

## I. Die Zwölftafelzeit

In der Frühzeit war die römische Familie ein Verband, der nicht nur gemeinsam wirtschaftete, sondern gegenüber der Bürgerschaft weitgehend als Einheit auftrat, die vom Hausvater, dem *pater familias*, beherrscht wurde. Alles Vermögen gehörte dem *pater familias*, der als Einziger privatrechtlich war. Sein Recht erstreckte sich sogar auf Leben und Tod seiner Söhne;<sup>9</sup> für Töchter und Enkelkinder galt dasselbe. Solche Herrschaft war unteilbar, weswegen niemand zu mehreren Familien zugleich gehören konnte. Töchter schieden mit der Heirat aus ihrer ursprünglichen Familie aus und standen personenrechtlich wie eine Tochter ihres Mannes (*filiae loco*), das heißt, sie gingen in die Gewalt ihres Mannes oder seines *pater familias* über; häufig also in die des Schwiegervaters. Die Gewalt über die Ehefrau bezeichneten die Römer im Unterschied zur väterlichen Gewalt, der *patria potestas*, als *manus* (lateinisch für Hand). Folge dieser eindeutigen Zuordnung zu einer Familie war, dass nur über männliche Glieder vermittelte Blutsverwandte – die sogenannten Agnaten – als verwandt galten, ein Großvater mütterlicherseits also zum Beispiel nicht.

Wenn ein *pater familias* starb, wurden seine Söhne oder – falls die jeweiligen Väter vorverstorben waren – seine Enkelsöhne oder fernere männliche Abkömmlinge gewaltfrei (*sui iuris*) und zu Häuptionen ihrer eigenen Familien, also zu Gewaltherrn über ihre Ehefrau und Kinder.<sup>10</sup> Gewaltfrei wurden aber auch Ehefrau und Töchter des Verstorbenen, bei Vorversterben der Väter auch die ferneren weiblichen Abkömmlinge. Alle Personen, die durch den Tod gewaltfrei wurden, waren gemeinsam gesetzliche Erben des Verstorbenen (*sui heredes*).<sup>11</sup> Sie erbten zu gleichen Teilen, wobei allerdings diejenigen, die an Stelle eines Vorverstorbenen erbten, sich dessen Quote teilten. Erbe war nur, wer zum Todeszeitpunkt noch in der Gewalt des Vaters stand; eine Tochter also nicht, wenn sie durch Heirat in die Gewalt einer anderen Familie eingetreten war. Die Tochter erbte dann in ihrer neuen Familie.

Dass eine Frau mit dem Tod ihres Gewalthabers gewaltfrei und nach gesetzlicher Erbfolge Erbin wurde, war ein wich-

tiger Keim weiblicher Unabhängigkeit.<sup>12</sup> Allerdings waren gewaltfreie Frauen zunächst nicht selbstbestimmt; zwar rechtsfähig, doch nicht voll geschäftsfähig. Als Vormund, ohne dessen Zustimmung sie nicht handeln konnten,<sup>13</sup> wurde ihnen ihr nächster Agnat zur Seite gestellt; häufig der eigene Sohn. Der mochte ihre Interessen im Sinn haben – gerade ihre Vermögensinteressen, schließlich war er zudem ihr gesetzlicher Erbe –, gleichwohl befand sich auch die wohlhabende Erbin in einem „goldenen Käfig“.<sup>14</sup>

Der zweite Keim größerer Unabhängigkeit war das Aufkommen von Ehen, bei denen die Frau nicht in die *manus*-Gewalt übergang.<sup>15</sup> Dass die *manus*-Gewalt über die Ehefrau auf drei Wegen erworben werden konnte, berichtet uns das Lehrbuch des Gaius aus dem zweiten Jahrhundert n. Chr.: Noch vor dem förmlichen Eheschluss mit Dinkelbrot (*confarreatio*) und dem förmlichen Brautkauf (*coemptio*) nennt Gaius die Ersitzung (*usus*). Danach ersitze der Mann die Gewalt über seine Frau, wenn sie ein Jahr lang durchgehend bei ihm lebe. Das Zwölftafelgesetz habe geregelt, so Gaius, dass eine Frau, wenn sie nicht in die Gewalt ihres Mannes übergehen wolle, jedes Jahr drei Nächte am Stück abwesend sein müsse, um die Ersitzung zu unterbrechen.<sup>16</sup> Schon zur Zeit der Zwölftafeln ließen sich also zwei Fragen unterscheiden: Eine Frage war die Wirksamkeit der Ehe; sie entschied über die Legitimität von Kindern und deren Zugehörigkeit zur Familie des Mannes. Eine andere, vom Bestand der Ehe getrennte Frage war, ob die Frau in die *manus*-Gewalt übergang oder nicht.

Bei einer *manus*-freien Ehe blieb die Ehefrau, wenn sie nicht schon gewaltfrei war, auch nach dem Eheschluss in der Gewalt ihres Hausvaters und wurde nach dem Tod ihrer männlichen Vorfahren gewaltfrei und damit rechts- und vermögensfähig. Der Vater der Frau mochte älter sein als ihr Ehemann; dann wurde sie vermutlich früher gewaltfrei. Im Vergleich zur *manus*-Gewalt dürfte die *potestas* des eigenen Vaters aber schon wegen räumlicher Distanz und seltenerem Zugriff lockerer gewesen sein. Vor allem wird der Vater häufig bei Konflikten mit dem Ehemann und seiner Familie auf der Seite seiner Tochter gestanden haben.

