

## Kapitel 9 Institutionstheoretische Erklärungsansätze

### § 43 Zur soziologischen Theorie der Institution

**Literatur:** *Berger/Luckmann*, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, 4. Aufl. 1974; *Gehlen*, Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1940, 9. Aufl. 1971; *ders.* Urmensch und Spätkultur, 2. Aufl. 1964; *ders.*, Anthropologische Forschung, 11. Aufl. 1975; *Jonas*, Die Institutionenlehre Arnold Gehlens, 1966; *Luhmann*, Institutionalisation - Funktion und Mechanismus im sozialen System der Gesellschaft, in: *Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 27 ff., auch in *Schelsky*, 1980, 215 ff.; *Malinowski*, Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern, 1949; *Schelsky*, Zur soziologischen Theorie der Institution, in: *ders.*, Zur Theorie der Institution, 1970, 9 ff.; *ders.*, Die Soziologen und das Recht (darin S. 232 ff.: Der behavioristische Ansatz der Institutionenlehre (Floyd Henry Allport), und S. 248 ff.: Die Institutionenlehre Herberts Spencers und ihre Nachfolger); *Weiß*, Weltverlust und Subjektivität. Zur Kritik der Institutionenlehre Arnold Gehlens, 1971.

#### I. Die normsoziologische Theorie der Institution

Die Ausdrücke Institution und Institut werden, jedenfalls in der Soziologie, weitgehend gleichbedeutend gebraucht, der Terminus Institution aber bevorzugt. Manchen Soziologen gilt jede soziale Norm als Institution (z. B. *Berger/Luckmann*, S. 58). In der Regel versteht man unter einer Institution jedoch nur eine Kombination von Verhaltensmustern, die zusammenwirken, um ein Bedürfnis einer Gruppe zu erfüllen<sup>317</sup>. Es muß eine **Mehrzahl von Normen** zusammenwirken, um die Institution der Ehe zustande zu bringen: Normen über das Ehealter, über die Eheschließung, den Unterhalt, das Vertretungsrecht, auch gegenüber den Kindern, das Verbot des Ehebruchs und schließlich Regeln über die Auflösung der Ehe. Ebenso konstituiert sich die Einrichtung »Universität« aus einer Vielzahl von Normen, angefangen bei dem Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, weiter über die Delegation der Kulturhoheit auf die Länder, über Landesgesetze, Universitätsverfassung, Fakultätssatzung, Prüfungs- oder Seminarordnungen, haushalts- und beamtenrechtliche Vorschriften usw. Auch den Vertrag - oder das Eigentum, das Erbrecht, den Wettbewerb usw. - kann man als Institution betrachten. So gesehen ist die Vertragsfreiheit in ihrer konkreten Gestalt das Ergebnis eines ganzen Geflechts von Normen, die erst ihren Gehalt ausmachen. Zur Klarstellung sei aber betont: Institution ist nicht diese Ehe, diese Universität, dieser Vertrag, sondern die Tatsache, daß es immer wieder Ehen, Verträge und Universitäten gibt.

---

<sup>317</sup> Eine Klärung der Verwendung des Institutionsbegriffs in der Soziologie versucht jetzt *Johann August Schülein*, Theorie der Institution, Opladen 1987.

Während die Rollentheorie eine Mehrzahl von Normen aus der Sicht eines Einzelnen als jeweils zusammenwirkendes Bündel von Rollenerwartungen zusammenfaßt (§ 37), geht es bei der Institution darum, daß soziale Normen ineinandergreifen und sich ergänzen, um bestimmte Bedürfnisse einer sozialen Gruppe zu befriedigen. Dabei wird regelmäßig nur an größere Gruppen gedacht. Meistens wird betont, daß es sich um die Erfüllung besonders grundlegender und wesentlicher Bedürfnisse der Gruppe handelt und daß diesen Lösungen eine gewisse Stabilität und Dauerhaftigkeit eigen ist. Weiterhin besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die Verhaltensmuster, die die Institution ausmachen, im Kern verbindlich sein müssen, daß es sich also um soziale Normen im engeren Sinne (§ 25) handelt. Es müssen zwar keine Rechtsnormen sein. Aber bei allen gesellschaftlich einigermaßen wichtigen Institutionen sind heute auch Rechtsnormen beteiligt. Schließlich wird hervorgehoben, daß sich mit einer Institution regelmäßig Legitimitätsvorstellungen verbinden, also positive Sinngebungen oder Bewertungsstandards irgendwelcher Art. Zusammenfassend kann man daher sagen: **Soziale Institutionen sind vergleichsweise stabile, dauerhaft aufeinander bezogene Verhaltensmuster, die in einer sozialen Gruppe wichtigen Bedürfnissen dienen und daher für legitim gehalten und mit sozialen Sanktionen durchgesetzt werden.**

## II. Biopsychologische Theorien der Institution

Zur Institution werden Verhaltensmuster dadurch, daß sie für die Gruppe eine Leistung vollbringen, daß sie eine Funktion erfüllen, ein Bedürfnis befriedigen. Es taucht sogleich die Frage auf: Um welche **Bedürfnisse** geht es? Gibt es natürliche, vorgegebene Bedürfnisse, auf die die Gesellschaft ihre Institutionen ausrichten muß? Das ist gerade für den Juristen eine wichtige Frage. Denn könnte die Soziologie einen Bedürfniskatalog konstatieren und gar noch eine Rangordnung der Bedürfnisse angeben, dann ließe sich endlich die Interessenjurisprudenz auf eine empirische Grundlage stellen.

Tatsächlich haben die frühen amerikanischen Soziologen William Graham Sumner, Albion Small u. a. mit solchen Bedürfniskatalogen gearbeitet. So kennt *Sumner* vier Grundbedürfnisse (Hunger, Sexualität, Eitelkeit und Furcht vor Geistern). *Albion Small* hat die sechs grundlegenden Interessen in einer fast dichterischen Formel festgehalten: »Health, Wealth, Sociability, Knowledge, Beauty, Righthness«. Ihnen werden dann jeweils Klassen von Institutionen zugeordnet. Den Grundgedanken dieser biopsychologischen Theorie der Institution hat *Schelsky* folgendermaßen zusammengefaßt:

»Alle Menschen haben ähnliche Grundbedürfnisse (basic needs); Versuch und Erfolg (trial and error) in der Befriedigung dieser Bedürfnisse schaffen daher bei dem Individuum Gewohnheiten (habits), kollektiv gesehen relativ einheitliche Brauchtümer (customs oder folkways), die von Genera-

### § 43 Zur soziologischen Theorie der Institution

---

tion zu Generation überliefert werden. Tritt bei den Individuen der Glaube an die Wahrheit und Richtigkeit dieser Bräuche hinzu, d. h. wird das regelmäßige Handeln als Norm ins Bewußtsein aufgenommen, so entwickeln sich Sitten, die dann die Grundlage der sozialen Institutionen bilden, die demnach **die normativ bewußt gemachten auf Dauer gestellten Regelmäßigkeiten des sozialen Handelns** sind. Die soziale Entwicklung, die wenigstens abstrakt-anthropologisch vom individuellen Handlungsversuch ausgeht und über Gewohnheit, Brauch und Sitte zur Institution führt, ist zugleich von einer Evolution der animalischen Bedürfnisse (needs) zu bewußten menschlichen Interessen (interests) begleitet.«

Die meisten Soziologen sind sich längst einig, daß Triebkataloge, wie sie *Sumner* und *Small* zusammengestellt haben, eher ein Abweg sind. Denn sie vermeiden selten den Zirkelschluß, aus der Beobachtung sozialer Erscheinungen biologische Bedürfnisse abzuleiten, um dann sofort wieder aus diesen Bedürfnissen Folgerungen für die Soziologie zu ziehen. So beobachtet man etwa religiöse Institutionen und schließt daraus auf ein biologisches Bedürfnis nach Religiösität, um aus diesem Bedürfnis dann wieder die religiösen Institutionen zu erklären. Selbst dort, wo eine biologische Anthropologie Instinkte oder Restinstinkte als Grundlage menschlichen Verhaltens aufzeigen kann, wie es etwa die von der Tierpsychologie ausgehende Verhaltensforschung versucht (vgl. § 16), unterlaufen immer wieder **Kurzschlüsse zwischen Trieb- und Instinktfeststellungen biologischer Art und ihrer Verknüpfung mit sozialen Erscheinungen**. Heute gilt es in der Soziologie als gesichert, daß zwischen biologischen Antrieben und Bedürfnissen einerseits und den Formen und Institutionen sozialen Handelns andererseits keine eindeutige Kausalbeziehung zu ermitteln ist. Sicher existieren einige biologische Grundbedürfnisse: Nahrung, Kleidung oder jedenfalls Wärme, Befriedigung der Sexualität und Schlaf. Aber diese vitalen, rein biologischen Bedürfnisse, lassen sich auf sehr verschiedene Art und Weise erfüllen. Und jede Art der Bedürfnisbefriedigung zieht neue, abgeleitete Bedürfnisse nach sich. Aus jeder Problemlösung ergeben sich Folgeprobleme, die nach einer Lösung verlangen. Die Erfindung und der Gebrauch von Werkzeugen etwa, hervorgerufen durch das Bedürfnis nach Nahrung, wirft die Frage auf, wer darüber verfügen darf und wie ein Mißbrauch als Waffe verhindert wird. Die Befriedigung der Sexualität bringt Kinder und oft einen gemeinsamen Haushalt mit sich. Daraus entsteht Arbeit, die unterschiedlich verteilt und in verschiedenen Formen geleistet werden kann. So sind menschliche Bedürfnisse zwar alle mehr oder minder auf einen biologischen Ausgangspunkt bezogen. Sie sind dadurch aber keineswegs determiniert. Vielmehr ist es die soziale Überformung, die den Bedürfnissen jeweils ihre konkrete Gestalt gibt.

