

KONSTANTIN ZILLNER

Bürgschaften für nahestehende Personen

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

526

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

526

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktorium:
Holger Fleischer, Ralf Michaels, Anne Röhmel



Konstantin Zillner

Bürgschaften für nahestehende Personen

Schutzmechanismen in
Deutschland, England und Schottland

Mohr Siebeck

Konstantin Zillner, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg i.Br.; 2020 Erstes Staatsexamen; LL.M. (University of Edinburgh); Doktorand mit promotionsbegleitenden Tätigkeiten in Wirtschaftskanzleien; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht in Hamburg.
orcid.org/0009-0002-6551-9068

ISBN 978-3-16-163383-6 / eISBN 978-3-16-163384-3
DOI 10.1628/978-3-16-163384-3

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt.

Printed in Germany.

Für Gerda und Ulrich

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2023 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Konstanz als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum 27.04.2023 berücksichtigt werden. Die mündliche Prüfung fand am 13.11.2023 statt.

Mein ganz besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Michael Stürner, der mich bei der Erstellung dieser Arbeit auf vielfältige Weise unterstützte. Seine hervorragende Betreuung und die zahlreichen wertvollen Anregungen haben maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Jochen Glöckner für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Oliver Fehrenbacher, dem dritten Mitglied der Prüfungskommission.

Dank gebührt darüber hinaus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe. Weiterhin danke ich der Deutsch-Britischen Juristenvereinigung e. V. sowie der Studienstiftung *ius vivum* für die Förderung dieser Arbeit durch ein Druckkostenstipendium.

Michael Harmuth, Nico Ruepp, Simon Weißbeck und Julian Vogel schulde ich Dank für die mühsame Arbeit des Korrekturlesens.

Von ganzem Herzen schließlich danke ich den Menschen, die mir bei der Erstellung der Arbeit mit bedingungsloser Unterstützung Rückhalt gegeben haben, allen voran meinen Eltern Ingrid und Max, meiner Schwester Elena sowie meiner Freundin Sophie Ninnemann.

Hamburg, im April 2024

Konstantin Zillner

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XX
1. Teil: Grundlagen und Entwicklung.....	1
§ 1 <i>Exposition</i>	1
§ 2 <i>Struktur und Funktion der Bürgschaft</i>	17
2. Teil: Die Modelle zum Schutz vor einer beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit	39
§ 3 <i>Der maßgebliche Wille: Auslegung</i>	40
§ 4 <i>Formaler Schutz</i>	55
§ 5 <i>Kompensation beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit</i>	70
§ 6 <i>Die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft</i>	159
§ 7 <i>Der Bürge als Verbraucher</i>	185
3. Teil: Rechtsvergleichende Summe.....	207
§ 8 <i>Kritische Würdigung der Schutzmechanismen</i>	207
§ 9 <i>Bewertung der Modelle im Lichte der Funktion der Bürgschaft</i>	232
§ 10 <i>Vorschlag für ein Informationsmodell</i>	259
4. Teil: Zusammenfassung.....	278

Entscheidungsregister.....	282
Literaturverzeichnis.....	289
Sachverzeichnis.....	301

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XX
1. Teil: Grundlagen und Entwicklung.....	1
§ 1 <i>Exposition</i>	1
A. Einführung	1
B. Gang der Untersuchung.....	4
C. Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen	9
I. England als Vergleichsgegenstand.....	9
II. Schottland als Vergleichsgegenstand	11
D. Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes	14
§ 2 <i>Struktur und Funktion der Bürgschaft</i>	17
A. Gemeinsame Wurzeln	17
I. Akzessorische Sicherungsmittel im klassischen römischen Recht....	17
1. Die Stipulationsbürgschaften.....	17
2. Der Schutz des <i>fideiussor</i>	19
II. Neuzeitliche Rezeption der römischen Rechtsquellen.....	21
1. Rezeption in Deutschland.....	21
2. Rezeption in England	23
3. Rezeption in Schottland	23
a) Rezeption bei Stair.....	24
b) Weitere <i>institutional writers</i>	25
B. Terminologie und Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten.....	26
I. Bürgschaft, <i>guarantee</i> und <i>cautionary</i>	26
1. Die deutsche Bürgschaft.....	26
2. Die englische <i>guarantee</i>	27
3. Die schottische <i>cautionary obligation</i>	28
4. Vergleichende Analyse	29
II. Abgrenzung	30
1. Garantievertrag und <i>indemnity</i>	30

2. Schuldbeitritt und Versicherungsvertrag	31
C. Die Funktion der Bürgschaft	32
I. Die Bürgschaft als persönliches Kreditsicherungsmittel	32
II. Verschaffung von Liquidität	34
III. Monitoringfunktion	35
IV. Unterschiede gegenüber Realsicherheiten	37
1. Umfang der Haftung	37
2. Eingeschränkte Möglichkeit für Monitoring	38
3. Kosten der Bereitstellung	38
2. Teil: Die Modelle zum Schutz vor einer beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit.....	39
§ 3 <i>Der maßgebliche Wille: Auslegung</i>	40
A. Der kombinierte Ansatz in Deutschland	40
B. Der objektive Ansatz in England	44
C. Die schottische Vertragskonstruktion im Spannungsfeld der konkurrierenden Modelle.....	49
D. Rechtsvergleichende Anmerkungen	52
§ 4 <i>Formaler Schutz</i>	55
A. Das Schriftformerfordernis in Deutschland	55
I. Erwägungen für ein Formerfordernis im BGB	55
1. Die erste Kommission	55
2. Die zweite Kommission	56
3. Parlamentarische Beratungen	56
II. Der Inhalt der Bürgschaftsurkunde	57
III. Die Rezeption des Schriftformerfordernisses	58
1. Das Schriftformerfordernis in der Rechtsprechung	58
2. Die Schriftform als Korrelat einer gegenleistungsfreien Verpflichtung?	59
B. Das Formerfordernis in England	61
I. <i>Statute of Frauds 1677</i>	61
1. Normzweck	61
2. Anwendungsbereich	62
3. Anforderungen an die Form	63
II. <i>Consideration</i>	64
C. Formerfordernis in Schottland	64
I. Die historische Rechtslage	65
1. Die Phase vor dem <i>Mercantile Law Amendment (Scotland)</i> <i>Act 1856</i>	65

2.	Einfluss des <i>Mercantile Law Amendment (Scotland) Act 1856</i>	66
3.	Der <i>rei interventus</i>	66
II.	Die Rechtslage seit dem <i>Requirements of Writing (Scotland) Act 1995</i>	67
D.	Rechtsvergleichende Anmerkungen	68
I.	Funktion der Formerfordernisse.....	68
II.	Ausgestaltung des Formerfordernisses.....	69
§ 5	<i>Kompensation beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit</i>	70
A.	Beeinträchtigung durch Zwang	71
I.	Gewalt und Drohung in Deutschland	71
1.	Physische Gewalt	71
2.	Psychische Gewalt	72
II.	<i>Duress</i> in England	73
1.	Natur und Anwendungsbereich	73
a)	Traditioneller Ansatz	73
b)	Moderner Ansatz	74
2.	Die Ausweitung des Anwendungsbereiches	75
3.	Kausalität der <i>duress</i>	76
4.	Implikationen für Bürgschaften.....	76
III.	<i>Force and fear</i> in Schottland	77
1.	Hintergrund und telos.....	78
a)	Die Auffassung der <i>institutional writers</i>	78
b)	Rechtsfolge.....	79
2.	Tatbestand und Auswirkungen auf die Bürgschaft	81
IV.	Rechtsvergleichende Anmerkungen.....	82
1.	Diskrepanz in der <i>ratio</i>	82
2.	Diskrepanz im Dreipersonenverhältnis	84
B.	Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch ein dem Gläubiger zurechenbares Verhalten	85
I.	Arglistige Täuschung und ihre Grenzen.....	85
1.	Telos	85
2.	Tatbestand der arglistigen Täuschung in bürgschaftsrechtlichen Konstellationen	86
a)	Täuschung durch den Gläubiger.....	86
b)	Täuschung durch eine andere Person als den Gläubiger.....	87
II.	Die <i>culpa in contrahendo</i> in Deutschland	88
1.	Das Verhältnis zur arglistigen Täuschung	89
2.	Unterlassungspflichten aus <i>culpa in contrahendo</i>	90
III.	<i>Misrepresentation</i>	91
1.	<i>Misrepresentation</i> in England	91

