

# Familienrecht

Schriftleitung:

Professor Dr. F. W. Bosch  
Bad Godesberg, Plittersdorfer Str. 130, 5300 Bonn 2

Professor Dr. D. Schwab  
8400 Regensburg, Universität

## Die geordnete Ehe

Von Prof. Dr. Joachim Gernhuber, Tübingen

### I. Der Verzicht des Staates

Staatliche Legislative kann sich der bürgerlichen Ehe im grenzenlosen Zugriff bemächtigen; Anfang und Ende, Zuordnung und Individualität, Freiheit und Bindung, Pflichten und Obliegenheiten (mit ihrem Ob und ihrem Wie) entziehen sich je für sich weder grundsätzlich noch partiell in ihren Zentren. Wäre es anders, so könnte die bürgerliche Ehe nicht als voll emanzipierte Ehe verstanden werden, da doch volle Emanzipation erst gewonnen ist, wenn das Eherecht anderen Kräften entglitt, dem Staat jedoch verfügbar geworden ist. Töricht wäre es zwar, Bindungen der Legislative leugnen zu wollen, die ihr aus dem Standort der Gesellschaft im geschichtlichen Prozeß erwachsen; doch hat ihre Existenz keine grundsätzliche Relevanz, solange sie lediglich als präformierende soziale Standards begriffen werden können (die der Legislative in ihrer eigenen Geschichtlichkeit kaum bewußt werden) und nicht als Widerstände verstanden werden müssen, in denen andere rechtsgestaltende Kräfte ihre Geltung behaupten.

Staatliche Legislative kann sich der bürgerlichen Ehe nie ganz entledigen: Der Freiheit des grenzenlosen Zugriffs korrespondiert keine Freiheit der vollkommenen Preisgabe, weil sich die bürgerliche Ehe im staatlichen Recht als bürgerliche Ehe konstituiert. Staatliche Legislative vermag indessen Bescheidung zu üben: Von der Totalität des Möglichen führt kein geradliniger Weg zur Totalität der gesetzlichen Regelung. Freiheit vom Recht (im Vertrauen auf die Wirksamkeit tradierter sozialer Standards) bleibt ebenso möglich wie Freiheit im Recht, die den Ehegatten Autonomie gewährt zur Regelung gerade ihrer Lebensgemeinschaft im rechtsgeschäftlichen Akt.

Wenn sich der Blick auf die staatliche Legislative im 20. Jahrhundert richtet, so ist die erste Hälfte als Zeit der Bewahrung zu charakterisieren. Was da auch immer (positiv und negativ) eine Änderung erfuhr, es definierte doch das Verhältnis von Staat und Gesellschaft im Eherecht ebensowenig neu wie das Verhältnis von Staat und Ehegatten. Mit schlagwortartiger Kürze (die niemand der Notwendigkeit enthebt, im Detail sorgfältig zu differenzieren) kann demgegenüber die zweite Hälfte des Jahrhunderts, soweit sie bereits Vergangenheit ist, als Zeit des Rückzuges bezeichnet werden, als Zeit der Preisgabe ehemals behaupteter Regelungsmaterien zugunsten einer stärkeren Strukturierung der Ehen im privatautonomen Akt der Ehegatten. Mit einigem Recht (wenn auch unter Vernachlässigung der Vertragsfreiheit im Güterrecht und damit in der Beschränkung auf die sonstige Gestalt der ehelichen Lebensgemein-

schaft) mochte man bis zum Zusammenbruch des Patriarchats den Eheschluß als „Eingehungsvertrag“ charakterisieren können<sup>1)</sup>, als Rechtsgeschäft mithin, das nur den Eintritt in eine fixe Ordnung markiert; die Zeit danach verließ alte Traditionen, ohne neue zu entwickeln, einer unwilligen (restaurativ gesinnten) Legislative folgte mit dem 1. EheRG von 1976 eine resignierende, die der Versuchung widerstand, die Bescheidung zur großen Reform zu stilisieren.

Still vollzog sich der Rückzug der Legislative, fast unbemerkt in einer breiteren Öffentlichkeit. Soweit deren Aufmerksamkeit überhaupt für die Familienrechtsreform mobilisiert werden konnte (und deutscher Tradition entspricht Sensibilität im Vorfeld neuen bürgerlichen Rechtes jedenfalls nicht), wandte sie sich jenen Fragen zu, die plakativ das Reformwerk des 1. EheRG erfassen sollten: Der Übergang vom Schuldprinzip zum Zerrüttungsprinzip, der Versorgungsausgleich, das waren die Fragen, die die Zeit bewegten, das Namensrecht sodann (das in Diskussion und gesetzlicher Entwicklung ein geradezu unübertreffliches Beispiel für restaurative Beschwichtigung und schließlich fruchtloses Zaudern ist) und die Schlüsselgewalt (als glänzendes Beispiel für das Interesse an liebgewordenen Reminiszzenzen und Bewahrung alter Traditionen nach Verlust der sie einst tragenden Kräfte). Von Hausfrauen und Doppelverdienern, von Zuverdienst und Mitarbeit, von Freiheit und Bindung im Wechsel der Situationen, insbesondere aber in der generativen Phase der Ehegatten, wurde wenig gesprochen, sofern man nicht gar schwieg. Nicht, als ob man die Problematik nicht bemerkt hätte — sie ist unübersehbar und drängend —; nur schien die Lösung — die Ausgliederung in das Private zur Erledigung durch die Ehegatten — schon gefunden, bevor sie im theoretischen Vorgriff auf ihre innere Konsistenz und auf ihre Leistungsfähigkeit im Vergleich mit Alternativen abgetastet werden konnte.

### II. Der Polymorphismus und das Gesetz

Aus dem Abstand von fast 100 Jahren betrachtet, gewinnt der Ausgang des 19. Jahrhunderts vielfach scharfe Konturen, in denen simplifizierend die einfache Struktur das tatsächlich bereits differenzierte ersetzt. Aus dem Abstand von fast 100 Jahren gewinnt auch die Ehe in jener Zeit allzu oft die Gestalt akkurat durchgezeichneter Verhaltensmuster, die sich harmonisch zu einem nicht ernsthaft

<sup>1)</sup> Hübner hat noch 1962 vom Eheschluß als Eingehungsvertrag gesprochen (FamRZ 1962, 1 ff.), doch schon damals das geltende Recht nicht mehr richtig getroffen.



bezweifelten Gefüge eines Eheleitbildes verbinden, das den Ehegatten eine feste Ordnung gab, in der sich die Ehe allein zu entfalten hatte. Homogen war die Ehe seinerzeit gewiß in ihrer Idealgestalt, so wie sie vom Bürgertum als allgemein verbindlich (und nicht verfügbar, weil aus einer vorgegebenen „sittlichen Ordnung“ folgend) postuliert wurde. Weit weniger war sie es in ihrer Realgestalt, wenn nicht nur das gebildete und besitzende Bürgertum sezirt wird, das sich als Repräsentant der nationalen Gesellschaft eilfertig anschickte, die nationalen Interessen mit den eigenen zu identifizieren. Kleinbürgertum, Proletariat und bäuerliche Bevölkerung mit ihren schichtenspezifischen sozioökonomischen Bedingtheiten relativieren fast jede von der bürgerlichen Gesellschaft zur Allgemeingültigkeit abstrahierte Daseinsform; sie relativieren auch die landläufige Vorstellung von der Homogenität der Ehe.

Und doch: wie weit auch immer die Konturen verschwimmen mögen und Vielfalt die Einheit verdrängen mag, nie wurde ein Reichtum an Modellen und Varietäten erreicht, der auch nur entfernt mit dem Polymorphismus der Ehe in der Gegenwart verglichen werden könnte. Die Einheit der Ehe ist heute gewiß nicht nur die Einheit eines formalen Begriffs; sie ist gewiß aber auch nicht mehr die Einheit eines Inhalts mit Verwerfungen an der Peripherie. Wir beginnen in Ehetypen zu denken, der Manier der Zeit folgend vornehmlich in Typen, die von der Arbeit der Ehegatten geprägt sind: Hausfrauenehe, Doppelverdienerhe, Zuverdiensthe, Mitarbeitsehe, sie alle sind Ehe, doch jeweils Ehe mit besonderem Ausdruck. Nur in ersten Ansätzen ist daneben eine Typologie erkennbar, die an die Ehe als Dauerrechtsverhältnis anknüpft, das in Phasen Gehalte gewinnen, aber auch verlieren kann. Von der „intermittierenden Ehe“ ist zuweilen die Rede als Ehe mit wechselnder Beschäftigung der Ehegatten, insbesondere aber als Ehe, in welcher die grundsätzlich berufstätige Frau in der Generationsphase der Ehegatten einen Zeitraum einschleibt, in dem sie sich ausschließlich der Familie widmet. Vereinzelt hat die Rechtsprechung [Rspr.] auch schon die Ehe der Alten besonders (wenn auch meist nicht eben glücklich<sup>2)</sup>) gewürdigt. Im übrigen aber ist unser Denken der alten Vorstellung von der Ehe als einem phasenlosen Verhältnis verhaftet geblieben.

Polymorphismus im sozialen Bereich zwingt die staatliche Legislative selbst dort nicht zum Rückzug, wo die faktische Autonomie der Rechtssubjekte weder gezeugnet noch beseitigt werden kann. Zwar führt kein Weg zurück zur Einheit der Gestalt, der vom Recht allein gebahnt und durchgesetzt werden könnte; doch kann das polymorph Gewordene als Polymorphes Gegenstand der Legislative bleiben. Vor der Vielfalt der schuldrechtlichen Beziehungen trat das BGB nicht die Flucht in das Pathos der Vertragsfreiheit an; es ordnete in Typen (ohne Exklusivität), was es als Einheit nicht ordnen konnte. Vor dem Drängen nach verschiedenen Grundpfandrechten (dem staatliches Recht sich jederzeit hätte verschließen können) gab es keine Ausgliederung der Rechte in das Beliebigere der *lex contractus*. Selbst das alte Eherecht verschloß sich der Möglichkeit einer nach Typen differenzierenden Regelung nicht ganz, da es die Mitarbeitsehe in § 1356 II a. F. wenigstens kurz erwähnte und ferner der Einheit der personalen Strukturen von vornherein (und bis heute) keine Einheit der Güterstände zuordnete.

Unvereinbar sind Polymorphismus und gesetzliche Regelung erst, wenn das Typische dem Individuellen erliegt oder doch auf wenige Grundelemente zurückfällt, die legislatorisches Bemühen nicht mehr rechtfertigen können. Daß dieser Grenzwert von den Ehen der Gegenwart (so, wie sie tatsächlich gelebt werden) nicht erreicht wird, scheint uns indessen evident zu sein. Wäre es anders, so hätte auch die Familiensoziologie längst ihren Gegenstand verloren.

<sup>2)</sup> In erster Linie werden freilich Ehen verkannt, die erst im Alter geschlossen werden. Vgl. etwa *OLG München*, FamRZ 1968, 198 (199), mit der generellen Behauptung, daß „an die Pflichten von zwei im Greisenalter heiratenden Personen wesentlich weniger strenge Maßstäbe als sonst anzulegen sind“.

Gesetzliche Regelung von Typen hat ihre Nachteile: Im stets erneut aufgegriffenen Sachproblem wird die Zahl der Normen multipliziert; Entlastung durch allgemeinere Normen zu erhoffen, die jeweils mehrere (wechselnde) Typen im Detail verbinden, ist müßig: Im Wechsel von exklusiver und verbindender Regelung in unterschiedlichen Typen-kombinationen wird der Gewinn an Kürze von Verlusten an Klarheit stets aufgezehrt.

Gesetzliche Regelung von Typen hat jedoch auch ihre Vorteile: Das Gesetz bewährt sich als Orientierungshilfe all jener, die sich ihrer Verhaltensmuster nicht sicher sind; das Gesetz ordnet, wenn die Parteien eine Ordnung nicht suchten oder nicht zu bewahren wußten; das Gesetz wird der Legislative zur heilsamen Fron, wenn in Typen entfaltetes Recht einzubetten ist in Normenkomplexe, die übergreifendes Recht setzen, das allgemeine Geltung in Anspruch nimmt: Die Notwendigkeit des Bemühens um ein in sich folgerichtiges Recht, das im Aufstieg vom Individuellen über das Typisierte zum Allgemeinen Glaubwürdigkeit behauptet, wird unabweisbar.

Einem nach Ehetypen differenzierenden Eherecht wären alle Vorteile eigen. *Orientierung, Ordnung für die Sorglosen oder uneins Gewordenen, Glaubwürdigkeit im Übergang zum Allgemeinen*, das alles hat gerade im Eherecht seinen Wert.

*Orientierung*: sie ist auch in einer Gesellschaft, die gern die „Mündigkeit des Bürgers“ bemüht, kein Atavismus, mögen auch bereits Tendenzen erkennbar sein, jedenfalls den (nach eigenem Urteil) „kritischen“ Bürger von allem staatlichen Eherecht zugunsten freigestalteter „eheähnlicher Lebensgemeinschaften“ zu emanzipieren. Wer die Zivilehe als Vertrag charakterisiert „nach einheitlichen, allgemeinen Geschäftsbedingungen, die im Ganzen nicht die schlechtesten sind“, die „eheähnliche Lebensgemeinschaft“ aber als „eher geeignet für kritisch denkende Menschen, die die Entwicklung der Lebensgemeinschaft selbstständig planen, im wesentlichen überschauen und bewußt gestalten“<sup>2a)</sup>, formuliert in einer Weise, die sich der breiten („unkritischen“) Masse als notwendiger Folie für „kritische“ Elite wohl bewußt ist. Zu fragen bliebe dann freilich immer noch, ob wirklich nur der Unkritische der Orientierung bedarf (und sie in Regeln findet, die — für ihn, versteht sich — nicht die schlechtesten sind), der „Kritische“ dagegen nicht. Wo existiert denn schon jener Intellektuelle, der für sich eine Ordnung zu entwerfen vermag, die den Anspruch auf Vollständigkeit (auch Fairneß?) erheben könnte.

