

Zur Geschlechterdialektik der Aufklärung: Das Recht auf Erwerb als Beispiel für den Wandel der Diskurse um Frauenrechte

Ute Gerhard, Frankfurt a. M.

I. Einleitung

Bevor die Frage nach einem gerechten Lohn in Bezug auf das Erwerbseinkommen von Frauen im 19. Jahrhundert beantwortet werden kann, sind einige grundsätzliche Voraussetzungen zu klären. Das betrifft zum einen die Rechtsstellung der Frauen, denn es ist zunächst zu prüfen, inwieweit Frauen am Beginn des 19. Jahrhunderts überhaupt rechtsfähig und geschäftsfähig waren und insbesondere auch als Ehefrauen Eigentum erwerben bzw. über ein Erwerbseinkommen verfügen konnten. Zum anderen ist der das Recht umwälzende, gesellschaftliche Transformationsprozess von der ständischen zur bürgerlichen Gesellschaft zu berücksichtigen, der zur ‚doppelten Befreiung‘ der Arbeiter und Verelendung der ländlichen Unterschichten und gleichzeitig zur Herausbildung der herrschenden Klasse der Eigentümer und Beamten führte. Denn keineswegs gab es, wie das Edikt vom 9. Oktober 1807 verkündet hatte, in Preußen „nach dem Martini -Tage 1810“ in Preußen „nur noch freie Leute“. Vielmehr war die sog. Bauernbefreiung, das heißt, die Ablösung ständischer Privilegien und feudaler Abhängigkeitsverhältnisse und damit die Neuregulierung der Eigentumsverhältnisse sowie die Umwandlung der Zwangs- und Dienstplichten in durch den ‚freien‘ Markt regulierte Arbeits- und Lohnverhältnisse ein langwieriger Prozess. Reinhart Koselleck hat diese in Preußen als Reform von oben eingeleitete Umwälzung der sozialen Ordnung, der staatlichen Verfassung und Verwaltung eingehend analysiert – ein Prozess, der mit allen Widerständen, Rücknahmen und Verzögerungen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts dauerte und gerade im Blick auf das Recht feudale Überhänge, Ungleichzeitigkeiten und Widersprüche zur Folge hatte.¹ Wie langwierig und kompliziert dieser Übergang war, wird zum Beispiel in der Tatsache deutlich, dass die letzten

1 Reinhart Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791-1848, Stuttgart 1975.

Patrimonialgerichte der adeligen Guts- und Grundherrschaften, die die unterste justizielle Ebene für alle Landbewohner und nicht zuletzt das Gesinde bildete, erst im Zuge der 1848er Revolution abgeschafft wurden.

Wenn es um Lohngerechtigkeit geht, ist auch die Sozialgeschichte daraufhin zu befragen, in welchen Berufen bzw. Arbeitsverhältnissen Frauen am Beginn und im Verlauf des 19. Jahrhunderts überhaupt beschäftigt waren. Dazu ist zunächst mit der Vorstellung aufzuräumen, dass sich erst mit der Industrialisierung die (außerhäusliche) Arbeitsleistung der Frauen erhöht habe. Denn die ersten staatlichen Erhebungen der „arbeitenden Classen“ in Preußen seit 1810 belegen für die außer Haus beschäftigten Frauen bereits eine Erwerbsquote von knapp 30 Prozent der 14jährigen Personen weiblichen Geschlechts,² und dies neben den ohnehin in der Landwirtschaft und im Gewerbe arbeitenden Familienfrauen. Wenn wir bedenken, dass der Anstieg weiblicher Erwerbstätigkeit, der üblicherweise auf die zunehmende Industrialisierung zurückgeführt wird, um 1900 nur durch die statistisch erstmalige Erfassung von Frauen als mithelfende Familienangehörige vor allem in der Landwirtschaft, aber auch im Gewerbe zustande kam³ - eine gesetzliche Pflicht zur Mitarbeit, durch die Ehefrauen bekanntlich erst recht kein eigenes, messbares Einkommen erzielten -, so zeigt sich, welchen systematischen Stellenwert die Arbeit und die Dienste von Frauen in Haus und Landwirtschaft für die Struktur der bürgerlichen Gesellschaft und ihrer Geschlechterordnung hatten. Hier liegt die Bedeutung und Wirksamkeit der das Jahrhundert überdauernden Gesindeordnungen. Als Übergangsrecht 1810 verkündet, nehmen sie eine Zwischenstellung ein in der systematischen Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht, zwischen Lohn- und Hausarbeit und begründen damit die Naturalisierung und Unsichtbarmachung der Haus- und Sorgearbeit, die bis heute ein Strukturmerkmal der bürgerlichen, modernen Gesellschaft ist.

2 Von der Erwerbsquote von 29,7 % aller über 14 jährigen Personen weiblichen Geschlechts waren 1816 17,8 % Gesinde, 10,9 % Tagelöhnerinnen, zit.n. Jahrbuch für die Amtliche Statistik des Preussischen Staates, Jg. II, Berlin 1867, 260-262; vgl. *Ute Gerhard*, Verhältnisse und Verhinderungen, Frauenarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1978, 47-48.

3 Der hohe Anstieg der Erwerbsquoten von verheirateten Frauen in der Reichstatistik zwischen 1882, 1895, 1907 bis 1925 ist insbesondere auf einer veränderte Zählung der mithelfenden Familienangehörigen zurückzuführen, vgl. im Einzelnen *Angelika Willms-Herget*, Frauenarbeit. Zur Integration der Frauen in den Arbeitsmarkt., Frankfurt am Main/New York 1985, 88f.: 1880 waren drei Viertel, 1925 zwei Drittel aller erwerbstätigen Ehefrauen als Mithelfende im Familienbetrieb tätig.

Weil in dieser ersten Hälfte des ‚langen‘ 19. Jahrhunderts, einer sog. Schwellen- oder Brückenzeit, die Weichen für die Rechtsstellung der Frauen in der bürgerlichen Gesellschaft gestellt wurden, ist sie rechtshistorisch so interessant. Doch weil ich die Geschichte der endlichen Gleichberechtigung von Frauen nicht einfach für eine Fortschrittsgeschichte mit einigen Hindernissen und Verspätungen halte, werde ich in meinem Beitrag auf die Rechtsdiskurse bis in die Zeit vor 1800 zurückgehen. Denn es stellt sich die Frage, warum es den Naturrechtslehrern der Aufklärung, die sich von der Theologie, religiösen Autoritäten und tradierten Vorurteilen emanzipiert und die Rechtsgleichheit aller Menschen als vernunftbegabte und mit eigener Würde ausgestattete Wesen postulierten, so schwer fiel, die Kategorie der Frauen unter den Begriff des Menschen zu subsumieren, um sich damit insbesondere im Eherecht in viele strittige Fragen und Widersprüche zu verwickeln. Zu klären ist erstens, welchen Anteil die Rechts- und Aufklärungsphilosophie im neuzeitlichen Rechtsdenken und in der praktischen Rechtswissenschaft an dieser Auslassung und Widersprüchlichkeit hat. Dabei ist zwischen der Frühaufklärung im 17. und beginnenden 18. Jahrhundert und den Autoren in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zu unterscheiden (1. und 2.). Anschließend sollen Auswirkungen der Naturrechtslehren auf die Rechtsstellung der Frau in den um 1800 verabschiedeten naturrechtlichen Kodifikationen, beispielhaft im Preußischen Allgemeinen Landrechts (1794) und im französischen Code civil (1804) skizziert werden (3.), um drittens die juristischen Diskurse und die Rechtsentwicklung im Blick auf die Reformdebatten um das ALR bis in die Mitte des 19. Jahrhunderts zumindest kursorisch nachzuzeichnen (4.).

II. Aufklärung und Rechtsphilosophie - Grundlegung der neuzeitlichen Jurisprudenz als Wissenschaft im 17. Jahrhundert

„Der Mensch ist von höchster Würde, weil er eine Seele hat, die ausgezeichnet ist durch das Licht des Verstandes, durch die Fähigkeit, die Dinge zu beurteilen und sich frei zu entscheiden, und die sich in vielen Künsten auskennt.“⁴

4 Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, 1672, 2. Buch, 1. Kap., § 5, zit.n. Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts in Europa*, Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010, 398.

So schrieb Samuel Pufendorf (1632-1694), der als erster Inhaber eines Lehrstuhls für Naturrecht in Europa die unterschiedlichen Ansätze und Theoriestränge der neuzeitlichen Naturrechtslehren zusammenführte und mit seinem Werk *De iure naturae et gentium* (1672) die systematischen Grundlagen für die Jurisprudenz als theoretische und praktische Wissenschaft entwickelte. Er hatte wichtige Vorläufer und Zeitgenossen. Dazu gehörte vor allem Hugo Grotius (1583 - 1645), der in seinem Werk *De iure belli ac pacis* mit dem Untertitel *ius naturale et gentium* (1625) die gesamte Rechtstradition, sowohl die biblische, d.h. das *ius divinum*, als auch das klassische römische Recht und seine Rezeption zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen nicht nur zum Völkerrecht, sondern auch zum Privatrecht machte. Eine entscheidende Äußerung, der ihn im Zeitalter der Glaubenskriege zur Flucht aus den Niederlanden zwang, war seine Feststellung: „... auch wenn man höchst frevelhafter weise annähme, es gäbe keinen Gott“... [ist es] die weltliche Natur des Menschen, seine Vernunft, die darüber entscheidet, was rechtens ist.⁵

Kriterium des Rechts ist von da an somit die Übereinstimmung der menschlichen Natur mit der Vernunft. Doch was heißt hier menschliche Natur? Einig sind sich die Naturrechtslehrer bei allen Unterschieden in der Begründung, dass der Naturzustand, als ‚Gedankenexperiment‘ vor aller Zeit gedacht, der Legitimation eines neuen, von Menschen gemachten Rechts dienen soll. Bei Grotius u.a. wird er als Vereinigung ursprünglich freier und gleicher Menschen (*homines*) imaginiert, die sich als Inhaber natürlicher Rechte aufgrund ihres Geselligkeitstribs oder Gemeinschafts-sinns (Soziabilität oder *appetitus societatis*) zusammenschließen, denn allein wäre der Mensch verloren.⁶ Anders bei Thomas Hobbes (1655-1728), der von der Wolfsnatur der Menschen im Naturzustand ausgeht, in dem ein „Krieg herrscht, ... den jeder Einzelne gegen jeden führt.“⁷ Selbsterhaltungstrieb und Egoismus seines Menschenbildes zwingen die Bürger zu einem Staatsvertrag, der aufgrund seiner historischen Erfahrung aus dem englischen Bürgerkrieg für ihn nur als Unterwerfungsvertrag denkbar war. Pufendorf führte diese Überlegungen zusammen, wonach ein Staatsvertrag

5 Uwe Wesel, Geschichte des Rechts in Europa (Fn. 4) 392 (Unterstr. von mir, U.G.); vgl. auch Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 3. Aufl., Berlin/New York 1976, 31 ff. sowie Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, 301ff., auch zum Folgenden.

6 Vgl. Uwe Wesel, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht, München 1997, 367-370.

7 Thomas Hobbes, Leviathan, Reinbek 1965, 99.

notwendig und der Mensch ein geselliges Wesen ist, das auf Gegenseitigkeit, auf andere angewiesen sei. Den Naturgesetzen allein zu folgen, die immer in eine konkrete historische Ordnung eingebunden sind, genügte ihm nicht. Immer muss die Interpretation der Naturgesetze durch die Vernunft geleitet und mit ihr vereinbar sein. Pufendorf entwickelte daher in den Kapiteln seines achtbändigen Werks *De jure naturae* eine Systematik, die mit dem Menschen als Rechtssubjekt beginnt, dem die allgemeine Vertragslehre, Eigentum und Erbrecht folgen und von der Familie als kleine Gemeinschaft bis zum Straf- und Staatsrecht sowie Völkerrecht reichen. Er hat damit die Themen der neuzeitlichen Jurisprudenz abgesteckt, die von seinen berühmten Schülern wie Christian Thomasius und Christian Wolff fortgeführt wurden und an den juristischen Fakultäten gelehrt und schließlich auch die aufklärerische Gesetzgebung beeinflussen werden.

Bei allen Naturrechtslehrern wird die notwendig neue Ordnung des Rechts mit der Denkfigur des Gesellschaftsvertrages legitimiert, den die Bürger als Vereinigung von Freien und Gleichen im Übergang vom Naturzustand zu den gesellschaftlich verfassten oder zivilen Verhältnissen schließen. Mit der Anerkennung des Menschen als Rechtssubjekt, mit der Achtung der Menschheit in jeder Person, war die neuzeitliche Naturrechtsphilosophie somit ein wichtiger Schrittmacher in der Aufklärung überkommener herrschaftlicher Verhältnisse und sozialer Ungleichheit. Mit den Vorarbeiten für die Formulierung allgemeiner Menschenrechte hat sie die Voraussetzungen für eine gesellschaftliche und politische Entwicklung geschaffen, die wir heute als Markenzeichen der Moderne und bürgerlicher Rechtsstaatlichkeit verstehen.

