

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

VIII

Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny
herausgegeben von Helmut Coing



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1979

STEPHAN BUCHHOLZ

Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht Eine Skizze seiner rechtssystematischen und rechtspolitischen Überlegungen*

I

Die Ehe als Vertrag oder als Institution — in diesen Spannungsrahmen von Individualbeziehung und überpersonaler Ordnungsform sind die Ehebilder und die daraus entspringenden Eherechtskonzeptionen der verschiedenen Epochen eingebunden, wobei der jeweilige Ausschlag nach der einen oder anderen Seite im wesentlichen durch die sich wandelnden politisch-gesellschaftlichen Vorwertungen bestimmt wurde¹.

Die Lehre vom Zivilvertrag der Ehe war in ihren weit zurückreichenden Ursprüngen kein inneres Gestaltungsproblem einer bürgerlichen Rechtsordnung, sondern ging auf eine Kompetenzfrage, die Abgrenzung zwischen kirchlicher und weltlicher Zuständigkeit für das *vinculum matrimonii*, zurück². Die differenzierenden Aussagen der Kirchen- und Rechtslehre seit der Spätscholastik über Rangordnung und Verhältnis beider Gewalten fanden in der Duplizität von Sakrament und Vertrag ihren Ansatzpunkt. Auf katholischer Seite liefen vor allem die staatskirchlichen Vorstellungen der gallikanischen Theorie des 17. und 18. Jahrhunderts darauf hinaus³, die kirchliche

* *Meinen Eltern.*

¹ Zum ganzen cf. die vorzügliche Betrachtung von WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS: *Ehe und Recht*, Tübingen 1962, p. 4—94; *ders.*: Familienrechtliche Kodifikationen im Wandel der Anschauungen, in: *Familienrecht im Wandel*, Festschrift H. Hinderling, Basel u. Stuttgart 1976, p. 111—150.

² DIETER SCHWAB: *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Bielefeld 1967, p. 53—103.

³ HERMANN CONRAD: Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französische Revolution, in: *SZ (GA)* 67 (1950) p. 336—372 (p. 339—355); *ders.*: Zur Einführung der Zwangszivilehe in Preußen und im Reich, in: Festschrift H. Lehmann I, Berlin etc. 1956, p. 113—130 (p. 113 s.); *ders.*: Der parlamentarische Kampf um die Zivilehe bei Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: *Historisches Jahrbuch* 72 (1953) p. 474—493 (p. 474 s.); WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS: Zur revolutionären Familiengesetzge-

Zuständigkeit auf den Sakramentalbereich zu beschränken und aus dem ‚bürgerlichen‘ Charakter der Ehe das staatliche Gesetzgebungs- und Jurisdiktionsmonopol zu folgern; gerade die Lehre vom Ehevertrag — die im Konsensgedanken einen gewissen kirchenrechtlichen Rückhalt fand — bot das geeignete Mittel, die Ehe als integrierenden Bestandteil des politisch-sozialen Ordnungsgefüges aufzufassen und die Kirche auf das eigentlich Spirituelle, das Sakrament, zu verweisen; die Verschränkung von Sakrament und Ehevertrag brach auseinander, beide wuchsen sich zu Gegensätzen aus, zu Elementen eines doppelten Eherechtssystems. Die Reformation⁴ hatte ursprünglich — trotz der Ablehnung der sakramentalen Eheauffassung — keine neuen Impulse für diese Fragestellung geliefert. Erst unter dem Einfluß der Naturrechtslehren setzte zu Beginn des 18. Jahrhunderts auf protestantischer Seite der Wandel ein, man zog die — unmittelbar nach der Reformation ausgebliebene — Konsequenz aus dem Fortfall der Sakramentalität und interpretierte die Ehe als grundlegende Einrichtung der durch das Profanrecht nach politischer Vernunft geregelten Sozialordnung. Mit der Verweltlichung der Ordnungskompetenz, für die der Ehevertrag zum Schlüsselbegriff wurde, trat eine neue Komponente auf — und zwar die Frage nach der naturrechtlich begründeten und durch die staatliche Gesetzgebung anerkannten Lösbarkeit dieses vertraglichen Gemeinschaftsverhältnisses. Gerade mit dieser Umkehrung des Konsensprinzips mußte der Vertragsgedanke in seiner naturrechtlichen Definition auf die eigentliche Belastungsprobe gestellt werden. Der Durchbruch einer säkularen Ehevertragsdoktrin kam mit der Aufklärung⁵, nach der Naturerkenntnis hatte die Unauflöslichkeit der Ehe keinen eigenen — der weltlichen Dispositionsgewalt entzogenen — Stellenwert mehr; sogar die naturrechtliche Zulässigkeit der Trennung des Ehebandes aufgrund wechselseitigen Einverständnisses oder einseitiger Verstoßung konnte sich durchsetzen — eine Richtung, die durch das Vordringen der ‚milden‘, eine weltliche Verbindlichkeit der ‚schriftmäßigen‘ Scheidungsgründe relativierenden oder völlig in Abrede stellenden Auffassungen im Protestantismus noch an praktischer Aktualität

bung, in: *Ius Privatum Gentium* (Festschrift Rheinstein) II, Tübingen 1969, p. 843—908 (p. 850—875).

⁴ SCHWAB, Grundlagen, p. 104—137.

⁵ PAUL MIKAT: Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, in: MIKAT, Religionsrechtliche Schriften II, Berlin 1974, p. 915—1011 (p. 958—966); ALFRED DUFOUR: Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle, Paris 1972, p. 217—435; MANFRED ERLE: Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts, Göttingen 1952; SCHWAB, Grundlagen, p. 138—192; ders.: Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, in: Quaderni Fiorentini I (1972) p. 357—376 (p. 365—368); HEINRICH DÖRNER: Industrialisierung und Familienrecht, Berlin 1974, p. 128—157.

gewinnen mußte⁶. Vor diesem Hintergrund war es kein revolutionärer Akt mehr, wenn das preußische Eherecht seit 1749 den Ehevertrag in seiner Lösbarkeit den übrigen Verträgen des bürgerlichen Lebens angenähert hatte — ohne allerdings die kirchliche Teilhabe an der Eheschließungsform aufzuheben⁷. Für die Auseinandersetzungen um das Eherecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde insbesondere bedeutsam, daß die Gesetzgebung des 18. Jahrhunderts die materielle Koinzidenz von kirchlicher und staatlicher Eherechtsdoktrin schließlich völlig aufgegeben hatte.

Savignys Beitrag zum Eherecht fiel in die letzten Jahre des ‚Vormärzes‘. Gerade in dieser Zeit konnte sich eine Wiedergeburt des institutionellen Denkens⁸ im Hinblick auf die Ehe abzeichnen — gleichermaßen gerichtet gegen einen polizeistaatlichen Reglementierungsperfektionismus absolutistischer Prägung, der letzten Endes nur einen Überhang des Staatsinteresses dokumentierte, und gegen liberale Neutralitätsbemühungen, die Religion und Sitten zur reinen Privatsache erklärten; die Rückbesinnung auf die Vorgegebenheit einer sittlich-religiösen Idee der Ehe⁹ entzog temporären Zweckmäßigkeitsvorstellungen — des Gesetzgebers oder der am Ehevertrag beteiligten Individuen — jede die materielle Substanz der Institution Ehe ergreifende Ordnungskompetenz. Originalität oder Gebundenheit von *Savignys* Überlegungen sind angesichts dieses vorgezeichneten Rahmens zu beleuchten.

Im folgenden steht das persönliche Eherecht im Mittelpunkt; weitere Gebiete des Familienrechts werden um des Sachzusammenhangs willen gestreift.

II

Savigny hat dem Familien- und Eherecht insbesondere im zweiten Buch seines ‚Systems‘ einen breiten Raum gewidmet¹⁰. Maßgebliches Motiv war aber für den Systematiker nicht das Interesse für die inhaltliche Ausformung

⁶ MIKAT, Zerrüttungsprinzip, p. 922—936; HANS GERT HESSE: Evangelisches Ehescheidungsrecht in Deutschland, Bonn 1960, p. 7—110; HARTWIG DIETERICH: Das protestantische Eherecht in Deutschland bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts, München 1970, p. 69—245.

⁷ SCHWAB, Grundlagen, p. 193—245.

⁸ Hierzu cf. MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, p. 58—88.

⁹ Cf. FRIEDRICH JULIUS STAHL: Die Philosophie des Rechts II/1, Heidelberg ²1845, § 54 p. 369.

¹⁰ SAVIGNY, System I, p. 331 ss.; Familienrecht und Vermögensrecht sind als Hauptbestandteile in der Ordnung der „Rechtsverhältnisse“ zusammengeschlossen. Hierzu: CLAUS BEXTERMÖLLER: Das Familienrecht in den Systemen der Pandektistik des 19. Jahrhunderts, Diss. Münster 1970, p. 47—67; ein umfassender Systemaufriß, der die hier berührten Fragen

der Rechtsfiguren des Ehe- und Familienrechts, sondern die Suche nach Einordnungs- und Abgrenzungskriterien, die Klärung der Spannungen, die dieses schillernde und vielschichtige Rechtsgebiet in ein formal-begriffliches Rechtsdenken hineintragen mußte. Gerade die relative Ungreifbarkeit des Familienrechts für ein auf den Kategorien des subjektiven Rechts, der individuellen Willensmacht und der Privatautonomie aufbauendes Privatrechtsverständnis ließ die befriedigende Erfassung und Eingliederung von Familie und Ehe zum Prüfstein für die Stimmigkeit und Tragfähigkeit eines entworfenen Systembaus und schließlich zum Ansatzpunkt für die Gewinnung weiterführender Systemgesichtspunkte werden. So näherte sich *Savigny* dem genannten Gebiet unter Heranziehung der beiden methodischen Grundfiguren seines Systems¹¹: Dazu gehört einmal das Rechtsverhältnis als organisches Gefüge der durch „Abstraction ausgeschiedenen“¹² individuellen, subjektiven Rechte und zum anderen das — aus diesem subjektiven Bezugsrahmen gelöste und in eine objektive Erscheinungsform eingebundene — Rechtsinstitut als der jedem Rechtsverhältnis vorgelagerte „Typus“¹³. Gerade im Hinblick auf die Randlage der Familienrechtsverhältnisse gegenüber den ‚gewöhnlichen‘

in einen wesentlich weiteren Rahmen stellt und die Interpretationszusammenhänge auf ein breit gefächertes Material vom späten Naturrecht bis zum Ausgang des 19. Jahrhunderts stützt, findet sich bei WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS: Zur Diskussion um die systematische Einordnung des Familienrechts, I: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 37 (1973) p. 609—659; II: Rabels Z 38 (1974) p. 533—570 (insbes. II, p. 548—565: Die Sonderstellung des Familienrechts in von Savignys „System“).

¹¹ WALTER WILHELM: Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1958, p. 46 ss.; *ders.*: Savignys überpositive Systematik, in: Philosophie und Rechtswissenschaft, ed. J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt/M. 1969, p. 123—136 (p. 126—129); ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE: Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: Collegium Philosophicum, Studien J. Ritter z. 60. Geb., Basel u. Stuttgart 1965, p. 9—36 (p. 19 s.); FRANZ WIEACKER: Gründer und Bewahrer, Göttingen 1959, p. 138—141; *ders.*: Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule, Karlsruhe 1967, p. 15 s.; *ders.*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen ²1967, p. 396—399; PIO CARONI: Savigny und die Kodifikation, in: SZ (GA) 86 (1969) p. 97—176 (insbes. p. 111—119); KARL LARENZ: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin etc. ³1975, p. 11—19; zum Verhältnis zwischen Rechtsverhältnis und Rechtsinstitut cf. insbes. HELMUT COING: Rechtsverhältnis und Rechtsinstitution im allgemeinen und internationalen Privatrecht bei Savigny, in: Eranion in honorem G. S. Maridakis III, Athen 1964, p. 19—28; *ders.*: Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 91 (1955) p. 329—343 (p. 337—339); *ders.*: Zur Geschichte des Privatrechtssystems, Frankfurt/M. 1962, p. 48—55; zuletzt HANS KIEFNER: Lex Frater a fratre, Institution und Rechtsinstitut bei Savigny, in: Rechts-theorie 10 (1979) p. 129—141 (mit neuem Deutungsansatz).

¹² SAVIGNY, System I, p. 7.

¹³ l. c. p. 9.

Rechtsverhältnissen konnten die Rechtsinstitute infolge ihres verbindenden und jeder scharfen Begrifflichkeit entzogenen Charakters an eine nützliche Auffangstellung herangeführt werden.

Schlüssel- und Ausgangsbegriff war das Rechtsverhältnis; dieses nahm als Bündel subjektiver Rechte Freiheit und Grenzen individueller Willensmacht in sich auf. Im Sinne *Kants* wurden die Schranken des rechtlich gesicherten Freiraums nicht durch das Sittengesetz, sondern nur durch den eigenen Entfaltungsraum Dritter gezogen¹⁴. Damit rückte der Individualwille in seine zentrale Stellung ein; das Recht hatte das „Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“¹⁵ ein- und abzugrenzen. Die Einwirkung der regulierenden Rechtsregel auf die Beziehung von Person zu Person unterlag allerdings graduellen Abstufungen: So mußte *Savigny* anerkennen, daß das Wechselverhältnis von Willensherrschaft und Grenzziehung durch die Rechtsregel nur bedingt für das Eherecht gelten kann, „da die Ehe zum Theil in das Rechtsgebiet fällt, theilweise aber außer demselben liegt“¹⁶. Als Gegenstände möglicher Willensherrschaft führte *Savigny* „die eigene Person, die unfreye Natur“ und „fremde Personen“¹⁷ an. In diesem Zusammenhang interessieren nur „diejenigen Rechtsverhältnisse, deren Gegenstände fremde Personen sind“¹⁸. Die Unterwerfung einer fremden Person unter die eigene Willkür konnte nicht absolut sein, da sonst „Freyheit und Persönlichkeit“¹⁹ des Betroffenen geopfert würden. Die Art der Schrankenziehung für die individuelle Willensherrschaft wurde zu einem wesentlichen Abgrenzungskriterium innerhalb der durch eine interpersonale Beziehung gekennzeichneten Rechtsverhältnisse: Bei den Obligationen „muß die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freyheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht“²⁰. Neben die Ob-

¹⁴ HELMUT COING: Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert, in: *Recht und Ethik*, ed. J. Blühdorn u. J. Ritter, Frankfurt/M. 1970, p. 11–28 (17–20); HANS KIEFNER: Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, in: *Philosophie und Rechtswissenschaft*, ed. J. Blühdorn u. J. Ritter, Frankfurt/M. 1969, p. 3–25 (p. 7–13); WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, p. 135; *ders.*: *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, in: *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt/M. 1974, p. 55–78 (p. 58–63).

¹⁵ SAVIGNY, *System I*, p. 334.

¹⁶ I. c.

¹⁷ I. c. p. 335.

¹⁸ I. c. p. 338.

¹⁹ I. c.

²⁰ I. c. p. 339.

ligationen, die durch eine verhältnismäßig isolierte, sachlich und zeitlich begrenzte Personenbeziehung geprägt waren, trat ein weiterer Bereich, in dem das Individuum „als Glied des organischen Ganzen der gesamten Menschheit“ und „als ein unvollständiges, der Ergänzung in einem großen Naturzusammenhang bedürftiges Wesen“²¹ erscheint: die Familienrechtsverhältnisse. Hier waren die Schranken individueller Willensmacht durch einen Komplex überpersonaler Bedingtheiten, durch gesellschaftliche Abhängigkeiten und natürliche Anlagen des Menschen determiniert. Der mit den Familienverhältnissen notwendig verbundene und auch von *Savigny* anerkannte²² außerrechtliche Begriff der menschlichen ‚Natur‘ mußte den gewählten Ansatzpunkt — Rechtsverhältnis als Raum persönlicher Willensherrschaft — an einer wesentlichen Stelle aufbrechen. Willenszentristische Deutungs- und Systematisierungsversuche konnten gegenüber dem Familien- und Eherecht nur mit einem deutlichen Verlust an Lebens- und Rechtswirklichkeit Bestand haben. *Savigny* nahm den hiermit entstandenen systematischen Bruch innerhalb der Rechtsverhältnisse in Kauf, er verzichtete auf Systemgeschlossenheit und wehrte die — vom abstrakten Ansatz an sich naheliegende — Gleichsetzung der Familienverhältnisse und der Obligationen als mit dem „Wesen der Familie“ unvereinbar entschieden ab²³. Um nicht völlig das Familienverhältnis aus dem Katalog möglicher Rechtsverhältnisse streichen zu müssen, wurde jede konkretisierbare Objektsbezogenheit der Willensrichtung in einer ungreifbaren Formel aufgelöst; die Willensherrschaft betrifft: „das in der Familie erweiterte Selbst. Die hierin mögliche Herrschaft unsres Willens gehört nur theilweise dem Rechtsgebiet an, und bildet hier das Familienrecht“²⁴. Die unter der Herrschaft des Willensdogmas unausweichliche partielle Ausgliederung der Familienverhältnisse aus der Ebene des Rechtlichen wurde von *Savigny* auch weiterhin konsequent durchgehalten. Bei der näheren Beleuchtung der „Bestandteile“ des Familienrechts — Ehe, väterliche Gewalt und Verwandtschaft — bestimmte er den „Stoff eines jeden dieser Verhältnisse“ als ein „Naturverhältniß“²⁵. *Savigny* unterschied bei den Rechtsverhältnissen ge-

²¹ I. c. p. 340.

²² I. c. p. 341.

²³ I. c. p. 342 s., 387 s.; hierzu MÜLLER-FREIENFELS: *Savigny* „entwickelt mit großer Akribie eine Eigenständigkeit des Familienrechts, ohne dann aber für die systematische Frage nach dessen Stellung in der Gesamtrechtsordnung die entsprechenden Konsequenzen zu ziehen, ja überhaupt ohne auf den von ihm vorausgesetzten privatrechtlichen Zusammenhang zwischen Familien- und Vermögensrecht noch näher einzugehen“. (Systematische Einordnung II, p. 549).

²⁴ I. c. p. 344.