<sup>9</sup> Papinian libro singulari de adulteris (Mosaicarum et Romanarum legum collatio 4,8,1): *Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem...* (Übersetzung: Weil das königliche Gesetz dem Vater die Herrschaft über Leben und Tod des Sohnes gegeben habe...).

<sup>10</sup> Siehe Gaius 1,127.

<sup>11</sup> Ulpian libro singulari regularum (Mosaicarum et Romanarum legum collatio 16,4,1): *...cautum est lege duodecim tabularum...: „si intestatus moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.“ ... „si agnatus nec escit gentiles familiam habeto.“* Daher rekonstruiert man Tab. V, 4: *si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto* und Tab. V, 5: *si agnatus nec escit, gentiles familiam habeto*. (Übersetzung: Falls jemand ohne Testament stirbt, der keinen Hauserben hat, erbt der nächste Agnat (= Blutsverwandte) das Familienvermögen. V, 5: Falls es keinen Agnaten gibt, sollen die Gentilen erben.) – Die Erbschaft bleibt zunächst eine ungeteilte *societas erecto non cito* (zur gemeinsamen Bewirtschaftung). Siehe Gaius 3,154a und Gaius 3,154b.

<sup>12</sup> Siehe Capogrossi Colognesi, La costruzione del diritto privato romano, 2016, S. 40–43.

<sup>13</sup> Cicero, Pro Murena, 27: *mulieres omnis propter infirmitatem consilii maiores in tutorum potestate esse voluerunt* (Übersetzung: Die Vorfahren wollten, dass alle Frauen wegen der Schwäche ihrer Urteilskraft in der Gewalt von Vormündern stehen sollten).

<sup>14</sup> Auch der Ausdruck stammt von Capogrossi Colognesi, (Fn. 12), S. 40 („gabbia [...] dorata“).

<sup>15</sup> Capogrossi Colognesi, (Fn. 12), S. 59–71.

<sup>16</sup> Gaius 1,110; Gaius 1,111: *[...] itaque lege duodecim tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo cuiusque anni usum interrumperet.* (Übersetzung Manthe, Gaius Institutiones, 2004: „Daher ist im Zwölftafelgesetz bestimmt worden, dass eine Frau, wenn sie nicht auf diese Weise in die Ehegewalt ihres Ehemannes kommen wollte, jedes Jahr einen Zeitraum von drei Nächten abwesend sein und auf diese Weise <die Ersitzung> eines jeden Jahres unterbrechen konnte.“).

Die Ehefrau war damit rechtlich nicht mehr notwendig eine Untergebene im Haushalt ihres Mannes.<sup>17</sup> Wenn auch Ehen ohne *manus*-Gewalt in der römischen Frühzeit noch selten waren,<sup>18</sup> so ist doch bemerkenswert, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen hierzu schon im fünften Jahrhundert v. Chr. geschaffen wurden.

## II. Das klassische Recht

Über das Eherecht der klassischen Zeit, welche mit dem Prinzipat ab 27 v. Chr. beginnt, sind wir detaillierter informiert. Im Zentrum steht nunmehr nicht mehr der hierarchisch geordnete Familienverband, sondern das einzelne Individuum.<sup>19</sup> Die *patria potestas* des Hausvaters wird zunehmend beschränkt. So wird zum einen die Abhängigkeit der Hauskinder von ihrem Hausvater gelockert.<sup>20</sup> Zudem wurden Ehen ohne *manus*-Gewalt schon seit der späten römischen Republik immer häufiger und bildeten schließlich den absoluten Regelfall. Die Ehe wurde nun auch gegen gewalthabende Väter geschützt, die sich Kraft der *potestas* über ihre Tochter oder ihren Sohn oder der – seltenen – *manus* über ihre Schwiegertochter einmischten. Jedenfalls ab dem 2. Jahrhundert n. Chr. ist bezeugt, dass Väter nur noch erschwert die Scheidung bewirken und auch ihre Töchter nicht daran hindern konnten, bei ihren Männern zu sein.<sup>21</sup>

Auch die Geschlechtsvormundschaft über gewaltfreie Frauen beschränkte die wirtschaftliche Unabhängigkeit von Frauen in der klassischen Zeit nicht mehr wesentlich. Denn der Vormund hatte weder Gewalt über die Frau, noch verwaltete er ihr Vermögen.<sup>22</sup> Vielmehr erschöpfte sich die Vormundschaft darin, dass der Vormund gewissen Geschäften der Frau zustimmen musste; doch auch dieser

Überrest lief oftmals leer, weil die Frau seine Zustimmung in vielen Fällen gerichtlich erzwingen konnte.<sup>23</sup>

Im Hinblick auf die wirtschaftliche Seite der Ehe war die Gewährung einer Mitgift von der Frauenseite an den Ehemann üblich. Die Mitgift durfte der Ehemann grundsätzlich frei verwalten und sollte damit die Lasten der Ehe tragen, also insbesondere für den Unterhalt der Frau aufkommen.<sup>24</sup> Während der Ehe aus der Mitgift gezogene Früchte standen dem Ehemann selbst zu.<sup>25</sup> Dennoch wurden den Ehefrauen Mitspracherechte im Hinblick auf „ihre“ Mitgift gewährt, sodass der Ehemann etwa Grundstücke, die zur Mitgift gehörten, nicht ohne Zustimmung seiner Ehefrau veräußern konnte.<sup>26</sup> Diese „Kapitalbeteiligung der Frau an der Ehe“<sup>27</sup> schuf eine gewisse finanzielle Ebenbürtigkeit zwischen den Ehegatten, nicht zuletzt weil die Frau ihrem Mann die Mitgift einseitig durch Scheidung entziehen konnte.<sup>28</sup> Nach Beendigung der Ehe erhielt die Frau die Mitgift grundsätzlich zurück, sodass ihre Versorgung auch als Witwe oder geschiedene Frau gesichert war.<sup>29</sup> Daneben konnte die gewaltfreie Frau eigenes Vermögen haben (sog. *Parapherna*) und dieses selbst verwalten oder es – freiwillig – von ihrem Ehemann verwalten lassen.<sup>30</sup> Diese Selbstständigkeit erlangten jedoch meist nur Frauen der reichen Oberschicht; in dieser Schicht waren die *Parapherna* dann aber üblicherweise um ein vielfaches größer als die Mit-

