

schiedenheit des religiösen Bekenntnisses hergeleiteten Beschränkungen der bürgerlichen Rechte“ mit dem Gesetz des Norddeutschen Bundes betreffend die Gleichberechtigung der Konfessionen in bürgerlicher und staatsbürgerlicher Beziehung v. 3.7.1869¹⁷¹ aufgehoben. Hinsichtlich ständischer Ungleichheiten war man weniger konsequent mit der Umsetzung des Gleichheitspostulats. Insbesondere die zahlreichen Adelsvorrechte wurden nicht beseitigt.¹⁷² Auf eine ausdrückliche Regelung im BGB nach dem Vorbild des § 51 sächsischen BGB, nach dem die Verschiedenheit des Standes in der Regel keine Verschiedenheit der bürgerlichen Rechte begründe, wurde verzichtet. Nach *Gebhard* kam „[d]ie Zugehörigkeit zu einem Stande [...] im heutigen Recht nur ausnahmsweise in Betracht.“¹⁷³ Die Ausnahmen „haben ihre Stelle in dem Einführungsgesetze zu finden.“¹⁷⁴ Das taten sie denn auch.¹⁷⁵

II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“

1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB

Das BGB hielt das Prinzip der gleichen Rechtsfähigkeit auch nicht konsequent durch, soweit es die Rechtsstellung der Frau betraf: Im Wirtschaftsverkehrsrecht war ihre Rechtsgleichheit prinzipiell gewährleistet, im Familienrecht konnte sie dagegen nicht durchgesetzt werden. Im Ausgangspunkt waren sich die Redaktoren des Allgemeinen Teils und des Familienrechts einig. Nach *Albert Gebhard* haben die „Naturbestimmtheiten des Menschen“ grundsätzlich nur Einfluss auf seine Handlungsfähigkeit, nicht auf die Rechtsfähigkeit.¹⁷⁶ Das gilt, fährt *Gebhard* fort, auch für das Geschlecht:

„[Der] Grundsatz der Gleichstellung beider Geschlechter bildet die Regel, eine Regel die nicht [wie in den Vorgängerkodifikationen] des Ausspruchs bedarf. Bestimmungen, wel-

171 Norddt. BGBl. 1869, 292.

172 Dazu näher *Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 1998, 287 ff; aus zeitgenössischer Sicht instruktiv *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 64 f, 69 ff.

173 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 365.

174 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 96.

175 Vgl. *Motive*, Bd. I – Allgemeiner Theil, 1896, 27. Hinzuweisen ist, dass der „Kaufmannsstand“, kein eigentlicher Stand, das zeitgenössische Handelsrecht also folglich kein Standesrecht mehr war. Es knüpfte nicht an den Kaufmann als Standesperson an, sondern an den Kaufmann als Person, die ein Handelsgewerbe betreibt; vgl. *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 41; vertiefend *Schmoeckel*, Rechtsgeschichte der Wirtschaft, 2008, Rn. 169 ff; in der Beschreibung zutreffend *Wieacker*, Sozialmodell, in: *Wieacker*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9, 14: „Die scheinbare Ausnahme des Handelsrechts, als Recht des Kaufmannsstandes, ist in Wahrheit kein Standesrecht. Da es jedem zugänglich ist, der Handelsgeschäfte betreibt, ist es nur das besondere Recht der Handelsfunktion.“.

176 *Gebhart* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 356.

che positiv rechtliche Unterschiede an das Geschlecht knüpfen, sind spezieller Natur und müssen im Einzelnen festgestellt werden.“¹⁷⁷

Gottlieb Planck (1824-1910), der Redaktor des Familienrechts in der Ersten Kommission und eine der prägenden Figuren während des gesamten Gesetzgebungsverfahrens,¹⁷⁸ sekundierte in seinem Vortrag vor dem Göttinger Frauenverein 1896:

„Das Bürgerliche Gesetzbuch beruht principiell auf dem Standpunkte der vollständigen Gleichberechtigung der Männer und Frauen.“¹⁷⁹

Damit meinte Planck vor allem die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Frau.¹⁸⁰ Die „Geschlechtsvormundschaft“, ein grundsätzlich alle Frauen treffender Zwang, bestimmte Rechtshandlungen von einem Mann vornehmen zu lassen,¹⁸¹ war endgültig abgeschafft, unabhängig davon, ob die Frau unverheiratet¹⁸² war (allgemeine Geschlechtsvormundschaft) oder verheiratet (eheliche Geschlechtsvormundschaft, *cura maritalis*). Auch das Interzessionsverbot,¹⁸³ das sich in der Praxis vor allem als Beschränkung der Ehefrauen auswirkte, für ihre Männer zu bürgen,¹⁸⁴ gab es im BGB v. 1896 nicht mehr.¹⁸⁵

a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BGB v. 1896

Die Rechtsgleichheit machte vor dem Status der Ehefrau halt. Planck räumte das unumwunden ein.¹⁸⁶ Der Gleichheit als Regelprinzip des BGB stand im Ehe- und Familienrecht mit der Unterordnung der Ehefrau die Ungleichheit gegenüber. Arne Duncker hat diesen Vorgang in seiner Untersuchung über Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe als einen Prozess beschrieben, der von dem Prinzip „Gleich-

177 Gebhart in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1981, 357.

178 Vgl. dazu Schubert, Einleitung, in: Schubert, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1983, XXVII; Lehmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 276 ff.

179 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 4.

180 Vgl. Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 4 f.

181 Zur Definition Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 985 f, der die Bedenken am klassischen Verständnis der „Geschlechtsvormundschaft“ (vgl. Holthöfer, Die Geschlechtsvormundschaft, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 391 ff) aufgreift und vertieft.

182 So im Ansatz bereits I 5 § 23 PrALR (abgedruckt bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 69); dazu Weber-Will, Geschlechtsvormundschaft und weibliche Rechtswohltaten, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 452, 453 ff.

183 Eine zeitgenössische Definition der Interzession findet sich bei Kattenhorn, Interzessionen der Frauen nach römischen Rechten, 1840, 33 f: Interzessionen sind danach „die mit der Aussicht auf eine hinausgesetzte Erfüllung übernommene Verpflichtung, die Verbindlichkeit eines Dritten, sei es eine gegenwärtige oder zukünftige, zu dessen Gunsten zu übernehmen, ohne nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dazu verpflichtet zu sein.“.

184 Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 992.

185 Dazu Motive, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 115 ff; kritisch zu den dort vorgebrachten Argumenten Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 996 f.

186 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 5.

heit“ im grundsätzlichen und damit auf höchster Abstraktionsebene ausgeht, aber zu einer Ungleichheit im Detail führt, je niedriger die Abstraktionshöhe wird.¹⁸⁷ Bildlichster Ausdruck davon ist § 1354 BGB v. 1896, wonach dem Mann die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten zusteht. *Planck* begründete die Stellung des Mannes als „Haupt der Ehe“¹⁸⁸ damit, dass „bei Meinungsverschiedenheiten die Stimme eines der Gatten den Ausschlag geben [muss] und dies kann *nach der natürlichen Ordnung des Verhältnisses* nur die des Mannes sein.“¹⁸⁹

Ein weiteres Beispiel ist das eheliche Güterrecht des BGB v. 1896.¹⁹⁰ Dem Redaktor *Planck* stellte sich die schwierige Aufgabe, aus den im Reichsgebiet geltenden fünf Güterständen (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft, Mobiliar- oder Fahrngemeinschaft, Verwaltungsgemeinschaft und modifiziertes Dotalrecht)¹⁹¹ ein reichseinheitliches Ehegüterrecht zu entwickeln.¹⁹² Eine Regelungsmöglichkeit, die zu Beginn der Gesetzgebungsarbeiten diskutiert wurde, war das römische Dotalrecht.¹⁹³ Danach bleiben die Vermögensmassen beider Gatten grundsätzlich getrennt und nur die zu leistende *dos* – „das Heirathsgut“¹⁹⁴ – der Frau wurde der Verwaltung des Mannes unterstellt.¹⁹⁵ Dem lag im Kern das Modell der Gütertrennung zugrunde.¹⁹⁶ Das hatte zur Konsequenz, dass die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau rechtlich unbeschränkt war.¹⁹⁷ Daher wurde das Dotalrecht oder sonstige Konzeptionen einer Gütertrennung

¹⁸⁷ *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1103 ff.

