

Abänderungskläger¹⁰⁰ zur Präklusion nach § 323 Abs. 2 ZPO führen.¹⁰¹ Eine nachträgliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs kommt dann nur in Betracht, wenn sie durch neue Umstände erstmals gerechtfertigt wird.¹⁰² Ob diese schon im Ausgangsverfahren Gegenstand richterlicher Beurteilung waren, ist ohne Bedeutung.

Bei Altfällen kann es auf die Präklusion nicht ankommen. Wenn die Verfassungswidrigkeit einer Rechtslage (hier: einer bestimmten Methodenwahl) festgestellt ist, besteht für den Unterhaltsgläubiger insoweit kein schutzwürdiges Vertrauen, als sein Vorteil darauf beruht, dass der Schuldner einen ihm günstigen Vortrag unterlassen hat, weil es darauf – aus damals höchstrichterlich anerkannter Sicht – nicht ankam. Wäre er bei fortdauernder Unterhaltslast daran gehindert, sich heute auf Umstände zu berufen, die (bei geläuterter Erkenntnis) bereits seinerzeit die Anwendung der §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2 hätten stützen können, entstünde ein erhebliches Gerechtigkeitsdefizit. Das Gleichgewicht der aus der Ehe resultierenden Solidaritätsanforderungen – Basis des nachhelichen Unterhalts – wäre empfindlich gestört. Die (ohnehin geringe) Akzeptanz des geltenden Unterhaltsrechts würde weiter schwinden.

Im Rahmen eines Abänderungsverfahrens beurteilen sich die Voraussetzungen für einen Unterhaltsanspruch im Übrigen nach den aktuellen Verhältnissen einschließlich einer auf die tatsächliche Ehezeit bezogenen Prüfung der §§ 1573 Abs. 5, 1578 Abs. 1 S. 2. Es ist nur über die Ansprüche in der Zukunft zu entscheiden.

100 Die Präklusionsvorschrift gilt nicht für den Abänderungsbeklagten. Daher können solche Umstände zur Abwehr eines Erhöhungsverlangens des Gläubigers herangezogen werden (BGH FamRZ 1987, 259, 263 = NJW 1987, 1201). Vgl. *Johannsen/Henrich/Brudermüller*, (Fn 19) § 323 ZPO Rn 99 m.w.N.

101 BGH FamRZ 2000, 1499, 1501 = NJW 2000, 3789.

102 BGH FamRZ 2001, 905, 906 f.

Partnerschaftliche Solidarität durch Privatautonomie statt durch Schlüsselgewalt!

Prof. Dr. Gerhard Struck, Hamburg

1. Es gibt seit langem gute Gründe, den „rechtspolitisch verfehlten“¹ § 1357 BGB zu streichen. Dazu soll in diesem Beitrag ein neuer Anstoß gegeben werden. Wenn das Bundesverfassungsgericht 1989 die Verfassungswidrigkeit nicht festgestellt hat, so sollte man heute die überholte Norm parlamentarisch beseitigen.

Unter anderem durch das Lebenspartnerschaftsgesetz von 2001 ist die Situation verändert. Durch die Erweiterung des § 1357 BGB zu einem Recht aller staatlich gestützter Zweierbeziehungen kann nicht mehr übergangen werden, dass er gerade für die kinderlose Zweierbeziehung passen muss. Auch andere neuere Entwicklungen des Familienrechts führen systematisch dazu, dass § 1357 BGB zu streichen ist.

2. Für eine Beurteilung einer Norm, die Rechtsfragen in der Zweierbeziehung regeln soll, ist es nötig, sich die grundsätzlichen legitimen Ansätze klar zu machen.

2.1 Das statistisch vorrangige Recht der Zweierbeziehungen folgt im Ansatz der Privatautonomie. Dem folgt nicht nur die Vertragsfreiheit mit Abschlussfreiheit und Gestaltungsfreiheit, sondern auch das Recht der Stellvertretung. Der Bürger setzt durch das Rechtsgeschäft Vollmacht die Rechtsfolgen, und zwar betreffend des „Ob“ und des „Wie“. Der Mitbürger kann sich dazu in seiner Willensfreiheit verhalten, weil der Wille kundgetan werden muss. Das sog. Offenkundigkeitsprinzip ist nichts als die sachnähere Aus-

formung der Privatautonomie für das Stellvertretungsrecht. Den Willen kann der Bürger im Zeitablauf ändern, aber wo er zwei verschiedene Willen geäußert hat, tritt der Vertrauensschutz für den Mitbürger als Prinzip hinzu. Wer durch Beurkundung seines Willens den Anschein der Dauer setzt, muss nötigenfalls (§ 173 BGB) seinen neu gebildeten Willen aktiv kundgeben (§§ 170 ff. BGB). Nur für den Fall, dass ein Mitspieler sich nicht an die Spielregeln privatautonomer Setzungen hält, bestimmt das Gesetz Schadensersatz (vollmachtloser Stellvertreter, § 179 BGB).

