktische Anschauungsmaterial für die naturrechtlich zu überprüfende *quaestio iuris*, ob § 1628 BGB grundgesetzwidrig sei, bereitgestellt.

⁶ DRESSLER (März) 4.

Erster Abschnitt

DIE RECHTSPRECHUNG ZUM DEUTSCHEN FAMILIENRECHT WÄHREND DER RECHTSSCHÖPFERISCHEN GLEICHBERECHTIGUNGSZEIT IN NATURRECHTLICHER SICHT

Da das männliche Entscheidungsrecht nur in seiner Beziehung zu den entsprechenden Rechten der Frau und Mutter verstehbar ist, müßte es zu Kurzschlüssen führen, wollte man zur naturrechtlichen Beurteilung der rechtsschöpferischen Gleichberechtigungsverwirklichung und ihres Verhältnisses zum männlichen Entscheidungsrecht nur auf jene Gerichtsentscheide abstellen, die unmittelbar zu den Fragen um §§ 1354 und 1628 BGB ergangen sind. Vielmehr ist das ganze Rechts- und Autoritätsgefüge der Ehe und Familie sichtbar zu machen, indem man ganz allgemein fragt: wie hat sich der naturrechtliche Grundgehalt des männlichen Entscheidungsrechtes und der entsprechenden Rechte der Frau und Mutter (angesichts der verfassungsrechtlich durchzuführenden, aber noch nicht gesetzlich formulierten Gleichberechtigung) in den Gerichtsentscheiden positivrechtlich ausgeprägt? Von dieser Frage her kann dann die *quaestio facti* in einem *Gesamtüberblick* über die Gleichberechtigungs- und Familienrechtsjudikatur auch den rechtssystematischen Ort und Stellenwert aufzeigen, der den einzelnen Gerichtsentscheiden im naturrechtlichen Ordnungsgefüge der Ehe und Familie zukommt⁷. Eben darin wird auch die innere *Entwicklungstendenz* der Rechtsprechung sichtbar und ihre naturrechtliche *Beurteilung* möglich.

⁷ Als bloßer Überblick ist er selbstverständlich nicht vollständig (namentlich die Ehescheidungsfälle werden nicht eigens angeführt; vgl. aber Anm. 8). Die Vervollständigung dürfte indes anhand von H-M leicht sein. Gegenüber dieser umfassenden (Material)sammlung (wie auch gegenüber dem Überblick in HK 57/337—341) hat das Folgende insofern seinen Wert, als dort zu wenig unterschieden ist, was zwar *de lege* (non) *lata* abgelehnt, aber allenfalls *de lege ferenda* für durchaus möglich gehalten wird (vgl. SCHWOERER, 57/144b) und auch nicht eine kritische Stellungnahme erfolgt.

Erstes Kapitel

DIE ENTWICKLUNGSTENDENZ
DER RECHTSPRECHUNG IM FAMILIENRECHT
SEIT DEM 1. APRIL 1953

Ausgangslage. — „Damit das Besondere des Wesens der Frau nicht Schaden leidet und das spezifisch Weibliche in der Unnatur des Wirtschaftsprozesses nicht sich selbst und dem Volke verloren geht...“, darf der Begriff der Glb in seiner Definition als „Gleichstellung“ nicht „zu einer Verschlechterung der Position der Frau überall dort führen, wo eine Besserstellung oder Sonderstellung der Frau geboten ist. Hier zeigt sich die *Notwendigkeit einer verbindlichen Definition* des Glbssatzes durch den Gesetzgeber — nicht nur für das Ehe- und Familienrecht, sondern auch — und mit stärkerer Bedeutung — im Arbeits-, Tarif-, Versicherungs- und Versorgungsrecht, in Bereichen also, in denen die Frauen mit der „Glb“ zugleich praktizierte Sozialethik meinen...“ (LG Duisburg, SH 63a).

Ergebnis der Entwicklung. — „Höchststrichterliche Entscheidungen haben, wenn auch eine verbindliche Definition des Glbssatzes fehlt, noch in jüngster Zeit bedeutsame begriffliche Klärungen und Abgrenzungen getroffen, die als konkrete Aktualisierung *wesentliche Einsichten* in die besondere Seinsart des Glbssatzes bieten...“ (LG Duisburg, 55/116b.) Diese Entscheidungen samt jener der Untergerichte zeigen, daß die Gerichte Gleichberechtigung letztlich als *personale Gleichberechtigung*, mittelbar aber als Anspruch *sachgemäßer Gleichbehandlung* verstehen.

§ 1. Gleichberechtigung als personale Gleichberechtigung

Der *Letztsinn* der Glb ist die *personale* Gleichberechtigung: Mann und Frau sollen die gleiche personale Entfaltungsmöglichkeit besitzen, aber so, daß „die *Frauen* den Männern gleichberechtigt sind“ (BArbG, 54/134 b im Anschluß an *Dürig*, 54/2 a 2.). Damit ist gegeben:

A. *allgemein*. — „Die Anerkennung der Würde des Einzelnen innerhalb der sozialen Gemeinschaft“ (BFinH, 56/354 a). Für die *Frau* bedeutet dies:

I. „Der Respekt vor der gesunden Mitte des weiblichen Seins versteht sich in der Sicht gleichwertiger Personalität von selbst“ (LG Duisburg, SH 63 a).

II. „Die rechtliche Stellung der Frau soll so sein, daß sie es in bezug auf die äußeren (vor allem die wirtschaftlichen, beruflichen und sozialen) Bedingungen ihrer Existenz grundsätzlich nicht schwerer hat als der Mann, ihr Selbst zu verwirklichen, also *unter Bewahrung ihrer Wesensart ihre Persönlichkeit* frei zu *entfalten*“ (BGH, 56/180 a).

III. Entfaltungsfreiheit bedingt aber *Verantwortung*. Deshalb verstößt es gegen die Glb, wenn „der Frau aufgrund minderer Persönlichkeitsbewertung nicht die *gleiche* rechtliche Verantwortung eingeräumt“ ist wie dem Manne (LG Verden, Rpfleger, 53/312) und soll die Glb „die Frau in die Lage versetzen, ihre Interessen selbständig und unter *eigener* Verantwortung zu vertreten“ (314). Gibt daher eine Vorschrift „der Frau nicht die rechtliche Verantwortung, die ihr *das Leben sowieso* schon auferlegt hat“, so steht sie „mit dem Eigenwert und der Persönlichkeitswürde und damit mit dem Glbsgrundsatz in Widerspruch“ (LG Verden, MDR 53/364 a).

B. *in Ehe und Familie*. — Die gleiche Möglichkeit für die *Ehegatten*, „ihre Persönlichkeit innerhalb der Gemeinschaft frei zu entfalten“ (BFinH, 56/354 a). Dies bedeutet für die Frau:

I. das Recht der Frau auf die *Ehe als Gemeinschaft*.

1. *Rechtsterminus* dieses Rechtsanspruches ist

a) der (eheflüchtige) *Gatte* (vgl. „Scheidungsklagen gegen deutsche Frauen in den besetzten Ostgebieten“, BGH, 55/97; 57/314 b; umgekehrt: der Gatte zieht zur Scheidung in die Ostzone, OLG Stuttgart 57/388; ferner BGH, 58/181 f.).

b) der (ehestörende) *Dritte*, der durch sein „Verhalten zur Zerrüttung der Ehe in wesentlichem Maße beigetragen und die Klägerin in ihrer Persönlichkeitswürde gekränkt“ hat (VerwG Berlin, 56/231 a; vgl. LG Frankenthal, LG Berlin, AG Köln, 57/137 ff; LG Aachen, 57/213 b; LG Berlin, NJW 57/544. Der BGH lehnt indes (noch) die Ehestörungsklage ab; vgl. BGH, 56/180 b; 57/133 ff.; 289 ff. (vgl. *Bosch* Anm. 2) 58/99; vgl. NJW 57/869 3. und 4.; LG Koblenz, 57/325; OLG Düsseldorf 58/104)⁸;

c) der (ehebedrohende) *Staat*, insofern er durch seine Eheeingriffe das Persönlichkeitsrecht der Frau verletzt (vgl. BVerfG, 54/242).

2. Rechtsgegenstand dieses Rechtsanspruches ist die Ehe

a) als *Leibgemeinschaft*. — Dabei ist Rechtsverpflichteter hier besonders

aa) der (pflichtvergessende) *Gatte*: „Nichterfüllen der ehelichen Pflicht, um sportlich in Kondition zu bleiben, kann schwere Eheverfehlung sein“ (österreich. OGH, 55/360 a);

⁸ Dazu BOEHMER, 57/196—199. Die Fragen im Zusammenhang der Ehescheidung (sei es als eigentliche Ehescheidungsklage, sei es als Ehestörungsklage) sind für die Glb der Frau zweifach bedeutsam: 1. sofern sie jene besonderen entscheidungsrechtlichen Ehescheidungsfälle betreffen (S. 391 (a); 438; 362); 2. sofern ganz allgemein überwiegend der Mann von der Ehe wegstrebt (etwa der älterwerdende Mann von der älteren Frau, um sich einer jüngeren zuzuwenden). Insofern dürfte die Erschwerung der Scheidung sich praktisch (fast immer) gerade auch als Verwirklichung der Glb der Frau auswirken (was schon THOMAS VON AQUIN betont: „Si quis igitur mulierem assumens tempore inventutis, quo et decor et fecunditas ei assunt, eam dimittere posset postquam aetate propecta fuerit, damnum inferret mulieri contra naturalem aequitatem“ (Contra gentes III/123). MAUSBACH nennt die (unauflösliche) Einehe den „Schutzbrief ihrer Glb“ (19). Vgl. auch Anm. 482 S. 353). Dazu BGH, 55/98 b (3. Scheidung eines Arztes); OVG Münster, 57/261 (vormal Geschiedener will Befreiung vom Ehehindernis des Ehebruchs); BGH, 57/251 (Verantwortung des ehewidrigen Gatten für a) die innere Entwicklung der Gattin; b) die Kinder, die — wenn sie bei der Mutter blieben — „seiner väterlichen Führung [!], auf die sie bei dem Zustand der [kranken Mutter] besonders angewiesen sein können, noch mehr als bisher entraten müßten“ und bei denen „das natürliche Empfinden für Recht und Ordnung erschüttert und [die] innere Entwicklung Schaden leiden würde, wenn sie es erleben müßten, daß der Vater sich von Rechts wegen von der Ehe mit ihrer Mutter lossagen darf, nachdem diese Ehe durch ehewidrige Beziehung zu einer [auch den Kindern wohl bekannten Frau] zerstört worden ist ...“ (vgl. BGH, 55/98 a).

Ferner die Urteile, die das Recht der Frau auf das (Weiter)bestehen ihrer Ehe schützen aufgrund a) einer Versöhnung durch Fortführen aa) der Lebensgemeinschaft; BGH, 57/187; bb) der Leibgemeinschaft [des ehelichen Verkehrs]; BGH, 57/208; b) der Treupflicht (gründend) aa) in der Ehe, so daß nach 44jähriger Ehe der Mann auch seiner nunmehr geistig unheilbar kranken Frau verpflichtet bleibt; OLG Hamm, 57/263 [anders: OLG Köln, 55/255; 368 b (2)]; bb) im vorehelichen Verhältnis der Eheleute [Muß-Ehe]; OLG Braunschweig, 57/216; vgl. BGH, 56/308; cc) in der verletzten Treupflicht, insofern der Mann die Frau in ihrer körperlichen und seelischen Notlage allein gelassen und damit die Eheverfehlungen seiner Frau selbst mit hervorgerufen hat (BGH, 57/89 [Herstellungsurteil mit Anm. von BEITZKE, MDR 57/544; HABSCHEID, JR 57/180]; vgl. BGH, 55/208 b).

bb) der (ehestörende) *Dritte* : „Die Aufnahme der Geliebten in die eheliche Wohnung durch den Ehemann stellt eine Beeinträchtigung des aus der Ehe sich ergebenden Persönlichkeitsrechtes der Ehefrau dar“ (OLG Celle, 55/46b; vgl. BGH, 56/51a; ferner LG Münster, 55/137b; österr. OHG, 54/78a).

b) als *Lebensgemeinschaft*. — „Das Recht der Hausfrau auf die Leitung des Hauswesens“ besteht auch nach Inkrafttreten des Grundsatzes der Glb weiter. Deshalb genießt die Ehefrau den in Art. 6 GG verbrieften Schutz, „wenn es ihr durch Angriffe ihres Ehemannes oder eines Dritten auf den *äußeren ehelichen Lebensbereich* dauernd unmöglich gemacht wird, sich in diesem Bereich entsprechend ihrer Stellung als Ehefrau, Hausfrau und Mutter der Familie so zu bewegen und zu betätigen, daß ihre Frauenwürde, ihr Persönlichkeitsrecht und ihre Gesundheit unangetastet bleiben“ (BGH, 56/50b; vgl. OLG Nürnberg, 56/109a; LG Wuppertal, 55/138a.)

II. das Recht der Frau auf die *Ehe als Heim*. — „Ehe“ (im Sinne des Art. 6 GG) ist nicht nur das Institut der Ehe an sich, sondern sie erstreckt sich auch auf ihren räumlich-gegenständlichen Bereich, also ebenso auf die eingerichtete eheliche Wohnung“ (OLG Düsseldorf, 57/393b). Dieses Heim ist der eigentümliche Ort fraulicher Persönlichkeitsentfaltung:

1. „Die *Haushaltsführung* stellt in besonderem Maße den natürlichen Wirkungsbereich der Ehefrau dar, auf den sie zur Entfaltung ihrer Persönlichkeit in der Ehe angewiesen ist“ (BGH, 56/51a).

2. Deshalb ist sie nicht verpflichtet, für eine nicht absehbare Zeit auf eine eigene Haushaltsführung zu verzichten und im Haushalt der Schwiegereltern nur Hilfsdienste zu leisten (vgl. OLG Schleswig, 55/104a; dazu LG Duisburg, 54/202; vgl. aber BGH, 56/226; S 437).

3. Deshalb kann der Mann (auch als Alleinmieter) nicht durch Kündigung der Frau das Heim entziehen. Denn „es würde der Stellung der Frau nicht entsprechen, wenn man ihr jede selbständige Nutzungsbefugnis versagen und sie jederzeit von den Weisungen des Mannes als alleinigen Wohnungsinhabers abhängig sein ließe“, so daß er durch seine Kündigung so tief „in den äußeren ehelichen Lebensraum“ eingreifen könnte, „daß der Bestand der Ehe damit ernstlich gefährdet wird“ (LG Bamberg, 57/258b; zum gesetztechnischen Problem vgl. Anm.; jedenfalls mißbraucht der Mann sein ER).

4. Deshalb kann der Mann nicht gegen den Willen der Frau das *Hausrecht* ausüben, falls ihr nämlich im Hinblick auf das Wesen der Ehe nicht „die Duldung der Anwesenheit (bestimmter) dritter Personen zugemutet werden kann“ (vgl. OLG Hamm, 55/361, *Bosch* weist auf § 1354 hin; vgl. Entscheide S. 393 (bb; b)). Denn die Gattin ist Haus-Frau, *nicht* bloß „*Hausdame*“ (vgl. BGH, 58/133a).

5. Die Frau hat nicht nur das Recht auf das Heim und dessen Leitung, sondern auch die *Pflicht* zu dessen Reinerhaltung und zwar gegenüber

- a) dem unsittlichen Ehemann (BGH, 56/81);
- b) den unzüchtigen Kindern (OLG Karlsruhe, 55/118).

§ 2. Gleichberechtigung als Anspruch sachgemäßer (Gleich)behandlung

Um der personalen Glb willen als des Letztsinnes der Glb überhaupt, muß die Glb aber, wie im eben Gesagten bereits einschlußweise mitenthalten ist, mehr als nur Zuteilung inhaltsgleicher (identischer) Rechte sein. Als Weg und *Mittel zur personalen Glb* ist sie vielmehr *positiv* das Gebot, sachgemäß (gleich)zubehandeln, *negativ* das Verbot, „gerade wegen oder nur wegen“ des Geschlechtes rechtlich zu benachteiligen oder zu bevorzugen (vgl. BARbG, 55/207a)⁹.

A. Gleichberechtigung als Gebot sachgemäßer Gleichbehandlung

Soll *Gleichbehandlung* wirklich *sachgemäße* (Gleich)behandlung sein, kann und muß sie bei ungleicher „Normsituation“ (vgl. LG Nürnberg, 55/141b) sachgemäße Differenzierung einschließen und „inhaltlich verschiedene, aber gleich zu wertende Pflichten“ auferlegen (vgl. LG Bremen, *Bosch* SH, 47; vgl. 55/213a mit Anm. 10).

Nach den Gerichtsentscheiden hat der Grundsatz sachgemäßer Differenzierung nicht nur das Geschlechtliche allgemein, sondern gerade auch das Männliche und Frauliche in Ehe und Familie zu

⁹ Vgl. DÜRIG, 54/3b (bb); Anm. 52 (S. 39); 409 (c).

seinem *Gegenstand*. Dabei ist diese sachgemäße Differenzierung nach eben diesen Gerichtsentscheiden nicht nur verfassungsgemäß, sondern selber schon *Ausdruck* der Glb.

I. Der Gegenstand sachgemäßer Differenzierung

1. *allgemein*. — „Der recht verstandene Gleichheitsgrundsatz schließt hiernach eine Rücksichtnahme auf die naturgegebene biologische und seelische Eigenart der Frau nicht nur nicht aus, sondern gebietet eine solche Rücksichtnahme überall da, wo die Nichtbeachtung der besonderen Wesensart der Frau die Erreichung des Zweckes der Glb vereiteln oder gefährden, also die Frau in bezug auf die Erreichung dieses Zweckes benachteiligen würde“ (BGH, 56/180a; vgl. S. 419).

2. *für Ehe und Familie*. — „Die Glb kann nur dort zu inhaltlich gleichen Rechtsfolgerungen führen, wo bei *beiden Ehegatten* auch die gleichen Voraussetzungen für die Anwendung gleichen Rechts gegeben sind“ (OLG Düsseldorf, SH 72a).

II. Sachgemäße Differenzierung als Ausdruck der Gleichberechtigung

Die Gerichte halten nach den angeführten Entscheiden bei ungleicher Normsituation eine (gesetzliche) Ungleichbehandlung nicht nur als mit der verfassungsmäßigen Glb vereinbar¹⁰, sondern als unmittelbaren Ausdruck gerade dieser Glb selbst. Dies bedeutet:

1. *allgemein*. —

a) „Der Geschlechtsunterschied soll zwar grundsätzlich für die rechtliche Behandlung von Mann und Frau keine Rolle mehr spielen, es sei denn, die Nichtbeachtung des Geschlechtsunterschiedes würde Willkür bedeuten ... Immer gilt der große allgemeine Grundsatz, daß Gleiches gleich, Ungleiches, soweit es für wesentlich erachtet werden muß, verschieden, aber in verhältnismäßiger Gleichheit zu behandeln ist“ (BArbG, 54/134b; LG Duisburg, 55/116b)¹¹.

¹⁰ Insofern nämlich funktionale Differenzierung „mit Glb überhaupt nichts zu tun hat“ (SCHEFFLER, DRiZ 53/86a). Vgl. S. 61 mit Anm. 73.

¹¹ Vgl. DÜRIG, 54/2a (2). Vgl. S. 419 (2).

b) Darum ist „im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen Unterschiede von Mann und Frau nach der Natur der jeweiligen Lebensverhältnisse auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar *notwendig*“ (BVerfG, 56/216b mit Anm. *Bosch*).

c) So sagt denn „echte Glb, daß Ungleiches auch ungleich behandelt werden *muß*“ (LG München, 55/103b); vgl. dazu etwa auch das polizeiliche Legalitätsprinzip (OLG Karlsruhe, 55/118b; vgl. Begründung I/41a).

2. *für die Frau besonders.* — „Verschiedenes muß verschieden behandelt werden, damit das Besondere des Wesens der Frau nicht Schaden leidet“ (LG Duisburg, SH 63a, siehe S. 390).

3. *für Ehe und Familie.* — „Es bedarf kaum eines Hinweises, daß im Bereich des Familienrechts im Hinblick auf die objektiven biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses auch eine besondere rechtliche Regelung erlaubt oder sogar notwendig ist (z. B. alle Bestimmungen zum Schutz der Frau als Mutter, Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft)“ (BVerfG, SH 77a).

B. Gleichberechtigung als Verbot geschlechtsmäßiger Differenzierung

Das Verbot geschlechtsmäßiger Differenzierung als negativer Ausdruck der Glb bedeutet genauer: Verbot der Bevorzugung oder Benachteiligung des Geschlechtes wegen. Dabei sind für das Verbot beide Begriffe konstitutiv: erst beide *zusammen* bewirken ein Differenzierungsverbot. Deshalb sind (mindestens nach dem Grundsatz der Glb) möglich sowohl Differenzierungen nicht unmittelbar des Geschlechtes wegen, wie auch Differenzierungen unmittelbar des Geschlechtes wegen, die und insofern sie keine Bevorzugung oder Benachteiligung einschließen.

I. Differenzierungen nicht unmittelbar des Geschlechtes wegen

„Das Verbot der Differenzierung nach dem Vergleichspaar Mann-Frau gilt nur dann, wenn der zu ordnende Lebensstatbestand essentiell vergleichbar ist, das heißt, wenn er, vom Geschlecht der Betroffenen abgesehen, weitere wesentliche Elemente umfaßt, die ihrerseits gleich sind“ (BVerfG, NJW 57/865)¹². Mithin erfolgen Differenzierungen, die einen mit einem Geschlechtsmerkmal gekoppelten besonderen leistungs- und bedürfnismäßigen Rechtstitel haben, nicht unmittelbar des Geschlechtes wegen und fallen daher auch nicht unter das Differenzierungsverbot. Solche rechtmäßige Differenzierungstitel können unmittelbar biologischer oder — sich daraus ergebend — funktionaler oder — damit verbunden — soziologischer Art sein.

1. *Biologische Differenzierungstitel*

Unmittelbar biologische Geschlechtsverschiedenheit rechtfertigen eine Sonderregelung

a) *bei der Frau*

aa) *allgemein* :

α) als (physischen) Arbeitsschutz (Rechtstitel: geringere physische Belastbarkeit (vgl. BVerfG, 56/216a).

β) als Schutz der weiblichen Geschlechtsehre: Nichtigkeit der Kündigung eines Arbeitsverhältnisses wegen Weigerung einer Arbeitnehmerin, sich einer ihre Frauenwürde verletzenden Untersuchung zu unterziehen (R ArbG, JW 36/2012, vgl. 57/260a Anm. 5)¹³.

bb) *im Hinblick auf Ehe und Familie* :

α) für das *Heiratsalter*¹⁴ (dazu noch keine wichtigen Entscheide);

β) als Schutz der *weiblichen Geschlechtsehre* :

¹² Abgesehen von der schwer einsichtigen Formulierung scheint hier „vergleichbar“ und „gleich“ verwechselt zu sein. Denn nicht das Vergleichbare ist vom Differenzierungsverbot betroffen, sondern nur das Gleiche. Vgl. Anm. 76 (S. 63).

¹³ Vgl. auch KRÜGER, Die Würde der unverheirateten Frau und die Gesundheitsämter, 57/367 (vgl. 307).

¹⁴ Auch im GlbG nicht erörtert (also stillschweigende Bestätigung der bisherigen Regelung). Vgl. BOSCH, 57/190b (b 7).

αα) *Schmerzensgeld* auch für Mädchen mit noch nicht spezifisch weiblichem Geschlechtsempfinden (Rechtstitel: Mädchen unter 16 Jahren drohen besonders Gefahren; daher ist das Bewußtsein der besonderen Schutzbedürftigkeit wachzuhalten (vgl. OLG Bamberg, 57/260).

ββ) *Kranz geld*¹⁵ (Rechtstitel: größere Schutzbedürftigkeit (BGH, 55/179; vgl. BGH, 54/107). Begründung: Beim vorehelichen Geschlechtsverkehr setzt die Frau mehr ein und hat sie mehr zu verlieren als der Mann (vgl. BGH, 55/39). Dies gilt

[1] *physisch*: „Der voreheliche Verkehr stellt für die Frau physisch etwas anderes dar als für den Bräutigam“ (LG München, 55/103; AG Stromberg, 55/103; hier auch Gegenmeinungen);

[2] *psychisch*: „Das von der Frau dem Mann entgegengebrachte Vertrauen ist größer als umgekehrt“ (*Arnold*, 55/93b): „sie wird in aller Regel unter dem Bruch des Verlöbnisses seelisch mehr und nachhaltiger zu leiden haben“ (BGH, 56/180a);

[3] *soziologisch*: „Ihr Ansehen in der Gesellschaft, ihr berufliches Fortkommen und ihre Leistungs- und Widerstandskraft werden dadurch in der Regel häufiger und stärker in Mitleidenschaft gezogen als beim Mann“ (BGH, 56/180a; OLG Bamberg, 57/261b; vgl. dagegen die Gerichte in der „DDR“, *Bosch*, SH 18a);

γ) für die *Wartezeit* bei Wiederverheiratung (dazu noch keine wichtigen Entscheide¹⁶).

δ) als *Mutterschaftsschutz* (fällt teilweise zusammen mit dem Arbeitsschutz¹⁷; aber auch Schutz der arbeitslosen¹⁸ und unehe-lichen¹⁹ Mütter).

b) *beim Manne*

aa) *allgemein*: als Bestrafung *gleichgeschlechtlichen* Verkehrs. Denn „der biologische Geschlechtsunterschied prägt hier den Sachverhalt so entscheidend mit, daß etwa vergleichbare Elemente daneben völlig zurücktreten“ (BVerfG, NJW 57/865a); Rechtstitel: größere

¹⁵ Vgl. Anm. 14; BOSCH, 57/190b (b 1); NRO 30; SH 38.

¹⁶ Vgl. Anm. 14; BOSCH, 57/190b (b 7); NRO 16; 30.

¹⁷ Vgl. SCHIECKEL, 55/316.

¹⁸ Vgl. GROSSE-SCHÖNEPAUCK, 56/304.

¹⁹ Vgl. HEDEMANN, 55/226; etwa auch KRÜGER, 56/339.

Anfälligkeit des Mannes (mit schwerer wiegenden sozialen Folgen), feststellbar aus der größeren Häufigkeit; vgl. BVerfG im obigen Entscheid²⁰.

bb) im Hinblick auf *Ehe und Familie*: als *Vaterschaftsschutz* im Sinne der Ehelichkeitsanfechtung (Rechtstitel: größere Schutzbedürftigkeit zufolge der *incertitudo patris*²¹ einerseits und der Vaterschaftsvermutung andererseits, vgl. LG Nürnberg, 55/141a; OLG Nürnberg, 55/211b; Gegenmeinung LG Essen, 55/263a).

2. Funktionale Differenzierungstitel

Insofern die biologische Geschlechtsverschiedenheit zu einer geschlechtstypischen Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau führt, ergibt sich aus dem zugrunde liegenden biologischen auch ein funktionaler, das heißt, arbeitsteiliger Differenzierungstitel. Dieser gilt sowohl allgemein für den Bereich des öffentlichen Lebens überhaupt wie besonders im Umkreis der Ehe und Familie.

a) Allgemeine funktionale Differenzierungstitel

Die natürliche Funktionsverteilung bedingt allgemein
aa) für den Mann:

α) *Waffenpflicht* (Rechtstitel: physische Kraft²²).

β) *Vorzug beim Hoferbe*²³ (Rechtstitel: organisatorische Fähigkeit mit körperlicher Kraft (vgl. Deutscher Richterbund, 55/41): „nach der ‚natürlichen Ordnung‘ auf dem Bauernhof liegt dem Manne ‚typisch die Führung und Planung des Betriebes und vor allem die Außenwirtschaft‘ ob; die Frau aber leitet die ‚Innenwirtschaft‘ und ‚ordnet sich dabei mit ihrer Arbeit dem vom Manne geleiteten Gesamtbetrieb ein‘“ (OLG Celle, 56/128, mit Berufung auf BARbG, 54/135a)). Daher darf umgekehrt von der *Frau* nicht die gleiche Wirtschaftsfähigkeit gefordert werden (vgl. BGH, 55/171a; OLG Hamm, 56/125a; vgl. auch LG Kiel, 55/174a).

²⁰ Vgl. GRITSCHNER, StDz 53/462; BOSCH, SH 51a (c); DÜRIG, 54/3a (bb). Dazu: SCHMITT, R.: Homosexualität, Wort und Wahrheit (1957) 603–612; JÄGER, H.: Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Stuttgart 1957.

²¹ Zuzufolge dieser *incertitudo patris* sind Polyandrie und Polygynie nicht völlig gleiche Sachverhalte (vgl. THOMAS VON AQUIN, Suppl. 65. 1 ad 8) und hat infolgedessen auch der Ehebruch der Frau andere Folgen als der des Mannes (vgl. Suppl. 62. 4).

²² Vgl. SCHREIBER, 55/96; H. WEBER, BTDeb. II/512 D; S. 37.

²³ Vgl. Anm. 14; BOSCH, 57/190b (b 9).

bb) für die Frau: Hausarbeitstag (Rechtstitel: typische Haushaltsungsveranlagung (BArbG, 54/135a²⁴)).

b) Funktionale Differenzierungstitel in Ehe und Familie

Es bedarf kaum eines Hinweises, daß Differenzierungen der Art der Leistung für die Familiengemeinschaft erlaubt oder sogar notwendig sind (vgl. BVerfG, SH 77a, siehe S. 396). An einer solchen geschlechtsdifferenziellen Stellung von Mann und Frau in Ehe und Familie halten die Gerichte, gerade auch bei der Durchführung der Glb, fest: „Die sinngemäße Auslegung des Begriffes „Gleichberechtigung“, die nur unter Einbeziehung des Art. 6/1 GG erfolgen kann, führt dazu, jedem Gatten und Elternteil einen Entscheidungs- und Verantwortungsbereich zuzuweisen, in dem ihm bei Meinungsverschiedenheiten das Letztentscheidungsrecht zusteht.“ (LG Bad Kreuznach, 57/327a).

Denn „... in der „*Normalehe*“, d. h. in der Ehe, die der natürlichen Ordnung der Ehe und Familie entspricht, — jener Ehe, in der nach Gottes Willen durch die verschiedenartige körperliche und charakterliche Erschaffung der Geschlechter *Mann und Frau* ein zwar gleichwertiges, aber ein besonderes und *verschiedenes Arbeits- und Aufgabengebiet* zugewiesen ist ...“, steht der Mann „im Erwerbsleben, er ist Ernährer der Familie; die Frau schafft und sorgt in Haus und Küche, sie ist Hausfrau, Gattin, Mutter und Erzieherin der Kinder ...“. Diese Ehe entspricht dem „natürlichen Wesen der Ehe und der biologischen Ungleichheit von Mann und Frau und in der Regel auch ihrem Sehnen und Wünschen“ (OLG Celle, SH 53b; vgl. LG Kiel, SH 22b). Mithin sind Mann und Frau in ihrem je eigenen Aufgabenbereich in Ehe und Familie näher zu betrachten.

aa) Der Mann und Vater in Ehe und Familie

I. Die primäre Aufgabe des Mannes und Vaters

1. Der Mann als *Ernährer*. — „Es liegt auch heute noch eine rechtlich beachtliche Unterschiedlichkeit zwischen den Geschlechtern insofern vor, als der *Ehemann* in der Regel der Haupternährer der Familie ist, während es für die *verheiratete Frau* typisch ist, mindestens

²⁴ Vgl. BULLA, 54/64; KRÜGER, 57/163b.

in gleichem Ausmaß wie ihrem Beruf auch ihren Obliegenheiten in Haus und Familie nachzugehen. Sie ist im allgemeinen nicht der Hauptnährer der Familie“ (BArbG, 55/207).

Der „*Normalfall*“ ist also, „daß der Mann für den ‚wirtschaftlichen‘ Unterhalt der Familie durch Verwertung seiner Arbeitskraft sorgt, während der Ehefrau der häusliche Wirkungskreis überlassen ist“ (LSozG Stuttgart, 55/17b; vgl. BGH, 57/91b und 92b²⁵). Nun aber ist „durch Art. 6/1 GG die Normierung gezwungen, als *Normalfall* von der gesunden Ehe auszugehen²⁶“. Mithin ist es primäre Pflicht und primäres Recht der Frau, in Ehe und Familie zu wirken; *primäre Aufgabe des Mannes* und Vaters, für den *Familienunterhalt* zu sorgen (LG Duisburg, SH 62b).

Diese primäre Unterhaltssorge gilt für den

a) *ehelichen Vater*. — „Der eheliche Vater ist — ebenso wie der uneheliche — primär unterhaltspflichtig“ (LG Nürnberg, 55/140b; dazu LG Konstanz, 55/141b; vgl. OLG Celle, MDR 53/429a);

b) *unehelichen Vater* (vgl. LG Bremen, *Bosch* SH 47; OLG Hamm, NJW 56/1409; AG Oberndorf, 57/428²⁷); *Bosch* meint (55/141b Anm. IV), bezüglich des außerehelichen Erzeugers gebe es kaum abweichende Meinungen.

c) *Stiefvater*, der durch die Heirat mit einer Witwe bereits durch eine konkludente Handlung „vertraglich“ die Unterhaltspflicht für die Stiefkinder mit übernimmt (vgl. LG Berlin, 55/267; ferner LG Hamburg, 55/363b; OVG Lüneburg, 57/30b; vgl. aber *Schrade*, 57/343b (2)).

d) *ehelichen Scheinvater* (vgl. OLG Hamm, 57/376b mit Anm. *Bruns*, der die Verletzung auch dieser Unterhaltspflicht *strafbar* hält; vgl. *Boehmer*, MDR 57/439b; *Baumann*, 57/234).

e) *geschiedenen Vater*. — „Es könnte unter Umständen angemessen sein, daß die eigenen Mittel des [geschiedenen, *wiederverheirateten* Mannes] mehr zur Bestreitung des [gesetzlich geschuldeten] Unterhalts der [schuldlos geschiedenen ersten Frau und des erstehelichen Kindes] als für den Unterhalt seiner neuen Familie herangezogen werden“ (BGH, 57/301, vgl. Anm. *Bosch* (1)). Dazu *Brühl*, 57/282b (D).

²⁵ Vgl. PETERSEIM, 56/171b.

²⁶ DÜRIG, 54/5b (Ende).

²⁷ Vgl. BOSCH, 57/169b Anm. 4; dazu HEDEMANN, 55/230a; ROTH, 55/231. Im übrigen vgl. Anm. 14; BOSCH, 57/190b (b 5).

— Im übrigen ist bei der primären Unterhaltspflicht des Mannes zu unterscheiden: die faktische Pflicht als solche und die rechtslogische Begründung dieser Pflicht. Der Streit um die primäre Unterhaltspflicht des Mannes scheint weniger um das Faktum, mehr um die Begründung zu gehen²⁸.

2. Der Mann als *Beschützer*. — Dabei erstreckt sich die Schutzverpflichtung des Mannes auf

a) *Ehe und Familie*, insofern gerade von ihm erwartet wurde (und wird), „daß er sich mit Erfolg für die Aufrechterhaltung der sittlichen Ordnung innerhalb der Ehe einsetzen könne. Dazu sollte er durch eine besondere Strafandrohung angehalten werden“. (*Rechtstitel* dieser Strafandrohung: a) größere Gefährdung der Ehe durch den Mann zufolge seiner naturhaft geringeren Bindungsneigung im Liebesleben (vgl. BVerfG, NJW 57/865 ff.); während b) die wesensmäßig schwächere Natur der Frau als Mensch, „die sich dem Manne gegenüber nicht so durchsetzen konnte wie er ihr gegenüber“, diese Drohung als überflüssig erscheinen läßt (BGH, 54/108²⁹).)

Der Mann hat also für Ordnung zu sorgen innerhalb der Ehe und Familie gegenüber

aa) der unzüchtigen *Gattin* (BGH, 54/107; BGH, 55/44 Anm.; vgl. ferner österr. OGH, 55/360 Nr. 420);

bb) den unzüchtigen *Kindern* (BGH, 54/48 b, als Familienoberhaupt; Straßfall vor dem 1. 4. 1953);

cc) den „*Anvertrauten*“ (vgl. BGH, 55/328 Nr. 392).

b) *die Frau*, insofern sie

aa) sich selbst *gefährdet* (vgl. BGH, 55/249 Nr. 305; BSozG, 58/27 Nr. 12; bezügl. Verlobten vgl. BGH, 55/136 b);

bb) *beleidigt* wird (OLG Schleswig, 55/119 b; dazu aus der Praxis: „in jeder ordentlichen Ehe fühlt sich der Mann als der natürliche Beschützer der Frau und ist bestrebt, die Frau aus der ‚Kampflinie‘ möglichst fernzuhalten . . .“ Die umgekehrte Auffassung, „ist mir bislang in der Praxis nicht begegnet“ (*Schumacher*, 56/46); auch der BGH setzt voraus, „daß der Ehemann die Ehefrau gegen die Angriffe der Haushälterin in Schutz nimmt“ (BGH, 56/51 a; vgl. BGH, 54/108 a));

cc) *Schmerzensgeld* beansprucht (vgl. BGH, 54/109).

²⁸ Vgl. S. 426.

²⁹ Damit wird bestätigt, daß „auch die Frage der Durchsetzbarkeit der Entscheidungen“ für den Mann spricht (vgl. HIRSCHMANN, Anm. 481 [S. 352]).

c) *die Kinder*, insofern sie

aa) sich selbst *gefährden* (BGH, 55/248; vgl. BGH, 57/206);

bb) *gezüchtigt* werden (OLG Koblenz, 55/190b; zum Züchtigungsrecht der Eltern vgl. bei *Firsching*, 56/139, 17; *Krüger*, 56/334b, g);

cc) *beleidigt* werden (BGH, 55/136b; zum „weniger als dürftigen Urteil“ des BayObLG, 56/89 vgl. Anm. *Bosch*).

d) *Drittpersonen*, insofern sie gefährdet sind durch

aa) die *Ehefrau* (obwohl eine allgemeine Aufsichtspflicht des Ehemannes nicht besteht, hat er die Rechtspflicht, „im Interesse Dritter für eine Unterbringung und Überwachung einer geistesgestörten und gemeingefährlichen Ehefrau zu sorgen“ (BGH, 54/79b);

bb) die *Kinder*, und zwar

α) die eigenen (BGH, 55/327a),

β) die Stiefkinder (BGH, 54/79/80; zum Ganzen vgl. *Firsching*, 56/138b, 15).

γ) die Kinder, denen er ehelicher Scheinvater ist (BGH, NJW 55/1525; vgl. *Bruns*, 57/378b).

