

Susan Emmenegger

Die Frau als Bürgin – Zum Problem der weiblichen Schuldenfalle¹

Per Ende 2003 betrug die Gesamtsumme der von Banken mit Sitz in der Schweiz vergebenen Kredite an private Haushalte rund 280 Milliarden Euro.² Die Vergabe eines Kredits erfolgt in aller Regel unter der Bedingung, dass dafür Sicherheiten bestellt werden. Ein mögliches Sicherungsinstrument ist die Bürgschaft (Art. 492 Abs. 1 OR, § 765 BGB).³ Bürgschaften sind in der Regel unentgeltliche Verträge. Auf der Bürginnenseite kann die Bürgschaft also nur Nachteile bringen. Dennoch werden solche Verträge abgeschlossen, typischerweise in folgender Fallkonstellation: Der Ehemann oder Lebenspartner benötigt für persönliche oder berufliche Zwecke einen Bankkredit. Die Bank macht die Kreditvergabe von der Bürgschaft der mittellosen Ehe- oder Lebenspartnerin abhängig. Solange der Schuldner seiner Kreditverpflichtung nachkommt, hat die Bürgin nichts zu befürchten. Was aber, wenn er dies nicht tut? Dann belangt die Bank die Ehe- oder Lebenspartnerin aus dem Bürgschaftsvertrag, wodurch dieser ein Leben auf dem Existenzminimum droht.

Die Problematik der sogenannten Ehebürgschaften ist keine neue Erscheinung, sondern hat eine lange und wechselvolle Geschichte. An Aktualität hat sie indessen keineswegs eingebüsst. Zwar hat die Schweiz in der Zwischenzeit ein europäisch inspiriertes Konsumkreditgesetz erhalten.⁴ Dieses schützt aber – gleich wie im restlichen Europa – grundsätzlich nur die Kreditnehmenden, nicht die Bürginnen und Bürgen.⁵ Der vorliegende Beitrag untersucht die früheren und heutigen gesetzlichen Sonderregelungen von Ehebürgschaften in der Schweiz. Dabei konzentriert er sich auf deren geschlechtsspezifische Ausrichtung und geht der Frage nach, welche Frauen- und Männerbilder der jeweiligen Sonderregelung zugrunde lagen. Diese Bilder haben sich im Laufe der Zeit gewandelt, was unter anderem zur Aufhebung der Einschränkung der Bürgschaftsfähigkeit der Ehefrau für Verbindlichkeiten des Ehemannes führte.

Wie so oft im Zusammenhang mit Gleichstellungsfragen sind auch hier mit der formellen Gleichstellung der Eheleute frauenspezifische Konsequenzen verbunden:

Es sind in erster Linie mittellose Ehefrauen, die zugunsten ihrer Ehemänner ruinöse Bürgschaften eingehen. Für eine Inhaltskontrolle solcher Verträge liefert insbesondere die aktuelle deutsche Rechtsprechung zu den Familienbürgschaften wertvolle Ansätze. Nach einer Untersuchung dieser Rechtsprechung stellt der vorliegende Beitrag die Frage nach deren Übertragbarkeit auf das schweizerische Recht, sucht also nach einer zivilrechtlichen Dogmatik kompensatorischer Instrumente zur Reaktion auf geschlechtsspezifische Ungleichgewichtslagen.

I. Ehe und Bürgschaft – Sonderregelungen im Gesetz

Schon im Eherecht von 1907 galt der Grundsatz, dass die Ehe die Handlungsfähigkeit der Eheleute nicht einschränken sollte⁶. Damals wie heute gab es aber zu diesem Grundsatz zahlreiche Ausnahmen. Zwei der Sonderregelungen betreffen speziell die hier interessierenden Bürgschaftsverträge.

1. Die Sonderregelungen

Bei den Sonderregelungen handelt es sich einmal um den Fall der Bürgschaft einer verheirateten Person zugunsten einer Drittperson. Sie bedarf zu ihrer Gültigkeit der im einzelnen Fall vorgängig oder spätestens gleichzeitig abgegebenen schriftlichen Zustimmung des Ehepartners, wenn die Ehe nicht durch richterliches Urteil getrennt ist (Art. 494 I OR). Von dieser Verpflichtung ausgenommen sind Bürgschaften von Ehepartnern, die in einer der in Art. 494 II OR aufgezählten Eigenschaften im Handelsregister eingetragen sind.

Der andere Fall einer gesetzlichen Sonderregelung betraf das altrechtliche, erst im Zuge der Eherechtsrevision von 1984 aufgehobene Erfordernis der Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für das Eingehen von Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten ihres Ehemannes. Danach konnten Ehefrauen zugunsten des Ehemannes Bürgschaften nur dann

1 Überarbeitete Fassung des Beitrag „Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrags“, in: ProFri (Hrsg.), *Recht Richtung Frauen*, St. Gallen 2001, S. 91-125. Mit freundlicher Genehmigung der Herausgeberinnen.

2 Bankenstatistisches Monatsheft der Schweizerischen Nationalbank, Mai 2004, S. 76.

3 Zur wirtschaftlichen Bedeutung der Bürgschaft vgl. auch C. M. Pestalozzi, *Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2003, N 6 Vorbemerkung zu Art. 492 OR.

4 Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) vom 23. März 2001, SR 221.214.1.

5 Vgl. E.M. Belser, *Finanzierung und Bürgschaft – die Bürgin zwischen Verantwortung und Verschuldung*, in: *Jahrbuch des Schweizerischen Konsumentenrechts* 2002, S. 203-234 (215), mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

6 Vgl. Art. 177 aZGB sowie P. Lemp, *Berner Kommentar II/1/1/2*, 3. Aufl. Bern 1968, N 2 zu Art. 177 ZGB.

wirksam eingehen, wenn die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde vorlag (Art. 177 III aZGB, Art. 494 IV aOR). Dieses Erfordernis galt für alle Ehefrauen, also unabhängig vom ehelichen Güterstand.

2. Geschlechtsspezifische Aspekte der Sonderregelungen

Beide gesetzlichen Beschränkungen der "Bürgschaftsfähigkeit" verheirateter Personen weisen geschlechtsspezifische Aspekte auf.

a) Bürgschaft einer verheirateten Person zugunsten einer Drittperson

Zwar werden im Falle der Bürgschaft einer verheirateten Person zugunsten einer Drittperson vom Gesetzeswortlaut beide Geschlechter gleichermaßen erfasst. Tatsächlich sollte die Regelung aber vor allem als Schutzmaßnahme vor überhöhten Bürgschaften des Ehemannes dienen. Für das Zustimmungserfordernis des Ehepartners beim Eingehen einer Bürgschaft zugunsten Dritter hatten sich anlässlich der Revision des Bürgschaftsrechts von 1941 vor allem die Frauenvereine eingesetzt. Sie wollten verhindern, dass – wie bis anhin – verheiratete Frauen nach dem Tod ihres Ehemannes einen mit ihnen nicht bekannten Bürgschaftsschulden belasteten Nachlass vorfinden.⁷ Dass im Interesse der Familie Wirtschaftsbürgschaften, sonstige Bürgschaften unter Freunden und Kollegen sowie das politische Bürgschaftswesen bekämpft und eingeschränkt werden sollten, wurde auch in den parlamentarischen Debatten deutlich.⁸

Obwohl also das Gesetz in seiner gewohnten „männlich-geschlechtsneutralen“ Form von der Zustimmung eines Ehegatten zur Bürgschaftsverpflichtung des anderen spricht, war damit ursprünglich die Zustimmung der *Ehefrau* zur Bürgschaft des *Ehemannes* gemeint. Schon im Vorfeld der Revision als „interessante Bestrebungen, Bürgschaften des Ehemannes von der Zustimmung der Ehefrau abhängig zu machen“⁹ diskutiert, sollte der neue Art. 494 Abs. 1 OR „der fürsorglichen Ehefrau ein Mittel in die Hand geben, im Rahmen der Wirksamkeit der Ge-

setzesbestimmung finanzieller Gefährdung der Familie durch Bürgschaften des Ehemannes vorzubeugen.“¹⁰

Angesichts der schrittweisen Annäherung der Lebenssituation der Ehepartner ist die Gefahr, dass Ehemänner ohne Wissen der Ehefrauen Bürgschaften abschließen, heute nicht mehr gleichermaßen „ehefrauenspezifisch“ wie noch im Jahre 1941. Allerdings bleibt eine – wenngleich verminderte – geschlechtsspezifische Komponente vorhanden. Angesichts des nach wie vor häufigen traditionellen Ehemodells der geschlechtsspezifischen Rollenteilung und der damit verbundenen Konzentration der wirtschaftlichen Ressourcen beim erwerbstätigen Ehemann sind es in der Mehrzahl die Ehefrauen, die vom Schutz des Art. 494 Abs. 1 OR profitieren werden. Als Ergebnis für die geschlechtsspezifische Ausrichtung des Art. 494 Abs. 1 OR ergibt sich mithin eine im Laufe seiner Geschichte stark relativierte, aber nicht gänzlich aufgehobene Ausrichtung auf den wirtschaftlichen Schutz verheirateter Frauen.

b) Bürgschaft der Ehefrau für Schulden des Ehemannes

Im Fall von Art. 177 aZGB war die geschlechtsspezifische Ausrichtung schon nach dem Regelungsinhalt offensichtlich. Die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde war einzig für Bürgschaften der Ehefrau erforderlich. Der Entwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1907 hatte dieses Zustimmungserfordernis nicht vorgesehen. Die Interzessionsbeschränkung in Art. 177 Abs. 3 aZGB wurde erst auf Antrag eines Mitglieds der nationalrätlichen Kommission eingefügt.¹¹ Einer ausführlichen Begründung bedurfte diese Einschränkung der sonst im ZGB voll anerkannten Handlungsfähigkeit verheirateter Frauen wohl auch deshalb nicht, weil Interzessionsbeschränkungen schon im römischen und im gemeinen Recht Bestand hatten.¹² Für Berichterstatter im Nationalrat rechtfertigte sich eine solche Bestimmung ohnehin von selbst („se justifie d'elle-même“¹³).

