

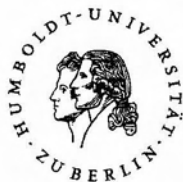
SCHRIFTENREIHE
DES INSTITUTS FÜR
NOTARRECHT DER
HUMBOLDT-UNIVERSITÄT
ZU BERLIN

BAND 3

Privatrecht gestern, heute und morgen

Festkolloquium für Rainer Schröder
zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von
Ulrich Battis



Deutscher**Notar**Verlag

Copyright 2008 by Deutscher Notarverlag, Bonn
Umschlaggestaltung: gentura, Holger Neumann, Bochum
Druck: Medienhaus Plump GmbH, Rheinbreitbach
ISBN 978-3-940645-09-8

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Ehegattenbürgschaften und Güterstände*

Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp
Universität zu Köln

Das war also Prof. Schröder. Er stand auf einem Uniparkplatz in Bayreuth, weiße, etwas dandyhafte Brille, Basecap auf dem Kopf, und lud ein Golfbag in seinen roten Porsche. Zugegeben, es war kein besonders teurer Porsche, aber immerhin. Ich kam aus München und musste zugeben: So einen Professor für Rechtsgeschichte hatte ich noch nicht gesehen. Mein erster Eindruck sollte mich auch nicht trügen: Rainer Schröder war kein normaler Professor für Rechtsgeschichte. Die bei Rechtshistorikern häufige Vorliebe für selbstvergessene Quellenarbeit, für, wie es bei Rechtshistorikern häufig anerkennend heißt, „kontemplative“ Rechtsgeschichte hat ihn nie angetrieben. Ihn interessierte Rechtsgeschichte zunächst dann, wenn sie noch unmittelbar in die Gegenwart hineinwirkte, Rechtszeitgeschichte, deren Gegenstand „noch qualmt“. Die Zwangsarbeiterproblematik interessierte ihn zu diesem Zeitpunkt deshalb, weil BMW vor einem deutschen Gericht gerade wieder einen Prozess gegen Zwangsarbeiter gewonnen hatte – lange bevor diese Frage in die breite Öffentlichkeit geriet.¹ Offen ging es darum, durch Rechtsgeschichte Gerechtigkeit zu verwirklichen. Dies interessierte ihn später auch besonders an der DDR, die in Berlin zunächst sein Forschungsschwerpunkt wurde.²

Daneben interessierte ihn Rechtsgeschichte dann, wenn es um die großen ökonomischen Fragen ging. Der rote Porsche passte durchaus. Rainer Schröder ist einer der großen Kenner der Wirtschaftsrechtsgeschichte.

* Um Anmerkungen ergänzte Vortragsfassung.

¹ Rainer Schröder, Zwangsarbeit: Rechtsgeschichte und zivilrechtliche Ansprüche, in: Jura 1994, S. 61 ff. (Teil I), 188 ff. (Schluss).

² Vgl. die Vorüberlegungen in: Rainer Schröder, Zivilrechtsprechung in der DDR während der Geltung des BGB. Vorüberlegungen zu einem Forschungsprojekt mit vergleichender Betrachtung des Zivilrechts im Dritten Reich und in der Bundesrepublik, in: Vorträge zur Justizforschung, Geschichte und Theorie, Bd. 2, Heinz Mohnhaupt und Dieter Simon, Frankfurt am Main 1993, S. 527 ff.; Umsetzungen inzwischen in: Rainer Schröder (Hg.): Zivilrechtskultur der DDR, Band 1, in: Zeitgeschichtliche Forschungen Band 2/1, Berlin 1999; Band 2, Berlin 2000; Band 3, Berlin 2001; Band 4 erscheint 2008; daneben viele Beiträge zu Einzelfragen.

te seit dem Spätmittelalter. Arbeitskämpfe, Kartelle, Monopole interessierten ihn.³ In Köln hielt er einen Vortrag zum Thema: „Warum der Markt meistens das Recht besiegt. Historische Beispiele aus Wirtschaft und Arbeit.“

Deutlicher kann man wohl kaum den Gegenwartsbezug der Rechtsgeschichte herausstellen. Nicht verwunderlich drehte sich die Diskussion nach seinem Vortrag schon bald um Fragen der Globalisierung, dabei hatte Rainer Schröder überwiegend über die Verhältnisse in spätmittelalterlichen Städten gesprochen.

Wer, wie ich, in diesem Umfeld akademisch heranwuchs, war stets mit der Frage nach der Bedeutung der Rechtsgeschichte in und für die Gegenwart konfrontiert. Es ging immer auch darum, mitzudiskutieren, Rechtsgeschichte im Zentrum gesellschaftlicher Entwicklungen zu betreiben.

Auf den ersten Blick ist die Vorstellung, dass Rechtsgeschichte eine gesellschaftliche Bedeutung hat, vielen zweifelhaft geworden. Die Juristische Fakultät der Universität Düsseldorf hat gerade auch den letzten Grundlagenlehrstuhl abgeschafft und durch Kartellrecht ersetzt. Die dort ausgebildeten Juristen haben also nie etwas von der Justiz im Nationalsozialismus oder über kriminologische Studien zu Ursachen von Gewalt gehört, haben nicht über die Wissenschaftlichkeit juristischer Methode oder Fragen überpositiver Gerechtigkeit angeleitet nachgedacht. Auf all dies kann ein Jurist offenbar verzichten, nicht jedoch auf feinste Details des Kartellrechts.

