

Stephan Meder

Familienrecht

Von der Antike
bis zur Gegenwart

Böhlau **UTB**



Eine Arbeitsgemeinschaft der Verlage

Böhlau Verlag · Wien · Köln · Weimar

Verlag Barbara Budrich · Opladen · Toronto

facultas.wuv · Wien

Wilhelm Fink · München

A. Francke Verlag · Tübingen und Basel

Haupt Verlag · Bern

Verlag Julius Klinkhardt · Bad Heilbrunn

Mohr Siebeck · Tübingen

Nomos Verlagsgesellschaft · Baden-Baden

Orell Füssli Verlag · Zürich

Ernst Reinhardt Verlag · München · Basel

Ferdinand Schöningh · Paderborn · München · Wien · Zürich

Eugen Ulmer Verlag · Stuttgart

UVK Verlagsgesellschaft · Konstanz, mit UVK/Lucius · München

Vandenhoeck & Ruprecht · Göttingen · Bristol

vdf Hochschulverlag AG an der ETH Zürich

Stephan Meder

Familienrecht

Von der Antike bis zur Gegenwart

BÖHLAU VERLAG KÖLN WEIMAR WIEN · 2013

Stephan Meder ist Professor für Zivilrecht und Rechtsgeschichte an der Universität Hannover.

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter www.utb-shop.de.

© 2013 by Böhlau Verlag GmbH & Cie, Köln Weimar Wien
Ursulaplatz 1, D-50668 Köln, www.boehlau-verlag.com
Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist unzulässig.

Einbandgestaltung: Atelier Reichert, Stuttgart
Satz: synpannier. Gestaltung & Wissenschaftskommunikation, Bielefeld
Druck und Bindung: AALEXX Buchproduktion GmbH, Großburgwedel
Gedruckt auf chlor- und säurefreiem Papier
Printed in Germany

UTB-Band-Nr. 3901 | ISBN 978-3-8252-3901-5

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
1. Kapitel	
Grundlagen und Gang der Untersuchung	21
1.1 Defizite in der Rechtsvergleichung	22
1.2 Wo anfangen?	24
1.3 Reformforderungen zum Familienrecht: Rechtsquellentheoretische Aspekte	28
1.4 Gang der Untersuchung	31
1.5 Wo stehen wir heute?	33
2. Kapitel	
Römisches Recht	41
2.1 Rezeption des römischen Ehe- und Familienrechts?	41
2.2 „Römisches Recht“ in den Diskussionen der bürgerlichen Frauenbewegung	44
2.3 Das vorklassische römische Ehe- und Familienrecht	46
2.3.1 Patriarchalische Hausgewalt und Geschlechtsvormundschaft	47
2.3.2 Von der Ehegewalt zur manus-freien Ehe	48
2.3.3 Zwischenergebnis	50
2.4 Paradigmenwechsel im klassischen Ehe- und Familienrecht	51
2.4.1 Zurückdrängung der Geschlechtsvormundschaft (<i>tutela mulierum</i>)	52
2.4.2 Wandel auch im Güterrecht	54
2.4.3 Legitimation des Ausschlusses von Frauen aus den öffentlichen Ämtern	55
2.5 Das Verbot der Interzession	60

2.5.1	Legitimationsprobleme des Interzessionsverbots	62
2.5.2	Rezeption und Kritik des Interzessionsverbots	63
2.5.3	Aktuelle Bedeutung des Interzessionsverbots	64
2.5.4	Geschlechtsneutrale Grenze der Privatautonomie?	65
2.6	Resümee	66

3. Kapitel

Mittelalter und Frühe Neuzeit		71
3.1	Ehelehre der mittelalterlichen Kirche und Reformation	72
3.1.1	Katholisches Eherecht als Form der autonomen Rechtsetzung	73
3.1.2	Evangelisches Eherecht als Element der staatlichen Gesetzgebung	74
3.1.3	Zwischenergebnis	77
3.2	Geschlechtsvormundschaft	77
3.3	Legitimationsprobleme der Geschlechtsvormundschaft	80
3.3.1	Unvertrautheit mit gerichtlichen Formalitäten	80
3.3.2	Die Legende der Calefurnia	82
3.3.3	Zwischenergebnis	83
3.4	Eheschließung	85
3.5	Scheidung	87
3.6	Scheidungsfolgen, insbesondere Güterrecht	89
3.7	Schlüsselgewalt	93
3.8	Herrschaftsrechte der Frau im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit	95
3.9	Resümee	97

4. Kapitel

Aufklärung und Vernunftrecht		103
4.1	Das Postulat der Freiheit und Gleichheit in den Naturrechtslehren	103
4.2	Folgen des Gleichheitspostulats für das Ehe- und Familienrecht	104
4.2.1	Das <i>Ius connatum</i> im <i>Codex</i> <i>Maximilianeus Bavaricus</i> von 1756	105

4.2.2	Das <i>Ius connatum</i> im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811	107
4.2.2.1	<i>Rechtsgleichheit der Geschlechter bei Carl Anton von Martini</i>	108
4.2.2.2	<i>Wolffs Lösung über den Vertragsgedanken</i>	109
4.2.2.3	<i>Das weitere Schicksal des „Entwurfs Martini“</i>	111
4.2.2.4	<i>Konsequenzen für das Güterrecht</i>	114
4.2.3	Rechtsgleichheit im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794	116
4.3	Zwischenergebnis	119
4.4	Die Rechtsstellung der Frau im <i>Code civil</i>	120
4.4.1	Revolutionsgesetzgebung und Vorarbeiten zum <i>Code civil</i>	121
4.4.2	Der <i>Code civil</i>	123
4.5	Resümee	125

5. Kapitel

	Bürgerliche Familie und Historische Rechtsschule	129
5.1	„Ganzes Haus“ und bürgerliche Familie	129
5.2	Probleme des Übergangs zum Familienbegriff der bürgerlichen Gesellschaft	133
5.3	Schleiermachers Kritik an Positionen von Aufklärung und Vernunftrecht	136
5.3.1	Argumente gegen Rousseau und Fichte	137
5.3.2	Egalitäre Auslegung der biblischen Lehre vom Mann als „Haupt der Ehe“	141
5.3.3	Ausschluss der Frau aus dem öffentlichen Leben?	143
5.3.4	Forderungen zur Verbesserung der Rechtsstellung von Frauen	144
5.4	Grundlegung des Ehe- und Familienrechts der Historischen Rechtsschule durch Friedrich Carl von Savigny	146
5.4.1	Der junge Savigny und das Geschlechterverhältnis	148
5.4.2	Savignys Konzeption der Familienbeziehung als „Grenze“	149
5.5	Resümee und Ausblick	153

