

# Wolfgang Voegeli

## Funktionswandel des Scheidungsrechts

Als Ausgangspunkt für meine Betrachtungen wähle ich den Zeitpunkt der großen Kodifikationen aus der Zeit des aufgeklärten preußischen Absolutismus: der Allgemeinen Gerichtsordnung (AGO) für die preußischen Staaten in der Fassung von 1815 und des Preußischen Allgemeinen Landrechts (ALR). Dieser Zeitpunkt scheint mir deshalb geeignet, weil und obschon die AGO wie das ALR noch den Stempel des absolutistischen Wohlfahrtsstaates tragen, sie gerade aber im Scheidungs- und -verfahrensrecht eine erst heute wiedergewonnene Liberalität aufweisen. Das 19. Jh. war für das Privatrecht allgemein gekennzeichnet als Periode der Durchsetzung der großen bürgerlich-liberalen Kodifikationen: Gewerbeordnung, Handelsgesetzbuch, Zivilprozeßordnung, Bürgerliches Gesetzbuch, um nur die wichtigsten zu nennen. Für das Familienrecht und das sonstige, die Familienstruktur prägende Recht läßt sich jedoch feststellen, daß die patriarchalisch strukturierte Familie als Zwangsinstitution, wie sie bis vor nicht allzulanger Zeit unser Rechtssystem kennzeichnete, im 19. Jh. institutionalisiert wurde<sup>1</sup>. Das Scheidungsrecht wurde in dieser Entwicklung entscheidend umgestaltet und wirkte seinerseits an ihr mit.

### 1. Das Prozeßmodell des bürgerlichen Liberalismus und sein Einfluß auf die Gestaltung des Eheprozeßrechts

Im folgenden geht es um eine systematische Betrachtung, wobei ein Modell herangezogen wird, das historisch erst später voll entwickelt wurde, das aber auf einen langen Entwicklungsprozeß zurückgeht. Mit der Bezeichnung ›Modell‹ ist auch impliziert, daß es sich nicht notwendig um ein damals geltendes Rechtssystem gehandelt haben muß. Kennzeichnend für die Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft ist auf der Ebene des Rechts die Heranbildung einer auf die Grundkategorien des *subjektiven Rechtes* (Prototyp: Eigentum), des *Vertrages* und der *allgemeinen Rechtssubjektivität* aufgebauten formalen Privatrechtsordnung<sup>2</sup>, die die Privatautonomie des bürgerlichen Individuums im gesellschaftlichen Bereich gegenüber der ›Bevormundung‹ durch den autoritären Wohlfahrtsstaat gewährleisten sollten. Im Zivilprozeß drückt sich diese Rechtsentwicklung vor allem in der *Dispositions-* und der *Verhandlungsmaxime* aus. Ein auf diesen Prinzipien aufbauender Zivilprozeß war gedacht als der Ort, an dem Individuen ihre widerstreitenden Interessen vor einem neutralen Richter vortragen, der lediglich die Widersprüche in den unter-

<sup>1</sup> Vgl. dazu Ute Gerhard, *Verhältnisse und Verhinderungen. Frauennarbeit, Familie und Rechte der Frauen im 19. Jh.*, Frankfurt a. M. 1978; Gunnar Heinsohn, Rolf Knieper, *Theorie des Familienrechts. Geschlechtsrollenaufhebung, Kindervernachlässigung, Geburtenrückgang*, Frankfurt a. M. 1974.

<sup>2</sup> Rudolf Wiethölter, Stichwort ›Bürgerliches Recht‹, in: Axel Görlitz, *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München 1972; Rolf Knieper, *Eigentum und Vertrag*, in: *Kritische Justiz* 1977, 174 ff.

schiedlichen Sachverhaltsversionen mittels angebotener Beweismittel zu klären und auf den so geklärten Sachverhalt das Recht anzuwenden hatte. In diesem Modell steht es zur Disposition der Parteien, ob sie ein Verfahren einleiten, wie sie es fortführen und beenden. Die Parteien definieren auch den Umfang des Streitstoffs über Anträge und Tatsachenvortrag. Das staatliche Interesse am Zivilprozeß war lediglich als ein *allgemeines* gedacht: Es betraf den *Zivilprozeß als staatliche Veranstaltung*, der solch allgemeinen Zwecken diene wie der Rechtssicherheit, der Wahrung des Rechtsfriedens etc.. Ein *besonderes* Interesse des Staates an dem *einzelnen Rechtsstreit* hat in diesem Konzept keinen Platz<sup>3</sup>. Diese liberal- bürgerlichen Ideen über die Gestalt von Privatrecht und Prozeßrecht haben im Zuge der Aufklärung zum Teil auch das Scheidungs- und Scheidungsprozeßrecht ergriffen. Dabei entstand die Lehre vom vertraglichen Charakter der Ehe in jahrhundertelanger Auseinandersetzung von Staat und Kirche um die Kompetenz zur Ehegesetzgebung und -rechtsprechung<sup>4</sup>. Um der Kirche die Kompetenz zu entreißen, mußte die Ehe ihre Sakramentsnatur, jegliches heiliges Wesen auf der Rechtsebene verlieren und neben der religiösen Ehe eine bürgerlichrechtliche institutionalisiert werden. Der Rückgriff auf den Vertrag lag da insofern nahe, als er das römische Recht völlig bestimmt hatte<sup>5</sup> und als er die zentrale Verkehrsform der bürgerlichen Gesellschaft darstellt.

### 1.1. Ehe als kündbarer Vertrag in der Gesetzgebung der französischen Revolution

Am weitesten von liberal-privatrechtlichen Vorstellungen durchdrungen wurden das Scheidungs- und -prozeßrecht in der französischen Revolution. Im berühmten Gesetz vom 20. 9. 1792 wurde neben der Scheidung wegen herkömmlicher *Verschuldenstatbestände*<sup>6</sup> eine *einverständliche Scheidung* und sogar eine *einseitige Scheidung* wegen »incompatibilité d'humeur et de caractère« normiert. Diese beiden Scheidungsarten waren insofern bedeutungsvoll, als erstere praktisch die vertragliche Auflösung der Ehe ermöglichte und letztere die einseitige Kündigung. Materiellrechtlich erschien die Ehe nun als normales Dauerrechtsverhältnis, das in einem auf Privatautonomie gründenden Gesellschaftssystem kündbar sein muß<sup>7</sup>.

Wie weit die materiellrechtliche Gestaltungsfreiheit wirklich geht, ist aber abhängig von der Ausgestaltung des Verfahrens. Für die einverständliche Scheidung wurde von einem »officier public« eine »assemblée de famille« einberufen, bestehend aus sechs Freunden oder Verwandten der Eheleute. Diese Versammlung mußte einen Versöhnungsversuch machen. Der gescheiterte Versuch wurde von dem »officier public« lediglich gegengezeichnet. Nach Ablauf eines Monats, aber spätestens vor Ablauf von sechs Monaten konnte jeder Ehepartner die Scheidung dann beim Standesbeamten registrieren lassen.

Dieses Verfahren erforderte keinen hohen Aufwand auf Seiten der Parteien, wenn-

<sup>3</sup> Adolf Wach, *Vorträge über die Reichsivilprozeßordnung*, Bonn 1879, S. 39.

<sup>4</sup> Vgl. Dieter Schwab, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit*, Bielefeld 1967; Stephan Buchholz, *Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht*, in: *Ius commune. Veröffentlichung des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, Bd. 8, Frankfurt a. M. 1979, S. 148 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Max Kaser, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, 2. Aufl., München 1971.

<sup>6</sup> Als solche wurden genannt in diesem Gesetz: Notorisches ehewidriges Verhalten, Grausamkeit oder Mißhandlung, böswilliges Verlassen über 2 Jahre, Abwesenheit ohne Nachricht über 5 Jahre, Emigration, Verurteilung zu schweren und ehrenrühigen Strafen; bis auf die Emigration sind dies alles Gründe, die in vielen protestantischen Staaten als Scheidungsgründe schon herausgearbeitet worden waren; vgl. dazu Schwab (FN 4).

<sup>7</sup> So ausdrücklich in den Motiven zu dem vom Revisor vorgelegten Entwurf des Titels 1 Teil II des Allgemeinen Landrechts (i. F. zit. als: »Revisor«), *Gesetz-Revision-Pensum XV*, Berlin 1830, S. 372, 381 m. Verw. auf Tschirner, einen liberalen protestantischen Theologen.

gleich immer noch staatliche Interessen eine wichtige Rolle spielten. Diese waren nicht nur darauf gerichtet, die Klarheit familiärer Rechtsverhältnisse zu garantieren. Dazu hätte die Registrierung der Scheidung ausgereicht. Vielmehr zeigt sich noch ein staatliches Kontrollinteresse, das durch Mobilisierung der sozialen Kontrolle von Verwandten und Freunden ausgeübt wurde.

Dagegen war für die einseitige Scheidung ein dreimaliger Sühneversuch vor der Familienversammlung in festgelegten Zeitabständen erforderlich. Hier war vom Verfahren her die soziale Kontrolle verschärft eingesetzt worden. De facto hatten diese Versöhnungsversuche in beiden Verfahren aber fast keinen Erfolg<sup>8</sup>. Der in diesem Scheidungsrecht verbliebene Rest von staatlichem Kontrollinteresse war daher praktisch folgenlos.

### 1.2. Kündigungs- und vertragliche Auflösungsmöglichkeit im preussischen Scheidungs- und Scheidungsprozessrecht

In Preußen hatte schon zuvor der aufgeklärte Absolutismus im *Corpus Iuris Fridericianum*<sup>9</sup> auf dem Gebiet des materiellen Rechts einen ähnlichen Rechtszustand geschaffen wie in Frankreich die Revolution, allerdings aus anderen Gründen. War in Frankreich um der Durchsetzung individueller Freiheiten Willen die Ehe als Vertrag verfassungsrechtlich normiert worden, so mögen in Preußen die Gedanken der Aufklärung zwar eine Rolle gespielt haben. Wesentlicher Gesichtspunkt für die Einführung einer *einverständlichen Scheidung* und einer *Scheidung wegen unüberwindlicher Abneigung* in Preußen war dagegen, daß es der Population schade, wenn unversöhnbare Ehegatten zwangsweise an ihrer Ehe festgehalten würden<sup>10</sup>.

Im ALR von 1794 wurden diese Scheidungsmöglichkeiten übernommen (II, 1, §§ 716, 718 a ALR)<sup>11</sup>, allerdings mit der Einschränkung, daß eine einverständliche Scheidung nur für kinderlose Ehen gewährt wurde.

Kennzeichnend für das Scheidungsrecht des ALR war also eine relativ liberale<sup>12</sup>, an den Vertragscharakter der Ehe sich anlehrende Scheidungsregelung, die erst 1977 im 1. EheRG wieder erreicht wurde.

#### 1.2.1. Autoritär-wohlfahrtsstaatliche Elemente im ALR

»Autoritär-wohlfahrtsstaatlich« beziehe ich auf das Hineinregieren des Staates in die Familie. Die andere Seite des aufgeklärt-absolutistischen Wohlfahrtsstaates, nämlich die Beförderung der allgemeinen Wohlfahrt durch Einführung individueller Freihei-

<sup>8</sup> Vgl. *Roderick Philipps*, *Family Breakdown in Late Eighteenth-Century France*, Oxford 1980, S. 40.

<sup>9</sup> *Project des Corporis Iuris Fridericiani* . . . Halle 1750, pars I, lib. II, tit. III, art. I.

<sup>10</sup> Vgl. die Kabinetts-Ordre Friedrichs des Großen an den Regierungspräsidenten von Tevenar zu Magdeburg vom 26. Mai 1783, zit. nach *Revisor* (FN 7), S. 369: »Da ich von Euch vernommen, daß es bei der Regierung noch ein Haufen Ehescheidungsprozesse, besonders unter den gemeinen Leuten giebet, so gebe ich Euch deshalb zu erkennen, daß man mit der Trennung der Ehe nicht sogar *facil seyn muß*, daß davon ein Mißbrauch entsteht, sowie man auf der anderen Seite auch nicht gar zu *difficil seyn muß*, sonst hindert das die Population. Denn sobald zwei Eheleute durchaus *widereinander soweit aufgebracht und erzürmt sind*, daß gar keine Vereinigung wieder zu hoffen stehe, und die Gemüter in einer beständigen Verbitterung gegeneinander verbleiben, so werden sie auch keine Kinder miteinander erzeugen, und das ist der Population zum Nachteil. Dagegen wird ein solches Paar geschieden, und das Weib heirathet einen andern Kerl, so kommen doch noch eher Kinder davon; . . .« vgl. auch *Carl-Hermann Schleifer*, *Die Ehescheidung im Deutschen Rechtskreis während des 19. Jahrhunderts*, Diss. Kiel 1972, S. 56 f. Daß diese »Populationsgründe« auch noch bei der Formulierung des ALR wirksam waren, ergibt sich aus Svarez' Stellungnahme in den Schlußvorträgen. Vgl. *C. F. Koch*, *ALR, Kommentar*, Bd. III/1, 3. Aufl., Berlin 1862, II 1 § 716 Aom. 53.

<sup>11</sup> Daneben gab es auch die üblichen Verschuldenstatbestände.