¹⁸⁸ So § 67 Abs. 1 S. 1 seines Entwurfs, *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 18.

¹⁸⁹ *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 403 (Hervorhebung hinzugefügt); fast wortgleich in *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 105. Zur zeitgenössischen Kritik dieses Ansatzes ausführlich *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 538 ff.

¹⁹⁰ Vgl. dazu die eingehenden und zu kontroversen Ergebnissen führenden Untersuchungen von *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 39 ff und *Repken*, Soziale Aufgabe, 2001, 388 ff. Zur Entstehungsgeschichte und zu den zeitgenössischen Reformforderungen jetzt weiterführend *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006.

¹⁹¹ Vgl. zu den Unterschieden im Einzelnen weiterführend *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 7-48.

¹⁹² Siehe *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 436 ff.

¹⁹³ Zur Funktion und Bedeutung der *dos* im römischen Recht vertiefend *Fayer*, La familia romana, Bd. II, 2005, 673 ff; zum modifizierten Dotalrecht, wie es in Teilen Deutschlands bis 1900 galt, näher *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 43 ff.

¹⁹⁴ *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 15.

¹⁹⁵ *Repken*, Soziale Aufgabe, 2001, 397 ff.

¹⁹⁶ Vgl. aus zeitgenössischer Sicht *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 – Familienrecht, 1881, 40; siehe auch *Lehmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 43.

¹⁹⁷ Siehe *Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2 – Familienrecht, 1881, 48.

insbesondere von Frauenvereinen¹⁹⁸ bevorzugt, weil es zu einer weitergehenden sozialen und rechtlichen Gleichstellung der Frau geführt hätte.¹⁹⁹ Gottlieb Planck bezog aus pragmatisch-historischer Sicht dagegen Position: Zum einen gelte es „nur in einem Territorium von etwas über 3 Millionen Seelen und Deutschland zählt jetzt über 50 Millionen Seelen“²⁰⁰ und zum anderen liege „der geschichtlichen Entwicklung des deutschen Rechts eine andere Auffassung zu Grunde“.²⁰¹ Von den deutschrechtlichen Alternativen²⁰² sprach er sich für die Verwaltungsgemeinschaft als reichseinheitlichen gesetzlichen Güterstand aus.²⁰³ Das setzte sich letztlich im Wesentlichen durch.²⁰⁴ In der Verwaltungsgemeinschaft wurde das Vermögen der Frau mit Eheschließung der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterworfen (§ 1363 BGB v. 1896). Davon war das Vorbehaltsgut der Frau allerdings ausgenommen (§ 1365 BGB v. 1896). Das eingebrachte Gut wurde vom Mann verwaltet (§ 1374 BGB v. 1896).²⁰⁵ Im Entwurf der Ersten Kommission war die Verwaltungsbefugnis des Ehemanns im Wesentlichen deckungsgleich mit der Rechtsstellung eines Nießbrauchers und „so gedacht, daß er die Verwaltung gewissermaßen gemeinschaftlich mit der Frau führt“.²⁰⁶ Daran wur-

198 Vgl. die Petition des Allgemeinen Deutschen Frauenvereins an den Reichstag v. 1877, abgedruckt bei Rabe, Gleichwertigkeit von Mann und Frau, 2006, 209 ff und bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 36 ff und dazu *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 143; siehe auch Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 266 ff; dazu näher Riedel, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 361 ff, 373 ff. Allgemein zur Entwicklung und Bedeutung der Frauenvereine Buchholz, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen, in: Gerhard, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 670, 675 ff; Rabe, Gleichwertigkeit von Mann und Frau, 2006, 27 ff; zum Forschungsstand Figurewicz, Rechtskämpfe der älteren Frauenbewegung, in: Meder/Dunker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 169 ff.

199 Aus zeitgenössischer Sicht mit Nachdruck Bulling, Die deutsche Frau, 1896, 111 ff; Weber, Ehefrau und Mutter, 1907, 461 ff; Kempin, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 165 ff. Emilie Kempin (1853-1901) modifizierte ihre Position allerdings bereits 1897, wo sie das Ziel einer vollständigen Gütertrennung aufgibt und – insoweit vorausschauend – zugunsten einer nachträglichen Errungenschaftsgemeinschaft plädiert, Kempin, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: Meder/Dunker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 594, 594 ff. Zur Einordnung ihrer Vorschläge siehe Lehmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 113 ff.

200 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 17.

201 Planck in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 451; beinahe wörtlich in *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 143.

202 Vertiefend *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 144 ff; Planck in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 441 ff, 452 ff.

203 Planck in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 450 ff.

204 Zur Entstehungsgeschichte im Einzelnen Repgen, Soziale Aufgabe, 2001, 397 ff.

205 Einzelheiten bei Lehmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 64 ff.

206 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119.

de von konservativer Seite Kritik geübt²⁰⁷ und die Zweite Kommission hat sich dann auch für eine deutliche Stärkung der Rechtsstellung des Mannes ausgesprochen.²⁰⁸ Der Mann tritt jetzt kraft eigenen Rechts auf und der Kreis der Geschäfte, die er ohne Zustimmung der Frau mit Wirkung für das eingebrachte Gut tätigen kann, wird erweitert.²⁰⁹ In anderen Teilen war die Zweite Kommission reformfreudlicher. Nach § 1277 des Entwurfs der Ersten Kommission (E I) war die Einwilligung des Ehemanns erforderlich, wenn sich die Ehefrau rechtsgeschäftlich zu einer persönlich zu erbringenden Leistung verpflichtet.²¹⁰ Damit sollte die Ehefrau vor einer Kollision ihrer Dienstpflicht gegenüber dem Vertragspartner einerseits und ihrer ehelichen Pflicht zur Führung des Haushalts und zur Mitarbeit im Geschäft des Gatten (§ 1356 BGB v. 1896) andererseits bewahrt werden.²¹¹ Fehlte die Einwilligung, war das Rechtsgeschäft im Interesse des Verkehrs nicht wichtig, sondern lediglich vom Manne anfechtbar.²¹² Damit sollte sichergestellt werden, dass vertraglich eingegangene Pflichten der Frau nicht mit ihren ehelichen Pflichten konkurrieren können.²¹³ In der Zweiten Kommission wurde dagegen vorgebracht, der Entwurf gehe zu weit über dieses Ziel hinaus.²¹⁴ Aus der Frauenbewegung wurde daran eine im Kern freiheitsrechtliche Kritik geübt:

„Das Gesetz verletzt die Rechte einer mündigen Rechtspersönlichkeit, welche allein die Bestimmung über ihre persönlichen Leistungen zu treffen hat.“²¹⁵

Daher war es von den Frauenvereinen nur konsequent, vom Reichstag zu verlangen, die Bestimmung ganz zu streichen.²¹⁶ Dazu konnte sich der damalige Gesetz-

207 Vgl. dazu nur *Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, 1889, 407 ff, der u.a. bemängelte, dass der Mann „juristisch überhaupt nicht mehr als Gemeinschaftshaupt mit einer ihm im gemeinsamen Interesse des Ehepaars anvertrauten Verwaltung der zu diesem Zwecke verbundenen Güter“ sei. Zur Einordnung dieser Kritik näher *Lebmann*, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 168 ff; *Riedel*, Gleicher Recht für Mann und Frau, 2008, 190 ff.

208 Vgl. *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119 ff; weiterführend dazu *Unzner*, in: Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1928, 182; *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 125 ff; *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 404 f, 447 f.

209 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 119.

210 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 110 ff.

211 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111; *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 418.

212 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111; zu den Gründen *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 267.

213 *Planck* in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 265 f.

214 *Protokolle*, Bd. IV – Familienrecht, 1897, 102.

215 Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 265.

