

MARIE HERBERGER

Von der »Schlüsselgewalt«  
zur reziproken  
Solidarhaftung

*Studien zum Privatrecht*

83

---

Mohr Siebeck

# Studien zum Privatrecht

Band 83





Marie Herberger

# Von der „Schlüsselgewalt“ zur reziproken Solidarhaftung

Zugleich ein Beitrag zum Rechtsprinzip der  
nachwirkenden ehelichen Solidarität

Mohr Siebeck

*Marie Herberger*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes; Masterstudiengang Europäisches und Internationales Recht am Europa-Institut der Universität des Saarlandes; 2018 Promotion; derzeit Rechtsreferendarin am OLG Zweibrücken.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

ISBN 978-3-16-156284-6 / eISBN 978-3-16-156285-3

DOI 10.1628/978-3-16-156285-3

ISSN 1867-4275 / eISSN 2568-728X (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*parentibus meis*



# Vorwort

*„et semel emissum volat irrevocabile verbum“*  
(Horaz, Epistulae 1,18,71)

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis Ende des Jahres 2017 berücksichtigt werden.

§ 1357 BGB ist mir schon 2009 im ersten Semester meines rechtswissenschaftlichen Studiums an der Universität des Saarlandes im großen Biologie-Hörsaal des Gebäudes A1 7 während der Vorlesung „Bürgerliches Vermögensrecht“ bei Prof. em. Dr. Dr. hc. mult. Helmut Rübmann begegnet. Die Situation steht mir noch lebhaft vor Augen, war ich doch damals überrascht, was es in der Rechtswelt so alles zu entdecken gibt. Ich hätte mir seinerzeit nicht träumen lassen, dass mich diese Vorschrift später einmal wissenschaftlich beschäftigen würde. Man trifft sich halt immer zweimal im Leben.

Angeregt wurde die Untersuchung durch meinen Doktorvater Prof. Dr. Markus Würdinger, der auch sehr zeitnah das Erstgutachten erstattete. Ich bin ihm für zahlreiche Anregungen, fortdauernde Betreuung und intensive Förderung außerordentlich dankbar. Prof. em. Dr. Dr. hc. mult. Helmut Rübmann danke ich nicht nur für die unglaublich schnelle Erstellung des Zweitgutachtens, sondern auch für die vielfältigen methodischen Anregungen, die ich aus seinen Veranstaltungen mitnehmen durfte. Dazu, dass auch die Disputation ein Erlebnis war, haben neben Erst- und Zweitgutachter Prof. Dr. Stephan Weth als Vorsitzender, mein Arbeitgeber in meiner Zeit als studentische Hilfskraft, und Prof. Dr. Michael Anton ihren Beitrag geleistet.

Gefördert wurde die Arbeit durch ein Promotionsstipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes und des Cusanuswerks – auch dafür spreche ich meinen Dank aus. Im Rahmen meines Bewerbungsverfahrens für diese Stipendien haben mir Prof. Dr. Nina Dethloff (Universität Bonn) und Prof. Dr. Diederich Eckardt (Universität Trier) im Gespräch dankenswerterweise wertvolle Ratschläge und viel Stoff zum Nachdenken gegeben. Dafür, dass die Ar-

beit dann teilweise eine andere Richtung genommen hat, als seinerzeit diskutiert, trage ich allein die Verantwortung. Dank sagen möchte ich zudem der Universitätsgesellschaft des Saarlandes, die mir auf Vorschlag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät für meine Dissertation den Dr.-Eduard-Martin-Preis verliehen hat.

Beim Mohr Siebeck-Verlag bedanke ich mich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Reihe „Studien zum Privatrecht“ und bei Frau Daniela Taudt für die Unterstützung bei der Veröffentlichung. Der Verlagsgesellschaft Wort schulde ich Dank für den Druckkostenzuschuss.

*Last but not least* sei meinen Eltern Marion und Maximilian gedankt, die mir solidarisch viele Türen geöffnet haben. Obwohl sie sich *in praxi* nie mit der „Schlüsselgewalt“ (*sit venia verbo*) beschäftigen mussten, konnten sie sich doch letzten Endes immer für meine Überlegungen zu § 1357 BGB begeistern. Meiner Mutter bin ich für aufmunternde Worte in allen Lebenslagen und meinem Vater für viele Gespräche (nicht nur) rund um diese Arbeit zu Dank verbunden. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Blieskastel, im Februar 2019

*Marie Herberger*

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Teil 1: Analyse <i>de lege lata</i> . . . . .	1
A. Einleitung . . . . .	1
I. Terminologische Vorbemerkung . . . . .	2
II. Chor der Kritik . . . . .	4
1. Systembruch . . . . .	4
2. Willkür . . . . .	4
3. Ehefeindlichkeit . . . . .	4
4. Gläubigerprivilegierung . . . . .	5
5. Funktionsverlust . . . . .	5
6. Anachronismus . . . . .	6
III. Praktische Bedeutung der Norm . . . . .	6
B. Gang der Untersuchung . . . . .	7
C. Entwicklung der Norm . . . . .	8
I. § 1357 BGB i. d. F. v. 01.01.1900 . . . . .	8
II. § 1357 BGB vom 01.04.1953 bis zum 30.06.1958 . . . . .	10
1. Sinngemäße Anwendung der späteren Neuregelung . . . . .	10
2. Anwendung auf beide Ehegatten . . . . .	11
3. „Natürliche Arbeitsteilung“ zwischen Mann und Frau . . . . .	11
III. § 1357 BGB i. d. F. vom 01.07.1958 . . . . .	11
IV. § 1357 BGB i. d. F. v. 01.07.1977 . . . . .	13
V. Weitere Entwicklungen nach 1977 . . . . .	15
1. Einfügung einer amtlichen Überschrift . . . . .	15
2. Ausdehnung auf eingetragene Lebenspartnerschaften . . . . .	15
3. „Familiengericht“ statt „Vormundschaftsgericht“ . . . . .	16
VI. Zusammenfassende Einordnung . . . . .	16
D. Methodische Qualifizierung der Norm . . . . .	17
I. Qualifizierung der Norm als Ausnahmenvorschrift . . . . .	17

1. § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB . . . . .	17
2. Schuldenhaftung . . . . .	17
3. Rechtsmacht <i>sui generis</i> . . . . .	18
4. Konsensprinzip . . . . .	19
5. Zusammenfassung . . . . .	19
II. Konsequenzen des Ausnahmecharakters der Norm für die Auslegung . . . . .	20
E. Rechtsnatur der Norm . . . . .	21
I. Stellvertretung . . . . .	21
1. Unmittelbare Stellvertretung . . . . .	22
a. Offenkundigkeitsprinzip . . . . .	22
b. Wille, für einen anderen zu handeln . . . . .	23
c. § 164 Abs. 2 BGB . . . . .	24
d. Abhängigkeitsverhältnis . . . . .	24
e. Rechtsfolgen . . . . .	25
f. Fazit . . . . .	26
2. Mittelbare Stellvertretung . . . . .	26
II. Objektbezogene Vermögensverwaltung . . . . .	26
III. Gesetzliche Rechtsfolgenerstreckung . . . . .	28
1. Darstellung . . . . .	28
2. Rechtsstellung des mitberechtigten und mitverpflichteten Ehegatten . . . . .	28
a. Wortlaut . . . . .	28
aa. „mit Wirkung“ . . . . .	28
bb. „berechtigt und verpflichtet“ . . . . .	29
cc. Fazit . . . . .	29
b. Historie . . . . .	29
c. Systematik . . . . .	30
d. Telos . . . . .	30
aa. Interesse des handelnden Ehegatten . . . . .	30
(1) Befugnis zur Ausübung von Gestaltungsrechten . . . . .	31
(a) Gemeinsame Befugnis der Ehegatten . . . . .	31
(b) Alleinige Befugnis des ursprünglich handelnden Ehegatten . . . . .	32
(c) Selbständige Befugnis eines jeden Ehegatten . . . . .	33
(d) Fazit . . . . .	35
(2) Wirkung der Ausübung von Gestaltungsrechten . . . . .	35
(a) Gesamtwirkung . . . . .	35
(b) Einzelwirkung . . . . .	37
(c) Fazit . . . . .	38