<sup>12</sup> Von konservativen Rechtswissenschaftlern wird selbstverständlich auch heute noch *derartige Liberalität* als »vermeintliche Freiheitsgewähr« bezeichnet. So *Stephan Buchholz*, *Preussische Eherechtsreform im*

ten von Staats wegen, lasse ich hier außerhalb der Betrachtung. Denn auf diese Seite bezieht sich die heutige Kritik nicht, wohl aber die der preußischen Restaurationsbewegung in der ersten Hälfte des 19. Jhs. Im übrigen haben die liberalen Kodifikationen des 19. Jhs. auch ein Moment der Gewährung von Freiheit von oben. Der immer wieder hervorgehobene autoritär-wohlfahrtsstaatliche Charakter des Eherechts drückte sich eher auf einer symbolischen Ebene aus. Das ALR enthielt im ersten Titel des zweiten Teils eine ganze Reihe von Normen, die das Verhalten der Eheleute zueinander betrafen und die noch die privatesten Details verrechtlichten wollten, wie z. B., daß »säugende Ehefrauen die Beywohnung mit Recht verweigern« (II. 1, § 180 ALR). Auf der bisher angesprochenen familienstrukturellen Ebene kam der autoritär-wohlfahrtsstaatliche Charakter des Eherechts lediglich in der Normierung einer patriarchalischen Struktur der Familie im Ehepersonen- und vor allen Dingen im Ehevermögensrecht zum Ausdruck. Dies gilt aber direkt nur insoweit, als die Familie noch als Element des Staatsaufbaues angesehen wurde. Im strengsten Sinne läßt sich eine derartige Funktion von Familie am französischen Recht des »ancien régime« zeigen, das dem Familienoberhaupt absolute Gewalt über die Mitglieder seiner Familie gewährte, es aber auch für ihre Ordnungstreue bürgen ließ<sup>13</sup>. Von einem derartigen Rechtszustande ist das ALR jedoch schon weit entfernt, jedenfalls was die Verfügung der Männer über ihre Ehefrauen angeht. Eine Verfügungsgewalt über die Person der Frau außerhalb ihrer familiären Verpflichtungen stand dem Mann nicht zu (II. 1, § 197 ALR). Im Vermögensrecht hob das ALR die Bevormundung der Frau sogar ein Stück weit auf, indem es ihre eigene Verfügungsgewalt über ihr Vorbehaltsgut normierte (II. 1, § 221 ALR). Davon, daß der Mann als Oberhaupt der Familie dem Staate gegenüber für die Ordnungstreue der Familienmitglieder bürgte, ist im ALR jedoch nirgends die Rede. Die Familie wird zwar noch als Untergliederung im Staatsaufbau angesehen (I. 1, § 3 ALR), jedoch ist das Verhältnis der Ehegatten untereinander, wie gezeigt, bereits individualisiert. Das Hineinregieren des Staates in die Familie, die Familie als Ordnungselement im staatlichen Aufbau sind daher nicht die dominanten Strukturmerkmale des ALR. Vielmehr finden sich mit ebenso zentraler Bedeutung liberal-vertragsrechtliche Elemente.

### 1.2.2. Die Regelung des Scheidungsverfahrens in der AGO

Der *Scheidungsprozeß* nun war in der AGO wie ein *normales Zivilgerichtsverfahren* organisiert. Die einzigen Besonderheiten, die der 40. Abschnitt des 1. Teils der AGO aufwies, waren das obligatorische Sühneverfahren, die amtliche Bestellung eines Kurators für die Kinder, der deren Interessen (im wesentlichen Unterhalts- und Vermögensfragen) im Prozeß vertreten sollte, die Möglichkeit, das Wirksamwerden des Scheidungsurteils bis zu einem Jahr auszusetzen und die Möglichkeit bestimmter einstweiliger Anordnungen. Zwar war in der Einleitung zum ersten Teil der AGO normiert, daß der Richter allgemein im Zivilprozeß von Amts wegen die notwendige Sachaufklärung vornehmen müsse, daß er nicht an die von den Parteien angebotenen Beweismittel gebunden sei, sondern vielmehr verpflichtet sei, alle Mittel auszuschöpfen, die sich aus dem Zusammenhang der Verhandlungen der Parteien ergäben (AGO I Einleitung §§ 7, 10, 17). Damit war weitgehend der *Untersuchungsgrundsatz* normiert. In der konkreten Ausgestaltung der Verfahrensnormen wurde er je-

Vormärz (1830–1840), in: *Ius Commune* (FN 4), Bd. 15, 1981, S. 150 ff., der im übrigen in der Savignyschen institutionellen Eheauffassung anscheinend auch heute noch das Maß der Dinge sieht.

13 Vgl. dazu Jacques Donzelot, *Die Ordnung der Familie*, Frankfurt a. M. 1980, S. 62 ff.

doch wieder zurückgenommen. Anerkenntnis und Geständnis hatten bindende Wirkung (AGO I.8, §§ 14 f.; 10 § 82). Bei Nichterscheinen des Beklagten mußte der Richter wie heute beim Versäumnisurteil die vom Kläger vorgetragene Tatsachenbehauptungen als zugestanden zugrunde legen (AGO I.8, § 10). Und schließlich war die Folge des Nichtbestreitens der vom Gegner vorgetragene Tatsachenbehauptungen, daß diese als zugestanden zu gelten hatten<sup>14</sup>. Der Sache nach hatten die Parteien daher weitgehende Dispositions- und Verhandlungsfreiheit. Der Untersuchungsgrundsatz war im Effekt nur ein erweitertes Fragerecht bzw. Beweiserhebungsrecht da, wo es nach der AGO überhaupt noch möglich war, Beweise zu erheben<sup>15</sup>. Ein so organisiertes Scheidungsverfahren stellte den Parteien die Bestimmung des dem Urteil zugrunde zu legenden Tatsachenmaterials weitgehend zur Disposition. Eine Regelung, die für inhaltlich kontroverse Verfahren konzipiert war, wurde so auf Gestattungsklagen angewendet, in denen kontroverse Positionen nicht notwendig sind, was auch der Gesetzgeber gesehen hatte. Dies zeigen die Stellungnahmen von Grolmanns und Svarez' im Gesetzgebungsverfahren<sup>16</sup>. Wegen der strengen Fassung des Beweisrechts wäre ohne Geständnis oder Eideszuschreibung aber z. B. ein Ehebruch nicht beweisbar gewesen, was als ungerecht angesehen wurde<sup>17</sup>. Für die einverständliche Scheidung galt eine besondere Verfahrensregelung: Wenn der Sühneversuch fruchtlos war, sprach das Gericht die Scheidung aus, ohne daß in das »Instruktionsverfahren« (= Tatsachenfeststellungsverfahren) eingetreten wurde. Voraussetzung war allerdings – und hier wiederum nahm das preußische Recht den heutigen Rechtszustand weitgehend vorweg –, daß sich die Parteien »wegen der Nebenpunkte, in Ansehung der Ehescheidungsstrafen und sonst, einig sind« (AGO I.40, § 40)<sup>18</sup>, d. h., wenn sie die Scheidungsfolgen einvernehmlich geregelt hatten. Hier fungierte das Gericht, abgesehen von dem Sühneversuch, lediglich als *Registrar der persönlichen Entscheidung*. Bei den übrigen Scheidungsarten hatten es die Parteien verfahrensmäßig in der Hand, das Gericht zum Registrar zu machen.

## 2. Der Einfluß des institutionellen Ehekonzepts auf das Scheidungsprozeßrecht

### 2.1. Die preußische Restauration und ihr Einfluß auf die ZPO und das BGB

Nach 1815 nun setzte eine Restaurationsbewegung in Preußen ein, die sowohl alle nicht auf *Verschulden* gründenden Scheidungsmöglichkeiten beseitigen als auch die Herrschaft der Parteien über den Streitstoff radikal begrenzen wollte<sup>19</sup>. Sie war jedoch nur für das Verfahrensrecht erfolgreich<sup>20</sup>. In der Verordnung vom 28. 6. 1844<sup>21</sup>

<sup>14</sup> Vgl. M. C. F. W. Grävell, Praktischer Kommentar zur Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten, Bd. 1, Erfurt 1825, S. 95.

<sup>15</sup> Vgl. A. Engelmann, Der Civilprozeß, Geschichte und System, Bd. 2, 3. Buch, Breslau 1895, S. 204; Grävell (FN 14), Bd. 4, 1828, S. 450; Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform (Verf.: Friedrich-Carl von Savigny, i. F. zit. Savigny) Berlin 1844, S. 65.

<sup>16</sup> Vgl. Revisor (FN 7), S. 368 f.

<sup>17</sup> So Svarez, zit. nach Revisor (FN 7), S. 368 f.

<sup>18</sup> Die Scheidungsstrafen waren der Sache nach nichts anderes als eine für den unschuldigen Teil günstige Vermögensregelung, die aber noch nicht einmal das Ausmaß des heute geltenden Zugewinnausgleichs und Unterhaltsrechts erreichte. Frauen z. B. hatten keinen Unterhaltsanspruch neben der Vermögensabfindung, sondern mußten zwischen beiden wählen. – Vgl. II 1 §§ 783, 785 f., 798 ALR.

<sup>19</sup> Vgl. dazu Savigny (FN 15). An der familienrechtlichen Restauration war entscheidend E. L. v. Gerlach beteiligt, der, als Hilfskraft von Savigny herangezogen, die Gesetzentwürfe ausarbeitete. Der Gesetzgebungsprozeß ist im einzelnen nachgezeichnet bei Buchholz (FN 4).

<sup>20</sup> Das materielle Eherecht konnte nicht novelliert werden, weil die Scheidungsreform bei den ersten Entwürfen den katholischen Abgeordneten nicht weit genug ging und weil den späteren Entwürfen die

wurde das Scheidungsverfahren so gestaltet, daß der Kläger stets alle Tatsachen beweisen mußte, auf die sich sein Scheidungsbegehren stützte. Damit er das aber überhaupt konnte, wurde die freie Beweiswürdigung eingeführt. Zusätzlich wurde ein *Vertreter des öffentlichen Interesses* (an der Aufrechterhaltung der Ehe), der *Staatsanwalt*, in das Scheidungsverfahren eingeführt. Dieser war zwar nicht Partei, konnte aber Tatsachenmaterial einführen und Beweisanträge stellen. Mit der Zurücknahme der Regelung über das Geständnis, über unterbliebene Erklärungen, über das Nichterscheinen des Beklagten kam der in der Einleitung zur AGO normierte *Untersuchungsgrundsatz* voll zur Geltung. Bei der Einführung der ZPO 1877 wurde er dann für das Scheidungsverfahren ausdrücklich festgelegt: Die Gerichte waren gehalten, alle eheerhaltenden Tatsachen unabhängig vom Vortrag der Parteien von sich aus zu ermitteln, obwohl der Staatsanwalt auch weiterhin am Verfahren mitwirken sollte. Damit bekam der *Scheidungsprozeß* endgültig eine *inquisitorische Prägung* sowohl auf der Ebene der richterlichen Prozeßführung als auch auf der Ebene der personellen Vertretung des *öffentlichen Interesses*.

Dasselbe *öffentliche Interesse* mußte erhalten, um bei der Diskussion der Entwürfe zum BGB Ende des 19. Jhs. sämtliche nicht auf Verschulden gründenden Tatbestände des materiellen Scheidungsrechts der bis dahin geltenden unterschiedlichen Rechtsordnungen auszuschalten. Fortan war die *Zerrüttung*, die in einigen Rechtsordnungen eine wichtige Rolle gespielt hatte und im preußischen ALR ein zentrales Scheidungskriterium gewesen war, nunmehr eine zusätzliche Voraussetzung der Scheidung. Zur wesentlichen Voraussetzung aber war das *Verschulden* geworden.

## 2.2. Familienrechtspolitik als Ordnungspolitik

Damit war im Ehescheidungsrecht das letzte liberale Erbe der Aufklärung, sieht man von der Möglichkeit der Scheidung selbst einmal ab, getilgt. Durchgesetzt hatte sich ein *institutionelles Denken*, das die *Ehe als Institution* der privaten Verfügungsmacht der Eheleute entzog und das diese Institution zu einem Grundpfeiler des *öffentlichen Interesses* machte, das zu beschützen das Amt des Staates sei. Damit war der *ambivalente Charakter des Eherechts Anfang des 19. Jhs.* – einerseits Ansätze zu privater Verfügungsmacht, andererseits Ansätze zu autoritär-wohlfahrtsstaatlicher Kontrolle – zuungunsten der privaten Verfügungsmacht und zugunsten eines institutionellen Konzepts von Ehe *aufgelöst*, das seine geistigen Grundlagen in dem restaurativen Konservatismus der Verbindung von preußischem Junkertum und pietistischer protestantischer Neuorthodoxie hatte<sup>21</sup>. Das Eherecht hatte seine Ansätze zu einem Recht abstrakt-formalen Charakters verloren. Der Bestand des Rechtsverhältnisses, der für kurze Zeit zur Disposition der Eheleute gestanden hatte, war nunmehr über das *öffentliche Interesse an der Durchsetzung einer bestimmten Ordnung* der Gesellschaft bestimmt. Insofern war die Familienpolitik, die diese Rechtsänderungen hervorbrachte, *Ordnungspolitik*.