a)	Tatbestand in bürgerschaftsrechtlichen Konstellationen.....	91
b)	<i>Misrepresentation</i> durch Stellvertreter.....	93
2.	<i>Misrepresentation</i> in Schottland.....	94
a)	Tatbestand in bürgerschaftsrechtlichen Konstellationen.....	94
b)	<i>Misrepresentation</i> durch einen Dritten.....	95
IV.	Die <i>undue influence</i> -Doktrin.....	97
1.	Die <i>ratio</i> der <i>undue influence</i> -Doktrin.....	97
a)	<i>Defendant-based approach</i>	98
b)	<i>Claimant-based approach</i>	99
2.	Die <i>undue influence</i> -Doktrin in England.....	100
a)	Die Kategorisierung der <i>undue influence</i> -Doktrin.....	100
aa)	<i>Actual undue influence</i>	100
bb)	<i>Presumed undue influence</i>	101
b)	<i>Undue influence</i> durch den Gläubiger.....	103
c)	<i>Undue influence</i> durch den Stellvertreter.....	104
3.	Die <i>undue influence</i> -Doktrin in Schottland.....	104
V.	Rechtsvergleichende Anmerkungen.....	106
1.	Voraussetzungen und Rechtsfolgen.....	106
2.	Der Schuldner als Stellvertreter.....	107
C.	Kenntnis des Gläubigers von beeinträchtigter Entscheidungsfreiheit.....	107
I.	Diligenzpflichten und Obliegenheiten in Deutschland.....	108
1.	Diligenzpflichten aus arglistiger Täuschung.....	109
2.	<i>Culpa in contrahendo</i>	111
a)	Gesetzgebungsmaterialien.....	111
b)	Rechtsprechung des Reichsgerichtes.....	113
c)	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.....	115
d)	Wissenschaftlicher Diskurs.....	117
aa)	Vorvertragliche Sorgfaltspflichten generell ablehnend..	117
bb)	Vorvertragliche Sorgfaltspflichten anerkennend.....	117
cc)	Meinungsstand nach dem Bürgschaftsbeschluss des BVerfG.....	119
3.	Eigenschaftsirrtum und Aufklärungsobliegenheit.....	120
a)	Meinungsstand.....	120
b)	Kritische Würdigung.....	121
II.	Diligenzpflichten in England.....	124
1.	Die Rechtslage vor <i>O'Brien</i>	124
a)	<i>Turnbull & Co v Duval</i> (1902).....	124
b)	Die <i>special equity theory</i>	125
c)	Die <i>agency theory</i>	127
2.	<i>Barclays Bank v O'Brien</i>	129
a)	Die Entscheidung des <i>Court of Appeal</i>	129
b)	Die Entscheidung des <i>House of Lords</i>	130
aa)	Recht zur Beseitigung der Transaktion.....	130

bb) Voraussetzungen der <i>notice</i>	131
cc) <i>Reasonable steps</i>	132
dd) Weitere Konstellationen	133
c) <i>Royal Bank of Scotland Plc v Etridge (No. 2)</i>	133
aa) Hintergrund.....	134
bb) Die Vermutung von <i>undue influence</i>	134
cc) Untersuchungspflicht des Gläubigers	135
dd) Praktische Ausgestaltung	137
III. Aufklärungspflichten in Schottland	138
1. Die Rechtslage vor <i>Smith v Bank of Scotland</i> (1997).....	139
a) <i>Smith v Bank of Scotland</i> (1813) und (1829).....	139
b) Entwicklung im 19. Jahrhundert	141
aa) <i>Hamilton v Watson</i>	141
bb) <i>Young v Clydesdale Bank</i>	143
cc) Abweichende Urteile.....	144
dd) Zeitgenössische Rezeption.....	145
2. <i>Smith v Bank of Scotland</i> (1997)	146
a) Hintergrund der Diligenzpflichten	146
b) Voraussetzungen und Inhalt der Beratungspflicht	148
c) Analyse der Beratungspflicht.....	149
3. Anschließende Rechtsprechung.....	151
a) Das Fehlverhalten des Schuldners.....	151
aa) Relevanz des Fehlverhaltens	151
bb) Natur des Schuldnerverhaltens.....	152
b) Das Verhältnis zwischen Schuldner und Bürgen	152
IV. Gegenüberstellung der Ergebnisse	154
1. Dogmatische Grundlage von Diligenzpflichten	154
a) England: <i>Constructive notice</i>	154
b) Schottland: <i>Good faith principle</i>	155
c) Deutschland: Treu und Glauben.....	155
2. Voraussetzungen der Diligenzpflichten	156
3. Inhalt der Diligenzpflichten.....	157
§ 6 Die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft.....	159
A. Inhaltskontrolle von Bürgschaften vor dem Bürgschaftsbeschluss.....	159
I. Instanzgerichtliche Rechtsprechung.....	159
II. Position(en) des BGH.....	162
1. Rechtsprechung des IX. Zivilsenates des BGH.....	162
2. Rechtsprechung des XI. Zivilsenates des BGH.....	164
III. Meinungsstand in der Wissenschaft.....	166
1. Dem IX. Senat zustimmend.....	166
2. Dem IX. Senat nicht folgende Stimmen	169

B. Der Bürgschaftsbeschluss des BVerfG	170
I. Sachverhalt.....	170
II. Position der Vorinstanzen.....	171
III. Position der Gutachter und Parteien.....	172
1. Position der Bundesregierung.....	172
2. Bank- und Sparkassenverbände.....	173
3. Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände	173
IV. Entscheidung	174
1. Definition des eigenen Prüfungsmaßstabes	174
2. Verstoß der BGH-Rechtsprechung gegen Grundrechte.....	175
3. Reaktion des IX. Senates.....	176
C. Weitere Divergenzen zwischen den Senaten	178
I. Einheitliche Beurteilung aller Nahbereichsbürgschaften.....	178
II. Gefahr einer Vermögensverschiebung als berechtigtes Interesse des Gläubigers.....	180
III. Krasse finanzielle Überforderung und eigenes Interesse des Bürgen.....	181
D. Zusammenfassung: Die gegenwärtige Rechtslage	182
 § 7 <i>Der Bürge als Verbraucher</i>	185
A. Deutschland	185
I. Die Bürgschaft bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	185
1. Hintergrund: Divergenzen der BGH-Senate und Auswirkungen der <i>Dietzinger</i> -Entscheidung	185
a) Die BGH-Rechtsprechung zum HWiG.....	185
b) Die <i>Dietzinger</i> -Entscheidung des EuGH.....	188
c) Korrektur der Rechtsprechung durch den XI. Senat	189
2. Auswirkungen der Verbraucherrechte-RL.....	190
a) Meinungsstand in der Wissenschaft	190
b) Stand der Rechtsprechung.....	192
3. Neubewertung aufgrund der Digitale-Inhalte-Richtlinie.....	194
a) Meinungsstand.....	194
b) Stellungnahme	195
aa) Schutzbedürftigkeit des Verbraucherbürgen in Haustürsituationen	196
bb) Das Synallagma und der Schutz des Verbraucherbürgen	197
II. Fernabsatz und Bürgschaft.....	199
B. England und Schottland	200
I. <i>Consumer Contracts (Information, Cancellation and Additional Charges) Regulations 2013</i>	201