2.2 Dort, wo die Beteiligten Recht und Justiz nicht wollen, also gerade im Intimbereich und dem Alltag, ist das Familiengeschehen zu Recht rechtsfreier Raum. Der BGH hat dies 1986 paradigmatisch ausgesprochen für den Fall einer Abrede über die Zeugung eines Kindes.²

2.3 Für den hier interessierenden Bereich der kleinen Alltagsgeschäfte wird man heute aber an der Wirksamkeit des Stellvertretungsrechtes nicht zweifeln, wenn nicht spezielles Familienrecht wie § 1357 BGB eingreift. Dieser dritte Regelungsansatz Familienrecht wird zuerst durch Art. 6 Abs. 1 GG strukturiert, nämlich das Gebot des besonderen Schutzes der Ehe, die heute im systematischen Zusammenhang mit der grundgesetzlichen Gleichstellung von Mann und Frau nach Art. § 3 GG gesehen wird. Legitim ist also spezielles Familienrecht, wenn es die Ehe nicht als abstrakte Institution fördert, sondern als Form des Zusammenlebens gleichermaßen freier Menschen. Eine solche Förderung muss dann allerdings – das ist konsequent zu verlangen – eventuelle beiläufige negative Effekte überwiegen. Diese Gleichstellung bezieht sich auf das gesamte Recht der Zweierbeziehung. Das Zentrum des Familienrechtes als Rechtspraxis liegt im Unterhalt. Dieser verbindet zwei Menschen, einen konkret Leistungsfähigen und einen konkret Bedürftigen, und es hat wie die klassische Obligation keine Rechtswirkungen für außenstehende Dritte.

2.4 Ferner sieht das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 1989 eine Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft der Ehegatten, und diese als Leitbild.³ Ob das als Realität oder als normative Basisvorstellung zu überzeugen mag, dazu unten.

3. Da der Kauf von Konsumgütern sicher nicht in den rechtsfreien Raum fällt, ist damit die Frage zu konkretisieren: Bleibt es vernünftigerweise durchgängig beim privatautonomem Vertretungsrecht, oder ist für einen Sonderbereich der heutige § 1357 BGB legitim?

3.1 Der Letztere wäre dem Vertretungsrecht vorzuziehen, wenn es zuträfe, dass er in seinem Anwendungsfeld die reale Gleichstellung der Ehegatten effektiv beförderte. So hat es in der Tat auf der Basis der herrschenden Meinung das Bundesverfassungsgericht jedenfalls für möglich gehalten. Der Gesetzgeber könne die Sache so einschätzen und habe auf dieser Basis Gestaltungsfreiheit. So zitierte das Verfassungsgericht die Gesetzesbegründung aus den siebziger Jahren, wonach erst der jetzige § 1357 dem einkommenslosen Ehegatten die Freiheit verschaffe, Familienunterhalt in Natur zu leisten.⁴ Kritiklos wurde auch die emphatische Aussage zitiert, ohne diese Rechtsmacht bleibe die dem haushaltsführenden Ehegatten eingeräumte eigenständige Leistungsbefugnis zur Unterhalterbringung „inhaltsleer“. In der Literatur wird dieser Gedanke meist etwas vergrößert und traditionsverhafteter dargestellt. Z.B. liest man bei *Rauscher*, § 1357 schaffe die wirtschaftliche Chancengleichheit des Haushaltsführenden.⁵

1 *Käppler*, AcP 179 (1979), 287.

2 BGH FamRZ 1986, 373, 375 = BGHZ 97, 372, 379. Die Grenzen dieses Bereichs wurden früher stärker in der Rechtskategorie Sittenwidrigkeit diskutiert.

3 BVerfG FamRZ 1989, 1274 = BVerfGE 81, 7.

4 BVerfG FamRZ 1989, 1274 = BVerfGE 81, 7.

5 *Rauscher*, Familienrecht, 2001, Rn 274.