*Ordnung für die Sorglosen oder uneins Gewordenen* sodann: Andersorts war sich die Legislative der Notwendigkeit wohl bewußt, das Bekenntnis zur Autonomie der Ehegatten mit einem Rechtssatz subsidiärer Geltung zu ergänzen, im Namensrecht etwa oder auch im Recht der Gütergemeinschaft. Ehegatten können bei der Eheschließung durch getrennte (nicht vertraglich verbundene, jedoch wechselseitig als Wirksamkeitsvoraussetzung einander zugeordnete) Willenserklärungen des öffentlichen Rechts (Zivilhandlungen) für den Namen des Mannes oder für den Namen der Frau optieren<sup>3)</sup>; schweigen sie, so ist Ehename der Geburtsname des Mannes (§ 1355 II). Ehegatten, die Gütergemeinschaft vereinbaren, können gemeinschaftliche Verwaltung des Gesamtgutes wählen oder Verwaltung des Gesamthandvermögens durch den Ehemann oder die Ehefrau; schweigen sie, so verwalten sie das Gesamtgut gemeinschaftlich (§ 1421). Zugestanden: hier

<sup>2a)</sup> Vgl. *Kunigk*, Die Lebensgemeinschaft, Rechtliche Gestaltung von ehelichem und eheähnlichem Zusammenleben, 1978, S. 34 und S. 35.

<sup>3)</sup> Die h. L. qualifiziert die Erklärungen der Ehegatten als Privatwillenserklärungen. Vgl. *Diederichsen*, NJW 1976, 1171; *Wacke*, FamRZ 1977, 512 (beide jedoch mit Einschränkungen bei der Anwendung der §§ 104 ff.); *Rolland*, I. EheRG, 1977, Rz. 7 zu § 1355 (ohne jede Einschränkung). Für eine entsprechende Anwendung der Lehre von den Prozeßhandlungen *Lüke*, Die persönlichen Ehwirkungen und die Scheidungsgründe nach dem neuen Ehe- und Familienrecht, in: *Festschrift Bosch*, 1976, S. 630.



wie dort werden Alternativen aufgeworfen, deren Auflösung für den Rechtsverkehr bedeutsam ist, so daß weit mehr zu bedenken ist als das individuelle Interesse der Ehegatten an einer Regelung ihrer personalen Zuordnung und der aus jener folgenden Weiterungen. Doch sollten wir der Versuchung widerstehen, den Rückzug der Legislative als vollendeten Respekt vor der Persönlichkeit der Ehegatten zu preisen, da doch der andere Gedanke eines Alibis für Bequemlichkeit nicht eben fern liegt.

Ernster wäre schon der Einwand schließlicher Nutzlosigkeit angestrebten Bemühens zu nehmen, weil mit dem 1. EheRG das Zeitalter intensiver Bezüge des Scheidungsrechtes auf die personalen Pflichten der Ehegatten sein Ende fand. Doch ist weder ein Scheidungsrecht entstanden, das sich frei wüßte von allen Bezügen auf das, was die Ehegatten einander zu gewähren verpflichtet sind (mögen auch jene „Reste“ weithin in unbestimmten Begriffen und Generalklauseln wirken und damit dem oberflächlichen Betrachter verborgen bleiben), noch ist die Frage nach der Sanktion die letztlich entscheidende für eine staatliche Ordnung, die Ehe zunächst als Lebensgemeinschaft betrachten muß und allen Anlaß hat, das Mißverständnis einer Ehe ohne personale Verhaltensanforderungen an die beiden Ehegatten zu vermeiden. Unangemessen wäre es schon (und keinesfalls eine Konsequenz aus der jüngeren Rechtsentwicklung), wenn uns die meisten personalen Verhaltensanforderungen zu bloßen Obliegenheiten verblassen würden inmitten einer Fülle unbezweifelbarer Rechtspflichten in geldwerten Belangen<sup>4)</sup>.

*Glaubwürdigkeit im Übergang zum Allgemeinen* schließlich: Abstraktion aus verkürzter Anschauung (als Folge tradierter Blindheit, bewußter Ablehnung neuer Daseinsformen oder auch bequemer Beharrung, die die Anstrengung des Begriffs nach totaler Anschauung scheut) verliert im nicht angeschauten Regelungsbereich die Glaubwürdigkeit, die aus totaler Anschauung abstrahiertes Recht trotz Preisgabe des Individuellen jederzeit behauptet; Dissonanzen brechen auf zwischen Recht und Wirklichkeit, aber auch zwischen Regelung und Regelung, wenn das jeweils Besondere in Teilbereichen eine ihm gemäßige Regelung fand, in anderen jedoch allgemeinem Recht unterworfen wird, das nicht als Verlängerung des Besonderen im Allgemeinen oder auch umgekehrt als Fundament weiteren Rechts mit geringerem Abstraktionsgrad begriffen werden kann. Derlei Dissonanzen haben nicht immer ein gleiches Gewicht; sie werden bedrückend, wenn sie eine jedermann zugängliche und im Regelfall auch angenommene Daseinsform mit dem Odium partiell fehlerhafter Regelung belasten, und unerträglich, weil die Daseinsform ernsthaft infizierend, wenn zwingendes Recht gesetzt wurde oder dispositives, das mehr theoretisch als praktisch zur Disposition steht, weil soziale oder psychologische Schranken einer vertraglichen Regelung Widerstand leisten.

Ehe zumal ist anfällig, weil das Höchstmaß an Intimisierung personaler Beziehungen, das sie jedermann verspricht, und ihr Standort im Zentrum der Familie — diese jetzt begriffen als Interaktionssystem, das verschieden geardete personale Beziehungen (Ehegatten, Eltern und Kinder, Geschwister) in einer Form koordiniert, die ihnen Stabilität sichert — Empfindlichkeiten freisetzt, die andernorts nicht anzutreffen sind. Es liegt uns fern, das geltende Recht, weil es sich konsequent dem Gedanken eines nach Ehetypen differenzierenden Eherechts verschloß, als ehefeindlich zu diffamieren. Daß es jedoch eigentümlich zerrissen wirkt, weil es einerseits der Autonomie der Ehegatten vertraut, um der Individualität jeder Ehe zu entsprechen, anderer-

seits aber Normenkomplexe mit allgemeinem Geltungsanspruch bewahrt, die aus der Anschauung eines einzigen Ehetyps konzipiert wurden, das wagen wir zu behaupten. Wie oft ist nicht schon bemerkt worden, daß die Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlicher Güterstand in einer Doppelverdienerehe ihren Sinn verliert<sup>5)</sup>. Wo existiert jene Einheit der Koordinaten, die es erlaubt, für alle Ehen den nämlichen Versorgungsausgleich vorzusehen? Und wer wollte schon behaupten, daß es noch möglich ist, plausible einheitliche Lösungen von einiger Genauigkeit (und d. h. ohne Vielzahl unbestimmter Begriffe, die dem Richterrecht Raum gewähren) im Unterhaltsrecht zu finden, wenn die Ehetypen der Zeit sich auch und gerade an der Beschäftigung der Ehegatten voneinander scheiden und damit an den unterschiedlichen Möglichkeiten, zum Unterhalt der Familie beizutragen<sup>6)</sup>?

### III. Die Ehelehren und die Autonomie der Ehegatten

Die Frage nach dem, was Ehe im Recht bedeutet, ist augenscheinlich zur Frage geworden, die ihre praktischen Bezüge einzubüßen beginnt. Vom „Wesen der Ehe“ war früher viel die Rede, im Scheidungsrecht des EheG zumal; Spuren finden sich heute nur noch im geltenden Recht (vgl. die §§ 32 I, 33 I EheG), das in seinen jüngeren Schichten betonte (und — wie wir hinzufügen möchten — berechnete) Zurückhaltung übt. So nähern wir uns denn einer Zeit, in welcher die Ehelehren unpraktisch werden, wenn allein Rechtsanwendung praktische Relevanz sichert. Den Standort einer Zeit im Fluß des Geschehens pflegen freilich Antworten auf unpraktische Fragen, die sich der Bedeutung komplexer Phänomene weitester Verbreitung zu versichern suchen, weit einsichtiger zu markieren, als es eine Fülle einzelner Entscheidungen zu tun vermag, die in der Vielfalt des Entschiedenen die Einheit der Idee nicht plakatieren.

Vorüber scheint die Zeit der institutionellen Ehelehren zu sein, vorüber jedenfalls dann, wenn mit der Ehe als Institution metaphysische (insbesondere theologische) Aspekte aufgegriffen werden und im Extrem eine Recht und Geschichte transzendierende Wesenheit behauptet wird, die ihren „letzten Grund“ in einer göttlichen Stiftung oder auch in einer dem Bewußtsein des Menschen vorgegebenen, ja präexistenten „Idee“ findet. Nicht, als ob jenen Lehren die Existenzberechtigung überhaupt abgesprochen worden wäre oder auch nur abgesprochen werden könnte, wenn alle Möglichkeiten in sich folgerichtigen Denkens bewahrt werden sollen. Aber allzu augenscheinlich verfehlt eine forciert metaphysische Ehelehre die Säkularisierung der bürgerlichen Ehe in der Neuzeit (die jedermann die Möglichkeit beläßt, in anderen Zusammenhängen mit dem Begriff „Ehe“ andere Bedeutungsgehalte zu verbinden, und insofern Toleranz übt).

Jüngeren Datums sind interindividuelle Ehelehren, in denen die bürgerliche Ehe als interindividuelles Gemeinschaftsverhältnis charakterisiert wird, als ein offener Rahmen, in dem sich die privaten Erwartungen der Ehegatten erfüllen sollen und der eben deshalb ihrer Gestaltung wenigstens weithin anheimgegeben wird<sup>7)</sup>. Interindividuelle Ehelehren erkennen in letzter Zuspitzung keine rechtlichen Pflichten mehr an; mildere Formen erschöpfen sich

<sup>4)</sup> Vgl. dagegen *MünchKomm/Wacke*, Rz. 5 zu § 1353 = FamRZ 1977, 506/507. Ihm zufolge hat ein Großteil der Ehepflichten „hinfort keinen höheren Verbindlichkeitsgrad als bloße Sollvorschriften oder Obliegenheiten“. Doch sind Erfüllungszwang und Sanktion keine den Begriff der Rechtspflicht konstituierenden Elemente. Selbst die Möglichkeit, überhaupt Erfüllung vor staatlichen Gerichten zu fordern (die für die aus der Ehe folgenden Pflichten stets gegeben ist), ist für den Begriff der Rechtspflicht nicht wesentlich. Im Ergebnis wie der Text *Rolland*, Rz. 5 zu § 1353. Gegen *Wacke* bereits *Bosch*, FamRZ 1977, 572 (V.).

<sup>5)</sup> Der Vorschlag eines nach Ehetypen differenzierenden Ehegüterrechts ist von mir bereits 1955 gemacht worden (FamRZ 1955, 193 [198]).

<sup>6)</sup> Für eine typengerechte Unterhaltsordnung haben sich ausgesprochen *Ramm*, Zur Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen, JZ 1970, 705 ff. und 753 ff.; *Dieckmann*, Unterhalts- und versorgungsrechtliche Betrachtungen zur Reform des Scheidungsrechts, in: Festschrift Bosch, 1976, S. 131 f.

<sup>7)</sup> Für die interindividuellen Ehelehren vgl. E. Wolf, Zwang zur Ehe, JZ 1967, 659 (dazu *Weinkauff*, JZ 1968, 15 und wieder Wolf, JZ 1968, 172); „Zur Institution Ehe“, JZ 1967, 749 (dazu *Larenz*, JZ 1968, 96 und wieder Wolf, JZ 1968, 173); Ehe, Zerrüttung und Verschulden, NJW 1968, 1497; *Pawlowski*, Das Studium der Rechtswissenschaft, 1969, S. 296 ff.; *Streck*, Generalklausel und unbestimmter Begriff im Recht der allgemeinen Ehwirkungen, 1970 (dazu G. Brühl, FamRZ 1970, 612 ff.).



in formalen Aussagen, denen Inhalte erst von den konkreten Gegebenheiten der einzelnen Ehen und den konkreten Ansprüchen der Ehegatten zugeordnet werden. Das den institutionellen Ehelehren eigentümliche Übermaß an inhaltlicher Bindung der Ehegatten wird in das andere Extrem gewendet; das Verhältnis von Ehelehre und geltendem Recht wird erneut dissonant.

Jüngerer Datums ist auch die Lehre von der Ehe als rechtlich geregelter sozialer Verhaltensform, die dem Anspruch des einzelnen auf soziale Verhaltensmuster in einem zentralen und für alle bedeutsamen Bereich genügen will<sup>9)</sup>. Die Aussage mag trivial dünken, verdeutlicht indessen den pragmatischen Grundzug der bürgerlichen Ehe ebenso wie die Bindung des Staates an die sozialen Standards der Zeit und damit Offenheit der bürgerlichen Ehe für zukünftige Inhalte. Wer soziale Verhaltensformen im Muster zu regeln hat, hat lediglich vorgefundene soziale Standards in Recht zu transformieren.

Transformation als einzige Möglichkeit legitimer Regelung ist nicht identisch mit realer Beschränkung der Legislative auf Transformation. Bewußter Widerstand gegenüber unerwünschten Entwicklungen (um ihre Verdichtung zum sozialen Standard zu verhindern), bewußte Fremdbestimmung gar des Sozialkörpers durch eine wohlmeinende Legislative (die sich damit der vom Zeitgeist gezogenen Grenzen legitimer rechtlicher Regelung entledigt) sind nicht ausgeschlossen, mag auch die Gegenwart diesen Gefahren weit entrückt zu sein scheinen.

Transformation als einzige Möglichkeit legitimer Regelung ist auch nicht identisch mit konsequenter Transformation im steten Zugriff auf neue Standards und mit steter Bereitschaft, verblässenden Standards keinen Raum im Recht mehr zu gewähren. Legislative kann sich verweigern, um zu konservieren. Zwar wird es ihr kaum je gelingen können, neue Standards durch Mißachtung zu erschüttern oder gar zu beseitigen; doch entzieht die Verweigerung des Rechts den inkriminierten Standards ein wesentliches Element der (Dauer verbürgenden) Stabilisierung.

In milderer Form verweigert sich die Legislative, wenn sie ehemals von ihr besetzte Regelungsbereiche zugunsten der Autonomie der Ehegatten preisgibt. Die Ausgliederung in das Private behindert zwar die Entwicklung sozialer Standards nicht, konkretisiert, stützt und stabilisiert aber auch nicht und entwertet die jüngere Entwicklung auf dem Hintergrund der Vergangenheit zum Gleichgültigen.