II.	<i>Consumer Rights Act 2015</i>	202
1.	Rechtslage zu den <i>UTCCR</i>	202
2.	Einfluss der <i>Tarcău</i> -Entscheidung	203
3.	Ausblick unter dem <i>Consumer Rights Act 2015</i>	204
C.	Fazit	204
3.	Teil: Rechtsvergleichende Summe	207
§ 8	<i>Kritische Würdigung der Schutzmechanismen</i>	207
A.	Insuffizienz des Schriftformerfordernisses	208
B.	England und Schottland: Externe Beeinflussung maßgeblich	212
I.	England	212
II.	Schottland: Adaption der englischen Betrachtung	215
C.	Deutschland: Die materielle Betrachtung im Lichte der Restschuldbefreiung	217
I.	Maßgeblichkeit der inhaltlichen Betrachtung	217
II.	Kritische Würdigung: Der Einfluss der Restschuldbefreiung	220
1.	Das Verhältnis zwischen Inhaltskontrolle und Restschuldbefreiung	220
a)	Historie	220
b)	Systematik	223
c)	Telos	224
2.	Auswirkung auf die materielle Überforderung als zentrales Kriterium	227
D.	Fazit	230
§ 9	<i>Bewertung der Modelle im Lichte der Funktion der Bürgschaft</i>	232
A.	Vorteile der Inhaltskontrolle	233
I.	Gewährleistung umfassenden Schutzes vor Überforderung	233
II.	Sanktionswirkung des § 138 Abs. 1 BGB	235
III.	Verhinderung der Vorteilsziehung aus emotionaler Verbundenheit	235
B.	Vorteile des Informationsmodells	236
I.	Stärkung der Privatautonomie	236
II.	Erweiterter Schutz in anderen Konstellationen	237
III.	Stärkung der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Bürgschaft	238
C.	Tendenzen in der europäischen Rechtsentwicklung	239
I.	Der Schutz des Bürgen im DCFR	239
1.	Vorvertragliche Diligenzpflichten, Art. IV.G.-4:103 DCFR	239
a)	Art. IV.G.-4:103 Abs. 1 DCFR	239
b)	Art. IV.G.-4:103 Abs. 2 DCFR	240

2. Inhaltskontrolle	240
II. Die französische Reform des Bürgschaftsrechtes von 2021	241
1. Ausgangspunkt.....	241
2. Inhaltskontrolle	242
3. Vorvertragliche Diligenzpflichten	243
D. Bürgschaftsrechtliche Informationspflichten und die Kritik am „liberalen Informationsmodell“	243
I. Gegenstand der Kritik: „Standardisierte Information“	244
II. Problemfelder	245
1. Rolle des Gesetzgebers	245
2. Rolle der Unternehmen	246
3. Verbraucher als Adressat	246
III. Folgerungen für bürgschaftsrechtliche Informationsmodelle	248
1. Simplifizierung standardisierter Informationen	248
2. Von der Information zur Beratung	250
E. Stellungnahme	252
I. Inhaltskontrolle und Sicherungswert der Bürgschaft.....	252
II. Informationspflichten und Monitoring	254
III. Folgerungen.....	256
§ 10 Vorschlag für ein Informationsmodell	259
A. Rücksichtnahmepflichten als Äquivalent zum <i>good faith principle</i>	260
I. Das <i>good faith principle</i> im schottischen Bürgschaftsrecht.....	260
1. <i>Institutional writers</i> und <i>bona fides</i>	260
a) Rezeption bei <i>Stair</i>	260
b) Weitere <i>institutional writers</i>	261
2. <i>Common law</i>	261
3. Einordnung	262
4. <i>Good faith</i> zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer	264
II. Rücksichtnahmepflichten im deutschen Bürgschaftsrecht.....	266
1. Gegenwärtiges Verständnis	266
2. Rechtsfortbildung <i>de lege lata</i>	267
a) Schutzgut der Entscheidungsfreiheit	267
b) Verletzung der Entscheidungsfreiheit	268
B. Adressat und Inhalt der Gläubigerpflichten	270
I. Erfasster Personenkreis.....	270
1. Person des Gläubigers	270
2. Person des Bürgen.....	271
II. Inhalt der Informationspflicht	271
III. Weitere Modalitäten	274
C. Zusammenfassung.....	275

4. Teil: Zusammenfassung.....	278
Entscheidungsregister.....	282
Literaturverzeichnis.....	289
Sachverzeichnis.....	301

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	Alte Fassung
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGBG	AGB-Gesetz
All E.R.	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
App. Cas.	Law Reports, Appeal Cases
Art.	Artikel
AuckIU LR	Auckland University Law Review
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BKR	Zeitschrift für Bank und Kapitalmarktrecht
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Bus. L.R.	Business Law Report
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Ch. D.	Law Reports, Chancery Division
C.L.C.	Commercial Law Cases
Cmd.	Paper presented to the House of Commons by Royal Command, 1919-1956
Comm	Commercial Court
Const. L.J.	Construction Law Review
Conv.	Conveyancer and Property Lawyer
CSIH	Court of Session, Inner House
D.	Dunlop, Bell and Murray's Reports, Session Cases, 2nd series (Scotland)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Edin LR	Edinburgh Law Review

EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWHC	England and Wales High Court
EWHC (Ch)	Chancery Division (neutral citation)
E.R.	English Reports
ERPL	European Review of Private Law
EWIR	Entscheidungen um Wirtschaftsrecht
F.	Fraser's Session Cases, 5th Series (Scotland)
f.	folgende
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
GA	Generalanwalt
GG	Grundgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HGB	Handelsgesetzbuch
HHJ	His/Her Honour Judge
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
H.L.R	Housing Law Reports
HRR	Höchst Richterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
HWiG	Haustürwiderrufgesetz
I.C.C.L.R.	International Company and Commercial Law Review
Insb.	Insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
IWRZ	Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht
J	Judge
J.B.L.	Journal of Business Law
J.I.B.L.R	Journal of International Banking Law & Regulation
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JURA	Juristische Ausbildung
juris-PK	juris PraxisKommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Law Reports, King's Bench
LG	Landgericht
Lloyd's Rep	Lloyd's Law Reports
L.Q.R.	Law Quarterly Review
L.R. eq	Law Reports Equity Cases
L.R. H.L.	Law Reports English & Irish Appeals
L.R. C.P.	Law Reports Common Pleas Cases
L.R. Q.B.	Law Reports Queen's Bench Cases
M.	Macpherson's Session Cases, 3rd Series (Scotland)
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
Mor.	Morison's Decisions of the Court of Session

Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
No.	Number
Nr.	Nummer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Oxf. J. Leg. Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
para	paragraph
P.N.L.R.	Professional Negligence and Liability Reports
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench
R. (H.L.)	Retties Session Cases, 4th Series (House of Lords cases, Scotland)
R.	Retties Session Cases, 4th Series (Scotland)
RL	Richtlinie
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
S.	Shaw's Session Cases, 1st Series (Scotland)
S.	Seite
s.	section
S.C.	Session Cases
S.C. (H.L.)	Session Cases (House of Lords cases, Scotland)
S.C.L.R.	Scottish Civil Law Reports
SeuffA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
S.L.T.	Scots Law Times
S.L.T. (Sh. Ct.)	Scots Law Times (Sheriff Court)
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions
UChic LR	University of Chicago Law Review
UPenn LR	University of Pennsylvania Law Review
Stan LR	Stanford Law Review
Tulane LR	Tulane Law Review
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
WL	West Law
WM	Wertpapier Mitteilungen
W.L.R.	Weekly Law Reports