6. Kapitel

Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht

nach 1848: Frankreich, England, USA	161
6.1 Protagonisten der französischen Frauenrechtsbewegung nach 1848	162
6.2 Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht in Frankreich nach 1848	165
6.2.1 Folgen der Gehorsamspflicht: Unterwerfung der Frau auch im Güterrecht	166
6.2.2 Forderungen zur Wiedereinführung der Scheidung	168
6.2.3 Die Beseitigung des Verbots der Vaterschaftserforschung	169
6.2.4 Sonstige Forderungen	170
6.3 Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht in England	171
6.3.1 Forderungen zur Reform des Güterrechts	173
6.3.2 Die Reform des Scheidungsrechts	174
6.3.3 Reformforderungen zum Recht der nichtehelichen Kinder	175
6.3.4 Forderungen zur elterlichen Sorge	176
6.3.5 Dominanz der Frauenstimmrechtsbewegung	178
6.4 Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht in den USA	179
6.4.1 Forderungen zur Reform des Güterrechts	180
6.4.2 Die Reform des Scheidungsrechts	181
6.4.2.1 „ <i>Divorce havens</i> “ in Ohio, Illinois und Indiana ..	181
6.4.2.2 <i>Restriktives Scheidungsrecht im Bundesstaat New York und Forderungen der Frauenrechtsbewegung</i> ..	182
6.4.3 Beschränkung auf das Ziel des Wahlrechts	183
6.5 Resümee	184

7. Kapitel

Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht

nach 1848: Deutschland	189
7.1 Die Anfänge der Frauenrechtsbewegung in Deutschland	190

7.2	Der Kampf um das Familienrecht des BGB	192
7.2.1	Kurze Übersicht über die Entstehung des BGB und sein Familienrecht	193
7.2.2	Ziele der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts	195
7.2.3	Später Sieg der Frauen im Kampf um eine Neugestaltung des Ehe- und Familienrechts	196
7.3	Eigene Rechtstheorie der Frauenbewegung um 1900?	198
7.3.1	Das rechtsethische Argument in den Entwürfen der Frauenbewegung zur Reform des Ehe- und Familienrechts	199
7.3.2	Eine vermittelnde Position: der Standpunkt von Emilie Kempin	200
7.3.3	Zwei unterschiedliche Vorstellungen über die Funktionen des Gesetzes	202
7.4	Die Reformforderungen im Einzelnen	205
7.4.1	Das ehemännliche Entscheidungsrecht	205
7.4.2	Kritik am gesetzlichen Güterstand der Verwaltungs- und Nutznießungsgemeinschaft	211
7.5	Resümee	212

8. Kapitel

Einflüsse des skandinavischen Rechts und

Reformdiskussionen in der Weimarer Republik

8.1	Überblick über die Reform des Ehe- und Familienrechts in den nordischen Ländern	217
8.2	Vorbildfunktion des nordischen Modells im <i>Common Law</i> ..	219
8.3	Vorbildfunktion des nordischen Modells in der Weimarer Zeit	221
8.3.1	Scheidungs Voraussetzungen und elterliche Sorge	221
8.3.2	Von der Verwaltungs- und Nutznießungsgemeinschaft zur Zugewinnngemeinschaft	222
8.3.2.1	<i>Die Kritik am Güterrecht des BGB als Ausgangspunkt</i>	222
8.3.2.2	<i>Zwischenergebnis</i>	225

8.3.2.3	<i>Differenzen von Zugewinnngemeinschaft und nordischem Güterrecht</i>	226
8.4	Die Kritik von Theodor Kipp am schwedischen Modell des Güterrechts	229
8.5	Resümee und Ausblick: „Ehebedingtheit“ als Merkmal einer geschlechtergerechten Vermögensteilhabe in Europa ...	232
 9. Kapitel		
Wo stehen wir heute? Aktuelle Herausforderungen eines geschlechtergerechten Ehe-, Partnerschafts- und Familienrechts		241
9.1	„Individualisierung“ als Element gesellschaftlicher Modernisierungsprozesse	241
9.2	„Pluralisierung“ als Folge einer fortschreitenden Individualisierung der Lebensverhältnisse	244
9.3	Merkmale der Geschlechtergerechtigkeit aus der Lebensverlaufsperspektive	245
9.4	Modernisierungsprozesse im Ehe-, Partnerschafts- und Familienrecht	247
9.4.1	Unterhaltsrecht	249
9.4.2	Ehevereinbarungen	251
9.4.2.1	<i>Konflikt zwischen früheren und späteren Entscheidungen im Lebensverlauf</i>	252
9.4.2.2	<i>Der Standpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung</i>	253
9.4.2.3	<i>Zum Verhältnis von Gütertrennung und Gleichberechtigungsgebot</i>	254
9.4.2.4	<i>Zwischenergebnis</i>	257
9.4.3	Gesetzliches Güterrecht	258
9.5	Resümee und Ausblick	261
 Personenregister		267
 Sachverzeichnis		273

Einleitung

Der vorliegende Band vereinigt aus der Geschichte des Familienrechts Beobachtungen und Analysen, die ihre Gegenstände aus einem historischen Zeitraum von mehr als 2500 Jahren entnommen haben. Den Ausgangspunkt bildet das römische Recht, welches seinerseits auf Voraussetzungen aufbaut, die in eine noch viel ältere Zeit zurückweisen. Ziel ist es, von hier aus über das Mittelalter und die Neuzeit den Wandel der Geschlechterrollen bis zur Gegenwart zu verfolgen. Eine Station auf diesem Weg ist die Sozialform des „ganzen Hauses“, die um die Wende zum 19. Jahrhundert durch die bürgerliche Kleinfamilie abgelöst wurde. Das „ganze Haus“ beruht auf der Idee des antiken „*oikos*“, der sogenannten „Ökonomik“, deren Merkmal darin besteht, dass Frauen und Männer gleichermaßen erwerbswirtschaftlich tätig sind. Im Unterschied zur „bürgerlichen Familie“ kennt das „Haus“ weder eine eindeutige männliche Ernährerrolle noch eine strikte Trennung zwischen außerhäuslicher Erwerbsarbeit und privater Hausarbeit, was heute wieder zunehmend auf wissenschaftliches Interesse stößt (Halley/Rittich, 2010, 758; S. 154). Das gleiche gilt für Forderungen, welche die Frauenbewegungen verschiedener Länder zur Reform des Familienrechts im 19. Jahrhundert erhoben haben. Von der zeitgenössischen Rechtswissenschaft kaum wahrgenommen oder allenfalls belächelt, stimmt das heute geltende Recht mit diesen Forderungen weitgehend überein (6. Kapitel, S. 161 und 7. Kapitel, S. 189). Eine „Geschichte des Familienrechts“ hat also viele Facetten: „Wandel der Geschlechterrollen“, „Reformforderungen der Frauenbewegung“, „internationaler Kontext“, „ideengeschichtliche Hintergründe“, so mögen einige der Stichworte lauten, welche die folgende Darstellung leiten.