216 Siehe Bund Deutscher Frauenvereine, Petition und Begleitschrift betreffend das „Familienrecht“ in dem Entwurf des neuen bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1895/1896, abgedruckt bei Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 258 ff, 265 und *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, 697.

geber, „da er ein Mann ist, ohne zwingende Einwirkung der Frau“²¹⁷ nicht durchringen. In den Beratungen der Reichstagskommission kam es allerdings zu einer entscheidenden Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses.²¹⁸ Die Frau konnte sich alleine wirksam verpflichten, dem Mann stand aber ein Kündigungsrecht zu. Dieses war zweifach beschränkt: Seine Wirksamkeit hing, erstens, von der Zustimmung des Vormundschaftsgerichts ab, und es war, zweitens, ausgeschlossen, wenn der Mann der Verpflichtung zugestimmt hatte (§ 1358 BGB v. 1896). Diese Änderung ging zurück auf die sog. „Anträge Pauli“, die sich der konservative Abgeordnete *Carl Ferdinand Freiherr von Stumm Halberg* (1836-1901) zu eigen machte und die von *Emilie Kempin* (1853-1901), eine der ersten promovierten²¹⁹ und habilitierten Juristinnen Europas,²²⁰ ausgearbeitet wurden.²²¹ Es war also letztlich doch die „Einwirkung einer Frau“, die hier zu einer Verbesserung ihrer Rechtsstellung beigetragen hat. Der persönlich zu zahlende Preis war allerdings hoch: *Kempins* pragmatische Einschätzung, im gegebenen Rahmen das Mögliche zu erreichen,²²² und ihr rechtstheoretischer Standpunkt, nach dem das Recht immer dem Leben nachgehe,²²³ isolierte sie zunehmend von der übrigen Frauenbewegung, die sich radikalere Ziele gesetzt hatte.²²⁴ *Stephan Meder* hat die Ursache dieses Konflikts überzeugend auf die unterschiedlichen Standpunkte in einer rechtstheoretischen Grundsatzfrage zurückgeführt: Führt der Weg zu mehr Gleichheit der Frauen „über den Staat, der mit

217 So der bissige Kommentar von *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, 694.

218 Näher *Repfen*, Soziale Aufgabe, 2001, 461 ff.

219 Anders als von *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 81 angenommen, wohl nicht die erste promovierte Juristin. Das scheint *Fanny Berlin* mit einer 1878 in Bern angenommenen Dissertation gewesen zu sein, näher *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1053 Fn. 4682.

220 Eine Kurzbiographie findet sich unter <http://www.gleichstellung.uzh.ch/politik/kempin-spyri/biographie.html> [Stand: 31.12.2012]; näher *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 81 ff; *Albisetti*, 33 J. Soc. Hist. 825831-32 (2000).

221 Ausführlich dazu *Duncker*, Die „Anträge Pauli“, in: *Meder/Duncker/Czelk*, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 247 ff, 252 ff sowie *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 852 ff. Vgl. dazu *Kempin*, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 513 f, wo sie bereits für ein „Einspruchsrecht“ des Mannes eintritt.

222 Vgl. dazu ihre ab 1896 erschienenen Stellungnahmen: *Kempin*, Die deutschen Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 550 ff; *Kempin*, Falsche Fährten (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 557 ff; *Kempin*, Zur Reform der Stellung der Frau (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 549 f.

223 *Kempin*, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 584 ff, 590 f; dazu *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 25 ff.

224 Siehe dazu die sehr auf die Person *Kempins* zielende Replik von *Raschke*, Frau Dr. jur. *Kempins* Ansichten über das Vorgehen der deutschen Frauen (1896), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 743 ff: „Zu welchem Zweck Frau Dr. Kempin, eine Schweizerin, einen derartigen ungerechtfertigten Angriff gegenüber den ihr Recht suchenden deutschen Frauen [...] unternimmt, ist schwer ersichtlich. Frau Dr. Kempin weilt erst seit einigen Monaten in Berlin. Tiefe Einblicke in die ganze Bewegung zu gewinnen, sowie Teilnahme an den Bestrebungen und Arbeiten zu nehmen sind ihr bis jetzt nicht möglich gewesen.“ Zu Person und Bedeutung von *Marie Raschke* (1850-1935) siehe *Riedel*, Gleicher Recht für Mann und Frau, 2008, 262 ff.

Hilfe des Gesetzes einen übergeordneten Willen von oben ausbreitet, oder über die Gesellschaft bzw. das 'Leben', das von unten neue Regeln wachsen lässt?“²²⁵ Das ist in der Tat die Gretchenfrage, die sich Gleichheitspolitik und Nichtdiskriminierungsrecht zu stellen haben. Sie wird uns noch beschäftigen.²²⁶

b) Eine zwiespältige Würdigung – Fortschritt und Beschränkung von Freiheiten zugleich

Betrachtet man die Ungleichheiten im BGB v. 1896 vom heutigen Standpunkt aus, kann von einer Gleichberechtigung der Ehefrau keine Rede sein.²²⁷ Geht man dagegen von den sozialen und rechtlichen Verhältnissen des 19. Jahrhundert aus, fällt das Urteil des heutigen Beobachters differenziert aus. Vergleicht man das BGB mit der von ihm vorgefundenen Rechtslage, dürfte die Auffassung von *Planck*, bei ihm handle es sich um ein fortschrittliches Recht,²²⁸ im Ergebnis zu treffen.²²⁹ Selbst zeitgenössische kritische Stimmen wie die von *Emilie Kempin*, teilen diese Einschätzung im Ausgangspunkt.²³⁰ Man hat sich beispielsweise gegen die allgemeine Gütergemeinschaft entschieden, die zur beinahe unbeschränkten Verfügungsfreiheit des Mannes und zur Haftung des Gesamtguts für seine Verbindlichkeiten geführt hätte. Darin sah man „eine schwere Gefährdung der berechtigten Interessen der Ehefrau“.²³¹ Es galt die Substanz des Vermögens der Frau zu erhalten.²³² Ein anderes Beispiel ist die Entscheidung, den Arbeitslohn der Frau oder den Gewinn aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts dem Vorbehaltsgut zuzuschlagen (§ 1367 BGB v. 1896). Unter Berücksichtigung der sozialen Situation „der sog. arbeitenden Klassen“ bei denen „eine selbständige erwerbende Thätigkeit der Ehefrau sehr häufig und nicht selten für die Erhaltung der Familie unentbehrlich ist, [...]“ führt der Grundsatz, dass der Ertrag der Arbeit unterschiedslos dem Ehemanne zufällt, zu ungerechter oder doch unbilliger Be-

225 Meder in: Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 30.

226 Siehe dazu unten § 3 III 3 bis 5.

227 Vgl. *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 145 f; *Buchholz*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 670, 675.

228 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899.

229 Näher *Repfen*, Soziale Aufgabe, 2001, 485 f; ähnlich auch *Dölemeyer*, Frau und Familie, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 633, 658; *Schwarz*, Gleichberechtigung und Familiengericht, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 795 f; kritischer *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 549 f unter Hinweis auf Vorbilder im älteren Recht.

230 *Kempin*, Die Ehefrau, 1894, 10: „Im deutschen Entwurfe ist die Tendenz des Gesetzgebers unverkennbar, den Frauen ein besseres Recht einzuräumen, als sie unter dem gemeinen Recht und der Partikulargesetzgebung der deutschen Staaten zur Zeit haben.“ Ähnlich auch *Kempin*, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 510 und *Kempin*, Die deutschen Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch (1896), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 550, 557.

231 *Motive*, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 147.

