

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 458

Die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition

Eine historische Analyse des deutschen Bürgschaftsrechts
und dessen Berücksichtigung
im Draft Common Frame of Reference

Von

Trygve Jansen



Duncker & Humblot · Berlin

TRYGVE JANSEN

Die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 458

Die Bürgschaft in der europäischen Rechtstradition

Eine historische Analyse des deutschen Bürgschaftsrechts
und dessen Berücksichtigung
im Draft Common Frame of Reference

Von

Trygve Jansen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel hat diese Arbeit
im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-14892-9 (Print)
ISBN 978-3-428-54892-7 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84892-8 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Anne, Anne und Knut

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Wintersemester 2014/2015 von der Juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertationsschrift angenommen worden. Sie wurde im Dezember 2013 fertiggestellt und befand sich zum Zeitpunkt der Abgabe auf dem Stand des 20.12.2013. Zum Zwecke der Veröffentlichung wurden bis März 2015 erschienene Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt. Das Rigorosum fand am 10.12.2015 statt.

Ich danke zunächst Herrn Prof. Dr. Rudolf Meyer-Pritzl für die freundliche Betreuung während meiner Promotion und für seine Bereitschaft, mich bei der Erlangung des Promotionsstipendiums des Landes Schleswig-Holstein zu unterstützen. Danken möchte ich ferner Herrn Prof. Dr. Werner Schubert für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Mein persönlicher Dank für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Hinweise gilt meinem Freund, Dr. Ole Sachtleber, der mir während meines gesamten juristischen Werdeganges stets mit Rat und Tat zur Seite stand.

Ein letzter und besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, Anneliese Jansen und Knut Jansen, die mich – weit über das unermüdliche Korrekturlesen hinaus – immer, solange ich zurückdenken kann, liebevoll unterstützt und gefördert haben. Bei meiner Ehefrau, Anne Kathrin Jansen, möchte ich mich für ihre moralische Unterstützung und ihr Verständnis für die Befindlichkeiten während meines Studiums, meiner Promotion, meines Referendariats sowie meines Berufseinstieges bedanken. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Kiel, im Frühjahr 2016

Trygve Jansen

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|----|
| A. Einleitung | 19 |
| I. Problemstellung | 19 |
| II. Anlass und Gang der Untersuchung | 20 |
| B. Der DCFR | 23 |
| I. Die Lando-Kommission – Pionierarbeiten zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung und Grundlagenarbeit für den DCFR | 23 |
| II. Wissenschaftliche und politische Initiativen zur europäischen Privatrechtsvereinheitlichung und zum DCFR | 24 |
| III. Bewertung des DCFR durch Lehre und Literatur | 28 |
| 1. Kritik am Entstehungsverfahren – Zeitrahmen und Intransparenz | 28 |
| 2. Auftragsüberschreitung – DCFR als Entwurf eines Europäischen Zivilgesetzbuches | 29 |
| 3. Inhaltliche Kritik im Allgemeinen | 30 |
| IV. Kritische Würdigung | 30 |
| V. Zusammenfassung und Ausblick | 33 |
| C. Grundlagen und Wesensmerkmale des Bürgschaftsrechts – Ein Vergleich der Regelungssysteme des BGB und des DCFR | 36 |
| I. Das Bürgschaftsrecht des BGB | 36 |
| 1. Akzessorietätsgrundsatz | 37 |
| a) Entstehungsakzessorietät | 38 |
| b) Umfangs- und Fortbestandsakzessorietät | 38 |
| c) Akzessorietät auf der Ebene der Durchsetzbarkeit | 40 |
| d) <i>Cessio legis</i> | 43 |
| 2. Subsidiaritätsgrundsatz | 44 |
| a) Einrede der Vorausaufrechnung | 44 |
| b) Einrede der Vorausklage – Zwangsvollstreckungspflichten des Gläubigers und Ausschluss der Einrede | 45 |
| II. Das Bürgschaftsrecht des DCFR | 46 |
| 1. Begriff und Anwendungsbereich | 47 |
| 2. Akzessorietätsgrundsatz | 49 |
| a) Entstehungsakzessorietät | 49 |
| b) Umfangs- und Fortbestandsakzessorietät | 49 |
| c) Akzessorietät auf der Ebene der Durchsetzbarkeit | 52 |
| d) <i>Cessio legis</i> | 53 |