Freilich ist dies nur eine Seite der Entwicklung. Obleich manche eine professionelle Rechtsgeschichte für entbehrlich halten, ist nicht zu verkennen, dass im juristischen Diskurs ständig und zunehmend rechtshistorisch argumentiert wird. In Zeiten gefühlten Reformstaus tritt an die

³ Etwa: Rainer Schröder, Zur Arbeitsverfassung des Spätmittelalters. Eine Darstellung mittelalterlichen Arbeitsrechts aus der Zeit nach der großen Pest (= Schriften zur Rechtsgeschichte 32), Berlin 1984; ders., Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (= Münchener Universitätschriften, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung 69) Ebelsbach 1988; ders., Das Gesinde war immer frech und unverschämt. Gesinde und Gesinderecht vornehmlich im 18. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1992.

Seite der gewohnten BGH-Urteilsexegese der Wunsch nach Veränderung. Überall werden „praktische Bedürfnisse“ betont, wirtschaftlicher Wandel diagnostiziert, historische Zwänge zu Zukunftsaussagen verdichtet, Altes als gut beschworen oder Neues als besser hiervon abgesetzt. Üblicherweise sind es Nichtrechtshistoriker, die aus der Geschichte lernen zu können behaupten. Dies erfolgt zumeist weder wissenschaftstheoretisch reflektiert⁴ noch auf dem Stande rechtshistorischer Forschung. Wer mit historischen, aber auch ökonomischen, gesellschaftlichen oder ethischen Grundlagen argumentiert, ohne den Forschungsstand der hierauf spezialisierten Grundlagenfächer zu kennen, gibt den Wissenschaftsanspruch der Jurisprudenz auf. Im Gegenzug bedeutet dies: Historische Argumentationen kritisch und professionell zu begleiten, muss Aufgabe einer modernen Rechtsgeschichte sein.

In diesem Sinne hat sich Rainer Schröder im Jahr 2000 historisch und dogmatisch der Frage nach den Grenzen der Inhaltskontrolle von Verträgen angenommen.⁵ Meine nachfolgende Untersuchung knüpft hier an. Ich möchte mich dabei in eine Debatte einmischen, die tief durchzogen ist von historischen Argumenten, die Frage der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu dieser Frage öffnete bekanntlich den Weg zu einer allgemeinen richterlichen Gerechtigkeitskontrolle anhand der §§ 138, 242 BGB in einer ganzen Reihe von Vertragstypen. Ich nenne als Beispiel nur die Ausweitung dieser Rechtsprechung durch den BGH auf Eheverträge.⁶

Von Anfang an ging es dabei auch um Geschichte. In seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993⁷ hat das Bundesverfassungsgericht selbst seinen Richtungswechsel als Korrektur der überzogenen Privatautono-

⁴ Noch immer sehr lesenswert zum Thema „Lernen aus der (Rechts)geschichte“: *Marc Bloch*, *Die fremde Niederlage*, Frankfurt a. M. 1992 (erschienen 1941).

⁵ *Rainer Schröder*, *Grenzen der Inhaltskontrolle. Zur Wirksamkeit formularmäßiger Gewährleistungssicherheiten*, in: *Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin 2000, S. 591 ff.

⁶ Vgl. *Sibylle Kessel-Wulf*, in: *Staudinger/Eckpfeiler* (2005), S. 422: „Die Meinungsvielfalt dazu war und ist kaum zu überschauen“.

⁷ BVerfG vom 19. 10. 1993, in: *JZ* 1994, 409 f.

mie des 19. Jahrhunderts und des „unsozialen“ BGB⁸ gedeutet.⁹ Heinrich Honsell, damals Vorsitzender der Zivilrechtslehrevereinigung, resümierte:¹⁰ Der „eisige Wind der Privatautonomie des 19. Jahrhunderts“ sei gebändigt worden. Die Sittenwidrigkeitskontrolle ist damit ein Puzzelstein im großen Bild einer „Materialisierung“ des BGB als, nach Wieackers verbreitetem Bild, „spätgeborenem Kinde des Liberalismus“.¹¹ In neuerer Zeit hat etwa Claus Wilhelm Canaris diesen Aspekt als zentrale Entwicklungsachse des Vertragsrechts seit 1900 herausgestellt.¹²

Während überwiegend diese Entwicklung als zwingende und unumkehrbare Korrektur von Gerechtigkeitsdefiziten einer formal interpretierten Vertragsfreiheit hofiert wird, hat Rainer Schröder im Jahr 2000 mit Max Weber darin eine Fehlentwicklung betont und vor den Rationalitätsverlusten einer entformalisierten Judikatur gewarnt.¹³

Er machte dabei deutlich, dass „Materialisierung“ mehr ist als ein historischer Befund: es ist ein politisches Argument. Man kann hier ein unaufhaltsames Geschichtsgesetz behaupten und Kritik dadurch abwehren, dass man auf ein Lernen aus der Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts verweist. Man kann gegenteilig Materialisierung als Fehlentwicklung deuten und für eine Rückkehr zu formalen Positionen auf ein Lernen aus der Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts verweisen. Ein interessantes historisches Argument also.