232 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 7.

nachtheiligung der Frau.“²³³ Die Unbilligkeit liegt darin, „daß, obwohl die Ehefrau über ihre rechtliche Verpflichtung hinaus arbeitet und selbstständig erwirbt, doch nicht ihr Wille, sondern der des Mannes über die Verwendung des Erworbenen entscheiden soll.“²³⁴ Damit verbessert das BGB die Rechtsstellung der Frau und verwirklicht zugleich einen wichtigen sozialen Gedanken. Dafür wird – und das lässt aufhorchen – der Gedanke der Gleichberechtigung mobilisiert.²³⁵ Auch das Kündigungsrecht des Ehemanns in § 1358 BGB v. 1896 muss vor dem zeitgenössischen Hintergrund beurteilt werden.²³⁶ In anderen europäischen Rechtsordnungen und in zahlreichen deutschen Partikularrechten war die Geschäftsfähigkeit der Frau mit Eintreten in die Ehe grundsätzlich beschränkt.²³⁷ *Planck* sprach sich mit Nachdruck dagegen aus, weil

„durch die Thatsache der Ehe die natürliche Geschäftsfähigkeit der Frau zur selbstständigen Wahrnehmung ihrer Geschäfte nicht berührt wird“²³⁸ und „die Ehefrau [mit einer Geschlechtsvormundschaft] in die abhängige Stellung eines Minderjährigen herabgedrückt wird“.

Das Bild der Frau, als „erwachsenes, ewiges Kind“ hatte in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ausgedient.²³⁹ Selbst die „natürliche Stellung des Mannes“ als „Haupt der Ehe“ mit entscheidender Stimme in allen gemeinschaftlichen Angelegenheiten vermochte es aus *Plancks* Sicht nicht, den „tiefen Eingriff in die Rechtssphäre der Frau“ zu rechtfertigen.²⁴⁰ Die im Vergleich zum existierenden Recht eingetretene Verbesserung der Rechtsstellung der Frau darf aber nicht gänzlich isoliert von den sozioökonomischen Verhältnissen betrachtet werden.²⁴¹ Das macht *Planck* selbst deutlich, wenn er eine beschränkte Rechtsfähigkeit der Frau unter Hinweis auf das Handelsgesetzbuch, die Gewerbeordnung und die Civilprozeßordnung „als mit den Bedürfnissen des Verkehrs für unvereinbar betrachtet“.²⁴² Die verheiratete Kauffrau war – soweit ihr Geschäft betroffen war – insgesamt rechtlich „gleicher“ als andere verheiratete Frauen.²⁴³ Auf diesen Zusammenhang hat bereits *Marianne Weber* (1870-1954) hingewiesen:

233 Motive, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 174.

234 Motive, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 175.

235 Vgl. *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 19 ff; zur Einordnung *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 401 ff.

236 Durchaus positiv daher die Einschätzung von *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 434 ff.

237 Siehe die Nachweise bei *Planck* in: *Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 486 ff; aus neuerer Zeit *Dölemeyer*, Frau und Familie, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 633, 640 ff; *Holthöfer*, Die Geschlechtsvormundschaft, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 390, 395 ff und vertiefend *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 560 ff.

238 *Planck* in: *Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 486.

239 *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 90.

240 *Planck* in: *Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 494.

241 Dazu *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 113 f, 114 f.

242 *Planck* in: *Schubert* (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 493.

243 Näher *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 873.

„Die angebliche ‘natürliche’ Unfähigkeit der Frauen zur Beteiligung am Geschäftsleben verschwand, wo immer ihre Betätigung als ‘Handelsfrau’ Geldgewinn versprach und so ist es natürlich auch in den neueren Gesetzbüchern geblieben.“²⁴⁴

Andererseits – und auch dieser Punkt ist bei einer historischen Würdigung zu beachten – blieb das BGB deutlich hinter vielen *zeitgenössischen* Gleichheitsforderungen, insbesondere solchen der Frauenbewegung²⁴⁵, erheblich zurück.²⁴⁶ Die Entscheidungsprärogative des Mannes war selbstverständlich nicht so zwingend, wie sie von *Planck* dargestellt wurde.²⁴⁷ Darauf haben bereits zeitgenössische Kritikerinnen wie *Anita Augspurg* (1857-1943)²⁴⁸ und *Marianne Weber*²⁴⁹ hingewiesen. Ein anderes Beispiel ist der Grundsatz der gleichen (unbeschränkten) Geschäftsfähigkeit der Ehefrau. Dieses Prinzip sorgte in der Theorie für Rechtsgleichheit, die Praxis sah wegen der Verwaltungsgemeinschaft als gesetzlichem Güterstand gleichwohl anders aus.²⁵⁰ Dazu *Emilie Kempin*:

„Wenn man [...] auch der Frau die volle Handlungsfähigkeit theoretisch zugesteht, so hängt praktisch ihre Stellung von der Art ab, wie die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten geordnet sind.“²⁵¹

Die Verfügungsmacht der Ehefrau über ihr Vermögen war – soweit es nicht Vorbehaltsgut war – beschränkt.²⁵² Es stand den Gläubigern der Frau daher nicht als verkehrsfähiger Gegenstand oder als Haftungsmasse zur Verfügung. Damit hing die tatsächliche Ausübung der rechtsgeschäftlichen Freiheit vom Verwaltungsrecht des Ehemannes ab. *Eugen Ehrlich* (1862-1922) fasste die Konsequenzen daraus prägnant zusammen:

„Der gesetzliche Güterstand der Verwaltungsgemeinschaft bedeutet also eine sehr weitgehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Frau.“²⁵³

244 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 307.

245 Vgl. dazu aus zeitgenössischer Sicht *Proelss/Raschke*, Die Frau im neuen bürgerlichen Gesetzbuch (1895), in: *Meder/Duncker/Czelk*, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 690, und aus der Sekundärliteratur *Dann*, Gleichheit und Gleichberechtigung, 1980, 236-247; *Schmid*, Güterrechtliche Vorschriften, 1990, 107 ff; *Geisel*, Patriarchale Rechtsnormen „unterlaufen“, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 682, 685 ff.

246 Vgl. *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 538 ff, 1085.

247 *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 544 f.

248 Nachweise bei *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 56, 60; zur Biographie vgl. *Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage, 1996, 44 ff.

249 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 439.

250 *Holthöfer*, Die Geschlechtsvormundschaft, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 390, 393 f; *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 573 f.

251 *Kempin*, Die Ehefrau, 1894, 6 (Hervorhebungen im Original).

252 *Repgen*, Soziale Aufgabe, 2001, 409.

253 *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 79.

Das haben zeitgenössische Kritikerinnen des BGB mit Recht bemängelt.²⁵⁴ Noch einmal *Emilie Kempin*:

„Da der Mann das gesetzliche Recht der Verwaltung ihres Vermögens hat, so ist sie, wenn auch nicht rechtlich, so doch tatsächlich unter seiner Vormundschaft [...]; setzt man die Güterverbindung als das gesetzliche Güterrecht fest, wird die Handlungsfähigkeit der Ehefrau illusorisch“.²⁵⁵

Der Grundsatz gleicher Rechts- und Handlungsfähigkeit war damit ein gegenüber der Ehefrau gebrochenes Gleichheitsversprechen.

2. Brüchige Rechtfertigungsstrategien der Ungleichbehandlung

a) Verteidigungsstrategien am Beispiel Gottlieb Plancks

Die Ungleichbehandlung der Frau in der Ehe ist im zeitgenössischen Verständnis die „Durchbrechung eines großen Princips“.²⁵⁶ Wie wurde dieser Vorgang gerechtfertigt? Die Gründe dafür lieferte in bemerkenswerter Offenheit *Planck* selbst. Zwar versuchte er zunächst auf den verbreiteten Topos der „natürliche[n] Verschiedenheit des Geschlechts“²⁵⁷ zu rekurren.²⁵⁸ Auch die Entscheidungsgewalt des Mannes wurde damit gerechtfertigt. Solche Argumente trugen ihren Verfechtern bereits 1876 einen bissigen Kommentar von *Hedwig Dohm* (1831-1919)²⁵⁹ ein:

„Die Gesetze, die Männer gemacht haben, sind der reine und unverfälschte Ausdruck ihrer Gesinnung in Bezug auf die Frau, alles Andere ist Lug und Trug, Phrase und Affektation.“²⁶⁰

Dass er es nicht damit belassen konnte, dürfte *Planck* gesehen haben.²⁶¹ Er begründete die Entscheidungsgewalt des Mannes in dem berühmten Vortrag über die rechtliche Stellung der Frau von 1896 schließlich auch historisch-soziologisch damit, dass sie der „christlichen“²⁶² und deutschen Auffassung der Ehe²⁶³ entspreche. Er räumte auch ein, dass der Gedanke der Gleichberechtigung – und da-

254 Weber, Ehefrau und Mutter, 1907, 468 ff; kritisch auch *Ehrlich*, Die Rechtsfähigkeit, 1909, 89 ff.

255 Kempin, Die Ehefrau, 1894, 7 f (Hervorhebung hinzugefügt).

256 Motive, Bd. IV – Familienrecht, 1896, 111 (dort gemünzt auf die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit der Frau).

