

Historisch-kritischer
Kommentar zum BGB

herausgegeben von
Mathias Schmoeckel
Joachim Rückert
Reinhard Zimmermann

Band III
Schuldrecht: Besonderer Teil

§§ 433–853

Redaktion

Joachim Rückert und Frank L. Schäfer

bearbeitet von

Christiane Birr · Andrea Czelk · Andreas Deutsch · Franz Dorn
Arne Dirk Duncker · Wolfgang Ernst · Wolfgang Forster ·
Ralf Frassek · Hans-Peter Haferkamp · Hans-Georg Hermann
Sibylle Hofer · Nils Jansen · Bernd Kannowski · Thorsten Keiser
Jens Kleinschmidt · Siegbert Lammel · Susanne Lepsius
Stephan Meder · Rudolf Meyer-Pritzl · Peter Oestmann
Guido Pfeifer · Michaela Reinkenhof · Joachim Rückert
Frank L. Schäfer · Gottfried Schiemann · Steffen Schlinker
Mathias Schmoeckel · Thomas Simon · Frank Theisen
Andreas Thier · Jan Thiessen · Reinhard Zimmermann

2. Teilband: §§ 657–853

Mohr Siebeck 2013

§§ 765–778. Bürgschaft

I. Regelungsprobleme und Lösungswege im Überblick	1
II. Zur Schwierigkeit des historischen Blicks: Bürgschaft und Kontexte	4
1. Die Bürgschaft im Rom der späten Republik und des frühen Prinzipats	5
2. Die Bürgschaft in der spätmittelalterlichen Stadt	8
3. Die Bürgschaft im preußischen bankgeprägten Kreditgeschäft des 19. Jahrhunderts	12
III. Definition und Rechtsnatur	16
1. BGB 1900	17
2. Lösungswege vor dem BGB	26
a) Genese des Bürgschaftsbegriffs des BGB	26
b) Systematische Einordnung: Interzession, Garantie, Korrealschuld, Schuldübernahme, Kautions	29
c) Abgrenzungen: constitutum, Kreditauftrag, Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantie	32
IV. Einzelfragen	36
1. Form	36
a) BGB 1900	36
b) Lösungswege vor dem BGB	39
c) Andere europäische Lösungen seit 1900	44
2. Akzessorietät	46
a) BGB 1900	46
b) Lösungswege vor dem BGB	52
c) Andere europäische Lösungen seit 1900	58
3. Subsidiarität	60
a) BGB 1900	60
b) Lösungswege vor dem BGB	64
c) Andere europäische Lösungen seit 1900	69
4. Innenausgleich – Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner	73
a) Regelungsproblem	73
b) BGB 1900	75
c) Lösungswege vor dem BGB	80
aa) Vom beneficium cedendarum actionum zur Legalzession (Subrogation)	80
bb) Verzicht	84
cc) Übergang von Sicherheiten, die der Gläubiger nach der Bürgschaft erlangt hatte?	85
dd) Abtretung der Hauptforderung auch ohne Direktanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner?	86
ee) Kein Forderungsübergang bei Nachteilen für den Gläubiger	87
ff) Verhinderung des Rückgriffs durch Verschulden des Gläubigers	88
d) Andere europäische Lösungen seit 1900	89
5. Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften	92

a) Problemstellung	92
b) Lösungen vor dem BGB	97
aa) Interzessionsverbote im gemeinen Recht	97
bb) Weibliche Interzessionsfreiheit als Ausdruck eines sich wandelnden Frauenbildes	99
cc) Haftung der Ehefrau in familienrechtlicher Perspektive	100
c) Lösung des BGB	106
d) 20. Jahrhundert	110
e) Andere europäische Lösungen nach 1900	115
V. Bürgenschutz zwischen Kautelarjurisprudenz und Richterrecht – Tendenzen des Deutschen Bürgschaftsrechts nach 1900	118
1. Abgrenzungsfragen	122
2. Richterliche Konkretisierung	127
a) Bürgschaft und Schuldbeitritt	128
b) Bürgschaft und Garantie	132
3. Klauselkontrolle	136
4. § 766 und Billigkeit	137
5. »Auflockerung der Akzessorietät«	140
VI. Bilanz und Ausblick	144

Wichtige Literatur*

Anton Hering, *Tractatus de fidejussoribus*, 5. Aufl. Oldenburg 1724; Wilhelm Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht*, 2 Bde., Jena 1850, 1851; Heinrich Hasenbalg, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, Düsseldorf 1870; Franz Beyerle, *Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanische Rechte her*, ZRG (GA) 47 (1927) 567–645; Werner Flume, *Studien zur Akzessorietät der Bürgschaftstipulationen*, 1932; M. Talamanca, *Art. Fideiussione*, in: ED XVII, Mailand 1968, 340–343; EG-Kommission (Hg.), *Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft. Studie des Max-Planck-Instituts*, 1971; Les Sûretés Personelles, in: *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bd. XXX, Brüssel 1969, Bd. XXIX, Brüssel 1971, Bd. XXVIII, Brüssel 1974; Peter R. Walliser, *Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht, dargestellt im Zusammenhang mit der Entwicklung des Schuldrechts in den schweizerischen Kantonen Waadt, Bern, Solothurn bis zum 19. Jahrhundert*, Basel 1974; Walter Hadding, *Bürgschaft und Garantie*, in: *Bundesminister der Justiz (Hg.), Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. III, 1983, 571–759; Wolfgang Ernst, *Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutze des Verbrauchers als Interzedenten*, in: R. Zimmermann u. a. (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 395–430; Nils Jansen, *Seriösitätskontrollen existentiell belastender Versprechen. Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, in: R. Zimmermann (Hg.), *Störungen der Willensbildung beim Vertragsschluss*, 2007, 125–162.

* Der Beitrag ist auf dem Stand von Anfang 2008. Spätere Literatur konnte nicht mehr eingearbeitet werden. Dies gilt insbesondere für Gabriele B. Clemens (Hg.), *Schuldenlast und Schuldenwert. Kreditnetzwerke in der europäischen Geschichte 1300–1900* (Trierer historische Forschungen, 65), 2008; Yvonne E. Kowolik, *Interzessionen von Nahbereichspersonen. Von Bürgschaften der Weiber*, 2008; Tanja-Carina Riedel, *Gleiches Recht für Frau und Mann. Die bürgerliche Frauenbewegung und die Entstehung des BGB* (Rechtsgeschichte und Geschlechterforschung, 9), 2008; Diemut Majer, *Frauen – Revolution – Recht. Die großen Europäischen Revolutionen in Frankreich, Deutschland, Österreich 1789 bis 1918 und die Rechtsstellung der Frauen* (Europäische Rechts- und Regionalgeschichte, 5), 2008.

I. Regelungsprobleme und Lösungswege im Überblick

- 1 «Kreditieren schafft Gefahr»¹. Unsichere Verbindlichkeiten werden üblicherweise nur dann eingegangen, wenn das Risiko durch die Chance auf einen besonders hohen Gewinn ausgeglichen wird. Zum Schutze der Schuldner und des Rechtsfriedens liegt es nicht im Interesse der Rechtsordnung, derart überhöhte Risikozuschläge zu fördern. Eine Warenverkehrsgesellschaft, die insbesondere das unentbehrliche Kreditwesen fördern will, wird daher bemüht sein, rechtliche Rahmenbedingungen bereitzustellen, die die Risiken für den Gläubiger erträglich machen. Gefahr droht dem Kreditgeber durch Unwilligkeit und Unfähigkeit des Schuldners. Der unwillige Schuldner wird versuchen, sich seiner Pflicht zu entziehen. Schutz hiergegen bietet die Rechtsordnung durch die Möglichkeit, zusätzliche Vollstreckungsgrundlagen beispielsweise durch abstrakte Schuldversprechen, Novation, Schuldschein oder Wechselakzept zu schaffen, aber auch durch die Zulässigkeit, Vertragsstrafen zu vereinbaren und durch Vollstreckungserleichterungen wie eine vollstreckbare Urkunde. Größere Gefahr droht dem Gläubiger durch die Insolvenz des Schuldners. Hier muß eine Ausgleichshaftung ermöglicht werden. In modernen Rechtsordnungen erfreuen sich Pfandrechte, also Grundpfandrechte, Besitzpfand und besitzloses Pfand (Sicherungsübereignung), besonderer Beliebtheit. Daneben besteht die Möglichkeit, den Gläubiger in der Insolvenz vor den anderen Gläubigern zu bevorzugen. Eine dritte Möglichkeit bietet die Vermögenshaftung eines Dritten, sei es durch Kautio, sei es durch die hier interessierende Bürgschaft.
- 2 In dogmenhistorischer Perspektive kreist die Bürgschaft seit der Antike um einige **Grundentscheidungen**, insbesondere:
- (1) Inwieweit wird die Bürgschaftsschuld in ihrem Umfang an die Hauptschuld gekoppelt, Stichwort: Akzessorietät?
 - (2) Wie bestimmt sich die Haftung von Bürge und Schuldner im Außenverhältnis, Stichwort: Subsidiarität?
 - (3) Wer trägt im Innenverhältnis die Kosten, Stichwort: Regreß?
- Die praktischen Auswirkungen dieser Grundentscheidungen können nur beurteilt werden, wenn man das **gesamte Kreditsicherungssystem** der entsprechenden Zeit in den Blick nimmt. Leicht lassen sich hier getroffene Weichenstellungen der Rechtsordnung durch andere rechtliche Ausgestaltungen egalieren. So wurde etwa die auf Justinian zurückgehende Entscheidung für eine vorrangige Haftung des Schuldners schon im Spätmittelalter regelmäßig durch einen Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Vorausklage oder die individuelle Vereinbarung einer gesamtschuldnerischen Haftung umgangen. Im Bereich des Konsumentenkredits setzt sich dies in einer zunehmenden Bevorzugung der Schuldmitübernahme bis heute fort.
- 3 Wie eine Rechtsordnung das Haftungsregime des Bürgschaftsrechts regelt, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, zu denen neben dogmatischen Denkgewohnheiten vor allem wirtschaftliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen gehö-

¹ Heinrich Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II 2: Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl. 1906, 388.

ren. Ob man kreditiert, hängt natürlich an wirtschaftlichen Ausgangspositionen der Beteiligten und ihres Umfeldes. Die **deutlichsten Veränderungen** resultieren dabei aus dem Aufstieg der Banken seit dem 18. Jahrhundert und der damit einhergehenden Technisierung der Abläufe des Kreditwesens. Die Tatsache, daß im modernen Kreditverkehr ein persönliches Vertrauensmoment zwischen Gläubiger und Bürgen selten existiert, hat die den Bilanzen entnommene Solvenz immer stärker in den Vordergrund geschoben. Heute sind es daher überwiegend Banken und die öffentliche Hand, die als Bürgen agieren. Wie man seinen Kredit sichert, hängt zudem von den rechtlich bereitgestellten Strukturen ab, wie etwa einem funktionierenden **Insolvenzrecht** oder der **Datensicherheit** durch Urkunden und Register. Vielfach bringt erst das 19. Jahrhundert, etwa bezüglich Handelsregister, Grundbuch und Konkursrecht, reichseinheitliche Verhältnisse.

Weniger im Blick sind dagegen die **Einflüsse der gesellschaftlichen Strukturen** auf die Wahl des Sicherungsmittels. In den noch überschaubaren und nur begrenzt mobilen städtischen Gemeinschaften erfreute sich bis weit in die Neuzeit die persönliche Bürgschaft, als Ausdruck von Reputation und Verlässlichkeit, größter Beliebtheit. Hier fand sich ein komplexes Geflecht von Bürgschaftsformen, die, weit über den Bereich der Kreditsicherung hinaus, strafrechtliche und heute als öffentlich-rechtlich zu klassifizierende Aufgaben abdeckten. Auch die in Rom gesellschaftsprägende Treue (*fides*) und Freundschaft (*amicitia*) gaben der persönlichen Bürgschaft ein freundlicheres Gesicht. Im Gegenzug findet sich in Deutschland eine stärkere Hinwendung zum Immobiliarkredit bereits zu einem Zeitpunkt, zu dem die weitgehend erst im 19. Jahrhundert geschaffenen technischen Voraussetzungen des modernen Grundkredits noch gar nicht verfügbar waren. Parallel findet sich seit dem 18. Jahrhundert eine zunehmende Polemik gegen den römischen Einfluß auf das Deutsche System der Grundsicherheiten², was wissenschaftsgeschichtliche Entwicklungen widerspiegelt, die gleichfalls auf die rechtliche Ausgestaltung des Kreditsicherungsrechts einwirken konnten.

II. Zur Schwierigkeit des historischen Blicks: Bürgschaft und Kontexte

Eine historische Kommentierung des Bürgschaftsrechts steht damit in besonderem Maße vor einem **Zugangsproblem**, welches der **dogmengeschichtlichen Betrachtungsweise** immer, sonst aber meist weniger ausgeprägt eigen ist: Das BGB fügte die Bürgschaft in ein Geflecht anderer Kreditsicherungsmittel ein. Dabei wurde deutlich, daß Realsicherheiten als gegenüber einer Bürgschaft vorteilhaft betrachtet wurden. So läßt § 273 Abs. 2 eine Abwendung nur bei Gewährung einer Realsicherheit, nicht einer Bürgschaft zu. Ähnlich weist § 232 Abs. 2 der Bürgschaft nur eine nachrangige Sicherheitsfunktion zu, beim Pfandrecht wird gemäß § 1218 die Sicherheitsleistung durch Bürgen sogar ausgeschlossen, die dinglichen Sicherheiten aber zuge-

² Nachweise bei Justus Wilhelm Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Bd. II 2, 1935, 6f.

lassen. In dieser Skepsis gegenüber der Bürgschaft spiegeln sich, stärker als in den dogmenhistorischen Denktraditionen, Bedürfnisse und Fähigkeiten der Kreditwirtschaft um 1900. Ohne einen Blick in ein konkretes Umfeld kann die historische Bedeutung der Bürgschaft kaum hinreichend erfaßt werden.

Damit steht am Anfang einer Bürgschaftsrechtsgeschichte ein methodisches Problem: Eine Normgeschichte der Bürgschaft im Kontext betrachtet, muß ganz unterschiedliche Geschichten zusammen lesen. Das gleiche Rechtsinstitut erfüllt in unterschiedlichen Kontexten ganz verschiedene rechtliche und wirtschaftliche Funktionen. Die *fideiussio* in Rom hat mit der *fideiussio* in der spätmittelalterlichen Stadt, historisch genommen, wenig Gemeinsamkeiten. In einer auf den juristischen Normdiskurs reduzierten Betrachtung erscheint sie dennoch als durchlaufendes Rechtsinstitut. Verschüttet werden dabei die dichten Verknüpfungen von Kreditversicherungen in die Funktionszusammenhänge eines historischen Markts. Die daher anzustrebende kontextuale Perspektive hätte für eine Kommentierung die Erarbeitung einer neuen historischen Bürgschaftstypologie erfordert. Dies war schon mangels hinreichender historischer Untersuchungen zur kreditwirtschaftlichen Bedeutung der Bürgschaft in verschiedenen Kontexten nicht zu leisten. Die klassische Trennung beider Perspektiven konnte daher nicht aufgehoben, aber zumindest reflektiert werden. Um dies zu verdeutlichen, werden drei kleine Einblicke in die historische Bedingtheit der dann durchlaufend geschilderten Bürgschaftsgeschichte vorangestellt.

1. Die Bürgschaft im Rom der späten Republik und des frühen Prinzipats

- 5 Die im späteren gemeinen Recht vorherrschende Tendenz, einen einheitlichen Bürgschaftsbegriff zu bilden, war dem antiken Recht fremd. Im römischen Recht findet sich eine beachtliche Zahl ähnlicher Personalsicherheiten³, die heute mit der Bürgschaft in Verbindung gebracht werden. Im altrömischen Recht waren Gestellungsbürgschaften bekannt, *vades* und *praedes*, die auf die Herbeischaffung einer Partei vor Gericht oder die Vorlage einer Sache abzielten⁴. Später⁵ entwickelte sich zur Sicherung bei Verbalverträgen zunächst die *sponsio*. Als Wortformel standen sich das »*idem dari spondesne*« des Gläubigers und das »*spondeo*« des Bürgen gegenüber. Sie verpflichtete auf Geldleistung, war unvererblich und stand als Eidesakt nur römischen Bürgern offen. Die *fidepromissio* unterschied sich hiervon vor allem da-

³ Überblick bei Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, Bd. I, 1971, 660ff.; Bd. II, 1975, 457ff.

⁴ Vgl. Robert Feenstra, Die Bürgschaft im römischen Recht und ihr Einfluss auf die mittelalterliche und spätere Rechtslehre, in: Les Sûretés Personelles, in: Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bd. XXVIII, 1974, 295, 303ff.

⁵ In Anlehnung an die deutschrechtlichen Debatten (vgl. unten Fn. 779) fanden sich auch hier verschiedene Entwicklungstheorien, vgl. etwa einerseits Ludwig Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, Bd. I, 1908, 22ff.; andererseits Max Kaser, *Das altrömische Jus. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, 1949, 265f., die die germanistische Annahme einer Stufenfolge übertrugen.

durch, daß sie auch Nichtbürgern Roms zustand⁶. Eine nochmalige Erweiterung brachte zu Beginn des Prinzipats⁷ die *fideiussio*. Sie erfaßte jedwede Obligation, auch eine bloße Naturalobligation, und war vererblich⁸. Neben die Stipulationsformel »*Id fide tua esse iubes?*« – »*iubeo*« und Eid trat am Ende der Klassik die formfreie Vereinbarung als sog. *mandatum*⁹. Daneben bestanden wenigstens drei bürgschaftsähnliche Möglichkeiten einer Personalsicherheit. Beim *mandatum qualificatum*, entstanden zur Zeit Ciceros, erteilte der Auftraggeber dem Gläubiger den Auftrag, ein Darlehen zu gewähren und haftete im Gegenzug diesem aus einer *actio mandati contraria*. Seinerseits hatte er gegen den Darlehensempfänger eine *condictio certae creditae pecuniae*. Das *constitutum debiti alieni* war formlos möglich und gewährte dem Gläubiger im Fall der Nichtzahlung der Forderung eines Dritten eine *actio de pecunia constituta*. Das *receptum argentarii* schließlich versprach den *argentarii*¹⁰ die Rückzahlung des Darlehens. Der Gläubiger hatte andernfalls eine *actio recepticia* gegen sie.