Blickt man nicht auf die deutsche, sondern auf die europäische Betrachtung der deutschen Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, so zeigt sich eine andere, gleichermaßen historische Perspektive. Mit Blick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung wird eine längere

⁸ Vgl. zu diesem schiefen Bild *Tilman Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Jus Privatum, 60), 2001; *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Jus Privatum 53), Tübingen 2001.

⁹ Hierzu bereits *Haferkamp*, in: HKK, § 138 Rn. 5 ff.

¹⁰ *Heinrich Honsell*, Anm. zu BGH ZR 122/88, in: JZ 1989, 495; vgl. *Haferkamp*, in: HKK, § 138, Rn. 6.

¹¹ *Franz Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, 1953 = *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M., 1974; hierzu *Joachim Rückert*, Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen - Franz Wieacker zum Gedächtnis, in: *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 24, 1995, S. 531 ff.

¹² *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts - Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000), 276, 297 ff.

¹³ *Schröder*, Grenzen (Fn. 5), S. 596 mit Fn. 25.

Zeitachse genutzt, in der die römischen Interzessionsverbote gleichsam als Dauerproblem der Rechtsgeschichte erscheinen. Es entsteht die Geschichte eines durchlaufenden Schutzes bestimmter Personengruppen vor Bürgschaften und ähnlichen Interzessionen.¹⁴ Es liegt auf der Hand, dass ein solches historisches Ewigkeitsproblem Druck für die Regelung der Gegenwart aufbaut und es geht dann nur noch um die Konstruktion der Schutztechniken, etwa durch Interzessionsverbote, Aufklärungs- und Beratungspflichten, die Warnfunktion von Form oder Eid, Kontrolle der Willensbildung bei *metus reverentialis* oder *metus maritalis* oder eben Billigkeitskorrektur.

Stimmen die Bilder? Analysiert man die höchstrichterlichen Entscheidungen zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, so zeigt sich zunächst, dass es sich praktisch durchweg um Angehörigenbürgschaften, genauer, fast ausschließlich um die Bürgschaften von Ehefrauen für Schulden ihrer Männer handelt.¹⁵ Das Problem ist also konturierter, als es die vielen großen Bilder glauben machen. Spitzt man den Blick auf diese Fallgruppe zu, so zeigt sich, dass weder das Bild der schrankenlosen Privatautonomie des 19. Jahrhunderts, die man nun materialisiert zu haben glaubt, noch die Vorstellung einer seit der Antike durchlaufenden Frauenschutzdiskussion als historische Haltepunkte taugen. Die Ehegattenbürgschaft ist weitestgehend ein Problem des 20. Jahrhunderts. Die Regelungskrise ist sogar noch jünger und resultiert aus Veränderungen, die primär nach 1945 eingesetzt haben.

¹⁴ Vgl. etwa *Wolfgang Ernst*, Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutze des Verbrauchers als Interzedenten, in: Reinhard Zimmermann u.a. (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, 395 ff.; *J. du Plessis u. Reinhard Zimmermann*, The Relevance of Reverence; Undue Influence Civilian Style, in: *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2003, S. 345 ff.; *Nils Jansen*, Seriositätskontrollen existentiell belastender Versprechen. Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, in: R. Zimmermann (Hg.), *Störungen der Willensbildung beim Vertragsschluss*, Tübingen 2007, S. 125 ff.

¹⁵ Daneben sind gelegentlich volljährige Kinder betroffen; Haftung von Ehemännern für ihre Frauen tauchen in der Rechtsprechung nahezu nicht auf, vgl. die Auswertung der Judikatur bei *Ulrike Mönnich*, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (Dissertationen zur Rechtsgeschichte, 10), Köln 1999, S. 178; für England sind es bei Ehegattenbürgschaften zu 90% Frauen, die für ihre Männer bürgen, vgl. *Belinda Fehlberg*, *Sexually transmitted Debt: Surety Experience and English Law*, Oxford 1997, S. 3.

Ich beginne mit einem Blick ins 19. Jahrhundert. 1874 gab ein Kenner des Ehegüterrechts, Richard Schröder, vor dem 12. Deutschen Juristentag freimütig zu, er habe vor der nun vorgelegten statistischen Untersuchung der Verteilung der Güterstände in Deutschland „keine Ahnung“ gehabt, „wie sich das Verhältnis herausstellen würde“.¹⁶ 1859 hatte ein Aufsehen erregender Disput zwischen Carl Friedrich Gerber, der noch von der Herrschaft eines einheitlichen deutschen Güterrechtssystems ausgegangen war, und Paul Roth der Rechtswissenschaft gezeigt, dass man über dieses Rechtsgebiet fast keine sicheren Erkenntnisse hatte. Das nun 1874 von Schröder vorgelegte Ergebnis sorgte für Verblüffung. Es zeigte sich, dass das römische Dotalsystem fast nirgends in Deutschland in Reinform übernommen worden war und damit eine Gütertrennung als Prinzip kaum vorkam.¹⁷ Planck¹⁸ kam in der amtlichen Auswertung bei einer Bevölkerung von 42 727 600 auf knapp 3 000 000 Einwohner, die nach zumeist regional angepasstem römischem Dotalrecht lebten. Das Vermögen der Frau war damit nur in seltenen Fällen vor dem Zugriff der Gläubiger des Mannes geschützt. Im Fall der Allgemeinen Gütergemeinschaft, nach der in Teilen Preußens und Bayerns sowie in Bremen und Hamburg etwa 11 Millionen Deutsche lebten, hatte der Gläubiger bei Schulden des Mannes unmittelbaren Zugriff auf das Vermögen der Frau. Beschränkt war die Mithaftung der Ehefrau im Fall der Errungenschaftsgemeinschaft, nach der in Süd- und Westdeutschland etwa 6, 9 Millionen Deutsche lebten. Hier war das mitgebrachte Vermögen der Frau, sowie das, was die Frau durch Schenkung oder Erbschaft erlangte (sog. Einhandvermögen), vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt. Kleiner noch war der geschützte Vermögensbereich der Ehefrau im Fall der Mobilargemeinschaft, nach der unter Geltung des rheinisch-französischen Rechts etwa 7, 1 Millionen Deutsche