7 E. Beck, Das neue Bürgschaftsrecht. Kommentar, Zürich 1942, N 2 zu Art. 494 OR.

8 Zur Entstehungsgeschichte vgl. insb. S. Giovanoli, Ausgewählte Fragen aus der Revision des Bürgschaftsrechts, in: ZSR 60 n. F. (1941), S. 205–265 (215 ff.); ders., in: Berner Kommentar VI/2/7, Bern 1978, N 1 zu Art. 494 OR. Bereits 1933 war durch die Motion Rubattel im Grossen Rat des Kantons Waadt das Zustimmungserfordernis angeregt worden: "Vous savez le rôle essentiel, économique et moral, que joue la femme chez nous, à la campagne en particulier. [...] Or ces femmes, ardentes au travail, [...] qui s'intéressent au premier chef au domaine familial, devraient être consultées. Il est hautement désirable en tout cas que l'on puisse mettre un frein aux signatures données sur une table d'auberge, par des hommes qui ne sont pas toujours de parfait sang-froid." zitiert in: Giovanoli, Ausgewählte Fragen, S. 218.

9 E. Lerch/V. Tuason, Die Bürgschaft im Schweizerischen Recht, Zürich 1936, S. 42 Fn. 11.

10 Giovanoli, Berner Kommentar, (Fn.), N 1 zu 494 OR. Die im Vorfeld der Novellierung erhobenen Einwendungen gegen das Zustimmungserfordernis wurden denn auch anlässlich der Verhandlungen des Juristenvereins als solche "männlicher Eigenliebe" bezeichnet, vgl. Giovanoli, Ausgewählte Fragen (Fn.), S. 217. Ausführlicher zum gesetzlichen Hintergrund von Art. 494 Abs. 1 OR, Susan Emmenegger, Geschlechtsspezifische Aspekte des Bürgschaftsvertrags, in: ProFri (Hrsg.), Recht Richtung Frauen. Beiträge zur feministischen Rechtswissenschaft, St. Gallen 2001, S. 91–125 (96 ff.).

11 H. J. Spillmann, Inwieweit kann die Ehefrau ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde im Interesse des Ehemannes interzedieren?, in: O. Miller (Hrsg.), Festschrift des solothurnischen Juristentages, Solothurn 1936, S. 111–139 (112); zur Entstehungsgeschichte der Norm vgl. auch BGE 41 II 14 f.

Weniger dürftig als in den parlamentarischen Debatten fielen die Begründungen im Schrifttum aus. Dabei fehlte es nicht an kritischen Stimmen, die der Bestimmung ein „stilles Begräbnis“¹⁴ wünschten. Im allgemeinen aber wurde sie trotz großer Schwierigkeiten bei der Anwendung¹⁵ von ihrer Stoßrichtung her positiv aufgenommen. Im Wesentlichen wurden zwei Argumente für die Notwendigkeit der Bestimmung angeführt: der Schutz der Ehefrau vor sich selbst¹⁶ und der Schutz der Familie. Was Ersteres angeht, so wurde einerseits auf die Geschäftsunfähigkeit der Frau hingewiesen,¹⁷ wobei dafür verkürzt auch der Ausdruck „Geschlechtsunfähigkeit“¹⁸ in Gebrauch war. Zum anderen sollte die Gefahr gebannt werden, dass die Frau aus emotionaler Bindung und Abhängigkeit – aus „Zuneigung zu ihrem Ehemann und seinen Beeinflussungen nachgebend“¹⁹ – Verpflichtungen einging, die sie finanziell überforderten.²⁰ Aber auch die Familie sollte mittels Einschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau geschützt werden. Denn eine Gefährdung der ökonomischen Existenz der Ehefrau, die Einbeziehung ihres Vermögens in den wirtschaftlichen Zusammenbruch des Mannes, habe auch den Ruin der Familie zur Folge. Die Beschränkung der Interzession der Ehefrau schütze deshalb die Familie insgesamt vor übertriebener Kreditnahme durch den Mann und damit vor einer Gefahr, die in der heutigen Kreditwirtschaft besonders groß sei.²¹

3. Die Motive für die Sonderregelung: Von Bildern im Recht

Die Sonderregeln für „Ehebürgschaften“ sind Ausdruck unterschiedlicher und sich wandelnder Bilder von Frauen und Männern in der Gesetzgebung. Geht man diesen „Bildern im Recht“ nach, um ihre Aktualität kritisch zu hinterfragen, so fällt zunächst auf, dass die Männer nicht sehr vorteilhaft gezeichnet werden. Hinter der juristischen Sprache zu den Moti-

ven von Art. 494 Abs. 1 OR vermag man unschwer den gutmütigen, nicht mit übermäßiger Intelligenz gesegneten Bauern zu erkennen, der sich abends im Wirtshaus nach großzügigem Genuss des hochprozentigen und schwarzgebrannten Heimgebräus der Wirtsleute dazu hinreißen lässt, sich für des Tischnachbars Schuld zu verbürgen. Aber auch der Fall des Art. 177 ZGB lässt die Ehemänner nicht in ehrenhaftem Licht erscheinen. Sie sind es, die sich unbesonnen in Kreditschulden stürzen und sich darüber hinaus die Abhängigkeit ihrer Ehefrauen zunutze machen, um diese zu einer finanziell unvernünftigen

12 R. Schultz, Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes, in: SJZ 11 (1914/15), S. 357–358 (358); Spillmann, (Fn.), S. 111.

13 Sten. Bull. 1905, 661. Diese Begründung erinnert sehr an die Erwägungen des Bundesgerichts im Falle Kempin, BGE 13, S. 1 ff. (1887). Dort befand das Bundesgericht, dass die Verweigerung der Zulassung von Frauen zum Anwaltsberuf keine Verletzung des Gleichheitsgebots von Art. 4 der Verfassung 1874 enthalte, da die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, speziell in Bezug auf das Recht zur Betätigung im öffentlichen Leben, der inneren Begründung keinesfalls entbehre.

14 T. Guhl, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zivilrecht im Jahre 1925, in: ZBJV 62 (1926), S. 434–462 (438). Kritisch auch Spillmann, (Fn.), S. 111 ff.

15 Vgl. Vgl. etwa H. Zimmermann, Bemerkungen über das Erfordernis der Zustimmung des Ehegatten zur Bürgschaftseingehung gemäss OR Art. 494 Abs. 1 und 2, in: SJZ 39 (1942/43), S. 121–125 (121 ff.); V. Defago, L'intercession de la femme et la jurisprudence du Tribunal Fédéral, in: ZBGR 10 (1929), S. 1–9 (1 ff.); Guhl, (Fn.), ZBJV 62, S. 438; ders., Die Rechtsprechung des

Bundesgerichts im Zivilrecht im Jahre 1928, in: ZBJV 65 (1929), S. 433–475 (441); ders., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zivilrecht im Jahre 1933, in: ZBJV 70 (1934), S. 505–534 (506).

16 Vgl. BGE 53 II 367: „Die Bestimmung des Art. 177 Abs. 3 ZGB ist ausschließlich zur Wahrung der Interessen der Ehefrau getroffen worden.“

17 BGE 49 II 45.

18 Spillmann, (Fn.), S. 121.

19 BGE 40 II 320.

20 Lemp, (Fn.), N. 39 zu Art. 177 ZGB. Im gleichen Sinne BGE 53 II 367; OGer ZH 1950, ZBGR 17 (1951), 88; Schultz, (Fn.), S. 358 („Man befürchtet, dass die Frau, auf sich allein angewiesen, sich allzu leicht überreden und zu Versprechungen bewegen lässt, ohne sich die allfälligen Folgen des Versprechens klar zu machen.“); Spillmann, (Fn.), S. 112; Defago, (Fn.), S. 6.

21 A. Egger, Zürcher Kommentar II/1, 2. Aufl. 1936, N 18 zu Art. 177 ZGB; Lemp (Fn.), N. 39 zu Art. 177 ZGB. Kritisch zu diesem Argument, da es jedenfalls im Falle der altrechtlichen Gütergemeinschaft versage: Spillmann, (Fn.), S. 122.

Bürgschaft zu verleiten. Als Fazit lässt sich festhalten: Die Männer in den Art. 494 Abs. 1 OR und Art. 177 Abs. 3 ZGB sind allesamt keine guten Geschäftsleute. Sie sind auch keine verantwortungsvollen Ehemänner und Familienväter. Schließlich nutzen sie ihre Machtstellung innerhalb der Ehe aus. So viel Selbstkritik der damals noch rein männlich besetzten gesetzgebenden Gewalt erstaunt. Die Vermutung liegt nahe, dass es das Bild der gesetzgebenden Elite über das einfache Mannervolk war, das in das Gesetz aufgenommen wurde. Allerdings betraf es doch die Mehrzahl der Männer. Deren Rolle als „Haupt der Gemeinschaft“ (Art. 160 aZGB) wurde aber deswegen nicht in Frage gestellt. Vielmehr hatte diese bis zur Eherechtsrevision von 1984 Bestand.