257 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 5.

258 Weitere Beispiele aus der Debatte im 19. Jahrhundert bei *Schwab*, Frauenrechte, in: Klippl, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87-92.

259 Zur Person näher *Henke*, Gleichheit und Gerechtigkeit, in: Meder/Dunker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 182 ff.

260 *Dohm*, Der Frauen Natur und Recht, 1876, 100.

261 So auch die Einschätzung von *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 545 f.

262 Vermutlich nimmt er damit Bezug auf 1. Buch Mose, 3, 16 und Epheser 5, 22-24; vgl. *Schwab*, Gleichberechtigung der Geschlechter, in: Cordes/Lück/Werkmüller, Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, Bd. II, Spalte 390 ff.

263 *Planck*, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 11.

mit der Gleichheit der Geschlechter – theoretisch eine selbständige Vermögensverwaltung nahelegen würde.²⁶⁴ Was aber sprach dann noch dagegen? Plancks Antwort darauf:

„Die persönliche Rechtsstellung der Frau in der Ehe ist durch die Vorschriften des B.G.B. so vollständig gesichert, wie die Natur der ehelichen Lebensgemeinschaft und die dem Manne in derselben gebührende Stellung irgend gestattet.“²⁶⁵

Dahinter steht Plancks Grundüberzeugung von dem *sittlichen Wesen* der Ehe als ein Verhältnis, das auf *sittlichen Grundlagen* beruht und primär *sittliche Pflichten* erzeugt.²⁶⁶ Das Gleichberechtigungsverlangen als Forderung des Rechts konnte letztlich nur soweit gehen, wie es den Status des Ehemannes in der Ehe als sittlich gegebenes Faktum nicht grundsätzlich tangierte.²⁶⁷ Dieses Denken haben die Vertreter einer radikaleren Gleichstellungspolitik als das bezeichnet, was es war. Carl Bulling (1822-1906), der aus seiner Praxiserfahrung als Richter schrieb und zu einem bedeutenden Verfechter der Frauenbewegung wurde,²⁶⁸ sprach von der „Herrschaft des Mannes“.²⁶⁹ Marianne Weber sekundierte

„[D]er Mann soll herrschen, eben weil er der Mann ist.“²⁷⁰

und spöttelte über die „immer wiederkehrende Rücksicht auf die männliche Geschlechtseitelkeit“.²⁷¹ Ungleichheit als Instrument der Statussicherung: dieser Topos wird uns noch häufiger begegnen.²⁷² Der hergebrachte Status des Mannes und die „dem Mann gebührende Stellung“ wurden aber schon um 1900 immer weniger selbstverständlich. Das zeigt die Begründung, mit der Andreas von Thur im Jahr 1910 die Entscheidungsgewalt des Mannes rechtfertigte. Wie Planck wies er darauf hin, dass ein Ehegatte nun mal entscheiden müsse, wenn man nicht immer das Vormundschaftsgericht involvieren wolle:²⁷³

„Für den Ehemann spricht im Durchschnitt der Fälle die natürliche Überlegenheit des höheren Alters und der Geschäftskunde und vor allem der Umstand, daß er der erwerbende Teil zu sein pflegt und den ehelichen Aufwand trägt.“²⁷⁴

264 Planck, Die rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, 23.

265 Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. I, 1897, 19 (Hervorhebung hinzugefügt).

266 Planck in: Schubert (Hrsg.), Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Familienrecht, Bd. 1, 1983, 402; vgl. dazu Meder/Duncker/Czelk (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 15 ff.

267 So auch die Einschätzung von Repgen, Soziale Aufgabe, 2001, 486; kritischer Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1103.

268 Zu Leben und Person näher Koujoulien, Frauenfrage als Menschheitsfrage, in: Meder/Dunker/Czelk, Frauenrecht und Rechtsgeschichte, 2006, 193 ff.

269 Bulling, Die deutsche Frau, 1896, 7f.

270 Weber, Ehefrau und Mutter, 1907, 437.

271 Weber, Ehefrau und Mutter, 1907, 412.

272 Siehe dazu unten § 3 I 4 a) und III 2 b) sowie § 6 I 2.

273 Kritisch zu dieser Prämisse Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 544 f.

274 von Thur, Der Allgemeine Teil, Bd. I, 1910, 398 (Fn. 6) (Hervorhebung hinzugefügt); ähnlich bereits Kempin, Grenzlinien der Frauenbewegung (1897), in: Meder/Dunker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 594, 593, wo sie das Entscheidungsrecht des Mannes mit seinem „wirtschaftlichen Übergewicht“ rechtfertigt.

Dahinter verbirgt sich ein interessanter Strategiewechsel: Die generelle „natürliche Ungleichheit“ zwischen den Geschlechtern ist als Begründung endgültig untragbar geworden. Stattdessen wird mit der Berücksichtigung der durchschnittlichen oder typischen Sachverhalte ein neuer Rechtfertigungstopos eingeführt, der zum Klassiker einer statusrechtlichen Ungleichbehandlung wird. Aber selbst die typische Unterlegenheit genügte *v. Thur* als Begründungselement nicht. Er sah sich offensichtlich gezwungen, ein zusätzliches Argument zu liefern: die unterschiedliche *soziale* Stellung der Geschlechter. Der Gegensatz zur „natürlichen Ungleichheit“ könnte größer nicht sein. Während diese vorgegeben und damit Steuerungsabläufen entzogen ist, ist jene offen für soziale Wandlungsprozesse. Die „soziale Stellung“ kann – auch durch gesetzliche Steuerung – verändert werden. Das eröffnet Räume zur Kritik.

b) „....denn die Frau ist auch ein Mensch“

Darin zeigt sich die langfristige Auswirkung der im Naturrecht der Aufklärung wurzelnden Gleichheitsidee, auch wenn man von einer vollständigen Umsetzung der allgemeinen Gleichheit noch weit entfernt war: Gleichheit wurde zum akzeptierten Grundsatz, Differenzierungen zur Ausnahme.²⁷⁵ Die zeitgenössische Gleichsetzung des „Individuums“ mit dem Mann²⁷⁶ wurde brüchig, „denn die Frau ist auch ein Mensch“²⁷⁷. Wenn man Frauen als prinzipiell gleiche Menschen anerkennt, dann haben sie die prinzipiell gleichen Rechte der Menschheit.²⁷⁸ Dazu zählt die Zuweisung gleicher Freiheit. Der Gleichheitsrechten immanente Freiheitsbezug war dem zeitgenössischen Publikum bereits bekannt. Nennen möchte ich hier *Ludwig Wachler* (1835-1908), der die Stellung der Frau in seiner 1869 erschienenen Broschüre „Zur rechtlichen Stellung der Frauen“ erstmals *rechtswissenschaftlich* untersuchte.²⁷⁹ Er verwies wiederholt auf die in der Verfassung angesprochene Gleichheit aller Preußen und bezog diese nicht nur auf Standesunterschiede sondern auch auf das Geschlecht:²⁸⁰

„[Unsere Frauen] haben ein Recht darauf zu verlangen, daß alle Ausnahmen fallen und das gesetzlich anerkannte natürliche Prinzip der Rechtsgleichheit in seiner Reinheit durchgeführt werde.“²⁸¹

275 Duve in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 9.

276 Vgl. Becker-Cantarino, Schriftstellerinnen der Romantik, 2000, 42 f.

277 Bulling, Die deutsche Frau, 1896, 26.

278 Vgl. Schwab, Frauenrechte, in: Klippel, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 79 ff.

279 Näher dazu Riedel, Gleiches Recht für Mann und Frau, 2008, 40 ff.

280 Wachler, Zur rechtlichen Stellung der Frauen (1869), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 842, 847 f.