<sup>17</sup> Auf der „sozialen Seite“ dürfte die Frau trotzdem weiterhin dem Ehemann unterlegen haben, siehe dazu nur: *Kunkel*, ZRG RA 83 (1966), 219 (234–237).

<sup>18</sup> *Halbwachs*, § 19 *Confarreatio und conventio in manum*, in: *Babusiaux et al.* (Hrsg.), HRP I, 2023, S. 554, Rn. 1, 4; *Astolff*, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, 2014, S. 328; *Kaser*, *Das römische Privatrecht*. Abschnitt 1: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2. Aufl. 1971, S. 323 f.

<sup>19</sup> *Avenarius*, *Ordo testamenti: Pflichtendenken, Familienverfassung und Gemeinschaftsbezug im römischen Testamentsrecht*, 2024, insb. S. 141; *Kaser*, (Fn. 18), S. 268 f.

<sup>20</sup> *Lamberti*, § 34 Hauskinder (*filii familias*), in: *Babusiaux et al.* (Hrsg.), HRP I, 2023, S. 858 (Rn. 13–16); *Kaser*, (Fn. 18), S. 269. Etwa wird eine gegenseitige Unterhaltspflicht zwischen Hauskind und *pater* eingeführt oder das Züchtigungsrecht des Vaters eingeschränkt. Das Tötungsrecht des Hausvaters war hingegen schon seit den 12 Tafeln beschränkt, *Kunkel*, (Fn. 17), S. 241. – Siehe hierzu auch Fn. 21.

<sup>21</sup> D. 43,30,1,5, C. 5,17,5 pr. (a. 294 Diocl./Maxim.), PS 5,6,15. Dazu: *Astolff*, (Fn. 18), S. 296–399; *Fayer*, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari*, Bd. 3, 2005, S. 88–95; *Kaser*, (Fn. 18), S. 322 mit Fn. 11.

<sup>22</sup> *Kaser*, (Fn. 18), S. 368.

<sup>23</sup> *Gaius* 1,190: [...] *mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam; saepe etiam inivitus auctor fieri a praetore cogitur* (Übersetzung *Manthe*, (Fn. 16): „[...] Volljährige Frauen führen ihre Geschäfte nämlich selbst, und in einigen Fällen gibt ein Vormund nur der Form halber seine Zustimmung, und er wird auch oft vom Prätor gegen seinen Willen zur Zustimmung gezwungen.“). Dazu: *Hähnchen*, § 31 Vormundschaft (*tutela*) und Pflegschaft (*cura*), in: *Babusiaux et al.* (Hrsg.), HRP I, 2023, S. 780 (Rn. 86 f.); *Kaser*, (Fn. 18), S. 368.

<sup>24</sup> *Stagl*, § 35 Das Ehegüterrecht, in: *Babusiaux et al.* (Hrsg.), HRP I, 2023, S. 876 (Fn. Rn. 40, 145); *Kaser*, (Fn. 18), S. 332 f.

<sup>25</sup> *Stagl*, (Fn. 24), Rn. 63; *Kaser*, (Fn. 18), S. 333 mit Fn. 10.

<sup>26</sup> *Gaius* 2,63; *Gai.* 11 ad ed. provinc. D. 23,5,4, sog. *lex Iulia de fundo dotali*.

<sup>27</sup> *Stagl*, (Fn. 24), Rn. 148.

<sup>28</sup> *Stagl*, (Fn. 24), Rn. 148 f.

<sup>29</sup> *Stagl*, (Fn. 24), Rn. 147; *Kaser*, (Fn. 18), S. 333. Selbst, wenn die Ehefrau in *patria potestas* steht, fällt die Mitgift nach der Scheidung nicht allein an ihren Vater, sondern steht Vater und Tochter gemeinsam zu. Das spiegelt sich prozessual darin wieder, dass der Vater nur mit Einwilligung der Tochter auf Rückgabe der Mitgift klagen kann, vgl dazu: *Stagl*, § 89 Klage auf Herausgabe des Frauenguts (*actio rei uxoriae*), S. 2516 (Rn. 11–13); *Kaser*, (Fn. 18), S. 338 mit Fn. 13.