In einem begrenzten Umfang kann die Ausgliederung früher gesetzlich geregelter Ehehalte ins Private der Lehre von der Ehe als rechtlich geregelter sozialer Verhaltensform als mehr periphere Verwerfung einer grundsätzlich bewahrten Haltung angegliedert (sicher nicht: integriert) werden. Je weiter sich jedoch Autonomie der Ehegatten gegen den Anspruch des Gesetzes durchsetzt, desto unabweisbarer wird die Notwendigkeit einer Neuorientierung, die schließlich in einem Bekenntnis zur interindividuellen Ehelehre münden muß.

Die Wendung des 1. EheRG mit seiner Weigerung, die gegenwärtig klar erkennbaren Ehetypen in (zwingenden oder dispositiven) Rechtssätzen zu fixieren, und mit seinem Verzicht auf bislang sorgsam konservierte Rechtssätze wäre nun gewiß überzeichnet, wenn man mit ihr die Vorstellung eines grundsätzlichen Wandels verbinden würde, der den Übergang zu einer interindividuellen Ehelehre — gleich welcher Schattierung — erzwingt. Doch wäre die Behauptung einer ungebrochenen Tradition kaum weniger verfehlt: Die bürgerliche Ehe von heute ist (noch?) kein Rahmen, der sich den Ehegatten zur Beliebigkeit der individuellen Ehehalte öffnet; aber Tendenzen sind erkennbar geworden als Zeichen einer Zeit, die — auch in anderen Zusammenhängen — alte Verhaltensmuster zwar aufzugeben, neue jedoch nicht zu entwickeln versteht. Ehe ist

<sup>9)</sup> Vgl. dazu mein Lehrbuch des Familienrechts, 2. Aufl. 1971, § 3, 5. Ihm zustimmend inzwischen *MünchKomm/Wacke*, Rz. 18 zu § 1353 = *FamRZ* 1977, 508 (Abschn. 7).

nach wie vor eine Kombination objektiver und subjektiver Gestaltungskräfte, doch haben die subjektiven an Boden gewonnen.

#### IV. Die autonomen Akte

Recht, das sich die Ehegatten im normfreien Raum oder gegen dispositives Recht setzen, ist nicht als Einheit zu begreifen; von den Ordnungen sind die Beschlüsse und die Verträge zu sondern. Als „*Ordnung*“ sind alle Bestimmungen des Ehehalts im autonomen Akt zu charakterisieren, alles Einvernehmen<sup>9)</sup>, das die konkrete Ehe modelliert und deshalb die Verfassung der Ehe mitbestimmt. *Beschlüsse* sind dagegen planende Akte der Ehegatten (Planung verstanden als systematische Vorbereitung und Fixierung rationalen Verhaltens, das bestimmte Ziele auf bestmöglichem Weg verwirklichen soll), mit denen sie konkrete (zukünftige) Akte lenken (etwa die Begründung des Wohnsitzes an einem bestimmten Ort) oder Rahmenbedingungen für (zukünftiges) Verhalten schaffen (etwa die Fixierung des Wirtschaftsgeldes auf einen bestimmten Betrag) oder schließlich Richtlinien entwickeln für (zukünftiges) Verhalten, das einer abschließenden Fixierung widersteht (etwa die Einigung auf bestimmte Prioritäten bei der Verwendung der insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel).

Ordnungen und Beschlüsse sind wie Verträge Rechtsgeschäfte, also Tatbestände, die von Willenserklärungen der Ehegatten als rechtsfolgenbestimmenden Elementen beherrscht werden. Daß Ordnungen nach Art von Statuten organisieren, das ihnen gemäßes Pflichtenprogramm aber vielfach erst durch Vertrag zu entfalten oder aus § 1353 zu entwickeln ist (womit die von der Legislative vermiedene Regelung mehrerer Ehemodelle auf anderer Ebene doch notwendig wird), Verträge dagegen unmittelbar Verhaltensanforderungen in Form von Rechtspflichten begründen, ist gleichgültig, weil diese Differenz im Oberbegriff des Rechtsgeschäftes bedeutungslos ist. Auch Ordnungen entfalten ihre Wirkungen, weil sie von den Ehegatten gewollt sind und erfüllen damit die Kriterien, an denen sich die Willenserklärungen von anderen rechtmäßigen juristischen Handlungen sondern. Inmitten formal bestimmter Begriffe ist ihr Inhalt kein Anlaß, das System der juristischen Handlungen um eine weitere Variante rechtlich relevanten, weil final gesteuerten Verhaltens zu erweitern<sup>10)</sup>.

Ordnungen und Beschlüsse sind jedoch anders als Verträge den §§ 106 ff. nicht zu unterwerfen. Das Gesetz schweigt; von Ordnungen, von Beschlüssen ist ebenso wenig die Rede wie von der Fähigkeit, mit ihrer Hilfe eigenes Eheleben zu gestalten. Und doch: eine Rechtsordnung, die sich der Modellierung der Ehe weithin zugunsten autonomer Akte der Ehegatten begibt, eine Rechtsordnung ferner, die keine Eheordnung von wenigstens subsidiärer Geltung für Ehegatten vorsieht, die zwar der Ehe, nicht aber ihrer Modellierung fähig waren, eine Rechtsordnung schließlich, die in einem Bereich höchstpersönlicher Lebensgestaltung keinesfalls Fremdbestimmung der Ehegatten durch Eltern oder Vormund gelten lassen kann, wird nur dann folgerichtig entfaltet, wenn die Fähigkeit zur Ehe zugleich als Fähigkeit begriffen wird, die Ehe im autonomen Akt zu ordnen und planend zu lenken. Ehefähigkeit mangelt indessen allein dem Geschäftsunfähigen (§ 2

<sup>9)</sup> Sprachlich wenig überzeugend spricht das Gesetz in § 1356 I S. 1 von einem „gegenseitigen Einvernehmen“.

<sup>10)</sup> Die Frage nach der richtigen Qualifizierung wird bislang meist beschränkt auf das Einvernehmen des § 1356 I S. 1 gestellt. Ein Rechtsgeschäft nehmen insoweit an *Kurr*, *FamRZ* 1978, 2 ff.; *Palandt/Diederichsen*, 2 a bb zu § 1356 (mit näherer Bestimmung als Vertrag). Mit generellem Zuschnitt für ein Rechtsgeschäft *Roth-Stielow*, in: *Bastian/Roth-Stielow/Schmeiduch*, 1. EheRG, 1978, Anm. 7 zu § 1353. Zum Einvernehmen des § 1356 I S. 1 vgl. bei ihm ferner Anm. 12 zu § 1356 (Vertrag besonderer Art mit Hinweis auf die §§ 241 und 305).

Gegen die Qualifizierung als Rechtsgeschäft *Ramm*, *Grundgesetz und Eherecht*, 1972, S. 41; *Ambrock*, *Ehe und Ehescheidung*, 1977, I 1 zu § 1356.

Ohne Entscheidung zwischen Rechtsgeschäft und geschäftsähnlicher Handlung (und mit näherer Qualifizierung als Beschluß) *MünchKomm/Wacke*, Rz. 9 zu § 1356 = *FamRZ* 1977, 518 (Abschn. II.4.).



EheG); schon dem beschränkt Geschäftsfähigen ist sie eigen. Daß dieser für den Eheschluß der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters und eines etwaigen (weiteren) Sorgeberechtigten bedarf (§ 3 I und II EheG), impliziert keinesfalls die Notwendigkeit, auch Ordnungen und Beschlüsse der Ehegatten äquivalent zu binden. Regeln, die für den Eintritt in einen Lebensbereich gelten, sind nicht notwendig die sachrichtige Antwort auf die Frage nach Fähigkeit oder Unfähigkeit selbstverantwortlicher Gestaltung innerhalb des Lebensbereiches selbst. Allzu evident ist zudem, daß Zustimmungen Dritter (also eine relativ milde Form der Fremdbestimmung, die nur abwehrend voll wirksam ist) so gut wie niemals erbeten werden würden (mit der Folge der rechtlichen Irrelevanz aller tatsächlich von den Ehegatten einvernehmlich geschaffenen und gelebten Ordnungen, die nicht im konkludenten Akt gebilligt wurden), weil die Ehegatten (mit gutem Grund) wie selbstverständlich von einem ihnen zu höchstpersönlicher Gestaltung zugewiesenen Lebensbereich ausgehen.

Zurück bleiben die während der Ehe geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten, für die mit dem Hinweis auf die Geltung aller früher geschaffenen Ordnungen und aller früher gefaßten Beschlüsse nur wenig gewonnen ist. Ordnungen und Beschlüsse binden gleichermaßen nicht unbedingt bis zu einem *actus contrarius* (den der Geschäftsunfähige nicht vornehmen könnte); sie gestatten die Beendigung durch einseitigen Akt aus wichtigem Grund (vgl. dazu unten VI.), der eine Zeit bloßer Faktizitäten folgt, wenn nicht sofort eine neue Ordnung gefunden werden kann. Daß die Ehen Geschäftsunfähiger dergestalt inhaltlich aufgelöst werden können, mag unbefriedigend sein, ist jedoch die selbstverständliche Konsequenz einer Rechtsordnung, die in einem der Ordnung bedürftigen Lebensbereich nichts weiter als den Aufruf zum autonomen Gestaltungsakt zu bieten hat. Fraglich ist zudem, ob das theoretisch Bedrängende je praktische Relevanz gewinnen kann. Ehegatten sind gewiß vor Geschäftsunfähigkeit nicht sicher, doch sind mit Geschäftsunfähigkeit in aller Regel Leistungsdefizite verbunden, die vielfältige Überlegungen zur Gestaltung des ehelichen Lebens von vornherein nicht zulassen.

Schon mehr in Parenthese sei bemerkt, daß die *lex lata* im Güterrecht eine vergleichbare Situation kennt. Eine einmal vereinbarte Gütergemeinschaft kann vom gesetzlichen Vertreter eines geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten nie aufgehoben werden (§ 1411 II S. 1), steht aber zur Disposition des Partners im einseitigen (hier: formalisierten) Akt, wenn der Geschäftsunfähige zur Verwaltung des Gesamtgutes berufen war (§§ 1447 Nr. 4, 1469 Nr. 5). Die Folge ist Gütertrennung (§§ 1469 I, 1470 I), ein Güterstand, der sich in der Negation güterrechtlicher Wirkungen erschöpft, und damit eine (hier vorhandene) Notordnung des Gesetzes, deren Entfernung von der Faktizität des rechtlich nicht mehr geordneten ehelichen Lebens nicht weit genug ist, um die Vergleichbarkeit der Situationen von vornherein auszuschließen.

Bloße Faktizitäten werden vom Gesetz auch sonst in Kauf genommen. Evident sind die Lücken der gesetzlichen Eheordnung und damit die Notwendigkeit einer Ergänzung in autonomen Akten, wenn aus einer Kombination objektiver und subjektiver Gestaltungskräfte eine geordnete Ehe erwachsen soll. Doch korrespondiert dieser Notwendigkeit kein Zwang: Ehegatten können ihre Ehe ordnen; Ehegatten sollen ihre Ehe ordnen (den Stil eines militärischen Befehls kopierend, setzt § 1356 I S. 1 für die Ordnung des Haushalts — die Tat vorwegnehmend — das Ziel in den schlichten Indikativ und verdeckt damit schlecht und recht die eigene Blöße); Ehegatten müssen jedoch nicht tätig werden. Auch Rückzug der staatlichen Legislative, auch Verzicht auf Regelung hat ihren Preis: Der Zugang zur Ehe kann nicht abhängig sein vom Nachweis einer rechtsgeschäftlichen Eheordnung; selbst wenn er es wäre, gäbe es keine Garantie des Fortbestandes; so impliziert denn der Verzicht auf eine wenigstens subsidiär geltende gesetzliche Eheordnung zwangsläufig Gleichgültigkeit gegenüber Ehen, die sich in ungeordneten Bahnen bewegen, weil sich keine Gestaltungskraft ihrer Ordnung annahm. Selbst im Kernbereich der ehelichen Lebensgemeinschaft ist kein Ehepaar verpflichtet (geschweige denn gezwungen), eine Ent-

scheidung zu treffen; selbst für den Haushalt gilt die Autonomie der Ehegatten unbegrenzt (einschließlich der Möglichkeit, sie nicht zu nutzen); selbst für ihn gibt es ohne Entscheidung der Ehegatten für ein bestimmtes Ehemodell kein Parallelogramm der Kräfte, das sich zu Daten verdichten ließe, aus denen eine Eheordnung zwangsläufig zu folgern wäre. Aus § 1353 kann für beide Ehegatten noch die Pflicht entwickelt werden, den Haushalt vor dem Ruin zu bewahren<sup>11)</sup>. Im übrigen mögen die Ehegatten als autonome Persönlichkeiten sich zu einigen versuchen oder mit ihrer Ehe scheitern. Dann freilich steht den scheidungswilligen Ehegatten wieder eine Rechtsordnung zu Gebote, die allen ihren Bedürfnissen gerecht wird oder doch wenigstens gerecht zu werden vorgibt.

## V. Zwingendes Recht

Objektive Gestaltungskräfte bestimmen die Verfassung aller Ehen im unmittelbaren Zugriff insoweit, als die Rechtsordnung zwingendes Recht setzt, das stets gilt, wie immer auch die Ehegatten gerade ihre Ehe ausgestaltet haben mögen. Objektive Gestaltungskräfte bestimmen die Verfassung von (nun nicht mehr allen) Ehen mit mittelbarem Ansatz insoweit, als die Rechtsordnung zwingendes Recht kennt, das nur gilt, wenn die Ehegatten sich zuvor für eine bestimmte Ordnung ihrer Ehe entschieden. Zwingendes Recht dieser Art ist typen- oder auch modellbedingt.

Zwingendes Recht generellen Zuschnitts schützt die — freilich im Fluß der Zeiten flexible — Grenze, an der sich die Freiheitssphäre eines jeden Ehegatten von den gemeinschaftlichen Angelegenheiten sondert<sup>12)</sup>. Nie hat es Ehen gegeben, in denen die Ehegatten ihre Individualität zugunsten einer totalen Zuordnung einbüßen. Vollkommene Lebensgemeinschaft wäre auch (und gerade) in der Gegenwart (die sich der zunehmenden Intimisierung der familiären Beziehungen nicht genug zu rühmen weiß) nichts weiter als ein utopischer Entwurf jenseits aller vorstellbaren Möglichkeiten. Neue Impulse können umschichten, können der ehelichen Lebensgemeinschaft alte Freiheitsräume zuführen und umgekehrt alte Gemeinsamkeiten entziehen, jedoch das Spannungsverhältnis von individueller Freiheit und ehelicher Gebundenheit nicht gänzlich aufheben.