Ein zu großer Facettenreichtum könnte leicht zu einer Überforderung von Begriffen wie „Familie“ und „Familienrecht“ führen. Beide sind im

steten Wandel, bilden keine festen Größen und zeichnen sich durch gewisse Definitionsschwächen aus, die gerade in den letzten Jahren wieder ins Bewusstsein rücken. Das vierte Buch des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) führt zwar den Titel „Familienrecht“. Doch wollten die Verfasser des Gesetzes den Begriff damit keineswegs festlegen. Sie waren sich darüber im Klaren, dass sie nur Teilbereiche eines Gesamtgebildes, insbesondere die personenrechtlichen Beziehungen der Eheleute, das Eltern-Kind- und das Verwandtschaftsverhältnis regeln. Weitgehend ausgeblendet bleibt dabei eine über das Privatrecht hinausweisende Dimension der Familie, die in ihrem Verhältnis zum Gemeinwesen und zum Politischen zu sehen ist.

Der Überblick über den entwicklungsgeschichtlichen Gang familienrechtlicher Beziehungen und Institutionen lehrt, dass lange Zeit gerade diese „öffentlichen“ Elemente überwogen haben. Schon Aristoteles hat bekanntlich das Verhältnis zwischen Mann und Frau als ein politisches aufgefasst. Seine Qualifikation der Herrschaft über das „ganze Haus“ (*oikos*) wurde noch im 19. Jahrhundert und im beginnenden 20. Jahrhundert zur Legitimation der Ungleichheit der Geschlechter in der Ehe herangezogen (S. 59). Auch Napoleon hat in der Entstehungsphase des *Code civil* auf die Analogie von Staat und Familie zurückgegriffen (S. 125). Im Hintergrund steht die aristotelische Polis-Definition, dass nämlich der Staat auf der „Gemeinschaft des edlen Lebens in den Haushaltungen und in den Familien“ beruhe (Politik, 1280b 30). Daran anknüpfend meint der berühmte französische Staatstheoretiker und Begründer eines modernen Souveränitätsbegriffs Jean Bodin (1530–1596), der Staat sei gekennzeichnet durch eine „mit souveräner Gewalt ausgestattete Regierung über mehrere Haushalte“ (1576, 107). Ähnliche Definitionen begegnen bei so unterschiedlichen Autoren wie Ulrich Huber (1636–1694), Montesquieu (1689–1755), Johann Georg Schlosser (1739–1799) oder – um ein Beispiel aus dem 19. Jahrhundert zu wählen – dem Dichterjuristen Johann Heinrich Wilhelm Kirchhoff (1800–1861):

„Wenn nämlich ein Mensch Frau oder Kinder oder Gesinde hat, so ist eine sogenannte Familie da, folglich besteht das Familienrecht aus der Lehre von den Rechten zwischen den Ehegatten, von den Rechten zwischen Herrschaft

und Gesinde [...] Jede Familie [...] bildet heut zu Tage als erster und nächster Verband einen Staat im Staate“ (Kirchhoff, 1835, 16, 17).

Diese beiden Sätze enthalten gleich mehrere Elemente, die sich auf antike Vorstellungen über das Verhältnis der Geschlechter und die Familie zurückführen lassen. So beruht die Identifikation von „Mensch“ und „Mann“ auf dem aristotelischen *„one-sex model“*, wonach nur der Mann als voll ausgebildeter Mensch gelten könne (Fußnote 16, S. 59; Fußnote 50, S. 121). Hinzu kommt die aristotelische Analogie von Staat und Familie, hier allerdings im Kontext einer Diskussion, die im 19. Jahrhundert über die Frage geführt wurde, ob neben den Ehegatten, Kindern und Verwandten auch Knechte und Mägde, Lehrlinge und Gesellen oder sonstige Bedienstete zur „Familie“ gehören. Unter den Prämissen eines weiten Begriffs von Familie, wie er dem aristotelischen *„oikos“*, der römischen *„familia“* oder der Sozialform des „ganzen Hauses“ zugrunde liegt, wäre dies mit Kirchhoff zu bejahen. Doch beginnt im 19. Jahrhundert eine Auffassung vorzudringen, die den Begriff „Familie“ enger fasst und auf einen privaten Kreis von Eltern, Kindern und Verwandten zu beschränken sucht. Aus einem solchen Kernbereich, der zugleich die Differenz zwischen moderner bürgerlicher Familie und vormodernem „ganzen Haus“ markiert, mussten die Bediensteten ausgeschlossen bleiben (Vormbaum, 1980, 124, 147).

Für die Einordnung des Familienrechts in das Privatrecht war im 19. Jahrhundert vor allem die Tatsache maßgebend, dass es mit rechtlichen Beziehungen der Bürger untereinander zu tun hat. Ein besonderes Verhältnis zum Staat oder anderen mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteten Verbänden ist dabei nicht angenommen worden. Dies soll aber nicht heißen, dass die Autoren des 19. Jahrhunderts die Verbindungen von Familienrecht und Öffentlichem Recht aus den Augen verloren hätten. Eine Nähe haben sie z. B. darin gesehen, dass im Familienrecht der Einzelne als Glied eines Verbandes erscheint, in dem „die Keime des Staates enthalten“ sind (Savigny, 1840, 343, 344). Als weitere gemeinsame Merkmale sind „Herrschaft“ und „Untertänigkeit“ genannt worden, die nicht nur durch den Staat, sondern auch durch die Familie begründet werden (Regelsberger, 1893, 203; Savigny, 1840, 23). Die Bedeutung des Familienrechts für den Staat war also auch im 19. Jahrhundert unbestritten,

nur dass die meisten Autoren daraus keine Konsequenzen für die systematische Einordnung als Privatrecht gezogen haben. Es gab jedoch auch Ausnahmen, etwa das „System des Pandekten-Rechts“ von Anton Friedrich Justus Thibaut (1772–1840), der das Familienrecht zum Öffentlichen Recht – oder genauer – zum „Polizey-Recht“ zählte (Thibaut, 1803, §§ 304–316). Dabei versteht sich, dass mit „Polizey-Recht“ nicht die heutigen Vorstellungen über die Aufgaben der Polizei gemeint sein können. In der Epoche des absoluten Staates bzw. des Natur- und Vernunftrechts war der Begriff der Polizei nicht auf den Bereich der Gefahrenabwehr beschränkt. Vielmehr gehörte dazu die Förderung der Wohlfahrt aller Untertanen, die auch das private Wohl und das persönliche Glück der Menschen umfasste (Drews/Vogel, 1985, 1–15; Simon, 2004; Foucault, 2006, 463 f.). Auf einem solchen „wohlfahrtsstaatlichen“ Polizeibegriff beruhen die Überlegungen von Thibaut, wenn er meint, in das „Polizey-Recht der Pandekten“ gehöre vor allem „die Lehre von dem Schutz, unter welchen der Staat die, eines Vorgesetzten bedürfenden Personen gestellt hat“ (Thibaut, 1803, § 305).