Diese These der **geleiteten Kulturbedürfnisse** geht zurück auf den Kulturanthropologen *Bronislaw Malinowski*. Die Institutionenlehre *Malinowskis* ist in Deutschland vor allem durch *Schelsky* rezipiert und weitergebildet worden. *Schelsky* (1970 S. 19) beschreibt die Ableitung von Kulturbedürfnissen aus den Institutionen so:

»Vitale, biologisch bedingte Grundbedürfnisse erfüllen sich in Primärinstitutionen, die aus sich heraus aber neuartige Folgebedürfnisse, sozusagen abgeleitete Bedürfnisse 1. Grades entwickeln, die

wiederum in neuen Institutionen ›2. Grades‹ erfüllt werden, die ihrerseits neue Bedürfnisse aus sich hervortreiben usw.; damit entsteht eine prinzipielle Hierarchie von Bedürfnissen und damit auch Institutionen aufgrund der notwendigen Entwicklung abgeleiteter Bedürfnisse und ihrer institutionellen Erfüllung, die wir den Aufbau einer Kultur nennen können.«

Auf die Frage, welches die im institutionellen Wachstum entstandenen Bedürfnisse letzten Grades unserer eigenen Kulturzeit sind, nennt *Schelsky* mit einer interessanten These das **Bedürfnis der Reflexionssubjektivität des Individuums**:

»Daß wir auch Bewußtseinsansprüche als ›Bedürfnisse‹ auffassen dürfen, ist bereits bei Malinowski ausgesprochen; nicht nur in der These, daß er höhere, abgeleitete Bedürfnisse ausdrücklich als ›Motive‹ bezeichnen will und ihnen damit das Kennzeichen des Bewußtseins gibt, sondern etwa auch in dem zitierten Beispiel, wo er das Identifikationsbedürfnis mit Gott im Abendmahl als ein institutionalisiertes Kulturbedürfnis erwähnt. So ist etwa das Bedürfnis des Menschen, zu sich und der Welt Stellung zu nehmen, ein kulturelles Grundbedürfnis, das in alle Institutionen mit eingeht, und damit auch historische Entwicklung erfährt. Die von Malinowski erwähnten mythischen und legendarischen Kodices sind Erfüllung solcher Selbstbewußtseinsbedürfnisse des Menschen aus frühen Stadien der Institutionen. Gegenüber den religiösen und quasi-religiösen Glaubensformen des Selbstbewußtseins taucht in der Moderne immer stärker ein **Bewußtseinsbedürfnis der kritischen Selbstreflexion und des sachlich-konstatierenden Selbstbezugs des Menschen** zu sich auf.« (S. 21)

### III. Die grundlegenden Institutionen der Gesellschaft

Die Hervorbringung sekundärer Bedürfnisse durch die Institutionen selbst schließt es aus, die beobachtbaren Institutionen unmittelbar biologischen Bedürfnissen zuzuordnen. Eine weitere Schwierigkeit, die gleichfalls schon von *Malinowski* erkannt wurde, kommt hinzu, wenn wir Bündel von Verhaltensmustern, also Institutionen, unter der Frage betrachten, wie sie zusammenwirken, um ein Bedürfnis zu erfüllen.

- (1) Jede Institution befriedigt zugleich mehrere Bedürfnisarten (**Bedürfnissynthese der Institution**)
- (2) Jedes Bedürfnis findet seine Befriedigung in mehreren Institutionen (**funktionale Äquivalenz der Institutionen**).

Die Ehe z. B. befriedigt das Bedürfnis nach Sexualität, sie dient der gemeinsamen Haushaltsführung und vor allem der Kindererziehung. Aber für jedes Bedürfnis gibt es auch andere Institutionen, die es befriedigen können: Für die Sexualität sorgen auch die Prostitution, außereheliche Verbindungen oder die Pornopresse. Wohnen und Haushalten kann man auch im Hotel oder im möblierten Zimmer, im Studenten- oder im Altersheim, und Kinder können nicht nur in der Familie, sondern auch in Heimen, Kindergärten oder Internaten erzogen werden. Mit diesen Vorbehalten lassen sich gewisse Grundbedürfnisse unterscheiden, die in jeder Gesellschaft befriedigt werden müssen und nach denen man daher die Institutionen ordnen kann.

Ein Grundbedürfnis ist die **Erhaltung der Art**. Diese Funktionen erfüllt für die Gesamtgesellschaft als Hauptinstitution die Familie. Ihre heute in der westlichen Industriegesellschaft am weitesten verbreitete Form ist die Kleinfamilie auf der

Grundlage der Ehe (§ 45). Um sie herum gibt es allerhand Nebeninstitutionen, angefangen von Ehevermittlung und Brautwerbung über Verlobung, zivile und kirchliche Trauung, Eheberatung, Gebärkliniken, Kinderärzte und Kindergärten, bis zum Familienwohnungsbau und anderen mehr.

Ein anderes Problem, das gelöst werden muß, läßt sich andeuten mit der Frage: Wie sorgt die Gruppe dafür, daß der Nachwuchs auf die Rollen und Aufgaben, die ihn erwarten, richtig vorbereitet wird? Es handelt sich also um das **Problem der Sozialisation**, das sich als Frage nach den **Erziehungsinstitutionen** stellt. Die primäre Sozialisation findet hauptsächlich noch in der Familie statt. Daran schließen Kindergärten, Schule, Lehre oder Studium an. Auch kleinere Gruppen, nicht nur die Gesamtgesellschaft, müssen für Nachwuchs sorgen, den Nachwuchs ausbilden. So hat etwa ein Industriebetrieb oder ein Fußballklub ganz analoge Probleme. Auch hier ist die Frage der Neuaufnahme oder Mitgliederwerbung irgendwie geregelt. Es gibt Lehrgänge und Übungsmöglichkeiten.

Antwort auf die Frage, wie alle Mitglieder der Gesellschaft erhalten, was zum Leben notwendig ist oder was von ihnen als notwendig oder wünschenswert betrachtet wird, geben in erster Linie die **Institutionen der Wirtschaft**, also die Organisation der Produktionsmittel auf der Grundlage des Privat- oder Staatseigentums, freie Marktwirtschaft, Großhandel, Einzelhandel oder andere Verteilungssysteme, Wirtschaftslenkung, Infrastruktur mit allem, was dazu gehört.

Wie verhält sich die Gruppe gegenüber dem Unbekannten oder dem nicht Beherrschbaren? In historischer Zeit ist dieses Problem vor allem durch **religiöse Institutionen** gelöst worden. In der Neuzeit übernehmen diese Aufgaben immer mehr die **Institutionen der Wissenschaft**.

Weiter brauchen alle höher organisierten Gruppen Institutionen, die den Fortbestand und die Entwicklung der Gruppe bewußt planen und lenken. Diese Aufgabe übernehmen für die Gesamtgesellschaft die **politischen Institutionen**.

Schließlich müssen die unvermeidlichen Konflikte zwischen den Interessen und Neigungen der Mitglieder der Gruppe untereinander sowie unter Untergruppen gelöst werden. Diese Aufgabe übernimmt das **Rechtssystem**, wobei es hier auf die Abgrenzung zwischen politischen und rechtlichen Institutionen nicht ankommen soll.

#### IV. Die Institutionenlehre Niklas Luhmanns

Die normsoziologische Theorie bezeichnet als Institution jeweils bestimmte Komplexe sozialer Normen, die für die Gesellschaft nicht ganz unbedeutend sind, sich als einigermaßen dauerhaft erwiesen haben und auch als notwendig und richtig anerkannt werden. *Luhmann* kritisiert an dieser Auffassung, daß sie zu sehr auf Konsens abstellt, darauf, daß die Normen der Institution im aktuellen Erleben der Mitglieder

präsent seien, daß sie übereinstimmend gewußt und gebilligt würden. Aktueller **Konsens**, so hält *Luhmann* entgegen, ist jedoch **knapp**, weil die Kapazität für Aufmerksamkeit und Informationsverarbeitung begrenzt ist. Das zeigt sich schon auf einer Ebene weit unterhalb der Institution, nämlich in zeitlich begrenzten Kleingruppensituationen. Das soziologische Grundgesetz, von dem *Luhmann* ausgeht, behauptet, daß jedes Erscheinen und erst recht jedes Handeln in Gesellschaft bei anderen Kontinuitätserwartungen auslöst.

*Luhmann* analysiert zunächst, **wie sich** in einem vergänglichen Sozialsystem **Konsens** bildet. Man kann sich dazu irgendeine Kleingruppe vorstellen, etwa Studenten, die sich im Anschluß an eine Vorlesungsstunde noch einen Augenblick unterhalten. Worüber könnten sie reden? Über das Surfen oder über Atomphysik, über eine Ferienreise oder über Verfahren zur Herstellung von bleifreiem Superbenzin. Vielleicht werden sie sich auch über ein Thema unterhalten, das in irgendeinem Zusammenhang mit der gerade gehörten Vorlesung steht. Anfangs kann jeder eine gewisse Führerrolle ergreifen und die Themen selbst bestimmen. Wenn dann aber alle etwa über Nachrüstung reden, kann nicht einer plötzlich von dem Benzinverbrauch seines Autos anfangen, oder davon, daß das Mensaessen teurer geworden sei. *Luhmann* (S. 31 f.) beschreibt diesen Vorgang so:

»Jeder Teilnehmer hat am Anfang die Möglichkeit zu protestieren, diesen oder jenen Punkt anders zu setzen, aber niemand kann, wenn er überhaupt an Interaktionen teilnehmen will, unaufhörlich gegen alles implizierte explizit protestieren. Praktisch bleibt nur die Wahl zwischen drei Möglichkeiten: Die selektive Themenentwicklung selbst zu bestimmen (also Führer zu werden), gegen das System mit seiner bisherigen Geschichte als Ganzes zu protestieren (also das System zu verlassen) oder sich auf das Geschehen einzulassen (also Konsens zu erteilen). So kommt es mit einer gewissen Zwangsläufigkeit in allen sozialen Kontakten zu einem Engagement kraft Dabeiseins, zur Darstellung von pauschal erteiltem Konsens, der, ob gewollt oder nicht, aus der Anwesenheit ersichtlich ist und den übrigen Teilnehmern als Grundlage der Erwartungsbildung dient. Es entstehen kraft Implikation gemeinsam hingegenommene, oft unartikuliert bleibende Selbstverständlichkeiten, für die man Konsens unterstellen kann. Die Vielfalt der an sich möglichen und an sich ausdrückbaren, dem individuellen Erleben an sich naheliegenden Ansichten wird dadurch scharf reduziert und wenn nicht ausgeschlossen, so doch gehemmt und mit Nachteilen belastet... Jeder Teilnehmer erlebt, daß sich im Laufe der Themenentwicklung des Systems Konsensunterstellungen kristallisieren; er merkt, daß er schon geformte Kontinuitätserwartungen anderer Teilnehmer durchkreuzen muß, wenn er zu spät damit herauskommt, daß er anderer Meinung ist.«

Der erste Schritt auf dem Wege zur Institutionalisierung besteht also darin, daß über Erwartungen an andere Teilnehmer des Sozialsystems und über das Erwarten von Erwartungen eine breite Grundlage nicht unbedingt von aktuellem, aber doch mindestens von unterstelltem Konsens entsteht. Als nächster Schritt folgt die **Ausdehnung der Konsensunterstellung auf nicht anwesende Dritte**.