Es sind die sozialen Standards der Zeit, die jeweils die Grenze ziehen, mit festem (für alle Ehegatten gültigem) Kern und gruppenspezifischen Ausfächerungen an den Rändern. Abreden der Ehegatten, die den Bereich der persönlichen Freiheit einschränken, sind nicht gänzlich ausgeschlossen (sie können den Beginn wachsender neuer Standards bezeichnen), jedoch vielfach als sittenwidrige Bindung in einem der individuellen Freiheit zugewiesenen Raum nichtig (§ 138). Sittenwidrig wäre etwa eine Ordnung, die einen Ehegatten unter die Kuratel des anderen stellt<sup>13)</sup>, sittenwidrig die Verpflichtung, Gleichförmigkeit des politischen oder religiösen Verhaltens zu wahren<sup>14)</sup>, sittenwidrig auch die unwiderrufliche Öffnung der Korrespondenz und des gesprochenen Wortes am Fernsprecher und manches andere mehr.

Zwingendes Recht generellen Zuschnitts schützt ferner die Interessen Dritter. Über ihren Unterhaltsanspruch können Ehegatten für die Zukunft nicht disponieren (§§ 1360 a III, 1614 I), weil sie in der Schuldnerrolle in eine feste Ordnung der (potentiell) Unterhaltspflichtigen gewiesen sind, die bestandsfest sein muß, damit nicht das Einver-

<sup>11)</sup> So schon *Henrich*, Familienrecht, 2. Aufl. 1977, § 7 IV 3; *Münch-Komm/Wacke*, Rz. 5 zu § 1356 = *FamRZ* 1977, 517 (Abschn. C.I. a. E.).

<sup>12)</sup> Die Existenz eines persönlichen Bereichs wird zugunsten eines bloßen Entscheidungsvorrangs gelehrt von *Streck*, a.a.O. [Fn. 7], S. 81 ff.

<sup>13)</sup> Vgl. dazu *RGZ* 158, 294 (Verpflichtung eines Ehemannes, nicht allein zu reisen).

<sup>14)</sup> Vgl. *Müller-Freienfels*, *JZ* 1964, 308 (zur Verpflichtung, nicht zu einer anderen Glaubensgemeinschaft überzuwechseln). Vgl. ferner die Diskussion der Frage, ob und inwieweit ein Glaubenswechsel in der Ehe pflichtwidrig und damit ein Scheidungsgrund aus § 43 EheG sein konnte. Dazu *Nachw.* in *meinem* Lehrbuch des Familienrechts, § 18 I 2.



nehmen der Ehegatten Änderungen zu eigenen Gunsten und zu Lasten Dritter herbeiführen kann.

Auch die nunmehr beiden Ehegatten eingeräumte Macht, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie auch mit Wirkung für den anderen Ehegatten zu besorgen (§ 1357 I S. 1), ist nicht abdingbar. Sie ist irrational geworden, diese Macht, die einst nach dem Symbol der Hausfrau „Schlüsselgewalt“ genannt werden konnte, heute jedoch namenlos geworden ist<sup>15)</sup>; doch ist sie drittorientiert und eben deshalb der Disposition der Ehegatten entzogen. Die (kaum mehr verständliche) Liebe, mit der hier ein historisierender Gesetzgeber Gläubigerschutz betrieb zu Lasten von Personen (der Ehegatten), die er doch nicht benachteiligen sollte<sup>16)</sup>, hat freilich eine Lücke nicht geschlossen: Konserviert hat das 1. EheRG auch den Mechanismus, der den Ehegatten zu Gebote steht, wenn es gilt, übermäßig genutzter Handlungsmacht entgegenzutreten. Andernorts pflegt man in vergleichbarer Situation zweigliedrige Beendigungstatbestände anzutreffen, die eine private Willenserklärung mit einem staatlichen Kontrollakt kombinieren<sup>17)</sup>. Hier aber bewirkt bereits die private Willenserklärung den Ausschluß oder auch die Beschränkung der Handlungsmacht; staatliche Kontrolle kann folgen (bestätigend oder restaurierend), folgt jedoch nicht unausweichlich. Wo kein Kläger, ist schließlich auch hier kein Richter; und seltsam genug (wenn auch aus praktischen Gründen verständlich) sind alle klaglos gestellt, denen die Handlungsmacht als Dritten Schutz gewähren soll. Kein potentieller Gläubiger kann den Antrag beim Vormundschaftsgericht stellen, auch jene nicht, die in ständiger Geschäftsbeziehung mit einem Ehegatten stehen. Nur der passiv betroffene Ehegatte kann staatliche Kontrolle begehren, jedoch auch schweigen, wenn es ihm so behagt. So tritt niemand Ehegatten entgegen, die sich wechselseitig die Handlungsmacht entziehen und einvernehmlich schweigen, weil ihnen die Handlungsmacht des § 1357 antiquiert zu sein dünkt oder gar absurd. Ihr Verhalten hat nicht den Wert eines (stets nichtigen) disponierenden Vertrages, weil das Schweigen jederzeit beendet werden kann; aber es hat dessen praktische Wirkung, solange die Ehegatten einig bleiben<sup>18)</sup>.

Zwingendes Recht mit mittelbarem Ansatz unterscheidet sich von zwingendem Recht genereller Prägung in der Wirkungsbreite, die Funktion bleibt dagegen gleich. Es kann den Partner in der Ehe schützen vor allzu forcierter Preisgabe von Freiheiten, aber auch Dritte vor allzu pointierter Wahrnehmung eigener Interessen.

Die Ehegatten sind etwa frei in der Regelung des Haushalts. Sie können ihn Dritten überlassen oder in Eigenregie betreiben; sie können gemeinschaftlich in ihm tätig sein mit einer Unzahl möglicher Teilungsregelungen (die in Doppelverdienerehen heute längst eine gewohnte Erscheinung sind) oder Besorgung durch einen von ihnen vorzie-

hen. Verwehrt ist es ihnen jedoch, einem Ehegatten den Haushalt in steter Bindung an den Partner zuzuweisen. Wer den Haushalt übernimmt, übernimmt ihn auch zu eigener Verantwortung (§ 1356 I S. 2). Es bleibt zwar die Bindung an Beschlüsse, die Rahmenbedingungen setzen, und die Bindung an Beschlüsse, die Richtlinien entwickeln; es bleibt im offenen Raum auch die Pflicht (aus § 1353 I) zu einer die wirtschaftlichen Möglichkeiten der Ehegatten respektierenden, die Bedürfnisse und Interessen des Partners berücksichtigenden Wirtschaftsführung; ein Mehr an Bindung widerstreitet dagegen einem der Gegenwart evidenten und unaufgebbaren Gerechtigkeitspostulat: Selbständigkeit im übrigen, Freiheit von der Notwendigkeit, die Einigung mit dem Partner zu suchen, wird vom Leitbild einer auf Gleichberechtigung der Partner beruhenden Ehe zwingend gefordert<sup>19)</sup>.

Zwingendes Recht ist auch die wechselseitige Verpflichtung der Ehegatten, durch ihre Arbeit und durch ihr Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten (§ 1360 S. 1). Die Regelung ist typen- oder modellbedingt nicht in der abstrakten Aussage, wohl aber bereits in der ersten Stufe der Konkretisierung vor der schließlichen Anwendung auf den Einzelfall (mit gesetzlicher Ausprägung in Satz 2). In einer Doppelverdienerehe bedeutet § 1360 S. 1 letztlich ein anderes als in einer Hausfrauenehe oder auch in einer Zuverdienerehe. Insofern können die Ehegatten durch Wahl eines bestimmten Ehetyps auch die Verteilung der Lasten in der Ehe beeinflussen. Nie aber können sie sich der Wechselseitigkeit entziehen, nie dem Grundsatz der Proportionalität. Doppelverdienerehe unter Belastung nur eines Ehegatten mit allen Kosten des gemeinschaftlichen Lebens ist ebensowenig eine der Autonomie der Ehegatten offenstehende Möglichkeit wie Hausfrauenehe ohne Berücksichtigung der Tätigkeit im Haushalt im Unterhaltsrecht. Im einen wie im anderen Fall wirken nicht nur Postulate aus dem interindividuellen Verhältnis der beiden Ehegatten, sondern auch Rücksichten auf die Interessen Dritter, weniger zwar der gemeinschaftlichen Kinder (deren Unterhalt von den Eltern ohnehin nur präzisiert, nicht aber gestaltet geregelt werden kann), wohl aber der Gläubiger: Ehegatten mit hohen Unterhaltslasten sind — unter der Prämisse sonst gleicher Verhältnisse — schlechtere Schuldner als Ehegatten, die keinen oder weniger belastenden Unterhaltspflichten zu genügen haben.

## VI. Ordnungen

In dem von zwingendem Recht eingefassten Raum freier Gestaltung im autonomen Akt herrscht das Belieben der Ehegatten in Eheordnungen, die Grundentscheidungen treffen von unterschiedlicher Dichte im ausführenden Detail, doch schwerlich jemals eine Verdichtung erreichen, die jede Ergänzung erübrigt. Ehegatten etwa, die sich für den Typ der Hausfrauenehe entscheiden, pflegen damit den Ehemann nicht in jeder Situation von jedweder Tätigkeit im Haushalt freustellen zu wollen. Nicht bedacht werden meist die Zeiten, in denen die im autonomen Akt getroffene Ordnung faktisch dispensiert ist (Krankheit der Ehefrau); nicht bedacht werden in der Regel auch die Tätigkeiten, die von der Ehefrau mangels entsprechender Kräfte nicht bewältigt werden können, und Spitzenbelastungen im „Stoßgeschäft“, die dem (in der Eheordnung gesuchten) ausgewogenen Verhältnis der beiderseitigen Belastung nicht entsprechen. Mithilfe schuldet der Ehemann dann nicht (aus § 1353) kraft zwingenden Rechts, dem die Ehegatten sich nicht entziehen können (denn es bleibt die Möglichkeit, einen Ausgleich durch die Arbeitskraft eines Dritten herzustellen), aber doch kraft ergänzenden Rechts, solange eine Alternative nicht gefunden ist<sup>20)</sup>.

<sup>15)</sup> Für einen Begriffswechsel auch *Büdenbender*, FamRZ 1976, 663; *MünchKomm/Wacke*, Rz. 5 zu § 1357 = FamRZ 1977, 520 (Abschn. D.II.2.).

<sup>16)</sup> Verletzung von Art. 6 GG wird gerügt von *Struck*, MDR 1975, 449 ff.; doch fehlen bereits vergleichbare Sachverhalte bei *Ledigen* (gegen *Struck* auch *MünchKomm/Wacke*, Rz. 6 zu § 1357 = FamRZ 1977, 520 [Abschn. D.II.3.]). Zweifel hinsichtlich der neuen Regelung bei *Palandt/Diederichsen*, Anm. 1 zu § 1357. Als frauenfeindliche Norm wurde § 1357 n. F. bekämpft von *Bosch*, FamRZ 1975, 425 und 1976, 403 Fn. 21; *Hobelmann*, FamRZ 1971, 499 f.

<sup>17)</sup> Für die Schlüsselgewalt ist vielfach ein ebenso strukturierter Ausschlußtatbestand gefordert worden. Nunmehr wieder für die wechselseitige Handlungsmacht der beiden Ehegatten *MünchKomm/Wacke*, Rz. 40 zu § 1357 = FamRZ 1977, 525 (Abschn. V.2.).

<sup>18)</sup> Reine Theorie wird dagegen das gern beschworene Bild einer unbegrenzten Folge unberechtigter Ausschlußklärungen und aufhebender Beschlüsse des Vormundschaftsgerichtes bleiben, in welchem der obstinate Ehegatte stets die Vorhand hat. Wo gibt es denn schon Ehegatten, die derart in ständiger Auseinandersetzung leben, gleichwohl aber ihre Ehe fortsetzen und gar in häuslicher Gemeinschaft bleiben (und nur dann hat die Handlungsmacht Bedeutung)? Dennoch um Abhilfe besorgt *MünchKomm/Wacke*, Rz. 37 zu § 1357 (erneuter Ausschluß nur bei neuem Sachvorbringen); ebenso *Wacke*, FamRZ 1977, 525 (Abschn. V.1.).

<sup>19)</sup> Ebenso i. Erg. *Rolland*, Rz. 5 zu § 1356. Vgl. aber auch *Roth-Stielow*, a.a.O. [Fn. 10], Anm. 10 zu § 1356 („eigene Verantwortung“ als Stichentscheid bei Uneinigkeit der Ehegatten gedeutet); *Müller-Freienfels*, Ehe und Recht, 1962, S. 104 (Freiheit im Hauswesen nicht voll überzeugend, weil mit dem Gedanken des Teamwork der Ehegatten unvereinbar).

<sup>20)</sup> Die grundsätzliche Frage nach der Pflicht des Ehemannes zur Mithilfe im Haushalt konnte schon zu § 1356 a. F. als ausgetra-



Oder auch: Die Doppelverdiener Ehe ist den Ehegatten wie jeder andere Ehetyp freigegeben. Doch gewinnt gerade in ihr die Pflicht, bei der Wahl und Ausübung der Erwerbstätigkeit „auf die Belange des anderen Ehegatten und die Familie die gebotene Rücksicht zu nehmen“ (§ 1356 II S. 2), besondere Bedeutung. Wiederum pflegen die geschuldeten Rücksichten von den Ehegatten nicht im Detail geordnet zu werden. Eine Regelung ist auch entbehrlich, soweit die konkretisierende Ausformung der Grundentscheidung wenigstens ein (typenbedingtes) Verhaltensmuster erkennen läßt, in dessen Rahmen die abstrakte Norm des Gesetzes ohne Eingriff in die Typenwahl der Ehegatten zur situationsbezogenen Rechtsanwendung entfaltet werden kann. Illegitim ist es dagegen, die unbestimmte Rücksichtspflicht im Rückgriff auf tradierte Rollenvorstellungen zu präzisieren und damit den Ehegatten (gegen den Willen des Gesetzes) ein bestimmtes Verhalten als allein eherecht vorzuschreiben.