Die Frauenbilder dagegen zeichnen sich in erster Linie durch ihre Widersprüchlichkeit aus. Da sind einmal die starken, tüchtigen, weitsichtigen Frauen, ohne die so manche Familie in den wirtschaftlichen Ruin gestürzt wäre.²² Diesen Frauen wird ohne weiteres zugetraut, dass sie ihren Ehemännern die Zustimmung zu einem Bürgschaftsvertrag verweigern. Sie prägen das Bild von Art. 494 Abs. 1 OR. Gleichzeitig aber gibt es die schwachen Frauen, die entweder unfähig sind, die wirtschaftlichen Folgen einer Bürgschaft zu erkennen, oder die aufgrund ihrer emotionalen Abhängigkeit zum Ehemann ihre Entscheidung über eine Bürgschaft zu seinen Gunsten nicht frei sind. Dieses Frauenbild steht hinter der Bestimmung in Art. 177 Abs. 3 aZGB.

4. Die teilweise Aufhebung der Sonderregelung – Neue Bilder, alte Machtverhältnisse?

Die teils schon von Anfang an widersprüchlichen, teils durch spätere Entwicklungen nicht mehr zeitgemäßen Bilder von geschlechtsspezifischen Verhaltensmustern, die den Sonderregelungen des Bürgschaftsrechts zugrunde lagen, drängten auf eine Änderung des geltenden Rechts. So wurde im Zuge der Eherechtsrevision von 1984 das Zustimmungserfordernis der Vormundschaftsbehörde im Falle der Ehefrauen-Bürgschaft zugunsten des Ehemannes aufgehoben. Mit dem neuen Eherecht, das die Eheleute in (fast) allen Bereichen gleichstellt und das patriarchale Ehemodell durch ein partnerschaftliches ersetzt, hat sich nunmehr auch in diesem Rechtsbereich das Bild der selbstbestimmten Ehefrau durchgesetzt. Wie so oft im Zusammenhang mit der geschlechtsbezogenen Gleichstellung kann hier immerhin teilweise ein Schritt in die richtige Richtung gefeiert werden. Das

neue (Ehe-)Frauenbild entspricht einer gewandelten sozialen Realität, wie sie von einigen Frauen gelebt wird. Gleichzeitig aber zeigen praktische Erfahrungen wie diejenige des Vereins für Schuldensanierung, dass nicht alle Frauen an dieser selbst bestimmten Realität teilhaben.

Damit stellt sich die Frage, wie das Bürgschaftsrecht nach Abschaffung der früheren formalen Schutzinstrumente auf die verbleibenden geschlechtsspezifischen Abhängigkeiten in der Ehe reagieren soll. Da es sich nicht darum handeln kann, die paternalistische Ordnung einer Zustimmung der Vormundschaftsbehörde für Bürgschaften von Ehefrauen in Gestalt einer geschlechtsinvarianten Fassung wieder einzuführen, ist nach Möglichkeiten zu suchen, wie bei „Abhängigkeits-Bürgschaften“ korrigierend eingegriffen werden könnte. Hierzu hat insbesondere die deutsche Rechtsprechung zum Bürgschaftsrecht wertvolle Ansatzpunkte geliefert, die im Folgenden näher untersucht werden sollen.

II. Die Bürgschaftsverträge vor Gericht – Lösungsansätze in der deutschen Rechtsprechung

In Deutschland erfuhr die Rechtsprechung zu den Bürgschaften von Kindern, Ehepartnern und nichtehelichen Lebenspartnern – der BGH spricht in etwas kryptischer Terminologie von „Nahbereichspersonen“²³ – durch eine verfassungsgerichtliche Grundsatzentscheidung ihren wesentlichen Impuls.²⁴ Seitdem wurde sie in einem nach wie vor andauernden Prozess der Verstetigung und Differenzierung durch die zivilgerichtliche Fachjudikatur ausgestaltet. Zwei Urteile aus dem Jahr 2002 haben zu einer weiteren Konsolidierung der Rechtsprechung geführt.²⁵

1. Die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts – Pflicht der Zivilgerichte zur Inhaltskontrolle von Verträgen

Die Sonderstellung von Familienbürgschaften in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte geht auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) aus dem Jahre 1993 zurück.²⁶ Zuvor hatten der Senat des Bundesgerichtshofs (BGH) solche Bürgschaften überwiegend mit dem Verweis auf die Vertragsfreiheit als bindend erachtet und jegliche Inhaltskontrolle abgelehnt.²⁷ Die Rechtsprechung des BGH stieß im Schrifttum überwiegend auf Kritik. So

22 Vgl. zur „rôle essentiel, économique et moral“ der Frauen das Zitat oben in Anm. .

23 BGH NJW 2000, 1182 (Entscheidung vom 27.1.2000).

24 BVerfGE 89, S. 214 ff. In Österreich erfolgte der Grundsatzentscheid im Jahre 1995, vgl. OGH JBl. 1995, S. 651 ff.

25 Vgl. BGHZ 151, S. 34 ff. (Entscheidung vom 14.5.2002) und BGH, in: NJW 2002, S. 2230 ff. (Entscheidung vom 14.5.2002), besprochen von M. Tonner, Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehebürgschaften, in: JuS 2003, S. 325 ff., siehe auch die Urteile des BGH vom 4.12.2000, 14.11.2000, 15.1.2002 und 28.5.2002 in STREIT 3/2003, S. 79-83.

war die Rede vom „eisige[n] Wind des ausgehenden 19. Jahrhunderts“,²⁸ vom Rechtsschutz inhumaner Verträge²⁹ vom „modernen Schuldturn“. ³⁰ Kritik kam auch aus den eigenen Reihen der Gerichte: Untere Instanzen sprachen von einer formaljuristischen Betrachtungsweise und verweigerten dem BGH die Gefolgschaft.³¹

In der erwähnten Entscheidung von 1993 beförderte das Verfassungsgericht den BGH recht unsanft in die turbulente Gegenwart der materiellen Vertragsgerechtigkeit. In seinen Erwägungen hielt das Gericht fest, dass „die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Kräfteverhältnisses der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt und dass der Ausgleich gestörter Vertragsparität zu den Hauptaufgaben des geltenden Zivilrechts gehört“. ³² Für diese Aufgabe komme den Generalklauseln des Bürgerlichen Gesetzbuches eine zentrale Rolle zu. Für die Zivilgerichte folge daraus die verfassungsmäßige Pflicht, bei der Auslegung und Anwendung der Generalklauseln darauf zu achten, dass Verträge nicht als Mittel der Fremdbestimmung dienten.³³

2. Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben durch die Zivilgerichte – Voraussetzungen der Inhaltskontrolle

In seiner Bürgschaftsentscheidung überließ es das BVerfG den Zivilgerichten, ein Verfahren zur verfassungsmäßig gebotenen Inhaltskontrolle zu entwickeln und das Ergebnis im Einzelfall zu begründen.³⁴

Im Anschluss daran sind eine Reihe von Entscheiden des BGH zu Bürgschaften und Schuldbeitritten von Eheleuten ergangen³⁵ – wobei es sich beim Grossteil der Fälle um Bürgschaften von einkommens- und vermögenslosen Ehefrauen handelte.³⁶ Die erste Phase war geprägt vom Ringen zwischen dem IX. und dem XI. Zivilsenat um die richtige Umsetzung der verfassungsmäßigen Vorgaben.³⁷ In der Sache kam es seit 1998 zu einer Annäherung des zunächst bankenfreundlicheren IX. an den strengerer XI. Zivilsenat.³⁸ Seit 2001 ist aufgrund einer Änderung des Geschäftsverteilungsplans des BGH der XI. Zivilsenat allein für das Bürgschaftsrecht zuständig und sorgt für eine Konsolidierung der Rechtsprechung.³⁹ Heute gilt eine Bürgschaft unter Nahbereichspersonen als sittenwidrig, wenn eine krasse finanzielle Überforderung der Bürgin vorliegt, sie in ihrer Entscheidungsfreiheit erheblich beeinträchtigt wurde und die Bank dies in sittlich anstößiger Weise ausgenutzt hat, wobei sowohl die fehlende Entscheidungsfreiheit als auch deren Ausnutzung durch die Bank (widerleglich) vermutet werden.

a) Krasse finanzielle Überforderung der Bürgin

Mit dem Kriterium des krassen Missverhältnisses zwischen übernommener (Bürginnen-)Verpflichtung und finanzieller Leistungsfähigkeit übernehmen die Zivilgerichte eine Vorgabe des Verfassungsgerichts. In der Konkretisierung dieses Grundsatzes hat der BGH festgehalten, dass eine krasse finanzielle Überforderung der Lebenspartnerin schon dann vorliege, wenn

26 BVerfGE 89, 214 (Entscheidung vom 19.10.1993).

27 Vgl. BGHZ 106, 269 (Entscheidung vom 19. 1. 1989 [IX. Zivilsenat], 272): "Die Freiheit der Vertragsgestaltung als Teil der Privatautonomie umfasst für jeden voll Geschäftsfähigen auch die Rechtsmacht, sich zu Leistungen zu verpflichten, die er nur unter besonders günstigen Bedingungen erbringen kann." Einschränkender schon damals der XI. Zivilsenat des BGH, vgl. BGH WM 1991, 313 (Entscheidung vom 22.1.1991); BGH, BGHZ 120, 272 (Entscheidung vom 24.11.1992).