| | |
|--|-----------|
| 3. Grundsatz der solidarischen Haftung | 54 |
| III. Resümee | 56 |
| 1. Anwendungs- und Regelungsbereich | 56 |
| 2. Akzessorietätsgrundsatz | 57 |
| a) Entstehungsakzessorietät | 57 |
| b) Umfangs- und Fortbestandsakzessorietät | 58 |
| c) Akzessorietät auf der Ebene der Durchsetzbarkeit | 60 |
| d) <i>Cessio legis</i> | 61 |
| 3. Art der Bürgenhaftung | 62 |
| D. Der Bürgschaftsvertrag | 63 |
| I. Entstehungsgeschichte der §§ 765, 766 BGB – Grundlagen und Diskussion zur Zeit der Kodifikation des BGB | 63 |
| 1. Beratungen der Ersten Kommission | 63 |
| 2. Beratungen der Zweiten Kommission | 67 |
| 3. Beratungen des Bundesrates | 71 |
| 4. Beratungen des Reichstages | 71 |
| 5. Zusammenfassung | 72 |
| II. Voraussetzungen und Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages nach dem BGB | 74 |
| III. Der Bürgschaftsvertrag in der Rechtsprechung des Reichsgerichts | 75 |
| 1. Grundlagen und Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages | 76 |
| 2. Anforderungen an die Verbindlichkeit | 76 |
| a) Nichtigkeit der Hauptschuld und Wegfall des Hauptschuldners | 76 |
| b) Bestimmbarkeit der Verbindlichkeit und Zulässigkeit von Globalbürgschaften | 77 |
| 3. Formwirksame Erklärung des Bürgen | 78 |
| a) Telos des Formerfordernisses und Anwendungsbereich | 78 |
| b) Umfang des Formerfordernisses und Auslegung des Bürgschaftsvertrages | 79 |
| aa) Verbürgungswille | 80 |
| bb) Hauptschuld und Hauptschuldner | 81 |
| cc) Person des Gläubigers | 82 |
| c) Anforderungen an wirksame Erteilung | 82 |
| d) Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB | 83 |
| e) Blankobürgschaften | 83 |
| 4. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Personalsicherheiten | 84 |
| a) Schuldbetritt | 84 |
| b) Garantievertrag | 86 |
| IV. Der Bürgschaftsvertrag in der Rechtsprechung des BGH | 87 |
| 1. Grundlagen und Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages | 88 |

