

spielen der in Italien nicht geregelten Religionsmündigkeit, des Rechts zum persönlichen Umgang und der Einwilligung zu Heilbehandlungen illustriert der Verf. zum Schluß seine These.

Die Differenzierung des Verf. und seine Relativierung der Handlungsfähigkeit im Bereich der nichtvermögensrechtlichen Beziehungen des Kindes verdienen grundsätzliche Zustimmung. Streiten mag man darüber, wie diese Relativierung im einzelnen normativ erfaßt wird. Der deutsche Sorgerechts-Entwurf ist nur eins der möglichen Konzepte. Generell jedoch verfolgt der Verf. eine immer häufiger anzutreffende Tendenz, die Eltern-Kind-Beziehung nicht als Gewalt-, sondern als Sorge- und Partnerschaftsverhältnis aufzufassen (vgl. neuestens Ostermeyer, Das Kind im Recht, bei: v. Braunmühl/Kupffer/Ostermeyer, Die Gleichberechtigung des Kindes, 1976, S. 97 ff.; Saladin, Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Festschrift für Hinderling, 1976, S. 175 ff.*). Zur Diskussion dieser Entwicklung hat der Verf. einen wertvollen und reich fundierten Beitrag geleistet.

Dr. Kurt Siehr, Hamburg

*) Vgl. dazu die Rezension von Beitzke, FamRZ 1977, 500 f.

Kwame Opoku, The Law of Marriage in Ghana. A Study in Legal Pluralism

Veröffentlichungen aus dem Institut für Internationale Angelegenheiten der Universität Hamburg Bd. 3, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt a. M. 1976, X, 134 S., brosch. 28 DM

Als Stipendiat der DFG hat der Verf., Dozent in Nigeria, eine vorbildliche Arbeit über das Eherecht von Ghana geschrieben. Vorbildlich ist sie deshalb, weil sie in klarer Gliederung einen Überblick über das Recht der Eheschließung, der Ehwirkungen (einschließlich des Ehegüterrechts) und der Eheauflösung gibt, dabei kritisch den gegenwärtigen Rechtszustand am ghanaischen Verfassungsgebot der Gleichberechtigung der Geschlechter sowie an den Bedürfnissen einer modernen, selbstbewußten afrikanischen Gesellschaft mißt und — was wichtig ist — das hochkomplizierte Eherecht Ghanas nicht vereinfacht. Denn kompliziert ist dieses Rechtsgebiet, wie der Untertitel der Arbeit andeutet, in hohem Maße. Zu unterscheiden sind nämlich, wie in vielen afrikanischen Staaten, Ehen nach afrikanischem Gewohnheitsrecht verschiedener Völkergruppen, nach islamischem Recht sowie schließlich nach der aus englischer Kolonialzeit stammenden und für die Goldküste bestimmten „Marriage Ordinance“ von 1884 i. d. F. von 1951. Einheitlich ist heute wenigstens das Gerichtssystem, und alle Gerichte wenden alle in Ghana geltenden Rechtsordnungen an. Welche Rechtsordnung dies im Einzelfall ist, stellt eine Frage des interpersonalen Rechts dar. Auch hierauf geht der Verf. im ersten Kapitel seiner Arbeit ein und später im jeweiligen Zusammenhang. Ebenfalls kommen zur Sprache das Internationale Privat- und Verfahrensrecht sowie Volkszugehörigkeit, Staatsangehörigkeit und Domizilbegriff als Anknüpfungsbegriffe für Gerichts- und Rechtszuständigkeiten.

Dem Verf. gebühren unsere Anerkennung und unser Dank für seine vorzügliche Darstellung des ghanaischen Eherechts. Hoffentlich erhält er die Möglichkeit, noch manche ebenso schöne Arbeit über afrikanisches Recht zu schreiben und damit zu der von ihm erstrebten Rechtserneuerung beizutragen.

Dr. Kurt Siehr, Hamburg

Herausgeber: Ltd.Reg.-Dir. Dr. Becker, Prof. res Dr. es Bosch, Brox, Döle, Gaul, Habscheld, Milat, D. Schwab, Richter Dr. Göpinger u. Prof. Johannsen, RA Dr. Roesen, Bundesmin. a. D. Dr. E. Schwarzhaupt, SenPräs. Dr. Schwoerer. Schriftl.: Prof. Dr. F. W. Bosch, 53 Bonn-Bad Godesberg, Plittersdorfer Str. 130; für Rezensionen: Prof. Dr. D. Schwab, 84 Regensburg, Universität (Lehrstuhl für Bürgerliches Recht). Unverlangten Manuskripten, für die keine Haftung übernommen wird, ist Rückporto beizufügen. Beiträge werden nur unter der Voraussetzung angenommen, daß das ausschließliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung übertragen wird. Erscheinungsweise: monatlich 1 Heft von 56 Seiten. Bezugspreis: Einzelheft DM 11,90; bei Abonnement — im voraus zahlbar — vierteljährlich DM 29,70 zuzüglich Versandgebühren. Im Bezugspreis ist eine Mehrwertsteuer von 5,5% = DM 1,55 enthalten. Für Studenten, Referendare und Rechtspfleger-Anwärter vierteljährlich DM 18,30. Bestellungen sind an den Verlag, an das zuständige Postamt oder an eine Buchhandlung zu richten (Postscheckkonto 52 22-305 Hannover). Alle Rechte, auch die der Übersetzung, des Nachdrucks und der fotomechanischen Wiedergabe behält sich der Verlag vor. — Z. Z. ist die Anzeigenpreisliste vom 1. 1. 1974 gültig. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Quartalschluß beim Verlag vorliegen. Verlag und Anzeigenverwaltung: Verlag Ernst und Werner Gieseking, 4800 Bielefeld 13, Deckertstr. 30, Postfach 130 120, Ruf-Nr. (05 21) 1 46 74 — Druck: Ernst Gieseking, Bielefeld

Hinweise auf weitere Publikationen:

Reform des Gesundheitssystems, zusammengest. u. eingel. v. Hubert Metz, Verlag Walter de Gruyter (Aktuelle Dokumente), Berlin/New York 1977, 318 S., kart. 16,80 DM

Um viele Reformvorhaben, die vor geraumer Zeit im Brennpunkt des öffentlichen Interesses standen, ist es mangels Finanzierungsmöglichkeiten ruhig geworden. Demgegenüber wird die Frage einer Reform des Gesundheitssystems nicht zuletzt aus finanziellen Gründen weiterhin erörtert: Die „Kostenexplosion“ auf diesem Gebiet bildet einen „zentralen Punkt der Diskussion“ (so Metz in der Vorbemerkung, S. 3). Der vorliegende Band vereinigt wichtige, wenn auch nicht alle Stellungnahmen zur Gesundheitspolitik, u. a. von politischen Parteien und Ärztenverbänden. Unter dem Titel „Reformvorstellungen aus dem Bereich der Wissenschaft“ werden Auszüge aus dem 1975 erschienenen Buch „Möglichkeiten der Reform des Gesundheitswesens in der Bundesrepublik Deutschland“ von Peter Rosenberg abgedruckt (S. 13—59). Der Leser, der sich über diese Auswahl vorwiegend programmatischer Äußerungen hinaus informieren will, findet Hinweise in einer kurzen Liste weiterführender Literatur (S. 317—318).

Freiwillige Erziehungshilfe — Fürsorgeerziehung in Nordrhein-Westfalen, hg. v. Rembert Engel u. a. in Verbindung mit dem Landesjugendamt Rheinland und dem Landesjugendamt Westfalen-Lippe, Bd. 1 der Schriftenreihe „Sozialwesen in Nordrhein-Westfalen“, Günter Olzog Verlag, München/Wien 1977, 237 S., kart. 16,80 DM

Der Band enthält u. a. Gesetze, Verordnungen, Erlasse und Richtlinien, die die Freiwillige Erziehungshilfe und Fürsorgeerziehung in Nordrhein-Westfalen betreffen. Die Sammlung wendet sich an Studenten der Sozialpädagogik und Sozialarbeit, will aber auch „den im Sozialwesen Tätigen eine übersichtliche und berufsfeldorientierte Textausgabe an die Hand ... geben“ (Vorwort, S. 9). Insbesondere die Zusammenstellung von ministeriellen Erlassen und Richtlinien sowie Rundschreiben der Landesjugendämter Rheinland und Westfalen-Lippe dürfte sich auch über diesen Adressatenkreis hinaus als nützlich erweisen.

Koordinierung und Zentralisierung in der Straffälligenhilfe, hg. v. Bernd Maelicke, Arbeitshilfen (Schriftenreihe für Sozialhilfe, Jugendhilfe und Gesundheitshilfe, hg. v. Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge) Heft 16, Eigenverlag des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge, Frankfurt a. M. 1976, 116 S., kart. 14,80 DM (Vorzugspreis für Mitglieder 8 DM)

Zumindest ebenso wichtig wie Resozialisierungsmaßnahmen während des Strafvollzugs erscheint die Entlassenenhilfe. Die vorliegende Schrift faßt Materialien und Ergebnisse einer vom Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge 1976 organisierten Tagung zum Thema „Zentralstellen für Straffälligenhilfe“ zusammen. Nach grundsätzlichen Ausführungen von Maelicke (Die soziale Situation Haftentlassener, S. 10—34) und Müller-Dietz (Straffälligenhilfe im Umbruch — Auswirkungen des Strafvollzugsgesetzes und des § 72 BSHG, S. 35—55) werden Organisation und Arbeitsweise einzelner Modelle zur Entlassenenhilfe in der Bundesrepublik und Berlin vorgestellt. Es ist zu wünschen, daß die in dem Heft enthaltenen Anregungen die erstrebte Resonanz in der Praxis finden.

Dieter Schwab

Zeitschrift für das gesamte

Familienrecht

Schriftleitung:

Professor Dr. F. W. Bosch

5300 Bonn-Bad Godesberg 1, Plittersdorfer Straße 130

24. Jahrgang September/Oktober 1977

Professor Dr. D. Schwab

8400 Regensburg, Universität

Die Neuordnung des Eherechts ab 1. Juli 1977

Eine grundsätzliche Betrachtung

von Prof. Dr. F. W. Bosch (Bonn)*

A. Einführung

Bei Vorstellung der Bonner Universität vor einer größeren Öffentlichkeit dürfen anno 1977 die Vertreter des Rechts und der Rechtswissenschaft kaum fehlen. Einmal gehört dieses Gebiet natürlich zum „Studium Universale“, in dessen Zeichen auch der Dies academicus stattfindet; und dies gilt nicht nur für Fragen des Verfassungs- oder des Strafrechts, die den meisten als allgemeiner interessierend näher liegen, sondern auch für Themen des Bürgerlichen Rechts, welche als solche des Familienrechts im übrigen oft sehr eng mit Verfassungsproblemen im Zusammenhang stehen.¹⁾

Man denke nur an die Komplexe: Gleichberechtigung von Mann und Frau, Besserstellung der nichtehelichen Kinder — Anliegen des Grundgesetzes²⁾, die ganz oder mindestens überwiegend bereits in den vergangenen Jahrzehnten durch Einzelgesetze erfüllt worden sind: das GleichberG von 1957/58 sowie das Nichtehechengesetz von 1969/70³⁾. Über die Rechtsproblematik der nichtehelichen Kinder sprach ich am „Dies academicus“ in Bonn im Juni 1963⁴⁾ — sechs Jahre vor Verabschiedung des Gesetzes —; und über Fragen des Ehe- und sonstigen Familienrechts in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft durfte ich bei Eröffnung der Ruhr-Universität Bochum vor 12 Jahren referieren⁵⁾. Kurz: wir haben

*) Das Manuskript entspricht i. wes. einem Vortrag, den der Verfasser am 22. 6. 1977 im Rahmen des Dies academicus der Universität Bonn und (mit kleinen Änderungen) bereits am 19. 6. 1977 bei einer Akademischen Morgenfeier der Studentenverbindung „Flamberg“ gehalten hat. Die Vortragform wurde überwiegend beibehalten. Von einer Einzeldokumentation — durch Anführung jeweils sämtlicher neuer Schrifttumsäußerungen — mußte aus Zeitgründen leider abgesehen werden. Zitierte Paragraphen sind, wenn nichts Gegenteiliges vermerkt wird, jeweils solche des BGB in neuer Fassung (n. F.). Die früheren BGB-Texte werden durch „a. F.“ gekennzeichnet. Umfassende Literatur-Angaben am Ende dieses Aufsatzes.

Die Frage, ob Familienrecht überhaupt zum „Bürgerlichen Recht“ i. e. S. gehört, sei hier nicht gründlicher erörtert. Insoweit vergleiche man den Aufsatz FamRZ 1966, 87 ff., speziell S. 61 (c, d), und in: Bochumer Universitätsreden, Heft 2 (1966), S. 19 f.

1) Art. 3 II, 6 V, 117 I GG.

2) Zu beiden Reformgesetzen zahllose Beiträge in den früheren Jahrgängen der FamRZ; außerdem ständig neuere und neueste Gerichtsentscheidungen.

3) FamRZ 1963, 398 ff.

4) FamRZ 1966, 57 ff.; im Verlag Ferd. Kamp (Bochum) auch als Monographie erschienen unter dem Titel: Ehe und Familie in der Rechtsordnung (Gesetzgebung — Rechtsprechung — Wissenschaft) — Insbesondere ein Beitrag zum Thema „Gesetz und Richter“ (Bochumer Universitätsreden, Heft 2).

5) Vgl. ferner etwa FamRZ 1970, 497 ff.; 1971, 57 ff., 411 f., 564 f.; 1972, 329 ff.; 1976, 401 ff.

FamRZ 1977, Heft 9/10

wahrhaftig auch in der Vergangenheit uns schon gründlicher mit Eherecht u. ä. befaßt und damals immer wieder etliches an Neuordnung mit bewirken helfen (auch wenn es uns nicht gelang, alle Reform-Vorstellungen durchzusetzen⁶⁾).

Um so unbegreiflicher ist es, daß jenes Gesetz v. 14. 6. 1976, das am 1. 7. 1977 voll in Kraft tritt — das novellierte Namensrecht ist bereits ein Jahr früher wirksam geworden⁷⁾ —, sich als das „Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts“ bezeichnet. Prüft man die zum bürgerlichen Familienrecht seit den 20er Jahren erlassenen größeren und kleineren Änderungsgesetze, so kommt dem heute interessierenden Gesetz von 1976 in der zeitlichen Reihenfolge die weit bescheidenere Ziffer 15 zu⁸⁾; m. a. W.: Die ersten Reformer sind wir ganz und gar nicht; aber es ist charakteristisch für diese Gegenwart und ihre anmaßenden Sprecher zu behaupten, als erste eine echte Neuordnung zu bewirken⁹⁾. Auch manche andere Aussage betr. dieses neueste Gesetz stimmt leider nicht oder doch nur mit erheblichen Einschränkungen; so etwa die Aussage, das Verschulden an der Zerstörung einer Ehe sei ganz und gar unerheblich geworden¹⁰⁾.

Richtig ist dagegen, daß das EheRG von 1976 — neben dem EheG von 1938/1946, neben dem GleichberG von 1957 und neben dem NEheG von 1969 — zu den umfassendsten und gewichtigsten Familienrechts-Reformgesetzen gehört¹¹⁾. Und deshalb werden viele der Anwesenden hier erschienen sein; nicht alle mit der gleichen Sicht oder Intention:

Der eine möchte vielleicht wissen, wie er nun bald und möglichst „schmerzlos“ — ohne viele Komplikationen und Nachwirkungen — geschieden werden kann;

7) Dazu vgl. Art. 12 Ziff. 13 b des EheRG (BGBl 1976 I 1463) und dazu Bosch, FamRZ 1976, 406 (IV. b); D. Ruthe, FamRZ 1976, 409 ff.; Wacke, FamRZ 1977, 509 ff.; Diederichsen, NJW 1976, 1169 ff.

8) Vgl. FamRZ 1976, 402, wo in Abschn. 2 die früheren Reformgesetze sämtlich aufgeführt sind.

9) Auf meine Feststellung in FamRZ 1976, 402 überzeugt nicht: Keine Generation hat das Recht, wieder mit „Nr. 1“ zu beginnen. Es gab stets schon vorher verständige Menschen, die ebenfalls etwas geleistet haben. Wer indes die Geschichte nicht mehr berücksichtigen — alles Gewesene quasi „abschaffen“ — will, mag dies offen erklären.

10) Dazu sei nur auf OLG Stuttgart, FamRZ 1977, unten Nr. 229, hingewiesen.

11) Vgl. die umfassenden Literatur-Angaben am Schluß dieses Aufsatzes S. 581 f.

der oder die andere, wie in bezug auf die eigene Ehe oder die einer Bekannten oder Verwandten solche Eheauflösung zu verhindern ist;

für den Fall jedoch, daß solcher Gerichtsentscheid nicht zu vermeiden wäre: wie dann die Folgen der Scheidung nach dem 1. 7. 1977 sein werden.

Wieder andere wollen vielleicht gar nichts von der Scheidung erfahren, da dies im konkreten Falle überhaupt nicht zur Debatte steht, sondern schlicht, wie bei bestehender Ehe die Rechtslage demnächst sein wird: in bezug auf Unterhalt, Verpflichtung der Ehefrau zur Erwerbstätigkeit, Haftung der Ehepartner für Schulden, die der eine oder andere Gatte im engeren oder weiteren Zusammenhang mit dem Haushalt begründet hat; u. ä. m.

Schließlich werden auch einige hier sein, die selbst geschieden oder mit einem Geschiedenen eine neue Ehe eingegangen sind, und die jetzt erfahren möchten, wie das Reformgesetz von 1976 ab 1. 7. 1977 auf ihre Rechts-situation einwirkt. Diesen letzteren sei zu Beginn schnell gesagt, daß hinsichtlich der materiellen Folgen einer noch nach altem Recht geschiedenen Ehe sich keine Änderung ergibt¹²⁾.

Beispiel: Eine 1976 aus dem Verschulden des Mannes geschiedene Ehefrau kann gemäß dem bisherigen EheG 1946 prinzipiell oder doch in zahlreichen Fällen Unterhalt verlangen¹³⁾; ferner kann sie nach Scheidung den Anspruch auf Vermögensausgleich (sog. Zugewinnausgleich) gemäß dem Gesetz von 1957 geltend machen, wenn in der vergangenen Ehe der Mann (seit 1. 7. 1958) mehr als die Frau „hinzugewonnen“ hat¹⁴⁾.

Sog. Versorgungsausgleich, d. h. Beteiligung an den Renten- oder Pensionsansparungen des Mannes, kann diese Frau dagegen nicht beanspruchen¹⁵⁾.

Die schon geschiedenen Personen, insbesondere Frauen, brauchen also keinesfalls unruhig zu werden; sie behalten, was schon ist, gewinnen aber auch nichts hinzu¹⁶⁾.