Vergleicht man Zahl und dogmatische Durchbildung der Personalsicherheiten im römischen Recht mit der römischen Lehre vom Pfand oder der Hypothek, so drängt sich der Verdacht auf, daß persönliche Sicherheiten in Rom die vorrangige Form der Sicherung waren. Die Neigung der Römer, praktisch abgestorbene Rechtsinstitutionen im juristischen Fachdiskurs weiter zu thematisieren, macht solche Schlüsse jedoch unsicher¹¹. Welche praktische Bedeutung die Personalsicherheit hatte, bedarf daher genauerer Rückkopplung im Kontext. Dies soll mit wenigen Strichen für die spätrepublikanische Rechtswirklichkeit wenigstens umrissen werden¹².

Cicero oder Seneca schilderten Personalsicherheiten im Kontext von *amicitia, gratia, officia* oder *benignitas*¹³. In der krisenhaften späten Republik entwickelte

⁶ Vgl. Gai. inst. III, 118.

⁷ Der Entstehungszeitraum ist umstritten. Hierzu mit einer abweichenden deutlich früheren Bestimmung Jean-Jacques Aubert, *Business Managers in Ancient Rome* (Columbia Studies in Classical Tradition, 21), Leiden 1994, 50ff., 78ff.

⁸ Vgl. Gai. inst. III, 120.

⁹ Nicht zu verwechseln mit dem *mandatum qualificatum*, vgl. Kaser, *Römisches Privatrecht II* (Fn. 3) 457.

¹⁰ Mißverständlich werden diese meist als »Bankiers« bezeichnet. Ihre breite Aufgabe, Personen Liquidität zu beschaffen, ist mit modernen Bankrechtsvorstellungen aber nicht adäquat beschreiben, vgl. Alfons Bürge, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, ZRG (RA) 104 (1987) 477, 477ff.

¹¹ Zum römischen Konservativismus u. mit Blick auf die Bürgschaftsformen: Fritz Schulz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, 1954, 49, 57ff.

¹² Die nachfolgenden ökonomischen Rahmendaten fußen auf: Jean Andreau, *La vie financière dans le monde romain*, Paris 1987; Richard Duncan-Jones, *Money and Government in the Roman Empire*, Cambridge 1994; P. A. Brunt, *Die Equites in der späten Republik*, 1962, wieder in: H. Schneider (Hg.), *Zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der späten Römischen Republik*, 1976, 175–213; A. H. M. Jones, *Ancient Empires and the Economy: Rome*, in: ders. (Hg.), *The Roman Economy. Studies in Ancient Economy and Administrative History*, Oxford 1974, 114–139; Michael Rostowzew, *Gesellschaft und Wirtschaft im römischen Kaiserreich*, 1931, Kap. 1. Ich danke Martin Avenarius für wichtige Hinweise.

¹³ Zur Bedeutung der römischen *amicitia* für die Personalsicherheiten: Koenraad Verboven,

sich in der römischen Oberschicht eine bis dahin ungekannte Durchlässigkeit und Dynamik. Die Angehörigen der Führungsschicht organisierten über die gegenseitige Gewährung von Gefälligkeiten ein Netz gesellschaftlicher Verbindungen, die den persönlichen Aufstieg durch gegenseitige Hilfspflichten stützen und zugleich Stabilität und Berechenbarkeit der gesellschaftlichen Zustände fördern sollten¹⁴. *Amicitia* forderte auch gegenseitige Geldleistungen im Bedarfsfall¹⁵. Bürgschaften innerhalb dieser Netzwerke waren dabei insofern unüblich, als die Gewährung eines Darlehens oft weniger auf Rückzahlung, als auf eine künftige Gefälligkeit abzielte. Bürgschaften für »Freunde« waren *officium* gegenüber außenstehenden Kreditgebern, die sich nicht auf gesellschaftliche Verpflichtungen, sondern auf rechtlich durchsetzbare Kreditsicherheiten verlassen wollten. In diesem rechtlich abgesicherten Markt machte vor allem die *fideiussio* Karriere. Während zwischen Römern Geldgeschäfte oft ohne Stipulationsbürgschaft abgeschlossen wurden, waren besonders im Rechtsverkehr zu Peregrinen, und ohne strenge Anforderungen an Form und Hauptschuld, Bürgschaften bedeutsam. Die *fideiussio* reagierte also auf praktische Bedürfnisse des Kreditverkehrs. Wie bedeutsam dieser Kreditmarkt in der späten Republik war, wurde 33 n. Chr. deutlich. Als Geldverleiher in größerem Umfang wegen Gesetzesverstößen verurteilt wurden, stellten sie konzertiert ihre gesamten Forderungen fällig. Dies zwang Tiberius dazu, dem Adel 100 Millionen Sesterzen zur Abwendung des Bankrotts als zinslose Darlehen zu gewähren¹⁶.

7 Für diesen verrechtlichten Kreditmarkt folgte die Beliebtheit der Personalsicherheiten aus der Effizienz und Härte des römischen Vollstreckungswesens. Vermögensvollstreckung war regelmäßig **Gesamtvollstreckung**, zwang also zum Konkurs und zur Verteilung des Vermögens auf die Gläubiger. Eine Einzelvollstreckung in einzelne Vermögensgegenstände entwickelte sich erst gegen Ende des Prinzipats und war auf Einzelfälle beschränkt¹⁷. Zahlte der Schuldner innerhalb der Urteilerfüllungsfrist von 30 Tagen nicht, konnte der Gläubiger die *actio iudicati* einleiten. Während das gemeine Recht für den Konkurs den Nachweis der Vermögensunzulänglich-

The Economy of Friends. Economic Aspects of Amicitia and Patronage in the Late Republic (Collection Latomus, 269), Brüssel 2002, insbes. 141 ff.; Dieter Nörr, Mandatum, fides, amicitia, in: ders./S. Nishimura (Hg.), Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht, 1993, 13–37; J. P. Royer, Le problème des dettes à la fin de la République Romaine, Revue historique de droit français et étranger 45 (1967) 229 ff.; Jacques Michel, Gratuité en droit romain, Brüssel 1962, 540 ff.; Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Kapstadt 1990, 115 f.; Schulz, Prinzipien (Fn. 11) 158 ff.

¹⁴ Vgl. zu den wechselnden Zusammensetzungen der römischen Oberschicht in der späten Republik Géza Alföldy, Römische Sozialgeschichte, 3. Aufl. 1984, 80 ff.

¹⁵ Zur über bloße Freundschaftsdienste im heutigen Sinne weit hinausreichenden Pflicht infolge einer Verbundenheit durch *amicitia* auch Nörr, Mandatum (Fn. 13) 31 ff.; Michel, Gratuité (Fn. 13) 585 ff.

¹⁶ Tacitus, Annales, 6, 16 f.; Sueton, Tiberius 48, 1.

¹⁷ Hierzu u. zum Folgenden: Max Kaser/Karl Hackl, Das Römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1996, 383 f.

keit, also Überschuldung, verlangte¹⁸, genügte im römischen Vorbild also bereits ein Vollstreckungsversuch für die Einleitung des Konkurses. Betritt der Schuldner die *actio iudicati* zu Unrecht, mußte er mit einer Verdoppelung der Urteilssumme rechnen. Erkannte er die Forderung an, wurde vom Prätor sofort die Vollstreckung angeordnet und das gesamte Vermögen des Schuldners beschlagnahmt (*missio in bona*) und (zumeist) öffentlich versteigert. Auch dann, wenn der Schuldner nicht zahlungsunfähig war, mußte er also mit der Zerschlagung seines gesamten Vermögens rechnen, was zugleich Anreiz für gesteigerte Rückzahlungsbemühungen war.

Auch auf diese Strukturen konnte freilich das römische Klientensystem einwirken. Bisweilen berührten sich Vollstreckungsmöglichkeiten mit politisch-sozialen Bindungen. So verzichtete etwa Cicero auf ein Vorgehen gegen einen ihm zu nahe stehenden Bürgen und ging gegen den Hauptschuldner Dolabella vor, was infolge der römischen Konsumtionskonkurrenz eine spätere Klage gegen den Bürgen ausschloß¹⁹.

2. Die Bürgschaft in der spätmittelalterlichen Stadt

Die in der Forschung lange hofierte, wissenschaftlich fragwürdige²⁰, Abgrenzung zwischen »Deutschem« Privatrecht und »gemeinem (Römischen) Recht« hat im 19. Jahrhundert und bis weit in das 20. Jahrhundert hinein die Vorstellung gefördert, es gebe auch in der Neuzeit eine klare Trennung zwischen einer »deutschrechtlichen« und einer »gemeinrechtlichen Bürgschaft«²¹. Jedenfalls in den Städten, dem Motor der kreditwirtschaftlichen Entwicklung, flossen antike und traditionelle Bürgschaftsformen seit dem Spätmittelalter jedoch ineinander. Ein Versuch, hier die »Bauteile« zu sondern, verschüttet, daß unter dem wirtschaftlichen und sozialen Problemdruck die Bürgschaft Funktionen annahm, die sie von dogmatischen Vorbildern, seien es *Leges* oder *Digesten*, deutlich unterschied. Die Bürgschaftsgeschichte in spätmittelalterlichen Städten ist also ein **zweiter Kontext** und eine eigene Bürgschaftsgeschichte, die nachfolgend wenigstens angedeutet werden soll.

9 Einen Einstieg bieten **terminologische Annäherungen**. »Bürgschaft« ist nicht den römischen Benennungen entlehnt, sondern zeigt andere Ursprünge²². Über das

¹⁸ Vgl. Carl Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Berlin 1881, 319 ff. mit den Diskussionen zu Alternativansätzen.

¹⁹ Hierzu Verboven, The Economy of Friends (Fn. 13) 148.

²⁰ Vgl. Diethelm Klippel, Deutsches Privatrecht, in: F. Jaeger (Hg.), Enzyklopädie der Neuzeit, Bd. II, 2005, Sp. 949, 949; Regina Ogorek, Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945–1990), in: D. Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, 1994, 12, 60 ff.

²¹ Vgl. etwa H. Böttcher, Bürgschaft, in: H. Beck (Hg.), Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, Bd. IV, 2. Aufl. 1981, Sp. 103, 103, der von »Schuld und Haftung« her argumentiert; andererseits Helmut Coing, Europäisches Privatrecht I, Älteres gemeines Recht (1500–1800), 1985, 484 f.: (»justinianisches Recht ohne wesentliche Änderung angewandt«).

²² Vgl. Deutsches Rechtswörterbuch, Bd. II, 1932–1935, Bürgschaft, Sp. 639, 639 f.; Grimm's Deutsches Wörterbuch, Bd. II, Leipzig 1860, Bürge, Sp. 536, 536 ff., Bürgschaft, Sp. 544, 544; Wör-

althochdeutsche »burgiskaf«, »birge« und das germanische »burgon« wird zunächst eine Verwandtschaft zum heutigen »borgen«, verleihen, angenommen. Neben dieser, mit Blick auf die heutige Vermögensbürgschaft einleuchtenden, Deutung findet sich über das indogermanische »bhergh« aber auch ein Bezug zum »Bergen«, Verwahren, Bewahren, Sicherstellen. Damit deuten sich Aufgaben einer Bürgschaft an, die über die heutige Bedeutung dieses Rechtsinstituts hinausgehen: »Es gab im Mittelalter kaum ein Grundgeschäft privatrechtlicher oder auch – wie wir heute sagen würden – öffentlichrechtlicher Natur, dessen Einhaltung nicht durch Bürgenstellung gesichert werden konnte, ganz gleich, ob es sich bei der garantierten Schuld um ein Tun oder Unterlassen, um eine vertretbare oder unvertretbare, um eine vermögenswerte oder nicht vermögenswerte Leistung handelte«²³. Dies gilt nicht nur für auch heute noch schwer abgrenzbare Phänomene wie Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantievertrag. »Bürgschaften« hatten auch vollstreckungsrechtliche, prozessuale, sogar völkerrechtliche Aufgabenbereiche, insgesamt also ein viel breiteres Spektrum als die heutigen §§ 765 ff. BGB. Die auf *Franz Beyerle*'s Studie aus dem Jahre 1927²⁴ zurückgehende und lange herrschende Vorstellung, es habe eine zeitliche Reihenfolge der Bürgschaftsentwicklung von Gestellungsbürge zu Exekutionsbürge und zuletzt Zahlungsbürge gegeben, wird inzwischen weitgehend als zu schematisch abgelehnt²⁵. Nicht nur liegt eher ein Nebeneinander, nicht ein Nacheinander dieser Bürgschaftsformen vor. Vielmehr gibt es auch Bürgschaftsformen, die sich mit diesem Schema gar nicht erfassen lassen.

Zugleich lassen sich bis in das 16. Jahrhundert die gemeinrechtlichen Einflüsse und die einheimischen Gewohnheiten nicht klar abgrenzen. Terminologisch stehen Bezeichnungen wie »fideiussio«, »cautio«, »obstadium«, »giselschaft«, »Trostunge«, »mitschuldener«, »wer«²⁶ oft nicht trennscharf nebeneinander. Unter einer »fideiussio« muß sich also keine akzessorische, subsidiäre Stipulationsbürgschaft verbergen. In einem der wenigen Versuche, die verschiedenen »Bürgschaftsformen« des Spätmittelalters weiter ausgreifend zu erfassen, sprach *Werner Ogris* 1965 richtiger von einem »bunten Nebeneinander und Durcheinander verschiedenartiger Rechtsfiguren«²⁷. Die terminologische Übereinstimmung mit dem heutigen Bürgschafts begriff verschüttet also große Unterschiede. Ein vergleichender Blick aus heutiger Perspektive verlangt daher eine Engführung der Frage auf die ökonomische Bedeutung

terbuch der mittelhochdeutschen Urkundensprache, Bd. I, 1994, Borgen, 275, 275 f., Bürge, 324, 324.

²³ *Werner Ogris*, Die persönlichen Sicherheiten im Spätmittelalter. Versuch eines Überblicks, ZRG (GA) 82 (1965) 140, 141 f.

²⁴ *Franz Beyerle*, Der Ursprung der Bürgschaft. Ein Deutungsversuch vom germanischen Rechte her, ZRG (GA) 47 (1927) 567, 567 ff.

²⁵ Vgl. *Böttcher*, Bürgschaft (Fn. 21) Sp. 103, 103 ff.; differenzierend für die Schweiz: *Peter Walliser*, Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht, dargestellt im Zusammenhang mit der Entwicklung des Schuldrechts in den schweizerischen Kantonen Waadt, Bern und Solothurn bis zum 19. Jahrhundert, Bern 1974; zusammenfassend *ders.*, Bürgschaft, LexMA, Bd. II, 1983, Sp. 1059, 1059.

²⁶ *Hans-Rudolf Hagemann*, Basler Rechtsleben im Mittelalter, Bd. II: Zivilrechtspflege, Basel 1987, 294.

²⁷ *Ogris*, ZRG (GA) 82 (1965) 140 ff., 143 Anm. 16.

und Funktion der Bürgschaft als persönliche Sicherheit für Geldforderungen. Damit fallen insbesondere Haftungserklärungen für sonstige Handlungen und Unterlassungen des Schuldners, etwa Gestellungsbürgschaft im Prozeß, aus der Betrachtung heraus.

Typisch für die geschichtete Gesellschaft des Mittelalters ist zunächst, daß die Bürgschaft für Geldforderungen je nach sozialem Kontext eine andere Gestalt annahm²⁸. Bis in das 16. Jahrhundert tauchte in Städten sehr häufig, teils noch in der älteren Benennung als »Gisel(sc)haft«, das »Einlager« als Bürgschaftsform auf²⁹. Diese Form der Bürgschaft war nicht im Unterschichtbereich, sondern bei Forderungen gegen hochgestellte Hauptschuldner, insbesondere Adelige, ein wichtiges Mittel, die gegen diese Parteien sonst bestehenden Vollstreckungsprobleme zu vermeiden. Eine Vermögenshaftung durch einen bürgenden anderen Adligen, nach dem Vorbild der römischen *fideiussio*, konnte die Vollstreckungsprobleme nicht beseitigen, war insofern dysfunktional. Der Bürge versprach dagegen beim Einlager, sich bei Vertragsbruch oder Verzug des Hauptschuldners an einen bestimmten Ort, meist eine »ehrbare herberg« zu begeben und dort auf Kosten des Hauptschuldners bis zur Erfüllung der Hauptforderung zu verweilen. Nur für den Fall, daß er dieses Versprechen gegenüber dem Gläubiger brach, sollte er, etwa in Basel, mit seinem Vermögen haften³⁰. Neben den damit auf den Hauptschuldner ausgeübten finanziellen Druck trat der gesellschaftliche Druck durch die Beschränkung der Bewegungsfreiheit des Bürgen. Gegenüber dem Bürgen gelobte der Hauptschuldner zudem oft Schadloshaltung, da der Gastwirt sich üblicherweise an den Bürgen hielt und auf dessen Ausrüstung, etwa das Pferd, zugriff³¹.