Yale LJ	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

1. Teil

Grundlagen und Entwicklung

§ 1 Exposition

A. Einführung

„[I]f any desire thee to be his surety, give him a part of what thou has to spare; if he press thee further, he is not thy friend at all, for friendship rather chooses harm to itself than offereth it. If thou be bound for a stranger, thou art a fool; if for a merchant, thou putttest thy estate to learn to swim; if for a churchman, he hath no inheritance; if for a lawyer, he will find an evasion by a syllable or word to abuse thee; if for a poor man, thou mayest pay it thyself; if for a rich man, he needs not; therefore, from suretyship, as from manslayer or enchanter, bless thyself.“¹

Sir Walter Raleigh (um 1552 bis 1618)

„[w]enn du baares Geld hast, so magst du es einem Freunde auch ohne große Sicherheit leihen. Willst du es verschenken, so ist auch nichts dagegen zu sagen, borgst du, so wirst du dich einrichten Interessen zu bezahlen und das Capital abzutragen; verbürgst du dich aber, so versetzest du dich in einen unruhigen Zustand, der desto peinlicher ist, als du dich unthätig ja leidend verhalten muß. Niemand verbürgt es leicht, außer wenn er glaubt, er laufe keine Gefahr, ist aber die Verbürgung geschehen, so fühlt er sich gar bald, besondere in sorglichen Augenblicken, von einem in der Ferne sich zeigenden Übel bedroht, welches um so fürchterlicher erscheint, als er fühlt, daß er ihm nicht gewachsen sey, wenn er näher treten sollte.“²

Johann Wolfgang von Goethe (1749 bis 1832)

Mit diesen Ausführungen versuchten sowohl *Raleigh* als auch *Goethe* jeweils ihren Söhnen die mannigfaltigen Risiken einer Bürgschaft näherzubringen – ob dieses Unterfangen glückte, ist indes nicht überliefert. Überliefert hingegen ist die Einschätzung *Zöllners*, nach der die umfassende Judikatur und die wissenschaftliche Diskussion um den Schutz des Bürgen entbehrlich wären, wenn die Deutschen ein Volk von *Goethe*-Lesern wären.³ Gleiches mag für die Briten gelten, wo sich trotz ebenbürtiger literarischer Vorbilder eine ebenso lebhaft diskutierte Entwicklung des Bürgschaftsrechts entwickelte. Zudem ist die Gefahr, die von einer Bürgschaft ausgehen kann, im Grunde altbekannt. So warnte bereits *Cicero* davor, sich als Bürgen für einen

¹ *Sir Walter Raleigh*, *Advice to his son*, *Remains of Sir Walter Raleigh*, S. 97.

² *Johann Wolfgang von Goethe*, *Brief an August von Goethe vom 19.09.1816*.

³ *Zöllner*, *WM* 2000, 1.

Freund anzubieten.⁴ Die Bürgschaft gilt als nahezu ebenso alt und unverwechselbar wie die Pyramiden von Gizeh.⁵ Angesichts der angeführten Warnungen aus verschiedenen sozialen und rechtlichen Ordnungen der vergangenen Jahrhunderte ist es durchaus bemerkenswert, dass dieses Rechtsinstitut im Laufe der Zeit nicht abgeschafft wurde, sondern sowohl in den nationalen Rechtsordnungen weiter Bestand hat als auch Niederschlag im *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* fand.⁶

Das Bürgschaftsrecht ist dabei aber keineswegs eine statische Materie, sondern wurde im Laufe der Zeit besonders durch die Rechtsprechung immer wieder entscheidend geprägt. Gerade das Verhältnis der beteiligten Parteien gab in jüngerer Zeit in England, Schottland und Deutschland Anlass, die grundlegenden Wertungen der Bürgschaft zu überdenken, um den Bürgen vor dem spezifischen Risiko des Bürgschaftsvertrages zu schützen.⁷ In England und Schottland waren die Gerichte mit einer zunehmenden Zahl an Fällen konfrontiert, in denen die vornehmlich männlichen Ehegatten ihre meist wirtschaftlich unerfahrenen Partnerinnen durch falsche Behauptungen und sozialen Druck dazu bewegten, eine äußerst riskante Kreditbürgschaft zu ihren Gunsten abzugeben. Da der Vertragspartner des Bürgen allerdings nicht der Ehegatte, sondern der Gläubiger war, konnte dem Gläubiger das Fehlverhalten des Ehegatten nicht zugerechnet werden. Die Folge im Bürgschaftsfall war schließlich regelmäßig der Verlust des Familienvermögens.⁸ In England und später in Schottland wurde dieses Ergebnis als unbillig und die bisherigen rechtlichen Schutzmechanismen für unzureichend erachtet, sodass mit den Entscheidungen *Barclays Bank v O'Brien*⁹ sowie *Smith v Bank of Scotland*¹⁰ die Rechtsprechung dahin geändert wurde, dass dem Gläubiger vorvertragliche Sorgfaltspflichten gegenüber dem Bürgen auferlegt wurden, die für die Durchsetzbarkeit der Forderung im Bürgschaftsfall konstituierend sind.

Auch in Deutschland schlossen Banken und Sparkassen Bürgschaftsverträge mit Familienmitgliedern des Schuldners – nicht selten mit dessen gerade volljährigen Kindern – ab. Diese waren geschäftlich unerfahren, sodass sie das Risiko der konkreten Bürgschaft nicht überblicken konnten und sich zudem in einer seelischen Zwangslage sowie einem Abhängigkeitsverhältnis

⁴ Cicero, De finibus, S. 138–140, [2, 78–79] mit Verweis auf *Phintias*, der sich dem Tyrannen *Dionysios I.* als Bürgen für seinen Freund anbot. Der Stoff wurde ebenfalls bei *Friedrich Schiller* 1798 in seiner Ballade „Die Bürgschaft“ verarbeitet.

⁵ *Phillips/O'Donovan*, Modern Contract of Guarantee Rn. 1-001.

⁶ Vgl. Art. IV.G.-2:101 ff. DCFR.

⁷ Vgl. *Habersack/Zimmermann*, EdinLR 1999, 272, 293.

⁸ *Barclays Bank v O'Brien* [1994] 1 A.C. 180, 188; *Smith v Bank of Scotland* 1997 SC (HL) 111, 116, 118 f.

⁹ *Barclays Bank v O'Brien* [1994] 1 A.C. 180.

¹⁰ *Smith v Bank of Scotland* (1997) SC (HL) 111.

zum Schuldner befanden.¹¹ Insbesondere der IX. Senat des Bundesgerichtshofs sah aber trotz anhaltender Kritik aus dem Schrifttum und der Instanzgerichte keine Notwendigkeit, diese Praxis einzuschränken.¹² Nachdem der XI. Senat dieser Rechtsprechung die Gefolgschaft versagte, entschied das Bundesverfassungsgericht zur Bürgschaftsrechtsprechung des IX. Senates, dass die Gerichte in solchen Situationen, in denen sich gerade aufdränge, dass der Vertragsschluss und sein Inhalt nicht der Ausfluss einer freien Willensbetätigung seien, über die Generalklauseln des BGB korrigierend eingreifen müssen.¹³ Dem entsprach der IX. Senat im Folgenden ohne aber die Divergenzen mit dem XI. Senat in Gänze beizulegen.