<sup>30</sup> C. 5,14,8 (a. 450 Theodos./Valentin.): *Hac lege decernimus, ut vir in his rebus, quas extra dotem mulier habet, quas Graeci parapherna dicunt, nullam uxore prohibente habeat communionem nec aliquam ei necessitatem imponat.* [...] (Übersetzung: Mit diesem Gesetz bestimmen wir, dass dem Ehemann an den Gegenständen, welche der Ehefrau außerhalb der Mitgift gehören – welche die Griechen *parapherna* nennen – keinen Anteil haben soll und er ihr auch nicht irgendeine Verpflichtung auferlegen soll, wenn die Ehefrau es verbietet.); siehe aber dazu auch schon *Ulp.* 31 ad Sab. D. 23,3,9,3.

gift.<sup>31</sup> Die Kehrseite der Gewaltfreiheit der Frau von ihrem Ehemann war ihre schwache Erbberechtigung. Sofern sie nicht testamentarisch berücksichtigt wurde, erbte sie bei seinem Tod nunmehr bloß im letzten Rang, insbesondere hinter Kindern und allen Blutsverwandten bis zum sechsten Grad.<sup>32</sup>

Die Ehe wurde formfrei durch bloßen Konsens geschlossen.<sup>33</sup> Eine Scheidung (*divortium*) konnten sowohl der Ehemann als auch die Ehefrau jederzeit einseitig bewirken, denn im Recht der klassischen Zeit galt Scheidungsfreiheit.<sup>34</sup> Ebensowenig wie der Eheschluss war die Scheidung an keine Form gebunden, sondern die bloße Aufgabe des Ehekonsens reichte aus; auch eines Scheidungsgrundes bedurfte es nicht.<sup>35</sup> Wer Schuld an der Auflösung der Ehe hatte, war nur für die Mitgift wichtig: Hatte die Ehefrau die Scheidung verschuldet, etwa durch Ehebruch, erhielt sie ihre Mitgift nicht oder nicht vollständig zurück.<sup>36</sup> Erst infolge des christlichen Einflusses auf das römische Recht ab dem 4. Jahrhundert n. Chr. wurde die Scheidung strenger reguliert und für die einseitig erklärte Scheidung ein Scheidungsgrund erforderlich.<sup>37</sup> Indes war die einvernehmliche Scheidung – abgesehen von kurzen Ausnahmep Perioden – auch in der christlichen Zeit zulässig und nicht strafbewährt.<sup>38</sup>

Trotz der hier nachgezeichneten Tendenzen in Richtung einer weitgehend wirtschaftlich unabhängigen Frau, blieb die römische Ehe eine patriarchale Institution, die der Frau die Rolle als treusorgende Mutter zuwies. Die augusteische Ehegesetzgebung um Christi Geburt nötigte die Oberschicht mit wirtschaftlichem Druck zu heiraten und in der

Ehe Kinder zu haben.<sup>39</sup> Ehefrauen und ihr Liebhaber wurden wegen Ehebruchs bestraft, während Ehemänner öffentlich Konkubinen halten durften.<sup>40</sup> Von der Ehe abgesehen, blieb römischen Frauen das politische Leben versperrt. Dennoch schuf das römische Privatrecht erste Rahmenbedingungen, um eine Angleichung der Geschlechter zu ermöglichen. Innerhalb der Antike spiegelte das römische Recht jedenfalls im Vergleich zum antiken Griechenland eine autonomere soziale Stellung der (Ehe-)Frauen.<sup>41</sup>

### C. Die Stellung der Frau nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch 1900

Vor Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches war heftig darüber diskutiert worden, welche Rechtsstellung es Frauen einräumen sollte.<sup>42</sup> Immerhin ging es darum, anstelle des Gemeinen Rechts und einer Vielzahl partikularer Rechte eine einheitliche Regel für das gesamte Gebiet des Deutschen Reichs zu treffen. Die folgende Darstellung wählt einzelne Aspekte aus und schöpft besonders aus zwei Quellen: Für die Verteidiger des Gesetzes lassen wir Gottlieb Planck sprechen, den Redakteur des Familienrechts und Verfasser des wichtigsten Kommentars zum BGB.<sup>43</sup> Er referierte 1899 vor dem Göttinger Frauenverein. Stilistisch bietet der Vortrag ein Paradebeispiel von „Mansplaining“, ging es Planck doch darum, „einige Mißverständnisse aufzuklären“, die ihm bei Frauen begegnet seien. Schließlich stehe „das Bürgerliche Gesetzbuch principiell ... auf dem Standpunkte der vollständigen Gleichberechtigung der Männer und Frauen“. Unterschiede bei der Ehe tat Planck damit ab, dass sich darin bloß die „natürliche Verschieden-

<sup>31</sup> *Stagl*, (Fn. 24), Rn. 159; *Eck et al.*, Das senatus consultum de Cn. Pisone patre, 1996, S. 219. Siehe hingegen aber auch D. 23,3,72 pr., wo die Frau ihr gesamtes Vermögens als Mitgift gibt und keine *parapherna* beibehält.

<sup>32</sup> *Heyse*, Mulier non debet abire nuda: das Erbrecht und die Versorgung der Witwe in Rom, 1994, S. 28; *Kaser*, (Fn. 18), S. 698–701.

<sup>33</sup> *Consensus facit nuptias*, Ulp. 35 ad Sab. D. 35,1,15; Ulp. 36 ad Sab. D. 50,17,30.

<sup>34</sup> *Astolfi*, (Fn. 18), insb. S. 362 f.; *Kaser*, (Fn. 18), S. 326. – Nur sofern die Ehefrau ausnahmsweise wegen *manus*-Gewalt stand, musste diese Gewalt durch formelle Akte aufgehoben werden.

<sup>35</sup> *Halbwachs*, § 33 Ehe und andere Formen der Lebensgemeinschaft, in: *Babusiaux et al.* (Hrsg.), HRP I, 2023, S. 827 (Rn. 19 f., 54 f.); *Kaser*, (Fn. 18), S. 326.

<sup>36</sup> Der Ex-Mann konnte der Klage der Frau auf Rückgabe der Mitgift (*actio rei uxoriae*) sog. Retentionsrechte einredeweise entgegenhalten. Hatte sich die Ehefrau wegen Ehebruchs schuldig gemacht, so berechnete die *retentio propter mores* den Mann einen Sechstel von der Mitgift abzuziehen, dazu etwa: *Fayer*, La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, Bd. 2, 2005, S. 709–714.