bb. Interesse des nicht-handelnden Ehegatten . . . . .	38
cc. Interesse des Geschäftspartners . . . . .	39
dd. Fazit . . . . .	39
e. Zusammenfassung . . . . .	39
3. Kritik . . . . .	39
IV. Organschaft . . . . .	39
V. Gesetzliche Verpflichtungsermächtigung . . . . .	40
VI. Rechtsmacht <i>sui generis</i> . . . . .	42
VII. Fazit . . . . .	42
F. Voraussetzungen der Norm . . . . .	42
I. Anwendbarkeit der Norm . . . . .	43
1. Zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .	43
2. Räumlicher Anwendungsbereich . . . . .	43
II. Persönlicher Anwendungsbereich . . . . .	44
1. Bestehen einer Ehe . . . . .	44
a. Möglichkeiten der Information . . . . .	44
aa. Ehering . . . . .	44
bb. Personalausweis . . . . .	45
cc. Registereinsicht . . . . .	45
(1) Personenstandsregister . . . . .	45
(2) Erweiterte Melderegisterauskunft . . . . .	46
dd. Soziale Netzwerke . . . . .	47
ee. Wahrscheinlichkeitsabschätzung . . . . .	47
b. Fazit . . . . .	48
2. Haushaltsführung . . . . .	48
3. Güterstand . . . . .	49
III. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	50
1. Notwendige Geschäfte . . . . .	50
a. Darstellung . . . . .	50
b. Kritik . . . . .	51
2. Verständigung unter den Ehegatten . . . . .	51
a. Darstellung . . . . .	51
b. Kritik . . . . .	52
3. Abstimmung zwischen den Ehegatten im Einzelfall . . . . .	52
a. Darstellung . . . . .	52
b. Kritik . . . . .	52
4. Selbständige Erledigung . . . . .	53
a. Darstellung . . . . .	53
b. Kritik . . . . .	53
5. Stellungnahme . . . . .	53

6. Erkennbarkeit für den Rechtsverkehr . . . . .	54
IV. Fehlen eines Ausschlussgrundes . . . . .	56
1. Gegenteilige Umstände . . . . .	56
2. Eintragung im Güterrechtsregister . . . . .	57
a. Zuständigkeit . . . . .	57
b. Einsichtsmöglichkeiten . . . . .	59
3. Getrenntleben . . . . .	60
a. Anlehnung an § 1567 Abs. 1 BGB . . . . .	60
aa. Grundgedanke . . . . .	60
bb. Anknüpfung an die Eintragung im Güterrechtsregister . . . . .	61
cc. Problematik der Erkennbarkeit . . . . .	64
b. Nichtbestehen der häuslichen Gemeinschaft . . . . .	64
c. Fazit . . . . .	65
d. Auswirkungen auf Dauerschuldverhältnisse . . . . .	65
V. Erkennbarkeit durch Erkundigung . . . . .	69
VI. Fazit . . . . .	70
G. Zweckannahmen in Rechtsprechung und Literatur . . . . .	70
I. Ermöglichung der Haushaltsführung . . . . .	71
1. Darstellung . . . . .	71
2. Kritik . . . . .	72
a. Kein Erfordernis einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung . . . . .	72
b. Kenntnis des Geschäftspartners . . . . .	72
c. Zu- bzw. Doppelverdienersehen . . . . .	73
d. Vorschussverpflichtung (§ 1360a Abs. 2 S. 2 BGB) . . . . .	73
e. Einräumung der Rechtsmacht an beide Ehegatten . . . . .	73
f. Mitverpflichtung des haushaltsführenden Ehegatten . . . . .	74
g. Bezug zur Haushaltsführungsehe . . . . .	74
h. Fazit . . . . .	76
II. Erhöhung der Kreditwürdigkeit der Familie . . . . .	76
1. Darstellung . . . . .	76
2. Kritik . . . . .	77
a. Kenntnisstand als untaugliches Kriterium . . . . .	77
b. Fehlende Kreditwürdigkeit . . . . .	77
c. Gläubigerinteressen . . . . .	77
d. Fazit . . . . .	77
III. Mögliche Nutzung der Bonität des anderen Ehegatten . . . . .	78
IV. Sicherstellung der wirtschaftlichen Chancengleichheit innerhalb der Familie . . . . .	78

1. Darstellung . . . . .	78
2. Kritik . . . . .	79
a. Kenntnis des Geschäftspartners . . . . .	79
b. Praxis des Rechtsverkehrs . . . . .	79
c. Rechtsmacht für beide Ehegatten . . . . .	79
d. Anderweitige ausreichende Sicherung . . . . .	80
e. Beschränkung auf haushaltsbezogene Geschäfte . . . . .	80
f. Fazit . . . . .	80
V. Stärkung der Unterhaltsgemeinschaft „Ehe“ . . . . .	80
1. Darstellung . . . . .	80
2. Kritik . . . . .	81
3. Fazit . . . . .	81
VI. Versionshaftung . . . . .	81
1. Darstellung . . . . .	81
2. Kritik . . . . .	82
a. Spannungslage zum Normzweck . . . . .	82
a. Mangelnde empirische Verankerung . . . . .	82
b. Mangelnde Bestimmtheit . . . . .	83
c. Vereinbarkeit mit § 1357 Abs. 2 BGB . . . . .	83
d. Erklärungswert für § 1357 Abs. 3 BGB . . . . .	83
e. Konflikt mit dem gesetzgeberischen Willen . . . . .	84
f. Fazit . . . . .	84
VII. Vermeidung einer Betrugsstrafbarkeit . . . . .	84
1. Darstellung . . . . .	85
2. Kritik . . . . .	85
a. Erklärungsgehalt . . . . .	86
b. Zahlungsfähigkeit . . . . .	86
c. Fazit . . . . .	87
VIII. Gläubigerschützende Funktion . . . . .	87
1. Darstellung . . . . .	87
2. Kritik . . . . .	88
a. Risikoerhöhung . . . . .	88
aa. Funktionsteilung innerhalb der Ehe . . . . .	89
bb. Geschäfte größeren Umfangs . . . . .	89
b. Nutzenerwägungen . . . . .	90
c. Motivationswirkung . . . . .	90
d. Möglichkeit der ausdrücklichen Absicherung . . . . .	90
e. Mitberechtigung des Ehegatten . . . . .	91
f. Mitverpflichtung des nicht-verdienenden haushaltsführenden Ehegatten . . . . .	91