»Die Selbstfestlegung in situationsmäßigen Kontakten wirkt über die Situationssysteme hinaus: Wer tanzen gelernt hat, ist nicht nur den Tanzkursteilnehmern gegenüber zum Tanzen verpflichtet, wer Eigentum erworben hat, ist nun Eigentümer und kann in einer Vielzahl von Systemen gehalten sein, sich entsprechend aufzuführen. Nirgendwo kann man mehr leugnen, eine Uhr zu besitzen und

die Uhrzeit zu kennen. Soweit überhaupt Menschen durch Kommunikation und Rückkommunikation verbunden sind, kommt es zur Übertragung unterstellbarer Erwartungen; man ist auch denen gegenüber zur Fortsetzung einer Einlassung verpflichtet, die an ihrer Entstehung unbeteiligt waren. Das Engagement kraft Dabeiseins wird generalisiert zum Engagement kraft gesellschaftlicher Existenz.« (Luhmann, S. 32 f.)

Am Ende steht das **Reflexivwerden des Prozesses der Institutionalisierung**. Es werden Instanzen institutionalisiert, die ihrerseits Themen festlegen, für die Konsens erwartet und unterstellt werden kann. Es bilden sich in diffusen, elementaren Prozessen der Meinungsbildung Deutungsprivilegien, Ämter und Verfahren heraus, für deren Entscheidung man Konsens erwarten kann.

Der zentrale Punkt in diesen Vorstellungen ist die Annahme, daß nicht aktueller Konsens, sondern die **Unterstellung oder erfolgreiche Überschätzung von Konsens** die Gesellschaft zusammenhält. Ihr Fortbestand ist gewährleistet, solange fast alle unterstellen, daß fast alle zustimmen. Dies ist die soziologische Version der dem ungarischen Ministerpräsidenten *Kadar* zugeschriebene Maxime: Wer nicht gegen uns ist, ist für uns. Sie enthält im Kern *Luhmanns* Theorie der Legitimation des Rechts (§ 48).

## V. Von der Soziologie zur Philosophie: Die Institutionenlehre Arnold Gehlens

*Gehlens* Institutionenlehre setzt an bei dem anthropologischen Befund, daß es dem Menschen im Vergleich zum Tier an angeborenen Verhaltensweisen fehlt. Sie betont, daß der Mensch ein zu früh geborenes Mangelwesen ist, das nur noch über verkümmerte Instinktreste verfügt, die keine biologische Verhaltensorientierung mehr ermöglichen. Menschliches Verhalten wäre daher ziellos und zufällig, gäbe es nicht als Ersatz die sozialen Institutionen. Diese stellen auf einer höheren Ebene die Verhaltenssicherheit wieder her, die mit dem Abbau der Instinkte verloren ging. Institutionen ermöglichen, daß menschliches Verhalten »reflexionsfrei« und stetig wird. Die Reflexion wird ersetzt durch die innere Vernünftigkeit der Institutionen. Institutionen bieten damit **Entlastung** von dem Zwang zur Reflexion und Entscheidung.

Diese Lehre ist zugleich ein Versuch, das Phänomen der nicht intendierten Folgen intentionalen Handelns (§ 14, 4) zu begreifen, das *Gehlen* als einen der wichtigsten und am schwersten faßbaren sozialen Zusammenhänge bezeichnet. Der Vorgang der Institutionalisierung bedeutet für ihn **Umschlagen des Handelns in Eigengesetzlichkeit**. In diesem Vorgang befreit sich die Gesellschaft von der Ausgangslage ihrer eigenen Institutionen. Es entsteht in den Institutionen eine neue Realität, die unabhängig ist von den Intentionen der ursprünglich Handelnden, und eben diese neue Realität bewirkt Bereicherung und Entlastung.

Nachdem heute allerdings die **institutionelle Differenzierung** weit fortgeschritten ist, wird diese Entlastung teilweise wieder aufgehoben. Es sind nicht mehr wenige umfassende Institutionen wie Familie, Staat und Religion, die das Verhalten der Gesellschaft lenken, sondern immer neue Institutionen erfassen immer neue Auschnitte der Persönlichkeit. Nicht mehr allein die Familie sorgt für Erziehung und Ausbildung, sondern sie muß sich diese Aufgabe mit Kindergarten, Schulen, betrieblicher Ausbildung oder Universität, Volkshochschule oder Fernkurs teilen. Parallel dazu erfassen immer neu hinzutretende Organisationen immer speziellere Teile der Bevölkerung. Schließlich kommt es zu Widersprüchen zwischen den Institutionen, zwischen Schule und Familie, Staat und Wirtschaft, Kultur und Religion. Nun können und müssen die Menschen, die von den Institutionen eigentlich entlastet werden sollten, sich doch entscheiden. Man könnte auch sagen, im Gegensatz der Institutionen geraten die Individuen in Rollenkonflikte. Hier setzt bei *Gehlen* Kulturpessimismus ein:

»Die Kultur ist das Unwahrscheinliche, nämlich das Recht, die Gesittung, die Disziplin, die Hegemonie des Moralischen. Aber die zu reich gewordene Kultur bringt eine Entlastung mit sich, die zu weit getrieben ist und die der Mensch nicht erträgt.«

Es ließe sich entgegenhalten, daß auch in der Moderne die Entlastungsfunktion der Institutionen keineswegs erschöpft ist. In hochdifferenzierten Sozialsystemen ist die Loyalität der Mitglieder gegenüber funktional spezifischen Institutionen nur gering. Das ist das Phänomen der Rollendistanz (§ 38). Zwar kann man sich entscheiden. Aber man kann sich auch zurückziehen und das Management der Widersprüche den Institutionen überlassen. Die Vielfalt der Institutionen läßt sich deshalb auch als Freiheitsgewinn interpretieren. Doch damit ist der **Übergang von analysierender Soziologie zu wertender Philosophie** erreicht.

Nur wenige Autoren, die sich mit den Institutionen befassen, können der Versuchung widerstehen, die Institutionenlehre in philosophisch-politische Betrachtungen münden zu lassen. Es ist **die anpassungsfähige Dauerhaftigkeit der Institutionen**, die Soziologen, Philosophen und Juristen immer wieder fasziniert. Einerseits haben die Institutionen etwas Beständiges, Festes. Andererseits entfalten sie ein dynamisches Eigenleben. Sie wandeln sich und behalten doch ihre Identität. Familien hat es wohl immer gegeben. Aber sie sehen heute weit anders aus als früher. Das gilt mehr oder weniger für alle Institutionen. Schule und Universität sind seit Jahrhunderten vorhanden und doch nicht mehr wiederzuerkennen. Aus der Knochenbruchgilde ist die moderne Versicherung geworden, aus dem Dampfkesselüberwachungsverein der TÜV. Die Lebenskraft und Wandlungsfähigkeit ist zugleich beunruhigend und sie stimmt zuversichtlich. Vor allem aber verlangt sie nach Deutungen, die nicht mehr Aufgabe der Soziologie sein können.

## § 44 Institutionstheoretische Ansätze in Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie

**Literatur:** *Fikentscher*, Maurice Hauriou und die institutionelle Rechtslehre, in: FS Ludwig Raiser, 1974, 559 ff.; *Fuchs*, Die allgemeine Rechtstheorie Santi Romanos, 1979; *Hauriou*, Précis de Droit Administratif et de Droit Public, 11. Aufl. 1927; *ders.*, Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze, hrsg. von *Schnur*, 1965; *Krawietz*, Rechtssystem als Institution, Rechtstheorie Beiheft 6, 1984, 209 ff.; Recht und Institution (Helmut Schelsky-Gedächtnissymposium Münster 1985), Berlin 1985; *Romano*, Die Rechtsordnung, 1975; *Rütbers*, Die unbegrenzte Auslegung, 1968; *Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, 1931; *ders.*, Politische Theologie, 2. Aufl. 1934; *Schnur* (Hrsg.), Institution und Recht, 1968; *Schelsky*, Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie, JbRSoz 1, 1970, 9 ff.; *Ernst Wolf*, Kritik der institutionellen Rechtsauffassung, in: *Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 77 ff.; *Hans J. Wolff*, Organschaft und juristische Person, Bd. 1, 1933; ferner die Literatur zu § 43.

### I. Institutionelles Rechtsdenken

Die Beschäftigung mit den Institutionen wird von manchen als das Thema der Rechtssoziologie schlechthin und von anderen jedenfalls als Möglichkeit der Vermittlung von Recht und gesellschaftlicher Wirklichkeit angesehen. Grund dafür ist wohl, daß in der Rechtswissenschaft eine lange Tradition vorhanden ist, die man als institutionelles Rechtsdenken bezeichnet. Der Gleichklang der Namen verleitet dazu, soziologische Institutionenlehre und institutionelles Rechtsdenken in eins zu setzen. Das institutionelle Rechtsdenken, wie es von *Savigny*<sup>318</sup> begründet worden ist, unterscheidet sich jedoch von der soziologischen Betrachtungsweise durch das andersartige Erkenntnisziel und die andersartige Methode der Jurisprudenz. Für *Savigny* bedeutete das Rechtsinstitut den Zusammenschluß miteinander verwandter Rechtssätze zu höheren Systemeinheiten, z. B. zu den Instituten Ehe, Verwandtschaft oder Eigentum. So stellte für *Savigny* das Rechtsinstitut ein Mittelglied zwischen dem einzelnen Rechtssatz und dem Ganzen der Rechtsordnung dar, das er als ein organisches System von Institutionen verstand. Letztes allgemeines Ziel des Rechts und seiner Institute war für *Savigny* die sittliche Bestimmung des Menschen, »also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freyheit des Menschen, die Umgebung dieser Freyheit durch Rechtsinstitute, mit Allem was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Consequenz hervorgeht<sup>319</sup>«. Damit erhielt das institutionelle Rechtsdenken von Anfang an einen überpositivistischen Beiklang.