Bisher war in diesen Ausführungen immer von ‚Menschen‘ die Rede, und es fällt auf, dass Frauen oder die Kategorie Geschlecht in diesen allgemeinen theoretischen und in die Zukunftweisenden Erörterungen nicht vorkommen. Umso ausführlicher werden sie im Kapitel Familienrecht behandelt, das als „Sonderrecht für Frauen“ von nun an die Gleichheits- und Gleichberechtigungsdiskussion bestimmen sollte.⁸

Zunächst ist bemerkenswert, dass die frühen Naturrechtslehrer, insbesondere Grotius, sich im Kapitel Familienrecht deutlich weniger von der

8 So im Ergebnis Gerhard, *Verhältnisse* 1978 (Fn.2) 187. Zu den einzelnen Positionen der Naturrechtslehre dies., „Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, München 1990, 25 ff. Vgl. auch Ursula Vogel, Gleichheit und Herrschaft in der ehelichen Vertragsgesellschaft – Widersprüche der Aufklärung, in: Ute Gerhard (Hg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, 265-292.

christlichen Tradition absetzten als in den anderen Rechtsbereichen, denn zur Begründung ihrer traditionellen Ansichten in Bezug auf die Geschlechterverhältnisse bezogen sie sich weiterhin auf die Bibel, etwa bei der Verteidigung der männlichen Polygamie auf die Stammväter und Propheten im Alten Testament (so bei Grotius).⁹

Wichtig aber ist, die Ehe ist nun ein Vertrag, den zwei von Natur gleiche Partner „aus freiem Willen“ schließen - also nicht Sakrament und keine kirchlicher Jurisdiktion unterliegende Institution. Deshalb ist Scheidung möglich, werden bei Pufendorf z.B. auch andere Formen des Zusammenlebens von Mann und Frau diskutiert (durch „einfachen Vertrag“, um Kinder zu zeugen, die allein der mütterlichen Gewalt unterstehen) oder die sog. Amazonenehe (die Ehen regierender Königinnen, „bei denen der Mann der Zivilgewalt seiner Frau unterstehe“).¹⁰

Aus der Rechtsnatur des Ehevertrages leiten die Naturrechtler auch die Rechtsstellung der Ehegatten ab. Im Gegensatz zu anderen ging es Pufendorf jedoch darum, den Unterschied zwischen Ehe- und Gesellschafts- oder Staatsvertrag hervorzuheben. „Ebenso wie die Herrschaft zum Wesen des Staates gehöre, so das Fehlen der Herrschaft zum Wesen der Ehe, die ja der Fortpflanzung der Menschheit diene.“ Denn – so seine Begründung - die Vorrangstellung des Mannes könne sich nur „auf die vertraglichen Abreden und die eheliche Liebe stützen.“¹¹ Zudem betonte er in vielfachen Wendungen, „dass es von Natur kein Herrschaftsrecht des Mannes über die Frau gebe, da dies der natürlichen Gleichheit aller Menschen widerspreche.“¹² Selbst wenn es zu den besonderen Rechten des Mannes als „Haupt der Familie in allen Angelegenheiten der Ehe und Familie“ gehöre, den gemeinsamen Wohnsitz zu bestimmen, so seien beide Ehegatten „schließlich verpflichtet, einander zu lieben [...] einander zu helfen [...] und alles, was sie tun, einander anzupassen.“ Warum es dennoch der Frau gezieme, „um die eheliche Harmonie zu erhalten, der „nachgebendere Teil zu sein“¹³ lässt sich

9 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, Paris 1625, 2, 5, § 9 I, zit. n. Manfred Erle, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts: ein Beitrag zu den geistesgeschichtlichen Grundlagen des modernen Eherechts*, Univ., Diss., Göttingen 1952, 28 u. 31., auch zum Folgenden.

10 Samuel Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, London 1672, Frankfurt 1684 (u.v.a) 1.6, c.1, § 9, zit. n. Erle, *Die Ehe* (Fn. 9) 144.

11 Pufendorf, *De iure naturae* (Fn. 10) § 11, 142. (Unterstreichung von mir, U.G.).

12 Ebd., 143.

13 Samuel Pufendorf, *De officio hominis et civis juxta legem naturalis*, London 1673 1.2, c.2, §10, zit. n. Erle, *Die Ehe* (Fn. 9) 144 f.

– so Pufendorf beschwichtigend – juristisch nur dadurch heilen, dass die Frau mit dem Abschluss des Ehevertrages in ihre Unterordnung einwilligt. Offensichtlich ist diese stillschweigend vorausgesetzte Zustimmung eine juristische Hilfskonstruktion, die der Legitimation dient, was gleichzeitig bedeutet, dass sie auch juristisch, durch eine Abrede aufzuheben wäre? Man merkt, wie Pufendorf sich schwertut, das Naturrechtsprinzip der Gleichheit zu vernachlässigen.¹⁴ Doch er ist Zeitgenosse und Empiriker, der Sitte und Gewohnheiten nicht außer Acht lassen will und die Überstimmung von Recht mit der Vernunft zeitgemäß und praktisch zu deuten versucht.

In diesem Zusammenhang ist John Locke (1632 – 1704) zu erwähnen, der wie Pufendorf, einen Vergleich zwischen den verschiedenen Ebenen politischer und häuslicher bzw. ehelicher Gewalt vornimmt und dabei den dem Monarchen zugebilligten absoluten Patriarchalismus keineswegs dem Hausherrn in der Ehe gestatten will.¹⁵ Jedoch bringt er ein anderes Argument, die Frage der ökonomischen Selbständigkeit und Eigentumsfähigkeit, in die Diskussion um die Herrschaft im Hause ein – und dies ist offensichtlich den frühkapitalistischen Verhältnissen in England geschuldet.¹⁶ Denn in Lockes „Zwei Abhandlungen über die Regierung“ (1690) kommen nur die Individuen als Inhaber eigener Rechte in Betracht, die Eigentümer sind, Eigentümer ihrer Fähigkeiten und dessen, was sie durch ihre Anwendung erwerben. D.h. nur „der Mensch wird [...] mit einem Rechtsanspruch auf vollkommene Freiheit und uneingeschränkten Genuss aller Rechte und Privilegien [...] in Gleichheit mit jedem anderen Menschen [...] geboren“, der imstande ist, „für sich selbst zu sorgen“ oder „sein Eigentum, d.h. sein Leben, seine Freiheit und seinen Besitz gegen Schädigungen zu schützen“¹⁷ versteht. Diese Begründung gilt sowohl für das Verhältnis des Vaters zu seinen Kindern als auch im Hinblick auf die Beziehungen der Ehegatten – mit der Einschränkung, dass in der Ehe ohne Rücksicht auf Alter und Mündigkeit die Entscheidung über die „Dinge des gemeinsamen Interesses und Eigentums“ [...] „naturgemäß dem Manne als dem fähigeren und stärkeren Teil zu(steht)“.¹⁸ Und obwohl Locke wiederholt betont, dass „das Ziel der Ehe keine solche Gewalt beim Ehemann erfordert“, da die Ehe durch

14 Vgl. *Wesel*, *Recht in Europa* (Fn. 5) 373.

15 *John Locke*, *Zwei Abhandlungen über die Regierung* [zuerst 1690], Frankfurt am Main 1977, I § 49, 104 f.

16 Vgl. *C.B. Macpherson*, *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*. Von Hobbes bis Locke, Frankfurt am Main 1973.

17 Locke, *Zwei Abhandlungen* (Fn. 15), II. § 87, 253 sowie § 79, 248.

18 Ebd., II. § 82, 250.

freiwilligen Vertrag nach den Sitten und Gesetzen des Landes geschlossen sei,¹⁹ wird die Verfügungsmacht über Eigentum fortan die Struktur der bürgerlich kapitalistischen Gesellschaft bestimmen, weshalb das eheliche Güterrecht als materielle Stütze patriarchaler Vorrechte im ganzen 19. Jahrhundert und über die Kodifikation des BGB hinaus zum Drehpunkt juristischer Kontroversen und Spitzfindigkeiten wurde.²⁰ Mit der Bindung der Freiheit und Gleichheit an den Besitz von Eigentum sind zugleich die Ausschlusskriterien bzw. diejenigen qualifiziert, die als ordentliche Mitglieder „die politische oder bürgerliche Gesellschaft“ bilden.

Radikaler im Sinne der Emanzipation der Frau aus väterlicher oder ehemännlicher Gewalt ist die Position von Christian Thomasius (1655-1728), von dem gesagt wird, dass er sich in seiner Zeit um das weibliche Geschlecht allein deshalb schon verdient gemacht hat, weil er so überzeugend gegen den Wahnsinn der Hexenprozesse und Folter angeschrieben habe, dass der preußische König Friedrich Wilhelm I. sie für Preußen 1714 abgekauft hat.²¹ Zudem hat er in seinem Werk *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688) eine erstaunlich egalitäre Ehelehre vertreten. Bei ihm sieht der Ehevertrag der in natürlicher Freiheit eingegangenen Ehe weder ein einseitiges Treueversprechen der Ehefrau, noch das Recht des Mannes zur Wohnsitzbestimmung oder eine ehemännliche Befehlsgewalt vor. Sein Argument ist, dass der Ehemann aus „reinem Naturrecht aus dem Ehevertrag keine Herrschaft im eigentlichen Sinne über seine Frau ableiten könne. [...] Die Fortpflanzung in der Ehe gründe sich eben nicht auf Befehlsgewalt, sondern allein auf Vertrag und Freundschaft und könne ohne Herrschaftsgewalt erreicht werden. [...] Es sei geradezu unhaltbar, hier von einer natürlicher Vorherrschaft des Geschlechts zu sprechen, wie es selbst Pufendorf tue.“²² Stattdessen verweist er auf die mangelhafte Erziehung der Frau, die der eigentliche Grund für ihre Unvollkommenheit sei, ging er doch selbstverständlich davon aus, dass „Weibes-Personen [...] der Gelahrtheit

19 Ebd., II. § 83, 251.

20 Vgl. *Edith Viola Dali*, Das freie Erwerbseinkommen der Ehefrau. Die rechtliche Gestaltung in Deutschland und Frankreich im Langen 19. Jahrhundert, Leipzig 2026; dies., Das freie Erwerbseinkommen der Ehefrau – (Um-)Wege in die Selbstbestimmung in Deutschland und Frankreich im Vergleich.; in diesem Bd. 83 -118

21 Vgl. seinen Ausspruch: „Dem Thomasius hat das weibliche Geschlecht zu verdanken, dass es in Frieden alt werden und sterben kann.“ Zit. n. *Wesel*, Geschichte des Rechts 1997 (Fn. 6) 371.

22 *Christian Thomasius*, *Institutiones iurisprudentiae divinae*, 1688, zit. n. *Erle*, Die Ehe (Fn. 9) 245 und 218.

so wohl fähig (sind), als Manns-Personen“.²³ Die ihn leitende Maxime war das „Streben nach Glückseligkeit“ sowohl für die Einzelnen als auch für den Frieden in der Gesellschaft, denn dies war seiner Meinung nach gerade die Aufgabe des Naturrechts,²⁴ -- wieder zu finden im Publikationspatent vom 20. März 1791 zur Erstausgabe des preußischen ALR sowie bereits als „Pursuit of Happiness“ der US-Unabhängigkeitserklärung von 1776. Thomasius befasst sich dabei ausführlich mit dem Verhältnis von Liebe und Gerechtigkeit in den ehelichen Beziehungen – jedoch nicht in seiner Rechtsphilosophie, sondern in seiner Sittenlehre.²⁵

In der juristischen Literatur erscheint Thomasius als vorurteilsfreier, aber auch unbequemer Neuerer, der, wie Kommentatoren betonen, schließlich in seinen *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705) einige Zugeständnisse und Freizügigkeiten des „einfachen“, vom Naturrecht gedeckten Ehevertrages zurücknahm bzw. abschwächte, stattdessen die Überlegungen zu Gerechtigkeit in der Ehe aus dem Recht (*iustum*) in den Bereich des Wohlanständigen/Schicklichen (*decorum*) verlagerte.²⁶ Tatsächlich hat Thomasius in diesem späteren Werk die Lehren aus dem Naturrecht in drei Regelungsbereiche unterteilt: Das positive, erzwingbare Recht (*iustum*); das vollkommenere, aber nicht erzwingbare Recht des *Decorum*, was man nicht tut, selbst wenn man im Recht wäre, um den sozialen Frieden nicht zu stören; schließlich die höchste Stufe von Sittlichkeit und Moral, die innere Überzeugung und Maßstab für Gerechtigkeit sein soll.²⁷ Doch die Zuweisung in den Bereich des Wohlanständigen als Rechtsminderung zu verstehen, wäre m.E. eine Fehlinterpretation. Gerade weil Thomasius Liebe und Freundschaft nicht für erzwingbar hielt wie Tugend und Glückseligkeit, hat er die Anforderungen an sie höher bewertet und daher die Voraussetzungen für den Eheschluss „an die „absonderliche (besondere) vernünftige und gleiche Liebe“ sorgsam ausgeführt. „Ja, es verliert die Gerechtigkeit den

23 Einleitung in die Vernunftlehre. Kap. I, § 41, zit. n. Erik Wolf, Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, Tübingen 1963, 386.