Die rechtspolitische Forderung nach der Streichung des § 1357 BGB ergibt sich nun erstens daraus, dass diese Begründung die gesellschaftliche Realität verfehlt. Man muss sich zuerst einmal klar machen, welches der Kreis der Geschäfte ist, bei denen die freiheitsfördernde Wirkung als Freiheit zur Möglichkeit, Unterhalt zu leisten, eintreten soll. Die Norm findet keine Anwendung auf kleinere normale Geschäfte und auf größere normale Geschäfte. Wenn man sich den normalen Haushalt vorstellt, dann wird ein erheblicher Prozentsatz der kleinen alltäglichen Geschäfte bar abgewickelt oder über gedeckte Geldkarten. Ein erheblicher Teil des Haushaltsbudgets geht in Mietzahlungen oder in das Abzahlen von Bankkrediten für Eigentumswohnung oder Haus. Da die wesentlichen Unterhaltsbedarfe der Familie auf diese Weise abgedeckt werden, kann schlicht keine Rede davon sein, die Freiheit zur Unterhaltsleistung bleibe „inhaltsleer“. Es kann nur um Kreditgeschäfte gehen. Bei allen relevanten Kreditgeschäften setzen z.B. Verbraucherkredite Banken formulärmäßig die Mithaftung der Ehegatten durch. Die Gläubiger schützen sich also, und zwar vernünftigerweise unabhängig vom Eherecht des § 1357 BGB (übrigens auch bei nichtehelichen Lebenspartnern). Dort, wo ein Vorleistender auf die Bonität vertraut (der Klempner wird zur Reparatur eines kaputten Wasserhahns gerufen), kann die Branche offenbar ohne Überprüfung von Trauschein und Arbeitsvertrag mit hinreichend vielen seriösen Zahlern leben. Die Fälle in der Rechtsprechung sind jeweils solche, in denen keine Spur von der freiheitsfördernden Wirkung aufzuweisen ist.

Nun zur normativen Ebene. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahre 2002⁶ sind vier Regeln dem Grundgesetz entnehmbar: (a) Die Ehegatten treffen ihre Entscheidung über die Arbeitsverteilung selbst (d.h. der Staat regiert ihnen nicht herein), (b) auch der Umfang unterliegt ihrer Disposition, und (c) das Ergebnis ihrer Disposition ist der Anknüpfungspunkt für staatliches Recht bei Scheitern der Rechtsbeziehung Ehe; (d) dieses Recht hinterfragt weder die Gerechtigkeit der gewählten Arbeitsverteilung, noch wird die Realisierung der Arbeitsverteilung erforscht, sondern es findet eine grobe Pauschalierung durch Setzung der Gleichwertigkeit statt.

Für den § 1357 bedeutet dieses Verständnis erstens, dass haushaltsbezogenes Recht nicht unabhängig vom Willen der Beteiligten Gesetz sein kann, und zweitens, dass ein so schmales Segment der Gesamtheit von Lohn- und Hausarbeitsarbeit, wie es nach h.M. in § 1357 BGB geregelt sein soll, nicht Anknüpfungspunkt von speziellem zwingenden Recht sein kann.

Nach diesem Ansatz des Bundesverfassungsgerichtes bei der Disposition der Ehegatten ist es keinesfalls haltbar, dass nach *Wacke*⁷ § 1357 BGB auch dann zur Wirksamkeit der Mitverpflichtung führt, wenn vor dem Geschäft der eine dem anderen offen widersprochen hat. Es ist völlig systemfremd, dass das Recht hier in einen kleinen Alltagskonflikt der Ehegatten hineinregieren soll, wenn die Beteiligten darüber hinweggehen und nicht etwa die Scheidung beantragen. Eine Folge muss dann allerdings ganz immanent festgestellt werden: Tragen die Ehegatten im Prozess vor, es habe einen Widerspruch des nicht handelnden Partners gegeben, dann entfällt dessen Einstandspflicht. Man kann sich leicht vorstellen, was das für die Prozesspraxis bedeuten muss.

Mit dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichtes kommt man nicht zur Legitimation des § 1357 BGB.

3.2 Der Bundesgerichtshof hat auch noch 1991⁸ die Idee einer unterhaltsrechtlichen, spezifisch familienrechtlichen Bedeutung des § 1357 BGB gerade entgegengesetzt zur Geltung gebracht: Danach gibt § 1357 dem einkommenslosen Ehegatten die Möglichkeit, seinen eigenen Unterhalt ohne

