

# Recht und Liberalismus im Königreich Bayern

2023

ISBN 978-3-406-79527-5

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

die gesicherte Schuld zum Nutzen der Frau verwandt wurde oder ihr sonst kein Schaden entstanden war<sup>146</sup>. Nur hingewiesen werden kann hier noch einmal auf die güterrechtlichen Besonderheiten, dass bei der Interzession zugunsten eines Dritten häufig auch der Ehemann einwilligen musste, da die Frau regelmäßig in der Verfügung über ihr Sondervermögen – mit Ausnahme des Rezeptzuges – beschränkt war (CMB IV 10 § 26 Nr. 1, I 6 § 27)<sup>147</sup>.

#### bb) Verzicht

Ein Verzicht auf das Sec. Vell war möglich. Die Voraussetzungen hielten sich im Rahmen des gemeinrechtlich Überkommenen: Die exceptio Sc. Vell. war ausgeschlossen, wenn die Frau nach eingehender und förmlicher Belehrung (Zertioration) ausdrücklich und *specialiter* auf ihr *beneficium* verzichtete<sup>148</sup>. Denn nur ein aufgeklärter Verzicht sei seinen Namen wert<sup>149</sup>. Die Zertioration setzte voraus<sup>150</sup>, dass die Frau

- (a) in Abwesenheit des Mannes,
- (b) durch die „ordentliche Obrigkeit“,
- (c) über den Inhalt ihrer Rechte aufgeklärt wurde und
- (d) sie die drei Fragen beantwortete:
  - (1) Ob sie freiwillig komme oder von ihrem Mann gezwungen worden sei?
  - (2) Ob sie nicht die Interzession für sich und ihre Kinder für nachteilig halte?
  - (3) Und ob sie nach alledem auf ihre Rechte verzichten wolle?
- (e) Die Zertioration und Verzicht waren schließlich förmlich zu protokollieren<sup>151</sup>.

Ohne diese Form hatte der Verzicht keine Wirkung, auch wenn er beedigt worden sein sollte<sup>152</sup>. Das bayerische Landesrecht sah die Möglichkeit, die Interzession mit Eid zu befestigen oder einen vereinfachten eidlichen Verzicht (ohne Zertioration) nicht vor. Auf die Gründe gehen wir gleich ein. Mit dem bayerischen Notariatsgesetz vom 10. November 1861 ging die Zuständigkeit zur Belehrung und Errichtung des urkundlichen Verzichts von den ordentlichen Gerichten („ordentliche Obrigkeit“) auf die Notare über (Artt. 16, 20)<sup>153</sup>.

#### cc) Die *Authentica Si qua mulier*

Die Auth. Si qua mulier wurde im bayerischen Landrecht nicht nur rezipiert<sup>154</sup>, sondern im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichskammergerichts in ihrem Anwendungs-

<sup>146</sup> CMBC IV 10 § 26 Nr. 4; BayOGH, Bl. 28 (1863), 319, Erk. v. 15. 4. 1862; BayOGH, Bl. 24 (1859), 303, Erk. v. 30. 11. 1850; *Krüll*: Handbuch (Fn. 143), S. 142.

<sup>147</sup> *Krüll*: Handbuch (Fn. 143), S. 141.

<sup>148</sup> Tit. I Art. XIV BayLandR 1616; CMBC IV 10 § 26 Nr. 1; *Krüll*: Handbuch (Fn. 143), S. 141.

<sup>149</sup> *von Kreittmayr*: Anmerkungen (Fn. 58), Th. 1 Kap. VI, § 34 Fn. 2, 3; *Schmid*, Commentarius (Fn. 59), Ad Stat. Bavar. Tit. I Art. 12 § 8.

<sup>150</sup> Tit. 1 Artt. 12, 13 das BayLandR 1616; CMBC I 6 § 34 Nr. 2ff.

<sup>151</sup> *Krüll*: Handbuch (Fn. 60), S. 419ff.; *Julius Rau*: Handbuch des Güter- und Erbrechts der Ehegatten nach dem bayerischen Landrecht von 1756, 1864, S. 183ff. Die Urkunde schaffte die Vermutung, dass die Zertioration tatsächlich erfolgt war. Das Gegenteil konnte aber bewiesen werden. Für siegelmäßige Personen gab es zunächst Erleichterungen, die später ausgedehnt wurden (insbesondere § 3 der VIII. Beilage zur Verfassungsurkunde vom 26. Mai 1818). Die entsprechenden Vorrechte der Siegelmäßigkeit wurden durch Art. 150 Abs. 2 des bayerischen Notariatsgesetz v. 10. 11. 1861 (Gesetz, das Notariat betreffend, GBl. 1861/62, 129) beseitigt.

<sup>152</sup> CJB XIII § 7; *Krüll*: Handbuch (Fn. 60), S. 420.