Gegenbeispiel: Eine 1976 aus ihrem eigenen Verschulden geschiedene Frau hatte nach bisherigem Recht keinen Unterhalt vom Manne zu verlangen; sie kann ihn auch ab 1. 7. 1977 nicht geltend machen¹⁷⁾. Schon dadurch erweist sich, daß die leichtfertige Behauptung, ab 1. 7. 1977 werde das Verschuldens- durch das Zerüttungsprinzip abgelöst, einfach nicht stimmt: Hinsichtlich der alt-geschiedenen Fälle bleibt alles beim alten. — Die 1976 schuldig geschiedene Frau hat allerdings ggf. den Zugewinnausgleich vom Manne zu beanspruchen: dieses Recht wurde ihr bereits durch das GleichberG von 1957 zuerkannt¹⁸⁾. Hinsichtlich der

¹²⁾ Dazu vgl. vor allem Art. 12 Nr. 3 EheRG 1976 (BGBl 1976 I 1462).

Anders etwa bezüglich der namens- und kindschaftsrechtlichen Konsequenzen einer Scheidung: Seit 1. 7. 1976 kommt z. B. ein Namensuntersagungsrecht gegenüber der geschiedenen Ehefrau (früher §§ 56, 57 EheG 1946) nicht mehr in Frage. Sie selbst aber hat die Namensänderungsbefugnis nach § 1355 IV S. 2 BGB n. F. Hinsichtlich der Regelung der elterlichen Gewalt betr. Kinder aus der geschiedenen Ehe gilt seit 1. 7. 1977 der neue § 1671, worin gemäß Abs. III nicht mehr auf den Schuldausspruch im Scheidungsurteil abgehoben wird; s. dazu BayObLG, in diesem Heft Nr. 233, und im übrigen unten S. 575 — III. —

¹³⁾ §§ 58 ff. EheG 1946.

Dazu vgl. ferner § 1265 RVO, § 42 AVG, § 65 RKG: Hier-nach haben vor dem 1. 7. 1977 geschiedene Frauen bei Tod des sozialversicherten Mannes auf der Basis des bisherigen Unterhaltsrechts einen Anspruch auf Geschiedenen-Witwenrente.

¹⁴⁾ §§ 1372 ff. BGB.

¹⁵⁾ Art. 12 Nr. 3 Abs. III EheRG (BGBl 1976 I 1462).

¹⁶⁾ Die These von Engelhardt, JZ 1976, 576 ff., die weitergel-tenden alten Unterhaltsvorschriften könnten und sollten weithin im Lichte des neuen Rechts interpretiert werden, ist sehr interessant und m. E. beifallswert. Diese Auffas-sung dürfte sich i. d. R. frauengünstig auswirken.

¹⁷⁾ Art. 12 Nr. 3 Abs. II EheRG 1976.

¹⁸⁾ §§ 1372 ff. BGB.

Versorgungsrechte des Mannes hat sie dagegen keiner- lei Anspruch auf Ausgleich¹⁹⁾.

Im Unterschied zu diesen Ehen, die bis 30. 6. 1977 nach den bisherigen Regelungen geschieden sind²⁰⁾, werden jene, die heute und noch am 1. 7. 1977 bestehen — vielleicht schon seit Jahrzehnten —, in bezug auf Rechte und Pflichten der Ehegatten vom Stichtag an durch das neue Recht erfaßt²¹⁾ — ohne daß man die Beteiligten fragt, ob sie den Inhalt ihrer Ehe verändern möchten! Ferner unterstehen die am 1. 7. 1977 noch existenten Alt-Ehen von da an auch den neuen Regeln über Scheidbar-keit und Folgen einer etwaigen künftigen Scheidung²²⁾.

Beispiel: Eine Hausfrau, die erst Ende 1977 geschieden wird, hat selbst dann, wenn sie nach der alten Regelung als an der Scheidung schuldig hätte erklärt werden müssen, nach neuem Recht in vielen Fällen ihrer Bedürftigkeit²³⁾ — darauf kommen wir noch — grundsätzlich einen Unterhaltsanspruch gegen den geschiedenen Mann. Außerdem hat sie prinzipiell Ver-sorgungsausgleich für die ganze Dauer der Ehe zu ver-langen²⁴⁾, d. h. ein Rentensplitting od. ä. dergestalt, daß der Ehemann — als Arbeitnehmer oder Beamter bisher oft allein rentenversichert oder mit Pensions-aussicht ausgestattet — der geschiedenen Frau die Hälfte der Wertsteigerung seiner Versorgungsrechte zu übertragen hat, jener Wertsteigerung, die während der Ehe für ihn eintrat²⁵⁾.

Man erkennt, daß diese Übergangsrechtlichen Bestim-mungen nicht ganz befriedigend ausgefallen sind, viel-leicht nicht ausfallen konnten²⁶⁾. Im übrigen sei hier ge-nerell zu Beginn bemerkt, daß keine Lobrede auf die ge-setzliche Neuordnung gehalten, vielmehr durchaus kri-tisch zu manchen Regelungen, die jetzt in Kraft treten, Stellung genommen werden soll.

In diesem Sinne sei die am 1. 7. 1977 wirksam wer-dende gesetzliche Neuordnung des Eherechts in einigen Hauptlinien — zu mehr reicht die Zeit nicht aus — dar-gestellt und gelegentlich zu der fraglichen Einzelregelung sogleich, außerdem aber am Ende des Referats einiges er-gänzend bemerkt.

B. Änderungen im Bereich des allgemeinen Ehwirkungsrechts

I. Entgegen der Annahme der meisten Bürger dieses Landes wird es ab 1. 7. 1977 nicht nur ein neues Ehe-scheidungsrecht, sondern ein sehr stark abgewandeltes Ehe-recht — allgemeines Ehwirkungsrecht — geben²⁷⁾. Das heißt nicht weniger als dies:

Das Ehebild, soweit ein Gesetz darüber Aussagen zu machen überhaupt imstande ist, wird entscheidend modi-fiziert — auch für jene Ehen, die längst bestehen (ohne diese Bürger zu befragen!). Zunächst (1967) war dies offenbar gar nicht beabsichtigt²⁸⁾, setzte sich jedoch später mehr und mehr als „Zweit Anliegen“ neben der

¹⁹⁾ Weder eine Geschiedenen-Witwenrente (§ 1265 RVO) noch eine Erziehungsrente (§ 1265 a RVO) kommt in Be-tracht.

²⁰⁾ Es kommt nicht darauf an, wann das Urteil rechtskräftig wurde — wie öfter behauptet wird —, sondern nur darauf, ob die Ehe „nach den bisher geltenden Vorschriften“ — et-wa am 30. 6. 1977 — geschieden worden ist (bekanntlich konnte vor dem 1. 7. 1977 nur nach dem alten Recht eine Scheidung ausgesprochen werden!). Zur Frage der Be-rufungseinlegung vgl. Brüggemann, unten S. 582.

²¹⁾ Art. 12 Nr. 1 EheRG 1976.

²²⁾ Art. 12 Nr. 3 Abs. I EheRG 1976.

²³⁾ §§ 1369 ff. BGB.

²⁴⁾ §§ 1587 ff. BGB — Dazu s. u. S. 579 Fn. 129, Fn. 134.

²⁵⁾ § 1587 a I BGB.

²⁶⁾ Zu weiteren Übergangsfragen, vor allem des Verfahrens-rechts, vgl. nachstehend Brüggemann, S. 582; ferner OLG Düsseldorf, FamRZ 1977, 547; OLG Koblenz/AmtsG (FamG) Darmstadt/BayObLG, in diesem Heft Nr. 231—233 m. weit. Nachw.

²⁷⁾ Der Ausdruck „Eherechtsgesetz“ ist daher durchaus zu-treffend. Zum neuen Recht der allgemeinen Ehwirkungen vgl. jetzt Wacke, FamRZ 1977, 505 ff.

Reform des Scheidungsrechts durch „Reform der früheren Reform“ sei — so sagte man — dringend ge-boten, Verbesserung insbesondere jener Gleichberechtigungsgesetzgebung, die anno 1957/58 verabschiedet wurde²⁹⁾. Derartige Tendenzen, z. T. gekoppelt mit der Feststellung, der frühere Gesetzgeber sei eben ein „restaurativer“ gewesen³⁰⁾, müssen hellhörig machen.

Anders gesagt: wenn die Legislative sich anschiekt, den juristischen Gehalt der Ehe neu zu umschreiben, die Pflichten, Aufgaben, Rechte der Ehegatten anders als bis-her zu definieren, sollte dies das Interesse schlechthin aller finden. Abgesehen von der Neuordnung des Ehe-namensrechts³¹⁾ nahm jedoch die Öffentlichkeit von diesem Vorhaben vor Gesetzesverabschiedung kaum Notiz — und es ist außerdem charakteristisch, daß ausgerechnet die überwiegend rein praktische, keineswegs grundsätz-liche Frage des Familiennamens der Gatten, der Kinder usw. die Gemüter sehr erhitzt hat³²⁾.

II. Was ist im übrigen geschehen³³⁾?

a) Das Entscheidende sind nicht die Einzelheiten, ist vielmehr, daß die Aussagen der früheren Gesetzestexte über die allgemeinen Wirkungen der Ehe als mehr oder weniger absolut verpflichtend angesehen wurden³⁴⁾ — z. B. diejenigen über die Funktionen der Gatten (Thema: Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit), über die Art der Unterhaltspflicht im Familienverband u. a. m. (dagegen natürlich nicht die Regeln des spezifischen Ehegüter-rechts). Jetzt aber kann von einem zwingenden, unver-fügbaren rechtlichen Gehalt der Ehe nicht mehr die Rede sein:

Die Ehenamensregelung ist, wie angedeutet, min-destens teilweise dispositiv geworden³⁵⁾, was das schlimmste — in meiner Sicht — nicht sein dürfte. Ferner gilt ab 1. 7. 1977 der Rechtssatz: „Die Haushaltsführung regeln die Gatten im gegenseitigen Einvernehmen³⁶⁾.“ Das Leitbild „Hausfrauenehe“ wurde in voller Erkenntnis der Tragweite dieser Entscheidung aufgegeben³⁷⁾. Damit steht im Einklang, daß das bisherige Privileg der Ehefrau, ihren Unterhaltsbeitrag i. d. R. durch Haushaltsführung, Be-treuung der Kinder usw. voll zu erbringen³⁸⁾, logischer-weise entfallen ist — eine Neuorientierung des allgemei-

²⁷⁾ Vgl. die Vorbemerkung zu Band I der Vorschläge der Eherechtskommission (1970), S. 9.

Das Recht der allgemeinen Ehwirkungen wurde von die-ser Kommission im Prinzip nicht erörtert (des Sachzu-sammenhangs wegen wohl § 1361 BGB; s. S. 116 der Denk-schrift I). Erst der „Diskussionsentwurf“ des Bundesjustiz-ministeriums von 1970 bezog die allgemeinen Ehwirkun-gen in die Debatte ein, nachdem die Erörterung der Re-form des Scheidungsrechts schon 1967 begonnen hatte.

²⁸⁾ BT-Drucks. 7/650, S. 59, S. 71, S. 75, S. 95—102.

²⁹⁾ Diese Feststellung trifft z. B. Wacke, FamRZ 1977, 521 (bei Fn. 210), in bezug auf die bisherige Regelung der Schlüssel-gewalt. Daher sei hier offen bekannt, daß ich es war, der insoweit den Gesetzgeber von 1957 beraten hat. Im Prin-zip — nicht in allen Einzelheiten — war m. E. die bishe-rige Lösung erheblich besser als die Neuordnung von 1976/77, insbes. sehr viel frauengünstiger; s. auch unten bei Fn. 45.

³⁰⁾ s. o. Fn. 7.

³¹⁾ Neuestens dazu Wacke, FamRZ 1977, 509 ff., mit vielen interessanten Einzelheiten.

³²⁾ Das bisherige Recht der §§ 1353—1362 BGB braucht hier nicht im einzelnen dargestellt zu werden. Wichtig waren vor allem der Zusammenhang zwischen ehelicher Ge-meinschaftspflicht (§ 1353) und Scheidungsgründen (§§ 42, 43 EheG 1946), ferner die Regelung der Funktionen der Ehegatten in § 1356 I (Haushaltsführung) und II (Mitar-beitspflicht), die Beschränkung der Schlüsselgewaltnorm des § 1357 auf die Ehefrau — mit hauptsächlich interessie-render) Auswirkung gegen den Ehemann — sowie die Unterhaltsregelung in §§ 1360, 1361 (speziell die Frauen-privilegien in § 1360 S. 2 und § 1361 II).

³³⁾ Ursprünglich noch stärker als in den letzten Jahren, wo man bereits häufiger eine vom Gesetz abweichende Rege-lung der Ehwirkungen zuließ; vgl. zu letzterem meine Erwägungen in FamRZ 1970, 500/501.

³⁴⁾ Vgl. insbes. § 1355 II n. F.

³⁵⁾ § 1356 I S. 1.

³⁶⁾ Vgl. BT-Drucks. 7/650, S. 97; BT-Drucks. 7/4361, S. 7/8, S. 25.

³⁷⁾ § 1360 S. 2 a. F.

³⁸⁾ § 1360 S. 2 a. F.

nen Eherechts, die natürlich auf die Rechtslage in der Krisen- oder Auflösungs-Situation erheblich ausstrahlt: Was nicht einmal mehr bei intakter Ehe gilt, was hier im Gesetzestext bewußt gelöst worden ist, kann bei strenger Handhabung als Grundsatz erst recht nicht mehr in Betracht kommen, wenn die eheliche Gemeinschaft zu zerbrechen droht oder schon zerbrochen, d. h. die Ehe geschieden ist³⁹⁾. Allgemeines Ehwirkungs- und Eheschei-dungsrecht verhalten sich teilweise immer noch wie zwei Seiten derselben Münze⁴⁰⁾. Auch deshalb sind die Grund-aussagen des Gesetzes zum Ehebild so bedeutsam und werden hier vorneweg behandelt.

b) Die wesentlichste Teilfrage scheint in diesem Zu-sammenhang die folgende zu sein: Gibt es und, wenn ja, unter welchen Voraussetzungen für den einzelnen Ehe-gatten, der sich mit seinem Partner über die Funktionen — d. h. über Haushaltsführung, Erwerbstätigkeit u. ä. — zunächst geeinigt hat, ein *ius variandi*? Ich wiederhole: gibt es ein solches Änderungsrecht überhaupt und, falls das zu bejahen wäre, wann?

Beispiel: Die Gatten haben bei Eheschließung sich dahin vereinbart, daß man beiderseits weiter erwerbs-tätig sein wolle und daher Kinder vorläufig uner-wünscht seien. Frage: Gilt diese Abrede für alle Zeiten, bis ein neues Einvernehmen hergestellt ist, oder kann die Ehefrau eines Tages verlangen, eine Änderung ein-treten zu lassen? Sie erklärt etwa, nun wolle sie doch, nachdem die wirtschaftliche Grundlage der Familie ge-sichert sei, Mutter werden und ihre Erwerbstätigkeit allmählich auslaufen lassen. Bedarf es, um solches Ver-langen berechtigt erscheinen zu lassen, anderer Gründe als nur des Hinweises auf das Wesen der Ehe⁴¹⁾?

Umgekehrtes Beispiel: Kann der Ehemann von seiner Frau, die kraft Einvernehmens bisher als Hausfrau u. Mutter tätig war, eines Tages verlangen, daß sie nun eine Erwerbstätigkeit übernimmt — etwa dann, wenn er die Familiengemeinschaft zu verlassen sich an-schiekt⁴²⁾?

Die Liberalisierung des allgemeinen Eherechts — d. h.: Funktionen werden nicht mehr gesetzlich vorgeschrieben, sondern einvernehmlich verteilt — bringt es mit sich, daß die genannten Beispielfälle kaum noch für alle über-zeugend gelöst werden können, es sei denn, man beriefe sich eben auf das „Wesen der Ehe“ und solche Begrün-dung würde anerkannt — was aber sozusagen ausge-schlossen ist —. Ein objektiv (auch nur in großen Linien) festliegender Inhalt der Ehe im Sinne des bürgerlichen Rechts existiert hiernach nicht mehr; der Gehalt der Ehe ist disponibel geworden: entsprechend dem Pluralismus, von dem so viele schwärmen, der aber keine Lösungen bietet.

c) Die Tendenz zur Minimalisierung, zum Ehe-Minima-lismus zeigt sich übrigens ferner darin, daß ganz bewußt auch die Pflicht des einen Gatten zur Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des anderen Ehepartners⁴³⁾ ersatzlos ge-

³⁸⁾ Dazu vgl. unten S. 575 ff. zu § 1570 n. F.

³⁹⁾ Nicht mehr ganz so wie früher, aber doch noch in etwa.

⁴⁰⁾ Die Frage ist in BT-Drucks. 7/650, S. 97, nicht beantwor-tet: Wenn dort auf „Änderungen der Verhältnisse“ als Änderungsgrund hingewiesen und die Geburt eines Kindes als Beispiel angeführt wird, so liegt das Problem doch gerade darin, ob die Ehefrau sich eines Tages in Erfüllung der Ehe „ein Kind wünschen darf“. Desgl. bietet Wacke, FamRZ 1977, 518 (bei Fn. 150—151), keine Lösung an, wenn er nur vom „beachtlichen Grund“ und vom „Vorbehalt der gleichbleibenden Umstände“ schreibt. Sind Abreden über Kinderlosigkeit (Verhütung) auf Dauer bindend? Dazu s. etwa Wacke, FamRZ 1977, 509 (bei Fn. 54—58); auch Bosch, FamRZ 1970, 501 (bei Fn. 41).

⁴¹⁾ M. E. schützt § 1361 II n. F. die Frau insoweit nicht (mehr) absolut: Abreden über „Nichterwerbstätigkeit der Ehefrau“ sind ebenfalls nicht auf Dauer bindend. Man wird ins-oweit wohl auch schon im Zustand des Getrenntlebens die Rechtsgedanken der §§ 1570 ff. analog anwenden müssen, also z. B. die §§ 1573—1575. Wacke, a.a.O., S. 518, verweist auf die im Sinne eines bestimmten Ehetyps bisher „prak-tizierte Lebensgemeinschaft“.

⁴²⁾ Bisher § 1356 II a. F.

strichen worden ist. Ich zitiere (etwas verkürzt) aus der amtlichen Gesetzesbegründung⁴³): „Eine Verpflichtung der Ehegatten zur Mitarbeit erscheint nicht länger gerechtfertigt“ — von besonderen „Einzelfällen“ abgesehen. Diese Streichung geschah, obwohl für jedermann klar auf der Hand liegt, daß gerade das berufliche Zusammenwirken eine hervorragende Möglichkeit der Aktivierung, der Festigung der ehelichen Gemeinschaft darstellen dürfte (in den leider seltener gewordenen Fällen, in denen solche Eheführung heute noch sich anbietet: etwa in bäuerlichen und kleingewerblich-handwerklichen Verhältnissen).

