

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	73 (1954)
Artikel:	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung
Autor:	Egger, A.
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-895782

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 10.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung

Von Prof. A. Egger, Zürich

I.

Die zivilrechtliche Gleichberechtigung als Verfassungsgrundsatz

Schon die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789 verkündete die Freiheit und die Rechts-gleichheit aller Menschen. Über die Rechtsstellung der Frau schwieg sie sich aus. Doch hatten Aufklärung und Natur-recht schon längst auch in diesem Lebensbereich ihre kri-tische Sonde angesetzt. Schon hundert Jahre vor der Revo-lution wurde l'égalité des deux sexes gefordert. Auch zwan-gen die sozialen Verhältnisse die Frauen schon im 18. Jahr-hundert zur Anmeldung «frauenrechtlerischer» Forderungen. Vollends riefen die Ereignisse von 1789 die Frauen auf den Plan. In einer Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin sollten auch ihre Rechte gewährleistet werden; Art. 1: Die Frau ist frei geboren und steht dem Manne an Rechten gleich; nur auf das Allgemeinwohl dürfen soziale Unter-schiede gegründet werden. Art. 6: Alle Bürgerinnen und Bürger müssen unterschiedslos zu allen öffentlichen Würden, Ämtern und Stellen zugelassen werden; hiebei entscheiden ihre Fähigkeiten ohne andere Unterschiede als die ihrer Tugenden und Geistesgaben. Aber die Vorkämpferin Marie Olympe de Gouges endet ihr Leben auf dem Schafott und die Forderungen der Frauen verstummen in der Ausartung der Revolution und im Aufstieg des Korsen.

Auch die helvetische Staatsverfassung vom 12. April 1798 erklärt die natürliche Freiheit des Menschen als unveräußerlich, Art. 4, und stellt ebenfalls den Grundsatz der Gleichheit auf — alle Vorrechte von Ständen werden aufgehoben, Art. 8. Aber des weiblichen Geschlechtes gedenkt auch sie nicht¹. Schon war indessen die Geschlechtsvormundschaft in Frankreich völlig überwunden und auch in großen Teilen Deutschlands im Gefolge der Rezeption des römischen Rechtes hinweggefegt. Bereits auch gingen die ersten Entwürfe eines französischen Code civil in der Regelung des ehelichen Güterrechts und der elterlichen Gewalt von der Gleichberechtigung der Geschlechter aus. Aber die Helvetik ging nicht diese Wege. Es fehlte nicht an kritischen Stimmen, nicht an der Einsicht, daß die «beständige Unmündigkeit der Weiber» äußerst nachteilig sei, weil gerade sie notwendigerweise die Frauen zur Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten unfähig mache. Aber der Vorentwurf eines helvetischen Codex von Carrard behielt die Geschlechtsvormundschaft, nur um ein wenig gemildert, bei, und das Eherecht nimmt wiederum die Geschlechts tutel in Gestalt der eheherrlichen Gewalt auf. Schon sehen wir, wie Staehelin l.c. bemerkt, «den konservativen, allen die Stellung der Frau betreffenden Neuerungen ganz besonders hartnäckig abholden Schweizersinn», der sich durch alle Stürme der Zeit hindurch bis zum heutigen Tage erhalten habe, am Werk.

Auch die Bundesverfassung von 1848 stellt das Gleichheitsprinzip auf; Art. 4 verpönt alle Untertanenverhältnisse, alle Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familie oder der Person. Der ungleichen Rechtsstellung von Mann und Frau wird nicht gedacht und daraus auch abgeleitet, daß die Verfassung die Gleichberechtigung der Geschlechter keineswegs gewährleiste. Ganz besonders sollen sich aus Art. 4 keine politischen Rechte der Frau begründen lassen.

¹ C. Hilty, Helvetik, 732, H. Staehelin, Civilgesetzgebung d. Helv. 1931, 89.

Wenn auch der Wortlaut die Frau nicht vom Stimmrecht ausschließe, ergebe sich doch aus der gesamten geschichtlichen Entwicklung, daß die Verfassung dieses Recht nur den männlichen Bürgern einräume, EBG 13 (1887) I 6. Dabei ist es bis zum heutigen Tage geblieben, vgl. den bundesrätlichen Bericht betreffend das Frauenstimmrecht vom 2. Februar 1951. Ebensowenig eröffnet Art. 4 den Frauen den Weg zu den öffentlichen Ämtern. Während langer Jahre versagte die Rechtsprechung der Frau auch den Rechtsschutz des Art. 4, wenn kantonale Rechte sie von der Rechtsanwaltschaft ausschlossen. Zum mindesten nach der zurzeit zweifellos (noch) herrschenden Rechtsanschauung entbehre diese Unterscheidung, welche der Frau die Ausübung des Berufes eines Rechtsanwaltes versage, nicht der innern Begründung, EBG 13, 1 (Fall Kempin). Erst im Jahr 1923 leitet das Bundesgericht aus Art. 4 den Rechtsanspruch der Frau ab, zu jeglicher Berufsausübung zugelassen zu werden, soweit nicht der Beruf selber nach seiner Eigenart die Ausübung durch die Frau ausschließe. Die Rechtsauffassung, die dem ältern Entscheide zugrunde liege, sei mit den heutigen Verhältnissen nicht mehr vereinbar. Die Eignung zum Rechtsanwaltsberuf hänge von den persönlichen Eigenschaften ab und die Zulassung dürfe nicht mehr vom Geschlecht abhängig gemacht werden, Fall Roeder, EBG 49 I 16.

Dauernd bleibt der Frau der Rechtsschutz des Art. 4 versagt gegenüber der kantonalen Zivilgesetzgebung. Die west- und mittelschweizerischen Kantone waren schon vor der Errichtung des neuen Bundesstaates zu ihren Gesetzbüchern gelangt. Keineswegs wurden sie in der Folge auf Grund des Art. 4 überprüft, und auch die ostschweizerischen Kantone, die erst nach 1848 ihre Zivilgesetzbücher erließsen, wurden durch den Grundsatz der Rechtsgleichheit nicht behindert. Besonders das zürcherische PrGB von 1853/55 zeichnete sich durch eine exorbitante Zurücksetzung der Frau aus. — Aber auch bei den Vorarbeiten zum schweizerischen ZGB vom 10. Dezember 1907 wurde

nie die Frage aufgeworfen, ob seine familienrechtlichen Bestimmungen mit BV Art. 4 vereinbar seien.

Die seitherigen Umwälzungen in der Staatenwelt führen zu neuen Verfassungen, und diese erheischen auch eine Besinnung auf das Recht der Frau. Die Weimarer Verfassung von 1919 räumt der Frau die gleichen staatsbürgерlichen Rechte ein wie dem Mann, eröffnet ihr auch den Zugang zu den öffentlichen Ämtern und beseitigt im Beamtenrecht alle Ausnahmebestimmungen zu ihren Lasten. Nach Art. 119 Abs. 1 soll auch die Ehe auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter beruhen. — Sowjetrußland führt mit seiner Verfassung vom 5. Januar 1936 aus ihrer eigenen Zielsetzung heraus den Gleichheitsgrundsatz durch, Art. 122: den Frauen stehen die gleichen Rechte zu wie den Männern in allen Bereichen des wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, kulturellen, sozialen und politischen Lebens. Besonders gewährleistet werden sie ihnen im Sozialrecht, Abs. 2, und Art. 137 räumt ihnen das gleiche Wahlrecht ein.

Der Zweite Weltkrieg verhilft vollends dem Grundsatz der Gleichberechtigung zum Durchbruch. Schon die Charta von San Francisco vom 26. Juni 1945 verkündet den Glauben an die menschlichen Grundrechte, die Würde und den Wert der Person des Menschen, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Art. 1, Ziff. 3, 55, 62, 68, 76 lit. c.

Nach dem Kriege proklamiert Frankreich in der Präambel seiner Verfassung vom 27. Oktober 1947 den Grundsatz: Das Gesetz gewährleistet der Frau in allen Bereichen die gleichen Rechte wie dem Mann. — Die Vereinigten Nationen erlassen in Befolgung der mit der Charta erteilten Direktiven am 10. Dezember 1948 die universelle Erklärung der Menschenrechte. Wiederum erklärt Art. 1 alle Menschen frei und gleich an Würden und Rechten geboren; sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen. Art. 2 gewährt jedem Menschen den Anspruch auf diese Rechte

und Freiheiten ohne irgendeine Unterscheidung, wie etwa nach Rasse, Farbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Überzeugung, nationaler oder sozialer Herkunft, nach Eigentum, Geburt oder sonstigen Umständen. Art. 16 gewährleistet die Eheschließungsfreiheit und will den Grundsatz der gleichen Rechte von Mann und Frau angewendet wissen auf die Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung. — In Deutschland weisen die einzelstaatlichen Verfassungen, die nach 1945 erlassen worden sind, in ihren Formulierungen erhebliche Unterschiede auf; dagegen erlässt die Bundesrepublik Deutschland ihr Grundgesetz vom 23. Mai 1949 und stellt in ihr die Gleichbehandlung allem voran. Art. 3 lautet:

Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich.

Mann und Frau sind gleichberechtigt.

Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen und politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.

Auch die Verfassung der demokratischen deutschen Republik vom 7. Oktober 1949 nimmt in Art. 7 den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau auf, und zwar zu sofortiger Geltung, nicht als Programm, sondern als materiellen Rechtssatz. Demgegenüber enthält die Bonner Verfassung die besondere Übergangsbestimmung Art. 117: die gesetzlichen Bestimmungen, welche dem Art. 3 Abs. 3 widersprechen, bleiben in Geltung bis zur Anpassung der Gesetzgebung an das Grundgesetz, jedoch nicht länger als bis zum 31. März 1953. Die Anpassung bis zu diesem Termin zu vollziehen, hat sich als unmöglich erwiesen. Sie ist in Vorbereitung, aber noch nicht durchgeführt. Was soll inzwischen gelten? Entgegen der Meinung, es müsse notgedrungen das bisherige Recht, und wäre es nur als bisheriges und eingelebtes, somit als Gewohnheitsrecht weiter angewendet werden, hat die Recht-

sprechung überwiegend als ihre Pflicht erkannt, die Lücke selber auszufüllen und sich dabei vom Verfassungsgrundsatz der Gleichberechtigung leiten zu lassen; das Bundesverfassungsgericht hat diese Stellungnahme mit ausführlicher Begründung in der Entscheidung vom 18. Dezember 1953 gebilligt.

Die deutsche Gesetzgebung sieht sich vor die Aufgabe gestellt, das Familienrecht dem neuen Verfassungsgrundsatz anzupassen, das Familienrecht somit auf der Basis der Gleichberechtigung neu zu ordnen. Dabei sieht sie sich durchaus nicht nur vor die Verfassung von 1949 und das BGB von 1896 gestellt. In der langen Zwischenzeit hat vielerorts das Familienrecht eine Neugestaltung erfahren, besonders in den Kodifikationen der Nationalstaaten von 1919—1939, die im einzelnen vielfach schon Tendenzen, wenn nicht der Gleichbehandlung, so doch einer Verselbständigung der Ehefrau und auch der jungen Generation verfolgen. Genannt seien hier nur die beiden französischen Gesetze vom 7. Februar 1938 betreffend die Handlungsfähigkeit der Ehefrau und vom 22. September 1942 betreffend die Rechte und Pflichten der Ehegatten und verwiesen auf die heutigen Vorarbeiten zur Revision des französischen Familienrechtes, s. die Literaturangaben am Schlusse dieser Ziffer I. — Vor allem hat eine kühne skandinavische Zivilgesetzgebung, das Werk einer interstaatlichen Zusammenarbeit, die Gleichbehandlung durchgeführt, vorerst Schweden mit seinem Ehegesetz vom 11. Juni 1920 — eine wahrhaft erstaunliche Leistung eines Landes, das bis dahin dem Traditionalismus noch stärker als das unsrige verbunden gewesen war. 1925 folgt Dänemark, 1927 Norwegen, 1929 Finnland². — In den

² Textausg. des schwed. Ehegesetzes von G. Nyrén, Bln. 1925, des schwed. und finnl. von Lind in den Zivilgesetzen der Gegenwart, Bd. 10, der nicht zum Abschluß gelangt ist. Vgl. die Länderberichte im Rvergl. HWB f. d. Zivil- und HR I 1927. — Pappenheim, Vereinheitlichung und Reform des nord. Ehrechts, Arch. Ru.WPhil. 13, 1919/20, 175; Kaden, Gütergemeinschaft auf

zwanziger Jahren setzt die zunächst einzelstaatliche russische familienrechtliche Gesetzgebung ein, die vollends die Rechtsgleichheit konsequent durchführt. Sie ist nicht an die Tradition gebunden, ja will mit ihr gerade brechen. Die Grundanschauungen und die Ziele sind andere als in der westlichen Gesetzgebung; die Einzelregelung behält trotzdem auch für uns ein wissenschaftliches Interesse, da auch sie uns die Möglichkeiten und Grenzen der Gleichbehandlung aufzeigt.