| | |
|--|-----|
| 2. Anforderungen an Verbindlichkeit | 88 |
| a) Nichtigkeit der Hauptschuld und Wegfall des Hauptschuldners | 89 |
| b) Bestimmbarkeit der Verbindlichkeit und Zulässigkeit von Globalbürgschaften | 90 |
| aa) Enges Verständnis vom Bestimmtheitsgrundsatz | 91 |
| bb) Abkehr vom engen Verständnis des Bestimmtheitsgrundsatzes | 93 |
| 3. Formwirksame Erklärung des Bürgen | 96 |
| a) Telos des Schriftformerfordernisses und Anwendungsbereich | 96 |
| b) Umfang des Formerfordernisses und Auslegung des Bürgschaftsvertrages | 99 |
| c) Rechtsprechung des BGH zu Auslegungsproblemen | 100 |
| d) Anforderungen an wirksame Erteilung | 102 |
| e) Ausnahmen von der Nichtigkeitsfolge des § 125 S. 1 BGB | 103 |
| f) Blankobürgschaften | 104 |
| 4. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Personalsicherheiten | 105 |
| a) Schulbeitritt | 105 |
| b) Garantievertrag | 106 |
| c) Patronatserklärung | 107 |
| V. Zusammenfassung und Bewertung | 109 |
| 1. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages und Anforderungen an Verbindlichkeit | 109 |
| 2. Globalbürgschaften | 110 |
| 3. Formwirksame Erklärung und Blankobürgschaften | 111 |
| 4. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Personalsicherheiten | 112 |
| 5. Fazit | 114 |
| VI. Der Bürgschaftsvertrag im DCFR | 115 |
| 1. Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages | 115 |
| 2. Formerfordernis | 116 |
| a) Anwendungsbereich der Bestimmungen für Verbraucherbürgschaften | 116 |
| b) Telos und Umfang der Formvorschrift | 118 |
| 3. Anforderungen an die Verbindlichkeit | 120 |
| 4. Globalbürgschaften | 120 |
| a) Allgemeine Sonderbestimmungen zu Globalbürgschaften | 121 |
| b) Besondere Schutzbestimmung zugunsten des Verbraucherbürgen nach Art. IV.G. – 4:105 lit. a DCFR bei Globalbürgschaften | 122 |
| 5. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Personalsicherheiten | 123 |
| a) Schulbeitritt | 123 |
| b) Garantievertrag | 124 |
| c) Patronatserklärung | 126 |
| VII. Resümee | 127 |

| | |
|--|------------|
| 1. Allgemeines Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages | 127 |
| 2. Formerfordernis | 129 |
| a) Anwendungsbereich | 129 |
| b) Umfang und Anforderungen an Erteilung der Bürgschaftserklärung | 131 |
| 3. Globalbürgschaften | 132 |
| 4. Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten und Personalsicherheiten | 134 |
| a) Schuldbeitritt | 134 |
| b) Garantievertrag | 135 |
| c) Patronatserklärung | 136 |
| E. Vorvertragliche und vertragliche Pflichten des Bürgschaftsgläubigers | 138 |
| I. Entstehungsgeschichte des BGB – Entscheidung und Motive | 138 |
| 1. Beratungen der Ersten Kommission | 140 |
| 2. Beratungen der Zweiten Kommission | 141 |
| 3. Weiteres Gesetzgebungsverfahren | 143 |
| 4. Zusammenfassung | 143 |
| II. Rechtsprechung des Reichsgerichts zu vorvertraglichen und vertraglichen Gläubigerpflichten | 144 |
| 1. Gläubigerpflichten im Vertragsanbahnungsverhältnis des Bürgschaftsvertrages | 144 |
| 2. Gläubigerpflichten nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages | 146 |
| III. Rechtsprechung des BGH zu vorvertraglichen und vertraglichen Gläubigerpflichten | 149 |
| 1. Gläubigerpflichten im Vertragsanbahnungsverhältnis des Bürgschaftsvertrages | 149 |
| 2. Gläubigerpflichten nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages | 152 |
| IV. Zusammenfassung | 154 |
| 1. Bewertung der Rechtsprechung durch Lehre und Literatur | 154 |
| a) Die der Rechtsprechung folgende Ansicht | 154 |
| b) Die Gegenauffassungen der Literatur | 154 |
| 2. Kritische Würdigung | 156 |
| a) Argumentation und Begründung | 156 |
| b) Unzureichender Bürgenschutz durch ausgearbeitete Grundsätze | 158 |
| aa) Aufklärungspflichten gegenüber dem geschäftlich unerfahrenen Bürgen | 158 |
| bb) Rücksichtnahmepflichten bei Neukreditierung des Schuldners .. | 159 |
| 3. Heutiger Stand und gemeinsame Auffassung | 160 |
| V. DCFR | 161 |
| 1. Vorvertragliche Gläubigerpflichten | 161 |
| a) Allgemeine vorvertragliche Gläubigerpflichten | 161 |
| b) Besondere vorvertragliche Gläubigerpflichten nach Art. IV.G. – 4:103 DCFR gegenüber Verbraucherbürgen | 162 |