Warum diese Zerstörung des Ehebildes — so muß man fragen —, diese Sinnentleerung mit gewichtigsten Rechtsfolgen⁴⁴? Ist dies wirklich progressiv?

d) Was § 1357 angeht, so wurde aus der bisher einseitigen Schlüsselgewalt der Frau nun ein gegenseitiges Vertretungsverhältnis der Ehegatten betr. „Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie“, mit gesamtschuldnerischer Haftung auch der Ehefrau aus derartigen Geschäften, und dies sogar dann, wenn der Mann solche Akte ohne jedes Vorwissen der Frau vorgenommen hat — insgesamt eine eminent starke Verschlechterung der Stellung der Ehefrau gegenüber bisher (der Gesetzgeber war deutlich davor gewarnt worden⁴⁵).

III. Man wird jetzt geneigt sein, darauf hinzuweisen, daß aber doch immerhin in § 1353 BGB die Generalnorm von der beiderseitigen Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft stehen geblieben ist und daraus bei verständiger Auslegung vieles hergeleitet werden könne; zusätzlich sei im übrigen doch jetzt noch der Satz vorgeschaltet worden „Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen“, den wir so massiv bisher im Gesetzestext nicht kannten⁴⁶).

Dazu muß leider erwähnt werden, daß bezüglich dieses letzteren Satzes im juristischen Schrifttum bereits die Feststellung getroffen wird, er sei „nur programmatischer Natur“⁴⁷ oder er habe nur „deklaratorischen Charakter“⁴⁸.

⁴³ BT-Drucks. 7/650, S. 98.

⁴⁴ Zu den Rechtsfolgen für den Fall, daß der Mitarbeiter- und/oder Haushaltsführer-Ehegatte durch Tod oder schwere Verletzung ausfällt und daher Schadensersatzansprüche gemäß §§ 842, 843, 844 II, 845 BGB oder den teilweise analogen Vorschriften der Haftpflichtgesetze in Betracht kämen; vgl. *Bosch*, FamRZ 1976, 401 (hinter Fn. 7 b); *Wacke*, FamRZ 1977, 519 (bei Fn. 171 und Abschn. 4); *Kleine Anfrage der Abgeordneten Erhard, Kunz, Dr. Lenz u. a.* in BT-Drucks. 8/650 und dazu die — keineswegs befriedigende — Antwort der Bundesregierung in BT-Drucks. 8/743. Es ist keineswegs so, daß nun die Mitarbeitspflicht in einem ähnlichen Umfang wie bisher aus § 1353 I herzuweisen ist.

⁴⁵ Dazu vgl. *Büdenbender*, FamRZ 1976, 662 ff.; *Wacke*, FamRZ 1977, 520 ff., ferner obige Fn. 29.

Es wäre hierzu sehr vieles zu sagen, was indes leider auf einen späteren Zeitpunkt verschoben werden muß. Die Erörterung der Problematik „§ 1357 BGB und Abzahlungsgesetz“ durch *Wacke* auf S. 523/524 geht auf eine Anregung zurück, die ich an den genannten Autor auf Grund von Fragen, die von Rechtsanwälten in Eherechts-Seminaren an mich gestellt wurden, weitergab.

M. E. bedarf es, wenn Abzahlungsgeschäfte überhaupt unter § 1357 subsumiert werden können, der Aushändigung einer Abschrift der Vertragsurkunde gemäß § 1 a II AbzG nicht nur an den das Rechtsgeschäft tätigen Ehegatten, sondern auch — um die Wirkungen des § 1357 auszulösen — einer weiteren Abschrift an den anderen Ehepartner. Ferner kann gemäß § 1 b AbzG dann jeder Ehegatte das befristete Widerrufsrecht ausüben: für sich, nicht (wie *Wacke* meint) mit Wirkung für den Partner. Andernfalls wird der Ehegatte des Käufers nicht genügend geschützt, was doch der Sinn und Zweck der Neuerungen im AbzG war und ist. Problem nur: Wie erfährt der Verkäufer, daß sein Abz-Käufer verheiratet ist, damit auch der Ehepartner einbezogen werden kann? Ich neige zu der Auffassung: Wenn in bezug auf den Ehegatten nichts geschieht, wird dieser von den Wirkungen des Geschäftes nicht erfaßt!

Die französ. Regelung (Art. 220 III CC) und die der Schweiz (Art. 226 b OR) halte ich für viel besser; vgl. dazu *Wacke*, FamRZ 1977, 523 Fn. 257.

⁴⁶ Dazu s. *Wacke*, FamRZ 1977, 505 f. (A D).

⁴⁷ So *Jur. Lehrgänge Alpmann/Schmidt*, bearb. v. K. Schmidt u. G. Raddatz, Familienrecht, 1977, S. 14.

gewähre jedenfalls „keinen verstärkten Bestandschutz für die Ehe“; eine andere Deutung der Bestimmung „wäre sachfremd“⁴⁷.

Wenn wir und Gleichgesinnte uns nicht bemühen — und dies wäre wirklich eine unserer Aufgaben —, den erwähnten Satz I betr. die Eheschließung „auf Lebenszeit“ inhaltlich aufzufüllen, ist er hiernach nichts als Schall und Rauch, Deklaration, Deklamation, „nur Programm“, das man nicht ernstnehmen kann und will.

IV. Es kommt bedauerlicherweise ein weiteres hinzu:

Im Bundestag beantragte die Minderheit erfolglos, die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft durch konkrete Worte beispielhaft ein wenig zu erläutern, vor allem dahin, diese Lebensgemeinschaft verpflichte insbesondere zu Treue und Beistand sowie auch zur Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder⁴⁸. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt: Zwar wagte niemand, den materiellen Inhalt des Abänderungsbegehrens als falsch zu bezeichnen⁴⁹; aber die Mehrheit meinte, dies könne „eher zu einer inhaltlichen Einengung führen“; ferner sei zu befürchten, daß „zeitbezogene Gesichtspunkte zu sehr in den Vordergrund treten und eine die gesellschaftliche Entwicklung einbeziehende Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung behindert wird“⁵⁰.

Dies ist deutlich genug: Durch die Erwähnung einer Treue- und Beistandspflicht der Gatten im Eherecht unseres Staates könnten möglicherweise „zeitbezogene Gesichtspunkte“ eine künftige „Rechtsfortbildung“ unter Berücksichtigung der „gesellschaftlichen Entwicklung“ behindern.

V. Zwei Gesichtspunkte hierzu noch zum Schluß:

a) Es wundert nicht, wenn im neuesten Schrifttum zur Norm betr. die eheliche Lebensgemeinschaft nun teilweise sogar bereits die These vertreten wird, im Grunde gehe es hier überhaupt nicht mehr um Rechtspflichten, sondern weitestgehend nur noch um sittliche Pflichten oder höchstens um Obliegenheiten in dem einzigen Sinne, daß der ehewidrig Handelnde bloß „eine Zerrüttung seiner Ehe mit der daraus resultierenden Scheidungsmöglichkeit in Kauf nimmt“⁵¹; dagegen sei die — im Gesetz weiter vorgesehene — Klage des einen Gatten auf Herstellung des ehelichen Lebens, um Pflichten des Partners geltendzumachen (ohne sogleich die Scheidung zu begehren), schlicht ein Anachronismus, der zu beseitigen sei⁵². Die vor Verabschiedung des neuen Gesetzes in der Entwurfsbegründung abgegebene Beteuerung, bezüglich der allgemeinen Ehepflichten bleibe alles beim alten, sei ohne jede Verbindlichkeit: „eine bloße Deklamation zwecks Bewichtigung der (Scheidungs-) Reformgegner“⁵³.

Ein Glück, daß nicht alle Deutungen in diese Richtung gehen⁵⁴.

Eine sehr ernste Frage ist weiter die nach der Bedeutung des Satzes in § 1353 II n. F., die eheliche Gemeinschaftspflicht entfallt, „wenn die Ehe gescheitert ist“. Ist damit nicht faktisch die eheliche Gemeinschaftspflicht aufgehoben, da ja stets ein „einseitiges Scheitern“ genügen soll? Welcher Ehepartner, der die Ehwohnung auf Dauer verläßt, wird sich nicht als „gescheitert“ — in seiner Ehe gescheitert — betrachten⁵⁵?

b) Endlich: Vergleicht man das, was wir Deutschen im Gesetzestext über die Ehe positiv aussagen, diesen Mini-

⁴⁷ *Rolland*, Kommentar z. 1. EheRG, S. 91 (Rz. 3 zu § 1353).

⁴⁸ Vgl. BT-Drucks. 7/4361, S. 7; BT-Drucks. 7/4445, 7/4457.

⁴⁹ BT-Drucks. 7/4361, S. 7.

⁵⁰ BT-Drucks. 7/4361, S. 7.

⁵¹ Vgl. die Erwägung von *Wacke*, FamRZ 1977, 507 (oben links).

⁵² *Wacke*, FamRZ 1977, 507 (3.).

⁵³ *Wacke*, FamRZ 1977, 506 (unten rechts).

⁵⁴ Vgl. *Rolland*, Komm. z. 1. EheRG, Rz. 2, 5 ff., 30 ff., 35, 50.

⁵⁵ Vgl. bereits *Bosch*, FamRZ 1976, 401 re. Sp. Die Frage wird von *Wacke*, FamRZ 1977, 508 (6.), nicht erörtert.

malismus, der kaum noch unterboten werden kann⁵⁶), etwa mit älteren und jüngsten ausländischen Formulierungen, so wird man überwältigt von der beklemmenden Einsicht in eine Verarmung, die sich bei uns mittlerweile — bei Gesetzgebern und wahrscheinlich weithin auch bei Juristen — eingestellt hat. Folgende ausländischen Gesetze betr. das allgemeine Eherecht seien hier zitiert:

Österreich: § 44 ABGB v. 1811:

In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen und sich gegenseitigen Beistand zu leisten⁵⁷.

Dazu ergänzend § 90 ABGB i. d. F. von 1975:

Die Ehegatten sind einander zur umfassenden ehelichen Lebensgemeinschaft, besonders zum gemeinsamen Wohnen, sowie zur Treue, zur anständigen Begegnung und zum Beistand verpflichtet. Im Erwerb des anderen hat ein Ehegatte mitzuwirken, soweit ihm dies zumutbar und es nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich ist.

Schweiz: Art. 159 ZGB v. 1907:

Durch die Trauung werden die Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft verbunden.

Sie verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen.

Sie schulden einander Treue und Beistand.

Frankreich: Art. 212 CC i. d. F. von 1942 (bestätigt 1945):

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

Art. 213 i. d. F. von 1970:

Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir.

Italien: Art. 143 II, III des Codice civile i. d. F. von 1975:

Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione.

Entrambi i coniugi sono tenuti, ciascuno in relazione alle proprie sostanze e alla propria capacità di lavoro professionale o casalingo, a contribuire ai bisogni della famiglia⁵⁸.

Nicht ausgeschlossen sei auch die DDR mit ihrem Familiengesetzbuch von 1965:

§ 5 FGB

(I) Mit der Eheschließung begründen Mann und Frau eine für das Leben geschlossene Gemeinschaft, die auf gegenseitiger Liebe, Achtung und Treue, auf Verständnis und Vertrauen und uneigennütziger Hilfe füreinander beruht.

(II) Aus der Ehe soll eine Familie erwachsen, die ihre Erfüllung im gemeinsamen Zusammenleben, in der Er-

⁵⁶ „Eheliche Lebensgemeinschaft“ ohne weiteren Zusatz und mit den Einschränkungen des § 1353 II — Fehlende gesetzliche Funktionsaufteilung — sehr unklare Unterhaltspflichtregelung.

⁵⁷ Der Gedanke der Hetero-Sexualität ist hier immerhin schon deutlich ausgesprochen, während wir Narren des ausgehenden 20. Jahrhunderts bereits über die „Homosexuellen-Ehe“ Erwägungen anstellen. Dazu m. E. zu vorsichtig abwehrend *Wacke*, FamRZ 1977, 506 Fn. 4.

Knieper (in: G. Heinsohn/R. Knieper, Theorie des Familienrechts... — edition suhrkamp, SV Nr. 747, 1974, S. 15) redet von „jederzeit lösbaren Ehen“ zweier sich selbst unterhaltender Lohnarbeiter, „die in ersten Fällen bereits gleichen Geschlechts sind“ (dazu s. auch *Böttcher*, JZ 1976, 142).

Die Norm von 1811 ist in Österreich unverändert in Kraft.

Auf deutsch: Aus der Ehe ergibt sich die gegenseitige Verpflichtung zur Treue, zum moralischen und materiellen Beistand, zur Zusammenarbeit im Interesse der Familie und zum Zusammenwohnen.

Beide Gatten sind verpflichtet, jeder nach seinem Vermögen und gemäß seiner beruflichen oder häuslichen Befähigung, für die Bedürfnisse der Familie zu sorgen.

ziehung der Kinder und in der gemeinsamen Entwicklung der Eltern und Kinder zu charakterfesten, allseitig gebildeten Persönlichkeiten findet.

§ 9 II S. 1 FGB:

Die eheliche Gemeinschaft erfährt ihre volle Entfaltung und findet ihre Erfüllung durch die Geburt und die Erziehung der Kinder.

§ 10 I S. 1 FGB:

Beide Ehegatten tragen ihren Anteil bei der Erziehung und Pflege der Kinder und der Führung des Haushalts...

Die Texte sprechen für sich. Für sämtliche Formulierungen ist charakteristisch, daß bei Definition der Ehe die Sicht auf die Familie, auf die Kinder nicht ausgelassen wird.

Sollten die (west-)deutschen Bürger und Juristen sich nicht vornehmen, die Ehe auch für unseren Rechtsbereich mehr nach diesen ausländischen und DDR-Vorbildern zu deuten, weil diese zutreffende, inhaltserfüllte Aussagen geben, Aussagen, die dem Ehebegriff des Grundgesetzes (Art. 6 I) durchaus entsprechen dürften? Vermag die *Anknüpfung an den verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe* nicht u. U. jene *Destruktion*, die bei Neuformulierung der BGB-Texte geschehen ist, wieder auszugleichen? Denn der vom Grundgesetz verheißene „besondere Schutz der staatlichen Ordnung“ kann der Ehe nur gewährt werden, wenn das, was Ehe ist, eine Klärung erfahren hat. Auf längere Sicht hin sollte im übrigen dahin gestrebt werden, auch den Text des BGB aus dem jetzigen Zustand totaler Verarmung, totalen Ausgelagertseins wieder herauszuführen und ihn erneut mit Wesentlichem anzureichern. Der ständigen Destruktion des bürgerlichen Ehebegriffs muß ein Ende gesetzt werden. Auch eine Minderheitsgruppe (zu der wir uns heute wohl rechnen müssen) sollte sich bemühen, den anderen die Notwendigkeit des Wiederaufbaus klarzumachen.

VI. Zwischenbemerkung

Zum *Ehegüterrecht* brachte das EheRG 1976 ebenfalls einige beachtliche Änderungen: sie sollen hier unerörtert bleiben. Der Gedanke der gleichmäßigen Teilhabe beider Gatten am ehzeitlichen Zugewinn ist wiederum bekräftigt worden⁵⁹.

C. Das neue Ehescheidungsrecht (Scheidungstatbestände und Härteklause)

Zu den neuen *Scheidungstatbeständen* ist relativ wenig, wenn auch wohl einiges Wesentliche, zu sagen⁶⁰:

I. Der Wandel hin zum (reinen) Zerrüttungsprinzip, also die Abschaffung von Schuldstatbeständen als besonderer Scheidungsgründe — mit der Maßgabe, daß bisher de facto die „Verschuldensscheidungen“ bei weitem überwog —, ist zu begrüßen: trotz der Gefahren, die damit verbunden sind, trotz der Bedenken (so könnte man hinzufügen), die gegen jede Positivierung von Scheidungsrechtsprinzipien und Eheauflösungsgründen bestehen (müssen). Sicher ist, daß sich in der bisherigen Praxis des Rechtslebens eine ungeheure Kluft zwischen dem — überwiegend auf dem Verschuldensgrundsatz aufbauenden — Gesetz⁶¹ und der Rechtswirklichkeit entwickelt hatte, de

⁵⁹ Zu §§ 1378 III, 1385, 1408 II, 1414 S. 2 BGB n. F. vgl. bereits *Bosch*, FamRZ 1976, 403 Fn. 27; zu § 1408 II ferner v. *Maydell*, FamRZ 1977, 180 f.

⁶⁰ Zu diesen *neuen Tatbeständen* — oder besser: dem einen neuen Tatbestand — der Ehescheidung vgl. insbes. D. *Schwab*, FamRZ 1976, 491 ff.; *Diederichsen*, NJW 1977, 273 ff.; *Habscheid* in: Festschr. *Bosch* (1976), S. 355 ff. In Stichworten:

Grundtatbestand des „Scheiterns“: § 1565 I
Zwei — auf Getrenntleben gegründete — unwiderlegbare Vermutungen des Scheiterns: § 1565 I, II;
daher ergänzende Norm betr. den Begriff des Getrenntlebens: § 1567
Einschränkung des Zerrüttungsprinzips bei noch nicht einjährigem Getrenntleben: § 1565 II
Härteklause: § 1568

⁶¹ Das *bisherige Scheidungsrecht* kannte die *Verschuldensstatbestände* der §§ 42, 43 (ergänzt durch §§ 49–51) und die *Tatbestände objektiver Zerrüttung* der Ehe in §§ 44–48 EheG 1946; am wichtigsten waren die §§ 43 (praktisch als

facto — gesetzwidrig — längst die einverständliche Scheidung praktiziert und dem Ehegericht i. d. R. ein äußerst unvollkommener Bericht über Historie und Situation der fraglichen Ehe vorgelegt wurde: ein weithin unwürdiges Schauspiel, das weder dem Schutz der Ehe als Institution noch dem Ansehen der Justiz dienlich war⁶²⁾. Der Gedanke, Ehescheidung sei Ausnahme, war überwiegend schon bisher längst vergessen.

So betrachtet, ist es im Rahmen einer staatlichen Ordnung, da bei weitem nicht alle von der Unauflöslichkeit oder grundsätzlichen Unauflöslichkeit der Ehe zu Lebzeiten beider Gatten überzeugt sind, ein Fortschritt, daß es nunmehr schlicht heißt: „Eine Ehe kann geschieden werden, wenn sie gescheitert ist⁶³⁾“ und anschließend versucht wird, durch etliche konkretere materielle und Verfahrensregelungen das Schlimmste zu verhüten, insbesondere die *jederzeitige willkürliche Verstoßung* auszuschließen⁶⁴⁾.