In Deutschland setzten die Vorarbeiten bereits auf Grund der Weimarer Verfassung in den zwanziger Jahren ein. Schon der 33. deutsche Juristentag von 1924 leistete grundlegende Vorarbeiten zur künftigen Gestaltung des ehelichen Güterrechts, auf Grund von Berichten von Prof. Th. Kipp, Wieruszowski und RA Marie Munk. Kipp legte bereits den Plan eines neuen Güterrechtssystems vor, der im wesentlichen dem heutigen Regierungs-Entwurf zugrunde gelegt werden konnte und dem die Versammlung begeistert zustimmte. Auch der 36. deutsche Juristentag von 1931 und wiederum der 38. von 1950 haben die Probleme der Gleichberechtigung erörtert; auch sie erwiesen sich als erschlossen und stellten sich mit Entschiedenheit auf das neue Recht ein. Auch die deutschen Juristinnen haben dabei hervorragende Leistungen erbracht.

Auf Grund des Bonner Grundgesetzes setzten die amtlichen Vorarbeiten ein. Im Auftrag des Justizministeriums arbeitete Oberlandesgerichtsrätin Dr. Hagemeyer eine Denkschrift über die Anpassung des Familienrechtes an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus, in drei Teilen, Köln o. J. Der Entwurf des Justizministeriums fand jedoch nicht die Zustimmung der Bundesregierung. Sie überarbeitete ihn und unterbrei-

den Todesfall, Rvgl. HWB IV 116; Runge, Schwed. Ehegüterrecht, Marburg 1934; Menzel, Das neue dänische Güterrecht, Gruchots Beiträge 68, 644. — Haff, Gleichberechtigung i. ehel. u. a. e. Elternrecht nach d. neuen schwed. Elterngesetz v. 1. 1. 1950, Zbl. f. Jugendr. u. Jugendwohlfahrt 1951, 41.

tete die neue Fassung dem Bundesrat, der am 26. September 1952 seine Stellung bezog. Am 23. Oktober 1952 wurde die Vorlage mit den Änderungsvorschlägen des Bundesrates dem deutschen Bundestag vorgelegt, DBT1949, Drucks. Nr. 3802, 1952. — Inzwischen ist der Endtermin, den Gg Art. 117 für die Fortdauer der Gesetze, welche der Gleichberechtigung widersprechen, vorsieht, der 31. März 1953, längst verstrichen. — Am 13. Februar 1954 hat der Bonner Bundestag die erste Lesung in lebhafter Debatte aufgenommen³.

Die Literatur zu dem Problem der Gleichberechtigung ist überaus reich. Sie wird in der Denkschrift aufgeführt; ein ausführliches und nachgeführtes Register enthält H. Hoffmann, Das Familienrecht in Berlin seit 1. April 1953 in der Juristischen Rundschau (JR) 1953, H. 6, S. 199. An dieser Stelle seien nur folgende monographische Abhandlungen genannt: G. Beitzke und K. Hübner, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, Tbg., 1950, ersterer mit einer grundsätzlichen Besinnung, letzterer mit Vorschlägen für die Einzelgestaltung; Hans Dölle, Die Gleichberechtigung, in der Festgabe für Erich Kaufmann, 1950; ders., Das BGB in der Gegenwart, Recht und Staat N. 152; J.W. Hedemann, Rechtsstellung der Frau, Bln, vortrefflicher Überblick des Standes bis 1952. — F.W. Bosch, Familienrechtsreform, 1952, ausführliche und eindringliche Darstellung seiner katholischen Auffassung; Ehorecht und Menschenrechte, 1952, herausgegeben von G. Harder (aus evang.-bibl. Sicht), Bln 1951, besonders der Beitrag H. Altmann betreffend das moderne Ehorecht. — Aus der schweizerischen Literatur: H. Herta Meyer, Das Ehorecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau, z.D., Bern 1937, mit Verwertung der Ergebnisse des 33. und 36. deutschen Juristentages; Paul Signer, Die

³ Die Auswirkungen der Gleichberechtigung der Frau im internationalen Recht können in diese Darstellung nicht einbezogen werden, vgl. N. Makarov, Gleichb. u. internat. PR, Zausl. PR 17, 1952, 382f.; Dölle, Festg. f. Kaufmann, 39.

ehemännliche Autorität im heutigen Ehrerecht, z. D. 1938, mit eingehender Auseinandersetzung mit dem ZGB, beide Arbeiten in selbständiger Gedankenführung auf die Gleichbehandlung eingestellt. — Sehr instruktiv wäre die Heranziehung der Vorarbeiten zur Revision des Code civil, die *Travaux de la Commission de réforme du code civil*, besonders Bd. V 1949/50, VI 1950/51. In eigener nationaler Abwandlung werden die gleichen Probleme behandelt. Ihre Würdigung bedürfte einer eigenen Darstellung.

II.

Die Durchführung der Gleichberechtigung im Zivilrecht

Allem voran sind es die persönlichen Wirkungen der Ehe, welche vom Gesetzgeber eine klare Stellungnahme erheischen. Durch sie wird die eheliche Gemeinschaft begründet, ZGB Art. 159. Bedarf diese Gemeinschaft eines organisatorischen Aufbaues autoritären Stiles, einer Differenzierung der Funktionen, die dem Ehemann eine überragende Stellung einräumt, oder kann und soll sie nicht ihre Regelung auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau finden? Das neue Bonner Grundgesetz bekennt sich zu dieser zweiten Auffassung und auferlegt dem Gesetzgeber die Pflicht der Durchführung.

1. Das ehemännliche Entscheidungsrecht

In der Kodifikationsperiode um das Jahr 1800 sanktionieren die beiden ältesten Gesetzbücher das autoritäre Prinzip. Das preußische ALR von 1794 erklärt den Ehemann als das Haupt der Gemeinschaft und fügt bei: sein Entschluß gibt in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag. Der Code civil von 1804 dekretiert in Art. 213 gar: *Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari* — ein Satz, der uns mehr korsisch als französisch anmutet, der aber bis 1938 das Gesetzbuch

belastete. — Das österreichische ABGB von 1811 darf als patriarchalisch angesprochen werden. Wohl erklärt es ebenfalls den Mann als Haupt der Ehe und spricht ihm das Recht zu, das Hauswesen zu leiten, es auferlegt ihm aber sogleich auch die Pflicht des Unterhaltes und der Vertretung. Zeiler führt dazu in seinem Kommentar von 1811 aus, daß freilich auch die Regierung einer Familie Einheit des Willens, Einheit des Planes erfordere. Aber diese können auch durch zwei Machthaber erreicht werden, wenn sie sich ihre Meinungen wechselseitig mitteilen und begründen, somit als *Dyarchia communicato consilio*. Dazu seien die Ehegatten auch verbunden, weil weder aus der gewöhnlichen physischen oder intellektuellen Überlegenheit des Mannes, noch auch aus der engen ehelichen Verbindung ein Recht des Mannes, seine Frau zu beherrschen, abgeleitet werden könne. Wolle ein Teil in Angelegenheiten, die das Wohl der Familie betreffen, den einleuchtenden Gründen des andern kein Gehör geben, so stehe dem in seinem Rechte, die häusliche Wohlfahrt zu handhaben, gekränkten Teil die Befugnis zu, dies durch richterliche Hilfe durchzusetzen. Freilich sei in zweifelhaften Fällen die Frau verbunden, nachzugeben und den Mann als Haupt der Familie zu betrachten, weil für ihn aus den gewöhnlichen Naturanlagen und der üblichen Erziehungsart die Vermutung einer reiferen und tieferen Beurteilung streite. Diese Auffassung teilt auch noch das revisierte zürcherische Matrimonialgesetz von Zürich, ebenfalls aus dem Jahr 1811, § 54. Von einem Entscheidungs- und Vertretungsrecht des Mannes ist keine Rede. Von dieser naturrechtlich bedingten Auffassung rückt dann das zürcherische PrGB von 1853 § 125 f. weit ab.

Das deutsche BGB von 1896 verzichtet darauf, den Mann zum Haupt der Ehe zu ernennen, verleiht ihm aber ausdrücklich das Entscheidungsrecht in allen das Gemeinschaftsleben betreffenden Angelegenheiten, doch nur in den Schranken des Mißbrauchverbotes, § 1354. Diese Bestimmung war schon bei der Beratung des Gesetzes um-

stritten, vielfach umstritten blieb in der Folge auch ihre Tragweite. — In der heutigen Diskussion wird das ehemännliche Entscheidungsrecht überwiegend als mit dem Verfassungsgrundsatz der Gleichberechtigung unvereinbar erklärt, ihm für heute auch die innere Berechtigung aberkannt. Die einstige Berufung auf die Unterschiede der Erziehung und Ausbildung von Mann und Frau ist durch den Wandel der Verhältnisse hinfällig geworden. Daß der Mann eine Gewähr richtigerer Beurteilung und größerer Objektivität biete in allen Fragen des ehelichen Zusammenlebens, entspricht heute keineswegs mehr der *communis opinio*. Ist es angemessen, daß er über die Ausstattung der Wohnung entscheidet, während doch gerade sie jahraus, jahrein in diesen Räumen weilt und arbeitet, daß nur gerade er über die Aufnahme eines Familienangehörigen entscheidet, sei es eines eigenen, sei es eines Gliedes der Frauenfamilie? Und vollends in allen Fragen der Kindeserziehung (s. u. Ziff. 6)? Gewiß werden Mann und Frau solche Fragen sehr oft verschieden beurteilen, das ist tief begründet in der Verschiedenheit ihres Denkens und Urteilens, aber die Vorstellung, daß das Urteil des Mannes generell das überlegenere sei, ist in der heutigen Generation nicht mehr lebendig. — Doch wird immer wieder auf die Erforderlichkeit einer solchen Entscheidungsinstanz in jeder Gemeinschaft hingewiesen — gewiß zu Unrecht, wie seinerzeit schon Zeiler ausgeführt hat. In der Tat kennt weder die Gemeinderschaft, ZGB Art. 340/41, noch die Erbengemeinschaft, Art. 602, weder die einfache noch die Kollektivgesellschaft, OR Art. 534/35, 557, ein solches «organisatorisches» Prinzip. — Auch eine Lösung durch Aufteilung des Entscheidungsrechtes nach Sachgebieten empfiehlt sich nicht; eine scharfe Abgrenzung etwa der «auswärtigen» und internen Angelegenheiten läßt sich nicht durchführen.

Das Justizministerium befürwortete die Übernahme des schwedischen Rechtes: durch Stillschweigen des Gesetzes soll das ehemännliche Entscheidungsrecht beseitigt wer-

den. Der Regierungsentwurf nimmt es jedoch wieder auf in folgender verklausulierter Fassung des § 1354:

Die Ehegatten haben alle Angelegenheiten, die Ehe und Familie betreffen, in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln. Jeder Ehegatte hat auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des anderen Rücksicht zu nehmen. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen die Ehegatten versuchen, zu einer Einigung zu gelangen. Ist dies nicht möglich, so ist der Mann berechtigt und verpflichtet, unter Berücksichtigung der Auffassung der Frau die Entscheidung zu treffen. Eine Entscheidung, die dem wohlverstandenen Interesse der Ehegatten nicht entspricht, ist für die Frau nicht verbindlich.

Der Bundesrat kehrt zu der Auffassung des Justizministeriums zurück. Er beschließt, daß nur die ersten zwei Sätze in das Gesetz aufgenommen werden sollen; die Regierung hält an dem Entscheidungsrecht des Mannes fest. Im Bundestag (13. April 1954) stießen die Meinungen sofort heftig aufeinander. — Zum schweizerischen Recht ausführlich Signer 106/139, auch Herta Meyer 83 f., vgl., u. Ziff. IV A.

Nach bisherigem Recht bestimmt der Ehemann die eheliche Wohnung; das ZGB räumt ihm als Haupt der Gemeinschaft ausdrücklich die Befugnis ein, Art. 160; nach deutschem BGB liegt darin ein Anwendungsfall des Entscheidungsrechtes, § 1354. Diese Entscheidung muß dem Manne zustehen, weil er mit der Unterhaltspflicht belastet ist. Doch bietet diese Regelung der Kritik die gleichen Angriffsflächen wie das Entscheidungsrecht überhaupt. Auch die Bestimmung der ehelichen Wohnung bildet eine gemeinsame Angelegenheit, Denkschrift I 13, Reg.-Entw. § 1354; es erübrigt sich, dieses Bestimmungsrecht noch besonders zu erwähnen. Es wird auch in Zukunft dabei bleiben, daß die Wohnung gewählt wird, welche dem Ehemann die Berufsarbeit erleichtert oder gar erst ermöglicht, mittelst welcher er seine Unterhaltspflicht bestreitet. Wenn es aber die Frau ist, welche für den Unterhalt vorzugsweise

aufkommt, dann muß sich die Wahl der Wohnung darnach bestimmen. Dies ist gewiß heute schon so rechtens, im Gegensatz zum Wortlaut des Gesetzes; die vorgeschlagene Lösung wird den Widerspruch zwischen gesetztem und gelebtem Recht aufheben.