<sup>153</sup> Gesetz, das Notariat betreffend, GBl. 1861/62, 129 (*Rau*: Handbuch (Fn. 151), S. 186ff.; *Zink*: Gesetz das Notariat betreffend, 1862, Art. 20 Fn.). Dazu: *Hans-Georg Hermann*: Zur Geschichte des Notariats im links- und rechtsrheinischen Bayern, in: *Mathias Schmoekel/Werner Schubert* (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512, 2012, S. 287 (303ff.).

<sup>154</sup> *Krüll*: Handbuch (Fn. 60), S. 419.

bereich sogar erweitert<sup>155</sup>. Nicht nur die fremdnützige Interzession zugunsten des Ehemannes, sondern auch eine (pro-rata-)Haftung bei gemeinschaftlichen Schulden der Ehepartner war grundsätzlich ausgeschlossen<sup>156</sup>. Verpflichteten sich Mann und Frau in derselben Urkunde als Gesamtschuldner, so konnte sich die Frau auf die Auth. Si qua mulier berufen<sup>157</sup>. Das bedeutete für den Regelfall: Der Mann haftete alleine auf das Ganze, die Frau haftete gar nicht. Die Frau haftete im Regelfall auch nicht güterrechtlich. Denn grundsätzlich hatte ein Ehepartner für die Verbindlichkeiten des anderen nicht einzustehen<sup>158</sup>. Anders war es nur bei Gütergemeinschaften<sup>159</sup>.

Die Übernahme der Verbindlichkeiten des Ehemannes war damit per se unwirksam. Hiervon gab es die bekannten Ausnahmen. Die Auth. Si qua mulier war nicht anwendbar, wenn das Geld aus der gesicherten Verbindlichkeit „zu ihrem [Ehefrau] eigenen, sonderbaren Nutzen verwendet“ wurde<sup>160</sup>. Das entspricht dem römischen Recht. Zum anderen war die Interzession wirksam, wenn die Frau auf das *beneficium* Auth. Si qua mulier nach hinreichender Belehrung rechtsförmig verzichtete. Das Zertiorationsverfahren entsprach dem Verzicht auf das Sc. Vell.<sup>161</sup>. Ein Eid war – anders als im gemeinen Recht – nicht notwendig, wie er umgekehrt einen „formunwirksamen“ Verzicht nicht heilen konnte<sup>162</sup>. Zum Grund erfahren wir gleich mehr.

### c) Nürnberg

Interessant ist schließlich der Blick auf Nürnberg, eine der großen Handelsstädte auf dem Gebiet des heutigen Bayerns. Die Rechtsstellung der Frau war hier deutlich freier. Soweit wir von güterrechtlichen Vorstellungen abstrahieren können, war das Sc. Vell. unbekannt. Unverheiratete Frauen und Witwen konnten sich den Männern gleich frei verbürgen<sup>163</sup>. Das eheliche Güterrecht bewirkte Modifikationen. Wobei natürlich zu beachten ist, dass die Schutzrichtung des Güterrechts bisweilen eine andere ist. Bei *verdingter Heirat* (Gütertrennung) konnten Ehefrauen mit Wissen des Ehemannes für einen anderen bürgen. Sie konnten auch die Schulden ihrer Ehemänner übernehmen, doch musste dies vor zwei Zeugen geschehen. Fehlte es daran, war die Interzession unwirksam. Auf der anderen Seite war eine besondere Belehrung oder ein Verzicht auf die „weiblichen Rechte“ zur Befestigung der Bürgschaft nicht notwendig<sup>164</sup>. Bei *versamenter Heirat* (Gütergemeinschaft) konnte die Frau nur mit Wissen und Willen des Ehegatten eine Bürgschaft eingehen. Aber das galt auch in die andere Richtung: Auch der Mann konnte nur mit Wissen und Willen der Frau für einen anderen wirksam interzedieren<sup>165</sup>.

<sup>155</sup> Gail: Practicae observationes (Fn. 131), Lib. II. Obs. LXXXIX § 1.

<sup>156</sup> Dem Mann stand es frei, sich mit oder für seine Ehefrau zu verpflichten (Rau: Handbuch (Fn. 151), S. 176).

<sup>157</sup> Tit. I Art. 13 BayLandR. 1616; CMBC I 6 § 33 Nr. 2; Schmid: Commentarius (Fn. 59), Ad Stat. Bavar. Tit. I Art. 14 § 15.

<sup>158</sup> Eine gemeinsame (solidarische) Haftung kam grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn die Frau (faktisch) zusammen mit dem Mann ein Gewerbe betrieb (CMBC I 6 § 32 Nr. 6; BayOGH, Bl. 17 [1852], 124, Erk. v. 15.3.1851).

<sup>159</sup> CMBC I 6 § 33 Nr. 1; Krüll: Handbuch (Fn. 60), S. 416f.

<sup>160</sup> CMBC I 6 § 33 Nr. 2.

<sup>161</sup> CMBC I 6 §§ 33 Nr. 2, 34.