Auch für Thibaut ist der Gedanke leitend, dass der Mann „mit seiner Familie in eben dem Verhältnis, wie der Regent zum Bürger, stehe“ (1803, § 307). Nicht die Ehe, sondern der Schutz des hilfsbedürftigen Individuums, für das der Staat mittels Institutionen wie „väterliche Gewalt“ oder „Vormundschaft“ zu sorgen hat, bildet den Ausgangspunkt seines öffentlich-rechtlichen Familienrechts.¹ Folgerichtig gliedert Thibaut das „Polizey-Recht“ in zwei Hauptabschnitte, von denen der eine die „väterliche Gewalt“ und der andere die „Vormundschaften“ behandelt. Die Ehe unterfällt dem Abschnitt über die väterliche Gewalt, wobei das personale Verhältnis der Gatten vergleichsweise knapp erörtert wird. Thibaut meint, die Frau sei in der Ehe der „Gewalt“ ihres Mannes unterworfen und müsse „ihre Handlungen nach seinem Willen einrichten“. Auch

1 In der Analogie zum Eltern-Kind-Verhältnis liegt auch der Grund, warum das Gesinderecht in das Gebiet des Öffentlichen Rechts, insbesondere des Polizeirechts eingeordnet wurde (Vormbaum, 1980, S. 140, S. 149; siehe auch Fußnote 56, S. 131).

von „ehelicher Vormundschaft“ ist die Rede: Ein solches Recht habe der Mann oft „nach deutschen Statuten“, doch sei „dies kein gemeines Recht“ (Thibaut, 1803, § 408). Worin der Unterschied zwischen ehelicher Gewalt und ehelicher Vormundschaft liegen soll, hat Thibaut leider nicht erklärt (dazu näher 7.4.1, S. 205)

Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) war bekanntlich der Gegenspieler Thibauts in dem berühmten Kodifikationsstreit, der im Anschluss an den Sieg der preußischen Truppen über Napoleon im Jahre 1814 ausgefochten wurde. Auch in der Einordnung des Familienrechts ist Savigny anderer Meinung als Thibaut. Für Savigny bildet das Familienrecht nämlich einen festen Bestandteil der Privatrechtsordnung. Bei genauerer Betrachtung ist der Abstand zwischen den beiden Gelehrten aber nicht so groß, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Denn „die Familienverhältnisse“ gehören „vorzugsweise dem *jus publicum*, d. h. dem absoluten Rechte an“ (Savigny, 1840, 350). „*Jus publicum*“ bedeutet für Savigny jedoch etwas anderes als „Öffentliches Recht“: Er begreift es als eigenes Strukturmerkmal, welches jederzeit und überall im Privatrecht vorkommen kann. Savigny behandelt das „*jus publicum*“ daher im ‚Allgemeinen Teil‘ seines achtbändigen „Systems des heutigen römischen Rechts“ vorab, und zwar im Abschnitt über die Rechtsquellen (1840, 57–66). Dies verdient Hervorhebung, weil bis heute die Auffassung herrscht, das Denken des 19. Jahrhunderts beruhe auf einer schlichten Zweiteilung, in welcher die Idee einer voraussetzungslosen (formalen) Freiheit im Privatrecht der Verwirklichung von Moral und Sittlichkeit im Öffentlichen Recht mehr oder weniger unverbunden gegenüberträte (Stolleis, 1996, 57; Renner, 2011, 18). Es ist sogar behauptet worden, die Rechtsdenker des 19. Jahrhunderts hätten im Banne des deutschen Idealismus die Unterschiede von Privatrecht und Öffentlichem Recht zu einer „apriorischen“, „jeder Rechtserfahrung vorangehenden“ Trennung stilisiert (Gagné, 1967, 27, 29–36). Savigny jedenfalls war kein Anhänger solcher idealisierenden Unterscheidungen. Die Möglichkeit einer klaren Trennung von öffentlicher und privater Rechtssphäre hätte er abgelehnt.

Savigny meinte, dass die Familie „Grundlage einer neuen, ganz eigentümlichen Art von Rechtsverhältnissen“ ist (1840, 340). Er gilt heute als Begründer der wissenschaftlichen Disziplin des Familienrechts, weil er

der Familie erstmals einen eigenen Standort innerhalb des Rechtssystems zugewiesen habe (D. Kennedy, 2003; 2010). Dazu bedurfte es der Abgrenzung zum Verkehrsrecht und der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Recht und Sitte. Was aber bedeutet „*jus publicum*“ und welche Rolle spielt es im Familienrecht? Savigny sagt, „*jus publicum*“ sei „absolutes Recht“, das mit „unabänderlicher Notwendigkeit“ herrschen solle, „ohne der individuellen Willkür Spielraum zu lassen“ (1840, 57). Das „*jus publicum*“ eröffnet dem Zivilrecht also die Möglichkeit, private Willkür zugunsten öffentlicher Belange zu begrenzen. Im heutigen Recht wird von einer solchen Möglichkeit vor allem dort Gebrauch gemacht, wo faktische Ungleichgewichtslagen im Rechtsverkehr zu Nachteilen für die „schwächere Partei“ führen können. Bekannte Beispiele sind die gesetzlichen Regelungen des Verbraucherschutzes oder die richterrechtliche Inhaltskontrolle.

„*Jus publicum*“ ist also zwingendes, der Privatautonomie entzogenes Recht, das wir als „*ius cogens*“ dem dispositiven Recht heute gegenüberstellen (Bextermöller, 1970, 53). Wer die Frage aufwirft, warum im Privatrecht solche Normen vorkommen, wird über Savignys Antwort überrascht sein. Denn allgemein herrscht die Auffassung, im 19. Jahrhundert sei das Recht von der Politik abgekoppelt und ganz auf seine ökonomischen Funktionsimperative beschränkt worden (Nachweise bei Renner, 2011, 20). Savigny aber hält solche zwingenden Normen gerade deshalb für so wichtig, weil über sie „politische und staatswirtschaftliche“ Gesichtspunkte in das Privatrecht einfließen. Erst an zweiter Stelle meint er, dass zwingende Normen im Privatrecht „auch unmittelbar in sittlichen Rücksichten“ Bedeutung gewinnen können (Savigny, 1840, 57).