28 H. Honsell, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 19.1.1989 – IX. ZR 124/88 (OLG Braunschweig), in: JZ 1989, 494–496 (495).

29 D. Reinicke/K. Tiedke, Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögensloser oder einkommensschwacher Bürgen, in: ZIP 1989, 613–619 (619).

30 U. Reifner, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit – Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht, in: ZIP 1990, 427–438 (427).

31 Landgericht Münster NJW 1990, 1668 (1669, Urteil vom 26.3.1990); vgl. auch OLG Stuttgart NJW 1988, 833 (Urteil vom 12.1.1988), aufgehoben durch BGH NJW 1989, 1665 (Urteil vom 16.3.1989).

32 BVerfGE 89, 214 (233). Das BVerfG knüpft hier an den viel beachteten "Handelsvertreterfall" an, vgl. BVerfGE 81, 242 (Entscheidung vom 7.2.1990).

33 BVerfGE 89, 214 (232, Entscheidung vom 19.10.1993). Der BGH kam dem vom BVerfG formulierten Auftrag in seiner Entscheidung vom 24. Februar 1994 nach, vgl. BGHZ 125, 206 (213 ff.).

34 BVerfGE 89, 214 (234, Entscheidung vom 19.10.1993).

35 Für einen Überblick vgl. die Rechtsprechungsberichte von G. Pape in: NJW 1995, S. 1005–1009; NJW 1996, S. 887–896;

NJW 1997, S. 980–990. Für die Entwicklungen ab 1997 vgl. den Bericht von K. Tiedke in: NJW 2001, S. 1015–1029 (insb. S. 1022 ff.). Vgl. weiter N. Horn, Bürgschaften und Garantien: aktuelle Rechtsfragen der Bank-, Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis, 8. Aufl., Köln 2001, S. 51 ff.; J. Drexel, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, Tübingen 1998, S. 509 ff. Die von den Gerichten entwickelten Grundsätze zu den Ehebürgschaften werden auch auf nichteheliche Lebensgemeinschaften angewandt, vgl. etwa BGH NJW 1995, 592 (Entscheidung vom 5.1.1995); BGH NJW 1997, 1005 (Entscheidung vom 23.1.1997).

36 Vgl. z. B. BGHZ 128, 230 (Entscheidung vom 5.1.1995); BGH NJW 1996, 513 (Entscheidung vom 2.11.1995); BGH WM 1996, 475 (Entscheidung vom 16.1.1996); BGH NJW 1996, 2088 (Entscheidung vom 25.4.1996); BGH NJW 1996, 1274 (Entscheidung vom 18.1.1996); BGH NJW 1997, 1003 (Entscheidung vom 23.1.1997); BGH NJW 1997, 1773 (Entscheidung vom 11.3.1997); BGH NJW 1997, 3372 (Entscheidung vom 18.9.1997).

37 Die unterschiedlichen Rechtsauffassungen mündeten in einer Vorgabe an den Grossen Senat, vgl. BGH NJW 1999, 2584 (Vorlagebeschluss XI. Zivilsenat vom 26.9.1999); BGH NJW 2000, 1185 (Rüge der Unzulässigkeit des Vorlagebeschlusses durch den IX. Zivilsenat vom 15.2.2000). Die Klärung blieb aus, weil sich die Vorlage aufgrund der Rücknahme der Revision erledigte, vgl. NJW 2000, 1186.

38 Vgl. BGH NJW 1999, 58 (Entscheidung vom 8.10.1998); BGH NJW 2000, 1182 (Entscheidung vom 27.1.2000).

39 Vgl. BGH NJW 2002, 2230 (Entscheidung vom 14.5.2002); BGHZ 151, 34 (Entscheidung vom 14.5.2002).

sie auf abschbare Zeit keine Tilgungsleistung erbringen und nicht einmal die vertraglich vereinbarten Zinsen bezahlen könne.⁴⁰ Bei der Prüfung der Überforderung kommt es einzig auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bürgin und nicht auch auf diejenigen des Hauptschuldners an.⁴¹ Dingliche Belastungen auf dem Grundbesitz der Bürgin sind wertmindernd zu berücksichtigen.⁴² Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Überforderung ist derjenige des Vertragsabschlusses.⁴³

b) Erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit

Gemäss der neusten Formel des BGH ist bei einer krassen finanziellen Überforderung nach der allgemeinen Lebenserfahrung widerleglich zu vermuten, dass die dem Hauptschuldner persönlich nahestehende Bürgin die ruinöse Bürgschaft allein als emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner übernommen und die Bank dies in sittlich anstössiger Weise ausgenutzt hat.⁴⁴ Auch damit übernimmt der BGH eine Vorgabe des Verfassungsgerichts, nämlich diejenige der strukturellen Unterlegenheit der finan-

ziell überforderten Vertragspartei. Die Formel ist das Ergebnis einer Rechtsprechung, die sich über die Jahre – und angesichts der unterschiedlichen Rechtsauffassungen der beiden Zivilsenate durchaus kontrovers – entwickelt hat.

aa) Uneigennützigkeit

Im verfassungsgerichtlichen Bürgschaftsurteil finden sich mit Blick auf die strukturelle Unterlegenheit zwei Anhaltspunkte: Das fehlende Eigeninteresse der Bürgin und die Beeinträchtigung ihrer Entscheidungsfreiheit.⁴⁵ Der XI. Zivilsenat verknüpfte die beiden Gesichtspunkte, indem er *fehlendes Eigeninteresse* als Indiz für eine *Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit* ansah – so beispielsweise im Fall der leistungsunfähigen jungen Ehefrau ohne Berufsausbildung und Geschäftserfahrung, die sich für den Kredit ihres Ehemannes verbürgt hatte, wobei der Kredit dem Kauf eines Gebrauchtwagens diente, über den maßgeblich der Ehemann verfügte.⁴⁶

Demgegenüber tat sich der IX. Zivilsenat zunächst außerordentlich schwer mit der vermuteten Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der vermögenslosen Ehefrau: Die eheliche Lebensgemeinschaft umfasse die persönlichen ebenso wie die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten und sei vom Gesetz als eine Partnerschaft gleichen Rechts und gleicher Pflichten ausgestaltet. Von daher dürfe der Gläubiger in der Regel annehmen, dass die Eheleute in allen anstehenden Fragen keinen unzulässigen Druck aufeinander ausübten und das Recht zur freien Entscheidung des Partners gegenseitig achteten.⁴⁷ Die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit müsse daher grundsätzlich im Einzelfall nachgewiesen werden.

Die Hypothese von der partnerschaftlich-selbstbestimmten Ehe erwies sich indes schon bald als wenig wirklichkeitsgetreu und damit judikativ kaum operabel, war es doch mit derlei kontrafaktischen Idealbildern schwierig, den Vorgaben des Verfassungsgerichts zu genügen. Der IX. Zivilsenat sah sich daher gezwungen, das Erfordernis des Nachweises eines ehelichen Abhängigkeitsverhältnisses aufzugeben. Die sich bereits in einer Entscheidung von 1997 abzeichnende Abänderung der Rechtsprechung⁴⁸ wurde in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1999 bzw. 2000 bestätigt.⁴⁹ Im zweiten Fall – dem ersten BGH-Fall eines finanziell überforderten *männlichen* Lebenspartners – verabschiedete sich der IX. Zivilse-

40 So die konstante Rechtsprechung des XI. Zivilsenats, vgl. nur BGH NJW 1991, 923 (Entscheidung vom 22.1.1991); BGH DB 2001, 378 (Entscheidung vom 14.11.2000) = WM 2001, 402. Nach zunächst abweichender Rechtsprechung nunmehr auch der IX. Zivilsenat, vgl. BGH NJW 2000, 1182 (1183, Entscheidung vom 27.1.2000).

41 BGH NJW 1997, 1773 (1774, Entscheidung vom 11.3.1997); BGH NJW 2000, 1182 (Entscheidung vom 27.1.2000).

42 BGHZ 151, 34 (erster Leitsatz, Entscheidung vom 14.5.2002), bestätigt durch BGH NJW 2002, 2634 ff.

43 BGH NJW 2000, 363 (364, Entscheidung vom 25.11.1999).

44 BGHZ 151, S. 34 ff. (Entscheidung vom 14.5.2002) und BGH, in: NJW 2002, S. 2230 ff. (Entscheidung vom 14.5.2002)

45 BVerfGE 89, 214 (235 f., Entscheidung vom 19.10.1993).

46 BGH NJW 1994, 1726 (Entscheidung vom 26.4.1994).

47 BGH NJW 1995, 592 (593, Entscheidung vom 5.1.1995).

nat zudem vom Erfordernis der Geschäftsunerfahrenheit. Der Lebenspartner hatte sich für einen Kredit zugunsten seiner Lebensgefährtin verbürgt. Der Kredit diene der Errichtung eines Wohnhauses auf einem Grundstück, das der Lebensgefährtin gehörte. Das Haus wollten sie gemeinsam bewohnen. Nach der Kündigung des notleidenden Kredits machte die Gläubigerin gegenüber dem Bürgen ihre Ansprüche aus dem Bürgschaftsvertrag geltend. Der IX. Zivilsenat bewertete den Bürgschaftsvertrag als sittenwidrig, unter anderem aus folgenden Erwägungen: „Der Kläger lebte unstreitig in eheähnlicher Gemeinschaft mit der Hauptschuldnerin. Ein solches Lebensverhältnis ist erfahrungsgemäss als ein Beweggrund für einen der Partner geeignet, sich für den anderen in einer Weise zu verpflichten, welche die eigene Leistungsfähigkeit krass überfordert.“⁵⁰ Dass der Kläger möglicherweise nicht geschäftsunerfahrenheit sei, falle nicht ins Gewicht: Auch geschäftsgewandte Personen könnten aus emotionaler Verbundenheit zu einem Lebenspartner Verbindlichkeiten eingehen, die sie krass überforderten.⁵¹

bb) Emotionale Verbundenheit

Mit den erwähnten Entscheidungen aus dem Jahre 1999 bzw. 2000 rückte die emotionale Verbundenheit zwischen der bürgenden Person und dem Hauptschuldner verstärkt in den Vordergrund der judikativen Argumentation.⁵² In der jüngsten Formel zum Bürgschaftsrecht nimmt sie gar eine zentrale Stellung ein: In Fällen krasser finanzieller Überforderung, so der BGH, sei zu vermuten, dass die ruinöse Bürgschaft oder Mithaftung „allein aus emotionaler Verbundenheit mit dem Hauptschuldner“⁵³ übernommen worden sei. Trotz dieser rhetorischen Gewichtung bleibt es allerdings dabei, dass die emotionale Verbundenheit nur das Erklärungsmuster für das uneigennützige Handeln der Bürgin ist, das seinerseits zur Vermutung der beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit führt.