²⁵ I. c. p. 345.

nerell zwischen dem „Stoff“, der „Beziehung“ als der materiellen Seite und der „rechtlichen Bestimmung dieses Stoffs“, der „Rechtsform“ als der formellen Seite²⁶. Im Bereich der Familienverhältnisse zeigte sich nun ein deutlicher Überhang des Stofflichen, des Materiellen in Gestalt des Naturverhältnisses. Dies folgt aus den elementar-kreatürlichen Ursprüngen dieses Gebietes, der Ehe muß, im Gegensatz zu anderen Bereichen des positiven Rechts, „eine allgemeine Nothwendigkeit“²⁷ zuerkannt werden. Entsprechend dem *Kant-schen* Ansatz ist aus dem rechtlichen noch das „sittliche Verhältniß“²⁸ auszugliedern. Neben den natürlichen und sittlichen Elementen der Familienverhältnisse rückte die bloße Rechtsform, die formale Bestimmung des Stoffs in eine nur sekundäre Rolle: „Ja wir müssen hinzu setzen, daß die juristische Seite ihres Wesens gerade die geringere ist, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechts angehört“²⁹. *Savigny* gab der Sitte einen deutlichen Vorrang vor den Elementen des Natürlichen und Rechtlichen bei der Bestimmung der Wesensmerkmale von Familie und Ehe. Die jeweilige faktische Ausformung sittlicher Normen festigt den Rang der Familienverhältnisse in einem konkreten historischen und nationalen Rahmen; so „werden wir von dem Zustand des Familienverhältnisses in einer Nation nur eine sehr unsichere Kenntniß haben, wenn wir lediglich auf die in ihr geltende Rechtsregel sehen, ohne die ergänzende Sitte zu berücksichtigen“³⁰.

²⁶ l. c. p. 333 s.

²⁷ l. c. p. 346 (a).

²⁸ l. c. p. 346.

²⁹ l. c. p. 347.

³⁰ l. c. p. 350. Die Rückführung von Ehe und Familie auf vorrechtliche „natürliche“ Verbindungen geht vor allem auf die Romantik zurück; die Skepsis gegenüber einer rechtlichen Überfremdung der Ehe hat bei *Fichte* vollendeten Ausdruck erfahren: „Die Ehe ist eine durch den Geschlechtstrieb begründete vollkommene Vereinigung zweier Personen beiderlei Geschlechts, die ihr eigener Zweck ist. . . . Um die Ehe zu errichten, oder zu bestimmen, damit hat das Rechtsgesetz nichts zu thun, sondern die weit höhere Gesetzgebung der Natur und Vernunft, welche durch ihre Produkte dem Rechtsgesetze erst ein Gebiet verschafft. Die Ehe bloß als eine juridische Gesellschaft ansehen, führt auf unschickliche und unsittliche Vorstellungen. . . . Erst muß eine Ehe da seyn, ehe von einem Eherechte, so wie erst Menschen da seyn müssen, ehe vom Rechte überhaupt die Rede seyn kann.“ (JOHANN GOTTLIEB FICHTE: Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre II [1797] 1. Anh.: Grundriß des Familienrechts §§ 8, 9 = Fichte-Gesamtausgabe I 4, Stuttgart 1970, p. 104—106).

Der Kontext von Natur und Sitte bot schließlich den geeigneten Ansatzpunkt, den „dekompositorischen“ Charakter der romantischen Eheauffassung aufzufangen und das „Naturverhältnis“ Ehe in eine metajuristische Pflichtenordnung einzufügen. Die Überleitung des Naturverhältnisses in eine sittliche Gemeinschaft bewirkte somit für die Rechtslehre zweierlei: zum einen die Entlastung des spezifisch privatrechtlichen Begriffsinstrumentariums von diesem ungreifbaren Gebilde und zum anderen die Einbindung der Ehe in einen höherran-

Von diesem Standpunkt aus verließ *Savigny* endgültig den Boden des von ihm eingangs dargelegten Begriffs des Rechtsverhältnisses. Es bleiben nur noch rein formale Erscheinungsmerkmale für die rechtliche Seite des Familienverhältnisses, für „die Angabe des wahren juristischen Inhalts“ der „einzelnen Institute des Familienrechts“³¹. Es geht lediglich um die „Bedingungen seines Daseyns und seiner Anerkennung“; konkret: „die Voraussetzungen der Möglichkeit eines solchen Rechtsverhältnisses, die Entstehungsarten desselben, und die Gründe seiner Auflösung“. Dazu kommen die auf andere Rechtsverhältnisse übergreifenden Wirkungen von Ehe, väterlicher Gewalt und Verwandtschaft, so z. B. der Einfluß der Ehe auf die vermögensrechtliche Gestaltung³². Eigentliche juristische Konturen gewinnt die Ehe erst dann, wenn Fragen des Vermögensrechts — Dotalrecht etc. — anstehen. Diese Spannung zwischen den natürlich-sittlichen und den rechtlichen Bestandteilen des Familienverhältnisses setzte sich bei *Savigny* auch in einer anderen Unterscheidung fort: der Abgrenzung zwischen den „natürlichen Familieninstituten“ und der „künstlichen Erweiterung des Familienrechts“³³. Während die natürlichen Familienverhältnisse notwendiger Ausdruck eines natürlich-gesellschaftlichen Seins sind und dem „*ius naturale*“ angehören, stellen die künstlichen Familienverhältnisse lediglich Ausprägungen des positiven Rechts ohne Naturnotwendigkeit dar. Zu diesen künstlichen Erweiterungen im Sinne rein positiver Rechtsschöpfungen zählten die *manus*, die *tutela* und die *curatio* u. a. Erst die Erweiterung der Naturverhältnisse um solche Kunstformen eröffnete der Rechtsgestaltung einen eigenen Aktionsraum.

Da somit der eigentliche Kernbereich von Ehe und Familie als „natürlich-sittliches Lebensverhältnis“ mit dem Herrschaftscharakter der Rechtsverhältnisse kaum vereinbar ist³⁴, bleibt das Rechtsinstitut³⁵ als übergreifende

gigen Normenkomplex. Der pauschale Verweis auf Natur und Sitte findet sich nicht nur bei *Savigny*, sondern allgemein in der juristischen Literatur des 19. Jahrhunderts. (Hierzu cf. DIETER SCHWAB: „Familie“, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* II, Stuttgart 1975, p. 284 bis 299).

³¹ I. c. p. 352.

³² Cf. System I, p. 352 ss.

³³ I. c. p. 356 ss.

³⁴ In diesem Zusammenhang wirft MÜLLER-FREIENFELS (*Systematische Einordnung* II, p. 562—565) die Frage auf, ob *Savigny* nicht das Familienrecht dem Privat- und öffentlichen Recht als Sonderbereich gegenübergestellt hatte. *Savigny* definierte einerseits das Rechtsverhältnis, das Kernstück seines Systems, als „Gebiet unabhängiger Herrschaft des individuellen Willens“ (System I, p. 334), andererseits sprach er bei der „Übersicht der Rechtsinstitute“ der Herrschaft als Bestimmungskriterium die Eignung „einer höchsten Eintheilung“ (System I, p. 386 s.) ab, „da sie auf die Familie nicht paßt“, da „Unterwerfung gar nicht Inhalt des

und zusammenfassende ‚organische‘ Erscheinungsform und Systemfigur des objektiven Rechts: In seiner Ordnung der Rechtsinstitute³⁶ unterschied *Savigny* zwischen reinem — Ehe, väterliche Gewalt, Verwandtschaft, Vormundschaft — und angewandtem Familienrecht (Güterrecht); nach der „lebendigen Anschauung der Familienverhältnisse“³⁷ steht dabei das angewandte dem reinen Familienrecht näher als dem Vermögensrecht.

Natur, Sitte und Recht³⁸ als Elemente der Familienverhältnisse haben in der Auseinandersetzung mit drei Persönlichkeiten eine nähere Konturierung erfahren: *Kant*, *Hegel* und *Puchta*. Gegen *Kant* wandte *Savigny* ein, daß er dem „Naturtrieb“ eine zu große Bedeutung beigemessen habe: „Hierbei hat *Kant* gefehlt, welcher in der Ehe den bloß natürlichen Bestandtheil (den Geschlechtstrieb) zum Gegenstand eines obligatorischen Rechtsverhältnisses machen wollte, wodurch das Wesen derselben gänzlich verkannt und herabgewürdigt werden mußte“³⁹.

Rechtsverhältnisses ist“. Ferner spricht *Savigny* von den Familienverhältnissen als einer „fest bestimmten, von der individuellen Willkür unabhängigen, in einem großen Naturzusammenhang begründeten Lebensform“; sie „gehören . . . vorzugsweise dem *ius publicum*, d. h. dem absoluten Rechte an“ (System I, p. 349 s., 350 [e]; zum Begriff des *ius publicum* bei *Savigny* cf. BEXTERMÖLLER, Familienrecht, p. 52—54). Ob *Savigny* angesichts der Tatsache, daß er eine formale Vereinigung von Familienrecht und Vermögensrecht als Untergliederungen der Rechtsverhältnisse schließlich aufgeben mußte, dazu gelangt ist, dem Familienrecht insgesamt eine Sonderstellung gegenüber dem Privatrecht zu konzedieren, erscheint allerdings sehr zweifelhaft.

³⁵ Insoweit ist *Savigny* im System noch nicht zu einer „institutionellen Rechtsbetrachtung“ gelangt (hierzu cf. MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung II, p. 551—553). Vielmehr bedeutete das „Rechtsinstitut“ — trotz seiner Verankerung als höherer Systemeinheit — eine in vielfachen Zusammenhängen bemühte rechtstechnische Vorstellungshilfe, die vor allem dann herangezogen wurde, sobald die „niedere“ Ordnung der Rechtssätze und Rechtsverhältnisse sich als inkonsistentes Ordnungsgefüge erwiesen hatte. Wenn man das institutionelle Denken im Bereich des Eherechts typischerweise auf eine Einbindung in tradierte und autoritativ vorgegebene Wertungsbeziehungen wie „christliches Prinzip“ und „Staatszwecke“ zurückführt, so greift *Savigny* zwar beiläufig entsprechende Ansätze auf. Bemerkungen wie „In den Familien nun sind die Keime des Staats enthalten, und der ausgebildete Staat hat die Familien, nicht die Individuen unmittelbar zu Bestandtheilen“ (System I, p. 343 s.) schlossen sich aber nur schlagwortartig den antiindividualistischen Tendenzen der konservativen und liberalkonservativen Familientheorie des 19. Jahrhunderts an, die in der Ersetzung des Individuums durch die Familie in hohem Maße pazifizierende Wirkungen sah (hierzu: SCHWAB, Geschichtliche Grundbegriffe II, p. 290). Rückwirkungen auf Funktion, Inhalt und Rang der familienrechtlichen „Rechtsinstitute“ blieben generell aus.

³⁶ I. c. p. 386 ss.

³⁷ I. c. p. 389.

³⁸ Zu der Trias von Natur, Sitte und Recht cf. auch STAHL, Rechtsphilosophie II/1, §§ 46—49.

³⁹ SAVIGNY, System I, p. 347 s.

Savigny teilte das Befremden vieler seiner Zeitgenossen gegenüber *Kants* Ausführungen zum Eherecht, allerdings ohne die inneren Zusammenhänge weiter zu verfolgen. Für ihn stellte schon die bekannte Definition *Kants* — die Ehe ist „die Verbindung zweier Personen verschiedenen Geschlechts zum lebenswierigen wechselseitigen Besitz ihrer Geschlechtseigenschaften“⁴⁰ — eine Verkörperung alles dessen dar, was seiner Eheauffassung zuwiderlief. Bei *Kant* nahm der Begriff der „natürlichen Geschlechtsgemeinschaft“ eine Mittelpunktstellung ein⁴¹. Darin lag aber nicht — wie *Savigny* vermutete — eine einseitige Überschätzung des Geschlechtstriebes; *Kant* stand dem rein Geschlechtlichen eher abweisend gegenüber. Erst die Ehe läßt nach *Kant* den Geschlechtsverkehr als möglich erscheinen, denn erst sie verhindert, daß der Mensch zur Sache gemacht wird, seine Persönlichkeit aufgibt. Die Wechselseitigkeit der Besitzbeziehung, die Annahme eines gegenseitigen Erwerbs der Ehegatten hebt die im Geschlechtlichen angelegte Entpersönlichung auf: In dem Geschlechtsakt „macht sich ein Mensch selbst zur Sache, welches dem Rechte der Menschheit an seiner eigenen Person widerstreitet. Nur unter der einzigen Bedingung ist dieses möglich, daß, in dem die eine Person von der anderen gleich als Sache erworben wird, diese gegenseitig wiederum jene erwerbe; denn so gewinnt sie wiederum sich selbst und stellt ihre Persönlichkeit wieder her“⁴². Als begriffliches Medium dieses wechselseitigen Rechts der Ehegatten führte *Kant* das „auf dingliche Art persönliche Recht“⁴³ ein; er versuchte hiermit eine begriffliche Erfassung der spezifisch familienrechtlichen Herrschaftsverhältnisse, die sich im Raum zwischen obligatorischen und dinglichen Beziehungen bewegen. Auf diese sonst nicht mehr aufgegriffene Schöpfung *Kants* soll hier nicht näher eingegangen werden.

Hegel bestimmte die Ehe als „rechtlich sittliche Liebe“⁴⁴. Liebe ist der das Sittliche, Geistige und Natürliche umschließende Zentralbegriff, wobei *Hegel* dem Bereich des Triebhaften die geringste Bedeutung beimißt und damit jede auf die Körperlichkeit verengte Sichtweise als verwerflich abtut. Liebe bedeutet Aufgabe und Wiedergewinnung der Persönlichkeit in einem Vorgang, sie ist daher „der ungeheuerste Widerspruch, den der Verstand nicht lösen

⁴⁰ Die Metaphysik der Sitten (Königsberg 1797), IMMANUEL KANTS Werke (ed. Ernst Cassirer) VII, Berlin 1922, p. 81; bei *Savigny* zitiert in System III, p. 319.

⁴¹ Zum Eherecht KANTS cf. die scharfe und kritische Analyse von CARL AUGUST EMGE: Das Eherecht Immanuel Kants, in: Kant-Studien 29 (1924), p. 243—279; ferner GERHARD BUCHDA: Das Privatrecht Immanuel Kants, Diss. Jena 1929, p. 56—67.

⁴² Metaphysik der Sitten p. 82.

⁴³ Metaphysik der Sitten p. 80 s., p. 164—168; dazu EMGE p. 258—273, BUCHDA p. 56 s.

⁴⁴ Grundlinien der Philosophie des Rechts, GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, Sämtliche Werke (ed. Hermann Glockner) Stuttgart 1964, VII, § 161.

kann ...“. „Das erste Moment in der Liebe ist, daß ich keine selbständige Person für mich seyn will, und daß, wenn ich dieß wäre, ich mich mangelhaft und unvollständig fühle. Das zweite Moment ist, daß ich mich in einer anderen Person gewinne, daß ich in ihr gelte, was sie wiederum in mir erreicht“⁴⁵.

Savigny sah in *Hegels* Ausführungen vor allem die sittliche Seite von Familie und Ehe vollendet angesprochen, er bezeichnete sie als angemessenen Ausdruck der „dreyfachen Natur der Familienverhältnisse“ und grenzte lediglich *Hegels* Definition der Ehe als „rechtlich sittliche Geschlechtsliebe“⁴⁶ ein.

Puchta hatte *Savignys* Vorbehalte gegenüber einer rein privatrechtlich-systematischen Deutung von Ehe und Familie nicht geteilt; dieser Begründer und erste Vollender der Begriffsjurisprudenz war zwar in seinem formal-logischen Konstruktionsdenken *Savigny* überlegen, sein abstrakt-statisches Begriffsgebäude mußte sich aber noch unzugänglicher gegenüber jedem von außen eindringenden Entwicklungsgedanken, jedem dynamischen Eigenleben rechtlich-gesellschaftlicher Erscheinungen zeigen⁴⁷. Auf dieser Linie lag eine — jedenfalls im Kern seiner Systematik zum Tragen kommende — isolierte Behandlung familienrechtlicher Personenbeziehungen aus dem Blickfeld des Systems subjektiver Rechte⁴⁸; die Begriffe von Wille und Herrschaft wurden bis an die Grenze ihrer terminologischen Belastbarkeit strapaziert.

Privatrecht erscheint bei *Puchta* — zur näheren Konkretisierung des axiomatischen Charakters von Freiheit und Wille⁴⁹ — als System der (subjektiven) Rechte⁵⁰ — und nicht als Zusammenhang von Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten wie bei *Savigny*. Die Rechte ordnen sich primär nach den Gegenständen, auf die sie bezogen sind, und unter den fünf Gegenständen der Willensherrschaft umschließen die „Rechte an anderen Personen“ die familienrechtlichen Figuren⁵¹. Da aber bei einer vollständigen Unterwer-

⁴⁵ Rechtsphilosophie § 158.

⁴⁶ SAVIGNY, System I, p. 347 (b).

⁴⁷ Cf. WILHELM, Methodenlehre, p. 70—87, insbes. 82 ss.; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte, p. 400—402; LARENZ, Methodenlehre, p. 20—26.

⁴⁸ BEXTERMÖLLER, Familienrecht, p. 23—46.

⁴⁹ GEORG FRIEDRICH PUCHTA: *Cursus der Institutionen I*, 9ed. Paul Krüger, Leipzig 1881, p. 6—9; *ders.*: *Pandekten*, 9ed. A. F. Rudorff, Leipzig 1863, p. 37, 46 s.

⁵⁰ PUCHTA, *Inst. I*, p. 45—51.

⁵¹ PUCHTA: *Betrachtungen über alte und neue Rechtssysteme*, in: *Rheinisches Museum für Jurisprudenz III* (1829), p. 115—133 (p. 124—126); *ders.*: *Zu welcher Classe von Rechten gehört der Besitz?*, in: *Rhein. Mus. III* (1829), p. 289—308 (p. 297—305); *ders.*, *Inst. II*, p. 60—63; *ders.*, *Pandekten*, p. 71.

fung die betroffenen Personen ihre Subjektsqualität im rechtlichen Sinne verlieren würden, kann diese Macht nur partiell sein, nur eine „gewisse Seite“ erfassen; diese innere Grenze liegt in der Gegenseitigkeit der Machtbeziehungen: „So ist das eheliche Recht ein Recht jedes Gatten an der Person des anderen, dessen Inhalt das eheliche Leben ist, soweit es eine rechtliche Gestaltung zuläßt. . . . Alle wahren und reinen Rechte an Personen tragen eine Gegenseitigkeit insofern in sich, als der Berechtigte zugleich Gegenstand eines, wenn auch nicht desselben Rechts ist; dadurch eben erhält sich die Persönlichkeit unter einer solchen Beherrschung und wird vor dem Schicksale der Sache, des rein unterworfenen Gegenstandes, bewahrt“⁵². Daher bleibt „das Recht, welches Mann und Weib durch die Eingehung der Ehe erwerben“, ein vollständiges „Recht an der Person“, wenn auch der Begriff der „Gewalt“ bisher den Blick für diese systematische Folgerichtigkeit verdunkelt hatte⁵³. *Puchta*

⁵² PUCHTA, Inst. I, p. 49.