Wer die eheliche Situation gestaltet, gestaltet auch die naheheliche nach gescheiterter Ehe. Es ist müßig, über diesen (an sich unerwünschten) Effekt zu rechten, der eheliches Leben nicht nur belasten, sondern auch befreien kann, und es ist nicht minder müßig, eine Generation zu tadeln, die sich der Zusammenhänge wohl bewußt ist (zur Vorsicht jedoch durch die Scheidungsziffer früherer Generationen gemahnt wird!), da doch das eine wie das andere ein Datum ist, das nur über eine Neuordnung der nahehelichen Rechtsverhältnisse verfügbar ist, an die jedenfalls heute (noch?) niemand denkt. Nicht alle Verbindungslinien liegen dabei so offen zutage wie die zwischen der arbeitsteiligen Ehe klassischer Prägung und dem besonderen Risiko des Alleinverdieners im nahehelichen Unterhaltsrecht und beim vermögensrechtlichen Ausgleich (einschließlich des Versorgungsausgleichs). Anderes bleibt eher verborgen und kann zu Überraschungen führen (die auch nicht erstrebenswert sind).

§ 1570 gewährt etwa nahehelichen Unterhalt auch einem Ehegatten, von dem „wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann“. Nur gemeinschaftliche Kinder gewinnen mithin Relevanz, nie einseitige; doch wäre die Vorstellung unbedingter Irrelevanz von Stiefkindern ein trügerischer Schein. Die positive (gewährende) Billigkeitsklausel des § 1576 kann schließlich die engen Tatbestandsgrenzen des § 1570 flexibler gestalten. Nicht allgemein zugunsten der Stiefkinder — das sollte selbstverständlich sein —; wenn jedoch einseitige Kinder im Einvernehmen der Ehegatten in den ehelichen Haushalt aufgenommen werden (und auch ein derartiger Akt ordnet die eheliche Lebensgemeinschaft, während die Aufnahme weiterer Verwandter den Rang einer Eheordnung nicht hat), so rechtfertigt in Anspruch genommenes Vertrauen einen nahehelichen Unterhaltsanspruch dann, wenn die Ehegatten die Arbeitskraft des genetischen Elternteils durch die Betreuung des Kindes und des Stiefelternteils im Haushalt voll und nachhaltig banden<sup>21)</sup>.

Eheordnungen werden nicht in einem formgebundenen Akt geschaffen; die Ordnung der ehelichen Lebensgemeinschaft sondert sich insoweit merklich von der Ordnung der güterrechtlichen Verhältnisse im Ehevertrag (§ 1410): Zu Gebote stehen alle Möglichkeiten rechtsgeschäftlich bedeutsamen Verhaltens. Daß die Grundentscheidungen der Ehegatten aus konkludentem Verhalten (in dem sie bereits Gestalt gewinnen) erschlossen werden müssen, ist

zwar recht unwahrscheinlich; möglich ist es gleichwohl. Wie dem auch sei: Relevant ist nur ein Verhalten, das den Tatbestand der Willenserklärung in der Person des einen und in der Person des anderen Ehegatten erfüllt, also auch mit Erklärungsbewußtsein beobachtet wird. Abweichende Ansichten, die den Tatbestand der Willenserklärung in stärkerem Maße objektivieren und in letzter Zuspitzung gar aller subjektiven Elemente entkleiden<sup>22)</sup>, können in diesem Zusammenhang vernachlässigt werden. Sie alle beruhen in ihren moderneren Versionen auf dem Gedanken der Verantwortung des Handelnden für die soziale Wirkung seines Handelns im Rechtsverkehr und damit auf einem Gedanken, der fehl am Platze ist zwischen Ehegatten, die wechselseitig füreinander in Erklären und Verstehen Verantwortung tragen.

## VII. Änderungen

Ordnungen aller Art, insbesondere aber die Ordnung der Tätigkeiten in der Ehe mit ihrer das ganze Leben der Ehegatten bestimmenden Wirkung, erwachsen aus einem Geflecht vorgegebener Daten und (ehelicher sowie persönlicher) Zielvorstellungen, die sämtlich keine fixen Größen sind. Gering mag die Gefahr von Ordnungen sein, die von vornherein der Verwirklichung nicht fähig sind, weil die Ehegatten ihre Situation nicht richtig einzuschätzen wußten und deshalb irrealer Bezüge zwischen sich und der Umwelt herstellten. Weit häufiger dürften jedenfalls Ordnungen sein, deren Elemente zunächst untereinander fehlerfrei abgestimmt waren und in der Gesamtsituation der Ehegatten als überzeugende Antwort auf die Frage nach einer (subjektiv) sinnvollen Lebensgestaltung betrachtet werden konnten, später jedoch — nach einer mehr oder minder weitreichenden Veränderung vorausgesetzter subjektiver oder objektiver Daten — ihre Überzeugungskraft ganz oder doch partiell verloren. „Störungen“ (ein Begriff, der in diesem Zusammenhang nicht negativ akzentuiert werden sollte) genereller Art (Arbeitslosigkeit von Ehegatten, die berufstätig werden sollten; Krankheiten) sind ebenso möglich wie typenbedingte (die Geburt eines Kindes ändert kein Datum in der Hausfrauenehe; in der Doppelverdiener Ehe ist eine Neuordnung schwerlich je zu entbehren) und Änderungen subjektiver Daten (zu denen in einer Zeit, die der Frau bewußt neue Entwicklungsmöglichkeiten eröffnen will, auch die Erkenntnis zählen muß, im ausschließlichen Dienst an der Familie keine Erfüllung zu finden<sup>23)</sup>) ebenso wie Änderungen objektiver Daten (Geburt eines Kindes).

Daß Ehegatten ihre Eheordnungen jederzeit im Einvernehmen durch eine neue ersetzen oder auch nur zugunsten eines Vakuums für die Zukunft beseitigen können, ist selbstverständlich, aber offensichtlich keine abschließende Antwort auf die Frage nach der Bindung der Ehegatten an eine einmal getroffene Ordnung. Wenn nicht der Satz, daß es *beiden* Ehegatten obliegt, um eine jeweils ehgerechte Ordnung bemüht zu sein, zugunsten eines Vorzugs aller beharrenden Ehegatten preisgegeben werden soll, müssen Ordnungen auch nach einseitigen Akten ihren Geltungsanspruch verlieren können<sup>24)</sup>.

Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage mag sich anbieten, ist jedoch kein taugliches Mittel. Eheordnungen sind keine Schuldverhältnisse (für die jene Lehre entwickelt wurde, mag sie auch inzwischen vereinzelt in anderen Zusammenhängen Fuß gefaßt haben<sup>25)</sup>), aber auch kein Substrat, das Anpassungsvorgängen ausgesetzt werden könnte, die mehr oder minder von objektiven Gestal-

gen gelten. Vgl. zu ihr *BGH*, FamRZ 1960, 21; *OLG Stuttgart*, NJW 1961, 2113; *Staudinger/Hübner*, Rz. 6 zu § 1353. Zu § 1356 n. F. (mit unbestimmteren Aussagen als der Text im Detail) *MünchKomm/Wacke*, Rz. 12 zu § 1356; *Roth-Stielow*, a.a.O. [Fn. 10], Anm. 13 zu § 1356.

<sup>21)</sup> Ähnlich *Rolland*, Rz. 10 zu § 1576 (kausale Verantwortung des einen Ehegatten für die Pflegeaufgabe anstelle einer Erwerbstätigkeit des anderen); *MünchKomm/Richter*, Rz. 4 f. zu § 1576. Meist wird viel diffuser für die Relevanz der Betreuung Dritter plädiert. Vgl. *Diederichsen*, NJW 1977, 357; *Dieckmann*, FamRZ 1977, 9; *Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 1978, Rz. 292; *Bosch*, FamRZ 1977, 576.

<sup>22)</sup> Ein Überblick bei *Gernhuber*, Bürgerliches Recht, 1976, S. 2.

<sup>23)</sup> Ebenso im Ergebnis *Rolland*, Rz. 6 zu § 1356.

<sup>24)</sup> *Bosch*, FamRZ 1977, 571, formuliert das Problem als Frage nach einem „*ius variandi*“.

<sup>25)</sup> Im Familienrecht ist die Lehre auf die Elterneinigung des § 1671 II übertragen worden von *OLG Köln*, FamRZ 1964, 524; *OLG Karlsruhe*, FamRZ 1965, 575 und 1968, 266. Ohne endgültige Entscheidung (weil im konkreten Fall Voraussetzungen jedenfalls nicht gegeben waren) *BayObLG*, FamRZ 1966, 249 und 1967, 402 (404); *OLG Hamm*, FamRZ 1968, 528; *OLG Stuttgart*, FamRZ 1969, 159 (160).



tungskräften beherrscht sind, also nicht im Willen der Parteien ihren letzten Grund finden. Es gibt keinen Kreis fester Verhaltensmuster, aus dem jeweils eines der Ehegatten in ihrer je besonderen Situation als allein „vernünftig“ aufge- drängt werden könnte (und wenn es anders wäre, so ließe sich doch nichts durchsetzen). Die Sicherheit, mit der unsere Justiz im schuldrechtlichen Verkehr „redlich den- kende Parteien“ bemüht, ferner das, was sie „verständiger- weise vereinbart hätten“ und schließlich beides als objek- tiv vorgegeben, ist der Vielfalt ehelicher Gestaltungsmög- lichkeiten keinesfalls gewachsen.

Richtiger ist es, auf Grundsätze zurückzugreifen, die für Dauerrechtsverhältnisse (und nicht nur für Dauer- schuldverhältnisse, mögen diese auch stark bestimmend gewesen sein) entwickelt wurden, und Eheordnungen der Zerstörung durch einseitigen Akt dann preiszugeben, wenn ein „wichtiger Grund“ gegeben ist. Relevant sind dann alle Umstände, die (auf dem Hintergrund der konkreten Situa- tion, in der sich die Ehegatten befinden, und des Fortbe- standes der von ihnen zu gestaltenden Ehe als eines Rechtsverhältnisses mit einzigartiger Bedeutung personen- rechtlicher Elemente) zumindest für einen Ehegatten die Fortsetzung des ehelichen Lebens im bisherigen Rahmen als unzumutbar erscheinen lassen<sup>25</sup>). Zugestanden, das greift weiter als das Güterrecht, das den Grundsatz nur in einzelnen Gestaltungsstatbeständen anerkennt, den beenden- den Akt auch formalisiert (Klage) und in einem zeitlich „gestreckten Tatbestand“ mit einem staatlichen Kontroll- akt (dem Urteil) verbindet (vgl. die §§ 1385, 1386; 1447, 1448, 1469); doch ist gesteigerte Stabilität vermögensrecht- licher Beziehungen gewiß kein Indikator für die Bela- stungsfähigkeit personenrechtlicher Ordnungen.

### VIII. Beschlüsse

Eheordnungen sind erst seit dem 1. EheRG ein aner- kannter Bestandteil unseres Rechtes; Beschlüsse der Ehe- gatten haben dagegen eine längere Geschichte. Es hat sie bereits in der Zeit der patriarchalischen Ehe gegeben, da doch niemand den Ehemann zwingen konnte, sein Ent- scheidungsrecht auszuüben, wenn ihm der Weg über den gemeinsam gefaßten Beschluß zweckmäßiger zu sein schien. Zu voller Bedeutung gelangten die Beschlüsse der Ehegatten freilich auch erst, als das Patriarchat dem Gleichberechtigungsgrundsatz zum Opfer fiel und der gesamte vormalig dem Ehemann zugewiesene Entschei- dungsbereich notwendig Beschlüssen beider Ehegatten überantwortet werden mußte.

Die Rechtstheorie hat sich ihrer aus einsichtigem Grund kaum angenommen: Solange forensische Relevanz der Maßstab ist, an dem sich letztlich belangloses Bemü- hen vom bedeutsamen sondert, können Beschlüsse der Ehegatten keinen großen Reiz entfalten. Der Hinweis auf die Möglichkeit einer Herstellungsklage (ohne Vollstrek- kungszwang), wenn ein Ehegatte von vornherein nicht um eine Einigung bemüht ist oder sich präjudizierenden Bin- dungen zu entziehen sucht<sup>26</sup>), enthält gewiß kaum ermun- ternde Momente, da doch Herstellungsklagen dieser Art von der Justiz keineswegs allgemein gebilligt werden<sup>27</sup>) und

dort, wo sie angenommen wurden, nicht sehr viel mehr als ei- ne quantité négligeable blieben.

Einiges ist selbstverständlich — Formfreiheit etwa, aber auch die Möglichkeit, jederzeit Beschlüsse für die Zukunft durch neuen Beschluß aufzuheben oder auch zu ändern. Anderes kann Selbstverständlichkeit nicht in Anspruch nehmen. Festzuhalten bleibt: Alle Beschlüsse der Ehegat- ten entfalten Wirkungen nur im Innenverhältnis (in dem sie die Pflicht begründen, entsprechend zu handeln, insbeson- dere die vollziehenden Rechtsakte vorzunehmen); kein Beschluß begründet Rechte Dritter und kein Beschluß schmälert die Rechtsmacht der beiden Ehegatten. Die Einig- ung auf einen bestimmten Wohnsitz durch Beschluß der Ehegatten nimmt so keinem von ihnen die Fähigkeit, pflichtwidrig zwar, doch wirksam seinen Wohnsitz andern- orts zu begründen; gemeinsam entworfene Richtlinien für die Verwendung des Wirtschaftsgeldes nehmen keiner Hausfrau die Möglichkeit, kraft ihrer Handlungsmacht für den Ehemann (§ 1357) Verträge zu tätigen, die den Richt- linien nicht mehr eingefügt werden können.

Beschlüsse sind in Fragen der Handlungsfähigkeit der Ehegatten und ihrer Bestandsfestigkeit den für Eheordnun- gen geltenden Regeln zu unterwerfen. Ehefähigkeit impliziert mithin die Fähigkeit zum Beschluß; Beschlüsse, die Dauerwirkungen zeitigen (wie die Aufnahme der Eltern eines Ehegatten in den ehelichen Haushalt), können einsei- tig mit Wirkung für die Zukunft außer Kraft gesetzt wer- den, wenn ein wichtiger Grund die Abkehr rechtfertigt<sup>28</sup>).

### IX. Verträge

Vertragsrecht unter Ehegatten ist heute eine dreigliedri- ge Rechtsschicht: Von den eheneutralen Verträgen sind die anderen zu sondern, die ehebezogen sind, weil sie dem Voll- zug der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen (von uns als Kooperationsverträge bezeichnet<sup>29</sup>)) oder umgekehrt das Leben der Ehegatten in der Abkehr von ihr zu regeln unter- nehmen (Trennungsverträge). Zwischen ihnen sind die an sich eheneutralen Verträge anzusetzen, denen die Ehegat- ten (neben dem vertragscharakteristischen Geschäftszweck) als weiteren Geschäftszweck den Vollzug ihrer ehe- lichen Lebensgemeinschaft inkorporierten<sup>30</sup>).

