

URg 11/53

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

11/53

I. Gesetz: Art 79 Abs 3, Art 100 GrundG.

- Rechtssatz: 1. Eine Verfassungsnorm kann wegen eines Verstosses gegen übergeordnetes Verfassungsrecht nichtig sein. Dies gilt nicht nur bei einer Verletzung von Verfassungsprinzipien, denen ein Übergesetzlicher Rang zukommt, sondern auch bei einem Verstoss gegen Verfassungsbestimmungen, die der Verfassungsgesetzgeber selbst einer gesetzlichen Änderung entzogen hat.
2. Das allgemeine richterliche Prüfungsrecht erstreckt sich auch auf die Gültigkeit von Verfassungsnormen. Es fällt jedoch in die ausschliessliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts, die Nichtigkeit einer Verfassungsbestimmung festzustellen.

II. Gesetz: Art 20, 92 und 97 Abs 1 GrundG.

Rechtssatz: Der Grundsatz der Gewaltenteilung besagt nicht, dass jede Gewalt nur von dem Gewaltenträger ausgeübt werden darf, dem sie in erster Linie anvertraut ist. So ist die Rechtsetzung nicht ausschliesslich der gesetzgebenden Gewalt vorbehalten. Es verstösst insbesondere nicht gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, wenn sich richterlich erzeugtes und anerkanntes Gewohnheitsrecht als allgemein verbindliches objektives Recht bildet. Das Gewaltenteilungsprinzip ist jedoch verletzt, wenn der Verfassungsgesetzgeber dem Richter die unmittelbare Anwendung eines allgemein gehaltenen Verfassungssatzes ansinnt, der so vieldeutig und unbestimmt gefasst ist, dass er des greifbaren Rechtsgehaltes entbehrt. In diesem Fall würde seine Vollziehung dem Richter auferlegen, nicht etwa durch die bloße Entfaltung des Grundsatzes im Rahmen der vorhandenen Rechtsordnung das Recht zu finden, sondern Recht durch Willensakte nach reinen Zweckmässigkeitserwägungen zu erzeugen.

III. Gesetz: Art 1 Abs 3, Art 3 Abs 1 und 2, Art 117
Abs 1 GrundG.

Rechtssatz: Der Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter ist ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art 3 Abs 1 GrundG. Er bindet als unmittelbar geltendes Recht Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung. Art 117 Abs 1 GrundG schiebt nur die Außerkraftsetzung des Art 3 Abs 2 GrundG entgegenstehenden Rechtes, die bereits aus Art 1 Abs 3 GrundG folgt, bis zum Ablauf der Frist (31. März 1953) auf.

Aktenzeichen: VRG 11/53

Vorlage des

Beschluss des BGH vom 6. September 1953 OLG Frankfurt/Main

VRG 11/53Abschrift

11/53

Stellungnahme

des Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in der Vorlagesache des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 22. April 1953 in dem Verfahren betreffend den Erlaß einer einstweiligen Anordnung in dem Rechtsstreit I ■ / I ■ - 3 U 51/53 -

Durch den vorbezeichneten Beschluß hat das Oberlandesgericht Frankfurt in dem Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung den Rechtsstreit ausgesetzt, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darüber einzuholen, ob Art 117 Abs 1 GrundG insoweit nichtig sei, als er das bürgerliche Recht auf dem Gebiet von Ehe und Familie mit Ablauf des 31. März 1953 außer Kraft setzen sollte.

A. Sachverhalt:

Dem Vorlagebeschluß liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Ehe der Parteien ist vom Landgericht geschieden. Die Beklagte, die Berufung eingelegt hat, beantragt, dem Kläger die Zahlung eines Prozeßkostenvorschusses aufzuerlegen. Unstreitig ist der Kläger imstande, die Beklagte jedoch außerstande, den Kostenvorschuß aufzubringen.

Das Oberlandesgericht erachtet die Berufung für aussichtsreich. Nach Auffassung des Oberlandesgerichts kann jedoch als Rechtsgrundlage für die Prozeßkostenvorschußpflicht des Ehemannes nur § 1387 BGB in Betracht kommen, eine Bestimmung, die voraussetzt, daß die Ehegatten in dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung leben. Diesen Güterstand hält das Oberlandesgericht für unvereinbar mit Art 3 Abs 2 GrundG.



der lautet: "Männer und Frauen sind gleichberechtigt". Das Oberlandesgericht würde deshalb eine Vorschußpflicht des Ehemannes verneinen, wenn gemäß Art 117 Abs 1 GrundG auch das bürgerliche Recht auf dem Gebiete der Ehe und Familie, soweit es Art 3 GrundG entgegensteht, mit Ablauf des 31. März 1953 außer Kraft gesetzt wäre. Art 117 Abs 1 GrundG lautet: "Das dem Art 3 Abs 2 entgegenstehende Recht bleibt bis zur Anpassung an diese Bestimmung des Grundgesetzes in Kraft, jedoch nicht länger als bis zum 31.3.1953."

Das Oberlandesgericht vertritt den Standpunkt, Art 117 Abs 1 GrundG sei nichtig, soweit er das Ehe- und Familienrecht bereits vor Erlass eines Anpassungsgesetzes außer Kraft setzen sollte. Hierdurch werde ein Rechtschaos herbeigeführt und der Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt, so daß ein Verstoß gegen übergeordnete Verfassungsnormen angenommen werden müsse. Das Oberlandesgericht sieht sich an einer Entscheidung in der Sache selbst gehindert, solange nicht eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser verfassungsrechtlichen Vorfrage vorliegt. Das Oberlandesgericht folgert das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts, über die Nichtigkeit der Fristsetzung in Art 117 Abs 1 GrundG zu befinden, aus Art 100 Abs 1 GrundG.

B. Zulässigkeit des Vorlagebeschlusses:

I.

Entscheidungserheblichkeit der Fragestellung:

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat im Gegensatz zu vielen ausländischen Gesetzen ¹⁾ die Kostenvorschußpflicht des Ehe-

¹⁾ Vgl. M. Wolff: Intern. Privatrecht Deutschlands S 45, 48, 52, 169, 173 - für die Schweiz Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl § 114 Abs 1

mannes nicht an die Unterhaltspflicht, sondern an den gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutzniessung geknüpft. Die überwiegende Praxis der Gerichte hat dementsprechend nach dem bisherigen Rechtszustand die Vorschußpflicht des Mannes im Rahmen des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung bejaht, dagegen im Falle der Gütertrennung abgelehnt. Diese Praxis mochte sachlich gerechtfertigt sein, solange das Nutzungsrecht des Mannes an dem eingebrachten Gut der Frau im Regelfall einen realisierbaren wirtschaftlichen Wert darstellte und andererseits bei Gütertrennung - die zumeist nur vereinbart wurde, wenn Frauenvermögen vorhanden war - die Frau tatsächlich über eigene Mittel verfügte. Nachdem aber die wirtschaftliche Entwicklung seit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches dahin geführt hat, daß das Nutzungsrecht des Mannes in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle einen rein fiktiven Wert darstellt, weil nur noch in seltenen Fällen ertragbringendes Frauengut vorhanden ist, andererseits durch Inflation, Kriegs- und Nachkriegsfolgen Frauenvermögen, das die Vereinbarung einer Gütertrennung veranlasste, zumeist in Verlust geraten ist, entbehrt es seit langem der inneren Rechtfertigung, die Kostenvorschußpflicht von dem jeweiligen ehelichen Güterstand abhängig zu machen. Die nach dem bisherigen Rechtszustand herrschende Praxis führte zu dem der Billigkeit nicht entsprechenden Ergebnis, daß die mittellose Ehefrau eines Millionärs, die in Gütertrennung lebte, in Ehestreitsachen auf die Bewilligung des Armenrechts angewiesen war, während andererseits dem Ehemann, der in dem gesetzlichen Güterstand der Nutzverwaltung lebte, auch dann eine Vorschußpflicht auferlegt wurde, wenn sein Recht zur Nutzung des Frauenvermögens rein abstrakter Natur war, weil ihm - wie dies nach der heutigen Lebenswirklichkeit geradezu als Regelfall anzusprechen ist - nutzbares Frauenvermögen nicht zur

Verfügung stand¹⁾). Ganz unabhängig von der Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter hat deshalb diese Gerichtspraxis bereits lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes berechtigte Kritik gefunden²⁾). Eine verbreitete Meinung erblickte nicht in § 1387 BGB, sondern in § 627 ZPO die sachlich-rechtliche Grundlage für die Vorschußpflicht³⁾). Gegen diese Auffassung wird mit Recht geltend gemacht, daß ihr die Eingliederung des § 627 ZPO in das Verfahrensrecht sowie die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift entgegensteht⁴⁾).

Nachdem sich die Gerichte seit dem 1. April 1953 überwiegend auf den Standpunkt gestellt haben, der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung sei durch die Gütertrennung ersetzt worden, ist der Weg frei geworden für die Auffassung, daß die Kostenvorschußpflicht nicht von dem jeweiligen Güterstand abhängt, sondern aus der aus der ehelichen Lebensgemeinschaft entspringenden Fürsorgepflicht, auf der auch die Unterhaltspflicht beruht, abzuleiten sei. Ist Frauenvermögen nicht vorhanden und widmet sich die Frau unter Verzicht auf eigene Verdienstmöglichkeiten dem häuslichen Wirkungskreis, so folgt aus allgemein eherechtlichen Erwägungen, daß der zahlungsfähige Ehemann verpflichtet ist, einen Teil seines Vermögens oder Einkommens für die Kosten der Frau in einem Eherechtsstreit zur Verfügung zu stellen, ohne daß es darauf ankommen kann, in welchem Güterstand die

¹⁾ Vgl. RGZ 47, 72; RGKomm § 1387 Anm 6 a.

²⁾ Staudinger BGB Anm 3 zu § 1387; Seuffert ZPO 11. Aufl § 91 Anm 6; Seuffert-Walzmann ZPO 12. Aufl § 91 Anm 6 a..

³⁾ So Stein-Jonas-Schönke ZPO § 627 III 5; Schönke Zivilprozeßrecht § 95 II 3 c; Sydow-Busch 22. Aufl S 828; Scynzoni DRW 40, 711; Krön DR 42, 68; Cranz JR 49, 355; OLG Freiburg 46, 61; OLG Tübingen JR 50, 282; OLG Freiburg NJW 53, 905; OLG Frankfurt in NJW 1953, 1105.

⁴⁾ So u.a. Breetzke NJW 53, 614 u. die dortigen Schrifttumsnachweise; Reinicke NJW 53, 684; OLG Celle NJW 53, 828.

11/53

Ehegatten leben¹⁾). Von dieser Rechtsauffassung aus wäre die Fragestellung des OLG Frankfurt nicht entscheidungserheblich, weil auch bei Gütertrennung die Vorschußpflicht des zahlungsfähigen Klägers gegenüber der mittellosen Beklagten zu bejahen wäre.

Für die Zulässigkeit einer Vorlage nach Art 100 Abs 1 GrundG genügt es jedoch, daß vom Rechtsstandpunkt des vorlegenden Gerichts aus die Entscheidung des bei ihm anhängenden Verfahrens von der Gültigkeit der von ihm für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsnorm abhängt und diese Rechtsauffassung vertretbar ist²⁾). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Da das Oberlandesgericht Frankfurt in Übereinstimmung mit zahlreichen anderen Gerichten und in eingehender Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung davon ausgeht, daß eine Kostenvorschußpflicht des Klägers nur begründet sei, wenn die Parteien im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung leben³⁾ und es diesen Güterstand mit Art 3 Abs 2 GrundG für unvereinbar hält, hängt seine Entscheidung von der Frage ab, ob durch Art 117 Abs 1 GrundG mit Ablauf des 31. März 1953 die dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Geschlechter entgegenstehenden Vorschriften auf dem Gebiet des Familien- und Eherechts außer Kraft getreten sind, obwohl Anpassungsvorschriften noch nicht ergangen sind.

) So unter zusätzlichem Hinweis auf gesellschaftsrechtliche Grundsätze OLG Düsseldorf in NJW 53, 828; OLG Köln und OLG Stuttgart NJW 53, 906; OLG Hamm NJW 1953, 904; ähnlich mit einer Ableitung der Vorschußpflicht aus der Unterhaltspflicht OLG Celle ebenda; OLG Bamberg NJW 53, 903; OLG München NJW 53, 906; vgl auch OLG Celle in NJW 53, 986.

BVG v. 18.3.1953 - I BvL 11/51 in NJW 1953, 657; BVerfGE 2, 181. So auch u.a. OLG Karlsruhe NJW 53, 908; OLG Hamburg NJW 53, 909.

Richterliches Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen.

Die Frage, ob "verfassungswidrige Verfassungsnormen" denkbar sind und sich das richterliche Prüfungsrecht auch auf die Gültigkeit von Verfassungsnormen erstreckt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten¹⁾. In Übereinstimmung mit dem viel erörterten Urteil des Bayerischen VGH vom 24. April 1950²⁾ wird heute überwiegend angenommen, daß dem Richter die Nachprüfung, ob Verfassungsnormen mit höherrangigen Normen der Verfassung oder des übergesetzlichen Rechts vereinbar sind, grundsätzlich offen stehen müsse³⁾.

Der Bayerische Verfassungsgerichtshof führt hierzu in dem vorgenannten Urteil aus: "Daß eine Verfassungsbestimmung nichtig ist, ist nicht schon um deswillen begrifflich ausgeschlossen, weil sie selbst ein Bestandteil der Verfassung ist. Es gibt Verfassungssätze, die so elementar und so sehr Ausdruck eines der Verfassung vorausliegenden Rechtes sind, daß sie den Verfassungsgesetzgeber selbst binden und daß andere Verfassungsbestimmungen, denen dieser Rang nicht zukommt, wegen eines Verstosses gegen sie, nichtig sein können". Diesen Ausführungen ist beizutreten. Es gibt Verfassungsnormen, die ohne weiteres übergesetzlichen, ja überverfassungsmässigen Rang haben und die die Verfassung in diesem ihrem Rang nicht schafft, sondern nur anerkennt. So ist etwa

- 1) Vgl die Übersicht über die verschiedenen Meinungen bei Bachof in "Verfassungswidrige Verfassungsnormen" in Recht und Staat Nr 163/1 S 11 ff sowie in NJW 52, 242.
- 2) DÖV 50/407 = VerwRechtspr II Nr 65; vgl auch das Urteil des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes vom 14.3.1951 VGHE Bd 4 II 51, 59; VGHE Bd 3 II 28 ff, 47 ff.
- 3) So u.a. Bachof aaO; Hans J. Wolff in DVB 52, 31; Mallmann DRZ 1950 412; H. Krüger in NJW 53, 964; Holtkotten in Bonner Kommentar zum GrundG Art 100 Anm II 5 c; aus dem älteren Schrifttum vgl W. Jellin "Grenzen der Verfassungsgesetzgebung" 1931. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil v. 23.X.1951 (NJW 1951, 877 = DÖV 52, 5) zu der Frage der richterlichen Prüfungszuständigkeit gegenüber Verfassungsnormen nicht Stellung genommen, sich aber grundsätzlich zu der Anerkennung überpositiven Rechts bekannt.

das Verhältnis des Bonner Grundgesetzes zu den elementaren Grundrechten einschließlich des allgemeinen Gleichheitssatzes. Außerdem gibt es grundlegende Verfassungsprinzipien, die zwar nicht alle übergesetzlichen Rang haben mögen, die aber der Verfassungsgesetzgeber selbst kraft seiner Befugnis, positives Recht zu setzen, jeder Änderung durch den Gesetzgeber, auch den Verfassungsgesetzgeber, entzogen hat. So ist das Bonner Grundgesetz etwa in seinem Art 79 Abs 3 verfahren. Gegen beide Arten höherrangigen Verfassungsrechtes kann eine gewöhnliche Verfassungsnorm verstoßen und deswegen nichtig sein.