⁵³ PUCHTA, Rhein. Mus. III, p. 302. Der mehrfach angesprochene Herrschaftscharakter familienrechtlicher Beziehungen wurde aus zwei gegensätzlichen Quellen gespeist: Der sich am Beginn des 19. Jahrhunderts herausbildende Gegensatz von Staat und Individuum mußte die Familien als intermediäre Gliederungen weitgehend zurückdrängen; damit war tendenziell eine Auflösung des Innenraumes von „Familie“ zugunsten individuell-persönlicher Rechte angelegt (cf. MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung I, p. 650 s.). Dem entsprach in der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts die besonders von *Puchta* verteidigte Aufhebung einer eigenständigen Kategorie „Familienrecht“ im Rahmen des abstrakt-privatrechtlichen Systems (cf. MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung I, p. 647—649); die individualistische Struktur subjektiver Rechte mußte einen eigenen Ordnungskörper Familie ausscheiden, mit der Folge einer Zergliederung in einzelne Macht- und Unterwerfungsverhältnisse, in „Rechte an anderen Personen“. Privatrecht als System von individuellen Rechten — vor dem Hintergrund des Leitbildes „Vermögensrecht“ — wirkte sezierend auf alle die subjektive Rechtssphäre überschreitenden, gemeinschaftsorientierten Ausprägungen von Ehe und Familie. Der extrem patriarchalische Charakter personenrechtlicher Herrschaftsbeziehungen war die — in ihren praktischen Konsequenzen wohl nicht vollkommen bedachte — Nebenfolge eines systemgebundenen Vereinheitlichungsstrebens.

Auf die Erfassung des Familienrechts wirkte allerdings eine weitere Gedankenlinie ein, die dem abstrakten Systemmodell seine Spitzen wieder nehmen sollte: die Verschmelzung von Ehe und Familie zu einer Form höherer Individualität — für die *Kant* und *Hegel* die philosophischen Ansätze geliefert hatten — bot letzthin das gedankliche Mittel, die individualistische Konzeption unter Milderung des mit der tatsächlichen Sozialgestalt kontrastierenden Herrschaftscharakters der Einzelrechte zu modifizieren und damit zu bewahren. So lassen sich allenthalben mehr oder minder verschwommene Vereinigungsformeln im Sinne einer ideellen Personalität der Gatten oder der Familienglieder finden (cf. MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung I, p. 653 s.); diese reichen von der Wechselbezüglichkeit der jeweiligen Rechtsmacht bis zur notwendigen Ergänzung und Vervollständigung des Individuums in Ehe und Familiengemeinschaft: Während *Puchta* vom „Recht jedes Gatten an der Person des anderen, dessen Inhalt das eheliche Leben ist“ (Institutionen I, p. 49) spricht, gelangt *Savigny* zu der Feststellung, daß „das Familienverhältniß zur Ergänzung des an sich unvollständigen Selbst (bzw. ‚der für sich unvollständigen Individualität‘) bestimmt ist“

hatte das bei *Savigny* fehlende Verbindungsstück in sein System eingefügt.

Neben den Rechten erkennt *Puchta* auch ein System der Rechtsverhältnisse⁵⁴ an, aber die Rechtsverhältnisse haben „eine bewegliche, einer bestimmten Begrenzung widersprechende Natur“⁵⁵ und taugen — entgegen *Savignys* Ansicht — nicht als Grundfiguren einer geschlossenen Systematik. Rechtsverhältnisse bezeichnen die „Beziehungen der Personen auf einander“⁵⁶, sie sind Abbilder der Vielfalt rechtlicher Erscheinungen; die Rechtsverhältnisse erfassen die Einzelpersönlichkeit als Glied des rechtlich geordneten Soziallebens, zu seinen Ausprägungen gehört auch die Familie. In diesem Rahmen erwies sich *Puchta* gegenüber der Frage nach den außerrechtlichen Bezügen von Ehe und Familie als weitaus elastischer: Er konzedierte, daß die Familie als natürliche Verbindung nicht auf dem „Rechtsgebiet“⁵⁷ liegt, daß die Ehe an sich „kein juristisches Verhältniß“⁵⁸ ist. Für das Recht bleibt — unter Beachtung von Sitte und Religion⁵⁹ — nur die Regelung der „Entstehung und Endigung der Ehe“⁶⁰ — aber das gehört dem kanonischen Recht an — und der Auswirkungen der Ehe auf weitere rechtliche Verhältnisse; dieser zweite Punkt führte dazu, daß der „Einfluß der Ehe auf das Vermögen“ in *Puchtas* Pandekten den eigentlichen Kern des „ehelichen Rechts“ ausfüllte⁶¹. Hier könnte nun ein Berührungspunkt mit *Savigny* hervortre-

(System I, p. 344, 349); hier liegt der Berührungspunkt mit *Stahl*, der der Ehe die Aufgabe zuwies, die „Unvollständigkeit der eigenen Existenz“ zu überwinden (Rechtsphilosophie II/1, § 46). Das Gegeneinander individueller Herrschaftsrechte wird in der Gesamtpersönlichkeit sublimierend aufgehoben.

Die inhaltliche Begrenzung von Privatrecht auf ein System individueller Rechte — und die daraus folgende Systemwidrigkeit eines „privatrechtlichen“ Familienrechts — ließ es mithin als sachgerechte Folgerung erscheinen, der Familie einen korporationsrechtlichen Status zuzuweisen und sie schließlich dem Bereich des öffentlichen Rechts anzunähern (cf. MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung II, p. 536—548; BEXTERMÖLLER, Familienrecht, p. 68—78).

⁵⁴ PUCHTA, Inst. I, p. 29—44; DERS., Pandekten, p. 46 s.

⁵⁵ PUCHTA, Inst. I, p. 31.

⁵⁶ l. c.

⁵⁷ PUCHTA, Inst. I, p. 34 s.

⁵⁸ PUCHTA, Pandekten, p. 596.

⁵⁹ PUCHTA, Pandekten, p. 34.

⁶⁰ PUCHTA, Pandekten, p. 596.

⁶¹ PUCHTA, Pandekten, p. 598—622; eine weiterführende Öffnung dieses Ansatzpunktes lieferte *Puchta* in seiner Beurteilung der preußischen Ehescheidungsreform seit 1842. Neben den privatrechtlichen liegen die politischen und kirchlichen Bezüge der Ehe: „Die Ehe hat in der That eine dreifache Heimath. Sie ist ein Privatrechtsinstitut, und zugleich ein politisches und ein kirchliches. Jede Ansicht, die eine dieser drei Seiten ausschließlich hervorhebt, ist eine einseitige und unwahre, jede Behandlung der Ehe, welche einem dieser Principien das Übergewicht auf Kosten des anderen gibt, ist zu verwerfen.“ (GEORG FRIEDRICH

ten — allerdings sprach *Puchta* dem Begriff des Rechtsverhältnisses und damit dem Rechtsverhältnis ‚Familie‘ grundsätzlich jede wirkliche Eignung als Systematisierungsgesichtspunkt ab.

Savigny wehrte diesen Versuch ab, die Familienverhältnisse in den privatrechtlichen Begriffsapparat von Wille und Willensherrschaft einzugliedern; er verwarf jeden Ansatz, der darin bestand, das Rechtsverhältnis ‚Familie‘ als eine auf die Familienbeziehung beschränkte, partielle Willensmacht zu bestimmen⁶².

In seiner Vertragslehre⁶³ ging *Savigny* nochmals auf die Natur der Familienverhältnisse ein. Um seinen weiten Vertragsbegriff zu erläutern — „Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden“⁶⁴ —, der neben völker- und staatsrechtlichen Verträgen auch die Vielgestaltigkeit privatrechtlicher Verträge umfaßt und diese aus der einengenden Erscheinung obligatorischer Verträge lösen soll, spielen insbesondere die Randformen des dinglichen Vertrages — der Tradition — und der Verträge des persönlichen, „reinen“ Familienrechts — diejenigen privatrechtlichen Verträge, „wodurch in der Familie Rechtsverhältnisse bestimmt werden, namentlich die Ehe, die Adoption, die Emancipation“⁶⁵ — eine wesentliche Rolle. Während die Vertragsfigur der sachenrechtlichen Tradition eine originäre Schöpfung *Savignys* war, die für die weitere Entwicklung des deutschen Zivilrechtssystems eine noch nicht voraussehbare Gestaltungskraft entfalten sollte, konnte er bei der Behandlung der Ehe als Vertrag — nur auf sie geht er im familienrechtlichen Bereich näher ein — an gefestigte Überlieferungen anknüpfen.

In diesem Zusammenhang kam er erneut auf die Auseinandersetzung mit *Kant* und *Hegel* zurück. *Savigny* nahm *Kants* begriffliche Deutung der Ehe auf — die er als obligatorischen Vertrag auslegt, was wahrscheinlich auf einem von *Hegel* geteilten Irrtum beruht⁶⁶ —, lehnte aber die inhaltlichen Konsequenzen entschieden ab: Er verwirft die bloße Umsetzung der Ehe in eine wechselseitige Eigentumsbeziehung der Ehegatten, die sich im Geschlechtlichen, im „Beyschlaf“ verwirklicht⁶⁷. Die Vorstellung, „die Ehe bloß als

PUCHTA: Zur Vorbereitung eines Urtheils über den Ehescheidungsgesetzentwurf, in: *Fliegende Blätter für Fragen des Tags I* [1843], p. 5—43 [p. 15]).

⁶² SAVIGNY, System I, p. 348 s.

⁶³ SAVIGNY, System III, p. 307 ss.

⁶⁴ l. c. p. 309.

⁶⁵ l. c. p. 311.

⁶⁶ Cf. EMGE, Eherecht Kants, p. 273 s.; cf. andererseits KIEFNER, Einfluß, p. 11 s.

⁶⁷ SAVIGNY, System III, p. 319 s.

einen bürgerlichen Kontrakt zu begreifen“, bezeichnete *Hegel* als „Schändlichkeit“⁶⁸ und „roh“, „eine Vorstellung, die auch noch bei Kant vorkommt, wo denn die gegenseitige Willkür über die Individuen sich verträgt, und die Ehe zur Form eines gegenseitigen vertragsmäßigen Gebrauchs herabgewürdigt wird“⁶⁹. *Hegels* Grundverständnis der Ehe, das in der Verbindung zweier Personen zu einer Einheit wurzelte, widersprach bereits einem Vertragsgedanken, der von der Annahme selbständig handelnder Persönlichkeiten ausgeht⁷⁰. *Savigny* hob die „nicht genug zu lobenden“⁷¹ materiellen Ausführungen *Hegels* zum Wesen der Ehe hervor, rügte allerdings den von diesem Ansatz aus angeblich nicht erforderlichen „Tadel gegen die Subsumtion der Ehe unter den Vertragsbegriff“⁷².

Nach *Savigny* können durchaus die sittlich-christlichen Elemente der Ehe Gegenstand eines Ehekonsenses sein; die notwendige Mitwirkung des Priesters an diesem Akt des Privatrechts verdeutlicht die Zusammenhänge von Willensprinzip und christlicher Anschauung. „Wenn der Geistliche die Verlobten fragt, ob sie einander Liebe und Treue beweisen wollen bis in den Tod, und sie diese Frage bejahen, so hat ihre Erklärung nicht den Sinn eines Versprechens bestimmter Handlungen, noch der Unterwerfung unter den gerichtlichen Zwang, für den Fall, daß diese Handlungen nicht geleistet würden; wohl aber hat sie den Sinn, daß sie sich der von dem Christenthum geforderten Gestalt der Ehe bewußt sind, und daß sie den übereinstimmenden Willen haben, in dieser Weise ihr gemeinsames Leben zu führen. Weil von dieser Willenserklärung die Anerkennung der Ehe als eines Rechtsverhältnisses abhängt, nennen wir sie mit gutem Grund einen Vertrag“⁷³.

⁶⁸ Rechtsphilosophie § 75.

⁶⁹ Rechtsphilosophie § 161; ebenso *Stahl*, der *Hegels* Auffassung als einen „der größten Verdienste um die Rechtsphilosophie“ bezeichnete (STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 45 und § 46, p. 336); zur Bindung des Vertragsbegriffs an die Eigentumsbeziehungen bei *Hegel* cf. PETER LANDAU: *Hegels Begründung des Vertragsrechts*, in: ARSP LIX (1973) p. 117—138 (122—124).

⁷⁰ Cf. Rechtsphilosophie § 163.

⁷¹ SAVIGNY, System III, p. 320 (f).

⁷² l. c. p. 319 s.

⁷³ l. c. p. 320. Nach *Hasse* (JOHANN CHRISTIAN HASSE: *Das Güterrecht der Ehegatten nach Römischem Recht* I, Berlin 1824, § 31) beruht der Ehekonsens nicht auf einem ein Obligationenverhältnis begründenden „Consensual-Contract“. Der Konsens — und die Ehe selbst — liegt in der ernstlichen und freiwilligen Verbindung zum „gemeinsamen Leben“, also in der Tatseite, nicht in begleitenden religiösen oder juristischen Akten. „Der Consensus ist hier die faktische Lebensvereinigung selbst“ (die nicht notwendig schon eine Geschlechtsvereinigung ist). *Savigny* sah darin eine vorbildliche Darstellung der Rechtsnatur der Ehe (System III, p. 320 f). *Stahl* (Rechtsphilosophie II/1, § 48), der als Exponent der christlich-konser-

Wenn auch das persönliche Familien- und Eherecht für *Savignys* System eine wichtige Rolle einnahm, da von diesen Randzonen aus die Systemfiguren des Rechtsverhältnisses und des Rechtsinstituts mitgeformt und überprüft werden sollten⁷⁴, so blieben doch seine eigentlichen Sachaussagen — auch unter der Berücksichtigung, daß er nur einen Allgemeinen Teil entworfen hatte — blaß, wenig konturiert, skizzenhaft umrissen. Schon die Zuordnung der Einzelausprägungen des Familienrechts zu den Gegenständen individueller Willensmacht, den Rechtsverhältnissen, erwies sich a priori als ein kaum ohne Systembrüche durchführbares Vorhaben; diese immanenten Schwierigkeiten eines auf sich selbst bezogenen Systemdenkens mußten sich weiterführenden, außerhalb des systematisch-begrifflichen Apparates liegenden Inhaltsdeutungen schon von vornherein verschließen⁷⁵. Der Sprung vom Rechts- zum Naturverhältnis war ein zwar praktikables, aber wenig aussagekräftiges Mittel, eine nähere Spezifikation familienrechtlicher Rechtsformen zu umgehen. Der allgemeine Hinweis auf Natur und Sitte als juristisch nicht faßliche Kategorien gesellschaftlichen Seins verengte den Raum für konkretisierbare Zweck- und Wertbestimmungen. Die Frage nach einem dem rechtlichen Instrumentarium vorgegebenen und auf dieses einwirkenden Ehebild konnte somit in beachtlicher Weise gar nicht gestellt werden; das hauptsächliche Gestaltungsproblem jeder nationalen Ehe- und Familienrechtsordnung, das in den Möglichkeiten und Grenzen einer rechtverbindlichen Umsetzung und Ausformung der in einem Gemeinwesen überwiegend anerkannten oder durch bestimmte Institutionen vorgeschriebenen sittlichen und gesellschaftlichen Maßstäbe wurzelt⁷⁶, mußte damit grundsätzlich ausgeblendet werden. Eine normative Verzahnung von Recht und Sitte wurde als juristische Denkform strikt abgelehnt, für das eigentlich Rechtliche als komplementären Ordnungsbereich blieben nur formelle Regulationsfragen wie die Entstehung, Außenwirkungen und die Auflösung der Rechtsverhältnisse des Familienrechts. Lediglich für das Eheschließungsrecht deutete *Savigny*

vativen Richtung naturgemäß eine Stärkung der religiösen Bezüge der Ehe suchte, ohne ihren eigentlich bürgerlichen Charakter in Abrede zu stellen (§ 43), wandte sich dagegen, die freie Einwilligung der Gatten in die Ehe als Vertrag aufzufassen; die Ehe steht über den Parteien, die Gatten — ihre völlige Hingabe in der Ehe — sind nicht die Objekte eines wechselseitigen Vertragsschlusses. Die Ehe „steht nicht unter den Gatten, sondern über ihnen, hat Norm, Inhalt und bindende Kraft nicht durch sie, sondern durch ihre eigene sittliche Natur, und kann, wie sie nicht auf ihrem Willen beruht, so auch nicht durch diesen wieder aufgehoben werden“.

⁷⁴ Cf. WILHELM, Systematik, p. 132 p.

⁷⁵ BÖCKENFÖRDE, Historische Rechtsschule, p. 20 s.

⁷⁶ Cf. MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, p. 25—42.

die verbindliche Kraft der christlichen Lehre an: Daß der Konsens der Verlobten gegenüber dem Geistlichen im Bewußtsein „der von dem Christenthum geforderten Gestalt der Ehe“ erklärt wird, gehört zu den notwendigen Bestandteilen der Eheschließungsform. Damit wurde inzident nur der geltende Rechtszustand bestätigt und jeder säkulare Charakter der Ehe verneint⁷⁷.

Die Reduktion der Institute des Familienrechts auf abstrakt-farblose Systemfiguren zeigt sich auch darin, daß *Savignys* Eintreten für die Vertragsnatur der Ehe ohne rechtliche Konsequenzen blieb. Diese begriffliche Einordnung zog kein unbeschränktes Bekenntnis zur Willensfreiheit nach sich; Vertragsfreiheit im Eherecht war eine — mehr oder minder freie — Eingliederung in eine christlich-institutionelle Eheordnung. Das mit dem Vertragscharakter an sich verbundene Problem der Lösbarkeit des Ehebandes wurde jedenfalls im System nicht berührt; die Abschlußfreiheit erschöpfte sich in der Erklärung, eine Ehe im christlichen Sinne aufnehmen zu wollen. Von diesem Standpunkt aus war der Vertragsbegriff für die Ehe nicht nur verzichtbar, ja er verdunkelte sogar den ursprünglich beschriebenen Charakter als natürlich-sittlich-rechtliches Lebensverhältnis.

Die Tatsache, daß das Ehe- und Familienrecht zu verschiedenen Zeiten immer einen bevorzugten Ansatzpunkt für praktische Rechtspolitik bot, kommt in *Savignys* System an keiner Stelle zum Ausdruck. Die besondere Statik des systematischen Verfahrens und die Rückgewandtheit der historischen Betrachtung ließen für rechtspolitische Überlegungen keine Öffnung; die Verschmelzung der historischen und der systematischen Komponente erwies sich als methodisch gefestigtes Hindernis für jeden auf aktuelle Zeitpostulate gestützten Veränderungswillen⁷⁸. *Savignys* persönlicher Lebensweg hat nun allerdings dazu geführt, daß er selbst diese Schranke rein historisch-systematischer Begriffsbildung überspringen mußte und durch seinen maßgeblichen Anteil an den Bemühungen zur Reform des Eherechts das Feld einer — jedenfalls nach dem Verständnis seiner Förderer⁷⁹ — christlich-konservativen Rechtspolitik betreten sollte.