24 Vgl. Ernst Bloch, Naturrecht und Menschenwürde. Anhang/Christian Thomasius, Ein deutscher Gelehrter ohne Misere (1953), Frankfurt am Main 1972, 315-353.

25 Christian Thomasius, Von der Kunst Vernünftig und Tugendhaft zu lieben... Oder Einleitung zur Sittenlehre (1692), Nachdruck 1968, Hildesheim/Zürich/New York, 250; vgl. auch Bloch, Naturrecht (Fn. 24), 334-336.

26 So Erle, Die Ehe (Fn. 9) 219 mit weiteren Nachweisen.

27 Hierzu Matthias Kaufmann, Das *Decorum*: Grundlage oder Folgeerscheinung des Rechts?, in: Heiner Lück (Hg.), Christian Thomasius (1655-1728) Wegbereitern moderner Rechtskultur und Juristenausbildung, Hildesheim/Zürich/New York 2006, 27-38, 36; Bloch, Naturrecht (Fn. 24) 332 f.

Namen der Liebe, wenn man den Zwang wirklich braucht.“²⁸ Da die eheliche Liebe jedoch auch an diesen sittlichen Anforderungen scheitern kann, muss, so Thomasius, auch die Ehescheidung möglich sein, ausdrücklich für beide Ehepartner als „liebreiche Freiheit und wechselweise Gemeinschaft“. „Solcher Gestalt aber ist weder Zwang noch Herrschaft des Mannes vonnöten.“²⁹

Tatsächlich nahm Thomasius jenseits der Jurisprudenz als Gelehrter, Publizist und streitbarer Universitätsreformer nicht nur an den Debatten und Gedankenströmungen seiner Zeit teil, sondern hat als Pädagoge und „impulsiver, praktischer Revolutionär“³⁰ seine zahlreichen Schüler und die öffentliche Meinung beeinflusst und geprägt. Denn seit Mitte des 17. Jahrhunderts hatte eine vielstimmige Debatte über die Gleichheit der Geschlechter in der Philosophie und Literatur der Aufklärung unter dem Stichwort *Querelles des Femmes* einen Höhepunkt erreicht. Seit dem späten Mittelalter und dem Frühhumanismus hatte sich dieser „Streit um die Frauen“ schließlich zu einem europäischen Diskurs um die Stellung der Frau und die Geschlechterfrage ausgeweitet. Der von Christine de Pizan³¹ am Beginn des 15. Jahrhunderts angestoßene Diskurs um Frauenbildung und weibliche Gelehrsamkeit, der sich in literarischen Zirkeln, in der Geselligkeit höfischer Eliten oder den zunehmend von Frauen initiierten Salons zunächst eher als folgenloses Gesellschaftsspiel verstand, entwickelte sich im Zeitgeist der Aufklärung und der Infragestellung bisherigen Wissens im 17. Jahrhundert – von Frankreich, über England nach Deutschland kommend – zu einer nachgerade „populären Debatte (*popular controversy*).“³² In den zahlreichen Veröffentlichungen zum Thema kamen vermehrt auch Frauen zu Wort (z.B. Marie de Gournay mit einem Buch über „L'Égalité

28 Christian Thomasius, Einleitung zur Sittenlehre, Ausgew. Werke, Bd. X, Nachdruck, Hildesheim/Zürich/New York 1995, 250.

29 Ebd., 364.

30 Wolf, Rechtsdenker (Fn. 23) 388.

31 Christine de Pizan, Das Buch von der Stadt der Frauen, Berlin 1986, zuerst 1405. Vgl. auch Claudia Opitz-Belakhal, Streit um die Frauen und andere Studien zur frühneuzeitlichen „Querelle des femmes“, Darmstadt 2020.

32 Isabel Karremann, Einführung zu Ina Schabert, Die Gleichheit der Geschlechter, Berlin 2021, VII; vgl. zum Ganzen und zu den Quellen Elisabeth Gössmann, Ob die Weiber Menschen seyn, oder nicht?, in: Dies. (Hg.), Archiv für philosophie- und theologiegeschichtliche Frauenforschung, München 1988, Bd. IV.

des hommes et des femmes, 1622, oder die vielzitierte Universalgelehrte Anna Maria von Schurmann, 1607-1678).³³

Vor diesem Hintergrund erschien 1673, also fast gleichzeitig mit Pufendorfs *De iure naturae* (1672), das Buch „Über die Gleichheit der Geschlechter“ – *De L'Égalité des deux Sexes* von François Poullain de la Barre (1647-1723).³⁴ Schon der Titel dieser Schrift gibt eine entschiedene und klare Antwort auf all die Fragen, die wir den Juristen in ihren vorsichtigen Zugeständnissen an die naturrechtliche Position der Frauen im Eherecht gestellt hatten. Der Verfasser, ein französischer Philosoph und Theologe, war Aufklärer im Wortsinne. Im Zweifel an allem Überlieferten und dem bisherigen Wissenskanon und im rationalen Denken René Descartes' und seiner *Discours de la Méthode* geschult, wollte er nur das als richtig und wahr anerkennen, was einer eigenen kritischen Analyse und logischer Reflexion standhielte. Kein Gegenstand der Wissenschaften und der allgemeinen Volksmeinung aber war seiner Meinung nach so mit Vorurteilen, Irrtümern und einer „falsch zurechtgezimmerter Idee von Tradition“³⁵ belastet wie die herrschenden Vorstellungen von der Überlegenheit des männlichen Geschlechts, „die so alt sind [ist] wie die Welt und so allgemein verbreitet wie das Menschengeschlecht“.³⁶ Nach sorgfältiger Prüfung aller nur denkbaren Theorien, Lehrmeinungen, „den Wissensgebäuden der offiziellen Philosophie“, von Dichtern, Rednern, Historikern, Rechtsgelehrten und Philosophen sowie den landläufigen Ansichten über die Ungleichheit der Geschlechter stellte er unmissverständlich klar, dass die Frauen Menschen sind, die zu allen Arten von Erkenntnissen, Berufen und Ämtern fähig seien.³⁷ Denn „der Geist/Verstand hat kein Geschlecht“ (*L'esprit n'a point de sexe*), körperliche Unterschiede spielten in diesem rationalen Dualismus keine Rolle. „Da der Geist in beiden Geschlechtern auf gleiche Weise wirkt, ist er auch in gleicher Weise zu den gleichen Dingen fähig.“³⁸

33 Vgl. Irmgard Hirdeis, Vorgeschichte, in: Dies. (Hg.) „Die Gleichheit der Geschlechter“ und „Die Erziehung der Frauen“ bei Poullain de la Barre (1647-1723), Frankfurt am Main 1993, 15 f.

34 Die Veröffentlichung von Hirdeis unter dem Titel „Die Gleichheit der zwei Geschlechter“, 85-164, ist die erste deutsche Übersetzung von Poullain de la Barre, aus der im Folgenden zitiert wird.

35 Ebd., 95.

36 Ebd., 89.

37 Ebd., 115 f.

38 Ebd., 125.

Dieser radikal aufklärerische Ansatz des Poullain de la Barre, der keine andere Autorität anerkennt als die Vernunft, versteht die Kritik an der notorischen Abwertung, Diskriminierung und Unterwerfung der Frauen nicht nur als philosophisches Theorem, sondern als Problem der Gerechtigkeit, für die er gesellschaftliche Konsequenzen fordert, z.B. mit seiner kurz darauf erschienenen Schrift über die notwendige „Erziehung der Frauen“. Denn „Abhängigkeit und Knechtschaft sind gegen die Gesetze der Natur, die alle Menschen gleichgemacht hat.“³⁹ Insofern sind beide Schriften als Manifestation eines frühen modernen Feminismus zu verstehen, die beinahe nichts von ihrer Aktualität verloren haben. Paradigmatisch stehen sie für den engen Zusammenhang von Aufklärung und Frauenfrage bzw. Geschlechterverhältnis.

Dennoch ist die Veröffentlichung, die zunächst anonym, dann aber noch in mehreren Auflagen zwischen 1676, 1679 oder 1690 und 1692 sowie 1677 noch einmal in englischer Übersetzung namentlich erschien,⁴⁰ entweder als Galanterie abgetan worden – was de la Barre ausdrücklich vermeiden wollte – oder nicht ernst genommen und lächerlich gemacht, ja, vergessen worden, ebenso wie andere einzelne Rufer, die ihm folgen sollten, wie Theodor Gottlieb von Hippel, Jean Condorcet oder Olympe de Gouges und Mary Wollstonecraft. Die Bestseller zum Thema waren seit der Mitte des 18. Jahrhunderts andere, mit nachhaltiger Bedeutung und Wirkung insbesondere Jean Jacques Rousseau sowie Johann Gottlieb Fichte. Noch im Nachhinein gilt die *Querelle des Femmes* in den rechtshistorischen Standardwerken als eine „Randerscheinung“,⁴¹ die sich im Widerspruch zur herrschenden Meinung mit einem „freilich“⁴² erledigen ließ.

III. Spätaufklärung und Gegendiskurs im 18. Jahrhundert

Offensichtlich war der naturrechtliche Diskurs über die Gleichheit der Geschlechter auch untergründig eine so große Herausforderung, dass die sich im 18. Jahrhundert vielfältig entwickelnden Wissenschaften vom Men-

39 Ebd., 38.

40 Ebd., 41.

41 Wesel, Recht in Europa (Fn. 5) 373.

42 Vgl. Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte (Fn. 5) 297. Da heißt es zum Vernunftrecht der Ehe: „Die Ehe ist freilich nicht paritätisch [...] Vielmehr ist der Mann natürliches Haupt der Frau wie der Familie, die Ehe also die Verbindung, welche die Frau dem Manne unterstellt.“

schen, die Anthropologie, die Naturwissenschaften und die Biologie, nicht zuletzt die Medizin und die Pädagogik aufgeboten wurden, um den Unterschied der Geschlechter und die andere ‚Natur der Frau‘ neu zu begründen. Mit der Entwicklung der empirischen Wissenschaften, der medizinischen Erkenntnisse von der besonderen Physiologie der Frau, dem Übergang vom Rationalismus zum Sensualismus, wonach Denken und Wissen auch aus Sinneseindrücken und Erfahrung hergeleitet werden, war die cartesiansche These vom geschlechtslosen Verstand angeblich nicht mehr zu halten. Nun führt just das Argument der Natur der Frau als einer besonderen, abweichenden im historischen und gesellschaftlichen Transformationsprozess zu einer „Polarisierung der Geschlechtscharaktere“⁴³ und damit zur Inthronisierung der Geschlechterdifferenz als „alles erklärendem und alles legitimierendem Grundstock von Wissenschaft und Kultur“.⁴⁴ Es ist dies ein Forschungsfeld, das die historische und philosophische Frauen- und Geschlechterforschung in allen Facetten gründlich bearbeitet hat, weshalb ich mich in diesem Kontext nur auf die zwei Protagonisten dieses Diskurses beziehen möchte, die die Jurisprudenz und die bürgerlich-rechtliche Stellung der Frauen am nachhaltigsten beeinflusst und bestimmt haben.

Das ist zum einen Jean J. Rousseau (1712- 1778), der Schriftsteller, Philosoph und Pädagoge, der mit seinen staats-theoretischen Schriften, der *Abhandlung über den Ursprung der Ungleichheit unter den Menschen* (1755) und *Vom Gesellschaftsvertrag* (1762), als Wegbereiter der Französischen Revolution gilt. Er sieht im Fortschrittsglauben der Aufklärung und der eingeleiteten Freisetzung auch weiblicher Vernunft eine zivilisatorische Gefahr. Nun war Rousseau keineswegs der einzige, der in Reaktion auf die aufklärerische Denkbarekeit der Rechtsgleichheit von Frauen mit der Neubestimmung der Natur der Frau, ihres besonderen Geschlechtscharakters die Demontage ihrer intellektuellen Fähigkeiten und die Beschränkung

43 Karin Hausen, Die Polarisierung der 'Geschlechtscharaktere': Eine Spiegelung der Dissoziation von Erwerbs- und Familienleben, in: Werner Conze (Hg.), *Sozialgeschichte der Familie in der Neuzeit Europas*, Stuttgart 1976, 363-393.