Der Paradigmenwechsel in der höchstrichterlichen Rechtsprechung Englands, Deutschlands und Schottlands hat den Schutz des Bürgen in den Fokus gerückt. Dabei ergeben sich die Gefahr und die Schutzbedürftigkeit des Bürgen im Allgemeinen bereits aus seinen Charakteristika: Es handelt sich bei der Bürgschaft regelmäßig um unentgeltliche Verträge, bei denen der Bürge mit seinem gesamten Vermögen haftet. Dem potenziell unbeschränkten Haftungsrisiko des Risikovertrages steht daher keine direkte wirtschaftliche Kompensation gegenüber. Verschärft wird die Gefährdung des Bürgen dadurch, dass Bürgschaften verstärkt für Familienmitglieder und andere Personen abgegeben werden, zu denen eine emotionale Nähebeziehung besteht. Hierdurch ergibt sich ein Handlungsdruck für den Bürgen, der dessen Risikoprognose erheblich beeinflussen kann. Der Zusammenhang zwischen einer potenziell existenzbedrohenden Mithaftung und dem Familienstand des mithaftenden findet Niederschlag in der Statistik zur Überschuldung privater Personen, die jährlich vom Statistischen Bundesamt herausgegeben wird: Bei den Personen, die wegen einer Überschuldung beraten werden, besteht der Hauptgrund der Überschuldung bei 3,4% der verheirateten Personen in einer Zahlungsverpflichtung für einen Dritten. Bei ledigen Personen liegt der Anteil bei nur 1,4%. Aber nicht nur der Familienstand, sondern auch das Geschlecht scheint relevant für die Frage zu sein, ob der Hauptgrund einer Überschuldung in der Zahlungsverpflichtung für einen Dritten zu finden ist. Während dies bei 1% der männlichen Personen der Fall ist, liegt bei weiblichen Personen die primäre Ursache einer Überschuldung in über drei Mal mehr

¹¹ BGH, Urt. v. 19.01.1989 – IX ZR 124/88 = BGH ZIP 1989, 219; BGH, Urt. v. 16.03.1989 – IX ZR 171/88 = BGH ZIP 1989, 629; Spiegel, Bürgen – Streben nach Glück, 05.02.1989.

¹² Solche Verträge als inhuman bezeichnend, *Tiedtke*, ZIP 1995, 521, 529; vgl. *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1989, 613; *Honsell*, JZ 1989, 494, 495; *Reifner*, ZIP 1990, 427; ähnlich BGH, Urt. v. 16.05.1991 – IX ZR 245/90 = BGH ZIP 1991, 787, 788.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 = BVerfGE 89, 214 = ZIP 1993, 1775, 1779, 1780.

Fällen, nämlich zu 3,8% in einer Zahlungsverpflichtung aus Bürgschaft, Schuldübernahme oder Mithaftung.¹⁴

Trotz der Bemühungen der Rechtsprechung besteht in Deutschland ein Zusammenhang zwischen dem Familienstand bzw. dem Geschlecht und der Überschuldung wegen einer Zahlungsverpflichtung aus einer Mithaftung. Diese Arbeit hat daher zum Ziel, die zentralen Schutzmechanismen des Bürgschaftsvertrages in den genannten Rechtsordnungen zu vergleichen. Es soll herausgearbeitet werden, inwieweit die Rechtsordnungen dem Bürgenschutz ähnliche Motive zugrunde legen. Eine anschließende Analyse der zentralen Schutzmechanismen soll schließlich zeigen, inwieweit vorvertragliche Sorgfaltspflichten des Bürgschaftsgläubigers auch in Deutschland verortet werden können.

Die Frage nach Alternativen zu einer materiellen Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrages naher Angehöriger ist nicht nur vor dem Hintergrund der nach wie vor bestehenden Gefährdung verheirateter und weiblicher Personen dringlich. Auch der regulatorische Rahmen hat sich seit dem Bürgschaftsbeschluss des Bundesverfassungsgerichtes signifikant verändert: Einerseits ergeben sich durch die Kodifizierung der *culpa in contrahendo* im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung neue und rechtssichere Möglichkeiten zur Verankerung vorvertraglicher Pflichten. Andererseits wurde durch die Einführung der Insolvenzordnung die Möglichkeit einer Restschuldbefreiung bei Privatinsolvenzen nach einer „Wohlverhaltensperiode“ geschaffen, die zunächst sieben Jahre betrug und immer weiter verkürzt wurde. Für Insolvenzanträge, die nach dem 30.09.2020 gestellt wurden, beträgt die Periode, nach der unabhängig von der Höhe der bis dahin getilgten Schulden ein Antrag auf Restschuldbefreiung gestellt werden kann, nunmehr drei Jahre. Gerade diese stark verkürzte Restschuldbefreiung gibt Anlass, den Wertungsgehalt einer materiellen Inhaltskontrolle einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit der Frage, wie verschiedene Rechtsordnungen mit den Risiken umgehen, die für eine Person entstehen, welche persönlich für die Schuld einer anderen, ihr meist nahestehenden Person, einsteht.¹⁵

Im 1. Teil der Arbeit erfolgt eine Darstellung der Grundlagen und der Entwicklung der untersuchten persönlichen Sicherungsmittel. Wie aus den

¹⁴ Statistisches Bundesamt, Fachserie 15, Reihe 5, Jahr 2021, Statistik zur Überschuldung privater Personen, 3.1.

¹⁵ Die vorliegende Arbeit schließt in Teilen an eine Masterarbeit mit dem Titel „The Good Faith Principle in the Law of Cautionary Obligations in Scotland and Germany“ an, die der Autor dieser Untersuchung im Jahr 2021 an der *University of Edinburgh* vorgelegt hat.

einführenden Worten bereits ersichtlich wird, sind persönliche Sicherungsmittel nicht nur in Deutschland, sondern international verbreitet. In einem vorgelagerten Schritt soll daher zunächst erläutert werden, weshalb sich die Rechtsordnungen Englands und Schottlands für einen Vergleich mit der deutschen Rechtsordnung eignen.¹⁶ Ein wesentlicher Grund liegt in den unterschiedlichen Rechtsquellen, aus denen sich die Rechtsordnungen speisen. Insbesondere Schottland als sogenannte Mischrechtsordnung weist einige Besonderheiten auf, weswegen die Rechtsquellen, die den Rechtsordnungen zugrunde liegen, bereits bei der Auswahl der zu vergleichenden Rechtsordnungen dargestellt werden. Da persönliche Sicherungsmittel nicht nur international verbreitet sind, sondern auch einer fortwährenden Entwicklung ausgesetzt sind, besteht ein Pluralismus an Sicherungsmitteln, der eine vergleichende Analyse nahezu aussichtslos macht. Es ist daher geboten den Untersuchungsgegenstand auf solche Sicherungsmittel einzuschränken, die weit verbreitet und gewissermaßen idealtypisch sind.¹⁷ Dies sind insbesondere diejenigen persönlichen Sicherungsmittel, auf die sich in den letzten Dekaden die (richterliche) Rechtsfortbildung in den untersuchten Rechtsordnungen fokussierte, namentlich die Bürgschaft bzw. die *guarantee* und die *cautionary obligation*.

Ein Vergleich zwischen den Implikationen einer Bürgschaft, einer *guarantee* und einer *cautionary obligation* setzt voraus, dass die grundlegende Struktur und die Funktion der Sicherungsmittel erörtert wird. Hierzu sollen diese zunächst auf mögliche gemeinsame Wurzeln untersucht werden, die insbesondere in den römischen Stipulationsbürgschaften verortet werden können.¹⁸ Bereits im römischen Recht offenbart sich ein Bewusstsein für das inhärente Risiko persönlicher Sicherungsmittel, das in der Etablierung von Schutzmechanismen und dem umstrittenen Interzessionsverbot für Ehefrauen mündet. Die schlaglichtartige Rezeption der römischen Rechtsquellen soll einerseits die Evolution der Schutzmechanismen beleuchten und andererseits zur modernen Terminologie „akzessorischer“ Sicherungsmittel überleiten.¹⁹ Hierdurch kann eine Abgrenzung zu ähnlichen Sicherungsmitteln erfolgen. Ebenso wichtig wie die Beleuchtung der prägenden Strukturelemente akzessorischer Sicherungsmittel, ist die Untersuchung der Funktionen eben dieser. Die zentralen Funktionen akzessorischer Sicherungsmittel im Rechts- und Wirtschaftsverkehr, nämlich die Verschaffung von Liquidität und die Möglichkeit zur Überwachung des Primärschuldners („Monitoring“), dienen ebenso als

¹⁶ Vgl. § 1 C. (S. 9 ff.).