281 Wachler, Zur rechtlichen Stellung der Frauen (1869), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 842, 848.

Ein Vierteljahrhundert später setzte sich *Carl Bulling* leidenschaftlich für das gleiche Recht von Männern und Frauen auf selbstbestimmtes Handeln ein.²⁸² *Marianne Weber* wird das einige Jahre später „ethischen Individualismus“²⁸³ nennen.

Wird Gleichbehandlung zum Grundsatz, verschiebt sich die Argumentationslast: Nicht mehr die Gleichbehandlung ist begründungsbedürftig, vielmehr wird die Ungleichbehandlung rechtfertigungsbedürftig. Damit geht ein Begründungszwang einher, der die Beibehaltung des *status quo* in Frage stellt und einem andauernden Rechtfertigungszwang unterwirft.²⁸⁴ Selbst wenn das grundsätzliche Bekenntnis zur Gleichheit im historischen Kontext zunächst hauptsächlich als eine Regel aufgefasst wurde, von der Abweichungen möglich sind, ist „der emanzipatorische Ansatz [...] gewissermaßen ein schlafender Inhalt dieser Regeln.“²⁸⁵ Wer an der Erhaltung des *status quo* interessiert war, musste Strategien entwickeln, um die Autorität und Priorität des Mannes in Staat, Gesellschaft und Ehe zu sichern.²⁸⁶ An erster Stelle stand dabei das Argument der „natürlichen Ungleichheit“ der Frau. Die „natürliche Ordnung“ der Geschlechter wurde im Lauf des 19. Jahrhunderts zugleich als „sittliche“ und daher geschichtlich gegebene Anforderung konzipiert und bildet die klassische Floskel der Rechtfertigung der Ungleichbehandlung.²⁸⁷ Wie gesehen folgt *Planck* diesem Muster.²⁸⁸ Allerdings lassen sich, wie *Marianne Weber* richtig erkannte, weder aus der „Natur“ noch einem geschichtlich gegebenen Zustand „irgend welche positiven Direktiven für die Gestaltung rechtlicher und sozialer Beziehungen der Menschen“ ableiten.²⁸⁹ Die später an seine Stelle tretende Begründung der unterschiedlichen sozialen Stellung der Geschlechter und der daraus folgenden typischen Überlegenheit des Mannes weist bereits auf den sozialen und damit gesellschaftspolitischen Bezug jeder Differenzierung von Menschen hin. Wird eine Ungleichbehandlung unter Verweis auf eine bestehende soziale Struktur gerechtfertigt, ist sie zwangsläufig einem steigenden Rechtfertigungsdruck ausgesetzt: bestehende Strukturen sind änderbar und ein mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbarer, aber veränderbarer Zustand wird dem Änderungsdruck auf Dauer nicht standhalten können.

Der rationale Diskurs alleine genügt dafür allerdings nicht. Auch dafür steht die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes der Geschlechter. Eine der

282 *Bulling*, Die deutsche Frau, 1896, 21 ff.

283 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 500.

284 *Dölemeyer*, Frau und Familie, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 633, 638; *Schwab*, Frauenrechte, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87.

285 *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 285 f.

286 Dazu ausführlich *Schwab*, Frauenrechte, in: *Klippel*, Naturrecht im 19. Jahrhundert, 1997, 77, 87 ff.

287 *Schwab*, Gleichberechtigung und Familienrecht, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 795.

288 Oben § 2 II 2 a).

289 *Weber*, Ehefrau und Mutter, 1907, 401; vgl. auch dasselbst, S. 437.

hartnäckigsten Wurzeln der Ungleichbehandlung ist „schlichte Macht“.²⁹⁰ Man würde zu kurz greifen, „Macht“ nur als politische Macht im Staat zu verstehen. Es geht auch um Definitionshoheiten. Das juristische²⁹¹ Frauen- und Ehebild war bis zum Ende des 19. Jahrhunderts ein Bild männlicher Autoren.²⁹² Die mangelnde Vertretung von Frauen in den mit dem langwierigen Gesetzgebungsprozess vertrauten Institutionen war wohl eine der Ursachen dafür, dass sich die zeitgenössischen Reformvorstellungen nur zu geringen Teilen durchsetzen konnten.²⁹³ Emilie Kempin, eine der wenigen weiblichen Stimmen der Debatte, formuliert die vorhandenen Optionen hellsichtig:

„Nun können die Frauen zwar an diesem wichtigen Werke [gemeint ist das BGB] nicht mitarbeiten, ihre „Partei“ ist in keiner Gesetzgebungskommission vertreten, aber sie können Stimmung machen, sie können sich über ihre Rechte Klarheit verschaffen, sich über den wünschenswerten Reformen Rechenschaft geben, die öffentliche Meinung beeinflussen und damit indirekt sich selbst die ihnen genehmen Rechtssätze schaffen.“²⁹⁴

Der Gleichheitsgrundsatz und die daraus folgenden Rechtfertigungswände erleichtern einen gesellschaftlichen Mobilisierungsprozess. Die von der Ungleichheit Betroffenen können sich als Gruppe konstituieren und das Recht für sich mobilisieren. Das entbehrt nicht einer gewissen Ironie: Die Zuschreibung von Andersartigkeit aufgrund bestimmter Merkmale ermöglicht es den davon betroffenen Individuen, die Gemeinsamkeit dieser Erfahrung von Andersartigkeit anzunehmen und sich als Gruppe zu konstituieren, um gegen die ungleiche Behandlung vorzugehen. Dieser Prozess kann – wenn er glückt – auf politischer Ebene Veränderungen bewirken, die ihrerseits wieder zurück in die Gesellschaft wirken.

c) Die „hinkende“ Gleichheit als Prinzip des einfachen Rechts

Die Entwicklung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aufgrund des Geschlechts steht exemplarisch für den grundlegenden Bedeutungswandel, den der Gleichbehandlungsgrundsatz im juristischen Diskurs im Lauf des 19. Jahrhunderts durchlief.²⁹⁵ Im Allgemeinen Landrecht hieß es noch:

„Die Rechte beyder Geschlechter sind einander gleich, so weit nicht durch besondere Gesetze, oder rechtsgültige Willenserklärungen, Ausnahmen bestimmt worden sind.“²⁹⁶

290 Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1101 ff.

291 Darauf beschränkt sich die Aussage. Insbesondere das literarische Frauenbild wurde seit dem Ende des 18. Jahrhunderts verstärkt auch von Frauen geprägt, dazu statt vieler Becker-Cantarino, Schriftstellerinnen der Romantik, 2000.

292 Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 1053 ff.

293 Ähnlich die Einschätzung von Lebmann, Die Ehefrau und ihr Vermögen, 2006, 321 f.

294 Kempin, Die Rechtsstellung der Frau (1895), in: Meder/Duncker/Czelk, Die Rechtsstellung der Frau um 1900, 2010, 507, 147 (Hervorhebung hinzugefügt).