| | | |
|-----------|---|-----|
| aa) | Aufklärungspflicht des Gläubigers über das allgemeine Risiko der Bürgschaft und über die konkreten Risiken aufgrund der finanziellen Situation des Schuldners | 162 |
| bb) | Überwachung und Vergewisserung einer unabhängigen Beratung des Bürgen | 164 |
| cc) | Rechtsfolgen bei verspäteter oder unterlassener Mitteilung nach Art. IV.G. – 4:103 Abs. 3 bis 5 DCFR | 165 |
| 2. | Vertragliche Gläubigerpflichten | 166 |
| a) | Allgemeine Mitteilungspflichten nach Art. IV.G. – 2:107 Abs. 1 DCFR | 166 |
| b) | Besondere Mitteilungspflicht gegenüber Verbraucherbürgen nach Art. IV.G. – 4:106 DCFR | 167 |
| VI. | Resümee | 168 |
| 1. | Vorvertragliche Gläubigerpflichten | 168 |
| a) | Aufklärung durch Gläubiger | 169 |
| b) | Beratung durch unabhängigen Dritten bei Näheverhältnis zwischen Bürge und Schuldner | 171 |
| c) | Rechtsfolge | 174 |
| 2. | Vertragliche Gläubigerpflichten | 175 |
| F. | Finanzielle Überforderung des Bürgen | 177 |
| I. | Grundlagen des deutschen Rechts | 177 |
| 1. | Rechtsprechung des BGH bis 1993 | 178 |
| 2. | Beschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1993 | 180 |
| 3. | Rechtsprechung des IX. Zivilsenats seit 1993 | 181 |
| 4. | Aktueller Stand und ständige Rechtsprechung | 183 |
| a) | Krasse finanzielle Überforderung des Bürgen | 183 |
| b) | Persönlicher Schutzbereich | 184 |
| c) | Widerlegung der Vermutung durch den Gläubiger | 185 |
| 5. | Bewertung der Rechtsprechung durch Lehre und Literatur | 186 |
| a) | Möglichkeit der Restschuldbefreiung nach den §§ 286 ff. InsO | 187 |
| b) | Alternativer Anknüpfungspunkt und Lösungsansatz | 188 |
| 6. | Stellungnahme | 189 |
| II. | DCFR | 191 |
| III. | Resümee | 194 |
| G. | Endergebnis | 196 |
| | Anhang: Recht der Personalsicherheiten im DCFR | 200 |
| | Entscheidungsregister | 213 |
| | Literaturverzeichnis | 220 |
| | Sachregister | 230 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|--|
| a. A. | andere Auffassung |
| ABGB | Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch |
| Abl. (EG) | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Abs. | Absatz |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| AGBG | Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen i. d. F. vom 29.6.2000 (BGBl. I S. 946); aufgehoben durch Gesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) m.W.v. 1.1.2002 |
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alte Fassung |
| ALR | Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 |
| Alt. | Alternative |
| Anm. | Anmerkung |
| Art. | Artikel |
| BB | Der Betriebs-Berater |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195) |
| BGBI. I | Bundesgesetzblatt 1. Teil |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BKR | Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht |
| BLJ | Bucerius Law Journal |
| BT | Besonderer Teil |
| BT-Drucks. | Bundestags-Drucksache |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BvR | Verfassungsbeschwerdeverfahren |
| CFR | Common Frame of Reference |
| c. i. c. | culpa in contrahendo |
| DCFR | Draft Common Frame of Reference |
| ders. | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| dies. | dieselben |
| EG | Europäische Gemeinschaft |
| Einf | Einführung |
| ERCL | European Review of Contract Law |