II. Das bisher geltende (und z. T. auch praktizierte) sog. Verschuldensprinzip setzte gedanklich voraus, daß es dem irdischen Richter möglich sei, auch betr. den Bereich der Ehe (einschl. des Intimlebens) zuverlässig über menschlich-eheliche Schuld zu urteilen, Verfehlungen festzustellen oder zu negieren, Schuldverflechtungen, endlose Kausalitäten richtig zu erkennen. Natürlich gibt es — wovon wir zutiefst überzeugt sind — schweres menschliches Verschulden, Schuldig zu werden gehöre zur Würde des Menschen — so hat es Paul Mikat treffend immer wieder festgestellt⁶⁵⁾ (und er meinte damit sicher auch die Reue, die Wiedergutmachung, den Neubeginn auf Seiten des Schuldigen und die Verzeihung durch den Verletzten). O felix culpa — so heißt es bekanntlich in der Osterliturgie. Manche leugnen den Schuldbegriff und mußten aus diesem Grunde für die Beseitigung des bisherigen Scheidungsrechts sich einsetzen — eine, wie wir wissen, moderne Tendenz, die sich ja auch in anderen Gebieten breit macht und, da sie die verantwortliche Persönlichkeit überhaupt leugnet, nicht gebilligt werden kann. Nicht deshalb, weil es eheliches Verschulden gar nicht gäbe, ist hier gesetzliche Neuordnung angezeigt gewesen, sondern aus anderen Gründen, die in folgenden Fragen deutlich werden mögen:

Ist die Eheverfehlung, die menschliche Schuld, das ganze Geflecht oder Dickicht von Handlungen oder Unterlassungen beider Ehepartner seitens eines irdischen Richters *zuverlässig erkennbar*, juristisch überhaupt feststellbar? Ist denn wirklich sicherzustellen, daß alles im Verlauf einer konkreten Ehedauer geschehene Wesentliche zur Kenntnis des Gerichts gelangt? Ein Ausschnitt, eine Momentaufnahme — gewiß, einzelne Fakten können gesehen und für sich beurteilt werden: ein Ehebruch, eine Lieblosigkeit ... Aber das richtige Urteil über einzelne

Fakten ist hier abhängig von der Einordnung des Einzelgeschehens in den Gesamtbestand dieser Ehe; und da Ehescheidungen eine Massenerscheinung geworden sind, läßt sich solche „Gesamtbewertung“ in der Regel gar nicht mehr vornehmen.

Solche Einsicht in die Schwierigkeiten und sehr oft die Unmöglichkeit zuverlässiger Feststellung ehelichen Verschuldens hat — entgegen früherer Haltung — auch mich schließlich dazu bewogen, das Prinzip des Scheiterns oder der objektiven Zerrüttung — wie die weitaus meisten anderen — als Ausgangspunkt einer gesetzlichen Neuordnung zu bejahen, nicht zuletzt unter dem Eindruck der Denkschrift der *Familienrechtskommission der Evangel. Kirche in Deutschland* von 1969⁶⁶⁾.

III. Es geht allerdings weiter um die *Einzeldurchführung dieses Grundsatzes* des „Scheiterns“; und hier sind beispielsweise Bedenken zu erheben gegenüber einer Regelung, die es nach *5jähriger Heimtrennung* nicht mehr gestattet, dem Scheidungsbegehren des einen Gatten den Einwand einer besonders schweren Härte seitens des anderen Gatten oder — ausnahmsweise — das Kindesinteresse am Ehebestand entgegenzusetzen (§ 1568 II BGB). Unterstellt, es läge wirklich einmal so, daß der Mann — eindeutig ohne beachtliche Veranlassung seitens der Ehefrau — die Familie verlassen und sich sogleich oder mittlerweile einer anderen Frau zugewandt hat, das mehr oder weniger alleinige ehezerstörerische Verhalten des einen Partners also unzweifelhaft feststünde: Soll dann wirklich spätestens nach 5 Jahren — trotz des vorerwähnten, in § 1353 I S. 1 BGB jetzt expressis verbis enthaltenen Gedankens der Ehe auf Lebenszeit — die *einseitige Eheaufkündigung* Erfolg haben müssen, jede Einzelfallprüfung in *solcher* Lage immer ausgeschlossen sein: entgegen dem uralten (unaufhebbaren) Satz „Suam turpitudinem allegans non auditur“⁶⁷⁾?

Soll *nie* — wie manche es formuliert haben — der Triumph der Niedertracht (und läge der Fall auch ganz klar vor aller Augen) verhindert werden können?

Hierüber ist das letzte Wort noch nicht gesprochen: Die 5-Jahres-Klausel steht im Widerspruch zum Wortsinn und Begriffskern „Ehe“; würde sie endgültig von unseren Rechtsgenossen und unseren Richtern akzeptiert, so hätten wir damit zivilrechtlich die *Ehe auf Zeit* bejaht. Die prinzipielle Endgültigkeit des Ehegabelbisses wäre verneint — und dadurch, wie mir scheint, Art. 6 I des Grundgesetzes verletzt, eine Verfassungsnorm, die sicher nicht die überhaupt unscheidbare Ehe garantieren will, die aber den Kern des Ehe-Instituts unter den besonderen Schutz auch der staatlichen Ordnung nimmt⁶⁸⁾.

IV. Weitere Fragen zu den §§ 1564—1568 BGB müssen einer späteren Erörterung vorbehalten bleiben⁶⁹⁾.

D. Die Ehescheidungsfolgen

I. Im Gegensatz zum bisherigen Recht ist über die Folgen einer Eheauflösung — teilweise von Amts wegen, teilweise auf Antrag — ab 1. 7. 1977 gleichzeitig mit der Scheidung zu judizieren⁷⁰⁾ oder (bei einverständlicher Scheidung) notwendigerweise über die wichtigsten Punkte zunächst eine vertragliche Regelung herbeizuführen, ehe

⁶⁶⁾ Vgl. dazu die Einzelangaben am Ende dieser Abhandlung.

⁶⁷⁾ Dazu vgl. Fritz Sturm, in: Mémoires de la Société pour l'Histoire du Droit ... 30^e fascicule (1970/1971), S. 289 ff. (Hrsg. von der Faculté de Droit de Dijon).

⁶⁸⁾ Vgl. zum Thema „Verfassungsmäßigkeit des Ehescheidungsrechts“ u. a. G. Beitzke, in: Gedenkschrift Franz Gschnitzer (Innsbruck), S. 87 ff.

⁶⁹⁾ Vgl. im übrigen die Hinweise in obiger Fn. 60 und die umfassenden Literatur-Angaben am Ende dieser Abhandlung. Besonders beachtlich: Habscheid in: Festschr. Bosch (1976), S. 355 ff.; ders., FamRZ 1977, 675 (re. Sp. unten).

⁷⁰⁾ § 623 I, III, IV i. Vbdg. m. § 621 I, III ZPO, § 629 I ZPO. Dazu s. etwa Brüggemann, FamRZ 1977, 1 ff.; Diederichsen, NJW 1977, 601 ff., 649 ff.

Die Probleme des nachehelichen Ehenamensrechts sind in den Verbund nicht einbezogen; hier gibt es wohl auch gar nichts zu entscheiden.

das Gericht die Scheidung ausspricht⁷¹⁾. Dies, das sog. *Verbundprinzip*, ist ein sehr zu begrüßender Fortschritt: aus den verschiedensten Gründen; hauptsächlich wohl deshalb, weil die Beteiligten nun die Bedeutung ihres Schrittes zur Eheauflösung, die volle Tragweite sogleich erkennen (und nicht erst sehr viel später — wie es bisher häufig geschah — erfahren, welche Probleme eine Ehescheidung im einzelnen aufwirft). Auch dem Ehegericht wird es nicht mehr so leicht gemacht, schlicht die Scheidung zu bewilligen und die Einzelliquidationsaufgaben anderen zuzuschieben⁷²⁾.

Welche Folgen einer Scheidung (sog. „*Folgesachen*“) in Betracht kommen, ist den meisten natürlich klar:

Ehenamensprobleme⁷³⁾ — Regelung der elterlichen Gewalt und des persönlichen Umgangs mit den Kindern⁷⁴⁾ — Unterhaltspflichten im Ehegatten- und im Eltern-Kind-Verhältnis⁷⁵⁾ — Hausrats- und Wohnungsregelung⁷⁶⁾ — i. d. R. güterrechtlicher Zugewinnausgleich⁷⁷⁾ — neuestens auch Versorgungsausgleich⁷⁸⁾

II. Bevor wir auf einige Einzelheiten eingehen, sei dies grundsätzlich hervorgehoben:

Die Idee, mit Ehescheidung sei grundsätzlich alles beendet, das von einigen Reformern anfänglich vertretene sog. Liquidationsprinzip⁷⁹⁾, hat sich nicht durchsetzen können. Was ein französischer Autor — *Borricand*⁸⁰⁾ — vor ca. 20 Jahren einmal mit den Worten bezeichnet hat:

„La pérennité du lien conjugal malgré la dissolution du mariage“⁸¹⁾,

konnte auch bei uns nicht durch Normen negiert werden. Ehescheidung ist (man erschrecke nicht) im Grunde und hauptsächlich staatliche Gestattung einer Wiederheirat; aber die bisherige Ehe hat *nicht in allem* zu bestehen aufgehört — so könnte man (überspitzt oder wahrheitsgemäß?) sagen. Menschliche Verantwortung existiert sehr weitgehend fort: seitens beider Eltern für die Kinder (was alle bejahen), auch seitens der Ehepartner füreinander (was u. a. die erwähnte Evangelische Denkschrift von 1969⁸²⁾ sehr stark unterstrichen hat).

⁷¹⁾ § 630 ZPO; in bezug auf die Regelungspunkte gemäß § 630 I Ziff. 2 ZPO bedarf es nur eines *Vorschlags* — weil endgültig das Gericht zu beschließen hat —.

Die Rechtsverhältnisse an Ehwohnung u. Hausrat sowie die gesamten Unterhaltspflichten müssen vor Erlaß eines Scheidungsurteils auf der Basis des § 1566 I BGB sogar *vollstreckbar* geregelt sein. Vgl. hierzu ferner die Diskussion *Scheid/Bergerfurth* in FamRZ 1977, 226 ff.; außerdem *Brüggemann*, FamRZ 1977, 9 f.; K. H. Schwab, FamRZ 1976, 661 f.; zum Thema Anwaltszwang bei einverständlicher Scheidung: *Brüggemann*, nachstehend S. 587—5.—.

⁷²⁾ Die sachbedingte Verzögerung in der Erledigung des „Gesamtverfahrens“ muß in aller Regel in Kauf genommen werden. Eng zu deutende Ausnahmen betr. mögliche Abtrennung von Folgesachen finden sich in § 628 ZPO; dazu s. K. H. Schwab, FamRZ 1976, 658, 659; *Rosenberg/Schwab*, Zivilprozeßrecht, 12. Aufl. 1977, S. 966; *Thomas/Putzo*, 9. Aufl., Anm. 2 c, *Baumbach*, Anm. 2 A c, *Stein/Jonas/Schlösser*, Rz. 6, je zu § 628 ZPO.

⁷³⁾ Insoweit gibt es angesichts des § 1355 IV BGB wohl fast nie irgendetwas zu entscheiden. Daher wurden solche Fragen auch nicht in den Katalog der §§ 23 b I GVG, 621 I ZPO aufgenommen.

⁷⁴⁾ §§ 1671, 1634 BGB.

⁷⁵⁾ §§ 1569 ff., 1601 ff. BGB.

⁷⁶⁾ Vgl. die sog. HausrVO von 1944, modifiziert durch Art. 11 Nr. 3 des EheRG 1976 (BGBl. 1976 I 1461). Unbegreiflich, warum der Inhalt dieser VO nicht ebenfalls längst in BGB und FGG integriert wurde. Offenbar gefällt es dem Gesetzgeber (und dem Bundesjustizministerium), einige besondere *Gewächse* als Kuriositäten beizubehalten und immer wieder zu „restaurieren“, zu hegen und zu pflegen.

⁷⁷⁾ §§ 1372 ff. BGB.

⁷⁸⁾ §§ 1587 ff. BGB.

⁷⁹⁾ Insbesondere von dem früheren Bundesjustizminister G. Jahn in seiner Würzburger Rede v. 23. 1. 1970 vertreten; s. ferner *Freimuth/Jansen* u. a., FamRZ 1970, 431 ff., insbes. S. 436.

⁸⁰⁾ Vgl. die kurze Besprechung in FamRZ 1960, 420.

⁸¹⁾ = Fortbestand (unbeschränkte Fortdauer) des Ehebandes trotz Auflösung der Ehe.

⁸²⁾ S. 22 f.

Dies sollte, wenn schon der „Ehekonzurs“ — die faillite du mariage, the breakdown of marriage⁸³⁾ — nicht verhindert werden kann, den Beteiligten stets sehr deutlich gesagt und auf eine faire Regelung der sog. Folgeprobleme hingewirkt werden. Ein Jurist hat hier viele Möglichkeiten fruchtbarer Betätigung.

Im folgenden sei davon noch in einigen Einzelheiten die Rede.

III. Betr. die *Zuteilung der Kinder* zur elterlichen Gewalt (oder „*elterlichen Sorge*“) ist künftig ausschließlich das Kindeswohl maßgeblich, nicht mehr auch der Schulanspruch im Scheidungsurteil (§ 1671 III BGB); denn diesen wird es ja nicht mehr geben. Der Idee nach eine vortreffliche Lösung; allein: was geschieht, wenn gleiche Eignung beider Eltern i. S. des Kindeswohls vorliegt? Man spricht bereits davon, daß dann u. U. eine gemeinsame elterliche Sorge *beider* geschiedenen Eltern aufrecht zu erhalten wäre⁸⁴⁾ — oder das Kind selbst den „*Stichentscheid*“ haben sollte⁸⁵⁾.

Ferner: Sicher ist, daß das Verschulden eines Geschiedenen, soweit es nicht (oder nicht nur) eheliches, sondern Elternverschulden darstellt — etwa Kindesmißhandlung oder -vernachlässigung während der Ehe —, nach wie vor für die Zuteilung der Kinder nach Scheidung der Eltern maßgebend bleiben muß⁸⁶⁾.

Frage: Darf insoweit auch beachtet werden, daß der eine Elternteil durch sein Verhalten als Ehepartner — also durch Ehepflichtverletzungen — ein schlechtes Beispiel gegeben und sich daher manches Mal auch als Erzieher fehlbewährt hat?

Sobald man dies bejaht — und es muß wohl doch, glaube ich, bejaht werden⁸⁷⁾ —, steht fest, daß auch künftig im Eheprozeß die *Historie dieser Ehe* nicht völlig gleichgültig bleiben darf. Der Gedanke, daß durch schwere Verschuldenstatbestände — wenn sie feststehen — Rechtspositionen verwirkt werden können, ist eben schlechterdings nicht total abschaffbar, wie schon diese Erwägungen betr. die Zuteilung des oder der Kinder nach der Scheidung beweisen. Wir sind nur freier geworden: Das geringere, weniger bedeutende Verschulden — die berüchtigte Haushaltsvernachlässigung als Standardvorwurf der männlichen Scheidungsaspiranten, dieses oder jenes gelegentliche böse Wort und ähnliches, was unter Menschen überhaupt nicht auszuschließen ist — wird eherechtlich nicht mehr beachtet, nicht mehr zur Grundlage auch für Scheidungsfolgen genommen; *massive Fehlverhalten* lassen sich aber nicht immer vom Tisch wischen⁸⁸⁾. Dies wird sich auch im folgenden erneut zeigen.

IV. Soweit es sich um *Unterhalt nach Ehescheidung* handelt, wird von vielen — nicht ganz ohne Recht — gesagt, die neuen Normen seien besser als die bisherigen⁸⁹⁾.

1. Dies ist sicher zutreffend, insoweit für diese Scheidungsfolge „*Unterhaltspflicht*“ nicht mehr in erster Linie und stets entscheidend auf das Verschulden an der Eheauflösung, so wie es der Scheidungsrichter konstatierte, abgehoben wird. Wie betont, ist solch ein Schuldausspruch in seiner Richtigkeit fast immer problematisch gewesen; und darüber hinaus ist es auch sachlich verfehlt, etwa eine Ehefrau, die sich 10, 20 oder mehr Jahre durchaus bewährt hatte, dann aber eine Eheverfehlung beging und dem Manne einen Scheidungsanlaß bot, völlig unterhaltslos zu stellen. Auch ein Verschulden, selbst wenn es

⁸³⁾ Vgl. die am Ende dieser Abhandlung genannten rechtsvergleichenden Schriften.

⁸⁴⁾ Vgl. *Evans-v. Krbek*, FamRZ 1977, 371.

⁸⁵⁾ s. den Entwurf BT-Drucks. 8/111 betr. die Neuordnung des Rechts der elterlichen Sorge, zu § 1671 III BGB, und dazu *Knöpfel*, nachstehend S. 609.

⁸⁶⁾ Hierzu und zum folgenden *Coester*, FamRZ 1977, 217 ff.

⁸⁷⁾ Anders im Prinzip anscheinend *Coester*, a.a.O.

⁸⁸⁾ Bedenklich im Ergebnis *BayObLG*, unten Nr. 233.

⁸⁹⁾ Hervorragend hierzu vor allem *Dieckmann*, FamRZ 1977, 81 ff. und 161 ff. (auch zum bisherigen Recht: S. 81/82); ferner *Diederichsen*, NJW 1977, 353 ff.

zweifelsfrei feststeht, darf nicht stets solche Sanktion des Abschneidens aller Unterhaltsrechte — und dazu noch (hierauf aufbauend) den Verlust sozialrechtlicher Versorgungsansprüche⁹⁰⁾ — bewirken.

2. Künftig — d. h. für die nach neuem Gesetz Geschiedenen⁹¹⁾ — ist Ausgangspunkt nahehehlicher Unterhaltsrechte die in vielen Einzelheiten geregelte *Bedürftigkeit* des einen bisherigen Ehepartners⁹²⁾. Dabei werden zunächst einige Regeltatbestände umschrieben, die eine Bedürftigkeit typischerweise ergeben könnten⁹³⁾:

Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes durch einen Geschiedenen — i. d. R. die Frau — und dieserhalb nicht zu erwartende Erwerbstätigkeit zwecks Eigenunterhalts⁹⁴⁾;

Alter im Zeitpunkt der Scheidung oder bei Beendigung der Kinderbetreuung⁹⁵⁾;

Krankheit oder Gebrechen im nämlichen Zeitpunkt⁹⁶⁾ (nicht also z. B. *später* eintretende Krankheit oder erst später gegebene Alterssituation).