44 Claudia Honegger, Sensibilität und Differenz, in: Ute Gerhard u.a. (Hg.), *Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht*, Frankfurt am Main 1990, 245; darin auch weitere Beiträge zum Folgenden. Vgl. auch Claudia Honegger, *Die Ordnung der Geschlechter. Die Wissenschaften vom Menschen und das Weib*, Frankfurt am Main/New York 1991.

ihrer Aufgaben auf den privaten Bereich der Familie betrieb.⁴⁵ Was Rousseaus Schriften auszeichnete und so überzeugend wirken ließ, war, dass er die Rolle der Frau gerade in dieser Beschränkung und Repression aufwertete zum Gegenpol der Rolle des Mannes. In der durch seine Vernunft und durch Selbsterhaltungstrieb und Egoismus geleiteten Konkurrenzgesellschaft war ihre Aufgabe Mitmenschlichkeit und Sorge für andere, geleitet von Mitgefühl, Güte, Selbstaufgabe und Fürsorge im familiären Bereich – Eigenschaften, die erwiesenermaßen unentbehrlich sind für das Wohlergehen und Funktionieren der bürgerlichen Gesellschaft. Doch die damit gewonnene Stärke als das ‚moralische Geschlecht‘ blieb teuer erkauft um den Preis, dass zur Bildung und Erziehung von Frauen nur intellektuelles Mittelmaß, konkret-anschauliches Denken und weiblicher Instinkt genügen sollten, um „die Pflichten ihres Geschlechts leichter zu erkennen; [...] denn was die Werke des Genies anbetrifft, so übersteigen sie ihr Fassungsvermögen.“⁴⁶

Es bleibt widersprüchlich, dass diese andere ‚Natur‘ der Frau offenbar erst geschaffen, die ‚Bestimmung der Frau zur ‚Gattin, Hausfrau und Mutter‘ erst erlernt werden musste. Dazu hat Rousseau in seinem Erziehungsroman „Emile“ aus dem Jahr 1762 (100 Jahre nach Poullain de la Barre) ein Programm entwickelt, dem unzählige pädagogische Schriften zur Mädchenerziehung bis ins 20. Jahrhundert folgen sollten. Jedenfalls diene der Rückgriff auf die Natur im Falle der Frauen von nun an nicht zur Begründung ihrer Mündigkeit und Freiheit, sondern im Gegenteil, zu ihrer expliziten Bevormundung und Diskriminierung. Und die Erklärung lieferte ein Begründungsmuster, das wie Poullain de la Barre festgestellt hatte, so „vulgär“⁴⁷ und weit verbreitet ist wie das Menschengeschlecht. So heißt es im 5. Buch des *Emile* unter dem Titel „Sophie oder das Weib“ u.a.:

„In der Vereinigung beider Geschlechter ist jedes für den gemeinsamen Zweck gleich tätig, aber freilich nicht in derselben Weise. Aus dieser Verschiedenheit ergibt sich der erste bestimmbare Unterschied beider Geschlechter in moralischer Beziehung. Das eine soll tätig und stark sein, das andere empfangend und schwach; bei dem einen muß notwen-

45 Vgl. hierzu im Einzelnen *Lieselotte Steinbrügge*, Das moralische Geschlecht. Theorien und literarische Entwürfe über die Natur der Frau in der französischen Aufklärung, Weinheim und Basel 1987, auch zum Folgenden.

46 Jean-Jacques Rousseau, *Emile oder über die Erziehung*, (zuerst 1762) Stuttgart 1963, 622–623.

47 Zit. n. *Hirdeis*, Die Gleichheit (Fn. 34) 94.

dig Wille und Kraft herrschen, bei dem anderen zarte Nachgiebigkeit [...] Wenn man diesen Grundsatz anerkennt, so muß man auch weiter daraus folgern, daß das Weib besonders dazu geschaffen ist, dem Manne zu gefallen.“⁴⁸

In der Reaktion auf die Französische Revolution unverblümter frauenfeindlich waren Johann Gottlieb Fichtes »Deduktionen über die Ehe« aus dem Anhang seiner Schrift »Grundlagen des Naturrechts« von 1796.⁴⁹ Einflussreich war Fichte vor allem deshalb, weil er gegenüber den Naturrechtstheorien eine angeblich modernere, ‚sittliche‘ Begründung der Ehe geliefert hat. Die Pointe seiner Argumentation lag darin, dass nun ausdrücklich die Unterwerfung der Frau in der Ehe mit ehelicher Liebe gerechtfertigt wurde und zwar einseitig „unbegrenzte Liebe von des Weibes, unbegrenzte Großmut von des Mannes Seite“.⁵⁰ Wie bei Rousseau hat Fichte die Unterordnung der Frau aus der „Beförderung des Naturzwecks“, „dem eigentlichen Akt der Zeugung“ abgeleitet, wonach „das eine Geschlecht sich nur tätig, das andere nur leidend verhalte“. Da Leiden aber der Vernunft widerspricht – so Fichte’s verschrobene⁵¹ Deduktion –, „... steht die Frau »der Natureinrichtung« der Ehe nach »um eine Stufe tiefer als der Mann«, kann sie erst dann wieder auf eine Stufe mit ihm gelangen, wenn »sie sich zum Mittel der Befriedigung des Mannes macht, [...] (sie) erhält ihre ganze Würde erst dadurch wieder, daß sie es aus Liebe zu diesem Einen getan habe«.⁵²

An die Stelle des Naturrechts tritt hier ein sog. Vernunftrecht, in dem das Individuum sich selbst als das selbstbestimmte, freie ‚Ich‘ imaginiert und Recht definiert als das „Verhältnis zwischen vernünftigen Wesen“, deren „Freiheit durch die Möglichkeit der Freiheit des anderen“ beschränkt wird.⁵³ Jedoch gilt diese grundlegende Maxime nicht für die „eheliche Gesellschaft, da „die Ehe gar nicht bloß eine juristische Gesellschaft (ist)

48 Rousseau, Emilie (Fn. 46) 676-677.

49 Johann Gottlieb Fichte, Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre, (zuerst 1796) Hamburg 1960.

50 Fichte, Naturrecht (Fn. 49) 331.

51 So schon Gertrud Bäumer, eine der führenden Frauen der bürgerlichen Frauenbewegung nach 1900 in: Dies., Fichte und sein Werk, Berlin 1921, 57 f.: „Es gibt nichts Unzarteres, Verschrobeneres und in seiner schulmeisterlichen Gravität und Überzeugtheit Komischeres als Fichtes Weisheit über die Ehe, enthalten in den Anhängen des Naturrechts.“

52 Fichte, Naturrecht (Fn. 49) 300 u.306.

53 Ebd., 52.

wie der Staat; sie ist eine natürliche und moralische Gesellschaft.“⁵⁴ Anders als bei Thomasius wird mit diesem Verweis auf die Moral das neuzeitliche Menschenrecht auf Gleichheit nicht gestützt, sondern Ehefrauen ausdrücklich verweigert und durch eine geschlechterdifferente Moral ersetzt. „Aus einer lediglich mechanischen Funktionsverschiedenheit des Sexualapparats“, so Marianne Weber, „lässt sich doch – rein logisch -- unmöglich die Forderung einer verschiedenartigen sittlichen Bewertung ableiten.“⁵⁵

Man könnte Fichtes abstruse Schlussfolgerungen auch für überholt halten und auf sich beruhen lassen, wären da nicht die Rechtsfolgen, denn sie waren nachhaltig: Wenn zu lesen ist, die Frau ist „durch die Verheiratung ganz vernichtet“, d.h. sie ist keine Rechtsperson, „sie gehört nicht sich selbst, sondern dem Manne, beide erscheinen [...] als Eine juridische Person, deren äußerer Repräsentant der Mann ist“,⁵⁶ so geht es im Kern um die Verfügung über Eigentum im ehelichen Güterrecht, womit die Vormachtstellung des Mannes in der Ehe gesichert wird: „Aus der Vereinigung der Herzen erfolgt notwendig Vereinigung der Güter unter der Oberherrschaft des Mannes“,⁵⁷ heißt es da. Tatsächlich beschreibt die dem altdeutschen Recht (z.B. Sachsenspiegel) entlehnte Formel ‚Ein Leib, ein Gut‘ ein rückwärtsgewandtes Rechtfertigungsmuster, das – nach Aufklärung und Verkündung allgemeiner Menschenrechte – nicht mehr mit weiblicher Verstandesschwäche (*imbecillitas sexus*), sondern mit den Erfordernissen kapitalistischer Marktgesetzlichkeit begründet wird.⁵⁸ Es findet sich im Übrigen auch im Utilitarismus des englischen und amerikanischen *Common law*, in der noch das ganze 19. Jahrhundert beherrschenden Formel der *Commentaries in the Laws of England* von William Blackstone (1765-1769): „By marriage the husband and the wife are one person in law.“⁵⁹ Es galt im Ergebnis ebenso für die despotische eheliche Herrschaft des Mannes im französischen *Code civil* von 1804, was die Französinen früh als Annul-

54 Ebd., 288.

55 Vgl. Marianne Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, (zuerst Tübingen 1907) Aalen 1971, 306 f. mit ausführlicher Kritik an Fichtes Fehlleistungen seines sog. „ethischen Idealismus“.

56 Fichte, Naturrecht (Fn. 49) 320 u. 322.

57 Ebd., 337.

58 Vgl. Susanne Weber-Will, Geschlechtsvormundschaft und weibliche Rechtswohltat im Privatrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts (Fn. 8), 452-459.

59 William Blackstone, *Commentaries in the Laws of England*, Oxford 1765, Bd. I, 442; ausführlich Norma Basch, *In the Eyes of the Law: Women, Marriage, and Property in Nineteenth Century New York*, Ithaka 1982, 42-55.

lierung der Ehefrau als Rechtsperson kritisierten.⁶⁰ Doch nirgends wurde das Geschlechtsinteresse des Mannes so unverhohlen und „notwendig“ misogyn ausformuliert wie in Fichtes ‚Deduktionen über die Ehe‘: „(Die Frau) ist unterworfen durch ihren eigenen fortdauernden notwendigen und ihre Moralität bedingenden Wunsch, unterworfen zu sein [...] Also zufolge ihres eigenen notwendigen Willens ist der Mann der Verwalter aller ihrer Rechte.“⁶¹

Dennoch wurde Fichtes Ehelehre im 19. Jahrhundert in Deutschland richtungweisend für die juristische Dogmatik über die ‚Ehe als Institution‘ und sollte über Friedrich von Savignys zunächst gescheiterte Ehescheidungsreform in der Mitte des Jahrhunderts die Kontroversen um das eheliche Güterrecht bei der Kodifikation des BGB und darüber hinaus als Referenz dienen.

IV. Zwischenstand: Die Rechtslage von Frauen um 1800

Um zu prüfen, welchen Niederschlag oder welche Folgen die Rechtsphilosophie und die neuzeitlichen Geschlechtertherorien in den sog. Naturrechts-Kodifikationen hatten, soll die Rechtslage von Frauen um 1800 de lege lata skizziert werden. Dabei beschränke ich mich auf den Vergleich des preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR) mit dem französischen Code civil (Cc). Beide sind in einem Abstand von nur 10 Jahren, 1794 bzw. 1804, in Kraft getreten und repräsentieren gleichwohl in Bezug auf die Rechtsstellung der Ehefrauen durchaus unterschiedliche Rechtauffassungen.⁶²

Das ALR ist auf Initiative Friedrich II. von Preußen nach langen Vorarbeiten (erster Entwurf 1749/51) inspiriert von den Naturrechtslehren entstanden und zwar direkt über seine Verfasser.⁶³ In seiner Mischung

60 Unter vielen anderen z.B. *Jenny P. d'Héricourt*, *La Femme Affranchie*, 2 Bde, Brüssel und Paris 1860.

61 *Fichte*, *Naturrecht* (Fn. 49) 341.

62 Die Darstellung der Rechtslage folgt weitgehend meinen Untersuchungen zu *Ute Gerhard*, *Frauenrechte im Europa des 19. Jahrhunderts – Die Bedeutung des Privatrechts für die Rechtsungleichheit von Frauen*, in: Dies. (Hg.), *Für eine andere Gerechtigkeit. Dimensionen feministischer Rechtskritik*, Frankfurt am Main/New York 2018, 133-189; sowie dies., *Der Partikularismus der Frauenrechte im 19. Jahrhundert*, in: *Irmtraud Fischer, Angela Berlis, Christiana de Groot* (Hg.), *Frauenbewegungen des 19. Jahrhunderts*, Stuttgart 2021, 29-106.