¹⁶ *Richard Schröder*, Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: Ist es wünschenswerth und ausführbar, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu kodifizieren, und auf welcher Grundlage?, in: Verhandlungen des Zwölften Deutschen Juristentages, Bd. 1, Berlin 1874, S. 37 f.

¹⁷ *Schröder*, in: Verhandlungen (Fn. 16), S. 29 ff.

¹⁸ Zahlen nach der amtlichen Auswertung bei Werner Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Familienrecht, Bd. 3, Berlin 1983, S. 5 ff.; zur Schuldenhaftung im Einzelnen vgl. *Paul Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. 2, Tübingen 1881, S. 51, 143 ff., 220 f.

lebten. Hier waren nur eingebrachte Immobilien der Ehefrau weitgehend geschützt.

Die hinter diesen Typen versteckte Wirklichkeit war freilich noch viel komplexer. Neuere Untersuchungen verweisen auf ein von Eheverträgen bisweilen überlagertes Nebeneinander von etwa 200 Güterrechtssystemen, die im Ergebnis aber fast alle der Gütergemeinschaft viel näher standen als der Gütertrennung.¹⁹

Für das Problem der Ehegattenbürgschaft bedeutet das zunächst: Die Konstruktion eines historisch-kontinuierlichen Ehefrauenschutzes durch die Römischen Interzessionsverbote resultiert aus einem verkürzten Blick auf die uns heute zentrale schuldrechtliche Situation. Nimmt man die familienrechtliche Perspektive hinzu, so zeigt sich zunächst, dass der Bereich der möglichen Bürgenhaftung der Ehefrauen für ihre Ehemänner je nach Gütersystem sehr unterschiedlich sein konnte. Ein einheitliches Problem der Ehegattenbürgschaften gibt es nicht. Bürgschaften hatten nur dann eine Aufgabe, wenn es geschützte Vermögenssphären der Frau gab, was sehr oft nicht der Fall war. Andere Überlagerungen kommen hinzu, so etwa die Geschäftsfähigkeit – Stichwort: Geschlechtsvormundschaft²⁰ und das Konkurs- und Zwangsvollstreckungsrecht, etwa Vorzugsrechte im Konkurs.²¹ Einfache Lösungen fallen dabei auch deshalb aus, weil keineswegs aus dem Fehlen des Römischen Dotalrechts auf das Fehlen der Römischen Interzessionsverbote für Ehefrauen geschlossen werden darf. Ein Beispiel für das schwierige Nebeneinander bietet das Hamburger Statut von 1603. Nach Hamburger Recht

¹⁹ Überblick über die verschiedenen Güterrechtssysteme bei *Stephan Buchholz*, Ehegüterrecht, in: *Helmut Coing* (Hg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* III/2, München 1982, 1663 ff. Zusammenfassend in *ders.*, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen: zur Kritik des Ehegüterrechts*, in: *Ute Gerhard* (Hg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, München 1997, S. 671 f.; *Petra Malsbenden*, *Die rechtliche Stellung der Frau im ehelichen Güterrecht vom ALR zum BGB (= Europäische Hochschulschriften* II/1083), Frankfurt a.M. 1991, S. 10 ff.; *Werner Ogris*, Art. Güterrecht, in: *HRG* I, 1971, Sp. 1874 ff.

²⁰ Vgl. *Ernst Holthöfer*, *Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, in: *Ute Gerhard* (Hg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, S. 390 ff., *Zur Zunahme der Geschlechtsvormundschaft im 16. Jahrhundert Beispiele bei Karlheinz Rudolf Maier*, *Die Bürgschaft in süddeutschen und schweizerischen Gesetzbüchern* 16.-18. Jahrhundert (*Juristische Studien*, 67), 1980, S. 211.