Bei dieser Schutzverpflichtung des Vaters wird gelegentlich auf den „*Haushaltungsvorstand*“ hingewiesen (BGH, 54/79; vgl. Anm.; 55/264b; 55/328a, Nr. 293 Anm.; besonders deutlich: „der Ehemann ist Haushaltungsvorstand auch für das Stiefkind . . .“ „Der Stiefvater hat als Haushaltungs- und *Familienvorstand* . . .“ (OVG Lüneburg, 57/31b mit Hinweis auf BGH, 54/80b; „Familienoberhaupt“ LG Wiesbaden, 54/86/a; LG Lüneburg, 55/141a; vgl. auch BGH, 54/48b; OVG Koblenz, 57/99 (bes. 101, 4a); Parallellfall OVG Münster, 57/276; „Familienhaupt“ BGH, 58/133a).

3. Der Mann als *Entscheider*. — Mit der (primären) Schutzpflicht des Mannes, zumal mit seiner Funktion als „Hausvorstand“ haben die Gerichte einschlußweise auch schon auf seine Entscheidungsfunktion hingewiesen. Denn Schutzpflicht und Entscheidungsverantwortung stehen in Wechselbezug³⁰. Die Entscheidungsverantwortung aber obliegt dem „Haushaltungsvorstand“. Denn Haushaltungsvorstand meint gerade „den bestimmungsberechtigten und bestimmungsverpflichteten, daher auch verantwortlichen Mann und

³⁰ Vgl. Anm. 311 (S. 294).

Vater³¹“. Daran ändert die Glb nichts. Denn „Glb innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft bedeutet keine Gleichschaltung ohne Autorität und innereheliche Ordnung“ (LG Bad Kreuznach, 57/327 a). Erst recht ist die Familie „keine Summe von formalen Rechts- und Pflichtenträgern, sondern eine organische, institutionelle Einheit mit einem *präjuristisch* [d. h. naturrechtlich] gegebenen³² Übergewicht des Mannes“ (AG Mannheim, MDR 53/361 a) für die unmittelbare *Rechtssetzung* in Ehe und Familie (vgl. Anm. 328, S. 302). Deshalb ist auch nach Inkrafttreten des Art. 3/2 GG der *Mann* noch als das *Haupt der Familie* anzusehen“ (KG, NJW 54/159):

a) die Letztentscheidung des *Mannes* „entspricht nicht nur der westlichen Kultur und Geschichte, sondern auch dem Sinn und Zweck des Art. 6 GG. Ein geordnetes Familienleben und ein Funktionieren der Ehe ist nur möglich, wenn § 1354 BGB weiter anwendbar bleibt“ (Prozeßrichter des AG Köln, MDR 53/408 (Ziff. II, 2)). Insofern „naturgegebene, vom Gesetz anerkannte Autoritäten sich innerhalb einer Gemeinschaft gerade deshalb nicht entbehren lassen, weil ohne innere Ordnung notwendigerweise dieser Gemeinschaft eine Ordnung von außen her aufgezwungen werden muß, was dann eben häufig zur Zerstörung der Gemeinschaft führt³³“, würde es „der vom GG Art. 6/1 garantierten innerehelichen und innerfamiliären Ordnung widerstreiten, bei allen Meinungsverschiedenheiten der Ehegatten die Zuständigkeit des Staates begründen zu wollen“ (LG Bad Kreuznach, 57/327 a; vgl. auch LG Köln, 54/119 links unten; LG Duisburg, SH 60, 62, 63; 54/202; LG Krefeld, 55/210³⁴). Deshalb (und wegen der primären Unterhaltspflicht des Mannes) „teilt eine verheiratete Frau — unbeschadet der Glb — den *Stand des Mannes*“ (LG Wiesbaden, 58/72a; vgl. BGH, 58/133).

b) das Entscheidungsrecht des *Vaters* über die (religiöse) Erziehung seiner Kinder, im Falle der Nichteinigung der Eltern, ist durch den Grundsatz der Glb von Mann und Frau nicht beseitigt worden. Denn „die Entscheidung darüber, welche Erziehung den gemeinsamen Kindern zuteil werden soll, geht über die Verantwortlichkeit zur Leitung des Haushaltes hinaus und gehört bei

³¹ BOSCH, 57/193b.

³² Vgl. GERKEN, MDR 53/330 a (dagegen LG Duisburg, SH 61b); Anm. 20 (S. 177).

³³ Mit Hinweis auf BOSCH, SH 21 b (7); zustimmend PAULICK, 58/2a. Vgl. S. 206.

³⁴ Vgl. auch die Nachweise bei BOSCH, 57/193b (1). Ferner S. 433.

Meinungsverschiedenheiten zum Aufgabenbereich des Mannes“ (LG Bad Kreuznach, 57/327a³⁵; vgl. LG Wuppertal, DRiZ 54/25 zit. bei OLG Frankfurt, 54/22b; AG Würzburg, 54/179³⁶).

4. Der Mann als *Vertreter*. — „Die Alleinvertretung des Vaters entspricht allein den praktischen Bedürfnissen, deren Berücksichtigung auch 3/2 GG nicht verwehrt und trägt damit vor allem dem Schutz der Familie Rechnung, den Art. 6/I GG gebietet. Sie entspricht aber auch dem in allen Bevölkerungskreisen herrschenden Bewußtsein, daß der Vater die Familiengemeinschaft nach außen vertritt“ (BayObLG, 58/69b mit Hinweis auf GlbG und BGH, 57/362; vgl. 144a; anders BGH, 58/179b mit abl. Anm. *Boschs*).

II. Die subsidiäre Aufgabe des Mannes und Vaters

Die Haushaltspflicht. — Eine subsidiäre Haushaltspflicht des Mannes besteht für

1. den *Normalfall*: die Frau hat einen aus dem Wesen der Ehe folgenden Anspruch „auf etwa arbeitsteilige Mithilfe ihres Ehemannes im Haushalt“ (*Krüger*³⁷).

2. den *Krankheitsfall* der Frau (LSozG Stuttgart, 55/15, bes. 17b).

bb) Die Frau und Mutter in Ehe und Familie

I. Die primäre Aufgabe der Frau und Mutter

1. Die Frau als *Leiterin des Hauswesens*. — „Innerhalb der Ehe ist die funktionale Beziehung der Frau zur Führung des gemeinschaftlichen Haushaltes nach wie vor eine andere als die des Mannes, dem diese Aufgabe regelmäßig nicht obliegt“ (BArbG, 54/135; vgl. S. 393).

Mithin ist es primäre Pflicht und primäres Recht der Frau, in Ehe und Familie zu wirken (LG Duisburg, SH 62b, vgl. S. 401): „Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, durch die *Führung des Haushalts*; zu einer *Erwerbstätigkeit* ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Ehegatten zum Unterhalt der Familie nicht ausreicht und es den Verhältnissen der Ehegatten nicht entspricht, daß sie den Stamm

³⁵ Zur rel. Kindererziehung vgl. S. 340.

³⁶ Zur neuen Rechtslage vgl. BOSCH, 57/193a; 58/84 (3).

³⁷ „Hausarbeitstag trotz Glb“, Düsseldorf 1954; vgl. BULLA, 54/64b; ferner BOSCH, FRR 108; SH 23a; S. 309. Zur neuen Lage BOSCH, 57/194a (b, c).

ihres Vermögens verwerten“ (Regierungsentwurf II § 1360 (angenommen vom gesetzgebenden Bundestag); vgl. Ablehnung durch BGH, 55/249b).

Rechtstitel dieser Verpflichtung: typische Haushaltsbegabung der Frau, wobei tatsächlich auch heute noch die „Hausfrauenehe“ die typische Eheform (ca. 90%) ist³⁸.

Folge dieser Pflicht ist die (einseitige) *Schlüsselgewalt*³⁹ als „ein unerlässliches Mittel zur Führung des gemeinsamen Haushaltes durch die Frau⁴⁰“: „die Ehefrau und Mutter hat, der natürlichen Funktionsteilung entsprechend, im Bereich des Hauswesens die Entscheidungsmacht“ (LG Bad Kreuznach, 57/327a; vgl. LG Wiesbaden (läßt die Frage offen), 56/287; dagegen LG Oldenburg, 57/215). „Sie stellt also eher eine Mehr- als eine Minderberechtigung der Ehefrau dar, die bei normaler Arbeitsaufteilung zwischen den Ehegatten einem Bedürfnis des praktischen Lebens entgegenkommt“ (LG Paderborn, MDR 53/428b — mit *Entziehungsgewalt* des Mannes als seinem notwendigen Schutz vor der mißbräuchlichen Frau; ebenso AG Bonn, 55/261; ablehnend LG Oldenburg, 57/215⁴¹). *Rechtstitel* der Schlüsselgewalt: *unmittelbar*: Haushaltführungspflicht; *mittelbar*: (natürlichenfunktionelle) Unterhaltsregelung: „Die Schlüsselgewalt kann nicht unabhängig von der Unterhaltspflicht betrachtet werden, da sie mit ihr und den übrigen Vorschriften über die Auswirkungen in untrennbarem inneren und äußeren Zusammenhang steht“ (LG Berlin, 57/321 mit Hinweis auf § 1360 BGB n. F.; vgl. BayObLG, 58/63a).

2. Die Frau als *Mutter*. — „Der Mutter ist von der Natur die besondere Aufgabe zugewiesen, die Kinder aufzuziehen“; „die Sorge für die Kinder ist aber nicht nur eine Pflicht, sondern auch ein Recht der Mutter“ (OLG Düsseldorf, SH 72). Dabei erstrecken sich Recht und Pflicht auf

a) die *ehelichen* Kinder, und zwar bei

aa) *bestehender* Ehe (vgl. den Mißbrauch des Mannes, der sich „in die Säuglingspflege einmischte und als Laie der Bekl. Vorschriften

³⁸ Vgl. PETERSEIM, 56/171b; FINKE, MDR 57/450b (7). Anm. 359 (S. 311).

³⁹ Im GbG als § 1357 BGB kodifiziert. Vgl. BOSCH, 57/192b (3); 193a; 194a (a); FINKE, MDR 57/451b (7); BRÜHL, 57/280a (5—7). Dazu PETERSEIM, 57/215b. Änderungsvorschläge vgl. 57/231b (unten).

⁴⁰ H-M zu § 1357 BGB.

⁴¹ Vgl. Anm. 359 (S. 311).

machte, die mit den ärztlichen Anweisungen, die die Bekl. auch eingehalten hatte, in Widerspruch standen“ (OLG Stuttgart, 56/238a));

bb) *geschiedener Ehe* (mindestens wenn sie schuldlos geschieden ist; den Fall der schuldigen Frau siehe OLG Stuttgart, 57/27; zum Entzug des Sorgerechts etwa LG Lübeck, 55/270a);

cc) *Zweitehe* auch auf die Kinder der Erstehe (vgl. OVG Lüneburg, 57/31a; LG Berlin, 55/267; LG Hamburg, 55/363b);

b) die *Vergewaltigungskinder* (LG Hannover, 54/250b);

c) die *unehelichen* Kinder (vgl. LG Duisburg, 55/177).

Sorgepflicht und Sorgerecht der Mutter bedingen die Nichtzumutbarkeit einer *Erwerbstätigkeit* und daher auch einen Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ehemann (vgl. OLG Düsseldorf, SH 72; LG Duisburg, 55/177). Der Unterhaltsanspruch der *sorgepflichtigen Mutter* ist wohl unbestritten; bezügl. *jenes der geschiedenen Frau ohne Kinder* vgl. etwa OLG Köln, OLG Karlsruhe, LG München, 55/104b ff. mit den Anmerkungen⁴².

II. Die subsidiäre Aufgabe der Frau und Mutter

1. *Unterhaltspflicht*. — (vgl. Regierungsentwurf II; S. 405f). Dann aber gewinnen volle Kraft

a) *Arbeitsschutz* und Kündigungsschutz (vgl. etwa BArbG, 55/46a; ArbG Bremen, 55/299b);

b) *Hausarbeitstag* (vgl. BArbG, 54/135a, 54/135a oben);

2. *Schutz- und Entscheidungspflicht*. — „Zu der innerelichen und innerfamiliären Ordnung gehört es, daß im Vordergrund der natürliche Grundsatz der gemeinschaftlichen Entscheidung der Eheleute stehen muß und die Letztverantwortung und Letztentscheidung der Ehefrau zufällt, wenn der Ehemann dazu aus irgendeinem Grunde außerstande ist“ (LG Duisburg, 54/202b). Diese Pflicht besteht für die

a) *Ehe und Familie* gegenüber

aa) dem mißbräuchlichen *Gatten*,

bb) den unsittlichen *Kindern*,

cc) dem ehestörenden *Dritten*;

⁴² Vgl. S. 426.

b) *Kinder* (und Anvertrauten) gegenüber

aa) dem unzüchtigen Vater (vgl. zu allen Fällen S. 394; hier bes. OVG Münster, 57/276);

bb) dem mißbräuchlich entscheidenden Vater (vgl. BayObLG, 56/320b) oder bei Ausfall (Tod) des Vaters (vgl. BGH, Rpfleger 53/305 (relig. Kindererziehung)).

3. Soziologische Differenzierungstitel

Insofern sich an die funktionale Geschlechtsverschiedenheit bestimmte soziologische Verhältnisse knüpfen, können diese so verschiedenen soziologischen Sachverhalte auch eine verschiedene Rechtsbehandlung begründen. Derart läßt sich begründen

a) *beim Manne* das *Namensuntersagungsrecht* gegenüber der geschiedenen Ehefrau oder das *Namensverweigerungsrecht* der Mannesangehörigen für den von der Witwe Adoptierten. *Rechtstitel*: a) (mittelbar) die soziologische Einrichtung (über deren Begründung hier nicht gefragt sei, vgl. S. 430), daß der Mannesname Familienname ist; b) (unmittelbar) die sich daraus ergebende besondere Verbundenheit des Mannes- mit dem Familiennamen, die eine besondere *Schutzbedürftigkeit* des Mannesnamens bedingt (vgl. BGH, 56/310b mit abl. Anm. *Bosch*. Zur Adoption: der von der Frau allein Adoptierte erhält a) Familiennamen der verheirateten Frau: OLG Hamm, 56/392; b) Geburtsnamen der Frau: BGH, 57/360 (für KG, 57/185; gegen OLG Hamm); ebenso OLG Hamburg, 56/395a mit abl. Anm. *Machleid*; OLG Bremen, 57/98a; Stuttgart, 57/378b; LG Nürnberg-Fürth, 57/98 (mindestens für Ehebruchskinder der geschiedenen Frau)⁴³;

b) *bei der Frau* der *Aussteueranspruch* der Tochter. *Rechtstitel*: die soziologische Erwartung, die Frau bringe die Aussteuer in die Ehe mit, während der Mann seine Berufsausbildung mitbringt. Korrelat also zum Ausbildungsaufwand ihrer Brüder⁴⁴.

⁴³ Die Lehre scheint sich eher gegen, die Rechtssprechung eher für das Namens(untersagungs)recht des Mannes zu entscheiden (mindestens de lege lata [vgl. KG, 57/185b (d)]). Sehr instruktiv ist der Fallbericht BOSCHS, 54/129; 56/394. Nach BOSCH ist der frühere Mannesname durch die Ehe gemeinsamer Besitz von Mann, Frau und Kindern geworden, wobei, nachdem die Frau ihren Mädchennamen zum Opfer gebracht hat, auch dem Manne der Verzicht auf einen bes. Schutz seines (früheren Eigen-)Namens zumutbar sei (vgl. 56/311a). Vgl. Anm. 82. Zur Adoption: GLÄSSING, H.: Voraussetzungen zur Adoption, Frankfurt/M. 1957 (dazu KLEIN, 57/295 mit weiterer Lit.). — Vgl. auch v. BERNSTORFF, NJW 57/1901—1904.

⁴⁴ Im GbG gestrichen. Vgl. BOSCH, 57/194b (h); SCHRADER, 57/349 Anm. 35; HABSCHEID, Rpfleger 57/327a. Ähnlich schon LG Nürnberg-Fürth, MDR 53/430a. Vgl. S. 426.

II. Geschlechtsdifferenzierungen nicht benachteiligender oder bevorzugender Art

Die Gerichte haben, zumal um mit ihrem rechtstechnischen Problem fertig zu werden, den Begriff von solchen Differenzierungen entwickelt, die zwar unmittelbar an das Geschlecht anknüpfen (insofern die Gerichte keinen außerhalb des Geschlechtes gelegenen Differenzierungstitel angeben), die also insofern auch „wegen“ des Geschlechtes erfolgen, die aber keine Bevorzugung oder Benachteiligung des einen oder andern Geschlechtes einschließen (sollen). Diese Geschlechtsdifferenzierungen nicht benachteiligender oder bevorzugender Art sind die sogenannten *Ordnungsnormen*.

1. Zum Begriff der Ordnungsnormen

Ordnungsnormen sind „Zweckmäßigkeitsregelungen rechtstechnischer Art ohne Wertbetonung“ (*Firsching*, 56/394a):

a) ihr *Zweck* ist die Rechtssicherheit, die — ein Rechtsstaatsprinzip — den Grundsatz der Einheitlichkeit fordert (vgl. BGH, 55/14a; LG Duisburg, 55/117a) und damit eine Fülle von Rechtsfolgen bedingt, „die der Natur der Sache nach, wenn sie nicht an das *ius soli* (was nach extremer Auffassung sofort wieder die Rüge einer Differenzierung der ‚Heimat wegen‘ auslösen würde) an das *ius sanguinis* anknüpfen müssen⁴⁵“.

b) Zu diesem notwendigen Zweck sind sie schlechthin notwendiges *Mittel*, insofern „nicht ersichtlich ist, welche andere, eine unübersehbare Rechtsverwirrung vermeidende Regelung, die sich in den der richterlichen Rechtsfortbildung gegebenen Grenzen hält, an ihre Stelle gesetzt werden könnte“ (BGH, 54/17b).

c) Als „Ordnungsvorschrift, die unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit und der Sicherheit im Rechtsverkehr erlassen ist“ (OLG Schleswig, 54/221a), ist eine solche Regelung „*keine echte Bevorzugung* des einen Ehegatten gegenüber dem andern wegen seines Geschlechtes und widerspricht deshalb nicht dem Grundgesetz“ (BGH, 54/17b):

aa) wenigstens *grundsätzlich* stellt sie die Frau nicht schlechter (vgl. BGH, 54/17b), und ist insofern keine Minderbewertung der Frau;

⁴⁵ DÜRIG, 54/3b(aa).

bb) wo aber im *Einzelfall* „die Durchführung zu einer Benachteiligung der Frau führt“, „widerspricht die Durchführung dieses Prinzips wegen seines Zweckes dem Grundsatz der Glb nicht“ (BGH, 56/186b).

d) Diese Differenzierungen enthalten also folgende *Eigenschaften* :

aa) sie dienen lediglich Ordnungszwecken;

bb) sie bedeuten keine rechtliche Minderbewertung der Frau;

cc) die ungleichmäßige Behandlung der Eheleute beruht nicht auf der Verschiedenheit der Geschlechter;

dd) vielmehr handelt es sich um die folgerichtige Durchführung des für die Ordnung der Zuständigkeit in Ehesachen maßgebenden Prinzips der Einheitlichkeit (nach LG Duisburg, 55/117a, das die Ansicht des BGH, 55/14a referiert).

2. Die einzelnen Ordnungsnormen⁴⁶

a) *Der männliche Familienname* (BGB § 1355; EheG § 57). — Die Vorschrift „bevorzugt zwar den Mann; die ungleichmäßige Behandlung der Ehegatten beruht aber nicht auf der Verschiedenheit der Geschlechter“, sondern „geht auf eine uralte Überlieferung zurück und will die enge Verbundenheit zwischen Mann und Frau zum Ausdruck bringen. Sie ist *vor allem eine Ordnungsvorschrift*, die dem Bedürfnis entspringt, die Familie durch einen einheitlichen Namen, den alle Familienmitglieder tragen, zu kennzeichnen und klare Verhältnisse zu schaffen“ (BayObLG, 55/22b).

jedenfalls *nach* der Verwirklichung der Glb rechtfertigt sich „die Übertragung des Familiennamens aus seiner *Ordnungsfunktion*, d. h. aus dem Interesse des Staates an der Kennzeichnung der Persönlichkeit, bedeutet aber keine rechtliche Minderbewertung der Frau“ (OLG Hamm, 56/293a⁴⁷).

Es ist also zu unterscheiden: das Recht des Mannes

a) der Familie seinen Namen zu geben (Ordnungsnorm) (vgl. bes. BVerwG, MDR 57/630);

b) der (von ihm geschiedenen) Frau seinen Namen wieder zu entziehen (wobei dieses Untersagungsrecht keine Ordnungsnorm

⁴⁶ Angesichts des GlbG vgl. BOSCH, 57/190b (4; 8); 193b (2).

⁴⁷ Zum GlbG FINKE, MDR 57/450a (1); MEYER, Rpfleger 57/285b. Ferner Anm. 313 (S. 295).

ist, sondern die *Folge* des ersten Rechtes, das eben die größere Schutzbedürftigkeit des Mannesnamens und damit den Rechtstitel einer Differenzierung bedingt (vgl. S. 430)).

b) *Der männliche Wohnsitz*. —

aa) für die *Scheidung*, und zwar im Sinne

α) des *Heimatrechtes* (Art. 17 EGBGB). — „Für die Lösung der Frage, welches Scheidungsrecht bei verschiedener Staatszugehörigkeit der Ehegatten anzuwenden ist, bedarf es einer eindeutigen Regelung“, wie sie die Vorschrift in „Einfachheit und Klarheit“ gibt. Sie „enthält keine echte Bevorzugung des einen Ehegatten gegenüber dem andern wegen seines Geschlechtes . . .“ (BGH, 54/17b, siehe S. 409; 58/183a).

β) des *Gerichtsstandes* (ZPO § 606). — „Die Wahl des für den Aufenthaltsort zuständigen Gerichtes beruht nicht auf der Bevorzugung des männlichen Geschlechtes, sondern auf der folgerichtigen Durchführung des für die Ordnung der Zuständigkeit in Ehesachen maßgebenden Prinzips . . . Sie ist keine einseitige Bevorzugung des Ehemannes, sondern bleibt notwendig durch die Ordnungsfunktion der Gerichtszuständigkeit in Ehesachen“ (BGH, 55/14a).

Art. 3/2 GG verbietet eine unterschiedliche Behandlung von Mann und Frau nur da, „wo sie auf einer Minderbewertung der Frau beruht und nicht durch sachliche Zwecke gerechtfertigt ist“. „Eine Bevorzugung des Ehemannes aus Gründen des Geschlechtes liegt nicht vor.“ Deshalb ist diese Regelung mit der Glb nicht unvereinbar (BGH, 56/186, nach neuer Prüfung der Frage; vgl. OLG Hamm, 54/176; OLG Hamm, 55/335; LG Duisburg, 55/116; OLG München, 55/334; vgl. LG Hechingen, 55/299 mit Anm. und dem folgenden Entscheid des LG Essen; vgl. dagegen LG Hamburg, 57/271)⁴⁸.

bb) für die *Kinder*, und zwar im Sinne

α) des *Heimatrechtes*, das der deutschen Staatsangehörigkeit des Vaters folgt (Art. 19 EGBGB). Das OLG Köln, 55/113b setzt (im Anschluß an die herrschende Lehre) diese Regelung als immer noch gültig stillschweigend voraus (vgl. Anm.; ferner BGH, 56/348b).

β) des *gesetzlichen Wohnsitzes* (BGB § 11). — Dadurch ist „unmittelbar die Rechtsstellung der Frau als Mutter eines ehelichen minderjährigen Kindes nicht berührt“. Denn die Wohnsitzregelung beruht

⁴⁸ Nach dem GlbG nicht mehr in Kraft. Vgl. H-M, zu § 606 ZPO (LG Hamburg, 57/271); FINKE, MDR 57/454b (12).

nur auf einer Zweckmäßigkeitserwägung, wonach „das Kind grundsätzlich einen vom Sorgerecht und tatsächlichen Aufenthaltsort unabhängigen gesetzlichen Wohnort haben soll, um damit insbesondere Klarheit über die Zuständigkeit eines anzurufenden Gerichtes zu schaffen“ (BGH, 56/224; vgl. 244a; 58/179a).

Dabei entspringt „die Anknüpfung des Wohnsitzes des Kindes an den des Vaters einer aus der Erfahrung erwachsenen und vom Interesse des Kindes aus bestimmten Zweckmäßigkeitserwägung, die dem Regelfall angepaßt ist und nicht in einer grundsätzlichen rechtlichen Minderbewertung der Frau wurzelt“ (OLG Schleswig, 55/221a). Da aber Glb nur bedeutet, „daß die Rechtsstellung der Frau um ihres Geschlechtes willen keine ungünstigere sein darf als die des Mannes“ (OLG Schleswig), ist „eine auf derartigen Zweckmäßigkeitserwägungen beruhende, nur formelle Ordnungsvorschrift, die keine sachliche Benachteiligung der Mutter ihres Geschlechtes wegen enthält, keine gegen den Grundsatz der Glb verstoßende Bestimmung“ (BGH, 56/224; weitere Hinweise 56/244a zu OLG Bremen).

§ 3. Ergebnis der richterlichen Rechtsentwicklung

A. Grundsätze für die Gleichberechtigung

1. „Das hinter dem Grundsatz der rechtlichen Gleichstellung von Mann und Frau stehende *Anliegen* ist kein theoretisch-ideologisches, sondern ein praktisch-menschliches“ (BGH, 56/180a; 310a; 57/362a; OLG Bamberg, 57/260b; siehe BGH, S. 391; 395).

2. „Es darf der Frau nicht unter dem Vorwand der „Glb“ genommen werden, was ihr von Natur aus zukommt und für sie typisch ist“ (LG Duisburg, 55/116b).

3. Die Glb ist innerhalb der Rechtsordnung eines sozialen Rechtsstaates zu verwirklichen. Deshalb ist die Sicherheit im Rechtsverkehr und die Sozialordnung zu erhalten.

B. Anwendung für die Differenzierungsmöglichkeit angesichts der Gleichberechtigung

In Anbetracht obiger Grundsätze sind folgende Differenzierungen auch angesichts der durchzuführenden Glb möglich:

1. als unmittelbarer *Ausdruck* der Glb selbst oder doch mit der Glb unmittelbar vereinbar:

a) die Sonderregelung von „Tatbeständen, die nur in *einem Geschlecht* verwirklicht werden können“ (Bestimmungen zum Schutz der Mutter und der berufstätigen Frau).

b) die Sonderregelung *beidgeschlechtlicher* Sachverhalte, „die auf Unterschiedlichkeit der Person oder Lebensumstände beruhen, wobei soziologische und funktionale, allgemein anerkannte Unterschiede in der *Arbeitsteilung der Geschlechter* nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses eine besondere rechtliche Regelung erlauben oder sogar notwendig machen“ (LG Duisburg im Anschluß an BVerfG, 55/116b).

2. als unmittelbares Erfordernis der sozialen Rechtsstaatlichkeit und allenfalls in einem gewissen *Gegensatz* zu einer nur abstrakt gesehenen, wortinterpretierten Glb (vgl. BArbG, 54/135b), insofern angesichts der erforderten Rechtssicherheit und Sozialstaatlichkeit überall „eine wirkliche Glb gar nicht durchführbar ist“ (vgl. OVG Hamburg, 56/189b):

a) die sogenannten *Ordnungsnormen*, die an das Geschlecht anknüpfen, aber ohne geschlechtliche Bevorzugung nur wegen der Sicherheit im Rechtsverkehr erlassen sind.

b) „Gesetze, die aus ernsthaften, wohlerwogenen sozialen Gründen der Frau *soziale Rechte* geben, die für den Mann nicht adäquat sind“, insofern der Sozialgedanke gegenüber der Glb „vielleicht sogar den Vorrang hat“ (BArbG, 54/135b).

Zweites Kapitel

ZUR BEURTEILUNG DER RECHTSPRECHUNGSTENDENZEN

Vor allem zeigt sich: die das Schrifttum beherrschende Unterscheidung zwischen *organischer und formaler Glb* spielt in den Rechtsentscheiden keine bedeutende Rolle⁴⁹. Denn der BGH hatte den Gerichten begleitend gesagt, „daß nicht jede Rechtsungleichheit durch Art. 3/2 GG ausgeschlossen wird, daß insbesondere *nicht* aus doktrinären Gedankengängen heraus eine *formale Gleichstellung* von Mann und Frau auch dann herbeigeführt werden darf, wo der in Art. 6/1 GG anerkannte Schutz der Ehe und Familie oder die in Art. 6/2 ebenda hervorgehobenen Interessen der Kinder einer völligen Gleichstellung beider Geschlechter in der Ehe Schranken setzen“ (SH 66b).

Damit war für die Gerichte grundlegend die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung gegeben. So wurde für sie die Frage der Glb zur Frage weniger nach dem *abstrakten Begriff*, als vielmehr nach dem konkreten Sachverhalt der Glb: nämlich nach dem eine allfällige Ungleichbehandlung rechtfertigenden *Rechtstitel*. Wo aber für eine vermeintlich notwendige Geschlechtsdifferenzierung kein unmittelbarer Rechtstitel aufweisbar schien, prägten die Gerichte den Begriff der gleichberechtigungsgemäßen *Ordnungsnorm*. So sind der Glb-begriff, die für die Gerichte maßgeblichen Differenzierungstitel und der Begriff der Ordnungsnorm zu besprechen.

⁴⁹ Vgl. S. 60.

§ 1. Zum Gleichbegriff in den Gerichtsentscheiden

Nur selten haben sich Gerichte unmittelbar zum Glbsbegriff geäußert (vgl. etwa OLG Celle, SH 52a; LG Duisburg, SH 56aff.). Als obiter dictum finden sich aber häufig Hinweise zur wortmäßigen Bedeutung wie zur begrifflichen Konditionalbewandtnis der Glb.

A. Zur Wortbedeutung der Gleichberechtigung

Ein obiter dictum wird man nicht allzu sehr pressen dürfen. Dennoch ist auf das nominale wie uniformistische Mißverständnis der Glb, das sich nicht selten in den Gerichtsentscheiden findet, hinzuweisen⁵⁰.

I. Das nominale Mißverständnis der Gleichberechtigung

Bei der Wortbedeutung wurde wohl nicht hinreichend beachtet, daß im Begriff der Glb „auch bei strenger Anwendung des Art. 3 GG nach dem Wortlaut“ (BARbG, 54/135a) das Wort „gleich“ die absolut „gleichberechtigte“ Bedeutung von „gleichstückig“ (inhaltsgleich) und „gleichmäßig“ (verhältnisgleich) hat, und daß daher Glb vom Wort her wesentlich zweideutig ist. Die Behauptung: „Der Wortlaut des Art. 3/2 GG ist gar nicht auslegungsfähig, da er irgendwelche Zweifel an seinem Sinngehalt nicht aufkommen läßt. Der Sinn der knappen und klaren Form: ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ ist völlig eindeutig“ (LSozG Schleswig, 57/74b), ist eindeutig falsch⁵¹.

Auch meinte man, „eine *buchstabengetreue* Durchführung des Art. 3/2 GG würde die Grundlagen der Ehe und Familie zerstören und damit dem Schutzprinzip des Art. 6/1 GG widersprechen“ (LG Bad Kreuznach, NJW 57/915a), oder eine etwa aus sozialen Gründen gerechtfertigte Sonderbehandlung müßte „abstrakt gesehen, bei einer *Wortinterpretation* gegen den Glbsgrundsatz verstoßen“ (BARbG, 54/135 b). Als ob alle Treue zum Buchstaben und die gewissenhafteste Wortinterpretation der Glb, abstrakt gesehen, mehr offenbaren könnte, als

⁵⁰ Vgl. S. 2; 23; 72; 78; 82; 381. — 129; 366.

⁵¹ Vorsichtiger formuliert MASSFELLER: „So klar und eindeutig der Wortlaut des Art. 3/2 GG zu sein scheint, so sehr sind doch Sinn und Inhalt dieser Verfassungsbestimmung umstritten“ (Das neue Familienrecht 1952, 9). Vgl. S. 21.

daß die Gleichheit der Glb buchstaben- und wortinterpretierungsmäßig ebensowohl „gleichstückig“ wie „gleichmäßig“ bedeuten kann⁵².

Man hielt bei einer möglicherweise notwendigen Differenzierung „eine wirkliche Glb gar nicht durchführbar“ (OVG Hamburg, 56/189b⁵³) oder erblickte in der Ordnungsnorm des „Mannes-Gerichtes“ „an sich“ einen Verstoß gegen die Glb, um aber dennoch (freilich unter größten Bedenken, mit spürbar schlechtem Gewissen und nur gezwungen durch den BGH) daran festzuhalten (LG Duisburg, 55/116a Leitsatz). Als ob „der Begriff der Glb *aus sich heraus* verständlich“ wäre (wie das BayObLG, SH 69b meint) und sich aus dem Begriff heraus eindeutig bestimmen ließe, was „wirkliche“ Glb ist und was „an sich“ gegen eben diese „wirkliche Glb“ verstoße.

Besser war es, von einer „*echten Glb*“ zu sprechen (LG München, 55/103.) Aber dann mußte man sich von *Bosch* fragen lassen: „Besteht ‚echte Glb‘ darin, dem einen Gatten oder Elternteil usw. Vorzugsrechte oder Vorzugsverpflichtungen zu nehmen und dadurch seine Rechtslage der des anderen anzugleichen, oder darin, die Rechte oder Pflichten des einen auf den andern zu erstrecken, oder darin endlich, daß beiden eine ‚mittlere‘ Linie zugewiesen wird? Sollen Mannesrechte gestrichen oder auch der Frau auferlegt werden — und ferner — sollen Frauenvorzugsrechte entfallen oder nunmehr auch dem Manne zustehen, Frauenpflichten nicht mehr existieren oder auch den Mann betreffen? Oder will man — etwa zu § 1606 II BGB — den Mann zur Hälfte von seiner bisherigen Pflicht befreien und die andere „Pflicht-Hälfte“ der Frau auferlegen?“ (Aufgegriffen vom LG Duisburg, SH 60a; vgl. *Bosch*, SH 9a).

Diese Fragen zeigen: mit einer Wortinterpretation oder einer Begriffsanalyse kommt man bei der Glb nicht weit⁵⁴. Denn nicht das Wort (die Nominaldefinition) gibt der Glb ihre eindeutige Bestimmtheit, sondern erst die Sache (die Realdefinition). Darum ist unbedingt festzuhalten:

⁵² „„Gleiche‘ Berechtigung ist — schon rein sprachlich — nicht ‚dieselbe‘ Berechtigung“ (BOSCH 57/193 b [b]). Vgl. etwa Deutsches Rechtswörterbuch Bd. 4, Art.: gleich; Gleichheit.

⁵³ Ähnlich heißt es bei H-M: „Bei einem gebotenerweise einheitlichen Familiennamen ist eine wirkliche Glb undurchführbar“ (zu § 1355 BGB); andererseits: das Letztentscheidungsrecht des Vaters „entspricht einem wohlverstandenen Glbsgrundsatz“ (zu § 1634 BGB [BJ]), auch § 1354 BGB „widerspricht einer vernünftigen Glb nicht“ (§ 1354 BGB [BJ]).

⁵⁴ „Einen ‚Glbsgrundsatz‘ . . . gibt es nicht, sondern nur ein gleiches Wort, dessen sich grundverschiedene Meinungen seit Jahrzehnten bedienen“ (SCHELD, JR 53/294a [1]).

1. Glb fordert von sich aus nicht — weder wörtlich noch begrifflich — eine *inhaltsgleiche Behandlung*. Wohl aber kann eine solche von der zu behandelnden Sache gefordert sein. Eine inhaltsungleiche Behandlung ist also, solange die Inhaltsungleichheit durch einen „gleichen Maßstab“ ausgemessen wird, nie ein Verstoß gegen die *abstrakt gesehene Glb an sich*, sondern höchstens gegebenenfalls gegen die konkrete Glb der sachgemäßen Gleichbehandlung hier und jetzt (gute Formulierung BArbG, 54/134b; siehe S. 395). Daher ist „nicht alles, was bei äußerlicher Betrachtungsweise als Bevorzugung erscheint, es auch in Wahrheit. Es muß vielmehr geprüft werden . . .“ (OLG Bamberg, 57/261a), ob „eine rein äußerlich verschiedenartige Rechtsstellung von Mann und Frau [nicht gerade, sei es] durch die besondere Stellung von Mann und Frau innerhalb familienrechtlicher Gemeinschaften, insbesondere der Ehe [sei es unmittelbar] durch die natürliche Wesensverschiedenheit der Geschlechter bedingt“ (LG Nürnberg-Fürth, MDR 53/429b) und damit auch vor der „richtig verstandenen Glb“ (BGH, Anm. 313 [S. 295]) gerechtfertigt ist.

2. Glb fordert aber auf jeden Fall wenigstens eine *verhältnismäßige Behandlung*. Ein Verstoß gegen die Verhältnismäßigkeit ist ein Verstoß nicht nur gegen die abstrakte Glb, sondern gegen die Rechtsstaatlichkeit eines Rechtsstaates, der sich zur Glb bekennt, überhaupt. Er ist daher *nie*, auch nicht mit andern Rechtsstaatsprinzipien zu rechtfertigen (gegen das BArbG, 54/135b, siehe S. 413). Vielmehr ist der Anspruch auf verhältnismäßige Behandlung ein so wesentlich natürliches Recht, daß eine „naturgegebene Notwendigkeit, die Gleichwertigkeit der Frau mit dem Manne außer acht [zu lassen] oder dem Persönlichkeitswert der Frau nicht gerecht [zu werden]“ (womit das LG Verden, MDR 53/363b offenbar rechnet) widerspruchsfrei nicht einmal denkbar ist.

3. Sind daher jene Ordnungsnormen oder jene Sozialsonderregelungen (siehe S. 413 (2)) wenigstens als Verhältnismäßigkeitsbehandlung zu rechtfertigen? Darüber schweigen sich Wort und Begriff der Glb naturgemäß aus und gibt nur der Glbssachverhalt Auskunft (siehe S. 76; 420).

II. Das uniformistische Mißverständnis der Gleichberechtigung

Auch der Gedanke, daß Glb in Ehe und Familie etwas ganz anderes ist als Glb im Sozial- und Erwerbsleben⁵⁵ und daß daher ein univoker Glbsbegriff — innerlich unmöglich, dennoch äußerlich durchgeführt — die wesenhafte Vielgestalt sozialer Wirklichkeit vergewaltigen müßte⁵⁶, ist von den Gerichten nicht immer genügend beachtet worden. So meint das BVerfG: „Zur Glb der Frau gehört, daß sie die Möglichkeit hat, mit gleichen rechtlichen Chancen marktwirtschaftliches Einkommen zu erzielen, wie jeder männliche *Staatsbürger*. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der Frau von vornherein als *ehezerstörend* zu werten, widerspricht (daher) nicht nur dem Grundsatz, sondern auch dem Wortlaut des Art. 3/2 GG“ (57/85b⁵⁷).