2. Unterhaltspflicht und Berufsausübung der Ehefrau

Nach dem überkommenen Recht obliegt die familienrechtliche Unterhaltspflicht dem Ehemann, preuß. ALR Tl 2, Tit. 1, § 185, österr. ABGB § 91. Das dBGB geht einen Schritt weiter, § 1360: der Mann hat der Frau den vollen Lebensunterhalt zu gewähren, doch obliegt der Frau ihrem Ehepartner gegenüber diese Pflicht, wenn er außerstande ist, sich selbst zu erhalten. — Das ZGB geht auch über diese Regelung hinaus: wohl hat der Mann für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen, Art. 160, aber die Frau steht ihm mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen. Somit ist sie keineswegs nur subsidiär unterhaltspflichtig, sie hat vielmehr neben dem Mann die Pflicht, sich für das Wohl der Gemeinschaft einzusetzen und den Mann in seiner Sorge um diese zu unterstützen. Auch sie soll sich mit ihren Kräften einsetzen, auch wirtschaftlich nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit, nicht nur mit den Erträgnissen ihres Vermögens, Art. 201, sondern auch mit ihrer Arbeit, Art. 161 Abs. 2, 192. — Das schwedische Recht vollzieht vollends die Wendung, Kap. V § 2: beiden Ehegatten wird die Pflicht auferlegt, für die Familie den Unterhalt zu bestreiten, wobei die Art und Weise dieser Beitragsleistung dem Einzelfall überlassen bleibt; ein jeder hat sie zu erbringen nach seinen Kräften, durch Zuschuß von Geld, Tätigkeit im Hause oder auf andere Weise. Und schon erscheint diese grundsätzliche Einstellung als gefestigte Position. Der deutsche Reg.-Entw. übernimmt sie in § 1360

Abs. 1: Die Ehegatten haben nach Maßgabe ihrer Arbeitskraft und der Einkünfte ihres Vermögens den angemessenen Unterhalt der Familie zu bestreiten. Die Unterhaltpflicht wird somit beiden Ehegatten auferlegt; sie ist eine Gemeinschaftspflicht geworden.

Aber die Konsequenzen, die sich daraus ergeben, hat das bisherige Recht noch nicht gezogen. Dieses gewährt der Frau das eine Recht und auferlegt ihr die eine Pflicht, den Haushalt zu führen, ZGB Art. 161 Abs. 3. Der Zivilgesetzgeber geht aus von der Hausfrauen-Ehe. Mit Eintritt in die Ehe widmet sie sich der ehelichen Gemeinschaft und ihrem Haushalt. «Sie führt den Haushalt», bestimmt lakonisch ZGB Art. 160 Abs. 3. Die Norm wird in die Form einer tatsächlichen Feststellung gekleidet. Aber gerade diese Feststellung deckt sich keineswegs mehr mit dem wirklichen Sachverhalt. Die Frau betätigt sich darüber hinaus; sie betätigt sich im Beruf oder Geschäft des Mannes, oder sie geht anderweitig noch arbeiten — eine Doppelbeschäftigung, die zumeist eine schwere Belastung bedeutet; oder sie übt selbstständig ihren eigenen Beruf aus; die Hausarbeit wird nach Möglichkeit reduziert oder von Hilfskräften besorgt.

Diese Berufsarbeit stellt das Recht vor schwierige Probleme. Der schweizerische Gesetzgeber ist keineswegs folgerichtig. Er auferlegt der Frau die Pflicht der Mitsorge für den Unterhalt der Familie, aber der beruflichen Betätigung, mittelst welcher dieser Beitrag geleistet werden soll, steht er mißtrauisch gegenüber. Der VE 1900 sah in Art. 190 noch vor, daß die Ehefrau befugt sei, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, sofern dadurch die eheliche Gemeinschaft nicht geschädigt oder gefährdet werde. Aber die weiteren Beratungen führten zum heutigen Art. 167: nur mit Bewilligung des Ehemannes soll sie zur Berufsausübung befugt sein. Bei Verweigerung der Bewilligung muß sie den Richter um die Ermächtigung zur beruflichen Betätigung angehen, und sie muß dabei beweisen, daß dies im Interesse der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie ge-

boten sei — eine Lösung, die schon damals der ständerratliche Referent, Hoffmann, als überholt gekennzeichnet hat. — Das deutsche BGB erwähnt die selbständige Berufsausübung nicht, unterstellt sie jedoch dem ehemännlichen Entscheidungsrecht, § 1354. Da die Ehefrau handlungsfähig, kann sie allerdings eigenmächtig einen Arbeitsvertrag eingehen; § 1358 gewährt jedoch dem Ehemann ein Kündigungsrecht.

In dem heutigen Ringen um die Gleichberechtigung wird dieses Kündigungsrecht durchwegs preisgegeben. Es wird auch überwiegend das Recht der Frau anerkannt, sich beruflich zu betätigen; auch sie muß des Persönlichkeitsrechtes teilhaftig werden, einen Beruf zu erlernen und in diesem ihre Kräfte zu entfalten. Doch soll auch in diesem Zusammenhang das Mißbrauchsverbot die erforderliche Schranke setzen. Dagegen wird auch der Vertrauenschutz geltend gemacht. Haben die Ehegatten bei Eingehung der Ehe die Betätigung der Frau im Haushalt oder im Beruf des Mannes vorgesehen, dann soll die Frau nicht willkürlich davon abgehen und so den Mann in seinem begründeten Vertrauen enttäuschen dürfen. Weiter geht das Bemühen jener, welche der Frau die Berufsausübung nur neben der Erfüllung der häuslichen Verpflichtung gestatten wollen, da die gemeinsame Lebensführung ein Grundprinzip unserer abendländischen Eheform, der Vorrang der Frauen- und Mutterpflichten einen Eckpfeiler der christlich-abendländischen Kultur bilde (Bosch 107, Boehmer MDR 1950, 387, vgl. Beitzke 33). Diese Überlegungen betreffen das Recht der Frau zur Berufsausübung. Der Gesetzgeber wird die Regelung zunächst den Ehegatten überlassen, darüber hinaus wird der Eheschutz eingesetzt werden müssen. Im deutschen Entwurf liegt dieser lediglich in der richterlichen Überprüfung der vom Manne getroffenen Entscheidung.

Aber dieses Recht tritt so sehr zurück, daß es vom Reg.-Entw. gar nicht mehr erwähnt wird — in den Vordergrund rückt die Pflicht zur beruflichen Betätigung —, was

geeignet ist, den vollzogenen Wandel der Verhältnisse in helles Licht zu rücken. Diese Pflicht wird der Frau nicht auferlegt aus kollektivistischen Gründen, um ihre Arbeitskraft in den allgemeinen Produktionsapparat einzuschalten, sondern im Dienst der Familie, in Erfüllung der Unterhaltpflicht. Unter diesen Aspekt rückt bereits das schwedische Ehegesetz die Berufsarbeit der Frau, Kap. V § 2. Auch der deutsche Entwurf widmet dem Recht der Frau auf eigene berufliche Betätigung keine besondere Bestimmung, sondern spricht von dieser Frauenarbeit nur in dem Abschnitt über die Unterhaltpflicht. § 1360 Abs. 1 stellt den wegleitenden Grundsatz auf: Die Ehegatten haben nach Maßgabe ihrer Arbeitskraft und den Einkünften ihres Vermögens den angemessenen Unterhalt der Familie zu bestreiten. Wie die Frau ihren Beitrag durch ihre Arbeitsleistung zu erbringen vermag, wird in differenzierender Weise folgendermaßen geregelt: § 1360 Abs. 3 S. 1 bestimmt: Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, nach Maßgabe ihrer Arbeitskraft den Unterhalt der Familie zu bestreiten, in der Regel dadurch, daß sie das gemeinschaftliche Hauswesen leitet, und soweit dies nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich ist, im Haushalt arbeitet. — Damit wird der Führung des Haushaltes die Priorität zuerkannt. S. 2 fügt jedoch bei: Sie ist, soweit ihr dies nach den Umständen des Falles zuzumuten ist, verpflichtet, erwerbstätig zu sein, wenn die Arbeitskraft des Mannes und die Vermögenseinkünfte des Mannes nicht ausreichen, um den angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Damit wird unter bestimmten Voraussetzungen die Pflicht zur außerhäuslichen Arbeitsleistung im Dienste der Familie festgesetzt. Nur soweit diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, bleibt Raum für die Geltendmachung des Rechtes der Frau auf ihre berufliche Betätigung. — Eine weitere Pflicht zu beruflicher Betätigung sieht Abs. 4 vor; sie wird jedoch als Pflicht sowohl des Mannes als der Frau statuiert; ihre besondere Regelung entspricht der Bedeutung, welche dieser Form der Mitarbeit zukommt: Jeder Ehegatte hat im Beruf

oder Geschäft des andern Ehegatten mitzuarbeiten, soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist, oder die Ehegatten bei der Eheschließung eine solche Mitarbeit vorgesehen und die Verhältnisse sich seitdem nicht wesentlich geändert haben. Diese Verpflichtung entfällt, soweit die Mitarbeit dem Ehegatten nach den Umständen des Falles nicht zumutbar ist.

3. Die Schlüsselgewalt

Wenn der Mann den Unterhalt zu bestreiten hat und wenn ihm das Entscheidungsrecht in den ehelichen Angelegenheiten zusteht, ist es nur folgerichtig, ihm die Besorgung aller einschlägigen Rechtsgeschäfte anheimzustellen. Doch wird der Ehefrau vom Gesetz eine eng umschriebene Vertretungsbefugnis eingeräumt: für die laufenden Bedürfnisse des Haushaltes. Nach dBGB § 1357 betätigt sie diese Geschäfte für den Mann. Im Bereich der Schlüsselgewalt vertritt sie ihn; er allein wird daraus haftbar. Das ZGB gestaltet dieses Vertretungsverhältnis anders: die Frau vertritt wirklich die Gemeinschaft, Art. 163; sie wird aus diesen Haushaltungsgeschäften, wenn auch nur subsidiär, auch haftbar, Art. 207, 220, 243. In Ausübung der Schlüsselgewalt vertritt sie die Gemeinschaft. Die weitere Regelung bekundet jedoch in beiden Gesetzen die überlegene Stellung des Mannes: obschon diese Befugnis der Frau vom Gesetz eingeräumt ist, kann er sie ihr entziehen. Der Gesetzgeber geht von der Vermutung aus, daß diese Entziehung begründet sei; denn wenn die Frau sie nicht einfach hinnehmen will, muß sie den Richter anrufen, und sie muß die Unbegründetheit der Maßnahme beweisen, Art. 165, BGB § 1357.

Wenn die Unterhaltpflicht beiden Ehegatten auferlegt wird und die Angelegenheiten des ehelichen Zusammenlebens gemeinsam geregelt werden, dann bedarf auch das Vertretungsrecht einer neuen Regelung: beiden Ehegatten muß die Vertretung der Gemeinschaft zustehen, beide sollen aus den Geschäften auch haftbar werden. Wie schon er-

wähnt, haftet nach ZGB die Ehefrau nur subsidiär; das schwedische Recht sieht eine andere Beschränkung vor: sie soll für diese Zweckschulden, welche zum Erwerb von Verbrauchsgütern eingegangen wurden, nicht haftbar werden mit künftigem Vermögenserwerb. Ihre Haftung wird zeitlich auf zwei Jahre beschränkt. Der vorliegende deutsche Entwurf sieht einfach die solidarische Haftung vor.

Alsdann muß aber auch jeder Ehegatte berechtigt sein, gegen den Mißbrauch der Vertretungsbefugnis durch den andern einzuschreiten. Daß dies nur der Mann soll tun können, entspricht in der Tat nicht der Lebenswirklichkeit; Fälle, in denen gerade der Ehemann versagt und infolge von Trunksucht, Mißwirtschaft, Geltungsdrang, Eigennutz die häuslichen Angelegenheiten schlecht betreut, beschäftigen laufend unsere Fürsorgeämter. Doch soll die Entziehung nicht mehr durch das Machtwort des einen Ehepartners erfolgen können, sondern nur noch durch die zuständige Behörde, insbesondere das Vormundschaftsgericht, das den betroffenen Ehegatten anhören wird. Eine solche Lösung brachte schon das schwedische Ehegesetz, Kap. V § 12—14 und Ziffer 5. Der deutsche Reg.-Entw. schlägt zu § 1357 vor: Jeder Ehegatte ist berechtigt, für den laufenden Unterhalt der Familie Geschäfte mit Wirkung auch für den andern Ehegatten zu besorgen. Durch solche Rechtsgeschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet... Mißbraucht ein Ehegatte dieses Recht, so kann es auf Antrag des andern durch Beschuß des Vormundschaftsgerichtes beschränkt oder ausgeschlossen werden.

4. Die rechtliche Einheit der Familie

Daß die Ehegatten eine leiblich-geistige Einheit bilden sollen, ist ein ethisches Postulat. Rechtlich bilden Ehe und Familie keineswegs Einheiten; sie sind keine juristischen Personen. Die Ehegatten, Art. 159, die Eltern und Kinder, Art. 270, die Familie, Art. 328 f., bilden Gemeinschaften und ruhen auf der Persönlichkeit der Beteiligten und deren

Eigenrecht. Eine rechtliche Einheitsbehandlung sieht das Gesetz nur in Einzelbestimmungen vor. Sie alle erleiden Durchbrechungen, wo die Interessen der Gemeinschaft oder der Ehegatten ihrer Durchführung entgegenstehen, oder sie werden (in den heutigen Vorarbeiten zum Gleichberechtigungsgesetz) gänzlich fallen gelassen.