Eine ähnliche Aufgabe wie das Einlager hatte der **Verwendungs- oder Repressalienbürge**, der versprach, sich beim Hauptschuldner für die Erfüllung der Schuld zu verwenden oder diesen massiv unter Druck zu setzen³². Im 15. Jahrhundert kam das Einlager langsam außer Gebrauch, was mit dem stärkeren Einfluß der römischen

²⁸ Zumeist werden nur Bürgschaftsformen unterschieden u. nach dogmatischer Manier nach Voraussetzungen u. Rechtsfolgen geordnet. Die sozial- u. wirtschaftshistorische Perspektive wird kaum beleuchtet. Damit verschwindet hinter dogmenhistorischen u. geistesgeschichtlichen Großlinienziehungen der konkrete Kontext dieser Entwicklung. Dies gilt für die Arbeiten von: *Uwe Mückenheim*, Die Bürgschaft in den Lübecker Ratsurteilen, Diss. Hamburg 1964; *Rolf Martin*, Das Bürgschaftsrecht Nord- und Ostdeutschlands im späten Mittelalter, Diss. Frankfurt a. M. 1960; *Rainer Eggert*, Die Bürgschaft im süddeutschen Recht des späten Mittelalters, Diss. Frankfurt a. M. 1962; *Claudia Susan Hoppe*, Die Bürgschaft im Rechtsleben Hamburgs von 1600 bis 1900 (Rechtshistorische Reihe, 161), 1997; *Karlheinz Rudolf Maier*, Die Bürgschaft in süddeutschen und schweizerischen Gesetzbüchern 16.–18. Jahrhundert (Juristische Studien, 67), 1980; *Walliser*, Bürgschaftsrecht in historischer Sicht (Fn. 25); *ders.*, Zur Entwicklung des Schuldrechts und der persönlichen Sicherheiten in westschweizerischen Rechten im Mittelalter, in: Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979, Bern 1979, 99–128.

²⁹ Vgl. *Walliser*, Bürgschaftsrecht in historischer Sicht (Fn. 25) 282 ff.; Überblick: *P. J. Schuler*, Einlager, LexMA, Bd. III, 1986, Sp. 1743, 1743; *H. Kellebrenz*, Einlager, HRG, Bd. I, 1971, Sp. 901, 901 ff.

³⁰ *Hagemann*, Basler Rechtsleben (Fn. 26) 297.

³¹ Hierzu *Hagemann*, Basler Rechtsleben (Fn. 26) 296 f.

³² *Ogris*, ZRG (GA) 82 (1965) 160 ff.

Vermögenshaftung zusammenhängen kann, direkt aber zunächst Reaktion auf Mißbräuche war. Zunehmend versuchten die Gläubiger, die Kosten des Einlagers in die Höhe zu treiben³³, indem sie teilweise selbst Knechte kostentreibend ins Einlager schickten³⁴. Zugleich nahm der Druck auf und zugleich durch die Bürgen ab, nachdem insbesondere hochgestellte Adelige sich nicht mehr selbst in das Einlager begaben, sondern Knechte in Vertretung schickten³⁵. Die Reichspolizeiordnung von 1577 (Tit. 17, § 10) verbot daher das Einlager.

11 Im städtischen Handel und Gewerbe dominierten andere Sicherungsformen³⁶. Der intensive Kreditverkehr war von Stundungs- und Geldkredit, meist Kleinkredit unter den Vertragspartnern geprägt. Daneben agierten gewerbsmäßige Kreditvermittler, Juden, Langobarden, Kaufleute und, trotz Zinsverbotes³⁷, die Kirche³⁸. In diesem Kreditmarkt trat schon im Mittelalter statt der Person des Sichernden der sichere Zugriff auf ein Ausfallvermögen in den Vordergrund.

Im norddeutschen Bereich wurde der kaufmännische Kreditverkehr überwiegend nicht durch Bürgschaften, sondern durch besitzlose Pfandrechte, insbesondere Grundpfandrechte dominiert. Üblicherweise nutzte der Rentenmarkt³⁹ die städtische Verschriftlichungspraxis und belastete Grundstücke mit Reallasten, die im Fall der Nichtleistung vor dem Niedergericht die Einweisung in den Besitz erzwingbar machten⁴⁰. Bei gewerblichen Kleinkrediten wurden das Arbeitsgerät, aber auch Rohstoffe und Waren besitzlos verpfändet⁴¹.

Jüdische Kreditgeber, aber auch die langsam bedeutsamer werdenden Banken, stellten zumeist nur gegen Pfand Geldmittel zur Verfügung⁴². Die Vermögensbürgschaft wurde demgegenüber im normalen Kreditgeschäft bisweilen zusätzlich, als alleinige Sicherung aber nur in besonderen Lagen bevorzugt. In Basel⁴³ waren im 15. Jahrhundert die Liegenschaften oft bereits übersichert, was der Bürgschaft größere Attraktivität verlieh. Dennoch blieb ihr Anwendungsbereich hier geringer als in an-

³³ Bisweilen standen die exorbitanten Einlagerkosten in keinem Verhältnis mehr zur Hauptschuld. Ein Beispiel bringt *Manfred Hüttemann*, Die Bürgschaft im Babenhausener Recht des 14. und 15. Jahrhunderts, Diss. Köln 1973, 45f.

³⁴ *Walliser*, Bürgschaftsrecht in historischer Sicht (Fn. 25) 363.

³⁵ Vgl. *Ogris*, ZRG (GA) 82 (1965) 169.

³⁶ Die auf dem Land verbreitete Ausnutzung des Lehensverbandes zur Schaffung von Personalarbeiten spielte hier keine Rolle; hierzu *Schuler*, Einlager (Fn. 29) Sp. 1743.

³⁷ Zu den Zusammenhängen zwischen Zinsverbot u. Bürgschaft noch immer: *Wilhelm Endemann*, Studien in der Romanisch-Kanonistischen Wirtschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts, Bd. II, Berlin 1883, 344ff.

³⁸ Überblick bei *Friedrich Wilhelm Henning*, in: F. W. Henning (Hg.), Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Bd. I, 1991, 615, 615ff.

³⁹ Vgl. *Werner Ogris*, Rente, HRG, Bd. IV, 1990, Sp. 895, 895.

⁴⁰ Vgl. *Klaus-Joachim Lorenzen-Schmidt*, Kaufmannskredite in nordwestdeutschen Städten im 15. und 16. Jahrhundert, in: M. North (Hg.), Kredit im spätmittelalterlichen und frühneuzeitlichen Europa, 1991, 121, 125f.

⁴¹ *Rudolf Holbach*, »Im auff arbat geliben«. Zur Rolle des Kredits in der gewerblichen Produktion vom Mittelalter bis in das 16. Jahrhundert, in: North (Hg.), Kredit (Fn. 41) 133, 156.

⁴² *Henning*, Handbuch I (Fn. 38) 618.

⁴³ Zu Basel: *Hagemann*, Basler Rechtsleben (Fn. 26) 293 mit Fn. 1776.

deren Städten, weil die Bürgschaft beim Kleinkredit durch das ortsübliche Geschäft der »Vergicht« überspielt wurde. In Babenhausen wurde nach den Ergebnissen *Hüttemanns* demgegenüber der Kleinkredit häufig durch Bürgschaften gesichert⁴⁴. Hier findet sich aber ein deutlicher Rückgang der Bürgschaft als Kreditsicherungsmittel zu Beginn des 15. Jahrhunderts. Während auch Pfandrechte parallel abnehmen, findet sich eine Zunahme der Arreste im gleichen Zeitraum, was darauf schließen läßt, daß infolge erhöhten Geldumlaufes der Direktzugriff auf das Geld des Hauptschuldners erfolversprechend war⁴⁵.

3. Die Bürgschaft im preußischen bankgeprägten Kreditgeschäft des 19. Jahrhunderts

Der im Zuge der Industrialisierung anschwellende Kapitalbedarf veränderte das Kreditgeschäft und mit ihm die Bedeutung der Bürgschaft im Wirtschaftsleben⁴⁶. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts beschränkte sich das Kreditgeschäft der Banken im wesentlichen auf Staatskredite und hypothekarisch gesicherte Kredite⁴⁷. Seit Napoleonischer Zeit entstanden Privatbanken, Pfandleihhäuser und Sparkassen, seit der Jahrhundertmitte verstärkt auch Aktienbanken und Hypothekenbanken, daneben Kreditgenossenschaften⁴⁸. Die Kreditversorgung erfolgte dabei sektoral verschieden. Während die entstehende Großindustrie zunehmend von großen Industriefinanzierungsbanken betreut wurde, kümmerten sich die Privatbanken überwiegend um den Mittelstand. Kleinere Unternehmen, Handwerk und Landwirtschaft wurden von Sparkassen und später verstärkt von Kreditgenossenschaften versorgt⁴⁹.

13 Welche Rolle spielten Bürgschaften in der Sicherungspraxis der neuen Banken? Die Befreiung des Bodens aus seiner grundherrschaftlichen Gebundenheit zu Beginn des 19. Jahrhunderts führte zur Befugnis der neuen Grundeigentümer, den Boden frei zu belasten⁵⁰. Das 19. Jahrhundert brachte folglich eine enorme Mobilisierung des Bodenkredits. Zugleich war das im gemeinen Recht vorherrschende römische

⁴⁴ *Hüttemann*, Bürgschaft (Fn. 33) 15.

⁴⁵ *Hüttemann*, Bürgschaft (Fn. 33) 86.

⁴⁶ *Knapper* Überblick bei *Friedrich-Wilhelm Henning*, Die Entwicklung der Aktiv- und Passivgeschäfte der Banken in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Kontokorrent- und des Wechselkredits, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wirtschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert, Bd. V: Geld und Banken (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts, 5), 1980, 55, 55ff.

⁴⁷ Vgl. *Henning*, Handbuch I (Fn. 38) 610ff.; instruktiv daneben der Bericht von *Ludolf Camphausen* über die Kreditverhältnisse im Rheinland 1839, in: W. Steitz (Hg.), Quellen zur Deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte im 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung, 1980, 159, 159ff.

⁴⁸ Überblick bei *Manfred Pohl*, Einführung in die Deutsche Bankgeschichte, 1976, 12ff.

⁴⁹ *Friedrich Wilhelm Henning*, in: F. W. Henning (Hg.), Handbuch der Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands, Bd. II, 1996, 604, 604.

⁵⁰ Vgl. *Justus Wilhelm Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert, Bd. II 2, 1935, 44; hierzu *Zimmermann*, Law of Obligations (Fn. 13) 115f.

System der formlosen Hypothekenbestellung schärfster Kritik ausgesetzt. *Gustav Hugo*, übertriebener Kritik am Römischen Recht unverdächtig, bemerkte 1819: »Die Entstehung dieses Rechts in seiner ganzen Strenge durch eine heimliche Handlung ... ist etwas Fürchterliches«⁵¹. Auch *Savigny* ließ in seinen Landrechtsvorlesungen keinen Zweifel an den »Inconvenienzen« des römischen Hypothekenrechts und hob die Einführung der **Hypothekenbücher in Preußen** im 18. Jahrhundert lobend hervor⁵². Gerade Preußen bot also dem Realkredit brauchbare Bedingungen⁵³. Hatte in Preußen die Bürgschaft daneben eine praktische Bedeutung? Ungefähre Zahlen liegen zunächst für das im 19. Jahrhundert aufblühende Sparkassenwesen vor. Mitte des 19. Jahrhunderts investierten die Sparkassen etwa 20% ihres verzinslich angelegten Vermögens in Personalkredite⁵⁴. 1856 standen (ungesicherte oder⁵⁵) nur durch Bürgschaft gesicherte Sparkassenpersonalkredite in Höhe von etwa 12.000.000 Mark Personalkrediten in Höhe von etwa 6.000.000 Mark, die durch Faustpfand, und etwa 40.000.000 Mark, die durch Hypothek gesichert waren, gegenüber⁵⁶. 1879 standen sich hypothekarisch gesicherte Kredite in Höhe von etwa 860.000.000 Mark und bürgschaftlich (oder ungesicherte) von etwa 150.000.000 gegenüber. Damit wird deutlich, daß der Realkredit ein beliebtestes Sicherungsmittel der Sparkassen war, wenn auch ein nicht bezifferbarer, gleichwohl nicht unbeträchtlicher Anteil an Bürgschaften bestand. Der relative Anteil des Personalkredits am verzinslich angelegten Vermögen der Preußischen Sparkassen sank bis Ende des Jahrhunderts auf 3%⁵⁷.

⁵¹ *Gustav Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts 4. Aufl. Berlin 1819, § 273.

⁵² *Friedrich Carl von Savigny*, Landrechtsvorlesung 1824, Erster Halbbd., hg. von Christian Wollschläger (Savignyana 3.1.), 1994, 351, 355.

⁵³ Hierzu *Hedemann*, Fortschritte des Zivilrechts II 2 (Fn. 2) 42, 53f., 192ff.; *Alexander Leist*, Privatrecht und Kapitalismus im 19. Jahrhundert. Eine rechtsgeschichtliche Voruntersuchung, 1911, 14ff.; zur Entwicklung der abstrakten Grundschild in Mecklenburg im 19. Jh. *Stephan Buchholz*, Zur Entstehung und Entwicklung der »abstrakten Hypothek«: die Grundschild als Sonderform der Hypothek im ostelbischen Raum, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wirtschaft und Kodifikation im 19. Jahrhundert, Bd. III: Die rechtliche und wirtschaftliche Entwicklung des Grundeigentums und Grundkredits (Studien zur Rechtswissenschaft des neunzehnten Jahrhunderts, 3), 1976, 218, 218ff.

⁵⁴ Vgl. *Jürgen Mura*, Entwicklungslinien der deutschen Sparkassengeschichte (Sparkassen in der Geschichte 3.2), 1987, 162, Zahlen 164f.

⁵⁵ Die amtliche Statistik weist keine getrennte Zählung auf. Dafür, daß die Zahl der Blankokredite gering gewesen sein dürfte, spricht die Tatsache, daß bis 1897 ungesicherte Kredite für Preußische Sparkassen unzulässig waren, vgl. im einzelnen *H. Winkler*, Das Personalkreditgeschäft und die Liquiditätspolitik der Sparkassen, 1934, 4. Anderes galt seit 1874 für Bayern, vgl. *Bernhard Martin Fritz*, Der Kampf zwischen den Sparkassen und den Banken, 1927, 79f.

⁵⁶ Amtliche Preußische Statistik, abgedruckt in: Zeitschrift des Königlichen preußischen Statistischen Bureaus (Landesamtes), Berlin 1876ff., zusammengestellt bei *Wilfried Esser*, Die Entwicklung des Sparkassenwesens in Preußen bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts (Gesellschaft für Wirtschafts- und Verkehrswissenschaftliche Forschung e. V. Bonn. Abteilung Spar-, Giro- und Kreditwesen, Heft 35), 1979, 113.

⁵⁷ Zahlen u. vieldiskutierte Kritik dazu bei *Max Seidel/Johannes Pfützner*, Der Personalkredit der Sparkassen im Vergleich zu anderen Institutionen (Untersuchungen über das Volkssparen, hg.

Verantwortlich dafür war auch, daß ab der Jahrhundertmitte vor allem die neu entstandenen **Kreditgenossenschaften** den kleinen und mittleren Kredit bedienten⁵⁸. Hier galt der Satz *Schulze-Delitzschs*: »Der unentbehrliche Schlußstein bei der Organisation des persönlichen Kredits ist die Bürgschaft«⁵⁹. Dies galt vor allem für Kleinkredite mit meist kurzer Laufzeit, während bei größeren Kreditsummen und im ländlichen Bereich der Realkredit bevorzugt wurde⁶⁰. Blankokredite wurden auch bei Kleindarlehen nur in maximal 3% der Fälle gewährt⁶¹. Prozentual bedeutete dies, daß 1910 77,24% des Gesamtkreditvolumens der Kreditgenossenschaften von 461 Millionen Mark durch Bürgschaften abgesichert wurde⁶². Inwieweit die Wirtschaftsfinanzierung durch **Privat- und später Großbanken** durch Bürgschaften gesichert wurde, ist mangels statistischer Daten schwer festzustellen⁶³. Für die großen Kölner Bankhäuser, die eine bedeutende Rolle in der Industriefinanzierung spielten, ist seit der Untersuchung von *Alfred Krüger* bekannt, daß bis in die 1850er Jahre hauptsächlich ungedeckte Blankokredite nach »Ruf, Tüchtigkeit und Charakter des Kreditsuchenden« vermittelt wurden⁶⁴. Mit den politischen Wirren um die Jahrhundertmitte und dem Aufkommen von unpersönlichen Aktiengesellschaften im Eisenbahnbau geriet dieses System in die Krise. Nun wurden verstärkt Sicherheiten gefordert, wobei Hypotheken auch unter dem rheinisch-französischen Recht, das kein Grundbuch kannte, offenbar die Hauptrolle spielten. Auch ohne genauere Zahlen wird man wohl davon ausgehen müssen, daß Bürgschaften im 19. Jahrhundert vor allem im Bereich des Bankenkleinkredits nicht unbedeutend waren, während insgesamt und bei größeren Krediten und gegenüber Großunternehmen die Realsicherheit den bedeutenderen Part übernahm.

vom Verein für Socialpolitik, Bd. II), 1913, 7; daneben der Überblick *Hans Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit in Deutschland in systematischer privat- und nationalökonomischer Darstellung (Freiburger volkswirtschaftliche Abhandlungen, 1.4), 1912, 63ff.

⁵⁸ Vgl. den Überblick bei *Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit (Fn. 57) 254ff.

⁵⁹ *Hermann Schulze-Delitzsch/Hans Krüger*, Vorschuß- und Kreditvereine als Volksbanken, hier nach 7. Aufl. 1904, 95.

⁶⁰ *Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit (Fn. 57) 261; zu den Argumenten gegen Hypothekensicherung auch *Arnd Holger Kluge*, Geschichte der deutschen Bankgenossenschaften – Zur Entwicklung mitgliederorientierter Unternehmen (Schriftenreihe des Instituts für bankhistorische Forschung e.V., 17), 1991, 186ff., 192.

⁶¹ *Kluge*, Bankgenossenschaften (Fn. 60) 195.

⁶² *Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit (Fn. 57) 261; Zahlen für das 19. Jh. habe ich nicht gefunden. Nichts Weitergehendes auch in: *Deutsche Bundesbank* (Hg.), Deutsches Geld- und Bankwesen in Zahlen 1876–1975, 1976.