Abgesehen davon, daß auch hier der „Wortlaut des Art. 3/2 GG“ in unzulässiger Weise eingeschränkt erscheint, fragt sich, was die „Tätigkeit der *Frau*“ näherhin bedeutet. Entweder ist darunter die Tätigkeit der Frau ganz *allgemein* verstanden, also etwa auch der unverheirateten Frau, — und dann wertet eine solche Tätigkeit niemand als ehezerstörend. Oder es soll gesagt sein, die Tätigkeit der *Ehefrau* als ehezerstörend zu werten, widerspreche der Glb — und dann liegt eben jener bedenkliche (Kurz)schluß vor, der von der Glb der Frau als Staatsbürgerin (1. Satz) taliter qualiter auf die Glb der Frau als Gattin und Mutter (2. Satz) schließt, damit die Gesetzmäßigkeiten des Staates zu Gesetzhaltungen auch der Ehe und Familie erklärt, so aber die Eigengesetzlichkeit der Ehe und Familie (mit ihrer eigentümlichen Glb) leugnet und die „Staatsfamilie“ proklamiert⁵⁸.

⁵⁵ Vgl. S. 366.

⁵⁶ Vgl. S. 129.

⁵⁷ „Wird die Familie gesehen als die naturgegebene Gemeinschaft zur Kindererzeugung und Erziehung der Kinder, dann wird auch der Gesetzgeber die [verheiratete] Frau wie bisher von ihrer Stellung als Mutter der Familie und nicht als eine im Berufsleben Tätige bestimmen müssen“ (RICHTER, Deutsche Rundschau 51/826).

⁵⁸ Vgl. Anm. 195 (S. 129).

B. Zur Bedingtheit des Gleichberechtigungsbegriffes

Die unaufhebbare Zweideutigkeit des Wortes Glb wirft die Frage auf, wann die eine, wann die andere Bedeutung Gültigkeit besitze. Diese Frage offenbart die *Bedingtheit* des Glbsbegriffes. Sie wird auch in den Gerichtsentscheiden deutlich:

1. Nach *Dürig* ist „der Geschlechtsunterschied *so lange* nicht als „wesentlich“ (rechtserheblich) anzusehen, bis seine Nichtbeachtung ein Willkürtatbestand wäre“ (54/2a 2). *Wann* dies eintritt, sagt aber die Glb nicht.

2. Im Anschluß an *Dürig* ist nach dem *BArbG* „Gleiches gleich, Ungleiches, *soweit* es für wesentlich erachtet werden muß, verschieden ... zu behandeln“ (54/134b; S. 27; 395 (a)). *Wann* dies der Fall ist, ist wiederum nicht gesagt.

3. Nach dem *BGH* gebietet der recht verstandene Gleichheitsgrundsatz „eine Rücksichtnahme überall da, wo die Nichtbeachtung... die Frau benachteiligen würde“ (56/180a; siehe oben S. 395). *Wo* dies zutrifft, verschweigt die Glb.

4. Nach dem *BFinH* (im Anschluß an *BVerfGE* 1, 264) verpflichtet der Gleichheitsgrundsatz „den Gesetzgeber zwar nicht, unter allen Umständen Ungleiches ungleich zu behandeln. Maßgebend ist vielmehr, ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils in Betracht kommenden Zusammenhang so bedeutsam sind, daß der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muß“ (56/353). *Wann* sie so bedeutsam sind, enthüllt der Gleichheitssatz nicht.

5. Im Zusammenhang der Glb wird auch die Anrufung des VormG erörtert. Nach dem *LG Celle* kann es angerufen werden, wenn es „sich um eine *nicht unwichtige* Angelegenheit handelt“ (55/213b). Dazu sagt *Firsching* mit Recht: „Über die Begriffe ‚wichtig‘ oder ‚unwichtig‘ werden natürlich die Meinungen ebenfalls auseinander gehen“ (56/138a). Denn darüber enthält die Glb als Begriff nicht das mindeste.

6. Sehr gut faßt diese nominale Unbestimmtheit und die daraus folgende Bedingtheit *Machleid* zusammen: „Gleichartige Tatbestände, die aus der Natur der Sache und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleichartige Behandlung erfordern, dürfen *nicht ohne* ausreichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung

an dem Gedanken der Gerechtigkeit ungleich behandelt werden‘ (so BayVerfGH und ihm folgend der BGH, 4. Leitsatz 54/19a). *Mit* ‚ausreichendem sachlichem Grund‘ ist also eine ungleiche Behandlung zulässig. Freilich hilft diese Definition nicht viel weiter. Denn die Hauptschwierigkeit besteht ja gerade darin, zu entscheiden, *wann* der für die Schaffung der umstrittenen Gesetzesbestimmung maßgeblich gewesene Grund ‚sachlich ausreichend‘ ist“ (56/396 Anm. 6).

C. Zur Deutung des Gleichberechtigungsbegriffes

Aus der Einsicht in die nominale Zweideutigkeit, begriffliche Bedingtheit und in die reale Vielfältigkeit der Glb ergibt sich auch das richtige Verständnis für die verfassungsgeforderte Zusammenschau von Art. 3/2 und Art. 6/1 GG⁵⁹. Muß somit „die *sinngemäße* Auslegung des Begriffes „Glb“ unter Einbeziehung des Art. 6/1 GG erfolgen“ (vgl. LG Bad Kreuznach, S. 404), so lassen sich „die beiden Grundsätze auch miteinander in *Einklang* bringen, wenn die *natürliche Ordnung* zur Richtschnur der gesetzlichen Regelung genommen wird“ (Begründung I/41a) und auch der Richter „die Glb organisch eingliedert in die *natürliche Ordnung* der Ehe und Familie (OLG Celle, SH 54b). In dieser natürlichen Ordnung ist wesentlich:

1. Insofern es bei der Glb um ein *praktisch-menschliches* Anliegen geht (vgl. S. 412) ist sie weniger auf eine formal verstandene Würde als vielmehr auf das konkret-inhaltliche Wesen der Frau (wie des Mannes) hin auszudeuten. Dabei muß, insofern es bei der Glb näherhin um ein *sozialethisches* Anliegen geht (vgl. S. 390), „auf Wesen und Würde des Menschen als *Person in Gemeinschaft* zurückgegangen werden⁶⁰“.

2. Insofern die Gemeinschaft der Ehe und Familie „*keine Summe* von formalen Rechts- und Pflichtträgern ist, *sondern* eine organische, institutionelle *Einheit*“ (AG Mannheim, vgl. S. 404), somit „ein auf die Individualrechte von Mann und Frau nicht zurückführbares Eigenrecht hat⁶¹“, ist die Glb in Ehe und Familie nur in einem Sinne verstehbar, der Mann und Frau nebeneinander gestellt sieht „nicht

⁵⁹ Vgl. BVerfG, SH 77a; dazu KRAUSS, 54/62b. Als Beispiel, wo diese Zusammenschau der Rechtsbestimmungen versagt: BGH zur Ehestörungsklage (BOEHMER, 57/197a).

⁶⁰ KATH. FRAUEN, 2 (3) (Anm. 151 (S. 96)).

⁶¹ KATH. FRAUEN, 2 (3).

als einzelne, sondern *miteinander verbunden* in der Lebensgemeinschaft, wie sie durch die Eheschließung zustande gekommen ist“ (OLG Celle, MDR 53/429a). In dieser Haltung bestätigen die Gerichte die GlbS-Deutung *Hirschmanns* :

1. „Es ist nicht nötig, den Glbssatz durch den Satz, der Ehe und Familie unter den Schutz des Staates stellt ‚*eingeschränkt*‘ sein zu lassen“ (vgl. BGH, SH 66b; S. 414). Aber der Glbssatz läßt eine *richtige und falsche Deutung* zu. Die richtige Auffassung vertritt das BVerfG, wenn es durch ihn verboten sein läßt, daß wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, daß wesentlich Ungleiches ungleich behandelt wird (BVerfGE 1, S. 14; ähnlich BayVerfGHE, I. S. 29) [siehe auch: „der *rechtverstandene* Gleichheitsgrundsatz“, BGH, 56/180a; S. 395)]. „Ob in einer bestimmten Frage des Ehe- und Familienrechtes bei Mann und Frau wesentlich Gleiches vorliegt oder nicht, kann dagegen aus dem Glbssatz schlechterdings nicht herausgelesen werden, sondern nur aus den Vorstellungen, die über Mann und Frau, über das Wesen von Ehe und Familie bestehen“ (HK, 53/278b; vgl. *Bosch*, 55/106b Anm.; vgl. die „*richtig verstandene Glb*“, BGH, Anm. 313 [S. 295]).

2. Es ist darum „eine absolut willkürliche, positiv rechtlich nicht zu belegende und nicht belegte Behauptung, daß Art. 3/2 GG *familienrechtlich* mehr besagt als:

a) daß alle Rechtsungleichheiten der Frau im Verhältnis zum Mann in Ehe und Familie, die mit ihrer Würde als Mensch und mit ihrer Stellung in Ehe und Familie aus grundsätzlichen oder geschichtlichen Gründen unvereinbar sind, wegzufallen haben,

b) daß ihr jene Rechtsstellung im Verhältnis zum Mann in Ehe und Familie zu gewähren ist, die in Würdigung ihres Wesens und des Wesens von Ehe und Familie, sowie angesichts der heutigen geschichtlichen Voraussetzungen gegeben werden kann“ (*Referat*, 12).

Ergebnis (zu § 1)

Für die Rechtsprechung (wie für die Gesetzgebung) ist die Frage der Glb eine Frage nicht der *Differenzierung als solcher*, sondern der *Begründung* für die Rechtmäßigkeit solcher Differenzierungen im Einzelfall, und zwar als Frage

1. nach der Erheblichkeit einzelner in Frage stehender *Rechtstitel*;
2. nach der grundsätzlichen Möglichkeit sogenannter *Ordnungsnormen*.

§ 2. Zur Kritik einzelner Rechtstitel

Selbstredend genügt es nicht, einfach irgendeinen „titulus coloratus“ namhaft zu machen, um eine Ungleichbehandlung zu begründen. Der mögliche Rechtstitel ist vielmehr nicht nur in sich, sondern auch angesichts heutiger Situation auf seine aktuelle Erheblichkeit hin zu überprüfen. Dabei wird es Rechtstitel geben, über die man sich unschwer einigen kann, andere, über die je aus guten Gründen verschiedene Meinungen möglich sind und es eines sorgsam Abwägens der Tatsachen und möglichen Folgen bedarf, um zu einem einigermaßen befriedigenden Ergebnis zu gelangen.

Einig sind sich wohl alle mit dem BArbG, daß „die Tätigkeit eines *Verkäufers* im Handel“ heutzutage nicht mehr als Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung von Verkäufer und Verkäuferin in Frage kommt (55/137a).

Umstritten aber waren neben dem Hausarbeitstag der Frau vor allem die Fragen der Haushaltsbesteuerung, des Unterhalts- und des Namenuntersagungsrechtes.

A. Der Hausarbeitstag der Frau

So sinnvoll es sein mag, angesichts der besonderen deutschen Situation der erwerbstätigen Frau gesetzlich einen Hausarbeitstag zuzugestehen, so bleibt doch die grundsätzliche Frage, ob ein solches Sonderrecht der Frau angesichts der Forderung völliger *Lohnleichheit* von Mann und Frau nicht an sich der Glb (in diesem Falle des Mannes) widerspreche.

1. Der *Hausarbeitstag* wird mit der besonderen Haussorge der Frau begründet, die auch der unverheirateten Frau eigne.

2. Andererseits aber bedingt die frauliche Häuslichkeit auch eine gewisse wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die der Mann nicht besitzt. Ebenso wie es für die Frau typisch ist, ihr Heim und ihre Kleider weitgehend selber zu besorgen, so ist es für den Mann typisch, daß er sich diese Sorgfalt von auswärts beschaffen muß: was sich die Frau (auf Grund ihrer Veranlagung) selbst erarbeiten kann, muß sich der Mann (auf Grund seiner Veranlagung) durch Geld erwerben. Deshalb „ist der alleinstehende und berufstätige Mann zu größeren Ausgaben gezwungen als die den Haushalt mit dem Kinde führende Ehefrau“ (OLG Schleswig, bei *Firsching*, 56/299b).

3. Ist deshalb *an sich* (abgesehen von einer besonderen Situation) der Hausarbeitstag, der die Hausveranlagung der Frau berücksichtigt, mit der absoluten *Lohnungleichheit*, die dem höheren Aufwand (nicht Luxus) des Mannes nicht Rechnung trägt, vereinbar? So wird der Hausarbeitstag der Frau, sofern man an der Lohnungleichheit von Mann und Frau festhält, nicht schon aus dem Rechtstitel fraulicher Hausanlage als solcher, sondern erst dann zu rechtfertigen sein, wenn man zusätzlich eine besondere Situation dieser Anlage aus einer besonderen sozialen Allgemeinsituation beweisen kann.

B. Die Familienhaushaltsbesteuerung

Bei der lange so umstrittenen Frage der Haushaltsbesteuerung ist zu untersuchen, welches der genaue Rechtstitel dieser Besteuerung sei, und ob er gegenüber Art. 3/2 und 6/1 GG sich als möglicher Rechtstitel zu behaupten vermöge⁶².

I. Der Rechtstitel der Haushaltsbesteuerung

Da das heutige deutsche Steuersystem grundsätzlich auf der Individualbesteuerung beruht und so von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Einzelnen ausgeht, fragt sich, ob der Familienhaushalt gegenüber dem Einzelhaushalt wirtschaftlich leistungsfähiger sei und insofern auch eine stärkere Besteuerung rechtfertige:

1. Der *Familienhaushalt* ist wirtschaftlich leistungsfähiger

a) als ein *Einzelhaushalt* (vgl. BFinH, 56/353b);

b) als ein nicht familienmäßiger, ja selbst als ein familienähnlicher *Gemeinschaftshaushalt*. Denn sofern Ehe und Familie etwa gegenüber der Gemeinschaft von Geschwistern typische *Rechtsgemeinschaften* sind, bedingen sie eine Solidarität, die sich auch wirtschaftlich auswirkt (etwa in der Planung wirtschaftlicher Anschaffungen) und die eben bei andern rechtlich nicht (so) gebundenen Gemeinschaftsformen regelmäßig nicht zustandekommt (was das BVerfG nicht beachtet; vgl. 199b (D 4))⁶³.

⁶² Der BVerfGE ist zitiert nach Bundessteuerblatt 57/193—202 (vgl. auch FamRZ, 57/82—85).

⁶³ Schon THOMAS VON AQUIN weiß: „Erit etiam utriusque sollicitior cura in rebus domesticis, dum se perpetuo commansuros in earundem rerum possessione existimant“ (Contra Gentes, III/123).

2. *Rechtstitel* ist nicht der Familienhaushalt als solcher, sondern der einem Familienhaushalt zugute kommende *Doppelerwerb* der Eheleute. Insofern kann man nicht mit dem BVerfG von einer „Ursächlichkeit der Ehe als solcher für die Zusammenveranlagung“ (200a (D 4)) reden. Denn wäre die Ehe als solche unmittelbar Ursache der Besteuerung, müßten *alle* Ehen davon betroffen sein. Es geht also weniger um die Besteuerung des Familienhaushaltes als solchen, als um die steuerliche Zusammenveranlagung erwerbstätiger Ehepaare.

II. Die Zusammenveranlagung und das GG

Die steuerliche Zusammenveranlagung verstößt

1. *nicht (unmittelbar) gegen Art. 3/2 GG.* — Die Haushaltsbesteuerung trifft nämlich Mann und Frau in gleicher Weise (vgl. Bundesminister der Finanzen zit. vom BVerfG, 193b (B II))⁶⁴. Das BVerfG selbst scheint die Frage nicht eigentlich entscheiden zu wollen; vgl. 201a (D II 5).

2. *aber gegen Art. 6/1 GG.* — Nach dem BVerfG ist die Zusammenveranlagung insofern verfassungswidrig, als sie gegen das durch Art. 6/1 GG dem Staate für Ehe und Familie auferlegte Interventionsverbot verstoße. Denn durch den mitbeabsichtigten Edukationseffekt, „die Ehefrau ins Haus zurückzuführen“, dränge sie den Gatten eine „bestimmte Vorstellung von der besten Art der Ehegestaltung“ auf, die im Rahmen der gesetzlich normierten Ehe noch nicht enthalten sei. Damit greife die Zusammenveranlagung aber unzulässigerweise in die durch Art. 6/1 garantierte „spezifische Privatsphäre für Ehe und Familie“ und der damit gegebenen „privaten Entscheidungsfreiheit der Ehegatten“ ein (209a (D II 4))⁶⁵.

Diese Begründung überzeugt nicht ganz. Das BVerfG versteht hier Art. 6 GG rein negativ als staatliches Interventionsverbot, indem es für diesen Fall die Frage der positiven Schutzfunktion des Staates ausdrücklich dahingestellt läßt und so die *innere Bezogenheit positiver und negativer Schutzfunktion* übersieht (199a (D II 3))⁶⁶. In Wirklichkeit

⁶⁴ Vgl. PAULICK (54/31 b; 55/97 a) etwa gegen ENGEL-HANSEN, IF Anlage C (4/1953) 10 a.

⁶⁵ Dagegen: „Selbst die Zustimmung des Mannes zur Berufsarbeit [kann] die Frau nicht von der Pflicht entbinden, [gegebenenfalls] den außerhäuslichen Beruf aufzugeben. Hier zeigt sich deutlich, daß der Schutz der Familie über der privaten Einigung der Ehegatten steht“ (KRAUSS-FLATTEN, IFS 56 a; Anm. 375 [S. 316]). Vgl. S. 451 f. — S. 88; 205 (2).

⁶⁶ Vgl. S. 453 f.

hat das staatliche Interventionsverbot dort seine Grenze, wo der Staat Ehe und Familie nur noch durch positive Maßnahmen schützen kann. Deshalb ist Art. 6/1 GG nur solange als Interventionsverbot anwendbar, als man weiß, entweder, daß für Ehe und Familie hier und jetzt überhaupt keine positiven Schutzmaßnahmen notwendig oder möglich sind, oder daß vorgesehene Schutzmaßnahmen ehe- und familienschädliche (Neben)folgen haben würden.

Mithin wäre zu *fragen* gewesen,

a) ob sich das *Doppelverdienertum* nicht zum Schaden der Ehe und Familie auswirken müsse;

b) ob, wenn ja, der Staat dieser Schädigung nicht durch *positive Maßnahmen* steuern könne oder gar müsse;

c) ob die steuerliche *Zusammenveranlagung* als eine solche geeignete positive Maßnahme anzusehen sei.

Dabei hätte die *Antwort* ergeben (können),

a) daß das Doppelverdienertum oft Ehe und Familie *schädigt*⁶⁷;

b) daß der Staat aufgrund seiner in Art. 6/1 GG statuierten Aufgabe, „Ehe und Familie vor Beeinträchtigung durch andere (d. h. nicht-staatliche) Kräfte zu *bewahren*“ (199a (D II 3)), unter Umständen auch einzelne Ehegatten zu diesen ehe- und familienschädigenden „anderen Kräften“ zu rechnen und dann das Institut der Ehe und Familie auch vor dem gemeinschaftsgefährdenden Individualismus solcher Eheleute zu schützen hat⁶⁸. Denn nach Art. 6 GG steht die Ehe „als Institution zunächst über den Belangen des einzelnen Gatten“ und damit auch „vor der tatsächlichen Lebensgestaltung der Lebensgemeinschaft“ (OLG Hamm, 57/262a; 264a; vgl. Anm. 65).

c) daß in der heutigen Situation die Haushaltsbesteuerung die ohnehin schon überhand nehmenden „*Onkeleben*“ fördern müßte, so daß (wie immer es um den Rechtstitel der Haushaltsbesteuerung an

⁶⁷ Dies dürfte aus den heutigen Untersuchungen feststehen. Vgl. die Literatur, Anm. 372 (S. 315). Es wäre vielleicht nicht unnütz gewesen, wenn sich das BVerfG auch über diese Frage Gutachten hätte erstatten lassen (wie etwa bei der Frage der Homosexualität [vgl. NJW 57/865 ff.]).

⁶⁸ Vgl. S. 454. Wenigstens sollten „auf keinen Fall die Ehen, in denen die Ehefrau über kein eigenes Einkommen verfügt, schlechter gestellt [werden] als solche Ehen, in denen die Ehefrau eigenes Einkommen hat“ (SCHAEFER, 57/353a; vgl. 351a [3]). Vgl. Anm. 71. — S. 98.

sich bestellt sein mag), er jedenfalls *heute* in Würdigung aller konkreten Umstände nicht als Rechtstitel steuerlicher Ungleichbehandlung in Frage kommen kann⁶⁹.

Ergebnis (zu B)

1. So richtig die Ablehnung der Haushaltsbesteuerung durch das BVerfG in ihrem Ergebnis ist, so gibt doch dessen Begründung zu weiteren Wünschen Anlaß. Man wird daher den Entscheid des BVerfG weniger als abgeschlossenes Ganzes denn vielmehr als ersten Schritt einer weiteren familienschützenden Rechtsprechung sehen müssen⁷⁰.

2. Als solcher berechtigt er — namentlich durch den Leitsatz, „Art. 6/1 GG ist eine verbindliche Wertentscheidung für den gesamten Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“ (202b (5)) — zu nicht geringer Hoffnung⁷¹.

C. Die vorrangige Unterhaltspflicht des Mannes

Abgesehen von den mehr rechtstechnischen Einzelfragen, wie sie sich namentlich für die getrennt lebenden oder geschiedenen Gatten oder für die Eltern gegenüber den Kindern stellen⁷², ist besonders eine *verschiedene Grundhaltung* bedeutsam. Denn hier stoßen wir in den Gerichtsentscheiden nicht nur auf den Unterschied zwischen qualitativer und quantitativer Glbauffassung, sondern gelegentlich auch auf das quantitative Mißverständnis der Glb.

⁶⁹ Vgl. Industrie-Kurier (26. März 53) (IF Anlage C 4/1953) 2b (V); ENGEL-HANSEN, IF Anlage C (4/1953) 10b; PAULICK, 55/346ff.

⁷⁰ Vgl. etwa die „stufenweise Regelung“ beim Kindergeldgesetz (BVerfG, NJW 57/584; dazu SCHAEFER, 57/355b; ferner SozG Karlsruhe, 57/381; AG Opladen, 58/168b (5)).

⁷¹ Vgl. die neuen Richtlinien des BFH: Mit Art. 3 und 6 GG „wäre es nicht vereinbar, Ehen mit eigenen Einkünften beider Gatten ohne besondere stichhaltige Gründe günstiger zu besteuern als Ehen, in denen der Ehemann die gesamten Einkünfte bezieht, die Ehefrau aber, weil sie im Haushalt tätig ist und die Kinder erzieht, sich im Wirtschaftsleben nicht betätigen kann“ (57/349a). Ferner BOSCH, 57/193b (4); 207b. Zur positiven Auswertung dieses Leitsatzes vgl. auch S. 451.

⁷² Vgl. BOSCH, SH 23; FIRSCHING, 56/299; OTTEN, 57/73ff.

I. Quantitative und qualitative Gleichberechtigung beim Unterhaltsrecht

1. *Die quantitative Gleichberechtigung.* — Für die quantitative Sicht der Glb ist, wenn nicht Normalfall, so doch (rechnerischer) Ausgangspunkt, daß Mann und Frau zunächst einmal den *genau gleichen (Geld)-betrag* für die in Frage stehenden Unterhaltskosten erlegen, wobei dann im Einzelfall je nach der besonderen Leistungsfähigkeit des Mannes oder der Frau auszugleichen ist (vgl. OLG Hamm, 57/375b mit Anm. *Bruns*). Das aber bedingt grundsätzlich:

a) die „*zumutbare Erwerbstätigkeit*“ der Gattin, apriori vorausgesetzt beim Getrenntleben, falls keine Kleinkinder zu versorgen sind. Denn „die getrennt lebende Ehefrau muß ihren Lebensunterhalt grundsätzlich aus eigenen Kräften bestreiten — nur in Ausnahmefällen nicht“ (OLG Köln, 55/104b; vgl. OLG Karlsruhe, 55/105b; dazu die Anm. *Boschs*, SH 24; vgl. aber BGH, 57/92a; *Brühl*, 57/281 b Anm. 69).

b) die *gleichunmittelbare* (nicht bloß subsidiäre) *Mithaftung* der Mutter für den Kindesunterhalt, und zwar ursprünglich

aa) *gleichzeitig* (LG Duisburg, 55/263; besonders instruktiv),

bb) *anteilig* (LG Hannover, 55/363) oder

cc) im Sinne einer „modifizierten *Gesamthaft*“ (vgl. *Firsching*, 56/299; der BGH, 55/250 scheint sich einfach dazu zu bekennen, „daß unter der Geltung des Glbssatzes Vater und Mutter *nebeneinander gleichrangig* für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder aufzukommen haben“; dazu Abl. *Boschs*; deutlich in BGH, 57/90b; BayObLG, 57/97b; 374; OLG Hamm, 57/375 Anm. *Bruns*; OLG Karlsruhe, 58/36b)⁷³.

Dabei wird dann allenfalls „die persönliche Versorgungsleistung der Mutter“ als ein Drittel des Gesamtbedarfs des Kindes „in Rechnung gestellt“ (LG Tübingen, 54/257b mit Abl. *Boschs*; vgl. Praxis des LG Wiesbaden, 57/282 Anm. 82).

2. *Die qualitative Gleichberechtigung.* — Für die qualitative Sicht der Glb ist nicht nur Normalfall, sondern auch rechtliche Ausgangslage jene familieneigene Arbeitsteilung, wonach die Frau Haus und Kinder betreut, der Mann den Unterhalt bestreitet, so daß der Mann der

⁷³ Zur neuen Rechtslage BOSCH, 57/194a; FINKE, MDR 57/452a ff. (8; 9; 10); BEITZKE, 58/12 Anm. 35; R-S, 70-76. Vgl. Anm. 80.

primär Unterhaltsverpflichtete ist. Dabei kann im Einzelfall die Frau durchaus verpflichtet sein, erwerbs- oder vermögensmäßig die Unterhaltslasten mitzutragen (vgl. die Entscheide S. 400f)⁷⁴.

II. Das quantitative Mißverständnis der Gleichberechtigung

Es ist zu beachten: die meisten Gerichte bestreiten wohl nicht, daß auch heutzutage der Mann in der Mehrzahl der Fälle tatsächlich für den Unterhalt aufkommt. Denn „allgemein wird (in der Rechtsprechung) angenommen, daß beide Ehegatten zum Unterhalt der Familie nach ihren (d. h. offenbar nach ihren geschlechtsmäßig je eigentümlichen) Kräften beizutragen haben, d. h. [!] in der Regel der Mann durch außerhäusliche Erwerbsarbeit und Bereitstellung von Barmitteln, die Frau durch Haushaltsführung und Sorge für die Kinder“ (BVerfG, SH 78a; vgl. BGH, 57/91b; 92b; BayObLG, 57/139b).

Aber die Gerichte glauben, diese Tatsache angesichts der Glb nicht als Rechtstitel einer allgemein differenzierenden Unterhaltsverpflichtung annehmen zu können und wollen daher die Differenzierung auf die Erfordernisse des Einzelfalles beschränken. Dabei scheint aber ein Zweifaches zu wenig bedacht:

1. Die *reale* Schlechterstellung der Frau, insofern ihr die *Beweispflicht* für die Nichtzumutbarkeit einer Erwerbstätigkeit und die Unmöglichkeit einer Unterhaltsleistung aufgebürdet wird⁷⁵ (sehr gut: „den geschiedenen Mann trifft hinsichtlich behaupteter Leistungsfähigkeit die Beweislast“ (LG Duisburg, 55/177a; vgl. BGH, 56/309a). Dies wirkt umso befremdender, als man das männliche Entscheidungsrecht gerade deshalb ablehnen will, damit die Frau beweismäßig nicht schlechter gestellt sei.

2. Die *rechtslogische* Inkonsequenz, insofern die Gerichte mehrheitlich in der Frage des *Aussteueranspruchs* der Tochter gerade umgekehrt vorgegangen sind. Dort wurde nämlich als rechtlicher

⁷⁴ Vgl. BOSCH, SH 25a. „Heißt es nicht Ungleiches gleich behandeln, wenn man zwar die im materiellen Opfer, die das Werden und Aufwachsen eines Kindes von den Eltern verlangt, fast ausschließlich die Frau tragen läßt, bei der Deckung des materiellen Bedarfs aber ohne jeden Ausgleich für jene Mehrbelastung der Mutter genau die gleichen Pflichten wie dem Vater auferlegt?“ (DEISENHOFER, EJF zu A I e Nr. 1).

⁷⁵ Vgl. BOSCH, SH 24a mit Anm. 119; dazu seine Anm. 54/82b; 55/105a; 251a; SCHWARZHAUPT, 57/35b mit Anm. 11.

Normalfall die *Ungleichbehandlung* angenommen: grundsätzlich hat die Tochter einen Aussteueranspruch und damit das Recht auf Ungleichbehandlung. Und nur „im Einzelfall ist dem Aussteueranspruch nicht stattzugeben ...“ (BGH, 54/138b). Und dies obschon der Rechtstitel für diese Ungleichbehandlung tatsächlich weniger gerechtfertigt erscheint als jener für die Ungleichbehandlung im Unterhaltsrecht. Denn

a) beim *Unterhaltsrecht* steht fest: ca. 90% unserer Ehen sind „Hausfrauenehen“, wodurch die geringere Unterhaltsfähigkeit der Gattin und Mutter Regelfall wird.

b) beim *Aussteueranspruch* steht ebenso fest:

aa) die Ausbildungsmöglichkeiten der Mädchen sind gestiegen, so daß faktisch die Ungleichheit der Ausbildungskosten für Söhne und Töchter mehr und mehr abnehmen dürfte (vgl. 57/66) und auch die Mädchen ihre Aussteuer selber verdienen können (vgl. LG Nürnberg-Fürth, MDR 53/430a⁷⁶).

bb) die Aussteuer als soziologische Einrichtung hat an Bedeutung verloren, weil heute in jungen Ehen die Frau häufig mit dem Manne einem Erwerb nachgeht, „um ihre junge Ehe aufzubauen“⁷⁷, das heißt, um sich nach und nach die Aussteuer selbst anzuschaffen.

Damit sei keineswegs der Aussteueranspruch in Abrede gestellt, sondern nur gesagt: *wenn man schon mit dem BGH am Aussteueranspruch der Tochter festhält, dann muß man rechtslogisch a fortiori an der primären Unterhaltspflicht des Mannes festhalten*⁷⁸.

Ergebnis (zu C)

1. Beim Unterhaltsrecht hat eine quantitative Glbsauffassung zu einer mehr und mehr um sich greifenden *egalitären Ausrichtung*⁷⁹ der Gerichtsentscheide und zu einer realen Schlechterstellung der (nur quantitativ) gleichberechtigten Ehefrau geführt.

⁷⁶ Vgl. auch SCHWARZHAUPT, Blätter der Wohlfahrtspflege 57/43b; BOSCH, SH 33b. Ferner Anm. 44.

⁷⁷ Vgl. ENGELHARD, 55/12b. KAPFFHAMMER spricht vom „gemeinsamen Nestbau“, für den „meist nur das von beiden persönlich Abgesparte zur Verfügung steht“ (38).

⁷⁸ Zum GlbG vgl. Anm. 44.

⁷⁹ Vgl. BOSCH, 56/261a.

2. Insofern ist die unterhaltsrechtliche Judikatur ein *Musterbeispiel* dafür, daß das *quantitative* (Miß)verständnis des Glbsbegriffes die reale Schlechterstellung der Frau zur Folge hat.

3. Da nunmehr das GlbG „im Unterhaltsrecht die vorrangige Belastung des Mannes und Vaters mit der Pflicht zur ‚Mittelbeschaffung‘ beibehalten⁸⁰“ hat, ist zu hoffen, daß auch die Judikatur unterhaltsrechtlich zur *qualitativen Glb* zurückkehrt und so der Eigenart der Frau gerecht wird.

D. Das Namensuntersagungsrecht des Mannes

Vorausgesetzt, der Mannesname ist Familienname (und zwar im Sinne einer Ordnungsnorm, so daß dessen Annahme für die sich verheiratende Frau nicht „der Verlust eines echten Persönlichkeitsrechtes“ ist, wie im typisch individualistischen Mißverständnis der Personalrechte das OLG Hamm meint (56/393a)), ist das Verhältnis des Mannes zum Familiennamen wesentlich anders als das der Frau. Der Mann bleibt an seinen Namen gebunden; die Frau kann bei einer Scheidung auf den Mädchennamen zurückgreifen. Diese ungleiche Sachlage kann auch Rechtstitel einer Ungleichbehandlung sein:

1. sie ist *an sich* insofern notwendig, als die geschiedene oder verwitwete Frau den Namen des Mannes und seiner Familie schädigen kann. Damit liegt zweifelsfrei die größere Schutzbedürftigkeit des Mannesnamens vor (vgl. etwa LG Nürnberg-Fürth, 57/98a).

2. Der *Schutz* müßte im Recht des Mannes oder seiner Angehörigen bestehen, der den Namen mißbrauchenden Frau den Namen abzusprechen:

a) Dagegen läßt sich *nicht einwenden*, nach der Glb müßte auch die Frau ein Namensuntersagungsrecht gegenüber dem ehrlosen Mann besitzen. Da dies aber technisch nicht durchführbar sei, ergebe „sich aus dem Glbsgrundsatz die zwingende Folgerung, daß dem Manne

⁸⁰ BOSCH, 57/193a; 58/83a. „Es bleibt nach wie vor zuvörderst die Aufgabe des Mannes, die für den Unterhalt der Familie und damit auch der Kinder erforderlichen baren Mittel zu beschaffen. Damit hat der Gesetzgeber der Frau und Mutter ihren Platz am Herd gesichert und die Gefahren gebannt, die von einer schematischen Gleichmacherei im Unterhaltsrecht her dem Gefüge der Familie drohten“ (HABSCHEID, Rpfleger 57/327b). Vgl. OLG Frankfurt, 58/33.

ein Recht nicht mehr zugestanden werden kann, das im umgekehrten Fall von der Frau aus technischen Gründen nicht ausgeübt werden könnte“ (OLG Frankfurt, 54/112a).

b) Denn die Nichtausübbarkeit dieses Rechtes durch die Frau gründet weniger in „technischen Gründen“, als in der Tatsache, daß die *Frau* dieses Recht nicht nötig hat, weil sie hierin *nicht schutzbedürftig* ist.

c) Einen erfordernten Schutz des Mannes aber deshalb verweigern, weil die Frau hier keines Schutzes bedarf, verstieße gegen die fundamentale *Gerechtigkeit*, die der Glb als Möglichkeitsbedingung zugrunde liegt (quantitatives Mißverständnis der Glb).

3. Das Namensuntersagungsrecht des Mannes führt aber *unter Umständen* zu einer Schädigung der nicht schuldigen und den Namen keineswegs mißbrauchenden Frau, namentlich im Adoptivverfahren (vgl. *Bosch*, 54/129; 56/394b).

a) Deshalb wäre zu prüfen, ob diese mögliche Schädigung *notwendig* mit dem Namensuntersagungsrecht zusammenhängt;

b) Zutreffendenfalls wären die *Interessen sorgsam abzuwägen* zwischen dem durch das Untersagungsrecht erreichbaren Schädigungsschutz des Mannes und der dadurch mitverursachten Schädigungsmöglichkeit der Frau (vgl. BGH, 57/362⁸¹).

c) Allenfalls kann man zum Schluß kommen, der Nachteil des Mannes und seiner namensgleichen Verwandten wiege offensichtlich viel weniger schwer, als jener der Frau⁸².

4. Deshalb entbehrt das Namensuntersagungsrecht des Mannes, trotz seines *an sich* bestehenden Rechtstitels, möglicherweise doch seiner *konkreten* hinreichenden Rechtfertigung und ist *deshalb* (aber nicht wegen einer abstrakt verstandenen Glb) abzulehnen.

Ergebnis

1. Wie beim Hausarbeitstag der Frau und der Zusammenveranlagung erwerbstätiger Ehepaare ist auch beim Namensuntersagungsrecht des Mannes die Frage, ob sich dafür ein rechtmäßiger Differenzierungstitel anführen lasse, nicht allein durch eine abstrakte

⁸¹ Vgl. MACHLEID, 56/397a.

⁸² So MACHLEID für den Fall der Adoption (56/397a); vgl. RICHTER, 57/81.

Glbserwägung, sondern auch durch Berücksichtigung der konkreten Umstände und (Neben)folgen zu beantworten.

2. In Anbetracht dieser konkreten Umstände und Interessenabwägung scheint das Namensuntersagungsrecht des Mannes nicht hinreichend gerechtfertigt.

§ 3. Zur Kritik der Ordnungsnormen

Der Begriff der „Ordnungsnorm“ als einer gemeinschaftsnotwendigen Rechtsregelung, die einerseits an das Mannesgeschlecht anknüpft, ohne darin begründet zu sein, andererseits aber weder eine Bevorzugung des Mannes, noch eine Benachteiligung der Frau enthält, ist *umstritten*. Angesichts dieser Streitlage sind die *Bedenken* gegen den Begriff der Ordnungsnorm zu überprüfen. Dadurch wird dann die naturrechtliche *Deutung* dieses Begriffes möglich.

A. Die Bedenken gegen die Ordnungsnormen

In Schrifttum und Judikatur war man mehr aus *praktischen* Gründen gegen die sogenannten Ordnungsnormen eingestellt. Aber es fragt sich auch *grundsätzlich*, ob der Begriff überhaupt widerspruchsfrei denkbar ist.

I. Die praktischen Bedenken

Praktisch fragt sich, welches sind denn nun eigentlich die einzelnen Ordnungsnormen (vgl. LG Duisburg, 55/117a), beziehungsweise „welche Rechtsnormen sind eigentlich keine Ordnungsnormen“⁸³. Denn

1. „die *Einteilung* der Rechtsnormen in Ordnungsvorschriften und andere Vorschriften ist ohnehin *problematisch*“⁸⁴;

2. „*immer mehr* Rechtsvorschriften, die Mann und Frau differenzierend behandeln, werden von der höchstrichterlichen Judikatur als bloße „Ordnungsvorschriften“ charakterisiert und daher als mit Art. 3/2 GG vereinbar bezeichnet“ (Bosch und LG Duisburg, 55/117a);

⁸³ BOSCH, 55/14b.