Die größte Bedeutung kommt der Einheit des Bürgerrechtes zu; diese ist von der Dogmatik des 19. Jahrhunderts in einer Weise verabsolutiert worden, die sich in den Kriegszeiten als verhängnisvoll erwiesen hat. Mann, Frau und Kindern sollte das gleiche Bürgerrecht zukommen — es konnte nur dasjenige des Mannes sein, ZGB Art. 161, 270. Die Umwälzungen des 20. Jahrhunderts führten im zwischenstaatlichen Recht zu einem totalen Wandel der Anschauungen. Das ius soli tritt wieder neben das Abstammungsprinzip. Der Ehefrau soll, wenn sie einen Ausländer heiratet, ihre Nationalität gewahrt bleiben. Auf diese Weise will der Staat seine nationalen Interessen wahren — diese neue Einstellung aber beruht auf der neuen Bewertung der Frau und ihrer Bedeutung für Volk und Staat. Die angelsächsische Welt, der kontinentale Westen und die östliche Welt anerkennen in ihrem neuen Staatsbürgерrecht die Persönlichkeit der Frau in ihrem Eigenrecht. Und was bis vor kurzem nach unserem Recht noch möglich gewesen, daß der Mann seine Staatsangehörigkeit willkürlich (oft aus eigensüchtigsten Motiven) preisgab und Frau und Kinder automatisch Verzicht und Neuerwerb über sich ergehen lassen mußten, erfüllt uns heute bereits mit Abscheu, BRG vom 29. Sept. 1952 und dazu ZSR 71 II (1952) 695 (Sondernummer).

Als fest verankert erscheint den meisten noch das Familien-Namensrecht. Frau und Kinder erhalten den Familiennamen des Ehemannes und Vaters, Art. 161, 270. In Wirklichkeit kennt weder das angelsächsische noch das französische Recht diese Norm; die Frau behält in der Ehe vielmehr ihren eigenen Namen, vgl. Planiol et Ripert, *Traité él.*, 5. Ed., 1950 N. 513/14. Dieses Eigenrecht der

Frau gilt auch in Italien, Belgien, Holland, und der Vorentwurf der französischen Revisionskommission heißt es ausdrücklich gut. — Es waren das preußische ALR II 1 § 192 und das österreichische ABGB § 92, welche die Einheit des Familiennamens zum Prinzip erhoben. Heute können zugunsten dieser Lösung hauptsächlich Verkehrsinteressen und die Stärke der Tradition ins Feld geführt werden. So lassen es Schweden, KV § 15, und der deutsche Entwurf bei dieser Regelung bewenden, mit der (im schweizerischen Recht gewohnheitsrechtlich anerkannten) Auflockerung, daß die Ehegatten dem Mannesnamen denjenigen der Frau beifügen können. — Das sowjetrussische Recht stellt den Ehegatten anheim, ob sie je ihren eigenen Namen beibehalten oder einen von diesen zum ehemaligen Namen erwählen wollen. Die Kinder müssen alle den gleichen Familiennamen tragen.

Vollends die Einheit des Wohnsitzes, ZGB Art. 25, stellt sich in den Dienst der Rechtssicherheit und der Vereinfachung des Rechtsverkehrs. Heute sieht sich der Gesetzgeber in die Lage versetzt, unter bestimmten Voraussetzungen ein Recht zum Getrenntleben anzuerkennen, und dann besteht auch die Möglichkeit eigener Domizilbegründung, Art. 25, deutsches BGB § 10. Der Reg.-Entw. streicht diese Bestimmung mit der Begründung, daß Dritte nicht wissen können, ob die Ehefrau berechtigt sei, getrennt zu leben, und daß es eines gesetzlichen Domizils nicht bedürfe, solange die Ehegatten zusammenwohnen. Die Frau soll somit kein solches abhängiges Domizil mehr haben. Die Gleichberechtigung verlangt, daß auch ihr Wohnsitz sich nach der allgemeinen Regel bestimmt, BGB § 7, ZGB Art. 23; in dieser Frage entfällt die rechtliche «Einheitsbehandlung» gänzlich. Mit einer solchen Regelung wäre auch der «Schönheitsfehler» des ZGB, Art. 25 Marg.: «Wohnsitz nicht selbständiger Personen» behoben!

5. Das eheliche Güterrecht

Nur in gedrängter Kürze kann hier darüber berichtet werden. Das eheliche Güterrecht bedarf des Aufbaues auf personaler Grundlage; das Wesen der Ehe sollte sich auch in ihm spiegeln. Doch die neuzeitliche Gesetzgebung beruht nicht auf einheitlicher Konzeption. Der «individualistische» Code civil erkürt mit der *communauté légale* ein Gemeinschaftssystem zum ordentlichen Güterstand, das österreichische ABGB, erlassen noch unter dem Absolutismus, geht von der Gütertrennung aus; dies entspricht seiner ehorechtlichen Gesamthaltung, war auch durch eine im ganzen Osten weit verbreitete Tradition vorgezeichnet. Italien, in seinem Zivilrecht dem Code verbunden, schlägt sich in dieser Frage zum österreichischen Recht, wie schon 1865 so auch 1942. Anders das deutsche BGB und das schweizerische ZGB, die beide noch um die letzte Jahrhundertwende die wichtigste Frage des ehelichen Güterrechtes mit der Erhebung der Güterverbindung zum ordentlichen Güterstand beantworten, wenn auch in verschiedener Ausgestaltung: das System der «Verwaltung und Nutznießung» weist vormundschaftliche Züge auf, vgl. besonders § 1377; das schweizerische will aus dem beidseitig eingebrachten Gut immerhin ein «eheliches Vermögen» (Art. 194) bilden und der Familie dienstbar machen, wodurch die Gebundenheit der Ehefrau freilich nicht geringer wird. Diesem System, das schon damals als das schlechteste qualifiziert worden ist, kommt heute keine werbende Kraft mehr zu. Es wird auch in seinem Geltungsbereich häufig durch Eheverträge verdrängt, welche der Gütertrennung den Vorzug geben, vgl. Verh. d. schweiz. Juristentages von 1928, auch ZSR Bd. 47, 61 a, 113 a, 217 a. Auch die Rechtsliteratur setzt sich für diesen Güterstand ein. Diesem Zuge folgt auch die Gesetzgebung. Die Türkei (1923), die östlichen Staaten, wie Ungarn («Entwurf» 1928), Tschechoslowakei u.a., erhoben sie zum ordentlichen Güterstand, und ihnen folgten, ebenfalls auf Grund der östlichen Gesamttradition, einerseits Sowjet-

rußland in den zwanziger Jahren, anderseits Griechenland noch 1940. So schien im güterrechtlichen Bereich der Gedanke der geringstmöglichen vermögensrechtlichen Wirkung der Ehe, zugleich der Gedanke des Eigenrechtes der Frau an ihrem Vermögen und damit der Individualismus, den Sieg davon zu tragen.

Doch die jüngste Rechtsentwicklung vollzieht eine mächtige Schwenkung, die sich uns in der Folge als gesetzesgeschichtlich überaus bedeutsam erweisen wird (Ziff. III B).

Es war das schweizerische ZGB, welches, angeregt durch einige wenige kantonale Rechte (E. Huber, SPR I 350) und wohl auch durch kritische Stimmen zum deutschen BGB (besonders Otto Gierke, Entwurf, 1889, S. 415 f.), in das Güterverbindungsrecht den Gedanken des Zugewinns oder des Vorschlages hineintrug und der Frau einen Anspruch auf Beteiligung an diesem Vorschlag einräumte, Art. 214. Der Zuwachs an ehelichem Vermögen bildet nach wie vor Mannesgut. Der Ehefrau und bei ihrem Vorsterben ihren Nachkommen wird ein obligatorischer Anspruch auf ein Drittel des Vorschlages gewährt. Durch Ehevertrag kann eine andere Beteiligung vereinbart werden, Art. 214 Abs. 3, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch die Zuteilung des ganzen Vorschlages an den überlebenden Ehegatten. Angesichts der großen Bedeutung, welche im heutigen Wirtschaftsleben diesem Vorschlag oft zukommt, hat sich diese Neuerung als ein sehr wirksames Mittel der Vorsorge für die alten Tage des überlebenden Ehegatten erwiesen. — Das skandinavische Recht führt diesen Gedanken weiter, indem es ein eigenartiges System der Gütergemeinschaft auf der Grundlage der Gleichberechtigung aufstellt. Zwar behält jeder Ehegatte sein «eingebrachtes Gut», der Ehepartner nimmt jedoch aktiven Anteil an dessen Verwaltung, nicht nur der Mann am Frauengut, sondern auch umgekehrt — ein Ausdruck nicht nur der Gleichberechtigung, sondern auch der Solidarität, ein Schutz des Heimes für die Familie (Lind

S. 8). Die Schuldenhaftung bleibt getrennt. — Die Gütergemeinschaft ersteht jedoch erst auf den Todesfall, auf die Beendigung der Ehe hin; jetzt erfolgt eine Hälften teilung nach den Grundsätzen der Gütergemeinschaft, siehe Kaden l.c. Rvergl. HWB IV 116. — Die ungarischen «Entwürfe» von 1924 und 1928 legen ihrem Gütterecht die Gütertrennung zugrunde, verbinden jedoch mit ihr die Hälften teilung des Mehrwertes des Vermögens des oder der Ehegatten bei Beendigung der Ehe, E. 1928 §140, 154. Sie sehen somit auf der Basis der Gütertrennung eine Zugewinn beteiligung nach dem Vorgehen des ZGB vor. — Schließlich haben auch Rußland und die östlichen Staaten (Tschechoslowakei, Polen) der Gütertrennung eine Errungenschaftsgemeinschaft mit Hälftenteilung angegliedert.

Im deutschen Recht haben sich der Reichstag und besonders die Juristentage, wie schon sub I erwähnt, bereits in den zwanziger Jahren angelegentlich mit der Revision des ehelichen Güterrechtes befaßt. Schon damals drängte sich die Feststellung auf: das System der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung ist mit der Gleichberechtigung nicht mehr vereinbar. Vollends unter der neuen Verfassung ist diese Beurteilung Gemeingut geworden. Sie wird nunmehr auch von der Rechtsprechung, die zurzeit die Gleichberechtigung zur Geltung zu bringen hat, übernommen. So erklärt neuestens auch das deutsche Bundesgericht klipp und klar (BGHZ Bd. 10, 1953 N. 42): «Zu den Rechtssätzen, die mit dem Gleichheitsgrundsatz nicht vereinbar sind, gehören im Bereich des ehelichen Güterrechtes die Bestimmungen, welche beim Güterstand der Verwaltung und Nutznießung das eingebrachte Gut der Frau kraft des Gesetzes der Verwaltung und Nutznießung des Mannes unterstellen. Mögen diese Bestimmungen auch nicht nur dem Interesse des Mannes dienen, sondern auch den Schutz der Frau bezoeken und in der Pflicht des Mannes, den ehelichen Aufwand zu tragen, ihr Äquivalent und ihre innere Rechtfertigung finden, so sind sie doch Ausfluß einer Auffassung der Ehe, bei der der Mann das

Haupt und der Herr der Familie ist und seine Stellung gegenüber derjenigen der Frau überwiegt. Dem Rechte des Mannes, das eingebrachte Gut in Besitz zu nehmen und zu verwalten, entspricht eine Beschränkung der Rechte der Frau an ihrem eingebrachten Vermögen; sie hat keine eigenes Recht, es zu verwalten und zu nutzen und kann ohne Zustimmung des Mannes nur beschränkt darüber verfügen. Dieser Minderung der Rechte an ihrem Eingebrachten steht eine entsprechende Minderung der Rechte des Mannes hinsichtlich seines Vermögens nicht gegenüber. Eine solche Schlechterstellung der Ehefrau wird durch den Schutz der Ehe und Familie nicht gefordert; sie widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz.» Daher müsse angenommen werden, daß diese Bestimmungen des BGB vom 1. April 1953 an unwirksam geworden seien.

Wodurch soll dieses in so verblüffender Weise hinfällig gewordene Güterrecht ersetzt werden? In der Diskussion wurde vorerst noch die Gütertrennung in Verbindung mit einer Verbesserung des Erbrechts befürwortet (Wieruszowski, Gutachten für den 33. deutschen Juristentag 1924), seither aber auch die allgemeine (Beitzke) oder doch die Errungenschaftsgemeinschaft empfohlen. Doch den Sieg trugen die Vorschläge von Theodor Kipp davon. Er empfahl das System der Gütertrennung in Verbindung mit der Zugewinnstgemeinschaft und erreichte, daß schon jener Juristentag von 1924 mit allen gegen eine Stimme seine Zustimmung erklärte. Auch darüber hinaus haben bedeutende Juristen dieses neue System befürwortet, wie z.B. Martin Wolff, FR 1931 S. 159, besonders G. Boehmer (dem wir die «Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung» 1950/52 verdanken), MDR 1950, 336 und 450, ferner Mitteis Südd. JZ 1950 Sp. 241, Dölle, Gleichberechtigung; Derselbe, Das BGB in der Gegenwart I.c., Hedemann, Rechtsstellung der Frau, I.c. 41, vgl. auch Herta Meyer 156 f. Die Denkschrift Heft II enthält eine ausführliche Darstellung des Werdeganges, der Reg.-Entw. entwickelt das neue System in sorgfältiger und einlässlicher

Regelung, § 1363 f. mit erläuternder Begründung S. 40 f. —
Der Bundesrat hat seine Zustimmung erklärt.