Reform des materiellen Scheidungsrechts gekoppelt wurde mit der Einführung der fakultativen Zivilehe. Dies rief den Widerstand kirchlicher Kreise hervor, die eher bereit waren, die leichte Scheidungsmöglichkeit zu tolerieren als einen weiteren Einbruch in ihren Machtbereich hinzunehmen. – Vgl. Schleifer (FN 10), S. 204 ff.; Stephan Buchholz, Beiträge zum Ehe- und Familienrecht des 19. Jhs., in: Ius Commune (FN 4), Bd. 9, 1980, S. 229 ff., S. 256 f. Die von Savigny verfaßte Darstellung der in den preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform ist denn auch das Eingeständnis des Scheiterns seiner Bemühungen.

<sup>21</sup> Preußische Gesetzsammlung 1844, S. 184 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Buchholz (FN 12), S. 150 ff.

## 2.2.1. Die Institution Ehe als Träger öffentlicher Interessen

Das immer wieder angesprochene »öffentliche Interesse« wurde von den konservativen Restaurationsanstrengungen in Preußen Anfang des 19. Jhs. bis fast in unsere Tage inhaltlich identisch gefaßt. Ehe wurde von Savigny als »wesentliche und notwendige Form des menschlichen Daseins« und als »unentbehrliche Grundlage des Staates« aufgefaßt<sup>23</sup>, die die »sichere Übertragung unseres ganzen Besitztums sittlicher Gesinnung auf die nachwachsende Generation« gewährleiste<sup>24</sup>, die als Mittel der Verinnerlichung äußerer Grenzen<sup>25</sup> unschätzbare sozialisatorische Wirkung habe und zu deren Schutz ein restriktives Scheidungsrecht wirksam werde, indem es die Selbstbeherrschung der Ehegatten in den Anfangsstadien von Zerrüttungsprozessen befördere<sup>26</sup>. Fast dieselben Argumente tauchen in den Begründungen zu den Entwürfen des BGB auf. Ließe man eine einverständliche Scheidung zu, bestehe die Gefahr, daß die Ehe »als eine auch rechtlich über dem Willen der Ehegatten stehende, höheren objektiven Zwecken dienende Einrichtung« Schaden nehme<sup>27</sup>. Vielmehr müsse gegenüber dem früheren Rechtszustand die Scheidung erschwert werden, »da, wenn die Gatten wissen, daß die Ehe nicht leicht wieder gelöst werden kann, die Leidenschaften, die den Wunsch nach Scheidung erregen, eher unterdrückt, eheliche Zerwürfnisse leichter wieder beseitigt werden und anstelle der Willkür die Selbstbeherrschung und das Bestreben der Gatten treten, sich einander zu fügen«<sup>28</sup>.

Auch heute ist es wohl noch herrschende Meinung<sup>29</sup>, daß der Staat die *Institution Ehe* auch gegenüber den einzelnen Ehegatten zu schützen habe, wengleich in der zivilprozessualen Literatur nur noch apodiktisch von staatlichen Interessen an der Überwachung zwingender materiellrechtlicher Vorschriften geredet wird, die eine Beschränkung der Parteienherrschaft notwendig machten. Implizit wird damit auf die Gründe verwiesen, mit denen die zwingenden Vorschriften des materiellen Scheidungsrechts begründet werden. Es ist fast einhellige Meinung, daß die *Institutsgarantie des Art. 6 I GG* nicht nur den Gesetzgeber verpflichte, eine Rechtsform für die bürgerliche Ehe zur Verfügung zu stellen, sondern ihn zu einer Ausgestaltung dieser Rechtsform verpflichte, die den Bestand der Ehe der Verfügungsmacht der Ehepartner entzieht. Zu den verfassungsmäßig geschützten Strukturprinzipien gehöre auch die *grundsätzliche Unauflösbarkeit* der Ehe<sup>30</sup>. Aus der verfassungsmäßigen Gewährleistung dieses Strukturprinzips wird geschlossen, daß der Gesetzgeber das Scheidungsrecht so regeln müsse, daß nicht gescheiterte Ehen nicht geschieden würden, daß das Scheidungsrecht immer auch eheerhaltende Elemente enthalten

23 Savigny (FN 15), S. 10.

24 Dasselbst S. 12.

25 Dasselbst S. 14.

26 Dasselbst S. 16; vgl. auch Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2, Teil 1, 5. Aufl., Tübingen 1878, S. 463.

27 B. Mugdan, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 4, Berlin 1899, S. 304 f.

28 Dasselbst, S. 302. Bei Savigny liest sich das so: »Betrachten wir nämlich die Art, wie der Unfriede in schlechten Ehen entsteht, und endlich unertraglich wird, so werden dabei nur höchst selten mächtige Leidenschaften zum Grunde liegen. Vielmehr werden zuerst leichte Anwandlungen von übler Laune, Selbstsucht, Rohheit, böser Lust vorhanden sein, denen durch einen mäßigen Aufwand an Selbstbeherrschung begegnet werden könnte. Nur weil der Versuch dazu nicht gemacht wird, gewinnen solche Neigungen . . . einen solchen Grad von Herrschaft über den Menschen, daß sie ihm selbst und anderen verderblich werden.« – Savigny (FN 15), S. 16. Vom Eherecht müsse daher ein »heilsamer moralischer Druck« (dasselbst S. 17) ausgehen. Damit hat Savigny allerdings »ein Motiv von langanhaltender Geltungskraft definiert« (Buchholz (FN 4), S. 173), nämlich den illiberalen repressiven Charakter der Ehe als Zwangsinstitution.

29 Vgl. die Nachweise bei Carl Thiere, *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß*, Bielefeld 1980, S. 129.

30 Ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. JZ 1980, S. 226 ff.

müsse<sup>31</sup>. Jedoch hat die *Willensfreiheit als Element der Ehe* – auch in bezug auf deren Auflösung – durch das neue Scheidungsrecht und dessen verfassungsrechtliche Anerkennung<sup>32</sup> wesentlich an Bedeutung gewonnen. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung ist daher gekennzeichnet durch ein formales Festhalten am bisherigen Institutionendenken und ein inhaltliches Anerkennen individueller Verfügungsfreiheit. Demgegenüber finden sich in der Literatur auch heute noch Stellungnahmen, die den Schutz der Institution Ehe damit begründen, daß sie die »Keimzelle jeglicher funktionsfähigen staatlich verfaßten Gemeinschaft«<sup>33</sup> sei, so daß eine Scheidung verfassungsrechtlich nur ausnahmsweise zugelassen werden könne, nämlich dann, wenn bei dem weiteren Bestand der Ehe schwerere Störungen der sittlichen Ordnung zu erwarten wären, als sie bei einer Auflösung der Ehe hingenommen werden müßten. Die früher hervorgehobene generalpräventive Form der staatlichen Kontrolle der Ehescheidung findet sich heute jedoch – zumindest in der Rechtsprechung des BVerfG – nicht mehr. Vielmehr wird der staatliche Schutzauftrag begründet mit der Notwendigkeit des Schutzes für die von einer Ehescheidung betroffenen Schwächeren<sup>34</sup>. Damit ist aber die Qualität des *institutionellen Konzepts* entscheidend verändert worden. Der Schutz des Schwächeren ist ein Element des *personalistischen Ehekonzepts*, das letztlich die Individualinteressen zum entscheidenden Bezugspunkt hat.

#### 2.2.2. Liberale Gegenkonzepte Anfang des 19. Jahrhunderts

Zum Zeitpunkt, als dieses oben geschilderte »öffentliche Interesse« zur das geltende Recht beherrschenden *Maxime* gesetzt wurde, gab es aber auch namhafte Gegenstimmen unter der bürgerlichen Intelligenz. Einerseits argumentierte zu Anfang des 19. Jhs. selbst der Theoretiker der patriarchalisch strukturierten Familie, Fichte, daß eine einverständliche Scheidung durch einfache Registrierung möglich sein müsse. Denn die Ehe sei eine moralische Institution, die vom Staat nicht rechtlich zwangsweise aufrechterhalten werden dürfe, wenn ihre sittliche Grundlage entschwunden sei<sup>35</sup>. Andererseits wird von dem Revisor – es handelt sich hierbei um den Kammergerichtsrat Wünschel<sup>36</sup> – in Übereinstimmung mit den »aufgeklärten Stimmen des Zeitalters«<sup>37</sup> die Ehe ebenso als moralische Institution bewertet, die aber rechtlich nicht erzwingbar sei. Auf rechtlicher Ebene sei sie Vertrag, der wie jeder andere einverständlich aufhebbar und sogar kündbar sein müsse<sup>38</sup>.

Denn erzwungene Moralität sei keine. Und direkter Zwang beeinträchtige die Reinheit des Instituts<sup>39</sup>. Da die *Ehe eine moralische Institution außerhalb des Rechts* sei, liege die Frage, ob eine Ehe geschieden werde oder nicht, außerhalb staatlicher Entscheidungsgewalt. Der Staat habe nur zu untersuchen, ob eine Ehe bereits geschieden sei, und wenn ja, ihre äußeren rechtlichen Folgen aufzuheben<sup>40</sup>.

Daß es sich hier nicht um isolierte Stimmen handelt, beweist der Aufruhr, den die durch Indiskretion möglich gewordene Publikation des Gerlach/Savignyschen Reformentwurfs für das Ehescheidungsrecht hervorgerufen hatte. Er wurde allgemein

31 BVerfG (FN 30).

32 BVerfG (FN 30).

33 Karl Thiere (FN 29), S. 129 m. w. N.

34 BVerfG JZ 1981, S. 90 ff.

35 Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, Bd. 2, 1796, S. 203 f., zit. nach Revisor (FN 7), S. 371.

36 Vgl. Buchholz (FN 12), S. 159, FN 26.

37 Revisor (FN 7), S. 374.

38 Dasselbst S. 371 f., 382.

39 Dasselbst S. 371.

40 Dasselbst S. 304.

als »wohlweislich verschwiegenes Machwerk einer Clique orthodoxer Puristen«<sup>41</sup> bezeichnet.

### 2.2.3. Gründe für die Durchsetzung des Konzepts der Ehe als Zwangsinstitution

Daß sich das Konzept der *Ehe als Zwangsinstitution* im Laufe des 19. Jhs. gegenüber dem *liberalen Vertragskonzept* der Aufklärung durchsetzte, scheint mir ein Produkt gleichlaufender Interessen des absolutistischen Staates und der bürgerlichen Männergesellschaft zu sein. Ich will hier drei Tendenzen hypothetisch skizzieren, über die weiteres Nachforschen mir sinnvoll erscheint, ohne daß ich sie in diesem Aufsatz extensiv entwickeln könnte.

Zum einen hatte sich über einen langen Zeitraum hinweg die spezifisch bürgerlich-patriarchalische Familie langsam herausgebildet, dadurch daß *Frauen aus den Gewerben in die Hauswirtschaft und schließlich in bürgerlichen Kreisen in die bloße Repräsentation und Kinderaufzucht gedrängt wurden*. Es handelt sich hierbei um einen langen Prozeß, der in der ersten Hälfte des 19. Jhs. kulminierte<sup>42</sup>. Der Ausgangspunkt für die im 19. Jh. einsetzende Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt war daher ungleich. Und es lag im Interesse der Männergesellschaft, diesen Zustand zu erhalten.

Demgegenüber gab es in der ersten Hälfte des 19. Jhs. noch kein Interesse an der Erweiterung der kapitalistischen Reservearmee durch die Frauen. Bei der Regelung des BGB hingegen wurden diese Interessen berücksichtigt, allerdings so, daß das bürgerliche Familienmodell nicht berührt wurde: Frauen konnten seit dem Inkrafttreten der GewO und des BGB selbständig ein Gewerbe oder eine abhängige Arbeit aufnehmen, ohne daß sie dazu die Genehmigung ihrer Ehemänner brauchten, und über die eigenen Einkünfte verfügen. Der Ehemann konnte lediglich jeden Arbeitsvertrag kündigen, was wohl in Arbeiterkreisen nicht vorgekommen sein dürfte. Hingegen war in der bürgerlichen Familie die patriarchalische Gewalt dadurch zementiert<sup>43</sup>.