⁸⁴ MACHLEID 56/396b mit Hinweis auf PALANDT, § 1355, Vorbem. Vgl. HAASEN, 56/90.

3. schließlich ist auch das männliche *Entscheidungsrecht* nicht nur mit gutem Recht, sondern begriffsnotwendig als solche Ordnungsnorm zu bezeichnen. Denn

a) „das *natürliche Ordnungsbild* der Ehe und Familie mit Verantwortungsklarheit und Letztverantwortung des Ehemannes kennt um der Zwecke der Gemeinschaft willen nur noch Funktionen, Leitungspflichten im höheren Interesse — und nicht etwa im eigenen, einseitigen Interesse des Ehemannes“ (LG Duisburg, 55/117a);

b) „der natürliche Sinn und Zweck der *Familienleitung* erschöpft sich darin, die Familie einheitlich zusammenzufügen, ihre einzelnen Glieder auf das ausgeprägte Familienleben dieser einen Familie hinzuführen, im Schoße der Familie die Persönlichkeitswerte des Einzelnen zu heben und zu pflegen, die Familie vor familien- und menschenfeindlichen Kräften, die sie zersetzen möchten, wirksam abzuschirmen, sie davor zu bewahren, daß sie mit der Umwertung der Werte und der Wertung der Unwerte in einer experimentier-süchtigen Zeit zu einer Filiale moderner Kollektivgesellschaft wird“ (LG Duisburg, SH 56b⁸⁵).

c) „für den Fall, daß sich die Ehegatten nicht einigen, muß man zwar auf Grund der natürlichen Ordnung dem Manne die Entscheidungsbefugnis zubilligen; jedoch darf er von dieser Befugnis nicht selbstherrlich Gebrauch machen, sondern er muß sowohl auf die Auffassung seiner Frau wie auf das Wohl und das Interesse der ganzen Familie, also auch der Kinder, Rücksicht nehmen. Im Konfliktfall ist also die Entscheidung des Mannes für die Ehefrau nur dann verbindlich, wenn diese Entscheidung im Interesse der gesamten Familie getroffen ist“ (LG Köln, 54/119a unten⁸⁶).

II. Die grundsätzlichen Bedenken

Die grundsätzlichen Bedenken richten sich gegen die innere Möglichkeit des Ordnungsnormbegriffes. Denn er scheint, so wie er von der Judikatur entwickelt und verstanden wurde, nicht innerlich widerspruchsfrei. Widerspruchsfrei ist er, wenn und insofern die Begriffselemente „grundlos an den Mann anknüpfend“ und „den

⁸⁵ Ähnlich BOSCH, 55/14b; NRO 66b.

⁸⁶ Vgl. S. 404; Anm. 434 (S. 338).

Mann nicht bevorzugend“ (beziehungsweise „die Frau nicht benachteiligend“) sich nicht gegenseitig ausschließen. Dies aber scheint der Fall. Denn so wird die Ordnungsnorm begriffsnotwendig grundlos zur Mannesnorm. Das jedoch benachteiligt notwendig die Frau:

1. Die Ordnungsnorm wird grundlos Mannesnorm

a) Die objektive Notwendigkeit einheitlicher Regelung begründet nämlich höchstensfalls, *eines* der Geschlechter — gleich ob Mann oder Frau — als Anknüpfungspunkt zu nehmen. So wäre es verfassungsrechtlich durchaus möglich, „wenn etwa auch bei ehelichen Kindern die Staatsangehörigkeit der *Mutter* folgte⁸⁷“.

b) Daß also die Ordnungsnormen faktisch *durchgehend* an den Mann (und nie an die Frau) anknüpfen, ist nicht in der Notwendigkeit der Rechtssicherheit begründet. Damit werden die Ordnungsnormen aber faktisch grundlos Mannesnormen.

2. Ordnungsnormen als grundlose Mannesnormen werten die Frau rechtlich minder und verletzen so die Glb

a) Die regelmäßige grundlose Mannesanknüpfung übersteigt den freien Spielraum richterlichen Ermessens (auf Grund dessen etwa die Mannesanknüpfung vom BGH gerechtfertigt wird (vgl. 55/14a)). Denn das Ermessen beginnt erst dort, wo zweifelsfrei feststeht, daß die Glb nicht verletzt ist. Das aber bestreiten manche Gerichte (vgl. BGH, 56/186a).

b) Grundsätzlich aber scheint die Frau mit Recht sagen zu können: gerade in der Tatsache, daß man auch dort an den Mann anknüpft, wo objektiv Spielraum gegeben ist und sich ebenso gut an die Frau anknüpfen ließe, gerade darin kommt die eigentliche mindere Rechtsstellung der Frau zum Ausdruck, mag im übrigen auch „der leiseste Anschein der Frauenbenachteiligung fern⁸⁸“ liegen. Nicht die geschlechtsmäßig begründete Differenzierung in Mannes- und Frauenrechte verletzen die Glb, sondern die grundlose Festsetzung der Ordnungsnormen als Mannesrechte!

⁸⁷ DÜRIG, 54/3b (aa). Vgl. S. 409 (a).

⁸⁸ DÜRIG, 54/3b (aa).

c) Angesichts dieses möglichen (und rechtslogisch stichhaltigen) Einwandes dürfte die durchgängige grundlose Anknüpfung der Ordnungsnormen gerade an den Mann nicht mit der Glb vereinbar sein.

3. Ordnungsnormen sind nicht (begriffs)notwendig grundlose Mannesnormen

So sehr grundsätzliche Überlegungen den Begriff der Ordnungsnorm, so wie er von der Rechtsprechung entwickelt wurde, als innerlich widersprüchlichen erweisen, so wenig ist damit der *Ordnungsnormbegriff als solcher* abgelehnt. Nur fragt sich, ob die Anknüpfung dieser Normen gerade an den Mann nicht doch im Manne selbst begründet ist, so daß bei der Ordnungsnorm nicht nur für die Notwendigkeit der Regelung überhaupt, sondern auch für die Anknüpfung dieser Regelung an den Mann ein sie rechtfertigender Rechtstitel vorliegt.

a) *indirekt* scheint man das gelegentlich zuzugeben.

aa) So begründet das OLG Schleswig den väterlichen Kindeswohnsitz damit, daß „sich eben für gewöhnlich die rechtlichen Belange des Kindes am Wohnsitz des Vaters sammeln“ (54/221b). Liegt diese Erfahrungstatsache aber nicht ihrerseits wieder darin begründet, daß der Mann naturhaft eine besondere Bezugsnähe zur Rechtsordnung hat?

bb) Das BayObLG verweist für den Mannesnamen auf die Tradition (55/22b; vgl. S. 410). Drückt sich aber in dieser „uralten Überlieferung“ nicht vielleicht ein naturhaftes Verhältnis aus, wonach es sinnvoll wird, gerade den Mannesnamen als Familiennamen zu wählen?

b) *direkt* sieht die *Naturrechtslehre* die Ordnungsnormen im Manne begründet. Sie schließt sich insofern ganz der Meinung des LG Duisburg an (vgl. S. 433) und gewinnt so die Möglichkeit, die Ordnungsnormen aus deren inneren Gründen heraus zu deuten.

B. Die naturrechtliche Deutung der Ordnungsnormen

Die Naturrechtslehre kann die angeführten Ordnungsnormen ohne Schwierigkeiten annehmen. Denn sie vermag sie *grundsätzlich* aus deren innerem Ordnungsprinzip als innerlich widerspruchsfrei zu erklären und auch *praktisch* die Gerichtsfälle gleichberechtigungsgemäß zu lösen.

I. Die prinzipielle Erklärung der Ordnungsnormen

Die Ordnungsnormen sind *prinzipiell* gerechtfertigt, sofern sie auf ein inneres Ordnungsprinzip zurückführbar sind, das seinerseits die Anknüpfung der Ordnungsnormen an den Mann begründet. Dieses Ordnungsprinzip sieht die Naturrechtslehre im natürlichen *Entscheidungsrecht* des Mannes gegeben:

1. Es ist einerseits in der entsprechenden männlichen Entscheidungsfähigkeit als in seinem Rechtstitel begründet und ist andererseits selbst wieder Rechtstitel für die Anknüpfung der Ordnungsnormen an den Mann.

2. An die Entscheidungsgewalt des Mannes und Vaters lassen sich nämlich die vom Staate um der Rechtssicherheit willen notwendig zu treffenden Ordnungsregelungen mit innerer Berechtigung anschließen. Denn die naturrechtliche innerfamiliäre Entscheidungsgewalt hat ein besonderes Bezugsverhältnis zur positiven Rechtsordnung überhaupt, also auch zur staatlichen. Und dies um so mehr, als der Mann auf Grund seiner naturhaften Ausrichtung ohnehin stärker in den staatlichen Raum hinausragt.

3. So sind diese sogenannten *Ordnungsnormen* im Grunde nichts anderes als die *Verlängerung des Entscheidungsrechtes* in den öffentlichen Raum:

a) Im Entscheidungsrechte als in ihrem Rechtstitel begründet, sind sie ebensowenig ein *Vorrecht* des Mannes wie dieses selbst. Denn sie sind in keiner Weise eine Rechnung, die der Mann der Frau dafür präsentieren könnte, daß er auf sie, als auf die mit der Bürde der Geschlechtsfunktion belastete, anderwärts Rücksicht nehmen muß⁸⁹.

⁸⁹ Vgl. v. NELL-BREUNING, 5. Vgl. Anm. 100 (S. 78).

b) Vielmehr kommen sie dem Mann deshalb zu, weil damit im Regelfall der Familie und auch der Frau am besten gedient ist. Denn so haben sie am Entscheidungsrecht teil, das zum Wohl der Familie und auch der Frau zu gebrauchen der Mann positiv besonders geeignet erscheint.

c) Insofern verletzt das Entscheidungsrecht auch in der Verlängerung der Ordnungsnormen die Glb nicht.

II. Die praktische Brauchbarkeit der prinzipiellen Erklärung

Praktisch zeigt sich die Vereinbarkeit der naturrechtlichen Ansicht mit einer recht verstandenen Glb darin, daß die einschlägigen Rechtsfälle sachlich mindestens ebenso richtig, rechtslogisch wohl besser lösbar sind, wenn man von einem vernünftig formulierten Entscheidungsrecht ausgeht und dessen Mißbrauch hinreichend beachtet. Dieser klare *Mißbrauchsfall* war — auch unter Voraussetzung eines (explizit) formulierten Entscheidungsrechtes — dort gegeben, wo

1. *Mann und Frau* während der Ehe vergessen, daß sie die Ehe unter ganz bestimmten, sie allenfalls weiterhin verpflichtenden Umständen geschlossen haben (vgl. R-S, 88):

a) der auf einen Bauernhof *ingeheiratete Mann* kann nicht (auf Grund seines Entscheidungsrechtes) plötzlich von der Frau verlangen, daß sie den Hof verlasse (LG Duisburg, 54/202; vgl. Anm. 64 (S. 198)).

b) die auf einen Hof *heiratende Frau* kann, abgesehen von einem gewissen Raum eigener Entfaltung (OLG Schleswig, 55/104a; vgl. 57/422a), nicht verlangen, zu Lebzeiten der den Hof bewirtschaftenden Schwiegereltern unabhängig zu schalten (BGH, 56/226b).

c) der Mann, der eine *Witwe* mit Kindern oder die Mutter eines unehelichen Kindes heiratet, kann nicht die Obhuts- und Unterhaltspflicht für diese Kinder grundsätzlich ablehnen (OVG Münster, 54/202a; siehe S. 401 (c)).

2. der *Mann*

a) ein *Vergewaltigungschild* der Frau nicht im Haushalt dulden will (LG Hannover, 54/250b; vgl. aber „Ehebruchskind“, Popp, 55/161b (II));

b) der Frau *unzumutbare Personen* für kürzer oder länger in den Haushalt aufnimmt (siehe S. 394; zum Teil begründen dies die Gerichte aus dem Mitbesitz der Ehefrau an der Ehewohnung (LG Münster, 55/137b); wäre es nicht wirksamer, auf das mißbrauchte Entscheidungsrecht abzustellen?);

c) auf die *Folgepflicht* der Frau abstellt, obschon sie nicht ohne Gefährdung der Kinder oder ihrer selbst folgen kann (Scheidungsklagen gegen die Frauen in Ostgebieten; bes. LG Krefeld, 55/210; BGH, 55/97 251); oder obgleich sie am Ort des Mannes auf den ihr zukommenden Raum eigener Entfaltung (Haushaltsführung) auf nicht zumutbare Weise verzichten müßte (OLG Schleswig, 57/422a; die anderslautende Begründung überzeugt nicht. Vgl. *Bosch* Anm. 3);

d) der Familie durch *Wohnungskündigung* das Heim und damit den äußeren Lebensraum entzieht (LG Bamberg, 57/258b);

e) *Hausrat* aus der ehelichen Wohnung in das Haus der Ehebrecherin schaffen will (OLG Düsseldorf, 57/393);

f) die berechtigten Wünsche der *Mutter* bezüglich des Kindesvornamens nicht berücksichtigt (OLG Frankfurt, 57/55b, vgl. Anm.; LG Lüneburg, 55/221 mit Anm.; *Firsching* 56/138a; *Richter*, DRiZ 58/80);

g) der Mutter in die *Kinderpflege* hineinregiert (OLG Stuttgart, 56/238a) oder die Kinder entzieht (vgl. LG Hof, 55/142; OLG Frankfurt/M., 54/21);

h) die Zustimmung zur notwendigen *Operation des Kindes* von der Scheidungseinwilligung und dem Unterhaltsverzicht der Frau abhängig macht (vgl. MDR 54/530; IF 54 Anlage A);

i) glaubt, die Frau *erziehen und züchtigen* zu können (vgl. BGH, 57/371 b);

k) der 20jährigen *Tochter* Drittbeziehungen verbietet, auch wenn sie nicht gegen das Sittengesetz verstoßen (LG Koblenz, 57/325 (OLG, 58/137));

l) die *Adoption* seines Kindes verweigert, nur um daraus noch ein Geschäft zu machen (LG Hamburg, 57/328) oder nur aus Bosheit zum Schaden des Kindes (OLG Hamburg, 57/379; dagegen LG Darmstadt, 56/60; KG Berlin, 57/184);

3. die *Frau*

a) dem Mann *nicht folgt*, obschon man dies (allenfalls als Opfer) von ihr verlangen darf (österreich. OGH, 55/360b; vgl. OLG Frankfurt/Main, 54/21);

b) das (allenfalls aus ihrem Geld gekaufte) Auto dem Manne *nicht überläßt*, obschon sie weiß, er braucht es für seinen Beruf (LG Karlsruhe, 54/223; vgl. umgekehrt LG Berlin, 56/55b);

c) dem Manne die *Kinder* zu entfremden sucht (vgl. BVerfG, 54/243a).

d) die *Adoption* ihres Kindes aus Bosheit zum Schaden des Kindes verweigert (vgl. LG Koblenz, 56/59).

Ergebnis (zu § 3)

1. Angesichts dessen, daß die Gerichtsfälle auch im Rückgriff auf die vernünftig interpretierten §§ 1354 und 1634 BGB a. F.⁹⁰ entsprechend lösbar sind und man in ihnen zudem den rechtslogischen Anknüpfungspunkt der Ordnungsnormen gewinnt, (wodurch der Begriff der Ordnungsnorm erst widerspruchsfrei denkbar wird) erstaunt es, daß sich die Gerichte bemühen, wenn irgendwie, ohne Hinweis auf das männliche Entscheidungsrecht auszukommen (vgl. etwa OLG Schleswig, 54/104a; BGH, 56/51b, Anm. 2; BGH, 56/226a, Anm. 2; BGH, 57/56b, Anm. 2; OLG Frankfurt, 57/55).

2. Diese an sich erstaunliche Tatsache läßt sich aber so erklären, daß die Gerichte im Hinblick auf die Diskussion um das Verhältnis von Entscheidungsrecht und Glb der zukünftigen Gesetzgebung nicht vorgreifen wollten.

§ 4. Zum geistesgeschichtlichen

Hintergrund der Rechtsprechung

Wer die ehe- und familienrechtliche Judikatur der letzten Jahre als Ganzes überblickt, wird dem deutschen Richter seine Anerkennung nicht versagen. Nicht nur sind in *Ehescheidungsfragen* (höchst)richterliche Urteile ergangen, die Ehe und Familie wirklich schützten (vgl. vor allem die Scheidungsklagen gegen Frauen aus den Ostgebieten, S. 391). Auch in den *Gleichberechtigungsfragen* haben die Richter, in Besonnenheit und wachem Verantwortungsbewußtsein für die Institution der Ehe und Familie wie für die Eigenwerte der Frau, ihre Entscheide überlegt und gefällt⁹¹.

⁹⁰ Vgl. BOSCH, FRR 93 (a); SJZ 50/632; SH 20b Anm. 86; LG Duisburg, SH 62b (oben); Anm. 537 (S. 374). — Weitere Mißbrauchsfälle (z. B. bez. Testamente) bei HEDEMANN, JR 51/738b.

⁹¹ Vgl. BOSCH, 57/192b (b); WITTRÖCK, BTDeb. III/11771 D (unten); FINKE, MDR 57/449a.

Dennoch sind im Bereich der Ehe und Familie *unterhaltsrechtlich* und im Bereich der Familie *entscheidungsrechtlich* — hier haben vielleicht die Urteile über den Kindesvornamen (OLG Frankfurt, 57/55; LG Lüneburg, 54/221) symptomatische Bedeutung — Entscheide ergangen, in denen jene geistesgeschichtliche Entwicklungslinie fortgesetzt scheint, die das Familienrecht mehr und mehr in individualistische Rechtsbeziehungen aufspaltet und die Familie selbst nicht mehr als echte Gemeinschaft wertet. Schon das BGB hatte es unterlassen, den Mann „Haupt der Familie“ zu nennen. So stand er Frau und Kindern unmittelbar gegenüber und trat nicht von der Familiengemeinschaft und deren Gemeinwohl her an sie heran. Damit erweckte sein Entscheidungsrecht den Eindruck der Vorherrschaft und Bevorzugung.

Jetzt ließ man auch noch das männliche Entscheidungsrecht beiseite und griff dafür zu einem System unbegründeter Ordnungsnormen. Damit war weder der Rechtslogik, noch der Ehe und Familie, noch der echten Glb gedient. Deshalb konnte das Wort *Boschs* : „Gehen wir doch endlich vom atomisierenden Trennungsdenken, das nur Einzelbeziehungen zwischen zwei Personen kennt, ab und anerkennen wir die *Familiengemeinschaft!*“ (54/202a), auch dem Richter gelten. Dann zeigte sich, „daß die Eheleute mehr sind als nur ‚Partner‘, getrennt gegenüberstehende ‚Einzelindividuen‘, vielmehr dienende Glieder einer *gemeinsamen höheren Einbeit*“ (LG Duisburg, SH 63b), die unser „natürliches Empfinden“ erkennt und anerkennt als jene „rechte Lebensordnung, in der Vater und Mutter, Eltern und Kinder [nicht nur] gemeinsam stehen“ (BGH, 55/98a; vgl. 57/251b [unten]), sondern der sie ebenso gemeinsam „unterstehen“ (BGH, 54/18b).

Auch die *Frage Glb und ER* wäre derart „nicht von dem Gesichtspunkt subjektiver Rechte, sondern von den objektiven Ordnungen aus“ (*Evang. Frauen*, IFS 33a) zu sehen. Dann würde wieder jener „dynamische Wirkungsbereich des Füreinanderlebens in Ehe und Familie“ (LG Duisburg, SH 63a) einsichtig und damit auch die *Glb* als personales *Gleich*(gestellt)sein in diesem „Leben für den *Andern* (und *Andersartigen*)“ verständlich. Dieses Füreinanderleben aber hieße für den Mann: ER als Dienstverpflichtung für die äußere Ordnung „im Lebensinteresse von Ehe und Familie“ (LG Duisburg,

54/202b); für die Frau: Sicherung dieser äußeren Ordnung von innen her in einem gleichwertigen Beitrag nicht rechtsetzender Art (vgl. Anm. 259 [S. 269]; S. 321).

Das nunmehr gleichberechtigungsreformierte Familienrecht hält an der Hauptstellung des Mannes insofern fest, als es in § 1628 BGB den Vater auf seine Entscheidungsverantwortung aufmerksam macht. Man wird daher in § 1628 BGB einen nicht unbedeutsamen Beitrag zu diesem notwendigen Gemeinschaftsdenken sehen. Dennoch bleibt angesichts gewisser Widerstände gegen diese Gesetzesbestimmung von der eben dargestellten Rechtsentwicklung her eigens zu fragen, ob § 1628 BGB nicht der Glb des Grundgesetzes widerspreche.

Ergebnis des ersten Abschnittes

1. Die Durchsicht der Gerichtsentscheide zeigt: die einschlägigen Gerichtsfälle sind sachlich mindestens ebenso richtig, rechtslogisch besser lösbar, wenn man nicht nur auf die Verpflichtung der Gatten zur ehelichen *Lebensgemeinschaft* abstellt, sondern gegebenenfalls auch auf das aus diesem *letzten innern Ordnungsprinzip* sich mit innerer Notwendigkeit ergebende männliche und väterliche *Entscheidungsrecht*, als auf das *nächste innere Ordnungsprinzip*, zurückgreift (am kennzeichnendsten: LG Duisburg, 54/202b).

2. An das *ehe- und familiennotwendige* natürliche Entscheidungsrecht des Mannes lassen sich nämlich rechtslogisch einwandfrei die *staatsnotwendigen* Ordnungsnormen für Ehe und Familie anknüpfen.

3. Ohne Rückgriff auf das innereheliche Entscheidungsrecht sind zwar die meisten Fälle auch lösbar, indem man grundsätzlich auf den *einzelnen Fall* abstellt. Aber im Bereich der Familie scheint dadurch die Staatsgewalt zu einem Eingriff in den Innenbereich der Familie gezwungen oder doch geneigt, der „die Anerkennung einer Sphäre privater Lebensgestaltung“ (BVerfG, 57/85a) aufhebt, die Familie staatlicherseits ihrer Eigenständigkeit beraubt und Vater und Mutter ihre unvertretbare Eigenverantwortung abnimmt.

4. In Anbetracht dieser familiengefährdenden Tendenz scheint § 1628 des reformierten Familienrechtes, der Vater und Mutter an ihre Eigenverantwortung bindet, eine familiennotwendige Norm. Ist er aber nicht gleichberechtigungs- und damit verfassungswidrig?

Zweiter Abschnitt

DIE FRAGE DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT

VON § 1628 BGB

Zur Begründung einer Verfassungswidrigkeit von § 1628 BGB bieten sich drei Möglichkeiten. § 1628 könnte verfassungswidrig sein:

1. *rechtsgrundsätzlich*, insofern er die väterliche Funktion eines männlichen Entscheidungsrechtes positiviert, das als Ganzes, mithin in allen seinen Funktionen verfassungswidrig wäre;

2. *rechtspraktisch*, insofern die bisherige rechtsschöpferische Rechtsprechung § 1628 BGB (höchstrichterlich) als verfassungswidrig abgelehnt hätte;

3. *rechtssystematisch*, insofern einerseits § 1354 BGB als verfassungswidrig abgelehnt worden wäre und andererseits § 1628 BGB mit § 1354 BGB so wesentlich zusammenhinge, daß auch er zwangsläufig dessen Verfassungswidrigkeit teilte.

Erstes Kapitel

ZUR RECHTSGRUNDSÄTZLICHEN VERFASSUNGSWIDRIGKEIT

Daß das männliche Entscheidungsrecht in Ehe und Familie weder in seiner naturrechtlichen Grundstruktur, noch in einer entsprechenden Fassung positiviert der Gleichberechtigung der Frau widerspricht, dürfte diese Arbeit gezeigt haben. Genau besehen, enthüllt sich die Behauptung einer grundsätzlichen (nicht bloß formulierungsmäßigen) Verfassungswidrigkeit der §§ 1354 und 1628 BGB als rechtspolitisches (oft als rein politisches) *Schlagwort*, das weder einer rechtsphilosophischen, noch rechtslogischen Überprüfung standhält und auch dann nicht wahr wird, wenn man es oft und mit subjektiver Überzeugung wiederholt⁹².

Die Behauptung der Verfassungswidrigkeit beruht vielmehr, soweit nicht ausschließlich emotional erhoben, auf einem *Mißverständnis*

1. entweder des männlichen *Entscheidungsrechtes*, insofern namentlich jenes, das männliche Entscheidungsrecht ergänzende, frauliche Entscheidungsrecht übersehen wird, das rechtswirksam wird, sobald der Mann entscheidungsrechtlich die Gleichberechtigung der Frau verletzt;

2. oder der *Gleichberechtigung*, insofern man sie mit inhaltsgleicher Stückgleichberechtigung gleichsetzt und so vergißt, daß Gleichberechtigung — rechtsphilosophisch übergeordnet — auch qualitative Entsprechungsgleichheit fordert⁹³;

3. oder *beider*, wodurch die emotionale Ablehnung von § 1628 BGB sich zwangsläufig verdoppelt, ohne sachlich begründeter zu sein.

⁹² Man vgl. etwa die „Bestürzung“ mancher Frauenverbände (Anm. 2).

⁹³ Vgl. S. 73; 379.

Zweites Kapitel

ZUR RECHTSPRAKTISCHEN VERFASSUNGSWIDRIGKEIT

§ 1. Die direkte rechtspraktische Verfassungswidrigkeit

Gegenstand der richterlichen Verfassungsüberprüfung waren die bisher geltenden Gesetze, nicht die Entwürfe zukünftiger. So konnten die Gerichte höchstens über die Verfassungsgemäßheit von § 1634 BGB (alte Fassung) befinden, hatten aber weder Anlaß noch auch Zuständigkeit sich zu § 1628 BGB (neue Fassung) verbindlich zu äußern.

Allgemein hatte der BGH festgestellt: „Art. 117 Abs. 1 verlangt vom Richter lediglich die Prüfung und Entscheidung, wie weit das *geltende* Recht mit dem Grundsatz der rechtlichen Gleichheit von Mann und Frau vereinbar ist“ (SH 66a). Bezüglich des *männlichen Entscheidungsrechtes* aber hatte es dargelegt, „daß und wiefern unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, ob die ehemännliche und väterliche Familienleitung mit Art. 3/2 GG vereinbar ist“, und war zum Schluß gekommen: „Diese unterschiedlichen Auffassungen können vom Richter, ohne daß der Gesetzgeber spricht, nicht ohne weiteres überwunden werden“ (54/19b (5), vgl. Anm. Bosch).

Deshalb hatte das BVerfG die Richter angewiesen, sich aus der Diskussion um das Entscheidungsrecht möglichst herauszuhalten. Denn „in aller Regel werden in diesen (aus §§ 1354 und 1634 BGB sich ergebenden) Verfahren Erwägungen darüber, was sich aus der gegenseitigen Verpflichtung zur Lebensgemeinschaft heraus oder was zum Wohl des Kindes sachlich geboten ist, die Entscheidung tragen, ohne daß zur Frage der Entscheidungsbefugnis und der Gehorsamspflicht grundsätzlich Stellung genommen werden müßte“ (SH 78b).

Infolgedessen bemühten sich die Gerichte, ihre Entscheide zu fällen, ohne auf §§ 1354 und 1634 BGB zurückzugreifen. Zwar führte dies gelegentlich zu rechtslogischem Konstruieren⁹⁴. Aber vielleicht war dieser Ausweg angesichts der gesetzesmäßig bedingten Überforderung richterlicher Zuständigkeit⁹⁵ das Geratenere.

War jedoch „eine solche Stellungnahme doch in Ausnahmefällen nötig“ (BVerfG, SH 78b), so beriefen sich die Gerichte ausdrücklich auf das bisher geltende Recht, so wie es zur Zeit vorliege: „Die Entscheidung dieser Streitfrage (um § 1634 BGB) . . . kann nicht unter dem Gesichtspunkt erfolgen, wie sie zweckmäßig durch den Gesetzgeber zukünftig zu regeln sei, sondern ausschließlich auf Grund des derzeit bestehenden Rechtszustandes“ (OLG Frankfurt, 54/23a; vgl. 55/212; 57/56a). So konnten sie denn auch nur die „bisherige Fassung“ von § 1354 BGB (OLG Celle, 54/141b (1); LG Krefeld, 55/210b) verwerfen und § 1634 BGB nur „als derzeit geltendes Recht“ (vgl. LG Bad Kreuznach, NJW 57/915b; OLG Celle, 55/213b, 214b) ablehnen. So fällten sie ihren Entscheid grundsätzlich „vorbehaltlich des nach Art. 117 I GG zu erwartenden Anpassungsgesetzes“ (OLG Frankfurt, 54/21a (4); vgl. BayObLG, 55/21a⁹⁶).

In diesem Sinne dürfte auch folgender Satz des *BGH* zu verstehen sein: Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den nunmehr gleichberechtigten Eltern wird ein Einschreiten des VormG unumgänglich sein, „wenn man nicht unter Außerachtlassung des in Art. 3/2 GG festgelegten Grundsatzes der Gleichberechtigung einem Elternteil die endgültige Entscheidung übertragen will“ (56/225a; vgl. Anm. *Bosch*). Wohl mag „Außerachtlassen“ vielleicht eine Nuance stärker sein als „Dahingestelltseinlassen“. Aber jedenfalls ist „unter Außerachtlassung des Art. 3/2 GG“ nicht gleichbedeutend mit „im Widerspruch zu Art. 3/2 GG“, sondern erheblich schwächer⁹⁷.

⁹⁴ So wenn es etwa heißt: „Der Ehefrau steht das Recht, der Geliebten des Mannes das Betreten der Ehewohnung zu versagen, auf Grund ihres Mitbesitzes zu“ (LG Münster, 55/137 [S. 393]). In Wirklichkeit geht es hier primär um das (hier wirksame) subsidiäre ER der Frau. [Die Frage des Mitbesitzes an Haushaltsgegenständen ist durch das GbG nicht entschieden (vgl. MEYER, Rpfleger 57/288 Anm. 39; THIELE, 58/115–120; bes. 120 Anm. 47)].

⁹⁵ Vgl. BOSCH, 56, 226a.

⁹⁶ „§ 1354 BGB kann der Richter ersatzlos wegfallen lassen, bis der Gesetzgeber eine Neuregelung getroffen hat“ (v. DEINES, NJW 53/946; vgl. LG Duisburg, SH 60a). Vgl. GERKEN, MDR 53/329a (unten); ARNOLD, MDR 53/332b.

⁹⁷ Ähnlich ist zu deuten: „Mögen diese Bestimmungen [die das eingebrachte Gut der Frau der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstellen (dazu Anm. 365, S. 313)] auch in der Pflicht des Mannes, den ehelichen Aufwand zu tragen, ihr Äquivalent und ihre innere Rechtfertigung

Wenn man neben diesem Wortlaut auch bedenkt, daß der BGH selbst festgestellt hatte, die diesbezüglichen unterschiedlichen Auffassungen könnten vom Richter nicht ohne weiteres überwunden werden⁹⁸ und daß dieser Satz im fraglichen Entscheid nur nebenbei und ohne jede weitere Begründung erscheint, wird man dieser Stelle nicht allzugroßen Beweiswert zuschreiben dürfen (vgl. Anm. Bosch, 56/226a). Deshalb scheint die allgemeine Behauptung von *Lüders*: „Der BGH hat (in diesem Entscheid) und zahlreiche OLG und LG haben immer wieder die gleiche Ansicht vertreten: daß der Stichentscheid bundesrechtlich, verfassungsrechtlich nicht zulässig ist“⁹⁹, mehr zu enthalten, als beweiskräftig aus diesem und den übrigen Gerichtsentscheiden entnehmbar ist.

Vielmehr ging das Bestreben der Gerichte eindeutig dahin, einer künftigen Gesetzgebung nicht vorzugreifen und keine sie irgendwie festlegenden Entscheide zu fällen¹⁰⁰. Die nunmehr erlassene Gesetzgebung mit solchen gerichtlichen Vorentscheiden zu behaften, ist daher *rechtslogisch* eine einwandfreie *petitio principii*: die Gerichte lassen § 1634 BGB aus dem Spiel, um dem Gesetzgeber für § 1628 BGB freie Hand zu lassen; und der Gesetzgeber muß nun die Hand von § 1628 BGB lassen, weil die Gerichte § 1634 BGB aus dem Spiel gelassen hatten!

Aber auch *sachlich* widerspricht § 1628 BGB der richterlichen Rechtsprechung nicht. Jene Gerichtsentscheide nämlich, die bisher die Zustimmung der Fachleute gefunden haben, weil sie nicht zu sehr mit dem Gedanken der vormundschaftlichen Generalklausel spielten, lassen sich genau so richtig aufgrund von § 1628 BGB erreichen, sofern sich die VormG auf eine vernünftige Mißbrauchsfeststellung bei der Ausübung des Entscheidungsrechtes beschränken¹⁰¹.

finden, so sind sie doch Ausfluß einer Auffassung von der Ehe, bei der der Mann das Haupt und der Herr der Familie ist und seine [rechtliche] Stellung gegenüber der Frau überwiegt“ (BGH, SH 67a; dazu vgl. S. 273). Vgl. BOSCH, SH 46a.

⁹⁸ Vgl. S. 444.

⁹⁹ BTDeb. III/11777 D.

¹⁰⁰ Vgl. S. 439; BEITZKE, 58/7b.

¹⁰¹ Vgl. S. 438; 374.

Ergebnis

1. § 1628 BGB zwingt zu keiner rückläufigen Rechtsprechung, ermöglicht aber eine bessere *rechtslogische* Begründung der bisher sachlich richtigen Gerichtsentscheide.

2. Die *Frau* erfährt dabei den gleichen Schutz vor dem Mißbrauch der väterlichen Entscheidungsgewalt; die *Familie* aber erscheint besser vor Mißbrauch durch eine vormundschaftliche Generalklausel geschützt.

§ 2. Die indirekte

rechtspraktische Verfassungswidrigkeit

Nach den durch die (höchststrichterliche) Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen verstößt eine Gesetzesbestimmung nur dann gegen Art. 3/2 GG, wenn sie *zugleich* 1. ausschließlich des Geschlechtes wegen erfolgt, 2. eine Benachteiligung oder Bevorzugung einschließt. § 1628 BGB erfüllt aber nicht nur die eine oder andere dieser Bedingungen nicht, sondern weder die eine noch die andere:

1. § 1628 BGB ist keine Regelung unmittelbar des Geschlechtes wegen. — Auch die Behauptung, § 1628 BGB ergehe unmittelbar des Geschlechtes wegen, also des Mannes, nur weil und insofern er Mann ist, gehört zu jenen Schlagwörtern, die, weder rechtslogisch noch rechtsphilosophisch haltbar, letztlich auf rechtsfremden Kategorien beruhen¹⁰².

In Wahrheit ist unmittelbarer Grund dieser Rechtsregelung die (auch von den Gegnern eines § 1628 BGB zugegebene) Tatsache, daß sich *fast immer* die Frau bereiter findet dem Manne nachzugeben, als umgekehrt¹⁰³. An sich und rein positivrechtlich betrachtet, genügt diese Tatsache bereits — und das dürften gerade die Juristen nicht vergessen —, eine Verschiedenregelung als nicht willkürliche zu rechtfertigen. Denn mehr kann man von einer Rechtsregelung nicht

¹⁰² Vgl. Anm. 100 (S. 78).

¹⁰³ Vgl. S. 367. Dabei muß selbstverständlich „von dem großen Durchschnitt der Frauen ausgegangen werden, nicht von einzelnen Vertreterinnen, mögen diese auch willensmäßig und intellektuell über diesem Durchschnitt stehen“ (RÜDEL, JR 51/745a); „und die Mehrheit der Frauen und Mütter, die in normalen Ehen leben, will von einer überspitzten Glb, die ihnen den Schutz des Mannes nimmt, nichts wissen“ (SCHULTZ, MDR 57/462b). Vgl. Anm. 519 (S. 367).

verlangen, als daß sie „fast immer“ den wahren Sachverhalt trifft¹⁰⁴. (Ein klassisches Beispiel ist die größere Tabakzuteilung an Männer, weil Männer tatsächlich (noch) „fast immer“ die größeren Raucher sind¹⁰⁵.)

Beim männlichen Entscheidungsrecht ist aber dieses „fast immer“ selbst wieder tiefer in der *natürlichen Eigenart* der Geschlechter begründet, derzufolge der Mann eine besondere Leistungsbefähigung aufweist, positive Rechtsentscheide zu treffen, während die Frau über die ihr eigene Fähigkeit verfügt, die Gegenleistung beizutragen¹⁰⁶. Grund des § 1628 BGB ist mithin nicht der Mann als Mann, sondern eine besondere *Leistungsbefähigung* des Mannes, und die Frage: „entscheidend oder nicht entscheidend?“ ist wirklich eine Frage der *Funktionsverteilung*¹⁰⁷.

2. § 1628 BGB ist *keine Bevorzugung des Mannes und keine Benachteiligung der Frau*. — Die Rechtsprechung hat den Begriff sogenannter *Ordnungsnormen* herausgearbeitet, die zwar an den Mann als Mann anknüpfen, aber dennoch keine Bevorzugung des Mannes sind. So problematisch diese Ordnungsnormen in der Form, wie sie von den Gerichten entwickelt wurden, sind¹⁰⁸, so sinnvoll ist es, beim § 1628 BGB von einer Ordnungsnorm zu sprechen: wenn man überhaupt von einer Ordnungsnorm sprechen kann, dann *muß* man es bei § 1628 BGB. Denn sie ist die Norm, die Ordnung der Familie sicherzustellen, und bevorzugt den Mann insofern nicht, als diese Norm gerade die Gleichberechtigung der Frau mit zum normgebenden Gegenstand hat, wobei bei Normverletzung das subsidiäre Entscheidungsrecht der Frau wirksam wird¹⁰⁹.

Ergebnis (zu § 2)

Als Ordnungsnorm, die nicht unmittelbar an das Geschlecht des Mannes als Mann anknüpft, verwirklicht § 1628 BGB den Begriff der Ordnungsnorm rechtslogisch besser als jene anderen von den Gerichten mit der Gleichberechtigung als vereinbar erklärten Ordnungsnormen.

¹⁰⁴ Vgl. WAHL, Anm. 67 (S. 199); dazu PAULICK, 58/1b.

¹⁰⁵ Vgl. S. 37.

¹⁰⁶ Vgl. S. 441. BEITZKE (58/1 [1]) dürfte die Funktions-Teilung zu quantitativ (und zu vereinfachend „ressortmäßig“) verstehen. Vgl. Anm. 2. (S. 473).