⁶³ Vgl. *Manfred Pohl*, Festigung und Ausdehnung des deutschen Bankwesens zwischen 1870 und 1914, in: Deutsche Bankgeschichte, Bd. II: Das deutsche Bankwesen (1806–1848), hg. im Auftrag des Instituts für bankhistorische Forschung, 1982, 223, 262; *Peter Penzkofer*, Wirtschaftliche und gesellschaftliche Einflüsse auf die Entstehung und Entwicklung der privaten Geschäftsbanken Ende des 19. und im 20. Jahrhundert, in: A. Grosser u.a. (Hg.), Wirtschaft. Gesellschaft. Geschichte, 1974, 43, 43ff., insbes. zur wirtschaftlichen Bedeutung der Privatbanken nach 1870.

⁶⁴ *Alfred Krüger*, Das Kölner Bankiersgewerbe vom Ende des 18. Jahrhunderts bis 1875, 1925, zum Folgenden 108–111.

Bürgschaften blieben damit überschaubaren **persönlichen Strukturen stärker verhaftet**, als es die Veränderung der Bankenwelt durch die Industrialisierung vermuten läßt. Für die Sparkassen empfahl 1856 ein Ministerialerlaß⁶⁵ ganz allgemein die Verwendung »solider und zuverlässiger« Personen. Bei den Genossenschaftsbanken galt dies schon deshalb, weil häufig Genossen untereinander bürgten⁶⁶. Auch die Kölner Bankhäuser verließen sich, wie erwähnt, zumeist auf ihren persönlichen Eindruck⁶⁷.

- 15 Die Bürgschaftsfrage wurde nicht nur von ökonomischen Wertigkeiten bestimmt. Das preußische Sparkassenreglement von 1838, als erstes deutsches Sparkassengesetz Vorbild für andere Territorien, hatte als Sicherheit Hypotheken, inländische Staatspapiere, Pfandbriefe und andere »völlig sichere« Anlagen verlangt⁶⁸. 1856 forderte ein Ministerialerlaß⁶⁹ ein Umdenken und begründete dies mit Blick auf die »arbeitende Klasse überhaupt, namentlich der kleineren Handwerker« mit strukturpolitischen Erwägungen. Auch Raiffeisen und Schultze-Delitzsch betrieben durch ihre Kreditvergabe gezielte Strukturpolitik. Bürgschaften gaben Handwerkern und Arbeitern auch ohne Grundbesitz die Möglichkeit, etwa durch das sog. Borgunwesen⁷⁰ verursachte Liquiditätsschwächen zu überstehen. Auch mit niedrigen Zinssätzen bekämpfte man den sonst einzig verfügbaren wucherischen Kleinkredit⁷¹.

Mit der Übernahme des Kreditverkehrs durch Banken gelangte auch die Weiterentwicklung des Bürgschaftsrechts in die Hände einer professionellen Kautelarjurisprudenz. Um 1880 entstanden die sog. Regulative der Großbanken⁷², Teil der anschwellenden Nutzung **Allgemeiner Geschäftsbedingungen**. Das Bürgschaftsrecht wurde überlagert von »autonomen Bankrecht«⁷³, das sich, obwohl bewußt und koordiniert entwickelt, als Verkehrssitte legitimierte und damit Selbständigkeit ge-

⁶⁵ Abgedruckt in: *Max Hahn*, Handbuch der preußischen Sparkassengesetzgebung, Bd. I, 1920, 28 ff.

⁶⁶ *Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit (Fn. 57) 260.

⁶⁷ *Krüger*, Bankiersgewerbe (Fn. 64) 111.

⁶⁸ Trotz dieser Vorgaben begannen um 1850 einige Kreissparkassen kurzfristige, lediglich bürgschaftsgesicherte Wechselkredite zu vergeben, um die infolge zumeist langfristig laufender erstrangiger Hypothekenanlagen drohende Illiquidität abzuwenden, hierzu die genaue Analyse von *Josef Morschel*, Das Personalkreditgeschäft der preußischen Sparkassen, Diss. Köln 1934, 7 ff.; daneben *Winkler*, Personalkreditgeschäft (Fn. 55) 3 ff.

⁶⁹ Vgl. o. Fn. 64.

⁷⁰ D.h. der verbreiteten Sitte, dem Besteller einen längeren, bis zu einjährigen Stundungskredit, meist infolge verspäteter Rechnungslegung, einzuräumen. Vgl. die Diskussionen bei *Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit (Fn. 57) 456 ff.

⁷¹ Zu den verschiedenen Ansätzen (Schulze-Delitzsch, Raiffeisen, Huber) ausführlich *Kluge*, Bankgenossenschaften (Fn. 60) 95 ff.

⁷² *Arwed Koch*, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ihre rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung und Entwicklung, 1932, 32 ff. mit Beispiel 246; zur allgemeinen Entwicklung, aber am Beispiel von Eisenbahn u. Post: *Robert Pohlhausen*, Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen im 19. Jahrhundert (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 30), 1978; knapp auch *Ludwig Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935, 26 ff.

⁷³ *Koch*, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Fn. 72) 1.

genüber dem Gesetz beanspruchte⁷⁴. Das Bürgschaftsrecht wurde damit ganz entscheidend von Bankinteressen und -bedürfnissen geprägt. Dieser Professionalisierungsschub brachte die Bürgschaft in Konkurrenz zu einer ganzen Reihe aufsteigender alternativer Kreditsicherungsformen, wie Akzept oder Wechseldiskont⁷⁵. Deutlich hinkte nun die Rechtswissenschaft der Bankenpraxis hinterher und »entdeckte« im Stile des Naturforschers neue Bürgschaftsformen in der »Wirklichkeit«, wie etwa 1907 *Ewald Haarmann* die von ihm so bezeichnete »Selbstschuld-Ausfall-Bürgschaft«, die er der Formularpraxis der Banken entnommen hatte⁷⁶.

III. Definition und Rechtsnatur

Beeinflußt von diesen wechselnden Rahmenlagen, aber auch geprägt von der Eigen- 16
gesetzlichkeit des teilautonomen gemeinrechtlichen Dogmatikdiskurses, entwickelte sich die heutige Bürgschaftsdogmatik.

1. BGB 1900

Die Bürgschaft des BGB ist **vertragliche, persönliche, akzessorische und im Grundsatz subsidiäre Haftung**. Infolge des Ausfalls des Redaktors *v. Kübel* als Autor eines Vorentwurfs stützte die erste Kommission sich auf die Bürgschaftsdefinition in Art. 927 des Dresdner Entwurfs eines Obligationenrechts von 1866: »Durch den Bürgschaftsvertrag wird der eine Vertragsschließende (Bürge) dem anderen Vertragsschließenden, dem Gläubiger eines Dritten, verpflichtet, neben dem Letzteren (Hauptschuldner) für dessen Verbindlichkeit einzustehen«. Drei Prinzipien der Bürgschaft wurden in den Beratungen betont:

1. Ein Vertrag, nicht das Gesetz, sei Grundlage der Bürgschaftsregelungen. Gesetzgeberische Anordnungen einer Bürgenhaftung sollten eine »Breviloquenz für die Rechtsnorm«⁷⁷ darstellen, also die Anordnung einer Haftung wie ein Vertragsbürge.

2. Vertragsschließende seien **ausschließlich Gläubiger und Bürge**. Eine Mitwirkung des Schuldners blieb daher auf die Bürgschaft ohne Einfluß⁷⁸. Zugleich wurde

⁷⁴ Vgl. *HKK/Duve/Haferkamp*, § 242 Rn. 35; *HKK/Hofer*, §§ 305–310 I Rn. 7 ff.; *HKK/Hellwege*, §§ 305–310 II Rn. 21.

⁷⁵ Zum zeitgenössischen Aufstieg des Wechseldiskonts dogmenhistorisch *Friedrich Kübler*, Bankgeschäfte und Privatrechtsdogmatik, in: Wissenschaft und Kodifikation V (Fn. 46) 78 ff.

⁷⁶ *Ewald Haarmann*, Die Selbstschuld-Ausfall-Bürgschaft des Bankiers, Diss. Leipzig 1907, mit Formularanhang 47 ff.

⁷⁷ *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse III, §§ 652–853, 1983, 458.

⁷⁸ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 458.

damit Bürgschaften mit unbestimmten künftigen Gläubigern die Wirksamkeit versagt⁷⁹.

3. Die Akzessorietät der Bürgschaft⁸⁰ und die – verzichtbare – Subsidiarität der Bürgenhaftung.

Im weiteren Verlauf der Gesetzgebungsdebatten fanden diese Entscheidungen der ersten Kommission keine grundsätzliche Kritik. Die Veränderungen von Art. 927 Dresden betrafen nur sprachliche Fragen.

18 Das BGB beschränkte damit den Kreis der Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, für die eine Bürgschaft eingegangen werden kann, nicht. Insbesondere war die Bürgschaft, anders als Grundpfandrechte⁸¹ nicht auf Geldforderungen oder vertretbare Sachen beschränkt. Dies entsprach dem gemeinen Recht und wurde in den Beratungen nicht besonders hervorgehoben. Die Bürgschaft war damit mehr als bloße Haftung des Bürgen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Darin sah etwa Windscheid den entscheidenden Unterschied der *fideiussio* vom römischen Kreditauftrag, dem *mandatum qualificatum*⁸². Der Bürge schuldete, was der Hauptschuldner schuldete. Im Gegensatz zur Gesamtschuld sollte der Bürge aber auch dann haften, wenn die Leistungserbringung durch den Hauptschuldner vom Bürgen nicht bewirkt werden konnte, Kohler nannte als Beispiel Wohlverhalten eines Angestellten⁸³, später relevant wurde die Pflicht zur Übereignung⁸⁴. Der Bürge haftete nur in diesem Fall auf Schadensersatz⁸⁵.

19 Die Kommission entschied sich gegen den gemeinrechtlichen Ordnungsbegriff der »Interzession« im Kreditsicherungsrecht⁸⁶. Einzig in § 1822 Nr. 10 taucht die traditionelle Eingruppierung der Bürgschaft mit anderen Personalsicherheiten als »Übernahme einer fremden Verbindlichkeit« auf. Dieser Verzicht folgte weniger daraus, daß der Begriff der Interzession zunehmend unklar geworden war⁸⁷. Entscheidend

⁷⁹ Franz Philipp v. Kübel und Hilfsarbeiter, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag«, o. J., in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse, Teil III: Besonderer Teil II, 1980, 409.

⁸⁰ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 458.

⁸¹ Vgl. § 1113.

⁸² Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Pandekten, 8. Aufl. 1891, § 476, 1011; vgl. auch ALR I 14 §§ 249f.

⁸³ Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Berlin 1906, 17, vgl. auch 416.

⁸⁴ RGZ (v. 3. 4. 1933 – VI 380/32) 140, 216, 219; vgl. auch Werner Flume, Der Inhalt der Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters nach § 128 HGB, in: FS für Rudolf Reinhardt zum 70. Geburtstag 7. Juni 1972, 1972, 223, 227.

⁸⁵ So Heinrich Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903, 238f.; Heinrich Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 4. Aufl. 1915, § 287 I («nur in zweiter Linie»).

⁸⁶ Vgl. etwa § 1349 ABGB: »... fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts jedermann auf sich nehmen«.

⁸⁷ Umstritten war etwa, ob nur ein Vertrag mit dem Gläubiger, oder auch ein solcher mit dem Schuldner darunter fiel, vgl. einerseits Karl Adolph von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 6. Aufl. Marburg 1852, § 577 I 3, andererseits Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl. 1906, § 485.

war vielmehr der frühe Beschluß, die mit diesem Begriff verbundenen Interzessionsverbote, insbesondere solche für Frauen⁸⁸, nicht aufzunehmen.

Die erste Kommission verstand die Bürgschaft als einen Sonderfall des Garantievertrages⁸⁹. Allgemeine Regelungen über Garantieverträge hielt man »wegen der Verschiedenheit der Verträge, die eine Garantieleistung zum Zweck und Inhalt haben« für nicht ratsam⁹⁰. Es bestehe »kein Bedürfnis«, mehr als einzelne Typen des Garantievertrages zu regeln. Neben der Bürgschaft wurden der Versicherungsvertrag⁹¹ und der Kreditauftrag als normierungsbedürftige Beispiele genannt⁹². Einzig auf eine Regelung des römischen *Constitutum debiti alieni* wurde deshalb verzichtet, weil dieses Rechtsinstitut nur auf römischen Besonderheiten beruht habe, die sich überlebt hätten⁹³. Bezüglich einer ganzen Reihe von Personalsicherheiten wurde dagegen eine Geltung nicht in Zweifel gezogen, aber auf eine gesetzliche Regelung verzichtet. Dies gilt insbesondere für den eigentlichen Garantievertrag, den Schuldbeitritt und Sonderformen der Bürgschaft wie etwa Nach-, Rück- oder Ausfallbürgschaft (Schadlosbürgschaft). Für viele Personalsicherheiten ließ der Gesetzgeber damit bewußt der ökonomischen Dynamik im Kreditwesen hinreichend Raum und setzte weiterhin auf Doktrin und Praxis.

Der Kreditauftrag wurde im ersten Entwurf als Unterfall der Bürgschaft, nicht als Auftrag behandelt, da man Abgrenzungen zwischen Gefälligkeits- und bindenden Garantieverträgen umgehen wollte⁹⁴. Dies fand in einer viel beachteten Abhandlung Rothenbergs breite Kritik⁹⁵, derzufolge die zweite Kommission im späteren § 778 abändernd klarstellte, daß ein Sonderfall des Auftrages vorliege⁹⁶.

In den Beratungen wurde deutlich, daß Abgrenzungsprobleme die Dogmatik der Personalsicherheiten im gemeinen Recht durchzogen. Angesichts der vielen Möglichkeiten anderer Personalsicherheiten fragte sich, »wann der Vertrag zu etwas Anderem als eine Bürgschaft werde und sodann, ob dieses anders charakterisierte Geschäft Wirksamkeit genieße«⁹⁷. Als Hauptwirksamkeitshindernis wurden Formfragen thematisiert. Da die Bürgschaft erst in der Reichstagskommission der Schriftform

⁸⁸ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 406; Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457; zu Interzessionsverboten vgl. unten.

⁸⁹ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 407; Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457.

⁹⁰ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457.

⁹¹ Bezüglich des Versicherungsvertrages wurde gem. Art. 75 EGBGB zunächst auf landesrechtliche Regelungen verwiesen, die mit Erlaß des Versicherungsvertragsgesetzes im Jahr 1908 gegenstandslos wurden.

⁹² Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457.

⁹³ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 458.

⁹⁴ Mot., Bd. II, 682ff. (Mugdan, Bd. II, 381f.).

⁹⁵ Rothenberg, Der Kreditauftrag. Beurteilung des § 680 des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich nebst Abänderungs- und Ergänzungsvorschlägen, AcP 77 (1891) 323, 323ff.

⁹⁶ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 523ff.

⁹⁷ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 424.

unterworfen wurde⁹⁸, unterschied sich dabei die Perspektive von der heutigen. Diskutiert wurde die Abgrenzung der Bürgschaft zum abstrakten Schuldversprechen und zum Schenkungsversprechen, die beide Formerfordernissen unterworfen worden waren⁹⁹. Es lag daher nahe, daß die Praxis versuchen würde, formunwirksame abstrakte Schuldversprechen und Schenkungsversprechen in wirksame Bürgschaften umzuinterpretieren.

22 Hinsichtlich einer **schenkweise** gewährten Bürgschaft verwies die erste Kommission auf Art. 500 DresdE, den sie als Vorläufer des späteren § 517 den Beratungen zugrunde gelegt hatte. Um sicherzustellen, daß eine schenkweise gegebene Bürgschaft nicht als Vermögensmehrung und damit Schenkung angesehen werden konnte, war dort klargestellt, daß die unentgeltliche Bestellung einer Sicherheit nicht als Schenkung anzusehen sei¹⁰⁰. Diese Klarstellung wurde nachfolgend freilich wieder gestrichen¹⁰¹.

23 Schwierigkeiten bereitete die Abgrenzung zum **abstrakten Schuldversprechen**¹⁰². Da eine Bürgschaft »verbindlich ist, ohne daß untersucht zu werden braucht, ob der Bürge zur Hingabe desselben verpflichtet war oder nicht«¹⁰³ hatte sich in der Rechtswissenschaft eine lebhaft Debatten darüber entzündet, ob die Bürgschaft abstrakter Natur sei¹⁰⁴. In der Kommission ergab dies eine »ausführliche Besprechung, welches Versprechen als ein abstraktes« zu betrachten sei¹⁰⁵. Im Vorentwurf war darauf verwiesen worden, die Bürgschaft sei niemals selbst ein gegenseitiger Vertrag, sondern nur die Hingabe eines Versprechens infolge eines gegenseitigen Vertrages, so daß immer eine *Causa* vorliege¹⁰⁶. Die Kommission verwies in diesem Sinne darauf, daß nicht bereits dann ein abstraktes Schuldversprechen vorliege, wenn die *Causa* nicht

⁹⁸ Vgl. hierzu im einzelnen Rn. 36 ff.

⁹⁹ Vgl. HKK/Pfeifer, §§ 516–534 Rn. 21; HKK/Thier, §§ 780–782.

¹⁰⁰ Art. 500 II DresdE: Nicht als Schenkung sei anzusehen, »wenn Jemand zu Gunsten eines Anderen eine pfandrechtliche oder andere Sicherheit für ein Recht unentgeltlich aufgibt oder eine solche für ein fremdes Recht bestellt«, vgl. Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 459, 349.

¹⁰¹ Eine Begründung hierfür ist nicht ersichtlich.

¹⁰² Verkürzend hier Mot., Bd. I, 660; Darstellung der Debatte bei Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 459; zum Problem auch v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 406 f. Zur in diesem Kontext wichtigen Entstehungsgeschichte der §§ 780 f.: Wolfgang Baumann, Das Schuldanerkenntnis (Schriften zum Bürgerlichen Recht, 153), 1992, 130 ff.; Friedrich Kübler, Feststellung und Garantie (Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 17), 1967, 81 ff.