Eheneutrale Verträge sind kein Segment des Eherechts. So richtig der Satz auch sein mag, daß es keine vollständige Abstraktion von der Ehe gibt und keine Abstraktion von § 1353, wenn die Ehegatten in ein Vertragsverhältnis eintre- ten, das jedermann zugänglich ist, so verfehlt wäre es auch (dem Begriff des eheneutralen Vertrages zuwider) um gewisser unvermeidbarer Einwirkungen der ehelichen Ver- bundenheit willen (die sich eher in Schranken der Rechts- ausübung zeigen als in der Formierung der Pflichtenlagen) die grundsätzliche Grenze zu übersehen, die den eheneu- tralen Vertrag vom ehebezogenen trennt: Ordnung der Ehe, Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft wird mit ihm weder bezweckt noch von ihm erwartet.

Mit größerem Recht sind bereits die eheneutralen Ver- träge mit dem weiteren Geschäftszweck des Vollzugs der

<sup>25</sup>) Interindividuelle Ehelehen pflegen gar keine Bindung anzuer- kennen. Vgl. E. Wolf, NJW 1968, 1498 und JZ 1970, 446; Streck, a.a.O. [Fn. 7], S. 98 ff. (doch will er Vertrauensschutz gewähren). Nach a. A. tritt zwar eine Bindung ein, doch soll sie enden, wenn sich die entscheidungserheblichen Umstände ändern. Vgl. Dölle, FamR, § 34 II. Aus der Praxis vgl. SchlHOLG, SchlHA 1966, 204 (Pflicht, Wohngemeinschaft mit Elternteilen zu beenden, wenn das Zusammenleben unerträglich geworden ist). Die von mir noch in der 2. Aufl. meines Lehrbuchs des Familienrechts (§ 18 IV 2) geäußerte Überzeugung von der Bindung an Beschlüsse bis zu einem ändernden oder aufhebenden Beschluß (ggf. mit Verpflichtung zur Mitwirkung an ihm), die jeden einseitigen Beendigungsakt ausschloß, gebe ich auf.

<sup>26</sup>) Der BGH hat Verträge dieser Art in seiner Entscheidung FamRZ 1973, 22 (24) erwähnt.

<sup>27</sup>) Die Möglichkeit einer derartigen Kombination von Geschäftszwecken wird bestritten von Streck, a.a.O. [Fn. 7], S. 113 f. Der Vollzug der ehelichen Lebensgemeinschaft kann gewiß nicht kurzerhand allen zukunftsorientierten Geschäften der Ehegatten als weiterer Geschäftszweck kraft stillschweigender Vereinbarung imputiert werden. Zu eng aber Kühne, FamRZ 1968, 358, mit Beschränkung auf ausdrückliche Vereinbarungen bei ungestörter Ehe.

<sup>25</sup>) Das Schrifttum entscheidet nicht einheitlich. Gern wird die *clausula rebus sic stantibus* bemüht und auf ihrer Grundlage ein Anspruch auf Änderung im einvernehmlichen Akt begrün- det. Vgl. MünchKommWacke, Rz. 8 zu § 1356 = FamRZ 1977, 518 (II.3.); Ambrock, I 1 zu § 1356. Andere folgern aus ihr ein Recht zum Widerruf im einseitigen Akt. Vgl. Palandt/Diederich- sen, 2 a cc zu § 1356; Roth-Stielow, a.a.O. [Fn. 10], Anm. 12 zu § 1356. Dem Text steht nahe Rolland, Rz. 6 zu § 1356 (mit Relevanz aller „triftigen Gründe“). Daß Eheordnungen überhaupt Bindungen erzeugen, wird gelegentlich von Ramm, a.a.O. [Fn. 10], S. 34 ff. (41).

<sup>26</sup>) Im Schrifttum wird einer Herstellungsklage vielfach Erfolg schon dann gesichert, wenn feststeht, daß die Entscheidung eines Ehegatten den Familieninteressen besser dient. Vgl. Dölle, Familienrecht, 1964/65, § 34 III 2 und IV; Staudinger/Hübner, Rz. 19 und 33 zu § 1353; Erman/Heckelmann, Rz. 14 zu § 1353.

<sup>27</sup>) Ablehnend OLG Schleswig, FamRZ 1957, 420, mit Anm. Bosch; OLG Düsseldorf, FamRZ 1969, 153. Positiv dagegen OLG Celle, FamRZ 1964, 141 (mit einer Grundaussage, die dem in Fn. 26 angeführten Schrifttum entspricht).



ehelichen Lebensgemeinschaft dem Ehe recht zuzurechnen; doch bestimmen auch bei ihnen immer noch die gesetzlichen (ehelicher Verbindung völlig abgekehrten) Aktfolgen die Grundstrukturen, während der besondere Geschäftszweck ausschließlich Modifizierungen bewirkt. Ein Gesellschaftsvertrag unter Ehegatten etwa, dessen Ziel es ist, einen gemeinschaftlichen (eheneutralen) Zweck in betont ehgemäßer Form zu fördern, unterscheidet sich vielfach von einem anderen, den die Ehegatten allein abschlossen, um zu einer ökonomisch überzeugenden Nutzung von Arbeitskraft und Kapital zu gelangen: Jeder Ehegatte hat das Recht, das Gesellschaftsverhältnis bei Beendigung der ehelichen Lebensgemeinschaft zu kündigen; Gewinnentnahmen sind zulässig nur, soweit es mit der gesteigerten Treupflicht unter Ehegatten zu vereinbaren ist; Tätigkeit im Geschäft kann wechselseitig nur in einem Umfang gefordert werden, der mit anderen Pflichten in Ehe und Familie vereinbar ist usw. Doch bleibt Gesellschaftsrecht Grundlage und Regel, Ehe recht aber bloße Modifikation und Ausnahme.

Prägende Kraft erreicht das Ehe recht erst in den *ehebezogenen Kooperationsverträgen*. Verträge dieser Art unterscheiden sich von konkurrierenden allgemeinen Vertragstypen vergleichbarer Art (Arbeitsverträgen, Gesellschaftsverträgen) über die Unterschiede im Geschäftszweck hinweg auch im Vertragsinhalt. Die Gleichheit eines von seinem Umfeld abstrahierten Regelungsgegenstandes (Arbeit etwa) geht angesichts der neuen Perspektive sofort verloren: Arbeit im Familienverband ist etwas anderes als die Arbeit des abhängigen Arbeitnehmers. Zwar bleiben die herkömmlichen Interpretationsmaximen für lückenhafte Verträge (§ 157) verbindlich; doch werden die von ihnen berufenen Maßstäbe sofort von den unter Ehegatten geltenden sozialen Standards ausgefüllt (mit einer Vielzahl anerkannter Regeln ehgerechten Verhaltens kooperierender Ehegatten). Ihre Dauer ist notwendig auf die Zeit der Ehe begrenzt; Verträge mit größerer Konstanz können nicht mehr als familienrechtliche Kooperationsverträge begriffen werden.

Für Kooperationsverträge gelten alle Seriositätsindizien des allgemeinen Vertragsrechts; es handelt sich nicht darum, eine neue Kategorie einzuführen, mit deren Hilfe sich ein Netz fingierter vertraglicher Beziehungen über jede Ehe legt. Der alte Satz, daß Ehegatten nicht in Willenserklärungen miteinander verkehren, bleibt richtig. Und daß „Gebrauchsüberlassungsverträge nach Art der Leihe“, mit denen einst der BGH (ohne Einblick in die aus § 1353 folgende Pflicht, dem Partner Hausrat zu überlassen) aufwartete (BGHZ 12, 380)<sup>30a</sup>, auch unter Juristen einer gewissen Komik nicht entbehren, bleibt evident. Wenn aber Ehegatten Kooperation unter Einsatz ihres Vermögens oder unter Einsatz ihrer Arbeitskraft üben, kann es sich nur noch darum handeln, an den Kriterien der Willenserklärung die reinen Gefälligkeiten (die ohne Bindung erwiesen werden) von den Leistungen zu sondern, die im Bewußtsein erbracht werden, einer Rechtspflicht zu genügen.

Verträge unter Ehegatten sind dem allgemeinen Vertragsrecht auch in der Gestalt der ehebezogenen Verträge unterworfen. Der für die Ordnungen und Beschlüsse mögliche Schluß von der Fähigkeit, eine Ehe einzugehen, auf die Fähigkeit, die Ehe auch zu gestalten, ist für sie nicht mehr möglich. Kooperationsverträge sind im Entwurf der bürgerlichen Ehe, so wie sie von der geltenden Rechtsordnung gezeichnet wird (als weithin „offene Ehe“ also), nicht mehr notwendig mitgedacht. Kooperation, das führt auch weiter zu den vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten, für die § 1411 (Ehevertrag) eher den rechten Weg weist als der Blick auf den personalen Lebensbereich.

Kooperationsverträge leiten Dauerrechtsverhältnisse ein, die — wie andere Dauerrechtsverhältnisse auch — aus wichtigem Grund durch einseitigen Akt beendet werden können. Doch täuscht der Eindruck eines Gleichklangs der konkurrierenden allgemeinen Vertragstypen (§§ 626,

723) und der ehebezogenen Verträge auch hier: Die Frage, ob ein wichtiger Grund anzuerkennen ist oder nicht, kann niemals ohne Blick auf die konkrete Situation der Ehegatten in ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft beantwortet werden.

## X. Mitarbeit

Wie selbstverständlich verpflichtete das BGB in seiner ursprünglichen Gestalt allein die Frau, Helfer des Mannes zu sein — in dessen Beruf oder Geschäft, unentgeltlich versteht sich (und deshalb erwähnte man es nicht), freilich stets nur, wenn derlei Tätigkeiten (mit denen die Frau aus der ihr an sich zugewiesenen Rolle als Hausfrau im Schatten des Mannes heraustrat) in den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich war. Später, als das Patriarchat dem Gleichberechtigungsgrundsatz weichen mußte, trat der helfende Mann neben die helfende Frau, in der Norm ihr gleichgeordnet, in der Praxis jedoch deutlich von ihr gesondert: Helfende Mannesarbeit war in der Regel leitende Arbeit; helfende Frauenarbeit blieb in der Regel Arbeit in untergeordneter Funktion. Wie dem auch sei und trotz aller bedenklichen Lücken der gesetzlichen Regelung, die von der Rspr. mehr schlecht als recht geschlossen wurden: Die Mitarbeitsehe fand als Ehetyp früh Eingang in die Rechtsordnung, anknüpfend an soziale Standards, denen man den Rang zwingenden Rechtes verlieh.

Inzwischen ist Mitarbeit nicht seltener geworden, doch hat das 1. EheRG jede Spur der Mitarbeitsehe im BGB getilgt. Keine Norm verpflichtet mehr zur Mitarbeit, keine Norm nimmt sich der Fragen an, die auftreten, wenn tatsächlich Mitarbeit geleistet wurde. Wie auf die Regelung anderer Ehetypen, so hat die Legislative auch Verzicht geleistet auf Rechtssätze, die sich um eine Modellierung dieses weit verbreiteten (in sich stark ausdifferenzierten) Ehetyps bemühen. Versuche, nun wenigstens in der Generalklausel des § 1353 I S. 2 ganz oder doch wenigstens in nennenswerten Restbeständen das wiederzufinden, was § 1356 II einst sagte, sind freilich weit verbreitet; doch kann im Kontext der neuen Gesamtsituation aus § 1353 (als Ausfluß der allgemeinen Beistandspflicht in Notsituationen) nicht mehr entwickelt werden als eine Pflicht zur Mitarbeit in extremen Gefährdungssituationen, die anders nicht zu meistern sind<sup>31</sup>).

Illegitim sind alle Versuche, aus § 1353 Mitarbeitspflichten zu entwickeln, die leitbildbezogen sind<sup>32</sup>). Wenn das Gesetz in bewußter Abkehr von alten Leitbildern und in der Absicht, dem Polymorphismus in der Ehe über den Willen der Ehegatten Rechnung zu tragen, alte Pflichten beseitigte, ist jedes aus § 1353 entwickelte Pflichtenprogramm ein dem Gesetz nicht entsprechender Eingriff in die Entscheidungsfreiheit der Ehegatten. Schwerlich dürfte es auch möglich sein, einen anderen Maßstab für die Pflicht zur Mitarbeit zu finden als das nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten Übliche, womit überdeutlich wäre, daß jenes Beginnen nichts weiter ist als ein Bemühen um die

<sup>31</sup>) Mitarbeit kann ferner als Unterhaltsleistung geschuldet sein. Freilich sind von der früher weit bedeutsameren „Unterhaltsarbeit“ heute nur noch Restbestände vorhanden. Das Unterhaltsrecht verpflichtet immer nur zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit schlechthin und nie direkt zur Aufnahme einer Mitarbeit nun gerade im Beruf oder Geschäft des Ehegatten. Mitarbeit als Unterhaltsleistung ergibt sich daher nur, wenn die Pflicht zur Aufnahme einer Erwerbstätigkeit nach Lage der Dinge im Einzelfall nur im Geschäft oder Beruf des Ehegatten erfolgen kann (die als Verkäuferin ausgebildete Ehefrau kann auf dem Arbeitsmarkt keine Stelle finden und hilft deshalb im Geschäft des Ehemannes).

<sup>32</sup>) Diese Grenze wird im Schrifttum keineswegs beachtet. Vereinzelt wird gar behauptet, daß praktisch der alte Rechtszustand erhalten geblieben sei (vgl. Beitzke, Familienrecht, 20. Aufl. 1978, § 12 III f.; wohl auch BAG, JZ 1977, 607). Meist wird eine Einschränkung gegenüber dem § 1356 II a. F. anerkannt, die Grenze aber anders als vom Text oben gezogen. Vgl. Rolland, Rz. 18 zu § 1353 (Pflicht aus § 1353 nach Lage des Einzelfalls); Münch-KommWacke, Rz. 20 zu § 1356 = FamRZ 1977, 519 (Abschn. IV.2.) (mit Annahme einer Regelungslücke, die mit „restriktiver Auslegung“ geschlossen werden soll). Dem Text näherstehend Palandt/Diederichsen, Anm. 4 a zu § 1356; doch ergibt sich Übereinstimmung weit mehr in der abstrakten Aussage (Mitarbeit nur in „Zwangssituationen“) als in ihrer Entfaltung im Detail.