¹⁰⁷ Vgl. SCHWARZHAUPT, Anm. 52 (S. 93).

¹⁰⁸ Vgl. S. 432 ff.

¹⁰⁹ Vgl. S. 307; 407. Vgl. BayObLG, 58/70 a.

Drittes Kapitel

DIE RECHTSSYSTEMATISCHE VERFASSUNGSWIDRIGKEIT

§ 1628 ist weder in sich, noch im Hinblick auf die Rechtsprechung verfassungswidrig. Ist er aber nicht im reformierten Familienrecht des BGB *systemwidrig* geworden: wenn Ehe und Familie schon gemeinsame Ordnungsnormen haben, hat dann nicht auch deren Kodifizierung gemeinsam wegzufallen und ist also § 1628 BGB nicht mindestens insofern verfassungswidrig, als er innerlich mit § 1354 BGB zusammenhängt und dieser als verfassungswidrig gestrichen wurde? Hier gilt es, die *quaestio facti*, ob § 1354 BGB als verfassungswidrig gestrichen wurde, zu unterscheiden von der *quaestio iuris*, ob sich trotz des Zusammenhanges der §§ 1354 und 1628 BGB eine rechtslogische Begründung für die Verschiedenkodifizierung aufzeigen lasse.

§ 1. Zur *quaestio facti*

Angesichts dessen, daß das richterlich Faßbare eines § 1354 BGB auch über § 1353 BGB schützbar ist und daß die Verfassungswidrigkeit von § 1354 BGB behauptet wurde, war eine echte rechtspolitische Meinung möglich, welche die Verfassungswidrigkeit von § 1354 BGB auf sich beruhen ließ, es aber bei den parlamentarischen Schwierigkeiten für rechtspolitisch klüger hielt, sich nur auf die allernotwendigste Positivierung zu beschränken und somit zwar *für* § 1628 BGB, aber *gegen* § 1354 BGB zu stimmen¹¹⁰. Ohne Zweifel gab diese Meinung bei der namentlichen Abstimmung im Bundestag den Ausschlag. Man wird also nicht behaupten können, der Wille des Gesetzgebers

¹¹⁰ Vgl. S. 370; 372.

hätte sich für die *Verfassungswidrigkeit* des § 1354 BGB ausgesprochen. Der Wille des Gesetzgebers war vielmehr eindeutig eine rechtspolitische *Kompromißlösung*¹¹¹, bei der die Verfassungswidrigkeit von § 1354 BGB dahingestellt bleibt. Aber ist eine solche Lösung nicht systemwidrig und ist darum § 1628 BGB nicht aus rechtssystematischen Gründen verfassungsrechtlich abzulehnen?

§ 2. Zur *quaestio iuris*

Ohne Zweifel gilt das männliche Entscheidungsrecht für Ehe und Familie. Dennoch hat es in Ehe und Familie je verschiedene Funktionen. Diese *Funktionsverschiedenheit* rechtfertigt auch eine Verschiedenkodifikation¹¹². Gilt dies schon grundsätzlich, so kommt für das BGB noch verstärkend hinzu, daß § 1354 BGB durch seine Formalimplikation in § 1353 BGB mitpositiviert ist, daß es aber für § 1628 BGB keine entsprechende Formalimplikation im BGB gibt. Insofern also die naturrechtliche Entscheidungsfunktion des Vaters sachlich notwendiger zu schützen, rechtslogisch aber nicht durch eine Parallelbestimmung zu § 1353 BGB bereits formalimplizit geschützt ist, bleibt die Beibehaltung des § 1628 BGB qualifiziert notwendig¹¹³.

Derart ist die Aufrechterhaltung von § 1628 BGB nicht nur verfassungsfest. Vielmehr wäre umgekehrt seine *Streichung verfassungs-*

¹¹¹ Schon 1953 hatte das OLG Celle bemerkt: „Der Kampf um die Mehrheitsverhältnisse im Parlament wird möglicherweise zu einer gesetzgeberischen Kompromißlösung führen“ (SH 54b), wie denn schon der Entwurf I „eine Regelung vorgeschlagen [hatte], die ohne weiteres als Kompromißlösung erkennbar ist“ (GERKEN, MDR 53/329b). Ähnlich ging es schon im BGB um einen „rechtspolitischen Kompromiß“ (vgl. LANGE, H.: Schlüsselgewalt und GbL, in: Festschrift Kraft, München 1955, 99).

¹¹² Vgl. S. 373. Dies verkennt SCHULTZ, wenn er die Verschiedenkodifikation „jedenfalls recht inkonsequent“ nennt. Vgl. MEYER, Rpfleger 57/286 (b).

¹¹³ Dabei ist aber zugleich zu bedenken, daß § 1628 BGB in etwa auch auf § 1353 BGB zurückwirkt. „Denn da die Ehe Familie im Keim ist, sind auch die rechtlichen Beziehungen von Mann und Frau bereits ihren Beziehungen als Vater und Mutter gegenüber den Kindern entsprechend“ (HIRSCHMANN, HK 53/281b). „Wenn die Entscheidungsbefugnis dem Manne also als Vater zugestanden wird, muß sie ihm auch als Gatten zugestanden werden, denn in beiden Fällen ist sie Ausfluß der gleichen Funktion“ (SOLTMANN, 11 [IFS 62a]). „Da der Vater hinsichtlich der Kinder die Letztverantwortung trägt, folgt hieraus und aus § 1353 BGB häufig mittelbar, daß die Frau sich entsprechend einzuordnen — also beispielsweise die vom Manne für sich und die Kinder beschlossene Wohnsitzverlegung zu respektieren — hat. Ehegatten- und Eltern-Kindesprobleme sind ohnehin meist nur zwei verschiedene Seiten derselben Angelegenheit“ (BOSCH, 57/193a). Vgl. Anm. 128 (S. 220); dazu die gemeinsamen Normen im Unterhaltungsrecht (Anm. 535 S. 372), wodurch der Mann — als Vater und Gatte unterhalts(erst)verpflichtet (§ 1360 BGB n. F.) — auch als Vater und Gatte etwa den Wohnsitz bestimmt (vgl. R-S, 83).

widrig gewesen. Wenigstens dann, wenn man Art. 6/1 GG die *Deutung des BVerfG* zugrundelegt (vgl. vor allem Entscheid vom 17. 1. 1957; 57/82 ff.¹¹⁴).

Nach dem BVerfG ist Art. 6/1 GG „eine wertentscheidende Grundsatznorm. Er stellt Ehe und Familie als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den Schutz der staatlichen Ordnung“ (197b (D II 2)). Dabei ist zu unterscheiden, was „Schützen“ bedeutet, was und wovor geschützt werden soll:

1. *Zum Begriff des „Schützens“.* — Als Schutz bedeutet Art. 6/1 GG „seinem Wortsinn nach die Förderung des Schutzgutes, die Abwehr von Störungen oder Schädigungen und vor allem den Verzicht des Staates auf eigene störende Eingriffe“ (199a (D II 3)).

2. *Das Schutzgut.* — Es ist zu unterscheiden, was Art. 6/1 GG inhaltlich und was er formell schützt:

a) *inhaltlich:* Art. 6/1 GG ist eine Bestimmung, die „dem Schutz der spezifischen *Privatsphäre* von Ehe und Familie vor äußerem Zwang durch den Staat dienen soll“ und wo sich die Verfassung „in Abkehrung von der Allstaatlichkeit ... auch für diesen Lebensbereich zur *Eigenständigkeit und Selbstverantwortung* des Menschen“ (197b (D II 2)) bekennt. Dies aber bedingt die „Anerkennung einer Sphäre privater *Lebensgestaltung*, die staatlicher Einwirkung entzogen“, in der ein Gehalt „privater Entscheidungsfreiheit der Ehegatten“ mitanerkannt und damit „die Gestaltung der Privatsphäre in diesem Rahmen den Ehegatten selbst“ (201a (D II 4)) „überlassen“ ist.

Dieses *Überlassensein* ist aber nicht mißzuverstehen. Es beruht

aa) nicht darauf, daß der *Staat* den Gatten diese Freiheit *überläßt* (d. h. aus eigener Machtfülle gibt, weil und insofern er sie geben will);

bb) sondern darauf, daß diese Freiheit den Gatten schon (ursprünglich, und damit vorstaatlich) *überlassen ist*, so daß der Staat in Art. 6/1 GG gezwungen ist, sein Nichteingreifenkönnen, mithin sein Überlassenmüssen zu bekennen¹¹⁵.

¹¹⁴ Das Folgende versucht diesen bedeutsamen Entscheid positiv auszuwerten; vgl. S. 423 ff.

¹¹⁵ Vgl. S. 92. Umgekehrt kennzeichnet es die totalitären Staaten, daß dort das Familienrecht, „um den Kollektivierungsprozeß voranzutreiben, auf die Auflösung der Familie hin[zielt], indem es mechanistisch die Egalität der Ehepartner unterstreicht, die Kinder vom Staate erziehen läßt und in jeder Weise in diese Urzelle der menschlichen Gemeinschaft hineinzuregieren bestrebt ist“ (SCHRANZ, BTDeb. II/510 B; vgl. Anm. 118). Vgl. LG Duisburg, S. 433; Anm. 344 (S. 307).

Im Bekenntnis zu seinem *Überlassenmüssen* bekennt er aber auch, daß die Gestaltungsfreiheit in Ehe und Familie den Gatten und Eltern überlassen sein *muß*, das heißt, daß diese Gestaltungsfreiheit mit zu jener Grundfreiheit gehört, die vor der staatlichen Rechtsordnung nicht der (Vertrags)freiheit unterliegen kann. So wenig Mann und Frau auf ihre grundlegende Glb verzichten können¹¹⁶, ebenso wenig vermögen die Gatten und Eltern die Freiheit für die Gestaltung ihrer Ehe und Familie abzugeben und sich so ihrer Selbstverantwortung für diesen Lebensbereich zu begeben. Gerade auch bei dieser „privaten Entscheidungsfreiheit und Selbstverantwortung der Gatten“ handelt es sich um jene „vorgegebene Ordnung“, über die als über ein „pactum supra partes die Parteien als solche nicht verfügen können“¹¹⁷. Insofern daher Art. 6/1 GG die private Lebensgestaltung in Ehe und Familie als „der staatlichen Einwirkung entzogene“ anerkennt, hat er sie auch als „von den Eheleuten selbst zu verantwortende“ zu schützen¹¹⁸.

b) *formell*: Art. 6/1 GG ist nicht nur allgemein als *Grundsatznorm* „eine verbindliche Wertentscheidung für den *gesamten* Bereich des Ehe und Familie betreffenden privaten und öffentlichen Rechts“ (198a

¹¹⁶ Vgl. SCHEFFLER, S. 201.

¹¹⁷ K. WEBER, BTDeb. III/11768 D. „Denn Ehe bedeutet Bindung, Bindung auch in rechtlicher Beziehung“ (METZGER, BTDeb. III/11779 C), so daß diese Bindung für die Ehe unabdingbar ist und damit *supra partes* steht (vgl. Anm. 141 [S. 225]). Vgl. BGH, 58/126 b.

¹¹⁸ „Zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört nun einmal auch die Familie, die die Pflege und Erziehung der Kinder in eigener Verantwortung als natürliches Recht wahrzunehmen hat“ (WAHL, BTDeb. III/11792 C). „An die[se] Grundordnung sollten wir nicht rühren, weil wir sonst mit der Auflösung der Familie den schützenden, staatsfreien Raum natürlicher, menschlicher Autorität, in dem die Kinder heranwachsen, zerstören würden“ (SCHRANZ, BTDeb. II/510 B). „Vater und Mutter tragen beide von Gott her und vor Gott die Verantwortung für ihre Kinder — und sie sollen sie gemeinsam tragen“ (ALTHAUS, 205b [unten]). „Eine Entscheidung über die Kinder ist immer ein Wagnis. Dieses Wagnis darf den Eheleuten als ihre eigene Aufgabe außer in den dringenden Notfällen nicht abgenommen werden. Sie tragen für sie Gott gegenüber die Verantwortung“ (EHERECHTSKOMMISSION, FRR 65; vgl. WILKENS, 54). „Wenn ... beiden Eltern die Sorge für [die Person und] das Vermögen des Kindes übertragen wird, erwachsen ihnen damit Pflichten, denen sich ein Elternteil auch mit Zustimmung des andern nicht soll entziehen können“ (ENTWURF I [Stellungnahme der Bundesregierung] 98a). „Und wo Verantwortung auferlegt und wahrgenommen wird, da wird zugleich Autorität begründet und ausgeübt. ... Und wir meinen, daß in der Familie zwischen Vater und Mutter die Autorität eine differenzierte sei. Darum ist auch da, wo erforderliche Entscheidungen über die Kinder nicht aus dem Miteinander der Eltern erwachsen, sondern gesetzlich sichergestellt werden müssen, die väterliche Autorität für das Wagnis schicksalhafter Entscheidungen in Anspruch zu nehmen“ (WILKENS, 54). Wenn der gemeinsame Wille und Entschluß nicht gelingt, „dann muß die besondere Verantwortung in Kraft treten, die dem Manne als Vater, als Hausvater gegeben ist. Er darf sich ihr nicht entziehen, und sie darf ihm nicht durch eine Instanz außerhalb der Familie, es sei denn im Falle offenkundigen Mißbrauchs, abgenommen werden“ (ALTHAUS, 205b [unten]). Ähnlich HOFFMANN, JR 53/203a.

(D II 2)). Er ist auch im besonderen als *Institutsgarantie* die verfassungsrechtliche Gewährleistung „eines *Normenskerns* des Ehe- und Familienrechts“ (197b (D II 2)).

Ein solcher verfassungsrechtlich gewährleisteter Normenkern des Ehe- und Familienrechts kann aber nur bedeuten, daß die staatliche Rechtskodifikation

aa) *negativ* nichts enthalten darf, was dieser Selbstverantwortung der Gatten für Ehe und Familie widerspricht;

bb) *positiv* alles enthalten muß, was gesetzlich notwendig ist, um die Gatten bei ihrer verfassungsrechtlich gewährleisteten und geforderten Selbstverantwortung zu belassen. Der positive Rechtsschutz dieser selbstverantworteten Ehe und Familie bestimmt sich näherhin auch nach der Eigenart derer, *vor* denen sie zu schützen ist.

3. *Der Schutz vor.* — Art. 6/1 GG schützt Ehe und Familie vor der Beeinträchtigung durch staatliche wie durch außerstaatliche Kräfte. Er umschließt hiernach zweierlei:

a) *positiv* die Aufgabe für den Staat, Ehe und Familie nicht nur vor Beeinträchtigung durch *andere* Kräfte zu bewahren, sondern auch durch geeignete Maßnahmen zu *fördern*,

b) *negativ* das Verbot für den *Staat* selbst, die Ehe zu schädigen oder sonst zu beeinträchtigen“ (199a (D II 3)). Dieses Beeinträchtigungsverbot verbietet

aa) *primär* den störenden *Eingriff* des Staates. — Art. 6/1 GG ist jedenfalls insoweit aktuelles Verfassungsrecht als er „mit Bestimmtheit — negativ — eine Beeinträchtigung von Ehe und Familie durch störende Eingriffe des Staates selbst“ (199b (D II 3)) verbietet.

bb) *sekundär* das sich ehestörend auswirkende *Nichteingreifen* des Staates. — Ohne Zweifel kann unter Umständen — soll Art. 6/1 GG überhaupt einen Sinn haben — auch das Nichteingreifen des Staates gegenüber „anderen Kräften“, welche Ehe und Familie stören, (d. h. das familiengefährdende Gewährenlassen solcher Kräfte) unter das an den Staat selbst gerichtete Verbot, Ehe und Familie zu beeinträchtigen, fallen, — zumal dann, wenn diese anderen Kräfte selber wieder mittel- oder unmittelbar in den Staatsorganen wirksam werden. Insofern ist der Staat von seinem Verbot, Ehe und Familie zu beeinträchtigen, her mindestens verpflichtet, jene positiven Gesetzesgrundlagen zu

schaffen, welche die dafür anfälligen Staatsorgane hindern, störend in Ehe und Familie einzugreifen. Gerade dies ist mit der Sinn des verfassungsrechtlich gewährleisteten Normenkerns des Ehe- und Familienrechts.

In der *heutigen* Situation gehört zu den familiengefährdenden „ändern Kräften“ sicher auch jener *Zeitgeist*, der zu einer Auswanderung der Familie zum Sekretariat¹¹⁹ drängt. Unmittelbar wird diese Gefährdung gesetzlich nicht zu fassen sein. Aber sie wirkt auch mittelbar. Einmal in den *Eheleuten und Eltern* selber, die als Kinder ihrer Zeit geneigt sind, die Eigenverantwortung für Ehe und Familie abzuwälzen, gerade auch auf den Staat abzuwälzen¹²⁰. Dann sicher auch in manchem *staatlichen Funktionär*, der aus subjektiv vielleicht besten Gründen — diesem (untauglichen) Abwälzungsversuch erliegend — bereit ist, die private Entscheidungsfreiheit der Eltern zu übernehmen¹²¹.

Angesichts dieser Situation ist der Staat durch Art. 6/1 GG von seiner negativen Schutzaufgabe her selber zur positiven aufgerufen: er hat *negativ* seine Staatsorgane zu hindern, daß sie den Eltern ihre Verantwortung abnehmen und zugleich dafür zu sorgen, daß den Eltern ihre Eigenverantwortung objektiv überlassen bleibt und subjektiv bewußt wird. Für beides bedarf es aber einer (beidemale der gleichen) *positiven* Maßnahme: der Positivierung der innerfamiliären Entscheidungsverantwortung. Insofern ist das positive Eingreifen des Staates in die *Institution* der Familie (als positivrechtliche Dekla-

¹¹⁹ Vgl. S. 371; Anm. 77 (S. 204).

¹²⁰ „Es muß davon ausgegangen werden, daß, wenn das Gesetz die Anrufung des Vormundschaftsgerichts zur Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten der Eltern ermöglicht, die Eltern von dieser Möglichkeit auch Gebrauch machen. Eine solche gesetzliche Regelung könnte uneinsichtigen Eltern sogar einen Anreiz bieten, ihre Meinungsverschiedenheiten nicht im Schoße der Familie auszutragen, sondern vor das VormG zu bringen“ (BEGRÜNDUNG I/73b [zu § 1628]). Gerade auch dann gilt: „Lähmende Verantwortungslosigkeit in einem andern Verantwortungsbereich zu fördern, indem er fremde Funktionen zu seinen traditionellen zusätzlich übernimmt oder durch Delegation sich aufbürden läßt, ist dem deutschen Richter verwehrt, solange er verfassungstreu ist“ (LG Duisburg, SH 33b unten). Vgl. auch jene „immer stärker hervortretende Neigung des einzelnen Staatsbürgers, jedes Unglück im Leben finanziell auf einen Ersatzpflichtigen abzuwälzen“ (LG Koblenz, 57/320b).

¹²¹ Als typischer Fall: LG Münster, 56/155; ferner LG Darmstadt, MDR 57/559. Auch in diesen Fällen kann „der einzelne aus Art. 6/1 GG ein Abwehrrecht gegen störende und schädigende Eingriffe des Staates in seine Ehe und seine Familie herleiten“ (BVerfG, MDR 57/466a). Vgl. auch BOSCH, elterlicher Ehekonsens oder Gerichtsentscheid? 57/48. Andererseits ist die Formulierung „verantwortungsbewußten Eltern muß sogar die Verpflichtung auferlegt werden, über die religiöse Einstellung ihrer Kinder zu wachen ...“ (OVG Koblenz, 57/100a), falsch. Denn der Staat legt hier Verpflichtung nicht (positiv) auf, sondern stellt eine bestehende fest und deklariert sie (vgl. Anm. 23 S. 178; Anm. 50 S. 192).

ration der innerfamiliären Entscheidungsgewalt) die Möglichkeitsbedingung dafür, die *individuelle* „Entscheidungsfreiheit der Ehegatten“ zu wahren und die dadurch bedingte „Sphäre privater Lebensgestaltung“ der staatlichen Einwirkung zu entziehen.

Im Erlaß der §§ 1353 und 1628 BGB hat der Staat in diesem Sinne positiv eingegriffen. § 1353 BGB bindet die *Gatten*, § 1628 BGB die *Eltern* an ihr (naturrechtlich wie positiv verfassungsrechtlich) nicht verzichtbares Recht und ihre unabdingbare Pflicht, die unantastbare Eigenständigkeit ihrer Ehe und Familie selber zu verantworten. Sie verpflichten zugleich gesetzlich den *Richter*, Gatten und Eltern als auf dieses Recht hin gebundene zu behaften. Insofern daher § 1628 BGB neben § 1353 BGB die (einzig mögliche) Norm ist, die verfassungsrechtlich geschützte Privatsphäre der Ehe und Familie auch gesetzlich sicherzustellen¹²², ist in dem durch Art. 6/1 GG gewährleisteten Normenkern des Ehe- und Familienrechtes auch § 1628 BGB als ein „aus Ehe und Familie fließendes Recht unter den Schutz der Verfassung“ gestellt“ (vgl. 198b (D II 2); vgl. Anm. 521 (S. 368)).

Der verantwortungsbewußte und gerade so verfassungstreue Richter wird dieses in seiner „Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung vergleichbare“ (vgl. BVerfG, 197b (D II 2) siehe S. 451) Gebundensein der Gatten und Eltern an die Gemeinschaft ihrer Ehe und Familie und damit auch sein eigenes Gebundensein an §§ 1353 und 1628 BGB nicht leicht nehmen. Er steht mit dieser Haltung nicht nur in einer guten Rechtstradition¹²³. Er dient zugleich auch der Ehe und Familie mit ihrer unzerstörbar heilen und heilenden Kraft.

¹²² Vgl. BVerfG (S. 453 (oben)).

¹²³ „Otto v. GIERKE (Der Entwurf und das deutsche Recht 1889) hat schon vor Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches ausgesprochen: ‚Dem Vorschlage, daß das Vormundschaftsgericht entscheiden soll, wird niemand beistimmen, der noch ein gesundes Familienleben will.‘ Ebenso wie vor 1900 muß auch heute davor gewarnt werden, Familienangelegenheiten vor den staatlichen Richter zu bringen, solange nicht die letzte Möglichkeit einer Entscheidung innerhalb der Familie ausgeschöpft ist. Eine Erörterung von Familienangelegenheiten vor Gericht führt häufig zu einer Entfremdung der Ehegatten und kann über kurz oder lang zur Zerstörung der Ehe führen. Eine Regelung, die solche Gefahren mit sich bringt, widerspricht dem GG (Art. 6). Der Staat hat Ehe und Familie zu schützen: er darf durch seine Gesetzgebung nicht den Weg zu einer möglichen Zerstörung der Ehe weisen“ (BEGRÜNDUNG I/73b [unten] [zu § 1628]; vgl. LG Bad Kreuznach, S. 404 (4)).

Ergebnis des zweiten Abschnittes

1. § 1628 BGB ist *nicht verfassungswidrig*. Grundsätzlich nicht gleichberechtigungswidrig, ist er weder rechtsgeschichtlich noch rechtssystematisch grundgesetzwidrig.

2. Gleichberechtigungsentsprechend, ist er durch Art. 6/1 GG *verfassungsrechtlich gefordert*. Denn

a) er ist die *Norm*, in der sich der verfassungsrechtlich geforderte Schutz des Staates für die Eigenständigkeit der Ehe und Familie *gesetzlich* niedergeschlagen hat;

b) diese Norm ist insofern *notwendig*, als es ohne sie nicht möglich ist, die Eigenständigkeit der Familie auch dann zu wahren, wenn ein elterlicher Konfliktfall gerichtlich auszutragen ist und verantwortungsscheue Eltern und kompetenzüberschreitende Richter die Eigenständigkeit der Familie und die unvertretbare Verantwortung der Eltern zu mißachten drohen.

ANHANG

DIE FÜR DAS MÄNNLICHE ENTSCHEIDUNGSRECHT IN
EHE UND FAMILIE WICHTIGSTEN DEUTSCHEN
VERFASSUNGS- UND GESETZESBESTIMMUNGEN¹

A. Verfassungsbestimmungen über den Schutz
von Ehe und Familie
und die Gleichberechtigung in Ehe und Familie

I. Aus der Weimarer Reichsverfassung (1919)

Art. 109

Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.

Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten.

Art. 119

Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung.

Sie beruht auf der Gleichberechtigung der Geschlechter.

II. Aus dem Bonner Grundgesetz (1949)

Art. 3

Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich.

Männer und Frauen sind gleichberechtigt.

¹ Die Gegenüberstellung von BGB und E I bei MASSFELLER, F.: Das neue Familienrecht, Berlin 1952; von BGB und GbG in der BECKSCHEN Textausgabe des GbG, München 1957. H-M fußt auf dem BGB und bringt im Anhang das GbG. Für die E vgl. S. 493f. (vgl. auch MASSFELLER, F.: Das gesamte Familienrecht, Frankfurt / M. 1958).

Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauung benachteiligt oder bevorzugt werden.

Art. 6

Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung.

Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Über ihre Betätigung wacht die staatliche Gemeinschaft.

Gegen den Willen der Erziehungsberechtigten dürfen Kinder nur auf Grund eines Gesetzes von der Familie getrennt werden, wenn die Erziehungsberechtigten versagen oder wenn die Kinder aus andern Gründen zu verwahrlosen drohen.

Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.

Den unehelichen Kindern sind durch den Gesetzgeber die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern.

Art. 117

Das dem Artikel 3 Abs. 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zu seiner Anpassung in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953.

B. Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (mit)betreffend die Gleichberechtigung in Ehe und Familie²

I. Die Lebensgemeinschaft der Ehe (und Familie)

§ 1353

Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. (E I add.: Sie schulden einander Treue und Beistand).

Stellt sich das Verlangen eines Ehegatten nach Herstellung der Gemeinschaft als Mißbrauch seines Rechtes dar, so ist der andere

² Das GlbG fällt in den angeführten Bestimmungen mit E III oder, wenn E I und E II nicht abweichen, mit E überhaupt zusammen. In den entsprechenden §§ ersetzt es als BGB n. F. — (spätestens) vom 1. Juli 1958 an — BGB a. F. Bemerkenswerte Formulierungsabweichungen sind kursiv gedruckt.

Ehegatte nicht verpflichtet, dem Verlangen Folge zu leisten. Das gleiche gilt, wenn der andere Ehegatte berechtigt ist, auf Scheidung zu klagen. (Ehegesetz 1946 add.:) Ist das Scheidungsrecht durch Verzeihen oder Fristablauf verlorengegangen, so sind die Rechte und Pflichten der Ehegatten so zu beurteilen, als ob der verlorengegangene Scheidungsgrund niemals bestanden hätte³.

II. Der Unterhalt der Ehe und Familie

1. Das Familienunterhaltsrecht (§§ 1360 bis 1362 BGB)

§ 1360 a. F.

Der Mann hat der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren.

Entwurf I (von E II und III nur sprachlich verschieden).

Entwurf III (die §§ 1360 bis 1362 BGB werden durch folgende Vorschriften ersetzt:)

§ 1360

Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen in der Regel durch die Führung des Haushaltes; zu einer Erwerbstätigkeit ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes und die Einkünfte der Ehegatten zum Unterhalt der Familie nicht ausreichen und es den Verhältnissen der Ehegatten auch nicht entspricht, daß sie den Stamm ihres Vermögens verwerten.

§ 1360a

Der angemessene Unterhalt der Familie umfaßt alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Kosten des Haushalts zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder zu befriedigen.

Der Unterhalt ist in der Weise zu leisten, die durch die eheliche Lebensgemeinschaft geboten ist. Der Mann ist verpflichtet, der Frau seinen Beitrag zum gemeinsamen Unterhalt der Familie für einen angemessenen Zeitraum im voraus zur Verfügung zu stellen.

³ Vgl. S. 366 (b); Anm. 482 (S. 353); 17 (S. 475).

(Abs. 3: Unterhaltspflicht für Verwandte).

(Abs. 4: Prozeßkostenvorschußpflicht für jeden Gatten nach Billigkeit).

§ 1360b

Leistet ein Ehegatte zum Unterhalt der Familie einen höheren Beitrag als ihm obliegt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er nicht beabsichtigt, von dem anderen Ehegatten Ersatz zu verlangen.

§ 1361

Leben die Ehegatten getrennt, so kann ein Ehegatte von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit dies der Billigkeit entspricht. Hierbei sind vor allem die Gründe, die zur Trennung der Ehegatten geführt haben, ihre Bedürfnisse und ihre Vermögens- und Erwerbsverhältnisse zu berücksichtigen.

Hat der Mann die Trennung allein oder in erheblich überwiegendem Maße verschuldet, so kann die nicht erwerbstätige Frau nur dann darauf verwiesen werden, ihren Unterhalt selbst zu verdienen, wenn sie auch bei Fortbestehen der häuslichen Gemeinschaft zu einer Erwerbstätigkeit verpflichtet wäre oder wenn die Inanspruchnahme des Mannes nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles, insbesondere mit Rücksicht auf eine frühere Erwerbstätigkeit der Frau oder die kurze Dauer der Ehe, grob unbillig ist.

Wer gegen den Willen des anderen Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert, ohne hierzu berechtigt zu sein, hat keinen Anspruch auf Unterhalt.

(Abs. 4: Unterhalt durch Zahlung einer monatlichen Geldrente).

2. Das (frauliche) Haus(führungs)recht

a) Die Hausführung(spflicht)

§ 1356 a. F.

Die Frau ist, unbeschadet der Vorschrift des § 1354, berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten.

Zu Arbeiten im Hauswesen und im Geschäft des Mannes ist die Frau verpflichtet, soweit eine solche Tätigkeit nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

Entwurf I

Die Frau ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.

Entwurf II und III

Die Frau führt den Haushalt in eigener Verantwortung. Sie ist berechtigt, erwerbstätig zu sein, soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist.

Jeder Ehegatte ist verpflichtet, im Beruf oder Geschäft des andern Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist.

*b) Die Schlüsselgewalt⁴**§ 1357 a. F.*

Die *Frau* ist berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein anderes ergibt.

Der *Mann* kann das Recht der Frau beschränken oder ausschließen. Stellt sich die Beschränkung oder die Ausschließung als ein Mißbrauch des Rechtes des Mannes dar, so kann sie auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht aufgehoben werden. Dritten gegenüber ist die Beschränkung oder die Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1435 [Güterrechtlicher Ehevertrag] wirksam.

Entwurf I (Abs. 1)

Jeder Ehegatte ist berechtigt, für den laufenden Unterhalt der Familie Geschäfte mit Wirkung auch für den anderen Ehegatten zu besorgen. Durch solche Rechtsgeschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, wenn sich aus den Umständen nicht etwas anderes ergibt. Das Recht der Geschäftsbesorgung entfällt, wenn die Ehegatten getrennt leben.

Entwurf II (Abs. 1)

Jeder Ehegatte kann mit Wirkung für beide Ehegatten Geschäfte für die laufenden Bedürfnisse des Haushalts besorgen. Nimmt ein Ehe-

⁴ Vgl. S. 406; Anm. 359 (S. 311).

gatte ein Rechtsgeschäft dieser Art vor, so wird auch der andere Ehegatte berechtigt und verpflichtet, wenn sich nicht aus den Umständen etwas anderes ergibt; die Frau kann die Erfüllung einer Verbindlichkeit verweigern, wenn der Mann zahlungsunfähig ist.

Entwurf III

Die *Frau* ist berechtigt, Geschäfte, die innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises liegen, mit Wirkung für den Mann zu besorgen. Aus Rechtsgeschäften, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, wird der Mann berechtigt und verpflichtet, es sei denn, daß sich aus den Umständen etwas anderes ergibt; ist der Mann nicht zahlungsfähig, so wird auch die Frau verpflichtet.

Der *Mann* kann die Berechtigung der Frau, Geschäfte für ihn zu besorgen, beschränken oder ausschließen; besteht für die Beschränkung oder Ausschließung kein hinreichender Grund, so hat das Vormundschaftsgericht sie auf Antrag der Frau aufzuheben. Dritten gegenüber wirkt die Beschränkung oder Ausschließung nur nach Maßgabe des § 1442 [güterrechtliche Verbindlichkeitsbeschränkungen].

3. Die Haftpflicht der Eltern

§ 1606 Abs. 2, 2. Satz a. F.

Der Vater haftet jedoch vor der Mutter; steht die Nutznießung an dem Vermögen des Kindes der Mutter zu, so haftet die Mutter vor dem Vater.

Entwurf I § 1606 Abs. 3

Eltern haften als Gesamtschuldner. Im Verhältnis der Eltern zu einander gelten die Vorschriften des § 1360; sie gelten sinngemäß, wenn die Eltern getrennt leben oder ihre Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist.

Entwurf II und III: § 1606 Abs. 2, 2. Satz

Die Haftung der Eltern bestimmt sich nach ihren Erwerbs- und Vermögensverhältnissen; § 1360 ist sinngemäß anzuwenden; (E III add.) dies gilt auch, wenn die Eltern getrennt leben oder ihre Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt ist.

§ 1664 E

Die Eltern haben bei der Ausübung der elterlichen Gewalt dem Kinde gegenüber nur für die Sorgfalt einzustehen, die sie in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegen.

Sind für einen Schaden beide Eltern verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner.

III. Das Entscheidungsrecht in der Ehe⁵

§ 1354 a. F.

Dem Manne steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu; er bestimmt insbesondere Wohnort und Wohnung.

Die Frau ist nicht verpflichtet, der Entscheidung des Mannes Folge zu leisten, wenn sich die Entscheidung als Mißbrauch seines Rechtes darstellt.

Entwurf I

Die Ehegatten haben alle Angelegenheiten, die Ehe und Familie betreffen, in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln. Jeder Ehegatte hat auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Rücksicht zu nehmen. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen die Ehegatten versuchen, zu einer Einigung zu gelangen. Ist dies nicht möglich, so ist der Mann berechtigt und verpflichtet, unter Berücksichtigung der Auffassung der Frau die Entscheidung zu treffen. Eine Entscheidung, die dem wohlverstandenen *Interesse der Ehegatten* nicht entspricht, ist für die Frau nicht verbindlich.

Entwurf II

Die Ehegatten haben alle Angelegenheiten, die das *gemeinschaftliche Leben* betreffen, in gemeinsamem Einvernehmen zu regeln. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, sich zu einigen. Können sie sich nicht einigen, so entscheidet der Mann; er hat auf die Auffassung der Frau Rücksicht zu nehmen. Widerspricht seine Entscheidung dem *Wohl der Familie*, so ist die Entscheidung für die Frau nicht verbindlich.

Entwurf III (§1354 ersatzlos gestrichen)⁶.

⁵ Andere Formulierung RÜDEL, JR 51/746b; ferner Anm. 506 (S. 364).

⁶ Zur Formalimplikation des § 1354 in § 1353 vgl. S. 366; (E) S. 449 f.

IV. Das Entscheidungsrecht in der Familie

1. Die elterliche Gewalt

§ 1626

Das Kind steht, solange es minderjährig ist, unter elterlicher Gewalt (E: unter der elterlichen Gewalt des Vaters und der Mutter).

2. Das tatsächliche Sorgerecht

§ 1627 a. F. | § 1626 Abs. 2 E

Der Vater hat (E I: Die Eltern haben) (E II und III: Vater und Mutter haben, soweit sich aus den folgenden Bestimmungen nichts anderes ergibt,) kraft der elterlichen Gewalt das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Kindes zu sorgen; (E II und III add.): die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes umfaßt die Vertretung des Kindes.

§ 1627 E

Die Eltern haben die elterliche Gewalt in eigener Verantwortung und in gegenseitigem Einvernehmen zum Wohle des Kindes auszuüben. (E I add.: Jeder Elternteil hat bei der Ausübung der elterlichen Gewalt auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Rücksicht zu nehmen.) Bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie (E I: die Eltern) versuchen, sich zu einigen (E I: zu einer Einigung zu gelangen).

3. Das (Stich)entscheidungsrecht⁷

§ 1634 a. F.

Neben dem Vater hat während der Dauer der Ehe die Mutter das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen; zur Vertretung des Kindes ist sie nicht berechtigt, unbeschadet der Vorschrift des § 1685 Abs. 1 [siehe unten 7a]. Bei einer Meinungsverschiedenheit geht die Meinung des Vaters vor.

§ 1628 E

Können sich die Eltern nicht einigen, so entscheidet der Vater; er hat auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen. (E I: Sind die Eltern nicht zu einer Einigung gelangt, so ist der Vater

⁷ Andere Vorschläge und Formulierungen in Anm.506 (S. 364). Zum „Stich“-Entscheid vgl. Anm. 398 (S. 325).

verpflichtet, unter Berücksichtigung der Auffassung der Mutter die Entscheidung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des Kindes *am besten* entspricht.)

Das Vormundschaftsgericht kann der Mutter auf Antrag die Entscheidung einer einzelnen Angelegenheit oder einer bestimmten Art von Angelegenheiten übertragen, wenn das Verhalten des Vaters in einer Angelegenheit von besonderer Bedeutung dem Wohle des Kindes widerspricht oder wenn die ordnungsgemäße Verwaltung des Kindesvermögens dies erfordert.

Verletzt der Vater beharrlich seine Verpflichtung, bei Meinungsverschiedenheiten den Versuch einer gütlichen Einigung zu machen und bei seinen Entscheidungen auf die Auffassung der Mutter Rücksicht zu nehmen (E I: die Auffassung der Mutter zu berücksichtigen), so kann das Vormundschaftsgericht der Mutter auf Antrag die Entscheidung in den persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten des Kindes übertragen, wenn dies dem Wohle des Kindes entspricht (E I: mit dem Wohle des Kindes vereinbar ist).

4. Die gesetzliche Vertretung

§ 1630 Abs. 1 a. F.

Die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes umfaßt die Vertretung des Kindes (vgl. § 1627 E I und II).

§ 1629 Abs. 1 E

Die Vertretung des Kindes steht dem Vater zu (E I: obliegt dem Vater); die Mutter vertritt das Kind, soweit sie die elterliche Gewalt allein ausübt oder ihr die Entscheidung nach § 1628 Abs. 2, 3 übertragen ist.

5. Das Personensorgerecht

§ 1631

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht und die Pflicht, das Kind zu erziehen, zu beaufsichtigen und seinen Aufenthalt zu bestimmen.

(Abs. 2 a. F.): Der Vater kann kraft des Erziehungsrechtes angemessene Zuchtmittel gegen das Kind anwenden. Auf seinen Antrag hat das Vormundschaftsgericht ihn durch Anwendung geeigneter Zuchtmittel zu unterstützen.