Bemerkenswert ist jedoch, daß das Gesetz diese Sachverhalte — auch wenn sie bei Scheidung oder bald darauf gegeben sind — *nicht stets* einen Unterhaltsanspruch auslösen läßt, sondern jeweils nur unter der weiteren Voraussetzung, daß deshalb eine (volle) Erwerbstätigkeit „nicht erwartet werden kann“. Was heißt das speziell in bezug auf die Fälle der Kindererziehung? Wann kann von einer geschiedenen Mutter die Selbstunterhaltung durch eigenes Erwerbseinkommen erwartet werden⁹⁷⁾? Dies ist das entscheidende, grundsätzliche Thema und kann natürlich nur gelöst werden im Hinblick auf das Ehe- und Familienbild, von dem soeben die Rede war: Wenn schon bei noch intakter Ehe es regelmäßig Aufgabe, ja Pflicht der Ehefrau trotz eines oder mehrerer Kinder *wäre*, in Büro, Fabrik od. ä. tätig zu sein, dann wirkt sich dies notwendigerweise auf die nahehehliche Rechtslage aus⁹⁸⁾. Alle eindrucksvollen Regelungen über Unterhalt nach Ehescheidung haben nur Wert, wenn sie von Richtern gehandhabt werden, die die *Vorrangigkeit* der Elternpflicht (hier meist der Mutterpflicht) zur Prägung der jungen Generation bejahen. Um deswillen — ich sage es offen — ist es, wie ausgeführt, so sehr zu bedauern, daß im Rahmen der Bestimmungen des allgemeinen Eherechts der Minimalismus gesiegt hat, dort — im Unterschied zu den erwähnten Nachbarländern — kaum noch irgendetwas Wesentliches über das Ehebild dargelegt wird. Und dennoch wird man hier *kindesgünstige Lösungen* als geboten ansehen müssen⁹⁹⁾.

3. Den erwähnten Normen betr. Unterhalt nach Eheauflösung wegen Vorliegens eines „typischen nachehelichen Bedarfs“ schließen sich *andere Tatbestände* an, die nicht von einer der erwähnten Regelsituationen (Kinderbetreuung, Alter, Krankheit...) ausgehen, sondern anderes voraussetzen:

Unterhaltsberechtig ist auch der Geschiedene, der „nach der Scheidung... keine *angemessene Erwerbstätigkeit* zu finden vermag“. Die Frage der Angemessenheit wird mit vielen Worten näher behandelt, jedoch keineswegs so, daß man für den Einzelfall sichere Ergebnisse stets vorausberechnen könnte¹⁰⁰⁾. Auch in diesem Rahmen dürfte es eine Rolle spielen, ob man bezüglich der Frau, nun der gewesenen Ehefrau, den Grundstandpunkt vertritt, in erster Linie sei sie dazu geboren, in irgendeiner Form erwerbstätig zu sein, oder ob man ihre Rolle hauptsächlich als die einer Gattin und Mutter sieht¹⁰¹⁾. Wenn man letzteres ablehnt — und dahin geht ja die Tendenz bei vielen —, wird man die der geschiedenen Frau nach „Erledigung“ ihrer Rolle als Gattin und Mutter angebotene, mögliche Erwerbstätigkeit eher als angemessen — im Grunde sogar als eine „Befreiung“ — ansehen; anderenfalls aber wird man oft umgekehrt entscheiden.

Je nachdem wie zu diesen Normen demnächst die Juristen sich einstellen, wird eine Ehefrau sich schon im Verlauf der Ehe entweder grundsätzlich zur Fortführung ihrer außerhäuslichen Erwerbstätigkeit (und wahrscheinlich zum Verzicht oder Teilverzicht auf Kinder) entschließen — oder aber sie wird das andere Risiko, nach Beendigung der Ehe und der Kindererziehung eine wirklich angemessene Erwerbstätigkeit zu finden, eingehen (wenn sie dann nicht bereits „zu alt“ oder krank geworden ist)¹⁰²⁾.

4. Für den Geschiedenen kommt im übrigen ferner noch — durchaus sinnvollerweise — ggf. ein Ausbildungs- oder Fortbildungs- oder Umschulungs-Unterhalt in Frage (§ 1575 BGB)¹⁰³⁾;

endlich ein Anspruch auch dann, wenn keiner der bisher genannten Tatbestände erfüllt ist, aber vom Geschiedenen „aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre“ (§ 1576). Eine Norm, die viele Möglichkeiten eröffnet, je nach der Grundeinstellung der Gerichte möglicherweise aber auch (fast) gar nichts ergeben wird¹⁰⁴⁾.

Beispiele: Die geschiedene Frau kann wegen der Pflege ihres alten Vaters keine Erwerbstätigkeit übernehmen; oder sie hat ein behindertes Kind aus einer früheren ehelichen oder außerehelichen Verbindung zu betreuen — wobei in beiden Fällen unterstellt sei, daß die genannten Personen die Pflegeleistung nicht zu vergüten in der Lage sind und auch das Sozialrecht nicht eingreift —.

Sind dies Sachverhalte im Sinne der „positiven unterhaltsrechtlichen Billigkeitsklausel“? Ich meine: ja¹⁰⁵⁾.

auf, daß Bundesjustizminister Dr. H. J. Vogel um den 1. 7. 1977 in einem Fernseh-Interview zu § 1570 BGB bemerkte, die Betreuungsbedürftigkeit von Kindern reiche seiner Meinung nach bis zu deren 18./19. Geburtstag.

¹⁰⁰⁾ Vgl. §§ 1573, 1574, 1575 III.

¹⁰¹⁾ § 1574 II hebt u. a. auf die „Fähigkeiten“ des Bedürftigen und die „ehelichen Lebensverhältnisse“, speziell auch auf die Dauer der Kindererziehung und -pflege, ab.

¹⁰²⁾ Besonders hingewiesen wird ferner noch auf § 1573 II (Aufstockungsanspruch), § 1573 III (Anschlußunterhalt wegen Nichterlangung angemessener Erwerbstätigkeit), § 1573 IV (späterer Wegfall angemessener Erwerbstätigkeit, noch bevor „nachhaltige Sicherung“ erreicht war), § 1574 III (Obliegenheit, sich ausbilden, fortbilden oder umschulen zu lassen).

Zu allem s. *Dieckmann*, FamRZ 1977, 85 ff.

¹⁰³⁾ Ausführlich *Dieckmann*, S. 91 ff. — Stichwort: „Hilfe zur Selbsthilfe“.

¹⁰⁴⁾ Dazu gründlich *Dieckmann*, S. 97.

¹⁰⁵⁾ Dazu auch *Dieckmann*, S. 98.

Auch die *spätere* Erkrankung des zunächst selbst nachhaltig erwerbstätigen, nicht unterhaltsbedürftigen geschiedenen Partners?

5. Drei weitere Regelungskomplexe dürfen bei Betrachtung des künftigen nahehehlichen Unterhaltsrechts nicht übergangen werden:

a) Die negative unterhaltsrechtliche Härteklausel:

In gewissen besonderen Situationen soll — vom Fall des Kindesbetreuungsunterhalts abgesehen — der an sich wegen Bedürftigkeit zu bejahende Unterhaltsanspruch ganz oder teilweise entfallen (von Anfang an ausgeschlossen sein oder später verwirkt werden können), wenn „die *Inanspruchnahme des Verpflichteten grob unbillig wäre*“ (§ 1579 BGB), und zwar aus einem der folgenden Gründe¹⁰⁶⁾:

1. Die Ehe war nur „von kurzer Dauer“ — wann ist das der Fall? — oder:

2. der Berechtigte hat „seine Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt“, oder:

3. der Berechtigte hat sich eines Verbrechens oder schweren vorsätzlichen Vergehens gegen den Verpflichteten oder dessen nahe Angehörige schuldig gemacht.

Zu 2 und 3 wohl Fälle, die eine geringe Rolle spielen dürften. Die „kurze Dauer“ der Ehe zu deuten dürfte dagegen bereits häufiger Schwierigkeiten bereiten¹⁰⁷⁾.

Die eigentliche Schwierigkeit bietet indes erst der als vierter im Gesetzestext genannte Unterhaltsausschlußgrund: Auch wenn — ich zitiere wörtlich — „ein anderer Grund vorliegt, der ebenso schwer wiegt“ wie die konkreter aufgeführten Tatbestände, kommt Unterhalt nicht in Frage.

Beispiel: Frau A hat sich aus der ehelichen Wohnung entfernt und zu ihrem Liebhaber begeben. Schließlich wird die Ehe geschieden. Eine neue Verheiratung lehnt die Geschiedene oder ihr jetziger Partner ab. Bedürftig wegen Alters oder wegen Krankheit oder wegen Nichtauffindung einer angemessenen Erwerbstätigkeit ist Frau A.

Soll sie Unterhalt beanspruchen können, oder liegt hier ein anderer Grund vor, der „ebenso schwer wiegt“...?

Bejaht man diese Frage — und die Antwort kann eigentlich nicht schwer fallen¹⁰⁸⁾, dann steht immerhin erneut fest, daß in Fällen *besonders gravierenden* Verschuldens dies in Ehesachen auch nach dem 1. 7. 1977 eine Rolle spielt oder spielen kann. Die Vorstellung, mit „schmutzigen Dingen einer zerbrochenen Ehe“ brauche sich ein „sauberes Gericht“ überhaupt nicht mehr abzugeben, konnte nur am grünen Tisch ausgedacht werden. Solcher Ideologie zu folgen ist für denjenigen nicht zumutbar, der überzeugt ist, daß *der Mensch wenigstens für exzessives Fehlverhalten verantwortlich ist*.

Dies — es sei ausdrücklich ausgesprochen — ist die Meinung des Vortragenden. Wie sich unsere Gerichte dazu einstellen werden, läßt sich noch nicht voraussagen. Entscheidendes ist eben von unserem farnosen Gesetzgeber *nicht* entschieden worden¹⁰⁹⁾.

b) Die Rangfolge der Unterhaltsberechtigten gegenüber einem leistungsschwachen Schuldner¹¹⁰⁾.

Das normale Einkommen eines Mannes ist, wie allgemein bekannt, aber im Zusammenhang mit Eheschei-

¹⁰⁶⁾ s. *Dieckmann*, S. 103 ff.

¹⁰⁷⁾ Gibt es nur Ehen von „kurzer“ und von „langer“ oder auch solche von „mittlerer“ Dauer? Welches sind die Vergleichsmaßstäbe: die Dauer jener Ehen, die geschieden werden, oder die durchschnittliche Dauer aller Ehen? Kommt es ferner auf das Alter der Beteiligten bei Eheschließung an? Dazu s. *Dieckmann*, S. 104.

¹⁰⁸⁾ Vgl. auch *Dieckmann*, S. 105 bei Fn. 155.

Oder sollte hier § 1586 I analog angewendet werden?

¹⁰⁹⁾ Das Problem ist übrigens auch für Unterhaltsansprüche unter Getrenntlebenden sehr bedeutsam, da § 1361 III auf § 1579 I Nr. 2—4, II als entsprechend anwendbar Bezug nimmt.

¹¹⁰⁾ s. *Dieckmann*, S. 161 ff.

dung zu selten gesagt wird, nicht geeignet, zwei Familien angemessen zu unterhalten. Daher entsteht bei Scheidung und Wiederheirat des geschiedenen Mannes, falls die geschiedene Frau aus einem der erwähnten Gründe unterhaltsberechtig ist, in vielen Fällen ein Kollisions- oder Rangproblem:

Der Unterhaltsanspruch der 2. Frau kollidiert mit dem der Geschiedenen (§ 1582 I): Beide können „mangels Masse“ nicht (voll) befriedigt werden, zumal (insoweit unverändert im alten und im neuen Recht) die Ansprüche der minderjährigen unverheirateten Kinder durch Eheschicksale der Eltern nur möglichst wenig beeinträchtigt werden sollen, exakter ausgedrückt: in vorderster Linie mit zu berücksichtigen sind (§§ 1582 II, 1609).

Die Rangordnung der beiden unterhaltsberechtigten Frauen ordnet das neue Gesetz — abweichend oder mindestens verdeutlichend gegenüber dem bisherigen Recht — im wesentlichen im Sinne eines *Vorrangs der Geschiedenen*. Interessant ist insoweit auch der Regelungsansatz, die Methode:

Die derzeitige Ehefrau des Verpflichteten wird als ebenfalls schon geschieden fingiert und dazu die Frage gestellt, ob sie *als Geschiedene* einen Unterhaltsanspruch haben würde

(Wohlmerkt: Geschieden ist sie *gar nicht*; aber Geschiedensein ist wohl nach der Meinung des Gesetzgebers der Normalzustand).

Deshalb also die Frage: Würde sie als Geschiedene einen Unterhaltsanspruch haben?)

wegen Kinderbetreuung, wegen Krankheit, wegen Alters — dies letztere wenigstens dürfte aus faktischen Gründen zu allermeist ausscheiden — oder wegen Nichterlangung angemessener Erwerbstätigkeit oder gemäß § 1576. Falls diese hypothetische Frage zu verneinen ist, geht *stets* der Unterhaltsanspruch der Alt-Ehefrau vor¹¹¹⁾. Falls dagegen die Frage zu bejahen wäre, sind beide Frauen unterhaltsrechtlich zunächst einmal *pari passu* gestellt. In drei Fällen ist aber *auch dann* die Ehefrau „Nr. 1“ bevorrechtigt:

bei langer Dauer der geschiedenen Ehe — was ist das: lange Ehedauer? —,

ferner bei Unterhaltsansprüchen, die sich auf notwendige Kinderbetreuung oder auf die positive Billigkeitsklausel des § 1576 BGB stützen¹¹²⁾.

Im einzelnen geht es hier um äußerst diffizile Regelungen und Berechnungsaufgaben¹¹³⁾, im Prinzip aber um eine billigenwerte Besserstellung des Geschiedenen und eine Aufwertung seiner Unterhaltsansprüche. Die Aussicht, einen geschiedenen Mann zu heiraten, ist weniger attraktiv geworden, falls dieser mit Unterhaltspflichten belastet ist¹¹⁴⁾.

c) Wiederaufleben erloschener Unterhaltsansprüche

Alimentenansprüche des geschiedenen Gatten erlöschen (wie bisher) mit seiner Wiederverheiratung oder seinem Tod (§ 1586 BGB). Eine Novität des jetzt in Kraft tretenden Gesetzes ist die, daß dieser erloschene Unterhaltsanspruch wiederaufleben kann: zwar nicht im Falle des Todes des Berechtigten (solche Möglichkeit der Auferstehung des Verstorbenen wurde in den Bereich des

¹¹¹⁾ § 1582 I S. 1 BGB.

¹¹²⁾ § 1582 I S. 2 BGB.

¹¹³⁾ Zu vielen wichtigen Einzelheiten s. *Dieckmann*, S. 162—164.

¹¹⁴⁾ Im Entwurf der (sozialdemokratisch-liberalen) Bundesregierung BT-Drucks. 7/650, S. 143, wird das Problem der Zurücksetzung des zweiten Ehepartners sehr klar angesprochen; dieser wisse ja bei Eingehung der Ehe Bescheid, mit welchen Unterhaltspflichten der geschiedene Partner belastet sei; hierauf müsse die Gestaltung der neuen Ehe ausgerichtet werden: d. h. eine reine „Hausfrauenehe“ werde oft nicht in Betracht kommen und „in manchen Fällen“ werde „in der neuen Ehe auch auf Kinder verzichtet werden müssen, weil der zweite Ehegatte seinen Unterhalt nur durch fortdauernde eigene Erwerbstätigkeit sichern kann“. Vgl. auch die BT-Drucks. (Ausschußbericht) 7/4361, S. 18, S. 33 f.

⁹⁰⁾ Vgl. § 1265 RVO/§ 42 AVG/§ 65 RKG; § 42 BVerfG; § 73 BRRG und § 125 II BBG bisheriger Fassung (jetzt abgelöst durch § 22 II BeamVG v. 24. 8. 1976, BGBl 1976 I 2491).

⁹¹⁾ Zu der Stellung der Alt-Geschiedenen vgl. oben S. 570.

⁹²⁾ § 1569 BGB enthält den Grundsatz, stellt aber keine selbständige Anspruchsgrundlage dar.

⁹³⁾ §§ 1570—1572 BGB.

⁹⁴⁾ § 1570.

⁹⁵⁾ § 1571. Diese Norm stellt in Ziff. 3 ferner noch auf Alter im Zeitpunkt des Wegfalls der Voraussetzungen für einen krankheitsbedingten Unterhaltsanspruch ab; desgl. auf den Fall, daß zunächst wegen Fehlens angemessener Erwerbstätigkeit Unterhalt begehrt werden konnte, solche Tätigkeit aber später zur Verfügung steht, dann jedoch der bedürftige gesch. Ehegatte schon zu alt ist.

⁹⁶⁾ § 1572. Hier wird in Ziff. 3 auch Krankheit bei Beendigung einer Aus- oder Fortbildung oder Umschulung als ausreichend angesehen, desgl. in Ziff. 4 Krankheit bei Wegfall der Voraussetzungen für Unterhalt wegen Nichterlangung angemessener Erwerbstätigkeit. (Die Voraussetzungen in §§ 1571 und 1572 entsprechen also teilweise einander.)

⁹⁷⁾ Dazu sehr eindrucksvoll A. und P. *Derleder*, nachstehend S. 587 ff. Natürlich geht es hier nicht um den Unterhaltsanspruch der Kinder; dieser richtet sich gemäß §§ 1601 ff. trotz Scheidung gegen beide Eltern, gegen die Mutter jedoch mit der Maßgabe des § 1606 III S. 2. (Der These von *Wacke*, FamRZ 1977, 526 bei Fn. 298, kann ich nur lebhaft widersprechen.)

⁹⁸⁾ Dazu *Giesen*, nachstehend S. 594 ff., und in weiteren dort bezeichneten Schriften.

⁹⁹⁾ Erneut sei auf die sehr verständigen Darlegungen im Aufsatz *Derleder* — unten S. 587 — hingewiesen, aber auch dar-

weltlichen Rechts noch nicht einbezogen), wohl aber in dem anderen erwähnten Falle:

Beispiel: Die geschiedene Frau A ist mit B wiederverheiratet; nun stirbt B oder auch die Ehe B wird geschieden. Irgendwelche Vermögenswerte, Rentenansprüche od. ä. stehen — so unterstellen wir — der Frau nicht zur Verfügung, auch kein (realisierbarer) Unterhaltsanspruch aus der Ehe B.

Kann sie nun wegen ihres Unterhalts wieder auf A zurückgreifen?

Antwort: Dann ja, wenn sie noch ein Kind aus der Ehe A zu pflegen oder zu erziehen hat (1586 a I S. 1); und wenn etwas später diese Aufgabe beendet ist, besteht ggf. die Anschlußmöglichkeit, nun wegen Alters, wegen Krankheit oder Gebrechen oder wegen Nichtauffindung einer angemessenen Erwerbstätigkeit den A noch lebenslanglich zu beanspruchen (§ 1586 a I S. 2)¹¹⁵⁾.

Sachlich ist diese neue Norm durchaus verständlich. Aber dehnt sie nicht doch die Verantwortung des Geschiedenen für den früheren Partner etwas zu weit aus?