⁷⁷ Schon 1817 ist *Savigny* der Zivilehe entgegengetreten, um mit der kirchlichen Trauung wenigstens auf diesem Gebiet ein Reststück von christlichem Verständnis und überbrachter Sitte kultivieren zu können, cf. SAVIGNY: Stimmen für und wider neue Gesetzbücher, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III (1817) p. 1—52 (p. 24 s.).

⁷⁸ Cf. WILHELM, Methodenlehre, p. 43; BÖCKENFÖRDE, Historische Rechtsschule, p. 19.

⁷⁹ Hierzu cf. v. BETHMANN-HOLLWEG: Erinnerung an Friedrich Carl von Savigny, in: Zeitschrift für Rechtsgeschichte VI (1867) p. 42—81 (75 s.).

III

Innerhalb der Revisionsarbeiten am ALR nahm das Eherecht eine Sonderstellung ein. Die Eherechtsreform wuchs als eine besonders vordringlich angesehene Materie aus den allgemeinen Revisionsbemühungen heraus. Vor allem das Scheidungsrecht sollte mit den Grundsätzen des Christentums in Einklang gebracht werden. Träger dieser Richtung war ein auf altkirchliche Vorstellungen zurückgreifender orthodoxer Protestantismus, der sich mit feudal-konservativen Kreisen — verkörpert in den Personen der Brüder *Leopold, Ernst Ludwig* und *Otto von Gerlach* — verbündete und im Königshaus auf wohlwollendes Interesse stieß. Nach entsprechenden Interventionen des Juristen und Politikers *Ernst Ludwig von Gerlach* erging am 26. 2. 1834 eine Kabinettsorder an *Kamptz*, die unter Zurückstellung anderer Teile eine bevorzugte Bearbeitung des Ehescheidungsrechts anordnete⁸⁰. *Kamptz* legte 1834 einen solchen Entwurf vor, der bis 1837 beraten und als zu wenig weitgehend verworfen wurde. In diesem Stadium gewann eine weitere Persönlichkeit Einfluß auf den Verlauf der Scheidungsreform: der Geheime Legationsrat *Bunsen*, Freund des Kronprinzen, des späteren *Friedrich Wilhelm IV.* (seit 1840). *Bunsen* erstattete ein vernichtendes Gutachten über den *Kamptz'schen* Gesetzentwurf und lenkte die Aufmerksamkeit auf *Savigny* als möglichen Garanten einer im konservativen Sinne vollendeten Scheidungsrechtsreform⁸¹. Am 28. 2. 1842 wurde *Savigny* an Stelle von *Kamptz* in das Gesetzgebungsministerium berufen und ihm mit Order vom gleichen Tage die Eliminierung der dem Christentum widersprechenden Grundsätze aus dem Eherecht aufgegeben⁸². Als wichtigste Hilfskraft für die Eherechtsreform zog *Savigny Ernst Ludwig von Gerlach* hinzu⁸³. Noch 1842 wurde ein im

⁸⁰ ADOLF STÖLZEL: Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung II, Berlin 1888 p. 517 s.; zum ganzen: EDUARD HUBRICH: Das Recht der Ehescheidung in Deutschland, Berlin 1891, p. 221—225; ADOLF STOLL: Friedrich Karl von Savigny, Ein Bild seines Lebens . . . III: Ministerzeit und letzte Lebensjahre 1842—1861, Berlin 1939, p. 1—17; HANS SCHNEIDER: Der preußische Staatsrat 1817—1918, München u. Berlin 1957, p. 99, 152 s.

⁸¹ STÖLZEL II, p. 519 s.

⁸² STÖLZEL II, p. 530—533.

⁸³ STÖLZEL II, p. 538; hierzu eingehend: ERNST LUDWIG VON GERLACH, Aufzeichnungen aus seinem Leben und Wirken 1795—1877 (ed. Jakob von Gerlach) I, Schwerin 1903, p. 318—350; zu Vita und Wirken *Ernst Ludwig von Gerlachs* cf. HANS JOACHIM SCHOEPS: Das andere Preußen, Honnef ²1957, p. 11—114; HELLMUT DIWALD, Einleitung zu: Deutsche Geschichtsquellen des 19. und 20. Jahrhunderts 46/I, von der Revolution zum Norddeutschen Bund, Politik und Ideengut der preußischen Hochkonservativen 1848—1866, aus dem Nachlaß von Ernst Ludwig von Gerlach (ed. H. Diwald) I: Tagebuch 1848—1866, Göttingen 1970, p. 9—70.

wesentlichen von *Gerlach* ausgearbeiteter, den Katalog der Scheidungsgründe stark einengender — und *Savignys* Vorstellungen überschreitender — Entwurf vorgelegt; die Beratung dieses Entwurfs, der in Einzelpunkten noch starke Veränderungen erfuhr, zog sich bis 1844 hin⁸⁴. Ein negatives Echo in der Öffentlichkeit⁸⁵ und vom König mißbilligte Maßnahmen *Gerlachs*⁸⁶, der auf jeden Fall eine Verwässerung des restriktiven Scheidungsrechts verhindern wollte, führten dazu, daß die Reform des materiellen Eherechts — auch nach *Gerlachs* Ausscheiden Anfang 1844 — unerledigt blieb. Lediglich die Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. 6. 1844 konnte Gesetzeskraft erlangen. Konfrontiert mit diesem mageren Ergebnis seiner Reformbemühungen, das einem Scheitern gleichkam, publizierte *Savigny* im Juli 1844 als Rechenschaftsbericht die „Darstellung der in den preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform“⁸⁷.

In der Einleitung zu dem genannten Bericht umreißt *Savigny* die Grundsätze für eine den bisherigen „Widerstreit der Meinungen“⁸⁸ ausgleichende Reform. Einzelne Ansatzpunkte sind noch in seinem System verwurzelt, im ganzen zeigen sich aber verschiedene über eine rein systemgebundene Betrachtung hinausweisende Zweck- und Inhaltsbestimmungen.

Die erste Einordnung des Reformgegenstandes folgt noch dem ‚System‘. Das „Verhältniß der Ehe“ hat gegenüber den „übrigen Verhältnissen des Privatrechts“ einen Sondercharakter⁸⁹, es unterscheidet sich grundlegend von den Rechtsverhältnissen des Vermögensrechts; dies zeigt sich insbesondere in der Art des Rechtsschutzes, der im Eherecht niemals so vollendet ausgestaltet sein kann wie bei Eigentumsverletzungen und Schuldforderungen. Denn die Ehe hat „eine andere Natur“ als die Vermögensrechtsverhältnisse,

⁸⁴ STÖLZEL II, p. 541—547.

⁸⁵ E. M. DOERK: Beitrag zur Vermittelung der Meinungen über die Preußische Eherechtsreform, Eisleben 1843, p. 14—16.

⁸⁶ STÖLZEL II, p. 542—544.

⁸⁷ Die 1844 noch ohne Verfasseramen veröffentlichte Schrift wurde 1850 von *Savigny* in den 5. Band seiner „Vermischten Schriften“ (Berlin 1850, p. 222—414) aufgenommen; dazu stellte er in einer Vorbemerkung fest: „Jedes ernste, aufrichtige Streben trägt seinen Lebenskeim in sich selbst, dessen Entwicklung und Frucht unabhängig ist von dem unmittelbar bezweckten Erfolg, und vielleicht sogar äußerlich sichtbar werden kann in anderer Zeit und unter anderen Umständen“ (p. 223). Zur Stellung *Savignys* innerhalb der Reform cf. HUBRICH, Ehescheidung, p. 221—231, und zuletzt grundlegend: PAUL MIKAT: Zur Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die Entwicklung des deutschen Scheidungsrechts im 19. Jahrhundert, in: Festschrift F. W. Bosch, Bielefeld 1976, p. 671—697.

⁸⁸ Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform, Berlin 1844, p. 5.

⁸⁹ l. c.

neben dem rechtlichen liegt als eigentlicher Schwerpunkt das „sittliche Verhältniß. Mit dieser doppelten Natur der Ehe hängt es zusammen, daß bei ihr der Gesichtspunkt für die Behandlung kein so einfacher sein kann, wie es bei dem Eigentum und den Schuldforderungen der bloße Rechtsschutz, und Nichts außer ihm, ist“⁹⁰. Es ist bezeichnend, daß *Savigny* hier — im Lichte rechtspolitischer Erwägungen — den Unterschied der Familienverhältnisse gegenüber den ‚reinen‘ Rechtsverhältnissen nicht nach Maß und Umfang der Willensherrschaft bestimmt, sondern nach den Rechtsschutzmöglichkeiten — also einem außerprivatrechtlichen Gebiet. Das Ziel der Systemstrenge, das in *Savignys* Werk allgemein stark relativiert wurde, tritt an dieser Stelle endgültig zurück.

Savigny definierte sein Programm als „positive Vermittlung“⁹¹, als Ausgleich zwischen den kontroversen Positionen, Distanz gegenüber tagespolitischen Überspitzungen und selektive Aufnahme auch abweichender Ansichten. Seine ausgeprägte Scheu gegenüber einseitigen Festlegungen, sein Ideal moderierender Einwirkung auf den Parteienstreit kommt in der Einleitung zu seiner Reformschrift in exemplarischer Weise zum Ausdruck; das Reformwerk sollte in diesem gemäßigten Klima vollendet werden, „wie sehr auch die lebhafteste Aufregung hindernd entgegen treten möge, wodurch dieser Gegenstand zu einer Parteifrage geworden ist“⁹².

„Rechtsschutz, individuelle Freiheit“ und „Würde der Ehe als Institution“⁹³ waren die drei Eckpunkte, innerhalb derer sich die Reformarbeit zu bewegen hatte; keiner dieser Begriffe war zu verabsolutieren, erst aus der Synthese konnte das Reformideal gewonnen werden. *Savigny* mußte auch hier wieder einräumen, daß der eigentliche Bereich des formal Rechtlichen verhältnismäßig beengt bleibt — daß sich also der Gesetzgeber der notwendigen Unvollkommenheit seiner Aufgabe von vornherein bewußt sein muß. Rechtsschutz⁹⁴ im wiederherstellenden Sinne läßt sich für das Eherecht kaum denken; andererseits kann dem durch Ehebruch oder böslische Verlassung verletzten Ehegatten richterlicher Schutz nicht versagt werden. Gegenüber der Schwäche des Rechtsschutzes gewinnt das Problem individueller Freiheit⁹⁵ zweifach an Bedeutung; zum einen geht es um die Frage, ob der verletzte Ehegatte sich kraft eigenen Willensentschlusses aus der Verbindung

⁹⁰ I. c. p. 6.

⁹¹ I. c. p. 7.

⁹² I. c. p. 8.

⁹³ I. c. p. 8 s.

⁹⁴ I. c. p. 9.

⁹⁵ I. c. p. 9 s.

lösen kann, und zum anderen um die Grundsatzfrage, in welchem Umfang die Freiheit des Verletzers zu tolerieren ist. Hier ist dann der Kernbereich berührt: „Das Extrem der ausschließenden Berücksichtigung individueller Freiheit würde darin bestehen, daß es jedem Ehegatten gestattet würde, die Ehe durch einseitige Willkür aufzulösen“⁹⁶. Mit diesem Hinweis deutet *Savigny* an, daß dem Freiheitsgedanken im Ergebnis nur ein geringer Stellenwert eingeräumt werden kann. Denn die unter den Reforminitiatoren verbreitete Überzeugung, daß das landrechtliche Scheidungsrecht die vorgezeichnete Richtung bereits eingeschlagen hatte, war ja der hauptsächliche Anlaß für den an *Savigny* erteilten Reformauftrag. Es bleibt die „Würde der Ehe als Institution“⁹⁷, um die eigentliche Richtschnur für den Gesetzgeber zu bilden — keine originäre begriffliche Schöpfung *Savignys*, sondern ein verbreiteter Topos in der vor allem kirchlich-konservativ ausgerichteten Literatur. Aus diesem „wichtigsten und eigenthümlichsten Gesichtspunkt“ ergeben sich für das Individuum „eine wesentliche und nothwendige Form des menschlichen Daseins überhaupt“, für den Staat „die unentbehrliche Grundlage seines Bestehens“, für die abendländische Kultur „die sittliche Erhebung des weiblichen Geschlechts“. „Durch diese ihre Natur erhält sie ein selbständiges Dasein, einen Anspruch auf Anerkennung, welcher von individueller Willkühr und Meinung unabhängig ist“.

Die Kernfrage einer künftigen Gestaltung des Eherechts betrifft das Verhältnis zwischen der institutionellen Seite der Ehe und der individuellen Freiheit der Ehegatten⁹⁸. Dieser Ansatzpunkt *Savignys*, der ein überzeitlich maßgebliches Gestaltungsproblem des Eherechts berührt, ist besonders hervorzuheben, da er deutlich säkulare Züge trägt und sich von den kirch-

⁹⁶ I. c. p. 10.

⁹⁷ I. c. p. 10 s.

⁹⁸ I. c. p. 11. Hier brach sich — nach MÜLLER-FREIENFELS (Systematische Einordnung II, p. 553–559) — die noch im System vermißte institutionelle Rechtsbetrachtung Bahn, wobei der Gegensatz von Vertrag und Institution stellvertretend für den Gegensatz von scheidungsfreundlicher und scheidungsfeindlicher Tendenz einzutreten hatte. Im System hatte die Lehre vom Ehevertrag noch weitgehend einen neutralen, primär von formalen Vereinheitlichungs- und Einordnungskriterien bestimmten Charakter. Nunmehr wurde die „Würde der Ehe als Institution“ zur Plattform von sozial-ethischen, staatspolitischen und christlich-patriarchalischen Überlegungen, die sich geschlossen gegen die individualistisch-privatvertragliche Komponente der „individuellen Freiheit“ wandten. Kritisch gegenüber der Annahme eines ‚institutionellen‘ Rechtsdenkens bei SAVIGNY zuletzt KIEFNER: Der Begriff der Institution in der Schrift von 1844 bleibt eine auf den Sonderfall zugeschnittene ‚Anomalie‘ und berührt die Systemfigur des Rechtsinstituts nicht. „Die in ihrer Grundlage nicht dem Rechtsgebiet angehörige Institution — als einzige kennt Savigny die Ehe — steht in schroffem Gegensatz zum Rechtsinstitut.“ (Lex Frater, p. 140).

lich-restaurativen Zielsetzungen seines Umfeldes, verkörpert etwa in den Rechristianisierungsvorstellungen des *Gerlach*-Kreises, absetzt. Während in der damaligen Ehrechtsdiskussion vorwiegend das ‚horizontale‘ Verhältnis zwischen zwei Machtordnungen, dem staatlichen und dem kirchlichen Recht, zur Sprache kam und die individuellen Belange als sekundäres Ordnungsproblem übergangen wurden, stand für *Savigny* der Ausgleich auf der ‚vertikalen‘ Linie, zwischen dem personalen und dem staatlich-gesellschaftlichen Bereich, im Mittelpunkt seiner Überlegungen. Bei der Abwägung zwischen den institutionellen und den individuellen Momenten greift *Savigny* auf einen Gegensatz zurück, der sowohl in der spätprotestantischen als auch in der naturrechtlich-aufklärerischen Ehrechtsdoktrin des späten 18. Jahrhunderts eine erhebliche Bedeutung gewonnen und vor allem in der preußischen Gesetzgebung eine einseitige Ausrichtung gefunden hatte: den „Gegensatz strenger und milder Ansichten“⁹⁹. Durchaus zutreffend weist *Savigny* darauf hin, daß eine dem ‚milden‘ Scheidungsrecht verpflichtete Eheauffassung nicht zwangsläufig eine gleichgewichtige Begünstigung der betroffenen Personen nach sich ziehen muß: denn in der Zweipersonenbeziehung Ehe führt in einer Vielzahl von Fällen die „angebliche Milde“ gegenüber dem einen zu einer Belastung des anderen Ehepartners. Scheidungsrechtliche Liberalität ist — und insoweit kann *Savignys* Darstellung auch heute noch beachtliche Denkanstöße liefern — nicht der letzte Ausdruck einer sozialverantwortlichen, auf das Einzelwohl bedachten Gesetzgebungspolitik. Daß die Lockerung des Scheidungsrechts im friderizianischen Staat nur als Instrument unverhüllter Utilitätsvorstellungen diene — Förderung der ‚Population‘ in einem durch Kriege geschwächten Gebiet — und nicht das Produkt wohlfahrtsstaatlicher Fürsorge war, stand *Savigny* bei seinen Reformüberlegungen klar vor Augen. Die auf dem ‚Willensprinzip‘ beruhenden Scheidungsgründe der „gegenseitigen Einwilligung“ — wobei die Einwilligung nur selten von beiden Seiten gleichermaßen freiwillig erklärt werden wird — und der „einseitigen Willkühr“ führen nach *Savigny* dazu, daß die Stellung der Frau, „des weiblichen Geschlechts“ wie er sagt, und der Zusammenhalt der Familien erhebliche Einbußen hinnehmen müssen¹⁰⁰.

In diesem Zusammenhang sei ein Seitenblick auf eine parallele Gedankenführung bei *Puchta* geworfen. Der von *Savigny* beleuchtete Gegensatz von institutioneller Bindung und individueller Freiheit erhält bei *Puchta* — in seiner Beurteilung des Entwurfs von 1842 — eine weiterführende Dimension:

⁹⁹ l. c., cf. oben N. 6.

¹⁰⁰ l. c. p. 12 s.

Privatrecht qua Willensfreiheit muß sich im Hinblick auf das Eherecht substantielle Korrekturen durch Staats- und Kirchenrecht, durch die staatliche und kirchliche Ordnung, gefallen lassen. Während *Savigny* die ‚individuelle Freiheit‘ vorsichtig gewogen und schließlich abgetan hatte¹⁰¹, formte *Puchta* — wesentlich pointierter argumentierend — die Chimäre eines nackten „privatrechtlichen Princips“.