| | |
|--------------|--|
| EU | Europäische Union |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |
| f./ff. | folgende |
| Fn. | Fußnote |
| FS | Festschrift |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl I S. 1) |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GS | Gedächtnisschrift |
| HGB | Handelsgesetzbuch vom 10.5.1897 (RGBl. I S. 219) |
| HKK | Historisch-kritischer Kommentar |
| h. L. | herrschende Lehre |
| h. M. | herrschende Meinung |
| HRR | Höchstrichterliche Rechtsprechung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| hrsg. v. | herausgegeben von |
| Hs. | Halbsatz |
| i. d. F. | in der Fassung |
| i. E. | im Ergebnis |
| InsO | Insolvenzordnung i. d. F. vom 5.10.1994 (BGBl. I S. 2866), in Kraft getreten am 19.10.1994 bzw. 1.1.1999 |
| i. S. d. | im Sinne des |
| i. S. v. | im Sinne von |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| i. w. S. | im weiteren Sinne |
| JR | Juristische Rundschau |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristenzeitung |
| KOM | Dokumente der Kommission der Europäischen Gemeinschaft |
| lit. | littera |
| LMK | Lindenmeier-Möhring Kommentierte BGH-Rechtsprechung |
| LZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht |
| MDR | Monatsschrift für deutsches Recht |
| Mot. | Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich |
| MünchKommBGB | Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| MünchKommHGB | Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | NJW-Rechtsprechungsreport |

| | |
|----------------|---|
| No. | number |
| Nr. | Nummer |
| NZI | Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht |
| o. ä. | oder ähnliches |
| OLG | Oberlandesgericht |
| PECL | Principles of European Contract Law |
| PEL | Principles of European Law |
| PEL Pers. Sec. | Principles on European Law on Personal Security |
| Prot. | Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| Reg.E | Regierungsentwurf |
| RG | Reichsgericht |
| RGBl. I | Reichsgesetzblatt 1. Teil |
| RGKR | Reichsgerichtsräte-Kommentar |
| RGWarnRspr. | Warneyers Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| Rspr. | Rechtsprechung |
| RW | Rechtswissenschaft – Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung |
| S. | Seite; Satz |
| SchuldR | Schuldrecht |
| Sec. | Section |
| SeuffA | Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten |
| s. o. | siehe oben |
| sog. | so genannte |
| s. u. | siehe unten |
| u. a. | unter anderem |
| UN | United Nations |
| u. U. | unter Umständen |
| v. | von |
| vgl. | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| Vor/Vorbem. | Vorbemerkung |
| VuR | Verbraucher und Recht |
| WechselG | Wechselgesetz vom 21.7.1933 (RGBl. I, S. 399) |
| WM | Wertpapiermitteilungen |
| z. B. | zum Beispiel |

| | |
|-------|--|
| ZBB | Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft |
| ZEuP | Zeitschrift für Europäisches Privatrecht |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZGS | Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZPO | Zivilprozessordnung vom 30.1.1877 (RGrBl. S. 83) |
| z. T. | zum Teil |

A. Einleitung

I. Problemstellung

„Ich bin“, spricht jener, „zu sterben bereit
und bitte nicht um mein Leben;
doch willst du Gnade mir geben,
ich flehe dich um drei Tage Zeit,
bis ich die Schwester dem Gatten gefreit;
ich lasse den Freund dir als Bürgen –
ihn magst du, entrinn’ ich, erwürgen“ [...]

Friedrich Schiller: Die Bürgschaft

Diese Ballade verdeutlicht, dass die Bürgschaft eine Sicherheit von langer Rechtstradition ist. Sie stellt auch heute noch eine der bedeutendsten Personalsicherheiten dar. Auch wenn es für den Bürgen dabei nicht mehr wie in der zitierten Ballade um „Leib und Leben“ geht, kann sie sehr wohl seine finanzielle Existenz gefährden. Schließlich verpflichtet sich der Bürge unbeschränkt mit seinem gesamten Vermögen für die Erfüllung einer fremden Schuld einzustehen, ohne auf deren Umfang Einfluss zu haben.¹ Erschwerend kommt hinzu, dass der Bürge diese Gefahren bei Übernahme der Bürgschaft regelmäßig ignoriert oder verkennt, da eine unmittelbare finanzielle Belastung zunächst ausbleibt. Er vertraut vielmehr auf eine eigenständige Erfüllung des Schuldners und erwartet gar nicht, zukünftig in Anspruch genommen zu werden.