3. Zwischenergebnis

Die deutsche Rechtsprechung knüpft die Sittenwidrigkeit von Ehebürgschaften an immer geringere Erfordernisse. In der jüngsten Judikatur genügt grund-

sätzlich die krasse finanzielle Überforderung der aus dem Kredit nicht unmittelbar geldwerte Vorteile ziehenden Ehe- oder Lebenspartnerin, um die Sittenwidrigkeitskontrolle zu aktivieren. Denn an diese Konstellation knüpfen sich zwei Vermutungen, die von der kreditgebenden Bank zu widerlegen sind, will sie dem Sittenwidrigkeitssurteil entgehen: Die Vermutung der eingeschränkten Entscheidungsfreiheit der Bürgin und die Vermutung, dass die Bank diese Zwangssituation ausgenutzt hat. Den Banken ist dieser Nachweis bislang nicht gelungen.

Ausnahmsweise kann schließlich die Bank die Nichtigkeitssfolge dann vermeiden, wenn sie nachweist, dass die Bürgschaft dem Schutz vor Vermögensverschiebungen dient, dieser Haftungszweck ausdrücklich vereinbart wird und eine solche Vermögensverschiebung tatsächlich stattgefunden hat.⁵⁴

III. Übertragbarkeit auf die schweizerische Rechtsordnung?

In der Schweiz haben Familienbürgschaften nicht dieselbe judikative Aufmerksamkeit erhalten wie in Deutschland – allerdings durften Ehefrauen bis 1988 solche Verträge ohne die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde auch gar nicht eingehen.⁵⁵ Vor dem Hintergrund der intensivierten deutschen Rechtsprechung zu den Bürgschaften naher Angehöriger, die im übrigen auch in Österreich rezipiert wurde,⁵⁶ stellt sich aber dennoch die Frage nach einer möglichen Übertragbarkeit auf das schweizerische Recht. Gibt es eine grenzüberschreitende zivilrechtliche Dogmatik kompensatorischer Instrumente zur Reaktion auf geschlechtsspezifische Ungleichgewichts-lagen?

1. Verstärkte Tendenz zur Inhaltskontrolle

1969 hielt das schweizerische Bundesgericht fest, dass John Benelli, der über eine bescheidene Altersrente verfügte, sich gültig für den Geschäftskredit seines Schwiegersohnes in Höhe von (damals) CHF 84'000 verbürgen konnte; das Gesetz verbiete niemandem, sich über seine finanziellen Kräfte hinaus zu verpflichten.⁵⁷ Diese Rechtsprechung ist überholt.⁵⁸ Das schweizerische Vertragsrecht hat sich von

48 BGH NJW 1997, 3372 (3373, Entscheidung vom 18.9.1997): Bei uneigennütziger überhöhter Bürgschaft und bei fehlendem vernünftigen Interesse der Kreditgeberin an einer Verpflichtung im vereinbarten Umfang ist zu vermuten, dass die Bürgin sich nur aufgrund emotionaler Bindung an den Hauptschuldner infolge mangelnder Geschäftsgewandtheit und Rechtskundigkeit eingelassen hat.

49 BGH NJW 2000, 362 (Entscheidung vom 25.11.1999); BGH NJW 2000, 1182 (Entscheidung vom 27.1.2000).

50 BGH NJW 2000, 1182 (1184, Entscheidung vom 27.1.2000).

51 BGH NJW 2000, 1182 (1184, Entscheidung vom 27.1.2000). Bestätigt in BGH NJW 2002, 2230 ff. (2230, Entscheidung vom 14.5.2002).

52 Als Vorläufer: BGM NJW 1997, 3373 (Entscheidung vom 18.9.1997).

53 BGHZ 151, 34 ff. (37, Entscheidung vom 14.5.2002) und BGH, in: NJW 2002, S. 2230 ff. (2231, Entscheidung vom 14.5.2002).

54 Vgl. BGHZ 151, 34 ff. (37 ff., Entscheidung vom 14.5.2002) und BGH, in: NJW 2002, S. 2230 ff. (2231 f., Entscheidung vom 14.5.2002). Kritisch gegenüber dieser Ausnahme zugunsten der Banken: Tiedke, (wie Anm. 43), S. 1023.

55 Dazu oben S. (Bürgschaft der Ehefrau für Schulden des Ehemannes).

56 Vgl. JBl 1995, S. 653. Umfassend T. Rabl, Die Bürgschaft, Wien 2000, S. 58 ff.

der formalen Willensdogmatik des liberalen Vertragsrechtsdenkens gelöst und ist heute einer „materialen Vertragsethik“⁵⁹ verpflichtet. Damit verbunden ist die Abkehr von der Idee, dass Vertrag und Vertragsgerechtigkeit schon durch den Vertrag selbst – im Sinne einer dem Vertragsmechanismus inhärenten Richtigkeitsgewähr⁶⁰ – funktional zusammenhängen. Unabdingbare Voraussetzung für die Richtigkeitsgewähr ist nach neuerem, inzwischen verbreitetem Vertragsrechtsverständnis vielmehr die relative Machtgleichheit der Vertragsparteien.⁶¹ Ist das Machtgleichgewicht gestört, versagt der Vertrag in seiner Funktion, ein richtiges bzw. gerechtes Vertragsergebnis zu gewährleisten; er verliert damit seine Richtigkeitsgewähr. Die Tendenz hin zu einer verstärkten Inhaltskontrolle von Verträgen kann folglich auf den Gedanken der fehlenden Richtigkeitsgewähr bei gestörter Vertragsparität zurückgeführt werden.⁶²

Neben der vertragsrechtsinternen Neuorientierung ist ein vertragsrechtsextern motivierter Wandel durch die Diskussion über die grundrechtskonforme Auslegung des Privatrechts zu beobachten. Die Einflussnahme auf private Rechtsbeziehungen rechtfertigt sich hier nicht mehr aus der Kompensation fehlender Waffengleichheit (Vertragsdisparität), sondern ist Ausdruck von sozialetischen, an den Grundprinzipien der Rechtsordnung orientierten Schranken der subjektiven Rechte.⁶³ Der Grundrechtseinfluss auf die Rechtsbeziehungen unter Privaten firmiert dogmatisch unter dem Oberbegriff der Lehre der Dritt- oder Horizontalwirkung. Danach enthalten die Grundrechte allgemein verbindliche Rechte, die über die privatrechtlichen Generalklauseln Geltung beanspruchen.⁶⁴ Im Kontext des Ver-

tragsrechts bedeutet dies die Inanspruchnahme der Generalklauseln zum Schutz des Selbstbestimmungsrechts von Vertragsparteien.⁶⁵ Dieses umfassende Grundrechtsverständnis findet sich auch in Art. 35 Abs. 3 der neuen Bundesverfassung.⁶⁶ Mit der Anerkennung grundrechtlicher Einflüsse im Privatrecht und der darauf fußenden Beschränkungen der Vertragsfreiheit vollzieht sich die Abkehr von der Idee eines sozialpolitisch neutralen Vertragsrechts.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass das schweizerische Vertragsrecht in immer stärkerem Masse neben seiner formalen Ordnungsfunktion auch soziale Ausgleichs- und Schutzfunktionen übernimmt. Die verstärkte Tendenz zur Inhaltskontrolle legt eine kritische Würdigung der problematischen Bürgschaftsverträge geradezu nahe.

2. Inhaltskontrolle über die Generalklauseln:

Die guten Sitten (Art. 19 und 20 OR)

Das schweizerische Zivilrecht verfügt – ähnlich dem deutschen BGB – über Generalklauseln, die im Einzelfall eine Korrektur vertraglichen Ungleichgewichtslagen zulassen. Bei Bürgschaftsproblematik bieten die Generalklauseln der Art. 19 und 20 des OR das schlagkräftigste Instrument zur Korrektur der Ungleichgewichtslage, denn mit dem Verdikt der Nichtigkeit führen sie das schärfste Schwert der richterlichen Inhaltskontrolle. Im Vordergrund steht dabei die Generalklausel der guten Sitten.