¹⁷ Vgl. § 1 D. (S. 14 ff.).

¹⁸ Vgl. § 2 A. I. (S. 17 ff.).

¹⁹ Vgl. § 2 B. (S. 26 ff.).

Maßstab zur Bewertung der Schutzmodelle, wie ihre Vorzüge gegenüber Realsicherheiten.²⁰

Der 2. Teil der Arbeit widmet sich der Darstellung der Schutzmechanismen, welche die einzelnen Rechtsordnungen zum Schutz einer beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit des Sicherungsgebers vorsehen. Der Schutz dieser rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung findet bereits auf der Ebene der Vertragskonstruktion Niederschlag, sodass der Schutzgehalt der kombiniert-subjektiven Auslegung des (Bürgschafts-) Vertrages in Deutschland mit dem Schutzgehalt der englischen und schottischen Vertragskonstruktion verglichen werden soll.²¹ Anschließend erfolgt eine Analyse des formalen Schutzes, namentlich des Schriftformerfordernisses.²² Dieses ist im Bereich akzessorischer Sicherungsmittel zwar ein „klassisches“ Schutzinstrument, gleichzeitig ist die Schutzwirkung der Schriftform allerdings auch historisch nicht unumstritten, sodass es in diesem Bereich immer wieder zu Reformbestrebungen kommt.

In § 5 wird die Kompensation einer beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit des Sicherungsgebers im Rahmen von Abschlusskontrollen untersucht. Zentral ist die Frage, welche Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit so relevant sind, dass sie Auswirkungen auf die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages haben. Aufgrund des bürgschaftsrechtlichen Dreipersonenverhältnisses ergibt sich die Möglichkeit, dass eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit nicht nur durch den Vertragspartner des Bürgen, also den Gläubiger, sondern auch durch den Schuldner erfolgen kann. Es ist daher zu untersuchen, inwieweit sich der Gläubiger (vermutete) Beeinträchtigungen durch den Schuldner zurechnen lassen muss. Die Struktur der Untersuchung orientiert sich an der Intensität der Beeinträchtigung, die der Bürge erfährt. Im Rahmen einer stufenweisen Prüfung wird zunächst erörtert, wie die Rechtsordnungen physischen und psychischen Zwang gegenüber dem Bürgen kompensieren.²³ Auf der zweiten Stufe wird veranschaulicht, wie die Rechtsordnungen mit Beeinträchtigungen umgehen, die durch ein Verhalten entstanden sind, das zwar keinen Zwang darstellt, dem Gläubiger aber dennoch zuzurechnen ist.²⁴ Auf der dritten Stufe wird die praktisch besonders bedeutsame Konstellation behandelt, in der der Gläubiger entweder Kenntnis von einer Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Bürgen hat, oder eine solche Kenntnis konstruiert wird.²⁵ In diesem Zusammenhang wurden für die Bürgschaften von nahestehenden Personen in England und Schottland durch die

²⁰ Vgl. § 2 C. (S. 32 ff.).

²¹ Vgl. § 3 (S. 40 ff.).

²² Vgl. § 4 (S. 55 ff.).

²³ Vgl. § 5 A. (S. 71 ff.).

²⁴ Vgl. § 5 B. (S. 85 ff.).

²⁵ Vgl. § 5 C. (S. 107 ff.).

Rechtsprechung vorvertragliche Pflichten des Gläubigers begründet, deren Nichteinhaltung dem Bürgen eine Lösung vom Vertrag ermöglicht. Entsprechende Pflichten werden auch in Deutschland von der Rechtsprechung und der Wissenschaft immer wieder erwogen.

Eine einheitliche Terminologie hinsichtlich solcher Pflichten des Gläubigers die Interessen des Bürgen zu wahren, bildete sich in Deutschland bislang nicht heraus.²⁶ *Dreismann* weist mit Verweis auf die Gesetzesmaterialien zum BGB darauf hin, dass die Bezeichnung als *Diligenzpflichten* geeignet sei, der besonderen Risikoverteilung von Bürgschaftsverträgen Rechnung zu tragen und zudem der Irritation vorbeuge, die entstehe, wenn man bei Bürgschaften, die keine Hauptpflicht des Gläubigers begründen, von Nebenpflichten spräche.²⁷ Seit der Schuldrechtsmodernisierung und der Statuierung von Nichtleistungspflichten in § 241 Abs. 2 BGB, ist die Frage der Terminologie zwar entschärft, dennoch empfiehlt sich im rechtsvergleichenden Kontext die Verwendung von neutralen Begriffen, die rechtsordnungsübergreifend verwendet werden können. Im Folgenden wird daher insbesondere in Bezug auf England und Schottland auf den Terminus der *Diligenzpflichten* als neutrale Alternative zu Neben- bzw. Sorgfaltspflichten i. S. d. § 241 Abs. 2 BGB zurückgegriffen.

Während England und Schottland eine defizitäre Entscheidungsfreiheit durch die Etablierung vorvertraglicher Diligenzpflichten kompensieren, nehmen Gerichte in Deutschland bei Bürgschaften von nahestehenden Personen eine materielle Inhaltskontrolle des Bürgschaftsvertrages vor und ordnen die Nichtigkeit an, wenn die Höhe der Bürgschaftsverpflichtung in einem „krassen Missverhältnis“ zu der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bürgen steht. Diese Rechtsprechung ist das Ergebnis einer heftigen Auseinandersetzung zwischen dem IX. und dem XI. Senat des BGH. Der Verlauf dieser Auseinandersetzung sollen ebenso wie die Positionen in der Wissenschaft dargestellt werden.²⁸

Ebenfalls maßgeblich durch die Kasuistik des BGH geprägt ist die Frage, inwieweit ein Bürge in seiner Rolle als Verbraucher gegenüber einem Gläubiger, der als Unternehmer auftritt, Schutz beanspruchen kann. Da es sich um einen situativen Schutz handelt, der unabhängig von einem Näheverhältnis zwischen Schuldner und Bürgen besteht, erfolgt eine separate Darstellung in § 7. Während sich die Frage in Deutschland im Rahmen von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen entzündete, wird die Rolle des Bürgen als Verbraucher im Vereinigten Königreich im Bereich der AGB-Kontrolle diskutiert.

²⁶ Vgl. *Dreismann*, Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?, S. 39.

²⁷ *Dreismann*, Bürgenschutz durch Gläubigerdiligenz?, S. 40; bereits *Knüttel* verwendet den Begriff in diesem Zusammenhang, vgl. *Knüttel*, FS Flume S. 559, 563.

²⁸ Vgl. § 6 (S. 159 ff.).

Im 3. Teil der Arbeit werden die Schutzmechanismen einer kritischen Würdigung unterzogen. Ausgehend von dem Befund, dass das Schriftformerfordernis den Nahbereichsbürgen nur insuffizient schützt, werden die maßgeblichen Bewertungskriterien herausgearbeitet, bei denen die Rechtsordnungen die Kompensation einer beeinträchtigten Entscheidungsfreiheit anordnen.²⁹ Insbesondere die materielle Betrachtung in Deutschland soll im Lichte der nunmehr stark verkürzten „Restschuldbefreiung“ im Rahmen einer Verbraucherinsolvenz neu bewertet werden.³⁰