<sup>37</sup> *Kaser*, Das römische Privatrecht. Abschnitt 2: Die nachklassischen Entwicklungen, 1975, S. 175–179: Hatte der Ehegatte bestimmte *crimina*, etwa Totschlag, begangen, so stellt dies einen anerkannten Scheidungsgrund dar.

<sup>38</sup> *Kaser*, (Fn. 37), S. 179.

<sup>39</sup> Siehe *Bonin*, Intra ‚Legem Iuliam et Papiam‘, 2020, S. 25–42; *Buchwitz*, Das Erbrecht als Mittel der Bevölkerungspolitik, in: *Blume-Jung/Buchwitz* (Hrsg.), Alter und Gesellschaft: Herausforderungen von der Antike bis zur Gegenwart, 2016, S. 177 (178–185). Empfindlich waren die vor allem erbrechtlichen Sanktionen der augusteischen Ehegesetzgebung freilich nur für diejenigen, die überhaupt etwas zu vererben hatten, dazu etwa: *Nörr*, Planung in der Antike. Über die Ehegesetzgebung des Augustus, in: *Baier* (Hrsg.), Freiheit und Sachzwang. Beiträge zu Ehren Helmut Schelskys, 1977, S. 309 (314).

<sup>40</sup> Es bestand eine „Asymmetrie zwischen den Geschlechtern“, weil Tatbestandsvoraussetzung des Ehebruchs der Beischlaf mit einer ehrbaren Ehefrau war. Siehe *Lehmann*, Augustinus, De adulterinis coniugiis 2,8,7. Zur Ungleichbehandlung von Männern und Frauen bei der strafrechtlichen Verfolgung von Ehebruch im römischen Recht, academia.edu, <https://bitly.cx/nrND8>, Abruf v. 26.06.2024, S. 1 (8).

<sup>41</sup> Zur Rechtsstellung von Frauen im alten Griechenland siehe etwa: *Barta*, „Graeca non leguntur?“: zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland, 2010, S. 331–333, 565–571; siehe auch die Nachweise bei *Hähnchen*, (Fn. 23), Rn. 80 Fn. 194.

<sup>42</sup> Siehe schon die eingangs zitierte Kritik Gierkes (oben bei Fn. 7). Vgl. im Übrigen *Meder/Duncker/Czelk* (Hrsg.), Die Rechtsstellung der Frau um 1900. Eine kommentierte Quellensammlung, 2010.

<sup>43</sup> Zur Person und der Bedeutung seines Kommentars: *Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare, 2016, S. 247–252.

heit der Geschlechter“ realisiere.<sup>44</sup> Planck feiert in diesem Jahr seinen 200. Geburtstag.

Für die zeitgenössische Kritik beziehen wir uns auf Marianne Weber, deren Buch über „Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung“ im Jahr 1907 erschien. Die Ehefrau des Soziologen Max Weber war Wissenschaftlerin und Politikerin.<sup>45</sup> Als erste Frau überhaupt sollte sie 1919 in einem deutschen Parlament sprechen (nämlich als Abgeordnete der Deutschen Demokratischen Partei in der Badischen Nationalversammlung). Nach Weber war der „dynastisch-militärische Charakter des deutschen Staatswesens“ für das BGB insgesamt kennzeichnend; das „seinem Grundwesen nach patriarchalische Familienrecht“ hingegen bestimmt durch „die immer wiederkehrende Rücksichtnahme auf die männliche Geschlechtseitelkeit“. Die stecke nämlich dahinter, wenn man sich auf das „natürliche“ Verhältnis der Geschlechter oder die deutsche Rechtstradition berufe.<sup>46</sup> Webers Tod liegt in diesem Jahr 70 Jahre zurück.

## I. Unverheiratete Frauen

Die Rechtsstellung erwachsener Frauen unterschied sich nach dem BGB 1900 wesentlich danach, ob sie verheiratet waren oder nicht. Unverheiratete Frauen waren uneingeschränkt rechts- und geschäftsfähig – sie konnten Vermögen haben und es selbst verwalten; eines Vormunds bedurften sie nicht. Während Frauen erst 1918 das Wahlrecht erhielten, standen sie den Männern privatrechtlich bereits weitgehend gleich.

## II. Allgemeine Ehwirkungen

Die Ehe war für Planck zwar „auch ein Rechtsverhältnis“, das aber nicht losgelöst von seiner „religiöse[n] und kirchliche[n] Seite“ verstanden werden könne.<sup>47</sup> Der Eheschluss war allerdings nach preußischem Vorbild rein weltlich gestaltet (obligatorische Zivilehe mit Verbot der religiösen Voraustrauung). Bei den Ehevoraussetzungen bestand eine erste Ungleichheit: Nach § 1303 I BGB 1900 waren Männer mit 21 und Frauen mit 16 Jahren ehemündig.<sup>48</sup> Deziert von christlichen, besonders protestantischen Vorstellungen geprägt war die Regelung der Scheidung.<sup>49</sup> Zwar war eine Scheidung überhaupt zulässig; insofern hatten sich die Katholiken nicht durchgesetzt. Doch war sie an

enge Gründe geknüpft, die grundsätzlich dem Verschuldensprinzip folgten.<sup>50</sup> Scheidungsgrund war etwa, wenn ein Gatte dem anderen nach dem Leben trachtete (§ 1566 BGB 1900), aber auch – praktisch relevanter – der Ehebruch (§ 1565 BGB 1900), und zwar unabhängig vom Geschlecht. Das bloße Einvernehmen beider Ehegatten, sich scheiden zu lassen, genügte hingegen nicht.