Verharrt man beim reinen Privatrecht, so muß man anerkennen, daß dem „Princip des reinen Privatrechts die Freiheit der Scheidung, und nur sie, vollkommen gemäß ist“; jeder Zwang, „in einer Ehe wider Willen zu verharren“, widerspricht dem „Wesen“ des so verstandenen „ehelichen Verhältnisses“. Diesem Geist ist nun das geltende Ehescheidungsrecht verpflichtet: „die individuelle Freiheit ist es, die bei seinen Vertheidigern ... als Aegide des angegriffenen Rechts überall hervortritt.“¹⁰² Allerdings nicht mit letzter Konsequenz, wie schon das bloße Vorhandensein eines Katalogs von Scheidungsgründen zeigt; „die vollkommenste Inkonsequenz sodann“ besteht darin, daß man an der „Nothwendigkeit eines gerichtlichen Scheidungsurtheils“¹⁰³ festgehalten hat. Aber: „Daß das Princip der ausschließlich privatrechtlichen Behandlung als ein consequent durchgeführtes“ ohne „nationale Unterstützung“ bleiben würde, erschien *Puchta* unzweifelhaft. Damit war der Boden für das bereitet, was für den Privatrechtssystematiker *Puchta* letztthin den Kern des Eherechts ausfüllte: das „politische“ und das „kirchliche Princip“¹⁰⁴. Eine materiell-kirchliche Eheordnung sollte durchaus den staatlichen Interessen entsprechen: „Daß die Prosperität des Staats mit der des Familienwesens, die ihrerseits auf der Stabilität der Ehe ruht, innig zusammenhängt, braucht nicht erst bewiesen zu werden. Ein laxes Eherecht ist eben so unpolitisch, als es unkirchlich ist“¹⁰⁵. Fazit: „Nach diesen Ansprüchen wird eine gute Gesetzgebung die Anforderungen der individuellen Freiheit mäßigen“¹⁰⁶.

¹⁰¹ Seine tiefe Skepsis gegenüber der Willensfreiheit hat *Savigny* bereits in seiner Beurteilung der Schrift *Gerlachs* über das Eherecht (1833, dazu unten) zum Ausdruck gebracht: „Die ganze neuere Ansicht dieser Sache betrachtet als das Heiligste die individuelle Freiheit. Aber die ungeheure Mehrzahl der Menschen verträgt keinen hohen Grad äußerer Freiheit, der es ihnen möglich macht, jeder oberflächlichen Neigung oder Abneigung Raum zu geben; ...“. Brief F. C. v. Savignys an E. L. v. Gerlach vom 16. 5. 1833 (Neue Quellen zur Geschichte Preußens im 19. Jahrhundert, ed. H. J. Schoeps, Berlin 1968, p. 150 s.).

¹⁰² PUCHTA, Ehescheidungsgesetzentwurf, p. 10.

¹⁰³ l. c. p. 12 s.

¹⁰⁴ l. c. p. 14.

¹⁰⁵ l. c. p. 19.

¹⁰⁶ l. c.; die Frage, wie sich diese Behandlung der Ehe in sein System der Rechte einfügt, stellt *Puchta* in diesem Zusammenhang nicht.

Vor dem Hintergrund eines material-institutionell begründeten und damit der privatautonomen Gestaltung entrückten Eherechts wirft nun *Savigny* die Frage auf, „in wiefern die Gesetzgebung den Beruf und die Fähigkeit hat“¹⁰⁷, auf die ehelichen Verhältnisse einzuwirken. Diesem Grundsatzproblem nähert sich *Savigny*, indem er den Idealzustand der Ehe mit der Pathogenese ehelicher Konfliktlagen konfrontiert. Die „rechtschaffene Führung des ehelichen Lebens“¹⁰⁸ beruht sowohl auf einer Liebes- wie auf einer von wechselseitigem Respekt bestimmten Pflichtengemeinschaft: „Darin eben besteht das Wesen der rechtschaffenen Ehe, daß in jedem Ehegatten die anerkennende Achtung gegen die Person des Gatten und gegen das Beide vereinigende Band so überwiegend und vorherrschend sei, wie es zur sicheren Ausgleichung jeder untergeordneten, vorübergehenden Störung genügt“¹⁰⁹. Der „krankhafte“ Zustand vieler Ehen geht in der Regel nicht auf ein „isolirtes Unglück“ zurück, sondern ist das Ergebnis einer „allmäligen Entwicklung“. „Betrachten wir nämlich die Art, wie der Unfriede in schlechten Ehen entsteht, und endlich unerträglich wird, so werden dabei nur höchst selten mächtige Leidenschaften zum Grunde liegen. Vielmehr werden zuerst leichte Anwandlungen von übler Laune, Selbstsucht, Rohheit, böser Lust vorhanden sein, denen durch einen mäßigen Aufwand von Selbstbeherrschung begegnet werden könnte. Nur weil der Versuch dazu nicht gemacht wird, gewinnen solche Neigungen durch Nachgiebigkeit und Gewöhnung einen solchen Grad von Herrschaft über den Menschen, daß sie ihm selbst und Anderen verderblich werden“¹¹⁰. Der Kern des Konflikts kann in zweifacher Hinsicht gelegt werden: Einerseits verführe die bisher gewährleistete leichte Auflösbarkeit der Ehe „vorzüglich in den unteren Ständen“ dazu, daß Ehen bereits „mit gedankenlosem Leichtsinn“ geschlossen würden¹¹¹. Zum anderen habe die Tatsache, „daß das Gesetz die Willkühr nicht zügelt“, zur Folge, daß auch während der Führung der Ehe leicht die notwendige „Selbstbeherrschung“ vergessen werde¹¹². Von einem „ernsteren“ Eherecht muß daher ein „heilsamer moralischer Eindruck“ auf die Ehegatten erwartet werden¹¹³. Die Funktion eines an der „Würde der Ehe als Institution“ zu messenden

¹⁰⁷ Darstellung p. 13.

¹⁰⁸ l. c.

¹⁰⁹ l. c. p. 14.

¹¹⁰ l. c. p. 16.

¹¹¹ l. c.

¹¹² l. c. p. 17.

¹¹³ l. c.; diese Gedanken finden sich in Ansätzen schon 1817, cf. SAVIGNY, Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft III, p. 25 s.

Eherechts¹¹⁴ ist edukativ und repressiv: Erziehung zur Selbstbesinnung und Unterdrückung mißverständener Freiheitsvorstellungen. Mit diesem Hinweis auf den „heilsamen“ Druck staatlicher Ehegesetzgebung hat *Savigny* die übergreifende Konstante der verschiedenen Eherechtsreformen umrissen, ein Motiv von langanhaltender Geltungskraft definiert. Soll das persönliche Ehe-recht (anders als das Güterrecht) nicht auf bloße Abwicklungsregelungen beschränkt werden — und eine solche gesetzgeberische Selbstbeschränkung ist nur als Randerscheinung anzusehen¹¹⁵ — so bleibt die Zwangseinwirkung des Gesetzes eine jeweils mit graduellen Abstufungen verwirklichte Zielsetzung. Während *Savigny* noch bei dem traditionellen Mittel der Einengung der Scheidungstatbestände verharnte, muß der Gesetzgeber der Moderne dieses zwischen den Zeilen angesprochene — und doch als unverzichtbar angesehene — Motiv mehr auf indirekte Wege (Kosten, Scheidungsfolgen etc.¹¹⁶) verlagern. Die legislative Sicherung eheerhaltender Momente ist noch nicht per se der Ausdruck einer konservativen Auffassung; sie ist eingebunden in einen weiträumigen, zwischen mehr ‚Milde‘ oder ‚Strenge‘ fluktuierenden Prozeß, der aber das letzte Ziel, die Ehe als Institution der Disposition des Gesetzgebers oder der Privatrechtssubjekte zu entziehen, niemals aus den Augen verliert.

Für die zeitweilige Fehlentwicklung in Preußen trägt nach *Savigny* nur der Gesetzgeber die Verantwortung¹¹⁷. Als Beleg führt er die Verhältnisse in einer Provinz an, in der das ALR keine Geltung hatte: der Rheinprovinz. Hier war bei „gleichen Kulturverhältnissen“¹¹⁸ die sonst vor allem in den „niedereren Klassen“¹¹⁹ verbreitete Scheidungsbereitschaft ausgeblieben.

¹¹⁴ Auch *Hegel* folgt einer strengen Eheauffassung: Weil die Ehe als sittliche Idee in ihrer objektiven Wirklichkeit von der Intensität der subjektiven Gesinnung abhängt, weil sie „das Moment der Empfindung enthält, ist sie nicht absolut, sondern schwankend, und hat die Möglichkeit der Auflösung in sich. Aber die Gesetzgebungen müssen diese Möglichkeit aufs Höchste erschweren, und das Recht der Sittlichkeit gegen das Belieben aufrecht halten“. (Rechtsphilosophie, § 163 [am Ende] und § 176).

¹¹⁵ Cf. MÜLLER-FREIENFELS, Ehe und Recht, p. 89—94.

¹¹⁶ So die jüngste Scheidungsrechtsreform vom 14. 6. 1976; cf. dazu die Abhandlungen von DAMRAU, DIEDERICHSEN und RULAND, in: NJW 1976 p. 1170 ss., 1713 ss.; 1977, 217 ss., 273 ss., 353 ss., 601 ss., 649 ss., 1169 ss., 1620 ss.; ferner: Familienrecht 1976/77, FamRZ — Sammelband (ed. F. W. Bosch u. D. Schwab), Bielefeld 1977. Den Realitätsgehalt gesetzgeberischer Intentionen angesichts der Wirklichkeit des Scheidungsverhaltens beleuchten mit reichem statistischem Material: ERNST WOLF / GERHARD LÜKE / HERBERT HAX: Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959, p. 113 ss.

¹¹⁷ Darstellung p. 17 ss.

¹¹⁸ l. c. p. 20.

¹¹⁹ l. c. p. 19.

Am Ausgang seiner einleitenden Bemerkungen zur Scheidungsreform weist *Savigny* noch auf einen besonders heiklen Punkt hin: die Abgrenzung seiner auf eine „strengere Ansicht“ gestützten Reform von den „Dogmen der verschiedenen Religionsparteien. Diese Betrachtung könnte leicht auf den Gedanken führen, der Inhalt der Ehegesetzgebung sei eben aus der kirchlichen Lehre über die Ehe zu entnehmen“¹²⁰. *Savigny* kannte sein Umfeld, er wußte, von welchen Personen und in welchem Geiste er berufen war. Um eine gewisse Distanz gegenüber den protestantischen Konservativen zu gewinnen und seinen Reformvorstellungen eine weiterreichende Anerkennung zu sichern, betonte er den „bürgerlichen“¹²¹ Charakter seines Reformvorhabens. Die Selbständigkeit staatlichen Eherechts legitimierte er einmal mit dem Toleranzgedanken¹²², der auf einer Gleichbehandlung der Religionsparteien beruhe, und zum anderen mit den konfessionellen und innerkonfessionellen Verschiedenheiten¹²³ der einzelnen Kirchenlehren, die sich jeder Vereinigung entzögen¹²⁴. Allerdings solle das „bürgerliche Gesetz“¹²⁵ in keinen Gegensatz zu den Kirchenlehren treten, sondern es müsse „ein freundlich übereinstimmendes Zusammenwirken“¹²⁶ gewährleistet werden. *Savigny* erwies sich auch hier als beharrlicher Apologet des Ausgleichs, der Mitte.

Bei der Behandlung der einzelnen Scheidungsgründe wendet sich *Savigny* vor allem den auf der „Willkür“ der Ehegatten beruhenden Gründen zu¹²⁷: der Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung oder einseitiger unüberwindlicher Abneigung¹²⁸. Wirksamkeit und Grenzen des Vertragsgedankens

¹²⁰ I. c. p. 20.

¹²¹ I. c. p. 21.

¹²² I. c. p. 20.

¹²³ I. c. p. 21.

¹²⁴ Zu der Streitfrage, ob angesichts der unterschiedlichen Schattierungen der protestantischen Eherechtsdoktrin von einem „gemeinen protestantischen Ehescheidungsrecht“ gesprochen werden kann, cf. HUBRICH, Ehescheidung, p. 43—165.

¹²⁵ Darstellung p. 20.

¹²⁶ I. c. p. 22; *Gerlach* kommentierte *Savignys* distanzierte Haltung gegenüber einer legislativen Verwirklichung christlicher Lehren mit der Bemerkung: „Wenn die größten Juristen so im Dunkeln herumirren, — wenn ein Christenkind von 10 Jahren mehr weiß, als sie — wie steht es dann mit der Rechtswissenschaft?“ (*GERLACH*, Aufzeichnungen I, p. 505). Beachtlich in diesem Zusammenhang ist ferner, daß sich *Savigny* gutachtlich für disziplinarische Maßnahmen gegen den „Trauungsverweigerer“ *Otto von Gerlach* — Prediger in Berlin und Bruder *Ludwigs* — aussprach (cf. Aufzeichnungen I, p. 228, 232—234, 236, 345, 348, 413, 423 s., 430), im Gegensatz zu dem weiteren Justizminister *Uhden*; *Savigny* folgte aus der „Staatsdienerqualität“ der Geistlichen einen unbedingten Gehorsam gegenüber den Staatsgesetzen (cf. *EMIL FRIEDBERG*: Das Recht der Eheschließung, Leipzig 1865, p. 727).

¹²⁷ I. c. p. 23—48.

¹²⁸ Zur Rechtswirklichkeit dieser beiden Scheidungsformen berichtet der Land- und

im Eherecht zeigten sich insbesondere an diesem Schnittpunkt zwischen individueller Freiheit und institutioneller Sicherung der Ehe. Während der säkular-spätnaturrechtliche Rationalismus in der Beachtlichkeit der ein- oder zweiseitigen Willkür, der Gestaltungsfreiheit der Parteien die eigentliche Bestätigung für die Deutung der Ehe als einer auf dem Willensprinzip aufbauenden Personenbeziehung fand, mußte jede über diese individuellen Bezüge hinausweisende und mehr der Ordnungsidee des christlichen Staates angenäherte Eheauffassung den unversöhnlichen Gegensatz zwischen der überpersonalen ‚institutionellen‘ Bindung und der subjektiven Willkür betonen.

Die Scheidungsgründe der gegenseitigen Einwilligung und der einseitigen ‚inimicitia capitalis‘ gingen auf das Project des *Corporis Iuris Fridericiani* von 1749 zurück¹²⁹; die Konventionalscheidung wurde nach einjähriger Trennung von Tisch und Bett, die Scheidung auf einseitigen Antrag bei einer konkreten Substantiierung der unüberwindlichen Abneigung ausgesprochen. Das ‚Edict gegen die Mißbräuche der überhand genommenen Ehescheidungen‘ vom 17. 11. 1782¹³⁰ brachte verschiedene Restriktionen; so konnte die Scheidung aufgrund gegenseitiger Einwilligung nur bei mehrjähriger Kinderlosigkeit und bei einem ohne Leichtsinn und Übereilung gefaßten Trennungswillen erfolgen. Schon ein Jahr später (1783) ordnete *Friedrich II.* wieder eine Lockerung der Scheidungspraxis an, und zwar mit der für ihn charakteristischen Feststellung, daß man mit der Trennung der Ehe „nicht gar zu difficil sein muß, sonst hindert das die Population. Denn sobald zwei Eheleute durchaus wider einander so weit aufgebracht und erzürnt sind, daß gar keine Vereinigung wieder zu hoffen steht, und die Gemüther in beständiger Verbitterung wider einander verbleiben, so werden sie auch keine Kinder mit einander erzeugen, und das ist der Population zum Nachtheil. Dagegen wird ein solches Paar geschieden, und das Weib heirathet dann einen andern Kerl, so kommen doch noch eher Kinder davon“¹³¹. Das ALR hielt an der Scheidung

Stadtgerichtsdirektor *Doerk* im Jahre 1843, daß nach seiner auf eine 30jährige Praxis gestützten Erfahrung etwa 15% der Scheidungen auf wechselseitige Einwilligung und bloße Abneigung entfallen (Beitrag zur Vermittlung p. 21).

¹²⁹ Project des *Corporis Iuris Fridericiani* . . . , Halle 1750, Pars I, lib. II, tit. III, art. I § 35; zur Entwicklung des preußischen Scheidungsrechts cf. EDUARD HUBRICH: Das Recht der Ehescheidung in Deutschland, Berlin 1891, p. 176—204; LEONARD JACOBI: Empfiehlt es sich, die Ehescheidungsgründe in der vom Entwurfe des bürgerlichen Gesetzbuchs beabsichtigten Weise zu beschränken, in: Verhandlungen des XX. Deutschen Juristentages I, Berlin 1889, p. 110—234 (p. 152—225); MIKAT, Bedeutung, p. 673—680.

¹³⁰ Nov. Corp. Const. Pruss.-Brandenburg, VII, Berlin 1786, Sp. 1613—1640.

¹³¹ Die Kabinettsordre vom 22. 5. 1783 ist wiedergegeben bei HUBRICH, Ehescheidung, p. 185 s.

wegen gegenseitiger Einwilligung bei kinderloser Ehe¹³² und wegen einseitiger unüberwindlicher Abneigung fest¹³³, ohne eine vorherige Trennungszeit anzuordnen.

Der sprachgewandte *Puchta* hat das friderizianische Scheidungsrecht mit folgenden Bemerkungen gekennzeichnet, die der Wortwahl des Königs durchaus gerecht wurden: „Mit der Alleinherrschaft des privatrechtlichen Principis in der Ehe verträgt sich kein anderes, als das Interesse der Population, jede andere Bestimmung desselben würde einen Kampf gegen jene Alleinherrschaft in sich tragen. Das Bevölkerungsinteresse aber wird durch die vollkommene Freiheit der Scheidung ganz befriedigt, der Staat als Menschenzüchter kann unmöglich sie auch nur durch die Form eines Scheidungsprocesses einschränken wollen, während dessen Dauer keine Kinder erzeugt werden, und eine vielleicht ergiebiger Ehe vertagt ist¹³⁴.“

Die Motive, die zur Beibehaltung der einverständlichen Scheidung und der Scheidung wegen „heftigen Widerwillens des einen Ehegatten“¹³⁵ durch das ALR geführt hatten (*Svarez* wies noch in seinen Schlußvorträgen darauf hin, daß ein freizügiges Scheidungsrecht der ‚Population‘ eher förderlich als abträglich sei¹³⁶) und die im wesentlichen auf einer Verschmelzung von obrigkeitsstaatlichem Utilitätsdenken und laizistischen Bestrebungen — aus denen eine überzogene Freiheitsgewähr gleichsam als willkommenes Nebenprodukt herauswuchs — basierten¹³⁷, erschienen *Savigny* fremdartig, roh und unsitt-

¹³² II. 1. § 716 ALR.

¹³³ II. 1. § 718 a ALR.

¹³⁴ PUCHTA, Ehescheidungsgesetzentwurf, p. 13.