Und bietet sie nicht möglicherweise einen Vorwand für Heiratsunwillige, die formelle Eheschließung zu unterlassen mit der Begründung, *derartige Risiken einer Heirat zu übernehmen* und damit den „Weg in die Unterhaltsknechtschaft“¹¹⁶⁾ anzutreten, sei man nicht mehr bereit? Man bedenke immerhin: Die nahehelichen Alimentationspflichten sind — je nach der Auslegung der §§ 1570 ff. BGB n. F. — möglicherweise sehr erweitert, auch zugunsten des Partners, der selbst die Ehe zerstört hat, und der bisher als „Schuldiger“ oder „überwiegend Schuldiger“ radikal unterhaltslos gestellt worden wäre; sie sind rigoroser ausgestaltet und gegenüber einem neuen Ehepartner des Verpflichteten mit Geltungsvorrang versehen. Und dazu kommt nun noch die Möglichkeit des Wiederauflebens eines Anspruchs, der schon erloschen war.

6. Feststeht hiernach endgültig, daß die Scheidung eine Liquidation der Ehe zu allermeist nicht mehr darstellt. „La pérennité du lien conjugal malgré la dissolution du mariage“ ist Wirklichkeit geworden.

Wir dürfen gespannt sein, wie dies alles in praxi tribunalium sich entfalten wird. Obwohl es verfehlt erscheinen könnte, dies zum Abschluß des Kapitels zu sagen: *Mein Eindruck* geht dahin, daß auch nach dem 1. Juli 1977 hinsichtlich der nahehelichen Unterhaltspflicht *nicht ganz* vom Verschulden an der Scheidung abstrahiert werden kann. Wie schon betont: *Exzessives Fehlverhalten muß erheblich bleiben*. Derjenige Geschiedene jedoch, dem man nichts oder nichts Erhebliches anlasten kann, ist, wenn bedürftig, in seiner unterhaltsrechtlichen Stellung zutreffend gestärkt worden. Seien wir nicht zu feige, uns für eine derartige Gesamtdeutung der Reformbestimmungen einzusetzen¹¹⁷⁾!

V. Das Problem des **Widerrufs von Schenkungen** aus Anlaß einer Scheidung oder unmittelbar danach wird in bezug auf das neueste Recht kaum behandelt, soweit ersichtlich, auch gar nicht oder kaum in den Erörterungen vor Verabschiedung der neuen Normen. Früher gab es insoweit die besondere Bestimmung des § 73 EheG 1946, die den Widerruf von Schenkungen während der Braut- und Ehezeit dann gestattete, wenn der Beschenkte für „allein schuldig“ erklärt worden war. Solche Bestimmung ist selbstverständlich nicht mehr praktikabel, wenn die Ehescheidung auf dem „reinen Zerrüttungsprinzip“ beruht, also ab 1. 7. 1977 gar kein Schuldausspruch mehr erfolgt.

§ 73 wurde daher ebenfalls Opfer der Reform.

Aber wie ist es denn nun beispielsweise mit Schenkungen

¹¹⁵⁾ Sehr gründlich hierzu *Dieckmann*, S. 165 ff.

¹¹⁶⁾ So *Deubner*, ZRP 1972, 153.

¹¹⁷⁾ Zu weiteren Problemen des nahehelichen Unterhaltsrechts vgl. u. a. *Dieckmann*, S. 83—85, 102—103 (Maß und Umfang des Unterhalts: § 1578), S. 98—102 (Anrechnung von Einkommen u. Vermögen: § 1577), S. 105 (Auskunftsanspruch: § 1580), S. 164 (Unterhaltsverträge: § 1585 c), S. 165 (Tod des Berechtigten: § 1586), S. 168—171 (Tod des Verpflichteten: § 1586 b).

in Fällen, in denen noch vor dem 1. 7. 1977 eine Ehescheidung und Alleinschuldigerklärung geschehen war, jedoch die Rückforderung der Geschenke noch nicht realisiert wurde? Bedeutet die Streichung des § 73 EheG, daß vom Stichtag an auch in solchen Fällen ein Widerruf nicht mehr möglich ist — unterstellt, die Frist des § 73 II EheG ist noch nicht abgelaufen —? oder nur noch ein Widerruf gemäß § 530 BGB?

Und bei Scheidungen ab 1. 7. 1977, also Eheauflösungen ohne Schuldausspruch, stellt sich die Frage, ob, nachdem die speziell den Schenkungswiderruf unter gesch. Ehegatten betreffende Sondervorschrift des § 73 EheG weggefallen ist, nunmehr schlicht und immer die allgemeine Regelung des § 530 BGB — Schenkungswiderruf wegen „groben Undanks“ — herangezogen werden kann. Auch bisher hielt man beide Normen meist nebeneinander für anwendbar¹¹⁸⁾. Aber selbst wenn ein Verhältnis der Spezialität des § 73 EheG zu § 530 BGB anzunehmen gewesen wäre, ist es doch *logisch* eigentlich so, daß nunmehr die *lex generalis* des § 530 nicht mehr irgendwie durch die — tote — *lex specialis* tangiert wird. In diesem Sinne äußert sich denn auch *Betzke*¹¹⁹⁾. Wäre dies wirklich so, so würde im Prozeß wegen Rückgabe der Geschenke sub titulo „grober Undank“ nun doch der Komplex von Eheverfehlungen des einen wie des anderen Gatten wieder erörtert werden müssen — und das sogar außerhalb des Ehe-(Verbund-)Prozesses, da es sich ja insoweit nicht um eine „Folgesache“ handelt. Kann das so gewollt sein?

Wird man nicht vielleicht doch zu der Meinung kommen müssen, daß — mindestens betr. diese Fragen — die Folgen einer Ehescheidung im Eherecht *abschließend* geregelt sind, wenigstens aber ein „zweiter Scheidungsprozeß in bezug auf die Geschenke“ i. d. R. unangebracht ist?

Eine Zusatzbemerkung, die das Problem vielleicht entschärft:

Sind denn wirklich alle Zuwendungen unter Ehegatten ohne erkennbare „Gegenleistung“ auch „Schenkungen“? Das *OLG Bamberg*¹²⁰⁾ hat mit guten Gründen ausgeführt, sehr häufig sei dies nicht der Fall, vielmehr die Zuwendung in Wirklichkeit Erfüllung einer Unterhaltspflicht. Damit dürfte das Problem für die meisten Fälle seine eigentliche Lösung finden, wenngleich natürlich nicht auszuschließen ist, daß ein Rückforderungsbegehren evtl. auch auf § 812 I S. 2, 2. Alternative, BGB (ungerechtfertigte Bereicherung wegen „Zweckverfehlung“) oder auf „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ zu stützen versucht wird — ein sehr schwieriger Fragenkomplex, dem gründlicher nachzugehen sich lohnt¹²¹⁾.

Daß der Gesetzgeber zu alledem kein Wort gesagt hat, zeigt, wie wenig sorgfältig man (auch insoweit) vorging¹²²⁾.

VI. Der Versorgungsausgleich

Wie schon angedeutet, treten neben die Unterhaltspflicht in den allermeisten Fällen einer Ehescheidung der güterrechtlichen Zugewinnausgleich — dann nämlich, wenn ehezeitlich erworbenes Vermögen vorhanden und der gesetzliche Güterstand nicht ausgeschlossen worden ist — und ferner der ab 1. 7. 1977 eingeführte „Versorgungsausgleich“¹²³⁾. Worum geht es bei letzterem?

¹¹⁸⁾ Zum Verhältnis der beiden Bestimmungen zueinander vgl. H. F. *Gaul*, FamRZ 1962, 443; 1963, 533 (Abschn. 4); *Soergel/Ballerstedt*, 10. Aufl., Rz. 8 zu § 530 BGB; *Soergel/Donau*, 10. Aufl., Rz. 3 zu § 73 EheG; *Hoffmann/Stephan*, EheG, 2. Aufl., Rz. 2—3 zu § 73; *Gernhuber*, Familienrecht, 2. Aufl., § 29 I 4.

¹¹⁹⁾ Familienrecht, 19. Aufl. 1977, § 20 I 3 — S. 130.

¹²⁰⁾ FamRZ 1973, 200.

¹²¹⁾ Vgl. u. a. *BGH*, FamRZ 1977, 311, 313, 458, und dort genannte Arbeiten von G. Kühne.

¹²²⁾ Vgl. bereits meine Andeutungen in Anm. FamRZ 1977, 382.

Neuestens (m. E. sehr wenig befriedigend) *Rolland*, Kommentar zum 1. EheRG, Rz. 32, 33 zu § 1356 BGB; er hält § 530 für anwendbar — auch schon vor und ohne Ehescheidung.

¹²³⁾ §§ 1587 ff. BGB n. F. Vgl. dazu insbes. v. *Maydell*, FamRZ 1977, 172 ff.; *Dieckmann*, in: Festschrift Bosch (1976), S. 119 ff.

Im Grunde nur um eine konsequente Weiterführung des Gedankens des Vermögensausgleichs unter den Ehegatten, soweit es sich um Erwerb während der Ehezeit handelt: Falls nach der Eheschließung eine *reale* Vermögensvermehrung (z. B. in Geld, Guthaben, Grundstücken) stattfand, gebührt der Zuwachs bei Scheidung beiden Gatten zur Hälfte — dies gilt bekanntlich seit 1. 7. 1958 (und für Alt-Ehen mit Wirkung von diesem Tage an)¹²⁴⁾ —. Sehr viele haben indes während der Ehe keine (oder keine wesentliche) Vermehrung ihres Vermögens i. e. S. zu verzeichnen,

wohl aber eine Verbesserung der Anwartschaften oder Aussichten auf Versorgung wegen Alters oder Invalidität (Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit),

sagen wir kurz: eine Verbesserung der Pensions- oder Rentenanwartschaften¹²⁵⁾.

Der Wert solcher Anwartschaften etc. ist oft erheblich, oft relativ gering. Wie dem auch sei: es handelt sich im Grunde ebenfalls um eine Vermögensverbesserung i. w. S., jedoch um eine solche, die durch den güterrechtlichen Zugewinnausgleich nicht erfaßt wird¹²⁶⁾.

Häufig war es bisher und ist es noch heute so, daß *nur der Mann* im Zuge seiner Erwerbstätigkeit solche Anwartschaften — und demnächst auch aktuelle Rentenansprüche — erwirbt, die Ehefrau dagegen überhaupt nicht¹²⁷⁾. Oder: öfter hat er eine *stärkere Verbesserung* seiner Pensions- oder Rentenanwartschaften während der Ehe erfahren als sie, etwa weil er qualifiziertere Arbeit leistete oder weil er dauernd erwerbstätig blieb, sie dagegen nicht, er also z. B. mehr Rentenversicherungsbeiträge leisten mußte oder wenigstens konnte.

Nach dem bis zum 30. 6. 1977 geltenden Rechtszustand *behielt* der allein oder besser alters- oder invaliditätsgesicherte Mann bei Ehescheidung diese seine stärkere Position ohne jede Einschränkung; die geschiedene Ehefrau partizipierte an diesem „Plus“ des Mannes nur, insoweit sie — vor allem auf Grund eines Schuldausspruchs — unterhaltsberechtigter war und ihren Unterhaltsanspruch gegen ihn durchzusetzen vermochte, außerdem nach dem Tod des Mannes unter ähnlichen Voraussetzungen (Schuldausspruch usw.) in der Form einer sog. Geschiedenen-Witwenrente¹²⁸⁾.

Diese Regelung hat mit dem 1. 7. 1977 ihr Ende gefunden; seit diesem Tage ist bei einer jetzt erfolgenden Ehescheidung die *ehezeitliche Steigerung des Wertes der genannten Versorgungsansprüche* (grundsätzlich) im Verhältnis 1:1 aufzuteilen¹²⁹⁾. In Fällen, wo *nur* der Mann solche Ansprüche begründet hat, hat er also die Wertsteigerung, die insoweit während der Ehezeit für ihn eintrat, zur Hälfte an die von ihm zu scheidende oder geschiedene Frau „abzugeben“ — übrigens *rückwirkend* für die ganze Dauer der jeweiligen Ehe (§ 1587 II BGB), z. B. bei Scheidung Ende 1977, falls die Ehe 1937 geschlossen worden war, die hälftige Wertsteigerung während vier Jahrzehnten¹³⁰⁾. Da in solchem Falle der Mann mindestens

¹²⁴⁾ §§ 1372 ff. BGB; Art. 8 I Nr. 3, 4 Gleichberechtigungsg v. 1957/1958.

¹²⁵⁾ Vgl. wegen der in Betracht kommenden Arten von Rechtspositionen im einzelnen die §§ 1587 I, 1587 a II und dazu v. *Maydell*, FamRZ 1977, 176 ff. Erwähnt seien hier die Rechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung, öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, der betrieblichen Altersversorgung, privaten oder berufsständischen Rentenversicherungen. Zur Abgrenzung s. jetzt § 1587 III.

¹²⁶⁾ Bisher: *OLG Karlsruhe*, FamRZ 1974, 306, m. Anm. ¹²⁷⁾ Fall der sog. Hausfrauenehe, wo meist etwaige voreheliche Erwerbstätigkeit der Frau für diese keine oder nur unerhebliche Versorgungsansprüche begründet haben dürfte. ¹²⁸⁾ § 1265 RVO/ § 42 AVG/ § 65 RKG usw. Auf den Sonderfall des § 1265 S. 2 RVO sei hier nur verwiesen.

¹²⁹⁾ Vgl. §§ 1587 I, 1587 a I BGB.

¹³⁰⁾ Auf die immensen Schwierigkeiten der *Wertberechnung* sei hier nicht näher eingegangen; dazu vgl. insbes. § 1587 a II—VIII BGB, die sog. BarwertVO v. 24. 6. 1977 (BGBl I

kurz vor seiner Pensionierung stehen dürfte, wird er wahrscheinlich fast 50% seiner Alterssicherung verlieren¹³¹⁾. Rein technisch ist dies für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung anders geregelt als für den Fall, daß der Ausgleichsverpflichtete z. B. als Beamter tätig ist oder war¹³²⁾. Das Endergebnis aber ist im Prinzip immer gleich, was sich am besten durch ein Zitat des § 1587 a I belegen läßt:

„Ausgleichspflichtig ist der Ehegatte mit den wert höheren Anwartschaften oder Aussichten auf eine auszugleichende Versorgung. Dem berechtigten Ehegatten steht als Ausgleich die Hälfte des Wertunterschiedes zu.“

Gewiß gibt es zu alledem Ausnahme- und Unbilligkeitsklauseln¹³³⁾, auch die Möglichkeit abweichender Parteivereinbarungen¹³⁴⁾. Es kann nicht der Sinn dieser Darstellung sein, dies alles deutlich zu machen. Immerhin mag zusammenfassend und wertend folgendes am Ende konstatiert werden:

1. Der Grundgedanke des Versorgungsausgleichs ist voll auf billigenwert (selbst wenn dies keineswegs auch nur der Beginn einer allgemeinen „Hausfrauenversicherung“ ist und sein kann; die dazu benötigten Mittel stehen nicht zur Verfügung)¹³⁵⁾.

2. Der Verarmungseffekt, der hierdurch zu Lasten vor allem manches geschiedenen Mannes ausgelöst werden wird, ist ein bedauerlicher Umstand, als Scheidungsanktion aber u. U. edukatorisch bedeutsam. Wer so viel abgeben muß, wird sich die Scheidung oft noch einmal überlegen¹³⁶⁾.

3. Ebenso wie der Zugewinnausgleich ist auch der Versorgungsausgleich grundsätzlich unabhängig von den Gründen des Scheiterns der Ehe. Die Aussicht, ein Rentensplitting od. ä. zu erwirken, gleichgültig wie man sich verhält, könnte nun umgekehrt auf den „Ausgleichs Aspiranten“ u. U. enthemmend wirken. Für *äußerste Fälle exzessiven Fehlverhaltens* stehen darum auch hier vor allem in den §§ 1587 c und 1587 h BGB Billigkeitsnormen zwecks Korrektur der allgemeinen gesetzlichen Regelung zur Verfügung — erneut ein Beweis dafür, daß das Verhalten der Ehepartner *in gewissem Umfang* erheblich bleibt.

1014 ff.) sowie die AuskunftsVO v. 5. 8. 1977 (BGBl I 1486), ferner den Hinweis in FamRZ 1977, 536 (oben) und die Darstellung bei v. *Maydell*, FamRZ 1977, 176 f.

Die *Rückwirkung* wird weithin bereits als verfassungswidrig bezeichnet (s. u. Fn. 134).

¹³⁰⁾ Das Beispiel wird in dieser Form (Scheidung nach 40 Ehejahren) kaum einmal vorkommen, es sei denn, daß die Eheauflösung bisher an § 48 II EheG scheiterte. Für diese Fälle aber gibt es betr. den Versorgungsausgleich noch die besondere Vorschrift des Art. 12 Nr. 3 Abs. III S. 3 und 4 des EheRG (vgl. v. *Maydell*, S. 180 —4—).

¹³¹⁾ Man redet von „Splitting“ (§ 1587 b I), „Quasi-Splitting“ (§ 1587 b II), „Begründung von Rentenanwartschaften durch Entrichtung von Beiträgen“ (§ 1587 b III BGB). Zu den Einzelheiten s. von *Maydell*, S. 177—179.

Betr. den Fall des — vor allem für Beamte in Frage kommenden — „Quasi-Splitting“ sei zusätzlich auf § 1304 b II RVO (§ 83 b II AVG) und § 57 BeamVG hingewiesen (dazu s. von *Maydell*, S. 178 — b —).

¹³²⁾ Vgl. die §§ 1587 c, 1587 d, 1587 f, 1587 g, 1587 h, 1587 i, 1587 l; dazu v. *Maydell*, S. 180.

¹³³⁾ § 1408 II (dazu s. *Bergerfurth*, FamRZ 1977, 440 ff.) und § 1587 o sowie zu beiden Normen v. *Maydell*, S. 180 f., auch S. 183 f.

¹³⁴⁾ Die „*Rückwirkung*“ (s. oben bei und in Fn. 129) ist immerhin äußerst problematisch, vor allem wenn man im Vergleich die Übergangsvorschriften zum Ehegüterrecht in Art. 8 I GleichberG heranzieht. Vgl. dazu v. *Maydell*, S. 184; *Dieckmann*, in: Festschrift Bosch (1976), S. 137 ff.

¹³⁵⁾ Sicher ist das natürlich nicht, wie überhaupt der edukatorische Effekt von Familienrechtsnormen — leider — nicht zu hoch eingeschätzt werden darf (s. *Bosch*, FamRZ 1966, 63/64).

Im übrigen wird ein mit Versorgungsanwartschaften ausgestatteter Minister oder Staatssekretär den Versorgungsausgleich leichter „verkräften“ als ein Fach- oder Hilfsarbeiter. Können sich also nur die „Besserverdiener“ künftig noch eine Ehescheidung „leisten“, vor allem nach langjähriger Ehe?