Der Gegenmeinung, die vor allem von Apelt vertreten wird¹⁾, kann schon in ihrem Ausgangspunkt nicht gefolgt werden, wonach der Verfassungsgesetzgeber bei der Aufstellung des "Wertsystems" der Verfassung "autonom" sein soll. Von diesem Rechtsstandpunkt aus, der die Existenz eines den Verfassungsgesetzgeber bindenden übergesetzlichen Rechts leugnet, würde auch eine Verfassung, der es nur darum geht, durch geschriebene Normen eine Willkür- und Gewaltherrschaft zu legalisieren, rechtmäßig und damit für den Richter bindend sein. Mit Recht weist Bachof darauf hin, daß ein derartiges Ergebnis für das deutsche Rechtsbewußtsein mit seiner noch frischen Erinnerung an "gesetzliches Unrecht" untragbar wäre²⁾. Aber auch dem weiteren Argument von Apelt, die Nachprüfung von Verfassungsnormen durch den Richter laufe darauf hinaus, daß der Richter unter Verletzung des Grundsatzes der Gewaltenteilung das Amt des Verfassungsgesetzgebers an sich ziehe, liegt in Wahrheit die streng rechtspositivistische Vorstellung zugrunde, Recht sei auch eine vom Verfassungsgesetzgeber gesetzte Norm, die im krassen Widerspruch zu übergesetzlichen Normen und zu den Grundprinzipien des Rechtsstaates steht. Dieser Gleichsetzung von Gesetz und Recht kann, wie

1) "Die Gesetzgebungstechnik" München 1950 sowie in NJW 52, 1 ff und 733 ff.

2) Bachof in NJW 52, 243.

bereits dargelegt, nicht gefolgt werden, weil die verfassungsmässige Ordnung eines Rechtsstaates die Bindung auch des Verfassungsgesetzgebers an die unabdingbaren Gebote der Gerechtigkeit voraussetzt. Das Bonner Grundgesetz geht selbst von dieser Rechtsauffassung aus, wie sich aus seinen Art 1 Abs 2 und 3, 19 Abs 2, 20, 28, 79 Abs 3 ergibt. Der Richter, der positive Verfassungsnormen als unvereinbar mit einer übergeordneten Rechtsnorm erklärt, übt somit nicht verfassungsgebende, sondern ausschließlich rechtssprechende Gewalt aus, indem er die Verfassung auf ihren nach einem höherrangigen Verfassungsgesetz oder dem übergesetzlichen Recht allein zulässigen Inhalt zurückführt.

III.

Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts.

Ist hiernach das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Verfassungsnormen grundsätzlich zu bejahen, so bleibt zu erörtern, ob die Gerichte einer geschriebenen Verfassungsnorm, die sie für unvereinbar mit übergeordnetem Verfassungsrecht halten, aus eigener Zuständigkeit die Anwendung versagen dürfen oder ob sich das negative Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts auch auf diese Frage erstreckt. Der reine Wortlaut des Art 100 GrundG läßt keinen zwingenden Rückschluß auf eine ausschließliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts zu, über die Nichtigkeit von Verfassungsnormen zu entscheiden, weil er nur von einem Verstoß eines Bundesgesetzes gegen das Grundgesetz ausgeht. Das Bundesverfassungsgericht kann aber seiner Aufgabe, "Hüter" des Grundgesetzes zu sein, nur gerecht werden, wenn bei ihm auch die Zuständigkeit zusammengefaßt wird, die Gültigkeit geschriebener Grundrechtsnormen nach den Maßstäben übergeordneten Verfassungsrechts mit verbindlicher Wirkung für

alle Gerichte zu verneinen. Die Rechtssicherheit gebietet es, auch diese negative Entscheidungsgewalt bei dem Bundesverfassungsgericht zu konzentrieren. Es würde dem mit Art 100 GrundG verfolgten Zweck widersprechen, den Prozeßgerichten die Entscheidung über die Unvereinbarkeit eines einfachen Gesetzes mit einer Verfassungsnorm zu entziehen, ihnen aber die Feststellung der Ungültigkeit von Verfassungsnormen wegen eines Widerspruchs mit ranghöheren Verfassungsnormen zu belassen¹⁾).

Das vorliegende Oberlandesgericht, das eine Grundgesetznorm wegen eines Verstoßes gegen höherrangiges Verfassungsrecht für nichtig erachtet, hat deshalb zu Recht die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts angenommen.

C. Sachprüfung:

I.

Entstehungsgeschichte des Art 3 Abs 2 GrundG in Verbindung mit Art 117 Abs 1 GrundG.

Die WeimRVerf bestimmte in Art 109: "Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten." Diese Gleichberechtigung erstreckte sich somit nur auf den Kreis der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten und galt auch insoweit nicht unbeschränkt, sondern nur "grundsätzlich"²⁾. Art 128 WeimRVerf eröffnete den Frauen den Weg zu

1) So auch Bachof; Verfassungswidrige Verfassungsnorm aaO S 49 ff, der das Entscheidungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts aus dem Wortlaut des Art 100 GrundG glaubt ableiten zu können, weil er in den Begriff "Grundgesetz" auch das überpositive Recht einbezieht (vgl S 77); so auch Mallmann, DRZ 1950, 412; dagegen Holtkotten, Bonner Komm Art 100 GrundG Bem II 5 c, der jedoch im Ergebnis gleichfalls die ausschließliche Entscheidungszuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts bejaht; und zwar aus einem Schluß minore ad maius; A.Mg. LG Lübeck NJW 1953, 906.

2) Vgl Anschütz Anm V 3 zu Art 109 WeimRVerf.

öffentlichen Ämtern und beseitigte alle Ausnahmebestimmungen gegen weibliche Beamte. Art 119 Abs 1 WeimRVerf lautete: "Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung beider Geschlechter." Diese Bestimmung enthielt nach herrschender Auffassung nur eine Anweisung an den Gesetzgeber, die Gleichberechtigung der Geschlechter auf dem Gebiet des Familienrechtes zu verwirklichen¹⁾. Der Programmsatz, wonach die Ehe auf der Gleichberechtigung der Geschlechter beruhen soll, hat bereits unter der Herrschaft der WeimRVerf zu umfangreichen Vorarbeiten für eine Reform des Ehe- und Familienrechts geführt. Der Gesetzgeber hat aber nicht entsprechend der ihm von der Verfassung gegebenen Richtlinie in die bestehende gesetzliche Regelung eingegriffen, obwohl schon damals die Meinung vertreten wurde, daß die einschlägigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches - die teilweise auf Vorarbeiten beruhen, die bis 1873 zurückgehen²⁾ - vor allem auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechts der sozialen Wirklichkeit nicht mehr gerecht werden und erneuerungsbedürftig seien³⁾.

- 1) So Anschütz Anm 2 zu Art 119; Giese Art 119 Nr 2 u.a. - anderer Meinung Kröger DJZ 27, 601 ff.
- 2) Schon bei den Beratungen des Eherechts des BGB wurde beantragt, d Bestimmung aufzunehmen: "In allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten sind beide Ehegatten gleichberechtigt." Vgl Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB Bd IV S 1187 ff.
- 3) Vgl insbesondere die Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentage 1924 Heidelberg, Referate: Kipp, Wieruszowski, Munk, Berlin 1925 und des 36. Deutschen Juristentages 1931 Lübeck; Referate: Rebste Metzger-Dronke, Weber, Berlin 1932; Boehmer: Arbeitsbericht des Ausschusses für eheliches Güterrecht, Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht 1939/40 S 62 ff und "Zur Neuordnung der privaten Formen des Familienunterhaltes" ZAKDR 1941, S 63 ff. Die neuen Entwürfe zum Familienrechtsänderungsgesetz bauen weitgehend auf diesen Vorarbeiten auf. Über die geschichtliche Entwicklung d Forderung nach Gleichberechtigung vgl die im Auftrag des Bundesjustizministeriums ausgearbeitete Denkschrift von Frau OLGR Hagen über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau erforderlichen Gesetzesänderungen Teil I S 7.

Bei den Beratungen zum Bonner Grundgesetz waren sich die Mitglieder des Parlamentarischen Rates einig darüber, daß ein verbindlicher Verfassungssatz über die Gleichberechtigung der Geschlechter auf allen Rechtsgebieten aufgenommen werden müsse¹⁾. Einigkeit bestand auch darüber, daß diese Verfassungsbestimmung als echte Grundrechtsnorm unter dem Schutz des Art 1 Abs 3 GrundG stehen müsse, der besagt: "Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht". Die von der CDU/CSU in der zweiten Lesung des Hauptausschusses vorgeschlagene Fassung "Männer und Frauen haben die gleichen Rechte und die gleichen Pflichten, die Gesetzgebung hat dies auf allen Lebensgebieten zu verwirklichen" wurde u.a. mit der Begründung abgelehnt, daß der Gleichberechtigungsgrundsatz schon vom Inkrafttreten der Verfassung ab zwingendes, bindendes Recht sein müsse²⁾.

Wie die Vorarbeiten zum Grundgesetz aufzeigen, ist sich der Parlamentarische Rat der Schwierigkeiten, die bei einer Außerkraftsetzung des entgegenstehenden Rechtes vor einer gesetzlichen Neuregelung auftreten konnten, durchaus bewußt gewesen³⁾. Zur Wahrung der Rechtssicherheit erschien es ihm daher geboten, die unmittelbare Geltung des Art 3 Abs 2 GrundG bis spätestens 31.3.1953 zu suspendieren, soweit positive Gesetzesvorschriften diesem Grundrecht entgegenstehen. Durch diese Befristung sollte dem Gesetzgeber Gelegenheit gegeben werden, die entgegenstehenden Gesetze dem Art 3 Abs 2 GrundG

Vgl Dr. Strauß in der 42. Sitzung des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates vom 18.1.1949. In derselben Sitzung wurde Art 3 Abs 2 GrundG in der vorliegenden Fassung einstimmig angenommen.

Vgl 42. Sitzung des Hauptausschusses, Kurzprotokoll S 10.

Vgl Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge, Band 1, 1951 "Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes".

anzupassen. Der Antrag, von einer Frist für die Aufrechterhaltung der Art 3 Abs 2 GrundG entgegenstehenden Bestimmungen abzusehen, weil nicht sicher sei, bis zu welchem Zeitpunkt eine gesetzliche Neuregelung erfolgen könne, und lediglich dem Gesetzgeber eine bis zum 31.3.1953 zu erfüllende Verpflichtung zur Anpassung dieser Vorschriften aufzuerlegen, wurde ausdrücklich abgelehnt. Der Abgeordnete Z. [REDACTED] erklärte zu diesem Antrag (Prot S 487, 488):

"Die Normierung einer derartigen Verpflichtung ist graue Theorie. Sie können den Gesetzgeber nicht zur Erfüllung dieser Verpflichtungen zwingen. Der einzige Zwang, den sie ausüben können, besteht darin, daß sie vorschreiben, daß zu einem bestimmten Zeitpunkt entgegenstehendes Recht außer Kraft tritt. Dann bleibt dem Gesetzgeber gar nichts anderes übrig, als rechtzeitig an die Reform des bürgerlichen Rechts heranzugehen. Wenn sie es schon mit der Vorschrift der Grundrechte ernst meinen, die die Gleichstellung der Frau festlegt, dann müssen sie auch auf die von mir angeregte Art einen Zwang auf den Gesetzgeber ausüben. Alles andere ist nichts weiter als Deklaration."

Aus diesem Gang der Beratungen ergibt sich, daß die Mitglieder des Parlamentarischen Rates zwar gehofft haben, das Anpassungsgesetz werde vor Ablauf der vorgesehenen Frist von nahezu 4 Jahren vorliegen, andererseits aber auch für den Fall, daß sich diese Hoffnung als trügerisch erweisen sollte, die Außerkraftsetzung des entgegenstehenden Rechtes innerhalb einer bestimmten Frist festlegen wollten¹⁾. Das vorlegende Oberlandesgericht geht deshalb zu Recht davon aus, daß der durch die Fristsetzung beabsichtigte Zwang auf den Gesetzgeber ernsthaft gewollt war und daß der Verfassungsgesetzgeber trotz der Bedenken, die gegen eine Außerkraftsetzung von entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften beim Ausbleiben einer

1) So auch Reinicke NJW 53, 681 gegen Landgericht Gießen NJW 53, 666, wonach sich Art 117 Abs 1 GrundG nur an den Gesetzgeber wenden soll. Vgl. auch Patschke, Betriebsberater 1953 S 402 ff und 490 ff, der hervorhebt, daß der Abgeordnete E. [REDACTED] darauf bestand, daß in das Protokoll aufgenommen werde, das Anpassungsgesetz könne wahrscheinlich innerhalb der Frist nicht ergehen. Jahrbuch des öffentlichen Rechts aaO S 828.

rechtzeitigen gesetzlichen Neuregelung sprachen, die Fristsetzung bewußt einem Rechtszustand vorgezogen hat, der praktisch die Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes, soweit ihm positive Vorschriften entgegenstehen, in das Ermessen des einfachen Gesetzgebers gestellt hätte. Es kann deshalb weder nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 117 Abs 1 noch nach den Berichten über die Beratungen des Parlamentarischen Rates in Zweifel gezogen werden, daß es der Wille des Verfassungsgesetzgebers war, die dem Art 3 Abs 2 GrundG entgegenstehenden Bestimmungen sollten mit Ablauf der Frist auch dann außer Kraft treten, wenn der einfache Gesetzgeber den Wunsch des Verfassungsgesetzgebers, bis zu diesem Zeitpunkt eine gesetzliche Neuregelung nach dem Maßstab des Art 3 Abs 2 vorzunehmen, nicht erfüllen würde, wobei jedoch möglicherweise mit einer Verlängerung der Frist des Art 117 Abs 1 für den Fall gerechnet wurde, daß trotz redlichen Bemühens nicht rechtzeitig ein Anpassungsgesetz zustande kommen sollte.

II.

Die Rechtsnatur des Art 3 Abs 2 und Art 117 Abs 1 GrundG nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers.

Die Gleichberechtigung der Geschlechter ist in den Grundrechtskatalog der Verfassung aufgenommen worden. Bei dem Aufbau des Grundrechtsteils wollte der Grundgesetzgeber bewußt von der Ausgestaltung der Grundrechte in der WeimRVerf abweichen. Während in der WeimRVerf Grundrechtsbestimmungen mit unmittelbarer Rechtswirksamkeit mit solchen Grundrechtsnormen wechselten, die bloße Richtlinien für die künftige Gesetzgebung enthielten, hat das Bonner Grundgesetz durch Abs 3 des Art 1 GrundG festgelegt, daß die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung binden¹). Hierdurch sollte die Möglichkeit

Vgl hierzu das Kurzprotokoll der dritten Sitzung des Ausschusses für Grundsatzfragen vom 21. September 1948 sowie Mangoldt, Komm zum GrundG S 34 ff "Die Grundrechte"; Wernicke, Bonner Komm Art 1 GrundG Anm 4.

eines Leerlaufs der Grundrechte, wie er unter der Herrschaft der WeimRVVerf lebhaft kritisiert worden war, ausgeschaltet werden. Zur weiteren Sicherung der Grundrechte wurden Eingriffe durch eine konkretere Fassung der Ermächtigungen eingeschränkt. Art 19 GrundG schließt einen Einzeleingriff auch in Grundrechte, die unter Gesetzesvorbehalt stehen, aus. Keinesfalls darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden (Art 19 Abs 2 GrundG).