Bedeutungsvoll ist schon der Übergang des deutschen Rechtes zum System der Gütertrennung, ebenso aber auch die Ergänzung, ja Korrektur dieses Systems durch den Ausgleich des Zugewinns. Dieser Zugewinn entspricht im wesentlichen dem Vorschlag des ZGB und wie bei diesem besteht der Anteil in einem obligatorischen Ausgleichsanspruch. Auch die gesetzlich geregelte Berechnung des Zugewinnes als dem Unterschied des Wertes des Anfangs- und des Endvermögens deckt sich wesentlich mit der schweizerischen Praxis. Doch muß der Zugewinn der beiden Vermögen festgestellt werden, und der Ausgleich erfolgt nach § 1386 folgendermaßen: Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des andern, so gebührt dem Ehegatten, der den höhern Zugewinn erzielt hat, ein Viertel des Mehrbetrages vorab. Von dem verbleibenden Mehrbetrag steht die Hälfte dem andern Ehegatten als Ausgleichsforderung zu. Durch Ehevertrag kann, entsprechend Art. 214 Abs. 3, der Ausgleich anders geregelt, auch ausgeschlossen werden. Vorgesehen ist auch eine Härteklausel — der Ausgleich kann verweigert werden, wenn er nach den Umständen des Falles zu grob unbilligen Ergebnissen führen würde, § 1391. — Hervorgehoben werden soll nochmals, daß dieses Anteilsrecht auf der Grundlage der Gütertrennung anerkannt wird, bei welchem System das schweizerische ZGB einen derartigen Ausgleich nicht zuläßt, es wäre denn als ehevertragliche Vereinbarung einer Errungenschaftsgemeinschaft, Art. 239. Und ferner, daß dies Anteilsrecht nicht nur zugunsten der Frau, sondern auch des Mannes zur Anwendung gelangen soll.

6. Das Eltern- und Kindesrecht

Die romanischen Rechte anerkennen für die Dauer der Ehe nur die väterliche Gewalt. Auch das österreichische Recht spricht nur von dieser, § 147, wenn es auch vorsieht,

daß den Eltern das Recht zukommt, die Handlungen ihrer Kinder einverständlich zu leiten. Das deutsche BGB spricht wohl von der elterlichen Gewalt, doch kommt diese während des Bestehens der Ehe ausschließlich dem Manne zu. Damit folgt es wiederum der Tradition und anerkennt damit auch im Eltern- und Kindesrecht die Superiorität und Autorität des Mannes. Neben dem Vater steht allerdings auch der Mutter das Sorgerecht zu; doch bei Meinungsverschiedenheiten geht die Meinung des Vaters vor, § 1634. Nur subsidiär, insbesondere bei Tod des Vaters, tritt die «elterliche Vollgewalt» der Mutter in Funktion, § 1684. Doch kann ihr ein Beistand beigeordnet werden, u.a. wenn der Vater letztwillig eine solche Anordnung trifft. Die Regelung des BGB ist auch recht kompliziert (Hans Reichel), weil Sorgerecht, Vertretung und Vermögensverwaltung je eine eigene Behandlung erfahren. — Das ZGB geht erheblich über diese Rechte hinaus mit den lapidaren Erklärungen Art. 274 Abs. 1 und 3: Während der Ehe üben die Eltern die elterliche Gewalt gemeinsam aus. — Im Falle des Todes eines Ehegatten steht die elterliche Gewalt dem überlebenden Ehegatten und im Falle der Scheidung demjenigen zu, dem die Kinder (nach Art. 156) zugewiesen sind. Zugleich wird eine große Vereinfachung erreicht. Grundsätzlich bleiben Fürsorgerecht und Vertretung, welche den Inhalt der elterlichen Gewalt ausmachen, mit den elterlichen Vermögensrechten verbunden, Art. 290/91, 298. Der überlebenden Mutter steht somit wie dem überlebenden Vater die elterliche Gewalt in ihrer vollen Auswirkung zu. Diese großzügige Regelung hat sich bewährt, wenn auch zuzugeben ist, daß in besondern Fällen, besonders bei Übergang der elterlichen Gewalt auf die Mutter bei einer Scheidung im Einzelfall eine Beistandsbestellung zu wirksamer Wahrung der Rechte der Kinder (Unterhaltsansprüche) wünschenswert wäre — ob dies nur ein Postulat de lege ferenda oder ob dies auch unter dem geltenden Recht möglich wäre, bleibe dahingestellt. Dagegen erleidet das Recht der Mutter bei bestehender Ehe eine starke Einbuße durch Art. 274

Abs. 2: Sind die Eltern nicht einig, so entscheidet der Wille des Vaters. — Gewiß muß der Vater sich zuerst um eine Verständigung mit der Mutter bemühen (Egger, Komm. Art. 274 N. 6, derselbe, Recht der religiösen Kindererziehung, 1953, 10, 15). Aber das Gesetz heißt doch das Autoritätsprinzip gut, und dieses wirkt sich praktisch auch auf die Vertretung und die Vermögensverwaltung voll aus.

Die Regelung des deutschen BGB erregte von Anfang an lebhaften Widerspruch. Marianne Weber forderte schon 1907 in ihrem Werke über Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung die volle Gleichberechtigung der Eltern, der Bund deutscher Frauenvereine ließ durch Frau Dr. Munk 1923 einen dahingehenden Entwurf ausarbeiten. Dann nahmen sich wieder die deutschen Juristentage dieser Fragen an. Sowohl der 36. als auch der 38. Juristentag hießen die Durchführung der Gleichberechtigung auch im Elternrecht grundsätzlich gut. Ihnen folgte das Justizministerium. Tl. II der Denkschrift begründet diese Stellungnahme, welche ein Entscheidungsrecht des Mannes ablehnt, ausführlich. Eine solche Autorität des Ehemannes und Vaters könne weder durch die «Natur der Dinge» noch durch die «abendländische Kultursitte» begründet werden. Die Sorge der Mutter biete keine geringere Gewähr für eine dem Kindeswohl entsprechende Entscheidung; auch auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung müsse dies gelten, wenn der Ehefrau schon die Verwaltung ihres eigenen Vermögens anvertraut sei. Der Lösung komme auch nicht die große Bedeutung zu, die ihr in dem Streit der Meinungen beigemessen werde. — Demgegenüber führt die Begründung zum Reg.-Entw. S. 72 f. aus, daß es einer Entscheidungsinstanz innerhalb der ehelichen Gemeinschaft durchaus bedürfe; als Beispiele werden angeführt: die Wahl des Vornamens des Kindes, religiöse Erziehung, die Wahl der Schulausbildung: Volksschule oder höhere Schule, die ärztliche Behandlung und operative Eingriffe. Und der Entwurf übernimmt das ehemännliche Entscheidungsrecht, wenn auch mit starken Einschränkungen, als ultima ratio.

Auf alle Fälle erfordert nach dem Entwurf die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt vorerst ein ernstes Bemühen: jeder Elternteil muß auf den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des andern Rücksicht nehmen, und bei Meinungsverschiedenheiten müssen sie versuchen, zu einer Einigung zu gelangen, § 1627. Sind die Eltern nicht zu einer Einigung gelangt, so ist der Vater verpflichtet, unter Berücksichtigung der Auffassung der Mutter die Entscheidung zu treffen, die dem wohlverstandenen Interesse des Kindes am besten entspricht, § 1628 Abs. 1. Immerhin kann die Mutter von der Vormundschaftsbehörde verlangen, daß die Entscheidung einer einzelnen Angelegenheit oder einer bestimmten Art von Angelegenheiten auf sie übertragen werde, wenn die vom Vater getroffene Entscheidung in einer Angelegenheit von besonderer Bedeutung dem Wohle des Kindes widerspricht, oder gar beantragen, wenn der Vater beharrlich bei seinen Entscheidungen die Auffassung der Mutter mißachtet, daß die Entscheidungsbefugnis betreffend die Person oder das Kindesvermögen allgemein ihr überlassen werde, Abs. 2 und 3. — Von dem Standpunkt des Justizministeriums aus setzt die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichtes schon früher ein, schon wenn der Versuch einer Einigung unter den Eltern gescheitert ist. — Das schwedische Gesetz über die ehemaligen Kinder vom 11. Juni 1920 enthielt sich einer Regelung; das revidierte Gesetz von 1949 sieht in Fragen der Vermögensverwaltung die Anrufung der Vormundschaftsbehörde vor; allgemein wird im sowjetrussischen Recht in solchen Konflikten die Entscheidung der Vormundschaftsbehörde unter Zuziehung der Eltern eingesetzt. Diese Lösung wird vielfach in der deutschen Literatur vertreten und vom Justizministerium befürwortet. In unwichtigen Angelegenheiten soll die Vormundschaftsbehörde die Entscheidung ablehnen können, in wichtigeren kann sie die Befugnis auf einen Elternteil übertragen oder die Entscheidung selber treffen.

III.

Der Sinn der Gleichberechtigung

Die familienrechtliche Gleichberechtigung von Mann und Frau ist heute keineswegs mehr nur ein Postulat. Sie hat sich bereits durchgesetzt, sie gehört bereits dem positiven Recht einer Reihe von Staaten an. Die neuen Verfassungen verkünden den Grundsatz, zum Teil nur als Programmsatz, zum Teil aber mit unmittelbarer materieller Wirkung — schon ist es heute im deutschen Recht Aufgabe der Rechtsprechung, ihn durchzuführen. In andern Rechtsgebieten macht sich in der Einzelgesetzgebung unverkennbar die gleiche Tendenz geltend. Daß wir diese Wandlungen des Rechtes nur als unbeteiligte Zuschauer zur Kenntnis nehmen, verbietet sich von selbst. Universales Denken und nationale Einstellung auferlegen uns die Pflicht zur Stellungnahme. Wir müssen uns besinnen auf die Kräfte, die da am Werke sind. Eine zweifache Schau ist vonnöten. Welchem Wurzelgrund entspringen diese Bestrebungen, diese neuen Rechte — welche Ziele verfolgen sie? Eine unbefangene Wirklichkeitsschau muß uns die kausalen Zusammenhänge aufdecken, eine kritische Besinnung wird unsere Bewertung und Willensentscheidung bestimmen. Dort die Welt des Seins, die natürlichen, wirtschaftlichen, sozialen Zusammenhänge — hier die ideelle, vielfach von letzten Einstellungen her bestimmte Stellungnahme. Keineswegs darf diese schon aus der Macht des Faktischen abgeleitet werden, so oft diese Unterwerfung auch vollzogen wird. Eine noch so mächtige Strömung beweist nicht schon durch diese Mächtigkeit ihre Berechtigung. Man muß den Mut aufbringen, auch gegen den Strom zu schwimmen. Das «Moderne» ist nicht schon gut, weil es heute gilt. Von höherer Warte müssen wir unser Urteil gewinnen, von festem Standpunkt aus, und diesen können wir nur aus den Grundwerten des menschlichen Zusammenlebens gewinnen.

A. Das Eigenrecht der Frau

Dieses sind die Realien, vor welche sich der Gesetzgeber gestellt sieht: Tiefe Wandlungen haben sich in der Seinswelt von Ehe und Familie vollzogen. Sie sind unendlich oft dargelegt worden, noch werden sie nicht überall «realisiert» und auch nicht durchwegs gerecht beurteilt. — Ehemal gehörte die Frau dem Hause an; dies war ihr Lebensbereich. Hier harrte ihrer Arbeit in Fülle und Mannigfaltigkeit, hier oblag sie einer noch nicht bedrohten Pflege und Erziehung der Kinder, hier fand sie auch ihren Hort für ihr ganzes Leben. So oblag der Hausfrau in der «Ökonomie», in der Hauswirtschaft, eine Aufgabe, die ihren vollen Einsatz erheischte und ihr auch eine überragende Stellung verschaffte. Hier fand sie einen eigenen Herrschaftsbereich, den sie mit stolzer Hingabe betreute und den sie gegen aufsteigende neue Kräfte des Wirtschaftslebens, wie beispielsweise die Genossenschaften, zäh verteidigte. Aber jene neuen Kräfte setzten sich durch — ohne, ja gegen die Frau. Von ihr muß gesagt werden, was der Dichter — es war vor 150 Jahren — vom Manne behauptete: sie mußte hinaus ins feindliche Leben. Den Mann trieb es hinaus, erfüllt von Wissens- und Tatendrang, vom Triebe der Entfaltung, vom Willen zur Macht und Herrschaft, zu geistiger und materieller Beherrschung — die Frau aber mußte das Haus verlassen, das ihr nicht Arbeit und Nahrung mehr bot noch gar den Hort fürs Leben. So sieht sie sich auf sich selber gestellt; sie muß den Lebenskampf aufnehmen. Das 19. Jahrhundert hat, wie Friedrich Naumann einmal feststellte, die Frau einem schwereren, härteren Schicksal preisgegeben als je eine Zeit vorher. Es bedurfte eines aufopferungs- und verzichtreichen Anpassungsprozesses. Aber dieser ließ sie auch die Möglichkeiten erkennen, welche dieses Außenleben ihr bot, vor allem die seelisch-geistige Bereicherung durch die Berührung mit vielen Menschen, durch die berufliche Ertüchtigung, durch die Erweiterung der geistigen Horizonte. Auch

die Frau von gehobener Lebenshaltung, welcher das Haus die Entfaltung ihrer vollen Kräfte nicht mehr bot, um so weniger, als sie selbst in ihrer ureigensten Domäne, in der Kindererziehung sich immer stärker konkurreniert sah, trieb es hinaus zu eigener Betätigung in Berufen, die ihrem Leben einen reichen neuen Inhalt verliehen.