Das Wesen der Ehe näher zu bestimmen, hatte das Gesetz gerade wegen des auch religiösen Charakters der Institution vermieden. Ziemlich vage erklärte das BGB die Gatten gegenseitig zu ehelicher Lebensgemeinschaft verpflichtet (§ 1353 BGB 1900).<sup>51</sup> Die Vollstreckung eines entsprechenden Anspruchs wurde aber durch den neu geschaffenen § 888 III ZPO ausgeschlossen (heute: § 120 III FamFG), weil Zwangsmittel „mit dem Wesen der Ehe als eines vorwiegend sittlichen, auf der ehelichen Gesinnung beruhenden Verhältnisses nicht vereinbar“ seien.<sup>52</sup> Ehegatten wurden also nicht durch Zwangsgeld und Zwangshaft zum Beischlaf angehalten.

Signalwirkung<sup>53</sup> hatte die Anordnung, dass dem Ehemann „in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten“ die Entscheidung zustand (§ 1354 I Hs. 1 BGB 1900). Planck trug zur Rechtfertigung vor: Eine Mehrheit gebe es bei zwei Personen nicht, man werde nicht in jedem Streitfall eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen wollen, also müsse einem der beiden Gatten das größere Gewicht zukommen. Nach „dem Standpunkte der christlichen und deutschen Auffassung der Ehe“ komme hierfür nur der Mann als „das Haupt der Ehe“ in Betracht.<sup>54</sup> Dem hielt Weber entgegen, dass das Gesellschaftsrecht mit solchen Pattsituationen indes keine Probleme habe: Im Zweifel müsse eine Maßnahme unterbleiben, sonst auf Zustimmung geklagt werden. Zu einer übermäßigen Anrufung der Gerichte werde das sicher nicht führen; zudem könne sich die Frau ohnehin gerichtlich verteidigen, wenn der Mann seine Befugnis missbrauche.<sup>55</sup>

Die Führungsrolle des Mannes zeigte sich darin, dass die Frau seinen Familiennamen annehmen musste (§ 1355 BGB 1900). Sie spiegelte sich auch in der Aufgabenverteilung: Die Frau hatte den Haushalt zu führen<sup>56</sup> und im Geschäft des Mannes mitzuhelfen (§ 1356 BGB 1900), der Mann war primär für den Unterhalt der Familie verantwortlich. Ausnahmsweise hatte allerdings auch die Frau ihm Unterhalt zu gewähren, wenn er sich nicht selbst erhalten

<sup>44</sup> Planck, Die Rechtliche Stellung der Frau nach dem bürgerlichen Gesetzbuche, 1899, S. 4 f.

<sup>45</sup> Zur Person: Meurer, Marianne Weber. Leben und Werk, 2010, passim.

<sup>46</sup> Weber, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung. Eine Einführung, 1907, S. 411 f.

<sup>47</sup> Planck, (Fn. 44), S. 5.

<sup>48</sup> Planck sah darin „keine ungerechte Beeinträchtigung der Frauen“: Planck, (Fn. 44), S. 6.

<sup>49</sup> Schmoeckel, in: Schmoeckel, et al. (Hrsg.), HKK, Bd. 4, §§ 1313–1320 Rn. 113.

<sup>50</sup> Ludyga, in: Schmoeckel, et al. (Hrsg.), HKK, Bd. 4, §§ 1364–1568b Rn. 45–49.

<sup>51</sup> Dazu Weber, (Fn. 46), S. 416–420.

<sup>52</sup> Motive IV, S. 109 f. (insoweit nicht abgedruckt bei Mugdan IV, S. 61), dazu Planck, (Fn. 44), S. 9 f.; Weber, (Fn. 46), S. 418.

<sup>53</sup> In der Gerichtspraxis spielte dieses Alleinentscheidungsrecht kaum eine Rolle: Schumann, in: Schmoeckel, et al. (Hrsg.), HKK, Bd. 4, §§ 1353–1362 Rn. 48. – § 1354 BGB wurde im Zuge des Gleichbehandlungsgesetzes abgeschafft, BGBl. I 1957, Nr. 26, S. 609.

<sup>54</sup> Planck, (Fn. 44), S. 11.

<sup>55</sup> Weber, (Fn. 46), S. 439 f.

<sup>56</sup> Bemerkenswert ist, dass der Ehefrau nicht nur die Pflicht, sondern auch das Recht zur Leitung des gemeinschaftlichen Hauswesens zugeschrieben wurde (§ 1356 I BGB 1900).

konnte (§ 1360 BGB 1900).<sup>57</sup> Der Unterhalt musste nicht in regelmäßigen Zahlungen erfolgen, sodass Frauen oftmals ihre Männer anlassbezogen und bei günstigen Gelegenheiten immer wieder um Geld bitten mussten.<sup>58</sup> Allerdings konnte die Ehefrau mittels der sogenannten Schlüsselgewalt „innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises“ Geschäfte mit Wirkung für ihren Mann abschließen (§ 1357 BGB 1900); nach der ursprünglichen Fassung wurde sie bei diesen Geschäften selbst nicht mitverpflichtet bzw. -berechtigt.<sup>59</sup> Um die Frau vor „einem unauflösbaren Konflikt“ zwischen ihren häuslichen Pflichten und einem Arbeitsverhältnis zu bewahren – so rechtfertigte es Planck –,<sup>60</sup> gestattete das Gesetz dem Ehemann, solch ein Arbeitsverhältnis zu kündigen, wenn die Tätigkeit nach Auffassung des Vormundschaftsgerichts „die ehelichen Interessen beeinträchtigt[e]“ (§ 1358 I 1 BGB 1900).