Abstimmung mit seinem Ehegatten in der Weise durchzusetzen, dass ein von ihm abgeschlossenes Rechtsgeschäft dem Gläubiger den Direktzugriff auf dessen Vermögen gibt. Danach geht es nach der BGH-Rechtsprechung⁹ abweichend vom Bundesverfassungsgericht nur um das Recht auf Unterhalt, nicht um das Recht auf die Möglichkeit der Unterhaltsleistung. Hier wird also für einen ganz schmalen Teilbereich aller Geschäfte von Menschen, die in Zweierbeziehungen leben, die Unterhaltsleistung nicht über das Innenverhältnis abgewickelt, sondern der Berechtigte kann ohne Einschaltung der Justiz einen Direktzugriff eines Außenstehenden auf Vermögen des anderen Ehegatten bewirken. Das hat dann wiederum zur Folge, dass die wichtigste und unumgängliche unterhaltsrechtliche Kategorie, nämlich die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, in das offenste Tatbestandsmerkmal des § 1357 BGB, nämlich die „Umstände“, hineininterpretiert werden muss,¹⁰ wenn man nicht grob ungerechte Ergebnisse will. Auch die Frage der üblichen Abstimmung zwischen den Ehegatten, nämlich die Frage nach privatautonomem Vertretungsrecht, kehrt dann unter anderen Tatbestandsmerkmalen der Sache nach wieder.¹¹ Dadurch, dass die Fragen von Unterhaltsrecht und Vertretungsrecht nicht direkt in Anwendung der entsprechend ausgearbeiteten Normtexte gestellt werden können, bleiben die Formulierungen und Ergebnisse zumindest viel unklarer, als sie es nach einer Streichung des § 1357 BGB wären.

3.3 Nun hat das Bundesverfassungsgericht noch einen weiteren Versuch gemacht, eine spezifisch familienrechtliche Rechtfertigung für die Abweichung von der Privatautonomie zu finden, indem es vom „Leitbild der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft“ spricht. Ein solches Leitbild kann aber zweierlei sein: eine beschreibende Nachzeichnung der für normal gehaltenen Realität, die Lebensphänomene im rechtsfreien Raum begrifflich fassen soll. Wenn man sagen kann, dass Ehen oder Lebenspartnerschaften richtigerweise oder typischerweise so sind, so ist damit eben noch nicht gesagt, dass sie rechtlich so verfasst sind. Ganz im Gegenteil: Solche Vorverständnisse müssen sich wegen des Vorranges der Freiheitlichkeit und Privatheit rechtfertigen. Rechtliche Rechtfertigung muss ansetzen am gesetzlichen Güterstand.¹² Dieser ist nun irreführend bezeichnet, denn die Zugewinnsgemeinschaft ist keine Gemeinschaft, sondern für die intakte Zweierbeziehung ist sie nach § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB Gütertrennung, die für ganz randständige Fälle in § 1365 BGB eingeschränkt ist. Das angebliche Leitbild betrifft also nicht das, worum es hier geht, nämlich die intakte Partnerschaft. Hinzugefügt sei, dass der gesetzliche und statistische Normalfall des Eheendes durch Tod auch ohne einen Ausgleichsmechanismus bleibt, weil die Einführung der Zugewinnsgemeinschaft in der Hauptlinie nur zu einer so wieso historisch nötigen Veränderung des Erbrechts geführt hat.

Zu beachten ist auch: Kurze Zeit nach der Entscheidung des BVerfG von 1989 hatte sich der Gesetzgeber 1990 mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach dem Familiengesetzbuch der DDR erhalten bleiben sollte. Dies wurde

6 BVerfG FamRZ 2002, 527 = BVerfGE 105, 1.

7 MüKo/Wacke, 4. Aufl., Rn 22 zu § 1357.

8 BGH FamRZ 1992, 291 = BGHZ 116, 184.

9 BGH FamRZ 1992, 292 = BGHZ 116, 187.

10 BGH FamRZ 1992, 292 = BGHZ 116, 188.

11 BGH FamRZ 1992, 293 = BGHZ 116, 186.

12 Soweit das BVerfG das Leitbild auch aus Versorgungsausgleich und Ehegatten-Splitting zu entnehmen versucht, ist kurz anzumerken: Der Versorgungsausgleich betrifft nicht die intakte Ehe und nicht einmal die Mehrheit der Ehebeendigungen; das Splitting war immer umstritten und es wird gerade in neuerer Zeit seine Verfassungswidrigkeit behauptet, vgl. *Sacksowsky*, FPR 2003, 395 ff.