Gleichwohl ist die Bürgschaft für den Wirtschaftsverkehr von besonderer Bedeutung und wurde daher auch als einzige Personalsicherheit vom BGB-Gesetzgeber geregelt. Die Bestimmungen der §§ 765 ff. BGB tragen der einseitigen Risiko- und Lastenverteilung zulasten des Bürgen Rechnung, sind darüber hinaus aber verhältnismäßig knapp und – gerade im Hinblick auf Abgrenzungsfragen zu anderen Rechtsinstituten wie dem Schuldbeitritt und dem Garantievertrag – lückenhaft und ungenau. Die Belange und Interessen des Bürgen werden darin jedenfalls nicht berücksichtigt, sodass sie zu seinen Gunsten kaum Schutzwirkungen entfalten. Das – insbesondere – im Bürgschaftsrecht bestehende Spannungsverhältnis vom Sicherungsinteresse des Gläubigers einerseits und dem Schutzinteresse des Bürgen, der vor einer Inanspruchnahme verschont bleiben möchte,

¹ Etwas anderes gilt indessen, wenn es sich bei dem Bürgen um den Geschäftsführer oder Mehrheitsgesellschafter des Hauptschuldners handelt.

andererseits wird nahezu verkannt, da ausschließlich dem Gläubiger Rechte gewährt werden.

Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig verwunderlich, dass das deutsche Bürgschaftsrecht nachhaltig durch die Rechtsprechung geprägt wurde. Neben der Präzisierung und Konkretisierung der Bürgschaftsbestimmungen, die insbesondere eine Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten ermöglichen, lag der Schwerpunkt der Rechtsprechung darin, für den Bürgen Schutzinstrumente zu entwickeln, ohne das Sicherungsinteresse des Gläubigers unverhältnismäßig zu beeinträchtigen.

Das Ziel dieser Arbeit besteht zunächst darin, diese Kasuistik auf der Grundlage einer historischen Analyse herauszuarbeiten, wobei die in der Literatur vertretenen Auffassungen berücksichtigt werden sollen. Dabei wird sich zeigen, dass die Rechtsprechung ursprünglich ausschließlich darauf abzielte, den Sicherungszweck der Bürgschaft als Kreditsicherheit zu erhalten. Ein verstärkter Schutz des Bürgen setzte erst in jüngerer Vergangenheit ein. Obgleich dadurch der Entwicklungstendenz des Verbraucherschutzes, der sich mitunter zu einem eigenen privatrechtlichen Gebiet entwickelt hat, entsprochen wurde, war dieser Rechtswandel nicht unumstritten, da der Pflichtenkreis des Gläubigers erheblich erweitert und der Anwendungsbereich der Bürgschaft als Kreditsicherheit – wie beispielsweise im Bereich der sogenannten Angehörigenbürgschaften – beschränkt wurde.

Neben der Darstellung und Bewertung des – durch die Rechtsprechung geprägten – deutschen Bürgschaftsrechts liegt ein weiteres Ziel dieser Arbeit darin, das deutsche Bürgschaftsrecht mit dem des Draft Common Frame of Reference (DCFR) zu vergleichen. In diesem Zusammenhang soll zunächst herausgearbeitet werden, dass das Bürgschaftsrecht des DCFR in den Grundzügen denen des deutschen Rechts entspricht und insofern einen vergleichbaren Standard gewährleistet. Daneben geht das Bürgschaftsrecht des DCFR aber auch über die Grundsätze des deutschen Rechts hinaus, da es – für vergleichbare Problematiken – alternative Lösungsansätze beinhaltet, wodurch teilweise ein qualitativer Fortschritt gegeben ist.