63 Eine Brücke in der aufgeklärten Naturrechtslehre bildete Christian Wolff, der Lehrer der Verfasser des ALR Johann Heinrich Casimir von Carmer und Ferdinand Klein

aus aufgeklärtem Absolutismus, „möglichster Freiheit“ (Ferdinand Klein) und erzieherischen Paternalismus nahm es eine Zwischenstellung zwischen ständischem und bürgerlichem Recht ein. Abgefasst zur „Beförderung der ‚Privatglückseligkeit‘ eines jeden Einwohners“⁶⁴ sollte es volkstümlich und auch für Nichtjuristen verständlich sein. Auf der Grundlage des geltenden *Gemeinen Rechts* entstanden, das bis dahin nur in lateinischer Sprache verhandelt wurde, war das *ALR* die erste deutschsprachige Kodifikation, die alle Latinismen zu vermeiden suchte.⁶⁵ Wegen seiner Ausführlichkeit (insgesamt etwa 19 000 Paragraphen) ist es von der Rechtswissenschaft anfangs boykottiert und viel gescholten worden.⁶⁶ Das lag u.a. auch daran, dass die Auslegung durch Richterrecht anfangs sogar verboten war, weshalb sich die Rechtswissenschaft zunächst durch Missachtung rächte. Tatsächlich hat Friedrich von Savigny, der seit 1810 den Lehrstuhl für Zivilrecht in Berlin besetzte, nicht das Landrecht, sondern das gemeine, also das rezipierte römische Recht der Juristenausbildung zugrunde gelegt und erst 1819 Landrechtsvorlesungen in seine Lehre aufgenommen.⁶⁷ Die grundsätzlich ablehnende Haltung Savignys war schon in seiner Streitschrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ zum Ausdruck gekommen, in der er 1814 gegen die Denkschrift von Anton Friedrich Justus Thibauts „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs für Deutschland“⁶⁸ der Rechtswissenschaft seiner Zeit die Befähigung zur Gesetzgebung abgesprochen hatte. Stattdessen legte er in seinen Schriften systematisch die Grundlagen für die Gründung der ‚Historischen Schule‘. Damit sollte der aufgeklärte Rationalismus des Naturrechts überwunden werden. Recht konnte nicht das Produkt Einzelner oder eines Gesetzgebers sein, sondern hatte „sein Dasein im Volk“.⁶⁹ Denn der Rechtsstoff war durch die Geschichte und die wissenschaftliche Tradition der Rechtstexte

war, die beide in Halle studiert hatten. Dies gilt auch für den Endredakteur Carl Gottlieb Svarez, der sein Studium bei Carl Georg Darjes in Frankfurt an der Oder absolviert hatte, welcher wiederum aus der Wolff-Schule kam. Vgl. *Hans Hattenhauer*, Einführung zu „Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794“, Textausgabe, Frankfurt am Main/Berlin 1970, 16, f., auch zum Folgenden.

64 Publikationspatent zu der zunächst wieder zurückgezogenen Erstausgabe vom 20. März 1791.

65 *Hattenhauer*, Einführung zum *ALR* (Fn. 63) 35.

66 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (Fn. 5) 322-335.

67 *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (Fn. 5) 335; *Wolf*, *Rechtsdenker* (Fn. 23) 498.

68 Vgl. Jacques Stern (Hg.), Thibaut und Savigny, (Berlin 1814) Darmstadt 1959, 69-166.

69 *Wolf*, *Rechtsdenker* (Fn. 23) 491 f.; vgl. auch *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte* (Fn. 5) 369 f.u. 381-399.

vorgegeben, so Savigny. Deshalb bestehe die Aufgabe der Rechtswissenschaft nicht darin, „abstrakte Regeln“ zu setzen, sondern den organischen Zusammenhang der Rechtssätze zu ermitteln und zu einem System zusammenzuführen. Es erscheint wie eine Ironie der Rechtsgeschichte, dass ausgerechnet Savigny später zur preußischen Gesetzgebungsrevision hinzugezogen und 1842 zum Minister für Gesetzgebung berufen wurde mit dem Auftrag, das ALR zu reformieren.

Der Übergangscharakter des *Allgemeinen Landrechts* kommt besonders deutlich im Familienrecht im II. Teil des Gesetzbuches zum Ausdruck. Obwohl das ALR auf die ständische Terminologie ‚Hausstand‘ verzichtet und von ‚Ehe‘ und ‚Familie als häuslicher Gesellschaft‘ spricht – ausdrücklich auch noch unter Einbeziehung des Gesindes (§§ 3 u.4 I.1 ALR) – ist der Gesetzestext kennzeichnend für den schleppenden Übergang von ständischer zu bürgerlicher Gesellschaft. Dies ist beispielhaft zu sehen an der ambivalenten Rechtstellung der Frau. Obwohl im Allgemeinen Teil „die Rechte beyder Geschlechter [...] einander gleich“ sind und die Minderjährigkeit für alle, gleich welcher Herkunft und welchen Standes, mit dem 24. Lebensjahr endet (§§ 24 u.36 I.1 ALR), gelten im Familienrecht (Zweyter Teil) die überkommenen Rechtsformeln: „Der Mann ist das Haupt der ehelichen Gemeinschaft“, er bestimmt Wohnsitz, Namen und Stand und ist Verwalter und Nutznießer des gemeinsamen Vermögens (§§ 184f. II.1. ALR). Ebenso standen die Kinder „vorzüglich unter väterlicher Gewalt“, immerhin sind sie beiden Eltern „Ehrfurcht und Gehorsam schuldig“ (§§ 61,62 II.2. ALR). Außerdem war die Ehefrau partiell geschäftsfähig, sie besaß in Bezug auf die alltäglichen Geschäfte des Haushalts die so genannte Schlüsselgewalt und war handlungsfähig für Geschäfte, die rechtlich für sie vorteilhaft waren, bzw. wenn der Mann verhindert war. Jedoch durfte sie ohne seine Einwilligung weder ein selbständiges Gewerbe treiben, noch sich in einem Arbeitsvertrag verpflichten. Denn der Mann war Verwalter und Nutznießer des gemeinsamen und ihres persönlichen Vermögens, es sei denn – und dies ist beachtenswert – die Frau hatte sich in einem Ehevertrag ihr Vermögen als Eigentum, auch des durch Erwerb gewonnenen, vorbehalten (§§ 205 ff.II.1.ALR). Da heißt es in § 221:

„In Ansehung des vorbehaltenen Vermögens gebühret der Frau die Verwaltung, der Nießbrauch und die freye Disposition, wenn sie sich nicht des einen oder anderen ausdrücklich begeben hat“.

Dieses gesetzlich zugesicherte, so genannte Vorbehalts- oder Sondergut der Frau – auch wenn es in der Praxis oft genug verhindert wurde – war für die Zeitgenossen von Anbeginn ein Stein des Anstoßes und für Jahrzehnte Gegenstand erbitterter Auseinandersetzungen, drohte doch das Verfügungsrecht der Frau über ihr Eigentum die Unabhängigkeit der Frau vom Mann nach sich zu ziehen. Diese im Ehevertrag ausbedungene, partielle Geschäftsfähigkeit der Ehefrau war für viele – immer noch oder wieder – „wider die Natur und die Gebote Gottes“ und störte offensichtlich die traditionelle patriarchale Ordnung der Ehe.⁷⁰

Darüber hinaus war das Scheidungsrecht im *ALR* verhältnismäßig liberal und modern, da neben den üblichen Scheidungsgründen des protestantischen Kirchenrechts (Ehebruch, böswilliges Verlassen, Versagung der ehelichen Pflicht etc. (§§ 668ff. II.1. *ALR*) auch bei kinderlosen Ehen bzw. nach vergeblichen Aussöhnungsversuchen die Scheidung wegen einseitiger „unüberwindlicher Abneigung“ möglich war (§§ 716 -718 II.1. *ALR*). Zudem galten für beide Ehegatten die gleichen Scheidungsgründe. Das *ALR* hielt am Schuldprinzip fest, das ausschlaggebend für Regelung der Scheidungsfolgen, die Erziehungsrechte (§§ 92f. II.2. *ALR*) sowie für die güterrechtliche Auseinandersetzung und die Unterhaltsansprüche war. So hatte die schuldlos geschiedene Ehefrau gegen den Mann einen Anspruch auf Abfindung, ersatzweise auf standesgemäßen Unterhalt „bis an ihren Tod“ (§§ 783ff. (798) II.1.*ALR*). Diese freiere und durchaus soziale Ausrichtung der Scheidungsregelungen provozierte von Anbeginn eine heftige konservative Opposition. Welche Bedeutung die „Scheidung auf preußisch“ insbesondere für Frauen aus dem „niederen Bürgerstand und Bauernstand“ hatte, wird an der dreimal so hohen Zahl von Scheidungsklagen deutlich, die von Frauen eingereicht wurden.⁷¹ Für den häufigsten Fall der „bösllich verlassenen“, mittellos dastehenden Ehefrau war das Scheidungsurteil nicht nur die Voraussetzung für eventuelle Versorgungsansprüche, es ermöglichte auch die Existenzsicherung durch Wiederverheiratung.

Fürsorglich und im heutigen Sinne ausgesprochen sozial aber waren schließlich die großzügigen Ansprüche auf Entschädigung oder Abfindung,

70 Vgl. im Einzelnen *Susanne Weber-Will*, Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794, Frankfurt am Main/Bern/New York 1983, 90-109.

71 *Dirk Blasius*, Bürgerliche Rechtsgleichheit und die Ungleichheit der Geschlechter. Das Scheidungsrecht im historischen Vergleich, in: *Ute Frevert*, Bürgerinnen und Bürger. Geschlechterverhältnisse im 19. Jahrhundert, Göttingen 1988, 67-84, 77.

die das ALR den unehelichen Müttern und ihren Kindern nicht nur gegenüber den Vätern, sondern, wenn der nicht eheliche Vater nicht zahlen konnte, auch gegenüber den Eltern des Erzeugers, also den Großeltern gewährte (§§ 1027 ff., 1088, II.1 und §§ 592 ff., 628 II.2 ALR).⁷² Alle diese Regelungen, die in der Lebenswirklichkeit von Frauen deren häufigste Unrechtserfahrungen abbildeten, galten von Anbeginn als lax und frivol, denn sie wurden verstanden als Anreiz für die Leichtsinnigkeit und Sittenlosigkeit des weiblichen Geschlechts. Sie gaben zeitgenössischen Kommentatoren Anlass zu der Befürchtung, das Landrecht werde das „preußische Land bald zu einem wahren Paradies der Weiber machen.“⁷³

Im Vergleich zum ALR war der 1804 verabschiedete französische *Code civil* im Hinblick auf die Rechte verheirateter Frauen repressiv und frauenfeindlich. Dabei genießt der *Code civil* (Cc) rechtswissenschaftlich hohes Ansehen. Er gilt allgemein als „Meisterleistung liberaler Gesetzgebungskunst“ und „Dokument nationaler Größe“.⁷⁴ Dieses erste bürgerliche Zivilgesetzbuch bot mit seinen liberalen Grundprinzipien, der Abschaffung der Standesprivilegien und der Ausschaltung kirchlicher Kompetenzen im Zivilrecht sowie mit der Garantie von Freiheit und Eigentum den angemessenen Rechtsrahmen, in dem sich die bürgerliche Markt- und Eigentümergeellschaft entfalten konnte. Aus der Geschlechterperspektive hatte diese Erfolgsgeschichte des Cc jedoch eine dunkle Kehrseite: die unwürdige Stellung der Frauen im Ehe- und Familienrecht, rechtspraktisch ihre Annullierung als Rechtsperson. Dabei ist zu bedenken, dass der Code im Familienrecht nicht als ein Ergebnis der Revolution, des gewaltigen Umsturzes des *Ancien Régime* zu bezeichnen ist, vielmehr ist das Gesetzbuch bereits die reaktionäre despotische Antwort des ursprünglich revolutionären Bürgertums auf einige ihrer kurzzeitigen Errungenschaften. So waren im sog. *droit intermédiaire*, den Rechtsreformen in der kurzen

72 Vgl. im Einzelnen Beate Harms-Ziegler, Außereheliche Mutterschaft in Preußen im 18. Und 19. Jahrhundert, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts (Fn. 8) 325 -344; Gerhard, Verhältnisse (Fn. 2) 175f.

Der Abschnitt „Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs“ umfasst allein über 100 Paragraphen (1027-1131), hinzukommen über 70 Paragraphen zu den Rechten der unehelichen Kinder (592-665).

73 Johann Georg Schlosser, Briefe über die Gesetzgebung überhaupt und den Entwurf des preußischen Gesetzbuchs insbesondere, Glashütten: Auvermann, 1970; ursprünglich. Frankfurt am Main: Fleischer, 1789, 279; vgl. hierzu Gerhard, Verhältnisse (Fn. 2) 85 f.

74 Ernst Holthöfer, „Frankreich“, in: Helmut Coing, Handbuch Privatrechtsgeschichte, München 1982, Bd. III, 863-1068.

Zeitspanne zwischen 1789 und 1793, einige, die bisherige Gesellschafts- und die Geschlechterordnung umwerfende Gleichheiten und Freiheiten für Frauen und Mädchen gesetzlich eingeführt worden: z.B. die Feststellung der Ehe-Mündigkeit und die Emanzipation aus väterlicher Gewalt mit 21 Jahren für beide Geschlechter sowie die Einführung des gleichen Erbrechts durch Dekret vom 4.6.1793 und zwar nicht nur der Söhne und Töchter, sondern auch der „natürlichen“, d.h. der nicht ehelichen Kinder.⁷⁵ Als Akt der Befreiung war insbesondere die Einführung der Scheidungsfreiheit gefeiert worden, da neben anderen Gründen auch die Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung zugelassen wurde. Doch diese Errungenschaften wurden mit Beginn der Schreckensherrschaft im Herbst 1793 sogleich wieder eingeschränkt. Olympe de Gouges, die sich mit ihrer Antwort auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung, „der Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin“⁷⁶ weit vorgewagt hatte, wurde wie viele andere hingerichtet. „Die absolute Gleichheit in den ehelichen Beziehungen verschwand wie ein Traum.“⁷⁷ Denn die neuen Freiheiten und die Einmischung und politische Beteiligung gerade auch der Frauen in der Revolution, wurden von den Zeitgenossen nicht nur in Frankreich als Verfall der Sitten, als ‚Excès funeste‘ und Auswüchse eines Gleichheitsfanatismus wahrgenommen, denen nur mit harter Repression zu begegnen war.