mit dem Einigungsvertrag den DDR-Bürgern überlassen, aber es wurde nicht einmal die Möglichkeit für die Bürger der BRD eingeräumt. Die DDR-Bürger mussten – ausgerechnet in dieser Zeit anderer Sorgen – zum Notar gehen, wenn sie ihren vergleichsweise gemeinschaftsorientierten Güterstand behalten wollten. Auf diese Weise wurde die Eigentums- und Vermögensgemeinschaft ziemlich gründlich beseitigt,¹³ und das mit Absicht. Man wollte 1990 für die Masse der Fälle nicht mehr als die Geltung des § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB, also rechtlich keine Gemeinschaftlichkeit. Die Rede von der „Wirtschaftsgemeinschaft“ ist darüber hinaus auch als Realitätsbeschreibung nicht ernst zu nehmen, denn der gewerbliche und unternehmerische Bereich kann gerade nicht gemeint sein. Begrenzt man „Wirtschaftsgemeinschaft“ auf „Konsumgemeinschaft“, dann bleibt für die Rechtfertigung des § 1357 BGB höchstens eine *petitio principii* übrig.

Man kann deshalb vermuten, dass mit der „Wirtschaftsgemeinschaft“ in vielen Texten etwas anderes gemeint ist. Der Gedanke könnte sein, dass der haushaltsführende Partner dem anderen die Konsummöglichkeit eröffnet und dass deshalb der andere (in der Hausfrauenehe der Mann) das bezahlen soll, was er konsumiert.¹⁴ Rechtlich ist das aber eine dunkle Emotion, die quer steht zum entwickelten deutschen System von Vertragsrecht, Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag etc.

4. Man könnte nun der Meinung sein, dass der § 1357 BGB belanglos und deshalb unschädlich ist und deshalb eine Streichung nicht notwendig ist. Dagegen ist zu sagen, dass diese Norm in keinem Tatbestandsmerkmal sprachlich unbefangen verstanden werden darf, wenn nicht unzutragliche Folgen eintreten sollen. Eine Norm aber, die das alltägliche Privatleben der Bürger dieses Landes regelt, ist selbstwidersprüchlich, wenn sie Geheimwissen der Juristen ist. Des Weiteren lässt sich zeigen, dass der reale Rechtszustand der Anwendung der Norm in der jetzigen Rechtsprechung einen hohen Grad von Zufälligkeit hat, der mit den denkbaren Rechtfertigungsansätzen nichts zu tun hat.

4.1 Bei welchen Geschäften wird die Existenz des § 1357 BGB kausal für Rechtswirkungen, die ohne ihn nicht eintreten? Nach dem Text sind dies „Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie“, soweit nicht „sich aus den Umständen etwas anderes ergibt“. Die Rede vom Lebensbedarf der Familie klingt volksnah und plausibel. Sie müsste sich gerade dann bewähren, wenn es um das typischerweise wichtigste Rechtsgeschäft im Umkreis einer Familiengründung geht: Das Dach überm Kopf ist im deutschen Klima unproblematischer Fall von Lebensbedarf. In sehr vielen Fällen werden die bisherigen kleinen Wohnungen der Individuen getauscht gegen gemietete Familienwohnungen; immer wieder wird unmittelbar bei dieser Gelegenheit auch ein Familienheim gekauft. Gerade beim wichtigen Geschäft der Wohnungsmiete soll aber § 1357 BGB keine Wirkung haben.¹⁵ Man kann dieses Ergebnis nur in die offenste denkbare juristische Generalklausel hinein geheimisen, nämlich in die „Umstände“. Das Recht der Wohnungsmiete muss die Zweierbeziehung unabhängig von der Ehe regeln, z.B. durch ein Recht des Zuzugs in die Wohnung des Partners,¹⁶ und z.B. durch ein Verbleibensrecht nach dem Tod desjenigen, der das Vertragsdokument allein unterschrieben hat, § 563 Abs. 1 und 2 BGB. § 1357 BGB könnte hier nur stören.

Dies ist ein Fall der durchgängigen Tendenz der herrschenden Meinung, den Gesetzestext nicht ernst zu nehmen, sondern beim „häuslichen Wirkungskreis“ stehen zu bleiben, also beim zentralen Konzept der alten „Schlüsselgewalt“. Von daher ist es gerechtfertigt, im Titel dieses Beitrags den Gegensatz von Schlüsselgewalt und Privatautonomie zu betonen.