Das besondere Merkmal des Familienrechts sieht Savigny darin, dass es im Vergleich zu anderen Gebieten des Privatrechts einen hohen Anteil zwingenden Rechts aufweist. Beispiele wären Monogamiegebot, Lebenszeitprinzip, Scheidungsvoraussetzungen, Namens- oder Adoptionsrecht, die alle dem *ordre public* unterliegen und privatautonomer Gestaltung entweder ganz entzogen oder nur in engen Grenzen zugänglich sind. Nun gehört das Familienrecht zu den Gebieten, in denen sich ein allgemeiner Wandel der Lebensverhältnisse besonders stark bemerkbar macht. Gemeinsames Merkmal dieses Wandels ist die fortschreitende

Individualisierung und Pluralisierung der Lebensverhältnisse, wie sie in der abnehmenden Zahl von Eheschließungen, der Erleichterung der Scheidung oder der Zunahme nichtehelicher Lebensgemeinschaften zum Ausdruck kommt. Die Eingehung einer Ehe wird heute nicht mehr als Selbstverständlichkeit, sondern als Folge einer bewussten Entscheidung angesehen. Überhaupt sind in den letzten Jahrzehnten die Wahlmöglichkeiten und Entscheidungskompetenzen, wie etwa im Namensrecht, erheblich erweitert worden. Die Vermehrung individueller Gestaltungsmöglichkeiten hat aber nicht zu einer Verselbstständigung des Familienrechts gegenüber dem Öffentlichen Recht geführt. Die beiden Elemente, die nach klassischer Auffassung eine Verbindung zwischen Öffentlichem Recht und Familienrecht bewirken, nämlich „Familie als Keim des Staates“ und „Herrschaft“ oder „Ungleichheit“, sind in modifizierter Form noch heute virulent.

Was den Topos von „Familie als Keim des Staates“ anbelangt, so betont die neuere Literatur wieder die Bedeutung des Familienrechts für das „Allgemeinwohl“: „Indem sie Kinder“ hervorbringe, übernehme die Familie eine dem „Selbsterhalt des grundgesetzlich verfassten Gemeinwesens dienende Funktion“. Vor allem die aktuelle demographische Entwicklung biete einen Anlass, stärker die öffentlich-rechtlichen Aspekte des Familienrechts in den Blick zu fassen. Fragen des demographischen Wandels oder der Vereinbarkeit von Beruf und Familie könnten dem Staat nicht gleichgültig sein. Das Familienrecht müsse auch über Möglichkeiten der Steuerung von Verhalten durch Gewährung finanzieller Anreize nachdenken, damit sich wieder mehr Paare für Kinder entscheiden (Seiler, 2008, 1, 18). Derartige Bezüge von Familie und Staat scheinen heute also ‚neu entdeckt‘ zu werden. Auf ideengeschichtliche Hintergründe wird dabei, soweit ersichtlich, nicht Bezug genommen.

Der zweite Gesichtspunkt, nämlich „Herrschaft“ bzw. „Ungleichheit“ scheint obsolet zu sein, nachdem die männliche Eheherrschaft durch egalitäre Konzeptionen des Familienrechts heute weitgehend abgelöst wurde. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass es „Ungleichheiten“ gerade im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern oder Pflege von Angehörigen auch heute noch gibt (9.4, S. 247). Nach dem verfassungsrechtlich verankerten Gleichberechtigungsgebot (Art. 3 Abs. 2

Satz 2 GG) hat die Rechtsordnung für eine Kompensation von Nachteilen zu sorgen, die aus „rollenkonformem“ Verhalten resultieren. Die mit der Gründung einer Familie und der Geburt von Kindern mögliche Entstehung von Ungleichgewichtslagen zwischen den Geschlechtern trägt zwingende Elemente in die moderne Privatrechtsordnung. Ein Gebot der Gleichberechtigung zwischen den Geschlechtern war im 19. Jahrhundert zwar noch nicht allgemein anerkannt. Nach Maßgabe von Savignys „System“ des Privatrechts bereitet es jedoch keine Schwierigkeiten, die daraus resultierenden zwingenden Elemente als „*jus publicum*“ innerhalb des modernen Familienrechts zu identifizieren (S. 258).

Literatur

Aristoteles, Politik (hg. v. Olof Gigon), 4. Auflage (1981); Claus Bextermöller, Das Familienrecht in den Systemen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts (1970); Jean Bodin, Sechs Bücher über den Staat (1576), hg. v. Peter Cornelius Mayer-Tasch (1981); Bill Drews, Gerhard Wacke, Wolfgang Martens, Klaus Vogel, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Auflage (1986); Michel Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I. *Vorlesung am Collège de France 1977–1978* (2006), S. 449–478 (Vorlesung 12); Sten Gagnér, Über Voraussetzungen einer Verwendung der Sprachformel „Öffentliches Recht und Privatrecht“ im kanonistischen Bereich, in: Deutsche Landesreferate zum VII. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Uppsala 1966 (1967), S. 23–57; Janet Halley & Kerry Rittich, Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism, in: *The American Journal of Comparative Law* 58 (2010), S. 753–775; Duncan Kennedy, Two Globalizations of Law & Legal Thought (1850–1968), in: *Suffolk University Law Review* 36 (2003), S. 631–679; ders., Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought, in: *American Journal of Comparative Law* 58 (2010), S. 811–841; Johann Heinrich Wilhelm Kirchhoff, Gesinde-Recht nach Grundsätzen des Gemeinen und Preussischen Rechts und mit vorzugsweiser Berücksichtigung der Provinzial-Gesetze und Statute in Neu-Vorpommern und Rügen (1835); Ferdinand Regelsberger, Pandekten, 1. Band (1893); Moritz Renner, Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates (2011); Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I (1840); Rainer Schröder, Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich

im 18. Jahrhundert (1992); ders., Gesinderecht im 18. Jahrhundert, in: Gotthardt Frühsorge, Rainer Gruenter, Beatrix Freifrau Wolff Metternich (Hg.), *Gesinde im 18. Jahrhundert* (1995), S. 13–39; Christian Seiler, *Grundzüge eines öffentlichen Familienrechts* (2008); Thomas Simon, „Gute Policy“. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit (2004); Michael Stolleis, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen* (1996), S. 41–61; Anton Friedrich Justus Thibaut, *System des Pandekten-Rechts*, 1. Band, 1. Auflage (1803); Thomas Vormbaum, *Politik und Gesinderecht im 19. Jahrhundert, vornehmlich in Preußen 1810–1918* (1980).