g.	Beschränkung bzw. Ausschließung nach § 1357 Abs. 2 BGB . . . . .	91
h.	Fazit . . . . .	92
IX.	Gesetzgeberischer „Beharrungswille“ . . . . .	92
1.	Darstellung . . . . .	92
2.	Kritik . . . . .	93
3.	Fazit . . . . .	93
X.	Stellungnahme . . . . .	93
XI.	Teleologie des Regelungsregimes von § 1357 BGB im Rahmen der eingetragenen Lebenspartnerschaft . . . . .	94
1.	Gleichstellung von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft . . . . .	94
2.	Ehename (§ 1355 Abs. 1 BGB) und Lebenspartnerschaftsname (§ 3 Abs. 1 S. 1 LPartG) . . . . .	94
3.	Trennungshäufigkeit . . . . .	95
4.	Zweckargumentation aus der Erwerbstätigkeit im Rahmen der eingetragenen Lebenspartnerschaft . . . . .	95
5.	Fazit . . . . .	96
H.	Solidarität nach Scheitern der Ehe . . . . .	97
I.	Rechtslage ohne § 1357 BGB . . . . .	98
1.	Juristische Ausgleichsmöglichkeiten . . . . .	98
a.	Unterhaltsrecht . . . . .	98
aa.	Unterhaltsrechtliche Zahlungsströme während bestehender Ehe . . . . .	98
bb.	Unterhaltsrechtliche Zahlungsströme während bestehender eingetragener Lebenspartnerschaft . . . . .	99
cc.	Unterhaltsrechtliche Zahlungsströme nach Trennung bzw. Scheidung der Ehe . . . . .	99
(1)	Unterhalt bei Getrenntleben während bestehender Ehe . . . . .	99
(2)	Unterhalt nach Scheidung der Ehe . . . . .	101
dd.	Unterhaltsrechtliche Zahlungsströme nach Trennung bzw. Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft . . . . .	102
(1)	Unterhalt bei Getrenntleben innerhalb der eingetragenen Lebenspartnerschaft . . . . .	102
(2)	Unterhalt nach Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft . . . . .	102
ee.	Zwischenfazit . . . . .	102

b.	Stellvertretung . . . . .	103
aa.	Handeln im fremden Namen . . . . .	103
bb.	Vertretungsmacht . . . . .	104
cc.	Zwischenfazit . . . . .	105
2.	Finanztechnische Ausgleichsmöglichkeiten . . . . .	105
a.	Tatsächlicher Hintergrund . . . . .	105
b.	Rechtlicher Hintergrund . . . . .	106
3.	Gesamtfazit . . . . .	106
II.	Rechtslage mit § 1357 BGB . . . . .	106
1.	Familienrechtliche Überlagerung des Gesamtschuldverhältnisses . . . . .	106
2.	Wegfall der familienrechtlichen Überlagerung des Gesamtschuldverhältnisses . . . . .	108
3.	Zeitpunkt des Wegfalls der familienrechtlichen Überlagerung des Gesamtschuldverhältnisses . . . . .	109
a.	Ende des Trennungsjahres nach § 1566 Abs. 1 BGB . . . . .	109
b.	Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags . . . . .	109
c.	Beginn des Getrenntlebens nach § 1567 BGB . . . . .	110
d.	Fazit . . . . .	110
4.	Verhaltenssteuernde Wirkung . . . . .	110
5.	Gesamtfazit . . . . .	111
III.	Das Konzept der Solidarität . . . . .	111
1.	Sprachgeschichtliche und rechtshistorische Wurzeln . . . . .	112
2.	Soziologischer Kontext . . . . .	113
a.	Emotionale Verbundenheit der involvierten Individuen . . . . .	114
b.	Berechtigte Erwartung gegenseitiger Hilfe . . . . .	115
aa.	Art. 6 Abs. 1 Var. 1 GG . . . . .	116
bb.	Der Rechtsgedanke des § 1353 BGB . . . . .	116
cc.	Unterhaltsrecht . . . . .	116
dd.	Recht des Ehevertrags . . . . .	117
ee.	Mietrecht . . . . .	118
ff.	Auskunftsansprüche . . . . .	118
gg.	Zustimmungspflichten . . . . .	118
hh.	Zugewinnausgleich . . . . .	119
ii.	Versorgungsausgleich . . . . .	119
jj.	Fazit . . . . .	120
c.	Legitimität der jeweiligen Gemeinschaft . . . . .	120
d.	Zusammenfassung . . . . .	120
3.	Normative Rechtfertigung . . . . .	120
4.	Mögliche Einwände . . . . .	121

a.	Grundsätzliche Kritik am Prinzip der nachwirkenden ehelichen Solidarität . . . . .	121
aa.	Fehlender Prinzipiencharakter . . . . .	121
(1)	Der Prinzipienbegriff nach <i>Diederichsen</i> und <i>Larenz</i> . . . . .	122
(2)	Der Prinzipienbegriff nach <i>Alexy</i> . . . . .	122
bb.	Kein „richtiges Recht“ . . . . .	123
cc.	Verstoß gegen die Gesetze der Logik . . . . .	123
dd.	Fehlende Legitimationskraft des Prinzips . . . . .	124
ee.	Bloße Umschreibung einer Rechtsfolge . . . . .	125
ff.	Mangelnde Bestimmtheit . . . . .	125
gg.	Notwendige Begrenzung der nachwirkenden ehelichen Solidarität . . . . .	126
hh.	Gesetzgeberische Neubewertung . . . . .	126
ii.	Fazit . . . . .	127
b.	Denkbare kritische Einwände gegen das Konzept der nachwirkenden ehelichen Solidarität als Begründungsansatz im Rahmen von § 1357 BGB . . . . .	127
aa.	Vereinbarkeit mit Auslegungsprinzipien . . . . .	127
bb.	Trennungsprinzip der Juristischen Methodenlehre . . . . .	130
cc.	Abschließende unterhaltsrechtliche Lösung . . . . .	131
dd.	Fehlende Notwendigkeit wegen Zugewinnausgleichs . . . . .	131
ee.	Mangelnde Plausibilität im Falle der Doppelverdienerehe . . . . .	132
ff.	Alleiniger Eigentumserwerb des haushaltsführenden Ehegatten . . . . .	132
gg.	Verteilung des Insolvenzrisikos . . . . .	133
hh.	Gläubigerschutz . . . . .	134
ii.	Spannungslage zum persönlichen Anwendungsbereich . . . . .	134
jj.	Spannungslage zum sachlichen Anwendungsbereich . . . . .	135
kk.	Fazit . . . . .	135
c.	Zusammenfassung . . . . .	135
IV.	Gesamtfazit . . . . .	135
I.	Verfassungskonformität der Norm . . . . .	136
I.	Darstellung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	136
1.	Art. 6 Abs. 1 GG . . . . .	136
a.	Der Gedankengang des Gerichts . . . . .	136
b.	Kritik . . . . .	137
aa.	Zweck . . . . .	137

bb. Mitberechtigung . . . . .	137
(1) Formale Betrachtungsweise . . . . .	137
(2) Interessenanalyse . . . . .	138
(3) Behandlungsverträge (§ 630a BGB) . . . . .	138
(a) Anwendbarkeit . . . . .	138
(b) Unanwendbarkeit . . . . .	139
(aa) Persönliche Bedürfnisse . . . . .	139
(bb) Versicherungspflicht . . . . .	140
(cc) Einkommensstatus der Ehegatten . . . . .	141
(dd) Gegenteilige Umstände . . . . .	142
(c) Fazit . . . . .	146
(d) Konsequenz . . . . .	147
(e) Zusammenfassung . . . . .	147
(4) Form der Mitberechtigung . . . . .	147
(a) Mitgläubigerschaft (§ 432 BGB) . . . . .	147
(aa) Wortlaut . . . . .	148
(bb) Systematik . . . . .	148
(cc) Teleologische Auslegung . . . . .	148
(b) Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB) . . . . .	149
(c) Fazit . . . . .	151
(5) Dingliche Wirkung . . . . .	151
(a) Wortlaut . . . . .	152
(b) Entstehungsgeschichte . . . . .	153
(c) Systematik . . . . .	154
(aa) § 1356 BGB . . . . .	154
(bb) § 1363 Abs. 2 S. 1 BGB . . . . .	154
(cc) § 1369 BGB . . . . .	155
(dd) § 1370 BGB . . . . .	156
(ee) § 1414 BGB . . . . .	156
(ff) §§ 1415 ff. BGB . . . . .	157
(gg) § 1362 BGB . . . . .	157
(hh) Fazit . . . . .	158
(d) Teleologie . . . . .	158
(e) Zusammenfassung . . . . .	159
(f) Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 929 ff. BGB . . . . .	159
(aa) Perspektive des Veräußerers . . . . .	159
(bb) Perspektive des handelnden Ehegatten . . . . .	160
(aaa) Erwerb von Miteigentum . . . . .	160