Ob ein Vertrag sittenwidrig ist, beurteilt sich nach dem Vertragsinhalt,⁶⁷ zu dem Leistung, Gegenleistung und verfolgter Vertragszweck gezählt werden⁶⁸ – sowie von einigen auch die Umstände des Zustandekommens.⁶⁹ Bezüglich aller Prüfungsgegen-

57 BGE 95 II 55 (59).

58 Vgl. BGE 123 III 292 (298). Sodann: Belser (Fn.), S. 231.

59 BGE 123 III 292 (298). Der Wandel wird oft mit der Feststellung Wieackers auf den Begriff gebracht, die formelle Freiheitsethik habe sich in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt. Vgl. F. Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtslehrbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1958, S. 18; ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Karlsruhe 1974, S. 24. Ein guter Überblick über den Wandel in der deutschen Rechtslehre findet sich bei J. Limbach, Das Rechtsverständnis in der Vertragslehre, in: JuS 1985, S. 10–14 (10 ff.).

60 Zur Theorie der Richtigkeitsgewähr vgl. W. Schmidt-Rimpler, Grundlagen zur Erneuerung des Vertragsrechts, in: AcP 147 (1941), S. 130–197. Für eine eingehende Diskussion der Theorie der Richtigkeitsgewähr vgl. L. Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992, S. 51 ff. Die Richtigkeitsgewähr wird dem Vertragsrecht auch in der schweizerischen Lehre traditionell attestiert; vgl. C. Huguenin Jakobs, Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Schweiz im Lichte der neuen EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträge, in: recht 3 (1995), S. 85–95.

61 E. Kramer, Berner Kommentar, VI/1/2/1a, Bern 1991, N 25 zu Art. 19–20.

62 Zur Aufgabe des Privatrechts, bei gestörtem Gleichgewicht für Ausgleich zu sorgen, vgl. auch R. Zäch, ZSR 105 (1986), S. 35; A. Staehelin, BJM 1978, S. 19. Zur viel verwendeten Legitimation der Eingriffe in die Vertragsfrei-

heit mit dem Hinweis auf die fehlende Richtigkeitsgewähr im deutschen Recht vgl. die zahlreichen Nachweise bei Fastrich, (Fn.), S. 51. Für eine Inhaltskontrolle gestützt auf die gestörte Vertragsäquivalenz statt auf die gestörte Vertragsparität vgl. E. Belser, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Fribourg 2000, S. 111 ff.

63 Die sozialetische Schranke ist Teilgehalt des Prinzips von Treu und Glauben, vgl. E. Zeller, Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Zürich 1981, S. 236; K. Sameli, Treu und Glauben im öffentlichen Recht, in: ZSR 96 II (1976), S. 291–390 (309).

64 Vgl. J. P. Müller, Einleitung zu den Grundrechten, in: Jean-François Aubert u. a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Loseblatt (Stand 1995), N 58 m. w. N.; ders. Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie (unter Mitarbeit von W. Kälin und S. Müller), Bern 1982, S. 80.

65 Vgl. Belser (Fn.), S. 495 ff.

66 Art. 35 Abs. 3 BV: "Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden."

67 BGE 119 II 384 f.; BGE 84 II 27.

68 Vgl. P. Gauch/W. Schluep/H. Schmid/H. Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 8. Aufl., Zürich 2003, Rn. 656, m. w. N.

69 C. Huguenin Jakobs, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2003, N 36 zu Art. 19/20 OR m. w. N.; Belser, (Fn.), S. 418 ff.

sünde beurteilt sich die Sittenwidrigkeit nach objektiven Kriterien: Auf die Gesinnung einer Partei oder auf ihre Motive kommt es – anders als im deutschen Recht⁷⁰ – bei Art. 19 und 20 OR nicht an⁷¹.

In der Schweiz ist die Zulässigkeit einer Sittenwidrigkeitskontrolle bei vertraglicher Leistungsinequivalenz umstritten. Von einer Ausnahme abgesehen hat das Bundesgericht die Kontrolle verneint, weil insoweit ausschließlich der Übervorteilungsbestand des Art. 21 OR eingreife.⁷² Demgegenüber wird in der Lehre zunehmend die Auffassung vertreten, dass Fälle der Inäquivalenz jedenfalls dann zusätzlich unter dem Blickwinkel der Sittenwidrigkeit geprüft werden sollten, wenn zur Übervorteilungslage weitere qualifizierende Elemente hinzutreten.⁷³ Solche werden etwa im Missbrauch einer Machtstellung⁷⁴ oder im marktbedingten Ungleichgewicht zwischen den Parteien⁷⁵ gesehen. Gerade bei Bürgschaftsverträgen gilt die Komplementarität von Sittenwidrigkeitskontrolle und Übervorteilungsbestand inzwischen als ein nach schweizerischem Privatrecht gangbarer Weg.⁷⁶ Hält man die Sittenwidrigkeitskontrolle für grundsätzlich zulässig, so erfasst dies zumindest die geradezu prototypischen Bürgschaftsverträge einer mittellosen Ehefrau. Die grobe Leistungsinequivalenz bestimmt sich angesichts der (regelmässigen) Einseitigkeit des Bürgschaftsvertrags⁷⁷ nicht nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, sondern nach dem Verhältnis zwischen Haftungsumfang und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit der Bürgin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Das zur groben Leistungsinequivalenz hinzutretende Element liegt in der Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien, die daraus resultiert, dass die Bürgin durch ihre emotionale Bindung zum Schuldner in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt ist. Die Vermutung der Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit und deren Ausnutzung durch die Bank wird allerdings dann widerlegbar, wenn die Bürgin ein Eigeninteresse an der Darlehensgewährung hat. Ansonsten sind aber

solche Bürgschaftsverträge auch nach schweizerischem Recht als sittenwidrig und daher nichtig zu beurteilen.

3. Die Übervorteilung (Art. 21 OR)

Selbst wenn man die Sittenwidrigkeitskontrolle bei vertraglicher Inäquivalenz ablehnt, bleibt noch die Übervorteilung zu prüfen. Anders als die Generalklauseln der Art. 19 und 20 OR folgt aus ihr keine Nichtigkeit des Vertrages, sondern dessen bedingte Undurchsetzbarkeit. Ausgestaltet als fristgebundene Obliegenheit, wird die Norm nur relevant, wenn sich die übervorteilte Vertragspartei innerhalb eines Jahres ab Vertragsabschluss auf Art. 21 OR beruft. Die Ausübung des Gestaltungsrechts führt – ähnlich der Anfechtung⁷⁸ – zum Wegfall des Rechtsgrundes, so dass dem Leistungsbegehren begegnet und bereits Geleistetes zurückgefordert werden kann. Objektiv erfordert Art. 21 OR ein offenes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, an dessen

70 Vgl. die Nachweise bei Kramer, (Fn.), N 175, 181 zu Art. 19/20 OR.

71 Huguenin Jacobs, (Fn.), N 36 zu Art. 19/20 OR, m. w. N.

72 BGE 43 II 806; BGE 51 II 169; BGE 115 II 236. Die Ausnahme betrifft die Vereinbarung eines Darlehenszinses von 26%, vgl. BGE 93 II 191 f.

73 So etwa Belser, (Fn.), S. 418 ff., K. Otfinger, Betrachtungen über die *Laesio* im schweizerischen Recht, die Bestimmungen über die Übervorteilung, insbesondere im Lichte neuerer Entwicklungen und Tendenzen, in: ders. (Hrsg.), *ausgewählte Schriften*, Zürich 1978, S. 168; Kramer, (Fn.), N 205 zu Art. 19/20 OR; B. v. Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1964, S. 229 f.; I. Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Bern 2003, Rn. 32.32; J.-B. Zufferey-Werro, *Le contrat contraire aux bonnes moeurs*, Fribourg 1988, Rn. 679, Rn. 1010 ff., 1015. Die genannten Autorinnen und Autoren würden bei einer überaus krassen Leistungsinequivalenz die Sittenwidrigkeit auch ohne zusätzliche

Elemente bejahen. Gegen die Anwendbarkeit von Art. 20 OR: E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Aufl., Zürich 1988, S. 258 f.; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 676 f.

74 Otfinger, (wie Anm.), S. 168.

75 Zufferey-Werro, (Fn.), Rn. 679.

76 Gauch/Schluep/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 676a.

77 Die Ausgestaltung des Bürgschaftsvertrags als einseitig verpflichtender Vertrag gehört nicht zu seinem Wesen; es können durchaus auch Verpflichtungen der Gläubigerin vereinbart werden. Im Regelfall bleibt es aber bei der einseitigen Verpflichtung der Bürgin. Vgl. Pestalozzi, (wie Anm.), N 1 zu Art. 492, m. w. N. Im hier relevanten Fall ist kaum denkbar, dass die Bank gegenüber der Ehefrau eine zusätzliche Verpflichtung eingeht.

78 Zum Streit über die Bedeutung der einseitigen Unverbindlichkeit des Vertrags (Ungültigkeitstheorie vs. Anfechtungstheorie) vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 889 ff.