²¹ Vgl. *Buchholz*, *Ehegüterrecht* (Fn. 19), S. 1665.

haftete das eingebrachte Gut der Frau den Gläubigern des Mannes ebenso wie alles, was sie auch von Todes wegen während der Ehe erwarb. Seit 1753 wurde dies noch ausgedehnt auf voreheliche Schulden des Ehemannes, wenn dessen Konkurs in den ersten fünf Ehejahren erfolgte.²² Auch durch Eheverträge konnten die Ehegatten diese Haftung nicht umgehen. Bürgschaften spielten offenbar nur insofern eine Rolle, als teilweise versucht wurde, hierüber auch an das Vermögen zu kommen, dass die Frau nach Auflösung des Güterstandes, also insbesondere nach dem Tod des Ehemannes erwerben würde.²³ Nur eine solche Haftungsausweitung schloss die hanseatische Judikatur aus, indem sie die Unzulässigkeit der Bürgschaft wegen Verstoßes gegen die Authentica si qua mulier annahm.²⁴

Insgesamt zeigte sich in den deutschen Güterrechten die Tendenz, die Ehefrauen weitgehend sogar dann automatisch mithaften zu lassen, wenn nach dem gewählten Güterstand eigentlich geschützte Vermögensbereiche der Frau betroffen waren. So wurde bei der Errungenschaftsgemeinschaft seit dem 18. Jahrhundert von der h.M. eine subsidiäre anteilige Schuldenhaftung für Alleinschulden des Ehemannes auch auf das eigentlich geschützte Sondergut der Frau ausgedehnt.²⁵ Bei der Verwaltungsgemeinschaft neigten vor allem ältere Stadtrechte dazu, den Gläubigern auch den Zugriff auf das vom Ehemann eigentlich nur verwaltete Frauenvermögen zu ermöglichen. Daneben war die Vollstreckung in das Nießbrauchsrecht des Mannes am Frauenvermögen anerkannt.²⁶ Selbst bei voller Gütertrennung, also dem seltenen Fall des Römischen Dotalrechts, räumte eine Reihe von Territorien den Gläubi-

²² *Claudia Susan Hoppe*, Die Bürgschaft im Rechtsleben Hamburgs von 1600 bis 1900 (Rechtshistorische Reihe, 161), Frankfurt a. M. 1997, S. 93.

²³ *Hoppe*, Die Bürgschaft im Rechtsleben Hamburgs (Fn. 22), S. 91 ff.; weitgehende Ablehnung der Interzessionsverbote attestiert für die Schweiz: *Peter Walliser*, Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht, dargestellt im Zusammenhang mit der Entwicklung des Schuldrechts in den schweizer Kantonen Waadt, Bern und Solothurn bis zum 19. Jahrhundert, Bern 1974, S. 497 ff.; stärkerer Einfluss der römischen Regelung dagegen wohl in Österreich, vgl. *Oskar Lehner*, Senatus Consultum Velleianum – Die Wiederkehr der antiken Rechtsfigur im frühneuzeitlichen österreichischen Recht, SZ GA 105 (1988), 276 ff.

²⁴ *Hoppe*, Die Bürgschaft im Rechtsleben Hamburgs (Fn. 22), S. 96.

²⁵ *Paul Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 1881, S. 146 mit Nachweisen.

²⁶ *Roth*, System des Deutschen Privatrechts (Fn. 25), S. 222.

gern des Mannes gegenüber den Herausgabeansprüchen der Ehefrauen im Konkurs des Mannes ein Vorzugsrecht ein.²⁷

Die Fälle, in denen Bürgschaften der Ehefrauen abgelehnt wurde, dürfen also nicht darüber hinwegtäuschen, dass man das weibliche Vermögen insgesamt kaum vor dem Zugriff der Gläubiger des Mannes schützen wollte. Frauen hafteten also fast immer, nur selten jedoch als Bürgin.

Was sich hieran durch das BGB änderte, sei nur kurz skizziert.²⁸ Die antiken Interzessionsverbote wurden beseitigt, nach ganz einhelliger zeitgenössischer Ansicht zu Recht.

Im Familienrecht hatte sich der Juristentag 1874 demgegenüber noch dafür ausgesprochen, Frauen generell für Schulden ihrer Männer voll mithaften zu lassen. Gegenüber den Gegenforderungen der Frauenbewegung nach strenger Gütertrennung setzte sich als Kompromiss eine modifizierte Verwaltungsgemeinschaft durch. Gottlieb Planck beantragte dabei erstmals einen Schutz des weiblichen Vermögens.²⁹ § 1410 BGB statuierte für das eingebrachte Gut der Frau: „Die Gläubiger des Mannes können nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen“.

Damit ergab sich die bemerkenswerte Konstellation, dass nunmehr erstmals in ganz Deutschland ein Gläubiger ohne Bürgschaft auf die schwer zu beweisende Konkursanfechtung verwiesen war, wenn er Vermögensverschiebungen auf die Ehefrau begegnen wollte. Diese familienrechtliche Problemverschärfung wurde in den schuldrechtlichen Bürgschaftsdebatten während der BGB-Entstehung zunächst offenbar nicht gesehen. Erst bei der sehr späten Durchsetzung der Formpflicht der Bürgschaft ging es dann deutlich auch um den nun dringenderen Schutz

²⁷ Vgl. Roth, System des Deutschen Privatrechts (Fn. 25), S. 51 mit Nachweisen.

²⁸ Genaueres in Hans-Peter Haferkamp, Bürgschaft, in: HKK zum BGB, Bd.3, erscheint demnächst.