Der *Code Civil* war daher vor allem anderen eine Reaktion auf die neuen bürgerlichen Freiheiten auch der Frauen und auf die Wirrnisse und Verunsicherungen dieser Zeit. Er schaffte es, in der verhältnismäßig kurzen Periode bis seiner Verabschiedung im Jahr 1804, an der Basis der gesellschaftlichen Ordnung, in der Familie, Leitplanken männlicher Vorherrschaft einzuziehen. Napoleon soll sich persönlich für den alles entscheidenden Artikel in der Neufassung des Eherechts eingesetzt haben, der die totale Rechtlosigkeit der Ehefrau auf den Begriff brachte. Art. 213 Cc lautete bis 1938: „Der Mann ist seiner Frau Schutz, die Frau ihrem Manne Gehorsam schuldig.“⁷⁸ Im Einzelnen folgte daraus: Die Ehefrau stand in jeder Beziehung unter der Gewalt des Ehemannes, sie war keine selbstständige

75 Marcel Garaud, *La révolution française et la famille*, Paris 1978, 47 f.; Vgl. insbes. A. H. Huussen Jr., „Le droit du mariage au cours de la Révolution française?“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (1979), 9-51 und 99-127.

76 Vgl. Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung (Fn. 8) 49-72.

77 Philippe Sagnac, *La Législation Civile de la Révolution française (1789-1804)*, Genf 1979 [1898], 301: „L'égalité absolue dans les relations conjugales a fui comme un rêve.“ Vgl. insbes. Holthöfer, Frankreich (Rn. 74) 863-1068.

78 „Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.“

Rechtsperson. Sie bedurfte für jede Rechtshandlung und in jedem Einzelfall der Genehmigung (*autorisation*) des Ehemannes, sowohl zur Führung ihrer Haushaltsgeschäfte wie eines selbständigen Handelsgewerbes. Sie war weder geschäfts- noch prozessfähig (Art. 214ff. Cc). Sie konnte Eigentum besitzen oder erwerben, aber nicht darüber verfügen, auch nicht über den Verdienst aus eigener Erwerbstätigkeit. Selbst bei vor der Ehe vereinbarter Gütertrennung konnte die Ehefrau über die ihr gehörenden Grundstücke nicht ohne Genehmigung des Mannes verfügen. Denn die ehemännliche Gewalt erstreckte sich sowohl über die Person als über das Vermögen der Frau. Es war nicht möglich, dieses durch Vertrag zu ändern (Art. 1388 Cc). Lediglich die amtlich anerkannte Handelsfrau (*marchande publique*) konnte ohne Genehmigung des Mannes Verbindlichkeiten eingehen (Art. 220 Cc). Besonders hartherzig war darüber hinaus die alleinige und uneingeschränkte väterliche Gewalt (Art. 373 f. Cc), ihr nicht zu gehorchen, war ein Sakrileg.⁷⁹ Das bedeutete, der Vater besaß Zuchtmittel und konnte ein Kind sogar einsperren lassen (Art. 375-377 Cc).

Ungleich waren auch die Voraussetzungen für eine Ehescheidung. Der Ehebruch des Mannes war nur Scheidungsgrund, wenn er in der ehelichen Wohnung begangen wurde. Dagegen konnte der betrogene Ehemann sich in jedem Fall scheiden lassen (Art. 229 u. 230 Cc). Ehescheidung wurde jedoch 1816 mit der Restauration und der Rückkehr der Bourbonenmonarchie untersagt und blieb bis 1884 überhaupt verboten.

Beispiellos war schließlich die Rechtlosigkeit der unverheirateten Mütter und ihrer Kinder im französischen Recht. Sie hatten keinerlei Ansprüche auf Unterhalt oder Abfindung, es sei denn der Vater hatte das nicht im Ehebruch gezeugte Kind ausdrücklich anerkannt und unterhalten. Selbst die Nachforschung, wer der Vater des Kindes sei, war ausdrücklich verboten (Art. 340 Cc), eine Härte, die noch bis 1912 mit einigen Ausnahmeregeln beibehalten wurde. Um Abtreibung und Kindstötung zu verhindern, wurden stattdessen Findelhäuser und Babyklappen einführt.

Die Logik dieser Unterordnung der Frau gerade in einer Republik ist von dem Verfasser des Familienrechts des Cc, Jean Etienne Portalis, in Anlehnung an Jean J. Rousseaus Geschlechterphilosophie ausführlich begründet worden. Portalis meinte u.a.:

79 Philippe Sagnac, *La Législation Civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Genf 1979 [1898], 363.

„Es ist [...] nicht unsere Ungerechtigkeit, sondern die natürliche Veranlagung, die die Frauen einer strengeren Pflichtenbindung unterwirft zu ihrem Vorteil und zum Heile der Gesellschaft [...] Die ehemännliche Gewalt, die väterliche Gewalt sind republikanische Einrichtungen. [Anders als in Monarchien] stärkt man in Republiken die häusliche Ordnungsgewalt, um gefahrlos die politische und bürgerliche Ordnungsmacht mildern zu können.“⁸⁰

V. Diskurse und Rechtsreformen bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts

Der Ruf nach Reform und Gesetzesänderungen gerade auch im Ehe- und Scheidungsrecht des *ALR* setzte unmittelbar nach seinem Inkrafttreten ein. Denn mit dem Oktoberedikt von 1807 wurde nicht nur das Ende der Erbuntertänigkeit und der Prozess der Bauernbefreiung eingeleitet, vielmehr erfolgte mit den Stein-Hardenbergischen Reformen, quasi als ‚Revolution von oben‘, auch die Umorganisation des preußischen Staates, der Administration, der Justiz sowie des Bildungswesens, womit Schritt für Schritt die ständestaatliche Ordnung außer Kraft gesetzt wurde. Schließlich hat die Neugestaltung der Territorien nach dem Wiener Kongress 1815 einerseits die Subsidiarität des *ALR* gegenüber den Partikularrechten teilweise aufgehoben, bei den Neuerwerbungen auch ersetzt, andererseits waren z.B. in den Rheinbundstaaten der *Code civil*, in anderen Gebieten wie Hannover oder Hessen-Nassau die Partikularrechte in Kraft geblieben. Weil damit die angestrebte Rechtseinheit in Preußen erneut verlorenging, wurde durch Kabinettsordre vom 3.11.1817 eine Gesamtrevision in Auftrag gegeben, die jedoch nur sehr schleppend vorankam.⁸¹

Aufschlussreich für die Diskurse dieser Zeit ist daher ein Dokument, das die Reformdebatten zum Ehe- und Familienrecht bis 1830 zusammenfasst: Es sind die „Motive zu dem vom Revisor vorgelegten Entwurf der

80 Zitat nach Hermann Conrad, „Die Rechtsstellung der Ehefrau in der Privatrechtsgesetzgebung der Aufklärungszeit“, in: Josef Engel Hans/Martin Klinkenberg (Hg.), *Aus Mittelalter und Neuzeit. Festschrift für Gerhard Kallen zum 70. Geburtstag*, Bonn 1957, 269.

81 Vgl. Philipp Hellwege, *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2009.

verschiedenen Teile des Allgemeinen Landrechts.“⁸² Hier werden, den einzelnen Paragraphen des ALR folgend, die Motive des Gesetzgebers, so auch Erläuterungen seines Redaktors Carl Gottlieb Suarez⁸³ sowie partikuläre Gewohnheitsrechte, Gerichtsurteile und Kommentierungen zitiert. Zudem sind zahlreiche, nach der Veröffentlichung eingebrachte Monita der sog. Referenten, der Vertreter der Stände und Regierungen in den verschiedenen Provinzen, nachzulesen – eine schier unübersehbare Fülle von Rechtsmeinungen und Material. Sie wurden vom so genannten Revisor, dem preußischen Beamten Obergerichtsrat Wünsche, sorgfältig protokolliert. In der Zusammenfassung am Ende jedes strittigen Paragraphen begründet Wünsche seine Vorschläge zur Revision, indem er grundsätzlich und klar die aufklärerischen, vernunftgeleiteten Prinzipien des Gesetzes verteidigt, zugleich aber um Systematisierung und Modernisierung bemüht ist. In seiner Einleitung betont er noch einmal den grundsätzlich säkularen Charakter des preußischen Eherechts und wehrt sich gegen die Einmischung insbesondere der katholischen Kirche als einer „mitherrschenden“.⁸⁴ Das betrifft insbesondere das Scheidungsrecht und die Frage der Wiederverheiratung. In Glaubensfragen, „einer Sache der Herzen und Gewissen“ war Toleranz zugesichert, denn Religion und Gesetzgebung haben nach Meinung des preußischen Beamten, „eine verschiedene Tätigkeit“, die Religion und ihre Vertreter könne – Luthers Schrift in Ehesachen zitierend – allenfalls Ratgeber, nicht Rechtsprecher sein.

Ohne die umfangreichen Materialien mit den aus vielfältigen Quellen des römischen und deutschen Rechts abgeleiteten Begründungen, Einwände und Vorschläge zur ‚Revision‘ in diesem Kontext auswerten zu können, interessiert, welche Rechtsfragen besonders umstritten waren und welche Schlussfolgerungen daraus gezogen wurden. Abgesehen davon ist die Quelle sozialhistorisch und rechtsoziologisch überaus informativ, da hier nicht nur Juristen beieinander saßen, sondern an vielen Stellen unverhüllte und deftige Volksmeinung aufblitzt. Im Folgenden muss ich mich jedoch auf das persönliche Verhältnis der Ehegatten sowie güterrechtliche Fragen beschränken, bei denen es um die Eigentums- und Erwerbsfähigkeit der Frau ging.

82 Revisor, Gesetz-Revision-Pensum XV. Motive zu dem vom Revisor vorgelegten Entwurf des Tit.I, Th.II des Allgemeinen Landrechts, Berlin 1830. In Auszügen abgedr. in: *Gerhard*, Verhältnisse (Fn. 2) 396-442.

83 Dabei wird nicht im Einzelnen zitiert, vgl. aber *Wolf*, Rechtsdenker (Fn. 23) 450f.

84 Revisor (Fn. 82) 2-5.

Es mag verwundern, dass der Revisor gleich zu Beginn des „Teils II Familien- oder Personenrecht“ die ersten beiden Paragraphen über den „Hauptzweck der Ehe“ („die Erzeugung und Erziehung der Kinder“) und das Gebot wechselseitiger Unterstützung am liebsten weglassen würde, da, wie die Wirklichkeit zeige, „solche Zwecke allemal unwahr ausfallen.“⁸⁵ Er hält die „schulgerechte Definition“ in diesem Fall für überflüssig, da die Ehe wie das menschliche Geschlecht „von der Natur gegeben (iuris naturalis)“ sei und der Gesetzgeber nur die äußeren Bedingungen zu benennen habe, unter denen die Ehe und ihre juristischen Folgen garantiert werden sollen. Folglich heißt es bei den Erläuterungen zu § 184, dem Mann als Haupt der ehelichen Gesellschaft:

„M.E. ist die Unterordnung der Frau unter den Mann, insofern bloß von dem wechselseitigen Verhältnis der Eheleute unter sich die Rede ist,... gar nicht gesetzlich zu gebieten.... Sie zum Objekt eines Zwangsrechts zu machen ist aber unrichtig; denn sie beruht lediglich auf dem freien durch die eheliche Liebe bedingten Willen der Frau.“⁸⁶

Zunächst scheint auch der Revisor davon auszugehen, dass die Unterordnung der Frau „eine natürliche, aus dem Wesen der Ehe von selbst nothwendig entspringende (sei), welche der Gesetzgeber als ein [...] vorher gegebenes Faktum schon vorfindet“, - das ähnelt Fichtes Deduktionen, doch es folgt sofort die Einschränkung – jedoch müsste „diese juristische Folge jener keineswegs juristischen Unterwerfung vor allen Dingen festgesetzt werden.“⁸⁷ In seinem Reformvorschlag für § 184 II.1 ALR hält er daher mehrere die Vorherrschaft des Mannes betreffende Paragraphen für überflüssig und formuliert in einer Generalklausel eher ein Vertretungsrecht des Mannes:

„Durch die Vollziehung der Ehe erhält der Mann die ausschließliche Befugniß und Verpflichtung, die Frau in allen Angelegenheiten des bürgerlichen Lebens, wo die Gesetze keine ausdrückliche Ausnahme vorschreiben, in und außer Gerichten zu vertreten.“⁸⁸