Die Rechtsordnung, die Ordnung des Männerstaates, hat selber diese Entwicklung gefördert. So stark er auch an der überkommenen Familienordnung festhielt, hat er doch der wirtschaftlichen Entwicklung die Wege gebahnt und in diesem Zusammenhang auch eine Emanzipation der Frau, wie übrigens auch der jungen Generation in die Wege geleitet. Der Bundesgesetzgeber, der im Jahr 1874 die erforderliche Kompetenz verliehen bekam, hat unverzüglich den Söhnen und Töchtern mit dem vollendeten 20. Altersjahr die volle Handlungsfähigkeit und auch den Ehefrauen, die sich im eigenen Beruf betätigten, unter Absehen von allem kantonalen Familienrecht, die Handlungsfähigkeit zuerkannt.

Seitdem haben vollends das öffentliche Recht und das ZGB jene Emanzipation der Jugendlichen, die in das Wirtschaftsleben eintreten, durchgeführt. Man ist versucht von einer zwangsläufigen Entwicklung zu sprechen, wenn man sieht, wie der gleiche Prozeß sich auch im Rechte der Frau abspielt. Viele Engherzigkeiten des kantonalen Rechtes hat das ZGB unter allgemeiner Billigung durch die öffentliche Meinung beseitigt, in wichtigen Bereichen der Selbständigkeit der Frau Rechnung getragen: Ehevertragsfreiheit, Mitspracherecht bei der Verwaltung ihres eingebrachten Gutes, Vorschlagsanteil, Labilität der Güterverbindung (Art. 179/183 f.), Arbeitserwerb als Sondergut, vor allem auch die elterliche Gewalt der Mutter u. a. m. — Diese jüngste Entwicklung führt unverkennbar über den wirtschaftlichen Bereich hinaus. Sie ist personenrechtlich eingestellt und will der Persönlichkeit der Frau gerecht werden.

Daß sich ein geistiger Wandel vollzogen, bekundet

auch die Rechtsprechung, dieser feine Gradmesser der Wandlungen des Rechtsbewußtseins, und stellt sich in den Dienst eines werdenden Rechtes. So stellt Heinrich Mitteis (Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 1929, III 212) fest, daß eine ältere Praxis noch völlig im Banne des Mannesrechtes gestanden, während eine jüngere die ratio legis anders werte, da es dem heutigen Rechtsempfinden nicht mehr entspreche, die Rechte des Mannes derart in den Vordergrund zu stellen. Er legt dar, daß zwei ganz verschiedene Rechtsempfindungsmethoden aufeinander folgen, wobei die jüngere sich psychologischen und soziologischen Motivationen nicht mehr verschließe. Dies trifft auch auf das schweizerische Recht zu; im Bereich des öffentlichen Rechtes haben wir es bereits festgestellt, EBG 49 I 16, s.o. Ziff. I. Im Zivilrecht finden wir die Bestätigung etwa in der Erweiterung des Begriffes Sondergut, vgl. Egger, Komm. Art. 191 N. 17/18, in der Ablehnung der restriktiven Auslegung des Art. 214 Abs. 3 (vertragliche Zuweisung des ganzen Vorschlasses an den überlebenden Ehegatten, EBG 58 II 1), intakte Belassung der elterlichen Gewalt der Mutter bei Entziehung gegenüber dem Vater, Art. 285 N. 7, wirksame Gestaltung des Eheschutzes auf Grund einer extensiven Auslegung des Art. 169, Tendenz der Kinderzuteilung an die Mutter (sehr im Gegensatz zum ältern Recht) u.a.m.

Die Wandlungen des Rechtes erhellen uns den Sinn dieser nicht abreißenden, immer stärker werdenden Tendenz nach Rechtsgleichheit, die letzten Endes ein wesentlicher Inhalt der demokratischen Idee ist und nach Fleiner in Fleisch und Blut des Schweizers übergegangen ist (BStR 282). Diese Rechtsgleichheit erhält im Rahmen unserer Bundesverfassung und unserer gesamten Rechtsordnung den Sinn der Gleichheit in der Freiheit (Giacometti BStR 403). Die Freiheit wird zur angeborenen Gleichheit. Erst durch die Bezogenheit auf die Freiheit erhält die Gleichberechtigung ihren Sinn und Gehalt, und erst durch die Bezogenheit der Freiheit auf die Gleichheit

werden jener die gebotenen Schranken gesetzt, Swoboda l.c. 92. — Letzten Endes beruht die Gleichberechtigung auf der Vorstellung einer Zeit oder eines Volkes vom Wesen der Frau. Dieses ist nicht identisch mit demjenigen des Mannes, aber es kommt ihr der gleiche Wert und die gleiche Würde zu. Deshalb ist sie wie der Mann rechts- und handlungsfähig und voll teilhaftig des Rechtes der Persönlichkeit.

B. Eigenrecht und eheliche Gemeinschaft

Im Familienrecht geht es nicht um das Recht der Frau in ihrer Einzelexistenz. Das wurde vom Individualismus des 19. Jahrhunderts verkannt. Als die Freiheitsidee die Gemüter der Menschen beherrschte und mehr und mehr die gesamte Rechtsordnung auf sie ausgerichtet wurde, brach für das Familienrecht eine kritische Stunde an — warum sollte nicht auch die Ehe in diesen Freiheitsbereich einbezogen werden? So hat, worauf Radbruch in seiner Rechtsphilosophie, 4. Auflage, herausgegeben von Erik Wolf, 1941, S.253 hinweist, kein Geringerer als Wilhelm von Humboldt über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates postuliert «der Staat sollte überhaupt von der Ehe seine ganze Wirksamkeit entfernen und dieselbe vielmehr der freien Willkür der Individuen und der von ihnen errichteten manigfachen Verträge, sowohl überhaupt als in ihren Modifikationen gänzlich überlassen. Folgerichtigkeit kann dieser Betrachtungsweise nicht abgestritten werden. Die Gesetzgebung, die revolutionäre und nachrevolutionäre, hat zwar das Autoritätsprinzip nicht preisgegeben — hier fand der Drang nach Freiheit seine Schranken — wohl aber hat sie der neuen Lehre gehuldigt, indem sie die Ehe dem Vertragsrecht unterstellte. Diese Vorstellung erfreut sich heute noch einer weiten Popularität; in Diskussionen über das Scheidungsrecht stößt man immer wieder auf sie.

Die geschilderten wirtschaftlichen, sozialen, geistigen Umwälzungen leisten ihr auch Vorschub. Wenn die Ehe-

gatten nicht mehr im gleichen wirtschaftlichen Betrieb arbeiten, wie dies in der Landwirtschaft und oft auch im Kleingewerbe noch zutrifft, sondern die beiden getrennt ihrer Arbeit nachgehen und sich nur noch abends, müde von der Arbeit, zu Hause zusammenfinden, verliert die eheliche Gemeinschaft den notwendigen Lebensgehalt, sie wird ausgeschöpft und damit widerstandslos gegen Schwierigkeiten und Gefährdungen. Die Eigengestaltung des Lebens beider Ehegatten und ihre intensive getrennte Inanspruchnahme bedroht die eheliche Gemeinschaft.

Und schon reichen Individualismus und der marxistische Sozialismus sich die Hand. Im Jahr 1879 erschien erstmalig August Bebels vielgelesenes Buch über die Frau und den Sozialismus, und auch in diesem Buch wird — aus seiner Zeit heraus — die Ehe als Privatvertrag ohne Dazwischenentreten eines Funktionärs postuliert; die Funktionen der Ehe treten hinter der wirtschaftlichen Funktion der Gesellschaft und der kollektiven Erziehung der Kinder völlig zurück, Radbruch l.c. Die russische Revolution hat diese Auffassung ihrem neuen Familienrecht zugrunde gelegt. Dieses Familienrecht des Kollektivismus ist durch und durch individualistisch, bedroht die Familie mit Auflösung — auch dies durchaus folgerichtig. Denn die Familie ist ein Hindernis in der Prägung des neuen, kollektivistischen Menschentypus. In den dreißiger Jahren, als es galt, die volle Volkskraft in den Dienst der nationalen Selbstbehauptung zu stellen, setzte die Gegenbewegung ein, welche wiederum die Erhaltung und Stärkung von Ehe und Familie anstrebt und diesen Rechtsbereich damit wieder dem unsrigen annäherte.

Von beiden Seiten her, durch den Individualismus und den Kollektivismus, erscheinen somit Ehe und Familie bedroht. Wenn nunmehr die abendländische Gesetzgebung die familienrechtliche Gleichstellung von Mann und Frau durchführt — kommt sie da nicht jenen destruktiven Tendenzen auf halbem Wege entgegen? Sehen wir uns nicht vor die bedrückende Antinomie gestellt zwischen der per-

sönlischen Freiheit des Einzelnen und der Erhaltung und Förderung der Familiengemeinschaft? Die Lage wäre verzweifelt, wenn wir der Preisgabe an die Willkür nur die autoritäre Familienorganisation als einzige Alternative gegenüberstellen könnten. Diese letztere barg zu allen Zeiten ihre schweren Gefahren in sich. Aller Macht ist die Gefahr des Mißbrauchs inhaerent, und alle rechtliche Anerkennung einer Machtposition verleiht nur allzu leicht dem Unrecht den Schein einer Berechtigung. Wer mag ermessen, welches Maß von ehemännlicher Willkür, von Härte und Herzlosigkeit, von Autismus und Machtwille, Frauen und Kinder unter dem Zeichen der ehemännlichen Autorität über sich haben ergehen lassen müssen? Schon Heinrich Pestalozzi, dem ein scharfes Sensorium für allen Machtmißbrauch eigen war, deckt ihn in all seinen Formen auf, auch in der häuslichen, und stellt sie an den Pranger. Diesen Machtmißbrauch, dieses Versagen der ehemännlichen und väterlichen Autorität gab es zu allen Zeiten, es tritt uns auch heute noch entgegen. Die Scheidungspraxis, die Jugendlichen-Kriminalität, die Alkoholikerfürsorge und der Kinderschutz, die moderne Kinderpsychologie, Autobiographien und literarische Werke erbringen nur allzu viele Beweise solchen Versagens.

Der ehemännlichen Autorität ist heute das Fundament entzogen. Um den Unterhalt der Familie bemüht sich auch die Frau. Daß dem Manne in allen Fragen des Familienlebens und gar der Kindererziehung ein überlegenes Urteil zukomme, nur weil er der Mann, wagt er wohl selber nicht mehr zu behaupten. Nur äußerst selten wagt ein Mann sich heute noch auf das ihm vielerorts gesetzlich zuerkannte Entscheidungsrecht zu berufen. Er weiß selber: es ist schlimm um seine Sache bestellt, wenn er sich auf diesen «Rechts»-Standpunkt zurückziehen muß. Diese ganze Frage wird denn auch fast nur noch in Scheidungsprozessen aufgeworfen. Und einen Rechtsstreit, in welchem die Ehefrau sich gezwungen sieht, nach Art. 167 ZGB den Richter anzurufen, weist die gesamte (publizierte) Rechtsprechung

nicht mehr auf; der Mann darf es gar nicht mehr zu einem solchen kommen lassen. Die ganze heutige Diskussion über das neue Recht macht es evident, daß sich diese ehemännliche Autorität zum mindesten in eine letzte Position zurückgedrängt sieht.

Wir stehen in Wirklichkeit auch nicht vor jener Antithetik. Es gibt einen dritten Weg. Eugen Huber hat ihn in seinem Gesetzeswerk beschritten, auch wenn er dabei gegenüber dem Autoritarismus noch keineswegs den Trennungsstrich zog. In aller Grundsätzlichkeit brachte er das Recht der Persönlichkeit zur Anerkennung, zugleich sollte die Kleinfamilie, die allein noch Gegenstand gesetzlicher Sorge und Förderung sein konnte, als Gemeinschaft der Ehegatten und Gemeinschaft der Eltern und Kinder ausgestaltet werden. Und ebenso hält das Bonner Grundgesetz diese zweifache Aufgabe als vereinbar: Art. 3 stellt vorbehaltlos die Gleichberechtigung der Geschlechter fest, Art. 6 unterstellt Ehe und Familie unter den besondern Schutz des Staates. Insbesondere werden Pflege und Erziehung der Kinder als das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht erklärt — eine besonders bedeutsame Bestimmung, welche diesen Bereich den Eltern und damit dem Zivilrecht erhalten und sie gegen den Einbruch eines zerstörenden Kollektivismus schützen will.