### III. Gesetzlicher Güterstand

Der Eheschluss ließ die Vermögenslagen der Eheleute grundsätzlich unberührt. Beim Tod eines Ehegatten stand dem anderen allerdings – wie heute – ein gesetzliches Erbrecht zu (§ 1931 I und II BGB). Der gesetzliche Güterstand des BGB 1900 war die „Verwaltungsgemeinschaft“. Hierbei verwaltete der Ehemann das Vermögen der Ehefrau. Der Mann wurde zwar nicht Eigentümer, hatte jedoch eine mit einem Nießbraucher vergleichbare Stellung inne.<sup>61</sup> Kraft seiner Stellung durfte er Nutzungen aus dem Vermögen seiner Frau ziehen (§ 1383 i.V.m. §§ 1030 ff. BGB 1900). Die „ausschließlich zum persönlichen Gebrauche der Frau bestimmten Sachen“ waren gesetzlich aus der Verwaltung des Mannes ausgenommen (§ 1366 BGB 1900). Zudem konnten die Gatten ehevertraglich Vorbehaltsgut bestimmen, welches der Verwaltung des Ehemanns entzogen war (§§ 1365, 1368 BGB 1900). Wollte die Ehefrau über ihr eingebrachtes Vermögen verfügen, so bedurfte sie dazu grundsätzlich der Einwilligung des Ehemanns (§ 1395 BGB 1900). Was für Situationen hieraus entstehen konnten, malte Weber farbig aus: Der Ehemann einer vermögenden Frau mochte allein aus den Zinsen und Mieteinnahmen ihres eingebrachten Gutes leben, daraus den Aufwand des familiären Lebens bestreiten und sich selbst beliebigen Luxus gönnen, und schuldete doch seiner Frau lediglich standesgemäßen Unterhalt: „Geschenke oder eine Reise machen, Arme unterstützen, sich an ge-

meinnützigen Bestrebungen beteiligen oder sich ein persönliches Vergnügen verschaffen kann sie also nur, soweit der Mann ihre Wünsche billigt, denn von ihm muß sie die Mittel dazu erbitten“. <sup>62</sup> Vorbehalten blieb der Ehefrau allerdings auch, was sie während der Ehe durch eigene Tätigkeit erwarb.<sup>63</sup>

Statt der „Verwaltungsgemeinschaft“ forderte Weber die Gütertrennung als gesetzlichen Güterstand.<sup>64</sup> Planck hatte hiergegen kein inhaltliches Argument vorgetragen, sondern sich auf die Aufgabe der Kodifikation berufen: Das BGB „sollte nicht nach den subjektiven Ansichten der Verfasser über das theoretisch Beste, sondern es sollte auf Grund der bisher in Deutschland geltenden Rechte aufgebaut werden“. <sup>65</sup> Echte Gütertrennung habe aber in Deutschland nirgends, selbst das römische Mitgiftsystem nur für drei Millionen Einwohner (von 50 Millionen) gegolten.<sup>66</sup> Übrigens wurde dieses Mitgiftsystem – wenn man den Ausführungen der Verfasser des BGB-Entwurfs glaubt – in einer für die Frauen nachteiligen Weise praktiziert: Angeblich herrschte „die ziemlich allgemeine Sitte, daß die Frau tatsächlich ihr ganzes Vermögen dem Manne zur Verwaltung und Nutzung für die Zwecke der Ehe überläßt“. So könne das gesamte Vermögen stillschweigend als Mitgift bestellt werden,<sup>67</sup> zur eigenen Verfügung und Verwaltung blieb dann nichts mehr. Planck berief sich auch auf statistische Erhebungen, wonach in Eheverträgen Gütertrennung bisher „nur in verschwindend kleiner Zahl“ vereinbart worden sei.<sup>68</sup> Damit fehle ein Nachweis, dass die bestehenden anderen Güterstände dem Rechtsbewusstsein nicht mehr entsprächen. Planck konstatierte: „Geht die Entwicklung in dieser Richtung, so wird das gesetzliche Güterrecht durch Eheverträge ausgeschlossen werden und dann wird es Zeit sein, das Bürgerliche Gesetzbuch zu ändern. Zurzeit wäre es ein unverantwortlicher Sprung ins Ungewisse gewesen, wenn man so radikal mit der ganzen bisherigen Rechtsentwicklung hätte brechen wollen, wie dies durch die Einführung der Gütertrennung als gesetzliches Güterrecht geschehen sein würde“. <sup>69</sup>

<sup>57</sup> Planck, (Fn. 44), S. 7; Weber, (Fn. 46), S. 421 f.

<sup>58</sup> Eindringliche Schilderung bei Weber, (Fn. 46), S. 464 f.

<sup>59</sup> Dazu Weber, (Fn. 46), S. 430–433; aus den letzten Jahren der Geltung der – bereits reformierten – Norm *Sitz*, Woher kommt eigentlich... die Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB)?, Ad Legendum 2008, 64 f.

<sup>60</sup> Planck, (Fn. 45), S. 13.

<sup>61</sup> §§ 1363, 1371 BGB 1900. Dazu etwa: von Mayenburg, in: Schmoekel, et al. (Hrsg.), HKK, Bd. 4, §§ 1363–1557 (III) Rn. 7. Zu den Wahlgüterständen mittels Ehevertrag, insbesondere der Gütergemeinschaft und der Errungenschaftsgemeinschaft siehe ebenda, Rn. 16–22.