Eine erschwerte Scheidung lag insofern im Interesse der Männer, als es galt, sich die kostenlose Arbeitskraft zu sichern für die eigene Reproduktion und die Aufzucht von Kindern für die Altersversicherung. Dafür gibt es auch empirische Indikatoren. Die Untersuchung von Phillips über das Scheidungsverhalten unter der Geltung der Gesetzgebung der französischen Revolution zeigt auf, daß es 69–77% (je nach Scheidungsgrund) Frauen waren, die aus der (noch) patriarchalischen Ehe heraus wollten und die Scheidung beantragten<sup>44</sup>. Weiter hat Phillips zeigen können, daß das Vor-

41 Buchholz (FN 12), S. 178. Der Entwurf wurde am 20. 10. 1842 in der Rheinischen Zeitung veröffentlicht. Die Kritik von Karl Marx (MEW 1, 148; ErgBd. 1, 389) bezieht sich ganz auf die kirchliche Ausrichtung dieses Entwurfs, wendet sich aber auch gegen die liberal-aufklärerische Konzeption des ALR: Es handele sich dabei um eine Verstandesabstraktion, die den natürlichen, rechtlichen, sittlichen Inhalt der Ehe als äußerliche, in sich selbst gesetzlose Materie aufgenommen habe und nun diese geist- und gesetzlose Materie nach einem äußeren Zweck zu modeln, einzurichten und anzuordnen versucht habe. Demgegenüber beharrt Marx auf dem sittlichen Wesen der Ehe, das der Gesetzgeber in Rechtsform zu gießen habe. Er vertritt dabei eine Art restriktives Zerrüttungsprinzip. Zwar könne das Recht nichts anderes tun, als die rechtliche Konsequenz ziehen, wenn eine Ehe aufgehört habe, eine Ehe zu sein, doch sollte der Gesetzgeber nur nach den »untrüglichen Symptomen den sittlichen Tod (der Ehe) konstatieren dürfen« (MEW 1, 150). Hingegen sei jede Berücksichtigung des Willens der Ehegatten Willkür. »Die Weichheit gegen die Wünsche der Individuen wurde in eine Härte gegen das Wesen der Individuen, gegen ihre sittliche Vernunft, die sich in sittlichen Verhältnisse verkörpert, umschlagen.« (MEW 1, 150)

42 Vgl. dazu Gerhard (FN 1), S. 16 ff.

43 Diesen Zusammenhang hat Heinrich Dörner, *Industrialisierung und Familienrecht*, Berlin 1974, herausgearbeitet.

44 Vgl. dazu Phillips (FN 8), S. 56; daß Frauen in weit höherem Maße die Initiative zur Scheidung ergreifen als Männer, hat sich bis heute nicht geändert.

handensein von Erwerbsmöglichkeiten für Frauen in der Stadt einen Faktor für die Erklärung der hohen Stadt-Land-Differenz im Scheidungsverhalten darstellt, denn Frauen wechselten in der Regel aus der Mitarbeit im Gewerbe ihres früheren Mannes in die *Lohnarbeit*. Diejenigen Frauen, die sich in ländlichen Gebieten scheiden ließen, zogen in hohem Maße in die Stadt, wo sie Arbeit finden konnten<sup>45</sup>.

Diese Sachlage macht es für einen bürgerlichen Staat allerdings nicht notwendig, eine restriktive Scheidungsregelung zu normieren, wie die Gesetzgebung der französischen Revolution zeigt. Man kann auch bei dieser Gesetzgebung nicht von einem überschießenden Effekt der Revolution sprechen, indem gleichsam die Familie mit den Institutionen des »ancien régime« identifiziert worden wäre. Denn einerseits galten in Preußen ähnliche Regelungen, andererseits war die offizielle Ideologie in Frankreich damals sehr familienfreundlich. Es gab sogar ein »Fest der Eheleute« als gesetzlichen Feiertag. Vielmehr ging es darum, über eine Veränderung der Struktur der Familie die bürgerliche Freiheit und Gleichheit im täglichen Verhalten durchzusetzen. Die leichte Scheidungsmöglichkeit wurde vor allem als Zwang für die Männer angesehen, Frauen als gleichberechtigte Partner im täglichen Leben zu akzeptieren<sup>46</sup> und d. h. vor allem auch, wie gezeigt, auf dem Arbeitsmarkt.

Die *zweite Tendenz* war quasi ein »moral crusade« des Bürgertums gegen die *höfische Gesellschaft*. In dieser hatte sich der äußere Zwang in bezug auf die Sexualität soweit gelockert, daß es auch für Frauen möglich und üblich war, außereheliche Beziehungen zu haben. In dieser Gesellschaft hatten Frauen zum erstenmal seit dem Niedergang der römischen Gesellschaft<sup>47</sup> eine dem Mann in etwa ebenbürtige Stellung erreicht<sup>48</sup>. Die vom Bürgertum betriebene sittliche Erneuerung der Ehe<sup>49</sup> wirkte sich daher zur Befestigung des Zwangscharakters aus, insofern, als außereheliche Beziehungen unterbunden werden mußten. Ausdruck dieser Bewegung sind die Begründungen zu der Eherechtsrestauration in Preußen in der ersten Hälfte des 19. Jhs., allerdings in anderer Weise auch die liberalen Scheidungskonzeptionen z. B. Fichtes oder des Revisors. Denn beide reden ebenfalls der sittlichen Erneuerung und auch der patriarchalischen Familie das Wort, nur liegt jene für sie außerhalb der Sphäre des Rechts. Ehe könne sich nur als moralische Institution entfalten.

Daß aber die Ehe im 19. Jh. ihren rechtlichen Zwangscharakter – endgültig im BGB – bekam, sie quasi mit einem Schritt hinter die Aufklärung zurück wieder stärker unter staatliche Zucht gestellt wurde, beruht im wesentlichen auf einer *dritten Tendenz* der *Durchsetzung von Ordnungsvorstellungen des autoritären Staates* gegenüber den Machtansprüchen des Bürgertums und dem nachfolgenden *Prozeß der Errichtung der Herrschaft des Bürgertums über das aufkommende Proletariat*. Was hier als funktionaler Zusammenhang angesprochen ist, stellt sich in der historischen Realität als Prozeß dar, in dem Ordnungsinteressen im wesentlichen von der hochkonservativen preußischen Grundherrschaft, dem Junkertum, formuliert wurden, die zwar auch schon im Bürgertum vertreten wurden, aber eben neben konkurrierenden liberalen Ansätzen. Die Bedingungen für die Durchsetzung und Verfestigung der einen oder anderen Ansicht im Bürgertum bis zum Erlaß des BGB aber wurden entscheidend durch das Arrangement mit der Macht, dem absolutistischen Staat und durch die langsam sich entwickelnden eigenen Herrschaftsinteressen gegenüber der Arbeiterklasse geprägt.

45 Dasselbst S. 92 ff.

46 Dasselbst S. 15.

47 Gunnar Heinsohn, Rolf Knieper, Otto Steiger, Menschenproduktion, allgemeine Bevölkerungslehre der Neuzeit, Frankfurt a. M. 1979, S. 27 ff.

48 Vgl. Norbert Elias, Über den Prozeß der Zivilisation Bd. 1, Frankfurt a. M. 1978, S. 252 ff.

49 Vgl. Dörner (FN 10); Schlesfer (FN 10), S. 199 ff., Gerhard (FN 1), S. 124 ff.

Daß die seit Savigny herrschende Eheideologie auf überindividuellen Ordnungsvorstellungen beruht, zeigt der oben illustrierte, den Eherechtsnormen zugeschriebene *generalpräventive Charakter*. Nicht die einzelne Ehe ist Objekt des staatlichen Schutzes, sondern die *Institution der Ehe als Ordnungselement im gesellschaftlichen Gefüge*<sup>50</sup>. Und die staatlich nicht kontrollierte Scheidung (= einverständliche oder einseitige verschuldenslose Scheidung) wurde (bis in unsere Tage) als schwere Störung dieser Ordnung angesehen, nicht so sehr weil es dadurch möglicherweise zu einer Zunahme von Scheidungen kommen und daraus soziale Probleme entstehen könnten, sondern weil die geltende Institution Ehe dadurch untergraben würde. Für konservative Staatstheoretiker wie Stahl ist die für die Parteien frei verfügbare Scheidung denn auch ein Verstoß gegen die »gottgewollte und naturgegebene Ordnung«, vergleichbar mit dem Verstoßen von Kindern, dem Selbstmord und der Rebellion wider die Krone<sup>51</sup>.

Das Ordnungselement, daß es zu konservieren galt, ist die patriarchalisch strukturierte und hierarchisch organisierte Familie, ein Gebilde, das mit bürgerlich-liberalen Ideen des Vormärz und schon gar den Freiheits- und Gleichheitspostulaten der französischen Revolution nichts zu tun hatte, sondern ein Produkt und Abbild einer feudal-absolutistischen Gesellschaftsformation war, die ihres wohlfahrtsstaatlichen Rationalismus entkleidet war.

Dieses Festhalten an der patriarchalischen Familienstruktur war aber durchaus funktional für die aufkommende kapitalistische Gesellschaft. Mag in dieser das Individuum als Rechtssubjekt unbeschränkt alles zum Gegenstand seiner Verfügung machen – die rechtliche Seite des ökonomischen Prozesses, der alle Gegenstände zu Waren macht –, die Familie mußte privater Verfügung entzogen bleiben. Denn die Freiheit des Marktes, die sich in der Verkehrsform des Vertrages ausdrückt, setzt den unbedingten Gehorsam gegenüber den Gesetzen voraus, die die Funktionsbedingungen der marktwirtschaftlichen Ordnung garantieren<sup>52</sup>. In Staaten, wie Preußen, in denen Gesetze der demokratischen Legitimation entbehrten, war solcher Gehorsam prekär<sup>53</sup>. Der ständisch-hierarchische Gesellschaftsaufbau war im Verfall begriffen, und das Bürgertum erhob Ansprüche auf die Macht. Die Konservierung der Familien, ihrer patriarchalischen Struktur, als einem wichtigen Ort der Produktion von Staatsbürgergehorsam, der ja auf Verinnerlichung äußerer Grenzen angewiesen ist, war daher funktional für die Sicherung der gesellschaftlichen Stabilität. Diese stabilisierende Funktion der patriarchalischen Familienstruktur wurde vom Bürgertum als Mittel zur Domestizierung der Arbeiterklasse aufgegriffen und zum Inhalt seiner Familienpolitik gemacht.

Auf der politischen Ebene läßt sich eine durchgängige Identität der geäußerten Interessen des national-liberalen Bürgertums in seinem rechten bis mittleren Spektrum

<sup>50</sup> Stahl (FN 26), S. 425: »(Das Familienrecht) enthält . . . vor allem ethische und organische Gestaltung, sohin Ordnung, Nothwendigkeit.«

<sup>51</sup> So Stahl (FN 26), S. 470.

<sup>52</sup> Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt a. M. 1979, S. 110 f.

<sup>53</sup> Vgl. dazu Bismarck in seiner Rede vom 15. 11. 1849 vor der zweiten Kammer des preußischen Landtags (Zit. nach Buchholz (FN 20), S. 251): Zu verwerfen sei eine Gesetzgebung, die »die Achtung vor der Kirche und den religiösen Einrichtungen da, wo sie tiefe Wurzeln in dem Volksleben geschlagen hat, untergrabe, und dies in einer Zeit, die uns mit blutiger Schrift gelehrt hat, daß da, wo es den Freigeistern, die sich gebildet nennen, gelungen ist, ihre Gleichgültigkeit gegen jedes positive Bekenntniß den großen Massen insoweit mitzuthemen, daß bei ihnen von dem Christenthum als schaler Bodensatz nur eine zweideutige Moral-Philosophie übrig geblieben ist, daß da nur das blanke Bajonett zwischen den verbrecherischen Leidenschaften und dem friedlichen Bürger steht . . . Ich habe in dieser Zeit manchen Lichtfreund zu der schnöden Erkenntniß kommen sehen, daß ein gewisser Grad von positivem Christenthum dem gemeinen Manne nöthig sei, wenn er nicht der menschlichen Gesellschaft gefährlich werden soll . . .«

und der konservativen Allianz von preußischem Junkertum und pietistischer protestantischer Neuorthodoxie nachweisen<sup>54</sup>. Für diese war die *patriarchalische Familie als normbildende Zwangsinstitution* ein »Bollwerk gegen die völlige Atomisierung der egalitären bürgerlichen Gesellschaft«<sup>55</sup>, für jene das »innere Ordnungselement«<sup>56</sup>, die »notwendige Voraussetzung für äußere Dynamik und Mobilität«<sup>57</sup>. Hatten diese die Restauration ständischer Strukturen gegenüber einer sie bedrohenden gesellschaftlichen Wirklichkeit und die damit verbundenen traditionellen Wertehaltungen im Auge, so war für das Bürgertum die feudal-patriarchalische Form der Familie nur ein Mittel zur Herausbildung des fungiblen Lohnarbeiters. Diese Interessenidentität war deswegen möglich, weil die Gesellschaftsformation, die die feudal-patriarchalische Familienstruktur hervorgebracht hatte, unter maßgeblichem Mitwirken der feudalen Grundbesitzer in der ersten Hälfte des 19. Jhs. beseitigt wurde<sup>58</sup>. Denn ehe noch eine kapitalistische Industrie großen Ausmaßes in Preußen entstand, war im Gefolge der Stein-Hardenbergschen Reformen die Landwirtschaft längst kapitalisiert. Es ging also objektiv nicht um ein Zurückschrauben der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern um die Produktion von Einstellungen, die abstrakten Gehorsam gegenüber beliebiger Autorität gewährleisteten<sup>59</sup>.