Diese Zielsetzung ist heute aussichtsreicher als vor fünfzig Jahren. Wieder soll vorerst auf große Wandlungen im Wirtschaftsleben hingewiesen werden: Der heutige volkswirtschaftliche Produktionsapparat beansprucht die Menschen nicht mehr während zehn und mehr Stunden; der Achtstundentag hat sich durchgesetzt; eine industrielle Produktivität, die über alle Absatzmöglichkeiten hinausgeht, wird weitere Arbeitskürzungen erzwingen. Unternehmertum und Arbeiterorganisationen stehen sich nicht mehr im «Klassenkampf» feindlich gegenüber, sondern arbeiten auf der Grundlage langfristiger Verträge zusammen. Daß die Arbeit angemessen entlohnt werden soll, liegt auch im

Interesse des Produzenten. Und daß auch dem Arbeiter und seiner Familie ein eigenes Heim zuteil werde, ist ein besonders gewichtiges Postulat dieser Familienpolitik. — Darüber hinaus erfährt der Glaube an den Automatismus der Wirtschaft seine Korrektur durch einen gemäßigten Interventionismus: die Volkswirtschaft soll zu einer Volkswirtschaft werden. Es ist ein neuer Solidarismus, der sich herausbildet und die Einstellung auf einen — freiwilligen, in der Natur der Sache begründeten — Dienst jedes einzelnen Gliedes der Volkswirtschaft am Ganzen. In alledem gelangt somit auch ein tiefer geistiger Wandel zum Ausdruck, eine neue Gesinnung, eine Einstellung auf die Verbundenheit, auf die Solidarität, auf die gegenseitige Hilfe.

Diese materiellen und geistigen Mächte sind geeignet, auch die Familie wieder auf eine solidere Basis zu stellen, und Aufgabe des Rechtes ist es, in ihrem Dienst die angemessene Rechtsform zu finden. Diese kann nur noch in der Gemeinschaft Gleichberechtigter bestehen. Die Ehe kann immer nur ein Bund zweier Menschenkinder sein — zweier selbständiger Personen. Das ist eine zu schmale Basis für herrschaftliche Ansprüche; denn sie ist Lebensgemeinschaft, und diese erträgt doch auf die Dauer nicht mehr jene Differenzierung, sondern erheischt Zusammenwirkung auf Grund gemeinsamen Wollens. Ihrer Natur nach ist die Ehe angewiesen auf die volle Auswirkung aller Gemeinschaftskräfte, das Wohlwollen, die Rücksichtnahme, das Geltenlassen des Gefährten, ja die Identifizierung der beidseitigen Interessen und den Einsatz für sie unter Zurückstellung der eigennützigen Wollungen, gegenseitige Hilfe. Und wieder sehen wir uns vor die Frage gestellt, ob denn von den beiden Geschlechtern der eine Teil, der Mann, diese die Gemeinschaft bejahenden und sie tragenden Eigenschaften in besonderem Maße mitbringe, so daß er von Rechtes wegen zum entscheidenden Träger der Gemeinschaft erkoren werden müsse, oder ob nicht die Frau über diese Qualitäten, denen wir nunmehr wieder grundlegende Bedeutung beimesse müssen,

zumindest in demselben Maße verfüge, so daß sich nur noch eine genossenschaftliche Organisation rechtfertigen lasse — darüber erteilen unsere Dichter und Seher, nunmehr auch eine reich erblühte Soziologie und Psychologie ihre Antwort mit aller Bestimmtheit.

In solcher Schau enthüllt sich uns der Sinn der Gleichberechtigung. Angestrebt wurde diese im 19. Jahrhundert unter dem Zeichen der Freiheit; es war eine Emanzipationsbewegung. Die Stände, die Bauern, die Arbeiter hatten ihre Befreiung von untragbar gewordenem Joch erfolgreich erkämpft. Die Frauenbewegung erlangte ihre volle Kraft erst in einem Zeitpunkt, als die Begeisterung für solche Freiheitsbewegungen erlahmte. Aber gerade in ihr gelangte auch eine andere Zielsetzung zum Ausdruck. Die Gleichberechtigung wird angestrebt, weil sie erst die besten Kräfte der Frau freilegt und erst sie deren vollen Einsatz ermöglicht; sie wird angestrebt im Dienste der Gemeinschaft. Wir erkennen heute, daß diese Bewegung eingestellt ist auf die Integration.

Dieser Zusammenhang drängt sich uns auf, wenn wir uns die Grundsätze des neuen Rechtes vergegenwärtigen, die wir sub II skizziert haben: Nicht mehr soll dem einen Ehegatten die Entscheidung über die ehelichen Angelegenheiten zustehen, sondern diese soll gemeinsam getroffen werden. Nicht mehr soll der Mann die eheliche Wohnung bestimmen, sondern diese soll sich daran nach richten, wer durch seine Arbeit das meiste zum Unterhalt der Gemeinschaft leistet. Nicht mehr soll nur dem Manne die Sorge für den Unterhalt der Gemeinschaft obliegen, sondern beiden Ehegatten; jeder trägt das Seinige bei, wobei der Neubewertung der Leistung der Ehefrau in der eigenen Häuslichkeit besondere Bedeutung zukommt. Nicht mehr soll dem Manne das einseitige Recht der Verfügung über die Schlüsselgewalt zustehen; jeder Teil ist befugt zu angemessener Wahrung der Gemeinschaftsinteressen, wenn diese durch den andern Teil bedroht oder geschädigt werden. Nicht entscheidet mehr

der Mann über die Berufsbetätigung der Frau, sondern jeder Teil betätigt sich nach seinen Kräften; jeder ist auch hier berufen, im Dienste der Gemeinschaft zum Rechten zu sehen. Und gar das eheliche Güterrecht: nicht mehr verwaltet der Mann das Frauengut; ein jeder bewirtschaftet sein Eigen, aber diese Eigenwirtschaft wird überhöht durch den Gemeinschaftsgedanken: die Errungenschaftsgemeinschaft oder das Anteilsrecht am Vorschlag oder am Zugewinn — eine wahre Synthese der Selbständigkeit der Ehepartner und ihrer Lebensgemeinschaft. Entsprechend wird das Eltern- und Kindesrecht gestaltet. Es kann kein Zweifel bestehen: dieses neue Familienrecht bringt den Gemeinschaftsgedanken unvergleichlich stärker zum Ausdruck als das Recht der Vorkriegszeit.

Somit ist dieses neue Recht nicht eingestellt auf die Freiheit «wovon», sondern auf die Freiheit «wozu». Die Gleichheit der Rechte, die da der Frau zugestanden werden soll, wird ihr letzten Endes nicht sowohl gewährt um einer Freiheit willen, die Selbstzweck sein soll, sondern im Dienste der Solidarität, der Gemeinschaft, der Brüderlichkeit. Wenn Wieacker in seinem tiefschürfenden Vortrag über das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher (1953) als einen Grundzug unseres heutigen geistigen Seins das «Pathos der Zusammenarbeit» erkennt, trifft dies vor allem auch auf die jüngste Wandlung des Familienrechtes zu.

IV.

Das schweizerische Recht

Die tiefen Wandlungen des Familienrechtes, die wir geschildert, ziehen uns in ihren Bann. Die wesentlichen Probleme, um die es dabei geht, sind keineswegs neu, noch sind sie an eine nationale Gesetzgebung gebunden. Die abendländischen Familienrechte unserer Zeit bergen einen Gemeinbesitz übereinstimmender Rechtsgedanken. Werden sie in einem Lande in Frage gestellt, fühlt sich das Rechts-

bewußtsein auch in den andern Rechtsgebieten aufgerufen. Das Familienrecht regelt vor allem personenhaft-menschliche Beziehungen und weist gerade deshalb universale Züge auf — aber von Land zu Land erhält es sein besonderes Gepräge. Vor diesen spannungsreichen Gegensatz sehen wir uns auch in den Fragen der Umgestaltung des Familienrechtes gestellt.

Dabei drängt sich uns die Verschiedenheit der Verhältnisse auf, schon in der Gestaltung der Lebenswirklichkeit. Es waren die schweren Nöte der Zeit und der volle Einsatz der Frau in den Kriegen, welche dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Deutschland zum Siege verhalfen und dem neuen Verfassungsgrundsatz eine geradezu einhellige Billigung eintrugen. Darüber hinaus haben Krieg und Revolution die Familie aufs schwerste getroffen, haben sie auseinandergerissen, die gegenwärtigen Beziehungen von Grund auf geändert, das patriarchalische System aufgerieben. Die Glieder der Familie wurden auf Jahre hinaus auseinandergerissen, die Ehescheidungen erreichten Rekordziffern, ebenso die Zahl der «unvollständigen» Familien, der unehelichen Kinder. Und doch muß vor der Überbetonung dieser Verschiedenheiten gewarnt werden. Die unmittelbaren Kriegs- und Nachkriegerscheinungen werden bereits überwunden. Und wenn uns auch die großen politischen Umwälzungen, von denen die kriegsführenden Staaten betroffen wurden, erspart blieben und unsren öffentlichen Verhältnissen eine erstaunliche Stabilität beschieden war, dürfen wir uns doch nicht über die tiefen Wandlungen hinweg täuschen, die sich durch den Industrialismus und die Einbeziehung der Frau in die Volkswirtschaft materiell und geistig auch bei uns vollzogen haben. In einer Welt ständiger Unruhe und ständiger Wandlungen bedarf auch das Recht einer erhöhten Anpassungsfähigkeit. Dabei soll es keineswegs nur vollzogenen Wandlungen nachfolgen, es soll zielstrebig sein, wie das ZGB es zu seiner Zeit war, und dem Rechtsleben die Wege weisen. Aber auch ohne an irgendwelche Revision des Gesetzes zu

denken, bedarf das Rechtsleben der ständigen Pflege des Rechtsbewußtseins und der kritischen Besinnung. Nur eine solche verschafft uns die Einsicht in Mängel und Unzulänglichkeiten unseres positiven Rechts, nur sie läßt uns aber auch immer wieder das Große und Erhaltenswerte dieser Rechtsordnung erkennen. Was du von deinen Vätern ererbt, erwirb es, um es zu besitzen.

Aber gerade rechtlich befinden wir uns in einer besonderen Lage. In Deutschland ist die Frage der Gleichberechtigung bereits entschieden. Die Bonner Verfassung spricht eine deutliche Sprache — sie ist fast zu deutlich! Ihr Wortlaut leistet jener Auffassung Vorschub, welche sich zu einer sturen Durchführung der Rechtsgleichheit gedrängt fühlt. Im schweizerischen Recht muß diese im Gebiet des Familienrechtes erst erkämpft werden. Der Geltungsbereich von BV Art. 4 ist im vornehmerein schon dadurch beschränkt, daß er keinen Schutz gewährt gegen Rechtsungleichheiten in der Bundesgesetzgebung, BV Art. 113 Abs. 3. Vor allem steht heute eine umfassende Revision des ZGB vom 10. Dezember 1907 noch keineswegs zur Diskussion. Niemand ruft nach einer Totalrevision. Dagegen bleibt es doch möglich, daß in absehbaren Zeiten der Ruf nach bestimmten Partialrevisionen sich aufdrängt, z.B. für bestimmte Teile des Immobiliarsachenrechtes, vor allem aber für das Familienrecht. Die Zeit dürfte nicht mehr fern sein, da für dieses eine solche Revision als dringlich empfunden werden wird.

Dabei wird die schweizerische Tradition eine mechanische Gleichbehandlung im vornehmerein verhüten. Die Gleichbehandlung wird eine «organische» sein müssen. Nur Gleiche muß gleich behandelt werden. Zu berücksichtigen sind nicht nur physiologische Ungleichheiten, sondern auch psychologische und deren Auswirkungen in der heutigen Welt. Somit bleibt es durchaus möglich, auch sozialen Differenzierungen, einem erhöhten Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen. Nur so vermag die Rechtsgleichheit die Gerechtigkeit zu verwirklichen.

Die Besonderheit des schweizerischen Rechtes wird sich schon in der Methodik, aber auch in der inhaltlichen Gestaltung geltend machen.

A. Die Methode

Der große Unterschied der Gesetzgebungsmethoden des deutschen BGB und des ZGB ist bekannt. Der neue deutsche Entwurf bekundet wiederum die Tendenz nach möglichst ausführlicher und in die Einzelheiten gehender Regelung. Der Vorschlagsbeteiligung (ZGB Art. 214) widmet der Reg.-Entw. 26 ausführliche §§. Wir stoßen in allen Teilen auf gar manche Bestimmungen, die der schweizerische Gesetzgeber als überflüssig erklären würde, auf viele nach unserem Empfinden zu überladene wortreiche Einzelschriften. Gerade das Familienrecht bedarf, um seine Aufgabe zu erfüllen — es soll nicht nur Entscheidungsnormen zuhanden des Gerichtes aufstellen, es soll eine Lebensordnung sein, eine Gestaltungsordnung — der Beschränkung auf das Wesentliche. Die leitenden Ideen müssen zu eindringlichem Ausdruck gebracht werden. Es erträgt nicht ein Reglementieren, da es um feinste und verletzlichste menschliche Beziehungen geht. Mitteis (RGPr III 180) führt darüber aus: «So sorgfältig und umfassend das Gesetz seine eherechtlichen Normen formuliert, so tief es in dem geschichtlichen Rechtsstoff nach den Stützen bewährter Überlieferung gegraben hat, nirgends so klar wie im Ehrerecht erweist es sich als ein ohnmächtiger Versuch, das reiche Leben einer so komplizierten Gemeinschaft wie unsere Ehe sie darstellt, in die Totenstarre (!) von Gesetzes-tafeln zu bannen, nirgends so klar wie hier enthüllt sich das Utopische des Gedankens von der erschöpfenden Vollständigkeit des Gesetzesinhaltes. Immer neue Bildungen erzeugt der Strom des Lebens aus dem steten Wandel der Zeit heraus, die sich neben die typischen Formen stellen, auf die das Gesetz sich eingestellt hat.» So komme es einer schöpferischen Rechtsprechung zu, den großen Kontra-

punkt zu der linearen Melodik des Gesetzestextes zu schaffen, einen Oberbau allgemeiner Leitsätze über der kasuistischen Einzelregelung des Gesetzes zu errichten und zugleich die Konkretisierung der Gesetzesformeln, ihr Maß und ihre Begrenzung zu umschreiben.