Nicht nur aus der Eingliederung des Art 3 Abs 2 in dem Grundrechtsteil der Verfassung, sondern auch aus dem Gang der Beratungen des Parlamentarischen Rates ergibt sich, daß der Verfassungsgesetzgeber den Gleichberechtigungsgrundsatz unter die vollen Verfassungsgarantien eines echten Grundrechts stellen wollte¹⁾. Dementsprechend war die übereinstimmende Auffassung bei den Beratungen zu Art 117 Abs 1 GrundG, daß ohne diese Bestimmung das gesamte entgegenstehende Recht mit dem Tage des Inkrafttretens des Grundgesetzes als verfassungswidrig seine Geltung verlieren würde. Dies war auch - soweit ersichtlich - vor Ablauf der in Art 117 Abs 1 GrundG gesetzten Frist die einhellig im Schrifttum vertretene Auffassung²⁾. Hieraus wurde die weitere Folgerung gezogen, daß der Gesetzgeber bereits seit Inkrafttreten des Grundgesetzes gehalten sei, Art 3 Abs 2 bei der Rechtsetzung zu beachten, so wie die rechtsanwendenden Gewalten verpflichtet seien, Vorschriften, die einer entsprechenden Auslegung zugänglich sind oder einen Ermessensspielraum gewähren, nach diesem Grundsatz zu handhaben³⁾.

1) Stenogr. Bericht der 42. Sitzung des Hauptausschusses S 520 ff; vgl. auch Stenogr. Bericht der 17. Sitzung S 205 ff.

2) Vgl. ua. Wernicke Komm Art 3 Anm II 2 b; Mangoldt, Art 3 Anm 4; Koellreuter, Deutsches Staatsrecht 1952, § 4.

3) Wernicke, Bonner Komm Art 3 Anm II 2 b.

Art 117 Abs 1 GrundG ist nicht nur nach seiner äußeren Eingliederung in das Grundgesetz, sondern auch seinem Inhalt nach eine Übergangsnorm. Art 117 Abs 1 GrundG sollte nicht - wie das Oberlandesgericht Frankfurt anzunehmen scheint - gesetzliche Bestimmungen außer Kraft setzen, sondern die Ausserkraftsetzung entgegenstehenden Rechtes, die in Art 1 Abs 3 GrundG festgelegt ist, bis zum 31.3.1953 suspendieren¹⁾. Die ersatzlose Streichung von Art 117 Abs 1 würde nur den rückwirkenden Wegfall dieser Sperrfrist für die Ausserkraftsetzung zur Folge haben. Durch eine Nichtigkeitserklärung von Art 117 Abs 1 GrundG wäre deshalb das von dem Oberlandesgericht Frankfurt angestrebte Ergebnis - unveränderte Weitergeltung des Familien- und Eherechtes bis zum Erlass eines Anpassungsgesetzes - nicht zu erreichen, wenn Art 3 Abs 2 entsprechend dem Willen des Verfassungsgesetzgebers der Charakter eines unmittelbar geltenden, allgemein verbindlichen Grundrechts zuzusprechen wäre. Unter dieser Voraussetzung wäre die Weitergeltung von entgegenstehenden Gesetzesbestimmungen nur sichergestellt, wenn die Nichtigkeitserklärung auf den die Fristsetzung enthaltenden letzten Halbsatz des Art 117 Abs 1 GrundG beschränkt würde, unter Aufrechterhaltung der Bestimmung, daß entgegenstehendes Recht bis zum Erlass eines Anpassungsgesetzes in Kraft bleibt²⁾. So ist ersichtlich auch der Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichtes gemeint. Dies verdeutlicht aber auch, daß es nicht nur um die Abänderung einer

Die Auffassung von Schneider NJW 1953, 889, wonach die Aufhebung von Rechtsvorschriften entweder nur mittelbar durch negative Emuneration oder unmittelbar durch negative Generalklauseln mit positiver Emuneration erfolgen könne, steht in Widerspruch zu der herrschenden Lehre, wonach Grundrechtsnormen automatisch entgegenstehendes Recht außer Kraft setzen (vgl. H. Krüger, NJW 1953, 964).

Die Fragestellung, ob die Fristsetzung in Art 117 Abs 1 GrundG nichtig sei, ist nur sinnvoll, wenn davon ausgegangen wird, daß Art 3 Abs 2 GrundG einen justitiablen Rechtsbegriff enthält. Denn wird der Begriff der Gleichberechtigung ohne erläuternde Einzelnormen als unvollziehbar angesehen, so entbehrt Art 117 Abs 1 GrundG jeder Wirksamkeit, weil dann "entgegenstehendes Recht" nicht denkbar ist (so LG Gießen, NJW 1953, 666 in konsequenter Durchführung seiner Ansicht, daß Art 3 Abs 2 GrundG nur einen politischen, nicht einen Rechtsbegriff enthalte).

überwiegend "technischen" Übergangsvorschrift des Grundgesetzes geht, sondern daß insofern ein Eingriff in das Grundrecht der Gleichberechtigung in Frage steht, als dieses Grundrecht nun bis zum Erlaß eines Anpassungsgesetzes in seiner Wirkung gehemmt würde.

III.

Prüfung. unter welchen Voraussetzungen ein Verstoß gegen höherrangige Verfassungsgrundsätze durch die Außerkraftsetzung des Art 3 Abs 2 GrundG entgegenstehenden Rechtes gegeben sein könnte.

Das Oberlandesgericht Frankfurt glaubt, der Fristsetzung in Art 117 Abs 1 GrundG wegen eines zweifachen Verstoßes gegen Verfassungsrecht höherer Ordnung die verbindliche Kraft absprechen zu müssen. Es erblickt, wenn man seine und die der übrigen vorlegenden Gerichte Begründung sinngemäß zusammenfaßt, in der Fristsetzung einmal einen Verstoß gegen die verfassungsmäßig gewährleistete Gewaltenteilung, weil sie die zur Verwirklichung des Gleichberechtigungsgrundsatzes erforderliche umfassende Rechtsetzung beim Ausbleiben von Anpassungsvorschriften unzulässigerweise der Rechtsprechung aufbürde, zum anderen eine Verletzung des rechtsstaatlichen Prinzips der Rechtssicherheit, weil der allgemeine Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau so unbestimmt und in seinem grundsätzlichen Gehalt so umstritten sei, und weil die Bildung von richterlichem Gewohnheitsrecht in Deutschland allgemein und vor allem in Bezug auf diesen Grundsatz so erschwert sei, daß auf dem weiten und ungewein wichtigen Rechtsgebiet der Beziehungen von Mann und Frau nicht nur im Ehe- und Familienrecht, sondern quer durch das ganze Recht hindurch in absehbarer Zeit feste und einigermaßen berechenbare Rechtsnormen sich nicht würden

bilden können, daß also dieses Gebiet entgegen dem elementaren rechtsstaatlichen Grundsatz von der notwendigen Herrschaft des Rechtes weitgehend ohne faßbare rechtliche Regelung bleiben würde.

1) Der Grundsatz der Gewaltenteilung.

Die von Montesquieu in seinem L'Esprit des Lois theoretisch begründete Gewaltenteilungstheorie, die sich gegen die Machtkonzentration im absoluten Fürstenstaat richtete, wollte durch die Dreiteilung der Gewalten in erster Linie die Freiheitssphäre des Einzelnen sichern. Dieser Schutz der individuellen Freiheitssphäre sollte durch die gegenseitige Hemmung und Kontrolle der voneinander unabhängigen Gewalten erreicht werden.

Die Gewaltenteilung ist im Grundgesetz in Art 20, Art 92 und Art 97 Abs 1 verankert¹⁾. Danach wird die Staatsgewalt von besonderen Organen der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art 20 Abs 2). Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden (Art 20 Abs 3). Die Rechtsprechung ist unabhängig, nur dem Gesetz unterworfenen Richtern anvertraut (Art 92, 97 Abs 1).

Hierdurch wird das System der Gewaltenteilung in doppelter Weise festgelegt. Es wird einmal die einheitliche, vom Volk ausgehende Staatsgewalt in drei Funktionen - die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt - unterschieden (Gewaltenunterscheidung), zum anderen werden

¹⁾ Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in seiner Entscheidung vom 23. Oktober 1953 (BVerfE 2, 1) ausgesprochen, daß die Gewaltenteilung zu der im Grundgesetz festgelegten Grundordnung gehöre.

diese drei Funktionen drei verschiedenen Gewaltenträgern zugewiesen (Gewaltentrennung)¹⁾.

Der Grundsatz der Gewaltenteilung hat zwar nicht übergesetzlichen Rang; es lassen sich Staatsformen denken, etwa patriarchalische, im Einklang mit der Volksüberzeugung stehende Herrschaftsformen, in denen er nicht beachtet zu werden braucht. Wohl aber hat er im modernen Massenstaat, der ständig in der Gefahr steht, in den totalitären Staat abzugleiten, eine ungemein wichtige, schlechthin grundlegende Bedeutung. Hier soll er einseitige und gefährliche Machtzusammenballungen in der Hand eines Gewaltenträgers verhindern. Deswegen hat ihn das Bonner Grundgesetz, wie sich aus seinen Artt 20 und 79 Abs. 3 ergibt, mit Recht jeder Änderung, auch durch den Verfassungsgesetzgeber selbst, entzogen, so daß gegen ihn verstoßendes rangniedereres Verfassungsrecht nichtig sein kann.

Die Gewaltenteilung (Gewaltentrennung) besagt aber nun nicht, daß jede der drei Gewalten immer nur von dem Organträger, dem sie zugeordnet ist, ausgeübt werden kann. Die drei Gewalten können sich, wie es in fast allen Kulturstaaten der Fall ist, in ihren Aufgabengebieten mannigfach überschneiden. Beispiele dafür sind etwa die Rechtsverordnungen oder die Justizverwaltungsgeschäfte. Allerdings darf, wenn der Grundsatz seinen fundamentalen rechtlichen und politischen Sinn behalten soll, diese Überschneidung nur in den Randgebieten, nicht in den Kerngebieten des rechtlichen Bereichs der drei Gewalten erfolgen. Soweit durch besondere, verfassungsrechtliche Bestimmungen die Gewalt ausschließlich den Organen, an die sie primär gebunden ist, anvertraut ist - wie dies durch Art 92 GrundG für die rechtsprechende Gewalt durch ihre ausschließliche Zuweisung an die Richter erfolgt ist - darf auf

1) Vgl hierzu Holtkotten, Bonner Kommentar Art 92 Anm II 1 a.

diesem Gebiet die Gewalt überhaupt nicht von einem anderen Gewaltenträger ausgeübt werden. Dies bedeutet aber nicht, daß damit die Zuständigkeit eines Gewaltenträgers, dem eine Gewalt zur ausschließlichen Ausübung übertragen ist, auf dieses Gewaltengebiet beschränkt wäre¹).

Die Aufgabe, Recht zu setzen, ist nach dem Grundgesetz nicht in den alleinigen Machtbereich der gesetzgebenden Gewalt gestellt worden. Der gesetzgebenden Gewalt gebührt zwar durchaus der Vorrang bei der Rechtsetzung; diese ist ihr aber nicht ausschließlich vorbehalten²). Insbesondere legt das Prinzip der Gewaltenteilung der Gesetzgebung nicht die Pflicht auf, alle Rechtsgebiete durch Gesetze oder gar durch Gesetze, die bis ins Einzelne gehen, zu regeln. Sie kann vielmehr ein Rechtsgebiet auch der Regelung durch Richterspruch überantworten. Dies allerdings nur dann, wenn sie entweder selbst ein dieses Gebiet beherrschendes, leitendes und vollziehbares, allgemeines, rechtliches Prinzip aufstellt, das der Richter nur zu entfalten braucht, um im Einzelfall das Recht (nicht zu machen, sondern) zu finden, oder wenn der Richter sonst aus der allgemeinen Rechtsordnung und den von ihr anerkannten, allgemeinen, rechtlichen Wertvorstellungen ein solches umfassendes, aber zugleich der Entfaltung im Einzelnen fähiges Prinzip zu entnehmen vermag. Dadurch verlagert sich die Staatsmacht noch nicht in einer mit der Gewaltenteilung unvereinbaren Weise einseitig und übermäßig auf die Rechtsprechung. Anders stünde es jedoch, wenn durch einen gesetzgeberischen Akt dem Richter angesonnen würde, allgemein verbindliches Recht nicht durch die Entfaltung ihm (durch den Gesetzgeber oder durch die Rechtsordnung) vorgegebener und vollziehbarer allgemeiner Rechtssätze zu finden.

Vgl. Holtkotten; Bonner Kommentar Art 92 Anm II 1 d, der darauf hinweist, daß anderenfalls die Wahrung von Justizverwaltungsaufgaben und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch Richter nicht möglich wäre.

Anderenfalls wäre § 31 Abs 2 BVerfGG, der gewissen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft verleiht, mit dem Gewaltenteilungsprinzip unvereinbar.

sondern es ohne diese Stütze kraft eigener bloßer Willensentschlüsse nach bloßen Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten selbst zu schaffen (zu erzeugen). Damit griffe er in einer mit der Gewaltenteilung nicht mehr vereinbaren Weise in das dem Gesetzgeber allein vorbehaltene Gebiet hinüber. Damit würde eine unzulässige übermäßige Gewalt in seiner Hand zusammengeballt. Etwas Derartiges wäre nicht mehr verfassungsmäßig.

Gibt also der Gesetzgeber wie in Art 3 Abs 2 GrundG nur eine Grundsatznorm, so widerspricht es noch nicht der verfassungsmäßig gewährleisteten Gewaltenteilung, wenn er die Rechtsfindung am Maßstab dieser Grundsatznorm auf den von ihr betroffenen Lebensgebieten dem Richter überläßt. Keinesfalls darf der Richter - unter Berufung auf die sich aus der Gewaltenteilung ergebenden Aufgaben der Gesetzgebung - einem Rechtssatz schon deshalb die Anerkennung versagen, weil er verschiedene Auslegungsmöglichkeiten zuläßt und für den ihm zur Entscheidung unterbreiteten Einzelfall nur eine Richtlinie, aber keine, ins Einzelne gehende, positive Regelung zur Verfügung stellt. Aufgabe des Richters ist es, unter Bindung an die Gesetze für jeden Lebenstatbestand das Recht zu finden¹⁾. Steht ihm eine positive Gesetzesnorm als Rechtsquelle nicht zur Verfügung, so muß er unter Beachtung der richtungsweisenden, von ihm auszufüllenden Grundsatznormen rechtsschöpferisch tätig werden²⁾. Er zieht damit noch nicht unter

1) Über das Verbot der Rechtsverweigerung vgl Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des BGB 1952 S 186.