¹³⁵ Darstellung p. 46.

¹³⁶ CHRISTIAN FRIEDRICH KOCH: ALR, Kommentar III/1, Berlin ³1862, II. 1 § 716 Anm. 53; E. H. SEIDLER: Beiträge zur Reform der preußischen Ehegesetzgebung, Nordhausen 1861, p. 102.

¹³⁷ Diese Überfremdung des Eherechts mit staatlichen Nützlichkeitsbetrachtungen skizzierte *Ernst Ludwig von Gerlach* folgendermaßen: „Auf diesem dünnen Boden erwachsen die politischen Ideale, welche Vermehrung der Population, Ackerbau, Gewerbe, Fabriken, Handel als höchste Staatszwecke, den Menschen selbst aber und seine innersten Lebensbeziehungen, mithin auch die Ehe, ja sogar die Religion als Mittel darstellten.“ (Über die heutige Gestalt des Eherechts, Berlin 1833, p. 13). Sicherlich war es ein beherrschender Zug der friderizianischen Gesetzgebung, den Einzelnen nur als Objekt der Staatszwecke zu betrachten. Ähnlich äußerte sich auch *Stahl*: Die Scheidungsgesetzgebung des späten 18. Jahrhunderts ist zu einer laxen Handhabung gekommen, „bewogen theils durch ungehörige ausschließliche Zugrundelegung des Principis individueller Freiheit, theils durch mißverständene Humanität, theils durch die schlaffere sittliche Ansicht der Zeit und die Vorherrschaft äußerlicher mechanischer Rücksichten, als z. B. Vermehrung der Population.“ (STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 53, p. 367); cf. ferner: REINHARD MESTWERT: Das Sozialbild der Ehe, Diss. Göttingen 1961, p. 27—38; DÖRNER, Industrialisierung, p. 19—66.

lich. So meint er, „daß es mit dem Ernst und der Würde der Ehe durchaus unvereinbar ist, ihr Dasein von der bloßen Willkühr der Individuen eben so abhängig zu machen, wie es bei den das Vermögen betreffenden Verträgen in der That geschieht und geschehen muß. Der höhere, geistige Charakter der Ehe wird dabei offenbar verkannt und entstellt ...¹³⁸.“ Im ganzen bleibt seine Argumentation eher pragmatisch. Er stellt fest, daß die Konventionalscheidung u. a. oftmals dazu dient, tatsächliche Scheidungsgründe zu verdecken¹³⁹ oder ohne vorhergehende konkrete Ehestörungen den Wechsel in eine neue Verbindung zu erleichtern¹⁴⁰. Beiden Zielen spricht *Savigny* die Berechtigung ab. Nun war auch in der bisherigen Gesetzgebung die Konventionalscheidung nicht schrankenlos möglich gewesen: Das ALR hatte einzelne Bedingungen — Kinderlosigkeit, Fehlen von Leichtsinn, Übereilung und Zwang — vorgesehen¹⁴¹; im rheinisch-französischen Recht wurde die einverständliche Scheidung durch ein umfangreiches Formen- und Fristenwesen¹⁴² fast bis zur Undurchführbarkeit erschwert¹⁴³. *Savigny* verwirft diese Mittel einer Mißbrauchskontrolle, da sie die eigentliche Grundsatzfrage nicht lösen; man müsse es „für unwürdig erklären, wenn der Gesetzgeber auf indirektem Wege Dasjenige zu verhindern suchte, welches er eigentlich zu verbieten die Absicht hätte“¹⁴⁴. Die „negative Macht“¹⁴⁵ des Gesetzgebers erfordert von ihm auch eine entsprechende tatsächliche Wahrnehmung. Zwar ist es nicht der Beruf des Gesetzgebers, Sittlichkeit zu erzwingen, er muß sich aber jeder verfehlten Lockerung versagen, damit „nicht die Begriffe von Recht und Unrecht, Gut und Böse, in der Nation geschwächt oder gar verkehrt werden“¹⁴⁶.

Da gerade die Eherechtsreform — den nunmehr im dreiundsechzigsten Lebensjahr stehenden — *Savigny* auf das Gebiet praktischer Justizpolitik führte,

¹³⁸ Darstellung p. 35; entsprechend STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 53, p. 366 s.; ferner DOERK, Vermittlung, p. 28.

¹³⁹ Darstellung p. 36.

¹⁴⁰ l. c. p. 37.

¹⁴¹ Cf. W. BORNEMANN: Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts V, Berlin ²1845, p. 207—211; RITTER: Nähere Prüfung des preussischen Ehescheidungsrechts, Cottbus 1843, p. 176—187; FRANZ FÖRSTER: Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts III, Berlin ³1874, p. 574; HEINRICH DERNBURG: Lehrbuch des Preussischen Privatrechts III, Halle a. S. ⁴1896, p. 63 s.

¹⁴² Cf. ZACHARIAE VON LINGENTHAL/CARL CROME: Handbuch des Französischen Civilrechts III, Freiburg i. B. ⁸1895, p. 129—135.

¹⁴³ Cf. STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 53 p. 367.

¹⁴⁴ Darstellung p. 43.

¹⁴⁵ l. c. p. 45.

¹⁴⁶ l. c.

scheint es naheliegend, diesen durch seine besondere Affinität zu politisch-gesellschaftlichen Strömungen gekennzeichneten Gegenstand als geeignetes Mittel für eine Standortbestimmung heranzuziehen. *Savignys* geistige Führerschaft bei der Eherechtsreform wird bisweilen als ein Indiz dafür gewertet, daß sein persönlichkeitsbedingter Quietismus, seine befremdet-distanzierte Haltung gegenüber dem Treiben der Zeit hier bereits in einen engagierten, wenn auch von polemischen Auswüchsen freien, Konservativismus übergegangen sei¹⁴⁷. Sicherlich wäre es verfehlt, Ansätze einer ‚liberalen‘ Eherechtskonzeption im Sinne von prinzipieller Gestaltungsautonomie und Selbstbestimmungsfreiheit in *Savignys* Reformüberlegungen zu suchen; die Frage nach dem Wertungsvorrang von individueller Freiheit oder institutioneller Bindung bleibt weitgehend eine rhetorische. *Savigny* ging es natürlich darum, die Ehe als Fundamentalerscheinung des individuellen und gesellschaftlichen Seins erneut in einen überpersonalen Bezugsrahmen, umschrieben mit ‚Würde der Ehe als Institution‘, einzugliedern¹⁴⁸. Eine ausgeprägt idealistische Denkweise blieb die tragende Komponente seiner Programm- und Rechtfertigungsschrift, ohne daß dabei die Einsicht in die Begrenztheit seiner Wirkungsmöglichkeiten angesichts der mit normativen Kategorien nur schwer erreichbaren Realstrukturen von Ehe und Familie verlorenging. Auch unter Berücksichtigung der angedeuteten Bedingtheiten konnte *Savignys* ‚Darstellung‘ durchaus wesentliche Akzente für die Ausformung einer ‚bürgerlichen‘ Eheordnung im 19. Jahrhundert setzen¹⁴⁹; das Maß an eigener geistiger Unabhängigkeit und ausschließlicher Verantwortlichkeit gegenüber der Sache erschließt sich aus einem Blick auf die Zeit und das politische Umfeld seiner Reformüberlegungen.

IV

Der Kampf gegen die Kontraktstheorie und das freizügige Scheidungsrecht des ALR, gegen die „laxe Legislation“¹⁵⁰ überhaupt, fand seinen

¹⁴⁷ Cf. WIEACKER, Gründer und Bewahrer, p. 121; ders., Privatrechtsgeschichte, p. 383 s.; MIKAT, Bedeutung, p. 681 s.; MÜLLER-FREIENFELS, Systematische Einordnung II, p. 557 s.

¹⁴⁸ Zu *Savignys* überkonfessionell-religiöser Haltung cf. DIETER STRAUCH: Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny, Diss. Köln 1959, p. 36 s., 64—67.

¹⁴⁹ Zum Einfluß *Savignys* auf das Scheidungsrecht des BGB cf. MIKAT, Bedeutung, p. 685—697; ders.: Zur Diskussion um die Scheidungsrechtsreform nach der Veröffentlichung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: Festschrift F. Elsener, Sigmaringen 1977, p. 182—198.

¹⁵⁰ STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 54 p. 368.

Nährboden in einer Verschwisterung von pietistischer Erneuerungsbewegung und ständischer Ordnungsidee, die unter dem Mantel der nach den Befreiungskriegen einsetzenden Reaktion vor allem im Osten eindeutig patriarchalische Züge gewann¹⁵¹. Eine verinnerlichende urwüchsige Volksfrömmigkeit, die dem aufklärerischen Rationalismus der Reformbürokratie und einer liberal behauchten Theologie gleichermaßen skeptisch gegenüberstand, wurde durch gelenkte Eingriffe von ‚oben‘, von einer den Zeitfragen zugewandten Junkerschicht, zu einer konservativen Gegenkraft im politischen Raum formiert. Die Stoßkraft dieser Bewegung ergab sich aus dem Bündnis zwischen protestantischer Orthodoxie mit der hochkonservativen Führungsschicht, die sich schließlich — als ‚Kamarilla‘ und in ähnlichen Erscheinungen¹⁵² — zu einer zentralen politischen Komponente der Restaurationsepoche herausbildete. Aufgerufen wurde zu einer sittlich-religiösen Erneuerung gegenüber der Aufklärungszeit — einer Zeit, in der „ein unkirchlicher Geist Alle ergriffen hatte, der Begriff der Kirche fast völlig untergegangen war, es für gebildet galt, dagegen zu eifern“¹⁵³ — einer Geisteshaltung, in der „der Rationalismus ... der mechanische Brauchverstand des vorigen Jahrhunderts alle Tiefen des Geistes zu beseitigen, und mittelst seiner dünnen Verstandesreligion, seiner bloß auf zeitliche Zwecke berechneten hölzernen Staats- und Rechtsmaschinerie die Lebenskräfte zu verdrängen unternahm, welche Kirche und Staat aus dem ewigen Worte ziehen, in welchem sie ihre Wurzeln haben“¹⁵⁴. Die Angriffe gegen das „frivole“ Eherecht des ALR richteten sich vor allem gegen die Scheidung aus einseitiger oder zweiseitiger Willkür, in denen „die Herrschaft jener Populationspolitik und dieser lüderlichen Humanität“¹⁵⁵ ihren treffendsten Ausdruck gefunden hatte: „Die Grundsteine aller Staatsgebäude ... sind die Ehe und die Familie“¹⁵⁶, daher darf die Ehe „nicht für einen Civilcontract gehalten werden, der von beiden Theilen geschlossen und wie-

¹⁵¹ FRANZ SCHNABEL: Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, IV: Die religiösen Kräfte, Freiburg ²1951, p. 383 ss., 485 ss.; ROBERT M. BIGLER: The Politics of German Protestantism, the Rise of the Protestant Church Elite in Prussia 1815—1848, Berkeley 1972, p. 125—155; MESTWERT, Sozialbild, p. 21—24, 38—48; MIKAT, Bedeutung, p. 680 s.

¹⁵² Cf. THEODOR SCHIEDER: Vom Deutschen Bund zum Deutschen Reich, in: GEBHARDT, Handbuch der Deutschen Geschichte III, Stuttgart ⁹1970, p. 143 s.

¹⁵³ Ein Wort für ein neues Ehescheidungsgesetz, Berlin 1842, p. 8.

¹⁵⁴ ERNST LUDWIG VON GERLACH: Über die heutige Gestalt des Eherechts, Berlin 1833, p. 13; ders.: Über Reform des Eherechts (ein Vortrag, gehalten auf einem Provinzial-Landtage), in: Evangelische Kirchen-Zeitung 30 (1842) no. 48—50, Sp. 378.

¹⁵⁵ Gestalt p. 17.

¹⁵⁶ l. c. p. 5.

der aufgehoben werden kann, wenn Einer oder der Andere der Contrahenten die Bedingungen nicht erfüllt“¹⁵⁷.

Diese Tendenzwende fand in Gebieten ihren Niederschlag, in denen die Entwicklung eines kirchlich-weltlichen Gemeinrechts, des gemeinen protestantischen Eherechts, nicht — oder nur sporadisch — durch partikuläre Gesetzgebungsmaßnahmen unterbrochen worden war. Das durch die Obergerichts- und Konsistorialpraxis geformte und in verbindenden Rechtsgrundsätzen niedergelegte Scheidungsrecht der Protestanten mußte naturgemäß eine besondere Nachgiebigkeit gegenüber dem Zugriff wechselnder Zeitströmungen aufweisen. So hatte in Mecklenburg die Verweltlichung der Ehegerichtsbarkeit Mitte des 18. Jahrhunderts auch die Durchsetzung naturrechtlicher Vorstellungen erleichtert¹⁵⁸; der Katalog der von der Rechtsprechung zugelassenen Scheidungsgründe wurde über die reformatorischen Ansätze hinaus erheblich ausgedehnt. Seit den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts setzte ein radikaler Umbruch ein, der die ausgeprägt restaurative Verfassung des spätfeudalen Ständestaats Mecklenburg auch auf die ehegerichtliche Praxis übertrug. Ein charakteristisches Zeitdokument war schließlich die großherzogliche Anweisung vom 12. 9. 1855, die dem Obergericht aufgab, „die Ehesachen zunächst und vor Allem nach den Bestimmungen der in Unseren Landen bestehenden Kirchengesetze und nach deren Geiste zu beurteilen, dagegen aber den Rücksichten der Humanität, der Nützlichkeit und Zweckmäßigkeit, den vermeintlichen Zwecken der Ehe und dergleichen, welchen vielfach eine zu ausgedehnte Einwirkung gestattet wird, nur insoweit nachzugeben, als jene positiven Grundlagen es gestatten und dieselben dadurch nicht verletzt oder

¹⁵⁷ Ein Wort für ... p. 21; Savignys Reformentwurf wurde zum Katalysator für eine Reihe von tagespolitisch nach Inhalt und Sprache überzogenen und weitgehend anonym veröffentlichten Streitschriften. Die Schrift „Das Ehegesetz in seiner historischen mit der Vernunft übereinstimmenden Bedeutung, Berlin 1842“ ließ die Abrechnung mit den Ehezwecken des ALR und der „Vertrags-Ehe“ in der Feststellung gipfeln: „Jeder Vertrag ... erzielt gemäß seines Begriffs bloßen Gewinn; und so wird die Ehe, die, sofern sie die Befriedigung des Geschlechtstriebes oder der Kindererzeugung erzielt, nur viehisch ist, als Vertrag zu absolut satanischer Gewinnsucht herabgewürdigt, und somit das Heiligste der Menschheit entehrt!“ (p. 21).

¹⁵⁸ GERHARD BUCHKA: Das mecklenburgische Ehescheidungsrecht in seinem Verhältnis zur protestantischen Eherechtswissenschaft, Wismar 1885, p. 44 ss.; zu weiteren partikularen Entwicklungen cf. EDUARD BARTELS: Ehe und Verlöbniß nach gemeinem und particulärem Rechte in der Provinz Hannover, Hannover 1871, p. 20—363; F. G. L. STRIPPELMANN: Das Ehescheidungsrecht nach gemeinem und insbesondere hessischem Rechte, Cassel 1854, p. 128—414; GÜNTHER ERBE: Das Ehescheidungsrecht im Herzogtum Württemberg seit der Reformation, in: Zeitschrift für Württembergische Landesgeschichte XIV (1955) p. 95—144 (p. 138).

gekürzt werden“¹⁵⁹. Im Ergebnis wurde das protestantische Scheidungsrecht weitgehend mit dem katholischen Trennungsrecht verschmolzen.

Ziel dieser Richtung war es, zu dem zurückzukehren, was die ursprüngliche reformatorische Lehre als protestantisches Scheidungsrecht herausgebildet hatte bzw. was angesichts der Vielfalt reformatorischer Ansichten in der Rückschau als protestantische Lehre erschien — also eine Rückbesinnung auf den mit den biblischen Aussagen verhafteten ‚strengen‘ Altprotestantismus, unter Ausblendung der von einer aufklärerischen Theologie begünstigten und mitgeformten ‚milden‘ Auffassungen.

Bunsen, Diplomat und orthodoxer Protestant, der *Savigny* für die Eherechtsreform empfohlen hatte, verwarf in seinem Gutachten von 1839 *Kamptz*’ Reformplan einer bloßen Abänderung des landrechtlichen Scheidungssystems mit der Feststellung, „daß die Sanktionierung der beibehaltenen Scheidungsgründe, unter Berufung auf die ‚Heiligkeit des Ehebündnisses‘ und die ‚älteste evangelische Kirche‘ eine offene durch keine Staatsnotwendigkeit gerechtfertigte Beeinträchtigung der evangelischen Kirche und daß endlich deshalb die Erhebung dieses Vorschlages zu einem Gesetze, wie der Kirche, so der Würde des Königlichen Ansehens und Namens durchaus zuwider seyn würde“¹⁶⁰. Da das ALR von dem Grundsatz einer Erleichterung der Scheidung ausgegangen ist, bleibt es „unverbesserlich“¹⁶¹, „kann also unmöglich der Versuch einer Verbesserung dieses Rechtes aus sich selbst je gelingen“, es kommt immer nur „etwas Provisorisches“¹⁶² heraus. Zur Erneuerung des Eherechts muß „ein neues leitendes Prinzip außer demselben und über demselben“¹⁶³ gefunden werden. *Bunsen* wendet sich gegen die Trennung von kirchlichem und staatlichem Recht, gegen die Meinung, „das Landrecht, wie jedes staatliche Recht könne nicht das Ideal der Gebote Christi verwirklichen“, vor allem, „daß die Frömmigkeit einen anderen Raum, und ein anderes Gebiet hier auf Erden haben könne, als den Staat“¹⁶⁴. Sein „neues leitendes Prinzip“ ist die „vollständige Durchführung evangelischen Protestantismus“ durch die Gesetzgebung: „Das definitive Eherecht Preußens

¹⁵⁹ Abdruck in: BUCHKA, Ehescheidungsrecht, p. 76 s.

¹⁶⁰ Gutachten des Geheimen Legations-Rathes Bunsen über die Entwürfe und Vorschläge zur Verbesserung der Ehescheidungs-Gesetze in Preußen, vom Standpunkte eines christlichen evangelischen Landesrechts, vom 23. 10. 1839 (GESETZ-REVISION Pensum XV) p. 35. Cf. hierzu: CHRISTIAN CARL JOSIAS VON BUNSEN, aus seinen Briefen ... (ed. F. NIPPOLD) II, Leipzig 1869, p. 28, 55, 89, 99 et passim.

¹⁶¹ l. c. p. 31.