E. Das Eheverfahren

Zu diesem Thema wäre besonders viel beizutragen. Es ist derzeit nicht möglich¹³⁹⁾. Daher nur dies:

I. Die Idee des *Familiengerichts* und des dort in der Regel stattfindenden „Verbundverfahrens“¹³⁷⁾ ist im Grunde richtig; sie muß de lege ferenda fortentwickelt werden, auch wohl dahin, daß zumindest für schwierigere Eheprozesse schon im ersten Rechtszug ein *Kollegialgericht* bereitgestellt wird¹³⁸⁾. Es war einigermaßen unbegreiflich — um keine noch härteren Ausdruck zu benutzen —, daß unser Gesetzgeber sich vorstellte, auch für das „Verbundverfahren“ taugte am besten der Einzelrichter¹³⁹⁾. Dies kann nie gelingen.

II. Um auch nur den Anschein zu vermeiden, das Familiengericht sei fast ausschließlich „Familien-Liquidationsgericht“, sollten bald (fast) sämtliche Funktionen der Vormundschaftsgerichte ebenfalls auf die Familiengerichte überführt werden¹⁴⁰⁾. Da das Vormundschaftsgericht sich sehr häufig mit der völlig intakten Familie zu beschäftigen hat, würde dadurch eine Verengung der Sicht der Familienrichter, ihre Beschränkung auf „Maßnahmen für scheiternde Ehen“ vermieden¹⁴¹⁾.

III. Unter allen Umständen ist der Gefahr zu begegnen, daß Ehescheidungen und Folgerregelungen für die damit befaßten Juristen — insbesondere die Richter — bald zur *Routineangelegenheit* werden. *Jeder Fall verlangt vollen Einsatz*; dazu aber ist es erforderlich, daß genügend Zeit für die einzelne Ehesache zur Verfügung steht. Der „Verbundprozeß“ ist keine quantität négligeable mehr¹⁴²⁾.

Das *Ethos des Juristen* ist es letzten Endes, worauf es ankommt.

F. Schluß

Im Laufe der Einzelerörterungen wurde zu etlichen Punkten bereits Stellung zu nehmen versucht, vielleicht sogar umfassender als nur zu Detailfragen^{142a)}. Zusammenfassend mag jetzt bemerkt werden:

Die bedauerlichsten „Reformen“ stellen die Änderungen im allgemeinen Ehwirkungsrecht dar; dort dokumentiert sich vor allem der Substanzverlust, den unsere

Familienrechtsordnung erlitten hat¹⁴³⁾. Dagegen gibt es im Scheidungsrecht und Scheidungsfolgenrecht Licht- und Schattenseiten: Manches ist nach harten Auseinandersetzungen wirklich ein Stück besser ausgefallen, als man sich erhoffen konnte¹⁴⁴⁾; und insoweit waren nicht alle Vorwegkritiken voll berechtigt, sie sind es zumindest nicht mehr sämtlich¹⁴⁵⁾.

Eine gewiß nicht zu leugnende, bei diesem oder jenem vorhandene sozialrevolutionäre Tendenz kann eingedämmt werden, wenn wir anderen ebenfalls nicht müde werden, unseren Standpunkt in bezug auf Ehe und Familie allenthalben zu vertreten, ggf. auch als Richter im Familiengericht. Eine ständige Distanz zu diesen Fragen und zu konkreten Ehrechtsverfahren könnte dagegen durchaus die Folge haben, daß sich die „Gegenrichtung“ durchsetzt. Kontakt, Kooperation, offene Erläuterung unseres Standpunktes, nicht der Rückzug ins Ghetto, muß unsere Parole sein. Jeder Gutwillige wird einsehen, daß es sachbezogene, überzeugende Argumente für unsere — die Neuerungen ein wenig retardierende — Auffassung gibt¹⁴⁶⁾.

Eine Gefahr sehe ich allerdings ganz besonders, nicht zuletzt im Hinblick auf dieses neueste Eherecht und manche derzeit noch ungeklärte Position:

Einerseits dürfte (wie bereits angedeutet) die Ehe-Unlust zunehmen, weil — so wird man sagen — das Risiko einer evtl. scheiternden Ehe nun zu groß geworden sei. Und andererseits wird sich bei Jungverheirateten, falls sich Schwierigkeiten ergeben, künftig wohl oft die Überlegung einstellen: Wenn's schon nicht klappt, ist eine sehr baldige Scheidung besser, „billiger“ als längeres Zuwarten; längerdauernde Ehe und dann erst erfolgende Scheidung kann ja, wie dargelegt wurde, durchaus auch zur wirtschaftlichen Katastrophe führen¹⁴⁷⁾.

Diesen Bedenken Rechnung zu tragen, indem die wenigen festgestellten *Verbesserungen* des neuen Rechts auch noch „in peius reformiert“ werden, ist unmöglich. Es zeigt sich, daß eine von Menschen geschaffene Rechtsordnung, die sich auch mit möglichen katastrophalen Entwicklungen befassen will, nie vollkommen sein kann¹⁴⁸⁾.

¹⁴³⁾ s. o. Abschn. B.; auch *Diederichsen*, NJW 1977, 217 ff. (S. 220: „Demontage einer Rollenverteilung“).

¹⁴⁴⁾ s. o. Abschn. C. und D.

¹⁴⁵⁾ Dem *Bundesrat* und etlichen Äußerungen der *christlichen Kirchen* ist es zu verdanken, daß insoweit noch Schlimmeres verhütet werden konnte. Vgl. die Literaturangaben am Ende dieser Abhandlung; ferner z. B. *FamRZ* 1970, 634 (Evgl. Familienrechtskommission); *FamRZ* 1970, 364, 616; 1971, 299; 1973, 618; 1975, 156, 680 (Zentralkomitee der deutschen Katholiken).

¹⁴⁶⁾ Zum Vorwurf, dies sei unerwünschte Kollaboration mit den Vertretern gegnerischer Auffassung, s. o. Fn. 63.

¹⁴⁷⁾ Man denke vor allem an die unterhalts-, güter- und versorgungsrechtlichen Folgen, die nun sämtlich im Prinzip unabhängig vom Verschulden an der Ehezerstörung eintreten sollen.

Zu möglichen Korrekturen durch Heranziehung der diversen Unbilligkeitsklauseln wurde oben einiges gesagt. Betr. die Verweigerung des Zugewinnausgleichs wegen grober Unbilligkeit vgl. § 1381 BGB und dazu meine Anm. in *FamRZ* 1966, 564 ff.

¹⁴⁸⁾ In bezug auf die immer zahlreicher werdenden „eheähnlichen Verhältnisse“ stellt sich allerdings allmählich die Frage, ob diese nicht *teilweise analog* den sich aus der Ehe ergebenden *Pflichten* behandelt werden müssen (was in den USA — gemäß einem vor wenigen Monaten in Bonn gehaltenen Vortrag von Frau Prof. *Glendon* — längst geschieht; im übrigen vgl. für die Bundesrepublik Deutschland bereits § 122 BSHG und dazu jüngst *BVerwG*, *FamRZ* 1977, 392 ff.).

Die Analogie zu § 1357 BGB ist insoweit schon früher öfter erörtert worden. Kämen wir dazu, auf das „aufgelöste eheähnliche Verhältnis“ auch die Normen über nacheheliche Unterhaltspflichten, Zugewinn- und Versorgungsausgleich *entsprechend* anzuwenden — dazu für Österreich bereits *OGH Wien*, *FamRZ* 1954, 78 —, so wäre der Anreiz, keine Ehe zu schließen, um deren Belastungen zu vermeiden, nicht mehr gegeben.

Das israelische Recht gibt — falls der Erblasser bei seinem Tode nicht verheiratet war — auch dem „Lebensgefährten“ (der anderweit nicht ehelich gebunden ist) sogar ein gesetzliches Erbrecht; vgl. dazu *BayObLG*, *FamRZ* 1977, 490 ff.

Tun wir unser bestes: als Juristen — so wir es sind — im Dienst an der Rechtsordnung, die uns als Richtern, Anwälten, Notaren, Rechtspflegern, Wissenschaftlern anvertraut ist. In der schon eingangs erwähnten Rede „Ehe und Familie in der Rechtsordnung“¹⁴⁹⁾ — aus Anlaß der Eröffnung der Bochumer Universität anno 1965 gehalten — durfte ich speziell über die Lehr- und Forschungsaufgabe im Bereich der Rechtswissenschaft einiges sagen. Dem ist nur hinzuzufügen, daß mittlerweile — nicht zuletzt wegen der ständigen Gesetzesänderungen — unsere Aufgaben noch schwieriger, noch drängender, noch belastender geworden sind.

Viele benötigen unsere Hilfe: die der Juristen und die der übrigen orientierten Staatsbürger. Mitwirken daran, daß das neue Recht *möglichst gerecht* und nicht im zerstörerischen Sinne angewendet wird, können wir, wenn es richtig begonnen wird. Der *Schutz der Schwächeren* war stets ein Gebot höchsten Ranges. Juristische und menschliche Hilfe gegenüber allen in Ehenot Geratenen ist in unseren Tagen eine besonders drängende Pflicht geworden.

Literatur-Angaben

Vor allem sei auf die in der *FamRZ* seit August 1976 (*FamRZ* 1976, 401) erschienenen zahlreichen Abhandlungen hingewiesen; außerdem auf die in jedem Heft sorgfältig zusammengestellten *Schrifttums-Hinweise*. Es erübrigt sich deshalb, hier *alle* Fundstellen zu wiederholen, zumal die bis einschl. März 1977 erschienenen *FamRZ*-Aufsätze in einem Sammelband I zusammengefaßt worden sind und wahrscheinlich demnächst ein Sammelband II erscheinen soll. Vollständige Aufzählung des gesamten Materials ist ohnehin unmöglich.

Vgl. außerdem die „Ergänzenden Schrifttums-Hinweise“ in Sammelband S. 183 f.

a) Zur älteren und jüngeren *Geschichte des Ehe- und Familienrechts* vgl. u. a. *F. Heyer*, Art. „Ehe und Eherecht“ im Staatslexikon der Görresgesellschaft, 3. Aufl. 1908, 4. Aufl. 1911, 5. Aufl. 1926; *H. Conrad*, Die Grundlegung der modernen Zivilehe durch die französ. Revolution, *Savigny-Zschr. Germ. Abt. Bd. 67* (1950), S. 336 ff.; *ders.*, Der parlamentarische Kampf um die Zivilehe bei Einführung des BGB, in: *Hist. Jahrb.* 1953, S. 474 ff.; *K. Mörsdorf/F. Grass* u. a., in: *Gegenwartsprobleme des Rechts*, Bd. II (1950) — Verlag F. Schöningh, Paderborn —; *Peter Jäggi*, Das verweltlichte Eherecht (Freiburg/Schweiz, 1955); *P. Mikat*, *FamRZ* 1962, 81 ff., 273 ff., 497 ff.; 1963, 65 ff.; *Evelyn Kühn*, Entwicklung und Diskussion des Ehescheidungsrechts (philos. Diss. Hamburg, 1974).

b) *Theologisches und theologisch-juristisches Schrifttum*: *H. A. Dombois*, Grundprobleme des Ehescheidungsrechts, *Zschr. f. evang. Kirchr. Bd. 5* (1956), S. 32 ff.; *Wilken/Wüstenberg/Dombois* u. a., Ehe und Ehescheidung (Furche-Verlag, 1963); *Th. Strohm/H. J. Göhring/E. Wolf* u. a., in: *Zschr. f. evang. Ethik* 1971, 321 ff.; „Die unauflösbliche Ehe — Drei Beiträge zu einem Problem“ in: *Diakonia* 1968, 267 ff.; *G. Teichtweier*, Unauflöslichkeit der Ehe?, in: *Theologie der Gegenwart* 1969, 125 ff.; *G. Sartory-Reidick*, Kann die kath. Kirche die Ehescheidung dulden?, in: „Ehe“ 1969, 49 ff.; *Matthäus Kaiser*, Kath. Eheverständnis und staatliches Scheidungsrecht, in: *Stimmen der Zeit* 1971, 361 ff.; *Sammelband „Ehe und Ehescheidung“* (Schriften der Kath. Akademie in Bayern, Bd. 59 — 1972); „Das Gesetz des Staates und die sittliche Ordnung“ — Zur öffentlichen Diskussion der Reform des Ehrechts und des Strafrechts (Verlag G. Mohn, Gütersloh/Paulinus-Verlag, Trier — 1970); „*Denkschrift zu Fragen der Sexualethik*“, erarbeitet von einer Kommission der Evang. Kirche in Deutschland (Verlag G. Mohn, Gütersloh, 1971); *Gegendenkschrift „Das Gesetz der Moral und die staatliche Ordnung“* (Jugenddienstverlag, Wuppertal, 1971).

c) *Denkschriften der christlichen Kirchen oder entspr. Arbeitsgruppen* speziell zur Reform des Ehrechts: „Zur Reform des Ehescheidungsrechts in der Bundesrepublik Deutschland“ — *Denkschrift der Familienrechtskommission der EKD*, 1969 (Verlag G. Mohn, Gütersloh); *drei Denkschriften*, herausgg. v. *Kommissariat der [Kath.] deutschen Bischöfe in Bonn*: I. Erwägungen zur Reform des zivilen Scheidungsrechts, 1970; II. Thesen zur Reform des staatlichen Scheidungsrechts 1970; III. Elemente eines zeitgemäßen Ehe- und Familienrechts, 1973.

¹⁴⁹⁾ Vgl. oben Fn. 5 (*FamRZ* 1966, S. 71; in der Monographie S. 52/53).

d) *Rechtsvergleichung*: *Divorce-sanction et divorce-faillite en droit comparé français et allemand* (Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg, Bd. XXII — 1969 — Librairie Dalloz, Paris); *Jayme/Luther*, Das italienische Scheidungsgesetz (Verlag Gieseking, Bielefeld — 1971); *P. H. Neuhaus*, Privatrecht und Stabilität der Ehen in rechtsvergleichender Sicht, in: *Festschr. Rheinst. (1969)*, S. 937 ff.; *ders.*, Europäische Vereinheitlichung des Ehrechts, *RabelsZ* 1970, 253 ff.; *E. Wolf/Lüke*, Eheverfehlung, Ehezerstörung und einverständliche Scheidung in den Vorschlägen zur Reform... in England (1969).

e) *Lehrbücher, Kommentare u. ä. zum neuesten Recht*: *Palandt/Diederichsen*, 36. Aufl., 1977; *W. Rolland*, Komm. z. 1. EheRG; *E. Ambrock*, Ehe und Ehescheidung — Komm. 1977; *Bastian/Roth-Stielow/Schmeidich*, Komm. z. 1. EheRG; *Bergerfurth*, Das Eherecht, 5. Aufl., 1977; *ders.*, Der Ehescheidungsprozeß in Stichworten, 4. Aufl. 1977; *G. Beitzke*, Familienrecht, 19. Aufl. 1977; *D. Henrich*, Familienrecht, 2. Aufl. 1977; *O. R. Kissel*, Ehe und Ehescheidung (2 Bände, 1977); *H. Lynker*, Das neue Scheidungsrecht (1977); *K. Stollenwerk*, Die Antragschrift in Scheidungs- und Folgesachen (1977); *H. Göppinger*, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, 2. Aufl. 1977; *Voskuhl/Pappai/Niemeyer*, Versorgungsausgleich in der Praxis (1976); *Massfeller/Böhmer*, Das gesamte Familienrecht, Bd. 1 (3. Aufl. — mit Ergänzungen v. Mai 1977); *Lehrgänge Alpmann/Schmidt* (Bearbeiter: *K. Schmidt/G. Raddatz*), Familienrecht (1977); *H. J. Göhring*, Die Scheidung und ihre Folgen, 5. Aufl. 1976;

zur *Neuordnung des Verfahrensrechts* die Neuaufgaben der ZPO-Kommentare von *Thomas/Putzo*, *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann* und *Stein/Jonas/Schlosser* (zu §§ 606 ff. ZPO) sowie des FGG-Kommentars von *Bumiller/Winkler*; ferner die Lehrbücher von *Jauernig*, ZPR, 18. Aufl., *Rosenberg/Schwab*, ZPR, 12. Aufl., *Habscheid*, FG, 6. Aufl.

f) *Schriften einzelner Autoren* im übrigen: *Marie Munk*, Vorschläge zur Umgestaltung des Rechts der Ehescheidung und der elterlichen Gewalt (Berlin 1923); *H. Dölle*, Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht (Tübingen 1946); *P. Mikat*, Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts (1969); *ders.*, Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft, *FamRZ* 1970, 333 ff. (auch als Monographie erschienen); *ders.*, Rechtsgeschichtl. und rechtspolitische Erwägungen... *FamRZ* 1962, 81 ff., 273 ff., 497 ff.; 1963, 65 ff.; *H. Hinderling*, in: *Festschr. Rheinst. (1969)* S. 993 ff.; *ders.*, *SchweizJurZ* 1971, 269 ff., 291 ff.; *ders.*, Gedanken zur Revision des Ehescheidungsrechts (Schweiz. Anwaltstag 1973, S. 8 ff.); *ders.*, *SchweizJurZ* 1975, 253 ff.; *D. Schwab*, Zur Reform des Ehescheidungsrechts, in: *H. Engler/D. Schwab*, Beiträge zur Familienrechtsreform (Verlag Schöningh, 1974); *ders.*, Zum Eheverständnis der Ehrechtsreform, in: *Stimmen der Zeit* 1975, 313 ff.; *Sammelband „Ehrechtsreform“*, mit Beiträgen von *H. Bogs/K. G. Deubner/W. Grunsky/O. v. Nell-Breuning/D. Schwab/G. Wurzbacher/G. Cyprian* (Athenäum-Verlag, 1971); *D. Giesen*, Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts (Athenäum-Verlag, 1971); *ders.*, Zur Problematik der Einführung einer Familiengerichtbarkeit... (Verlag Schöningh, 1975); *ders.*, Ehe, Familie und Erwerbsleben (ebd., 1977); *Anneliese Cuny* u. a., Unterhalt und Versorgung der geschiedenen Ehefrau (A. Metzner Verlag, Frankfurt, 1970); *J. Gernhuber*, Neues Familienrecht — Eine Abhandlung zum Stil des jüngeren Familienrechts (Verlag Mohr, Tübingen, 1977); *Diederichsen*, NJW 1976, 1169 ff.; 1977, 217 ff., 273 ff., 353 ff., 601 ff., 649 ff.

Ferner folgende Beiträge in *Festschr. Bosch* (1976): *Lüke* (S. 627 ff.: Persön. Ehwirkungen und Scheidungsgründe); *Habscheid* (S. 355 ff.: Vermutungen im neuen Scheidungsrecht); *Dieckmann* (S. 119 ff.: Unterhalts- und versorgungsrechtl. Betrachtungen); *Henrich* (S. 411 ff.: Internationales Familienrecht); *Giesen* (S. 309 ff.: Gleichberechtigungspostulat und Familienschutz im Erwerbsleben); *Hoyer* (S. 437 ff.: Die Einheitlichkeit des Eheurteils).