2) Dölle aaO weist zum Vergleich auf die Rechtslage im internationalen Privatrecht hin, wo der Gesetzgeber bewußt die Beantwortung zahlreicher Fragen der Wissenschaft und Praxis überlassen hat. Patschke, Betriebsberater 1953, 491, nimmt als Beispiel für eine ähnliche Situation, wie sie die unmittelbare Anwendung des Art 3 Abs 2 ohne erläuternde Bestimmungen schafft, auf § 3 Abs 2 des Mitbestimmungsgesetzes Bergbau und Eisen Bezug (vgl hierzu Komm von Müller-Lehman § 8 Anm 6). V.Deines, NJW 1953, 1946, verweist auf § 137 GVG, die Aufwertungsrechtsprechung sowie BGHZ 3, 308 315, wonach der Richter die Pflicht zur Fortentwicklung des Rechts hat, wenn die Findung einer gerechten Entscheidung dies erfordert.

Verletzung der Gewaltenteilung eine Aufgabe des Gesetzgebers an sich, sondern erfüllt mit dieser ergänzenden Rechtsfindung die zwar schwierigste, aber auch vornehmste Aufgabe der Rechtsprechung, Gesetzeslücken auf Grund eines übergeordneten Rechtssatzes unter näherer Ausgestaltung des gesetzgeberischen Gedankens zu schließen. Das Schweizer Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 hat in Art I Abs 1 diese Richteraufgabe wie folgt festgelegt: "Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die der Gesetzgeber aufstellen würde."

Der deutsche Richter setzt bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken zunächst noch nicht objektives Recht, das für ähnliche Fälle oder für ihn selbst bindend wäre, sondern findet - unter Bindung an Gesetz und Recht (Art 20 Abs 3 GrundG) - nach dem Geist und den Wertentscheidungen des allgemeinen Normensystems und seinem objektivierten richterlichen Ermessen das Recht zunächst nur für den von ihm zu entscheidenden Einzelfall. Der Art 117 Abs 1 GrundG setzt allerdings notwendiger Weise voraus und sinnt dem Richter notwendiger Weise an, daß er vom 1.4.1953 an auf die ihm allein mögliche Weise, nämlich durch allmähliche Bildung richterlich erzeugten und anerkannten Gewohnheitsrechtes, den allgemeinen Grundsatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter allmählich auch in festes, einigermaßen berechenbares, alle bindendes, objektives Recht umsetze. Wäre das nicht sein Sinn, so würde er in der Tat das rechtliche Chaos wollen und herbeiführen.

Die Art 3 Abs 2 und 117 Abs 1 GrundG stellen also dem deutschen Richter die Aufgabe, die Gleichberechtigung der Geschlechter im Wege des Richterrechts im angelsächsischen Sinne zu verwirklichen. Das kann aber nach deutschem Recht, das die bindende Wirkung des einzelnen Richterspruchs (mit

Ausnahme gewisser Entscheidungen des BVG) nicht kennt, nur durch die Bildung von Gewohnheitsrecht mit allen für seine rechtsbegründende Wirkung erforderlichen Voraussetzungen geschehen¹⁾. Ob es nach der deutschen Rechtstradition erstrebenswert erscheint, daß sich auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts weitgehend Richterrecht als Rechtsquelle bildet, ist hier nicht zu entscheiden²⁾. Der gesetzgebenden Gewalt kann jedenfalls die freie EntschlieÙung darüber, ob sie durch ein weiteres Schweigen die Bildung von Richterrecht ermöglichen will, nicht entzogen werden. Hier ist nur von Bedeutung, ob eine solche Entwicklung dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen würde. Es steht in Rechtsprechung und Schrifttum außer Zweifel, daß auch in einem auf der Gewaltenteilung aufbauenden Rechtsstaat das Richterrecht als legitime Rechtsquelle entstehen kann. Dies wird eindeutig durch die weittragende Bedeutung bewiesen, die dem Richterrecht in Staaten zukommt, die die Gewaltenteilung seit langem als verbindliches Konstitutionsprinzip eines demokratischen Rechtsstaates anerkennen, vor allem in den Vereinigten Staaten von Amerika.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung durch die Fristsetzung in Art 117 Abs 1 GrundG könnte hier nach nur in Frage stehen, wenn der Grundsatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter so unbestimmt, vieldeutig und unvollziehbar wäre, daß der Richter seine Aufgabe, notfalls auch über das Gesetz hinaus Recht zu finden, nicht lösen könnte, insbesondere auch wenn der Grundsatz so beschaffen wäre, daß der Richter ihn ganz oder teilweise nur vollziehen könnte, wenn er, statt durch seine bloÙe Entfaltung das

1) Vgl Ennecerus-Nipperdey S 169.

2) Über die Frage, ob es sich in Deutschland empfiehlt, Richterrecht nach anglo-amerikanischem Vorbild entstehen zu lassen, vgl Weinka Vortrag auf der Berliner Kundgebung des Deutschen Juristentages I S 23 ff (Verlag C.B.Mohr, Tübingen, 1952), siehe auch die Kritik von Canter an dem Versagen des Gesetzgebers in NJW 1953, 850; a.M. K.Zweigert, JZ 1953, 248.

Recht zu finden, das Recht durch Willensakte nach Zweckmässigkeits- (Gesichtspunkten setzen würde. Wäre der Gleichberechtigungsgrundsatz ohne Erläuterung und Ausfüllung durch Einzelgesetze im Rahmen der Rechtsfindung auf gewissen Rechtsgebieten, insbesondere im Ehe- und Familienrecht, unvollziehbar oder nur durch reine richterliche Willensakte vollziehbar, so bliebe nichts übrig, als diesen Grundsatz insoweit trotz des entgegenstehenden Willens des Verfassungsgesetzgebers ähnlich wie unter der Herrschaft der WeimRVerf nur als programmatische Erklärung und Weisung an den Gesetzgeber zu werten¹⁾). Seine von dem Verfassungsgesetzgeber allerdings gewollte Wirkung als unmittelbar geltendes Grundrecht verstieße dann in der Tat gegen den übergeordneten Grundsatz von der Teilung der Gewalten.

Ob nun das eine oder das andere der Fall ist, ob der Grundsatz ohne Verstoß gegen die Gewaltenteilung richterlich vollziehbar ist oder nicht, kann nicht von vornherein durch bloße allgemeine Erwägungen entschieden werden. Dazu ist es vielmehr erforderlich, die praktischen Hauptanwendungsfälle des Grundsatzes im Lichte der aufgezeigten Fragestellung im Einzelnen nachzuprüfen.

- 1) Diese Auffassung liegt dem Beschluß des Landgerichts Gießen vom 18. April 1953 - NJW 1953, 666 - zugrunde, in dem es wörtlich heißt: "Da es aber den Rechtsbegriff "Gleichberechtigung" noch nicht gibt, gibt es auch bisher begrifflich kein "entgegenstehendes Recht", das am 31. März 1953 hätte wegfallen können. Daher gilt nach Art 3 Abs 2, Art 117 Abs 1 GrundG, ohne daß es des Hinweises auf Art 6 GrundG bedarf, das bisherige Familienrecht weiter, bis die Anpassungsgesetzgebung es ablöst." Von diesem Rechtsstandpunkt aus bedarf es nicht der Nichtigkeitserklärung einer Verfassungsnorm, um von der unveränderten Fortgeltung des bisherigen Familien- und Eherechtes auszugehen. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Schneider NJW 1953, 889 durch eine Auslegung des Art 117 Abs 1 GrundG dahin, daß diese Verfassungsnorm nur die "bindende" Weisung an den Gesetzgeber enthalte, durch ein Anpassungsgesetz die Außerkraftsetzung widersprechender Normen zu bestimmen, ohne selbst die Außerkraftsetzung auszusprechen. Einer dertartigen Auslegung steht entgegen, daß es außerhalb des Machtbereichs des Verfassungsgesetzgebers liegt, dem einfachen Gesetzgeber erzwingbare Weisungen zu erteilen. Auch bedurfte es nach dem Grundsatz: "lex posterior derogat legi priori" keiner Festlegung, daß ein Anpassungsgesetz entgegenstehende Vorschriften außer Kraft setze. Schließlich widerspricht dieser Auslegung der eindeutige Wortlaut des Art 117 Abs GrundG. Bei Eindeutigkeit des Wortlauts ist aber nach feststehender Rechtsprechung und Lehre für eine Auslegung überhaupt kein Raum (Palandt Anm 3 zu § 133 BGB; RGZ 82, 308 / 5167; RGZ 158, 124). Vgl auch die Kritik von H. Krüger NJW 1953, 964 an den Ausführungen von Schneider.

Das wird in einem späteren Teil dieses Gutachtens geschehen. Vorausgreifend kann jetzt schon gesagt werden: Die Frage, ob der Art 117 Abs 1 GrundG dem Richter ansinnt, durch eigene, zweckgesteuerte, reine Willensakte die Gleichberechtigung von Mann und Frau zu verwirklichen, tritt hauptsächlich im ehelichen Güterrecht auf. Der Richter könnte, ohne gegen die Gewaltenteilung zu verstoßen, nicht ein eigenes, neues, ihm am zweckmäßigsten erscheinendes, eheliches Güterrecht schaffen. Das wird ihm aber, wie sich noch ergeben wird, auch nicht angesonnen.

2) Das rechtsstaatliche Postulat der Rechtssicherheit.

Soweit das Oberlandesgericht Frankfurt in der Außerkraftsetzung des Art 3 Abs 2 entgegenstehenden Rechtes eine Verletzung der rechtsstaatlichen Forderung nach Rechtssicherheit erblickt, läuft dies gleichfalls auf die Fragestellung hinaus, ob der Begriff "Gleichberechtigung" hinreichend bestimmt ist, um in "einer das Gerechtigkeitspostulat erfüllenden Weise gleichmäßig angewendet zu werden"¹⁾, m.a.W., ob der abstrakte Grundsatz vom Richter im Rahmen der Rechtsfindung ausreichend konkretisiert werden kann. Ist diese Frage grundsätzlich zu bejahen - was in bezug auf die Auslegung und hauptsächlich Anwendungsmöglichkeiten dieses Grundsatzes im Folgenden geprüft werden soll -, so muß er selbst dann zur Anwendung kommen, wenn durch eine unterschiedliche Auffassung der Gerichte über Sinngehalt und Tragweite dieses Grundsatzes vorübergehend eine gewisse Rechtsunsicherheit eintreten sollte. Die Tatsache allein, daß insoweit in Rechtsprechung und -Lehre Meinungsverschiedenheiten bestehen, würde noch nicht ausreichen, den Begriff der Gleichberechtigung als rein politischen Begriff ohne faßbaren Rechtsgehalt zu werten. Über die Tragweite nahezu aller Grundrechtsnormen

1) So Dölle JZ 1953, 353; vgl auch v. Deines NJW 1953, 987.

werden unterschiedliche Auffassungen vertreten¹⁾). Dem gleichen Schicksal unterliegen vor allem auch alle sog. Generalklauseln und Begriffe wie gute Sitten, Treu und Glauben, das Wohl der Allgemeinheit, die der Ausfüllung durch Wertvorstellungen bedürfen, die keinem völlig einheitlichen, objektiven Maßstab unterworfen werden können²⁾). Das ist zwar an sich in hohem Maße bedenklich, da es auf eine tiefliegende Unsicherheit und Zwiespältigkeit in den Grundfragen des Rechtes hindeutet; es muß aber unter den gegenwärtigen Verhältnissen hingenommen werden. Die Forderung nach Rechtssicherheit kann auch in einem Rechtsstaat mit nahezu lückenloser positiver Gesetzgebung niemals vollkommen erfüllt werden, weil bei der Vielgestaltigkeit der Tatbestände stets Raum für richterliches Ermessen und richterliche Wertausfüllung von Generalklauseln verbleiben muß³⁾). Die Frage, ob das rechtsstaatliche Prinzip der Rechtssicherheit als höherrangiger Verfassungsgrundsatz die Nichtigkeit der Fristsetzung in Art 117 Abs 1 GrundG bedingt, kann daher sinnvollerweise nur aufgeworfen werden, wenn die nachfolgende Untersuchung ergeben sollte, daß es sich bei dem Gleichberechtigungsgrundsatz um einen ohne Einzelvorschriften für den Richter rechtlich nicht vollziehbaren Programmsatz handelt und

-
- 1) Man vergleiche insbesondere die umfangreiche und durchaus nicht einheitliche Rechtsprechung, die sich aus der rechtlichen Prüfung einer Vielzahl von Gesetzen an dem Maßstab des Art 12 und Art 14 GrundG entwickelt hat; vgl hierzu H. Krüger, NJW 1953, 964.
 - 2) Es sei auch auf den weitgespannten Rahmen von § 14 PolVG verwiesen, sowie auf § 48 EheG, der die Frage, ob "die Aufrechterhaltung einer Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist", dem Wertungsmaßstab des Richters überläßt.
 - 3) Zutreffend weist H. Krüger, NJW 1953, 964 ff darauf hin, daß die Gerichte gerade in den letzten Jahren mehrfach vor die Aufgabe gestellt worden sind, die Gültigkeit einer Fülle von Einzelnormen an allgemein gehaltenen Richtsätzen zu prüfen. Beispielsweise war nach Art 2 KRG Nr 2 jede Norm außer Kraft gesetzt, durch die jemand auf Grund seiner Beziehungen zur NSDAP oder ihrer Gliederungen Vorteile genoß oder jemand wegen seiner ablehnenden Haltung gegenüber der NSDAP benachteiligt wurde. Auch hier mußte der Richter ohne erläuternde Durchführungsvorschriften aus eigener Verantwortung entscheiden, welche Normen von dieser generellen Außerkraftsetzung betroffen wurden, wie es ihm andererseits bei der Ausfüllung der Generalklauseln oblag, aus einem einzigen Rechtsgrundsatz eine Fülle rechtlicher Leitsätze, ja ganze Rechtsinstitute wie die Verwirkung und Aufwertung zu entwickeln.

durch die Außerkraftsetzung des zu diesem Programmsatz in Widerspruch stehenden Rechts eine greifbare rechtliche Ordnung im Ehe- und Familienrecht entfallen würde.

An sich enthält der Grundsatz, daß die elementaren Beziehungen der Rechtsgenossen (wie etwa die Rechtsbeziehungen von Mann und Frau) nicht der Gewalt oder der Willkür preisgegeben werden dürfen, sondern durch eine erkennbare und anwendbare rechtliche Ordnung geregelt sein müssen, mag diese nun auf Gesetz oder auf Richterspruch beruhen, zweifellos höherrangiges Verfassungsrecht, gegen das eine Verfassungsnorm niedrigeren Ranges verstoßen kann: Er ist einmal ein unabdingbarer Teil der rechtsstaatlichen Ordnung, die das Bonner Grundgesetz, wie sich aus seinen Artt 20, 28 und 79 Abs 3 ergibt, jeder möglichen Änderung durch den Gesetzgeber, auch durch den Verfassungsgesetzgeber, entzieht. Er hat aber darüber hinaus klar übergesetzlichen Rang, da er nichts anderes als die notwendige Herrschaft des Rechtes ausspricht, also gebietet, daß die elementaren Beziehungen der Rechtsgenossen nicht der Willkür, sondern dem Recht unterstehen sollen.

IV.

Prüfung, ob Art 3 Abs 2 GrundG ohne nähere Regelung durch ein Gesetz eine vom Richter vollziehbare Rechtsnorm darstellt.

- 1) Die Ausdeutung des Begriffs "Gleichberechtigung" unter Berücksichtigung von Art 6 GrundG.