<sup>30a</sup>) = FamRZ 1954, 198; dazu B. Kremer, FamRZ 1954, 186 ff.



Restauration abgestoßenen Rechtsgutes. Illegitim ist auf diesem Hintergrund selbst das weit verbreitete Postulat einer Pflicht zur Mitarbeit beim Aufbau einer freiberuflichen Praxis, das manche Emotionen freisetzen dürfte. Es ist illegitim, weil es bereits die Unterordnung der Tätigkeitswünsche eines Ehegatten unter diejenigen des anderen mit sich bringt, obwohl doch die Entscheidung über die Organisation der beiderseitigen Tätigkeiten im Hinblick auf die Ehe von den Ehegatten einvernehmlich getroffen werden soll.

Eine Norm, die Ehegatten zur Mitarbeit verpflichtet, hat auch keinerlei praktischen Wert<sup>33)</sup>, mag sie nun vorsichtig gehalten sein, mag sie auch in sendungsbewußter Absicht weit ausgreifen. Zwingendes Recht verbietet sich von selbst: es könnte nach Belieben von den Parteien befolgt oder mißachtet werden. Und dispositives Recht reicht nicht weiter als eheliche Mitarbeit, die ganz der Entscheidung der Ehegatten überlassen bleibt. Selbst eine Leitbildfunktion ist ihm nicht eigen.

Weit weniger entbehrlich sind dagegen Normen, die sich mit den Folgen einer (freiwillig aufgenommenen) Mitarbeit befassen. Insoweit kann der Wert einer Regelung als Muster einer wenigstens in typischer Sicht richtigen Ordnung der Dinge auf dem Hintergrund reicher praktischer Erfahrungen nicht geleugnet werden. Um die Pflicht zur Mitarbeit ist vor dem 1. EheRG so gut wie nie unter Ehegatten gestritten worden (welchen Wert sollte Arbeit auch schon haben, die widerwillig geleistet wird, weil es das Gesetz so will?). Im Streit befangen waren dagegen vielfach (insbesondere nach gescheiterter Ehe) die Folgen der Mitarbeit (insbesondere die Frage des Entgelts). Insoweit ist eine gesetzliche Ordnung aber auch erheblich für die Rechtsbeziehungen zu Dritten, beim Verwandtenunterhalt zumal (mitarbeitende Ehegatten, die ein Entgelt erhalten, sind leistungsfähiger als andere, die unentgeltlich tätig sind), aber auch im Recht des Schadensersatzes (in dem § 845 keine Änderung erfuhr, obwohl der Normtext zwar nicht allein, aber doch auch von § 1356 II a. F. mitbestimmt war).<sup>34)</sup>

Eheordnungen, die Mitarbeit vorsehen, die über bloße Gefälligkeiten hinausgehen, die sich Ehegatten wie selbstverständlich wechselseitig erweisen, enthalten eine Grundentscheidung für die Gestaltung des ehelichen Lebens, sind jedoch nicht sehr viel mehr als ein weithin offener Rahmen, der weiterer Konkretisierung in autonomen Akten der Ehegatten bedarf. Die Generalklausel des § 1353 I S. 2 findet zunächst keinen Ansatz: Es gibt keinen Typ der Mitarbeitsehe mehr, der sich im unmittelbaren Zugriff aus der Generalklausel entfalten ließe. Erst wenn die Ehegatten ihre Beziehungen vertraglich weiter geordnet haben, entsteht ein Geflecht von Daten, das weitere Ergänzung durch die Generalklausel erfahren könnte. Nur ein Vertrag kann auch Rechtsgrund sein für die Zuwendung von Diensten und anderen vermögenswerten Leistungen, die über das vom Unterhaltsrecht geforderte Maß hinausgehen.

Kein Ehepaar ist gehalten, Mitarbeit in betont ehgemäßer Form zu organisieren; Mitarbeit aufgrund eines eheneutralen Vertrages ist möglich und weit verbreitet. Der Entscheidung für eine von Mitarbeit geprägte eheliche Lebensgemeinschaft folgt in diesen Fällen eine weitere, die wenigstens in grundsätzlicher Sicht den Arbeitsbereich verschlicht und den besonderen Akzenten ehelicher Verbundenheit entzieht. Theoretisch ist dabei die Sonderung

der Mitarbeit in eheneutraler Form von der ehabezogenen anhand der verschiedenen Geschäftszwecke jederzeit problemlos. Die praktischen Schwierigkeiten sind dagegen angesichts der Beliebigkeit, mit welcher gerade Geschäftszwecke behauptet und bestritten werden können, solange erheblich, als es nicht gelingt, einen Kanon objektiver Kriterien zu entwickeln, die je für sich oder doch jedenfalls in bestimmten Verbindungen das eine oder das andere überzeugend beweisen.

Arbeitsverträge entsprechen der Struktur der Ehe wenig, widersprechen der ehelichen Verbundenheit der Vertragspartner aber auch nicht. Ihr Abschluß wird heute den Ehegatten von niemandem mehr verwehrt. Ihre Anerkennung auch im Steuerrecht hat das BVerfG zu Recht gesichert<sup>35)</sup>, damit freilich auch eine Unzahl von Arbeitsverträgen provoziert, die nur noch um steuerliche Vorteile wegen abgeschlossen werden (mit regelmäßig hohem Aufwand an Seriositätsindizien, insbesondere aber mit schriftlicher Fixierung). Sie sind sämtlich ernst gemeint, da doch der erstrebte Erfolg (der steuerliche Vorteil) nur im ernstlichen Geschäft erreicht werden kann, und doch kein Ruhmesblatt der Zeit: „Kluge“ Ehegatten sichern sich steuerliche Entlastung, die andere Ehegatten in durchaus vergleichbarer Situation nicht erfahren; das im Eherecht nunmehr bewährte Verfahren beginnt sich auch im Verhältnis zwischen Eltern und hausangehörigen Kindern geringen Alters zu entwickeln<sup>36)</sup>.

Gesellschaftsverträge entsprechen in ihrem typischen Zuschnitt mit Gleichordnung der Gesellschafter der Struktur einer Ehe gleichberechtigter Partner und sind deshalb dem Gedanken der institutionellen Unverträglichkeit mit ehelicher Verbundenheit der Gesellschafter von vornherein nicht ausgesetzt. In der Rspr. des BGH haben sie in Form sog. „Innengesellschaften“ (kein Gesamthandsvermögen; kein Handeln für die Gesellschaft nach außen) größere Bedeutung gewonnen als Vehikel sachrichtiger Urteile, die man nur so glaubte rechtfertigen zu können. Da blieb dann freilich vieles auf der Strecke (als Opfer der viel gerühmten „Richterkunst“), was sonst für eine Gesellschaft vonnöten ist; auch von den Willenserklärungen, die doch sonst eine Gesellschaft konstituieren, war nicht mehr die Rede. Offenherzig wurde früh zugestanden, daß die Vorstellungen der Parteien ebenso gleichgültig seien wie ihr Verhalten, wenn sie sich nur „in den Dienst einer gemeinsamen über die Verwirklichung der eigentlichen ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Aufgabe gestellt“ hatten, wenn ferner der mitarbeitende Ehegatte eine gleichwertige eigenbestimmte Tätigkeit ausübte und wenn schließlich „die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses zu sachgerechten und billigen Ergebnissen führen“ konnte<sup>37)</sup>.

Kritik, ja Spott hat die „Auseinandersetzungsfassaden“ der Rspr. nicht zu beseitigen vermocht. Sie blieben jahrzehntelang ein beredtes Beispiel für scheinpositivistisch verdecktes Richterrecht, das der schützende Schein der Notwendigkeit enthub, sich zu legitimieren und in die gesamte Eheordnung einzufügen. Erst in jüngster Zeit ist aus berufenem Mund das Zugeständnis einer Scheinbegründung erfolgt, verbunden mit dem Versuch, die Rspr. nunmehr als zunächst nicht erkannte richterliche Rechtsfortbildung zu stabilisieren, die ihre Überzeugungskraft aus objektiven Daten gewinnt<sup>38)</sup>.

<sup>33)</sup> A. A. Bosch, FamRZ 1977, 572 (er beklagt die „Zerstörung des Ehebildes“).

<sup>34)</sup> Es ist hier nicht der Ort, jene Fragen zu beantworten, die sich im Anwendungsbereich des § 845 aus der Wendung des 1. EheRG ergeben haben. Doch sei kurz bemerkt, daß eine geradlinige Fortsetzung der bisherigen Rspr. für Ehegatten, die sich zu Mitarbeit in Form eines Kooperationsvertrages entschlossen haben, kaum beanstandet werden kann. Mit ihrer Eheordnung, in der sie sich für eine Mitarbeitsehe entscheiden, konturieren die Ehegatten ihre Ehe im Rahmen der Gesetze und einem gesetzlichen Anstoß folgend; im Kooperationsvertrag entfalten sie den von ihnen gewählten Ehetyp in ehgemäßer Form. Insoweit ergibt sich eine Situation, die der alten (von § 1356 II bestimmten) in einer grundsätzlich veränderten Umgebung entspricht.

<sup>35)</sup> BVerfGE 13, 290 = FamRZ 1962, 100.

<sup>36)</sup> Vgl. dazu FinG Berlin, FamRZ 1976, 286 (Schüler von 14 Jahren; 8 Stunden wöchentlich Mithilfe im Haushalt). Das FinG erkannte den Vertrag nicht an.

<sup>37)</sup> Vgl. dazu (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) BGHZ 8, 249; FamRZ 1954, 136; BGHZ 31, 197 (201); FamRZ 1960, 105 (107); FamRZ 1961, 201, 432, 519, 522; 1962, 357; 1963, 279; 1967, 618 (620); 1968, 589; 1975, 35. Zur Diskussion vgl. mein Lehrbuch des Familienrechts, § 20 II. Eine Darstellung des Streitstandes an dieser Stelle erübrigt sich schon deshalb, weil für alle, die seinerzeit Stellung bezogen haben, unklar bleibt, ob der Standpunkt heute noch mit veränderten Daten (denn die Beseitigung des § 1356 II ist für alle Lehren von Bedeutung) gelten soll.

<sup>38)</sup> Vgl. Johannsen, WM 1978, 502 ff.



Seit dem 1. EheRG hat indessen die Rspr. schon deshalb keine Zukunft mehr, weil die von ihr geforderte (wenn auch nie mögliche) Sonderung der „eigentlichen“ ehelichen Lebensgemeinschaft von weiteren gemeinsamen Aufgaben der Ehegatten ihren Gegenstand verloren hat. Mitarbeit kann in jeder Gestalt der ehelichen Lebensgemeinschaft eingefügt werden; der Typ der Mitarbeitsehe ist nicht auf Tätigkeiten bestimmter Art beschränkt. So müßte denn die bisherige Sonderung der Aufgaben zu einer Sonderung der Geschäftszwecke umstilisiert werden mit einem veränderten Maßstab. Doch obliegt es allein den Ehegatten, ihrer Mitarbeit den ihnen genehmen Standort im Vertragsrecht zuzuweisen. Heute für die alte Rspr. mit der Überzeugungskraft ihrer objektiven Daten zu werben, ist anachronistisch: Das neue Eherecht hat die subjektiven Gestaltungskräfte in der Ehe gestärkt, nicht die objektiven.

Werden die Kriterien eines Gesellschaftsvertrages wirklich ernst genommen, so sind Innengesellschaften unter Ehegatten sehr selten. Aus konkludentem Verhalten können sie nur erschlossen werden, wenn erkennbar wenigstens auch Zwecke verfolgt werden, die eheneutral sind (und deshalb Kooperationsverträgen nicht inkorporiert werden können); stets beweisend sind Umstände, die den Willen der Ehegatten ausdrücken, ihre gemeinsame Arbeit ggf. auch über das Ende ihrer Ehe hinaus fortzusetzen.

Einen Kooperationsvertrag schließen die Ehegatten ab, wenn sie die Absicht haben, die Mitarbeit ganz und gar in ihre eheliche Lebensgemeinschaft einzubetten und dieser damit bestimmenden Einfluß zu sichern auf Anfang und Ende der Mitarbeit, aber auch auf die Beantwortung aller anderen Fragen, die sich mit einer derartigen Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft verbinden. Kontinuität und Regelmäßigkeit sind etwa Seriositätsindizien (für die Abgrenzung von bloßen Gefälligkeiten), ferner die Notwendigkeit, eine fremde Arbeitskraft in Anspruch zu nehmen, falls der Ehegatte nicht zur Verfügung stände, und die Gewährung berufsbildtypischer Dienste.

Soziale Typik — einst der Ansatz für die Verpflichtung zur Mitarbeit kraft Gesetzes — ist heute eher ein Umstand, der einen Kooperationsvertrag indiziert, als ein Argument für Mitarbeit in einem freien Raum, der dem Recht vorgelagert bleibt. Soziale Typik erzeugt das Bewußtsein der Bindung, zwar nicht an ein fremdbestimmtes detailliert ausgeformtes Feld von Rechten und Pflichten (das jede Einigung der Ehegatten erübrigen würde), wohl aber — ähnlich der Bindung an einen Vorvertrag — an einen sozialen Standard, der allenfalls einen Rahmen fixiert, im übrigen aber den Ehegatten die Details zur autonomen Regelung überläßt.

Belanglos ist die Art der Tätigkeit: Mitarbeit in dienender Funktion (Sprechstundenhilfe) kann nicht weniger Gegenstand eines Kooperationsvertrages sein als Mitarbeit in leitender Stellung. Belanglos ist auch der Ort, der dem mitarbeitenden Ehegatten in einem gegliederten Arbeitsbereich des Partners zugewiesen wird: Immediatverhältnisse mit ständigem persönlichem Kontakt der Ehegatten mögen ein besonders beredter Ausdruck ihrer Zuordnung nun auch im Arbeitsbereich sein, sind aber kein Exklusivitäts sicherndes Charakteristikum der ehelichen Mitarbeit. Mediatisierung durch Zwischenstufen schließt einen Kooperationsvertrag nicht aus. Daß Ehegatten in diesem Fall (vornehmlich bei mehrstufiger Mediatisierung) meist den Arbeitsvertrag bevorzugen, ist ebenso richtig wie gleichgültig: Das Arbeitsverhältnis ist hier — wie auch sonst — das Ergebnis einer Wahl der Ehegatten und nicht etwa ein bindend vorgegebener Rahmen der Mitarbeit. Belanglos ist schließlich, ob die Mitarbeit dem Partner in der Ehe unmittelbar zugutekommt oder vermittelt durch eine Personen- oder Kapitalgesellschaft, deren Geschäftsergebnisse ihm allein oder zusammen mit anderen zufallen, wenn nur die Arbeit im Verhältnis zur Gesellschaft ihm als Leistung an die Gesellschaft zugerechnet wird<sup>39)</sup>.