Anschließend werden die Vorteile einer Inhaltskontrolle und eines Informationsmodells im Lichte der Funktion des Bürgschaftsvertrages eingeordnet.³¹ Da die Wertungen der deutschen, englischen und schottischen Gerichte im Wesentlichen in den 1990er und frühen 2000er Jahren getroffen wurden, sollen auch die Tendenzen in der neueren europäischen Rechtsentwicklung skizziert werden. Hierzu soll einerseits das Regelungsmodell des DCFR, der ein Informationsmodell vorsieht, sowie das französische Modell, das seit der Reform des Kreditsicherungsrechts vom 15.09.2021 ein kombiniertes Modell präferiert, schlaglichtartig beleuchtet werden.³² Auch losgelöst von bürgschaftsrechtlichen Konstellationen sind „Informationspflichten“ fortwährend Kritik ausgesetzt. Nach einer Darstellung der tragenden Erwägungen kritischer Stimmen soll überprüft werden, inwieweit auch die untersuchten bürgschaftsrechtlichen Informationsmodelle dieser Kritik ausgesetzt sind.³³ Anschließend wird in einer Stellungnahme die Forderung artikuliert, auch in Deutschland bei Bürgschaften für nahestehende Personen ein Informationsmodell zu etablieren und die materielle Inhaltskontrolle aufzugeben.³⁴

Der Forderung nach einem Informationsmodell schließt sich in § 10 der Vorschlag für ein Informationsmodell an, das im Rahmen der *culpa in contrahendo* etabliert werden soll. Hierfür soll zunächst das schottische *good faith principle* herangezogen werden, das in Schottland zur Begründung vorvertraglicher Pflichten dient und mit dem Grundsatz von Treu und Glauben verwandt ist.³⁵ Die Wertungen des *good faith principle* in Schottland legen nahe, dass auch in Deutschland eine Revision der bürgschaftsrechtlichen Risikoordnung geboten ist. Diese erfolgt durch eine Auslegung des Schutzgutes der „Entscheidungsfreiheit“ gem. § 241 Abs. 2 BGB, das verletzt ist, wenn der Gläubiger aufgrund des Verhältnisses zwischen Bürgen und Schuldner von einer exogenen Beeinflussung des Bürgen ausgehen muss und dennoch keine ausreichenden Maßnahmen zur Information des Bürgen unter-

²⁹ Vgl. § 8 (S. 207 ff.).

³⁰ Vgl. § 8 C. (S. 217 ff.).

³¹ Vgl. § 9 (S. 232 ff.).

³² Vgl. *Ordonnance* Nr. 2021-1192 vom 15.09.2021; § 9 C. (S. 239 ff.).

³³ Vgl. § 9 D. (S. 243 ff.).

³⁴ Vgl. § 9 E. (S. 252 ff.).

³⁵ Vgl. § 10 A. I. (S. 260 ff.).

nommen hat.³⁶ In Anlehnung an bisherige Wertungen der deutschen Rechtsprechung und rechtsvergleichende Erkenntnisse aus der Anwendung von Informationsmodellen im Vereinigten Königreich werden der Adressat und der Inhalt der Gläubigerpflichten definiert.³⁷

Im 4. Teil der Arbeit erfolgt eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.

C. Auswahl der Vergleichsrechtsordnungen

I. England als Vergleichsgegenstand

Die Eignung Englands als Vergleichsgegenstand ergibt sich unter anderem aus folgenden Erwägungen: Zunächst ist die englische Rechtsordnung als solche von großer internationaler Bedeutung und prägte über ein Drittel der weltweiten Rechtssysteme.³⁸ Besondere Bedeutung kommt England als internationalem Finanzplatz zu, sodass speziell mit der Kreditwirtschaft assoziierte Rechtsfragen von besonderer praktischer Relevanz sind.

Weiterhin handelt es sich bei England um eine *common law*-Rechtsordnung, die sich durch ein ausgeprägtes Richterrecht auszeichnet. Das englische (Vertrags-) Recht speist sich neben dem *common law*, aus *statute*, internationalen Konventionen sowie bis zum Austritt aus der Europäischen Union auch dem Recht der EU.³⁹ Das *common law* ist eine Quelle allgemeiner Rechtsprinzipien, die als Rechtskörper für Urteile und deren Regelungsinhalt fungieren.⁴⁰ Dem *common law* unterliegen weitere Teile des englischen Vertragsrechtes wie Regelungen zum Vertragsschluss, der Unwirksamkeit oder dem Inhalt.⁴¹ Zwar kam es zu einer teilweisen Kodifizierung einzelner Vertragstypen, Verträge wie die *guarantee* unterliegen aber weiterhin dem *common law*.

Parallel zum *common law* entwickelte sich *equity*-Rechtsprechung, der allgemeine Billigkeitserwägungen zugrunde lagen und die zum Ziel hatte, etwaige Ungerechtigkeiten und Unzulänglichkeiten des *common law*-Systems zu kompensieren.⁴² Die *common law* und *equity* Gerichte wurden durch die *Judicature Acts 1873–1875* vereinheitlicht, sodass die Anwendung der *equity* Grundsätze nun der allgemeinen Gerichtsbarkeit unterliegt.⁴³ *Statutes* sind

³⁶ Vgl. § 10 A. II (S. 266 ff.).

³⁷ Vgl. § 10 B (S. 270 ff.).

³⁸ Müller-Chen/Müller/Widmer *Lüchinger*, Comparative Private Law Rn. 788.

³⁹ Chitty on Contracts, Vol. 1, Rn. 1-002; *customs* beziehen sich auf spezifische Gegenstände, Orte und Personen und haben deshalb keine generelle Relevanz, *J. Bell*, Sources of Law, in English Private Law, Rn. 1.24.

⁴⁰ *J. Bell*, Sources of Law, in English Private Law, Rn. 1.21.

⁴¹ Chitty on Contracts, Vol. 1, Rn. 1-003.

⁴² *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 72 ff.

⁴³ *J. Bell*, Sources of Law, in English Private Law, Rn. 1.21.

normierte Rechtssätze, die durch formelle Rechtssetzung zustande kommen.⁴⁴ Auf dem Gebiet des Vertragsrechts kam es zu mehreren bedeutenden Kodifikationen wie dem *Statute of Frauds Act* 1677 oder dem *Misrepresentation Act* 1967. Konstituierendes Merkmal der englischen Rechtsordnung ist das *precedent*-Konzept, wonach ergangene Urteile bindende Wirkung für künftige Urteile entfalten.⁴⁵

Im Gegensatz dazu ist die primäre Rechtsquelle in Deutschland gesetztes Recht, das sowohl Gesetze als auch Verordnungen und Satzungen umfasst. Das deutsche Privatrecht beruht seinerseits nahezu ausschließlich auf formellen Gesetzen, die durch den Gesetzgeber erlassen wurden, vgl. Artt. 20 Abs. 2, 70 ff. GG.⁴⁶ Ferner kann auch das Gewohnheitsrecht eine Rechtsquelle darstellen, wenn eine längere Übung, die dauernd und ständig, gleichmäßig und allgemein ist, von den beteiligten Rechtsgenossen als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird.⁴⁷ Dabei ist das Gewohnheitsrecht gegenüber dem Gesetzesrecht gleichwertig, sodass es zur Außerkraftsetzung einer Norm des Gewohnheitsrechts eines Eingreifens des Gesetzgebers oder der Bildung von entgegenwirkendem Gewohnheitsrecht bedarf.⁴⁸ Nicht zu vernachlässigen ist das Recht der Europäischen Union, wobei das Primärrecht der Europäischen Union Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht genießt.⁴⁹ Unmittelbare Geltung beansprucht auch das EU-Sekundärrecht, soweit es sich um Verordnungen handelt, Art. 288 Abs. 2 AEUV. Da den Mitgliedstaaten aufgrund der unmittelbaren Geltung kein Umsetzungsspielraum verbleibt, wurde im Bereich des Vertragsrechtes verstärkt auf den Erlass von Richtlinien zurückgegriffen.⁵⁰ Richtlinien ermöglichen es gem. Art. 288 Abs. 3 AEUV, ein verbindliches Ziel zu definieren und den Mitgliedstaaten durch die freie Wahl der Mittel eine flexible Umsetzung zu ermöglichen.⁵¹

⁴⁴ *J. Bell*, Sources of Law, in English Private Law, Rn. 1.25; zum Konflikt zwischen parlamentarischer und gerichtlicher Rechtsbildung: Darbyshire on the English Legal System, Rn. 2-002.