(bbb) Gegenleistungs- bzw. Surrogationserwerb . . . . .	161
(ccc) Erwerb von Alleineigentum . . . . .	162
(cc) Stellungnahme . . . . .	162
(dd) Fazit . . . . .	163
(g) Zusammenfassung . . . . .	163
(h) Qualifikation des Miteigentums . . . . .	164
(i) Zwischenfazit . . . . .	164
cc. Zusammenfassung . . . . .	164
c. Gesamtfazit . . . . .	165
2. Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	165
a. Der Gedankengang des Gerichts . . . . .	165
b. Kritik . . . . .	166
aa. Anwendungsbereich . . . . .	166
(1) Ehegatten . . . . .	166
(2) Eingetragene Lebenspartnerschaft . . . . .	166
(3) Nichteheliche Lebensgemeinschaft . . . . .	166
(a) Vertrauenstatbestand . . . . .	167
(b) Analoge Anwendbarkeit . . . . .	167
(aa) Regelungslücke . . . . .	169
(bb) Planwidrigkeit einer etwaigen Regelungslücke . . . . .	170
(cc) Hinreichend vergleichbare Interessenlage . . . . .	170
(c) Gesamtfazit . . . . .	171
(4) Verlobte . . . . .	171
(5) Fazit . . . . .	171
bb. Zugewinnausgleich, Versorgungsausgleich, Splittingverfahren . . . . .	171
(1) Zugewinnausgleich . . . . .	172
(2) Versorgungsausgleich . . . . .	172
(3) Splittingverfahren . . . . .	172
(4) Fazit . . . . .	173
cc. Wirtschaftliche Gemeinschaft . . . . .	173
c. Fazit . . . . .	174
3. Art. 2 Abs. 1 GG (Selbstbestimmungsrecht der Ehegatten) . . . . .	174
a. Der Gedankengang des Gerichts . . . . .	174
aa. Verpflichtung zum Familienunterhalt nach § 1360 BGB . . . . .	174
bb. Ausschluss nach § 1357 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB . . . . .	174
b. Kritik . . . . .	174

aa.	Unterhaltsrechtliche Dimension . . . . .	174
bb.	Ausschließungsmöglichkeit . . . . .	175
(1)	Einseitige Ausschließung . . . . .	175
(2)	Beiderseitige gleichzeitige Ausschließung . . . . .	177
(3)	Vertragliche Ausschließung . . . . .	178
(a)	Zulässigkeit . . . . .	178
(b)	Unzulässigkeit . . . . .	178
(c)	Zwischenfazit . . . . .	179
(4)	Gesamtfazit . . . . .	179
cc.	Zusammenfassung . . . . .	180
II.	Stellungnahme . . . . .	180
III.	Verfassungsrechtliche Überprüfung der Norm mit Blick auf die „neue“ Zweckzuschreibung . . . . .	180
1.	§ 1357 Abs. 1 BGB . . . . .	180
a.	Das Prüfprogramm des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	180
aa.	Schutzbereich und Eingriff . . . . .	180
bb.	Rechtfertigung . . . . .	181
cc.	Fazit . . . . .	181
b.	Weitere betroffene Grundrechte . . . . .	181
aa.	Art. 12 Abs. 1 GG . . . . .	182
(1)	Schutzbereich . . . . .	182
(2)	Eingriff . . . . .	182
(3)	Fazit . . . . .	183
bb.	Art. 2 Abs. 1 GG (Selbstbestimmungsrecht des Geschäftspartners) . . . . .	183
(1)	Schutzbereich . . . . .	183
(2)	Eingriff . . . . .	183
(3)	Rechtfertigung . . . . .	184
(4)	Fazit . . . . .	185
c.	Gesamtfazit . . . . .	185
2.	§ 1357 Abs. 2 BGB . . . . .	185
a.	Schutzbereich und Eingriff . . . . .	185
b.	Rechtfertigung . . . . .	185
c.	Fazit . . . . .	186
3.	§ 1357 Abs. 3 BGB . . . . .	186
4.	Zusammenfassung . . . . .	186
J.	Ergebnis der Analyse <i>de lege lata</i> . . . . .	187

Teil 2: Vorschlag de lege ferenda . . . . .	189
A. Methodische Vorbemerkung . . . . .	189
B. Entwicklung des Gesetzesvorschlags . . . . .	190
I. Rechtsfolge . . . . .	190
1. Verpflichtungsseite . . . . .	190
a. Alleinige Verpflichtung des nicht-handelnden Ehegatten . . . . .	190
b. Verpflichtung des nicht-handelnden Ehegatten bei subsidiärer Verpflichtung des handelnden Ehegatten . . . . .	191
c. Verpflichtung beider Ehegatten . . . . .	191
d. Alleinverpflichtung des handelnden Ehegatten mit reinem Innenausgleich . . . . .	192
aa. Darstellung . . . . .	192
bb. Kritik . . . . .	192
(1) Stellung des nicht-handelnden Ehegatten . . . . .	193
(2) Diversifizierende Wirkung . . . . .	193
(3) Rollenverständnis der Ehegatten als Verantwortungsgemeinschaft . . . . .	194
(4) Verfassungsrechtliche Beurteilungsparameter . . . . .	194
(5) Fazit . . . . .	194
e. Gesamtfazit . . . . .	194
2. Berechtigungsseite . . . . .	195
a. Schuldrechtliche Ebene . . . . .	195
b. Dingliche Ebene . . . . .	195
aa. § 1362 BGB . . . . .	196
bb. § 1370 BGB a. F. . . . .	196
cc. Zwischenfazit . . . . .	197
3. Gesamtfazit . . . . .	197
II. Persönlicher Anwendungsbereich . . . . .	197
1. Jeder Ehegatte . . . . .	197
2. Haushaltsführender Ehegatte ohne Einkünfte . . . . .	197
3. Haushaltsführender Ehegatte . . . . .	198
4. Fazit . . . . .	199
III. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	199
1. Vorbemerkung . . . . .	199
2. Verträge zur Haushaltsführung . . . . .	200
a. Begriff i. S. v. § 1356 Abs. 1 BGB . . . . .	200
aa. Haushaltsführung . . . . .	200
bb. Eigenverantwortlichkeit . . . . .	201
b. Begriff im Kontext des Haushaltsführungsschadens . . . . .	201