---

<sup>318</sup> *Carl Friedrich von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts Bd. I., Berlin 1840, § 5 (S. 9 ff.).

<sup>319</sup> Ebd., S. 55.

Ganz positivistisch dagegen definierte am Ausgang des 19. Jahrhunderts das Pandektenlehrbuch *Windscheids*<sup>320</sup>:

»Unter Rechtsinstitut versteht man die Gesamtheit der auf ein Rechtsverhältnis sich beziehenden Rechtsvorschriften. In diesem Sinne bezeichnet man zum Beispiel das Eigentum und den Besitz als Rechtsinstitute, ebenso die Ehe, die Obligation, den Vertrag usw.«

Ähnlich faßt *Otto Mayer*, ein Klassiker des Verwaltungsrechts, das Institut bloß als Hilfsmittel der Rechtswissenschaft zur Beherrschung der Fülle des Stoffes auf<sup>321</sup>. Die einzelne Norm bedeutet wenig. Erst eine Mehrzahl von Normen, die zur Regelung eines bestimmten Lebensbereichs zusammenwirken, begründet ein relativ autonomes Teilsystem, das sich nach seiner Binnenstruktur und seinen Umweltbeziehungen beschreiben und erklären läßt. Die Institutionen bilden die Bausteine der Gesellschaft, die zum größeren Teil schon vorhanden sind und darum in Rechnung gestellt werden müssen, die aber für bestimmte Zwecke auch neu entworfen werden können. Durch Rechtsnormen lassen sich Institutionen begründen, erhalten, verändern oder zerstören. Ob das eine oder das andere geschehen soll, hängt davon ab, wie ihre Leistungen für die Mitglieder des größeren, umfassenderen Systems, des Rechtssystems, bewertet wurden. Dieser technologischen Betrachtungsweise der Institution entspricht der **positivistische Institutsbegriff**, der nichts anderes meint, als geordnete Summe der vorhandenen rechtlichen Regelungen in Bezug auf eine soziale Lebens-einheit (*Rüthers*, 287 f.). So betrachtet, begründet der Institutsbegriff nur die Einheit des Untersuchungsgegenstandes und stellte damit eine Parallele zum normsoziologischen Institutionsbegriff dar.

In der Folgezeit wurde aber aus dem deskriptiv gemeinten **Rechtsinstitut** ein **produktives Methodeninstrument**, das dazu diente, neue Rechtsregeln »aus der Natur der Sache« abzuleiten. Den Anfang machte der Franzose *Maurice Hauriou* (1856-1929). Von *Hauriou* stammt zunächst die technische Unterscheidung zwischen **institutions personnes** und **institutions choses**, die heute im Verfassungsrecht in der Unterscheidung zwischen Institutionen und Instituten fortlebt. Institutionen haben eine verbandsmäßige Organisation: Staaten, Körperschaften, Betriebe, Vereinigungen aller Art. Den Sachinstitutionen, die man heute als Institute bezeichnet, fehlt das körperschaftlich-verbandsmäßige Substrat. Es handelt sich um Verlaufsregelungen, die in typischer Weise immer wiederkehren, wie Vertrag, Eigentum, Erbrecht oder auch Gerichts- und Verwaltungsverfahren.

Wichtiger als diese technische Unterscheidung ist eine andere Kennzeichnung der Institution. Institutionen kristallisieren sich nach der Vorstellung *Hauriours* um eine **Leitidee**, eine *idée directrice*. Was sich in Wille und Vorstellung der an der Instituti-

---

<sup>320</sup> Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900, bearbeitet von *Theodor Kipp*, § 37a (S. 140).

<sup>321</sup> Verwaltungsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1924, 113.

## § 44 Institutionstheoretische Ansätze in Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie

on beteiligten Menschen äußert, ist nur subjektiv. Das eigentliche Objektive sind die unbewußten Ideen, die sich in den Institutionen Organe schaffen. Diese Leitideen, so sagt *Hauriou*, sind das vitale Prinzip der sozialen Organisation. Sie verleihen ihnen ein eigenes Leben, das man von dem Leben der Individuen trennen kann. Der Mensch schafft diese Ideen nicht, er findet sie nur, so wie der Bergmann den Diamanten findet. Daher sind es auch die Institutionen, die die Rechtsnormen schaffen, und nicht umgekehrt.

Der Staatsrechtler *Carl Schmitt* war es, der seine Lehre zum ersten Male als institutionelles Rechtsdenken bezeichnete<sup>322</sup> und der sie zugleich in Verruf brachte. Danach ist ein Institut ein Gemeinschaftsverhältnis, das sich einer gesetzlichen Normierung entzieht und seine eigene, immanente, konkrete Ordnung hat, wie z. B. die Ehe, die Familie, die Sippe oder das Heerlager. Die Aufgabe des Juristen sollte es sein, die diesen Institutionen innewohnenden Gesetze zu erforschen und zur Grundlage der Rechtsfindung zu machen. Rückschauend betrachtet braucht es nur geringe Vorstellungskraft, um die verhängnisvolle Wirkung solchen **konkreten Ordnungsdenkens** zu ermessen, mit dessen Hilfe Juristen in der Zeit des Dritten Reiches in die Institutionen hineinlegten, was ihren politischen Vorstellungen entsprach. *Riitters*, der diese Methode einer eingehenden Kritik unterzogen hat, kommt zu dem Schluß (S. 292):

»In diesem Institutsbegriff fallen Sein und Sollen auf eine methodisch ungeklärte Weise zusammen mit der Folge, daß aus der institutionell gedeuteten Wirklichkeit bestimmte normative Forderungen als rechtsverbindlich abgeleitet werden ... Er **korrigiert alte** und er **produziert neue Normen**, wenn das sich ständig wandelnde ›Wesen‹ der Institute es verlangt ... Es handelt sich bei dem Begriff des überpositiven Rechtsinstituts um einen komplexen, ideologisch durchtränkten Begriff, der nach dem Gemenge seiner verschiedenen Merkmale die Grenzen zwischen Soziologie, Geschichte, Jurisprudenz und Metaphysik auflöst.«

## II. Die Institutionenlehre der protestantischen Rechtstheorie

Die Institutionenlehre der protestantischen Rechtstheorie<sup>323</sup> wird man kaum noch zur Rechtssoziologie rechnen dürfen. Sie sei daher nur am Rande erwähnt. Danach sind

---

<sup>322</sup> *Carl Schmitt*, war aber auch (in seiner Verfassungslehre, 1928) der Erfinder der institutionellen Garantien, die das Leerlaufen der nach der Weimarer Reichsverfassung völlig zur Disposition des Gesetzgebers stehenden Grundrechte verhindern sollten und die bis heute im Verfassungsrecht eine bedeutende Rolle spielen (vgl. auch seinen Aufsatz Grundrechte und Grundpflichten, 1932, in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, 1958, 181-231). Es ist schwer, das Wirken dieses fraglos herausragenden Mannes gerecht zu beurteilen.

<sup>323</sup> Vgl. dazu *Rolf-Peter Callies*, Eigentum als Institution, in: *Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 119 ff.; *Hans Dombois* (Hrsg.) *Recht und Institution*, 1969; *Wolf-Dieter Marsch*, Das Institutionen-Gespräch der evangelischen Kirche, in: *Schelsky*, Zur Theorie der Institution, 1970, 127 ff.

die Institutionen (Staat, Kirche, Eigentum, Ehe usw.) nicht schlichte Fakten, sondern sie repräsentieren als Stiftungen Gottes schon immer einen Wert. Insofern sind sie dem Recht vorgegeben - freilich nicht in dem Sinne, als habe sie das Recht einfach zu übernehmen. Sie sind jedoch für eine Rechtsordnung auch nicht in der Weise unverbindlich, wie es nach der technologischen Auffassung von der Institution der Fall ist.

### III. Die Institutionenlehre Helmut Schelskys

*Schelsky* (1912-1984) knüpft zunächst an die biopsychologische Theorie der Institution von *Malinowski* an mit der Feststellung, daß man das Recht als Institution nicht einem bestimmten biologischen Grundbedürfnis zuordnen kann. Recht ist im Sinne *Malinowskis* ein abgeleitetes Kulturbedürfnis, das unspezifisch alle biologischen Primärbedürfnisse mit reguliert. Daher kann man sich nach Ansicht *Schelskys* immerhin sinnvoll fragen, in welchem Umfang biologische Bedürfnisse und Antriebe von einer konkreten Rechtsordnung so weit negiert werden, daß notwendig Konflikte entstehen, die dann von eben dieser Rechtsordnung gelöst werden müssen. *Schelsky* gibt folgende Beispiele (S. 62 f.):