⁴⁵ Zum *stare decisis*-Grundsatz, Darbyshire on the English Legal System 2-030, 2-037; zu den Ausnahmen: *J. Bell*, Sources of Law, in English Private Law Rn. 1.63; vgl. *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 5 Rn. 4, 21.

⁴⁶ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 1 Rn. 6; vgl. auch zum Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 GG *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 6 Rn. 8, 11.

⁴⁷ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 18.02.1970 – 1 BvR 226/69 = BVerfGE 28, 21 Rn. 23.

⁴⁸ BGH, Beschl. v. 19.06.1962 – I ZB 10/61 = GRUR 1962, 642, 644; BGH, Urt. v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 = BGHSt 11, 241, 247; *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 6 Rn. 22.

⁴⁹ Grundlegend EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64– *Costa/ENEL* = Slg. 1964, 1251; vgl. *Stürner*, JURA 2017, 26.

⁵⁰ *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, S. 154.

⁵¹ Zu den Grenzen der Umsetzungsfreiheit, *Stürner*, JURA 2017, 394.

Sachverzeichnis

- Aufklärung 87, 108, 115 f, 120,
138 ff., 176, 207, 236 ff, 244, 261 f.,
273
- arglistige Täuschung 85 ff.
- Bestimmtheitsgrundsatz 41 ff., 54
 - *surrounding circumstances* 46
 - Täuschung durch Dritten 87 ff.
 - Verbürgungswille 40, 57 f.
- Barclays Bank v O'Brien* 2, 93, 102,
129 ff., 154
- *constructive notice* 131 ff., 151,
154, 213 ff., 262
 - *reasonable steps* 130 ff.
- Beratung 98, 126, 134, 137 f., 148 ff.,
173, 240, 250 f., 274
- Beratungspflicht 148 ff, 241, 244
 - durch Anwalt 137 f., 149, 274
- bona fides* 260 f.
- *Carter v Boehm* 140 f., 261 ff.
 - Handeln *mala fide* 139
- Bürgschaft 17 ff.
- akzessorisch 5, 17 f., 24 f., 27, 41,
61, 189, 203
 - „Bürgschaftsbeschluss“ des BVerfG
3, 119, 170 ff., 182, 209, 221 ff.,
252, 267
 - *cautionary obligation* 28
 - *guarantee* 27
- causa* 41, 61, 187
- abstraktes Versprechen 30, 56
 - Synallagma 191, 197 ff.
- consideration* 23, 64 f.
- culpa in contrahendo* 4, 85, 89 ff., 106,
108, 118 f., 171, 238, 259, 267 ff.
- culpa in exigendo* 112
- customs* 13
- DCFR 239 ff., 256
- Diligenzpflichten, *siehe auch* Sorgfalts-
pflichten 7, 107 ff., 118 f., 124,
135 f., 146, 154 ff., 207, 217, 270
- *agency theory* 125, 127 ff., 154
 - *special equity theory* 125 f., 130,
154
 - *Turnbull & Co v Duval* 104, 124 ff.
Dreipersonenverhältnis 6, 61, 80,
84, 93, 140
- duress* 73 ff., 100, 107, 212
- *economic duress* 75 ff., 100, 213
 - Kausalität 76
 - *overborne* (-Theorie) 74, 212
- Eigenschaftsirrtum 120 ff.
- Entscheidungsfreiheit 6, 41 ff., 85, 179,
220, 233 f., 245, 258, 267 ff.
- equity* 9, 23, 78, 125, 154
- Erskine* 12, 26, 65, 78
- force and fear* (*vis et metus*) 77 ff. 97,
215
- Garantievertrag 30, 60
- *indemnity* 30
- Gegenleistungsfreiheit 59 ff.
- Gewalt 71 ff., 83, 105, 212
- physische 71, 74
 - psychische 72, 75
- Globalbürgschaft 42 f., 49, 53
- good faith*, *siehe auch* *bona fides* 140,
148 f., 151, 264 ff.
- *principle* 140, 260 ff.
- Informationsmodell 120, 215, 236 ff.,
243 ff., 254 ff., 267

- Inhaltskontrolle, *siehe auch* Sittenwidrigkeit 160 ff., 175, 217 ff., 233 ff., 241 f., 271 ff.
- Sanktionswirkung 235, 254
- institutional writers* 12 f., 23, 28, 78 f., 260 f.
- misrepresentation* 91 ff., 127, 150, 156, 215
- durch Dritten 93, 95
- Monitoring 35 f., 238, 254, 270
- Nähebeziehung 128, 150, 154, 183, 213, 216, 236, 238 f., 254, 269 ff.
- Ehegatte 20, 101, 109, 124 ff., 131, 148, 156, 178 ff., 225, 271
 - (emotionale) Verbundenheit 36, 72, 182, 226, 235, 254 f.
- Privatautonomie 34, 83, 165 ff., 175, 221 ff., 236 f., 253
- Realsicherheiten 37 f., 211
- Restschuldbefreiung 120, 167, 172, 217 ff., 253
- Historie 220 ff.
 - Wohlverhaltensperiode 220 f., 234, 253
- Royal Bank of Scotland v Etridge (No. 2)* 75, 101, 133 ff., 156, 228, 249 ff., 273
- *manifest disadvantage* 102, 135, 156, 228
 - Untersuchungspflicht 135
- Selbstbestimmung, *siehe auch* Privatautonomie 30, 71, 82, 104, 175, 207, 236 f.
- Sittenwidrigkeit 87, 159 ff., 197, 217, 223 ff.
- krasse finanzielle Überforderung 160, 181, 227 f.
 - Sozialstaatsprinzip 164, 172, 175, 182, 218
 - Vermögensverschiebung 166, 168, 180 f., 222
- Sorgfaltspflichten 117 ff., 266
- Schriftform 55 ff., 208 ff.
- Übereilungsschutz 56, 68, 167, 208
 - Warnfunktion 56 ff., 208
- Senatus Consultum Velleianum* 19 ff.
- Sicherungsfunktion 32 ff.
- Smith v Bank of Scotland* 82, 96, 139 ff., 215, 262 ff.
- Stair* 12, 24, 28, 78
- Statute of Frauds 1677* 61 ff., 66
- Stipulationsbürgschaften 17 ff.
- *amicitia* 17, 33
 - *fideiusso* 18 f.
 - *fidepromissio* 17
 - *sponsio* 17
- Treu und Glauben *siehe auch bona fides* 112 ff., 155 f., 242, 267
- uberrima fides siehe auch utmost good faith* 92, 145,
- undue influence* 75, 97 ff., 130 ff.
- *actual undue influence* 100 ff.
 - *Allcard v Skinner* 98 f.
 - *claimant-based-/defendant-based approach* 98 ff.
 - *class 1/class 2* 102, 131,
 - *presumed undue influence* 101 f.
 - durch Stellvertreter 104
- Unerfahrenheit 116, 163, 170, 240
- Unternehmer 243, 246, 271
- utmost good faith* 261 ff.
- Verbraucher 185 ff.
- *Dietzinger*-Entscheidung 188 f.
 - Entgelt 15, 67, 190 ff.
 - Fernabsatz 192, 199 f.
 - Haustürgeschäft 185, 250
 - HWiG 185 ff.
 - kausale/konditionale Verknüpfung 186, 195, 198 f.
 - *Tarcău*-Entscheidung 203 f.
 - -Widerruf 185 ff.
- Versicherungsvertrag 31, 142 ff., 261 ff.
- Verschuldung 120, 139, 221 ff.
- vis absoluta/compulsiva, siehe auch Gewalt* 71 ff., 78 ff.
- Vollstreckungsschutz 167, 172, 224
- Willensmangel 86, 100, 123, 152, 213