3. Rechtsprechung zum sachlichen Anwendungsbereich	
von § 1357 BGB . . . . .	202
a. Behandlungsverträge (§ 630a Abs. 1 BGB) . . . . .	202
aa. Zugunsten einer der Ehegatten . . . . .	202
(1) Bisherige Rechtsprechung . . . . .	202
(2) Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	203
bb. Zugunsten der Kinder . . . . .	203
(1) Bisherige Rechtsprechung . . . . .	203
(2) Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	204
b. Krankenhausverträge . . . . .	204
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	204
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	205
c. Reiseverträge (§ 651a Abs. 1 BGB) . . . . .	205
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	205
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	205
d. Energieversorgungsverträge . . . . .	206
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	206
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	206
e. Telefonversorgungsverträge . . . . .	207
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	207
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	207
f. Kaufverträge (§ 433 BGB) . . . . .	207
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	207
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	208
g. Werkverträge (§ 631 BGB) . . . . .	208
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	208
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	209
h. Mietverträge über Wohnraum (§§ 535, 549 BGB) . . . . .	209
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	209
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	210
i. Maklerverträge (§ 652 BGB) . . . . .	210
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	210
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	211
j. Darlehensverträge (§ 488 BGB) . . . . .	211
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	211
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	212
k. Kostenübernahme bei Klassenfahrten . . . . .	212
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	212
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	212
l. Steuerberaterverträge (§§ 675, 611 BGB) . . . . .	213

aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	213
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	213
m. Rechtsanwaltsverträge (§§ 675, 611 BGB) . . . . .	213
aa. Bisherige Rechtsprechung . . . . .	213
bb. Lösungsvorschlag <i>de lege ferenda</i> . . . . .	214
n. Zusammenfassung und Ausblick . . . . .	214
4. Rechtsentwicklung in Deutschland seit 1950 und Formulierungen zum sachlichen Anwendungsbereich in anderen Rechtsordnungen . . . . .	215
a. Bezugspunkt . . . . .	215
aa. Familie . . . . .	216
bb. Haushalt . . . . .	217
cc. Fazit . . . . .	217
b. Gegenstandsbereich . . . . .	217
aa. Angelegenheiten . . . . .	217
bb. Gewöhnliche Notwendigkeiten . . . . .	218
cc. (Lebens-)Bedürfnisse / Bedarf . . . . .	218
dd. Unterhalt . . . . .	219
ee. Erhaltung der Ehwohnung, des Hausrates oder der Ernährung der Familie . . . . .	219
ff. Verträge zur Führung des Haushalts . . . . .	220
gg. Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens . . . . .	220
hh. Erziehung der Kinder . . . . .	221
ii. Fazit . . . . .	221
5. Zusammenfassung . . . . .	221
6. Korrektiv bei Dauerschuldverhältnissen . . . . .	221
IV. Ausschließung bzw. Beschränkung der Rechtsmacht . . . . .	222
1. Geltende Rechtslage . . . . .	222
2. Künftige Rechtslage . . . . .	222
a. Innenverhältnis zwischen den Ehegatten . . . . .	223
aa. Regelung der Haushaltsführung . . . . .	223
bb. Ehevertraglicher Ausschluss . . . . .	223
b. Außenverhältnis gegenüber Dritten . . . . .	224
V. Ausschlussgrund . . . . .	224
VI. Systematischer Standort . . . . .	224
VII. Verweisung . . . . .	225
C. Ergebnis der Analyse <i>de lege ferenda</i> . . . . .	225
I. Gesetzesvorschlag . . . . .	225
II. Terminologie . . . . .	225

D. Verfassungskonformität der Norm . . . . .	226
I. Art. 6 Abs. 1 Var. 1 GG . . . . .	226
1. Schutzbereich . . . . .	226
2. Eingriff . . . . .	226
3. Rechtfertigung . . . . .	226
II. Art. 3 Abs. 1 GG . . . . .	227
1. Rechtlich relevante Ungleichbehandlung . . . . .	227
a. Wesentlich Gleiches . . . . .	228
aa. Ausgangssachverhalt . . . . .	228
bb. Bezugssachverhalt . . . . .	228
b. Ungleichbehandlung . . . . .	228
2. Rechtfertigung . . . . .	228
III. Art. 2 Abs. 1 GG (Selbstbestimmungsrecht der Ehegatten) . . . . .	229
1. Schutzbereich . . . . .	229
2. Eingriff . . . . .	229
3. Rechtfertigung . . . . .	230
IV. Art. 12 Abs. 1 GG . . . . .	230
V. Art. 2 Abs. 1 GG (Selbstbestimmungsrecht des Geschäftspartners) . . . . .	230
1. Schutzbereich . . . . .	231
2. Eingriff . . . . .	231
3. Rechtfertigung . . . . .	231
a. Zusätzlicher Schuldner . . . . .	231
aa. Entscheidungsfreiheit . . . . .	232
bb. Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) . . . . .	232
cc. Erlassvertrag (§ 397 BGB) . . . . .	232
dd. Systematik . . . . .	233
ee. Stellungnahme . . . . .	234
b. Zusätzlicher Gläubiger . . . . .	235
c. Stellungnahme . . . . .	236
VI. Fazit . . . . .	236
E. Praktikabilität und Begrenzung . . . . .	236
I. Lösung des Bundesgerichtshofs . . . . .	237
II. Lösung nach § 1357 BGB n. F. . . . .	238
1. Persönlicher Anwendungsbereich . . . . .	238
2. Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	238
3. Fazit . . . . .	239
III. Gesamtfazit . . . . .	239

Teil 3: Zusammenfassung . . . . .	241
Anhang 1: Vorlagebeschlüsse des AG St. Wendel . . . . .	245
1. Vorlagebeschluss: AG St. Wendel, Beschl. v. 29.10.1986, 4 C 531/86 . . . . .	245
2. Vorlagebeschluss: AG St. Wendel, Beschl. v. 13.10.1986, 4 C 572/86 R . . . . .	247
3. Vorlagebeschluss: AG St. Wendel, Beschl. v. 01.10.1986, 4 C 413/86 R . . . . .	249
Anhang 2: Entscheidungen zu § 1357 BGB . . . . .	251
Literaturverzeichnis . . . . .	267
Sachregister . . . . .	289

## Teil 1

# Analyse *de lege lata*

## A. Einleitung

§ 1357 BGB stand und steht wegen seiner Auswirkungen auf die soziale Wirklichkeit in der Diskussion. Früher (und teilweise noch heute) wurde diese Problematik unter dem Stichwort „Schlüsselgewalt“ thematisiert.

In der Sache handelt es sich in der gegenwärtigen Ausprägung um eine Regelung, welche die Ehegatten<sup>1</sup> zu einer „Haftungsgemeinschaft“<sup>2</sup> werden lässt. Gerade diese Konsequenz wird zunehmend kritisch hinterfragt. Soll etwa die Ehefrau für Verbindlichkeiten haften, die ihr Ehemann durch den Anruf von 0190-Nummern verursacht hat?<sup>3</sup> Soll die Ehefrau für Zahlungsrückstände aus einem Stromlieferungsvertrag in Anspruch genommen werden können, die sich

---

<sup>1</sup> Im Folgenden wird der Kürze halber von Ehegatten gesprochen. Aufgrund von Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.07.2017 (BGBl. I 2017, S. 2787), der § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB geändert hat, erfasst die Bezeichnung „Ehegatte“ nunmehr nicht nur Personen verschiedenen Geschlechts, sondern auch Personen gleichen Geschlechts. Für bestehende Lebenspartnerschaften gilt § 1357 BGB über die Verweisnorm des § 8 Abs. 2 LPartG entsprechend. Dass gleichgeschlechtlichen Paaren künftig keine eingetragene Lebenspartnerschaft mehr eingehen können (§ 1353 Abs. 1 S. 1 i. d. F. v. Art. 1 Nr. 2 u. Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts v. 20.07.2017, BGBl. I 2017, S. 2787 f.), ändert nichts am Fortbestand der bisher geschlossenen eingetragenen Lebenspartnerschaften (§ 20a LPartG). Deswegen sind auch die sich für diese ergebenden Rechtsfolgen zu bedenken. Sobald dort Besonderheiten auftreten, werden diese gesondert erörtert.

<sup>2</sup> *Bartel*, Beiderseitige Schlüsselgewalt, 1978, S. 68; *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, 2269; *Büdenbender*, FamRZ 1976, 662, 663; *Goebel*, FoVo 2015, 41, 42; *Huffmann*, Die Erfassung der Familie im Zivilrecht, 1990, S. 201; *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 164.