»Das Familienrecht der Gesellschaften des europäischen Hochbürgertums oder das Ehe- und Familienrecht der katholischen Kirchen waren oder sind sexuellen Antrieben gegenüber so »repressiv, daß konstante anthropologische Konflikte in diesen Rechtsordnungen entstehen mußten; so sind Gegenstand und Ergebnisse der Psychoanalyse Freuds zum Teil auch durch die zu seiner Zeit herrschende Rechtsordnung bestimmt worden. Dagegen hat z. B. das Privatrecht der hochbürgerlichen Epoche mit seiner Betonung des Privateigentums, dem »Territorialinstinkt« - der wahrscheinlich als weiteres Instinktresiduum bei Menschen anzunehmen ist - sowie der Aggression Chancen der Befriedigung gegeben, die in den sozialistischen Gesellschaftsordnungen in erheblich geringerem Maße vorhanden sind und damit zu anders kanalisiertem oder gar »systemwidrigem« Befriedigungen führen müssen. Oder: der durchgehende Anspruch auf Rationalisierung und Demokratisierung gegenwärtiger Rechtsordnungen in Europa, den USA und in den kommunistischen Gesellschaften wird begleitet von der fiktiven anthropologischen Konzeption einer völligen Abschaffung von Furcht und Aggression, von Unsicherheit und Ungleichheit und zwingt damit die darauf zielenden instinktnahen Antriebszwänge entweder, sich konzentriert auf die außerhalb der jeweiligen Rechtsordnungen Stehenden zu richten oder unter der Maske von Scheinrationalität und Demokratie ausgegebenem Mehrheits- oder Minderheits-Terror sich auszuleben. Die Perhorreszierung von anthropologischen Konstanten des Menschen - verständlich nach der Ideologisierung seiner biologischen Natur in der Rassentheorie - gehört zu der Grundlage der gegenwärtigen Rechtsordnungen. Es wäre zu erforschen, wie weit diese Voraussetzung die Konflikte der Menschen mit der Rechtsordnung selbst schafft, die diese dann zu lösen sich bestrebt«

*Schelsky* übernimmt auch den Ausgangspunkt *Gehlens*, daß die Institutionen den Menschen die verlorengegangenen tierischen Instinkte ersetzen. Er erweitert diesen Ansatz, indem er noch einmal auf die Tierverhaltensforschung zurückgreift. *Gehlens* Institutionenlehre, so kritisiert *Schelsky*, unterschläge, daß die Tierverhaltensforschung neben den Instinkthandlungen einen Verhaltensbereich kennt, der gewöhnlich **Ap-petenzverhalten** genannt wird. Das Ap-petenzverhalten ist ein auf die Triebbefriedi-

#### § 44 Institutionstheoretische Ansätze in Rechtswissenschaft und Rechtssoziologie

gung gerichteter Antrieb, der unter Beibehaltung seines Zieles anpassungsfähige Veränderlichkeit zeigt und nach Auslösesituationen für den Ablauf von Instinkthandlungen sucht. Dieses zielstrebige Such- und Neugierverhalten kann bei höher entwickelten Tieren die Instinkte weit zurückdrängen. So liegt es nahe, daß *Schelsky* Folgerungen für das soziale Verhalten des Menschen zieht. Dem tierischen Appetenzverhalten soll beim Menschen der Bereich subjektiv freien und bewußten Handelns entsprechen: Ein endogener Antrieb zwingt den Menschen zu einem bewußten, zweckgerichteten Handeln, in dem Antrieb und Umweltsituation zur Deckung gebracht werden. Sind auf diesem Wege einmal befriedigende Lösungen gefunden, werden sie durch Institutionalisierung auf Dauer gestellt und damit auch weitgehend in den Bereich der unbewußten Gewohnheit verdrängt.

Von hier aus bestimmt *Schelsky* die **anthropologische Funktion des Rechts**: Das Recht ist nun genau das Gegenteil von unbewußter Gewohnheit oder unreflektierter Sitte und Konvention. Es ist die stets bewußte Regelung und Gestaltung sozialer Beziehungen durch freies und bewußtes Zweckhandeln. Damit führt *Schelsky* über das Recht die von *Gehlen* ausgeblendete Reflexion wieder in die Institutionenlehre ein (S. 67):

»Von unserer These aus wird auch deutlich, was - anthropologisch gesehen - das Recht gegenüber den Institutionen leistet und weshalb es in allen menschlichen Institutionen unentbehrlich ist: Das Recht schafft in den Institutionen den Bereich des bewußten Zweckhandelns, d. h. den Ansatz, die menschlichen Institutionen jeweils unabhängig von den in ihm erfüllten Instinkt- oder Instinktman- gelbedürfnissen zum Gegenstand und Ziel immer erneuten, aktualisierten bewußten Zweckhandelns zu machen. Institutionen sind anthropologisch eben nicht nur Instinktersatz, sondern zugleich der Bereich des sozialen »Appetenzverhaltens« des Menschen, d. h. jeweils in die »Bewußtseinsfront« des menschlichen Handelns zu ziehen und damit immer dem sich situationsorientierenden, adaptiven, bewußt Zwecke verfolgenden Handeln des Menschen ausgeliefert. Formulieren wir diesen Tatbestand einmal diskussionsprovokativ: die konservative Ansicht der Institution sieht in ihr nur eine Steuerung oder Beeinflussung des Individuums durch übergeordnete soziale Kräfte (so bei Gumprowicz, mit größter methodischer Wirkung bei Durkheim; auch die Theorie Gehlens von der Institution als 'Führungssystem' und 'Entlastungssystem' liegt ganz auf dieser Linie). Demgegenüber wird hier das Recht gerade als die Ebene des zweckgerichteten, ordnungsgestaltenden und bewußten Handelns für jeweils neue (sekundäre) Bedürfnisse des Menschen innerhalb der Institutionen aufgefaßt. Damit wird dem Recht die planende und gründende Funktion für die Gestaltung der Zukunft (und das Überleben des Menschen) zugeschrieben, denn Recht wird immer »gesetzt. Im Rechtscharakter der Institution liegt ihre Veränderbarkeit, ihre Anpassungsfähigkeit gegenüber neuen Umweltsituationen, ihre Dimension der bewußten, zweckgerichteten Planung der Zukunft. Das Recht als bewußtes Zweckhandeln ist die Rationalitäts- und Zukunftsdimension der Institution, während das »Institutionelle« im Sinne der dem individuellen Handeln und Denken vorgegebenen Steuerungs-Normativität den anthropologischen Instinktersatz des menschlichen Handelns darstellt und sozusagen die »tierische« Seite der Institution funktionalisiert.«

Diese Funktionsbestimmung liegt auf der Linie der Rationalitätshypothese *Max Webers* (§ 6). Neu ist ihre anthropologische Begründung. Problematisch wird es nur, wenn *Schelsky* aus der anthropologischen Grundlage des Sozialen noch weitere

Schlüsse zieht. Während das tierische Appetenzverhalten einen triebbefriedigenden Instinktablauf zum Endziel hat, fehlt bei der menschlichen Parallele des bewußten Zweckhandelns ein biologisch fixierter Endzweck. Aber, da tierisches Appetenzverhalten immer einen Endzweck habe (folgert *Schelsky*), so müsse auch menschliches Verhalten auf ein Endziel gerichtet sein (S. 68):

»Die »Leitbilder«, »Ideen«, »Charakter«, »absoluten Werte« usw. der Institutionen und der Personen sind damit anthropologisch-funktional begründet; weil sie funktional den Platz der immer angeborenen und starren »consummatory action« des Instinktablaufes in der Tierwelt annehmen, sind sie selbst auch bei Menschen als »angeborene Ideen« interpretiert worden. Wir stehen vor der Einsicht, daß diese »Endziele« von Menschen aus Notwendigkeiten selbst gesetzt sind, aber in einer Form, die ihre Verfügbarkeit aufheben und sie zu unvariablen Endzielen für sich erklären läßt. Der Reflexionsüberschuß des Betrachters und des Analytikers mag anthropologisch feststellen, daß der Mensch frei oder jedenfalls variabel ist in der Wahl seiner »Endziele« (und er kann die Determinanten dieser Wahl erforschen), aber er muß zugestehen und feststellen, daß kein handelndes menschliches Wesen ohne die Annahme solcher Endziele, also ohne diesen selbstgesetzten Instinktersatz des »Absoluten«, auf die Dauer existenzfähig ist. Es scheint uns also eine simple anthropologische Aussage zu sein, daß die »absoluten Endziele« des bewußten menschlichen Zweckhandelns zwar in der »Entscheidung« des Menschen liegen, er eine solche Entscheidung aber aus Lebensnotwendigkeit treffen muß.«

*Schelsky* nennt dann selbst drei Leitideen des Rechts, nämlich **Gegenseitigkeit auf Dauer, Gleichheit bei Verschiedenheit** sowie **Integrität und Autonomie der Person gegenüber Organisation**. So sympathisch uns diese Ideen auch erscheinen mögen: Mit ihrer Formulierung überschreitet *Schelsky* die Grenze von der Rechtssoziologie zur Rechtsphilosophie.

## § 45 Die Familie als Institution

**Literatur:** *Claessens/Milhoffer* (Hrsg.), Familiensoziologie, 1973; Die Lage der Familie in der Bundesrepublik Deutschland - Dritter Familienbericht -, Bundestagsdrucksache 8/3121, 1979; *Goode*, Soziologie der Familie, 3. Aufl. 1970; *Meyer/Schulze*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften - Alternativen zur Ehe?, KZfSS 35, 983, 725ff; *Mitterauer*, Der Mythos von der vorindustriellen Großfamilie, in: *Mitterauer/Sieder*, Vom Patriarchat zur Partnerschaft, 2. Aufl. 1980, 38 ff.; *ders.*, Funktionsverlust der Familie, ebd. S. 92 ff.; *König*, Die Familie der Gegenwart, 1974; *Mühlfeld*, Ehe und Familie, 2 Bde., 1982; Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der Bundesrepublik Deutschland, 1985; *Rosenbaum*, Formen der Familie, 1982; *Rheinstein*, Marriage Stability, Divorce and the Law, 1972; *Schelsky*, Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart, 5. Aufl. 1967; *Wallner/Pobler-Funke* (Hrsg.), Soziologie der Familie, 1977; *Wingen*, Nichteheliche Lebensgemeinschaften, 1984; *Voegeli*, Funktionswandel des Scheidungsrechts, KJ 1982, 133 ff.; *Wolf/Läike/Hax*, Scheidung und Scheidungsrecht, 1959.