Vorliegen allerdings keine strengen Anforderungen zu stellen sind⁷⁹. Außerdem setzt die Norm voraus, dass eine Partei in Ausbeutung einer unterlegenen Verhandlungsposition der anderen gehandelt hat,⁸⁰ also sich deren Situation bewusst zunutze machte,⁸¹ weil sie die Schwächelage⁸² und das offenbare Leistungsmissverhältnis kannte⁸³ oder zumindest damit rechnete.⁸⁴ Obwohl auf vollkommen zweiseitige Verträge zugeschnitten, ist Art. 21 OR sinngemäß auch auf andere, namentlich unvollkommen zweiseitige Verträge oder Gesellschaftsverträge anwendbar.⁸⁵

Für die Eignung der Übervorteilung zur Inhaltskontrolle von Ehebürgschaften spricht, dass der Tatbestand spezifisch auf vertragliche Ungleichgewichtslagen zugeschnitten ist.⁸⁶ Bei der uneigennütigen Bürgschaft einer mittellosen Ehefrau für den Geschäftskredit ihres Ehemannes werden die Voraussetzungen für die sinngemäße Anwendung von Art. 21 OR regelmäßig gegeben sein: Ihre Mittellosigkeit führt zur Bejahung des groben Missverhältnisses zwischen Haftungsumfang und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Ihre Schwächelage folgt aus dem Näheverhältnis und dem daraus erwachsenden Gemeinschaftsdenken; sie gerät in eine (vom gesetzlichen Begriff der Notlage mit umfasste⁸⁷) psychologische Zwangslage, die für sie ungünstige Verpflichtung einzugehen. Dass Lebensgemeinschaften als Kooperationsgemeinschaften nicht von Eigennutz, sondern von gegenseitiger Rücksichtnahme und Unterstützung geprägt sind, ist den Banken generell bewusst. Es kann daher argumentiert werden, der Vertragsabschluss erfolge unter Ausnutzung der Zwänge, die aus dem Kooperationsdenken erwachsen. Dass die Banken auch von der offenbaren Leistungsinequivalenz Kenntnis haben, kann unterstellt werden, entspricht es doch banküblichen Gepflogenheiten, die von ihnen geforderten Sicherheiten nach kaufmännischer Sorgfalt auf ihre Werthaltigkeit zu überprüfen. Im Falle der Bürgschaft bedeutet dies die Überprüfung der finanziellen Möglichkeiten der Bürgin. Insgesamt kann daher festgehalten werden, dass die Bestimmung zur Übervorteilung für das Problem der Ehebürgschaften einen Lösungsweg bieten, soweit der Vertrag nicht bereits wegen Sittenwidrigkeit nichtig ist.

Praktische Schwierigkeiten für die Berufung auf Übervorteilung ergeben sich indes aus der einjährigen Verwirkungsfrist zur Geltendmachung. Kredite werden über eine längere Zeitdauer zugesprochen. Daher wird es einerseits selten vorkommen, dass eine Bürgin bereits vor Jahresfrist belangt wird und dann einredeweise die Unverbindlichkeit des Vertrages geltend macht. Vor Ablauf des Darlehensvertrages wird sie andererseits kaum Art. 21 OR anrufen, da sie sonst riskiert, dass ihrem Ehemann der Kredit gekündigt oder allenfalls ein weiterer Kredit verweigert wird.

4. Zwischenergebnis zum schweizerischen Recht

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Problematik der Ehebürgschaften bzw. der Bürgschaften von „Nahbereichspersonen“ im schweizerischen Zivilrecht unter Inanspruchnahme der Art. 19/20 und 21 OR angegangen werden kann. In erster Linie wird dabei die Anwendbarkeit von Art. 21 OR zu prüfen sein, da diese Bestimmung speziell auf die hier auftretende Ungleichgewichtslage zugeschnitten ist. Daneben ist aber auch – in den von der deutschen Rechtsprechung vorgezeichneten Schranken – eine Inhaltskontrolle gestützt auf Art. 20 OR zu bejahen. Ausgangspunkt bildet die weithin anerkannte Auffassung, dass der Vertrag als privat gesetztes Recht seine Legitimität verliert, wenn die Entscheidungsfreiheit einer Partei maßgeblich beeinträchtigt ist.⁸⁸ Damit gehört die selbstbestimmte Gestaltung von privaten Rechtsgeschäften zu den Prinzipien, die dem Vertragsrecht immanent sind, und somit zum Anwendungsbereich von Art. 20 OR. Die Selbstbestimmung ist immer dann gefährdet, wenn eine Verpflichtung übernommen wird, welche die persönlichen Mittel bei weitem übersteigt und aus der die Verpflichtete keine eigenen Vorteile zieht, sondern die sie wegen eines emotionalen oder anderen Abhängigkeitsverhältnisses hinnimmt. Dies aber ist der Regelfall bei den Bürgschaften von Ehefrauen für die Kredite ihrer Ehemänner. In solchen Fällen bietet die Sittenwidrigkeitskontrolle das angemessene Mittel, um zum Schutz der vertraglichen Selbstbestimmung der Ehefrau autonomiewahrend einzugreifen.⁸⁹

79 Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, (Fn.), N 734; Kramer, (wie Anm.), N 25 zu Art. 21 OR; P. Gauch, Die Übervorteilung – Bemerkungen zu Art. 21 OR, in: recht 1989, S. 91–99 (95 f.). Strenger P. Engel, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2. Aufl., Bern 1997, S. 301; Bucher, (Fn.), S. 228; B. v. Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich 1964, S. 227.

80 Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 738, m. w. N.

81 Vgl. BGE 92 II 177 sowie Huguenin Jacobs (Fn.), N 14 zu Art. 21 OR, m. w. N.

82 Vgl. BGE 95 II 112.

83 BGE 123 III 305.

84 Gauch/Schlupe/Schmid/Rey (Fn.), Rn. 742.

85 Vgl. die Nachweise bei Huguenin Jacobs, (Fn.), N 3 zu Art. 21 OR.

86 Für die Anwendung von Art. 21 OR auf Bürgschaftsverträge nach schweizerischem Recht vgl. E. Belser, *Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit*, in: AJP 1998, S. 433–445 (445).

87 BGE 123 III 292 (301). Vgl. Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 737.

88 Vgl. W. Flume, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2. Bd.: *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin u. a. 1992, S. 7: „Die Idee des Vertrages ist, dass das vertraglich Vereinbarte deshalb gilt, weil die Vertragsschließenden, ein jeder in Selbstbestimmung, vereinbart haben, dass es so rechtens sein soll.“ (Hervorhebung der Autorin)

IV. Schlussbetrachtung

1. Von ernst zu nehmenden Mahnungen

In Anbetracht der Mahnung in schweizerischen Lehrbüchern, dass „deutsche Lehrsätze hierzulande nur mit der gebotenen Zurückhaltung und keinesfalls unkritisch übernommen werden [sollten]“,⁹⁰ fällt es nicht ganz leicht, im Ergebnis für eine Übernahme der in Deutschland entwickelten Kriterien zur Kontrolle von Bürgschaften durch „Nahbereichspersonen“ zu plädieren.⁹¹ Doch anders als die berechtigte Frage, ob tatsächlich all die kunstvollen Verästelungen der deutschen Zivilrechtsdogmatik importiert werden sollten, wo doch in der Schweiz „seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat“,⁹² anders auch als die Frage nach der Notwendigkeit, den eigenen JuristInnenhimmel mit den zahlreichen Rechtsfiguren deutscher Provenienz zu schmücken,⁹³ geht es hier um ein von der Sache her einfaches, praktisches, aktuelles und für zahlreiche Frauen gravierendes Problem: Es geht um die Praxis der Banken, bei der Kreditvergabe an ihre Ehemänner eine Bürgschaft oder – was gerade im Bereich der Konsumkredite noch häufiger vorkommt – eine Solidarverpflichtung zu verlangen. Recht determiniert Verträge auch durch seine Abwesenheit. Wenn das Recht auf Probleme in der Rechtswirklichkeit nicht reagiert, privilegiert es diejenigen, die sich kraft überlegener Macht durchzusetzen vermögen. Das sind im Kreditwesen heute unzweideutig die Banken. Die Rechtsvergleichung – hier also konkret der Blick über die nördliche Landesgrenze hinaus – erlaubt es, diese Entscheidung des Rechts offen zu legen, sie kritisch zu hinterfragen und ein Lösungsmodell anzubieten.⁹⁴ Dass dies angesichts der spezifischen Praxis in der Schweiz jenseits der Bürgschaftsverträge entsprechend auch für Solidarverpflichtungen von Familienangehörigen geschehen könnte und müsste, kann an dieser Stelle nur erwähnt, nicht aber verfolgt werden.

2. Von der Psychologie im Recht

Dass Gesetze das Ergebnis politischer Prozesse sind, dass sie von Menschen mit verschiedenen Interessen geschaffen und bekämpft werden, ist Gemeingut. Niemand erwartet oder behauptet, dass die ParlamentarierInnen bei den Verteilungsfragen, um die es letztlich bei jedem Gesetz geht (wer muss und wer

darf handeln, wer gibt und wer erhält jeweils was), frei von ideologischen Anschauungen und WählerInneninteressen entscheiden. Bei Gerichtsentscheiden ist man in dieser Sache zurückhaltender. Eigentlich möchte man sich vorstellen, dass die RichterInnen das Ergebnis des politischen Machtkampfes, das in Form von Gesetzen daherkommt, als gegeben akzeptieren und es frei von eigenen Anschauungen und Befindlichkeiten anwenden. Gleichzeitig aber ahnen wir, dass die Robe aus den Menschen keine emotionslosen Subsumptionsmaschinen macht, sondern dass deren Entscheidungsfindung von etlichen „ausserrechtlichen“ Faktoren, etwa dem sozialen Hintergrund, den familiären Verhältnissen, der persönlichen Erfahrungen, kurz: durch die jeweiligen Lebensumstände und -phasen beeinflusst wird⁹⁵. Ein maßgeblicher, wenn nicht der maßgeblichste Lebensumstand überhaupt, ist das Geschlecht.⁹⁶ Da es bislang an empirischer Forschung über den Einfluss des Geschlechts auf die

89 Weitergehend ist zu überlegen, ob nicht mit Blick auf die Grundnorm in Art. 159 ZGB eine Inhaltskontrolle ohne Rückgriff auf die Vermutung einer Einschränkung vertraglicher Selbstbestimmung möglich wäre, vgl. dazu weiter hinten.