¹⁶² l. c. p. 33.

¹⁶³ l. c. p. 38.

¹⁶⁴ l. c. p. 40.

kann also nur der Form nach ein Theil des Landrechtes, dem Inhalte nach, soweit das christliche Gebot zur Sprache kommt, ein kirchliches seyn¹⁶⁵; in der Durchführung dieser Aufgabe sei „die Stellung Preußens eine weltgeschichtliche“. Als Folge dieser „staatlichen Wiedergeburt des Scheidungsrechts“ unter „Anerkennung des christlichen Prinzips“ werden nur noch die altprotestantischen Scheidungsgründe des Ehebruchs und der bösslichen Verlassung anerkannt¹⁶⁶.

Eine andere Ebene protestantischer Reaktion betrat *Ernst Ludwig von Gerlach*, der hochkonservative Politiker und Jurist, für den eine kirchlich-restaurative Eherechtspolitik in den Jahren von 1833 bis 1874 ein bestimmender Teil seines Wirkens wurde. Der Anlaß erster publizistischer Maßnahmen war ein Gewissens- und Loyalitätskonflikt der konservativen protestantischen Priesterschaft. Die unabgestimmte Duplizität von kirchlicher und staatlicher Rechtsordnung¹⁶⁷ hatte vor allem durch das ‚liberale‘ Scheidungsrecht des ALR zu Spannungen geführt, die noch dadurch verschärft wurden, daß die Priester ihre Stellung als standesamtliche Trauungsorgane behalten hatten. Der nur einen Aspekt ergreifende Säkularisierungsprozeß, der in der Zeit einer weitgehenden Konkordanz von staatlicher und liberal-protestantischer Eheauffassung noch von der Geistlichkeit mitgetragen worden war, mußte nach einem Wiedererstarken des altprotestantischen Bewußtseins zu solchen Folgeerscheinungen wie Trauungsverweigerungen bei der Wiederverheiratung von nach Landrecht geschiedenen Personen führen. Mit seiner Schrift von 1833 über das Eherecht rief *E. L. von Gerlach* dazu auf, sich in der Wiedertrauungsfrage kompromißlos gegenüber dem staatlichen Scheidungsrecht zu zeigen. So stellte er fest: „Der Geist der Zeit arbeitet mit Macht daran, die starken Wurzeln zu durchschneiden, welche aus den Tiefen des Christenthums unseren Staaten ihre Lebenssäfte zuführen, und sie gegen die Stürme der Revolutionen aufrecht halten¹⁶⁸.“ Diesem Geist folgen die

¹⁶⁵ I. c. p. 64 s.

¹⁶⁶ I. c. p. 65; diese Auffassung wurde näher begründet von OTTO VON GERLACH: Kirchenrechtliche Untersuchung der Frage: Welches ist die Lehre und das Recht der evangelischen Kirche, zunächst in Preußen, in Bezug auf die Ehescheidungen und die Wiederverheirathung geschiedener Personen?, in: Zeitschrift für Protestantismus und Kirche II (1839) p. 21—36; *Otto von Gerlach*, der Geistliche unter den Gebrüdern *Gerlach*, war der theoretische und praktische Vorkämpfer der Trauungsverweigerungen; zu der „orthodox-protestantischen“ Richtung, die nur noch die Bibel als maßgebliche Quelle des Scheidungsrechts anerkennen wollte, cf. OTTO PLATHNER: Civilehe und Recht der Ehescheidung in Preußen, Berlin 1859, p. 35—48.

¹⁶⁷ HESSE, Ehescheidungsrecht, p. 116—122; MESTWERTD, Sozialbild, p. 22—24.

¹⁶⁸ ERNST LUDWIG VON GERLACH: Über die heutige Gestalt des Eherechts, Berlin 1833, p. 2.

rheinisch-französische und die preußische Gesetzgebung, die mit ihrem Ehe-recht das stabilisierende Element eines christlichen Staatswesens erschüttert haben¹⁶⁹. Daher sind Trauungsverweigerungen nicht nur zu rechtfertigen, sondern es ist die Pflicht jedes evangelischen Predigers, Geschiedenen die Trauung zu versagen¹⁷⁰, „wenn die Scheidung ohne schriftmäßigen Grund erfolgt war“¹⁷¹. Durch die Person *Gerlachs* war der Rückhalt bei der konservativen Partei gesichert, die Trauungsverweigerungen nahmen zu und erlebten nach dem Frankfurter Kirchentag von 1854 einen Höhepunkt.

Ernst Ludwig von Gerlach, der die Vorstellungswelt der protestantischen Orthodoxie in die Ehe-rechtsreform einbringen sollte und wollte, hat in seinen „Aufzeichnungen“¹⁷² ein Bild von *Savigny* — „dem unsere Rechtspflege ganz fremd war, und der überhaupt für eigentliche Rechtsfragen, soweit sie nicht formaler oder historisch antiquarischer Natur sind (wo er virtuos war) wenig Interesse hatte“ — geformt¹⁷³, das dessen Versagen auf dem Feld aktiver Rechtspolitik dokumentieren sollte — wobei nicht zuletzt die Enttäuschung über das auch *Savigny* angelastete Fehlgehen des Reformplanes eindeutig die Feder führte; *Gerlach* hielt seinen Minister *Savigny* für einen im Grunde völlig unpolitischen Menschen, wachweich in der gemeinsam verfochtenen Sache und unfähig zur Durchsetzung im Staatsrat — eine Einschätzung, die zu einer dauernden Entfremdung dieser schon in ihrem Temperament völlig unterschiedlichen Repräsentanten des konservativen Lagers führte¹⁷⁴. Noch kurz vor Ende seiner Referententätigkeit, als es absehbar war, daß der Gesetzentwurf trotz verschiedener Änderungen im Staatsrat scheitern würde¹⁷⁵, legte *Ernst Ludwig von Gerlach* — an *Savigny* vorbei — dem König direkt ein Promemoria vor, in dem er den bisherigen Rechtszustand als „Frevel und Greuel“, wo „aus den frivolsten Gründen, in den unwürdig-

¹⁶⁹ I. c. p. 18—39; GERLACH in: Evangelische Kirchen-Zeitung 30 (1842) Sp. 379 s.

¹⁷⁰ GERLACH, Gestalt, p. 39—47; OTTO VON GERLACH, Kirchenrechtliche Untersuchung, p. 32—36; vorsichtiger: STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 50 p. 353.

¹⁷¹ GERLACH, Gestalt, p. 40.

¹⁷² Aufzeichnungen I, p. 300—350, 413, 423 s., 505.

¹⁷³ Aufzeichnungen I, p. 310.

¹⁷⁴ Cf. hierzu STOLL, Savigny III, p. 12—16.

¹⁷⁵ Ob *Ernst Ludwig von Gerlach* schließlich ursächlich dafür geworden ist, daß *Savignys* Reformplan — soweit er das materielle Recht betraf — der Erfolg versagt blieb, erscheint zweifelhaft, da auch bei den späteren Reformversuchen von 1854 bis 1862 im preußischen Landtag keine Einigung über das Scheidungsrecht erzielt werden konnte; cf. STEPHAN BUCHHOLZ: Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht (Preußen), in: HELMUT COING (Ed.): Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, III: Das 19. Jahrhundert (1815—1914), 1. Teilband: Gesetzgebung (Druck in Vorbereitung).

sten Prozedurformen ... die Ehen von den Untergerichten zerrissen¹⁷⁶ werden, ausmalte und die Trauungsverweigerungen — „unschätzbar als Mittel, die gesetzliche Ehe-Rechts-Reform zu befördern“¹⁷⁷ — rechtfertigte.

Gegenüber diesen protestantischen Ultras verkörperte *Stahls* Auffassung eher das abgeklärte Pathos eines den tagespolitischen Verzerrungen entrückten konservativen Denkers. *Stahl* geht von der generellen Unauflöslichkeit der Ehe aus¹⁷⁸ und denkt insoweit ebenfalls an eine grundsätzliche Wiederbelebung des alten — d. h. strengen — protestantischen Eherechts; neben den klassischen Gründen des Ehebruchs und der böslichen Verlassung soll als Konzession an den „bestehenden Sittenzustand“¹⁷⁹ eine Scheidung nur bei gravierenden Verschuldensfällen zugelassen werden. *Stahl* lehnt eine direkte Verbindlichkeit der kirchlichen Vorschriften für das staatliche Recht und damit auch für die Ehegesetzgebung ab¹⁸⁰; die Verknüpfung erfolgt mittelbar: die biblischen Aussprüche über die Ehe bedeuten „eine Enthüllung der ethischen Idee des Instituts der Ehe“¹⁸¹. Die „ethische Idee“ wird nicht unmittelbar durch das staatliche Recht vollzogen, vielmehr ist sie die „Basis“ für die Gesetzgebung, so daß kein „abweichendes Princip“ befolgt werden darf¹⁸². *Stahl* untermauert nun seine strenge Auffassung, indem er ein deut-

¹⁷⁶ Pro memoria, die Eherechtsreform betreffend, vom Januar 1844; Wiedergabe in: Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz. Aus dem Briefwechsel Savigny, Puchta und Bethmann-Hollweg mit Ludwig von Gerlach, ed. Hans Liermann und Hans-Joachim Schoeps, in: Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse 14, Göttingen 1961, p. 490—536 (p. 525 s.); entsprechend: GERLACH in: Evangelische Kirchen-Zeitung 30 (1842) Sp. 385, 394.

¹⁷⁷ Pro memoria p. 534. Ebenso GERLACH („Die Civil-Ehe“) in der Kreuzzeitung vom 17. 5. 1860 (Beil.). Noch bei der zweiten Scheidungsreform (1854—1862, in der Sache genauso erfolglos) bekräftigte *E. L. von Gerlach* in einer Denkschrift vom 29. 7. 1856 im Sinne einer Bestandsaufnahme den seinerzeit verteidigten Standpunkt (Aus dem Nachlaß von Ernst Ludwig von Gerlach [ed. Hellmut Diwald] II, p. 904—910). Im hohen Alter bekämpfte der nunmehr dem politischen Katholizismus (Zentrum) zuneigende *Gerlach* die Zivilehe, die mit Personenstandsgesetz vom 9. 3. 1874 dekretiert wurde; cf. dazu seine polemische Schrift „Die Civilehe und der Reichskanzler“ (Berlin 1874), in der er den Zivilakt der Trauung mit den „neuen Auffassungen vor dem Grundbuchsamt“ (p. 30) verglich, was bedeuten soll, daß der bürgerliche Eheschluß zum gleichen Umschlagplatz für neue Ehen in — dank des unveränderten Scheidungsrechts — wechselnden Verbindungen wird, wie die abstrakte Auflöfung die allgemeine Bodenmobilität fördern sollte (1872); cf. zu diesem Komplex: STEPHAN BUCHHOLZ: Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht, Frankfurt/M. 1978, p. 299 ss. Zu *Gerlachs* Haltung allgemein: WERNER GRUNDMANN: Die Rechtsanschauung von Ernst Ludwig von Gerlach, Diss. Tübingen 1953.

¹⁷⁸ STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 49 p. 341.

¹⁷⁹ I. c. § 53 p. 364.

¹⁸⁰ I. c. § 49 p. 339.

¹⁸¹ I. c. § 54 p. 369.

¹⁸² I. c. p. 370.

liches Gefälle zwischen Natur — der „pathologischen“ Seite der Liebe — und Sitte — der „aktuellen oder sittlichen Liebe“¹⁸³ — herstellt. Über dem „Band der Neigung“ steht das „sittliche Band“, dargestellt durch die christliche Eheauffassung: „Es ist deßhalb offenbar ein Zurücksinken in vorchristliche Unsitte, wenn jetzt wieder eine vielverbreitete Vorstellungsweise das Lebensglück der Gatten zum absoluten Princip für die Ehescheidung macht“¹⁸⁴. Beantwortet man die Frage, „ob einzig und allein das Lebensglück der Gatten oder vor Allem die sittliche Gestalt der Ehe das Princip seyn solle“, im ersten Sinne, so muß man „dann aber auch eingestehen, daß man nicht das Gute, sondern das Angenehme als Princip der socialen Ordnung betrachte“¹⁸⁵. Die natürliche Liebe ist bloße Empfindung und damit wechselhaft und zufällig, die sittliche Liebe hat ihren „Sitz im Willen“¹⁸⁶: „Das Band der bloßen Empfindung zum sittlichen Band des Willens zu erheben, ist aber gerade das Wesen der Ehe“¹⁸⁷. *Stahl* teilte eine verbreitete — und auch bei *Hegel* ausgedrückte¹⁸⁸ — Skepsis gegenüber dem vom geschlechtlichen Empfinden bestimmten Eheeingehungsakt, erst nach dem Eheschluß „kann das sittliche Band nicht mehr von der Empfindung abhängen“¹⁸⁹. Die sittliche Vertiefung der Ehe ist eine lebzeitige Aufgabe der Gatten; angesichts dieser Aufgabe bedeutet eine „Entfremdung der Gemüther“ nicht ein bedauerliches soziales Faktum, sondern schwerwiegende „Schuld“¹⁹⁰. „Hat nun der Mensch keine sittliche Berechtigung, aus solcher Ehe zu treten, da ist gewiß auch nicht die Gesetzgebung die sittliche, die das gestattet und sanktionirt, sondern die, welche solch Ärgerniß nicht zuläßt“¹⁹¹.

Einem solchen theokratischen Purismus — sei es in der polemischen Version eines *Gerlach*, sei es in der *Stahl'schen* Gedankentiefe — ist *Savigny* nicht gefolgt. Mit Bedacht hatte er eine absolute Verbindlichkeit der Kirchenlehren zurückgewiesen, ohne — als „Moderado“¹⁹² wie *Gerlach* meinte — die mögliche Vermittlung aus den Augen zu verlieren. Ebenso eindeutig war seine Absage an die liberale Forderung nach Trennung von Kirche und Staat, die

¹⁸³ I. c. p. 374.

¹⁸⁴ I. c. p. 371.

¹⁸⁵ I. c. p. 372.

¹⁸⁶ I. c.

¹⁸⁷ I. c.

¹⁸⁸ Cf. HEGEL, Rechtsphilosophie, § 162.

¹⁸⁹ STAHL, Rechtsphilosophie II/1, § 54 p. 372.

¹⁹⁰ I. c. p. 374.

¹⁹¹ I. c. p. 376.

¹⁹² GERLACH, Aufzeichnungen I, p. 302.

für das Eherecht in folgender zeitgenössischen Formulierung zum Ausdruck kam: „Die Auffassung der Ehe durch den Staat, muß sich von der, welche der Religion, dem Sittengesetz und der persönlichen Überzeugung zusteht, scharf trennen. Dem Staat kann und darf die Ehe ... nur ein Vertrag sein, aus dem sich gegenseitige Rechte, und solche, die Dritte betreffen, erzeugen ...¹⁹³.“

Savignys Standpunkt läßt sich durchaus mit folgenden Überlegungen umschreiben: Zwar ist die Ehe als „wahre Ehe“ ihrem Begriff nach wie alle sittlichen Verhältnisse unauflöslich, andererseits muß die „wirkliche Ehe“ auflösbar bleiben, da sie sich diesem Begriff entzieht. Die Kluft zwischen „Existenz“ und „Wesen“, zwischen „Dasein“ und „Bestimmung“ fordert vom Gesetzgeber die Entscheidung darüber, „unter welchen Bedingungen eine existierende Ehe aufgehört hat, eine Ehe zu sein. Die Ehescheidung ist nichts als die Erklärung: diese Ehe ist eine gestorbene Ehe, deren Existenz nur Schein und Trug ist. Es versteht sich von selbst, daß weder die Willkür des Gesetzgebers noch die Willkür der Privatpersonen, sondern nur das Wesen der Sache entscheiden kann, ob eine Ehe gestorben ist oder nicht ...“ Nur die „untrüglichsten“ Symptome erlauben es dem Gesetzgeber, „einen sittlichen Tod konstatieren“ zu dürfen, „da das Leben der sittlichen Verhältnisse zu konservieren nicht nur sein Recht, sondern auch seine Pflicht, die Pflicht seiner Selbsterhaltung ist!“. Dabei darf der Gesetzgeber nicht der Ansicht folgen, die Ehe „könne den kleinsten Zufällen nicht widerstehen und müsse vor jeder Grille sich auflösen Der Gesetzgeber ehrt also die Ehe, erkennt ihr tiefes sittliches Wesen an, wenn er sie für mächtig genug hält, viele Kollisionen bestehen zu können, ohne sich selber einzubüßen. Die Weichheit gegen die Wünsche der Individuen würde in eine Härte gegen das Wesen der Individuen, gegen ihre sittliche Vernunft, die sich in sittlichen Verhältnissen verkörpert, umschlagen“. So Karl Marx in seiner Beurteilung der Savigny'schen Reform in der ‚Rheinischen Zeitung‘ vom 19. 12. 1842¹⁹⁴.

¹⁹³ Audiatur et altera pars! Eine freie Stimme über den preußischen Ehescheidungs-Gesetz-Entwurf, Leipzig 1843, p. 2; ferner cf. p. 29 ss.

¹⁹⁴ Der Ehescheidungsgesetzentwurf, in: KARL MARX/FRIEDRICH ENGELS, Werke I, Berlin 1964, p. 148—151, 602; ferner: Zum Ehescheidungsgesetzentwurf. Kritik der Kritik, in: Werke, Ergänzungsband 1. Teil, Berlin 1968, p. 389—391, 668. Der Entwurfstext war durch eine Indiskretion an die Öffentlichkeit gelangt und am 20. 10. 1842 in der „Rheinischen Zeitung“ publiziert worden. Zur Verteidigung des „Hauptgrundsatzes“ der Savignyschen Reform durch Marx cf. AUGUSTE CORNU: Karl Marx und Friedrich Engels I (1818—1844), Berlin 1954, p. 330 s.