²⁹ Vgl. Gottlieb Planck, Vorentwurf Familienrecht Teil 1: Eingehung und Wirkung der Ehe, Eheverträge, in: Werner Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1983, S. 550 ff., 557 f.

der Frauen. Otto Bähr meinte: „Wenn auch nicht viel, so wäre doch etwas Schutz gewonnen“.³⁰

Nach 1900 wurden zwei Wege beschritten, um der sich verschärfenden Bürgschaftspraxis entgegenzutreten. Endemann forderte 1908: „Die heutige Frauenbewegung sollte mit der ernstesten Aufklärung und praktischen Unterweisung über diese Fragen beginnen“.³¹ Die Frauenbewegung sah dies wohl genauso. Bis 1914 gründete sie an 130 Orten Rechtsschutzvereine oder sonstige von Frauenvereinen getragene Rechtsschutzstellen,³² die Frauen aufklären und beraten sollten.

Daneben trat die Judikatur als Schutzfaktor. Die Rechtsprechung zeigte bis in den Ersten Weltkrieg die Tendenz, Frauen vor den Gefahren der neuen Freiheit zu schützen und nutzte dafür das vorhandene gesetzliche Spektrum. 1911³³ und erneut 1915 erklärte das Reichsgericht die von Endemann kritisierte Praxis, die Frau auf der Vertragsurkunde mitunterschreiben zu lassen, für formunwirksam, da dies einer persönlichen Erklärung nicht genüge.³⁴ Bereits zuvor hatte sich bei einigen Gerichten die Tendenz gezeigt, an die schriftliche Erklärung auch inhaltlich die Anforderung zu stellen, Ausdruck aufgeklärter und mündiger Entscheidung zu sein. Das OLG Hamburg wies 1909 der Erklärung, „das Vermögen der Frau haftet für die Schuld des Mannes mit, und zum Zeichen der Mithaftung trete die Frau dem Vertrage durch ihre Unterschrift bei“ gar keine rechtliche Wirksamkeit bei.³⁵ Als nicht ausreichend zur Verhütung leichtsinniger Erklärungen wurden Formulierungen erachtet wie: „Ich verbürge mich für meinen Bruder X für die Summe von 700 M“ oder „Für meinen Schwager Y leiste ich Bürgschaft in Höhe von 2500

³⁰ Otto Bähr, Besprechung des ersten Entwurfs, KritVj 30 (1888), 405; ebenso Joseph Unger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe, JhJb 29 (1890), 1, S. 28 Fn. 22.

³¹ Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 2, 8. und 9. Aufl. Berlin 1908, S. 376 f. mit Fn. 4.

³² Vgl. Beatrix Geisel, Patriarchale Rechtsnormen „unterlaufen“. Die Rechtsschutzvereine der ersten deutschen Frauenbewegung, in: Ute Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1997, S. 684.

³³ RG (v. 9.11.1911 – VI 602/10), Nachschlagewerk Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. VI 2, Goldbach 1998, § 766 Nr. 47.

³⁴ RG (v. 23.2.1915 – III 408/14), Das Recht 19 (1915), Nr. 1994.

³⁵ OLG Hamburg (v. 14.6.1909), Soergel 1909, § 765 Nr. 2.

M“.³⁶ Besonderer Aufmerksamkeit wurden die Versuche zuteil, den Formschutz der Bürgschaft durch andere Personalsicherheiten zu umgehen. Das Reichsgericht löste schon 1902 die Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch, dass es auch für die kumulative Schuldübernahme Schriftform verlangte,³⁷ da ansonsten die Umgehung von § 766 „die leichteste Sache von der Welt“ sei.³⁸ Nachdem diese Rechtsprechung kippte³⁹ und die Formfreiheit des Schuldbeitritts anerkannt war, nutzte die Rechtsprechung die erhöhten Anforderungen an eine eigenständige Schuldbeurteilung zum Schutz von Ehefrauen. Das RG hielt die mündliche Erklärung der Ehefrau, sie wolle dem Kläger das schulden, was ihr Mann aus Darlehen und Miete schulde, für eine formunwirksame Bürgschaft. Eine (formfrei wirksame) kumulative Schuldübernahme scheiterte dagegen daran, dass ein eigenes sachliches und wirtschaftliches Interesse der Ehefrau an der Zahlung ihres Mannes nicht vorgelegen habe.⁴⁰ Dieser Versuch durch Kombination von Formpflicht der Bürgschaft und gesteigerten Ansprüchen an eine Eigenhaftung durch Schuldbeitritt oder Garantie Ehefrauen zu schützen⁴¹ kippte im ersten Weltkrieg. Ehefrauen wurden nun nicht mehr als besonders schutzwürdig herausgestellt. Die Ehegattenbürgschaft wurde daher nur zwischen 1916 und 1993 zum Bereich „schränkenloser Privatautonomie“. Warum?

Privatrechtshistorisch kann man diese Zeit kaum als liberale Hochphase bezeichnen. Das BGB war in Weimar und bis weit nach 1945 steter antiliberaler Kritik ausgesetzt. Im gesamten 20. Jahrhundert blieb das BGB ein ungeliebtes Gesetzbuch. Privatautonomie wurde fast durchweg als Gefahr, nicht als Chance begriffen. „Sozial“, nicht „frei“ blieb Leitbegriff.