¹⁰³ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 406.

¹⁰⁴ Vgl. Joseph Unger, Die rechtliche Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857, 67; Otto Bähr, Zur Verständigung über den Anerkennungsvertrag, sowie die formellen Verträge des heutigen Rechts überhaupt, JhJb 2 (1858) 367, 381 Anm. 60; Rudolph Schlesinger, Zur Lehre von den Formalkontrakten und der Querela non numeratae pecuniae, Leipzig 1858, 6 L.; Siegmund Schlossmann, Zur Lehre von der causa obligatorischer Verträge, Breslau 1868, 60.

¹⁰⁵ Zu den Debatten um die Wirksamkeit abstrakter Schuldversprechen Yorick M. Ruland, Die Causa der Obligation (Beiträge zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 13), 2004, 168 ff.

¹⁰⁶ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 407.

klar bezeichnet sei¹⁰⁷. Damit scheidet ein Verständnis der Bürgschaft als abstraktes Schuldversprechen aus.

Die heute vorwiegend diskutierten Abgrenzungen zwischen Garantie und Schuldbeitritt tauchten demgegenüber nur am Rande auf. Als nicht besonders problematisch wurde die Abgrenzung der akzessorischen Bürgschaft zum Garantievertrag im engeren Sinne erachtet. Entgegen sonstigen Garantieverträgen stehe der Bürge »lediglich für das Nichtzahlen oder Nichtzahlenkönnen, nicht aber für das Nichtzahlenbrauchen des Hauptschuldners« ein¹⁰⁸.

Nicht besonders thematisiert wurde auch die Abgrenzung der Bürgschaft zum **Schuldbeitritt**. Der Schuldbeitritt war, wenn auch unter anderer Terminologie, im gemeinen Recht unstreitig anerkannt¹⁰⁹. 1865 hatte das Sächsische BGB unter dem Terminus »Schuldübernahme« bereits einen mit einer Erfüllungsübernahme kombinierten Schuldbeitritt aufgenommen¹¹⁰. Die erste Kommission verzichtete¹¹¹ auf eine solche Regelung, weil sie im Schuldbeitritt einen Sonderfall des Vertrags zugunsten Dritter sah, für den gesonderte Regelungen nicht notwendig erschienen¹¹². Die insbesondere bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft schwierige Abgrenzung zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft wurde gesehen¹¹³. Die erste Kommission zog zur Abgrenzung zwischen Bürgschaft und Schuldbeitritt die Lehre von der Gesamtschuld heran. Die h. M. erfaßte das Verhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner als akzessorische Korrealität und stellte dem die prinzipiale Korrealität zwischen Schuldner und Beitretendem beim Schuldbeitritt gegenüber¹¹⁴. Insgesamt wurde die Abgrenzung zu Garantie und Schuldbeitritt aber nicht besonders vertieft, da man angesichts der Formfreiheit aller drei Rechtsinstitute keine praktischen Probleme sah.

Dies änderte sich, als die Reichstagskommission die Bürgschaft der **Schriftform** unterwarf. In den Debatten um einen solchen Schritt war wiederholt gefordert worden, konsequent auch funktionale Äquivalente der Formpflicht zu unterwerfen¹¹⁵.

¹⁰⁷ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 459.

¹⁰⁸ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 407.

¹⁰⁹ Vgl. näher unten Rn. 32.

¹¹⁰ §§ 1403–1405 Sachs. BGB; zu den Einzelheiten Christian Rainer Schlicht, Die kumulative Schuldübernahme in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und in der zeitgenössischen Literatur (Rechtshistorische Reihe, 301), 2004, 34 f.

¹¹¹ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 408. Entgegen späterer Ansichten, etwa Andreas v. Tuhr, Rez. Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, KritVj 43 (1902) 542, 560, war dem BGB wie dem gemeinen Recht der Schuldbeitritt bekannt u. unstreitig anerkannt, vgl. dazu näher unten Rn. 32.

¹¹² Vgl. Mot., Bd. I, 143 f. (Mugdan, Bd. II, 79); Mot., Bd. II, 856 f. (Mugdan, Bd. II, 600); Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Recht der Schuldverhältnisse I, §§ 241–432, 1978, 846; hierzu näher Schlicht, Schuldübernahme (Fn. 110) 35 ff.

¹¹³ Die Einrede der Vorausklage wurde ansonsten als zentraler Unterschied zwischen Bürgschaft u. Schuldbeitritt betrachtet, vgl. Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 293, 204.

¹¹⁴ Zu diesen Begriffen HKK/Meier, §§ 420–426 Rn. 43 ff.

¹¹⁵ Etwa Hermes, in: KPLO, 475; Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines

Die Ablehnung dieser Forderung wurde mit Abgrenzungsproblemen begründet. Insbesondere lasse sich die Schuldübernahme, die nach gemeinrechtlichem Verständnis auch den heutigen Schuldbeitritt mitumfaßte¹¹⁶, in der Praxis nicht klar von sonstigen Zessionen, der Erfüllungsübernahme und dem Vertrag zugunsten Dritter scheidet¹¹⁷. Man hoffte daher, mit der Akzessorietät ein taugliches Abgrenzungsmerkmal zu haben, das es erlauben sollte, ein Ausgreifen der Formpflicht auf weite Teile des Schuldrechts einzugrenzen. Die Gefahren einer Umgehung der Bürgschaft in der Praxis lagen freilich auf der Hand. *Dernburg* vermerkte zum Formzweck der Bürgschaft 1901 nüchtern: »Völlig durchgeführt ist der Gedanke nicht, da Verpflichtungen mit gleicher ökonomischer Wirkung nicht an die Schriftlichkeit geknüpft werden«¹¹⁸.

2. Lösungswege vor dem BGB

a) Genese des Bürgschaftsbegriffs des BGB

- 26 *Julius Baron* empfahl 1874 »gewissen deutschen Ministern« die Lektüre der 700seitigen Bürgschaftsmonographie *Hasenbalgs* um zu erkennen, daß der Ruf nach einer Zivilrechtskodifikation »der Angstschrei des bedrängten juristischen Gewissens« sei¹¹⁹. Die Schwierigkeiten im gemeinen Bürgschaftsrecht würden »nur durch das kräftige Wort des Gesetzgebers gelöst«. Erst das BGB erfüllte die alte Forderung, die verschiedenen Bürgschaftsformen des römischen Rechts zu einem Rechtsinstitut zu verschmelzen.
- 27 Das Problem war im gemeinen Recht lange nicht als drängend empfunden worden. Spätestens seit dem 16. Jahrhundert bestand weitgehend Einigkeit über die Grundprinzipien der Bürgschaft: Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger, Akzessorietät und Subsidiarität¹²⁰. Antike Grundlage dieses gemeinrechtlichen Bürgschaftsbegriffs waren einerseits die *fideiussio* als Stipulationsbürgschaft, sowie das *constitutio debiti alieni* und das *mandatum qualificatum*, also der Kreditauftrag¹²¹. Keine

Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes, Berlin 1896, 55; *Mot.*, Bd. I, 99 (Mugdan, Bd. II, 1295).

¹¹⁶ Vgl. hierzu näher unten Rn. 35.

¹¹⁷ Bericht der Reichstags-Kommission (Fn. 115) 55; *Mot.*, Bd. I, 99 (Mugdan, Bd. II, 1295).

¹¹⁸ *Dernburg*, Das Bürgerliche Recht (Fn. 1) 393.

¹¹⁹ *Julius Baron*, *Rez. Hasenbalg*, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, *KritVj* 16 (1874) 31, 32.

¹²⁰ Zu den Übergängen *Gunter Wesener*, Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts in den altösterreichischen Ländern, in: *Les Sûretés Personelles*, in: *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bd. XXIX, Brüssel 1971, 673 ff.; *ders.*, Einflüsse und Geltung des römisch-gemeinen Rechts in den altösterreichischen Ländern in der Neuzeit (16.–18. Jahrhundert) (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 27), Wien 1989, 74 f.; *Maier*, Bürgschaft (Fn. 28) 111 ff., 55 ff.; *Hoppe*, Bürgschaft (Fn. 28).

¹²¹ Zum folgenden noch immer *Wilhelm Girtanner*, Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte, Jena 1850, 163 ff.; hierauf gestützt *M. Talamanca*, *Fideiussio*, ED 17 (1968) 322 ff.; *Feenstra*, Die Bürgschaft im römischen Recht (Fn. 4) 295 ff.

Rolle spielten demgegenüber die älteren römischen Bürgschaftsformen¹²². *Justinian* hatte die *sponsio* und die *fidepromissio*, die wohl bereits zuvor außer Übung gekommen waren, beseitigt und im *Corpus Iuris* nur die *fideiussio* überliefert¹²³. In der Folgezeit konstruierte die Gemeinrechtswissenschaft aus *fideiussio*, *constitutio debiti alieni* und *mandatum qualificatum* einen einheitlichen Bürgschaftsbegriff, der bis ins 18. Jahrhundert weitgehend geteilt wurde. Der Fokus bei dieser Verschmelzung lag darin, die unterschiedlichen Formanforderungen fallenzulassen. Unter dem Druck des gegen den antiken Typenzwang der Vertragsformen gerichteten kanonischen Rechts ließ man für die *fideiussio* die Stipulationsanforderungen fallen¹²⁴. Wortformel und gleichzeitige Anwesenheit waren damit entbehrlich. Das Vernunftrecht übernahm diesen Begriff der *fideiussio*¹²⁵. 1754 definierte *Christian Wolff* in diesem Sinne die *fideiussio* als Vertrag »wodurch sich einer demjenigen, welchem ein anderer schon verbunden ist, oder verbunden werden soll, umsonst verbindlich macht, das selbst zu leisten, was der andere leisten sollte, wofern er es nicht thut«¹²⁶. 1765 definierte *Kreittmayr*¹²⁷: »Wenn man sich für eine fremde Schuld, und zwar an den nämlichen Gläubiger, jedoch nur accessorie und soweit verbindlich macht, daß die Radical-Obligation nichtsdestoweniger bei dem Hauptschuldner noch verbleibt, so ist es eine Fidejussio«¹²⁸. Das *mandatum qualificatum* blieb¹²⁹ lediglich insofern

¹²² Zu »vas«, »praes«, »vindex« u. »sponsor« vgl. nur die vieldiskutierten Thesen von *Kaser*, Das altrömische Ius (Fn. 5) 256 ff. u. *Feenstra*, Die Bürgschaft im Römischen Recht (Fn. 4) 304 ff.

¹²³ Vgl. *Max Kaser/Rolf Knütel*, Römisches Privatrecht, 18. Aufl. 2005, § 57 Rn. 23; Inst. 3, 20; die älteren Bürgschaftsstipulationen wurden erst durch die Wiederentdeckung des Gaius im Jahr 1816 Gegenstand rechtshistorischer Forschung, vgl. *Gai. inst.* III 115 ff.

¹²⁴ Nach dem Vorgang von *Hieronymus Treutler*, *Selectarum disputationum ad jus civile Iustinianaeum quinquaginta libris Pandectarum comprehensum*, Frankfurt a. M. 1649, Vol. II, disp. XXVIII, IV a; *Anton Hering*, *Tractatus amplissimus de fidejussoribus*, 5. Aufl. Köln 1724, Cap. XI (Notae 82 f.); *Johann Schilter*, *Praxis juris Romani in foro Germanico*, Jena 1698, Ex. ad Pand. XXIV, § LXXIV, u. Ex. ad Pand. XLVIII, § XX; *Benedikt Carpzow*, *Juriprudencia forensis Romano-Saxonica, secundum ordinem constitutionem Augusti electoris Saxoniae in partes quatuor divisa*, Editio novissima Leipzig/Frankfurt a. M. 1694, P. II, Const. XIX, Def. XVII; *Samuel Stryk*, *Usus modernus pandectarum*, Tom. V, 5. Aufl. Halle/Magdeburg 1729, Lib. XLVI, Tit. I (De fidejussoribus et mandatoribus), § 1; *ders.*, *Usus modernus pandectarum*, Tom. II, 5. Aufl. Halle/Magdeburg 1728, Lib. XIII, Tit. V (De pecunia constituta), § 7.

¹²⁵ So auch *Jiri Kloubouch*, *Les sûretés personnelles dans l'écologie de droit naturel*, in: *Les Sûretés Personnelles*, in: *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, Bd. XXIX, Brüssel 1971, 867.

¹²⁶ *Christian Wolff*, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts worin alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden*, Halle 1754, § 569.

¹²⁷ *Kreittmayr* in seinen *Ann. über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem*, IV. Teil, München 1844 (Nachdruck der Ausgabe von 1765), Kap. 10 § 2.

¹²⁸ *Kreittmayr* lehnte sich dabei eng an *Lauterbach* u. *Berger* an, vgl. *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Collegium Theoretico-Practicum Pandectarum*, Tom. III, Editio Nova Tübingen 1765, Lib. XLVI, Tit. I (De fidejussoribus et mandatoribus), § 1: »quo quis alienam obligationem ob maiorem creditoris securitatem ita in fidem suam recipit, ut principalis debitor nihilominus maneat obligatus«; hieran angelehnt: *Johann Heinrich Berger*, *Oeconomia Iuris ad usum hodiernum accomodati*,

als Sonderfall präsent, als betont wurde, es müsse regelmäßig der Kreditierung vorgehen¹³⁰. Hiervon abgesehen wurde es aber als antizipierte Bürgschaft behandelt¹³¹.

- 28 Dieser einheitliche Bürgschaftsbegriff geriet seit Mitte des 18. Jahrhunderts erneut in die Diskussion. Johann Christian Koch vertrat 1777 in einer viel beachteten Dissertation¹³² die Ansicht, der Unterschied zwischen *fideiussio* und *constitutum in debiti alieni* beruhe nicht nur auf der Eingehungsform, sondern habe auch inhaltliche Gründe. So könne das *constitutum* auch Dritten, nicht nur dem Gläubiger gegenüber erklärt werden. Zudem könne der Konstituent dem Gläubiger auch Abweichungen von der Hauptschuld ermöglichen, etwa bezüglich des Zahlungsortes, bei denen eine akzessorische Bürgschaft unwirksam sei. Diese Unterscheidungen fanden in der Folgezeit zunächst einige Anhänger¹³³, wurden bald aber erneut in Frage gestellt¹³⁴. Bis in die BGB-Debatten blieb damit die Abgrenzung zwischen Bürgschaft und *constitutum* umstritten. Girtanners Vorschlag, beide Rechtsinstitute zu einem gemeinsamen Bürgschaftsbegriff zusammenzufassen¹³⁵, wurde kontrovers beurteilt¹³⁶. Windscheids Unterscheidung zwischen akzessorischer Haftung und Schadensersatzhaftung wurde andererseits entgegengehalten, daß eine solche Differenzierung in praxi nicht erkennbar sei¹³⁷. Auch die weitgehende Verschmelzung von *fideiussio* und *mandatum qualificatum* wurde wieder aufgebrochen. Infolge der Neubeschäftigung mit den antiken Quellen wurden beide Institute nun getrennt be-

2. Aufl. Leipzig 1719, Lib. III, Tit. III 7: »stipulatio, qua alter alterius obligationem ita in se recipit, ut principalis debitor nihilominus maneat obligatus«.

¹²⁹ Die Gl. betonte noch die *fideiussio* als *stipulatio* u. das *mandatum* als formfreien Konsensalvertrag, vgl. Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 196.

¹³⁰ Johannes Faber, Commentarii in quatuor Libros Institutionum, Lyon 1548, 69 (Nota 1); Schilter, Praxis juris Romani (Fn. 124) Ex. ad Pand. XXVIII, § LXXV.

¹³¹ So noch Justus Henning Boehmer, Consultationum et Decisionum Iuris, Tom. II, Pars II, Halle/Magdeburg 1734, Dec. 538 (Nota 6); Ludwig Julius Friedrich Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1803, hg. u. mit Zusätzen begleitet von Adolph Dietrich Weber, §§ 835 u. 924; Christian Friedrich Glück, Ausführliche Erläuterungen der Pandecten nach Hofffeld, Bd. XIV, Erlangen 1813, 444 Fn. 30.

¹³² Johann Christian Koch, De constitutio debiti alieni ejusque a fideiussione discrimine, Kiel 1777, insbes. §§ VIII ff.

¹³³ Adolph Dieterich Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, 2. Aufl. Schwerin/Wismar 1792, § 124; Ludwig Julius Friedrich Höpfner, in: A. Dieterich Weber (Hg.), Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen, 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1803, § 846; Glück, Pandecten (Fn. 131) Bd. XIII, Erlangen 1811, § 851 (398 ff.).

¹³⁴ Siegmund Wilhelm Zimmern, Intercession durch Mandat und Constitutum, in: ders./L. J. Neustetel (Hg.), Römischrechtliche Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, Bd. I, Heidelberg 1821, 255, 279 ff.

¹³⁵ Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) § 15.

¹³⁶ Vgl. Windscheid/Kipp, Pandecten (Fn. 82) § 476 mit Anm. 3; Ludwig Arndts, Lehrbuch der Pandecten, 5. Aufl. München 1855, § 353; Vangerow, Pandecten (Fn. 87) § 579.

¹³⁷ Karl Georg Bruns, Das heutige römische Recht, in: F. v. Holtzendorff (Hg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Leipzig 1877, 333, 431; näher zu Windscheids Ansicht unten Rn. 29, 33.

handelt¹³⁸ und in den Lehrbüchern auch so dargestellt¹³⁹. Hasenbalgs Versuch, erneut einen einheitlichen Bürgschaftsbegriff durch Kombination von *constitutum*, *fideiussio* und Aspekten der Korrealschuld (insbesondere Haftung für *culpa*, aber nicht für *mora*; keine Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners)¹⁴⁰ zu konstruieren, fand Kritik¹⁴¹. Das BGB entschied im Ergebnis ein heute erstaunlich breites Meinungsfeld. Streitigkeiten gab es insbesondere bezüglich der Abgrenzung zu verwandten Rechtsinstituten, Subsidiarität, Regreß, Mitbürgschaft, Ehegattenbürgschaft und Form. Auch hier erwies sich das BGB als Engführung eines breit gefächerten gemeinrechtlichen Diskurses¹⁴².

b) Systematische Einordnung: Interzession, Garantie, Korrealschuld, Schuldübernahme, Kautio

Die Offenheit der gemeinrechtlichen Bürgschaftsdebatte spiegelte sich in Unsicherheiten über die systematische Einordnung der Bürgschaft wider. Systemfragen waren seit dem 18. Jahrhundert der Ort, um sich der dogmatischen Struktur eines Rechtsinstituts zu vergewissern¹⁴³.