Über Sinn und Inhalt der von Art 3 Abs 2 GrundG statuierten Gleichberechtigung der Geschlechter bestand und besteht zwar im Volk, im Parlament und innerhalb der Gerichte und Juristen zu einem erheblichen Teil weitgehende Übereinstimmung

Zu einem anderen Teil, und zwar gerade zu dem grundsätzlich bedeutsamsten, gehen aber die Überzeugungen schroff und, wie es scheint, unversöhnbar auseinander, da hier tiefliegende Grundüberzeugungen über den Sinn und das Wesen von Ehe und Familie berührt werden. Möglicherweise aus diesem Grunde ist es auch dem Bundestage nicht gelungen, das Anpassungsgesetz rechtzeitig zu verabschieden. Es handelt sich hier vor allem um die ehemännliche und die väterliche Familienleitung. In bezug auf sie werden schon der allgemeine Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GrundG sowie der die Ehe und Familie schützende Art 6 Abs 1 GrundG, aber auch der Grundsatz von der Gleichberechtigung der Geschlechter in Art 3 Abs 2 GrundG selbst durchaus verschieden ausgelegt.

Es hat keinen Sinn, diese Gegensätze zu verwischen oder die Streitfragen, die so grundsätzlicher Art sind und in denen das Volk so sehr gespalten ist, schon in dem Verfahren zu Art 117 Abs 1 GrundG in einer formal bindenden Weise richterlich zu entscheiden. Vielmehr muß man, wenn man die Verfassungsmäßigkeit des Art 117 Abs 1 GrundG prüft, diese Gegensätze als vorhanden hinnehmen und zusehen, ob trotz ihrer die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des Art 117 Abs 1 GrundG beantwortet werden kann.

Im Rahmen einer Untersuchung, ob die im unmittelbaren Anschluß an den allgemeinen Gleichheitssatz aufgenommene Verfassungsnorm "Männer und Frauen sind gleichberechtigt" durch die Rechtsprechung vollziehbar ist, ist von Bedeutung, daß nach nahezu einhelliger Meinung, die der Senat teilt, diese Norm nur ein Anwendungsfall des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art 3 Abs 1 GrundG ist. Nach heute herrschender Ansicht enthält der allgemeine Gleichheitssatz das an Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung gerichtete Gebot,

gleichartige Tatbestände auch rechtlich gleichartig und ungleichartige Tatbestände auch rechtlich ungleichartig zu behandeln. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof¹⁾ hat den Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes wie folgt umrissen: "Gleichgelagerte Tatbestände, die aus der Natur der Sache und unter dem Gesichtspunkt der Gerechtigkeit eine gleichartige Behandlung erfordern, dürfen nicht ohne ausreichenden sachlichen Grund und ohne ausreichende Orientierung an den Gedanken der Gerechtigkeit ungleich behandelt werden." Dieser Rechtsauffassung hat sich der Senat in seinen Gutachten zu den verfassungsrechtlichen Vorlagesachen uneingeschränkt angeschlossen (VRG 1/51; VRG 6 und 8/52; VRG 10/52). Trotz der übereinstimmenden Eingliederung des Art 3 Abs 2 in den allgemeinen Gleichheitssatz herrschen jedoch, wie schon dargelegt, darüber, was unter Gleichberechtigung von Mann und Frau zu verstehen sei, erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Die Auffassungen über den rechtlichen Gehalt des Art 3 Abs 2 unterscheiden sich in ihrem Kernpunkt im wesentlichen in Folgendem:

a)

Die Verfechter einer uneingeschränkten Anwendung des Gleichberechtigungsgrundsatzes vertreten im wesentlichen folgenden Standpunkt:

Art 3 Abs 2 ist eine authentische Auslegung des generellen Gleichheitssatzes durch den Verfassungsgesetzgeber selbst, die es verbietet, die natürliche Verschiedenheit der Geschlechter bei Gleichheit aller sonstigen sachlich erheblichen Voraussetzungen als rechtlich erhebliche Ungleichheit zu werten²

1) VGHE Bd 2 u.F. Teil II S 47.

2) Sou.a.E.Scheffler, Referat auf dem 38.Deutschen Juristentag aaO, B 4 Maier-Reimer DRZ 1950 S 289 ff; Thoma DV 1951, 458; Leibholz DV 1951 S 198 (vgl hierzu Anm 18 zur Abhandlung von E.Scheffler in DRZ 1953, 86); Apelt JZ 1951, 353 [358]; Mallmann DRZ 1950, 409 [412]; Mangoldt Art 3 GrundG Anm 2. Über die unterschiedlichen Auslegungen vgl auch die Zusammenstellung bei Arnold MDR 1953, 259.

Es ist widersinnig, den Ermessensspielraum, den der allgemeine Gleichheitssatz bei Beurteilung der Frage, ob ein gleichartiger Tatbestand gegeben ist, auch in Art 3 Abs 2 hineinzuinterpretieren, weil diese Vorschrift überflüssig wäre, wenn weiterhin im Rahmen des Art 3 Abs 1 geprüft werden könnte, ob allein die natürliche Verschiedenheit der Geschlechter eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zu rechtfertigen vermöge. Art 3 Abs 2 erfordert jedoch nicht eine schematische rechtliche Gleichbehandlung der Geschlechter, weil der Gleichberechtigungsgrundsatz als Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes zu verstehen ist. Eine unterschiedliche Behandlung nur um des Geschlechtes willen ist deshalb mit Art 3 Abs 2 unvereinbar, während unterschiedliche Rechtsfolgen, die sich aus der Natur der Sache rechtfertigen, etwa aus der Arbeitsteilung in der Ehe, nicht gegen den Gleichberechtigungsgrundsatz verstoßen, weil es sich insoweit nicht um eine personelle, sondern um eine funktionale Differenzierung handelt. Da Art 3 Abs 2 ähnlich wie Art 3 Abs 3 GrundG einen verbindlichen konkreten Maßstab liefert, welche persönliche Ungleichheit bei sonst im wesentlichen gleichgelagerten Tatbeständen nicht zu einer Rechtsungleichheit führen darf, bleibt stets zu prüfen, ob unabhängig davon, daß Art 3 Abs 2 die Differenzierung im Recht nur um des Geschlechtes willen verbietet, überhaupt ein sachlich vergleichbarer Tatbestand vorliegt. Fehlt es an einem solchen, so kann sich die Frage nach Rechtsgleichheit nicht stellen, es gilt dann vielmehr das, was die im allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verankerte Gerechtigkeitsidee des *Suum cuique* erfordert. Dies wird von Bedeutung vor allem dort, wo die fundamentalen biologischen Unterschiede der Geschlechter zu sachlich nicht vergleichbaren Tatbeständen führen wie etwa bei der Frage der Ehemündigkeit oder der Muttergesetzgebung.

2)

4;

1

;

dt

Art 6 Abs 1 GrundG, der Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung stellt, schränkt den Grundsatz der Gleichberechtigung auch auf diesen Rechtsgebieten nicht ein. Art 6 Abs 1 GrundG kann vielmehr nur unter Einbeziehung des dieser Schutzgarantie für Ehe und Familie vorangestellten Grundrechtes der Gleichberechtigung verstanden werden¹⁾. Das bedeutet; daß die Ehe in ihren Grundformen, und zwar als die natürliche, auf freiem Entschluß beruhende, grundsätzlich lebenslange Form der Lebensgemeinschaft von Mann und Frau verfassungsrechtlich gewährleistet sei²⁾. Art 6 Abs 1 steht aber einer Gleichordnung der Ehegatten innerhalb der Familie unter Abkehr von der bisherigen Familienleitung durch den Mann nicht entgegen; denn eine innerfamiliäre Hierarchie, bei der der Mann auch im rechtlichen Bereich als Haupt der Familie anerkannt werden müsse, ist nicht als unverzichtbares, im überpositiven Recht wurzelndes Wesensmerkmal einer Ehe- und Familienordnung christlich-abendländischer Prägung anzusehen. Daß auch im christlichen Lebensraum die Verwirklichung der Gleichberechtigung in Ehe- und Familienrecht nicht einer vorgegebenen, unwandelbaren Idee der Gerechtigkeit widerspricht, wird u.a. dadurch verdeutlicht, daß bereits nach Art 119 Abs 2 WeimRVerf gerade die auf der Gleichberechtigung der Geschlechter beruhende Ehe unter Verfassungsschutz stehen sollte³⁾, die Familienordnungen der nordischen Staaten (Schweden, Norwegen und Dänemark) eine Vorrangstel-

-
- 1) Diese Auffassung ist auch in dem Rechtsausschuß des Bundesrates vertreten worden - vgl Bericht von Min.Dir. Bleibtreu in der 92. Sitzung des Bundesrates - so u.a. auch Scheffler, DRZ 1953, 86; H. Krüger, DRZ 1953, 82; Dirks: Frankfurter Hefte 52 S 825/37; Arnold, MDR 53, 258 /260/.
 - 2) Wernicke, Bonner Komm Art 6 GrundG Anm I la.
 - 3) Die Verfassungen von Bayern (Art 124 Abs 2) und Bremen (Art 22) enthalten die ausdrückliche Bestimmung, daß Mann und Frau in der Ehe gleichberechtigt seien. In die Verfassungen von Baden (Art 21 Abs 1), Bremen (Art 22) und Württemberg-Hohenzollern (Art 102) ist aufgenommen, daß die häusliche Arbeit der Frau der Berufsarbeit gleichgesetzt wird.

lung des Mannes bei der Entscheidung in ehelichen Angelegenheiten und im Kindschaftsrecht nicht aufweisen¹⁾, in England auf Grund des Guardianship of Infants vom Jahre 1925 beide Eltern nebeneinander und gleichberechtigt die elterliche Gewalt ausüben und schließlich die Vereinten Nationen in der Präambel ihrer Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 die Gleichberechtigung von Mann und Frau als ein von allen Völkern und Nationen zu erreichendes gemeinsames Ideal proklamiert haben, das nach Art 16 dieser Erklärung insbesondere innerhalb der Eheordnung verwirklicht werden soll²⁾.

Der vor allem von kirchlichen Kreisen verfochtenen Meinung, die christliche Lehre von der Schöpfungsordnung, wonach der Mann das Haupt der Familie sei, binde auch Gesetzgebung und Rechtsprechung, so daß trotz Art 3 Abs 2 GrundG nicht von einer Leitungs- und Entscheidungsbefugnis des Mannes innerhalb der Familie abgesehen werden könne, ist entgegenzuhalten, daß es sich hier um eine metajuristische Forderung handelt, der im Rechtsraum der bürgerlich-rechtlichen Zivilehe keine verbindliche Kraft zugesprochen werden kann. In gleicher Weise, wie der Richter sich an das dem kirchlichen Dogma widersprechende bürgerlich-rechtliche Scheidungsrecht halten muß, ist für ihn der unmißverständlich zum Ausdruck gekommene Wille des Verfassungsgesetzgebers, die Gleichberechtigung auf allen Rechtsgebieten zu verwirklichen, allein maßgebend und verbindlich. Auch nach

- r- 1) Das Schwedische Ehegesetz vom 11.6.1920 schweigt über das Entscheidungs-
g recht in ehelichen Angelegenheiten. In Kap 5 § 1 heißt es nur, daß Mann
Z und Frau einander zu Treu und Beistand verpflichtet sind und gemeinsam
das Beste der Familie fördern sollen.
- t- 2) Während in Art 1, 2 und 7 der UNO Erklärung der Menschenrechte der all-
gemeine Gleichheitssatz verankert ist und jede Diskriminierung um des
Geschlechtes willen untersagt wird, bestimmt Art 16 für den Bereich
des Ehe- und Familienrechtes: "Heiratsfähige Männer und Frauen haben
ohne Beschränkung durch Rasse, Staatsbürgerschaft oder Religion das
Recht, eine Ehe zu schließen und eine Familie zu gründen. Sie haben bei
der Eheschließung, während der Ehe und bei deren Auflösung die gleichen
Rechte." Jährlich tagt eine Sonderkommission der UNO, um die Durchfüh-
rung dieses Gleichheitsgrundsatzes in den Mitgliedstaaten zu überwachen
und zu fördern.
- 2) Über die unterschiedlichen Meinungen, die soweit auch in kirchlichen
Kreisen vertreten werden, vgl auch 10 der Abhandlung von H.Krüger in
DRZ 1953, 83 und Fußnote 1 der Abhandlung von E.Scheffler in DRZ 1953,
85.

dem bisherigen Recht war die innere Struktur einer Ehe im wesentlichen nicht von der gesetzlichen Regelung abhängig, sondern unterlag der eigenständigen Ordnung, die sich die Ehegatten je nach ihrer geistigen und charakterlichen Veranlagung sowie ihrer religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung selbst gaben. Bei den wahren Ordnungsprinzipien der christlichen Ehe, der Verpflichtung zur gegenseitigen Liebe, Treue und innigen Lebensgemeinschaft handelt es sich um sittliche Entscheidungen, deren rechtliche Erfassung nur in ganz begrenztem Umfang in der Macht und Zuständigkeit des Gesetzgebers liegt. Im Rechtsraum aber kann nach dem eindeutigen Verfassungsbefehl des Art 3 Abs 2 die Fragestellung künftig nur dahin gehen, welche gegenseitigen Rechte und Pflichten sich aus dieser Lebensgemeinschaft bei grundsätzlicher Gleichordnung der Ehegatten unter rechtlicher Berücksichtigung von sachlich erheblichen funktionalen Unterschieden ergeben. Hierbei bleibt es auch bei einer rechtlichen Gleichordnung der Ehegatten im ehelichen Lebensraum wie bisher ihrer freien sittlichen Entscheidung überlassen, nach welcher übergesetzlichen Ordnung sie miteinander zu leben gewillt sind.

Eine Gefährdung oder gar Auflösung der Familienordnung steht durch die Aufgabe des Entscheidungsprivilegs des Mannes in ehelichen Angelegenheiten nicht zu befürchten. Die Durchsetzung dieser in § 1354 BGB verankerten ehemännlichen Entscheidungsgewalt konnte nicht mit Hilfe der Gesetze erzwungen werden. Sie wirkte sich rechtlich nur im Scheidungsprozeß aus, in dem sie der Frau, die dem Willen des Mannes nicht gefolgt war, die Schuld aufbürdete, wenn ihr der Nachweis eines Mißbrauchs der Entscheidungsgewalt durch den Mann mißlang. Eine Streichung des § 1354 BGB würde an dem bisheri-

gen tatsächlichen Zustand kaum etwas ändern. Den Gerichten bliebe in Scheidungsprozessen künftig nur erspart, in jedem Fall einen Mißbrauch eheherrlicher Gewalt feststellen zu müssen, um eine "Gehorsamsverweigerung" der Frau als entschuldbar ansehen zu können. In der Stellungnahme des Bundesrates zu § 1354 BGB heißt es: "Das einseitige Entscheidungsrecht des Mannes bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ehegatten wird nicht gebilligt. Ein solches Recht ist gerade in Konfliktsfällen geeignet, den Streit zu vertiefen, während ein gemeinsames Entscheidungsrecht die Ehegatten eher zu einer gütlichen Einigung veranlassen wird. Außerdem kann der von der Ehe fortstrebende Mann ein einseitiges Entscheidungsrecht mißbrauchen, um die Frau ins Unrecht zu setzen und die Scheidung zu ermöglichen"¹⁾.