Und genau um diese „ausdrücklichen Ausnahmen“ geht es im nächsten Abschnitt unter dem Titel „Von den Rechten und Pflichten der Eheleute

85 Ebd., 10.

86 Ebd., 124.

87 Ebd., 124.

88 Ebd., 124.

in Beziehung auf ihr Vermögen.“ So hatte auch Prof. Hasse in einem vorweg zitierten Aufsatz argumentiert: „Das Wesen der Ehe erfordere es, die Pflichten so viel als möglich frei zu halten, und nur das Vermögen sei das *medium*, wodurch das Recht auf die Ehe einwirke.“⁸⁹ Tatsächlich waren die §§205 und 206 II.1 ALR, die neben den Verwaltungs- und Nutznießungsrechten des Mannes am eingebrachten Vermögen der Frau ein durch Gesetze oder Vertrag vorbehaltenes Eigentum der Frau vorsahen, über das sie unabhängig verfügen konnte – eine einzigartige Regelung, die von Anfang an unter den Kommentatoren hoch umstritten war. Der Widerstreit der Meinungen in dieser Frage beherrschte auch die Revisionskommission. Da werden wiederholt die römischrechtlichen Quellen zur Gütertrennung der römischen freien Ehe und zum Dotalrecht herangezogen sowie die deutschrechtlichen Traditionen des Sachsen- und Schwabenspiegels zum „nicht gezweiten Gut“ zur Begründung des gegensätzlichen Standpunkts bemüht. Während der Revisor die Verwechslung/ „Verdrehung“ dieser historischen Traditionslinien um das eingebrachte Gut und die gesetzlich vorbehaltene Vermögen rügt, weil in der Praxis des gemeinen Rechts das römische Recht der deutschen Rechtssitte angepasst wurde, interessiert ihn doch viel mehr ein in seiner Zeit offensichtlich aktuelleres Rechtsproblem. Es ist die Vorschrift, die, wie er protokolliert, schon bei der Redaktion den heftigsten Widerspruch erregte, weshalb ein „in der Regel eingeschoben wurde.“⁹⁰ § 211 II.1 ALR lautet: „Was die Frau in stehender Ehe erwirbt, erwirbt sie der Regel nach dem Manne.“ Doch dieser Satz, so auch der Referent aus Cöslin, „sey den ehelichen Verhältnissen unseres Zeitalters schnurstracks entgegen und würdige die Frau zur Leibeigenen oder doch zur Magd herab.“⁹¹

In der lebhaften Debatte um das Verfügungsrecht der Frau über das von ihr selbst erarbeitete Vermögen oder ihren Lohn nun wurden die unterschiedlichen Formen weiblicher Erwerbstätigkeit, insbesondere auch ihre Mitarbeit im Haus, im Gewerbe und in der Landwirtschaft zur Sprache gebracht. Es ging keineswegs nur um den krassen Fall der „Künstlerin, wie die berühmte Malerin***, die zehnmal mehr verdient als ihr fauler Mann“ und nachher als arme Witwe ihres Fleißes beraubt wurde. Vielmehr sahen verschiedene Monenten nicht ein, warum die Vorschrift des ALR § 211 II.1

89 Ebd., 122.

90 Ebd., 140.

91 Ebd., 145.

„jemals Regel seyn kann in unserem Bürger- und Bauernstand; unsere Bäcker-, Fleischer-, Brauer- und Brennweiber arbeiten den ganzen Tag im Gewerbe mit, die Weiber des gewöhnlichen Landmanns in der Landwirthschaft. Wie kann es billig seyn, sie vom Erwerbe auszuschließen?“ (S.144)

Schließlich wurde noch „die ganz andere Frage“ aufgeworfen, „ob nicht der Frau auch am gemeinschaftlichen Erwerbe ein Antheil zuzusprechen sei,[...] um die Frau zur guten Wirtschaft, theils zum wirklichen Erwerbe aufzumuntern.“ Abgesehen davon, dass durch die „Wirthlichkeit ihres Hauswesens [...] die Verbesserung des Wohlstandes auch ihr zugutekommen müsse.“⁹²

Der Revisor unterstrich die Unterschiedlichkeit der Lebensverhältnisse – und nicht ohne Not gab es bis zur Kodifikation des BGB aufgrund der unterschiedlichen Quellen und Partikularrechte die sprichwörtlich 100 Güterrechtsregelungen. Er schlug daher, um „verwickelte Prozesse“ zu vermeiden, zumindest eine Klarstellung und Zusammenfassung der §§ 210, 211 und 219 II.1 ALR vor:

„Was die Frau während der Ehe im Gewerbe des Mannes als seine Gehilfin erwirbt, erwirbt sie ihm.“

„Was sie aber durch eigene Kunst oder Gewerbe erwirbt, wird ihr Eigentum, und der Mann ist schuldig, es auf ihren Namen in Grundstücken oder Kapitalien anlegen zu lassen, wenn sie es verlangt.“⁹³

Tatsächlich hat der Obergerichtsrat Wünsche in diesem Zusammenhang noch einmal ausführlich Fichtes ‚Grundlagen des Naturrechts‘ zitiert, der von dem Grundsatz ausgehe, dass die Frau mit ihrer Persönlichkeit zugleich ihr ganzes Vermögen dem Manne unterwerfe, weshalb auch nicht „nachgerechnet“ werden könne. Seine Antwort lautete:

„Diese Ansicht paßt aber *hierher* schon um deswillen nicht, weil sie auf dem Grundsatz der eigentlich sogenannten Gütergemeinschaft beruhet.“ Und Wünsche wiederholt, „daß es bedenklich ist, alles was aus dem Wesen einer wahren Ehe folgt, zum Zwangsgesetz zu erheben, und endlich führt der Satz auch auf die schon erwähnte Härte, daß die Frau, selbst

92 Ebd., 144.

93 Ebd., 143.

wenn sie durch eine besondere Kunst der allein erwerbende Theil wäre, nichts erhielte....“⁹⁴

Und doch haben diese umfangreichen, von Liberalität und Versprechen gemeinen Wohls getragenen Bemühungen um eine Reform des ALR zu keinem Erfolg geführt, ja, sind in diesem Sinne nie Gesetz geworden. Sie wurden nicht nur von den Rechtswissenschaften, die sich im theoretischen Diskurs um ihre romanistischen bzw. germanistischen Quellen als Zivilrechtswissenschaft profilierten, sondern auch von der politischen Entwicklung überrollt. Denn seit den 1820er Jahren hatte sich im Deutschen Bund unter Führung Österreichs längst die Restauration breit gemacht. 1842, mit dem Regierungsantritt des von seinem Gottesgnadentum überzeugten Königs von Preußen, Friedrich Wilhelms IV., war Friedrich von Savigny zum Gesetzgebungsminister ernannt worden, um die Revisionsarbeiten am ALR, insbesondere die Ehescheidungsreform voranzubringen und der laxen Gesetzgebung, „Zeugnis einer genussüchtigen und liederlichen Zeit“,⁹⁵ zu begegnen. Unterstützt von konservativ-kirchlichen Kreisen sollte Savigny, der eine Gesamtrevision immer abgelehnt hatte, nun gemäß Kabinettsorder im materiellen Eherecht die „den Lehren des Christentums widersprechenden Grundsätze“ entfernen und „würdigere Formen für das Eheprozeßverfahren“⁹⁶ finden. Doch der Entwurf für das Vorhaben, die Scheidungsgründe drastisch zu reduzieren und bei Ehebruch den schuldigen Ehegatten im Strafrecht als „Verbrechen wider die Sittlichkeit“ von Amts wegen zu bestrafen, rief in der sich liberalisierenden Öffentlichkeit des Vormärz⁹⁷ so heftige Reaktionen hervor, dass 1844 vorerst nur eine „Verordnung über das Verfahren in Ehesachen“ in Kraft gesetzt wurde, die den Ehescheidungsprozess enorm erschwerte, ja, oft verhinderte, zumal jetzt auch die Obergerichte zur Entscheidung bestellt wurden. Doch in der zu seiner Rechtfertigung veröffentlichten Schrift „Darstellung der in den preußischen Gesetze über

94 Ebd., 146.

95 Robert Prutz, *Geschichte der neuesten Zeit, 1840-1850*, Leipzig 1856, Bd. II, 350; vgl. auch zum Folgenden Gerhard, *Verhältnisse* (Fn. 2) 167 ff.

96 Adolf Stölzel, *Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, Bd. II, Berlin 1888, 531.

97 Vgl. Karl Marx, *Der Ehescheidungsgesetzentwurf. Kritik der Kritik*, in: *Rheinische Zeitung* Berlin. MEW, Bd. 1. Berlin 1962, 148-151. Vgl. auch die Veröffentlichungen in der sich 1848 formierenden ersten Frauenbewegung, z.B. Louise Dittmar, *Das Wesen der Ehe*, Leipzig 1849; sowie zahlreiche Beiträge in Ute Gerhard u.a. (Hg.) „Dem Reich der Freiheit werb' ich Bürgerinnen“. *Die Frauen-Zeitung* von Louise Otto, Frankfurt am Main 1979.

die Ehescheidung unternommenen Reform“ (1844) begründete von Savigny seine Lehre von der ‚Natur‘ der Ehe als Institution, die in der Folgezeit von der gesamten Rechtswissenschaft übernommen wurde und von da an materiell rechtlich die Grundlage der Rechtsprechung und Kommentarliteratur bildete.

Nach der juristischen Lehre von der Ehe als Institution, die gleichzeitig als ihr ‚Wesen‘ mystifiziert wurde, war die Ehe nicht mehr nur ein Vertrag zwischen gleichberechtigten Partnern, sondern ein sittliches, kein rechtliches Verhältnis. Hatte bei Fichte die ‚moralische Natur‘ der Ehe noch bedeutet, „dass sie (die Ehepartner) sich selbst mit freiem Willen scheiden, so wie sie sich mit freiem Willen verbunden haben,⁹⁸ so stand für Savigny die individuelle Freiheit in krassem Gegensatz zur „Würde der Ehe als Institution“, die von „individueller Willkür und Meinung unabhängig“ sei.⁹⁹ Diese Überhöhung der Ehe als für den Staat fundamentales Gemeinschaftsverhältnis zu einer »objektiv sittlichen Ordnung«¹⁰⁰ aber befestigte und legitimierte eine Geschlechterordnung, in der dem Mann als „Haupt der Gemeinschaft“ alle Entscheidungsbefugnis, alle Verfügung über das eheliche Eigentum und die Pflicht zum Unterhalt oblag, die Frau hingegen zur Einhaltung der „ehelichen Pflichten“, zu Unterordnung und Gehorsam und gemäß einer traditionellen geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung zu persönlichen Dienstleistungen jeder Art in der Familie wie im Betrieb des Mannes verpflichtet war. Als ‚Wesen der Ehe‘ quasi naturalisiert und zur Leerformel geworden, fanden diese Regelungen Eingang in die Ausgestaltung der familienrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), das 1900 in Deutschland in Kraft trat. Ja, die institutionelle Ehelehre bildete noch die Grundlage für den besonderen Schutz von Ehe und Familie, der in Art. 6 des Bonner Grundgesetzes von 1949 zugesichert und bis in die jüngste Vergangenheit gegen das Gleichberechtigungsgebot auch in der Ehe ins Feld geführt wurde.¹⁰¹

98 Fichte, Naturrecht (Fn. 49) 331.

99 Friedrich Carl von Savigny, Darstellung der in den preußischen Gesetzen über Ehescheidung unternommenen Reform, in: Vermischte Schriften, Berlin 1850, Bd. V, 321ff., 238.

100 S. so in Entscheidungen des Bundesgerichtshofes bis in die 1960er Jahre, vgl. BGHZ 18,13ff.

101 Das Spannungsverhältnis zwischen Art. 3, Abs.2 GG und Art. 6 GG ist formalrechtlich erst durch die Familienrechtsreform von 1977 aufgehoben worden. Zur hL vorher vgl. beispielhaft Gunther Beitzge, Gleichheit von Mann und Frau, in: Franz L. Neumann/ Hans Carl Nipperdey /Ulrich Scheuner (Hg.), Die Grundrechte. 2.