<sup>62</sup> Weber, (Fn. 46), S. 464.

<sup>63</sup> Weber, (Fn. 46), S. 467 f.

<sup>64</sup> Nebst regelmäßigem Unterhalt in Geld und nach Beendigung der Ehe hälftiger Beteiligung am Erwerb; Weber, (Fn. 46), S. 486–491.

<sup>65</sup> Planck, (Fn. 44), S. 25.

<sup>66</sup> Planck, (Fn. 44), S. 17. – Zum Streit um die Rezeption des römischen Dotalrechts von Mayenburg, (Fn. 61), Rn. 58–66. – *Sirks* ZRG RA 129 (2012), 522 (524 f.) weist darauf hin, dass das Dotalrecht etwa im sächsischen Recht auf das Recht der Aussteuer ausgestrahlt und daher in Wahrheit größere Bedeutung gehabt habe. Wo römisches Dotalrecht galt, sei insbesondere das Konkursprivileg „eine mächtige Waffe der Frau“ geblieben (547).

<sup>67</sup> Motive IV, 144 = Mugdan IV, 80; dazu auch *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Auflage 1891, § 494 Anm. 13.

<sup>68</sup> Planck, (Fn. 44), S. 17.

<sup>69</sup> Planck, (Fn. 44), S. 26.

## D. Vergleichende Schlussbemerkung

Recht kann nicht isoliert von seinen kulturellen Zusammenhängen betrachtet werden. Vielmehr erschließt sich „die Bedeutung von [...] Elementen einer uns fremden Rechtskultur ... erst in der Zusammenschau mit den religiösen, politischen und kulturellen Überzeugungen einer Gemeinschaft.“<sup>70</sup> Und eben diese Grundbedingungen sind zwischen dem vorchristlichen<sup>71</sup> römischen Recht der klassischen Zeit und dem BGB des reformierten Deutschen Kaiserreichs grundverschieden. Insofern muss der historische Rechtsvergleich hinken, bleibt aber zulässig. Misst man die Stellung der Frau nach heutigen Maßstäben, so zeigt sich jedenfalls keine simple Verbesserung: Im BGB von 1900 waren unverheiratete Frauen den Männern gleichgestellt, während römische, selbst wenn sie die *patria potestas* ihres Hausvaters abgeschüttelt hatten, immerhin formell noch unter Vormundschaft standen. Eine verheiratete Frau hingegen war in Rom, wenn sie nicht mehr unter *patria potestas* stand, Herrin und Verwalterin ihres eigenen Vermögens; nach einer Scheidung auch ihrer Mitgift. Während der Ehe standen dem Mann Verwaltung und Früchte der Mitgift zu. Doch verwalteten deutsche Ehemänner grundsätzlich das gesamte Vermögen ihrer Frauen zum eigenen Vorteil; eine Scheidung war nicht ohne Weiteres möglich. Dieser Vergleich zeigt, dass jüngerem Recht nicht pauschal Fortschrittlichkeit gegenüber älterem Recht attestiert werden kann. Man versteht, warum der Allgemeine Deutsche Frauenverein 1876 beim Reichstag eine Petition einreichte, im BGB möge das römische Mitgiftsystem eingeführt werden.<sup>72</sup>

Gleichwohl stand die Ehefrau unter dem BGB 1900 noch besser als mit einem gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft, wie ihn vor allem Germanisten bevorzugt hätten: Denn diese Gemeinschaft wäre vom Ehemann allein verwaltet worden, sodass der Frau noch nicht einmal ihr Neuerwerb zur eigenen Verwaltung verblieben wäre.<sup>73</sup> Aus Gierkes Sicht mochte das Eherecht des BGB zu einer „übertriebenen Gleichbehandlung der Geschlechter“<sup>74</sup> neigen; es stieß jedoch nicht zur Gleichberechtigung vor. Die brachte erst das Bundesverfassungsgericht, als es den

Gleichheitssatz des Grundgesetzes gegen den einfachen Gesetzgeber durchsetzte.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> *Ubl*, Sinnstiftungen eines Rechtsbuchs. Die Lex Salica im Frankenreich, 2017, S. 253.

<sup>71</sup> Erst Konstantin führte im 4. Jahrhundert das Christentum als Staatsreligion ein. Davor war die polytheistische Religion der Römer vorherrschend.

<sup>72</sup> Erwähnt in Motive IV, S. 143 = Mugdan IV, S. 79; dazu *Sirks* ZRG 129 (2012) 522 (523, 547). Trotz der Nachweise in den Motiven (nicht abgedruckt in Mugdan) galt die Petition als verschollen, siehe jetzt aber in Meder/Duncker/Czelk, (Fn. 42), 36–41.

<sup>73</sup> *Planck*, (Fn. 44), S. 17 f.; *Weber*, (Fn. 46), S. 474; *von Mayenburg*, (Fn. 61), Rn. 18.

<sup>74</sup> Wie Fn. 7.

<sup>75</sup> Zum 1.4.1954 trat die „Verwaltungsgemeinschaft“ wegen Verstoßes gegen Art. 3 II GG außer Kraft (vgl. BVerfGE 3, 225 nach Ablauf der Übergangsregel in Art. 117 I GG); hierzu: *Haferkamp*, (Fn. 1), S. 315–321. Auch mit dem dann folgenden Gleichbehandlungsgesetz von 1957 (siehe dazu auch Fn. 53) war noch nicht alles getan.