In der Frage der Ehegattenbürgschaften wurde daher auch nicht die Privatautonomie verteidigt. Schon früh hatten die Gerichte § 138 BGB

³⁶ Jahrbuch des Deutschen Rechts 6 (1908), S. 279 ff.

³⁷ RGZ (v. 20.3.1902 – VI 409/01) 51, 121 ff.

³⁸ RGZ (v. 20.3.1902 – VI 409/01) 51, 120, 122.

³⁹ Vgl. *Christian Rainer Schlicht*, Die kumulative Schuldübernahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zeitgenössischen Literatur (Rechtshistorische Reihe, 301), Frankfurt a. M. 2004, S. 79 ff.

⁴⁰ RG (v. 24.1.1911 – III 704/09) WarnRspr 4 (1911), Nr. 171; hierzu, *Schlicht* (Fn. 38), S. 87.

⁴¹ Soergel 1909, § 765 Nr. 8: Ehefrau werde „dafür sorgen, dass der Ehemann zahlt“; Soergel 1911, § 765 Nr. 2: „Liefere Sie nur meinem Manne, ich komme für die Zahlung auf“.

genutzt, um Bürgen bei Unerfahrenheit oder der Ausnutzung einer qualifizierten Notlage zu schützen. Das Reichsgericht erklärte 1907 eine Bürgschaft für wucherisch, bei der sich der Sohn des Darlehensschuldners für diesen verbürgte, um selbst infolge finanzieller Notlage vom gleichen Darlehensgeber einen Kredit zu erhalten.⁴² Das später oft zitierte Urteil des OLG Dresden, das 1910 ganz selbstverständlich die zentralen Aspekte der heutigen Rechtsprechung des BVerfG im Fall einer Angehörigenbürgschaft als Begründung für § 138 vorbrachte,⁴³ war also kein Einzelfall. Das damals veröffentlichte Urteil blieb in der Literatur unbeachtet, was wohl vor allem damit zu erklären ist, dass man diese Entscheidung für ganz unproblematisch hielt. In der Tat findet sich schon zu diesem Zeitpunkt eine weitgehende und konsequente Vertragskontrolle über § 138.⁴⁴ Es ging somit auch nicht um eine Entscheidung für eine nun plötzlich schrankenlose Privatautonomie. Die Ausweitung der Haftung dürfte vielmehr mit zwei anderen Aspekten zusammenhängen. Auf Seiten der Befürworter einer Haftung des Ehegatten standen zunächst Anhänger eines traditionellen, sittlich aufgeladenen Ehebildes. Beispielhaft nahm Hans Reichel 1916 im Zweifel immer formlos wirksame Schuldmitübernahme an, da die Eheleute „der moralischen Idee nach“ eine Gütergemeinschaft bildeten.⁴⁵

Zudem rückten nicht die Fälle des Abzahlungskaufs, sondern das in Krieg- und Nachkriegszeit besonders heikle Mietrecht in den Vordergrund. 1916 gab Schucany einen Einblick in die Praxis der Bürgschaft von Ehefrauen: In der Praxis werde eine Mithaftung der Frau vor allem dann versucht, wenn es um eine Vorleistungspflicht des Gläubigers gehe. Fälle seien Miete, Pacht, Leihe, Darlehen und der Kreditkauf.⁴⁶ Nicht nur Franz Leonhard blickte besonders in das Mietrecht. Er betonte das berechnete Interesse eines Vermieters, im Nichtzahlensfall Zugriff

⁴² RG (v. 12.7.1907 – III 26/07) Soergel 1907, § 138 Nr. 11.

⁴³ Vgl. hierzu bereits *Haferkamp*, in: HKK, § 138, Rn. 6 m.w.N.; weitere Fallgruppen bringt nun *Holger Ruff*, Sittenwidrige Rechtsgeschäfte in der späten Kaiserzeit (= Rechtshistorische Reihe 359), Frankfurt a. M. 2007.

⁴⁴ Vgl. die Fallzahlen bei *Haferkamp*, in: HKK, § 138, Rn. 8.

⁴⁵ *Reichel*, *Gruchot* 61 (1917), S. 548 ff.; ähnlich bereits *ders.*, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme) (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 19), Berlin 1909, S. 109 f.

⁴⁶ *Emil Schucany*, Der Mitabschluß eines Schuldvertrages durch die Ehefrau des Vertragsschließenden nach schweizerischem und deutschem Recht, Aarau 1916, S. 9 ff., 15 ff.

auf die Möbel der Ehefrau nehmen zu können.⁴⁷ Dabei wurde hervorgehoben, dass die Ehefrau ja typischerweise auch die Vorteile der Wohnungsnutzung mit genieße.⁴⁸

Erst nach 1945, mit dem Aufkommen massenhafter Konsumentenkredite ging es um andere Fälle.⁴⁹ 1982 kam eine rechtssoziologische Pionierstudie für Konsumentenkredite zu dem Ergebnis, dass bei Konsumentenkrediten über 20.000 € in 81% der Fälle eine Mithaftung der Ehefrau vereinbart wird. Bei 20% aller Kredite wurden Bürgschaften vereinbart.⁵⁰ Betroffenenorganisationen schätzen aktuell, dass hinter jedem zweiten in Deutschland vergebenen Kredit eine bürgende Ehefrau steht.⁵¹