90 Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, (Fn.), Rn. 1467.

91 Für eine offene richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen auch Belser, (wie Anm.), S. 445.

92 BGE 67 II 74.

93 Die Beschreibung stammt von P. Gauch, „Entgangener Feriengenuß“ – Gedanken zu einer „Mitteilung“, in: SJZ 73 (1983), S. 276.

94 Zu den hier angesprochenen Funktionen der Rechtsvergleichung vgl. insb. K. Zweigert/H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 14.

95 Vgl. hierzu F. Walter, Psychologie und Recht aus der Sicht eines Richters, in: J. Schmid/P. Tercier (Hrsg.), Psychologie und Recht, Zürich 2000, S. 31–53 (47 ff.).

richterliche Entscheidungsfindung fehlt, kann an dieser Stelle nur darüber spekuliert werden, warum ein ausschließlich männlich besetzter BGH-Senat⁹⁷ ausgerechnet im Falle des weit und breit einzigen männlichen Bürgen den Quantensprung in Richtung Sitzenwidrigkeitskontrolle vollzogen hat. Dies einfach nur der Männersolidarität zuzuschreiben, wäre wohl zu billig, wenngleich der Verdacht in Form eines Körnchens Wahrheit nicht vom Tisch zu wischen ist.

3. Vom Geschlecht der gewöhnlichen Vertragspartei

Bei der im Ergebnis richtigen Auffassung des BGH, dass die Bürgschaften von „Nahbereichspersonen“ einer Inhaltskontrolle zu unterziehen sind, fällt Folgendes auf: Voraussetzung für die Inhaltskontrolle ist – neben der krassen finanziellen Überforderung – die wesentliche Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Bürgin und die Ausnützung dieser Situation durch die Bank. Bei der uneigennützigen Bürgschaft wird beides vermutet.

Allerdings ist fraglich, ob diese juristische Sichtweise der sozialen Vertragswirklichkeit in jedem Fall entspricht. Sicher gibt es Fälle, in denen sich die Bürgin in einer seelischen Zwangslage befindet, wenn von ihr als Sicherheit für den Kredit des Lebenspartners eine Bürgschaft verlangt wird. Mit Blick auf die soziale Realität einer Lebensbeziehung ist aber umgekehrt nicht auszuschließen, dass die Mithaftung für den Kredit des anderen als Selbstverständlichkeit empfunden wird und einen unproblematischen Teil der solidarisch gelebten Partnerschaft bildet. Lebensgemeinschaften sind nicht ausschließlich auf individuellen Profit, sondern auf das Wohl der Gemeinschaft und insbesondere auf das Wohl des Lebenspartners oder der Lebenspartnerin ausgerichtet.

Wenngleich in der Bürgschaftsrechtsprechung des BGH im Ergebnis der speziellen Ausgestaltung und Dynamik von Lebensgemeinschaften Rechnung getragen wird, indem Werte wie Hilfsbereitschaft und Gemeinschaftssinn geschützt werden, so zeigt sich gleichzeitig, wie schwer sich der BGH mit der offenen Anerkennung dieser Werte als rechtlich relevanter Kategorien tut. Denn von Hilfsbereitschaft ist in der BGH-Rechtsprechung nicht die Rede. Stattdessen wird bei einer finanziell belastenden und uneigennützigen Bürgschaft die Beeinträchtigung der Entschei-

dungsfreiheit in Form einer (widerleglichen) Vermutung unterstellt. Altruistisches Handeln in einem über der Banalitätsgrenze liegenden Maß aktiviert mit anderen Worten die Vermutung einer gestörten Willensbildung. Die Verknüpfung von fehlendem Eigennutz und fehlender Selbstbestimmung offenbart das Bild, das der BGH von der gewöhnlichen Vertragspartei hat. Schließt diese einen Vertrag, der sie finanziell schwer belastet, ohne dass sie daraus einen unmittelbaren eigenen Nutzen zieht, so ist nach Ansicht des BGH davon auszugehen, dass sie in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt gewesen ist.

Umgekehrt bedeutet dies: Gewöhnliche Vertragsparteien gehen freiwillig keine uneigennützigen Verträge ein. Damit bleibt der BGH trotz aller augenscheinlichen Distanz, die ihm gerade im Zusammenhang mit seiner Bürgschaftsrechtsprechung attestiert wird, im liberalen Vertragsrechtsdenken des 19. Jahrhunderts verhaftet.⁹⁸ Seine Bezugsfigur bleibt der autonome, eigennützige Mensch, der sich nur verpflichten mag, wenn er aus dieser Verpflichtung Vorteile zieht. Emotionalität, Hilfsbereitschaft und Gemeinschaftssinn – also sozialtypisch weiblich konnotierte Eigenschaften – passen nicht in dieses Bild. Die gewöhnliche Vertragspartei des BGH hat mithin ein Geschlecht: Sie ist, sozial gesprochen, eine männliche Person. Das erstaunt insoweit nicht, als das Vertragsrecht insgesamt auf männlich konnotierte Werte wie Rationalität, Anspruchsdenken und Individualismus ausgerichtet ist.⁹⁹ Erstaunlich aber ist, dass dort, wo als Ausnahmefall weiblich konnotierte Werte berücksichtigt werden, lieber komplizierte rechtliche Konstruktionen errichtet werden, statt diese Werte offen zu schützen und ihre rechtliche Relevanz anzuerkennen.

4. Von kooperationsorientierter Schuldrechtsdogmatik

Mit Blick auf den (Ehe-)Kontext der hier behandelten Bürgschaftsfälle ist die Fixierung auf die ökonomische Rationalität des individualistischen Nutzenmaximierers nicht nur bedauerlich, sondern dogmatisch fragwürdig. Die verpönten „Irrationalitäten“ der Solidarität und Rücksichtnahme bilden nämlich gleichzeitig die Leitmaximen des Eherechts: Die Eheleute sind verpflichtet, das Wohl der Gemeinschaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren (Art. 159 Abs. 2 ZGB) bzw. füreinander Verantwortung zu

96 Vgl. allerdings Walter, (wie Anm.), S. 51 f., der keine Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen RichterInnen ausmachen vermag. Dem ist im Sinne der Differenztheorie entgegenzuhalten, dass Frauen in solchen vorrangig männlichen Bereichen wie dem Bundesgericht einem besonders starken Druck ausgesetzt sind, sich männliche Werte und Verhaltensweisen anzueignen ..., falls sie diese nicht schon in der männlich dominierten universitären Ausbildung internalisiert haben.

97 Der IX. Zivilsenat ist noch heute rein männlich besetzt. Im nunmehr allein zuständigen XI. Zivilsenat ist ein Mitglied eine Richterin, vgl. www.bundesgerichtshof.de

98 Zum Menschenbild im Privatrecht vgl. P. Häberle, Das Menschenbild im Verfassungsstaat, Berlin 1988, S. 50 f., mit zahlreichen Nachweisen.

99 Siehe hierzu S. Emmenegger, Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Fribourg 1999, S. 109 ff.

tragen (§ 1353 BGB). Die Ehe ist mit anderen Worten eine *normative Kooperationsgemeinschaft*. Zu den Kooperationspflichten gehört auch die Wahrung der wirtschaftlichen Integrität der Ehegemeinschaft.

Das eheliche Kooperationsprinzip gilt aber nicht nur im Innenverhältnis, sondern es entfaltet auch eine *schuldrechtliche Außenwirkung*. Das zeigt sich unter anderem an den Bestimmungen im Bürgschafts-, Miet- und Wohnrecht, die für Verträge verheirateter Personen die Zustimmung des Ehepartners bzw. der Ehepartnerin verlangen (Art. 494 Abs. 1 OR, Art. 226b OR, Art. 169 ZGB). Durch das Gültigkeitserfordernis der Ehepartnerlichen Zustimmung werden auch Dritte in das Kooperationskonzept der Ehe eingebunden. Der Kooperationsgedanke strahlt so über die eheliche Gemeinschaft hinaus und in das allgemeine Vertragsgeschehen hinein, wo er als Auslegungs-, Anpassungs- und Kontrolldeterminante im ehrelevanten Vertragskontext Wirkung entfaltet.

Legt man der Inhaltskontrolle von Ehebürgschaften das eheliche Kooperationsprinzip zugrunde, so wird die Konstruktion einer seelischen Zwangslage verzichtbar. Die Inhaltskontrolle wird stattdessen über die vertragsrechtliche Außenwirkung der ehelichen Grundnorm aktiviert. Eheleute sind einander zu Solidarität verpflichtet. Dritte sind insoweit in das System ehelicher Solidarität eingebunden, als sie in ihrer Vertragsbeziehung das Kooperationsdenken nicht für den Abschluss leistungsdisparater Verträge ausnützen dürfen. Verlangen die Banken von einer mittellosen Ehefrau eine Bürgschaft, tun sie aber genau dies. Ein solches Vorgehen ist als sittenwidrig zu qualifizieren, weshalb die so abgeschlossenen Bürgschaftsverträge nichtig sind, ohne dass es auf die Frage der gestörten Entscheidungsfreiheit noch ankäme.