### I. Funktionswandel der Familie

Die Familie gilt als die älteste Form sozialer Beziehungen. Sie zeichnet sich gegenüber anderen Institutionen durch eine bemerkenswerte Konstanz und relativ große Autonomie aus. Der Grund mag darin liegen, daß sie von allen sozialen Institutionen am stärksten durch ihren **Bezug auf biologische Daten und Bedürfnisse** wie Geschlecht und Alter, Sexualität und Fortpflanzung bestimmt wird. Dennoch bleibt die Familie ein sozial geprägtes Gebilde. Von den biologischen Gegebenheiten führt keine eindeutige Kausalkette zu den durchaus verschiedenen Formen der Familie. Trotz der relativen Konstanz dieser Formen befindet sich die Familie in einem laufenden Wandel. Daher ist von der Familiensoziologie ebensowenig wie von der Biologie ein Naturrecht der Familie zu erwarten.

In einfachen Gesellschaften, wie sie von den Anthropologen bis in die jüngste Vergangenheit beobachtet werden, ist die Familie nicht einfach auf der Grundlage der Blutsverwandtschaft organisiert, sondern in Abstammungslinien (lineages, vgl. § 4, 3). Dabei wird die Verwandtschaft entweder nach der männlichen Linie (patrilinear) oder nach der weiblichen (matrilinear) bestimmt. Ein Paar gehört mit seinen Nachkommen entweder der einen oder der anderen Linie an. Auf dieser Grundlage entstehen große Familienzusammenhänge. In neuerer Zeit ist Grundlage der Familie nicht die Verwandtschaft, sondern Heirat. Die Familie entsteht mit jeder Ehe neu. Die Kinder gehören nur solange dazu, bis sie ihrerseits heiraten. Diese **Ehegatten- oder Kernfamilie** ist daher klein.

Der Übergang von der Abstammungs- zur Kernfamilie hat lange vor dem industriellen Zeitalter begonnen. Die Beschreibung der vorindustriellen Familie als Groß-

familie hat sich als Mythos erwiesen. Die **Kontraktion**<sup>324</sup> der Familie auf die isolierte Kernfamilie, bestehend aus Eltern und wirtschaftlich unselbständigen Kindern in abnehmender Zahl ist jedoch eine Tatsache. Sie geht so weit, daß Ehe und Familie heute vielfach gleichgesetzt werden. Darüber wird allerdings leicht übersehen, daß bis in die Gegenwart die Verwandtschaft über diese Kernfamilie hinaus ein lebendiges soziales Beziehungsgeflecht geblieben ist.

Von dem Prozeß der sozialen Arbeitsteilung oder funktionalen Differenzierung der Gesellschaft (vgl. § 60, 1a) ist die Familie nicht ausgenommen. Im Gegenteil, an ihr zeigt sich diese Entwicklung wie an keiner anderen Institution. Die wichtigste Entwicklung der vergangenen 200 Jahre war die radikale Trennung der Familie vom Erwerbsbereich, die mit einem Schlagwort als Wandel **von der Produktionseinheit zur Konsumeinheit** gekennzeichnet wird. Der Funktionsverlust geht aber viel weiter. Die Großfamilie war einmal eine unspezialisierte Sozialeinheit, die von der Wiege bis zur Bahre alle Bedürfnisse ihrer Mitglieder erfüllen konnte. Sie sorgte nicht nur für Aufzucht und Erziehung der Kinder, sondern bot auch Schutz im Alter und bei Krankheit oder anderen Risiken. Sie war Kultgemeinschaft und Konfliktregelungsinstanz. Diese Ordnungs-, Sicherungs- und Fürsorgefunktionen sind weithin auf öffentliche und damit rechtlich geprägte Institutionen verlagert worden. Verblieben ist der Familie vor allem die Aufgabe der Fortpflanzung und der Primärerziehung der Kinder.

Es lohnt nicht zu streiten, ob man von einem Funktionsverlust der Familie oder von einer Funktionsverlagerung reden soll. Quantitativ gesehen hat die Familie fraglos viele Funktionen an spezialisierte Institutionen, an die Wirtschaft, an Ausbildungsstätten, Krankenhäuser und Versicherungen, abgegeben. Dafür werden die verbliebenen Funktionen heute um so höher geschätzt. Es fehlt der Familie jedenfalls nicht an öffentlichem Interesse. Festzuhalten ist, daß die Ehe als Kernstück der Familie in der vorindustriellen Epoche von materiellen und »objektiven« Aufgaben bestimmt wurde: Die Handwerker- oder Bauernfamilie sorgte als Wirtschaftsgemeinschaft für ihre Existenzsicherung. Dem Adel diente die Familie zur Sicherung seines Status, nicht zuletzt durch Heirat und Vererbung von Besitz und Namen.

## II. Das familiäre Rollensystem

Vorläufer der modernen Kleinfamilie sind die bürgerliche und die Arbeiterfamilie. Die Arbeiterfamilie war gekennzeichnet durch das Fehlen ökonomischer Bindungen und Rücksichten. Sie nahm ihren Anfang oft in vorehelichen Geschlechtsbeziehun-

---

<sup>324</sup> Das Kontraktionsgesetz der Familie geht zurück auf *Emile Durkheim*, Introduction à la Sociologie de la Famille, Annales de la Faculté des Lettres Bordeaux 10, 1888, 257ff; *ders.*, La Famille conjugale, Revue philosophique 1921, 1-14.

gen, die über eine Schwangerschaft zur Ehe führten. Grund dafür waren ebenso materielle Zwänge wie die Anpassung an herrschende Moralnormen. Von der bürgerlichen Ehe stammt dagegen ein ausgearbeitetes Familienleitbild. In seinem Mittelpunkt steht die Ehe als individuelle Gefühlsgemeinschaft, die sich auf eher asexuell verstandene Liebe gründet. Ebenso emotional wird die Beziehung zwischen Eltern und Kindern gesehen. Die Familie wird damit als privater und intimer Bereich von der Gesellschaft abgesetzt. Träger dieses Familienideals war das Bildungsbürgertum, das ihm in der Romantik nicht nur literarische Denkmäler gebaut, sondern ihm auch nachzuleben versucht hat<sup>325</sup>. Im Widerspruch zu diesem Leitbild, das eine echte Partnerschaft der Ehegatten zu verlangen scheint, steht allerdings, jedenfalls aus heutiger Sicht, die Rollenzuweisung an die Frau als Hausfrau und Mutter. Das Besitzbürgertum des 19. Jahrhunderts ahmt den Adel, von dem es sich zuvor absetzen wollte, nach und beginnt, sich mit ihm zu verbinden. Daraus entsteht die patriarchalische, von der Autorität des Vaters bestimmte Familie. Aber auch die Arbeiterfamilie ist nicht weniger autoritär. Grund dafür ist nur zum Teil die Nachahmung bürgerlicher Leitbilder. Stärker wirkt hier wohl die Übertragung der am Arbeitsplatz geforderten Disziplin auf die häusliche Sphäre. In diesem Stadium wird die Ehebeziehung »zu einer eigentümlichen Verbindung zwischen materiellen und emotionellen Aufgaben: Nach der neu entstehenden Arbeitsteilung ist der Mann zuständig für die finanzielle Sicherung des Lebensunterhalts, die Frau dagegen wird zum >Herz der Familie< bestimmt, anders formuliert, zuständig für 'Beziehungsarbeit'. Sie soll neben den anfallenden Aufgaben im Haushalt und in der Kindererziehung wesentlich auch für ein Familienklima der Geborgenheit und Zufriedenheit sorgen<sup>326</sup>.«

Die **Familie der Gegenwart** ist nach wie vor **um die Ehe zentriert**. Sie ist auf Intimität und Privatheit angelegt. Sie gilt als Zentrum für die Ausbildung von Werten und Gefühlen. Das moralische Monopol für legitime sexuelle Beziehungen hat sie jedoch verloren. Während die Verantwortung der Erwachsenen gegenüber ihren eigenen Eltern weiter geschwunden ist, wird die Verantwortung gegenüber den Kindern um so stärker betont. Eine neue Dynamik ist aus der Veränderung des Status der Ehefrau im Sinne der Gleichberechtigung entstanden. Dabei gehen veränderte technische und ökonomische Bedingungen mit einem Wandel der Werteinstellungen Hand in Hand, ohne daß man sagen könnte, was Ursache und was Wirkung ist. Die abnehmende Kinderzahl der Kleinfamilie, Einrichtungen zur Kinderbetreuung und technische Erleichterungen der Haushaltsführung haben Kräfte freigesetzt, die bisher

---

<sup>325</sup> Vgl. *Annemarie Weber*, Immer auf dem Sofa. Das familiäre Glück vom Biedermeier bis heute, Berlin 1982.

<sup>326</sup> *Elisabeth Beck-Gernsheim*, Vom Geburtenrückgang zur neuen Mütterlichkeit, Frankfurt/M 1984,66.

an Haushalt und Kindererziehung gebunden waren. Zugleich ist die Empfindlichkeit für rechtliche und soziale Diskriminierungen gewachsen.

Da die Berufsrolle in der modernen Gesellschaft weithin als die Schlüsselrolle eines Menschen angesehen wird, steht gegenwärtig die immer noch zu beobachtende Festschreibung der Frau auf die Rolle der Hausfrau und Mutter im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit. Sie hindert viele Frauen überhaupt an der Aufnahme eines Berufes, führt bei der Berufstätigkeit zu manchen Zurücksetzungen und bewirkt nicht selten die Doppelbelastung der Frau durch Beruf und Haushalt. In den meisten westlichen Ländern sind im letzten Jahrzehnt Gesetze erlassen worden, die diese Diskriminierung ausräumen, seltener auch durch positive Förderungsmaßnahmen ausgleichen sollen. Zur Zeit kann man den Kampf um die Implementation dieser Gesetze beobachten<sup>327</sup>. Soweit die Befreiung der Frau aus der Hausfrauenrolle gelingt, zeigt sich ein neuer Ehetyp:

»Hier wird die Ehe vorrangig zur **emotionalen Versorgungsinstanz**: Eine Verbindung zwischen zwei Individuen, die ihren Lebensunterhalt je selbst verdienen können und im Partner vor allem die Erfüllung innerer Bedürfnisse suchen. So gesehen wird die Ehe immer mehr aus objektiven Zwecken entlassen und an subjektiven Erwartungen ausgerichtet... Dabei verschiebt sich der Bezugspunkt und Maßstab dessen, was eine »gute« Ehe ausmacht. Im Mittelpunkt der auf die Ehe ausgerichteten Erwartungen steht jetzt zunehmend die eigene Person, ihre Wünsche und Bedürfnisse, Vorstellungen und Zukunftspläne, kurz: das **persönliche Glück**... Damit wird die Beziehung freilich auch anfälliger, eher vom Scheitern bedroht. Denn wenn das gemeinsame Leben diese Erwartungen nicht einlösen kann, heißt die mit einer inneren Logik sich aufdrängende Konsequenz: Alleinleben.«<sup>328</sup>

### III. Krise von Ehe und Familie?

Steigende Scheidungsquoten, sinkende Heiratsneigung und ein Rückgang der Geburtenziffer scheinen die Stabilität der Institution Familie zu gefährden. Alternative Lebensformen sind in Konkurrenz zur Ehe getreten. Teilweise ist von einer Krise der Familie die Rede.