<sup>39)</sup> Vgl. BAG, FamRZ 1974, 89.

Die nähere Ausgestaltung des Kooperationsvertrages obliegt den Ehegatten. Freilich werden Vertragswerke, die Anspruch auf Vollständigkeit erheben können, schwerlich je zum geläufigen Repertoire mitarbeitender Ehegatten werden. Lückenhafte Vereinbarungen werden stets die Regel bleiben mit Lücken selbst für wesentliche Sachverhalte, die man von vornherein nicht sah oder als zu fernliegend glaubte vernachlässigen zu können oder schließlich aus Furcht vor möglichen Mißverständnissen schweigend übergang (wie die Möglichkeit schließlichen Scheiterns der Ehe).

Ohne Regelung wird vielfach auch die Frage des Entgelts bleiben, wengleich heute im Zeitalter weiter Verbreitung der Doppelverdienerehe (die sich in der beiderseitigen Arbeitsleistung nicht grundlegend von der Mitarbeitsehe unterscheidet) weit unbefangener auch unter Ehegatten über die Beteiligung am Ertrag gemeinschaftlicher Arbeit gesprochen wird und angesichts der Beliebigkeit, mit welcher die Ehegatten zwischen eheneutralen (und dann selbstverständlich entgeltlichen) und ehebezogenen Arbeitsleistungen wählen können, die alte (niemals richtige) Warnung vor einer Kommerzialisierung der Ehe den letzten Rest an Glaubwürdigkeit eingebüßt hat. Mitarbeit ist dem Kommerz stets zugekehrt, weil sie wirtschaftliche Werte schafft. Insofern ist gar nicht (wie man uns so gern versichert) zu wählen zwischen einer „kommerzialisierter Ehe“ und einer anderen, die primär sittliche Werte verwirklicht (als ob da noch zu wählen wäre), sondern zwischen einer Ehe, in der ein Ehegatte das Vermögen seines Partners zu mehren hat, und einer anderen, in welcher ein fairer Ausgleich selbstverständlich ist.

Lücken, die zunächst bestanden, kann spätere Übung schließen. Wie jeder andere Vertrag, so ist auch der Kooperationsvertrag späterer (ggf. auch fortgesetzter) Ergänzung fähig. Von lückenschließenden Ergänzungen sind dann die anderen zu sondern, die weniger weit reichen, die lediglich eine Teilantwort auf eine umfassendere Frage geben. Wird in längerer Übung kein periodisches Entgelt gewährt, so sind periodische Gegenleistungen nicht vereinbart worden. Offen bleibt die Frage nach einem Entgelt in einmaliger Ausgleichsleistung (mit der Möglichkeit, nach Situationen bei Beendigung der Mitarbeit zu differenzieren) und die weitere, ob periodische Gegenleistungen unbedingt oder nur rebus sic stantibus ausgeschlossen sein sollten. Werden umgekehrt periodische Gegenleistungen erbracht, so spricht eine tatsächliche Vermutung für eine vollständige Regelung, wenn Arbeit und Entgelt einander entsprechen. Im übrigen bleibt zu fragen, ob und wann ein weiterer Ausgleich vorzunehmen ist.

Lückenhafte Kooperationsverträge sind zu ergänzen wie andere lückenhafte Verträge auch. Ergänzendes Gesetzesrecht steht nicht zu Gebote, schon gar nicht mit dem ehelichen Güterrecht, das allein das Verhältnis ordnet, in dem das gegenwärtige und zukünftige Vermögen der Ehegatten zueinander stehen, und das (mit einer zufälligen Reflexwirkung) Mitarbeit der Ehegatten nur dann ohne Verwerfungen zum Ausgleich bringt (und dann eine Regelungslücke im Kooperationsvertrag ausschließt), wenn sie das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft mehrt.

Auch dem § 1353 I S. 2 sind ergänzende Regeln nicht zu entnehmen. Eine Rechtsordnung, die Ehegatten nicht mehr zur Mitarbeit anhält, freien Willens geleisteter Mitarbeit aber ihren Platz in Eheordnung und Vertrag zuweist, ordnet sich auch in ergänzender Funktion der *lex contractus* unter. Die Aussage will freilich nicht eben viel besagen: In ihren schließlichen Ergebnissen steht eine von § 1353 I S. 2 bestimmte Vertragsergänzung einer von § 157 geleiteten gleich<sup>40)</sup>. Soweit Ergänzung mit typischem Zuschnitt zu erfolgen hat, sind die hier und dort bestimmenden Maßstäbe nicht zu unterscheiden. Und soweit die Ehegatten erkennbar gerade der

<sup>40)</sup> Insofern findet auch meine zu § 1356 II a. F. entwickelte Lehre vom familienrechtlichen Ausgleichsanspruch aus § 1353 (FamRZ 1958, 243; 1959, 465; Lehrbuch des Familienrechts, § 20 II 4) im Text eine geradlinige Fortsetzung.



typischen Sachrichtigkeit nicht vertrauten, müßte auch die Generalklausel für die eheliche Lebensgemeinschaft nach den Grundsätzen, die für das Verhältnis von hypothetischem Parteiwillen und dispositivem Gesetzesrecht gelten, vor einer einzelfallorientierten Vertragsergänzung zurücktreten.

Treu und Glauben haben die Lückenergänzung zu leiten und die Verkehrssitte (§ 157), beide als Faktoren, die den hypothetischen Willen von Vertragspartnern formen, die ehelich miteinander verbunden sind und der prägenden Kraft dieser besonderen Verbindung auch in Fragen der Mitarbeit vertrauen. Konkrete Umstände des Einzelfalles können der Mitarbeit eine besondere Wendung geben; im Regelfall ist die Sozialtypik der richtige Maßstab für vertragsgerechtes Verhalten: Ehegatten pflegen den (sozial) anerkannten Regeln für eheliche Mitarbeit zu vertrauen, wenn sie sich nicht anderweitig äußerten<sup>41)</sup>. Was freilich soziale Typik gebietet und was nicht, kann heute (mangels entsprechender Rechtsstatsachenforschung) nur vermutet, kaum je mit voller Überzeugungskraft behauptet und nie bewiesen werden. Sozialer Typik dürften mit diesem Vorbehalt periodische Gegenleistungen entsprechen, wenn kontinuierlicher Bedarf des mitarbeitenden Ehegatten entstanden ist, und zwar auch dann, wenn ihm die Mittel fehlen, um Verwandtenunterhalt zu leisten. Ehegatten, die ihre Rechtsverhältnisse mit stetem Blick auf mögliche Ansprüche Dritter ordnen und ein Vertragswerk zu errichten suchen, das als geschlossener Abwehrblock das eigene Vermögen bewahrt und mehrt, sind der Rspr. gewiß geläufig<sup>42)</sup>; den (weit weniger auffälligen) Regelfall bezeichnen sie indessen nicht. Sozialer Typik dürften auch Ausgleichsleistungen nach gescheiterter Ehe entsprechen, wenn periodische Gegenleistungen nie oder doch nur in unzureichendem Maße erfolgten. Daß die bisherige Rspr. sich nicht dazu entschließen konnte, einen Ausgleich schon dann zu gewähren, wenn die Mitarbeit den Rahmen unbedeutender Hilfeleistungen überschritt, beweist nicht schon das Gegenteil. Niemand kennt die Zahl der Fälle, in welchen die Ehegatten einen fairen Ausgleich vollzogen, obwohl sie ihn der Rspr. zufolge nicht hätten vollziehen müssen. Daß jene Rspr. retardierend gewirkt hat (vermittelt durch fachkundige Beratung vor Abschluß einer Scheidungsfolgenvereinbarung), ist gewiß; wie stark, weiß dagegen niemand mehr.

## XI. Wert und Unwert subjektiver Gestaltungs-kräfte

Für ein abschließendes Urteil, das nach Art einer Gewinn- und Verlustrechnung sichere Daten als Aktiva und Passiva verwendet, ist die Zeit noch nicht gekommen, wenn schließlich Wert und Unwert des Vordringens subjektiver Gestaltungs-kräfte im Ehe-recht gemessen werden soll an der Stabilität der Ehen. Die erkennbaren Schwä-

<sup>41)</sup> Lösen sich die Ehegatten zum Nachteil von Gläubigern von sozialer Typik in Fragen des Entgelts, so bleibt sie doch gemäß § 850 h II ZPO im Verhältnis zu den Gläubigern verbindlich. Die h. L. abstrahiert freilich bei der Anwendung der Norm von den familiären Beziehungen und gewährt Gläubigerschutz, wenn die Arbeit in genereller Sicht üblicherweise vergütet wird, mag auch unter Ehegatten für eine derartige Tätigkeit üblicherweise eine Vergütung nicht erfolgen. Vgl. dazu *Fenn*, Die Bedeutung verwandtschaftlicher Beziehungen für die Pfändung des „Arbeitseinkommens“ nach § 850 h Abs. 2 ZPO, AcP 167 (1967), 148 ff.; BAG, AP Nr. 16 zu § 850 h ZPO (im Regelfall), mit Anm. *Pecher* (nur bei Dienstleistungen des Schuldners, die „primär und ihrem Wesen nach erwerbsbezogen“ sind).

chen der gegenwärtigen Kombination können (jedenfalls vorerst) ein Verdikt nicht rechtfertigen, weil sich herausstellen könnte, daß das rechtlich Unvollkommene dem gegenwärtigen Eheleben besser entspricht als das rechtlich Vollkommene. Daß diese Möglichkeit Realität werde, wird der Wunsch aller sein, die sich um die Ehe bemühen, auch jener, die beim Rückzug der staatlichen Legislative aus Bereichen, die sie vordem sicher behauptete, tätig waren und ganz anderen Motiven folgten.

Unangemessen wäre es, in der Manier eines Zynikers den dürftigen Bestand an Normen, die das eheliche Leben regeln, mit den vielen (oft auch noch ausufernden) Paragraphen zu vergleichen, die sich der Ehescheidung annehmen, und gestützt auf diesen Vergleich die Gegenwart einer Umwertung zu bezichtigen, in der das irreguläre Ende wichtiger wurde als der reguläre Verlauf. Wer dem Scheidungsrecht mehr Aufmerksamkeit schenkt als der ehelichen Lebensgemeinschaft, wertet die Scheidung nicht auf und beginnt nicht, in ihr einen (wenn auch unerwünschten) Regelfall zu sehen. Normenmassen sind Zeichen gesteigerter Regelungsbedürftigkeit, nicht Zeichen besonderer sachlicher Relevanz oder besonderer Häufigkeit der Regelungsmaterie.

Vertrauen kann enttäuscht werden, auch dasjenige, das gegenwärtig die staatliche Rechtsordnung den Ehegatten entgegenbringt. Schwer ist es freilich, mit einiger Genauigkeit (und d. h. ohne stets wohlfeile Vermutungen und Verdächtigungen) im gebührenden zeitlichen Abstand festzustellen, ob das Vertrauen berechtigt war. Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens, in denen unmittelbar sichtbar werden könnte, ob die Ehegatten allgemein den ihnen zugewiesenen Gestaltungsraum zu nutzen verstanden, sind kein geeigneter Maßstab: Sie waren stets selten und werden es bleiben; dort, wo die subjektiven Gestaltungskräfte gänzlich versagten und die erwünschte Kombination objektiver und subjektiver Elemente des Eheinhalts nicht erzielt wurde, bleiben sie gar gegenstandslos. Wer sich keine Pflichten auferlegte, kann auch auf Pflichterfüllung nicht in Anspruch genommen werden.

So müßte die Scheidungsstatistik zum Prüfstein werden und kann doch ein verlässlicher Prüfstein nicht sein. Im einzigen (subjektiven) Scheidungsrecht, das wir heute noch anerkennen, dem Recht auf Trennung nach Scheitern der Ehe, ist schließlich ein Zustand entscheidend und nicht der Prozeß, der zu dem Zustand führte. Rudimentär zwar bleiben Analysen des Eheverlaufs notwendig (im prognostischen Teil der Zerrüttungsprüfung im Rahmen des § 1565 I S. 2 zumal); doch sind sie kaum mehr als schließlich periphere Erscheinungen in einem Gesamtsystem, das grundsätzlich einen anderen Weg einschlug. Zu den mancherlei Verlusten, die der Übergang vom Schuldprinzip zur Zerrüttungsscheidung mit sich brachte, gehört eben auch (trotz aller Fragwürdigkeit, die bereits die alte Scheidungsstatistik weithin entwertete) eine weitere Einbuße an Möglichkeiten, über die Scheidungspraxis Einblicke zu gewinnen in Ursachen und Wirkungen einzelner Geschehensabläufe. Wer die Verknüpfung von Pflichtenprogramm in der Ehe und Scheidung löst, kann Wert und Unwert (für die Stabilität der Ehen) bestimmter Pflichtenprogramme (und damit auch: der unvollständigen) sowie einzelner ihrer Teile (und damit auch der autonom geschaffenen) nicht mehr aus der Scheidungspraxis erschließen.

<sup>42)</sup> Vgl. dazu den Fall *LG Konstanz*, FamRZ 1962, 260, mit Anm. *Thomä*.

## Das neue Verfahrensrecht in Ehe- und anderen Familiensachen

Von Privatdozent Dr. Gerhard Walter, Tübingen

### I. Vorbemerkungen

1. Wenn am 1. Oktober 1979 unsere Zivilprozeßordnung die Zentnarfeier ihres Inkrafttretens begehen will, so setzt eine solche Feier die Feststellung der Identität der CPO

von 1879 mit dem Zivilprozeß des Jahres 1979 voraus. *Baur* hat schon 1977 (anlässlich der hundersten Jahrgang der „Geburtsanzeige“ vom 30. 1. 1877) die Frage nach der Identität unter dem Stichwort „Funktionswandel des Zivilprozes-