4.2 Auch in anderer Hinsicht greift der Text der Vorschrift mit schöner Rhetorik zu weit. Die Doppelformel „berechtigt und verpflichtet“ erinnert an den Text von Art. 6 Abs. 1 GG und an die Rede von „ein Leib und ein Fleisch“. Für diese Grundvorstellung ist Testfall die Frage, ob Ehegatten und Lebenspartner immer dinglich gleichermaßen berechtigt sein sollen. „Berechtigt“ klingt in der deutschen Alltagssprache klar nach dem typischen Recht, nämlich nach Eigentum. Die Konsequenzen, die eine unbefangene Interpretation hätte, sind anlässlich der Entscheidung BGHZ 114, 74 von 1991 diskutiert worden. Dabei ist die Vorgehensweise des BGH bemerkenswert: Der BGH arbeitet heraus, wie sehr die gedachte dingliche Wirkung des § 1357 im Widerspruch stünde zu den wichtigen Regelungen des Ehegüterrechts, die der Gesetzgeber bei der Neuordnung des Ehegüterrechts in Durchsetzung der Gleichberechtigung geschaffen hat. Letztlich will der BGH aber weder am Text des § 1357 BGB anknüpfen, noch am Text des § 929 BGB, sondern er findet seine Lösung über das dogmatische Konstrukt „Geschäft für den, den es angeht“;¹⁷ somit wird das alltäglichste Handeln der Bürger für sie selbst nur entscheidbar, wenn sie mindestens fünf Semester Jura studieren.

4.3 Aus der Tradition des § 1357 BGB als einer Problemlösung der im Gesetz stabilisierten Hausfrauenehe stammt die Meinung, dieser sei nicht dispositiv. Sieht man § 1357 Abs. 2 S. 1 und S. 2 BGB an, dann ist deutlich, dass er dem Geiste nach tatsächlich wenig mit Privatautonomie zu tun hat, sondern ein Systembaustein war in einer Welt, in der das Binnenverhältnis der Ehegatten reguliert wurde durch die Mannesherrschaft in Verwaltung und Nutznießung und in der das Recht von Trennung und Scheidung dem Schuldprinzip unterlag. Zudem ist die Norm ausgerichtet auf jenes Großbürgertum, das mit Handelsregister und anderen Registern problemlos umging. Heute ist die Normierung in jedem Tatbestandsmerkmal ein Relikt, dass nur deshalb so unwichtig bleibt, weil § 1357 BGB insgesamt unwichtig ist. Dafür tritt umso deutlicher hervor, dass § 1357 in Wahrheit dispositiv ist. Dispositivität ist zu definieren als die Möglichkeit des Individuums, gewollte Rechtsfolgen mit Absicherung durch den Rechtsapparat zu bestimmen. Das Mittel dazu muss jeder Notar, der Eheverträge schließt, kennen. Beide Ehegatten schließen die Wirkung des § 1357 mit Eintragung in das Güterrechtsregister aus, und beide Ehegatten wehren sich einverständlich nicht beim Vormundschaftsgericht dagegen.¹⁸ Wie das Individuum eine Vertragsabschlussfreiheit hat, so kann es den Antrag nach § 1357 Abs. 2, zweite Satzhälfte, stellen oder es bleiben lassen. Wenn man die Vorstellung hat, § 1357 BGB sei eine Regulierung des Binnenverhältnisses mit einem Reflex des Gläubigerschutzes, dann wird hier die Inkonsequenz deutlich: Gläubigerschutz darf natürlich nicht von den Dispositionen denkbarer Schuldner unter Instrumentalisierung eines staatlichen Registers ausgehebelt werden. Wenn der Gläubigerschutz gerade auf einem Sektor der Alltagsgeschäfte funktionieren soll, in denen ein Geschäftspartner ohne große eigene Nachforschungen zum Gläubiger wird, dann ist das Ganze widersinnig.

4.4 Auch unterhalb der Ebene des Normtextes überzeugt die wichtigste dogmatische Hilfskonstruktion nicht. Die

13 S. zum Ganzen die präzise Darstellung von Lipp, FamRZ 1996, 1117 ff.: Es blieben weniger als 1 Promille übrig, vgl. Lipp, dort Fn 12.

14 Vgl. Staudinger/Hübner/Voppel, 1999, § 1357 Rn 20.

15 MüKo/Wacke, Fn 14, 4. Aufl., § 1357 Rn 24.

16 Vgl. z.B. Palandt, 62. Aufl., § 553 Rn 4.

17 BGH FamRZ 1991, 925 = BGHZ 114, 80.

18 BVerfG Fn 2, LS 5. Die sehr problematische Behauptung, dies sei sittenwidrig, ist ein stumpfes Schwert, vgl. dazu MüKo/Wacke, 4. Aufl., § 1357 Rn 41. Erstaunlich, wenn ein Kommentar dieses Thema einfach verschweigt, s. HK-BGB/Kemper, 2. Aufl., § 1357 Rn 4.