1. Kapitel

Grundlagen und Gang der Untersuchung

Das Familienrecht ist ein relativ junges Fach. Dies gilt vor allem für die Länder des „*Common Law*“. So hat der US-amerikanische Rechtstheoretiker Duncan Kennedy jüngst behauptet, das Familienrecht existiere in der „*Common Law world*“ als selbstständige Disziplin erst seit Kurzem (2010, 813). Ähnliche Aussagen finden sich bei englischen Rechtswissenschaftlern. In Deutschland kann das Familienrecht immerhin auf eine Tradition zurückblicken, die bis ins 19. Jahrhundert führt. Friedrich Carl von Savigny (1779–1861) war der erste, der dem Eherecht der bürgerlichen Familie innerhalb des Rechtssystems einen selbstständigen Platz zugewiesen hat. Dies geschah freilich in einer Zeit, als die ungleiche Behandlung der Geschlechter im Recht, wenn überhaupt, nur von einer kleinen Minderheit angezweifelt wurde. Es herrschte ein Rollenverständnis, wonach der Mann in der Ehe befehlen durfte und die Frau gehorchen musste. Diese Vorstellungen sind heute überholt. An ihre Stelle ist die Idee einer formalen Gleichheit der Geschlechter getreten, die aber ebenfalls Probleme aufwirft. Denn formale Gleichheit kann dort zu Ungleichheiten führen, wo tatsächliche Unterschiede bestehen. Beispiele sind die aktuell im Unterhalts- oder Ehegüterrecht geführten Diskussionen. Die Forderung nach einem geschlechtergerechten Familienrecht ist also bis heute virulent geblieben.

Mit welchen Argumenten haben Juristen die ungleiche Behandlung der Geschlechter gerechtfertigt? Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit sich Recht ändert und gewandelten Lebensverhältnissen anpasst? So lauten die Fragen, von denen der folgende Versuch einer „Geschichte des Familienrechts“ seinen Ausgang nimmt. Dabei ist zu beachten, dass die rechtlichen Ungleichheiten im Geschlechterverhältnis und die Forderungen nach ihrer Überwindung nicht nur eine nationale, sondern auch eine internationale Geschichte haben.

1.1 Defizite in der Rechtsvergleichung

Frauenvereinigungen arbeiteten schon im 19. Jahrhundert auf internationaler Ebene zusammen, um die Rechtsordnungen ihrer Länder zu vergleichen. Von der damals noch jungen wissenschaftlichen Disziplin der „Rechtsvergleichung“ sind diese Aktivitäten allerdings kaum wahrgenommen worden. Denn die Rechtsvergleichung verfolgte in erster Linie praktische Ziele, indem sie etwa Kaufleute über internationales Handelsrecht zu informieren oder ausländisches Recht für die innerjuristische Argumentation fruchtbar zu machen suchte (Zweigert/Kötz, 1971, 58; Ranieri, 2003, 221). Dafür eignete sich vor allem das „Verkehrsrecht“, also Rechtsgeschäftslehre, Schuldrecht, Mobiliarsachenrecht oder Handelsrecht. Das Familienrecht blieb außen vor, weil es mehr mit nationalen Traditionen, kulturellen Eigenarten oder religiösen Prägungen verknüpft zu sein schien und zu innerjuristischer Argumentation oder Dogmatik wenig beizutragen hatte. Noch heute ist die Auffassung verbreitet, dass z. B. das europäische Kauf- oder Zahlungsverkehrsrecht leichter zu vereinheitlichen sei als das „mit unterschiedlichen Ansichten über das Leben und die Religion und mit Lebenserfahrungen im Allgemeinen“ zusammenhängende Familienrecht (de Groot, 2001, 618 f.).

Dennoch darf nicht übersehen werden, dass Ehe und Familie auch Gebiete sind, die im internationalen Vergleich viele Gemeinsamkeiten aufweisen. Die abnehmende Zahl von Eheschließungen, die Erhöhung von Scheidungsquoten oder der Geburtenrückgang gehören zu jenen Phänomenen, die derzeit in allen „westlichen“ Ländern diskutiert werden. Die gemeinsamen Trends beschränken sich nicht auf die Gegenwart. Auch in der Vergangenheit hat es eine Vielzahl paralleler Erscheinungsmuster gegeben. So sind die Beseitigung der Gehorsamspflicht von Frauen, gemeinsame elterliche Sorge, Erleichterung von Scheidungen oder die Verbesserung der Rechtsstellung nichtehelicher Kinder bereits in einer Zeit länderübergreifend gefordert worden, als die wissenschaftliche Disziplin der Rechtsvergleichung Ehe und Familie, wenn überhaupt, allenfalls am Rande behandelt hat (Anderson, 2007, 59; Gerhard, 1993, 50).

Die Frauenbewegungen haben es also schon früh gewagt, im Familienrecht den Blick über die Landesgrenzen zu werfen. Der intensive

Gedankenaustausch zwischen Aktivistinnen verschiedener Nationen, die Durchführung internationaler Kongresse und die Gründung internationaler Organisationen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sind frühe Zeugnisse für das Entstehen einer globalen Zivilgesellschaft, deren Normsetzung unter Stichworten wie „*new world order*“, „*global law without a state*“, „Entstaatlichung des Rechts“ oder „*ius non scriptum*“ heute so lebhaft diskutiert wird. Dabei verdient Hervorhebung, dass aus Sicht der Frauenbewegung ein Vergleich ganz andere Funktionen als im klassischen Privatrecht zu erfüllen hatte. Zunächst sollte durch transnationale Kooperation die Aufmerksamkeit der Frauen auf die Rechtslage im eigenen Land gelenkt werden. Namentlich der „*International Council of Women*“ suchte auf Basis vergleichender Länderstudien Reformbedarf zu identifizieren, um mit überzeugenden Argumenten Einfluss auf die nationale Politik zu nehmen (Nachweise bei Schöler, 2012). In Anlehnung an ein oft zitiertes Diktum des Sozialphilosophen Charles Fourier (1772–1837) sahen die Aktivistinnen in den „Fortschritten der Befreiung der Frau“ einen Gradmesser für den „Fortschritt“ einer bestimmten Nation oder Kulturepoche (Fourier, 1808, 190). Wegen der großen Bedeutung des Fortschrittsgedankens im 19. Jahrhundert konnte das vergleichende Argument in den Diskussionen über die rechtliche Gleichbehandlung von Frauen erhebliche Überzeugungskraft gewinnen. Von einer vergleichenden Betrachtung ließ sich nämlich leicht in den Modus eines Rankings übergehen, welches den einzelnen Staaten Anreiz gab, die führenden Nationen noch zu überbieten. Es sind also weniger praktische oder dogmatische als politische Gründe, die im Familienrecht das Bedürfnis nach einem Vergleich entstehen ließen. Erst im 20. Jahrhundert ist dann auch darüber diskutiert worden, inwieweit bestimmte Rechtsinstitute oder dogmatische Lösungen des Familienrechts anderer Nationen zur Rechtsfortbildung im eigenen Land herangezogen werden können. Ein Beispiel bildet die Diskussion über das skandinavische Recht in der Zeit der Weimarer Republik. Allerdings hatten auch hier Reformeure des Familienrechts und nicht Rechtsvergleicher die Federführung übernommen (8. Kapitel, S. 217).