V

Savignys Einflußnahme auf das Familienrecht des 19. Jahrhunderts blieb nicht bei einer legislativen Neugestaltung der Eheordnung stehen; vielmehr wurde er auch mit ihrer ‚Umkehrung‘ befaßt, den aus der Nichtehelichkeit folgenden Rechtsverhältnissen. Als Teilstück der gesamten Revisionsarbeiten legte er am 24. 11. 1843 eine Denkschrift¹⁹⁵ zu diesem Gegenstand vor, aus der dann ein Gesetzentwurf hervorgegangen ist. Zur Kennzeichnung des Ausgangspunktes folgende Überleitung:

Das ALR war dem Nichtehelichenproblem sehr unbefangen gegenübergetreten. *Marianne Weber* kam in ihrer sonst sehr kritischen Analyse über die Lage der Frau in der Rechtsentwicklung (1907) zu einer überaus günstigen Einschätzung des Landrechts: „Hier haben die Verfasser des Landrechts relativ mehr Humanität und Weitsichtigkeit bekundet als die Gesetzgeber irgend eines anderen europäischen Großstaates, und auch die modernsten Gesetze haben wenigstens die Verantwortlichkeit dem Prinzip nach nicht so geregelt, wie die älteren Bestimmungen des Landrechts¹⁹⁶.“ Hauptsächliches Motiv für die landrechtliche Regelung war, das Problem der Kindes-tötung als gesellschaftliche Folgelast der Eheheichkeitsfrage auf Dauer auszuschließen¹⁹⁷. Allerdings bleibt zu berücksichtigen, daß aus dem Gesichtspunkt der ‚Population‘, auf den die friderizianische Familiengesetzgebung ein besonderes Gewicht gelegt hatte, die Frage der Eheheichkeit oder Nichteheichkeit an Bedeutung verlieren mußte; Gleichbehandlungsvorstellungen waren natürlich noch nicht einmal in Ansätzen vorhanden.

Das Landrecht unterwarf den außereheichen Erzeuger im Grundsatz einer zweifachen Verbindlichkeit: der Entschädigung der ‚Geschwächten‘ und der Versorgung des Kindes¹⁹⁸. Für die unverheiratete Mutter stand ein differenziertes Anspruchssystem, das von der Erstattung der Entbindungs-, Tauf- und Wochenkosten über einen umfassenden Ausstattungsanspruch bis zur Gewährung der Rechte einer unschuldig geschiedenen Ehefrau reichte, zur

¹⁹⁵ Sie ist in wichtigen Teilen wiedergegeben in der Anlage zu *Plancks* Teilentwurf zum BGB (Begründung des Entwurfs eines Familienrechts für das Deutsche Reich, Vorlage des Redaktors Planck, Berlin 1880, Anlage IX, p. 168—170).

¹⁹⁶ *MARIANNE WEBER*: Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, Tübingen 1907 (Neudruck Aalen 1971), p. 340.

¹⁹⁷ Cf. *BORNEMANN*, Syst. Darst. V, p. 313.

¹⁹⁸ II. 1. §§ 1015—1119 u. II. 2. §§ 592—665 ALR; hierzu *Dernburg*, Pr. PrivR III, p. 215—230, 556—558; geschichtlicher Überblick: *HERMANN CONRAD*: Die Stellung der unehelichen Kinder in der neuzeitlichen Privatrechtsentwicklung Deutschlands, Frankreichs, Österreichs und der Schweiz, in: *FamRZ* 1962, p. 322—329.

Verfügung, wobei ein entscheidendes Kriterium in Status und Vorverhalten der Betroffenen lag. Die Nichteelichen hatten einen selbständigen — von den Rechten der Mutter unabhängigen — Anspruch auf Alimentation gegen den Vater und — nach der vermögenden Mutter — gegen die väterlichen Großeltern. Ferner war den Nichteelichen ein — allerdings mehrfach beschränktes — Erbrecht gegenüber dem natürlichen Vater zugewiesen. Die eigentliche Begünstigung der Nichteelichen lag vor allem in der Art der Rechtsverfolgung: Der Anspruch konnte wahlweise gegen sämtliche potentiellen Erzeuger gerichtet werden, die Mehrverkehrseinrede war abgeschnitten, zugunsten der Nichteelichen stritten verschiedene Beweiserleichterungen¹⁹⁹. Äußerungen wie „Es ist aber der Gipfel der positivsten Gesetze, wenn, wie es im Landrechte der Fall, selbst bei geführtem Beweise der Zuhaltung mit Mehrern, die Vaterschaft von der Wahl der Geschwängerten abhängig gemacht wird, und Einer nach dem Andern Vaterpflichten erfüllen soll, wenngleich nur Einer Vater sein kann“²⁰⁰ belegen das Unverständnis der nachlandrechtlichen Jurisprudenz gegenüber dieser Regelung.

Das Gegenbild zum Landrecht fand sich im Nichteelichenrecht des Code civil²⁰¹. Die Rechte der nichtehelichen Kinder gegen ihre Eltern — die allen ehewidrigen, in Ehebruch oder Blutschande gezeugten, Kindern fast vollständig versagt wurden — waren von einem in einer öffentlichen Urkunde erklärten Anerkenntnis des jeweils in Anspruch genommenen Elternteils abhängig. Während eine gerichtliche Erforschung der Mutterschaft zugelassen war, wurde jede Klage auf Anerkennung der Vaterschaft generell ausgeschlossen. Nach dem „berüchtigten“²⁰² Artikel 340 Code civil — ‚la recherche de la paternité est interdite‘ — war es der Willkür des außerehelichen Erzeugers anheimgegeben, ob er für das Kind aufkommen wollte oder nicht.

Zur Einschätzung von Savignys Beitrag zu diesem Gegenstand muß beachtet werden, daß die ‚bürgerliche‘ Familienordnung des 19. Jahrhunderts sich in keinem anderen Punkt so weit von den aufklärerischen Positionen des Landrechts entfernt hatte wie gerade im Nichteelichenrecht. Dies prägte die Diktion: Wo ein Akt praktischer Humanität zu erwarten gewesen wäre, glaubt man aus heutiger Betrachtung auf weite Strecken nur die vergrößernde Sprache pharisäischer Überheblichkeit vernehmen zu können. Die folgenden

¹⁹⁹ Cf. II. 2. § 619 s. ALR.

²⁰⁰ L. E. W. SCHMIDT: Das preußische Familienrecht, Leipzig 1843, p. 448 s.; cf. ferner: ADAM F. GETT: Theoretisch-praktische Ausführungen zur Lehre über die rechtlichen Verhältnisse bezüglich der außerehelichen Kinder, Nördlingen 1851, p. 117—132.

²⁰¹ ZACHARIAE/CROME, Handbuch III, p. 512—541.

²⁰² WEBER, Ehefrau, p. 325.

Bemerkungen *Savignys* sind eingebunden in diesen vorbezeichneten Kontext — wenn sie sich auch bisweilen noch positiv von den späteren Ausführungen zum Nichtehelichengesetz im preußischen Landtag abheben; ob nicht von *Savigny* eine neutralere Haltung zu erwarten gewesen wäre — vor allem im Hinblick auf seine programmatischen Äußerungen zum Eherecht —, ist eine andere Frage.

Savigny räumt in seiner Denkschrift²⁰³ ein, daß das ALR die Alimentationspflicht aus dem älteren gemeinen Recht (aut ducat aut dotet) übernommen habe — „Allein dennoch ist das Rechtssystem, welches das ALR auf diesen Grundlagen erbaut hat, in seinem Geiste und seinen Wirkungen wesentlich verschieden von dem des gemeinen Rechts“. Denn das gemeine Recht stand „in wesentlicher Verbindung mit dem Ernste der Kirche gegen Fleischesvergehen“, es unterwarf Ehebruch und Unzucht nicht nur der Strafbarkeit, sondern auch einem „durch alle Lebensverhältnisse sich hinziehenden Makel“, so daß die Alimentationspflicht nicht als „ein Privilegium der Unzucht und des Ehebruchs und als Reizmittel dazu“ erscheinen konnte. Mit diesem strengen Standpunkt hat das Landrecht gebrochen, die Bedeutung von Ehe und Ehelichkeit relativiert, um die Folgeerscheinungen außerehelicher Geburten zu beseitigen. Aus der mit einem „höchstmöglichen Grad von Öffentlichkeit“ betriebenen Auflösung der überkommenen Familiengemeinschaft „ist der jetzige Rechtszustand hervorgegangen, der die weibliche Geschlechtsehre und die guten Sitten überhaupt in den niederen Ständen untergräbt, Unzucht und Ehebruch privilegirt und zu einträglichen Gewerben für das weibliche Geschlecht erhebt und überall Prozesse der schamlosesten Art veranlaßt, in welchen falsche Zeugnisse und Meineide wuchern und durch welche selbst die Justiz in ihrem innersten sittlichen Kern leidet, indem sie durch Handhabung dieses Systems der Unzucht zu ihrem Lohn verhilft, ohne auch nur eine Rüge, geschweige denn eine Strafe auszusprechen“.

Nach dieser von *Savigny* mit ungewohnter Schärfe formulierten Auffassung hätte ein Ausschluß der Vaterschaftsklage im Sinne des französischen Vorbildes nahegelegen. *Savigny* läßt durchaus Sympathien für das dem ALR „entgegengesetzte System des code Napoléon“ erkennen. Er lehnt aber eine Übernahme ab; dabei wendet er sich weniger gegen das Prinzip als gegen das Gesetz. Seine Argumentation bleibt rein historisch: Der Boden des historisch Gewachsenen dürfe nicht durch einen plötzlichen Austausch der Rechtsgrundlagen — die im Falle des Code keine „anerkannte Auktorität“ darstellen — verlassen werden, vielmehr müsse man zu den älteren Grundsätzen des ge-

²⁰³ Cf. oben N. 195.

meinen Rechts, zur „Anerkennung der Heiligkeit der Ehe und Strafbarkeit des Ehebruchs und der Unzucht“ (was der Code verweigert hatte) zurückkehren. Für die zivilrechtliche Seite bedeutet dies, daß die Ansprüche der „Stuprata und der unehelichen Kinder von den übermäßigen Ausdehnungen befreit“ werden, „welche sie im Landrechte erhalten haben“.

Anschließend wendet sich *Savigny* der dogmatischen Bestimmung des Alimentationsanspruchs zu. In der gemeinrechtlichen Praxis war streitig gewesen, ob die Ansprüche von Mutter und Kind deliktischer Natur sind oder an eine auf der Tatsache außerehelicher Schwängerung beruhende gesetzliche Obligation anknüpfen²⁰⁴. *Savigny* stützt den Alimentationsanspruch auf die natürliche Sorgepflicht des Vaters, die Existenz eines Kindes sei nun einmal kein Schaden. Ein Ausfluß des verfehlten Delikts- und Strafcharakters zeige sich darin, daß das ALR in II. 2. §§ 619, 620 die Möglichkeit eröffnet, „unter mehreren Stupratoren einen als Vater beliebig auszuwählen und wenn dieser nicht zahlen kann, die übrigen, einen nach dem anderen in Anspruch zu nehmen“; es sei „die Pflicht, ein vielleicht fremdes Kind zu ernähren, eine viel zu harte Strafe“, die „wider alles Rechtsgefühl streitet“.

Da sich Zeugung und Vaterschaft mit einem Schleier von Unwägbarkeit umhüllen und man „zur Gewißheit der Vaterschaft nur in den allerseltensten Fällen zu gelangen“ vermag, „so kommt Alles auf deren Beweis an“. *Savigny* zeigt nun einen Weg aus dieser Beweisnot auf, dem die spätere Gesetzgebung unverändert gefolgt ist: Die gegen die Stuprata sprechenden Vermutungen werden zu anspruchausschließenden Einwendungen des materiellen Rechts umgestaltet; dazu gehört die (überlieferte) *exceptio plurium concumbentium* und der Einwand der Bescholtenheit der Mutter (als weiterer, von *Savigny* eingeführter Filter).

Die Beratungen über den der Denkschrift beigefügten Gesetzentwurf kamen 1848 zum Stillstand. Bei der erneuten Behandlung der Alimentationsfrage im preußischen Landtag in den Jahren 1853 und 1854 wurde *Savignys* Konzeption insbesondere von *Stahl* und *Gerlach* vertreten.

Dazu einige Blicke auf das Gesetzgebungsverfahren. Die Regierung legte Anfang Dezember 1853 dem Landtag einen Gesetzentwurf vor²⁰⁵, der den Ansprüchen des Kindes als einzige Einschränkung die Mehrverkehrseinrede

²⁰⁴ Cf. FÖRSTER, Th. u. Prax. III, p. 586 s.; ROBERT BUENGER: Zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht, Leipzig 1879, p. 72—82.

²⁰⁵ Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 29.10. 1853 einberufenen Kammern, Erste Kammer, III. Band Anlagen, Berlin 1854, N. 15, p. 57—62.

entgegensetzte (§ 12). Die Kommission der Ersten Kammer²⁰⁶ — des späteren Herrenhauses — nahm eine grundlegende Umgestaltung des Entwurfs vor: In Erwägung, daß „von unkeuschen Frauenspersonen nicht nur Verlockungen und Verführungen gegen das männliche Geschlecht“ ausgingen, sondern daß „auch eine Menge frivoler Prozesse angestellt und verfolgt“ würden, „in der Hoffnung, durch den damit verbundenen Skandal die in Anspruch genommenen Männer zu Opfern und Vergleichen zu nöthigen“, ferner daß „durch die Schwängerungs-Prozesse der Friede und das Glück vieler Familien untergraben werde und daß es gegen die guten Sitten verstoße, den Skandal zu gestatten, welcher mit der Verhandlung solcher Prozesse verbunden sei“, sollte — unter Rückgriff auf die „Rheinische Gesetzgebung“ (Artikel 340 Code civil) — mit Ausnahme weniger qualifizierter Sonderfälle „aus der außerehelichen Schwängerung kein Klagerecht gewährt“ werden. Bei den Beratungen der Ersten Kammer im Januar und Februar 1854²⁰⁷ fand der Kommissionsbericht bereitwillige Aufnahme. Gegen diese Tendenz wandte sich *Stahl* in einer Grundsatzrede²⁰⁸. *Stahl* wies darauf hin, daß die Regelung des Code nur den Sinn hatte, auf der Seite des Mannes den splendor familiae gegen kompromittierende Prozesse zu schützen, während „das Weib, das mit ihm nur in gleicher Schuld ist, und das unschuldige Kind zusehen mögen, was aus ihnen werde“. Soll die Gesetzgebung dem Sittenverfall entgegenwirken, so muß dies annähernd gleichgewichtig erfolgen: „Das Französische Recht ist streng gegen das eine Geschlecht; es ist aber viel laxer als unsere jetzige Gesetzgebung gegen das andere Geschlecht; es ist nicht die ganze Maßregel, sondern das Extrem nach der einen Seite.“ Die doppelbödige Moral des Code führt dahin, daß er dem „männlichen Geschlecht einen Freibrief ausstellt“, während er durch völlige Rechtsverweigerung einen „mechanischen Terrorismus gegen das Weib betreibt“. Trotz dieses Appells eines seiner Sozialverantwortlichkeit bewußten Konservativen schlug *Stahl* — und insoweit folgte er *Savignys* Vorstellungen — die Einführung des Bescholtenheitseinwandes als weitere Anspruchsbegrenzung vor — in dem Bewußtsein, daß nur so die Anerkennung des ‚französischen Prinzips‘ zu vermeiden war. Nach der von der Ersten Kammer beschlossenen Fassung wurden die Rechte der Mutter der zweifachen Schranke der Mehrverkehrseinrede und des Bescholtenheitseinwandes unterworfen und die Ansprüche des Kindes von dem Bestehen der Rechte der Mutter abhängig gemacht (§§ 9, 13)²⁰⁹. *Gerlach* ver-

²⁰⁶ I. c. p. 62—70.

²⁰⁷ Sten. Ber. I. Band (Berlin 1854) p. 39—52, 114—131, 134 s., 155.

²⁰⁸ I. c. p. 47—49.

²⁰⁹ Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verord-

teidigte als Berichterstatter der Kommission der Zweiten Kammer²¹⁰ (des späteren Abgeordnetenhauses) den revidierten Entwurf im Verlauf der Beratungen im März 1854²¹¹; seine Argumentation folgte in den Hauptpunkten der Denkschrift *Savignys*²¹². In der Sitzung vom 20. 3. 1854 wurde das Gesetz von der Zweiten Kammer nach geringfügigen Korrekturen beschlossen²¹³.

Während *Savigny* im Eherecht noch als Mittler gegenüber den protestantischen Konservativen aufgetreten war, hat er bei der Behandlung des Nichteelichenproblems den pejorativen Grundzug — wenn auch nicht initiiert, so doch — deutlich mitgetragen und die dogmatischen Bausteine für die ein Jahrzehnt nach seinem Revisionsplan verwirklichte Einschränkung des Nichteelichenrechts geliefert. An keiner anderen Stelle hat sich die Idee eines christlich-konservativen Familienverbandes als so aggressiv gegen Außenstehende erwiesen wie gerade in der Nichteelichenfrage: „Während das Landrecht gleichsam einen Feldzug für die gefallenen Frauenzimmer eröffnet, hat das gegenwärtige Gesetz einen Feldzug gegen dieselben eröffnet“²¹⁴. Das „Gesetz, betreffend die Abänderungen des Abschnitts 11 Titel 1 Theil II und des Abschnitts 9 Titel 2 Theil II des Allgemeinen Landrechts“²¹⁵ erging am 24. 4. 1854, „dem Jahre der schärfsten pietistisch-konservativen Reaktion in Preußen“²¹⁶.

nung vom 29. 10. 1853 einberufenen Kammern, Zweite Kammer, III. Band Anlagen, Berlin 1854, N. 79, p. 251—253.

²¹⁰ I. c. p. 253—257.

²¹¹ Sten. Ber. II. Band (Berlin 1854) p. 631—652.

²¹² Cf. I. c. p. 637 s.

²¹³ I. c. p. 652.

²¹⁴ So der Abgeordnete *Wentzel* in der Zweiten Kammer in der Sitzung vom 18. 3. 1854 (I. c. p. 632).

²¹⁵ Das Gesetz vom 24. 4. 1854 nahm eine drastische Kürzung der Abfindungsansprüche der Geschwängerten vor und vermehrte die Zahl der Ausschließungsgründe. Die wichtigste Einschränkung kam mit der Einführung der *exceptio plurium* und des rechtsvernichtenden Einwandes der Bescholtenheit (§ 9). Dies hatte vor allem gravierende Folgen für die eigenen Rechte des Kindes, da der Alimentationsanspruch seine rechtliche Selbständigkeit verlor und von der Wirksamkeit der Ansprüche der Mutter abhängig wurde (§ 13). Ferner wurden die Ansprüche des nichteelichen Kindes gegen die Eltern des Vaters aufgehoben (§ 20); ein Erbrecht bestand nur, wenn die Vaterschaft förmlich anerkannt war (§ 19). (PrGS 1854, p. 193—198) Das sächsische BGB vom 1. 3. 1865 nahm wieder die völlige Gegenposition ein: Die Mehrverkehrseinrede wurde ausgeschlossen, statt dessen hafteten mehrere „Beischläfer“ als Gesamtschuldner (§ 1872 BGB); cf. *EDUARD SIEBENHAAR*: Kommentar zu dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Kgr. Sachsen III, Leipzig 1865, p. 147.

²¹⁶ *WEBER*, Ehefrau, p. 341.