Zu der reaktionären und restaurativen Entwicklung in Bezug auf die Rechte von Frauen, die um die Mitte des 19. Jahrhunderts die verhältnismäßig liberalen und fürsorglichen Errungenschaften des *ALR* Stück für Stück zurücknahm und diese Entwicklung abschloss, gehörten auch die Bestimmungen des *ALR* über die Rechte der unverheirateten Mütter und ihrer Kinder. Ihre repressive Behandlung und die Diskriminierung der „unehelichen“ Mütter und ihrer Kinder stehen hier für die andere Seite der Institutionalisierung und waren ein wirkungsvolles Mittel zur Disziplinierung in die bürgerliche Ehe als einzig legitime private Lebensform. Hatte der Revisor 1830 noch die Einwände einzelner Referenten abgewehrt mit der Frage, warum das weibliche Geschlecht – „überdem das schwächere und in der Regel verführte – für einen Fehltritt allein büßen (solle), den es doch nicht allein begangen habe?“¹⁰² So wurden nun die Stimmen lauter, die zwar nicht dem französischen *Code civil* folgen wollten, der sich in seiner Härte „von den Geboten des Naturrechts und der Moral entfernt habe“.¹⁰³ Doch die Ausführungen über die Verderbtheit des weiblichen Geschlechts wiederholten sich, „Das *ALR* komme weit weniger den verführten als den verworfenen Frauenspersonen zu Statten, und gebe die größte Anreizung zur Unsittlichkeit, Zeugenkorruption, Meineid...“ etc.¹⁰⁴ Nachdem Savigny in seiner Denkschrift zur Gesetzesrevision aus dem Jahr 1842 die Bestimmungen des *ALR* beschrieben hatte als einen

„Rechtszustand, der die weibliche Geschlechtsehre und die guten Sitten in den niederen Ständen untergräbt, Unzucht und Ehebruch privilegiert und zu einträglichen Gewerben für das weibliche Geschlecht erhebt und überall Prozesse der schamlosesten Art veranlasst...“¹⁰⁵

waren sich nach mehreren Entwürfen die Mitglieder Kammer des preußischen Herrenhauses 1854 einig und verabschiedeten „unter dem überwiegenden Beifall der Jurisprudenz“¹⁰⁶ ein Einzelgesetz zur Abänderung des Abschnitts „Von den rechtlichen Folgen des unehelichen Beischlafs

Bd. Berlin 1954, 199-242; sowie Hans Dölle, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht, in: JZ 1953, 343-362; zur zeitgenössischen Kritik vgl. Ernst Wolf, Zur „Institution Ehe, in : JZ 1967, 749-751, sowie im Überblick Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, Baden-Baden 1991: 108 ff.

102 Revisor (Fn. 82) 490.

103 Ebd., 488.

104 Ebd., 482.

105 Zit. n. Harms-Ziegler, Außereheliche Mutterschaft (Fn. 72) 342.

106 Ebd., 342.

(§§1027-1131 II.1) sowie des Abschnitts „Von den aus unehelichem Beyschlafe erzeugten Kindern (§§ 592-665 II.2 ALR). Damit wurde zwar nicht die Nachforschung der Vaterschaft wie in Art. 340 des *Code civil* untersagt, jedoch die Ansprüche der ledigen Mütter ebenso ihrer Kinder radikal beschränkt. Nur die „unbescholtene“ Frau konnte noch die „unvermeidlichen“ Tauf-, Entbindungs- und Wochenbettkosten und nur in besonderen Fällen (z.B. Notzucht) eine Abfindung oder im Falle eines Eheversprechens eine Entschädigung beanspruchen. Auch die subsidiäre Haftung der väterlichen Großeltern entfiel. Stattdessen wurden mit der so genannten Einrede des Mehrverkehrs (*exceptio plurium concubentium*) sowie einem unbestimmten Begriff von Bescholtenheit den betroffenen Männern eine wohlfeile Waffe in die Hand gegeben, alle Rechtsansprüche abzuwehren. Auch diese gesetzlichen Neuerungen wurden unverändert in das BGB übernommen.

Bleibt noch ein letztes Beispiel für den nur schleppenden Übergang von ständischem zu bürgerlichem Recht, der das Recht der Frauen auf Erwerb und insbesondere die Lohngerechtigkeit betraf: das Gesinderecht. Es ist richtig, dass die nach dem Oktoberedikt 1810, nach Aufhebung des Gesindezwangs zur Sicherung der Landwirtschaft und der häuslichen Dienste schleunigst verabschiedete preußische Gesindeordnung, die auch alle anderen partikularen Regelungen in Preußen aufhob, „in prinzipieller Hinsicht einen Umbruch“ bedeutete.¹⁰⁷ An die Stelle der Zwangsdienste und auch der Mietverträge mit „freyen“ Personen nach ständischem Recht, zu denen auch Erzieher und Erzieherinnen gehörten (§§ 1-208 II.5 ALR), war nun grundsätzlich der freie Abschluss eines Dienstvertrages getreten, in dem die Parteien über Vertragsdauer und den Lohn verhandeln konnten. So konnten in Zeiten großer Nachfrage sogar die Löhne steigen, doch bei der Durchführung der Verträge blieben viele disziplinierende und diskriminierende Regelungen erhalten, zB die Beibehaltung einer unbegrenzten Arbeitszeit, die mit dem Eintritt in die Hausgemeinschaft die Dienstboten zu „allen häuslichen Verrichtungen nach dem Willen der Herrschaft“, auch gegenüber „allen zur herrschaftlichen Familie gehörenden“ verpflichtete (§§ 57 u.58 ff. Gesindeordnung). Insbesondere die Tatsache, dass bei Streitigkeiten über die Vertragspflichten, über Lohn, Kündigungsrechte oder

107 Thomas Pierson, *Das Gesinde und die Herausbildung moderner Privatrechtsprinzipien*, Frankfurt am Main 2016, 25 auch zum Folgenden; sowie Koselleck, *Preußen* (Fn.1) 641-652; Gerhard, *Verhältnisse* (Fn.2) 49-56 und im Anhang Abdruck der Gesindeordnung 261- 277. Vgl. auch Renate Dürr, *Zum Gesinderecht*, in: Gerhard, Ute (Hg.): *Frauen in der Geschichte des Rechts* (Fn. 8) 115-139.

Unbotmäßigkeit und hausherrliche Gewalt die örtliche „Polizei-Obrigkeit“ zuständig war und Zwangsmittel anwenden und Strafen verhängen konnte, belegt in der Vermischung von privaten und öffentlichem Recht den Überhang feudalen Rechts. Daher mag es müßig sein, juristisch auf den ‚Sieg des Prinzips‘ oder rechtssoziologisch auf den Unterschied zwischen *law in the books* und *law in action* hinzuweisen, die Rechtsentwicklung in dieser vor allem weiblichen Erwerbssphäre führte nach wiederholten Eingaben und Petitionen von Gutsbesitzern und bürgerlichen ‚Hausvätern‘ zur Verschärfung der Bestimmungen zugunsten der Herrschaft. Nachdem bereits 1846 eine „Verordnung betr. die Einführung von Gesindebüchern“ beschlossen worden war, bezeichnete das 1854 vom preußischen Herrenhaus entschiedene „Gesetz betr. Die Verletzung der Dienstplichten des Gesindes und der ländlichen Arbeiter“ den vorläufigen Endpunkt und Höhepunkt patriarchaler Reaktion. Das Gesetz dehnte die in der Gesindeordnung enthaltenen Bestimmungen auch auf die ländlichen Arbeiter und damit eine große Zahl der in der Landwirtschaft tätigen Tagelöhnerinnen aus. Die Einführung der Gesindebücher aber sollte nicht nur den „Dienstherrschaften die erforderliche Kenntniß von der sittlichen Führung des Gesindes verschaffen“,¹⁰⁸ sie dokumentierten zugleich den beruflichen Verlauf vorheriger Dienstverhältnisse und Vorstrafen und verstärkten damit die Disziplinierung und Repression des großen, typisch weiblichen Berufszweigs.

Erst durch den Aufruf des Rates der Volksbeauftragten am 12. November 1918 wurden alle Gesindeordnungen als Sondergesetze der häuslichen und landwirtschaftlichen Bediensteten außer Kraft gesetzt.

VI. Resümee:

Die frauenfreundlichen Ansätze des preußischen ALR, die sich auf die klassische Naturrechtlehre und aufgeklärtes Wohlwollen stützten, sind in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts nicht entfaltet, sondern im Gegenteil eingeschränkt und wesentlichen Punkten zurückgenommen worden. Wie die Beispiele aus dem Ehe- und Familienrecht, insbesondere zur Geschäfts- und Eigentumsfähigkeit der Frau in der Ehe, im ehelichen Güterrecht und selbst im Hinblick auf nicht eheliche Mütter und ihre Kinder zeigten, ging es der konservativen Mehrheit in den rechtswissenschaftlichen

108 Gerhard, Verhältnisse (Fn. 2) 56 u. 276f.

Diskursen und Einzelgesetzen zur Revision darum, die Verfügungsmacht des Mannes über das Eigentum und den Erwerb der Frau und damit die geschlechtshierarchische Ordnung in Ehe und Familie zu erhalten bzw. neu zu legitimieren. Ebenso war die Verschärfung der Gesindeordnung der Versuch, im schwierigen Übergang zu einer industriellen Arbeitsgesellschaft wenigstens im Haus eine altständische Herrschaft des Mannes sichern. Diese im Vergleich zu Frankreich und seinem *Code civil* späte reaktionäre Wende im preußisch-deutschen Familienrecht war ein Produkt der Rechtswissenschaft, aber gewiss nicht der Rechtswissenschaft allein. Denn diese wiederum war Teil einer Geschichte der bürgerlichen Familie und ihrer Ideologie, die in Reaktion auf die industrielle Revolution und die gesellschaftlichen Umwälzungen gegen die Bedrohung durch die Emanzipation der Frauen zu Felde zog.¹⁰⁹ Die Kulturgeschichte spricht um die Jahrhundertmitte von einem „patriarchalen Machtzuwachs“,¹¹⁰ die Familiensoziologie von „Patriarchalismus im Gegenstoß“ bzw. „Sekundärpatriarchalismus“.¹¹¹ Das heißt, der spezifisch bürgerliche Patriarchalismus ist nicht einfach eine Fortsetzung bisheriger Unterordnung, sondern eine Reaktion auf die Denkmöglichkeit der Freiheit und Gleichheit auch der Frauen. Er musste sich als Tradition neu erfinden und neu begründet werden (vgl. Rousseau und Fichte).

Somit wurde gleichzeitig und als Reaktion auf die Denkmöglichkeit und die neuzeitliche Rede von der Freiheit und Gleichheit der Menschen, ja, proklamierter Menschenrechte, die Zurücksetzung der Frauen durch das Ehe- und Familienrecht als strukturgebender Widerspruch in die Gesetze der bürgerlichen Gesellschaft eingeschrieben. In der Schwellenzeit zwischen dem Ende der der Französischen Revolution und der Mitte des 19. Jahrhunderts manifestiert sich eine Weichenstellung, in der sich die bürgerliche Gesellschaft und ihr Recht, d.h. die Rechtswissenschaft, die bürgerliche Familie und die geschlechtsspezifische Form der Arbeitsteilung soweit etabliert haben, dass die Kodifikatoren des BGB den Mythos von der ‚Natur der Frau‘ und über ‚das Wesen der Ehe als Institution‘ für selbstverständlich, modern und unverzichtbar hielten. Der Einfluss der hi-

109 Vgl. den Bestseller des Jahrhunderts von *Wilhelm Heinrich Riehl*, *Die Familie*, Stuttgart/Augsburg 1855.

110 *Ingeborg Weber-Kellermann*, *die deutsche Familie. Versuch einer Sozialgeschichte*, Frankfurt am Main 1975, 117f.

111 *René König*, *Soziologie der Familie. Handbuch der empirischen Sozialforschung*, Stuttgart 1969, Bd. II, 288.

storischen Rechtsschule, insbesondere ihre deutschrechtliche Ausrichtung, war in allen Debatten überaus mächtig und am Ende nicht überwindbar. Nur darum konnte der Redaktor des BGB Gottlieb Planck wie viele seiner Kollegen 1896, in der Zweiten Lesung des BGB, noch ihrem Druck nachgeben und behaupten, dass das ehemännliche Entscheidungsrecht keine Benachteiligung sei.¹¹² Deutlicher sind m.E. die immanenten Widersprüche des bürgerlichen Rechtsdenkens in der Geschlechterfrage nicht zu belegen, ein Grund, warum feministische Rechtstheorie von einer spezifischen Geschlechterdialektik der Aufklärung spricht. Denn der Umschlag von der revolutionierenden Idee der Natur des Menschen, die zur Begründung für die Freiheit und Gleichheit der Menschen diene, zur besonderen ‚anderen‘ Natur der Frau, die ihre Unterwerfung und Abhängigkeit rechtfertigen sollte, ist widersprüchlich, ja, paradox. Oder anders ausgedrückt: „der kulturelle Fortschritt“, der Grundgedanke der Emanzipation, wurde im Hinblick auf das „andere Geschlecht“, die Frau „in sein Gegenteil zu verwandelt“. Diese „Verkehrung“, oder wie Max Horkheimer und Theodor W. Adorno in ihrer Vorrede zur ‚Dialektik der Aufklärung‘ den allgemeinen gesellschaftlichen Prozess beschreiben, war ein „Rückfall von Aufklärung in Mythologie“.¹¹³

112 Vgl. Dali, Das freie Erwerbseinkommen (Fn. 20), 356.

113 Max Horkheimer/Theodor W. Adorno, Vorrede zur ‚Dialektik der Aufklärung‘, 1966, in: Max Horkheimer, Gesammelte Schriften, Bd. V, Frankfurt am Main 1987, 15 und 19.