Dass Frauen bereits im 19. Jahrhundert begonnen haben, sich zu organisieren, um auf internationalen Kongressen das Recht ihrer Länder zu vergleichen, bleibt auch in jüngeren Darstellungen zur Geschichte

der Rechtsvergleichung noch so gut wie ausgeblendet (Pintens, 2003, 330–332). Dieser Befund gab den Anstoß zu einem Forschungsvorhaben mit dem Titel „Internationale Reformforderungen zum Familienrecht und Rechtskämpfe des Frauenweltbundes 1830–1914“. Ziel war es, anhand ausgewählter Staaten wie Frankreich, England, USA, Schweden, Dänemark oder Norwegen erste Ansätze zu einer vergleichenden Familien- und Frauenrechtsgeschichte zu formulieren. Reformforderungen des Frauenweltbundes sollten analysiert werden, ohne dass dabei der Blick für nationale Besonderheiten verloren geht. Im Verlauf der Untersuchungen wurde deutlich, wie stark das Familienrecht dieser Länder seinerseits auf Prämissen beruht, die weit in die Vergangenheit zurückreichen. Die Frauenbewegungen haben nämlich nicht nur andere Staaten, sondern auch vergangene Rechtskulturen als Vorbild herangezogen, um Reformforderungen zum Ehe- und Familienrecht zu legitimieren. Über einen Ländervergleich hinaus musste also auch ein Vergleich vergangener Epochen oder Zeitabschnitte durchgeführt werden, was die Aufgabe nicht gerade erleichterte. Wo aber sollte ein solcher „doppelter Vergleich“ anfangen?

1.2 Wo anfangen?

Rechtshistoriker können auf diese Frage oft eine sehr klare Antwort geben: „Mit dem römischen Recht“, würden sie sagen, „weil es rezipiert wurde und in die großen europäischen Zivilrechtskodifikationen eingeflossen ist“. Gegenstand der Rezeption waren allerdings weniger das Familienrecht als die Methode der römischen Juristen und insbesondere das „allgemeine Verkehrsrecht“. Denn Methode und Verkehrsrecht seien in viel „höherem Maße *neutral*“ als „das an die individuelle Volksanschauung gebundene Familien- und Erbrecht“. Nur dieser Umstand mache „es begreiflich, dass die von den Römern für ganz andere Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse geschaffene Ordnung“ auf andere Zustände „übertragen werden konnte“ (Kaser, 1967, 340, Hervorhebung im Original).

Die Vorstellung einer „Übertragung“ auf die innerjuristische Argumentation lässt erkennen, dass Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte ähnliche Funktionen erfüllen sollen. Ob die Rechtsgeschichte überhaupt einen

Beitrag zur Dogmatik des geltenden Rechts liefern kann, ist freilich lebhaft umstritten: Kritiker erblicken hier eine unzulässige Kategorienvermischung und befürchten eine durch Bedürfnisse der Rechtspraxis verzerrte Wahrnehmung der Vergangenheit. Der Streit dreht sich aber im Wesentlichen um das Verkehrsrecht und lässt das Familienrecht weitgehend unberührt. Denn bislang hat, soweit ersichtlich, niemand behauptet, Formen antiken Familienrechts auf die Gegenwart „übertragen“ oder gar zur Rechtsfortbildung mit heranziehen zu wollen. Die verfeindeten Gruppen wären sich wohl darin einig, dass derartige Versuche als anachronistisch oder ungeschichtlich zu verwerfen sind. Wie in der Rechtsvergleichung wäre aber auch in der Rechtsgeschichte zu fragen, ob das Familienrecht tatsächlich einen solchen Sonderfall gegenüber anderen Gebieten des Privatrechts bildet.

Warum ist gegen die Rezeption des römischen Familienrechts „fast immer unbedingter Widerstand“ geleistet worden? (Wieacker, 1967, 194, 229). In welchem Punkt weicht die „individuelle Volksanschauung“ der Römer von jenen Auffassungen ab, die nicht nur im Mittelalter, sondern auch in den großen Kodifikationen der Aufklärung bis hin zum BGB von 1900 dominieren? Darauf gibt es eine einfache Antwort: Geschlechtsvormundschaft, *munt*, *mundium*, Ehevogtei oder Ehegewalt sind Begriffe, die bis ins 20. Jahrhundert galten und mehr oder weniger alle das gleiche sagen, nämlich dass die Frau dem „Haupt der Ehe“ Gehorsam schuldet. Zwar räumte das altrömische Recht mit der *manus*-Ehe dem Mann eine ähnliche Vormachtstellung ein. Die *manus*-Ehe und verwandte Institute waren im Rom der klassischen Epoche aus dem Rechtsleben jedoch schon fast überall verschwunden. Gegenstand der Rezeption hätte also nur ein Familienrecht werden können, das keine Ehegewalt mehr kannte und der Frau eine weitgehende rechtliche Selbstständigkeit gewährte (Fußnote 4, S. 43). Dieser Umstand, und nicht die Tatsache der Rezeption, ist letztlich der Grund, warum das römische Recht den idealen Ausgangspunkt für einen doppelten Vergleich, also für einen Vergleich nicht nur in geographischer, sondern auch in temporaler Hinsicht bieten kann. Oder anders ausgedrückt: Die *Entwicklung* innerhalb des römischen Rechts von einem streng patriarchalen zu einem durch egalitäre Elemente geprägten Familienrecht erregt heute ebenso Interesse wie die Argumente, die Juristen zur Rechtfertigung der ungleichen Behandlung

der Geschlechter gebrauchten. Auch einige Anhängerinnen der bürgerlichen Frauenbewegung haben im römischen Recht ein Vorbild gesehen, jedoch mit einer Einschränkung: Während sie das zu ihrer Zeit geltende Recht verschiedener Länder vergleichen und sich insoweit ein eigenes Bild machen konnten, war ihnen auf Grund des Ausschlusses vom Studium an den Universitäten der unmittelbare Zugang zu den Quellen des römischen Rechts noch versperrt (näher S. 43).