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 11.03.2004, III ZR 213/03, FamRZ 2004, 778 f. Obwohl in dem Urteil nur von einer 0190-Nummer die Rede ist und es auch seriöse 0190-Nummern gab, wird in der Literatur teilweise angenommen, es habe sich um ein Telefonsex-Angebot gehandelt (vgl. z. B. *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, BeckOGK/*Erbarth*, § 1357 BGB, Rn. 65; *Grziwotz*, in: *Kroppenberg/Schwab/Henrich u. a. (Hrsg.), Rechtsregeln zum nichtehelichen Zusammenleben*, 2009, S. 7, 32). Vgl. zu Beispielen, worauf 0190-Nummern ebenfalls gerichtet sein können, LG Bremen, Urt. v. 16.02.2000, 5 O 1288/98 a, RTkom 2000, 240, 241 (Info-Dienste wie Horoskope oder Sportnachrichten bzw. Hotlines bei Fernsehsendungen).

auf den Zeitraum nach ihrem Auszug aus der Ehwohnung beziehen?<sup>4</sup> Zusätzlich wird moniert, dass § 1357 BGB den häuslichen Frieden gefährde, weil durch diesbezügliche Streitigkeiten der erste Grund für eine beginnende Zerrüttung der Ehe gelegt werden könnte.<sup>5</sup>

Betrachtet man die Debatte rund um § 1357 BGB genauer, so wird offensichtlich, dass sich die Vorschrift in einer Legitimationskrise befindet. Hin und wieder wird der Norm sogar ein Funktionsverlust bescheinigt und ihre Streichung gefordert.<sup>6</sup> Dies ist Anlass für die vorliegende Untersuchung, die der Frage nachgeht, ob diese Fundamentalkritik berechtigt ist oder ob ein sinnvoller Zweck gefunden werden kann, der eine – wenn auch unter Umständen modifizierte – Beibehaltung von § 1357 BGB als angezeigt erscheinen lässt.

### I. Terminologische Vorbemerkung

Man sollte sich davon verabschieden, die Rechtsmacht des § 1357 BGB als „Schlüsselgewalt“ zu bezeichnen. Dieser Begriff ist ausschließlich historisch motiviert. Im Mittelalter trugen verheiratete Frauen am Gürtel einen Schlüsselbund mit sich, der die ihnen zustehende Rechtsmacht nach außen für den Rechtsverkehr erkennbar machte.<sup>7</sup> Diese Rechtsmacht wurde in Literatur<sup>8</sup> und Rechtsprechung<sup>9</sup> als Schlüsselgewalt bezeichnet. In den Gesetzgebungsmate-

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 24.04.2013, XII ZR 159/12, FamRZ 2013, 1199 f.

<sup>5</sup> *Hobelmann*, FamRZ 1971, 499, 500.

<sup>6</sup> Vgl. zu dieser Forderung z. B. *Berger*, FamRZ 2005, 1129, 1131; *Bosch*, NJW 1987, 2617, 2627; *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, 2270; *Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, 1987, S. 273; BeckOGK/*Erbarth*, § 1357 BGB, Rn. 22; *Fajen*, Die Schlüsselgewalt im italienischen Recht, 2000, S. 107; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, § 19 Rn. 36; *Hobelmann*, FamRZ 1971, 499, 500 (schon zu § 1357 BGB i. d. F. v. 01.07.1977); *Holzauer*, JZ 1977, 729, 731; *Käppler*, AcP 179 (1979), 245, 255; *Koch*, in: Verbeke/Scherpe/Declerck u. a. (Hrsg.), *Confronting the frontiers of family and succession law*, 2012, S. 767, 772; *Medicus*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts*, 2005, S. 359, 372; *Struck*, FF 2004, 107, 108; *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 204 f.; *Wellenhofer*, ZfF 2016, 162, 174; *Zintl/Singbartl*, NJOZ 2015, 321, 324.

<sup>7</sup> *Grimm*, Deutsche Rechtsalterthümer, 1899, S. 243.

<sup>8</sup> *Kipp*, DJZ 1931, 271, 273; *Matthiaß*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechtes, 1914, S. 585; *Menzel*, Sächs. Arch. 1903, 609.

<sup>9</sup> RG, Urt. v. 31.05.1905, Rep. IV. 34/05, RGZ 61, 78, 80; RG, Urt. v. 24.09.1937, 1b Wx 164/37, DJ 1937, 1784; OLG Kiel, Urt. v. 16.02.1948, I U 517/47, NJW 1949, 150; OLG München, Beschl. v. 06.06.1936, Reg. Wr. 74/36, JfG 14, 12; OLG Hamburg, Urt. v. 26.02.1920, OLGE 41, 45; OLG Rostock, Beschl. v. 27.11.1912, OLGE 1913, 260; LG Stuttgart, Urt. v. 14.07.1965, 5 S 111/65, FamRZ 1965, 567, 568; LG Itzehoe, Urt. v. 12.12.1963, 1 S 136/63, SchlH 1964, 215; LG Kiel, Urt. v. 15.04.1955, 8 S 14/55, SchlH 1956, 17.

rialien zum BGB kam der Begriff noch mehrfach vor.<sup>10</sup> In den Gesetzestext selbst ist der Begriff „Schlüsselgewalt“ aber nie aufgenommen worden.

Spätestens 1977, als die vormalig nur der Frau eingeräumte Rechtsmacht auf beide Ehegatten ausgeweitet wurde, bestand endgültig Anlass, auf diesen Begriff zu verzichten.<sup>11</sup> Allerdings wird heute immer noch häufig von Schlüsselgewalt gesprochen.<sup>12</sup> Die Verwendung des Begriffs ist jedoch kritisch zu beurteilen, weil dadurch die Gefahr besteht, alte Muster unausgesprochen weiter mitzudenken.<sup>13</sup> Deswegen sollte der Begriff „Schlüsselgewalt“ systematisch vermieden werden. Ob die so „namenslos“ gewordene „Macht, die einst nach dem Symbol der Hausfrau ‚Schlüsselgewalt‘ genannt werden konnte“ zugleich „irrational“ geworden ist, bleibt zu untersuchen.<sup>14</sup>

Für die aktuellen Überlegungen ist der terminologisch motivierte historische Rückblick weiterhin relational von Bedeutung: Er verweist auf ein Element, das in der vorliegenden Analyse eine Rolle spielen wird, nämlich die Erkennbarkeit der Situation, die für die Ehefrau eine bestimmte Rechtsmacht begründete. Der sichtbar mitgeführte Schlüsselbund zeigte dem Rechtsverkehr, dass hier eine Frau mit Schlüsselgewalt handelte. Schon die 1900 vom BGB gewählte Lösung entfernte sich von dieser Erkennbarkeit. Allenfalls mit Zusatzinformationen, die sich etwa aus der persönlichen Bekanntheit ergeben konnten, durfte man annehmen, mit einer Frau zu kontrahieren, der eine entsprechende Rechtsmacht zustand. Wie darzulegen sein wird, spielt der Aspekt der Erkennbarkeit für die kritische Betrachtung von § 1357 BGB eine entscheidende Rolle. Um das zu beschreiben, bedarf es freilich nicht mehr des Begriffs der Schlüsselgewalt, der aus diesem Grunde im Folgenden nicht verwendet wird.

---

<sup>10</sup> *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band IV, 1899, S. 65.

<sup>11</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 62010, § 19 Rn. 34; *Holzauer*, JZ 1977, 729, 730.