Bis in die jüngste Vergangenheit galt die **uneheliche Geburt** als der wichtigste Grund für die Entstehung unvollständiger Familien<sup>329</sup>. Wegen der gesellschaftlichen Ächtung des unehelichen Kindes war er zugleich besonders problematisch. Aber die Diskriminierung der illegitimen Geburt ist schwächer geworden. (Nicht nur) in der

---

<sup>327</sup> Ebd., S. 66 f.

<sup>328</sup> Vgl. dazu *Alexander Dix*, Gleichberechtigung durch Gesetz, Hamburg 1984; *M. Gysels/J. van Houtte/M. Vogels*, Man en vrouw op weg naar gelijkheid?, Antwerpen/Amsterdam 1984; ferner die verschiedenen Frauenberichte von Bund, Ländern und Kommunen, die seit einigen Jahren laufend erscheinen, sowie die Beiträge in Heft 2/1984 der ZfRSoz.

<sup>329</sup> Dazu *Michael Mitterauer*, Ledige Mütter. Zur Geschichte unehelicher Geburten in Europa, München 1983.

Bundesrepublik ist das Recht mit dem Abbau rechtlicher Benachteiligungen und nicht zuletzt auch mit der Vorschrift eines neuen Sprachgebrauchs - nichtehelich statt unehelich - einmal Schrittmacher des sozialen Wandels gewesen. Der Anteil der nichtehelichen Geburten, der in der Nachkriegszeit zunächst fast bei 10 % lag und sich in den 70er Jahren um 7 % eingependelt hatte, hat 1984 wieder über 9 % erreicht. Es leben heute vier mal so viele Kinder unter 18 Jahren, nämlich 1982 etwa 600 000) mit einem geschiedenen Elternteil zusammen wie mit einer ledigen Mutter.

Aktueller ist zur Zeit die Zunahme **nichtehelicher Lebensgemeinschaften**. In Skandinavien waren in den 70er Jahren zwischen 11 und 13 % aller zusammenlebenden Paare unverheiratet (*Meyer/Schulze*). In der Bundesrepublik wurden 1983 in 7,5 % aller Haushalte Personen angetroffen, die nach eigener Definition mit einem andersgeschlechtlichen Partner eine nichteheliche Lebensgemeinschaft bildeten. Seit 1972 hat diese Zahl um 277 % zugenommen. Nur der kleinere Teil dieser Paare verzichtet jedoch ganz auf eine Heirat. Früher oder später heiratet über die Hälfte von ihnen. Die »Ehe auf Probe« ist an die Stelle der ungebräuchlich gewordenen Verlobung getreten. Sie ist also keine Absage an Ehe oder Familie. Soziologisch könnte auch die »Ehe ohne Trauschein« in die Funktion der Familie einrücken. Bislang verzichten aber - jedenfalls in der Bundesrepublik, anders anscheinend in Skandinavien - unverheiratete Paare überwiegend auf Kinder und damit auf die Wahrnehmung einer zentralen Funktion der Familie. Die langsam ansteigende Zahl der nichtehelichen Kinder deutet jedoch auch hier auf einen Wandel. Dennoch ist die in rechtlichen Formen geschlossene Ehe nach wie vor für alle Bevölkerungsschichten ein typisches Element des normalen Lebenslaufs.

*Zahl der Eheschließungen, Geburten und Scheidungen in der Bundesrepublik::*

	Eheschließungen je 1000 Einwohner	Geburten je 1.000 Eiwohner	Scheidungen je 1000 Einwohner	Scheidungen je 1000 bestehende Ehen
1950	10,7	16,2	1,69	6,751960
1960	9,4	17,4	0,88	3,571970
1970	7,3	13,4	1,26	5,091975
1975	6,3	9,7	1,73	6,741980
1980	5,9	10,1	1,56	6,131983
1983	6,0	9,7	1,98	8,061984
1984	5,9	9,5	2,13	8,711985
1985	6,0	9,6		

Quelle: Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik

Besonders eindrucksvoll ist der Rückgang der Geburtenziffer von 16,2 auf 9,5. Die **Scheidungshäufigkeit** ist in allen westlichen Ländern im Laufe dieses Jahrhunderts erheblich gestiegen.<sup>330</sup> Das gilt zunächst für die sogenannte rohe Scheidungsrate, das heißt die Anzahl der Scheidungen pro 1000 Einwohner. Sie betrug in der Bundesrepublik 1982 1,92 gegenüber 0,16 zu Anfang dieses Jahrhunderts. Die Scheidungsziffern der Gegenwart dürfen indessen nicht ohne weiteres mit denen aus dem Beginn unseres Jahrhunderts verglichen werden. Damals wurden 30 % aller Scheidungsklagen abgewiesen und weitere 30 % zurückgenommen. Man kann davon ausgehen, daß die Erfolglosigkeit der Klage die Tatsache der Ehezerüttung unberührt ließ, so daß die Parteien etwa durch bloßes Getrenntleben eine andere Lösung suchen mußten. Heute werden weniger als 0,5 % der Scheidungsklagen abgewiesen. 10 % werden zurückgenommen. Man kann daraus schließen, daß sich die Parteien heute erfolgreicher des Scheidungsverfahrens zur Bewältigung der ehelichen Zerrüttung bedienen als früher. Dennoch bleibt der Anstieg beachtlich.

Zurückgegangen ist dagegen die Zahl der Eheschließungen je 1000 Einwohner von 10,7 im Jahre 1950 auf 5,9 im Jahre 1980. Diese »rohe« Heiratsziffer ist ebenso wie die entsprechende Scheidungsrate als Maßzahl jedoch nur dann aussagekräftig, wenn der Anteil der Verheirateten in der Bevölkerung gleich geblieben ist. Diese **Heiratsquote** hatte sich mindestens zeitweise erhöht. Von der heiratsfähigen Bevölkerung, d. h. von den Männern ab 18 und den Frauen ab 16 Jahren, waren 1910/11 86 % verheiratet. 1960/62 waren es 95 %. Die **Heiratswahrscheinlichkeit** lag 1972/74 für Männer bei 88,5 %, für Frauen bei 94 % der heiratsfähigen Bevölkerung. Seit Ende der 70er Jahre steigt die Quote derer, die zeitlebens ledig bleiben, und zwar von 6 auf 8 % für Frauen und von 11,5 auf 17 % für Männer. Das ist allerdings zum größeren Teil auf die gesunkenen Heiratschancen geburtenstarker Männerjahrgänge zurückzuführen, die auf geburtenschwache Frauenjahrgänge treffen.

Eindeutig gestiegen ist in neuerer Zeit die **Scheidungswahrscheinlichkeit**. Sie beträgt für die 1950 geschlossenen Ehen 12 %, für die 1970 geschlossenen Ehen dagegen 20 bis 25 %. Sie wird auch nicht ausgeglichen durch eine gegenüber der Anfangszeit dieses Jahrhunderts gestiegene **Wiederverheiratungswahrscheinlichkeit** der Geschiedenen, die in den 60er Jahren sehr hoch lag (1963: Männer 82 %, Frauen 70 %), seither aber wieder gefallen ist.<sup>331</sup> Dennoch ist die Interpretation der Scheidungsstatistik durch *Voegeli* (S. 148) nicht von der Hand zu weisen:

---

<sup>330</sup> Ein Überblick über die Situation in den USA bei *Everett D. Dyer*, Scheidung und Scheidungsfolgen in den USA, KZfSS 38, 1986, 581-600.

<sup>331</sup> [fehlt]

»Vieles deutet zwar auf ein abnehmendes, aber von einer zuvor nie erreichten Höhe abnehmendes Maß an Stabilität der sozialen Institution Ehe. Das Wichtige an dieser Feststellung ist nicht die abnehmende Tendenz der Stabilität, sondern das gegenüber dem 19. Jh. hohe Stabilitätsniveau.«

#### IV. Funktionswandel des Scheidungsrechts

##### a) Das institutionelle Ehekonzept

Am Ausgang des 18. Jahrhunderts gab es in der Folge von Aufklärung und Revolution in Frankreich wie in Preußen ein liberales Scheidungsrecht, das die Ehe praktisch wie einen kündbaren oder einverständlich beendbaren Vertrag behandelte.<sup>332</sup> Erst die nach 1815 einsetzende Restauration führte zu einem institutionellen Ehekonzept, das sich von einem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe leiten ließ. Es kommt zum Ausdruck in Savignys »Darstellung der in den Preußischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform« von 1844. Darin wird die Ehe als »wesentliche und notwendige Form des menschlichen Daseins« und als »unentbehrliche Grundlage des Staates« aufgefaßt, die die »sichere Übertragung unseres ganzen Besitztums sittlicher Gesinnung auf die nachwachsende Generation« gewährleiste. Vom Scheidungsrecht müsse daher schon im Anfangsstadium der Zerrüttung ein »heilsamer Druck« ausgehen. So wurde im 19. Jahrhundert die Ehe zur **Zwangsinstitution mit Präventivcharakter**.

Bis in die Gegenwart wird das Recht geprägt von der Vorstellung, daß der Staat die Ehe auch gegenüber den einzelnen Ehegatten zu schützen habe. Aus der **Institutsgarantie des Art. 6 GG** wird abgeleitet, daß das Recht eine besondere Form für die Ehe bereitzustellen habe, die sich an dem Grundsatz der Unauflösbarkeit der Ehe orientieren und den Bestand der Ehe der Verfügungsmacht der Ehegatten entziehe müsse.