wichtigste Hilfsregel, die den prekären Text brauchbar machen soll, lautet: Geschäfte, die üblicherweise abgesprochen werden, unterfallen dem privatautonomen Stellvertretungsrecht, die anderen Geschäfte unterfallen dem § 1357 BGB.¹⁹ Dazu ist zu bemerken: Ausfüllen lässt sich ein solcher Satz nur, wenn der R1-besoldete Richter seine Weltkenntnis zum Maßstab der Welt und der Lebenspartnerschaften macht. In Wahrheit wird die Grenze von ausdrücklicher Absprache und Akzeptanz der Alleinentscheidung viel zu diffizil gezogen, als dass hier ein im Zivilprozess handhabbarer Maßstab gewonnen werden könnte. Kauft die Ehefrau eine Packung Zigaretten, dann muss sie niemanden um Einverständnis fragen; kauft der Vater für den 15-jährigen Sohn eine Packung Zigaretten, dann ist das unbedingt absprachepflichtig. Das Bild über dem Wohnzimmersofa wird abgesprochen, der Wandschmuck in der Küche nicht ... usw. Auch der letzte Versuch, schon weit weg vom Gesetzestext operationalisierbare Maßstäbe zu gewinnen, geht fehl. Er besteht in der sehr frei gesetzten Aussage, es komme bei alledem auf den nach außen sichtbar gewordenen Zuschnitt der Familien²⁰ an. Wenn man das ernst nähme, wie sollte das im Konfliktfall funktionieren? Welche Zeugen sollte man befragen, um die Art des Auftretens einer ganzen Familie in der Öffentlichkeit mit der für ein Urteil nötigen Sicherheit in Erfahrung zu bringen?

4.5 Nach Absatz 3 entfällt die Wirkung des § 1357 BGB bei Getrenntleben. Nimmt man den 1976 eingeführten § 1567 Abs. 1 S. 2 BGB und die Möglichkeit des Getrenntlebens in der gleichen Wohnung ernst, dann kann jeder Prozess mit großen Komplikationen belastet werden. Nimmt man ihn mit einer verbreiteten Meinung²¹ nicht ernst, dann kommt § 1357 systematisch auch dort zur Anwendung, wo es in keiner Weise um Deckung des Lebensbedarfes der Familie geht. Ein nicht lebensfremder Testfall: Ein kinderloses Ehepaar trennt sich in der Wohnung und „er“ schläft auf einem Sofa im Arbeitszimmer; dann kauft er auf Raten dafür einen Fernsehapparat – haftet „sie“ als Gesamtschuldnerin?

4.6. Zufällige Ergebnisse, die vom Gesetz nicht vorhersehbar gemacht werden, sind das Gegenteil von Recht. Die Forderung nach Streichung des § 1357 BGB sei noch kurz durch den Blick auf moderne Praxisprobleme gestützt. Da geht es zum Beispiel 1998 beim LG Stuttgart²² um eine Telefonrechnung in Höhe von 18.000 DM für drei Monate. Wer telefoniert hat, ist nicht aufgeklärt, aber im Wesentlichen sind Nummern auf karibischen Inseln angerufen worden. Dafür haftet dann nicht nur die Ehefrau, deren Unterschrift unter dem Vertrag über den Telefonanschluss von 1990 steht, sondern auch der Ehemann. So jedenfalls das Urteil, das dem Bürger gegenüber mit dem Hinweis gerechtfertigt werden müsste, das Gesetz sehe das so für den Lebensbedarf der Familie vor.

5. Ein Lebensbereich verlangt eine gesonderte Betrachtung: der Arzt- und Klinikvertrag. Innerhalb der insgesamt seltenen Anwendung des § 1357 BGB in der gerichtlichen Praxis liegt ein relativ wichtiges Feld. Beim allerersten Blick leuchtet intuitiv ein: Gerade, wenn es um Gesundheitserhalt geht, muss es eine rechtliche Einstandspflicht geben. Beim zweiten Blick stellen sich andere wichtigere Fragen: Geht es überhaupt um Gesundheit oder um Zusatzleistungen oder nur Erleichterungen des Schmerzes? Was hatten Arzt und Klinik zu tun, um richtig über Kostenlasten zu beraten? Wie muss eine Gesamtordnung des Bereiches aussehen?