Meine eigenen Publikationen wurden bereits oben Fn. 5 und 6 genannt; vgl. ferner: *Le projet de loi du droit du mariage en République Fédérale d'Allemagne*, in: *Revue internationale de droit comparé* 1972, 55 ff.; außerdem „Bedenken und Änderungsanregungen zur geplanten Scheidungsrechtsreform“ (1970), in: *Protokoll Nr. 295* (November 1970) der Evgl. Akademie Rheinland-Westfalen, S. 18–42.

g) *Die Denkschriften der Ehrechtskommission* beim Bundesministerium der Justiz erschienen I. zum Ehescheidungs- und Unterhaltsrecht (1970), II. zum Verfahrensrecht, Kindschafftsrecht usw. (1971), III. zur sozialen Sicherung der Ehegatten, zum Verlobnis- und Eheschließungsrecht (1972) im Verlag Gieseking, Bielefeld.

h) Der 48. Deutsche Juristentag (1970) publizierte die Gutachten von H. Maier-Reimer und A. Lüderitz, ferner den Sitzungsbericht M (Verlag Beck, München).

i) Das Bundesjustizministerium veröffentlichte: G. Jahn, Notwendige Reform des Ehescheidungsrechts (Würzburger Vortrag v. 23. 1. 1970), in: Bulletin des Bundespresseamts v. 28. 1. 1970; ders., Reform des Ehe- und Familienrechts (Bundestags-Rede v. 13. 10. 1971); Diskussionsentwurf (August 1970), in: Sammlung „recht“; Reform des Ehe- und Familienrechts (Januar 1974), ebendort; Broschüre „Das 1. Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts v. 14. 6. 1976 — Gesetzestext, Auszug aus den Materialien, ergänzende Erläuterungen“ (November 1976)

Erste Erfahrungen mit dem neuen Ehe recht in der Praxis

— Übergangsrechtliche Schwierigkeiten —

Von Ministerialrat a. D. Dr. Dieter Brüggemann, Celle

Das 1. EheRG ist seit einigen Wochen in Kraft. Wie zu erwarten, hat es schon in dieser kurzen Zeit eine ganze Reihe übergangsrechtlicher Probleme für die gerichtliche Praxis aufgeworfen. Ihre Aktualität ist zeitlich begrenzt, das Interesse an ihrer baldigen Klärung um so größer. Mehrfach an ihn herangetragenen Wünschen auf einen literarischen Beitrag hierzu will der Verfasser mit den nachfolgenden Zeilen entsprechen; eine mehr kasuistische Betrachtungsweise möchte, da unvermeidbar, die Bitte um Verständnis rechtfertigen¹⁾.

I. Materielles Übergangsrecht

Für Scheidungs- und Scheidungsfolgenrecht ist die Gesetzeslage eindeutig. Das neue Recht ist auf einen jeden Sachverhalt anzuwenden, der nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG zur Entscheidung über Scheidung oder Scheidungsfolgen ansteht.

1. a) Das materielle Scheidungsrecht sollte hierbei nur wenig an Problemen aufwerfen. Daß es genügt, wenn die in den §§ 1566 I, II, 1568 II BGB normierte Trennungsdauer sich erst unter der Geltung des neuen Rechts vollendet, bedarf keines Hinweises. Alsdann ist es aber nur folgerichtig, die in § 1567 II angesprochene „kurze Unterbrechung der Trennung zum Zwecke der Versöhnung“ für die Fristberechnung auch dann unschädlich sein zu lassen, wenn diese Unterbrechung in die Zeit vor dem 1. 7. 1977 fiel. Der der Scheidung widersprechende Ehegatte kann sich nicht darauf berufen, er habe nicht damit rechnen können, daß ihm die Unterbrechung der Trennung nach neuem Recht nicht zugute kommen werde, weil doch der gleiche Tatbestand unter der Herrschaft des alten § 48 EheG die damals geltende dreijährige Trennungsdauer wirksam unterbrach und sie nach Fruchtlosigkeit des Versöhnungsversuchs erneut in Lauf setzte²⁾. In eben diesem Punkt ist die Rechtslage geändert; und wenn man, für die Berechnung der Trennungsdauer unter neuem Recht, ihren Beginn in die Vergangenheit alten Rechts zu legen gestattet, muß man auch die sonstigen gesetzlichen Modalitäten der Berechnung aus den Fakten, die in die gedachte Laufdauer fallen, gelten lassen.

b) Nicht eigentlich übergangsrechtlich, aber doch wegen seines grundsätzlichen Aspekts sei hier erwähnt die Problemstellung, die in dem Leitsatz der Entscheidung des OLG Stuttgart vom 22. 7. 1977 — 15 UF 4/77 ES³⁾ — ihren Niederschlag gefunden hat. Verlangen in einer Ehe vor

¹⁾ Das Material stammt teils aus eigenen Informationen, teils aus den bei der Redaktion dieser Zeitschrift vorhandenen Unterlagen. Die Redaktion ist an weiteren Entscheidungen aus dem Übergangsrecht vorzugsweise interessiert; sie behält sich vor, einen ergänzenden Aufsatz zu gegebener Zeit zu planen.

²⁾ RGZ 164, 335; Soergel/Siebert/Donau, 10. Aufl., Rz. 12 zu § 48 EheG; RGR-Komm., 10./11. Aufl., Anm. 46 zu § 48 EheG.

³⁾ Voller Wortlaut Nr. 229 des vorliegenden Heftes.

k) Zum Versorgungsausgleich vgl. u. a. „Zur Sache 2/76“: Reform des Ehe- und Familienrechts — Versorgungsausgleich (Herausgeber: Presse- und Informationszentrum des Bundestags: Anhörung vom 2. und 9. 6. 1975 . . .

l) Bundestags-Drucksachen: VI/2577 und VI/3453, später ersetzt durch Drucks. 7/650 (Entwurf der Bundesregierung, mit Stellungnahme des Bundesrats); BT-Drucks. 7/4361 (Bericht des BT-Rechtsausschusses); BT-Drucks. 7/4694 (Anrufung des Vermittlungsausschusses durch den Bundesrat); BT-Drucks. 7/4992 (Antrag des Vermittlungsausschusses); ferner: BT-Drucks. 7/4432, 7/4437 (interfraktionelle Anträge); 7/4445—4449, 4453—4459 (Anträge der CDU/CSU-Fraktion), 4463.

Ablauf der einjährigen Trennungsfrist des § 1565 II beide Eheleute die Scheidung, so fragt es sich, ob für einen jeden der beiden Antragsteller je in seiner Person die Voraussetzung gegeben sein muß, daß die Fortsetzung der Ehe für ihn aus Gründen der Person des anderen eine unzumutbare Härte bedeutet. Das OLG Stuttgart hat das nach dem (mir nur bekannt gewordenen) Leitsatz entgegen Palandt/Diederichsen, 36. Aufl., Anm. 4 c zu § 1565 BGB, bejaht. M. E. mit Recht. Ich habe schon an früherer Stelle⁴⁾ unter Bezugnahme auf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur gegenseitigen Heimtrennungsklage darauf hingewiesen, daß in solchen Fällen jeder der beiden Eheleute ein eigenes Scheidungsrecht mit eigenem Rechtsschutzbedürfnis geltend mache, mögen auch die hierauf gerichteten Anträge sich im Ziel — aber nur in ihm — begegnen. Dann aber muß jeder der wechselseitigen Scheidungsanträge den dafür aufgestellten materiellen Erfordernissen genügen. Unzumutbare Härte, die für den einen Teil in einer Fortsetzung der Ehe liegen würde, braucht nicht schon deshalb aus der Person des anderen Teils begründet zu sein, wenn und weil auch dieser aus der Ehe fortstrebt. Die ratio legis, auf die Diederichsen sich bei Palandt aaO. beruft, scheint mir eher gegen als für ihn zu sprechen. § 1565 II will bei einer noch nicht ein Jahr alten Trennung, selbst wenn die objektive Zerrüttung nachweisbar wäre, die Scheidung eben nicht ohne weiteres zulassen, sondern nur bei Hinzutreten besonders erschwerter subjektiver Voraussetzungen. Das bloße Einverständnis mit der Scheidung kann ein Absehen hiervon allein noch nicht rechtfertigen.

c) Doch zurück zum Übergangsrecht. Die Anwendung des neuen Scheidungsrechts, wenn sie erst in der Berufungsinstanz praktisch wird oder werden würde, führt nicht selten dazu, daß eine Partei, die sich in 1. Instanz gegen die Scheidung aus § 48 EheG gewehrt hatte, aber damit noch unter altem Recht unterlegen war, vor der Frage steht, ob sie nunmehr Berufung einlegen solle, obwohl ihrer Gegenwehr gegen die Scheidung durch das neue Recht der Boden entzogen ist. Etwa: Die besonderen Voraussetzungen der immateriellen Härteklausele des § 1568 BGB können nicht dargetan werden, oder: die 5-Jahresfrist des § 1568 II ist ohnehin verstrichen oder würde im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung über die Berufung verstrichen sein. Zwei Konstellationen sind denkbar:

a) Die Berufung ist noch vor dem 1. 7. 1977 eingelegt worden, Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht steht aber erst nach dem Inkrafttreten des 1. EheRG an; oder:

b) Berufung ist (fristgerecht) nach Inkrafttreten des 1. EheRG eingelegt worden.

In beiden Fällen würde der Berufungsantrag lauten müssen, das angefochtene Urteil dahin zu ändern, daß die

⁴⁾ FamRZ 1977, 7 = FamRZ-Sammelband S. 129.

Scheidung als nach Maßgabe des 1. EheRG ausgesprochen zu gelten habe⁵⁾. Gelegentlich wird hierbei gerichtlicherseits die Meinung vertreten, solche Berufungen seien unzulässig. Das halte ich für unrichtig: Scheidung aus § 48 EheG und Scheidung aus dem Gesichtspunkt der Zerrüttung neuen Rechts ist nicht das gleiche. Mögen auch die tatbestandlichen Komponenten des § 48 I EheG denen des § 1565 I S. 2 i. V. m. § 1566 BGB in etwa entsprechen, so enthält eine aus § 48 EheG gegen den Widerspruch des anderen Teils ausgesprochene Scheidung doch oft (nämlich dann, wenn die Schuld des die Scheidung begehrenden Ehegatten an der Zerrüttung erhärtet werden konnte, und dann notwendig) die Feststellung, daß dem die Scheidung Ablehnenden die innere Bereitschaft fehle, die Ehe fortzusetzen. Schon um ein solches Unwerturteil der „moralischen Doppelbödigkeit“ nicht rechtskräftig werden zu lassen, wäre die Beschwer auch unter neuem Recht gegeben, denn diese Frage bliebe dann bereits offen. Aber selbst wenn der Widerspruch schon an der mangelnden Schuld des die Scheidung begehrenden Teils hinsichtlich der Zerrüttung gescheitert wäre, ließe die Beschwer sich dennoch nicht verneinen. Die Scheidungsfolgen sind für den Beklagten und jetzigen Antragsgegner andere und, wenn auch nur möglicherweise, günstigere als früher. Er hat also ein vitales und legitimes Interesse, eine Scheidung, wenn sie schon nicht länger zu vermeiden ist, dann nur als eine solche neuen Rechts aufrechterhalten zu sehen. Der in 1. Instanz Unterlegene verfolgt zwar nicht sein ursprüngliches petitum weiter. Aber er verfolgt es in einem wenigstens nicht quantitativ, so doch qualitativ eingeschränkt aufrechterhaltenen Umfang: nicht mehr „keine Scheidung“, wohl aber „nicht-so-Scheidung“. Daß hierfür dann namentlich auch das Armenrecht muß bewilligt werden können, bedarf keiner Hervorhebung⁶⁾.

Um so mehr wird deshalb das Armenrecht einer Partei zu gewähren sein, die als der auf Scheidung verklagte Teil aus der 1. Instanz unter altem Recht siegreich hervorgegangen war und sich dem Berufungsverlangen des Gegners auf die nunmehr nicht länger abwendbare Scheidung nach neuem Recht gegenüberstellt. Das OLG Celle hat in der Sache 10 UF 50/77 anders entschieden⁷⁾. Es handelte sich um eine Frau, die dem Scheidungsbegehren des Mannes — sie selbst war in Schlesien zurückgeblieben; der in die Bundesrepublik gelangte Mann war hier eine andere Bindung eingegangen — bisher erfolgreich hatte Widerstand entgegensetzen können. Das Armenrecht zur Stellung von Berufungsgegenanträgen wurde ihr wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung versagt. Ich kann dem nicht beipflichten. Die Frau muß mindestens die Basis für die bessere Scheidungsfolgenregelung sicherstellen können — auch wenn letztere mit der Entscheidung in der gegenwärtigen Berufungsinstanz (noch) nicht möglich ist⁸⁾. Daß das Berufungsgericht auch ohne eine förmliche Beteiligung der Frau unter anwaltlicher Vertretung gehalten wäre, den zu erwartenden Scheidungsauspruch als einen solchen neuen Rechts im Urteilsganzen und wo immer möglich im Tenor zur Darstellung zu bringen, genügt nicht. Hierauf braucht die Frau sich in ihrem berechtigten Bestreben, den Gang der Entscheidung in der Berufungsinstanz mit eigenen Anträgen und eigenem rechtlichen Gehör mit steuern zu können, nicht verweisen zu lassen. Die

⁵⁾ Im obigen Falle a) möchte verlangt werden können, daß ein vor dem 1. 7. 1977 formulierter Berufungsantrag sich zunächst noch an dem alten Recht orientierte. Derartige ist in der Tat verlangt, eine Formulierung im Vorgriff auf die neue, im demnächstigen Verhandlungstermin zugrundezulegende Rechtslage beanstandet worden. M. E. war das allzu formal und zwang zu nichts anderem als zu papierenen Vorbehalten.

⁶⁾ Das Gesagte gilt theoretisch auch für den Fall, daß der beklagte Eheleite auf das Scheidungsbegehren hin keinen Antrag gestellt hatte und die Ehe daraufhin aus § 48 EheG geschieden worden war. Doch werden solche Scheidungen sich meist konventionaliter durch Rechtsmittelverzicht erledigt haben.

⁷⁾ s. den Abdruck unter Nr. 230 dieses Heftes.
⁸⁾ s. dazu Art. 12 Nr. 7 Buchst. d des 1. EheRG.
Vgl. auch Petersen, SchlHA 1977, 109 ff.

Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts in der bekannten Entscheidung BVerfGE 7, 53 ff. (58 ff.) = FamRZ 1957, 360 Nr. 167 [LS.] — Anspruch des Kindes auf Armenrecht im Prozeß auf Anfechtung seiner Ehelichkeit ungeachtet des obwaltenden Amtsermittlungsgrundsatzes — gelten auch hier.

Die bisherigen Betrachtungen zur Berufung hatten jeweils die Stellung des beklagten Eheleite zum Gegenstande. Die Frage der Beschwer für die Berufung blieb als solche nicht problematisch: mochte gegen den Widerspruch des Beklagten eine Scheidung aus § 48 EheG ausgesprochen sein oder er mit dem Widerstand gegen eine Scheidung (gleich welchen Scheidungsgrundes) in 1. Instanz obgesiegt haben und daraufhin dem klagenden Eheleite die Rolle des Berufungsklägers zuschieben. Wie aber steht es, wenn der Kläger, sei es der Mann oder die Frau, die Scheidung gemäß seinem Antrag erreicht hat und in der Zeit nach Urteilsausspruch, aber vor Ablauf der Berufungsfrist das neue Scheidungsrecht in Kraft getreten ist? Kann er nunmehr Berufung einlegen mit dem Ziel, die ihm etwa günstigere Scheidungsfolgenregelung, insbesondere den Versorgungsausgleich, zu initiieren?

Die Antwort spielt im Problemkreis der formellen und der materiellen Beschwer. Eine formelle Beschwer liegt beim Kläger nicht vor. Er hat das erreicht, was er erreichen wollte: den Ausspruch der Scheidung nach altem Recht. Materiell beschwert erscheinen könnte er unter dem Gesichtspunkt, daß er in der höheren Instanz auf Grund des in der 1. Instanz zur Beurteilung gestellten Sachverhalts eine (wegen der Änderung der Rechtslage) „günstigere“ Entscheidung zu erwarten vermöchte⁹⁾. Doch muß er sich mit dem Fehlen der formellen Beschwer zufrieden geben. Das ist — für den Kläger — völlig gesicherte Meinung¹⁰⁾. Diejenigen Kläger, die eine Hinauszögerung der Entscheidung in der 1. Instanz über den 1. 7. 1977 hinaus mit allen Mitteln erreichen wollten (und welche Wege sind dazu nicht versucht worden zu beschreiben!), haben gewußt, warum.

d) Daß das neue Scheidungsrecht auch in der am 1. 7. 1977 anhängigen Revisionsinstanz zu berücksichtigen ist, ergibt sich bereits aus Art. 12 Nr. 7 Buchst. c des 1. EheRG. Den gleichen Grundsatz hat nunmehr für die Rechtsbeschwerdeinstanz nach § 27 FGG des BayObLG in seiner Entscheidung vom 6. 7. 1977 — BReg. 1 Z 49/77 —¹¹⁾ ausgesprochen. Es folgt damit den schon bisher für die Revision in der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätzen¹²⁾. Auch die Revisionsinstanz (Rechtsbeschwerdeinstanz) dient ja, neben dem Anliegen der Einheitlichkeit der Rechtsprechung, in erster Linie der Entscheidung des konkreten Falles nach dem geltenden Recht, und nicht der „Zensur“ begangener Rechtsfehler des Tatsachenrichters¹³⁾. Die entgegenstehende ursprüngliche Rechtsprechung des Reichsgerichts¹⁴⁾ ist längst aufgegeben. § 550 ZPO (§ 27 FGG) spricht nicht nur von der „nicht richtigen“ Anwendung einer Rechtsnorm, sondern zuvor von ihrer „Nichtanwendung“. Das braucht dann aber nicht auf einem subjektiven Verstoß des Instanzrichters zu beruhen. Die Rechtsnorm ist schon dann auf den Sachverhalt nicht angewendet worden, wenn ihre Anwendung in demjenigen Zeitpunkt, für den diese Frage zur Entscheidung steht, als unterblieben, nämlich (nunmehr) fehlend, sich (objektiv) darstellt.

2. Für das Scheidungsfolgenrecht gilt nach Art. 12 Nr. 3 des 1. EheRG ebenfalls, daß es sich nach neuem Recht richtet, wenn über die Scheidung unter neuem Recht zu entscheiden ist oder entschieden worden ist. Das gilt des-

⁹⁾ Rosenberg/Schwab, ZPR, 12. Aufl., § 137, II 3 c, S. 768 ff. m. w. N.

¹⁰⁾ Rosenberg/Schwab (wie vor).

¹¹⁾ Nr. 233 dieses Heftes.

¹²⁾ Rosenberg/Schwab, § 144, VIII, S. 829 ff. m. w. N.

¹³⁾ so die treffende Formulierung von R. Bruns, ZPR, S. 470.

¹⁴⁾ RGZ 45, 95 (98 ff.) und 418 (421 ff.). Siehe die hiergegen gerichtete grundlegende Kritik von Meiß, ZPR 65, 114 ff.