Voegeli schlägt vier Hypothesen zur Erklärung dieser Entwicklung vor.

(1) Die Entwicklung zur patriarchalisch geordneten bürgerlichen Familie habe die Frauen aus den Gewerben in die Hauswirtschaft und schließlich in bürgerlichen Kreisen in die bloße Repräsentation und Kinderaufzucht gedrängt. Es habe im Interesse der Männer gelegen, die Frauen in dieser Funktion festzuhalten

(2) Der Zwangscharakter der Ehe sei das Ergebnis einer Art moralischen Kreuzzugs des Bürgertums gegen die höfische Gesellschaft<sup>333</sup> gewesen, in der sich die Sitten soweit gelockert hatten, daß es auch für Frauen möglich und üblich wurde, außereheliche sexuelle Beziehungen zu unterhalten.

(3) Der autoritäre Staat habe die Institution der Ehe zunächst als Mittel zur Durchsetzung seiner Ordnungsvorstellungen gegenüber den Machtansprüchen des Bürgertums und dann zur Errichtung der Herrschaft des Bürgertums über das aufkommende Proletariat benutzt.

<sup>332</sup> [fehlt]

<sup>333</sup> Norbert Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation*, Bd. I, Frankfurt a. M. 1978, 252 ff.

(4) Dem Kapitalismus habe die Familie als Instrument zur »Fabrikation des zuverlässigen Menschen«<sup>334</sup> gedient, also dazu, den Menschen eine geregelte Lebensweise und damit auch Arbeitsmoral anzuerziehen.

*b) Konventionalscheidung und Zerrüttungsprinzip*

Das BGB, seit 1946 das Ehegesetz, und die ZPO regelten die Ehe ganz im Sinne der institutionellen Ehevorstellung. Als wichtigste Vorkehrung gegen die Auflösung diente der als Amtsverfahren ausgestaltete Eheprozeß. Der Staatsanwalt war beteiligt. Der Kläger mußte in vollem Umfang Beweis für ein zur Ehezerüttung führendes Verschulden des anderen Teils erbringen, während das Gericht von Amts wegen eheerhaltende Umstände zu ermitteln hatte. Voran ging ein obligatorischer Sühneverfahren. Die Praxis entwickelte sich jedoch bald in Richtung auf eine einverständliche Scheidung (Konventionalscheidung). Nach dem 1. Weltkrieg schnellte die Zahl der Scheidungen in die Höhe. Gleichzeitig litt die auch mit anderen Fällen stark belastete Justiz noch unter den Folgen des Krieges. In dieser Situation wurde zunächst das Sühneverfahren, das vor 1913 durchaus nicht ganz erfolglos gehandhabt wurde (*Wolf/Liike/Hax*, S. 147 f.), zur zeitraubenden und lästigen Formalität. Aber auch das inquisitorische Moment des Scheidungsverfahrens wurde zurückgedrängt. Der Staatsanwalt verzichtete praktisch auf eine Beteiligung. Die Gerichte nahmen ihre Kontrollfunktion nicht mehr ernst. Nach dem 2. Weltkrieg wurde die Konventionalscheidung praktisch zur Regel. Die Gerichte ließen es schließlich genügen, wenn der Kläger vortrug, die Ehe sei durch ein ehewidriges Verhalten des Beklagten zerüttet, ohne daß die Art des Verhaltens und die Anzeichen der Zerrüttung näher dargelegt werden mußten. Durch entsprechende Änderung dieses formelhaften Vortrags konnten die Parteien das als Voraussetzung für Sorgerecht und Unterhalt wichtige Verschulden nach Wunsch verteilen. Zum Beweis genügte es, wenn der Beklagte bei seiner Anhörung erklärte, der Vortrag des Klägers treffe zu. Viele Gerichte benutzten für die Urteile Formulare. Der Sühneverfahren wurde durch einen automatischen Protokollvermerk über seine Aussichtslosigkeit ersetzt. Im auffälligen Gegensatz dazu stand allerdings die Handhabung der wenigen (10-15 %) streitig durchgeführten Fälle, in denen insbesondere die Obergerichte das Scheidungsrecht weiterhin sehr restriktiv auslegten. Dennoch ist das Fazit begründet, das Scheidungsverfahren sei vor dem 1. Eheformgesetz von 1977 nur noch eine aufwendige Formvorschrift für privatautonom gestaltete Eheauflösungen gewesen:

»Unter Geltung derselben Rechtsnormen hatte sich durch die Veränderung der praktischen Handhabung des Scheidungsverfahrens eine völlig andere Rechtslage durchgesetzt. Die Gerichte haben das Zerüttungsprinzip zum geltenden Recht erhoben, lange bevor es normiert war.« (Voegeli, S. 145)

---

<sup>334</sup> Vgl. *Hubert Treiber/Heinz Steinert*, Die Fabrikation des zuverlässigen Menschen. Über Wahlverwandtschaften von Kloster- und Fabrikdisziplin, München, 1980, 40 ff.

Das seit dem 1. 7. 1977 in der Bundesrepublik geltende Scheidungsrecht hat die Möglichkeiten zu einer gerichtlichen Kontrolle sehr zurückgenommen. Sie sind jedoch im Prinzip immer noch vorhanden. Das Verschuldensprinzip ist durch das Zerrüttungsprinzip ersetzt. Die Zerrüttung wird nach dreijähriger Trennung unwiderleglich vermutet (§ 1566 Abs. 2 BGB), bei einverständlichem Scheidungswunsch schon nach einjähriger Trennung (§ 1555 Abs. 1 BGB). Einer näheren Prüfung bedarf daher allenfalls die Tatsache des Getrenntlebens, wenn die Parteien eine gemeinsame Wohnung behalten haben (§ 1567 BGB) oder die Feststellung eines Härtefalls, wenn die Scheidung vor Ablauf der Fristen des § 1566 BGB ausgesprochen werden soll. Aber das Scheidungsverfahren ist weiterhin inquisitorisch angelegt. Verhandlungsmaxime und Dispositionsbefugnis sind eingeschränkt. Beweis kann also nicht durch ein Geständnis oder Nichtbestreiten des Gegners erbracht werden (§ 617 ZPO). Anerkenntnis- und Versäumnisurteile auf Scheidung sind weiterhin unzulässig, und das Gericht muß das Verfahren aussetzen, wenn Aussicht auf Versöhnung besteht. Nur die Beteiligung der Staatsanwaltschaft und das Sühneverfahren sind entfallen. Doch in der Praxis laufen die Möglichkeiten einer gerichtlichen Kontrolle der Scheidungsgründe leer. Von der Aussetzungsmöglichkeit zum Zwecke der Versöhnung wird so gut wie kein Gebrauch gemacht. Eine Kontrolle der Härtegründe oder des Getrenntlebens durch eine förmliche Beweisaufnahme ist selten. Nur die Parteivernehmung wird gelegentlich durchgeführt. Im Bundesdurchschnitt werden weniger als 0,5 % der Scheidungsklagen abgewiesen.

Die institutionelle Eheauffassung wird nur noch auf der Ebene des Verfassungsrechts symbolisch durchgehalten. Das Bundesverfassungsgericht, angerufen von Anhängern der institutionellen Eheauffassung, hat jedoch die Verfassungsmäßigkeit des neuen Scheidungsrechts bestätigt.<sup>335</sup> Es hat die grundsätzliche Unauflösbarkeit der Ehe als verfassungsmäßig geschütztes Strukturprinzip anerkannt und daraus hergeleitet, daß das Eherecht immer auch eheerhaltende Elemente umfassen müsse und insbesondere eine Ehe nur geschieden werden dürfe, wenn sie gescheitert sei. Es hat diesen Grundsatz aber gewahrt gesehen, denn die Trennungsfristen seien ein geeigneter Indikator für die Zerrüttung einer Ehe. Besonders wichtig war dem Gericht das Argument, das Gesetz erlaube dem Richter im Einzelfall auch noch nach Ablauf der Trennungsfristen die Aussetzung des Verfahrens, wenn Aussicht auf eine Versöhnung bestehe. Das Gericht hat gar nicht gefragt, ob diese Möglichkeit auch wahrgenommen wird.

Die **Ursache für die Rücknahme justizieller Kontrolle sieht Voegeli** (S. 147) darin, daß die »Gründe für den im 19. Jh. gesetzten äußeren Zwang, für die bürgerliche Familie als Zwangsinstitution entfallen sind«. Die Ehe ist ungeachtet hoher Scheidungsraten in einem vor nicht gekannten Ausmaß »zum prägenden Element des

<sup>335</sup> BVerfGE 53, 224 ff.

normalen Lebenslaufs geworden«. Vor allem aber laufe jeder äußere Zwang leer angesichts der Möglichkeit jedes Ehegatten, die eigene Existenz ökonomisch zu sichern. Unter diesen Umständen hat sich der Schwerpunkt von der Regelung der Scheidungsgründe auf die Ordnung der Scheidungsfolgen verlagert. Damit wird aus dem Familienrecht ein Stück Sozialpolitik. Es geht nunmehr um den Schutz des schwächeren Ehegatten auf dem Weg zur wirtschaftlichen Selbständigkeit und im Alter durch Unterhaltsanspruch, Versorgungs- und Zugewinnausgleich, ferner um die Sicherung der Kindererziehung durch eine Ordnung des Sorgerechts verbunden mit einer besonderen Sicherung des Unterhaltsanspruchs<sup>336</sup> wegen Pflege und Betreuung der Kinder (§§ 1579 Abs. 1, 1582 BGB). Die Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens nach dem sogenannten Verbundprinzip stärkt die Verhandlungsmacht der Schwächeren, so daß die Masse der Verfahren durch Vergleich beendet werden kann. Auch im Scheidungsfolgenrecht sinkt damit die Intensität der rechtlichen Kontrolle zugunsten einer staatlichen Serviceleistung.

---

<sup>336</sup> Dazu *Doris Lucke/Sabine Berghahn*, Angemessenheit im Scheidungsrecht, Opladen 1983.