<sup>162</sup> CJBj XIII § 7. Krüll: Handbuch (Fn. 60), S. 420.

<sup>163</sup> Nürnberger Ref. II 19 Ges. V § 1; Lazarus von Wölkern: Commentatio succincta in codicem juris statutarii Norici II, 1737, Tit. XIX Ges. V §§ 10 seq.

<sup>164</sup> Nürnb. Ref. II Tit. 19 Ges. 5 § 2, 3; Roth: Bayrisches Civilrecht (Fn. 69), S. 361 Fn. 99; von Völderndorff: in: von Dollmann: Gesetzgebung (Fn. 54), S. 331.

<sup>165</sup> Nürnb. Ref. II Tit. 19 Ges. 5; Roth: Bayrisches Civilrecht (Fn. 69), S. 379 Fn. 29.

#### d) Das Ende der eidlichen Bekräftigung im Königreich Bayern

Um die Aufhebung des Interzessionsverbots in Bayern zu verstehen, ist der Blick auf den feierlichen Eid (*iureiurando*) notwendig. Zwei Punkte sind von Bedeutung:

Erstens: Nach gemeinem Recht konnte auf die Auth. *si qua mulier* nur durch feierlichen Eid verzichtet werden. Dahinter stand der Grundsatz des kanonischen Rechts, dass der Eid eine nach Zivilrecht unwirksame Verbindlichkeit zur klagbaren Verbindlichkeit bestärken kann<sup>166</sup>. Aber dieser Grundsatz war in Bayern spätestens mit der Gerichtsordnung von 1753 (CJBJ XIII § 7) kein geltendes Recht mehr.

*CJBJ XIII § 7*. [...] so wird doch dem Eid in Foro externo niemal soviel Kraft beygelegt, daß derselbe aus ungültigen Handlungen gültige, aus verbottennnen zuläßige, aus wiederufflichen unwiederuffliche machen [...] kann, sondern es soll die Haupthandlung selbst, wie sie immer Namen haben mag, allzeit bleiben, wie sie ist, folglich auch niemand seine dagegen habende dermeyntliche Einwendungen, und Rechtswohlthaten unter dem Vorwand des beygefügen Eids benommen seyn.

Der Vorschrift kam trotz ihrer Stellung im CJBJ auch materiellrechtliche Wirkung zu. Sie setzte sich gegenüber dem in einigen Landesteilen geltenden gemeinen Recht durch. Nach CJBJ XIII § 7 hatte der Eid nicht mehr die Kraft, eine sonst nicht durchsetzbare Interzession zu befestigen<sup>167</sup>. Das bayerische Landrecht knüpfte – wie gesehen – an diese Entwicklung an: Insbesondere der Verzicht auf die Auth. *Si qua mulier* bedurfte der eingehenden Belehrung, aber der Eid war – in Abweichung zu den gemeinrechtlichen Grundsätzen – nicht erforderlich<sup>168</sup>. Für die anderen Partikularrechtsordnungen in Bayern, in denen die Auth. *Si qua mulier* galt, gab es keine besonderen Vorschriften, die auf die materiellrechtliche Bestimmung des CJBJ XIII § 7 reagierten.

Zweitens ein Blick auf die rechtstatsächliche Entwicklung: Im Königreich Bayern bestand spätestens mit dem Hypothekengesetz von 1822<sup>169</sup> die Gewohnheit, Interzessionen der Frauen *nicht* mehr zu beidigen. Die Instruktionen zum Hypothekengesetz enthielten ein Musterformular eines Schuld- und Hypothekenbriefs, das den Verzicht der Ehefrau auf ihre „weiblichen Rechtwohltaten“ vorsah. Eine Bestärkung durch Eid – etwa in den gemeinrechtlichen Gebieten Bayerns – war nicht vorgesehen<sup>170</sup>. Das Formular war seitdem fast ausnahmslos in Anwendung. Eidliche Verzichte wurden nicht mehr beurkundet<sup>171</sup>. – Dass der Gesetzgeber Musterformulare verbreitet, die den gesetzlichen Anforderungen nicht genügen, ist dabei keine bayerische Spezialität des 19. Jahrhunderts. Erinnerung sei an die europarechtlich unzulässigen Kaskadenverweisungen in Musterwiderrufsbelehrungen<sup>172</sup>.

<sup>166</sup> X, 2, 24, cap. IX, XXVIII (de iureiurando).

<sup>167</sup> *Johann Seuffert/Johann Lauk*: Kommentar über die bayrische Gerichtsordnung III, 1842, Kap. XIII § 7 Anm.

<sup>168</sup> *von Kreittmayr*: Anmerkungen (Fn. 58), Th. 1 Kap. VI, § 34 Fn. 2, 3.

<sup>169</sup> Dazu: *Michael Stolleis*, in: Helmut Coing/Walter Wilhelm (Hrsg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert III*, S. 240.