Für die Kapitalisten ging es darüber hinaus um eine *Veränderung der Arbeitshaltung*. Sie versuchten, die Familie als ein Mittel unter anderen zur »Fabrikation des zuverlässigen Menschen«<sup>60</sup> zu instrumentieren. Denn in den Anfängen des Kapitalismus war die traditionale Arbeitshaltung der Proletarier noch keineswegs überwunden. Für diese war Arbeit lediglich das Mittel zur Befriedigung von Bedürfnissen und wurde auch nur entsprechend den Bedürfnissen verausgabt – eine Einstellung, die kontinuierlicher Produktion und schon gar einer Steigerung der Produktivität durch Intensivierung der Arbeit abträglich war. Notwendig wurde eine Gesinnung, für die Arbeit Selbstzweck ist<sup>61</sup>, die die Produktion um der Produktion Willen<sup>62</sup> als selbstverständlich akzeptierte. Die Herausbildung der sog. Fabrik tugenden: Fleiß, Ordnung, Sauberkeit und Pünktlichkeit, kurz eine »methodische Lebensführung«<sup>63</sup> unter strenger Zeitdisziplin war Voraussetzung dazu. Und Disziplin in der Arbeit »setzt ein geordnetes Leben auch außerhalb der Arbeit voraus«<sup>64</sup>. Ordnung außerhalb der Arbeit verbürgten u. a. Ehe und Familie. »Die im Familienverband vorgeformten Autoritätsstrukturen und die dort gepflegten Legitimationsmuster bildeten eine innere Stütze für die (patriarchalisch-autoritär) ausgerichteten Machtstrukturen der Gesellschaft«<sup>65</sup>.

Staat und Bürgertum hatten so ein gemeinsames Interesse, durch Setzen äußerer Zwänge auch im familienrechtlichen Bereich Autoritätsstrukturen allgemein durchzusetzen, die mit denen in Betrieb und Gesellschaft identisch waren. Das restriktive

54 Buchholz (FN 20), S. 230 ff.

55 Dasselbst S. 230.

56 Dasselbst S. 232.

57 Dasselbst S. 230.

58 König hat deswegen den Patriarchalismus der bürgerlichen Familie des 19. Jhs. als »Sekundärpatriarchalismus« bezeichnet – vgl. René König, Familie und Autorität, in: *ders.*, Materialien zur Soziologie der Familie, 1974, S. 218; vgl. auch Gerhard (FN 1), S. 74 ff.

59 Vgl. Buchholz (FN 20), S. 232: es sei das Interesse der Nationalliberalen gewesen, durch Gesetzgebung im Ehe- und Familienrecht Erosions- und Desintegrationserscheinungen schon im Keime zu ersticken.

60 Hubert Treiber, Heinz Steinert, Die Fabrikation des zuverlässigen Menschen. Über Wahlverwandtschaft von Kloster- und Fabrikdisziplin, München 1980, S. 40 ff.

61 Dasselbst m. Verw. auf Max Weber.

62 Vgl. Karl Marx, Das Kapital, Bd. 1, MEW 23, S. 765.

63 Treiber/Steinert (FN 60).

64 Treiber/Steinert (FN 60).

65 Dasselbst, S. 49 m. Verw. Horkheimer und Weber.

Familienrecht war also *Teil* einer Ordnungspolitik, die zur Schaffung eines bestimmten sozio-kulturellen Zusammenhangs beitrug, dessen Funktion in der Stabilisierung der politischen und ökonomischen Herrschaftsverhältnisse zu sehen ist.

### 3. Gegenläufige Tendenzen in der Rechtsprechungspraxis seit dem 1. Weltkrieg

#### 3.1. Das Verschwinden des Sühneverfahrens

Diese Art Familienpolitik als Ordnungspolitik prägt auch heute noch konservative Äußerungen in Auseinandersetzungen um Reformen des Familienrechts. Sie hat sich jedoch in der Praxis schon lange überlebt. Das läßt sich an der Entwicklung der praktischen Handhabung des Scheidungsverfahrens zeigen. Hatten z. B. im Zeitraum zwischen 1890 und 1913 die Sühneverfahren erhebliche Erfolge aufzuweisen, vor allem in den Gebieten, in denen bis 1900 das ALR<sup>66</sup> galt, so verschwand jegliche Erfolgsquote nach dem Ende des 1. Weltkriegs<sup>67</sup>. Die Praxis beurteilte das Sühneverfahren durchgängig als lästige und zeitraubende Formalität<sup>68</sup>. Dabei blieb es bis zu seiner auch formellen Abschaffung durch das 1. EheRG im Jahre 1977. In aller Regel wurde es erlassen, weil es nicht erfolgversprechend sei. Diese Praxis entwickelte sich zu einem Zeitpunkt nach Ende des 1. Weltkriegs, zu dem die Zahl der Scheidungsverfahren hochschnellte<sup>69</sup> und gleichzeitig die Justiz wegen der Auswirkungen des Weltkrieges noch nicht wieder voll funktionsfähig war. Die Folge war eine *verwaltungsmäßig rationelle Bearbeitung der Fälle*: Erledigung mit möglichst geringem Aufwand. Dies bedeutete einerseits, daß aufwendige Verfahrensteile wie das Sühneverfahren, das zudem mehr die außerjuristischen Fähigkeiten des Richters forderte, fallengelassen wurden, andererseits, daß das einzelne Scheidungsverfahren nicht mehr so intensiv behandelt werden konnte<sup>70</sup>. Dadurch wurde das inquisitorische Moment des Scheidungsprozesses de facto zurückgedrängt. Der justizielle Apparat nahm seine Kontrollfunktionen selbst nicht mehr so ernst.

#### 3.2. Die Entwicklung der Konventionalscheidung

Diese Entwicklung setzte sich in den 50er Jahren fort und erreichte ihren Höhepunkt in den Jahren vor Erlaß des 1. EheRG. Einerseits nahmen die unteren Gerichte angesichts nach 1960 stark steigender Scheidungsziffern<sup>71</sup> die *Anforderungen an scheidungswirksame Eheverletzungen* mehr und mehr zurück<sup>72</sup>, während allerdings die Rechtsprechung der Obergerichte weiterhin das Scheidungsrecht sehr restriktiv auslegte<sup>73</sup>. Diese Rechtsprechung ist aber nicht repräsentativ, da sie nur den kleinen Prozentsatz (10–15%) strittiger Fälle betrifft. Andererseits wurden *Scheidungsgründe und Scheidungsfolgen* mehr und mehr im vorhinein *vereinbart*<sup>74</sup>, oder es

<sup>66</sup> Ernst Wolf, Gerhard Lüke, Herbert Hax, *Scheidung und Scheidungsrecht*, Tübingen 1959, S. 147 f.

<sup>67</sup> Dasselbst, S. 152.

<sup>68</sup> Heinrich Lehmann, *Empfiehl sich eine grundsätzliche Veränderung in der Behandlung von Ehestreitsachen nach Zuständigkeit und Verfahren? Gutachten, Verhandlungen des 35. Deutschen Juristentags*, Bd. 1, Berlin und Leipzig 1928, S. 387.

<sup>69</sup> Wolf/Lüke/Hax (FN 66), S. 199.

<sup>70</sup> Dasselbst, S. 203 f.

<sup>71</sup> Geschiedene Ehen je 10 000 bestehende Ehen: 1963: 34,6, 1970: 50,9, 1976: 68,8 – *Wirtschaft und Statistik* 1979, S. 48.

<sup>72</sup> Alexander Lüderitz, *Gutachten B zum 48. DJT*, München 1970, S. 12 ff.

<sup>73</sup> Peter Finger, *Familienrecht*, Kronberg 1979, S. 12 ff.

<sup>74</sup> Vgl. Renate Künzel, *Die Situation der geschiedenen Frau in der Bundesrepublik Deutschland*, Hannover 1975.

wurde eine Einigung darüber im Verfahren zwischen den Parteien (oft mit Hilfe des Gerichts) hergestellt. Die Schätzungen über derartig einverständliche Scheidungen unter der Geltung des alten Rechts liegen zwischen 70 und 90%<sup>75</sup>.

Es gibt mehrere Indikatoren für die *Herausbildung einer einverständlichen Scheidung unter der Geltung des Schuldprinzips*. Zum einen war die Quote der Strafanträge wegen Ehebruchs (bis 1969 strafbar!) immer sehr niedrig: 1900: 2%, 1950–69: weniger als 1%<sup>76</sup>. Zum zweiten zeigt sich eine Auswahlstrategie der Parteien bezüglich der Scheidungsgründe. Gewählt wurden die Gründe, die je nach Gesetzeslage und Rechtsprechungskriterien am einfachsten nachzuweisen waren und am wenigsten ein Eindringen in die Intimsphäre erforderlich machten. Ehebruch ist ohne die Kooperation des ehebrecherischen Partners wegen der rechtlichen Definition als Vereinigung der Geschlechtsorgane selten bis nie nachweisbar. Verhalten, das vor dieser Schwelle stehenbleibt, ist lediglich ehewidrig. Gleichwohl ergingen in Preußen von 1900 bis 1914 ca. 60% aller Ehescheidungen wegen Ehebruchs, hingegen vor 1900 lediglich 20–30%. Der Sprung ist durch den Wegfall der im ALR normierten einverständlichen Scheidung zu erklären. Ab dem 1. Weltkrieg änderten sich aber die Kriterien der Rechtsprechung für ehewidriges Verhalten wie oben beschrieben. Infolgedessen nahm dieser Scheidungsgrund von 20%/1900 (Dt. Reich) auf 95%/1976 (BRD) zu<sup>77</sup>. Zum dritten wissen wir aus einer Untersuchung<sup>78</sup>, daß 50% aller Geschiedenen bereits vor dem Verfahren eine Vereinbarung über den Scheidungsgrund und über die Prozeßrollen trafen. Zum vierten ist hier die Quote der Klageabweisungen (1900: 30%, 1976: 1%) zu nennen, die undenkbar wäre bei erheblicher Opposition des Beklagten unter dem Schuldscheidungsrecht. Und schließlich weist im selben Zeitraum die von 50 auf 20% gesunkene Rate der Widerklagen in dieselbe Richtung<sup>79</sup>.

Das *Scheidungsverfahren* war daher zuletzt nur noch eine *aufwendige Formvorschrift für privatautonom gestaltete Eheauflösungen*. Justizielle Kontrolle hatte praktisch aufgehört zu existieren. Unter Geltung derselben Rechtsnormen hatte sich durch die Veränderung der praktischen Handhabung des Scheidungsverfahrens eine völlig andere Rechtslage durchgesetzt. Die Gerichte haben das Zerrüttungsprinzip zum geltenden Recht erhoben, lange ehe es normiert war.

#### 4. Das neue Scheidungs- und Scheidungsprozeßrecht nach dem 1. EheRG 1977

##### 4.1. Normative Ausgestaltung als richterlich begrenzt kontrollierte Scheidung

Das neue Scheidungsrecht, das am 1. 7. 1977 in Kraft trat, nahm endlich auch normativ die Kontrolle der Ehescheidung zurück. Es führte zwei *Scheidungsmodelle* ein, die *einverständliche* und die *strittige Scheidung*. Zum Regelfall sollte die einverständliche Scheidung nach einem Jahr Trennung werden (§ 1566 I)<sup>80</sup>. Aber auch für die strittige Scheidung nach dreijähriger Trennung ist eine *Kontrolle des Scheidungsbegehrens nicht mehr vorgesehen* (§ 1566 II). Lediglich bei

– Scheidungen vor Ablauf einer einjährigen Trennungsfrist (§ 1565 I, II),

<sup>80</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>75</sup> Hedwig Maier-Reimer, Gutachten A zum 48. DJT, München 1970, S. 20 f.

<sup>76</sup> Vgl. Barbara Willenbacher-Zahlmann, Divorce Procedures and Strategies, discussant paper, XIX th CFR-International Seminar on Divorce and Remarriage, Löwen, Belgien, 1981, S. 8.

<sup>77</sup> Dasselbst, S. 7.

<sup>78</sup> Vgl. Künzel (FN 74).

<sup>79</sup> Vgl. Willenbacher-Zahlmann (FN 76), S. 7.

- bei strittigen Scheidungen innerhalb einer Trennungsfrist von 1–3 Jahren (§ 1565 I),
  - darüber hinaus nur ausnahmsweise in Härtefällen bis zu einer Trennungsdauer von 5 Jahren (§ 1568)<sup>80</sup> ist eine *inhaltliche richterliche Feststellung der Zerrüttung* bzw. *Härten* Voraussetzung für die Scheidung.
- Das Scheidungsverfahren enthält zwar auch weiterhin ein *inquisitorisches Element*. Eheerhaltende Tatsachen sind von Amts wegen zu ermitteln (§ 616 I, II ZPO). Die *Verhandlungsmaxime* und die *Dispositionsbefugnis* der Parteien sind auch weiterhin insofern *eingeschränkt*, als die Wahrheit einer Behauptung nicht durch Geständnis, Zugestehen von Tatsachen oder Unterlassen von Erklärungen zu Behauptungen der Gegenseite für das Gericht feststeht, sondern in jedem Fall ermittelt werden muß (§ 617 ZPO). Ebenso wenig kann der rechtliche Anspruch auf Scheidung mit der Folge eines Anerkenntnisurteils anerkannt werden, wie es auch gegen den Antragsgegner kein Versäumnisurteil gibt (§ 612 IV ZPO). Lediglich die Mitwirkung des Staatsanwalts ist entfallen sowie das Sühneverfahren. Geblieben ist die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen, wenn Aussicht auf Versöhnung besteht (§ 614 ZPO).