(Abs. 2 E:) Das Vormundschaftsgericht hat die Eltern auf Antrag bei der Erziehung des Kindes durch geeignete Maßnahmen zu unterstützen.

§ 1632

Die Sorge für die Person des Kindes umfaßt das Recht, die Herausgabe des Kindes von jedem zu verlangen, der es dem Vater (E: den Eltern) widerrechtlich vorenthält.

(E add. Abs. 2:) Verlangt ein Elternteil die Herausgabe des Kindes von dem anderen Elternteil, so entscheidet das Vormundschaftsgericht.

6. *Der Mißbrauch des Personensorgerechts*

§ 1666 Abs. 1, 1. Satz

Wird das geistige oder leibliche Wohl des Kindes dadurch gefährdet, daß der Vater (E add.: oder die Mutter) das Recht der Sorge für die Person des Kindes mißbraucht, das Kind vernachlässigt oder sich eines ehrlosen oder unsittlichen Verhaltens schuldig macht, so hat das Vormundschaftsgericht die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen.

§ 1629 a. F. / § 1630 Abs. 2 E

Steht die Sorge für die Person oder die Sorge für das Vermögen des Kindes einem Pfleger zu, so entscheidet

(a. F.): bei einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Vater und dem Pfleger über die Vornahme einer sowohl die Person als das Vermögen des Kindes betreffenden Handlung das Vormundschaftsgericht.

(E:) das Vormundschaftsgericht, falls sich die Eltern und der Pfleger in seiner Angelegenheit nicht einigen können, die sowohl die Person als auch das Vermögen des Kindes betrifft.

7. *Alleingewalt des einen Elternteils bei Ausfall des anderen*

a) *bei bestehender Ehe*

Wenn die elterliche Gewalt des Vaters (E: eines Elternteils) — bei Geschäftsunfähigkeit (§ 1676 a. F. für den Vater; § 1673 E für den Elternteil) oder bei tatsächlicher längerer Verhinderung (§ 1377 a. F. für den Vater; § 1674 E für den Elternteil) — ruht oder — bei Todes-

fall oder Todeserklärung (§ 1679 a. F. für den Vater; § 1677 E für den Elternteil) — endigt oder — bei Verbrechen oder Vergehen gegen das Kind (§ 1680 a. F. für den Vater; § 1676 E für den Elternteil) — verwirkt ist: dann übt die Mutter (§§ 1684 Abs. 1 a. F. und 1685 Abs. 1 a. F.) (E: der andere Elternteil (§§ 1678 Abs. 1 E und 1681 Abs. 1 E)) die elterliche Gewalt allein aus.

b) bei geschiedener oder getrennter Ehe

§ 1671 E

Ist die Ehe geschieden, so bestimmt das Vormundschaftsgericht, welchem Elternteil die elterliche Gewalt über ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

Von einem gemeinsamen Vorschlag der Eltern soll das Vormundschaftsgericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

Haben die Eltern innerhalb von zwei Monaten nach Rechtskraft des Scheidungsurteils keinen Vorschlag gemacht oder billigt das Vormundschaftsgericht ihren Vorschlag nicht, so trifft es die Regelung, die unter Berücksichtigung der gesamten Verhältnisse dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Ist ein Elternteil allein für schuldig erklärt und sprechen keine schwerwiegenden Gründe dafür, ihm die elterliche Gewalt zu übertragen, so soll das Vormundschaftsgericht sie dem schuldlosen Teil übertragen.

Die elterliche Gewalt soll in der Regel einem Elternteil allein übertragen werden. Erfordert es das Wohl des Kindes, so kann einem Elternteil die Sorge für die Person, dem anderen die Sorge für das Vermögen des Kindes übertragen werden.

(Ferner Abs. 5 und 6).

§ 1672 E

Leben die Eltern nur vorübergehend getrennt, so gelten die Vorschriften des § 1671 Abs. 1 bis 4 entsprechend. Das Vormundschaftsgericht entscheidet nur auf Antrag eines Elternteils.

*7. Das Vormundschaftsgericht bei Ausfall beider Eltern**§ 1693 E*

Sind die Eltern verhindert, die elterliche Gewalt auszuüben, so hat das Vormundschaftsgericht die im Interesse des Kindes erforderlichen Maßregeln zu treffen.

§ 1695 E

Das Vormundschaftsgericht hat vor seiner Entscheidung, welche die Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes betrifft, die Eltern zu hören. Es darf hiervon nur aus schwerwiegenden Gründen absehen.

Das Vormundschaftsgericht kann mit dem Kinde persönlich Fühlung nehmen.

NACHWORT

Die Diskussion um das Entscheidungsrecht geht weiter. Selbst in *Deutschland* hat sie kein Ende gefunden. In den Stellungnahmen und Kommentaren¹ zum GbG begegnen sich wiederum die alten Ansichten und Gegensätze. So zweifelt etwa *Beitzke*, „ob ein Bestimmungsrecht in der jetzt geregelten Form verfassungsmäßig tragbar ist“². Mehr und mehr scheint sich aber in Lehre und Gerichtsentcheiden die Meinung durchzusetzen, daß der Gesetzgeber, bemüht, „in echter Besinnung auf das Wesen der Ehe und Familie eine Neuordnung zu finden, die eine qualitative Gesamtgleichberechtigung von Mann und Frau, Vater und Mutter herstellen soll“³, auch mit § 1628 „eine kluge und weise Regelung getroffen hat“⁴. Denn „in einer klugen Abwägung der beiderseitigen Interessen der Eltern und wohl auch im wohlverstandenen Interesse des Kindes“ hat er „eine Lösung gesucht und gefunden“, die mithilft, „der Familie eine erzieherische Sicherheit wiederzugeben, die sie vielleicht im Laufe der soziologischen Wandlung eingebüßt oder verloren hat“⁵, auf die jedoch die in der Familie heranwachsenden Kinder einen Anspruch haben⁶. So ergeben sich für diese Neuregelung, die „im Wandel der gesellschaftlichen Verhältnisse der Familie und der Ehe zu ihrer Erhaltung am günstigsten ist“⁷, „nicht die mindesten Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit“⁸.

¹ MASSFELLER-REINICKE, KRÜGER-BREETZKE-NOWACK, FINKE-ERMAN mußten, erst erschienen, unberücksichtigt bleiben. Indes sind die Grundansichten der Hauptverfasser aus andern Publikationen bekannt und insoweit verwertet.

² 58/8a. Ähnlich DONAU, MDR 57/709; 711f. BEITZKE verkennt indes die familiäre Funkti-
 onsteilung (vgl. BOSCH, 58/84a; dazu S. 293). Wenn er außerdem meint, „das Bestehen mutter-
 rechtlicher Kulturen steht der Annahme des ER des Mannes als einer gottgewollten natürlichen
 Einrichtung entgegen“ (58/8b), übersieht er, daß a) tatsächlich auch beim Mutterrecht ein ER
 des Mannes (nämlich des Mutterbruders) besteht (vgl. Anm. 135 (S. 221)); b) grundsätzlich die
 bloße Tatsache des Bestehens nichts über (also auch nicht für oder gegen) das Naturrecht und seine
 Einrichtungen aussagt (vgl. Anm. 165 (S. 100); S. 102).

³ BOSCH, 58/82a.

⁴ BECKER, GbI 190.

⁵ BECKER, GbI 192; 190.

⁶ Vgl. PAULICK, 58/3b.

⁷ BECKER, GbI 192.

⁸ BOSCH, 58/84; PAULICK, 58/2a; BayObLG, 58/69b (vgl. 144a); MEYER, Rpfleger 57/286b (b).

In der *Schweiz* steht die Diskussion um die Familienrechtsform noch immer am Anfang. Indes dürfte die Mehrzahl der Parlamentarier, wird jedenfalls das Schweizervolk selbst — Männer und Frauen — willens sein, den Mann auch weiterhin als Haupt der Familie im ZGB ausdrücklich anerkannt zu erhalten⁹. — Auch in *Holland* anerkennt das Gesetz vom 14. Juni 1956 das nach der Meinung der belgischen Familienrechtskommission die volle Rechtsgleichheit zwischen den Ehegatten herstellt¹⁰: „De man is het hoofd van de echtvereniging“ (Art. 159 des neuen ZGB).

Endlich wurde in *Belgien*, verhältnismäßig wenig beachtet¹¹, wenigstens eine Teilreform¹² des Familienrechtes verabschiedet¹³. Beim *Entscheidungsrecht* blieb die Entscheidungsgewalt *des Vaters* ganz außer Betracht, so daß Art. 373 CC — „Le père seul exerce cette autorité durant le mariage“ — unverändert weiter gilt¹⁴. Die Entscheidungsbefugnis *des Ehemannes* fand in der Form eines (Stich)entscheidungsrechtes für die „résidence conjugale“¹⁵ im reformierten Gesetz Eingang¹⁶. Der im Regierungsentwurf vorgesehene Hinweis auf den Mann als „chef de famille“ wurde indes auf Antrag der Rechts-

⁹ Selbst dem politischen Stimmrecht stimmen manche Frauen nicht oder nur zögernd zu (vgl. z. B. Civitas, 58/116); umso mehr werden sie am vertrauten Ordnungsbild der Ehe und Familie festhalten wollen, zumal sie die Männer die Idee des „condominium communicato consilio“ (Anm. 406 (S. 329)) gewiß nicht schlechter als anderswo verwirklichen sehen. Die „maskuline Monokratie“ BOEHMERS (57/10a) dürfte sachlich nicht zutreffen.

¹⁰ Doc. 346/3.

¹¹ Der Niederschlag in Schrifttum und Presse ist gering. Auch sind kaum neue Fragen aufgetaucht; so erübrigen sich Einzelheiten.

¹² Das Ehegüterrecht ist einer 2. Reform vorbehalten. Obwohl bis dahin die Reform praktisch kaum wirksam wird, glaubte man (entgegen dem Conseil d'Etat [Doc. 69/27]) den Frauen eine mehr psychologische Genugtuung (PHILIPS, S. 14 nov., 37) nicht länger vorenthalten zu sollen (Doc. 69/4; vgl. BATS-D, 107).

¹³ Am 2. April 1958; promulgiert am 30. April; publiziert am 10. Mai; in Kraft am 20. Mai 1958.

¹⁴ Vgl. RUTSAERT, 14. Auch hier liegen „diverses propositions d'initiative parlementaire“ vor (Doc. 69/4).

¹⁵ Nach einer vom Conseil d'Etat (Doc. 69/37) für die Ehe abgelehnten Unterscheidung des Entwurfs (Doc. 346/8; für Deutschland vgl. etwa R-S, 83) meint „domicile“ als Rechtsbegriff den Ort des „principal établissement“, während „résidence conjugale“ (als faktischer Begriff „l'habitation d'une certaine durée“ voraussetzend) den Ort bezeichnet, wo „le devoir de cohabitation“ (BATS-D, 105) zu erfüllen ist nach Art. 212 CC n. F.: [1] „Les époux ont le devoir d'habiter ensemble; [2] ils se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance“ (Doc. 69/14). Denn „la cohabitation des époux est un devoir au même titre que la fidélité ...“ (Motifs, Doc. 69/5).

¹⁶ Art. 213 CC n. F. [= Komm.-Entw.]: [1] „La résidence conjugale est, à défaut d'accord entre époux, fixée par le mari [Reg.-Entw. add.: chef de famille]. La femme a un droit de recours devant le tribunal ... [2] Si le mari est absent, interdit ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, la résidence conjugale est fixée par la femme“ (Doc. 69/14). — „Ici, l'égalité [quantitative] des époux n'est pas entièrement réalisée. Cela va de soi: en cas de désaccord sur ce choix, il faut bien que l'un des époux décide. Ce sera, naturellement, le mari et nul ne contestera qu'il s'agit là d'une attribution normale du chef de famille“ (BATS-D, 105).

kommission vom Parlament gestrichen, weil „chef de famille“, im Gesetze nirgends definiert und sachlich nichts hinzufügend, juristisch unbrauchbar sei¹⁷.

Selbstverständlich weiß man auch in Belgien, daß trotz allem der Mann normalerweise Haupt der Ehe und Familie bleibt¹⁸ — eine Gegebenheit, an der Eheleute ebensowenig wie Eherichter achtlos vorbeigehen können¹⁹. So dürfte keine Schwierigkeit bestehen, auch für die im Gesetze nicht ausdrücklich genannten, aber gleichwohl möglichen Entscheidungsfälle ein entsprechendes Entscheidungsrecht des Mannes (mit einem verstärkten Mißbrauch-Schutz der Frau) in Art. 212 CC formal implicite enthalten zu sehen²⁰.

Mag für das Entscheidungsrecht die belgische Lösung der deutschen vorzuziehen sein, so ist die belgische Regelung des *Unterhaltsrechtes* erheblich schlechter. „Formell sehr gleichberechtigt klingend“²¹, verrät Art. 218 CC — „Chaque époux contribue aux charges du ménage selon ses facultés et son état“²² — jene „egalitäre Ausrichtung“²³, von der in Deutschland selbst besonnene Frauen glaubten

¹⁷ „Votre Commission propose de supprimer les mots „chef de famille“ qui figurent dans le texte sans aucune utilité. Ces termes n'ajoutent rien au rôle prééminent conféré expressément au mari dans la choix de la résidence conjugale. De plus, par leur généralité, ils risqueraient de créer des équivoques. S'il faut conférer au mari le titre de chef de famille, il faudrait mettre cette disposition ailleurs et déterminer exactement le sens et la portée de cet attribut“ (Doc. 346/8). — Die Begründung überzeugt insofern nicht ganz, als derart auch Art. 212 Abs. 2 (vgl. Anm. 15) zu streichen wäre, so wie man aus diesen Gründen ähnliche Ausdrücke für § 1353 BGB abgelehnt hat (etwa WOLLE, 16; ULMER, DJT 39 — gegen HEDEMANN, 19; 35; RÜDEL, JR 51/746b; BOSCH, FRR 97 (6)). — Vgl. PHILIPS, S, 14 nov., 38. — CH, 12 mars: LILAR, 9; du BUS de W., 2.

¹⁸ „Comme à présent aussi, l'époux le plus autoritaire paraîtra dominer tandis que le conjoint doué de la personnalité la plus forte prendra en fait, avec plus ou moins de discrétion, la direction du foyer [vgl. S. 194]. Il est à supposer qu'en raison de vieilles traditions et d'une plus grande habitude des affaires, un rôle prééminent sera souvent joué par le mari“ (Doc. 346/5).

¹⁹ Denn „le projet n'entend pas apporter au rôle normal du chef de famille une capitis diminutio quelconque dans les multiples aspects de la vie du ménage et des décisions à y prendre [vgl. aber S. 308]. — Le mari restera toujours, malgré tout, le conseiller naturel de sa femme“ (Doc. 69/3f; BATS-D, 104). Der Ausdruck „conseiller naturel“ ist unglücklich. Beim ER geht es gerade nicht um das vorbereitende Ratgeben, wo je nach Sachbereich auch die Frau *communicato consilio* „conseiller naturel“ des Mannes ist (vgl. S. 329), sondern um das abschließende Rechtsetzen. — Dieses ausweitende Mißverständnis des ER weckt die Bedenken von S. 281.

²⁰ Denn was für den Fall des „désaccord sur le choix de la résidence“ (Anm. 16) gilt, muß auch für die Zwietrachttsfälle „dans les multiples aspects de la vie du ménage“ (Anm. 19) gelten: „il faut bien que l'un des époux décide“ (Anm. 16). Angesichts dieser vielfältigen Entscheidungsnotwendigkeit ermöglicht das ER dem Manne, seine ihm eigentümlichen Kräfte zur Verwirklichung des Gemeinwohls von Ehe und Familie einzusetzen (vgl. S. 304 mit Anm. 333). Umgekehrt wäre es ihm ohne ER nicht möglich, seiner Frau entsprechend „secours et assistance“ zu leisten. Derart von der „assistance mutuelle“ vorausgesetzt, muß das ER, soll es nicht doch zur abgelehnten *capitis diminutio* kommen, in Art. 212, Abs. 2 CC mitgeschützt sein. — Im übrigen vgl. S. 357.

²¹ Vgl. SCHEFFLER, DRiZ 53/86b.

²² Reg.-Entw. Art. 215 (Doc. 69/14).

²³ Vgl. S. 429 (1).

warnen zu müssen²⁴. Ausgehend vom „atomisierenden Trennungsgedanken“²⁵, hat auch Art. 215 CC — „Chaque époux a le droit d'exercer une profession, une industrie ou une commerce“²⁶ — die Gatten in einer Weise verselbständigt, die nicht nur die Ehe als Einheit und damit die Ehe selbst gefährdet²⁷, sondern auch der „Staatslösung“ bedenklich nahe rückt²⁸. Vor beidem hatte man anderswo eindringlich gewarnt.

Auch beim Entscheidungsrecht vermißt man den Rechtsvergleich mit Frankreich²⁹, Holland und der Schweiz, wo die Hauptstellung des Mannes im Gesetze ausdrücklich festgehalten ist, oder mit Deutschland, wo man in der Auseinandersetzung um § 1354 mehrfach bedauert hatte, daß bereits das BGB dem Manne das Haupt abgeschlagen und nurmehr den Rumpf belassen habe³⁰. Ein solcher Rechtsvergleich hätte nämlich die rechtslogischen³¹ und erzieherischen³² Bedenken, welche die belgische Familienrechtsform erwecken muß, erst recht deutlich gemacht. Doch bleibt zu hoffen, daß es auch hier dem vermehrten Mühen derer, denen Ehe und Familie mit anvertraut sind, gelinge³³, wenigstens die erzieherischen Bedenken zu zerstreuen.

Löwen/Belgien, Ostern 1958.

²⁴ Vgl. SCHEFFLER, DRiZ 53/86; dazu BOSCH, SH 24a.

²⁵ Vgl. S. 440 (BOSCH).

²⁶ Doc. 346/31; motifs: 14. Mit seiner negativen Grundformulierung — „un époux peut s'opposer à ce que son conjoint exerce une profession . . . , si . . .“ — war Art. 225 des Reg.-Entw. vorsichtiger (Doc. 69/17; motifs: 11). Zur außerhäuslichen Tätigkeit der Frau vgl. ORIANNE, 361 f.

²⁷ Vgl. S. 94—98.

²⁸ [1] Nach Art. 215 Abs. 2 n. F. (Doc. 346/31) „l'opposition constitue un obstacle à l'exécution de la décision prise par le conjoint [mais pas encore exercée au jour du recours]; celui-ci devra donc attendre que le tribunal ait statué“ (Doc. 69/11). Gilt nicht auch hier grundsätzlich, wenngleich sachlich weniger bedenklich, Anm. 111 (S. 215)? — [2] Nach Abs. 3 (Doc. 346/31; motifs: 16) ist das Rekursrecht gegen „l'exercice des fonctions et mandats publics“ nicht anwendbar. Gehen angesichts der Ersetzbarkeit staatlicher Funktionäre nicht doch die unersetzbaren Erstverpflichtungen in Ehe und Familie vor? In ihrer Allgemeinheit ist die Bestimmung sehr bedenklich (vgl. RUTSAERT, 21). — [3] Überschätzen Sätze wie „dans les ménages où règne la discorde, l'égalité de droit des époux permettra aux magistrats de trancher tous les conflits selon l'équité . . .“ (Doc. 346/4) nicht die richterlichen Möglichkeiten (vgl. S. 204 (SPD-ENTWURF)), zumal, wenn der Richter nicht, wie beim schweiz. Eheschutzverfahren (vgl. BOEHMER, 57/10b), an ein im Gesetze positiviertes inneres Ordnungsgefüge der Ehe und Familie gebunden ist? Vgl. RUTSAERT, 19.

²⁹ Art. 213 CC n. F. (S. 362), zum Teil herangezogen, wurde kaum ausgewertet.

³⁰ Vgl. CONRAD, Grundprobleme 70; DKW 54/197b [MUGDAN, IV/1305]; S. 361; 440.

³¹ Denn so fehlt „dem ER des Mannes die Legitimation aus der Ordnung der Ehe- und Familiengemeinschaft“, was es leicht als „frauenfeindlich“ erscheinen läßt (CONRAD, Grundprobleme 70).

³² In positivistischer Haltung blieb die Edukationswirkung eines guten Gesetzes mit seinem auch „rechtlich verwertbaren Imperativ“ (RÜDEL, JR 51/746b) ganz außer acht: „La loi est faite pour régler les conflits“ (BAETENS, 97; vgl. schon ILK, DTBeb. I/11065 [CONRAD, Grundprobleme 71]). Im übrigen vgl. Anm. 487 (S. 357); S. 424 (II/2).

³³ Vgl. S. 7; 376 (3); 455.

BIBLIOGRAPHIE

Selbstverständlich handelt es sich um eine Auswahl des einschlägigen Schrifttums. Dessen gedankliche Disparatheit ließ es angezeigt erscheinen, nicht nach der alphabetischen Reihenfolge der Autorennamen, sondern einigermaßen systematisch voranzugehen. Nur gelegentlich Zitiertes wird hier nicht nochmals angeführt. Dafür wurde ein Autorenverzeichnis beigegeben. Schließlich schien es gut, namentlich bei juristischen Arbeiten auf Besprechungen (in Klammern) hinzuweisen. Denn diese enthalten nicht selten selber wieder eine Stellungnahme zur Rechtsgrundlegung allgemein oder zur Gleichberechtigung im besonderen.

A. BIBLIOGRAPHISCHE HILFSMITTEL

1. Allgemein

Lexikon der Frau, 2 Bde., Zürich 1953.

Evangelisches Soziallexikon, hrsg. v. Karrenberg, 1954 (v. Nell-Breuning, StdZ 159 (1957) 379—382; Karrenberg, Zeitschrift für evang. Ethik (1957) 42—44).

Die Frau, Wesen und Aufgaben, hrsg. v. A. Scherer, Freiburg i. Br. 1953.

Leclercq-David: Die Familie. Ein Handbuch, Freiburg i. Br. 1958².

2. Bes. juristisches Schrifttum (auch Zeitschriftenartikel)

FamRZ, Literaturverzeichnis, (1954) 10; 72; 105; 194. (1955) 24. (1956) 34.

Zum neuen Glbgesetz:

FamRZ, Literaturhinweise (1957) 232; 332; 359. (1958) 14; 57; 95; 125; 168

3. Gerichtsentscheide und juristisches Schrifttum

Rechtspfleger-Jahrbuch 1956, Bielefeld, S. 95—122 (Bosch, 56/162b).

Habscheid-Meyer: Neues Familienrecht, Rechtsgrundsätze zur Glb von Mann und Frau, Loseblatt-Sammlung, Bielefeld 1957ff. (Schwoerer, 57/144; Beitzke, MDR (1957) 319; Brox, RPfeger (1957) 321).

Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht (Deutsches Jugendarchiv München), München 1952ff. (EJF).

4. Elternfragen (Elternrecht)

Archiv-Bericht, herausgegeben vom Deutschen Jugendarchiv München e. V. München 1949 ff. (Zeitschriften - Dokumente - Bücher, unter „Jugendrecht“ wird auch das Familienrecht und das Recht des unehelichen Kindes erfaßt).

5. Frauenfrage (Frauenbewegung)

Informationen für die Frau, herausgegeben vom „Informationsdienst für Frauenfragen e. V.“ Bonn 1952 ff. (mit Hinweisen auf Neuerscheinungen und Zeitschriftenartikel, allerdings nicht systematisch).

B. ZUR GRUNDLEGUNG

1. Philosophisch-rechtsphilosophisch

- Brugger, W.: Philosophisches Wörterbuch, Freiburg i. Br. 1957⁶.
 — Theologia naturalis, Pullach 1958² (Abzugsverfahren).
 — Das Mitsein, Scholastik (1956) 375—383.
 Brunner, E.: Gerechtigkeit, Zürich 1943 (vgl. unter Schneider, E.).
 David, J.: Wandelbares Naturrecht? Orientierung (1956) 171—175.
 De Vries, J.: Ethica, Pullach 1955 (Abzugsverfahren).
 Faller, F.: Die rechtsphilosophische Begründung der gesellschaftlichen staatlichen Autorität bei Thomas von Aquin, Sammlung Politeia, Bd. V, Heidelberg 1954.
 Fellermeier, J.: Abriß der kath. Gesellschaftslehre, Freiburg i. Br. 1956 (v. Nell-Breuning, Münchener Theol. Zeitschrift (1957) 206—209).
 Fuchs, J.: Lex Naturae. Zur Theologie des Naturrechts, Düsseldorf 1955 (Wolf, E., Theol. Literaturzeitung (1957) 66; vgl. unter Rahner, K. und Schmidt, H.; Monzel, Münchener Theol. Zeitschrift (1957) 221—223).
 — Positivistisches Naturrecht? Orientierung (1956) 113—115; 127—129 (mit Anm. zu Rahner, K.).
 Hauser, R.: Autorität, in: Staatslexikon (der Görresgesellschaft), Bd. I, Sp. 808 — 826, Freiburg i. Br. 1957⁶ (StdZ 161 [1958] 292).
 Hirschmann, H.: Das Wesen der Gemeinschaft, in: Gott-Mensch-Welt. Ein Bildungsplan, Würzburg 1956.
 — Unfehlbares Gewissen? Gewissen und Gewissensbildung, Kevelaer 1957.
 — Ist Gewaltlosigkeit eine christliche Tugend? GuL (1957) 179—184.
 — Grenzen der staatlichen Macht, in: Christliche Neuordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (2. kath. Soziale Woche in München 1949), München 1950, 109—117.
 Klüber, F.: Grundfragen der christlichen Soziallehre.
 1. Teil: Das Naturrecht.
 2. Teil: Die Gerechtigkeit.
 3. Teil: Die Sozialordnung.
 4. Teil: Die Familie.
 (Carl-Sonnenschein-Kreis) Münster 1954 f.

- Messner, J.: Das Naturrecht. Ein Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik, Innsbruck-Wien 1950.
- Naturrecht ist Existenzordnung, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1957) 187—210 (bes. über den Menschen als eheliches und familiales Wesen).
- Meyer, Th.: *Institutiones iuris naturalis*, Freiburg i. Br.: Vol. I. *Ius naturae generale*, 1906²; Vol. II. *Ius naturae speciale*, 1900.
- Nell-Breuning, O. v.: *Beiträge zu einem Wörterbuch der Politik* (Heft I-V), Freiburg i. Br. 1955².
- *Wirtschaft und Gesellschaft heute*, Freiburg i. Br.: Bd. 1. Grundfragen, 1956 [zit. W I]; Bd. 2. Zeitfragen, 1957.
- Familienlohn (*Christlichsoziale Werkbriefe*, Nr. 33/36) München 1957.
- Rahner, K.: *Würde und Freiheit des Menschen*, in: *Schriften zur Theologie*, Bd. II, Einsiedeln 1956 [zit. nur mit Seitenzahl].
- *Bemerkungen über das Naturgesetz und seine Erkennbarkeit, Orientierung* (1955) 293—243; (1956) 8—11 (zu Fuchs: *Lex Naturae*).
- *Der Mann in der Kirche*, in: *Katholisches Männerwerk Köln* 1956, 29—45.
- Rauch, W. (Hrsg.): *Lexikon des kath. Lebens*, Freiburg i. Br. 1952 (darin die ungezeichneten Artikel: Naturrecht, Recht, Institution).
- Rohner, A.: *Natur und Person in der Ethik*, Divus Thomas Freiburg (1933) 52—62.
- Schmidt, H.: *Die Natur des Menschen und das Problem der Rechtsordnung*, *Philosophische Rundschau* (1956) 192—206 (mit Besprechung von Fuchs, J.).
- Schmitt, M.-E.: *Recht und Vernunft. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rationalität des Naturrechtes*, *Sammlung Politeia*, Bd. VIII, Heidelberg 1955.
- Schneider, E.: *Das Mysterium der Gerechtigkeit anlässlich der Kritik Hans Kelsens gegen Emil Brunner*, *Theologische Rundschau* (1957) 109—135.
- Utz, A. F.: *Recht und Gerechtigkeit*, Bd. 18 der Deutschen Thomasausgabe (2/2, q. 57—59), Heidelberg 1953.
- *Der Personalismus, Würdigung und Kritik*, *Die Neue Ordnung* (1954) 270—281.
- *Die Definition des Sozialen und der Gesellschaft*, *FZPT* (1955) 402—422.
- *Die soziale Natur des Menschen*, *FZPT* (1956) 3—20.
- *Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips*, *Sammlung Politeia*, Bd. IX, Heidelberg 1956 (v. Nell-Breuning, *StdZ* 159 (1956) 77—78; Groner, *Theol. Revue* (1957) 126; Ermecke, *Theol. und Glaube* (1957) 392). Dazu:
- *Subsidiarität, ein Prüfstein der Demokratie*, *Mitteilungen der Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge*, Bonn, Dezember 1956.
- *Die Erziehung im Mittelpunkt der Diskussion weltanschaulicher Fronten*, *Die Neue Ordnung* (1956) 288—290. *Herderkorrespondenz*, Januar 1957, 193—197 (weitere Literatur zum Subsidiaritätsprinzip S. 134 Anm. 200).
- *Das Naturrecht im Brennpunkt der Diskussion*, *Die Neue Ordnung* (1957) 321—328.
- *Sozialethik I. Teil: Die Prinzipien der Gesellschaftslehre*, *Sammlung Politeia*, Bd. X, Heidelberg 1958. [zit. I]

- Verpaalen, A. P.: Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin. Ein Beitrag zum Problem des Personalismus. Sammlung Politeia, Bd. VI, Heidelberg 1954 (vgl. unter Utz, A. F.: Der Personalismus).
- Welty, E.: Herders Sozialkatechismus, 2 Bde. Freiburg i. Br. 1952.
- Wieland, W.: Zum Problem der Begründung des Naturrechts, Philosophische Rundschau (1956) 89—104.
- Wolf, E.: Das Problem der Naturrechtslehre, Karlsruhe 1955 (Hartmann, A., Scholastik (1956) 114).
- Les hommes sont-ils égaux? Etudes Carmélitaines (1939) Bd. 2. Darin bes.: Reuter P.: Egalité et inégalité dans les institutions juridiques, 109—127.

2. Rechtsphilosophisch-positivrechtlich

- Becker, W.: Kleines Handbuch des Jugendschutzes, Berlin 1957 (Stümmer, 57/297).
- Briner, R.: Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit (Diss. Zürich), Wädenswil 1948.
- Böckenförde, W.: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters (Diss. Münster), Berlin 1957 (Wenner, TuG [1957] 393; Krauss, 58/120f).
- Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I: Allgem. Teil. 14. neubearb. Aufl. von H. C. Nipperdey, Tübingen 1952 und 1955 (Paulick, 57/158.)
- Frey, E.: Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht, München 1954.
- Gmür-Lemp: Kommentar zum ZGB. Familienrecht, Bern 1954 (Boehmer, 57/9; vgl. aber Lauterbach, NJW (1956) 1145—1146).
- Jäggi, P.: Das verweltlichte Eherecht, Freiburg/Schweiz 1955 (Bosch, 56/162).
- Hamel, W.: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1957.
- Kaufmann-Nawiasky: Die Gleichheit vor dem Gesetz. Veröff. d. Ver. Staatsrechtslehrer 3 (1927).
- Mandoldt-Klein: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Berlin und Frankfurt 1955² (Bachof, 56/398).
- Nef, H.: Gleichheit und Gerechtigkeit, Zürich 1941 (vgl. Brunner, E.: Gerechtigkeit).
- Neumann-Nipperdey-Scheuner: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954 (vgl. Bachof, 56/399a; Spanner, 57/157b).
- Nikisch, A.: Arbeitsrecht, Bd. I, Tübingen 1955² (Krüger, 57/163).
- Oswald, W.: Formalismus in der Jurisprudenz und materiale Rechtsethik, Freiburg/Schweiz 1957.
- Palandt: BGB, Kurzkommentar, München 1958¹⁷ (zur 16. Aufl. Pohle, 57/436).
- Schindler, D.: Glb von Individuen als Problem des Völkerrechts (Habschr.), Zürich 1957.
- Soergel-Siebert-Vogel: Kommentar zum BGB, Stuttgart 1955⁸ (Paulick, 55/326; Marquardt, 57/242).
- Westermann, H.: Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Köln 1957 (Eisser, 58/74).

3. Geschichtlich

- Günther, H.: Formen und Urgeschichte der Ehe, Göttingen 1951³ (Leist, 58/111).
 Beard, M.: Die Frau als Macht in der Geschichte, Schwäbisch-Gmünd 1951 (anglo-amerikanischer Rechtskreis).
 Conrad, H.: Die Rechtsstellung der Ehefrau in der Gesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts, DKW (1954) 193—198.
 — Die Rechtsstellung der Ehefrau in der Privatrechtsgesetzgebung der Aufklärungszeit, in: Festschrift G. Kallen, Bonn 1957 (Thieme, 57/155a).
 Erle, M.: (vgl. Dissertationen, S. 500).
 Hauser, H.: (vgl. Dissertationen, S. 500).
 Weber, Marianne: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen 1907. — Dazu als Beispiele:
 Leyser, A. v.: Rechtliche Abhandlungen von der Schuldigkeit der Ehemänner ihren Frauen zu folgen, Wittenberg 1742 (ZBibl. Zürich).
 Rölin, K. L.: Abhandlungen von den besonderen weiblichen Rechten, 2 Bde., Mannheim 1775 und Stuttgart 1779 (ZBibl. Zürich).

4. Soziologisch

- Böhm, A.: Die Frau in der modernen Gesellschaft. Auswertung der Ergebnisse einer Rundfrage, Wort und Wahrheit (1954) 649—662; 739—754; 833—849.
 Fröhner-Stackelberg-Eser: Familie und Ehe. Probleme in den deutschen Familien der Gegenwart, Bielefeld 1956 (Schelsky, 56/369ff.).
 Horkheimer, M.: Autorität und Familie (Institut für Sozialforschung. Studien über Autorität und Familie Bd. V), Paris 1936.
 König, R.: Materialien zur Soziologie der Familie, Bern 1946.
 Mayntz, R.: Die moderne Familie, Stuttgart 1955 (Hunger, Zeitwende [1957] 205).
 Schelsky, H.: Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, Stuttgart 1955³.
 — Der Vater und seine Autorität, Wort und Wahrheit (1953) 663—672.
 — Soziologie der Sexualität, Hamburg 1955 (Middendorff, 57/165; Oberndörfer, Zeitschr. f. Religions- und Geistesgeschichte [1957] 93—95).
 Wurzbacher, G.: Leitbilder gegenwärtigen deutschen Familienlebens, Stuttgart 1954² (Monzel, 56/212ff.; vgl. Die Familie im Umbruch (siehe S. 493) 4).
 Sociologie comparée de la famille contemporaine (Colloques Internationaux du Centre National de la Recherche Scientifique), Paris 1955.
 Fougeyrollax, P.: Prédominance du mari ou de la femme dans le ménage, Population (1951) 83—102.

5. Biologisch

- Giese, H. (Hrsg.): Die Sexualität des Menschen, Stuttgart 1955.
 Hudeczek, M.: Zur Differenzierung der Geschlechter in biologischer Sicht, FZPT (1957) 257—272.
 Kreutz, H.: (siehe S. 486 (aa)).

6. Psychologisch

a) allgemein (vgl. S. 243, Anm. 171)

- Beauvoir, S.: Das andere Geschlecht. Sitte und Sexus der Frau, Hamburg 1952.
 Buschmann, E.: Die Frau als Frage, Hochland, April 1956, 308—319.
 Buytendijk, F. J. J.: Die Frau — Natur, Erscheinung, Dasein, Köln 1953.
 Deutsch, H.: Psychologie der Frau. 2 Bde., Bern 1948.
 Graber, G.: Die Frauenseele, Zürich 1951.
 — Psychologie des Mannes, Bern 1957.
 Hattingberg, H. v.: Über die Liebe, München 1949.
 Kampmann, Th.: Anthropologische Grundlagen ganzheitlicher Frauenbildung.
 Bd. I: Die Methodologie der Geschlechterdifferenz und die Physiologie des Frauenwesens. Bd. II: Die Psychologie des Frauenwesens, Paderborn 1947².
 Kinsey, A. C.: Das sexuelle Verhalten der Frau, Frankfurt 1954 (vgl. Anm. 171 [S. 243]).
 — Das sexuelle Verhalten des Mannes, Frankfurt 1955 (vgl. Lutz).
 Lersch, Ph.: Vom Wesen der Geschlechter, München 1950.
 Lutz, H.: Das Menschenbild des Kinseyrapportes, Stuttgart 1957 (Arnold, Theologische Quartalschrift [1957] 241).
 Metzke, E.: Anthropologie der Geschlechter. Philosophische Bemerkungen zum Stand der Diskussion, Theologische Rundschau (1954) 211—241.
 Neumann, E.: Die große Mutter. Der Archetyp des Großen Weiblichen, Zürich 1956 (Krüger, 57/433b).
 Rutgers, H.: Die beide geslachten. Schetsen voor een wijsgerige sexuologie, Roermond 1952.

b) Mann und Frau in ihrem Verhalten zu Befehl und Gehorsam

- Bitter, W.: Vaterproblem in Psychotherapie, Religion und Gesellschaft, Stuttgart 1954. Darin besonders:
 Michel, E.: Das Vaterproblem heute in soziologischer Sicht, 44—82.
 Rüstow, A.: Autorität und Freiheit, 172—186, 293.
 Bodamer, J.: Der Mann von heute, Stuttgart 1956 (Leist, 57/246).
 Eck, M.: Autorité et liberté entre époux, Etudes (1957) 186—200.
 Jung, C. G.: Die Bedeutung des Vaters für das Schicksal des Einzelnen, Zürich 1949³.
 L'obéissance et la religieuse d'aujourd'hui, Les éditions du cerf, Paris 1951. (Deutsche Bearbeitung: Zürcher, J.: Der Gehorsam, Einsiedeln 1956 [Raitz v. Frentz, GuL (1957) 474]). Darin bes.:
 Henry, A.-M.: Le mystère de la femme et l'obéissance religieuse, 113—128.
 Vgl. auch: Hattingberg, H. v.: 326—340. Lersch, Ph.: 75—76.

C. ZUR GLEICHBERECHTIGUNG VON MANN UND FRAU IN EHE UND FAMILIE

I. In katholischer Sicht

1. Bibliographie

Eger, J.: Der Christ in Ehe und Familie, Augsburg 1956 (mehr pastoral-erzieherisch gerichtet, ist die Schrift wissenschaftlich als bibliographie raisonnée wertvoll).

2. Quellen (kirchliche Äußerungen)

a) Päpstliche

Leo XIII: Arcanum divinae Sapientiae (1888) (Ausgabe: Sämtliche Rundschreiben . . . Leo XIII. [Herder], Freiburg i. Br. 1878 ff., 1. Sammlung, 107—179).