Vielfach wurde die Bürgschaft noch immer mit anderen Möglichkeiten der Haftung für fremde Schulden (Interzession) zusammengefaßt¹⁴⁴. Das BGB entwickelte die Bürgschaft vom Gedanken der Garantie, also der Gewährleistung, her. Diese Blickrichtung irritiert heute¹⁴⁵, da der Garantievertrag als *aliud* angesehen und als verbindendes Merkmal die Differenzierung in Personal- und Realsicherheiten betont wird¹⁴⁶. Auch im 19. Jahrhundert war diese Einordnung selten. Die erste Kommissi-

¹³⁸ So Zimmern, Intercession (Fn. 134) 255 ff.; Friedrich Ludwig Keller, Über Litis Constetation und Urtheil nach classischem Römischen Recht, Zürich 1827, 451 ff.

¹³⁹ Etwa Johann Adam Seuffert, Praktisches Pandektenrecht, 3. Aufl. Würzburg 1852, § 387; Christian Friedrich Mühlenthal, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Nach der Doctrina Pandectarum, Halle 1839, § 484; Johann Friedrich Ludwig Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Halle 1838, § 568; Georg Friedrich Puchta, Lehrbuch der Pandekten, Leipzig 1838, § 404.

¹⁴⁰ Heinrich Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts, Düsseldorf 1870, 861 ff.

¹⁴¹ Vgl. die Rez. von Baron, KritVj 16 (1874) 40.

¹⁴² Vgl. Martin Josef Schermaier, »Dem Deutschen thut das Studium der Römer noth ...«. Geschichtliche Rechtswissenschaft als Therapie für den Patienten BGB?, JZ 2006, 330, 330 ff.

¹⁴³ Hierzu Jan Schröder, Wissenschaftstheorie und Lehre der »praktischen Jurisprudenz«, 1979, 147 ff.; Joachim Rückert, Thibaut – Savigny – Gans: Der Streit zwischen »historischer« und »philosophischer« Rechtsschule, in: R. Blänkner u. a. (Hg.), Eduard Gans (1797–1839). Politischer Professor zwischen Restauration und Vormärz, 2002, 247, 296 ff.; Hans-Peter Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 171), 2004, 274 ff.; HKK/Michaels, vor § 241 Rn. 24 ff.; HKK/Hofer, vor § 433 Rn. 11 ff.

¹⁴⁴ Vgl. noch Liebe, Intercession, in: J. Weiske (Hg.), Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft, Bd. V, Leipzig 1844, 507, 511 ff.; Ludwig Arndts, Pandecten, 11. Aufl. Leipzig 1883, § 359; zur älteren Tradition o. Rn. 136.

¹⁴⁵ Vgl. Walter Hadding, Bürgschaft und Garantie, in: Bundesminister der Justiz (Hg.), Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, 592, der, angesichts der knappen Begründung in den Materialien, hierfür keine Erklärung findet.

¹⁴⁶ Vgl. etwa Dietrich Reinicke/Klaus Tiedke, Kreditsicherung, 3. Aufl. 1994, 1.

on lehnte ihre Verwendung der Garantie als Oberbegriff an einen Vorschlag *Girtanners* aus dem Jahr 1850 an¹⁴⁷. Sie verstand Garantie weit als jedes »bedingte Versprechen«. Dieses »Garantieversprechen im Allgemeinen«¹⁴⁸ mußte unterschieden werden vom Garantievertrag im engeren Sinne, den Kommissionsmitglied *Windscheid* definierte als: »Vertrag, wodurch jemandem gegenüber die Garantie dafür übernommen wird daß aus einer von ihm vorzunehmenden Handlung kein Schaden erwachsen werde«, wodurch nach *Windscheid* der Kreditauftrag, nicht aber die normale Bürgschaft umfaßt wurde¹⁴⁹. Die durch die unterschiedlichen Garantiebegriffe resultierenden Abgrenzungsprobleme sorgten dafür, daß Garantie nur von wenigen als Oberbegriff gewählt wurde. Vor allem *Stammler* erschien es in seiner grundlegenden Abhandlung zur Garantie ratsam, die Garantie von der akzessorischen Bürgschaft deutlich abzugrenzen¹⁵⁰.

Häufiger wurde die Bürgschaft stattdessen unter dem weiten Begriff der **Korreal-schuld** (Gesamtschuld) erfaßt. Bereits seit dem Mittelalter war anhand der Korreal-schuldproblematik diskutiert worden, ob der Bürge gleichrangig oder abgestuft hafte¹⁵¹. Die »außerordentliche Erfolgsgeschichte«¹⁵² der Keller/Ribbentrop'schen Theorie der Korrealobligation beförderte im 19. Jahrhundert diese Perspektive. Nun wurde, im Gegensatz zur bloßen Solidarobligation, jede Begründung einer durch Parteiwillen verknüpften Haftung mehrerer als gruppenbildendes Merkmal betont, was die Bürgschaft mit umfaßte¹⁵³. Einen weiteren Oberbegriff bildete seit der Monographie *Delbrücks* die **kumulative Schuldübernahme**, unter der Bürgschaft und Schuldbeitritt zusammengefaßt wurden¹⁵⁴.

30 Das ältere gemeine Recht hatte einen wiederum anderen Anknüpfungspunkt gewählt, die **Kautio** oder **Sicherheitsleistung**. Beispielhaft für die ältere naturrechtlich-gemeinrechtliche Tradition¹⁵⁵ faßte *Johann Gottlieb Heineccius*¹⁵⁶ 1738 Pfand, Bürgschaft, Gesamtschuld und Schuldübernahme als Verträge zur »Sicherstellung der Gläubiger« zusammen. In Übereinstimmung mit dieser Tradition regelte das

¹⁴⁷ Hinweis in v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 407.

¹⁴⁸ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 494.

¹⁴⁹ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 412 Nr. 2.

¹⁵⁰ *Rudolf Stammler*, Der Garantievertrag, AcP 69 (1886) 1, 36 ff.

¹⁵¹ Überwiegend wurde jedes Gesamtschuldverhältnis als wechselseitige Verbürgung aufgefaßt, vgl. Gl. Creditor zu C. 8, 40, 2; hierzu *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 151.

¹⁵² *HKK/Meier*, §§ 420–432 Rn. 45.

¹⁵³ Etwa *Friedrich Ludwig Keller*, Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht, Zürich 1827, § 52 (450); *Georg Julius Ribbentrop*, Zur Lehre von der Correal-Obligation, Göttingen 1831, 106 ff.; *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis*, Das practische gemeine Zivilrecht, Bd. II, 3. Aufl. Leipzig 1868, 142 Anm. 66.

¹⁵⁴ Vgl. etwa *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 711.; *Ludwig Kühlenbeck*, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. I, 2. Aufl. 1903, 616.

¹⁵⁵ Etwa *Samuel Pufendorf*, De jure naturae et gentium, Ausgabe London 1672, Lib. V, Cap. II, § 10 (S. 623); *Gottlieb Achenwall/Johann Stephan Pütter*, Anfangsgründe des Naturrechts (Elementa Iuris Naturae), nach der Ausgabe von 1750 übersetzt u. hg. von Jan Schröder, 1995, §§ 403 ff.

¹⁵⁶ *Johann Gottlieb Heineccius*, Grundlage des Natur- und Völkerrechts, nach der Ausgabe von 1738 übersetzt von Peter Mortzfeld, hg. von Christoph Bergfeld, 1994, § 374; er fügte hinzu, dies sei »ein schlagendes Beispiel für den Schwund von Liebe und Vertrauen unter den Menschen«.

ALR 1794 die Bürgschaft zusammen mit dem Pfandrecht unter dem Oberbegriff vertragliche »Cautio« oder »Sicherheitsbestellung«¹⁵⁷. Auch *Kreittmayr* betonte für den CMBC diesen Zweck der Bürgschaft¹⁵⁸. Diese Perspektive auf die Bürgschaft resultierte aus der Tatsache, daß im römischen Recht die Kautio durch Bürgen als sog. *Satisdatio* eine große Rolle gespielt hatte¹⁵⁹. Auch im gemeinen und preußischen Recht hatten Bürgschaften als Kautio eine weit größere Bedeutung als heute¹⁶⁰. Das ALR kannte, nach der Auszählung von *Koch*, 41 Fälle einer *cautio necessaria*, also einer gesetzlich vorgeschriebenen Kautio¹⁶¹. So konnten Bürgschaften als Kautio verlangt werden bei auflösend bedingten Rechtsgeschäften¹⁶², Vorleistungen¹⁶³, Besorgnis von Besitzstörungen¹⁶⁴, zur Sicherung der Forderungen des Proprietars gegen den Nießbraucher¹⁶⁵. Zudem neigte die Judikatur im 19. Jahrhundert dazu, die Fälle einer *cautio necessaria* auf solche Fälle zu erweitern, »wo es bei dem Vorhandensein der sonstigen allgemeinen Voraussetzungen an einem dieselbe rechtfertigenden Grunde nicht gebricht«¹⁶⁶. Da man Kautio als »jedes Mittel, wodurch ich einen Andern wegen eines zu befürchtenden Nachtheils sicher stelle«¹⁶⁷ verstand, stand nicht die Vermögenshaftung, sondern die Sicherheitswirkung der Bürgschaft im Zentrum der Betrachtung. »Darum ist ein bloßes Angelöbniß künftiger Erfüllung ohne Werth«¹⁶⁸. Der von *Kreittmayr* in Abgrenzung von Pfand und Bürgschaft betonte Unterschied, »daß die Cautio in pignore realiter, in fidejussione personaliter geleistet wird«¹⁶⁹, wurde konsequent vom ALR aufgehoben, indem für vorgeschriebene Bürgschaftskautionen zumeist eine hypothekarische Absicherung verlangt wurde¹⁷⁰. Dies entsprach zugleich der neuzeitlichen städtischen Praxis, die Vermö-

¹⁵⁷ ALR I 14 § 197; hierzu *Wolfgang Leiser*, Die persönliche Sicherheit im Deutschen Recht des 19. und 20. Jahrhunderts, in: Recueils de la société Jean Bodin, Bd. XXX, Brüssel 1969, 285; *HKK/Pennitz*, §§ 232–240 Rn. 6f.

¹⁵⁸ *Kreittmayr*, Anmerkungen (Fn. 127) IV 10 § 2; vgl. hierzu *Peter Schuppenies*, Die Bürgschaft im Bayerischen Landrecht. Baustein zur Kreittmayr-Forschung und zur Geschichte eines konkreten Rechtsinstituts, Diss. Mannheim 1975, 18 f.

¹⁵⁹ *Kaser/Knütel*, Römisches Privatrecht (Fn. 123) § 7 Rn. 22; *HKK/Pennitz*, §§ 232–240 Rn. 5 m. w. N.

¹⁶⁰ Dies machte der große Abschnitt des ALR zu gesetzlichen Kautionsverpflichtungen deutlich, ALR I 14 §§ 180 ff.; zum Folgenden vgl. *Leiser*, Sicherheit (Fn. 157) 292 ff.

¹⁶¹ *Christian Friedrich Koch*, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Bd. II, 6. Aufl. Berlin 1879, 214 Anm. 4.

¹⁶² ALR I 4 §§ 121 ff.

¹⁶³ ALR I 5 § 272.

¹⁶⁴ Nach dem Interdikt *Uti possidetis* (C. 8,6); übernommen in CMBC II 5 § 12; ALR I 7 § 152. § 862 kennt demgegenüber lediglich einen Unterlassungsanspruch.

¹⁶⁵ CMBC II 9 § 6; ALR I 21 § 19; vgl. auch § 1051.

¹⁶⁶ *OAG Kassel* (v. 22. 1. 1862) *SeuffA* 16, 140, Nr. 189; hierzu die Anmerkung in *Gruchot* 16 (1872) 589 f.

¹⁶⁷ *Heimbach*, *Cautio*, in: *J. Weiske* (Hg.), *Rechtslexikon* (Fn. 144) Bd. II, Leipzig 1844, 600, 600.

¹⁶⁸ *Franz Förster*, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1881, 252.

¹⁶⁹ *Kreittmayr* in seinen Anm. (Fn. 127) IV 10 § 2.

¹⁷⁰ Vgl. ALR I 14 §§ 188 f., insofern erfaßte § 194 als Realkautio Bürgschaft u. Pfand.

gensbürgschaft mit einer Verpfändung des gesamten Hab und Guts verband¹⁷¹. Mit der Aufgabe der eigentlichen Kautionsbürgschaft durch das BGB verschwand diese Doppelung der Sicherungsmittel weitgehend aus der Rechtspraxis¹⁷².

31 In der Betonung der Sicherungsleistung und der Nähe von Pfand und Bürgschaft schwangen noch ältere Bürgschaftsvorstellungen in der Begriffsbildung mit. Bis zur frühen Neuzeit war häufig ein Vertrag zwischen Bürgen und Hauptschuldner Grundlage der Bürgschaft gewesen¹⁷³. So standen etwa im Hamburger Statut von 1603 die Bürgenverpflichtung zwischen Bürgen und Gläubiger und das »Setzen« eines Bürgen durch Vertrag zwischen Hauptschuldner und Gläubiger noch nebeneinander¹⁷⁴. Damit wurde die Nähe zum Pfand deutlich: Bürge wie Pfand wurden »versetzt«¹⁷⁵. Mit der Kautionsansatzpunkt schwang auch noch die noch im Spätmittelalter verbreitete¹⁷⁶ Vorstellung der Gestellungs-, nicht Zahlungsbürgschaft mit. Der Bürge mußte dabei das Erscheinen des Hauptschuldners im Prozeß sicherstellen¹⁷⁷. Bürgschaft als Kautionsansatzpunkt war hier psychologischer Zwang zur Erwirkung der Hauptleistung durch den Bürgen. Reste dieser Vorstellung finden sich noch im Strafprozeß. So kann gemäß § 116 a StPO der Haftbefehl gegen Bürgschaftsleistung ausgesetzt werden, deren Zweck nicht die finanzielle Absicherung, sondern die Gestellung des Beschuldigten ist¹⁷⁸.

Historisch zeigt sich damit ein erstaunlich breites Spektrum dogmatischer und zugleich rechtspolitischer Herleitungen der Bürgschaft. Es liegt auf der Hand, daß mit diesen Unsicherheiten Abgrenzungsschwierigkeiten zu anderen Rechtsinstituten einhergingen.

¹⁷¹ Vgl. Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 62.

¹⁷² Vgl. HKK/Pennitz, §§ 232–240 Rn. 6 f.

¹⁷³ Nachweise bei Eggert, Bürgschaft (Fn. 28) 40 ff.; Hüttemann, Bürgschaft (Fn. 33) 25 ff.; Maier, Bürgschaft (Fn. 28) 111 ff.

¹⁷⁴ Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 56; der Bürge wurde aber vom Hauptschuldner für eine bestimmte Hauptschuld verpflichtet, nahm also keine völlig passive Rolle ein, wie die ältere Forschung meinte, so etwa noch Ekkehard Kaufmann, Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer Oberhofes, ZRG (GA) 74 (1957) 198, 201 ff.; dagegen überzeugend Eggert, Bürgschaft (Fn. 28) 40 ff. anhand des gleichen Quellenmaterials.

¹⁷⁵ Vgl. Schuppenies, Die Bürgschaft im Bayerischen Landrecht (Fn. 158) 19.

¹⁷⁶ Vgl. bereits o. Rn. 9.

¹⁷⁷ Für England im einzelnen: Susanne Jenks, Die Bürgschaft im mittelalterlichen englischen Strafrecht (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 161), 2003, 387 ff. u. passim.

¹⁷⁸ So bestimmt § 123 III StPO: »Wer für den Beschuldigten Sicherheit geleistet hat, kann deren Freigabe dadurch erlangen, daß er ... die Gestellung des Beschuldigten bewirkt«. In den Materialien hieß es dazu: »Hat das Gericht Bürgen als Sicherheit angenommen, so entspricht es dem Wesen der Bürgschaft, daß dem Bürgen selbst, soweit es angeht, die Mittel in die Hand gegeben werden, der Möglichkeit vorzubeugen, daß sich der Beschuldigte der Untersuchung entzieht«, Eduard Stegemann (Hg.), Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, Bd. I, 1885, 134; hierzu Leiser, Sicherheit (Fn. 157) 289 f.

c) Abgrenzungen: constitutum, Kreditauftrag, Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantie

Für die heutige Dogmatik bieten besonders die Abgrenzungen zwischen selbstschuldnerischer Bürgschaft, Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantie Probleme. Die Vielfalt der Personalsicherheiten vor 1900 machte die Abgrenzungsprobleme im älteren Recht noch größer. Ein breites Spektrum anerkannter Personalsicherheiten umriß § 1344 ABGB im Jahre 1811:

»Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner auf dreierley Art verpflichten: ein Mahl, wenn er mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt; dann, wenn er der Verbindlichkeit als Mitschuldner beiträgt; endlich, wenn er sich für die Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle«.