<sup>170</sup> Verordnung, die Instruktionen über den Vollzug des Hypotheken-Gesetzes vom 1. Juny 1822 betreffend, Reg.-Bl. 1823, 499 (727, 729).

<sup>171</sup> o. V., Bl. 35 (1870), 33 (36f.); Verh. d. K. d. Abg., *Stenographische Berichte III*, 1870, S. 9ff. (*Grabner*).

<sup>172</sup> Anlage 7 zu Art. 247 § 6 Abs. 2 und § 12 Abs. 1 EGBGB (EuGH, NJW 2020, 1423, Urt. v. 26.3.2020 – C-66/19 – Kreissparkasse Saarlouis).

## IV. Die Aufhebung des Interzessionsverbots im Königreich Bayern

### 1. BayOGH, Bl. 34, 380

Der Hintergrund der Aufhebung des Interzessionsverbots im Königreich Bayern ist eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für Bayern (rechts des Rheins) vom 13.7.1869<sup>173</sup>. Veröffentlicht ist sie in den Bl. 34, 380. Gegenstand war ein Fall aus dem Kreis Schwaben und Neuburg. Hier galt überwiegend gemeines Recht und kein bayerisches Landrecht. Eine Ehefrau interzedierte für einen Geschäftskredit ihres Mannes. Sie bestellte eine Hypothek an ihrem Grundstück und verzichtete – nach entsprechender Belehrung durch den Notar – auf ihre Sonderrechte aus Sc. Vell. und Auth. Si qua mulier. Später behauptete sie die Unwirksamkeit der Interzession und klagte auf Löschung der Hypotheken. Der Verzicht der Ehefrau auf die Auth. si qua mulier wäre nach bayrischem Landrecht wohl wirksam gewesen<sup>174</sup>. Für den Streitentscheid war aber gemeines Recht maßgebend. Und dort war – wie wir wissen – zu differenzieren: Auf das Sc. Vell. konnte nach vorheriger Belehrung verzichtet werden. Dagegen war *in favorem uxoris* ein Verzicht auf die Rechtswohlthaten aus der Auth. si qua mulier grundsätzlich nicht möglich. Alleine nach Maßgabe des kanonischen Rechts wurde die eidliche Bestärkung der Interzession anerkannt. Aber da es im konkreten Fall daran fehlte, war die Klage der Frau auf Zustimmung zur Löschung begründet<sup>175</sup>.

### 2. Das Ende der weiblichen Interzession in den Gebieten des gemeinen Rechts

Die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs hatte erhebliche Folgen. Sie bedeutete für die *Vergangenheit*, dass in den betroffenen Gebieten des gemeinen Rechts letztlich seit Einführung des Hypothekengesetzes alle Interzessionen der Ehefrauen für ihre Männer unwirksam waren<sup>176</sup>. Denn in ganz Bayern wurden seit dem Hypothekengesetz 1822 Interzessionen der Frauen nicht mehr beedigt. Aber auch für die *Zukunft* sah es nicht besser aus. Die unter dem gemeinen Recht stehenden Frauen konnten auf die Auth. Si qua mulier gar nicht mehr wirksam verzichten<sup>177</sup>: Denn CJBC XIII § 7 hatte dem Eid seine bestärkende Wirkung genommen.

Die Entscheidung BayOGH Bl. 34, 380 sorgte entsprechend in den verschiedenen Lagern für größte Beunruhigung: „Sie setzt eine Menge Kapitalisten in gerechte Besorgnis einer Verlustgefahr und bedroht Notare und Hypothekenbeamte mit Regreßansprüchen, und zwar jene, weil sie die für die Rechtsgültigkeit der Geschäfte vorgeschriebene Form bei eigener Haftung zu beobachten, und diese, weil sie die formale Rechtsgültigkeit der Geschäfte bei gleicher Haftung zu prüfen haben“<sup>178</sup>. Aber auch die Kreditnehmer wurden unruhig. Sie sahen die Gefahr, dass viele Geldgeber aus Sorge ihre hypothekarisch gesicherten Darlehen kündigen und den betroffenen Wirtschaftskreisen Fremdkapital entziehen könnten<sup>179</sup>. Inwieweit diese Befürchtungen berechtigt waren, kann ich nicht mehr nachvollziehen. Jedenfalls wandte sich die Notarkammer von Schwaben und Neuburg Anfang 1870 in einem eindringlichen Schreiben an Staatsregierung und Abgeordnetenversammlung und forderte Abschaffung der Förmlichkeiten der Bürgschaft für die Zukunft und die gesetzliche Klarstellung (authentische Interpretation), dass sie auch in der Vergangenheit nicht notwen-

<sup>173</sup> Albert Vierling: Die fragmentarischen civilrechtlichen Gesetze, 2. Aufl. 1892, S. 191 Fn. 1; Wagner: Interzession (Fn. 77), S. 198ff.