II. Anlass und Gang der Untersuchung

Im Rahmen einer rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Analyse sollen das Bürgschaftsrecht des BGB und das des DCFR untersucht und verglichen werden. Obgleich es sich zwar nur bei dem BGB um eine Kodifikation handelt und der DCFR bloß das wissenschaftliche Werk eines rechtsvergleichenden Forschungsprojekts ist, dem keine autoritative Geltung zukommt, bietet sich ein Vergleich der unterschiedlichen Regelungen gleichwohl an.

Anders als bei den bisherigen rechtsvergleichenden Arbeiten – wie etwa die „Principles of European Contract Law“ (PECL) – liegt dem DCFR erstmals eine

Analyse sämtlicher Zivilrechtsordnungen der europäischen Mitgliedsstaaten zugrunde, wobei die – vermeintlich – beste Regelung jeweils übernommen wurde. Er ermöglicht somit einen gesamteuropäischen Rechtsvergleich, sodass er im Bereich der rechtsvergleichenden Arbeiten und im Hinblick auf die europäische Privatrechtsvereinheitlichung einen Meilenstein darstellt.

Für rechtsvergleichende Arbeiten im Bereich des Bürgschaftsrechts eignet er sich besonders, da in den Grundzügen eine gemeinsame, auf römisch-rechtlichen Grundlagen basierende, Rechtstradition erkennbar ist.² Diese gemeinsame Tradition prägt nicht nur das Bürgschaftsrecht der kontinentaleuropäischen Länder, sondern strahlt darüber hinaus auch auf das ungeschriebene anglo-irische Recht aus, sodass starke inhaltliche Übereinstimmungen gegeben sind.³

Die Arbeit befasst sich zunächst (B.) mit der Entstehungsgeschichte des DCFR, wobei insbesondere die wissenschaftliche Diskussion dargestellt und bewertet werden soll. Obgleich sich die Kritik am DCFR mitunter als berechtigt erweist, ist er dennoch von hoher Qualität und für rechtsvergleichende Arbeiten geeignet. Für das Bürgschaftsrecht soll dies im zweiten Teil der Arbeit (C.) begründet werden. Es wird dargelegt, dass die Grundzüge und Wesensmerkmale des deutschen Bürgschaftsrechts und die des DCFR im Wesentlichen identisch sind und insofern eine gemeinsame Rechtstradition erkennbar ist. Im Abschnitt D. sollen sodann die Voraussetzungen für das Zustandekommen des Bürgschaftsvertrages erörtert werden. Bestehende Unterschiede sollen herausgearbeitet und einander kritisch gegenübergestellt werden, wobei zugleich die Entwicklung des deutschen Rechts und die Kasuistik zum Bürgschaftsvertrag ausführlich dargelegt werden soll.

Das dem Bürgschaftsrecht immanente Spannungsverhältnis von Bürgenschutz und Sicherungsinteresse des Gläubigers, das sich vor allem vor und nach Abschluss des Bürgschaftsvertrages zeigt, soll in den folgenden Abschnitten eingehend erörtert werden. Hierzu werden in Abschnitt E. zunächst Diligenzpflichten des Gläubigers in Gestalt von vorvertraglichen und vertraglichen Pflichten thematisiert, wobei eingangs die umfangreiche Kasuistik des deutschen Rechts erörtert und den in der Literatur vertretenen Auffassungen gegenübergestellt wird. Sodann erfolgt ein Vergleich der – restriktiven – deutschen Grundsätze zum Bestehen von Gläubigerdiligenzpflichten mit den umfangreichen vorvertraglichen und vertraglichen Gläubigerpflichten des DCFR. Dabei soll untersucht werden, ob dem Gläubiger dadurch zu weitgehende Pflichten auferlegt werden, die den Sicherungszweck der Bürgschaft als Kreditsicherheit letztlich gefährden. Anschließend (F.) soll die Frage erörtert werden, ob derartige Gläubigerpflichten

² Siehe hierzu nur *Kaser/Knütel* § 31 I, § 57 II; *Mayer-Maly*, S. 172 ff.

³ *Meier*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 241 (241); *Drobnig*, in: *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 241 (243).