Ganz ähnlich liegt es bei der alleinigen Entscheidungsbefugnis des Mannes im Rahmen der elterlichen Gewalt. Hier wird der Konfliktfall gleichfalls auch nach dem bisherigen Rechtszustand durch die Entscheidung des Vaters nicht endgültig gelöst, wenn die Mutter durch diese Entscheidung das Kindeswohl als gefährdet erachtet und nunmehr über § 1666 BGB die Entscheidung des Vormundschaftsgerichtes begehrt. Die Mutter wird jedoch durch diese gesetzliche Regelung in die Rolle der Friedensstörerin und Anklägerin gezwungen; denn ihre Bemühungen um eine dem Kindeswohl gerecht werdende Entscheidung können nur Erfolg haben, wenn sie einen Mißbrauch der väterlichen Gewalt nachzuweisen vermag. Da der Vormundschaftsrichter im Rahmen dieser Mißbrauchsbestimmung nur bei schuldhafter Pflichtverletzung des Vaters, nicht aber bei Unzweckmäßigkeit der von ihm getroffenen Entscheidung eingreifen kann, besteht bei gestörter Ehe

1) BR Drucksache Nr 220/32 Für Wegfall des Entscheidungsprivilegs des Mannes in ehelichen Angelegenheiten auch d. Beschlüsse des 38. Juristentages, Denkschrift Hagemeyer, Entwurf des Bundesjustizministeriums, SPD-Entwurf.

die Gefahr, daß der Vater sein Entscheidungsprivileg zu unvernünftigen Maßregeln benutzt - ohne den Tatbestand der Mißbrauchsklausel zu erfüllen - um auf diese Weise die Frau zu zermürben und seinem Scheidungsbegehren gegenüber willig zu machen. Wird dagegen in Konfliktsfällen, die das Wohl des Kindes betreffen, ein rechtliches Entscheidungsprivileg des Vaters als unvereinbar mit Art 3 Abs 2 GrundG verneint, so wird der Vormundschaftsrichter, an den die Entscheidung des Konfliktsfalles herangetragen werden sollte, was dann auch von Seiten des Vaters geschehen könnte, bei der Prüfung, welche der entgegenstehenden Auffassungen der Eltern dem Wohl des Kindes dienlicher erscheint, auch Zweckmäßigkeitserwägungen einbeziehen und der ihm vernünftiger erscheinenden Meinung den Vorzug geben können.

Von dieser Auffassung aus steht Art 6 Abs 1 GrundG - auch wenn dieser Grundrechtsnorm ein konstitutiver, auch die Rechtsprechung bindender Rechtsgehalt zuerkannt wird - der uneingeschränkten Verwirklichung der Gleichberechtigung auch auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechtes nicht entgegen.

b)

Die Gegenmeinung läßt sich etwa wie folgt zusammenfassen:

Der in Art 3 Abs 1 GrundG zum Ausdruck gelangte allgemeine Gleichheitssatz ist das förmliche Grundgesetz jeder Rechtsordnung; er ist zu einem guten Teil die Rechtsidee selbst. Es geht deswegen nicht an, ihn zu einem bloßen banalen Mißbrauchverbot für den Gesetzgeber zu verharmlosen. Vielmehr hat er im höchsten Maß übergesetzlichen Rang, so

daß weder der einfache noch der Verfassungsgesetzgeber von ihm irgendeine Ausnahme zulassen kann. Er ist für menschliche Rechtsetzung schlechthin undurchbrechbar. Das erkennt das Grundgesetz auch selbst an, indem es im Grundrechtsteil keinerlei Einschränkung des Art 3 Abs 1 GrundG zuläßt.

Allerdings ist der Gleichheitssatz in der konkreten Rechtsanwendung nur zum Teil streng einsichtig; zu einem anderen Teil ist er nur angenähert einsichtig. Auch bestehen zweifellos bei seiner Anwendung in vielen Fällen Spielräume des Ermessens.

Wenn daher Art 3 Abs 2 nur die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes (des Art 3 Abs 1) auf das Verhältnis von Mann und Frau ist - und das ist ^{er}unzweifelhaft -, so muß Art 3 Abs 2 sich streng im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes halten und wäre selbst nichtig, wenn und soweit er das nicht täte. Das bedeutet aber auch: Er darf selbst überhaupt nicht anders ausgelegt werden als so, daß er sich im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes hält und ihm nicht widerspricht. Der allgemeine Gleichheitssatz gebietet aber zweifellos, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln. Der Art 3 Abs 2 kann und darf daher gar nicht so ausgelegt werden, daß er gebiete, bei der Frage nach der Gleichberechtigung von Mann und Frau von dem Unterschied der Geschlechter schlechthin abzusehen und so zu tun, als sei er nicht vorhanden.

Im übrigen ist die Frage unrichtig gestellt, wenn man eng nur nach der biologisch-geschlechtlichen Verschiedenheit von Mann und Frau fragt. Es kommt vielmehr folgendes in Betracht:

Was die Menschen- und Personwürde angeht, so sind Mann und Frau völlig gleich; und das muß streng in allem Recht zum Ausdruck kommen. Streng verschieden sind sie aber nicht nur im eigentlich Biologisch-Geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Ordnung der Familie, die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber undurchbrechbar ist. Die Familie ist nach der Schöpfungsordnung eine streng ihrer eigenen Ordnung folgende Einheit; Mann und Frau sind "ein Fleisch". An diesen Urtatbestand (außerhalb des ehewirtschaftlichen Bereichs) Rechtsformen gesellschaftlicher oder genossenschaftlicher Art herantragen zu wollen, ist widersinnig. Innerhalb der strengen Einheit der Familie sind Stellung und Aufgabe von Mann und Frau durchaus verschieden. Der Mann zeugt die Kinder; die Frau empfängt, gebiert und nährt sie und zieht die Unmündigen auf. Der Mann sichert, vorwiegend nach außen gewandt, Bestand, Entwicklung und Zukunft der Familie; er vertritt sie nach außen; in diesem Sinne ist er ihr "Haupt". Die Frau widmet sich, vorwiegend nach innen gewandt, der inneren Ordnung und dem inneren Aufbau der Familie. An dieser fundamentalen Verschiedenheit kann das Recht nicht doktrinär vorübergehen, wenn es nach der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ordnung der Familie fragt.

Demgemäß bezeugen die beiden christlichen Kirchen, unter sich völlig übereinstimmend und in völliger Übereinstimmung mit der klaren Aussage der Heiligen Schrift alten und neuen Testaments (1. Mose 3, 16; Ephes. 5, 22-33; Col. 3, 18; 1. Petr. 3, 1) und mit der uralten Ehe- und Familienordnung der Völker, nach der von Gott gestifteten Ordnung der Familie sei der Mann ihr "Haupt". Das hat nicht nur sitt-

liche, sondern durchaus auch rechtliche Bedeutung und keine menschliche Familienordnung ist von diesem übergreifenden Gebot entbunden; in diesem Bereich gibt es keine autonome "bürgerliche" Ehe.

Daß der Mann das Haupt der Familie sei, bedeutet nicht, daß ihm wegen seines Geschlechtes ein persönliches Vorrecht zukomme, sondern daß ihm die vorgegebene, sinnvolle Ordnung der Familie diese Pflicht und Aufgabe um des Ganzen willen auferlege. Sie besagt im Einzelnen: Beide Ehegatten haben mit Ernst die gemeinsame Entscheidung in allen ehelichen Angelegenheiten zu suchen. Gelingt sie jedoch trotz redlichen Bestrebens nicht, so kommt allerdings dem Mann die letzte Entscheidung zu, weil das innerliche Gebilde der Ehe in der Regel keinen Eingriff von außen, insbesondere nicht den Eingriff eines beamteten staatlichen Funktionärs erträgt, aber nur eine die Meinung der Frau achtende und pflichtmässig am Wohl der Familie ausgerichtete Entscheidung. Eine mißbräuchliche Entscheidung des Mannes bindet nicht.

In diesem Sinne versteht Art 6 Abs 1 GrundG die überkommene christlich-abendländische Gestalt der Ehe und Familie. In diesem Sinne bindet er auch rechtlich. Art 3 Abs 2 GrundG darf daher nicht davon abweichend ausgelegt werden.

Wendet man sich von der gewissermaßen zeitlosen Ordnung der Familie den besonderen Verhältnissen der Gegenwart zu, so gilt folgendes. Zwar ist die urtümliche Ordnung der Familie heute mannigfach zivilisatorisch verzerrt. Aber nicht nach diesen Verzerrungen, sondern nach der gewöhnlichen, typischen Gestalt der Ehe hat sich ihre rechtliche Ordnung zu richten. Auch heute aber ist es noch ganz überwiegend der Mann, der durch seinen Beruf allein für den

äusseren Bestand und den Unterhalt der Familie sorgt, während die Frau auch heute noch ganz überwiegend nur im Inneren der Familie wirkt, ohne nach außen wirtschaftlich tätig zu sein.

Allerdings sind Ehe und Familie heute in besonderem Maße gefährdet, da weithin keine festen, selbstverständlichen, gemeinsamen Vorstellungen über ihr Wesen, ihren Sinn und ihre Heiligkeit mehr bestehen. Um so gefährlicher wäre eine Auflösung ihrer überkommenen, Jahrtausende alten Ordnung.

Es wäre in hohem Maße gefährlich, die ehemännliche Familienleitung aufzuheben und, was die Entscheidung der gemeinsamen ehelichen Angelegenheiten angeht, die Anarchie in die Ehen einzuführen. Das würde bedeuten, daß auf diesem ungemein bedeutsamen Gebiete nicht das Recht, sondern die Willkür und die Gewalt herrschen würden; ein schlechthin unvollziehbarer Gedanke.

Womöglich noch gefährlicher wäre es, bei der Kindererziehung die letzte väterliche Entscheidungsbefugnis aufzuheben und sie durch die ständige Anrufung eines staatlichen Funktionärs zu ersetzen. Der durchschnittliche Vormundschaftsrichter ist zum Ehemittler in diesem Sinne denkbar ungeeignet. Von einer solchen Regelung könnte man nur eine zunehmende Zerrüttung und ein zunehmendes Auseinanderleben aller nicht ganz gefestigten Ehen erwarten.

Dagegen kann in der überkommenen Ordnung der Familie eine vernünftige Rechtsprechung Mißbräuche der männlichen Familienleitung durchaus verhindern und der Frau den Schutz gewähren, auf den sie selbstverständlich Anspruch hat.

Es ist im übrigen keineswegs so, daß die Verfassungs-gesetzgeber des Parlamentarischen Rates sich etwa eindeutig für die eine oder die andere der beiden Auffassungen (a oder b) entschieden hätten. Insoweit herrschte vielmehr zwischen ihnen derselbe Zwiespalt, wie er später vermutlich den Bundestag trennte und wie er das ganze Volk trennt.

Was ist nun demgegenüber noch der rechtlich mögliche Inhalt des Art 3 Abs 2 GrundG? Offenbar dies: Gleichberechtigung der Geschlechter in der Ordnung der Familie, soweit als irgend möglich, aber keine doktrinaire Gleichberechtigung dort, wo die Schöpfungsordnung selbst unaufhebbare Verschiedenheiten der seinsmäßigen Zueinanderordnung von Mann und Frau in der Einheit der Familie gesetzt hat. Dazu gehört, daß dem Mann als Haupt der Familie die letzte, allerdings die Meinung der Frau achtende und nur vom Wohl der Familie geleitete Entscheidung in den Angelegenheiten der Familie zukommt, die keinen Eingriff von außen, insbesondere keinen Eingriff eines staatlichen Funktionärs duldet. Der Art 3 Abs 2 bedeutet darüberhinaus offenbar noch dies, daß in allen Fällen, in denen nach dem oben Dargelegten noch ein Ermessensspielraum besteht, in der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Verhältnis Mann und Frau dieses Ermessen zugunsten der Gleichberechtigung der Frau auszuüben ist.

Daraus ergibt sich aber auch noch folgendes: Während dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art 3 Abs 1 GrundG ein streng übergesetzlicher Charakter zukommt, kommt der besonderen Vorschrift des Art 3 Abs 2 GrundG ein solcher Charakter keineswegs zu. Es handelt sich hier vielmehr nur um ein von dem Verfassungsgesetzgeber allein geschaffenes Grundrecht. Infolgedessen konnte der Art 117 Abs 1 GrundG von der

Beachtung des Art 3 Abs 2 zunächst zeitweise entbinden, während er von der Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes in keiner Weise hätte zeitweilig entbinden können.

Von dem Bestehen dieser beiden, unter a) und b) gekennzeichneten, voneinander stark abweichenden Auffassungen ist demgemäß auszugehen. Im Rahmen einer Stellungnahme zu der verfassungsrechtlichen Frage, ob Art 3 Abs 2 auch auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechtes eine unmittelbar vollziehbare Rechtsnorm darstellt, bedarf es jedoch keiner Entscheidung, welcher Auslegung des Begriffs "Gleichberechtigung" zu folgen ist. Hier ist nur bedeutsam, ob die beiden sich gegenüberstehenden Auslegungen zwangsläufig zu derart unterschiedlichen Rechtsfolgerungen führen müssen, daß die unmittelbare Anwendung des Gleichberechtigungsgrundsatzes auf dem für das Gemeinschaftsleben fundamentalen Gebiet der Ehe- und Familienordnung wegen ungenügender Bestimmtheit nach Inhalt und Tragweite ausgeschlossen erscheinen muß, weil anderenfalls diese Rechtsgebiete jeder festen Grundlage beraubt würden. Auf diese Frage wird im Rahmen der Untersuchung der hauptsächlichsten Anwendungsmöglichkeiten von Art 3 Abs 2 in Ehe- und Familienrecht eingegangen werden.

2) Hauptsächliche Anwendungsmöglichkeiten des Gleichberechtigungsgrundsatzes in Ehe- und Familienrecht.

a) Die umfangreichen Vorarbeiten für eine Familienrechtsreform auf der Grundlage der Gleichberechtigung reichen fast ein halbes Jahrhundert zurück¹⁾. Da der Gesetzgeber

1) Vgl Anm 1 S 11 des Gutachtens, weiterhin Marianne Weber, "Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung" 190, Behrent: Die Zugewinnsgemeinschaft, Untersuchungen zur Deutschen Staats- und Rechtsgeschichte 1915, Heft 12; Lunk, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechtes der Ehescheidung und elterlichen Gewalt 1923 u.a.

der ihm durch Art 109 WeimRVerf erteilten Weisung, das Ehe-
recht nach dem Gleichberechtigungsgrundsatz zu ordnen, nicht
nachkam, bemühte sich die Rechtsprechung, Unbilligkeiten,
die sich aus der familienrechtlichen Regelung des BGB erga-
ben, durch rechtsschöpferische Entscheidungen - teilweise
contra legem - zu mildern. Dies geschah insbesondere durch
eine Ausweitung des Mißbrauchsbegriffs bei Abgrenzung der
ehemännlichen und väterlichen Entscheidungsgewalt (§§ 1354
Abs 2 und 1666 BGB) und durch die beschränkte Anerkennung
eines Verdienstanteils der im Geschäft oder Betrieb des
Ehemannes mittätigen Ehefrau (KG in DJZ 1941, 830) entgegen
§ 1356 Abs 2 BGB, der die Pflicht der Ehefrau zur unentgelt-
lichen Mitarbeit vorsieht.

Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Re-
gimes erfolgte unter Anknüpfung an diese Rechtsprechung
und die Vorarbeiten der Weimarer Zeit erneut in der Fach-
literatur eine lebhafte Auseinandersetzung mit den Rechts-
fragen, die sich aus einer Anpassung des Familienrechts an
den Gleichberechtigungsgrundsatz ergeben. Der 1950 einberu-
fene 38. Deutsche Juristentag befaßte sich in seiner bürger-
lich-rechtlichen Abteilung eingehend mit der Gleichberechti-
gung und stimmte mit großer Mehrheit dem Grundsatzbeschuß
(82 : 2 Stimmen) wie den Einzelbeschlüssen zu, die auf die-
ser Tagung zur Neuregelung des Familienrechts gefaßt wurden.
Das Bundesjustizministerium ließ von Frau Oberlandesge-
richtsrätin Dr. H. [REDACTED] eine ausführlich begründete Denk-
schrift über die Anpassung des geltenden Familienrechts an
den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau aus-
arbeiten. Die Vorschläge dieser Denkschrift stimmen in den
wesentlichen Punkten mit den Empfehlungen des 38. Juristen-
tages überein. Es folgte der Entwurf des Bundesjustizmini-

steriums zu einem Familienrechtsänderungsgesetz, sowie der endgültige Regierungsentwurf, der sowohl die ehemännliche wie die väterliche Familienleitung des Mannes anerkannte.

Vergleicht man die vorliegenden Entwürfe zu einer Familienrechtsreform unter Einbeziehung des Gegenentwurfs der parlamentarischen Opposition¹⁾ sowie der Beschlüsse des 38. Juristentages, so ergibt sich, daß - abgesehen von dem Meinungsstreit um die Beibehaltung der letzten Entscheidungsgewalt des Mannes in ehelichen Angelegenheiten und Fragen der elterlichen Gewalt - in den Kernpunkten nahezu Einmütigkeit herrscht. Durch diese Vorarbeiten sind die ursprünglichen Zweifelsfragen bereits so weit abgeklärt, daß mit Recht weitgehend von einer communis opinio ausgegangen werden kann²⁾. Abgesehen von dem umfangreichen Schrifttum, den angeführten Richtlinien und Entwürfen und der neueren Rechtsprechung, die sich bereits mehr und mehr um eine gewisse Annäherung an den Grundsatz der Gleichberechtigung bemüht hat, stehen dem Richter für die ergänzende Rechtsfindung als Anknüpfungspunkt Rechts- und Gesetzesanalogie³⁾ sowie die Rechtsvergleichung mit den seit Jahrzehnten auf Gleichberechtigung aufbauenden Familienordnungen anderer Staaten zur Verfügung.

-
- 1) SPD-Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Familienrechts an Art 3 Abs 2 GrundG, herausgegeben vom SPD-Vorstand.
 - 2) So E. Scheffler, DRZ 1953, 83.
 - 3) So E. Scheffler, DRZ 1953, 85, wo - soweit es sich um rein ehewirtschaftliche Fragen handelt - auf das Gemeinschafts- und Gesellschaftsrecht sowie die Hausratsverordnung vom 21.10.1944 verwiesen wird.

Selbstverständlich ist der Richter an die vorgenannten Gesetzesentwürfe nicht gebunden. Sie geben ihm aber einen wertvollen Hinweis, bei welchen Vorschriften die Vereinbarkeit mit Art 3 Abs 2 GrundG zu verneinen ist oder zumindest in Zweifel gezogen werden kann. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß der Regierungsentwurf nicht nur die Anpassung an den Gleichberechtigungsgrundsatz, sondern auch die Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet des Familienrechts anstrebt. Die Gesetzesvorschläge, die dieser Rechtseinheit dienen sollen, haben deshalb außer Betracht zu bleiben. Dies gilt insbesondere für die Bestimmungen, die die Rückgliederung des gem. Art 3 Abs 2 GrundG abzuwandelnden Ehegesetzes in das BGB vorsehen. Das Ehegesetz als Kontrollratsgesetz Nr 16 gilt nach Nr 7 des Besatzungsstatutes weiter, soweit es nicht den allgemeinen Gleichheitssatz verletzt, an den auch der Besatzungsgesetzgeber gebunden ist.

b) Dem Richter wird, wie noch im einzelnen aufzuzeigen ist, durch die Beachtung des Art 3 Abs II auch im Ehe- und Familienrecht nicht die Schöpfung gleichheitsfördernder Rechtssätze zugemutet, es obliegt ihm vielmehr nur, Vorschriften, die unvereinbar mit der Gleichberechtigung sind, künftig bei seiner Rechtsfindung auszuscheiden. Nur soweit hierdurch eine Gesetzeslücke entsteht, ist eine ergänzende Rechtsfindung vorzunehmen, die aber nicht aus einem rechtsfreien Raum zu erfolgen hat, sondern aus den bestehengebliebenen Bestimmungen des Ehe- und Familienrechts nach dem Maßstab der Gleichberechtigung vorzunehmen ist. So wird die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) durch den Gleichberechtigungsgrundsatz nicht berührt. Sie kann die Grundsatznorm bilden, um alle Streitfälle, die aus dem ehelichen Innenverhältnis erwachsen können, unter Aner-

kennung der Gleichberechtigung der Ehegatten gerecht zu entscheiden, ohne das Wesen der Ehe als einer beiderseits verpflichtenden Lebensgemeinschaft anzutasten.

c) Soweit sich Vorschriften als unvereinbar mit der Gleichberechtigung erweisen, die nach dem gesamten Rechtssystem des BGB Ausnahmecharakter tragen, entsteht durch ihre ersatzlose Streichung keine Gesetzeslücke.

So besteht wohl Einmütigkeit darüber, daß das Kündigungsrecht des Mannes nach § 1358 BGB sowie die Entziehung der elterlichen Gewalt der Mutter im Fall ihrer Wiederverheiratung (§ 1697 BGB) ersatzlos wegfallen¹⁾.

Das Gleiche gilt nach herrschender Meinung für § 1356 Abs II BGB, mindestens soweit er die Verpflichtung der Frau vorsieht, unentgeltlich in einem Erwerbsgeschäft des Mannes mitzuarbeiten. Dagegen wird sich kaum Einmütigkeit darüber erzielen lassen, weil hier die oben berührten grundsätzlichen Verschiedenheiten in der Auffassung der Ehe hereinspielen, ob die Vorschrift des § 1356 Abs I BGB, nach der die Frau Recht und Pflicht zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens hat, dem Grundsatz der Gleichberechtigung widerspricht oder nicht.

Welche gegenseitige Verpflichtung sich aus der Aufgabenteilung in der Ehe ergeben, wird künftig vorwiegend aus der die Ehe beherrschenden Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft zu entnehmen sein²⁾.

1) OLG Düsseldorf NJW 1953, 1105; OLG Hamm NJW 1953, 1225.

2) Dölle, JZ 1953, 357, Regierungsentwurf zu § 1356 BGB.

Darüber, daß die Wohnsitzbestimmung in § 1354 BGB ersatzlos zu streichen ist, besteht gleichfalls kein Streit. Diese Bestimmung wurde nur bedeutsam, wenn der Wohnort der Frau und der Wohnsitz des Mannes auseinanderfielen, und hatte z.B. zur Folge, daß die Gläubiger der getrennt lebenden Frau diese am Wohnsitz des Mannes verklagen mußten. Die unerläßliche Korrektur der völlig freien Wohnsitzwahl erfolgt auch hier durch die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft. Wie sich das in der Praxis im Einzelnen auswirken wird, wird weitgehend davon abhängen, ob man die letzte Entscheidungsbefugnis des Mannes in ehelichen Angelegenheiten beibehält oder nicht.

Die nur zugunsten der Gläubiger des Mannes in § 1362 BGB aufgestellte Eigentumsvermutung muß wohl gleichfalls entfallen.

d) Hinsichtlich der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB) und der Unterhaltspflicht bei bestehender Ehe (§§ 1360, 1606 Abs 2 BGB) herrscht im wesentlichen Einmütigkeit dahin, daß der Sinngehalt dieser Vorschriften auf beide Ehegatten gleichmäßig zu erstrecken ist¹⁾. Die Entwürfe zum Familienrechtsänderungsgesetz sehen dementsprechend übereinstimmend eine gegenseitige Vertretungsmacht der Ehegatten im Rahmen des laufenden Familienbedarfs vor und gehen von einer gemeinsamen Pflicht der Ehegatten, für den Familienunterhalt zu sorgen, aus. Einigkeit besteht auch darin, daß die Gleichbehandlung im Unterhaltsrecht nicht etwa bedeutet, daß jeder Ehe- teil den gleichen Beitrag zum Familienunterhalt zu leisten hätte. Gerade im Unterhaltsrecht würde eine schematische Gleichbehandlung der üblichen Arbeitsteilung in der Ehe nicht gerecht werden. Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, zum Familienunterhalt nach ihren Kräften beizutragen, in

1) OLG Frankfurt NJW 1953, 1104; LG Göttingen, AG Regensburg NJW 1953, 1105.

der Regel durch ihre Tätigkeit im häuslichen Wirkungskreis, der entsprechend die Erwerbstätigkeit des Mannes gegenübersteht.

Nach überwiegender Auffassung widerspricht es nicht Art 3 Abs II, wenn, der uralten Überlieferung in Deutschland folgend, der Mannesname der Ehe- und Familienname bleibt. Hierin drückt sich aus, daß die Familie eine Einheit ist, die nach außen den Namen des Mannes trägt.

e) Die einschneidendsten Veränderungen wird die Außerkraftsetzung des der Gleichberechtigung entgegenstehenden Rechtes dem ehelichen Güterrecht bringen, dessen Reformbedürftigkeit sehr weitgehend anerkannt wird.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung sich bemüht hat, das geltende Güterrecht zu Gunsten der im Geschäft des Mannes mitarbeitenden Ehefrau dadurch abzuschwächen, daß ihr ein Verdienstanteil zugebilligt wurde, wenn sie über das gesetzlich erforderliche Maß hinaus tätig geworden war. Neuerdings hat der Bundesgerichtshof in einer Entscheidung vom 20.12.1952 (BGHZ 8, 242) diese ehewirtschaftliche Frage - in Abkehr von dem vom Reichsgericht noch in RGZ 133, 382 und RGZ 158, 383 vertretenen Standpunkt - durch die Annahme einer stillschweigend abgeschlossenen Innengesellschaft im Sinne der Gleichberechtigung gelöst.

Soweit die durch Art 3 Abs 2 GrundG bedingten Änderungen der güterrechtlichen Verhältnisse in Frage stehen, weisen die Auffassungen in ihren praktischen Ergebnissen nur ganz geringfügige Abweichungen auf. Es besteht nahezu Einmütigkeit darüber, daß der gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz unver-

einbar ist¹⁾). Mit dem Wegfall dieses gesetzlichen Güterstandes ist - da das BGB Rechtsformen eines auf Gleichberechtigung aufbauenden Güterstandes nicht aufweist - bis zu einer gesetzlichen Neuregelung nach gleichfalls herrschender Ansicht Gütertrennung eingetreten²⁾). Dabei handelt es sich nicht um den im BGB geregelten "Güterstand" der Gütertrennung, der vereinbart werden kann, sondern um eine Gütertrennung, wie sie mangels besonderer gesetzlicher Vorschriften in allen Lebensbereichen gilt. Es ist nicht zu verkennen, daß die reine Gütertrennung dem Gedanken der ehelichen Lebensgemeinschaft auf dem vermögensrechtlichen Gebiet nicht voll entspricht. Solange der Gesetzgeber dem Richter aber keinen mit Art 3 Abs 2 GrundG im Einklang stehenden und zugleich den Bedürfnissen der ehelichen Gemeinschaft Rechnung tragenden, im Einzelnen ausgearbeiteten, gesetzlichen Güterstand zur Verfügung stellt, vermag der Richter einen solchen Güterstand nicht selbst zu schaffen, ohne über seine richterliche Rolle hinauszugehen. Er kann also nicht etwa eine bestimmte Form der Zugewinnstgemeinschaft (Errungenschaftsgemeinschaft) durch Richterspruch zum gesetzlichen Güterstand erklären; und zwar umso weniger, als - bei aller grundsätzlichen Neigung, die Zugewinnstgemeinschaft zum gesetzlichen Güterstand zu erheben, - die Vorstellungen über ihre zweckmäßige Gestaltung im Einzelnen sehr auseinandergehen. Bei der durch Art 117 Abs 1 GrundG geschaffenen unsicheren Rechtslage kommt vielmehr alles darauf an, in der Übergangszeit bis zum Erlass des Anpassungsgesetzes auf dem praktisch ungemein wichtigen Gebiet des ehelichen Güterrechts völlig klare und eindeutige Rechtsverhältnisse herzustellen. Das kann nur geschehen durch die einstweilige Anerkennung der vollen Gütertrennung als ge-

1) Amtliche Begründungen im Regierungsentwurf vor §§ 1363 ff; Maßfeller, Das neue Familienrecht S 16; Hagemeyer, Denkschrift II S 7; Entwurf der SPD S 6 ff; Bosch, Familienrechtsreform S 111; Ulmer, 38.Deutscher Juristentag B 41; Mitteis SJZ 1950, 242; Kipp, 33.Deutscher Juristentag S 325; Rebstein-Metzger, 36.Deutscher Juristentag S 540; vgl auch die inzwischen ergangene Entscheidung des V.Zivilsenats des BGH vom 14.Juli 1953 V ZR 97/52.

2) Einen neuen gesetzlichen Güterstand zu schaffen, der von einer auf Gleichberechtigung beruhenden Gütergemeinschaft ausgeht, wäre nur der Gesetzgeber in der Lage. AMG. Jung DRZ 1953, 97, der die Errungenschaftsgemeinschaft der §§ 1519 ff BGB als neuen gesetzlichen Güterstand ansieht, obwohl er einräumen muß, daß mehrere Bestimmungen dieses Güter-

gesetzlichen Güterstand, nicht aber durch ein richterliches Herumexperimentieren mit selbstgeschaffenen Güterständen. Dabei wird es allerdings nicht ausgeschlossen sein, auf dem von BGHZ 8, 244 beschrittenen Wege fortzuschreiten. - Bezeichnend ist, daß die Banken bereits Richtlinien für ihren Geschäftsverkehr herausgegeben haben, wonach sie künftig von der Gütertrennung ausgehen werden.