<sup>174</sup> CMBC I 6 § 34.

<sup>175</sup> BayOGH, Bl. 38 (1873), 378 (381ff.), Urt. v. 17. 10. 1873.

<sup>176</sup> I. Ausschuss (Winderl), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (63).

<sup>177</sup> o. V., Bl. 35 (1870), 33ff. Bisweilen wurde freilich für Bayern ein abweichendes Gewohnheitsrecht behauptet (o. V., Bl. 35 (1870), 49).

<sup>178</sup> o. V., Bl. 35 (1870), 33 (39); o. V., Bl. 35 (1870), 49f.

<sup>179</sup> I. Ausschuss (Winderl), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (63f.).

dig war<sup>180</sup>. Auch Vertreter der Rechtswissenschaft sprangen auf den Zug. Von ihnen wurden die Interzessionsverbote schon lange kritisiert: In der Sache seien sie überholt und in ihren Wirkungen zweifelhaft, wenn ein leicht dahin gesagter Eid sie zur Seite stoßen könnten<sup>181</sup>. Der 2. DJT in Dresden hatte bereits im August 1861 einstimmig beschlossen: Es sei „wünschenswerth, daß eine gemeinsame Bestimmung für Deutschland getroffen werde, nach welcher die für die Intercession der Personen weiblichen Geschlechts bestehende Handlungsunfähigkeit (*senatusconsultum Vellejanum, authentica si qua mulier* und die daher entnommenen, sich anschließenden partikularrechtlichen Bestimmungen) sowie die *cura sexus* aufgehoben werden“<sup>182</sup>.

### 3. Das legislative Umfeld des bayerischen Tätigwerdens

Die zeitgenössische Gesetzgebung war für eine „Abschaffung des Interzessionsverbots“ nicht ungünstig. Das sächsBGB kannte zwar in seinen §§ 1650 ff. nach wie vor Sondervorschriften für die Interzessionen der Frauen. Eine Bürgschaft zugunsten des Ehemannes setzte eine gerichtliche Belehrung der Ehefrau voraus<sup>183</sup>. Und auch der bayerische Entwurf von 1861 setzte pikanterweise *in favorem uxoris* fest, dass sich Frauen für ihre Ehemänner nur in einer öffentlichen Urkunde verbürgen können (Art. 869 bayEntw)<sup>184</sup>. Zudem bestimmte Art. 860 Abs. 1 bayEntw. *in favorem mariti*, dass Bürgschaften der Frauen ohne Einwilligung des Ehemannes anfechtbar waren<sup>185</sup>. Dagegen enthielt sich der Dresdner Entwurf einer eigenen Stellungnahme<sup>186</sup>. Auf der anderen Seite hatte der französische Code civil das Sc. Vell. nicht adaptiert<sup>187</sup>. Und das österreichische ABGB notierte<sup>188</sup>:

§ 1349 ABGB. *Wer sich verbürgen könne.* Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechtes jedermann auf sich nehmen, dem die freye Verwaltung seines Vermögens zusteht.

### 4. Die Reaktion des bayerischen Gesetzgebers

Aufgeschreckt durch den Brandbrief der Notarkammer von Schwaben und Neuburg brachte der Staatsminister *v. Lutz* am 18. März 1870 den „Entwurf eines Gesetzes, die Aenderung einiger civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebernahme fremder Ver-

<sup>180</sup> I. Ausschuss (*Winderl*), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (60, 63f.) – Beilage I (Schreiben vom 30.1.1870).

<sup>181</sup> o. V., Bl. 35 (1870), 33 (39f. Fn. 2).

<sup>182</sup> Verhandlungen des zweiten DJT II, 1862, S. 189. Über das Für (*Jhering, Bluntschli*) und Wider (*Unger*) einer „fragmentarischen“ Gesetzgebung an dieser Stelle wurde viel diskutiert (Verhandlungen des zweiten DJT I, 1861, S. 126ff. [Gutachten Unger], II, 1862, S. 175ff. [Diskussion]).

<sup>183</sup> So bereits die Artt. 5ff. des württembergischen Pfandentwicklungsgesetzes von 1828 (*Gustav von Mandry*: Das württembergische Privatrecht II, 3. Aufl. 1903, S. 63f.).

<sup>184</sup> Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern I, 1861, S. 261. Überhaupt zur Rolle des Sc. Vell. in den weitem Entwürfen einer bayerischen Zivilrechtskodifikation im 19. Jahrhundert: *Wagner*: Interzession (Fn. 77), S. 230ff.

<sup>185</sup> Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern I, 1861, S. 258f. Diese Vorschrift war rein güterrechtlich motiviert.

<sup>186</sup> Er überließ die Frage den Landesgesetzen (Art. 928 dresdEntw). Eingehende Übersicht: *Mugdan IV*, S. 64 (Motive).