Pius XI: Casti Connubii (1930) (Ausgabe: Marmy, E.: Mensch und Gemeinschaft in christlicher Schau, Freiburg/Schweiz 1945).

Pius XII: Ansprache vom 10. 9. 1941 (Ausgabe: Utz-Groner: Aufbau und Entfaltung des gesellschaftlichen Lebens. Soziale Summe Pius XII, Freiburg/Schweiz 1955; vgl. auch Stichwortverzeichnis (Monzel, 55/191b)).

— Rundfunkansprache vom 14. Oktober 1956 (Auszug in HK, Dez. 1956, 105).

b) Bischöfliche

Der Vorsitzende der Fuldaer Bischofskonferenzen

a) An den Herrn Bundesjustizminister (12. Januar 1952).

b) An den Herrn Bundesjustizminister (15. April 1952).

c) An den Herrn Bundeskanzler (im Dezember 1952).

d) An den Deutschen Bundestag (30. Januar 1953) (IFS 3).

Hirtenwort der deutschen Erzbischöfe und Bischöfe zur Neuordnung des Ehe- und Familienrechtes (30. Januar 1953).

Stellungnahme des Kath. Episkopats zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin, 28. August 1954 (in FamRZ (1954) 231).

3. Stellungnahmen kath. Organisationen

Die bedeutendste: Stellungnahme des Kath. Deutschen Frauenbundes, des Berufsverbandes kath. Fürsorgerinnen, des Kath. Fürsorgevereins für Mädchen, Frauen und Kinder (25. Januar 1952) (IFS 36). — Vgl. ferner:

Die Familie, ihre Krise und Überwindung (3. Kath. Soz. Woche 1951 in München), Augsburg (vgl. Bosch, FRR 67).

Das Familienrecht auf dem 1. intern. Kongress kath. Juristen, HK, Dez. 1953, 111. Famille d'aujourd'hui (44e Semaine Sociale de France, Bordeaux 1957), Lyon 1958 (vgl. HK, Nov. 1957, 96—102). Darin bes.:

Brèthe de la Gressaye, J.: Les problèmes actuels du statut familial, 287—313 (vgl. Savatier, ebd. 276).

4. Darstellungen

a) zur Frauenfrage

- Cathrein, V.: Die Frauenfrage, Freiburg i. Br. 1909³.
 Mausbach, J.: Die Stellung der Frau im Menschheitsleben, M.-Gladbach 1906.
 Rösler, A.: Die Frauenfrage, Freiburg 1907 (ähnlich wie das Werk von Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen 1907, ist auch das Röslers beim Fehlen einer ähnlichen Gesamtdarstellung auch heute noch heranzuziehen).
 Rondet, H.: *Eléments pour une Théologie de la femme*, Nouvelle Revue Théologique (1957) 915—940 (ergänzt Rösler durch das neuere franz. Schrifttum, bietet aber kaum eine „Theologie der Frau“).
 Rudolf, K. (Hrsg.): Um die Seele der Frau. Die Frau von heute in pastoraler Schau (Wiener Seelsorgertagung 1953), Wien 1954. Darin besonders:
 Kapfhammer, F.: Psychologie und Ethik des Mann-Frau-Verhältnisses, 34—43.
 Lechner, H.: Die Frau als Mutter, 44—58.
 Leitmaier, Ch.: Die Frauenfrage gestern und heute, 9—18.
 Scherer, A.: Die Frau (vgl. S. 479 (1)).
 Schöllgen, W.: Die soziologischen Grundlagen der kath. Sittenlehre, Düsseldorf 1953. Darin: Frauenfrage und Frauenbewegung, 141—151.

b) zu Ehe und Familie

aa) allgemein

- Leclercq-David (vgl. S. 479 (1)).
 Ehe und Familie. Grundsätze, Bestand und fördernde Maßnahmen, hrsg. von A. und R. Scherer, Freiburg i. Br. 1956. (Hauptgewicht liegt auf dem Dritten. Ehe und Familie als natürliche Rechtsgemeinschaften werden kaum beachtet.)
 Joyce, G. H.: Die christliche Ehe, Leipzig 1934.
 Picard, M.: Die unerschütterliche Ehe, Zürich 1942.
 Schmidt, W.: Sechs Bücher von der Liebe, Ehe und Familie, Luzern 1945.
 Ehe und Familie als Fragen der Zeit, hrsg. v. erzbischöflichen Seelsorgeamt Köln 1950. Darin besonders:
 Kreutz, H.: Von den biologischen Gegebenheiten der Ehe und Familie, 9—55.
 Graf, O.: Die geistig-seelische Lebenssituation der Familie von heute, 57—76.
 Viollet, J.: Vom Wesen und Geheimnis der Familie, Salzburg 1954 (versch. Verf.; siehe Savatier (S. 487)).
 Zu neueren Ehebüchern vgl. Die Welt der Bücher (Beilage zur HK), Weihnachten 1954, 85—90.

bb) Spezialfragen

Ehezweck und Ehedefinition

- Perego, A.: Fine ed essenza della società coniugale, Divus Thomas Piacenza (1953) 343—361; (1954) 25—53.
 Zeiger, I.: Nova matrimonii definitio? Periodica (1931) 37—59.

Ehetrennung

Pfab, J.: Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft nach göttlichem, kirchlichem und bürgerlichem Recht, Salzburg 1957.

Theologie der Ehe und Familie

Berg, L.: Zur Theologie der Familie, Paderborn 1955 (auch über die Familie als rechtliche Gegebenheit).

Fieger, E.: Zur Theologie der Familie, Carl-Sonnenschein-Blätter (1954) 89—93; 186—192.

Soziologie der Ehe und Familie

Geck, A.: Gestalt und Gestaltung der Familie, Carl-Sonnenschein-Blätter (1954) 94—107.

Häring, B.: Soziologie der Familie, Salzburg 1954 (Utz, A. F.: FZPT (1956) 90; vgl. S. 490).

Ethnologie der Ehe und Familie

Koppers, W.: Ehe und Familie, in: Vierkandts Handwörterbuch der Soziologie, 1931.

Schmidt, W.: Familie, in: Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1935.

Ehe und Familie als Rechtsgemeinschaften als juristische Person

Savatier, R.: Die juristische Realität des „Wesens der Familie“ und ihre Postulate, in: Viollet (siehe S. 486 (aa); dazu S. 498 (a)).

als Vertrag

Ternus, J.: Vertrag und Band der christlichen Ehe als Träger der sakramentalen Symbolik, Divus Thomas Freiburg (1932) 451—474; (1933) 202—202.

als hierarchisch strukturiert

Brunet: Le mari est le chef de la femme, Mon Village (1955) 7ff.

Cathrein, V.: Die Autorität in der Familie nach theistischer-christlicher Auffassung, in: Cathrein, Die Frauenfrage, 65—83.

Krösbacher, Fr. S. v.: Muß meine Frau mir gehorchen? Der große Entschluß (1957) 256—259.

— Vom Gehorsam der Ehefrau. Der große Entschluß (1957) 407—410.

Lestapis, St.: L'autorité dans la société conjugale, Christus (1955) 495—515 (mit weiterer Literatur aus dem franz. Sprachraum).

Lochet, L.: Autorité et amour dans la vie conjugale, L'Anneau d'Or (1956) 108—121.

Picard, M.: Die Autorität des Mannes in der Ehe, in: Die unerschütterliche Ehe, 103—108.

Reidick, G.: Die hierarchische Struktur der Ehe, München 1953 (vgl. S. 179 und S. 490).

- Risk, J.: De potestate maritali, Periodica de re morali, canonica et liturgica (1954) 5—24.
- Scherer, R.: Stellung von Mann und Frau in der Familie, in: Ehe und Familie (vgl. S. 486 (aa)), Sp. 14—18.
- Wint, J. de: Autorité maritale et émancipation de la femme, Nouvelle Revue Théologique (1938) 583—600.
- Amour-Autorité-Autonomie, Foyers (Revue de la famille ouverte) Oct.—Déc. 1953. Darin bes.:
- Folliet, J.: Revendications féministes et autorité familiale, 301—305.
- Heon-Canonne, J.: Le femme devenue chef de la famille, 311—318.
- Weyergans, F.: La volonté du père, 344—351.

zur Familienrechtsreform

Theologen (oft im Sinne der Naturrechtslehre)

- De Vries, J.: Ethica, nr. 361—365.
- Fellermeier, J.: Das Problem der Glb von Mann und Frau und die FRR in der Bundesrepublik, Klerusblatt (1954) 353—358.
- Abriß der kath. Gesellschaftslehre, 161—162.
- Ermecke, G.: Zur Reform des Ehe- und Familienrechtes. Allgemeine sozialwissenschaftliche Grund- und Leitsätze (DKW) 1951, 259—266.
- Zur Glb von Mann und Frau und zur Reform des Ehe- und Familienrechtes in Deutschland, Die christliche Frau (1953) 75—81.
- Mausbach-Ermecke: Moraltheologie, Bd. 3, Münster 1953 (S. 21 ff.).
- Hirschmann, H.: Die Familie unter dem Kreuz, erzbischöfl. Seelsorgeamt Köln 1952.
- Die innerfamiliäre Glb von Mann und Frau in kath. Sicht, Referat vom 6. Juli 1952 vor dem Familienrechtsausschuß der CDU (Abzugsverfahren).
- Die kirchliche Stellungnahme zur FRR in der Bundesrepublik, HK, März 1953, 276—282.
- Der Kampf um die FRR in der Bundesrepublik, HK, April 1954, 340—343. (Die Artikel der HK erscheinen nicht gezeichnet. Die beiden eben angeführten sind aber offensichtlich von Hirschmann und werden daher unter seinem Namen zitiert).
- Der Mann das Haupt der Frau, GuL (1953) 39—43.
- Gehorsam in der Welt, GuL (1956) 39—45.
- Heinrich, J.: Die Stellung der Frau in der Familie, Priester und Arbeiter (1951) 147—152.
- Hofmann, L.: Die Gleichstellung von Mann und Frau im kommenden Familienrecht, Trierer Theol. Zeitschrift (1952) 156—164.
- Jarlot, St.: Il nuovo diritto matrimoniale tedesco, Civiltà Cattolica (1952) I, 247—261.
- Mörsdorf, K.: Mann und Frau in den Ordnungen von Ehe und Familie (DKW) 1951, 247—258.
- Die hierarchische Struktur von Ehe und Familie, StdZ 151 (1953) 322—336.

- Die rechtliche Stellung von Mann und Frau in Ehe und Familie nach kanonischem Recht, FamRZ (1954) 25—30.
- „Der hohe Preis der zivilen Ehe“, FamRZ (1954) 123.
- Besprechung von Häring, Die Soziologie der Familie, FamRZ (1955) 119; 248.
- Nell-Breuning, O. v.: Die Frau im Recht, in: Die Frau, 215ff. (vgl. S. 479 (1)).
- Ehe und Familie, Vortrag vom 8. Oktober 1953 bei den Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung in Bad Salzschlirf, Homburg v. d. H. o. J. [zit. nur mit Seitenzahl des Sonderdruckes]. (Vgl. StdZ 161 (1958) 349).
- Prinz, F.: Die Familie als Gemeinschaft, I. Teil: Die Lebensgemeinschaft (Christlichsoziale Werkbriefe, Nr. 18), München 1955.
- Wagner, E.: Die Glb von Mann und Frau, Augsburg 1954.
- Wennemer, K.: Jedoch ist weder der Mann ohne die Frau, noch die Frau ohne den Mann im Herrn, GuL (1953) 288—298 (zur bibelexegetischen Frage).
- Welty, E.: Herders Sozialkatechismus, Bd. 2, 14; 42.
- Zeiger, I.: Glb der Frau, StdZ 150 (1952) 113—123.
- Glb der Frau und neues Familienrecht, StdZ 150 (1952) 176—186.

Juristen (oft ebenfalls mit naturrechtlichen Gesichtspunkten)

- Bosch, W.: Familienrechtsreform (FRR), Siegburg 1952 (Borgmann, Caritas (1952) 194).
- Leitsätze zur Neuordnung des Familienrechts, Jahresbericht der Görresgesellschaft 1952, 70—72.
- Grundsätzliche Auseinandersetzung um die Rechtsordnung in Ehe und Familie, Regensburg 1952/53.
- Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Der Deutsche Rechtspfleger, Sonderheft, Bielefeld 1954 (SH).
- Neue Rechtsordnung in Ehe und Familie (NRO), Siegburg 1954 (Giese, 54/132).
- Bemerkungen zum „Gleichberechtigungsgesetz“, FamRZ (1957) 189—196.
- Conrad, H.: Grundprobleme einer Familienrechtsreform (DKW) 1951, 239—246; 383—390.
- Grundprobleme einer Reform des Familienrechtes, Sonderabdruck aus Arbeitsgemeinschaft des Landes Nordrhein-Westfalen, Köln 1954 (Paulick, 55/325).
- Der gegenwärtige Stand der Familienrechtsreform (DKW) 1954, 65—76.
- Gritschneder: Gesetzlose Gleichberechtigung, StdZ 152 (1952) 462—465.
- Herderkorrespondenz 1950/51: Die Glb der Frau und ihre Grenzen im Familienrecht, 89—93.
- Die Reform des deutschen Ehe- und Familienrechts in christlicher Sicht (Bericht über die Tagung des kath. Akademikerverbandes in Bonn vom 10./11. März 1951), 375—377.
- Klein, F.: Die Familie im Brennpunkt werdenden Rechtes in Deutschland, Caritas (1951) 51—61.
- Familienrecht, Art. im Lexikon für Pädagogik, Freiburg i. Br. 1952.

- Wer bestimmt das religiöse Bekenntnis des Kindes? (Das RelKG unter der Rechtsnorm der Glb von Mann und Frau), Caritas (1955) 177—184.
- Klüber, F.: Die Familie, Grundfragen der christlichen Soziallehre, IV. Teil, Münster 1954 (vgl. S. 480).
- Richter, H.: Die Krise der Familie und das Recht, Priester und Arbeiter (1951) 238—247.
- Abschied von der Familie, Deutsche Rundschau (1951) 822—827.
- Wuermeling, Fr.-J.: Familie ohne Autorität? Die Verschiedenheit der Funktionen widerspricht nicht der Glb von Mann und Frau, Rheinischer Merkur, 11. Januar 1957 (vgl. auch BTDebatte II (12. Februar 1954) 487—493).

Frauen

- Friedemann, M.: Die kath. Frau zur Familienrechtsreform, Die christliche Frau (1952) 97—103.
- Fricke, E.: Familienrechtsreform, Carl-Sonnenschein-Blätter (1954) 108—116.
- Grosse-Schönepeauk, H.: Die Lehre der christlichen Kirchen vom „Letztentscheidungsrecht“ in Ehe und Familie, Carl-Sonnenschein-Bl. (1954) 117—120.
- Reidick, G.: Ein Vertrag als Sakrament, Lebendiges Zeugnis (1951) 34.
- Die rechtliche Stufung der Ehe. Ein Beitrag zur hierarchischen Ordnung (DKW) 1952, 263—274.
- Die hierarchische Struktur der Ehe, Münchner theol. Studien, München 1953 (Krauss, 54/24; Janssen, A.: L'objet essentiel du contrat matrimonial, Ephemerides Theologicae Lovaniensis (1954) 81—84).
- Solltman, J.: Die sozialen und religiös-sittlichen Grundlagen der Familienrechtsreform, Referat an der 13. Generalversammlung des Kath. Deutschen Frauenbundes in Bonn, 26. Juli 1952, als Manuskript gedruckt (gekürzt in: IFS 60—63).
- Weber, H.: Der neue Gesetzentwurf über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, Die christliche Frau (1954) 40—42.
- Beruf und Familie, Die christliche Frau (1953) 81—83.
- Die Gleichberechtigung der Frau in der großen Debatte der Weltöffentlichkeit, Die christliche Frau (1954) 97—100.
- BTDebatte II (12. Februar 1954) 512—515 B.
- BTDebatte III (3. Mai 1957) 11775 D — 11776 D.
- Das Gesetz über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, Die christliche Frau (1957) 100—113.

Von der allgemein vertretenen Meinung mehr oder weniger abweichend (weitere Angaben bei Krüger, H.: DRiZ (1953) 83 Anm. 10; vgl. auch S. 333)

von theologischer Seite

- Häring, B.: Soziologie der Familie, Salzburg 1954 (Mörsdorf, 55/119).
- Anti-Kritik, FamRZ (1955) 248 (Mörsdorf, ebd.). (Häring weicht wenigstens insofern von der allgemeinen Ansicht ab, als er die Möglichkeit eines staatlichen Schutzes des ER wenn auch nicht unbedingt bestreitet, so doch sehr

in Frage stellt. So kommt er jener in den „Kasseler Vorschlägen zur Familienrechtsreform“ vertretenen evangelischen Ansicht mindestens sehr nahe.)

Pinsk, in: Frau und Mutter (1952) 7.

Schöllgen, W.: Soziologische Gesichtspunkte zur FRR, Referat vom 15. November 1952 vor dem Familienrechtsausschuß der CDU (Abzugsverfahren). (Schöllgen meint, das GG fordere die „Demokratisierung der Ehe“, 12; vgl. aber Die soziolog. Grundlagen, 146.)

von juristischer oder publizistischer Seite

Dirks, W.: Soll er ihr Herr sein? Über die Glb der Frau. Frankfurter Hefte (1952) 825—837.

Krauss-Flatten, M.: Gedanken einer kath. Ehefrau zur Glb, Caritas (1952) 195—198.

— Zum Entscheidungsrecht in der Ehe, IF (1953) Anlage C.

Krüger, H.: Gedanken zur Familienrechtsreform, Hochland, August 1952, 542—551.

— Die Nichtverwirklichung der Glb im Regierungsentwurf zur Familienrechtsreform, JZ (1952) 613f.

— Zur Auslegung des Grundsatzes der Glb, DRiZ (1953) 82—85.

Ruckstuhl, L.: Zur Problematik der Glb von Mann und Frau im Familienrecht, Schweizer Rundschau (1954) 206—216. (Vgl. Cahiers du Droit, mars 1954.)

Schmid, H.: Glb in kath. Sicht, Gewerkschaftliche Monatshefte (1954) 22—27.

II. In evangelischer Sicht

1. Bibliographie

Literaturhinweise zu Fragen der Ehe, Trauung und Familie (15. Februar 1954) (Abzugsverfahren), herausgegeben von der Pressestelle des Lutherischen Kirchenamtes, Hannover-Herrenhausen.

Zeitschrift für Evangelische Ethik (Studien — Kommentare — Dokumente) 1957ff.

2. Quellen (gesammelt in):

Familienrechtsreform (FRR). Dokumente und Abhandlungen, hrsg. v. Hans Adolf Dombois und Friedrich Karl Schumann, Wittenbach-Ruhr 1955.

Über den Verlauf der innerkirchlichen Diskussion vgl.:

Ehe und Eherecht, hrsg. v. Friedrich Karrenberg und Klaus von Bismarck (Eherecht). Darin: Ranke, H.: Hauptprobleme des künftigen Familienrechtes, 53—66. Karrenberg-Pathe: Die Diskussion zur Frage der Eherechtsreform, 67—78.

Evang. Soziallexikon (Glb).

Ranke, H.: Evang. Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht, in: Ehe und Familie (hrsg. v. Scherer; siehe S. 486 (aa)), 73—82.

3. Stellungnahmen

- Denkschrift der Evang. Forschungs-Akademie Christophorus-Stift Hemer (Westfalen). Enthaltend:
 Schumann, F. K.: Grundsätzliche Fragen zum evang. Verständnis der Ehe.
 Bettermann, K. A.: Der Grundsatz von der Glb der Geschlechter und das geltende Familienrecht (Abzugsverfahren).
 Evang. Frauenarbeit in Deutschland, in: IFS 36—36.
 Kasseler Vorschläge zur FRR, herausgegeben von der Studiengemeinschaft der Evang. Akademien — Frauenkommission, Bad Boll 1956.
 Stellungnahme der kirchlichen Ostkonferenz zu dem Entwurf eines Familiengesetzbuches der DDR, in: FRR 67 (hier auch ein Auszug aus dem Entwurf, 72—76); FamRZ 54/181 f.

4. Darstellungen

a) allgemein

- Barth, K.: Dogmatik III/4, 1951 (vgl. Marsch, W.-D., Evangelische Theologie [1957] 194—200).
 Bovet, Th.: Die Ehe, ihre Krise und Neuwerdung, Bern 1952⁴ (vgl. Zitation bei Leclercq-D., 301); Neuauflage: Die Ehe, das große Geheimnis, Bern 1957.
 Brunner, E.: Gerechtigkeit, Zürich 1943 (vgl. Zitation bei Bosch, FRR 87; ferner S. 168 Anm. 1).
 — Das Gebot und die Ordnungen, Zürich 1939⁸.
 Greeven, H.: Die Weisungen der Bibel über das rechte Verhältnis von Mann und Frau, in: Eherecht 5—17.
 Oyen, H. van: Liebe und Ehe (Evang. Ethik II), Basel 1957 (Reiner, Phil. Literaturanzeiger [1957] 337—341).
 Piper, A. O.: Die Geschlechter, Hamburg 1954².
 Quervain, A. de: Ehe und Haus (Ethik, II/2), Zürich 1953 (vgl. Eherecht 78; Die Familie im Wandel der Gesellschaft, 10; Dilschneider, 56/400b).
 Reiser, E.: Vom Ursinn der Geschlechter, Berlin 1954 (Schottlaender, Archiv für Philosophie [1957] 156—162).
 Rengstorff, K. H.: Mann und Frau im Urchristentum, Köln 1952 (Lohse, 55/223).
 — Vaterschaft im Neuen Testament, in: FRR 34—41.
 Trillhaas, W.: Mann und Frau. Zur Theologie der Geschlechter, Zeitwende (1957) 450—460.

b) Spezialfragen

- Dombois, H.: Das Problem der Institutionen und die Ehe, in: FRR 132—142.
 Zu dieser Frage auch:
 — (Hrsg.): Recht und Institution, Witten-Ruhr 1956.
 Hahn, E.: Partnerschaft. Ein Beitrag zum Problem der Glb von Mann und Frau (Theol. Berichte über die Vollversammlung des luth. Weltbundes Hannover 1952; Sektion V.: Frauen der Kirche), Nürnberg 1953. (Vgl. Dombois, FRR 87; Liermann, 55/247; Schrey, Theol. Rundschau (1958) 234—236.)

- Wolf, Ernst: „Evangelisches Eherecht?“ in: Festschrift R. Smend, Göttingen 1952, 513—531 (Flatten, Theol. Quartalschrift (1957) 505).
- Die Familie im Umbruch der Gesellschaft, hrsg. v. Fr. Karrenberg und Kl. v. Bismarck, Stuttgart 1954.
- Die Familie im Wandel der Gesellschaft. Denkschrift des soziaethischen Ausschusses der Evang. Kirche im Rheinland. März 1954.
- Weltliche und kirchliche Eheschließung. Grundlagen und Formen des Eheschließungsrechtes, hrsg. v. H. A. Dombois und F. K. Schumann, Gladbeck 1953 (Liermann, 54/259).

c) Zum Entscheidungsrecht und zur Familienrechtsreform

- Althaus, P.: Ehe und Glb, Nachrichten der Evang.-Lutherischen Kirche in Bayern, München (1953) 204—206.
- Altmann, H.: Die Lehre von der biblischen Weisung in ihrer Anwendung auf das moderne Eherecht, in: Eherecht und Menschenrechte, hrsg. v. G. Harder, Berlin-Bielefeld 1951.
- Dombois, H.: Glb der Geschlechter — Fortschritt oder Not? in: FRR 77—88.
- Schumann, K. F.: Die Neuordnung des Ehe- und Familienrechts, Informationsblatt für die Gemeinden in den niederdeutschen lutherischen Landeskirchen, Hamburg (1953) 89—90.
- Zum derzeitigen Stand der Ehe- und Familiengesetzgebung, Evangelisch-Lutherische Kirchenzeitung, Berlin (1953) 369—371.
- Das Namensrecht im Entwurf des Familienrechtsgesetzes (1953), in: Wort und Gestalt, Witten-Ruhr 1956.
- Schwarzhaupt, E.: BTDebatte II (12. Februar 1954) 498 D — 502 A.
- BTDebatte III (3. Mai 1954) 11773 C — 11774 C.
- Frauenfrage, Art. in: Ev. Kirchenlexikon, Göttingen (vgl. Ev. Soziallexikon).
- Wilkens, E.: Gedanken zum ER in Ehe und Familie, Informationsdienst der Vereinigten Ev.-Luth. Kirche Deutschland, Hannover (1954) 51—54.

III. In außerkirchlicher Sicht

(für die Zeitfolge vgl. FRR 16 und BTDebatte III (Anlage 7; Dr. Weber))

1. Amtsdruckschriften

a) (rechtsvergleichendes) Material mit Reformvorschlägen

Denkschrift des Bundesjustizministeriums über die zur Anpassung des geltenden Familienrechtes an den Grundsatz der Glb von Mann und Frau erforderlichen Gesetzesänderung (Denkschrift Hagemeyer — 3 Tle., 1950).

b) Gesetzentwürfe

Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts (Familienrechtsgesetz) mit Begründung, nebst Änderungsvorschlägen des Bundesrates (vom 26. September

1952) und Stellungnahme der Bundesregierung. Drucksache Nr. 3802 des Bundestages, 1. Wahlperiode. Bonn, 23. Oktober 1952 (Entwurf und Begründung I).

Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts mit Begründung, nebst Änderungsvorschlägen des Bundesrates (vom 22. Januar 1954) und Stellungnahme der Bundesregierung. Drucksache Nr. 224 des Bundestages, 2. Wahlperiode. Bonn, 29. Januar 1954 (Entwurf und Begründung II).

Entwurf eines Gesetzes über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Glbgesetz) beschlossen vom (16.) Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht, nebst Berichterstattung über Drucksache 112, 178, 224. Drucksache 3409 des Bundestages, 2. Wahlperiode. Bonn, 25. April 1957 (Entwurf III). (Die Berichterstattung enthält zugleich auch die Begründung für Entwurf III; wir zitieren sie nach der Anlage 7 zu BTDebatte III, vgl. S. 495.) Dazu vgl. auch:

Massfeller und Reinicke: Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Glb von Mann und Frau in der Fassung des Unterausschusses „Familienrechtsgesetz“ des Bundestages, Sonderdruck (Bundesanzeiger Nr. 59 vom 26. März 1957).
Schwarzhaupt, E.: Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. Bericht über die Vorschläge des Familienrechts-Unterausschusses des Bundestages, FamRZ (1957) 33—37.

Endres, A.: Zur Ehe und Familienrechtsreform, IF November 1956, 3.

c) Debatten und Beratungen

aa) im Parlamentarischen Rat [für das GG]

(vgl. Hagemeyer, IFS 54; Begründung I/40).

17. Sitzung am 3. Dezember 1948 (zu Art. 3/2 GG) [Bericht 205 ff.].

21. Sitzung am 7. Dezember 1948 (zu Art. 6 GG) [Bericht 239 ff.].

42. Sitzung am 18. Januar 1949 (3/2 GG) [Bericht 538—544].

43. Sitzung am 18. Januar 1949 (zu Art. 6 GG) [Bericht 547 ff.].

bb) im Bundesrat (BR) [Vertretung der Bundesländer]

92. Sitzung am 26. September 1952 (BR Sitzungsbericht I).

118. Sitzung am 22. Januar 1954 (BR Sitzungsbericht II).

177. Sitzung am 24. Mai 1957 (BR Sitzungsbericht III berührt unsere Frage nicht mehr; vgl. Bosch, 57/231 b).

cc) im Bundestag (BT) [Vertretung des Volkes]

20. Sitzung des 1. BT am 2. Dezember 1949 (zu Art. 3/2 GG) [Bericht 623] (vgl. Begründung I/40 b).

239. Sitzung des 1. BT am 27. November 1952 (BTDebatte I).

15. Sitzung des 2. BT am 12. Februar 1954 (BTDebatte II). (Dazu Hirschmann, HK (1954) 340—343.)

206. Sitzung des 2. BT am 3. Mai 1957 (BTDebatte III). Der Sitzungsbericht enthält neben dem Debattenstenogramm und den namentlichen Abstimmungsergebnissen als

Anlage 7: (nochmals) die Berichterstattung des 16. Ausschusses (vgl. Entwurf III); wir zitieren nach Anlage 7 (11824 D — 11863 D).

Anlage 8: Änderungsantrag Dr. Weber (Wiederherstellung des § 1354 E II).

Anlage 9: Änderungsantrag SPD (§ 1357 mit beidseitiger Schlüsselgewalt; § 1628 ohne väterlichen Stichtentscheid).

Anlage 12: Änderungsantrag Dr. Schwarzhaupt (§ 1628 ohne väterlichen Stichtentscheid).

Anlage 13: Änderungsantrag FDP (§ 1628 ohne väterlichen Stichtentscheid).

Anlage 15: Änderungsantrag FDP (Streichung von § 1628).

2. Parteidruckschriften

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Familienrechts an Art. 3/2 GG, vom Rechtspolitischen und Frauenausschuß der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands entwickelt und vom Parteivorstand gebilligt (SPD-Entwurf). 2. neu durchgesehene Auflage, Bonn, Dezember 1952 (danach zitiert). Eingereicht als Drucksache 178 des Bundestages, 2. Wahlperiode. Bonn, 13. Januar 1954.

Antrag der Fraktion der Freien Demokratischen Partei des Bundestages mit Entwurf eines Gesetzes über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts und über die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete des Familienrechts.

Drucksache 112 des Bundestages, 2. Wahlperiode. Bonn, 2. Dezember 1953.

3. Institutionen und Verbände

Verhandlungen des 38. Deutschen Juristentages in Frankfurt a. M. 1950 (mit den Referaten von Scheffler und Ulmer, der Diskussion und den Entschlüssen), Tübingen 1951 (vgl. SPD-Entwurf, 5; Bosch, FRR 83 Anm. 12; Dombois, FRR 85).

Wolle, W. und Wolle-Egenolf, H.: Der Gleichheitsgrundsatz von Mann und Frau im neuen deutschen Familienrecht, hrsg. vom Büro für Frauenfragen in der Gesellschaft zur Gestaltung öffentlichen Lebens (Frühjahr 1952).

Im übrigen vgl. die Stellungnahmen der (Frauen)verbände in:

Informationen für die Frau:

Stellungnahmen zur Ehe und Familienrechtsreform (1. Sonderheft), April 1953.

Stellungnahmen zum Stichtentscheid, Januar 1957.

Zum „Stichtentscheid“ im Familienrecht, Februar und März 1957.

Zum Familienrecht, April 1957.

Als Einzelbeispiel einer Frau etwa:

- Dressler, J.: Zeitgemäßes Familienrecht — Stichentscheid contra Glb, Haus und Heim, März 1957 (Heft 3) 1—4. Dazu auch:
 — Moderne Hausfrau — moderne Dreiheit: Herz, „Köpfchen“ und Technik, Haus und Heim, Mai 1957 (Heft 5) 2—5.

IV. In juristischer Sicht

(Selbstverständlich gehören die bisher angeführten Autoren, soweit sie juristisch argumentieren, ebenfalls hierher. Deshalb werden die wichtigeren Autoren nochmals genannt; ihre Werke sind den früheren Angaben zu entnehmen. Im übrigen sind die neueren Kommentarausgaben heranzuziehen. Siehe auch die Dissertationen (S. 500).)

1. Zur Familienrechtsreform (vor dem 3. Mai 1957)

- Arnold, E.: Angewandte Glb im Familienrecht. (Ein Kommentar zu der Rechts-situation seit dem 1. April 1953), Berlin 1954 (Bosch, 54/56).
 — Zur Auslegung des Grundsatzes der Glb, DRiZ (1953) 80—82.
 Beitzke, G.: Die Glb der Geschlechter und das Bonner Grundgesetz (14. Bei-
 heft zur Deutschen Rechtszeitschrift), Tübingen 1950.
 — Glb und Familienrechtsreform, JZ (1952) 744.
 — Familienrecht, München 1956⁵ (Pohle, 57/161).
 Bettermann (siehe evang. Stellungnahmen).
 Bosch (siehe kath. Juristen).
 Conrad (siehe kath. Juristen).
 Dölle, H.: Die Glb von Mann und Frau im Familienrecht, JZ (1953) 353—362.
 — Die Glb von Mann und Frau im Familienrecht, in: Festgabe Erich Kaufmann,
 Stuttgart 1950.
 Egger K.: Die Gleichbehandlung von Mann und Frau in der jüngsten familien-
 rechtlichen Gesetzgebung, Zeitschrift für schweiz. Recht (1954) 1—48.
 Dürig, G.: Art. 3 II GG — vom verfassungsrechtlichen Standpunkt gesehen,
 FamRZ (1954) 2—5.
 Engel-Hansen, Frau: Familienrechtsreform — Eheliches Güterrecht. Referat
 auf der Sitzung des Familienrechtsausschusses der CDU Königswinter am
 15. November 1952 (Abzugsverfahren).
 Gerken, H.: Allgemeine Wirkungen der Ehe nach der neuen Rechtslage im
 Familienrecht, MDR (1953) 329—332.
 Hagemeyer M. (siehe außerkirchliche Sicht).
 Hedemann, J. W.: Die Rechtstellung der Frau (Vergangenheit und Zukunft),
 Berlin 1952 (Eisser, 55/120); vgl. JR (1953) 197—199.
 Hübner, K.: Gleiche Rechte für Mann und Frau (14. Beiheft zur Deutschen
 Rechtszeitschrift), Tübingen 1950.
 Klein (siehe kath. Juristen).
 Krüger (siehe kath. abweichende Stellungnahmen).
 Liebisch: Zwei Fragen zur saarländischen Familienrechtsreform, in: Annales
 Universitatis Saraviensis 1954, 192f.

- Mitteis, H.: Familienrecht, Berlin 1949⁴.
 — Die Anpassung des Familienrechts an das Bonner Grundgesetz, Süddeutsche JZ (1950) 241 ff.
 Paulick, H.: Glb von Mann und Frau (bei der Besprechung von Soergel-Siebert-Vogel), FamRZ (1955) 326 b.
 Rüdel, M.: Die Reform in Familienrecht, JR (1951) 744—748; (1952) 49—54.
 Scheffler, E.: Die Glb der Frau (Referat am 38. DJT 1950), Tübingen 1951.
 — Zur Auslegung des Grundsatzes der Glb, DRiZ (1953) 85—88.
 Scheuner, U.: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Familienrechtsreform, in: FRR, 42—46 (in: Ehe und Eherecht, hrsg. v. Karrenberg, 39—52).
 SPD-Entwurf (siehe außerkirchliche Sicht).
 Ulmer: Die Glb der Frau (Referat am 38. DJT 1950), Tübingen 1951.
 Wolle, W. und Wolle-Egenolf, H.: (siehe außerkirchliche Sicht).

2. Zum GlbG vom 18. Juni 1957

- Zur Bibliographie siehe S. 479 (2).
 Becker, W.: Glb — freie Einigung der Eltern, Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt (1957) 189—193.
 Beitzke, G.: Betrachtungen zum neuen Kindschaftsrecht, FamRZ (1958) 7—12.
 Bosch, F. W.: Bemerkungen zum „GlbG“, FamRZ (1957) 189—196; 231—233; Rpfleger (1957) 386.
 — Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht, FamRZ (1958) 81—88.
 Brühl: Der Familienunterhalt nach dem GlbG, FamRZ (1957) 277—283.
 Conrad, H.: Das Gesetz über die Glb von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts (DKW) 1957, 303—316.
 Donau, H.: Das neue Kindschaftsrecht, MDR (1957) 709—712; (1958) 6—10.
 Finke, F.-J.: Erläuterungen zum GlbG, MDR (1957): Allgemeines und Ehe-recht, 449—455; Güterrecht, 514—521; 577—583.
 — Das GlbG (Nebenband zu Erman, W.: Handkommentar zum BGB), Münster 1958.
 Habscheid, W.: Das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ehelichen Kindern nach dem GlbG, Rpfleger (1957) 326—330.
 Krüger-Breetzke-Nowack: Kommentar zum GlbG, München 1958.
 Massfeller-Reinicke: Das GlbG, Köln 1958 (Kommentar) (Beitzke, 58/167).
 Meyer, K.: Die Gestaltung der persönlichen Wirkungen der Ehe durch das GlbG, Rpfleger (1957) 285—290.
 Müller-Freienfels, W.: Kernfragen des GlbG, JZ (1957) 685—696.
 Paulick, H.: Das Eltern-Kind-Verhältnis gemäß den Bestimmungen des GlbG, FamRZ (1958) 1—7.
 Reinicke-Schwarzhaupt: Die Glb von Mann und Frau nach dem GlbG, Stuttgart 1957 (Kurzkommentar) (Beitzke, 58/168).
 Schwab, K. H.: Ehe und Familie im Lichte des GlbG, Erlangen 1958.
 Weber, H.: (kath. Frauen).

3. Zur Familienrechtsreform in der Sowjetzone

Hagemeyer, M.: Das Familienrecht in der Sowjetzone, Bonn 1956 (Krüger, 57/241b).

Brunn, W.: Das neue Eherecht der Sowjetzone, FamRZ (1956) 3—5.

Conrad, H.: Das neue Eherecht der Sowjetzone (DKW) 1957, 45—48.

Die Stellungnahmen der Kirchen S. 485 (b); S. 492 (3).

Zu den Gerichtsentscheiden:

Beitzke, G.: Zur Anerkennung sowjetzonaler Eheurteile, FamRZ (1957) 36—39.

Ferner: Bosch, SH 18; Scheuner, FRR 46; 48; Schultz, MDR 53/275; als Beispiele: OLG Stuttgart, 57/388; OLG Celle, 57/390.

4. Zur Familienrechtsreform in der Schweiz

Sozialdemokratische Frauengruppen der Schweiz: Der neuen Zeit ein neues Recht. Ist die Stellung der Frau in unserem Familienrecht revisionsbedürftig? Zürich 1957.

Deschenaux, H.: Revision du régime matrimonial, Bâle 1957 (auch in: Zeitschr. f. schweiz. Recht (1957) 423a—594a); darin bes.:

La nécessité d'une autorité dans le mariage, 441a—468a.

Egger (siehe S. 496).

Grossen, J. M.: L'égalité de l'homme et de la femme au regard du droit de la famille, Leçon inaugurale, Neuchâtel 1957.

Stocker, W.: Zum schweizerischen Ehegüterrecht, Revisionspostulate und Auslegungsfragen, Basel 1957 (auch in: Zeitschr. f. schweiz. Recht (1957) 329a—414a).