#### 4.2. Faktische Rücknahme justizieller Kontrolle

Diese ganze *Verfahrensarsenal justizieller Kontrolle* läuft in der Praxis jedoch weitgehend *leer*. Ein wesentlicher Grund dafür ist die Neugestaltung der Tatbestände des Scheidungsrechts, deren einziges Merkmal z. T. der Ablauf von Trennungsfristen ist. Justizielle Kontrolle ist dann darauf beschränkt festzustellen, ob die behauptete Trennungsdauer vorliegt. Dies kann wegen der Möglichkeit des Getrenntlebens in einer Wohnung (§ 1567) eine nicht einfach zu klärende Frage sein. Eine Reihe von *Indikatoren* deutet aber daraufhin, daß justizielle Kontrolle des Scheiterns der Ehe, der Härteatbestände und des Getrenntlebens praktisch nicht stattfindet. *Zum ersten* sind Klageabweisungen äußerst selten: Im Bundesdurchschnitt 1979 weniger als 0,5%. *Zum zweiten* zeigen erste vorläufige, nicht repräsentative Ergebnisse einer am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover durchgeführten Aktenanalyse<sup>81</sup> von Scheidungsverfahren, daß Beweise bis auf die förmliche Parteivernehmung so gut wie nie und letztere selten erhoben werden. Da nach unseren Indikatoren Streit über die Scheidung äußerst selten ist und nur in diesen Verfahren eine gewisse Sicherheit besteht, daß wegen der gegensätzlichen Interessen die dem Gericht präsentierten Fakten auch zutreffen, ergibt sich aus dem Vorstehenden, daß in den übrigen Fällen die Sachverhaltsversion der Parteien mehr oder weniger ungeprüft übernommen wird. *Zum dritten* schließlich wird von der Aussetzungsmöglichkeit fast kein Gebrauch gemacht.

Justizielle Kontrolle der Scheidung ist daher im materiellen Scheidungsrecht normativ weitgehend zurückgenommen und im wesentlichen auf Unterfälle der Modelle strittiger Scheidungen beschränkt. Da, wo sie noch stattfinden soll, findet sie jedoch

<sup>80</sup> Das BVerfG hat zwar in seinem Beschluß vom 21. 10. 1980 (FamRZ 1981, S. 15 ff.) die absolute Ausschlussfrist für die Geltendmachung von besonderen Härten im § 1568 für verfassungswidrig, aber eine Neuregelung für mit der Verfassung vereinbar erklärt, die es dem Gericht bei zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegenden besonderen Härten gestattet, das Verfahren auszusetzen.

<sup>81</sup> Es handelt sich um eine Vorerhebung zu einer empirischen Untersuchung der Praxis der gerichtlichen Ehelösung nach dem 1. EheRG. Beteiligt sind B. Caesar-Wolf, D. Eidmann, W. Voegeli, B. Willenbacher-Zahlmann. Erste Ergebnisse wurden vorgetragen von D. Eidmann, *Divorce Procedures and Strategies*, Information-Paper: No-Fault Divorce in the FRG, XIXth International Seminar on Divorce and Remarriage, Löwen, August 1981.

Wenn im folgenden auf diese Ergebnisse Bezug genommen wird, so nur in dem Sinne, daß sie zur Bildung von Hypothesen taugen, nicht aber repräsentative Aussagen über die Realität in der Bundesrepublik Deutschland darstellen.

faktisch nicht mehr statt. Das bis auf den Sühneversuch und die Teilnahme des Staatsanwaltes bis heute unverändert gebliebene Kontrollinstrumentarium des Verfahrensrechts ist somit weitgehend funktionslos geworden. Nachhutgefechte über die Notwendigkeit staatlicher Kontrolle von Scheidungen werden nur noch auf der Ebene des Verfassungsrechts ausgetragen. Doch die entscheidende Schlacht ist mit der Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des neuen Scheidungsrechts durch das BVerfG<sup>82</sup> geschlagen. Dieses Urteil enthält für die Apostel staatlicher Kontrolle allerdings noch das Trostpflaster, daß sich eigentlich an der staatlichen Garantie des Instituts der Ehe nichts geändert habe. Jedes Scheidungsrecht müsse auch eheerhaltende Elemente enthalten. Nach der Gesetzeslage dürfe der Richter keine nichtgescheiterte Ehe scheiden. Im 1. EheRG sei dem insofern Rechnung getragen, als über die Vermutungstatbestände in der Regel nur gescheiterte Ehen erfaßt würden und als in Einzelfällen auch nach Ablauf der Trennungsfristen ein Richter das Verfahren aussetzen könne, wenn sich ihm die Ehe als noch nicht gescheitert darstelle. Diese Möglichkeit war für das BVerfG ein wesentliches Argument für die Verfassungsmäßigkeit des neuen Rechts. Doch, wie gesagt, diese Vorschrift besitzt keine praktische Relevanz.

#### 4.3. Gründe für die Rücknahme justizieller Kontrolle

Die weitgehende Zurücknahme der direkten justiziellen Kontrolle der Ehescheidung wurde damit begründet, daß die *Geltung der Rechtsordnung* durch die Zustände unter dem alten Recht *gefährdet* gewesen sei. Denn die Scheidung sei für die meisten Betroffenen der einzige Kontakt mit dem Gericht; die Unwahrhaftigkeit des dort ablaufenden Verfahrens müsse zwangsläufig den Respekt vor der Rechtsordnung untergraben<sup>83</sup>. Das Argument der Wiederherstellung der Wahrhaftigkeit erscheint denn auch durchgängig. Doch es kann nicht das ausschlaggebende gewesen sein. Schon zu Savignys Zeiten wurde über Kollusionen im Scheidungsprozeß geklagt<sup>84</sup>: ebendeswegen ja die Reform von 1844. Und die Klagen nahmen trotz der Neugestaltung des Verfahrensrechts nach dieser Reform nicht ab. Vielmehr scheint es die Scheidung als Massenphänomen zu sein, die zu den oben beschriebenen Befürchtungen Anlaß gab.

Entscheidend scheint mir aber zu sein, daß die *Gründe für den im 19. Jh. gesetzten äußeren Zwang, für die bürgerliche Familie als Zwangsinstitution entfallen sind*. Auch hier kann ich vorerst lediglich einige Hypothesen skizzieren. Ein wichtiger Grund liegt darin, daß jedenfalls bis in die 1970er Jahre hinein die *Ehe fast durchgängig für alle Bevölkerungsschichten zum prägenden Element des normalen Lebenslaufs* geworden war. Nie zuvor in der modernen Geschichte Deutschlands hat ein so hoher Prozentsatz der heiratsfähigen Bevölkerung (Männer ab 18, Frauen ab 16 Jahren gerechnet) auch geheiratet wie in den 60er Jahren (1960/62: Männer und Frauen: ca. 95%, 1910/11: Männer und Frauen: ca. 86%). Bis 1972/74 hat sich daran nur Unwesentliches geändert. Die Heiratswahrscheinlichkeit lag damals für Männer bei 88,5%, für Frauen bei 94% der heiratsfähigen Bevölkerung<sup>85</sup>. Erst Ende der 70er Jahre steigt die Quote derer, die zeit lebens ledig bleiben werden, auf 8% für Frauen und 17% für Männer<sup>86</sup>. Doch dieser Rückgang ist z. T. auf die gesunkenen Heiratsschancen geburtenstarker Männerjahrgänge zurückzuführen, die auf geburten-

82 BVerfG JZ 1980, S. 226 ff.

83 Vgl. *Mayer-Reimer*, (FN 75), S. 15.

84 Vgl. *Revisor* (FN 7), S. 369.

85 *Wirtschaft und Statistik* 1976, S. 719.

86–89 Vgl. *Karl Schwarz*, Die nichtehelichen Lebensgemeinschaften in der BRD, in: *Loccumer Protokolle* 1/1980, S. 2 ff., S. 5.

schwache, zu ihnen »passende« Frauenjahrgänge treffen, passend insofern, als Männer generell jüngere Frauen heiraten<sup>97</sup>.

Allerdings ist die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit der Geschiedenen, die in den 60er Jahren sehr hoch war (1963: Männer 82%, Frauen 70%) stark gesunken, altersspezifisch für die 25 bis 40jährigen um ca. die Hälfte<sup>98</sup>.

Durch die Zunahme der Scheidungswahrscheinlichkeit von 12% der 1950 geschlossenen Ehen auf 20–25% der 1970 geschlossenen Ehen<sup>99</sup> und die gesunkene Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit ist selbst heute die Ehe als soziale Institution und gesellschaftlich dominante Form individuellen Zusammenlebens nicht in Frage gestellt. Denn einerseits ist die Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit immer noch beträchtlich, andererseits ist der Schluß von steigenden Scheidungsziffern auf steigende eheliche Zerrüttung (und nur daran ist die Ehe als soziale Institution zu messen) unzulässig. Denn wurden im Jahre 1900 noch 30% aller Scheidungsklagen abgewiesen, so waren es 1977 weniger als 1%; wurden 1900 noch weitere 30% der Scheidungsklagen zurückgenommen, so waren es 1977 10%<sup>90</sup>. Getrenntlebende Paare waren 1900 in höherer Anzahl vorhanden als geschiedene, heute in wesentlich geringerer<sup>91</sup>. Wir können aus diesen Entwicklungen also mit Sicherheit nur schließen, daß sich die Parteien heute eher erfolgreich des Scheidungsverfahrens zur Bewältigung ihrer ehelichen Zerrüttung bedienen als früher<sup>92</sup>. Inwieweit der Grad der Zerrüttung von Ehen tatsächlich gestiegen ist, müßte erst noch untersucht werden. Vieles deutet also auf ein zwar abnehmendes, aber von einer zuvor nie erreichten Höhe abnehmendes Maß an Stabilität der sozialen Institution Ehe. Das Wichtige an dieser Feststellung ist nicht die abnehmende Tendenz der Stabilität, sondern das gegenüber dem 19. Jh. hohe Stabilitätsniveau.

Doch wenn man von Abnahme von Stabilität spricht, scheint mir Vorsicht geboten. Denn Anknüpfungspunkt dieser Aussage ist immer das Vorhandensein des rechtlichen Bandes der Ehe. Zweierbeziehungen, die nicht durch ein rechtliches Band »fixiert« sind, können aber durchaus dieselben Funktionen erfüllen. Man müßte also betrachten, was an die Stelle der Ehe bei denen getreten ist, die nicht heiraten. Hier sind Forschungsergebnisse bisher mager. Aus den wenigen vorhandenen Studien über eheähnliche Lebensgemeinschaften ergibt sich, daß solche Lebensgemeinschaften entweder voreheliche Erkundungsphasen darstellen mit der Absicht, im Erfolgsfalle zu heiraten, oder aber weitgehend Typen des Zusammenlebens kopieren, die sich unter dem rechtlichen Band der Ehe bereits herausgebildet haben – vor allem partnerschaftliche Verhältnisse. Inhaltlich unterscheiden sie sich insofern nicht mehr von der gesetzlich *normierten* Ehe mit absolut gleichberechtigten Positionen. Wer ohne Trauschein zusammenlebt, behandelt seine Partnerbeziehung mit demselben, wenn nicht noch größeren Ernst wie Ehepartner<sup>93</sup>. Lediglich das Bewußtsein der Zerbrechlichkeit der Beziehung scheint unter dieser Gruppe stärker ausgeprägt zu sein.

Wir können hier also ein sehr *hohes Maß an Selbstzwang in den Lebensformen* ausmachen, der das Setzen äußeren Zwanges offensichtlich überflüssig macht. Dies hängt damit zusammen, daß die *Inhalte der Partnerbeziehungen*, ob Ehe oder nicht, sich *stark gewandelt* haben, was die Entleerung des Ehepersonenrechts von allen gesetzlich normierten Inhalten und deren Überantwortung an die Vereinbarungen der Ehepartner deutlich zeigt. Die *rechtlich normierte autoritäre Familienstruktur ist offensichtlich obsolet* geworden. Hierfür gibt es eine Reihe von Gründen, die ich als Hypothese hier nur antippen, nicht aber ausführen kann.

90–92 Willenbacher-Zahlmann (FN 76), S. 2.

93 Vgl. Cees J. Siraver, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft, in: Loccumer Protokolle 3/1980.

Was den o. a. Gehorsam gegenüber den Gesetzen angeht, so scheint mir hier die autoritär strukturierte Familie nicht mehr notwendig zu sein. Denn die Gesetze entbehren seit der Durchsetzung der parlamentarischen Demokratie nicht mehr der formalen demokratischen Legitimation. Zudem haben sich eine Reihe von Mechanismen sozialer Kontrolle herausgebildet, die in einem dichten Kontrollgeflecht von Familie, Schule, Ausbildung, Arbeitsplatz bis hin zu den Institutionen des sozialen Netzes, sowie Jugendamt, Polizei etc. für die Internalisierung äußerer Grenzen sorgen. Es gibt *subtilere Mittel der Anpassung an gesellschaftliche Sachzwänge*, die Internalisierungsprozesse organisieren, *als die autoritäre Familie*, die eher äußeren Zwang darstellt.