<sup>187</sup> *Philippe-Antoine Merlin*: Répertoire universel et raisonné de jurisprudence XXX, 1828, p. 363 (m. *senatus-consulte Velléien* § III n° 1.).

<sup>188</sup> Vor Inkrafttreten des ABGB konnte sich Frauen in Österreich verbürgen, wenn sie vorher obrigkeitlich belehrt wurden. Ein besonderer Eid war nicht erforderlich (*Franz von Zeiller*: Commentar über das ABGB IV, 1813, § 1349 Fn. 5).

bindlichkeiten betreffend<sup>189</sup> in die Abgeordnetenversammlung ein: Sc. Velleianum und Auth Si qua mulier müssten fallen<sup>190</sup>.

Es war nicht das erste Mal, dass sich der bayerische Gesetzgeber mit dieser Problematik auseinandersetze<sup>191</sup>. Im Zusammenhang mit der Aufhebung der *cura sexus* war bereits im Jahre 1861 von der Kammer der Abgeordneten vorgeschlagen worden, dass Interzessionsverbot für Frauen weitgehend zu lockern: „Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterscheid des Geschlechts Jedermann auf sich nehmen, dem die freie Vermögensverfügung zusteht“. Die Kammer der Reichsräte stimmte aber seinerzeit nicht zu: Man wollte ein allgemeines deutsches oder bayrisches Zivilgesetzbuch abwarten. Man entsprach damit im Jahre 1861 dem juristischen Zeitgeist. So argumentierte auch *Unger* in seinem Gutachten für den 2. DJT: Wenn man das Ganze begehre, sei es sinnlos, auch noch einen Teil zu begehren<sup>192</sup>. Man glaubte Zeit zu haben, da Sc. Vell. und Auth. Si qua mulier kein derartiger Übelstand seien, dass sofortiges Handeln notwendig sei<sup>193</sup>. Die Stimmung hatte sich 1870 geändert. „Fragmentarische“ Gesetzgebung sei notwendig und gerechtfertigt: Ein allgemeines Zivilgesetzbuch sei auf lange Zeit nicht zu erwarten<sup>194</sup>.

### a) Abgeordnetenhaus

#### aa) Die Beseitigung des *Senatusconsultum Velleianum* und der *Authentica Si qua mulier*

Im Grundsatz bestand im Gesetzgebungsprozess Einigkeit. Staatsregierung und Justizausschuss gaben den Ton vor<sup>195</sup>, die meisten Abgeordneten stimmten ein. Sc. Velleianum und Auth Si qua mulier verfolgten in der modernen Welt keinen legitimen Zweck mehr<sup>196</sup>. Sie seien antiquiert und entsprächen nicht mehr den Verhältnissen. Es gehe ihnen alleine um Bevormundung und Beschränkung. Doch dafür bestehe keine Notwendigkeit mehr, Männer und Frauen seien gleichzustellen. Denn anders als bei den Römern sei im „bayrischen Frauenvolk“ keine besondere Schwäche mehr vorhanden. Frauen hätten mittlerweile eine vollkommene Bildungsstufe und Stellung in der Gesellschaft, als dies in früheren Zeiten der Fall gewesen sei. *Winderl*<sup>197</sup> fasste es in den einprägsamen Worten zusammen: „Die volljährige deutsche Frauensperson ist keine römische Magd, sie steht auf der gleichen Stufe der Rechtsfähigkeit mit dem Manne“. Frauen gingen nicht selten bei ihren

## DIE FACHBUCHHANDLUNG

<sup>189</sup> Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161.

<sup>190</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte I, 1870, S. 441, 442. Zum Gesetzgebungsverfahren: *Wagner*: Interzession (Fn. 77), S. 244ff.

<sup>191</sup> *Wagner*: Interzession (Fn. 77), S. 240ff.

<sup>192</sup> *Unger*: Gutachten über drei das bürgerliche Recht betreffende Gesetzgebungsfragen, in: Verhandlungen des zweiten DJT I, 1861, S. 126ff., II, 1862, S. 179f.

<sup>193</sup> Vortrag (*Neumayr*), Verh. d. K. d. Reichsräte, Beilagen-Band II, 1871, S. 151 (161); Vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes „die Aenderung einern civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten betr.“, in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161f.

<sup>194</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 9ff. (*Barth*), S. 14ff. (*Winderl*); aA: aaO, S. 8f. (*Schüttinger*), auch S. 12 (*Grabner*).

<sup>195</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes „die Aenderung einern civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten betr.“, in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161 (164).; I. Ausschuss (*Winderl*), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (60, 63).

<sup>196</sup> Hingewiesen wurde auch auf die mangelnde Eignung des tradierten Rechts. Einerseits werde durch Form und Belehrung keine entschlossene Frau umgestimmt, umgekehrt sei die Gefahr von Belehrungsfehlern mit Nichtigkeitsfolge groß (Begründung zum Entwurf eines Gesetzes „die Aenderung einiger civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten betr.“, in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161 [161, 166]; Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 16ff. [Frankenburger]; BayOGH, Bl. 38 [1873], 378 [380], Urt. v. 17. 10. 1873).