295 Zum Folgenden Duncker, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 286 ff.

296 PrALR I 1 § 24, abgedruckt bei Hattenhauer, Allgemeines Landrecht, 1970, 55.

Damit war Gleichheit eine Grundregel von der jederzeit und unproblematisch Ausnahmen möglich waren. Abweichungen sind aufgrund „natürlicher“ Unterschiede selbstverständlich. 100 Jahre später lässt sich ein erheblicher Bedeutungswandel feststellen:²⁹⁷ Abweichungen von der Grundregel sind nicht mehr ohne weiteres möglich, sondern bedürfen einer näheren Begründung. Unterschiede in der rechtlichen Geschäftsfähigkeit der Frau konnten schon damals nicht mehr geachtet werden. Dagegen konnte die ungleiche Behandlung der Frau in der Ehe mit erheblichem Begründungsaufwand noch verteidigt werden. Der latent vorhandene emanzipatorische Ansatz von Gleichbehandlungsregeln ist aus seinem Schlaf erwacht – ein Vorgang, auf den wir im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz immer wieder stoßen werden.²⁹⁸ Andererseits können diese „Prinzipien“ im 19. Jahrhundert die volle Rechtsgleichheit noch nicht gewährleisten, wie die Stellung der Ehefrau im BGB zeigt. Als Prinzipien des Privatrechts sind sie kontinuierlich Abwägungsprozessen ausgesetzt und offen für Rationalisierungsversuche zur Rechtfertigung hergebrachter Ungleichheiten. Diesen Zirkel konnten erst Gleichheitssätze durchbrechen, die in Grund- und Menschenrechten verankert waren und die auf einer Grundrechtstheorie basierten, die in ihnen nicht lediglich Programmsätze sah, sondern sie als anwendbare Rechtsnormen auffasste.²⁹⁹

Die Entwicklung des Eherechts unter dem Grundgesetz belegt diese These eindrucksvoll.³⁰⁰ Ausgangspunkt ist Art. 3 Abs. 2 GG idF v. 1949:

„Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“

Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass weder die Aufnahme dieses Gleichbehandlungsgebots noch seine Formulierung selbstverständlich waren.³⁰¹ Das Gleichberechtigungsgebot war vor allem gegen die Ungleichbehandlungen der Frau im Familienrecht gerichtet. Die Formulierung stammt von der SPD-Abgeordneten *Elisabeth Selbert* (1896-1986).³⁰² Das zeigt wie wichtig es ist, dass Frauen an maßgeblicher Stelle in den Institutionen vertreten waren. Sie hielt das Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts in Art. 4 Abs. 3 Entwurf (= Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG) für nicht ausreichend, „um später im bürgerlichen Recht, insbesondere

297 Zurückhaltender in der Einschätzung *Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe, 2003, 287.

298 Dazu im Zusammenhang mit dem Gleichheitsversprechen der *Declaration of Independence* und der Sklaverei unten § 3 II 1. Ein anderes Beispiel ist die zunehmende Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft; vgl. BVerfGE 125, 199, BVerfGE 126, 400.

299 Deutlich zu diesem Zusammenhang im Kontext der Geschlechtergleichberechtigung die Studie von *Floßmann*, Gleichheit und Ungleichheit, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 293 ff.

300 Vgl. dazu *Schwab*, Gleichberechtigung und Familienrecht, in: *Gerhard*, Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 790, 805 ff; *Frank*, AcP 2000 (2000), 401, 404 ff.

301 *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 313 ff; *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 323 ff.

302 Vgl. 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

im Familienrecht – ich denke zunächst nur an dieses Rechtsgebiet –, die Gleichberechtigung zu verwirklichen.“³⁰³ Folge dieses Gleichberechtigungsgebots war eine Modernisierung des bestehenden Rechts.³⁰⁴ Dazu die Abg. *Selbert*:

„In allen Punkten, in denen die Gleichberechtigung nicht besteht, muß das Familienrecht, müssen überhaupt alle gesetzlichen Bestimmungen, die dem Grundsatz entgegenstehen, geändert werden. Es bedarf keiner Frage, daß dieser Schritt getan werden muß.“³⁰⁵

Diese Rechtsfolge wollten viele vermeiden. Der CDU-Abgeordnete *Hermann von Mangoldt* (1895-1953) sah schon „das bisher geltende Recht [...] in sich zusammenfallen und nichts würde an seine Stelle treten.“³⁰⁶ Nachdem die Ablehnung des Antrags publik geworden war, reagierte die Öffentlichkeit, insbesondere die Frauenverbände, und es kam zu einem „Sturm der Empörung“.³⁰⁷ Daraufhin knickte die Opposition gegen den Antrag ein und er wurde schließlich, wie von der SPD vorgeschlagen, verabschiedet.³⁰⁸ Das Bundesverfassungsgericht stellte bereits 1953 klar, dass Art. 3 Abs. 2 GG af nicht lediglich ein unverbindlicher Programmsatz, sondern eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes und damit eine echte Rechtsnorm ist.³⁰⁹ Im Wortlaut:

„Die politische Frage, ob die in Art. 3 Abs. 2 und 3 genannten Ungleichheiten einen beachtlichen Grund für Differenzierungen im Recht abgeben – worüber erfahrungsgemäß verschiedene Meinungen möglich sind –, ist damit verfassungskräftig verneint. Ob der Geschlechtsunterschied heute noch als rechtlich erheblich anzusehen ist, kann daher nicht mehr gefragt werden; diese Frage überhaupt stellen hieße, in einem circulus vitiosus die vom Grundgesetz bereits getroffene politische Entscheidung in die Hände des einfachen Gesetzgebers zurückzuspielen und Art. 3 Abs. 2 (3) GG seiner rechtlichen Bedeutung zu entkleiden.“³¹⁰

Das entgegenstehende, mit Inkrafttreten des GG verfassungswidrig gewordene Recht galt nach Art. 117 Abs. 1 GG bis zum 31.3.1953 weiter, um dem Gesetzgeber Zeit für seine Anpassung zu geben.³¹¹ Weil der einfache Gesetzgeber diesem Verfassungsauftrag bis zum Ablauf des Stichtages nicht nachgekommen war, trat das gleichheitswidrige Ehe- und Familienrecht mit Ablauf des 31.3.1953 außer Kraft.³¹² Das Bundesverfassungsgericht konnte 8 Monate später

303 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

304 So Abg. *Renner* (KPD), 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

305 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 207.

306 17. Sitzung des Hauptausschusses v. 3.12.1948, Parlamentarischer Rat, Verhandlungen Hauptausschuss (1948/1949), S. 206.

307 *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 327f mwN.

308 *Sacksofsky*, Gleichberechtigung, 1996, 329 ff.

309 BVerfGE 3, 225, 239 f.

310 BVerfGE 3, 225, 240.

311 BVerfGE 3, 225, 238.

312 BGHZ 10, 266, 268 ff; BVerfGE 3, 225, 248.

feststellen, dass ein befürchtetes Rechtsanwendungschaos ausgeblieben war.³¹³ Der Bundesgerichtshof hatte zwischenzeitlich bereits die Unwirksamkeit des im BGB noch vorgesehenen gesetzlichen Güterstandes festgestellt:

„Zu den Rechtssätzen, die mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar sind, gehören im Bereich des ehelichen Güterrechts die Bestimmungen, die beim Güterstande der Verwaltung und Nutznießung das eingebrachte Gut der Frau kraft Gesetzes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstellen. Mögen diese Bestimmungen auch nicht nur den Interessen des Mannes dienen, sondern auch den Schutz der Frau bezeichnen und in der Pflicht des Mannes, den ehelichen Aufwand zu tragen, ihr Äquivalent und ihre innere Rechtfertigung 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 Stellung gegenüber der Frau überwiegt.“³¹⁴

Offen blieb die Rechtsfolge der Unwirksamkeit: Ausdehnung derselben Beschränkung auf den Ehemann oder Abschaffung für die Ehefrau? Der Bundesgerichtshof optiert eindeutig für die zweite Möglichkeit:

„Es würde auch der Lebensanschauung nicht entsprechen, die Gleichheit von Mann und Frau darin zu suchen, daß nunmehr der Mann in der Verfügung über sein eingebrachtes Vermögen an die Zustimmung der Frau gebunden wird. Daher kommt nur in Betracht, den Gleichheitsgrundsatz in der Weise durchzuführen, daß die Beschränkungen der Frau hinsichtlich des eingebrachten Gutes beseitigt werden.“³¹⁵

Die Passage ist bemerkenswert. Sie illustriert die freiheitserweiternde Wirkung eines ernstgenommenen Gleichheitssatzes: Sobald die konsequente Beseitigung von Ungleichbehandlungen dazu führen kann, dass einer bisher privilegierten Personengruppe eine von ihr als selbstverständlich in Anspruch genommene Freiheit entzogen werden könnte, ist diese Gruppe sofort bereit, dieselbe Freiheit auch der anderen, bisher ungleich behandelten Gruppe einzuräumen. „Soviel gleiche Freiheit wie möglich“³¹⁶ – das ist das vom Bundesverfassungsgericht zutreffend beschriebene Ziel des Art. 3 Abs. 2 GG. Aufgrund der geltenden verfassungsrechtlichen Anordnung der Gleichberechtigung von Mann und Frau wurde daher ab dem 1.4.1953 das Privatrecht unmittelbar geändert³¹⁷ und die von den Frauenvverbänden bereits im 19. Jahrhundert geforderte Gütertrennung wurde vorübergehend zum gesetzlichen Güterstand.³¹⁸ Der Gesetzgeber kam seiner Anpassungspflicht erst mit dem Gleichberechtigungsgesetz v. 18.6.1957³¹⁹ nach und das auch nur teilweise, weil damit eine wirkliche Gleichbehandlung der Ehefrau

313 BVerfGE 3, 225, 245.

314 BGHZ 10, 266, 279.

315 BGHZ 10, 266, 281.

316 BVerfGE 10, 60, 81.

317 Unzutreffend Schmoekl in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 13, der Art. 117 Abs. 1 GG und die Rechtsprechung der 1950er Jahre (dazu Voppel in: Staudinger, Einl zum FamilienR, Rn. 102 ff) offensichtlich völlig übersieht und daher zu einem falschem Urteil kommt.