Denkbar waren also Alleinhaltung infolge Schuldübernahme, gesamtschuldnerische Haftung infolge Schuldbeitritts und akzessorische, subsidiäre Haftung infolge Bürgschaft¹⁷⁹. Eine ähnlich weitreichende Regelung fand sich in den anderen Kodifikationen nicht. Überwiegend wurden nur die Bürgschaft¹⁸⁰ und die Schuldübernahme als Expromission¹⁸¹ geregelt. Der Schuldbeitritt als Gesamtschuldner wurde überwiegend selbstverständlich für möglich erachtet¹⁸², teilweise auch als selbstschuldnerische Bürgschaft mit Gesamtschuldcharakter konstruiert¹⁸³. Im gemeinen Recht ergaben sich zusätzliche Möglichkeiten der Personalsicherheit. Hier zeigten sich daher auch die größten Abgrenzungsprobleme. Zentrales Abgrenzungsmerkmal war durchweg die Akzessorietät der Bürgschaft, die bei Schuldbeitritt oder Garantie nicht vorlag. Doch gab es enge Grenzfälle.

Dies galt zunächst für die Schadlosbürgschaft, *fideiussio indemnitatis*, des gemeinen Rechts¹⁸⁴. Besonderheit dieser selbstschuldnerischen Bürgschaftsform war, daß weder Existenz noch Betrag der Hauptschuld zum Zeitpunkt der Bürgschaftsverpflichtung feststand. Damit berührte sich diese traditionelle¹⁸⁵ Bürgschaftsform mit

¹⁷⁹ Zu den Vorläufern dieser Regelungen: Wesener, Entwicklung des Bürgschaftsrechts (Fn. 120) 676 ff.

¹⁸⁰ CMBC IV 10 §§ 2 ff.; ALR I 14 §§ 200 ff.; Badisches Landrecht u. CC §§ bzw. Artt. 2021 ff.; ABGB §§ 1346 ff.; Sächs. BGB §§ 1449 ff.; aOR Artt. 489 ff.

¹⁸¹ CMBC IV 15 §§ 4, 6; ALR I 14 §§ 399 ff.; Badisches Landrecht u. CC §§ bzw. Artt. 1271 ff.; ABGB §§ 1376 ff.; Sächs. BGB §§ 1001, 1003 ff.

¹⁸² So etwa für den CMBC die Differenzierung Kreittmayrs zwischen »Bürgen und Correo debendi«, in: CMBC IV 10 § 2. Zum preußischen Recht: Heinrich Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, Halle 1897, § 241.

¹⁸³ Artt. 2021 f. CC.

¹⁸⁴ Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 324 f.

¹⁸⁵ Diese Bürgschaftsform war im gemeinen Recht unstrittig anerkannt, wobei freilich über die Terminologie nicht durchweg Einigkeit herrschte, teilweise wurde vom fidejussor fidejussoris gesprochen, vgl. die Nennungen bei Christian Thomasius (resp. Christian Gunther Luba-Lusato), De fidejussore indemnitatis, Halle 1703, § 1 c.; vgl. auch die Aufzählung in: Johann Heinrich Zedler, Bürgschaft, in: ders. (Hg.), Grosses vollständiges Universal-Lexicon, Bd. IV, Halle/Leipzig 1733 ND

anderen Fällen, in denen die Akzessorietät, als das entscheidende¹⁸⁶ Abgrenzungskriterium, gelockert war. So war die Abgrenzung zum *Garantieversprechen*, der *promissio indemnitas*, auch fraglich bei »Bürgschaften«, bei denen sich bewußt für eine ungültige Forderung verbürgt wurde¹⁸⁷. Teilweise wurde vorgeschlagen, den Bürgschaftsbegriff auf diese Fälle zu erweitern¹⁸⁸, teilweise wurde ein Vertrag *sui generis*¹⁸⁹, teilweise ein Garantieversprechen angenommen¹⁹⁰. Auch der Versuch, die Bürgschaft als angelehnte Primärhaftung, die Garantie als Schadensersatzhaftung zu klassifizieren, verschwamm in Abgrenzungsproblemen. Dies machten die Debatten um den Fortbestand des *constitutum debiti alieni* deutlich¹⁹¹. Letzteres hatte zum Inhalt nicht die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit, sondern den Ersatz des Schadens, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung des Hauptschuldners entstand. Verstand man mit *Windscheid* den Garantievertrag als Übernahme der Haftung dafür, daß »aus einer ... Handlung kein Schaden erwachsen werde«, lag eine Garantie vor. Traditionell war das *constitutum* demgegenüber mit der *fideiussio* verschmolzen worden¹⁹². Da Einigkeit darüber bestand, daß »das Bewußtsein der Vertragsschließenden für diesen Gegensatz im Zweifel unempfindlich ist«¹⁹³, stand auch ganz praktisch die Frage im Raum, wie man solche Fälle unterscheiden könne¹⁹⁴.

34 Für die erste Kommission relevant wurden die *Abgrenzungsfragen* in einem dritten Problemfeld, dem *Kreditauftrag (mandatum qualificatum)*. Die Beauftragung einer Person, einen Dritten zu kreditieren, führte nach römischem und gemeinem Recht zur Schadensersatzhaftung des Auftraggebers¹⁹⁵. Auch hier liefen Garantievertrag und Bürgschaft dogmatisch ineinander¹⁹⁶. *Dernburg*¹⁹⁷ sprach etwa von Garantievertrag mit »Effekt einer Bürgschaft«, für *Windscheid* war dieser »Garantie-

Graz 1994, Sp. 1882, 1882. Im 19. Jh. wurde die Schadlosbürgschaft etwa in Sächs. BGB §§ 1452, 1453 kodifiziert.

¹⁸⁶ Vgl. *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 722; daneben wurden Unterschiede in der Person des Vertragspartners, Hauptschuldner oder Gläubiger, hervorgehoben, dies betonte etwa *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 325.

¹⁸⁷ Nachweise bei *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 477 Anm. 10.

¹⁸⁸ *Bruns*, Privatrecht (Fn. 137) 406.

¹⁸⁹ AG Celle (v. 22. 5. 1869) SeuffA 27, 223, Nr. 129, angelehnt an *Carl Georg v. Wächter*, Pandekten, Leipzig 1880, § 222 Nr. 12.

¹⁹⁰ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 477 Anm. 10; differenzierend *Stammler*, Der Garantievertrag, AcP 69 (1886) 39, 39f.

¹⁹¹ Vgl. bereits o. Rn. 20.

¹⁹² Vgl. o. Rn. 27.

¹⁹³ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 476, 1081.

¹⁹⁴ Überwiegend ließ man daher die Differenzierung fallen u. hielt das *constitutum*, wie die erste Kommission, für obsolet, vgl. o. 26.

¹⁹⁵ Vgl. *Georg Friedrich Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. II, 6. Aufl. Leipzig 1874, 266 zu *ders.*, Pandekten (Fn. 139) § 404; zur antiken Lösung o. Rn. 26.

¹⁹⁶ Vgl. *Berthold Bendix*, Der Kreditauftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, ArchBürgR 20 (1902) 155, 155f.; *Rothenberg*, AcP 77 (1891) 323ff.; *Hermann Oesterley*, Über das *mandatum qualificatum*, Diss. Göttingen 1890/91; *Pavel Emilëvic Sokolowski*, Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht, Halle 1891.

¹⁹⁷ *Heinrich Dernburg*, Pandekten, 7. Aufl. 1903, § 117, 325.

vertrag eine Form der Bürgschaft«¹⁹⁸. Mit der Behandlung der Haftung des Kreditauftraggebers als Bürgschaft folgte das BGB¹⁹⁹ der traditionellen und auch überwiegen²⁰⁰ Ansicht.

Besondere Schwierigkeiten zeigten sich zuletzt bei der Abgrenzung der akzessorischen Bürgschaft von der gesamtschuldnerischen Haftung beim *Schuldbeitritt*²⁰¹. Die Haftungsübernahme als Gesamtschuldner war dabei ganz unstrittig im römischen²⁰² und nachfolgend im gemeinen²⁰³ Recht anerkannt. Die häufig anzutreffende Ansicht, der Schuldbeitritt sei ein Produkt des 20. Jahrhunderts²⁰⁴ ist unrichtig. Verantwortlich für diesen Irrtum dürften zunächst terminologische Zugangsprobleme sein. *Berthold Delbrück* hatte 1853 vielbeachtet²⁰⁵ eine von ihm sog. Schuldübernahme ohne Erfordernis der Zustimmung des Gläubigers entwickelt, die den heutigen Schuldbeitritt umfaßte²⁰⁶. Bevor 1908 *Westerkamp* den Terminus Schuldbeitritt etablierte²⁰⁷, sprach man von kumulativer bzw. bestärkender Schuldübernahme oder Mitübernahme im Gegensatz zur privativen, translativen, notorischen oder befreienden Schuldübernahme²⁰⁸. Auch die erste Kommission folgte dieser Unterscheidung, machte also die Akzessorietät der Bürgschaft zum entscheidenden Abgrenzungskriterium.

¹⁹⁸ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 412, 817f.

¹⁹⁹ v. *Kübel*, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 494 in Anlehnung an: Art. 951 DresdE, ALR I 14 § 213; § 1476 Sächs. BGB; BayE Art. 898.

²⁰⁰ Dagegen etwa *Rothenberg*, AcP 77 (1891) 324ff., der für eine Behandlung als Auftrag eintrat.

²⁰¹ Hierzu der gute Überblick bei *Schlicht*, Kumulative Schuldübernahme (Fn. 110) 22ff.

²⁰² Vgl. zu den Einzelheiten *Detlef Liebs*, Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadensersatz und Privatstrafe, 1972, 184; *Zimmermann*, Law of Obligations (Fn. 13) 125f.; *Kaser/Knützel*, Römisches Privatrecht (Fn. 123) § 56 II.

²⁰³ Seit dem Mittelalter war die Abgrenzung zwischen Gesamtschuld u. Bürgschaft beliebtes Thema der gemeinrechtlichen Wissenschaft, vgl. die umfangreichen Nachweise bei *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 151ff.

²⁰⁴ Zuletzt *Klaus Bartels*, Der vertragliche Schuldbeitritt im Gefüge gegenseitiger Dauerschuldverhältnisse, 2003, 3, der für das Jahr 1904 von der »Geburtsstunde« der kumulativen Schuldübernahme in der Rspr. spricht. Frühere Urteile nennt z. B. *Schlicht*, Schuldübernahme (Fn. 110) 18.

²⁰⁵ *Bernhard Windscheid* zählte die Schrift *Delbrücks* in einer Besprechung zu den »bestbeschriebenen der neueren zivilistischen Literatur«, Kritische Überschau 1 (1853) 27, 27f.; zur Wirkung *HKK/Meyer-Pritzl*, §§ 414–419 Rn. 1, 16.

²⁰⁶ *Berthold Delbrück*, Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte, Berlin 1853, 118.

²⁰⁷ *Wilhelm Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt, 1908, 36.

²⁰⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Hans Reichel*, Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme) (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 19), 1909, 1.

IV. Einzelfragen

1. Form

a) BGB 1900

- 36 Die erste Kommission sprach sich bereits in ihrer dritten Sitzung am 21. September 1876 für die **Formfreiheit** des Bürgschaftsvertrages aus²⁰⁹. Sie akzeptierte damit eine Vorlage von *Kübel*²¹⁰, in der dieser im wesentlichen die gleichen Argumente für weitgehende Formfreiheit im Obligationenrecht vorbrachte, die ihm bereits als Gutachter in dieser Frage auf dem 10. Deutschen Juristentag 1872 die Zustimmung der Versammlung eingebracht hatten²¹¹. Neben anderen, sogleich zu beleuchtenden Erwägungen, spiegelte seine Argumentation vor allem die wirtschafts- und sozialpolitische Grundstimmung des jungen Kaiserreichs. Formfreiheit wurde als Ausdruck der Vertragsfreiheit schlechthin gedeutet: »Das moderne Leben ringt in allen seinen Richtungen nach Freiheit«. Das »Volksbewußtsein«²¹², das noch immer in der Rechtsquellenlehre eine starke Stellung besaß²¹³, also der »Geist der Zeit«²¹⁴ wende sich, so von *Kübel*, gegen »Bevormundung«.
- 37 Als 1888 der erste Entwurf vorgelegt wurde, hatte sich die Stimmungslage im Reich grundsätzlich gewandelt. Nach »Gründerkrach« und Depression hatte das liberale Credo empfindlichen Schaden gelitten. *Bismarck* hatte reagiert und mit der »konservativen Wende«²¹⁵ der Jahre 1878/79 begann die Politik des Staatsinterventionismus²¹⁶. Die zuvor ohne größere Diskussion konsentrierte Formfreiheit der Bürgschaft wurde nun als Gefahr gesehen. Schon 1881 lobte *Seuffert* Form als Zeichen »fortgeschrittener Kulturentwicklung«²¹⁷. Nach Kritik von *Bähr*²¹⁸, von

²⁰⁹ Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Allgemeiner Teil, §§ 125–129, 1985, 649.

²¹⁰ Abgedruckt in Franz Philipp v. Kübel, Vorlage »Form der Verträge«, 1876, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse, Teil III: Besonderer Teil II, 1980, 1005 ff.

²¹¹ Verhandlungen des zehnten deutschen Juristentages, Bd. II, Berlin 1872, 273 ff.; hierzu HKK/Meyer-Pritzl, §§ 125–129 Rn. 17 ff.

²¹² v. Kübel, Vorlage »Form« (Fn. 210) 1014.

²¹³ Hierzu Haferkamp, Puchta und die »Begriffsjurisprudenz« (Fn. 143) 51 f. m. w. N.

²¹⁴ v. Kübel, Vorlage »Form« (Fn. 210) 1015.

²¹⁵ Hans-Ulrich Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1849–1914, 1994, 934 ff.

²¹⁶ Vgl. Michael Stolleis, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, 44 ff.

²¹⁷ Lothar Seuffert, Zur Geschichte obligatorischer Verträge – Dogmengeschichtliche Untersuchungen, Nördlingen 1881, 169; hierzu HKK/Meyer-Pritzl, §§ 125–129 Rn. 19.

²¹⁸ Otto Bähr, Besprechung des ersten Entwurfs, KritVj 30 (1888) 405, 405; aufgenommen von Brunner u. Enneccerus, jeweils in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages, Bd. IV, Berlin 1893, Sitzung vom 8. 9. 1893, 69.

*Gierke*²¹⁹ und *Unger*²²⁰ kam es 1889 vor dem Preußischen Landesökonomiekollegium erstmals zu längeren Debatten²²¹. Stellungnahmen verschiedener Handelskammern (Halle, Kassel, Lübeck, München, Braunschweig und Berlin [für Schriftform] und Breslau, Wiesbaden, Leipzig, Köln und Hildesheim [dagegen]) zeigten, wie kontrovers die Frage nun gesehen wurde²²². 1893 nahm sich der 22. Deutsche Juristentag erneut des Themas an²²³. Wiederholt wurde nun ein Zitat von *Otto Bähr* bemüht: »Jahraus jahrein machen sich unzählige Menschen« mit Bürgschaften »unglücklich«²²⁴. Der Referent *Heinrich Brunner* sprach bezüglich der Formlosigkeit der Bürgschaft im Entwurf von einer »legislativen Richtung, die früher ausschließlich herrschte und jetzt noch theilweise herrscht«²²⁵. Der »nackte Wille« sei keineswegs »das herrschende Princip unserer Privatrechtsordnung«²²⁶. Von germanistischer Seite²²⁷ wurden damit gewachsene Trugbilder vom »unsozialen« römisch-gemeinen Recht bedient²²⁸. Der Juristentag sprach sich 1893 für die Formbedürftigkeit der Bürgschaft aus²²⁹. In der zweiten Kommission wurde (zwischen 1891 und 1893²³⁰) wiederholt der Antrag, die Bürgschaft der Schriftform zu unterwerfen²³¹, abgelehnt²³². Nachdem auch im Bundesrat nochmals kontrovers und im Ergebnis ableh-

²¹⁹ Otto v. Gierke, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 257 f.; ders., Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Vortrag gehalten am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien, Berlin 1889, 31 Anm. 21.

²²⁰ Joseph Unger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe, JhJb 29 (1890) 1, 1 ff.

²²¹ Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und andere Gegenstände, Berlin 1890, 472 ff. (Sitzung vom 11. 11. 1889); zu diesem Gremium nun *Rüdiger Hansel*, Jurisprudenz und Nationalökonomie. Die Beratungen des BGB im Königlich Preussischen-Landes-Ökonomie-Kollegium 1889 (Veröffentlichungen aus den Archiven Preussischer Kulturbesitz Beiheft 10), 2006.

²²² Vgl. *Enneccerus*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 67.

²²³ Hierzu auch HKK/Meyer-Pritzl, §§ 125–129 Rn. 23; *Gert Reinhardt*, Das Verhältnis von Formnichtigkeit und Heilung des Formmangels im bürgerlichen Recht, Diss. Heidelberg 1969, 76 f.

²²⁴ *Otto Bähr*, Besprechung des ersten Entwurfs, KritVj 30 (1888) 405, 405; aufgenommen von Brunner u. *Enneccerus*, jeweils in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 69.

²²⁵ Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 57.

²²⁶ Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 60.

²²⁷ Zum Germanisten Brunner *Ernst Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III 2, 1910, 908 ff., Noten 382 f.

²²⁸ Hierzu *Sibylle Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, 2001, 49 ff.; *Klaus Luig*, Römische und Germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in: J. Rückert/D. Willoweit (Hg.), Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, Tübingen 1996, 95, 95 ff.

²²⁹ Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 84.

²³⁰ Das Datum der Sitzung ist nicht sicher.

²³¹ Prot., Bd. II, 2499 (Mugdan, Bd. II, 1019); *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) Antragsteller Dittmar.

²³² Prot., Bd. II, 2499 (Mugdan, Bd. II, 1019); *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) Antragsteller Dittmar; nochmals bei der Revision des E II, *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 463.

nend diskutiert worden war²³³, unterwarf zuletzt die Reichstagskommission die Bürgschaft doch der Schriftform²³⁴.