Gerade dieser letztere, nämlich entscheidende Punkt sei hier durch Vergleichsfälle deutlich gemacht: (a) Eine alte Dame stürzt auf der Straße und Passanten greifen ihr unter die Arme und geleiten sie in die nahe Arztpraxis; nach der Versorgung der Platzwunde stellt sich heraus, dass die alte Dame dement ist. (b) Ein Dreizehnjähriger stürzt mit den Skatern; seine Kameraden geleiten ihn zum Arzt; nach der

Wundversorgung genehmigen die Eltern den Arztvertrag, was bei der Einkommenslosigkeit des Schülers nur ein Witz ist. (c) Eine Ehefrau geht zum Arzt, weil eine Venenscheidenentzündung sie beim Abwaschen hindert. (d) Ein selbständiger Klempner geht mit Fieber zum Arzt, damit er fieberfrei wird und weiterhin den Lebensbedarf der Familie durch seine Vollzeitarbeit für seine Kunden decken kann. – Die Lösung aller solcher Fälle muss in der ganz breiten Masse der Fälle über das Sozialrecht gefunden werden. Wenn es eine Restkategorie gibt, dann muss auch das Zivilrecht Gleichbehandlung anordnen, z.B. durch das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag und durch individuelle Verpflichtung. Ferner muss gerade in der heutigen Situation über Gesundheitskosten fallunabhängig geklärt werden, welche Informationspflichten der Arzt betreffend die Kosten hat, wie er bezahlt wird und wann Unfallhelfer privilegiert werden müssen.

In dieser Diskussion muss auch die neuere Verfassungsgerichts- und BGH-Rechtsprechung ab 1993²³ zur sittenwidrigen Mitverpflichtung vermögensloser Angehöriger in Bürgerschafts- und anderen Formularverträgen eingearbeitet werden. Viele Fälle der Rechtsprechung beschäftigen sich nämlich mit den finanziellen Folgen von tödlich verlaufenen Krankheiten;²⁴ hier geht es für die nächsten Angehörigen um emotionale Pressionsituationen, in denen der Handelnde selbst keinen Vorteil erwarten kann, sondern bestenfalls dem Todkranken Erleichterungen verschafft werden. Damit sind wichtige Elemente der genannten Rechtsprechung zur Mitverpflichtung gegeben, die sich in § 1357 BGB nicht angemessen diskutieren lassen.

6. Vielleicht wird ein Leser jetzt fragen, wo bei der in diesem Beitrag vertretenen Meinung die eheliche Solidarität bleibe. Zu dieser grundlegenden Frage ist zu sagen: Die Anwendung des § 1357 BGB führt dazu, dass am Ende die Gläubiger beiden Partnern gleichermaßen das Vermögen entziehen. Wird der § 1357 BGB gestrichen, dann können Gläubiger den einen kahl pfänden (es geht in der Rechtsprechung auch um hohe Beträge!), aber der andere kann noch weithin für die Aufrechterhaltung des Lebenszuschnittes beider in Wohnung, Essen etc. solidarisch sorgen. Er kann auch von Gläubigern unbehelligt sein Vermögen so ordnen, dass er in der ökonomisch vernünftigsten Form helfen kann. Das ist praktisch wohl gar nicht so selten. Die Streichung des § 1357 BGB stärkt die Ehe und die reale Solidarität der Ehepartner.

7. Fazit? § 1357 BGB ist im Rechtszustand ein Juristen-Konstrukt, das ab und zu einmal von Gläubigern entdeckt wird, wenn ein Fall verfahren ist. Jedenfalls ist er keine Förderung positiver Zwecke für die Paarbeziehungen, sondern das genaue Gegenteil. Auch mit einer Verstärkung der textfernen Interpretationen lässt sich nichts Vernünftiges erreichen. Eine Streichung des § 1357 BGB ist für alle bisher einschlägigen Fälle die gerechtere und im System des Familienrechts richtigere Lösung²⁵ und schließlich Konsequenz der Entwicklungen des letzten Jahrzehnts.

19 Z.B. *Rauscher*, Fn 7, Rn 277.

20 Vgl. z.B. BGH FamRZ 1989, 293 = BGHZ 116, 189.

21 HK-BGB/*Kemper*, 2. Aufl., § 1357 Rn 6.

22 LG Stuttgart FamRZ 2001, 1610.

23 BVerfG FamRZ 1994, 151 = BVerfGE 89, 214; zum BGH s. *Palandt*, 62. Aufl. § 138 Rn 37.

24 Vgl. BGH Fn 10; OLG Köln NJW-RR 1999, 228 und 733.

25 Übrigens kann der jetzige § 1357 das höchst problematische Projekt der geplanten §§ 1358 ff. nicht akzeptabler machen; vgl. dazu die noch zu zurückhaltende Kritik bei *Gödicke*, FamRZ 2003, 1894.