318 BVerfGE 3, 225, 246.

319 BGBl. I S. 609.

nicht erreicht wurde.³²⁰ Das neue Familienrecht enthielt auch nach 1958 noch zahlreiche Bestimmungen, die dem Gleichberechtigungssatz widersprachen. Einige davon – wie etwa den Stichentscheid nach § 1628 BGB oder die grundsätzliche Vertretungsmacht des Vaters in § 1629 BGB – hat das Bundesverfassungsgericht wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG wieder aufgehoben.³²¹ Zur wirklichen Gleichberechtigung der Ehefrau bedurfte es mehrerer Anläufe des Gesetzgebers und zahlreicher verfassungsgerichtlicher Entscheidungen.³²²

Diese Entwicklung führt zu einer für den Verlauf der Arbeit wichtigen These: Autonom privatrechtliches Denken und Privatrecht als solches vermögen es nicht, ihren selbstgesetzten Anspruch zu erfüllen, die gleiche rechtliche Freiheit aller Menschen zu gewährleisten. Erst die verfassungsrechtliche Absicherung der Gleichheitsidee als Diskriminierungsverbote in den Grundrechten, die unmittelbare Bindung des Privatrechts an diese und eine egalitaristische Grundrechtstheorie haben in der Vergangenheit dazu geführt, dass das Privatrecht gezwungen wurde, sein selbst gegebenes Versprechen einzulösen. Wie das Beispiel des Ehe-rechts zeigt, lassen sich Rechtfertigungsmöglichkeiten stets in mehr oder weniger überzeugender Form anbieten. Das Ziel, Ungleichbehandlungen wegen bestimmter Merkmale auszuschließen, wird am besten durch Anknüpfungsverbote erreicht.³²³ Voraussetzung dafür ist aber, dass der Gleichheitssatz ernstgenommen wird. Im soeben genannten Urteil des Bundesgerichtshofs finden sich auch Abschnitte, die auf eine mögliche Relativierung des Gleichberechtigungsgebots hinweisen: Dort „wo der in Art. 6 Abs. 1 GG besonders anerkannte Schutz der Ehe und Familie oder die in Art. 6 Abs. 2 GG ebenda hervorgehobenen Interessen der Kinder einer völligen Gleichstellung beider Geschlechter in der Ehe Schranken setzen“ dürfe „nicht aus doktrinären Gedankengängen heraus eine formale Gleichstellung von Mann und Frau“ herbeigeführt werden.³²⁴ Der Versuch, über Art. 6 Abs. 1 GG die Zumutungen des Gleichheitssatzes zu beschränken, wird uns im Zusammenhang mit der Gleichbehandlung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft wieder begegnen.³²⁵ Das Bundesverfassungsgericht ging demgegenüber bereits 1953 davon aus, dass Art. 6 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 2 GG nebeneinander anwendbar sind und kommt zum Ergebnis: „auch in Ehe und Familie sind Mann und Frau gleichberechtigt.“³²⁶ Das setzt methodisch voraus,

320 Dazu *Hofmann*, Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, 1986, 21 ff; *Schwab*, Familienrecht, in: *Willowelt*, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 277, 287 f.

321 BVerfGE 10, 60; weitere Nachweise bei *Sackofsky* in: *Umbach/Clemens*, GG, Art. 3 II, III 1 Rn. 339.

322 Vgl. dazu den Überblick bei *Schwab*, Familienrecht, in: *Willowelt*, Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, 277, 287 ff.

323 Dazu *Sachs*, Grenzen des Diskriminierungsverbots, 1987, 328 f.

324 BGHZ 10, 266, 277 f.

325 Siehe dazu *Grünberger*, FPR 2010, 203, 205 f.

326 BVerfGE 3, 225, 242.

dass man den Ehe- und Familienbegriff strikt gleichheitsbezogen interpretiert.³²⁷ Die seit 1953 bis heute in mehreren Stufen verlaufene Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Rechtfertigungsanforderungen von Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts³²⁸ verdeutlicht, dass es sich dabei um eine konstante Aufgabe handelt. Daraus ergibt sich eine wichtige Präzisierung der hier untersuchten These. Das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot kann nur dann Rechtfertigungsstrategien von Ungleichbehandlung im einfachen Recht wirksam hinterfragen, wenn diese Umgehungsstrategie ihrerseits nicht verfassungsrechtlich aufgeladen, sondern strikt gleichheitsbezogen interpretiert wird.

III. Paradoxien der formalen Rechtsgleichheit

Trotz aller Inkohärenzen³²⁹ bleibt die gleiche Zuweisung von Handlungsmöglichkeiten an jedes Rechtssubjekt – und damit an jeden Menschen – die große Errungenschaft des Privatrechts im 19. Jahrhundert. Der leitende Grundsatz der Privatrechtskodifikationen jener Zeit im Allgemeinen und des BGB im Besonderen ist der Grundsatz der rechtlichen Freiheit in rechtlicher Gleichheit.³³⁰ Erst der Grundsatz der formellen Rechtsgleichheit aller Menschen kann eine Privatrechtsordnung rechtfertigen, in der Privatautonomie das grundlegende Ordnungsprinzip im Verhältnis aller Individuen untereinander ist. Im Prinzip wird mit der gleichen Rechtsfähigkeit jedem eine „Eintrittskarte in die bürgerliche Gesellschaft“³³¹ ausgehändigt. Die Rechtsgleichheit aller beteiligten Akteure soll zusammen mit der Privatautonomie die individuelle Freiheit des Einzelnen in der Gesellschaft gewährleisten. Pointiert formuliert sind alle Menschen frei und gleich. Alle haben gleiche Rechte, und diese Rechte können nur durch freie und selbstbestimmte Handlungen verändert werden.

1. Der Zusammenhang von Rechtsgleichheit und tatsächlichen Ungleichheiten

Die Privatrechtstheoretiker des frühen 19. Jahrhunderts erkannten, dass sich gleiche Rechte und tatsächliche Ungleichheit in der Gesellschaft nicht zwangsläufig widersprechen.³³² Im Gegenteil, zwischen ihnen besteht ein funktioneller Zusam-

327 Vgl. BVerfGE 10, 60, 72 ff, wo implizit von einem Vorrang des Gleichberechtigungsgrundsatzes aus gegangen wird, der nur dann greifen könne, wenn eine Beschränkung des Art. 3 Abs. 2 aufgrund funktional-biologischer Unterschiede gerechtfertigt werden könne.

328 Dazu instruktiv die Einteilung bei *Sacksofsky* in: Umbach/Clemens, GG, Art. 3 II, III 1 Rn. 335 ff; vgl. auch *Osterloh* in: Sachs, GG, Art. 3 Rn. 272 ff.

329 Dazu *Duve* in: HKK-BGB, §§ 1-14 Rn. 12.

330 *Rückert* in: HKK-BGB, vor § 1 Rn. 38.

331 *Paulus*, JuS 1994, 367.

332 Siehe dazu oben § 2 I 3; speziell zu *Zeiller* siehe *Schmidlin*, Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller, in: Selb/Hofmeister, Forschungsband Franz von Zeiller, 1980, 192, 208.