Da der Grundsatz der Gleichberechtigung der Vertragsfreiheit nicht entgegensteht, ist es im übrigen nach einheitlicher Meinung den Ehegatten auch künftig unbenommen, einen Ehevertrag abzuschließen, der dem Mann eine Vorrangstellung einräumt, soweit nur bei Vertragsabschluß beide Ehegatten die "gleichen rechtlichen Gestaltungschancen" haben¹⁾. Sie können deshalb auch die im EGB geregelten Güterstände, insbesondere den Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes oder der Gütertrennung nach § 1426 BGB vereinbaren, wie die Frau selbstverständlich weiterhin auch ohne Ehevertrag die Verwaltung ihres Vermögens freiwillig dem Mann überlassen kann. Die Anpassung des gesetzlichen Güterrechts an die Gleichberechtigung hindert hiernach in keiner Weise, daß besonders gelagerte wirtschaftliche Tatbestände ihrer Eigenart entsprechend geregelt werden. Es besteht deswegen auch kein hinreichender Anlaß, den Art 3 Abs 2 GrundG auf Ehen, die vor dem 1.4.1953 geschlossen sind, nicht anzuwenden.

f) Während die Fachliteratur wie die Gesetzentwürfe auf den angeführten Rechtsgebieten überwiegend keine so wesentlichen Abweichungen aufweisen, daß einander in den Kernfragen widersprechende Entscheidungen der Gerichte zu befürchten stehen, ist, wie oben im Einzelnen dargelegt, der Meinungskampf um die Fragen noch völlig offen, ob durch Art 3 Abs II

1) So Dölle, JZ 1953, 360; Reinicke, NJW 1953, 680 ff.

die letzte Entscheidungsbefugnis des Mannes in ehelichen Angelegenheiten (§ 1354 BGB) etwa in eine gemeinsame, aber den Konfliktfall rechtlich nicht lösende Entscheidungsbefugnis beider Ehegatten umgewandelt sei und von der letzten väterlichen Entscheidungsbefugnis in Angelegenheiten, die die Kinder betreffen, abgesehen und sie durch den im Streitfall jederzeit jedem Ehegatten möglichen Anruf des Vormundschaftsrichters ersetzt werden müsse. Wie bereits bei der Gegenüberstellung der beiden verschiedenen Auslegungen, die Art 3 Abs II gefunden hat, hervorgehoben wurde, sieht der Senat es im Rahmen seines Gutachtens zu dem in Frage stehenden Vorlagebeschluß nicht als seine Aufgabe an, in diesem Meinungsstreit Stellung zu nehmen. Bei Beurteilung der hier allein maßgeblichen Frage, ob Art 3 Abs 2 ohne Anpassungsgesetz als unvollziehbar angesehen werden muß, ist nur bedeutsam, daß nach dem gegenwärtigen Stand des Meinungsstreites mit abweichenden Entscheidungen der Gerichte zu dieser Frage gerechnet werden muß. Die Gerichte würden in diesen Fragen aller Voraussicht nach auch Entscheidungen Oberer Bundesgerichte, die die Fragen entscheiden, die sie aber rechtlich nicht binden, nicht einhellig folgen, eben weil hier tiefliegende Unterschiede in der Auffassung von Ehe und Familie berührt werden, die eine freiwillige Anpassung an eine den eigenen Grundüberzeugungen widersprechende Rechtsprechung als unwahrscheinlich erscheinen lassen. Der Senat ist jedoch trotz erheblicher Bedenken aus folgenden Erwägungen der Auffassung, daß um des Meinungsstreites in diesen immerhin abgrenzbaren Einzelfragen des Familienrechtes willen nicht angenommen werden kann, der Grundsatz der Gleichberechtigung sei wegen mangelnder Konkretisierung auf diesem Rechtsgebiet nicht hinreichend vollziehbar.

Einmal besteht die Möglichkeit, zu beiden Streitfragen im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde oder eines abstrakten Normenkontrollverfahrens nach Art 93 Abs 2 GrundG eine allgemeine verbindliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es auch aus den weiter oben angegebenen Gründen vorzuziehen wäre, daß das Parlament und nicht ein Gericht diese Entscheidung träfe.

Zum anderen sind diese beiden Streitfragen zwar von erheblicher grundsätzlicher Bedeutung, da die Anerkennung oder Nichtanerkennung der Familienleitung des Mannes den rechtlichen Charakter des Familienrechtes weitgehend prägt. Demgegenüber tritt aber ihre praktische Bedeutung für die unmittelbare Rechtsanwendung nicht unerheblich zurück. Der § 1354 BGB, der die letzte Entscheidungsbefugnis in ehelichen Angelegenheiten dem Manne zuspricht, ist eine *lex imperfecta*. Die Entscheidungsbefugnis des Mannes wird nur im Scheidungsprozeß justitiabel. Wird künftig ein Scheidungsbegehren auf den Widerstand der Frau gegen ein Verlangen des Mannes gestützt, so wird der Richter, der § 1354 BGB als vereinbar mit der Gleichberechtigung erachtet, wie bisher zu prüfen haben, ob ein Mißbrauch des Entscheidungsrechtes des Mannes der Gehorsamsverweigerung der Frau den Charakter der Eheverfehlung nimmt (§ 1354 Abs II BGB). Der Richter dagegen, der von einem Wegfall dieser Entscheidungsbefugnis ausgeht, wird nunmehr zu untersuchen haben, ob die Weigerung der Frau, dem Willen ihres Mannes zu folgen, sachlich gerechtfertigt war, d.h. ob überwiegende Zweckmäßigkeitsgründe für ihre von der Auffassung des Mannes abweichende Auffassung sprachen, oder ob ihre Weigerung so ungerechtfertigt war, daß sie sich als eine Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft darstellt¹⁾. Dieser unterschiedliche Ausgangspunkt in der

1) Dieser Rechtsgedanke ist in der Rechtsprechung teilweise schon vor dem 1. April 1953 verwirklicht worden (vgl OLG Freiburg in DRZ 1949, 88 mit zustimmender Besprechung von Boehmer DRZ 1949, 93).

Rechtsfrage ist zwar sicher bedeutsam und leider geeignet, eine Zweispurigkeit in die Handhabung des Scheidungsrechtes hineinzutragen, daß in besonderem Maße der einheitlichen Handhabung bedürfte. In der praktischen Anwendung auf den Einzelfall vermögen sich aber beide rechtliche Betrachtungsweisen doch weitgehend einander anzunähern, da sie beide dem richterlichen Ermessen einen erheblichen Spielraum lassen.

Ähnlich liegt es bei der väterlichen Entscheidungsbe-
fugnis in Kindesangelegenheiten (§§ 1627, 1634 BGB). Hier wirken sich die unterschiedlichen rechtlichen Betrachtungsweisen dahin aus, daß der Vormundschaftsrichter entweder an der Mißbrauchsklausel des § 1666 BGB festhält oder daß er, auch ohne eine Pflichtverletzung des Vaters festzustellen, der Auffassung der Mutter aus Zweckmäßigkeitsgründen im Interesse des Kindeswohles zustimmt. In ähnlicher Weise würde sich der Unterschied der Betrachtungsweise im Scheidungsprozeß auswirken. Die praktische Bedeutung ist zwar in beiden Hinsichten noch erheblich größer als beim ehemännlichen Entscheidungsrecht. Auch hier vermögen sich aber in der Praxis bei der Behandlung des Einzelfalles die beiden rechtlichen Betrachtungsweisen in einem erheblichen Grade einander anzugleichen.

3. Hauptsächliche Anwendungsmöglichkeiten des Grundsatzes der Gleichberechtigung auf anderen Rechtsgebieten.

In anderen Rechtsbereichen als dem Ehe- und Familienrecht, insbesondere im Arbeitsrecht, Sozialrecht, Verwaltungsrecht und Steuerrecht begegnet die Verwirklichung der Gleichberechtigung deswegen erheblich weniger Schwierigkeiten,

weil hier seinsmäßige Verschiedenheiten in der Zueinanderordnung von Mann und Frau in der Ordnung der Familie nicht in Betracht kommen, wenn sich die Auswirkungen des Grundsatzes im Einzelnen auch noch nicht voll überblicken lassen. Es steht hier überwiegend nur die Außerkraftsetzung von Ausnahmevorschriften in Frage, durch die die Frau benachteiligt wird. Bei Wegfall dieser Ausnahmebestimmungen tritt meist keine durch Rechtsfindung auszufüllende Gesetzeslücke auf. Dies gilt insbesondere für die nunmehr beseitigte sog. Zölibatsklausel des Beamtenrechts, wonach eine verheiratete Beamtin entlassen werden konnte, wenn ihre wirtschaftliche Versorgung nach der Höhe des Familieneinkommens dauernd gesichert erschien (§ 63 des Beamtengesetzes von 1937). Das Gleiche trifft auf die die Frau benachteiligenden Bestimmungen im Beamtenbesoldungs- und Versorgungsrecht zu. Im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates ist weiterhin die Meinung vertreten worden, Art 3 Abs 2 besage auch, daß Männern und Frauen bei gleicher Arbeit und gleicher Eignung zur Arbeit gleicher Lohn zustehen¹⁾.

Ob im Steuerrecht die sog. Haushaltsbesteuerung, d.h. die Zusammenrechnung der Einkommen der Ehegatten bei der Steuerveranlagung, verfassungswidrig ist, dürfte nicht aus Art 3 Abs 2, sondern Art 3 Abs 1 und Art 6 GrundG zu entscheiden sein.

V. Ergebnis.

Aus dieser in großen Umrissen erfolgten Untersuchung der hauptsächlichen Anwendungsmöglichkeiten des Gleichberechtigungsgrundsatzes ergibt sich, daß trotz der unterschiedli-

1) 42. Sitzung sten. Protokoll Bl 51, vgl hierzu Mangoldt Art 3 GrundG Anm 4; Wernicke Bonner Komm. Art 3 Anm II 2 b, wonach die Gleichberechtigung bereits seit Inkrafttreten des Grundgesetzes bei der Verbindlichkeitserklärung von Tarifverträgen zu beachten ist. Über die sich im Arbeitsrecht aus Art 3 Abs 2 GrundG ergebenden Probleme vgl Molit Arch f. zivilistische Praxis 1951, 3, 86.

ohen Auslegung, die dieser Grundsatz gefunden hat und finden wird, bei seiner praktischen Durchführung die Meinungen nur in einem verhältnismäßig begrenzten Rechtsraum im Grundsätzlichen auseinander gehen. Dies trifft vor allem auf die letzte Entscheidungsbefugnis des Mannes in ehelichen und Kindesangelegenheiten zu¹⁾. Doch kommt, wie gezeigt, diesen im Grundsätzlichen erheblichen Unterschieden in der praktischen Rechtsanwendung eine wesentlich geringere Bedeutung zu; sie lassen sich hier bis zu einem gewissen Grade aneinander angleichen. Auch könnte in diesen Fragen auf einem Umwege eine bindende Entscheidung des BVG eingeholt werden.

Allerdings sind - das kann nicht verschwiegen werden - die Schwierigkeiten sehr groß, auf dem ganzen Gebiete der durch Art 3 Abs II GrundG neu geregelten Beziehungen von Mann und Frau in abschbarer Zeit überhaupt zu einem einigermaßen festen richterlichen Gewohnheitsrecht zu kommen. Vielleicht wird das Anpassungsgesetz ergehen, bevor sich überhaupt in nennenswertem Maße ein solches Gewohnheitsrecht gebildet hat, und vielleicht wird es die ersten Ansätze eines solchen Rechtes durch eine andere Regelung wieder beseitigen. Die Schwierigkeiten liegen hauptsächlich im Folgenden. Das BVG prüft bei Vorlagen der Gerichte gemäß Art 100 GrundG kein vorkonstitutionelles Recht nach; das durch Art 3 Abs 2 GrundG beeinflusste Recht ist aber vorkonstitutionell. Die Auswege über Art 93 Abs 1 Nr 2 GrundG und über § 90 BVGG sind unzureichend. An die oberen Bundesgerichte kommt nur ein Teil der entstehenden Fragen und diese teilweise erst sehr spät. Noch sind nicht alle Oberen Bundesgerichte errichtet. Ebensowenig besteht noch das Oberste Bundesgericht, das die Rechtsprechung der Oberen Bundesgerichte vereinheitlichen

¹⁾ Zweifelsfragen werfen allerdings auch die Bestimmung des § 1356 Abs 1 BGE und Verfahrensvorschriften §§ 606, 646, 739, 741, 742, 750 Abs 2, 774, 861, 999 ZPO und die Bestimmungen der Konkursordnung (§§ 2, 45, 218, 219 Abs 2, 234 Abs 2) sowie der Vergleichsordnung (§ 113 Nr 8) auf. Auch die Vereinbarkeit von Bestimmungen des Freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetzes (§§ 43 Abs 2, 45, 48, 51, 53, 99 Abs 2) mit Art 3 Abs 2 GrundG bleibt zu prüfen. Doch handelt es sich hier mehr um Fragen technischer Art, für die sich eine Lösung finden läßt, wenn die Grundsatzfragen gelöst sind.

soll. Die Entscheidungen der oberen Gerichte binden die unteren Gerichte außerhalb des gerade entschiedenen Einzelfalles nicht; in sogenannten Weltanschauungsfragen werden ihnen die unteren Gerichte keineswegs einhellig folgen. Im angelsächsischen Rechtskreis ist das System bindender Präjudizien die unerläßliche Voraussetzung für die dort in sehr großem Umfang erfolgende Bildung von Richterrecht. Im deutschen Recht besteht dieses System nicht. Dem angelsächsischen Richter wird in der Regel nicht angesonnen, nur auf Grund eines sehr allgemeinen Grundsatzes ein ganzes umfassendes Rechtsgebiet neu aufzubauen; er braucht sich vielmehr in der Regel ohne Bruch in der Rechtsentwicklung nur von Einzelfall zu Einzelfall weiterzutasten. Dem deutschen Richter wird dagegen angesonnen, nur auf Grund eines höchst allgemeinen und dazu noch in seinem Sinngehalt stark umstrittenen Grundsatzes die Rechtsbeziehungen von Mann und Frau quer durch das ganze Rechtsgebiet neu zu ordnen, und zwar ohne die Stütze des Präjudizien-systems.

Die Inkraftsetzung des Art 3 Abs 2 GrundG ohne Anpassungsgesetz vom 1.4.1953 an schafft daher, alles in allem genommen, zwar einen rechtsstaatlich höchst bedenklichen und nur schwer erträglichen Zustand, dessen baldige Beendigung durch ein Anpassungsgesetz dringend zu wünschen ist. Die für die Rechtsprechung entstehenden Schwierigkeiten sind aber bei näherem Zusehen nicht so groß, daß sich nicht in absehbarer Zeit ein richterliches Gewohnheitsrecht bilden könnte, das eine leidliche Rechtssicherheit, allerdings mit einigen sehr schwer überwindbaren, aber in der Praxis gerade noch erträglichen Unsicherheitsmomenten, wird herstellen können. Bei dieser Sachlage kann man noch nicht davon sprechen, daß der Art 117 Abs 1 letzter Satzteil GrundG die übergeordneten

Grundsätze über die Teilung der Gewalten und über die rechtsstaatliche Rechtssicherheit verletze.

Die vom Senat vertretene Auffassung steht in Übereinstimmung mit der überwiegend in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾ vertretenen Meinung und der gutachtlichen Stellungnahme des mit den Familienrechtssachen befaßten IV. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs, sowie wohl auch mit der Auffassung des Bundesjustizministeriums³⁾. Sie wird auch in der inzwischen bekannt gewordenen Entscheidung des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vertreten (Urt v. 14. Juli 1953 - V ZR 97/52).

Weinkauff

Birnbach

Wilde

Krüger-Nieland

Baldus

-
- 1) Vgl. Zusammenstellung der Rechtsprechung bei Patschke, Betriebsberater 1953, 490 Fußnote 1. Zu den dort angeführten Entscheidungen sind u.a. hinzuzufügen: OLG Bamberg in NJW 1953, 903 unter ablehnender Stellungnahme zu dem Beschluß des Landgerichts Gießen (NJW 1953, 666; OLG Hamm NJW 1953, 905; OLG München NJW 1953, 906; OLG Stuttgart ebenda; OLG Karlsruhe NJW 1953, 908; OLG Hamburg; OLG Düsseldorf; OLG Oldenburg; OLG Nürnberg; OLG Göttingen, sämtlich NJW 1953, 909 und die NJW 1953, 910 abgedruckten Entscheidungen.
 - 2) Vgl. Schrifttumsnachweise bei Patschke, Betriebsberater 1953, 490, Fußnote 3; hinzuzufügen ist: Doelle JZ 1953, 353; v. Deines NJW 1953, 946; H. Krüger NJW 1953, 984; Bosch, Deutscher Rechtspfleger 1953, 274; Jung DRZ 1953, 97.
 - 3) Vgl. die Veröffentlichungen in der Tagespresse, z.B. die Welt, vom 10.4.1953, Neue Zeitung vom 10.4.1953.