<sup>12</sup> OLG Hamm, Urt. v. 09.12.1994, 12 U 41/94, OLGR Hamm 1995, 74 f.; AG Kerpen, Urt. v. 08.11.2005, 22 C 480/04, NJW-RR 2006, 702 ff.; *Brudermüller*, NJW 2004, 2265; *Hoffmann*, Die Reform der Verbraucherkredit-Richtlinie (87/102/EWG), 2007, S. 80; *Hohloch*, Familienrecht, 2002, Rn. 409 ff.; *Holzauer*, JZ 1985, 684; *Kemper*, in: *Bezenberger/Gruber/Rohlfing-Dijoux* (Hrsg.), Die deutsch-französischen Rechtsbeziehungen, Europa und die Welt. Les relations juridiques franco-allemandes, l'Europe et le monde, 2014, S. 225, 233; *Köth*, Die fehlerhafte Ehe als Fall des fehlerhaften Dauerschuldverhältnisses, 2002, S. 95; *Löhnig*, FamRZ 2001, 135; *Röthel*, Fallrepertorium Familien- und Erbrecht, 2009, S. 10; *Schellhammer*, Familienrecht nach Anspruchsgrundlagen, 42006, Rn. 68; *Struck*, FF 2004, 257; *Wellenhofer*, ZfF 2016, 162, 173.

<sup>13</sup> In diesem Sinne auch *BeckOGK/Erbarth*, § 1357 BGB, Rn. 10.

<sup>14</sup> *Gernhuber*, FamRZ 1979, 193, 198

## II. Chor der Kritik

Die kritischen Stimmen sind zahlreich und vielfältig. Sie lassen sich nur schwer kategorisieren, weil sich methodische Erwägungen mit generell kritischen Bewertungen und rechtspolitischen Forderungen mischen. Trotzdem sind die folgenden Meinungstrends zu erkennen.

### 1. Systembruch

Verschiedentlich wird § 1357 BGB als „Fremdkörper“ im BGB bezeichnet. Im Rahmen dieser Kritik wird unter anderem – gemessen an der Gesamtsystematik des BGB – eine allgemeine Unstimmigkeit geltend gemacht.<sup>15</sup> Teilweise wird an § 1357 BGB spezifischer die Fremdwirkung ohne Offenlegung des Fremdbezugs kritisiert.<sup>16</sup> Anders als bei § 164 Abs. 1 BGB trete die Verpflichtung des nicht-handelnden Ehegatten ein, ohne dass der handelnde Ehegatte eine Willenserklärung im fremden Namen abgebe. Problematisch seien auch die möglichen Unklarheiten, die durch die Vorschrift für das Verständnis anderer eherechtlich bedeutsamer Normen wie §§ 1362, 1363 Abs. 2 S. 1, 1369 BGB hervorgerufen würden.<sup>17</sup>

### 2. Willkür

Wenn kritisch angemerkt wird, dass die Wirkungen von § 1357 BGB durch einen „hohen Grad von Zufälligkeit“<sup>18</sup> gekennzeichnet seien, wird der Vorwurf der Willkür erhoben. Dieser wird darauf gestützt, dass es für den Gläubiger nicht absehbar sei, ob er die für ihn günstigen Rechtsfolgen in Anspruch nehmen könne. Das würde nämlich in objektiver Hinsicht zunächst voraussetzen, dass er mit einem Ehegatten kontrahiert (persönlicher Anwendungsbereich). Weiterhin müsste der sachliche Anwendungsbereich von § 1357 Abs. 1 S. 1 BGB eröffnet sein. Wenn ein Gläubiger trotz dieser Ungewissheit handle, nehme er sozusagen an einem Zufallsspiel teil. Diese Argumentation misst den Wirkungen der Norm einen aleatorischen Charakter bei.

### 3. Ehefeindlichkeit

Auf einer Abwägung der Vor- und Nachteile der in § 1357 BGB zum Ausdruck kommenden Konstruktion vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 1 GG beruht die Einschätzung, die Vorschrift habe „einen ‚ehefeindlichen‘ Charakter“. Die

<sup>15</sup> Knoche, Die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als „Familienangehörige“?, 1987, S. 225; Luther, FamRZ 2016, 271, 275; Zintl/Singbartl, NJOZ 2015, 321, 322 f.

<sup>16</sup> Bartel, Beiderseitige Schlüsselgewalt, 1978, S. 74.

<sup>17</sup> Soergel/Lipp, § 1357 BGB, Rn. 5.

<sup>18</sup> Struck, FF 2004, 107, 109; sinngemäß so auch Zintl/Singbartl, NJOZ 2015, 321, 323.

aus der Mitberechtigung erwachsenden Vorteile könnten nicht die durch die Mitverpflichtung entstandenen Nachteile ausgleichen.<sup>19</sup> Ergänzend wird für die Einschätzung als „eher ehefeindlich“ noch ein Vergleich mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft gezogen, für die § 1357 BGB nicht anwendbar sei.<sup>20</sup>

#### 4. Gläubigerprivilegierung

Kritisiert wird außerdem die nicht ausreichend motivierte Bevorzugung der Gläubiger.<sup>21</sup> Noch schärfer wird angemerkt, dass § 1357 BGB zu einer bloßen Gläubigerschutzvorschrift mutiert sei. Mit dieser reduzierten Funktionalität sei die Regelung nicht mehr zu rechtfertigen.<sup>22</sup> Als Erklärung könne lediglich noch „die (kaum mehr verständliche) Liebe, mit der hier ein historisierender Gesetzgeber Gläubigerschutz betrieb“ dienen.<sup>23</sup>

#### 5. Funktionsverlust

Mit Verweis darauf, dass heute „niemand unter Hinweis auf seinen Tauschein und § 1357 BGB“ seine Geschäftspartner auswähle,<sup>24</sup> wird der Vorschrift soziale Wirksamkeit abgesprochen. Derselbe Gedanke wird mit Formeln wie „unbestreitbarer Funktionsverlust“<sup>25</sup> oder „weitgehend funktionslos geworden“<sup>26</sup> zum Ausdruck gebracht. Es handele sich um „eine für die modernen Verhältnisse weithin unpassende Norm“<sup>27</sup>, deren Bedeutung für den Rechtsverkehr zu vernachlässigen sei.<sup>28</sup>

<sup>19</sup> *Medicus*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts*, 2005, S. 359, 365; vgl. zu diesem Aspekt auch Teil 1, I.1.1.b.bb.

<sup>20</sup> *Wellenhofer*, ZfF 2016, 162, 173; vgl. dazu Teil 1, I.1.2.b.aa(3).

<sup>21</sup> *Berger*, FamRZ 2005, 1129, 1131; *Bosch*, NJW 1987, 2617, 2627; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, § 19 Rn. 37; *Käppler*, AcP 179 (1979), 245, 252 ff.; *Koch*, in: Verbeke/Scherpe/Declerck u. a. (Hrsg.), *Confronting the frontiers of family and succession law*, 2012, S. 767, 781.

<sup>22</sup> *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, 2268; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2010, § 19 Rn. 37; *Wellenhofer*, ZfF 2016, 162, 173.

<sup>23</sup> *Gernhuber*, FamRZ 1979, 193, 198.

<sup>24</sup> *Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, 1987, S. 268.

<sup>25</sup> *Soergel/Lipp*, § 1357 BGB, Rn. 2.

<sup>26</sup> *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, 2268 mit Verweis auf BeckOK BGB/Lohmann, 2003, § 1357 BGB, Rn. 2. So auch heute noch BeckOGK/Erbarth, § 1357 BGB, Rn. 21; BeckOK BGB/Hahn, § 1357 BGB, Rn. 2. *Berger*, FamRZ 2005, 1129, 1131 spricht von „funktionslos“, *Koch*, in: Verbeke/Scherpe/Declerck u. a. (Hrsg.), *Confronting the frontiers of family and succession law*, 2012, S. 767, 785 von „Funktionslosigkeit“.

<sup>27</sup> *Medicus*, in: Hofer/Klippel/Walter (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts*, 2005, S. 359, 371.

<sup>28</sup> *Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, 1987, S. 269.