Auch ein akutes Domestizierungsproblem stellt sich für die konsolidierte kapitalistische Gesellschaftsformation<sup>94</sup> nicht mehr. Was allerdings bleibt, ist die Daueraufgabe der *Transformation von Eigentümern von Arbeitskraft in praktisch tätige Lohnabhängige*<sup>95</sup>. Dazu notwendig ist einerseits die Schaffung kultureller Motivationen zur, andererseits die Sicherung der sozialstrukturellen Voraussetzungen (Sozialisations- und Ausbildungsprozesse, Sicherung gegen Krankheit, Erwerbsunfähigkeit, Alterssicherung) für die Lohnarbeit<sup>96</sup>. Für beides erscheint mir eine autoritär strukturierte Familie heute überflüssig, wenn nicht gar dysfunktional zu sein. Das Arbeiten um des Arbeitens willen ist zur normalen Verhaltensweise geworden. Der ganze Lebenslauf ist in feste Zeitstrukturen gepreßt, und von früher Kindheit an wird jedermann mit formalen Leistungsanforderungen konfrontiert, erscheinen Sachzwänge als Grenzen von Verhaltensmöglichkeiten. Die methodische Lebensführung ist zum Bestandteil der Zivilisation geworden. Wir haben es quasi mit einem vorläufigen Endpunkt des Prozesses der Zivilisation des Arbeitsverhaltens zu tun, der aufgrund der stattgefundenen Verinnerlichung den äußeren Zwang einer bestimmten Familienstruktur überflüssig macht. Zu rigide Strukturen gefährden heute eher die Herausbildung der bei der gegenwärtigen Entwicklung des Arbeitsmarktes notwendigen Mobilität und Flexibilität der Lohnarbeit<sup>97</sup>.

Die *Sicherung der sozialstrukturellen Voraussetzungen für die Lohnarbeit* hängt heute nicht mehr von der Existenz starker Familieneinheiten ab, sondern wird vom Staat direkt über Sozialversicherungssysteme, das Bildungs- und Ausbildungssystem etc. organisiert. Der Staat übernimmt auch zunehmend die Sicherung der frühkindlichen Sozialisationsprozesse der Kinder in der Familie, indem er die ökonomischen Bedingungen dafür verbessert (Kindergeld, Wohngeld, Unterhaltsvorschußkasse, ausgedehnter Mutterschutz) oder gar selbst garantiert über die Gewährung von Sozialhilfe an Einelternefamilien, anstatt die Kinder in Heime einzuweisen.

Am wichtigsten in diesem Zusammenhang ist aber die *Möglichkeit jedes Ehegatten, die eigene Existenz selbständig ökonomisch zu sichern*.<sup>98</sup> Jeder äußere Zwang liefe unter diesen Umständen heute leer. Denn das Aufrechterhalten des formalen ehelichen Bandes zwischen unabhängigen Individuen zwingt diese in der Realität zu nichts. Es würde lediglich eine Zunahme des Getrenntlebens bewirken. Mit der zunehmenden ökonomischen Selbständigkeit der Frauen und der darauf beruhenden langsamen Desintegration der ökonomischen Beziehungen zwischen den Ehepartnern schwindet der ökonomische Zwang zu lebenslanger Gemeinschaft. Die zuneh-

94 Vgl. dazu *Stefan Breuer*, Politik und Recht im Prozeß der Rationalisierung, in: *Leviathan* 1977, S. 53 ff.

95 Vgl. *Gero Lenhardt*, *Claus Offe*, Staatstheorie und Sozialpolitik, in: *Christian von Ferber*, *Franz-Xaver Kaufmann* (Hrsg.), *Soziologie und Sozialpolitik*, Opladen 1977, S. 89 ff., S. 101.

96 Dasselbst, S. 103.

97 Vgl. *Heinsohn*, *Knieper* (FN 47), S. 157 ff.

98 Die Erwerbstätigenquote von geschiedenen Frauen lag 1974 bei ca. 71% – *Wirtschaft und Statistik* 1976, S. 137.

mende ökonomische Selbständigkeit treibt auch rechtliche Gleichheitsvorstellung hervor, desgleichen eine zunehmende Individualisierung aller Rechtsbeziehungen. Das betrifft insbesondere auch sozialrechtliche Ansprüche, wodurch die ökonomische Selbständigkeit von Frauen in Krisensituationen und im Alter tendenziell erweitert wird. Auf diesem Hintergrund erweist sich das zwangsweise Aufrechterhalten von Ehen auch für das institutionelle Denken als sinnlos: Nicht die *hierarchisch strukturierte Ehe* würde geschützt sondern eine *inhaltlich völlig entleerte Institution*<sup>99</sup>.

### 5. Das Scheidungsfolgenrecht nach dem 1. EheRG

Aus der Feststellung dieser weitgehenden Zurücknahme der direkten justiziellen Kontrolle der Scheidung läßt sich jedoch nicht schließen, daß der Prozeß der Eheauflösung zu einem privatautonom gestalteten geworden sei. Vielmehr kann sich die staatliche Kontrolle nur verschoben haben. In Westeuropa und Nordamerika läßt sich eine *generelle Verschiebung der Diskussion* und auch der rechtlichen Regulierung *weg von der Sicherung der Ehe als Institution hin zur Bewältigung der sich mit der Eheauflösung ergebenden sozialen Probleme*<sup>100</sup> beobachten. Die individuelle Ehe, ihr Auflösungsprozeß und die damit sich ergebenden sozialen Probleme rücken in das Zentrum der Betrachtung. Auf der Ebene des Rechts bedeutet dies eine ›Entrechtlichung‹ des Scheidungsrechts und eine stärkere ›Verrechtlichung‹ des Scheidungsfolgenrechts. Wenn man die Parallele zur Entwicklung des allgemeinen Zivilrechts zieht, so könnte man sagen, daß der neugewonnenen ›Vertragsfreiheit‹ bei der Eheauflösung die Kontrolle der ›Geschäftsbedingungen‹ aufgesetzt wurde, zu denen diese Auflösung zulässig sein soll.

#### 5.1. Verrechtlichung der nahehelichen Beziehungen als Element von Sozialpolitik

Die Neuregelung des Scheidungsfolgenrechts im 1. EheRG sollte vor allem die *Existenz des schwächeren Ehepartners im Übergang zu ökonomischer Selbständigkeit* (Unterhaltsanspruch) und *im Alter* (Versorgungsausgleich) sowie die *Sozialisation der Kinder* über einen Unterhaltsanspruch des sorgeberechtigten Ehepartners sichern. Dies ergibt sich einerseits aus der Begründung des Gesetzes<sup>101</sup>, andererseits aus der besonderen Sicherung des Unterhaltsanspruchs wegen Pflege und Betreuung der Kinder (§§ 1579 II, 1582). Der Bedarf des ökonomisch schwächeren Ehepartners, in der Regel die Frau, und der Kinder an ökonomischer Sicherung sollte unabhängig von irgendwelchem Verschulden an der Ehescheidung innerhalb der Leistungsfähigkeit des ökonomisch stärkeren Partners gedeckt werden<sup>102</sup>. Die ökonomische Verantwortung aus der Ehe wird bezogen auf die durch die eheliche Arbeits-

99 Vgl. Heinsohn, Knieper (FN 47), S. 109 ff.; Bernd Buchhofer, Klaus A. Ziegert, Family Dynamics and Legal Chance, paper presented at the conference of the ISA Research Committee Sociology of Law, Cagliari, Italien, Sept. 1979; Michael Young, Peter Willmott, The Symmetrical Family, London 1973. – Deswegen stimmten auch die klassischen Vertreter des institutionellen Konzepts der Ehe, die Kirchen, dem Übergang zum Zerrüttungsprinzip zu. Eine Rückführung der Konventionalscheidungen auf eine ›bessere, den gesetzgeberischen Intentionen entsprechende Rechtsanwendung‹ sei nicht mehr möglich. Die Entwicklung müsse ›als Symptom dafür gewertet werden, daß das geltende Recht nicht mehr hinreichend geeignet ist, den heute sich stellenden Eheproblemen gerecht zu werden.‹ – *Denkschrift der EKD*, in: E. M. von Münch (Hrsg.), Reform des Ehescheidungsrechts, Berlin, New York 1971 S. 29 ff., S. 34.

100 Vgl. Mary Ann Glendon, State Law and Family, Amsterdam 1977.

101 BT-Drucks. 71650, S. 60 f., 76 f.

102 Dasselbst, S. 76 f.

teilung (Hausfrauenehe) und die naheheliche Arbeitsteilung (bezüglich des Aufziehens der Kinder) entstehenden ökonomischen Nachteile<sup>103</sup>.

Insofern nun das Scheidungsfolgenrecht nicht mehr an individuelles Verhalten anknüpft, sondern einen *sozio-ökonomischen Bedarf* des einen Ehepartners zum Rechtsgrund der Leistungspflicht eines anderen Partners macht, um generell die ökonomischen Probleme der Restfamilie nach Scheidung zu lösen, erhält es ein *Moment von Sozialpolitik*, die allerdings die Deckung des sozialen Bedarfs zu privatisieren trachtet. *Individuelles Verhalten* ist klassisch der Anknüpfungspunkt für die Zurechnung individueller Verpflichtungen im liberalen Privatrechtssystem. Dieses ruht auf den Säulen Vertrag (= willentlich eingegangene Verpflichtungen) und Delikt (= Mißbrauch der Willensfreiheit durch Eingriff in fremde Rechtsbereiche). Aber auch das Konzept der Ehe als Institution ließ Nachwirkungen der Institution nach Auflösung des individuellen, institutionell geregelten Verhältnisses nur bei individuellen Verstößen gegen eheliche Verpflichtungen zu.

Wenn also heute beim Scheidungsfolgenrecht von Nachwirkungen der Ehe als prinzipiell auf Lebenszeit geschlossener Schicksalsgemeinschaft gesprochen wird, so darf man den qualitativen Wandel dieser Nachwirkungen nicht übersehen. *Scheidungsrecht diente früher der generalpräventiven Absicherung eines bestimmten Lebenszusammenhangs, der gleichzeitig die ökonomische Sicherung der in ihm lebenden Individuen garantierte*. Ökonomische Beziehungen nach Auflösung dieses Zusammenhangs dienten nicht so sehr der individuellen Sicherung, sondern sie bildeten eine Funktion des Institutionenschutzes, weil sie abhängig waren vom individuellen Wohlverhalten (Verschuldensprinzip) und nur in zweiter Linie vom sozialen Bedarf. Nun aber werden die *ökonomischen Beziehungen zum Hauptinhalt der rechtlichen Normierung*<sup>104</sup>. Ehe als Institution entfaltet daher zwar noch Wirkungen über ihre Auflösung hinaus; der Zweck dieser rechtlichen Wirkungen ist aber nicht Schutz der Institution, sondern Gewährleistung adäquater ökonomischer Lebensbedingungen für die Restfamilie.

Der Grund für diese neuen Normierungen wird darin gesehen, daß aufgrund der vereinbarten Arbeitsteilung während der Dauer der Ehe der eine Ehepartner ökonomische Nachteile erleidet, die der andere im nachhinein ausgleichen muß, weil er daraus die entsprechenden Vorteile gezogen habe. Nachteile und Vorteile allerdings stehen *nicht* in einem *Äquivalenzverhältnis*. Vielmehr handelt es sich hier um eine *Umwerteilungsregelung*. Damit werden diese Regelungen *vergleichbar* mit den Normen des *Sozialrechts*, die den gleichen Zweck verfolgen. Denn die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt, die Sicherung der Existenz im Alter, die ökonomische Gewährleistung adäquater Sozialisationsprozesse der Kinder nach Scheidung sind Probleme allgemeiner Sozialpolitik, die ja die sozialstrukturellen Voraussetzungen für die dauerhafte Transformation von Eigentümern der Ware Arbeitskraft in praktisch tätige Lohnabhängige sichern soll<sup>105</sup>. *Familienrecht wird so zu einer Funktion von Sozialpolitik*. Ob die sich nach Scheidung stellenden sozialen Probleme familienrechtlich oder sozialrechtlich gelöst werden, hängt dann nicht mehr von irgend-

103 Allerdings gehen einige Unterhaltansprüche darüber hinaus. Bei Krankheit und Alter (§ 1571 f.) ergibt sich jedoch noch ein Zusammenhang. In der Regel wären bei kontinuierlicher Erwerbstätigkeit Sicherungen für diese Fälle erworben worden (Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsrenten, Anspruch auf Arbeitslosengeld und -unterstützung). Lediglich in einigen Fällen des Ausbildungsunterhalts und vor allem beim Differenzunterhalt nach § 1573 Abs. 2 wirkt die Ehe als Schicksalsgemeinschaft fort.

104 Zwar gibt es auch hier Nachhutgefechte in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu § 1579 Abs. 1 Nr. 4 (vgl. den Aufsatz von *Derleder KJ* 1/1982, S. 18 ff.), die darauf hinauslaufen, die ökonomischen Auswirkungen der Ehe wieder an individuelles Wohlverhalten zu knüpfen, doch bedeutet dies nicht mehr eine generalpräventive Absicherung der Institution, da von einer Versagung des Unterhalts heute in diese Richtung keinerlei Zwang mehr ausgeht.