Der deutsche Entwurf enthält Bestimmungen, die so verklausuliert sind, daß uns scheint, die Praktikabilität gehe darob verloren, vgl. § 1354 betreffend das ehemännliche Entscheidungsrecht oder § 1360 betreffend die Unterhaltspflicht, s.o. Ziff. II 1 und 2.

Das ZGB befleißt sich gerade in diesen Fragen der größten Zurückhaltung. Über das Entscheidungsrecht schweigt es sich aus. Das mag sich ausnehmen wie ein Versagen des Gesetzgebers; aber in Wirklichkeit hat sich diese Zurückhaltung bewährt. Die Frage tritt in der Rechtsprechung völlig zurück: die Eheleute behelfen sich selber, und das ist gerade wünschenswert. Und wenn sie nicht mehr weiterkommen, dann ziehen sie ihren Seelsorger, ihren Arzt, ihre Angehörigen oder Freunde zu Hilfe, letzten Endes eine Eheberatungsstelle oder dann den Eheschutzzrichter, s. unten. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers entspringt seiner Einsicht in die geringe Macht, die ihm zukommt. Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten entziehen sich der gesetzlichen Regelung. Sie gestalten sich autarkisch in jeder Ehe; eine jede weist ihre «eigenständige» Ordnung auf, die sich aus der Individualität der beiden Ehegatten und ihrer gegenseitigen persönlichen Einstellung ergibt, einen selbstgewählten Lebensstil; Gmür, Exp.komm. Prot. I, 1901, 203, Begründung zum Reg.-Entw. (der übrigens selber auf diese Verständigung verweist); Hedemann, 30, 35, 43; Derselbe, JR 1953 Heft 6 S. 197. Er ergibt sich aus unzähligen Entscheidungen von Fall zu Fall, durch Vereinbarungen auf Widerruf, durch Duldung und Schweigen, durch die Lebensweise selber und den Brauch. Durch seine Enthaltung anerkennt der Gesetzgeber diese autonome Gestaltung. Doch wird diese Auffassung an dieser Stelle nur für das eigene Recht vertreten — anderswo

mag sich eine gesetzliche Norm, auch der gesetzliche Austrag eines leidenschaftlichen Kampfes der Geister als notwendig erweisen. Gleich zu behandeln wie das eheliche wäre auch das elterliche Entscheidungsrecht — Mutter und Kind dem Entscheidungsrecht des Vaters zu unterstellen ist ganz besonders hart und ungerecht. Ob das Recht der religiösen Erziehung einer besondern gesetzlichen Regelung bedürfe, bleibe dahingestellt.

So sind dem Gesetzgeber im Familienrecht gemäß der Natur der Sache enge Grenzen gesetzt. Auch im Familienrecht soll er feste Normen aufstellen, wo der Gegenstand dies erlaubt. Unser Gesetz stellt — nach anfänglichem Schwanken — für die Beteiligung am Vorschlag eine solche Norm auf; auch für die Ausgleiche des Zugewinns wurde einer solchen zahlenmäßigen Regelung der Vorzug gegeben. Aber häufiger als in den andern Teilen werden im Familienrecht das Mißbrauchsverbot, die veränderten Umstände, die «Härteklausel» und andere solche Ermessensbegriffe zu Hilfe genommen. Die Fülle der Erfahrungen seit der Intronisation der großen Gesetzbücher um 1800 bis zum heutigen Tage ergibt eindeutig und unbestreitbar die Unmöglichkeit eines monopolistischen «abstrakten Normativismus». Der Gesetzgeber ist schlechtedings, willig oder unwillig, angewiesen auf die Mitarbeit des Richters auch im normativen Bereich. Er selber gewährt mit jenen Ermessensnormen dem Dezisionismus den Eintritt. Nur ein Beispiel aus dem geltenden Recht. Die ältern Gesetze regelten die Zuteilung der Kinder bei einer Scheidung und verfielen dabei durchwegs einer bedenklichen Schablonisierung. Noch das deutsche BGB geht von einem solchen Schema aus, § 1635. Der schweizerische Gesetzgeber bricht mit dieser Tradition und bringt Mut und Selbstüberwindung auf, diese Aufgabe gänzlich dem Richter zu überlassen, Art. 156, und diese Lösung hat sich, je länger je mehr, bewährt. Diese Methode ist seither auch vom deutschen Ehegesetz von 1947 befolgt worden, und diesen Tribut an den Dezisionismus entrichtet auch der Reg.-Entw.

§ 1671. Es ist nicht der einzige. Daraus ergibt sich — wiederum: für unsere Verhältnisse — eine Bestätigung der Gesetzgebungs methode des ZGB.

Doch bedarf eine derartige zurückhaltende gesetzliche Ordnung wohl eines besondern Rechtsschutzmittels. Wir befürworten eine Regelung, welche die Entscheidungen über die gemeinsamen Angelegenheiten den Ehegatten überlassen will. Wie aber, wenn die Ehegatten sich nicht finden, sich nicht verständigen können? Dann bedarf es eines Rechtsschutzes. Droht den Kindern aus der Uneinigkeit der Eltern Gefahr oder Schaden, dann kann die Vormundschaftsbehörde angerufen werden. Darüber hinaus bedarf aber auch die eheliche Gemeinschaft eines besondern Schutzes. Einen solchen kannte noch das preußische ALR II 1 § 675, 709, 714, vgl. Buse JR 1950, 658, dann noch (im Rahmen des Scheidungsrechtes) das zürcherische PrGB Bluntschlis von 1853, § 203 f. — Heute nehmen wir diesen Eheschutz wieder auf; vorangegangen ist Eugen Huber, der nicht ohne mannigfachen Widerstand die Bestimmungen der Art. 169 f. in das Gesetz hineinbrachte. Das schwedische Ehegesetz von 1920 widmet der «Vermittlung zwischen Ehegatten» ein interessantes eigenes Kapitel (14). In unserem Rechtsleben hat sich der Eheschutz nach Art. 169 f. eingelebt und bewährt. Eine Revision des Gesetzes wird ihn gewiß nicht ausschalten, sondern nur ihn ausbauen und noch wirksamer gestalten. Es sei auf die feine Studie von Dr. Troesch, «Ehenot — Eheschutz», ZbernJV 89, 1953, H. 5, verwiesen.

· B. Der Inhalt:

Der Grundgedanke der Gemeinschaft

Nachdem die Familie aufgehört hatte, ein eigener Produktionsverband zu sein und ihr selbst die konsumwirtschaftlichen Aufgaben mehr und mehr entfielen, ward sie, wie bereits ausgeführt, dem individualistischen Recht aus-

geliefert. Durch jene Entleerung büßte sie immer mehr den Charakter eines Organismus, eines eigenen Sozialgebildes, einer Institution, ein. «Sie hat ihre Gestalt verloren und ist zu einer bloßen Beziehung zwischen Familiengliedern geworden, zu Individualbeziehungen zwischen Mann und Frau, Eltern und Kindern», Radbruch 249. Die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschende gemeinrechtliche Schule erging sich ausschließlich in dieser individualistischen Schau. Gegen diese Einstellung und gegen den ersten Entwurf des deutschen BGB, der von ihr getragen war, erhob Otto Gierke seine warnende Stimme und forderte einen organischen Aufbau aus dem Gemeinschaftsgedanken heraus. Doch brachte er sich selber um eine dauernde Wirkung seines Einsatzes, weil er die Lösung allzusehr im autoritären Prinzip und in der Wiederherstellung der Munt suchte. Aber seine Kritik am deutschen BGB behielt seine Richtigkeit und ist auch in der heutigen Campagne wieder aufgenommen worden: Die Individualrechte werden allzu-sehr anerkannt um ihrer selber willen, es fehlt die innere Verbundenheit, der Sinn für die soziologische Funktion dieser Rechte, die Bezogenheit auf die Gemeinschaft. Das Gesetz leistet zum mindesten der Auffassung Vorschub, dem Manne stünden seine Rechte zu als Mann. Die Frau vertritt mit der Schlüsselgewalt nur den Mann. Auch die Vorrechte des Mannes in dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung sind nicht in der ehelichen Gemeinschaft verankert und darnach gestaltet. Entsprechend sind im Eltern- und Kinderrecht die elterliche Gewalt des Vaters und diejenige der Mutter scharf voneinander getrennt und keineswegs organisch miteinander verbunden.

Demgegenüber hat das schweizerische ZGB sich bemüht, diese organische Einheit von Familie und Haus zu retten. Dies verdankt es vorerst dem produktiven historischen Denken Eugen Hubers. Daß es dabei vom traditionellen Recht auch das autoritative Prinzip übernahm, entsprach der damals in der Rechtswissenschaft noch durchaus dominierenden Auffassung. Aber es bleibt doch das große

Verdienst des ZGB, daß es im Gegensatz zu der damals herrschenden «Zivilistik» die familienrechtlichen Beziehungen aus dem Gedanken der Gemeinschaft heraus entwickelte, die Rechtsstellung des Hauptes der Ehe, die Schlüsselgewalt, die Rechte und Pflichten des Mannes und der Frau. Auch das eheliche Güterrecht, selbst der ordentliche Güterstand, erfährt darnach seine Begründung und Regelung: das «eheliche Vermögen» soll in den Dienst der Familie gestellt werden, vgl. Carl Wieland, ZSR 18, 1899, 319. Ebenso ist das Eltern- und Kinderrecht aus dem Gemeinschafts- und Pflichtgedanken heraus gestaltet, Art. 270 f., 273 f.

Nach dem jüngsten schon gewordenen oder werdenden Recht wird mit der Gleichberechtigung, wie schon erwähnt, vor allem einmal die Selbständigkeit der Ehefrau erreicht, und die Besorgnis erscheint begreiflich, daß darin ein neuer Sprengstoff liege und der Individualismus einen neuen Sieg davontrage. Wir wissen heute nur allzugut, daß jedes organisatorische Sozialprinzip Gefahr läuft, in sein Gegenteil verkehrt zu werden. Auch diese neue Selbständigkeit wird mißbraucht werden. Aber wesentlich ist der Sinn und Geist des neuen Rechtes, und alle hiefür in Frage kommenden Kräfte werden sich dafür einzusetzen haben, daß diesem der Sieg verbleibe. Dieser Sinn aber geht gerade auf mögliche Festigung der familienrechtlichen Gemeinschaften, o. Ziff. III B. Dieses neue Recht will der Frau gerecht werden und will sie neben dem Manne in den Dienst an der Familie einspannen; sie will die volle Frauenkraft zur Entfaltung kommen lassen und zur Geltung bringen gerade in der Gemeinschaft. Wir erkennen somit, daß dieses neue Recht, so sehr es manchen Schweizer zunächst befremden mag, durchaus in der Linie des schweizerischen Rechtes liegt, ja als eine organische Weiterentwicklung seiner familienrechtlichen Grundvorstellungen angesprochen werden kann. So kann das schweizerische Familienrecht seine zeitgemäße Gestaltung finden auf der Grundlage der Tradition. Aber

zugleich muß es sich dem Gedanken der Gleichberechtigung erschließen. So ist für die Revision des ehelichen Güterrechtes in Deutschland die Einsicht bestimmend, daß das System der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung mit der Gleichberechtigung nicht mehr vereinbar ist. Mit einer gewissen Akzentverschiebung ist sie wegleitend auch für die Umgestaltung des gesetzlichen Güterrechtes in Frankreich: die *communauté légale* legt die Verwaltung des Gemeinschaftsgutes in die Hand des Mannes, und dies verträgt sich nicht mehr mit der Handlungsfähigkeit der Frau. Diese Rechtserkenntnis verleiht den Impuls zu neuer Rechtsplanung. Dieser Einsicht können auch wir uns nicht mehr verschließen. Es ist doch zu primitiv, die scharfe juristische Unterscheidung zwischen der Handlungsfähigkeit der Frau und ihrer Verfügungsbefugnis einzuführen und zu glauben, daß damit das ausschließliche Verwaltungsrecht des Mannes materiell gerechtfertigt werden könne. Das war ein juristisch-technischer Behelf, aber bietet kein Kriterium der Bewertung, der Besinnung auf den Gerechtigkeitsgehalt dieser Ordnung.