<sup>197</sup> Patriotenpartei – Huttler Gruppe.



Rechtsgeschäften vorsichtiger zu Werke als das „bierselige starke“ Geschlecht<sup>198</sup>. Barth<sup>199</sup> wurde anekdotisch:

„Ich habe Erfahrung im praktischen Rechtsleben und kann Sie versichern, ich habe häufig gefunden, daß die Männer, besonders wenn sie im Wirtshause beim Glas Bier beisammen sind – was bei den Frauenspersonen nicht der Fall ist – weit leichter dazu zu bringen sind, Bürgschaften zu übernehmen als Frauenspersonen, die sich die Sache meist besser überlegen“<sup>200</sup>.

Und mit nahezu feministischem Eifer rief Winderl hinterher, es gelte „Unrecht gut zu machen, das man bisher an dem weiblichen Geschlecht begangen [habe], theilweise aus politischen Gründen“<sup>201</sup>. Doch das Gleichstellungsargument ist zu relativieren. Es ging dem „Gesetz, die Intercessionen betreffend“ alleine um die Beseitigung der *in favorem uxoris* bestehenden römischrechtlichen Vorschriften. Die *in favorem mariti* bestehenden (ehe-)güterrechtlichen Vorschriften, die die Interzession an die Zustimmung des Ehegatten banden, blieben sehr wohl in Kraft (Art. 1 Abs. 2)<sup>202</sup>. Alleine der Zugriff auf das weibliche Vermögen sollte erleichtert werden. Winderl wurde deutlich:

„Wenn eine Frauensperson eine Schuld übernimmt, so soll sie dafür haften und es soll nicht angehen, daß unter allerlei Vorwänden der Gläubiger hintergangen wird“<sup>203</sup>.

Im Kern war es alleine *v. Kurz*<sup>204</sup>, der vor einem umfassenden Systemwechsel im Recht des Sc. Vell. und der Auth. *Si qua mulier* warnte. Es bestehe eine besondere Gefährdungslage der Ehefrau. Denn gerade dem Ehemann ständen ganz eigentümliche Mittel zu Gebote, um auf den Willensentschluss seiner Frau Einfluss zu nehmen: „[u]nd der Willensentschluß soll doch bei jedem Vertrag ein freier sein“<sup>205</sup>.

#### bb) Der vorsichtige Regulierungsentwurf

Trotz der eindeutigen Kampfstellung gegen Sc. Vell. und Auth. *Si qua mulier* agierte der Regierungsentwurf zurückhaltend. Zwar wurden die klassischen römischen Institute aufgegeben. Doch gleichzeitig war die Übernahme fremder Verbindlichkeiten an die Schriftform der Erklärung des Interzedenten gebunden (Art. 2 RegE). Das Geschlecht spielte dabei keine Rolle. Das entspricht der Regelung des heutigen § 766 S. 1 BGB. Das bedeutete mit Blick auf die Interzessionen der Frauen eine Erleichterung. Doch gleichzeitig brachte Art. 2 RegE eine Erschwerung in den Gebieten, in denen die Interzession der Männer bisher formlos möglich war<sup>206</sup>. Mit Blick auf den Anlass des Gesetzes nicht minder

<sup>198</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 6f. (Winderl).

<sup>199</sup> Fortschrittspartei.

<sup>200</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 9ff. (Barth).

<sup>201</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 14ff. (Winderl).

<sup>202</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes „die Aenderung einiger civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebnahme fremder Verbindlichkeiten betr.“, in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161 (166); I. Ausschuss (Winderl), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (62).

<sup>203</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 14ff. (Winderl).

<sup>204</sup> Patriotenpartei – Jörg Gruppe (spätere bayerische Zentrumspartei).

<sup>205</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 7 (Kurz). Soweit ansonsten gegen den Gesetzesvorschlag argumentiert wurde, berief man sich auf ein abweichendes bayerisches Gewohnheitsrecht, das einen eidlichen Verzicht auf die Auth. *si qua mulier* nicht mehr fordere. Das Erk des BayOGH Bl. 34, 380 sei einfach falsch, ein gesetzgeberisches Vorgehen gar nicht notwendig (vgl.: Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 8f. [Schüttinger], auch S. 12 [Grabner]; 12f. [v. Hafenbrädl]).