„Was wir als Anfänge glauben nachweisen zu können, sind ohnehin schon ganz späte Stadien“ (J. Burckhardt, 1905, 7). Rom steht am Ende der Antike und die Menschheit hat bereits zuvor Tausende von Jahren erlebt, in denen die unterschiedlichsten Eheformen praktiziert wurden. In der Literatur ist viel darüber diskutiert worden, ob von den altsteinzeitlichen Jäger- und Sammlergesellschaften über das Neolithikum bis zu den Funden der ersten schriftlichen Quellen die Raub- oder Entführungsehe herrschte und ob diese dann durch die Kaufehe abgelöst worden sei. Unter „Kaufehe“ pflegen wir eine Art Brautkauf zu verstehen, zu dem gewisse Gaben des Bräutigams an den Gewalthaber der Braut, in der Regel also den Vater, gehören. Dabei erscheint die Frau lediglich als Objekt, das durch den Kauf in die Gewalt des Erwerbers gelangt. Das Abstoßende an der Idee, dass die Frau wie eine Sklavin oder Kuh übereignet wird, hat manche Forscher dazu gebracht, die Existenz einer Kaufehe überhaupt zu leugnen und sich stattdessen mit der Idee eines Mutterrechts anzufreunden, welches das Geschlechterverhältnis früher Zeiten in einem günstigeren Licht erscheinen lässt (Geary, 2006). Insbesondere unter Germanisten war im 19. Jahrhundert und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts der Mythos von einem frauenfreundlichen Ursprungsrecht verbreitet. Auch auf die Frauenbewegung vermochten diese Ideen eine gewisse Anziehungskraft auszuüben (L. Braun, 1901, 3, 4). So meint z. B. die Mitbegründerin der deutschen bürgerlichen Frauenbewegung, Louise Otto-Peters, „das alte römische Recht“ habe die vorteilhaftere „altgermanische Ansicht von den Frauen verdrängt“ (Otto-Peters, 1876, 6). Ähnlich ist in den skandinavischen Ländern die Auffassung verbreitet, dass die Wikinger den Frauen eine vergleichsweise freie Rechtsstellung eingeräumt hätten und hier die Ursache dafür liege, dass in Schweden oder Norwegen ein egalitäres Familienrecht schon frühzeitig verwirklicht werden konnte (Nachweise bei Willekens, 2012).

Andererseits lehrt gerade die Familienrechtsgeschichte, dass die Vergangenheit nicht nur eine Vorgeschichte der Gegenwart ist, sondern auch ein eigenständiges und zugleich fremdes Gebiet sein kann. Zur Vorstellung, dass die Ehefrau wie eine Sklavin oder ein Stück Vieh gekauft wurde, kann nur gelangen, wer einen modernen Begriff des Eigentums auf frühere Zeiten projiziert. Denn das Merkmal des modernen Eigentums besteht darin, dass es nach der Beschaffenheit von Objekten nicht unterscheidet. Frühen Rechtskulturen ist eine derart abstrakte Vorstellung vom Eigentum unbekannt: Sie kennen nur ein Herrschaftsrecht an Sachen, dessen Inhalt nach diesen differenziert wird. Einem solchen Rechtsdenken bereitet es denn auch keine Probleme, sich ein „Eigentum“ des Mannes an seiner Frau vorzustellen, das vom Kauf einer Sklavin oder eines Stücks Vieh völlig verschieden ist. Die Kaufehe braucht daher nicht in allen Fällen als Indiz für ein „primitives“ Niveau einer bestimmten Kulturepoche genommen werden (Koschaker, 1937, 80, 81).

Die folgende Darstellung zielt nicht darauf, eine Übersicht über die ältesten Eheformen zu geben. Das altrömische Recht soll den Ausgangspunkt bilden, weil es die Möglichkeit eröffnet, einige Merkmale früher Rechtskulturen zumindest exemplarisch zu behandeln. Von Instituten wie *patria potestas*, *manus* oder *tutela* führt eine Linie zum Frühmittelalter über die Epoche der Aufklärung bis zum Anfang des 20. Jahrhunderts, als nach Inkrafttreten des BGB über das Fortleben einer *manus*- oder *mund*-Ehe (in § 1354) wieder lebhaft diskutiert wurde. Die Argumente der klassischen römischen Juristen kommen, soweit sie auf egalitäre Ansätze hinauslaufen, in den mittelalterlichen und neuzeitlichen Diskursen dagegen nur selten vor. Vereinzelt begegnen aber auch sie, und zwar vornehmlich bei Autoren der Aufklärungsepoche, die das Postulat der Gleichheit aller Menschen auf das Geschlechterverhältnis anwenden. Dieser Befund führt zu der grundsätzlichen Frage: Welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit es im Ehe- und Familienrecht zu einer Änderung überhaupt kommen kann? Lassen sich die Lehren von der Rechtsentstehung und den Rechtsquellen auch auf das Familienrecht ohne Weiteres anwenden? Die These ist, dass Gesetz und Gewohnheit hier oftmals in vertauschten Rollen auftreten.

1.3 Reformforderungen zum Familienrecht: Rechtsquellentheoretische Aspekte

Was die Lehren von den Rechtsquellen anbelangt, so gibt es zwei Auffassungen, die bis heute spannungsreich geblieben sind. Danach ist zu unterscheiden zwischen Normen, die ‚von oben‘ kommen – die eine über der Gesellschaft stehende Autorität befohlen hat, und Normen, die unabhängig von irgendeinem dominierenden Willen, gleichsam spontan, ‚von unten‘ herauf aus der Gesellschaft wachsen. Seit der Antike pflegen Juristen diese unterschiedlichen Vorstellungen über die Rechtsentstehung mit der Einteilung in geschriebenes (*scriptum*) und ungeschriebenes (*non scriptum*) Recht zu veranschaulichen, wobei das *ius scriptum* dem Willen eines staatlichen Gesetzgebers und das *ius non scriptum* den Kräften der Gesellschaft Ausdruck verleihen soll. Als Beispiele für ein solches nicht vom Staat, sondern aus dem Kreise der Gesellschaft produziertes Recht wären zu nennen: das Gewohnheitsrecht, das von Verbänden in Satzungen autonom gesetzte Recht und das Juristen- bzw. Richterrecht, also vor allem das durch Interpretation gewonnene Recht.

Die praktischen Vorteile des Gewohnheitsrechts entsprechen nach allgemeiner Meinung den Nachteilen des Gesetzesrechts. Bereits der Redaktor des Allgemeinen Teils des BGB, Albert Gebhard, erkannte, „daß die Kodifikation eines Rechts nie eine vollständige sein könne, daß bei der Vielgestaltigkeit des Lebens fort und fort neue Verhältnisse entstehen“ und „daß die infolge dessen entstehenden Rechtslücken einer Ausfüllung“ durch Gewohnheitsrecht bedürfen. Durch Gewohnheitsrecht gewinnt die Rechtsordnung „an Elastizität und an der Fähigkeit, sich jederzeit alsbald dem Leben anschmiegen“ zu können (Gebhard, 1881, 83–86). Noch heute herrscht die Auffassung, dass größere Flexibilität, Sachnähe der Rechtsetzer und Akzeptanz bei den Betroffenen zu den Vorteilen des ungeschriebenen Rechts gehören (Nachweise bei Meder, 2009, 1–2).

Das *ius non scriptum* bildet also einen wichtigen Faktor bei der Anpassung des Rechts an veränderte Gegebenheiten. Die Frage ist nur, ob dies auch für das Familienrecht gilt. Einiges spricht dafür, dass die Gewohnheit hier eher eine beharrende Wirkung entfaltet und eine Anpassung an gesellschaftlichen Wandel mehr über Gesetzgebung erfolgt. Reiches