105 Vgl. *Lenhardt, Offe* (FN 95), S. 103.

welchen gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen ab, sondern von der Effizienz der jeweiligen Mittel und der konjunkturellen Lage. Wichtig aber ist, daß die Regelung der Scheidungsfolgen tendenziell nicht mehr als eine Angelegenheit der Familie angesehen wird, sondern des Sozialstaates. Familienrechtliche Lösungen werden zwar einen Vorzug genießen, aber nur deshalb, weil sie die Kosten privatisieren. Sind sie aber nicht leistungsfähig, so macht sich auch hier das allgemeine Dilemma der Sozialpolitik<sup>106</sup> geltend, daß sie einerseits Bedingungen schaffen muß, die die Individuen permanent auf den Arbeitsmarkt verweisen, daß sie aber andererseits dauernd versuchen muß, diese Aufgaben zu privatisieren, um die Finanzierungs- und Entscheidungskosten von der staatlichen Ebene wegzuschieben. Das aber birgt in der Regel keine Konfliktlösung, sondern schafft Konfliktstoffe insofern, als letztlich inadäquate Leistungen nicht den Institutionen, auf die Entscheidung und Finanzierung abgewälzt wurden, zugerechnet werden, sondern der staatlichen Sozialpolitik.

### 5.2. Verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Scheidungsfolgenregelung

Im folgenden geht es um die Frage, ob und wie die beschriebenen Ziele des materiellen Rechts verfahrensmäßig durchgesetzt werden. Die wesentlichen Neuerungen sind hier:

1. Im Gegensatz zum alten Rechtszustand, wonach alle Scheidungsfolgen in separaten Verfahren geltend gemacht werden mußten, gilt nun, daß alle *Scheidungsfolgen zusammen mit der Scheidung* in einem Verfahren vor dem Familiengericht (§ 23 b GVG) verhandelt werden müssen, wenn sie vor der Scheidung rechtshängig werden (§ 623 I ZPO), und die Fragen der elterlichen Sorge und des Versorgungsausgleichs in jedem Falle zusammen mit der Scheidung verhandelt werden müssen (sog. Zwangsverbund – § 623 III ZPO).
2. Für die *einverständliche Scheidung* wurde ein *weitergehendes Verbundprinzip* eingeführt. Voraussetzung für ihre Zulässigkeit ist die Einigung der scheidungswilligen Ehegatten über die wesentlichen Scheidungsfolgen<sup>107</sup> bis auf den Zugewinnausgleich und den Versorgungsausgleich (§ 630 ZPO). Diese Einigung soll schon bei Antragstellung vorliegen, kann aber auch im Verfahren herbeigeführt werden. Bei einer strittigen Scheidung dagegen ist eine Einigung der Parteien über irgendwelche Scheidungsfolgen nicht erforderlich.
3. Bezüglich der Position der Parteien und des Richters hat sich im Verfahrensrecht nichts Wesentliches geändert. Der für die einzelnen Scheidungsfolgen bisher bestehende *Dualismus von Verfahrensarten* wurde beibehalten. Für Unterhaltsansprüche und den Zugewinnausgleich gelten weiterhin die Vorschriften der ZPO, in Fragen der elterlichen Sorge, des Besuchsrechts, des Hausrats und der Ehwohnung die des FGG (mit Modifikationen – § 621 a I S. 2 ZPO). Für den neu als Scheidungsfolge hinzugekommenen Versorgungsausgleich wurde das FGG-Verfahren vorgesehen.

#### 5.2.1. Zwecke der Neuregelung des Scheidungsverfahrensrechts

Aus den Gesetzgebungsmaterialien lassen sich nun mehrere *Zwecke* ermitteln, die mit diesen Regelungen verfolgt werden sollen. *Zum einen* sollte mit der Zusammen-

<sup>106</sup> Dasselbst, S. 122 f.

<sup>107</sup> Schon in der preußischen AGO I, 40 § 40 war die einverständliche Scheidung an weitgehend dieselben Verfahrensvoraussetzungen gebunden.

fassung aller Folgesachen sichergestellt werden, daß mit der Scheidung grundsätzlich die wesentlichen Scheidungsfolgen geregelt werden. Der *Auseinandersetzung* prozeß sollte in *einem Verfahren abgeschlossen* werden, um den Geschiedenen einen sozialen Neubeginn zu ermöglichen, ohne durch fortdauernde Auseinandersetzungen mit dem früheren Partner gestört zu werden. *Zum anderen* sollte durch diese Verfahrensgestaltung auch der *sozial schwächere Partner geschützt* werden<sup>108</sup>. *Zum dritten* sollte durch den weitgehenden Einigungszwang bei einverständlichen Scheidungen eine *Barriere vor übereilten Scheidungsentschlüssen* aufgebaut werden, da die materiellen Scheidungsvoraussetzungen hier sehr erleichtert seien<sup>109</sup>.

Hier interessieren im wesentlichen die mit dem Verfahrensrecht verfolgten *sozialen Schutzzwecke*. Auf der *Programmebene* erleichtert die Zusammenfassung der Verfahren im Scheidungsverbundverfahren die Durchsetzung von Ansprüchen für den sozial schwächeren Partner und ermöglicht ein wesentlich höheres Maß richterlicher Kontrolle über die materiellen Bedingungen der Eheauflösung als früher. Denn der Dualismus der Verfahrensarten in demselben Verfahren ermöglicht es, Informationen, die in von Amts wegen betriebenen Verfahren (elterliche Sorge, Versorgungsausgleich) gewonnen wurden, in den ZPO-Verfahren (Unterhalt für Ehepartner und Kinder) zu verwerten. In der Tat geschieht dies auch<sup>110</sup>. Dieser Dualismus der Verfahren führt aber zu einem Verfahren ganz anderer Qualität. Er macht sich vor allem in einer *Lockerung der Formalität* der ZPO-Verfahren geltend. Es werden oft keine präzisen Anträge mehr gestellt, vielmehr schreiben Anwälte etwa, die Unterhaltsfrage müsse noch im Verfahren geregelt werden. Dieser Verhandlungsstil entspricht eher dem FGG-Verfahren und läuft auf eine einvernehmliche Regelung der Parteien im Wege des Vergleichs hinaus, der in vielen Fällen mit Hilfe des Gerichts dann hergestellt werden kann. In der Tat sind Regelungen durch Urteil äußerst selten: im Bundesgebiet 1979 nur 10% aller im Verbund anhängigen Kinderunterhaltsforderungen, bei Ehegattenunterhalt nur in 7,2%. Die große Masse dieser Verfahren wird durch Vergleich beendet. Es scheint sich ein Verfahren herauszukristallisieren, in dem in Problemfällen richterliche Kontrolle sehr weit ausgedehnt wird, ansonsten aber das Gericht die Parteien gewähren läßt und seine guten Dienste zur Verfügung stellt. Dies trifft auch für die große Masse der schriftigen Verfahren zu, die auf diese Weise – formell wenigstens – zu einer Einigung geführt werden<sup>111</sup>. Das *Scheidungsverfahren* nimmt also tendenziell den *Charakter staatlicher Serviceleistung* an<sup>112</sup>. Der aufgrund der normativen Organisation des Verfahrens gewonnene Eindruck verstärkter Kontrolle der Scheidungsfolgen erweist sich daher insoweit als falsch.

### 5.2.2. Die Praxis der Scheidungsfolgenregelung

Der erste Eindruck aus den Daten der hannoverschen Studie legt die Hypothese nahe, daß die o. g. Ziele in diesem Verfahren nur zum Teil erreicht werden. Zwar gibt es generell eine *hohe Regelungsdichte für Folgesachen* bis auf Hausrat und Ehwohnung, die aber durch die bis zum Scheidungsurteil abgelaufene Trennungsfrist sich in den allermeisten Fällen von selbst erledigt haben<sup>113</sup>. Diese hohe Regelungsdichte bedeutet, daß die wichtigsten Scheidungsfolgen tatsächlich auch geregelt werden. Jedoch enthalten diese Regelungen bezüglich der ökonomischen Sicherung vor

108 Vgl. *BT-Drucks.* 7/650, S. 85 f.

109 *Dasselbst*, S. 89.

110 + 111 Vgl. *Eidmann* (FN 81).

112 Vgl. *Buchhofer, Ziegert* (FN 99).

113 Vgl. *Eidmann* (FN 81), S. 26.

allem der Frau einen *hohen Anteil an Verzichten*. Diese hohe Verzichtsquote<sup>114</sup> ist nur z. T. zu erklären durch Berufstätigkeit der Frau oder Kinderlosigkeit<sup>115</sup>. Z. B. haben nur in der Hälfte der Fälle, in denen Hausfrauen zwei oder mehr Kinder zu versorgen haben, jene tatsächlich auch einen Unterhaltstitel erhalten<sup>116</sup>. Auch das erweiterte Verbundprinzip für die einverständliche Scheidung brachte in dieser Hinsicht für die nach ihm abgewickelten Verfahren keine anderen Ergebnisse<sup>117</sup>.

### 5.3. Grenzen familienrechtlicher Durchsetzung sozialpolitischer Zwecke

Die Verlagerung staatlicher Kontrolle von der Sicherung der Ehe als Institution zur Kontrolle der individuellen Folgen der Eheauflösung stößt daher an Grenzen. Es hat sich ein *hohes Maß an privatautonomer Gestaltung auch der materiellen Auflösungsfolgen* durchgesetzt trotz der normativen Verstärkung richterlicher Kontrolle in diesem Bereich. Staatliche Kontrolle ist effektiv bezüglich der ökonomischen Folgen lediglich beim Versorgungsausgleich, der immerhin in 50% der Fälle durchgeführt wird. Hier kann sie es sein, weil es um Umverteilung von staatlich verwalteten Sozialleistungen geht, über die die Individuen in der Regel nur äußerst begrenzt verfügen können. Bei Unterhaltsregelungen hat es effektiv gegenüber den Ergebnissen nach altem Rechtszustand jedoch keine wesentlichen Verbesserungen gegeben<sup>118</sup>. Ein Grund dafür scheint mir auch die begrenzte Leistungsfähigkeit der Unterhaltsverpflichteten zu sein. Das zu verteilende Nettoeinkommen wird durch die Scheidung erheblich geschmälert durch den Wegfall des Ehegattensplittings bei der Einkommensteuer und durch den Wegfall der Versicherungsdeckung für Frau und Kinder bei der gesetzlichen Krankenversicherung. Diese müssen nun eine eigene Versicherung erhalten. Hinzu kommen die erhöhten Kosten für zwei Haushalte. Das Existenzminimum für die dann Getrenntlebenden ist aus diesen Gründen relativ schnell erreicht. Entsprechend ist die Verzichtsquote bei niedrigen Einkommen sehr viel höher als bei höheren.<sup>119</sup>

Die sozialpolitischen Intentionen des Gesetzgebers sind daher nicht identisch mit den Interessen der Parteien, wie sie von diesen wahrgenommen werden. Angesichts der Begrenztheit der materiellen Leistungsfähigkeit von vielen Familien, in denen nur ein Ehepartner arbeitet, erscheint die Gewährung von Unterhaltsansprüchen müßig und wird von den Betroffenen auch offensichtlich so eingeschätzt. *Scheidungsrecht ist insofern nur begrenzt geeignet zur Durchsetzung von Umverteilungsmaßnahmen*. Größere Relevanz werden im zunehmenden Maße steuerrechtliche und sozialrechtliche Vorschriften haben, aber auch arbeitsmarktpolitische Maßnahmen, staatliche Unterstützung für Kinderbetreuung etc.. Dies bedeutet auch auf dieser Ebene einen *Bedeutungsschwund für das Ehescheidungsrecht*, denn die zu regelnden Probleme sind für alle alleinstehenden Eltern identisch. Das Dilemma, in das das Familienrecht gerät, indem es die ökonomischen Beziehungen der Ehepartner immer mehr individualisiert, weil sie wegen der Möglichkeit individueller ökonomischer Existenz auch ihre institutionelle Notwendigkeit verloren haben, nämlich daß dann die Existenzprobleme nach Auflösung der Ehe nicht mehr als im Rahmen des noch

<sup>114</sup> Daselbst, S. 26, 30.

<sup>115</sup> Daselbst, S. 34 f., S. 39 f.

<sup>116</sup> Daselbst, S. 41.

<sup>117</sup> Dabei gibt es hier eine Tendenz, die formellen Regelungsvoraussetzungen des § 630 ZPO zu umgehen, indem die Partner einfach das Modell der strittigen Scheidung nach einjähriger Trennung (§ 1565 I) wählen. – Zur praktischen Wirksamkeit des § 630 ZPO wird demnächst eine Dissertation von *Luise Müller-Alten* erscheinen.

<sup>118</sup> Zum alten Rechtszustand vgl. *Künzel* (FN 74), zum neuen *Willenbacher-Zahlmann* (FN 76).

<sup>119</sup> Vgl. *Eidmann* (FN 81), S. 35.

ansatzweise weiterbestehenden Familienverbandes zu lösende angesehen werden, sondern als sozialstaatliche Ansprüche erhoben werden, zeigt sich also auch hier. Der Versuch, diese sozialstaatlichen Ansprüche, noch ehe sie so recht formuliert sind, durch ein verstärktes Scheidungsfolgenrecht auf die Familie zurückzulenken, scheint mir nur bruchstückhaft gelungen. Vorherrschend ist die Tendenz, die rechtlichen Auswirkungen der Ehe, auch was die Scheidungsfolgen angeht, in der *Praxis* weiter zurückzunehmen. Daraus ergibt sich eine weitere Verstärkung der Tendenz der Entrechtlichung der Ehe hin zur moralischen Institution.

155