Anders als der alte Abzahlungskauf, der oftmals noch ohne Einschaltung einer Bank erfolgte, geht es inzwischen um routinetafliche Massengeschäfte, bei der der persönliche Kontakt zwischen Darlehensgeber und Bürge oft zu keinem Zeitpunkt hergestellt wird. Rainer Schröder hat 2000 auf eine Besonderheit des Falles aus dem Jahr 1993 verwiesen, die das Bundesverfassungsgericht negierte. Die Bank hatte die Bürgschaft „nur für die Akten“ verlangt.⁵² Die Bank beabsichtigte auf diese Sicherheit nur für den Fall zurückzugreifen, dass es zu Vermögensverschiebungen auf den Ehegatten gekommen war. Es ging also um Abschöpfung des Vermögens des Hauptschuldners, nicht um Zugriff auf das geringe Eigenvermögen der Bürgin. Ein alter Banker bestätigte mir mündlich einen Verdacht. Er meinte, früher habe man Ehegattenbürgschaften nur bei

⁴⁷ Franz Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. 1, München 1929, § 352, 702.

⁴⁸ Walther Bindhardt, Die Auslegung von Willenserklärungen, mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann, Diss. Marburg 1932, S. 35; Hans Falkenstein, Schuldbeitritt oder Schuleintritt. Unterbegriffe der kumulativen Schuldübernahme, Diss. Marburg 1931, S. 42.

⁴⁹ Vgl. nur Peter Derleder, Zins als Rente. Zur neueren Geschichte, Theorie und Praxis des Verbraucherkreditrechts, KJ 1991, S. 276 ff. (allerdings weitgehend ohne Nachweise); ders., Rechtliche Grenzen der Verschuldung junger Erwachsener, in: Festschrift für Johannes Bärman und Hermann Weitnauer, Berlin 1990, S. 273 ff.

⁵⁰ Vgl. Kurt Holzcheck/Günter Hörmann/Jürgen Daviter, Die Praxis des Konsumentenkredits in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1982, S. 242, 231.

⁵¹ So als Vertreterin der im Jahr 2000 in Berlin gegründeten „Initiative für bürgschaftsgeschädigte Frauen“: Annette Schmedt, Schulden für Andere durch Bürgschaften und Kreditmitunterschriften, in: U. Drobnig u.a. (Hg.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten in Deutschland und in den Niederlanden, Hamburg 2003, S. 47 ff.

⁵² Schröder (Fn. 5), S. 595 Fn. 21.

Vermögensverschiebungen in Anspruch genommen, einen Zugriff auf nahezu mittellose Ehegatten als „unanständig“ vermieden. Möglicherweise hat ein entpersonalisiertes Kreditmassengeschäft zu einer Änderung der Bankpraxis beigetragen, indem nun in rein betriebswirtschaftlicher Perspektive, alle vorhandenen Sicherheiten ausgeschöpft werden, unabhängig von der Leistungsfähigkeit und persönlichen Situation des Bürgen.

Die massenhafte Zunahme der Fälle und eine strengere Verwertungspraxis der Banken kommen jedenfalls als Gründe dafür in Betracht, dass in den 1980er Jahren⁵³ vor Gericht Fälle zunahmen, in denen in sittlich vorwerfbarer Weise auf krass überforderte Bürgen zugegriffen wurde.

Diese Deutung hat freilich noch einige blinde Flecke und bedarf näherer Untersuchung. Mein Erkenntnisziel war vorliegend zunächst bescheidener, die Relativierung der historischen Großlinienziehungen. Die Ehegattenbürgschaft hat eine eigene Geschichte, die überwiegend im 20. Jahrhundert spielt. Die Ausweitung der Ehegattenbürgschaft wurde forciert vom Kampf der Frauenbewegung um freie Geschäftsfähigkeit und Gütertrennung. Man forderte die Anerkennung der, so Marianne Weber, „freien, sittlichen Persönlichkeit“ der Frau. Auch den entscheidungsprägenden Männern ging es bei diesen Debatten nicht erkennbar darum, dem männlichen Fuchs im weiblichen Hühnerstall nun freie Bahn zu verschaffen. Im Familienrecht wurde vielmehr gerade auch von männlicher Seite ein Bedürfnis nach Schutz des weiblichen Vermögens vor den Gläubigern des Mannes klar anerkannt. Wie man das im Schuldrecht ohne Bevormundung machen konnte, das war eben die bereits damals und noch heute drängende Frage.

Hier, wie auch sonst ist also Vorsicht mit historischen Großdeutungen wie „Materialisierung“ geboten. Richter werden im historischen Längsschnitt schnell zu „Kindern ihrer Zeit“ reduziert und verschwinden in ideengeschichtlichen Zuweisungen. Man vergisst damit, dass Richter in ihren Entscheidungen nicht nur Zeitgeist befriedigen, sondern eben auch konkrete Lebenssachverhalte betrachten. Historisch bedeutete dies, dass

⁵³ Darstellung der einzelnen Entscheidungen bei *Norbert Haun*, Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit (Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, 50), Köln 1995, S. 29 ff.

Ehegattenbürgschaften zunächst als familienrechtliches und damit zugleich als sozialgeschichtliches Problem wahrgenommen wurden und sich damit deutlich von Bürgschaften anderer Personen unterschieden.