<sup>206</sup> Im Bereich des bayrischen Landrechts war die Bürgschaft „gemeiner schlechter Bürger und Bauern“ abhängig von einer Verbriefung oder Protokollierung, der eine Kenntnisnahme aller Umstände und Belehrung seitens der Obrigkeit vorauszugehen hatte (CMBC IV 10 § 4 Nr. 1).

bedeutsam: Der Regierungsentwurf (Art. 4 RegE) lehnte eine Rückwirkung des Gesetzes ausdrücklich ab<sup>207</sup>.

cc) *Der forsche Rechtsausschuss*

Der I. Ausschuss wich in seinen Beratungen an einer zentralen Stelle vom Regierungsentwurf ab. Der dort für alle Interzessionen aufgestellte Formzwang wurde verworfen. Es sei ein unerträglicher Widerspruch im Regierungsentwurf, mit dem Anspruch anzutreten, Förmlichkeiten (Sc. Vell., Auth. Si qua mulier) zu beseitigen, sie im Ergebnis aber zu vermehren<sup>208</sup>. Mann und Frau auf die gleiche Stufe zu heben, müsse bedeuten, auf jede Form zu verzichten<sup>209</sup>. Keine volljährige Person gleichgültig welchen Standes und Geschlechtes solle in ihren privatrechtlichen Verhältnissen unter „Staatsbevormundung“ gestellt werden. Komme jemand zu Schaden, habe er sich das selber zuzuschreiben. Für die Gesellschaft sei das insgesamt weniger nachteilig, als die lästigen Formen aufrecht zu erhalten<sup>210</sup>. Dementsprechend stellte Art. 3 nunmehr klar, dass die Eingehung von Interzessionen „ohne Unterschied des Geschlechtes und Standes des Intercedenten“ an besondere Förmlichkeiten nicht mehr gebunden ist. Insoweit bedeutete das Gesetz nicht nur ein Ende der Interzessionsverbote für Frauen, sondern es schaffe auch die in einigen Gebieten zum Schutz des Bürgen bestehenden Formvorschriften ab<sup>211</sup>. Aber auch der Rechtsausschuss widersetzte sich der Vorstellung, dem Gesetz rückwirkende Kraft beizulegen. Ein entsprechender Antrag des Abgeordneten *Hohenadel*<sup>212</sup> wurde verworfen: „[E]s läge darin möglicher Weise ein Eingriff in wohlverworbene Rechte und ein solcher ließe sich durch die obwaltenden Umstände keineswegs rechtfertigen“<sup>213</sup>. Mit Zustimmung der Staatsregierung wurde der Entwurf des I. Ausschusses die Grundlage der abschließenden Verhandlungen in der Abgeordnetenkammer<sup>214</sup>.

dd) *Die Verhandlungen der Abgeordnetenkammer – Die Rückwirkung*

Die Rückwirkung des „Gesetzes, die Intercessionen betreffend“ wurde erst in den abschließenden Verhandlungen des Abgeordnetenhauses – gegen den Widerstand des Berichterstatters *Winderl*<sup>215</sup> und der bayerischen Staatsregierung<sup>216</sup> – beschlossen. Sie wurde maßgebend von *Hohenadel* betrieben<sup>217</sup>. Im Justizausschuss (I. Ausschuss) war er noch gescheitert. Unterstützt wurde er von *Völk*<sup>218</sup> und *Barth*<sup>219</sup>. Es reiche nicht, alleine für die Zukunft auszusprechen, dass ein eidlicher Verzicht nicht mehr erforderlich sei. Zwingend

---

Allgemein zur Form der Bürgschaft: *Schlinker/Ludyga/Bergmann*: Privatrechtsgeschichte (Fn. 6), § 11 Rn. 7, 16.

<sup>207</sup> Begründung zum Entwurf eines Gesetzes „die Aenderung einiger civilrechtlicher Bestimmungen hinsichtlich der Uebernahme fremder Verbindlichkeiten betr.“, in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band II, 1870, S. 161 (167).

<sup>208</sup> Bis dato waren Bürgschaften zum alleinigen Nutzen der Frau in manchen Gebieten des gemeinen Rechts formlos wirksam.

<sup>209</sup> I. Ausschuss (*Winderl*), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (61f.).

<sup>210</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 9ff. (*Barth*).

<sup>211</sup> So wurde auch der CMBC IV 10 § 4 aus der Welt geschafft, der noch bei den Bürgschaften der „gemeinen schlichten Bürger und Bauern“ Belehrung und Verbriefung vorsah.

<sup>212</sup> I. Ausschuss (*Winderl*), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (60, 62f., 64, 67) – Beilage II. Dem Antrag ging es darum, mit einer rückwirkenden gesetzlichen Bestimmung die Folgen des Urteils des BayOGH vom 13. 7. 1869 zu beseitigen.

<sup>213</sup> I. Ausschuss (*Winderl*), in: Verh. d. K. d. Abg., Beilagen-Band III, 1870, S. 59 (60, 62).

<sup>214</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 5.

<sup>215</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 16 (*Winderl*).

<sup>216</sup> Verh. d. K. d. Abg., Stenographische Berichte III, 1870, S. 19 (*v. Meißner*).

<sup>217</sup> Liberale Mittelpartei.

<sup>218</sup> Fortschrittspartei.

<sup>219</sup> Fortschrittspartei.