Schweizerischer Juristenverein: Protokoll der 91. Jahresversammlung in Rheinfelden (7.—9. Sept. 1957), Basel 1957 (Stellungnahmen zu Deschenaux und Stocker).

5. Zur belgischen Familienrechtsreform

a) allgemein

De Page, H.: Traité élémentaire de Droit civil belge, tome I, Bruxelles 1948; (nr. 709—776).

— Complément [vol. I] du tome I du Traité, Bruxelles 1951 (nr. 713ff).

Ciselet, G.: Commentaire de la loi du 20 juillet 1932 sur les droits et devoirs respectifs des époux. Texte legal et travaux parlementaires, Bruxelles 1932.

Dabin, J.: Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge, Bruxelles 1947.

— Le droit subjectif, Paris 1952 (222 ff.; 250 ff.). (Vgl. Anm. 153 (S. 229)). — [Vgl. auch:

— Le problème de la personnalité morale de la famille, Bulletins de l'Acad. Royale de Belgique, Classe des Lettres et Sc. mor. et pol. (1949) 329—358. — Dazu Anm. 174 (S. 103); ferner:

Savatier, R.: Métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, Paris 1948 (La famille en tant que sujet de droit, 89—115; bes. 117 ff.; Le contrôle de la puissance paternelle).

- L'engagement des époux et l'institution familiale, dans: *Famille d'aujourd'hui*, 271—285 (siehe S. 485 (3)).]
- Onclein, W.: Il concetto del matrimonio nel diritto belga, *Il Diritto Ecclesiastico* (1951) 128—135.
- Orianne, P.: Le statut de la femme mariée: projets et réforme, *Annales de droit et de sciences politiques* (1956) 349—363.
- Code Familial de l'Union Internationale d'Etudes Sociales de Malines, Paris 1951 (nr. 40; 41; 114—116).

b) zum projet Lilar-Ciselet (Loi du 30 Avril 1958)

- Baetens, F.: La femme mariée et la loi, *Les Dossiers de l'Action sociale catholique* (1958) 95—98.
- Bats-Denis, M. de: L'émancipation juridique de la femme mariée et le projet Lilar, *Les Dossiers* (1958) 99—107.
- Renard, C.: La réforme du statut de la femme mariée en Belgique, *Revue internat. de droit comparé* (1958) 39—55.
- Rutsaert, J.: La destruction de la famille par la loi, *Journal des Tribunaux* (1958) 69—72 (nr. 11—21) (vgl. Fontigny, *Journal des Trib.* (1958) 116—117; Moureaux, *Le Soir*, 14. Fev. 1958, édit. de nuit, p. 1).
- Van Hee, Z.: De plaats van de vrouw in gezin en maatschappij, *Universitas* (1958) 101—104.

c) Amdtsdruckschriften (vgl. *Moniteur Belge* (1958) 3720 note)

Sénat

a) Documents parlementaires

- Projet de loi relatif aux droits et devoirs respectifs des époux [Reg.-Entw. von Justizminister Lilar]. — Sénat de Belgique, Session de 1956—1957, Séance du 19 déc. 1956 [Document 69]: Exposé des motifs, 1—13; Projet de loi, 14—26; Avis du Conseil d'état, 27—45.
- Rapport de la Commission de la Justice chargée d'examiner le projet de loi relatif aux droits et devoirs respectifs des époux [Rapporteur Mme Ciselet]. — Sénat de Belgique, Session de 1956—1957, Séance du 25 juin 1957 [Document 346]: Rapport, 1—30; Texte présenté par la Commission, 31—46.
- Texte adopté, Session 1957—1958, Doc. 41.
- Rapport complémentaire, Session 1957—1958, Doc. 46.
- Texte transmis par la Chambre, Session 1957—1958, Doc. 243.

b) Annales parlementaires

- 3 juillet, 13, 14, 19, 20, 21, 26 et 27 novembre 1957.
- 2 avril 1958.

Chambre des Représentants

a) Documents parlementaires

- Projet de loi transmis par le Sénat, Session 1957—1958, Doc. 811/1.
- Amendements, Session 1957—1958, Doc. 811/2; 811/3; 811/4 et 811/6.
- Rapport, Session 1957—1958, Doc. 811/5.

b) Annales parlementaires

12 et 13 mars 1958.

Publication

Moniteur Belge — Belgisch Staatsblad, 10 mai 1958, 3719—3730.

V. Dissertationen

Bächtiger, F.: Die personenrechtlichen Wirkungen der Ehe nach kanonischem Recht mit Berücksichtigung des ZGB, Freiburg/Schweiz, 1916.

Bommert, L.: Gemeinschaftliche und persönliche Angelegenheiten der Ehegatten im persönlichen Eherecht, Heidelberg 1938.

Bumiller, H.-W.: Zur Entwicklung und Durchsetzung des Gedankens der Gleichberechtigung von Mann und Frau im Deutschland des 19. und 20. Jahrhunderts, Freiburg i. Br. 1953 (Abzugsverfahren).

Engel, P.: Die personenrechtliche Stellung des Vaters in der neueren deutschen Privatrechtsentwicklung, Köln 1939.

Erle, M.: Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Göttingen 1952.

Hauser, H.: Die geistigen Grundlagen des Eherechts an der Wende des 18. und 19. Jahrhunderts, Heidelberg 1940.

Kleinewefers, A.: Ehefrau und ehemännliches ER, Bonn 1938.

Kremer, B.: Besitz und Besitzberechtigung der Ehegatten an Hausrat und Ehwohnung, Bonn 1956 (Abzugsverfahren).

Krumwiede, E.: Die personenrechtliche Stellung der berufstätigen Ehefrau im zukünftigen Recht, Freiburg i. Br. 1953 (Abzugsverfahren).

Marchtaler, H. v.: Das Recht auf eheliche Lebensgemeinschaft und sein Schutz, (Tübingen) Stuttgart 1932.

Messmer, K.: Die persönliche Rechtsstellung der Frau in der Ehe unter dem Gesichtspunkt der Glb, Freiburg 1952 (Abzugsverfahren).

Meyer, H.: Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Glb, Zürich 1937.

Peterseim, A.: Die Schlüsselgewalt im neuen Familienrecht, Bonn 1956 (Abzugsverfahren); (vgl. FamRZ 56/171).

Reidick, G.: (siehe kath. Frauen).

Schmitz, R.: Die elterliche Gewalt der Mutter, Greifswald 1920.

Signer, P.: Die ehemännliche Autorität im heutigen Eherecht, Zürich 1938.

Ferner:

Wolters, G.: Das Autoritätsproblem in der Familie, Köln 1955 (vgl.: Bremme, G.: Die politische Rolle der Frau in Deutschland, Göttingen 1956, 277 Anm. 12).

PERSONENVERZEICHNIS

Gegenüber den Anmerkungen sind Namen, vor allem Bezeichnungen, vervollständigt. Hauptstellen, besonders solche mit wörtlicher Wiedergabe, sind kursiv, bibliographische Schlüsselstellen, sowie Fundorte weiterer bibliographischer Angaben fett gedruckt.

Abkürzungen: s = siehe; a = auch

- | | | |
|---|---|--|
| Adam, A. 232, 234 | Bayerische Frauen (organisationen) 366 | Berthold, L. 215 |
| Adenauer, K. 347 | Beauvoir, S. de 243, 484 | Bertrams, W. 93, 103, 134 |
| Ahrens, H. 286 | Beard, M. 483 | Berufstätige Frauen (s Deutscher Verband) |
| Akademikerinnen (bund) (s Deutscher) | Bebel, A. 14, 333 | Bettermann, K. A. 1, 16, 23, 25, 87, 94, 198, 200, 201, 213, 219, 229, 273, 274, 492 , 496 |
| Alebrand, H. 313 | Beck, C. H. 459 | Binswanger, L. 252 |
| Althaus, P. 176, 302, 323, 324, 452 , 493 | Becker, H.-J. 88 | Bischöfe, kath. 1, 130, 156, 173—176, 219, 220, 273, 297, 305, 307—309, 312, 313, 341, 350, 485 |
| Altmann, H. 176, 310, 493 | Becker, W. 315, 341, 347, 473, 482 , 497 | (Landes)bischof, evang. (s Haug) |
| Anwaltverein (s Deutscher) | Begründung I 60, 62, 75, 87, 98, 99, 306, 310, 333, 334, 372, 454 , 455 , 494 | Bismarck, K. v. 491, 493 |
| Aristoteles 233 | Begründung II 98, 494 | Bitter, W. 243, 289, 484 |
| Arnold, E. 16, 51, 60, 77, 99, 101, 325, 337, 364, 367, 445, 496 | Beitzke, G. 13, 14, 21, 37, 62, 64, 66, 73, 75, 76, 78, 90, 94, 98, 109, 175, 177 , 185, 187, 194, 198, 213, 215 , 222, 229, 273, 293, 297, 313, 317, 353, 370, 392, 427, 446, 448, 473, 479, 496 —498 | Bleibtreu 357 |
| Augustinus 302 | | Blondel, M. 119 , 152 |
| Bachof, O. 12, 23, 88, 482 | | Böckenförde, W. 68, 92, 482 |
| Bächtiger, F. 500 | Beltrao, P. 152 | Bodamer, J. 484 |
| Baetens, F. 215, 499 | Bender, L. 103 | Böhm, A. 483 |
| Bährnisch, D. 21 | Berg, L. 487 | Boehmer, G. 213, 220, 313, 353, 372, 392, |
| Bahr, H. 198 | Bernstorff, v. 394 | |
| Barth, K. 243, 492 | | |
| Baumann, J. 401 | | |
| Baumbach-Lauterbach 337 | | |

- 401, 420, 474, 476, 482
 Bommert, L. **500**
 Borgmann, K. 175, 489
 Bosch, F. W. 1, 5, 6, 21, 56, 72, 75, 76, 87, 88, 93, 96, 101, 102, 156, 175, 176, 185, **186**, 192, 198, 202, 204, 205, 207, **208**, **211**, 213, 215, 217, 219, 220, 222, 280, 284, 290, 294, 295, 297, 302, 304, 306, 307, 309—315, 317, 319, 320, 325, 333, 334, 337, 338, 341, 343, 344, 347, 348, 360—364, 368, 370, 372, 392, 394, 396—399, 401, 403—406, 410, 416, 421, 426—430, **432**, 433, 438—440, 450, 473, 476, 482, 485, **489**, 492, 495—**497**
 Böttcher, E. **234**
 Bovet, Th. **492**
 Brecht, A. **4**
 Bremme, G. **500**
 Brète de la Gressaye, J. **485**
 Briner, R. **482**
 Bröckelchen, E. 16, 238
 Brox, H. **479**
 Brück, M. v. 16
 Brugger, W. **4**, **44**, **55**, 115, 132—134, 168, 229, **480**
 Brühl 13, 309, 310, 314, 372, 401, 406, **497**
 Brunet **487**
 Brunn, W. **498**
 Brunner 194
 Brunner, A. **152**
 Brunner, E. 14, 42, 84, 121, 156, 168, 480—482, **492**
 Bruns, H. J. 353, 401
 Bücher, F. **341**
 Bulla, G.-A. 77, 400, 405
 Bülow, A. 233, 234
 Bumiller, H.-W. 14, 60, 66, 76, 87, 89, 90, 109, 312, **500**
 Bundesfrauenausschuß der FDP 337, 387
 du Bus de Warnaffe, M. 475
 Buschmann, E. **484**
 Buytendijk, F. J. (BU) 243—247, 249—**252**, 254, 257, 258, 260, 262, 264, 266, 308, **484**
 Cathrein, V. 194, 199, 220, 264, 273, 302, **486**, 487
 Ciselet, G. **498**, 499
 Conrad, H. 13, 14, 16, 95, 213, 280, 310, 311, 334, **357**, 361, 363, 476, **483**, **489**, 496, 497, **498**
 Cornet, B. **222**
 Costa-Rossetti, J. 140, 170, 273, **287**
 Creifelds 370
 Czermak, F. 302
 Dabin, J. **103**, 229, **498**
 David, J. 83, 134 (s a Leclercq-David)
 De Bats-Denis, M. 474, 475, **498**
 Dehler, Th. 21, 62, 175, **195**, 333
 Deisenhofer, A. 428
 Deman, Th. **238**
 Dembicki, L. **243**
 Deines, v. 16, **445**
 De Page, H. **498**
 Deploige, S. 121, **315**
 Dermine, J. 273
 Deschenaux, H. 101, 176, 194, 199, 202, **206**, 208, 229, 270, 295, 311, 329, 353, 376, **498**
 Deutsch, H. 243, **267**, **484**
 Deutscher Akademikerinnenbund **218**, **318**, 344, 387
 Deutsche Angestellten-gewerkschaft (DAG) 337, 387
 Deutscher Anwaltverein 194, 208, 215, **327**, 328, 369, **371**, **374**
 Deutscher Berufsverband der Sozialarbeiterinnen 325, 337, 339, 369, 387
 Deutscher Frauenring **78** 194, 213, **318**, 325, 362
 Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB) 15
 Deutscher Hausfrauenbund 387
 Deutscher Juristentag (DJT) 21, 369, **495**
 Deutscher Richterbund 399
 De Vries, J. **56**, 183, **480**, 488
 Dilschneider, O. 377, 492
 Dirks, W. 333, **491**
 Dölle, H. 75, 90, 194, **205**, 208, 369, **496**
 Dombois, H. A. 1, 21, 88, 89, 154, 177, **183**

- 213, 222, 295, 311, 316, **491—493**
Donau, H. 473, **497**
Dörmann, H. 152
Dressler, J. 75, 176, 302, 308, 315, 338, 387, **496**
Dürig, G. 22, 27, 39, 51, 61, 86—88, 125, 174, 177, 187, 201, 205, 220, 271, 391, 394, 395, 399, 401, 409, **496**
Dunz, W. 317
Eger, J. **485**
Egger, K. 329, 341, **496**, 498
Eck, M. 195, **484**
Endres, A. **494**
Eherechtskommission
der EKD 87, 89, 90, 176, 249, 316, 334, 337, 338, 343, 364, 371, **452**
Eisser, G. 482, 496
Engel-Hansen, E. 99, 273, 309, 424, 426, **496**
Engelhard, E. 429
Engel, P. **500**
Engels, F. 273
Engisch, K. 22
Enneccerus-Kipp-Wolf **482**
Entwurf I 215, 369, **452**, **493**
Entwurf II **494**
Erbe, W. **186**
Erle, M. 483, **500**
Ermecke, G. 32, 66, 96, 199, 283, 285, 287, 288, 290, 320, 358, **488** (s a Mausbach)
EKD, Rat der 87, 90, 176
Evangel. Frauen(arbeit) 101, 176, 213, 325, 337—339, 357, 362, 369, 387, 440, **492**
Falk, H. **64**
Faller, F. 5, 121, 138, 140, 154, 219, 232, **480**
Familienrechts(unter)-ausschuß 338, 364, **494**
FDP 193, 364, **495**
FDP-Entwurf **495**
Fellermeier, J. 95, 116, 314, **480**, 488
Feyerabend, W. **243**
Fieger, E. **487**
Finke, F.-J. 311, 316, 377, 372, 406, 410, 411, 427, 439, 473, **497**
Finkenstein, E. v. 273, 367
Firsching, K. 207, 403, 422, 426, 427, 438
Flatten, H. 175, **493**
Folliet, J. **488**
Fontigny, A. 499
Fougeyrollax, P. **483**
Frantz 347
Frauenring (s Deutscher)
Frauenverbände 495
Frauen-FDP (s Bundes-frauenausschuß)
Frey, E. 22, 51, 62, **482**
Fricke, E. **490**
Friedemann, M. **490**
Fröhner-Stackenberg-Eser **483**
Fuchs 180
Fuchs, J. 83, 86, 121, 156, 157, 183, **480**, 481
Geck, A. **487**
Geiler, K. 213
Gerken, H. 16, 177, 185, 369, 374, 404, 445, 450, **496**
Giacometti, Z. 93
Gierke, O. v. 96, 361, **455**
Giese, F. 489
Giese, H. **483**
Gilleman, G. **156**
Gmür-Lemp **482**
Graber, G. A. 181, 221, 243, **484**
Graf, O. **486**
Graevenitz, J. v. 289
Greeven, H. 178, 184, **315**, **492**
Greve, O.-H. 89, 224
Greven, L. 313
Gritschneider, O. 399, **489**
Grossen, J.-M. **498**
Große-Schönepauck, H. 398, **490**
Günther, H. **483**
Haasen, U. 432
Habscheid, W. J. 211, 338, 392, 430, **497**
Habscheid-Meyer (H-M) 352, 372, 389, 411, 416, 459, **479**
Hagemeyer, M. 16, 60, 61, 93, 96, 99, 194, 201, 205, 207, 208, 217, 218, 224, 372, 493, **494**, 496, 498
Hahn, E. 213, **492**
Haecker, Th. **257**
Hamel, W. 93, **482**
Häring, B. 152, 154, 175, 215, 306, 313, 333, 487, **490**
Hartmann, A. 173, 482
Hartmann, F. **152**
Hattingberg, H. v. 217, 243, 244, 259, 261, 265, 267, 269, 311, 316, 324, 325, **484**
Hauck, E. 319
Haug, D. 377
Hausfrauenbund (s Deutscher)
Hauser, H. 483, **500**

- Hauser, R. 480
Hedemann, J. W. 1, 14—
16, 18, 98, 100, 101,
177, 194, 197, 201,
213, 214, 217, 224,
286, 311, 333, 353,
398, 401, 439, 475, 496
Heinrich, J. 488
Henry, A.-M. 266, 267,
324, 484
Hermann, H. 315
Herminghausen 27
Heon-Canonne, J. 308,
488
Hesse, P. 128
Hessische Frauen(orga-
nisationen) 217, 362
Heuß, Th. 21
Heydte, F. A. v. d. 72
Hippel, E. v. 23
Hirschmann, H. 5, 12,
13, 15, 66, 72, 76, 78,
87, 88, 93, 96, 97, 100,
101, 114, 115, 119,
121, 122, 136, 138,
142, 156, 157, 174—
179, 184, 185, 193,
197, 211, 213, 218,
219, 222, 232, 237,
238, 263, 269, 274,
276, 277, 280, 287—
289—291, 297—300,
302, 305, 307, 312,
313, 316, 317, 319,
321, 325, 333, 335,
339, 341, 348—350,
352, 355, 359, 360,
362, 363, 377, 380,
383, 402, 421, 450,
480, 488, 494
Hoffmann, H. 273, 371,
452
Hofmann, L. 93, 96, 488
Höffner, J. 152
Horkheimer, M. 232, 483
Hübner, K. 90, 94, 99,
177, 324, 496
Hudeczek, M. 483
Hunger, H. 197, 483
Ilk, H. 39, 97, 308, 476
Imboden, M. 56
Jäger, H. 399
Jäggi, P. 89, 94, 347,
482
Jakobs, P. 127
Janssen, A. 182, 490
Jarlot, St. 488
Joyce, G. H. 154, 486
Jung, C. G. 244, 484
Jurist(inn)en (s. Verband
weibl. Juristen)
Kägi, W. 318
Kampmann, Th. (KA)
243, 250—258, 264—
269, 484
Kant 39, 64, 338
Kapfhammer, F. M. 100,
429, 486
Kardel, J. 197
Karrenberg, F. 176, 195,
479, 491, 493
Kasseler Vorschläge 173,
175, 176, 333, 338,
343, 362, 374, 491, 492
Kath. Frauen 96, 157,
302, 304, 307, 308,
316, 420, 485
Kath. soziale Woche 176,
485
Kaufmann, A. 83
Kaufmann, E. 23, 42, 43,
51, 482
Keller, G. 194
Kelsen, H. 168, 481
Kern, W. 115
Kinsey, A. C. 181, 243,
484
Klein, F. 156, 316, 341,
489, 490, 496
Kleinewefers, A. 198,
500
Kleinheyder, G. 353
Klüber, F. 93, 110, 205,
208, 480, 490
Köberle, A. 178
Koffka, E. 194
König, R. 129, 153, 220,
273, 483
Koppers, W. 487
Kosziech 341, 344
Krause, K. Ch. F. 286
Krause-Lange, M. 274,
315
Krauß, G. 12, 21, 22, 63,
87, 97, 103, 179, 313,
420, 482, 490
Krauß-Flatten, M. 175,
315, 333, 424, 491
Kremer, B. 500
Kreutz, H. 244, 246, 250,
483, 486
Kroeber-Kenneth, L. 315
Krösbacher, F. v. 203,
281, 288, 289, 295,
306—308, 314, 317,
319, 487
Krüger, H. 1, 36, 87, 99,
175, 208, 284, 289,
306, 308, 341, 347,
351, 397, 398, 400,
403, 405, 482, 484,
490, 491, 496
Krüger-Breetzke-
Nowack 473, 497
Krumwiede, E. 500
Kuehnelt-Leddihn, E. v.
14
Kügelen, H. v. 317
Lange, H. 450
Landesfrauenrat Schles-
wig-H. 338
Laros, M. 232, 234
Lauterbach, W. 482

- Lechner, H. 316, **486**
 Leclercq-David 150, 152,
 154, 244, 270, 273,
 287, 318, 325, 351,
 361, **479**, 486, 492
 Lehmkuhl, A. **139**
 Leibholz, G. 23, 85
 Leist, F. 483, 484
 Leitmaier, Ch. 237, **486**
 Lersch, Ph. 243—252,
 256, 257, 267, 269, **484**
 Leo XIII. **485**
 Lestapis, St. de 180, 213,
 316, **487**
 Leyser, A. v. **483**
 Liberatore, M. 286, **287**
 Liebisch, A. **496**
 Liermann, H. 492, 493
 Lilar, A. 475, 498, 499
 Lochet, L. 323, **487**
 Lohse, E. 492
 Lottmann, W. 197
 Lüke, G. 347
 Lüders, M.-L. 89, 186,
 205, 302, 334, 338
 Lutz, H. **484**

 Machleid, W. 51, *419*,
 431, 432
 Mallmann 51, 75
 Mangoldt-Klein 90, **482**
 Marc, A. **119**, 262
 Marchtaler, H. v. **500**
 Marmy, E. 302, **485**
 Marquardt, G. 482
 Marsch, W. D. 492
 Maßfeller, F. 415, **459**
 Maßfeller-Reinicke 473,
 494, **497**
 Mausbach, J. 1, *195*, *264*,
 293, 376, 392, **486**
 Mausbach-Ermecke 240,
 283, 285, **488**
 Maué, B. 200
 Maunz, Th. 90, 93
 Mayer, A. **315**
 Mayntz, R. **483**
 Meitingen 90
 Melichar, E. 37, 38
 Mendelssohn-Bartholdy
 185
 Menger, K. 14
 Menzel, W. 90, 175, 338,
 367, 344
 Meßmer, K. 60, **500**
 Meßner, J. 121, **481**
 Metzger, L. 178, 192, 211,
 225, 311, 325, 336,
 338, 387, 452
 Metzke, E. 243, **484**
 Meyer, Hans 4
 Meyer, Herta **500**
 Meyer, Karl E. 216, 333
 Meyer, Klaus 220, 372,
497
 Meyer, Th. 5, 28, 55,
 115, 116, *138*, 145,
 168, 229, 240, 326,
 329, 354, **481**
 Meyer-Laule, E. 66
 Michel, E. 249, *274*, 289,
484
 Middendorff, W. 483
 Mitteis, H. 198, 229, 370,
497
 Mitterer, A. 315
 Monzel, N. 213, 313,
 316, 320, 357, 480,
 483
 Mörsdorf, K. 1, 18, 75,
 121, 154, *155*, 156,
174—176, 179, 193,
206, 219, 220, 222,
 229, 271, 288, 291,
 294, 302, 307, 308,
 313, 314, 318, *325*,
 363, **488**, **489**, 490
 Moureaux, Ch. 499
 Mugdan, B. **273**, 476
 Mulert, F. 194, 320
 Müller-Freienfels, W.
 295, **497**
 Müller-Zadow, E. **317**

 Nadig, F. 97, 196, 224, 338
 Nawiasky, H. 23, 84
 Nef, H. 42, 44, 51, 54,
482
 Nell-Breuning, O. v. 13,
 27, 50, 51, 78, 85, 86,
 93, 98, 121, **152**, *175*,
 176, **183**, *185*, 201,
 202, 213, 215, 229,
 283, *312*, 314—316,
323, *329*, 348, 436,
 479, **481**, **489**
 Neuhaus, H. 97
 Neumann, E. **484**
 Neumann-Nipperdey-
 Scheuner 177, **482**
 Nikisch, A. **482**

 Oberndörfer, D. 197,
 483
 Onclin, W. **499**
 Orianne, P. 476, **499**
 Oswald, W. 56, **482**
 Otten, H. 426
 Oyen, H. van **492**

 Palandt-Lauterbach 96,
 432, **482**
 Paepke, L. 307
 Parlamentarischer Rat
 21, **494**
 Pathe, Th. 176, **491**
 Paulick, H. 211, 295,
 370, 404, 424, 426,
 448, 473, 482, **497**
 Paulsen, A. 176
 Paulus 175, 184, 262
 Perego, A. 121, **486**
 Peters, H. **201**
 Peters, K. 346

- Peterseim, A. 311, 401, 406, **500**
 Pfab, J. 348, **487**
 Philips, G. 474, 475
 Picard, M. 141, 157, 197, 308, **486**, 487
 Pieper, J. 59
 Pinsk, J. 333, **491**
 Piper, A. O. **492**
 Pius XI. 175, 302, 307, **485**
 Pius XII. 156, **485**
 Pohle, R. 337, 482
 Popp, R. 152, 437
 Portmann, A. **151**
 Potrykus, G. **341**
 Prinz, F. **489**
 Prümmer, D. M. **286**
 Quervain, A. de 243, **492**
 Radbruch, G. **234**
 Radecki, S. v. 267
 Rahner, K. 86, 102, 114, 115, **117**, 119, 126, 168, 178, **232**, **236**, **238**, 283, 326, 327, **481**
 Raiser, L. **183**
 Raitz v. Frentz, R. 484
 Ranke, H. 87, 89, 154, 184, 208, 289, 491
 Rauch, W. **481**
 Rehling, L. 89
 Reichel, H. **185**
 Reidick, G. 121, 150, 154, 156, 178—183, 206, 243, 244, 248, 258, 264, 265, 313, 487, **490**, 500
 Reiner, H. 492
 Reinicke-Schwarzhaupt (R-S) 15, 373, 427, 437, 450, 474, **497**
 Reiser, E. 178, 243, **492**
 Rengstorf, K. H. **100**, 178, 179, **492**
 Reuter, P. **482**
 Rey-Herme, A. **158**
 Rheinstein, M. 202
 Richter, H. 96, 208, **216**, **418**, **490**
 Richter, I. 431
 Risk, J. 175, **287**, **288**, 306, 307, 309, **323**, 349, 351, **488**
 Röder, C. D. A. 286
 Rohner, A. 115, 168, **481**
 Rölin, K. L. **483**
 Rondet, H. **486**
 Rosenberg, L. 337
 Rösler, A. **281**, **293**, **486**
 Roth-Stielow, K. 401
 Rückert, Fr. 302
 Ruckstuhl, L. **491**
 Rüdel, M. 76, 100, 102, 186, 208, 213, **269**, 325, 335, 339, 340, 353, 370, **447**, 465, 475, 476, **497**
 Rudolf, K. **486**
 Rüstow, A. 151, 232, 249, 289, **484**
 Rutsaert, J. 474, 476, **498**
 Ruygers, H. **484**
 Saller, K. **128**
 Savatier, R. 103, 110, 154, 485—**487**, 498
 Schaefer, R. 51, 425, 426
 Schätzel, W. 93
 Schäufele, H. **288**
 Scheffler, E. 13, 14, 16, 21—23, **38**, 39, 51, 61—64, 66, 70, 75, 76, 86, 87, 99, 194, 195, 197, **201**, 213, 221, 312, 313, **325**, **337**, 338, 344, 369, 395, 452, 475, 476, 495, **497**
 Scheld, R. 416
 Schelling, F. W. 286
 Schelsky, H. 153, 213, **383**, **483**
 Scherer, A. **479**, 486
 Scherer, R. 295, 302, **304**, 306, 308—310, 320, 486, **488**
 Scheuner, U. 22, **56**, 60, 66, 76, 84, 85, 87—90, 93, **95**, 174, 177, 186, **205**, 224, **497**, 498
 Schieckel, H. 398
 Schiffer, E. 101
 Schindler, D. **482**
 Schließke, O. **377**
 Schlothheim, v. **343**
 Schlüter-Hermkes, M. **295**
 Schmaus, M. **294**
 Schmid, H. 175, **491**
 Schmidt, H. 480, **481**
 Schmidt, W. 90, 152, 153, **486**, 487
 Schmitt, M.-E. 4, 83, 84, 86, 102, 103, 183, 185, 233, **481**
 Schmitt, R. **399**
 Schmitz, R. **500**
 Schneider, H. **125**
 Schneider, E. E. 168, **481**
 Schnitzerling, M. 349
 Schnorr v. Carolsfeld, L. 370
 Schöllgen, W. 153, 215, **486**, **491**
 Schoeller, I. 152
 Schottlaender, R. 492
 Schrade, W. 273, 313, 317, 339, **353**, **372**, 373, 401
 Schranz, H. 216, **451**, **452**
 Schreiber, J. **37**, 200, 399
 Schrey, H. H. 492
 Schrötelers, J. **343**
 Schultz, G. 39, 325, **447**, 450, 498

- Schumacher, A. 339, 402
 Schumann, K. F. 21, 87, 89, 90, 125, 175—177, 184, 339, 377, 491, 492, 493
 Schwarz 180
 Schwarzhaupt, E. 39, 89, 176, 178, 308, 325, 333, 364, 366, 367, 368, 428, 448, 493—495 (s a Reinicke)
 Schwoerer, J. 99, 177, 194, 325, 376, 389, 479
 Seidl, F. 210, 337, 339, 359
 Signer, P. 500
 Solltmann, F. 121, 215, 238, 291, 294, 305—307, 316, 450, 490
 Soergel-Siebert-Vogel 306, 351, 352, 482
 Sozialarbeiterinnen (s Deutscher Berufsverband)
 Spanner, H. 88, 177, 370
 Sozialdem. Frauengruppen der Schweiz (SPF) 1, 97, 213, 217, 273, 353, 362, 364, 498
 SPD 14, 193, 364, 495
 SPD-Entwurf 14, 21, 38, 64—66, 72, 98, 174—176, 198, 204, 205, 208, 213, 224, 236, 305, 325, 327, 337, 357, 364, 367, 369, 475, 476, 495, 497
 Speck, O. 315
 Spiritus, H. 200
 Stocker, W. 498
 Stratenwerth, G. 186
 Strauß, W. 98, 238, 387
 Strohal, R. 232
 Stein, J. 351
 Stümmer, E. 482
 Suarez 134, 288
 Taparelli d'Azeglio, L. 285, 287, 308
 Ternus, J. 497
 Thiele, A. 315
 Thiele, W. 444
 Thieme, H. 483
 Thurn, H. 244
 Thoma, R. 23, 51, 75, 85
 Thomas v. Aquin 83, 110, 121, 136, 184, 234, 238, 286, 305, 315, 350, 392, 399, 423, 481
 Timme 194
 Trapp, G. 181, 281
 Triepel, H. 23, 24
 Trillhaas, W. 156, 184, 185, 492
 Überweg 286
 Ulmer, E. 16, 75, 177, 194, 195, 205, 208, 310, 333, 344, 495, 497
 Ungern-Sternberg, R. 315
 Utz, A. F. 4, 5, 50, 51, 83—85, 98, 102, 104, 110, 116, 121, 129, 132, 134, 135, 140, 146, 185, 186, 219, 223, 229, 240, 284, 319, 320, 326, 329, 343, 349, 481
 Utz-Groner 485
 Van der Ven, J. J. M. 156
 Van Hee, Z. 499
 Vereinigung weiblicher Juristen und Volkswirte 175, 196, 362, 387
 Verpaalen, A. P. 5, 134, 482
 Viollet, J. 486
 Wagner, E. 489
 Wahl, E. 199, 208, 211, 216, 325, 340, 360, 364, 448
 Weber, H. 21, 129, 178, 186, 239, 307, 308, 311, 315, 319, 366, 367, 399, 490, 497
 Weber, Marianne 198, 483, 486
 Weber, Max 198
 Weber, K. 14, 88—90, 177, 197, 216, 290, 308, 319, 330, 347, 366, 387, 452
 Weibliche Juristen (s Vereinigung)
 Weinkauff, H. 84, 185, 186
 Welty, E. 208, 482, 489
 Wengler, W. 295
 Wendland, D. 119
 Wennemer, K. 262, 489
 Wenner, J. 482
 Westermann, H. 482
 Westhoff, P. 341, 344
 Weyergans, F. 488
 Wieacker, F. 56, 95
 Wieland, W. 25, 51, 55, 482
 Wilkens, E. 15, 16, 23, 176, 357, 452, 493
 Wint, J. de 197, 203, 237, 270, 302, 306, 310, 314, 316, 319, 323, 351, 382, 488
 Wittrock, K.-H. 90, 178, 224, 387, 439
 Wolf, Erik 185, 480, 482
 Wolf, Ernst 168, 213, 493
 Wolle-Egenolf 1, 12, 23, 61, 63, 72, 74, 88, 90, 95, 97, 99, 173, 175—177, 194, 198, 201,

- 208, 215, 229, 306, Wülker, G. 315 Wust, P. 262
 316, 322, 325, 337, Wuermeling, Fr.-J. 89, Zeiger, I. 13, 156, 186,
 362, 364, 369, 475, 97, 237, 302, 307, 315, 204—206, 218, 221,
 495, 497 363, 490 271, 486, 489
 Wolters, G. 500 Wurzbacher, G. 199, Zigliara, Th. M. 270, 286
 Woopen, A. 306, 352, 363 213, 319, 483 Zürcher, J. 484

GERICHTSENTSCHEIDE

(im Textteil)

- | | | |
|------------------------------|---------------------------|--------------------------------|
| Bundesverfassungs- | Oberlandesgerichte | Gießen 21 |
| gericht (BVerfG) 12, | (OLG) | Hannover 319 |
| 21, 22, 27, 38, 39, 51, | Kammergericht | Karlsruhe 313 |
| 56, 63, 66, 77, 87, 88, | Berlin 306, 317 | Köln 338 |
| 90, 92, 96, 98, 103, 366 | Celle 16, 21, 39, 152, | Krefeld 338 |
| Bundesgerichtshof | 313, 345 | Münster 348 |
| (BGH) 11, 16, 22, 27, | Bremen 317 | Nürnberg-Fürth 368 |
| 38, 51, 94, 102, 152, | Düsseldorf 218, 306 | Amtsgericht (AG) |
| 185, 208, 274, 297, | Frankfurt/M. 323, 347 | Bonn 347 |
| 298, 319, 322, 338, | Hamm 344 | Hof Geismar 343, 344 |
| 341, 343, 347, 353, | Köln 338, 344 | Mannheim 21 |
| 368, 374 | Stuttgart 317, 344 | Würzburg 192 |
| Bundesarbeitsgericht | Wien 306 | Landessozialgericht |
| (BArbG) 22 | Landgerichte (LG) | Stuttgart 309 |
| Österr. Verfassungs- | Bamberg 291 | Sozialgericht Karlsruhe |
| gerichtshof 38 | Bad Kreuznach 341 | 297 |
| Reichsgericht (RG) | Bielefeld 345 | Verschiedene Gerichte |
| 313, 344 | Duisburg 1, 16, 21, 87, | 208 |
| Bayerisches Oberstes | 90, 95, 99, 177, 198, | |
| Landesgericht | 229, 302, 307, 338, | |
| (BayObLG) 97, 353 | 360, 363, 367 | |

S A M M L U N G P O L I T E I A

Veröffentlichungen des Internationalen Instituts für Sozialwissenschaft und Politik

Universität Freiburg/Schweiz

Herausgegeben von Prof. Dr. A.-F. Utz

- Band I: Arthur-Fr. Utz, Freiheit und Bindung des Eigentums. 1949. 172 S. DM 5,50.
- Band II: Das Subsidiaritätsprinzip. Herausgegeben von Arthur-Fr. Utz, unter Mitarbeit von H. E. Hengstenberg, G. Küchenhoff, J. J. M. van der Ven. 1953. 117 S. DM 8,60.
- Band III: Bruno Gruber, Berufsgemeinschaft und Wirtschaftsordnung. 1953. 138 S. DM 11,40.
- Band IV: Max Grimme, Berufswahlfreiheit und Berufsnachwuchslenkung. Eine sozialphilosophische Untersuchung über Freiheit und soziale Bindung der Berufsentscheidung. 1954. 189 S. DM 15,80.
- Band V: Franz Faller, Die rechtsphilosophische Begründung der gesellschaftlichen und staatlichen Autorität bei Thomas von Aquin. Eine problemgeschichtliche Untersuchung. 1954. 86 S. DM 6,60.
- Band VI: Antoine Pierre Verpaalen, Der Begriff des Gemeinwohls bei Thomas von Aquin. Ein Beitrag zum Problem des Personalismus. 1954. 84 S. DM 6,20.
- Band VII: Johannes Baptist Rösler, Der naturgerechte Aufbau der freien und staatlichen Hilfeleistung. 1954. 97 S. DM 9,80.
- Band VIII: M.-E. Schmitt, Recht und Vernunft. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rationalität des Naturrechts. 1955. 135 S. DM 12,80.
- Band IX: Arthur-Fr. Utz, Formen und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips. 1956. 128 S. DM 13,40.
- Band X: Arthur-Fr. Utz, Sozialethik (mit internationaler Bibliographie, alphabetisch und systematisch geordnet).
1. Teil: Die Prinzipien der Gesellschaftslehre. 1958, XXIV, 520 S. Kartoniert DM 34,80, Leinen DM 39,—.
 2. Teil: Die rechtliche Organisation der Gesellschaft — Rechtsphilosophie (in Vorbereitung).
 3. Teil: Die soziale Ordnung (in Vorbereitung).
 4. Teil: Die wirtschaftliche Ordnung — Wirtschaftsethik (in Vorbereitung).
 5. Teil: Die politische Ordnung — Politische Ethik (in Vorbereitung).
- Band XI: Albert Ziegler, Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie. 1958, 540 S., kart. DM 34,80; geb. DM 39,—.
- Band XII: Der Mittelstand in der Wirtschaftsordnung heute. Unter Mitarbeit zahlreicher Fachgelehrter herausgegeben von A.-F. Utz. (Im Druck)
Bei Subskription auf die ganze Sammlung 10 % Rabatt.