## 6. Anachronismus

Im Sinne einer Gesamtbewertung wird vor dem Hintergrund einzelner kritischer Aspekte § 1357 BGB als rechtspolitisch bedenklich<sup>29</sup> bzw. als rechtspolitisch verfehlt<sup>30</sup> eingestuft. Von da aus ist es nur ein kleiner Schritt zu der *de lege ferenda* erhobenen Forderung, § 1357 BGB abzuschaffen.<sup>31</sup> In die gleiche Richtung deuten Hinweise auf einen „schwindenden Realitätsbezug der Norm“<sup>32</sup>, die Qualifikation als „deformiertes Relikt“<sup>33</sup> bzw. als „anachronistisch“<sup>34</sup>.

### III. Praktische Bedeutung der Norm

§ 1357 BGB hat in erster Linie dort Bedeutung, wo kein unmittelbarer Leistungsaustausch stattfindet.<sup>35</sup> Die Norm ist darum in der Regel nicht relevant, wenn Geschäfte bar abgewickelt werden oder dem handelnden Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Bankvollmacht<sup>36</sup> erteilt wurde.<sup>37</sup>

Ausnahmsweise sind jedoch in Bezug auf die Mitberechtigung Fallgestaltungen vorstellbar, in denen die Vorschrift gleichfalls bei Bargeschäften an Bedeutung gewinnt, nämlich dann, wenn z. B. Gewährleistungsrechte in Frage stehen.<sup>38</sup> Diese können aufgrund der von § 1357 Abs. 1 S. 2 BGB angeordneten

<sup>29</sup> LG Tübingen, Urt. v. 30.09.1983, I S 137/83, FamRZ 1984, 50, 51; *Bartel*, Beiderseitige Schlüsselgewalt, 1978, S. 131; *Büdenbender*, FamRZ 1976, 662, 672; *Lange*, FamRZ 2016, 354, 358; *Muscheler*, Familienrecht, 42017, Rn. 328.

<sup>30</sup> *Käppler*, AcP 179 (1979), 245, 287; *Mayer*, Haftung und Paarbeziehung, 2017, S. 350; *Struck*, FF 2004, 107.

<sup>31</sup> *Berger*, FamRZ 2005, 1129, 1131; *Bosch*, NJW 1987, 2617, 2627; *Brudermüller*, NJW 2004, 2265, 2270; *Buschendorf*, Die Grenzen der Vertragsfreiheit im Ehevermögensrecht, 1987, S. 273; *BeckOGK/Erbarth*, § 1357 BGB, Rn. 22; *Fajen*, Die Schlüsselgewalt im italienischen Recht, 2000, S. 107; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 62010, § 19 Rn. 36; *Hobelmann*, FamRZ 1971, 499, 500 (schon zu § 1357 BGB i. d. F. v. 01.07.1977); *Holzhauser*, JZ 1977, 729, 731; *Käppler*, AcP 179 (1979), 245, 255; *Koch*, in: Verbeke/Scherpe/Declerck u. a. (Hrsg.), *Confronting the frontiers of family and succession law*, 2012, S. 767, 772; *Medicus*, in: *Hofer/Klippel/Walter* (Hrsg.), *Perspektiven des Familienrechts*, 2005, S. 359, 372; *Struck*, FF 2004, 107, 108; *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 204 f.; *Wellenhofer*, ZfF 2016, 162, 174; *Zintl/Singbartl*, NJOZ 2015, 321, 324.

<sup>32</sup> *Luther*, FamRZ 2016, 271, 272.

<sup>33</sup> *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 62010, § 19 Rn. 36.

<sup>34</sup> *Grziwotz*, in: *Kroppenberg/Schwab/Henrich u. a.* (Hrsg.), *Rechtsregeln zum nichtehelichen Zusammenleben*, 2009, S. 7, 32.

<sup>35</sup> *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 158.

<sup>36</sup> Vgl. zu den finanztechnischen Ausgleichsmöglichkeiten Teil I, H.I.2.

<sup>37</sup> *Hobelmann*, FamRZ 1971, 499, 500; *Schlüter*, BGB – Familienrecht, 142012, § 10 Rn. 86.

<sup>38</sup> *Eckebrecht*, in: *Scholz/Kleffmann/Motzer* (Hrsg.), *Praxishandbuch Familienrecht*,

Mitberechtigung ebenfalls von dem nicht-handelnden Ehegatten geltend gemacht werden.<sup>39</sup>

Den eigentlichen Anwendungsbereich von § 1357 BGB bilden aber Kreditgeschäfte,<sup>40</sup> typischerweise Warenlieferungen auf Kredit.<sup>41</sup> Ebenso folgt die Zahlung auch bei Werkverträgen der Leistung nach, weil die Vergütung erst bei Abnahme des Werkes zu entrichten ist, § 641 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>42</sup> Gleiches gilt für Behandlungsverträge – unabhängig davon, ob sie für die Ehegatten oder für die Kinder abgeschlossen werden – weil bei ihnen die Fälligkeit der Vergütung erst eintritt, wenn der Patient eine § 12 Abs. 1 GOÄ bzw. § 10 Abs. 1 S. 1 GOZ entsprechende Rechnung erhalten hat.<sup>43</sup> Eine besondere Bedeutung erlangt § 1357 BGB überdies bei Dauerschuldverhältnissen, bei denen der Vertragspartner in Vorleistung tritt (z. B. Energieversorgungsverträge oder Telefonversorgungsverträge).<sup>44</sup>

## B. Gang der Untersuchung

Es ist auffällig, dass auch in der heutigen Diskussion noch ältere Argumentationsmuster rund um § 1357 BGB aufgegriffen werden. Dies war bereits daran erkennbar, dass der Begriff „Schlüsselgewalt“ teilweise noch weiterverwendet wird, obwohl er – wie dargelegt – nicht mehr angemessen ist.<sup>45</sup> Die sich so überlagernden einzelnen Schichten der Argumentation lassen sich nur präzise segmentieren, wenn man einen kurzen Blick auf die Entwicklung der Norm wirft (dazu Teil 1, C.). Außerdem sollen bei der *de lege ferenda*-Betrachtung Formulierungen aus der Geschichte der Norm daraufhin untersucht werden, ob sie geeignet sind, in dem angedachten neuen Regelungskontext einen Nutzen zu entfalten (dazu Teil 2, B.III.4).

Für die Auslegung von § 1357 BGB und für eine Zweckzuordnung ist die Vorfrage erheblich, wie die Norm methodisch zu qualifizieren ist. Es macht für

---

Teil A: Materielles Eherecht, Eheschließungsrecht, Rn. 53; *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 180.

<sup>39</sup> Vgl. zur Rechtsstellung des mitberechtigten Ehegatten Teil 1, E.III.2.

<sup>40</sup> *Luther*, FamRZ 2016, 271, 272; *Teschner*, Die Ehe als Schuldnergemeinschaft, 1999, S. 195.

<sup>41</sup> Vgl. dazu MüKo/Roth, § 1357 BGB, Rn. 26; vgl. zu Kaufverträgen Teil 2, B.III.3.f.

<sup>42</sup> Beispiele zu von § 1357 BGB erfassten Werkverträgen finden sich z. B. bei *Erman/Kroll-Ludwigs*, § 1357 BGB, Rn. 13; siehe auch Teil 2, B.III.3.g.

<sup>43</sup> *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), *Arztrecht*, 72015, III. Der Behandlungsvertrag Rn. 16 f.; siehe auch Teil 2, B.III.3.a.

<sup>44</sup> *JurisPK/Grandel*, § 1357 BGB, Rn. 18; vgl. zu Energieversorgungsverträgen Teil 2, B.III.3.d und zu Telefonversorgungsverträgen Teil 2, B.III.3.e.

<sup>45</sup> Vgl. dazu oben Teil 1, A.I.