38 Sechs Aspekte sind an dieser Debatte von Interesse.

(1) Auch wenn (meist in Anlehnung an *Jherings* berühmtes Diktum von der Form als »Zwillingsschwester der Freiheit« und »geborenen Feindin der Willkür«²³⁵) alle Formzwecke diskutiert wurden, stand doch die Schutzfunktion bei der Bürgschaft im Zentrum der Debatten. Dabei bestand freilich Einigkeit darüber, daß dies bestenfalls ein »Minimum an Garantie damit etwas mehr Überlegung stattfindet«²³⁶ geben könne. Wiederholt wurde darauf hingewiesen, daß sich ein praktischer Unterschied zwischen Ländern mit Formzwang und solchen ohne nicht feststellen lasse²³⁷.

(2) Wirkliche praktische Auswirkungen erhoffte man sich primär bei stillschweigenden oder konkludenten Bürgschaften. Während *Enneccerus* solche Fälle für sehr selten hielt²³⁸, sah *von Gierke* besonders in konkludenten Bürgschaften eine häufige Spielart der Bürgschaft²³⁹. *Wilke*, Justizrat aus Berlin, verwies auf Vermutungsregeln in der Geschäftspraxis: »Man kann keinen Menschen begleiten bei einem Geschäft, ohne der Gefahr ausgesetzt zu sein, als Bürge für das Eintreten zu müssen, was er thut, und das ist eine große Gefahr«²⁴⁰.

(3) Probleme sah man beim Wechsel der Systeme²⁴¹. Wiederholt wurde darauf hingewiesen, daß besonders auf dem Lande Gewohnheiten entscheidend seien. Ein Wechsel zum Formzwang würde den Rechtskundigen bevorteilen²⁴², da es »in den Ländern, wo bisher keine Formvorschrift für die Bürgschaft gegolten hat, als eine Verletzung der Treue und des Glaubens bezeichnet werden wird, wenn man sich von einer mündlich vorgenommenen Bürgschaft durch Berufung auf die Formvorschrift befreit«²⁴³.

(4) Sorgen bereitete, als Folgeproblem einer Formvorschrift, das Handelsrecht. Während unter Kaufleuten ein Formerfordernis von niemandem für notwendig erachtet wurde²⁴⁴, führten die Bestimmungen des ADHGB über Handelsgeschäft (Art. 271–274) dazu, daß einseitige Handelsgeschäfte mit Nichtkaufleuten als Bürgen ebenfalls formlos wirksam waren, was etwa bei Bankbürgschaften gemäß

²³³ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 765–766, 463f.

²³⁴ Bericht der Reichstags-Kommission (Fn. 115) 55 (Mugdan, Bd. II, 1295).

²³⁵ *Jhering*, Geist des römischen Rechts II 1 (Fn. 546), zitiert hier nach 4. Aufl. 1878, 485; vgl. *HKK/Mayer-Pritzel*, §§ 125–129 Rn. 3.

²³⁶ v. *Gierke*, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium (Fn. 221) 487.

²³⁷ v. *Kübel*, Vorlage »Form« (Fn. 210) 1028.

²³⁸ *Enneccerus*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 69.

²³⁹ v. *Gierke*, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium (Fn. 221) 487f.; ebenso dann in Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 73.

²⁴⁰ *Wilke*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 77.

²⁴¹ v. *Kübel*, Vorlage »Form« (Fn. 210) 1015.

²⁴² So *Enneccerus*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 69.

²⁴³ *Klein*, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium (Fn. 221) 480 sprach ähnlich davon, Formvorschriften verleiteten zum »Treubruch«. Zur Entwicklung dieses Problems im 20. Jh. *HKK/Mayer-Pritzel*, §§ 125–129 Rn. 33 ff.

²⁴⁴ Vgl. *Brunner*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218).

Art. 272 Nr. 2 ADHGB den Bürgenschutz leer laufen ließ²⁴⁵. Dies fand scharfe Kritik von *Gierkes*²⁴⁶ und wurde, im Zuge der Debatten um die Abgrenzung von BGB und HGB²⁴⁷, in § 350 HGB zugunsten des nichtkaufmännischen Bürgen beseitigt.

(5) Als besonders schutzwürdiger Personenkreis wurden Kleinbauern und Frauen diskutiert. Während bei Landwirten überwiegend ein solcher Schutz als entbehrlich erachtet wurde – »Was der Kaufmann kann, können wir auch«²⁴⁸ – wurde vor allem die Schutzbedürftigkeit von Frauen immer wieder als eigentlicher Grund der Formvorschrift genannt. *Brunner* meinte gar, »der praktische Hauptfall der Bürgschaft ist die Bürgschaft der Frau«²⁴⁹. Hatte bei der »heutigen sozialen Stellung der Frauen« von *Kübel* 1872 Vertrauen in ihre Selbstverantwortung gelegt²⁵⁰, so wollte man nun im Ausgleich dafür, daß traditionelle Schutzformen wie Interzessionsverbote und Aufklärungspflichten zugunsten der Frauen fallen gelassen worden waren, wenigstens einen gewissen Schutz durch Formzwang erreichen. *Otto Bähr* meinte: »Wenn auch nicht viel, so wäre doch etwas Schutz gewonnen«²⁵¹. *Gustav Hartmann* meinte, daß das Gesetz »nicht bloß der möglichen Förderung der materiellen Interessen, des Capitalismus, des sog. Verkehrs zu dienen hat, daß es vielmehr als ethische Lebensordnung vornehmlich auch die Aufgabe erfüllen muß, die Bedrängten, die Schwachen zu schützen und so auch die Frauen bei solchen Rechtsgeschäften zu warnen wo sie durch ihre Natur der Gefahr gutmüthiger Übereilung besonders ausgesetzt sind«²⁵².

(6) Dabei wurde der naheliegende Vorschlag von *Brunner*²⁵³, von *Gierke*²⁵⁴ u. a. auch funktionale Äquivalente wie Kreditauftrag und Schuldübernahme der Formpflicht zu unterwerfen, abgelehnt, weil man fürchtete, durch die Nähe zu Zession und Vertrag zugunsten Dritter erneut schwierige Abgrenzungsprobleme hervorzurufen und die Tür zur Formpflicht weiter Teile des Schuldrechts aufzustoßen. Garantie und Schuldbeitritt tauchten, obwohl unstreitig anerkannt, in diesem Kontext nicht auf, was auch daran liegen könnte, daß die wirtschaftliche Bedeutung dieser

²⁴⁵ Vgl. *Hermann Staub*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 5. Aufl. Berlin 1897, Art. 281 § 7; in diesem Sinne auch RGZ (v. 9. 2. 1894 – III 259/93) 32, 171.

²⁴⁶ Vgl. die vehemente Kritik v. *Gierkes*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 75f.

²⁴⁷ Zeitgenössischer Überblick von *Laband*, Das Verhältnis des Handelsrechts zum bürgerlichen Recht nach dem Entwurf eines revidierten Handelsgesetzbuches, in: DJZ 1896, 345, 345 ff.; zusammenfassend zur Debatte *Peter Raisch*, Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, 1965, 25 ff., 30, 43.

²⁴⁸ Rittergutsbesitzer von *Reeden*, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium (Fn. 221) 487f.

²⁴⁹ *Brunner*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 64.

²⁵⁰ v. *Kübel*, Vorlage »Form« (Fn. 210) 1028.

²⁵¹ *Otto Bähr*, Besprechung des ersten Entwurfs, KritVj 30 (1888) 405, 405; ebenso *Unger*, Die Einrede der Vorauslage (Fn. 220) 28 Fn. 22.

²⁵² *Gustav Hartmann*, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, AcP 73 (1888) 309, 369.

²⁵³ v. *Gierke*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 60.

²⁵⁴ Vgl. die vehemente Kritik v. *Gierkes*, in: Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (Fn. 218) 75f.

Rechtsinstitute im Kreditverkehr im Vergleich zur Bürgschaft möglicherweise gering war. Die Probleme dieser Entscheidung wurden jedenfalls gesehen²⁵⁵.

b) Lösungswege vor dem BGB

- 39 Die Einhelligkeit, mit der die erste Kommission für eine Formfreiheit der Bürgschaft eintrat, läßt den Eindruck entstehen, die Formlosigkeit der Bürgschaft sei im älteren Recht die Regel gewesen. De facto und meist auch de jure war aber wohl das Gegenteil die Regel. Dies zeigt bereits ein Blick in die ältere **Stadtrechtspraxis**. Hier finden sich zumeist zwar keine generellen Schriftformerfordernisse. Ausnahmen galten jedoch seit dem 16. Jahrhundert für bürgende Frauen²⁵⁶. Zudem scheint auch ohne eine solche Sanktionierung die Bürgschaft in der Regel schriftlich geschlossen worden zu sein²⁵⁷.

Ähnlich differenziert ist das **gemeine Recht** zu beurteilen²⁵⁸. Hier hatte der Einfluß der Kanonistik²⁵⁹ und des Vernunftrechts²⁶⁰ die Klagbarkeit des formlosen *nudum pactum*, also jedes Konsenses durchgesetzt. Für die Bürgschaft im speziellen wurde das Stipulationserfordernis im 17. Jahrhundert fallengelassen und die Formfreiheit durchgesetzt²⁶¹. Für den in den BGB-Beratungen vor allem diskutierten Fall der Frauenbürgschaften hielt sich als *ius singulare*²⁶², also als Ausnahmerecht, jedoch die Pflicht, den Verzicht auf den Schutz durch das *SC Velleianum* nur nach vorheriger gerichtlicher Belehrung zuzulassen²⁶³. Der Warneffekt der Form wurde hier also auf anderem Wege entbehrlich gemacht.

Blickt man auf die **Partikularrechtsordnungen**, so zeigt sich ein vergleichbares Muster. In vielen älteren und zeitgenössischen Rechtsordnungen war die Nutzung der Form als Schutzinstrument verbreitet oder es wurden wenigstens für vermutete

²⁵⁵ Vgl. o. Rn. 25.

²⁵⁶ Vgl. unten Rn. 97ff.

²⁵⁷ So Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 64ff.; Eggert, Bürgschaft (Fn. 28) 53; Maier, Bürgschaft (Fn. 28) 114f.; Heinz Holzhauser, Die eigenhändige Unterschrift. Geschichte und Dogmatik des Schriftformerfordernisses im deutschen Recht, 1973, 52f. verweist auf Beweisvorteile als zentralem Grund hierfür.

²⁵⁸ Zum Folgenden Holzhauser, Die eigenhändige Unterschrift (Fn. 257) 45ff.; v. Völckerndorff, Die Form der Rechtsgeschäfte, Nördlingen 1857, 58ff.; Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 147ff.

²⁵⁹ Hierzu Peter Landau, Der Einfluß des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur, in: R. Schulze (Hg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte (Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, 3), 1991, 55, 55; zum Einfluß des kanonischen Rechts auf das Zivilrecht mit Blick auf die Rechtsquellenlehre Udo Wolter, *Ius canonicum in iure civili* (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte, 23), 1975.

²⁶⁰ HKK/Meyer-Pritzl, §§ 125–129 Rn. 14 mit Nachweisen.

²⁶¹ Vgl. o. Rn. 26.

²⁶² Zur Bedeutung des *ius singulare* Heinz Mohnhaupt, Recht zwischen Generalisierung und Differenzierung, in: M. Ferronato (Hg.), *DaI »De jure naturae et gentium« di Samuel Pufendorf alla codificazione prussiana del 1794*, Mailand 2005, 187, 187ff.; Thomas Duve, Sonderrecht in der frühen Neuzeit. Studien zum *ius singulare* und den *privilegia miserabilium personarum, senum und indorum* in Alter und Neuer Welt, Frankfurt a. M. 2008, 269ff. u. passim.

²⁶³ Hierzu im einzelnen unten Rn. 97ff.

Problemfälle funktionale Äquivalente statuiert. Insgesamt war eher Formpflicht oder ein gleichwertiges Ersatzinstitut mit Warnwirkung die Regel als die Ausnahme.

Drei Wege, vor den Gefahren einer Bürgschaft zu warnen, wurden (teilweise nebeneinander) besprochen. 40

(1) Ab einem bestimmten Vertragswert wurde eine generelle Formpflicht statuiert.

(2) Für die Bürgschaft wurde eine gesonderte Formpflicht statuiert.

(3) Nur für solche Bürgen wurde eine Warnung durch Form oder ein Äquivalent gefordert, die besonders schutzwürdig waren.

Ad (1). Die Lösung, bestimmte Vertragswerte als Ansatzpunkt für Formerfordernisse zu bestimmen, fand sich schon im römischen Recht für die Schenkung²⁶⁴. Verschiedene Kodifikationen erweiterten diesen Ansatz auf alle Verträge. Das französische und rheinische Recht machten die Gültigkeit der Bürgschaft nicht von einem Formerfordernis abhängig (Artt. 2011ff. CC). Wie bei allen Verträgen, so ließ Art. 1341 CC aber auch bei der Bürgschaft bei einem Vertragswert von mehr als 150 Francs (bzw. nach dem Badischen Landrecht von 75 Talern) einen gerichtlichen Beweis nur durch notarielle oder Privaturkunde zu. Da der Zeugenbeweis ausgeschlossen war, blieb der Partei im Bestreitensfalle daher nur die Möglichkeit der Eideszuschreibung²⁶⁵. Diese prozessuale Lösung wurde im Reich 1879 durch § 14 I Nr. 2 EGZPO aufgehoben²⁶⁶. Nicht prozessual, sondern nach materiellem Recht, ging das ALR ähnliche Wege. Die Formfreiheit als Regel (ALR I 5 § 109) wurde durch eine Fülle von Formvorschriften im ALR zur Ausnahme. Verträge, deren Gegenstand mehr als 50 Taler Wert war, unterfielen gemäß ALR I 5 § 131 der Schriftform. Rechtsfolge bei Nichtbeachtung war Nichtigkeit. Ähnlich unterwarf Bayern im Entwurf von 1811 Bürgschaften für mehr als 100 Gulden der Schriftform²⁶⁷. Kritik fand diese Lösung vor allem wegen der häufigen Schwierigkeiten, den Wert des Vertragsgegenstandes zu bestimmen, was offenbar viele Prozesse verursachte²⁶⁸. 41

Ad (2): Preußen stellte weitergehend als bei sonstigen Verträgen, Bürgschaften generell unter das Schriftformerfordernis (ALR I 14 § 203). Ein solches generelles Bürgschaftserfordernis fand sich auch im Bayerischen Entwurf von 1861 (II § 868) 42

²⁶⁴ C. 8, 53, 30 u. 36, 3 (quingentos solidos); dies hielt sich im gemeinen Recht, vgl. Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 367 Fn. 2: 500 Reichsdukaten.

²⁶⁵ Art. 1357 CC; vgl. hierzu Klein, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium, 479; Cornelius Cretschmar (Hg.), Das rheinische Zivilrecht in seiner heutigen Geltung, 4. Aufl. Düsseldorf 1896, 259; zur Eideszuschreibung allgemein: Adolph Wach, Vorträge über die Civilprozeßordnung, Bonn 1879, 173.

²⁶⁶ In den Debatten zur Formfrage wurde wiederholt darauf verwiesen, daß diese Aufhebung des Formschutzes im Rheinland, entgegen zunächst geäußerten Befürchtungen, keinerlei praktische Probleme verursacht habe, vgl. Siber, in: Verhandlungen des Königlichen Landes-Oekonomie-Kollegium (Fn. 221) 473; Klein, in: ebd., 479.

²⁶⁷ Vgl. W. Demel/W. Schubert (Hg.), Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1811, 1986, IV 1 § 9 (426).

²⁶⁸ Siber, in: KLOK (Fn. 221) 472.

ausdrücklich mit dem Zweck, eine »reifliche Überlegung« zu ermöglichen²⁶⁹. Auch in der Schweiz waren Formpflichten für Bürgschaften gebräuchlich²⁷⁰.

- 43 Ad. (3): Kein Schriftformerfordernis für die Bürgschaft statuierten neben dem gemeinen Recht das ABGB, das Sächs. BGB, das württembergische Landrecht und der HessE. Hier fanden sich freilich häufig Regelungen, die entweder über Form oder über verschärfte Aufklärungspflichten wenigstens für besonders **schützenswerte Personengruppen**, insbesondere Frauen, einen Warneffekt sichern sollten. Württemberg²⁷¹ und Sachsen²⁷² forderten bei Bürgschaften von Frauen seit 1828 eine gerichtliche Aufklärung der Frau. Das ALR forderte gerichtliche Belehrung und Protokollierung²⁷³. Der Bayerische Entwurf von 1861²⁷⁴ verlangte bei Bürgschaften für den Ehemann zur Abwehr »nachtheilige[r] Einflüsse auf die Willensfreiheit der interzedierenden Ehefrau« eine öffentliche Urkunde. Der CMBC hatte mit dem älteren Bayerischen Recht zwar im Regelfall eine »unmissverständliche« und ausdrückliche Erklärung für ausreichend gehalten²⁷⁵. In Ausnahme war aber »bey gemeinen schlechten Burgern und Bauren«, also bei Personen niedrigen Standes, eine gerichtliche bzw. obrigkeitliche Beurkundung oder, bei Verträgen unter 50 Gulden wenigstens ein Protokoll, verlangt worden²⁷⁶. Ausgenommen sollten nur solche Personen sein, »von welchen zu muthmaßen ist, daß sie sich so leicht nicht hintergehen lassen«²⁷⁷.

Damit verzichtete im Ergebnis lediglich das ABGB auf jegliche Warnung durch Form oder ein funktionales Äquivalent. Hinsichtlich der Bürgschaft von Frauen geschah dies aber nicht ohne Widerstände. Noch der Codex Theresianus von 1766 hatte für Frauen eine Belehrung »an ordentlicher Gerichtsstelle in persönlicher Gegenwart des Weibes« gefordert²⁷⁸. Die Abschaffung des Formerfordernisses folgte

²⁶⁹ Mot. zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861, 261.

²⁷⁰ So in § 1781 des Zürcher Zivilgesetzbuches: »Jede Bürgschaft bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Vertragsform.«; nach älterem Berner Recht war Schriftform, alternativ notarielle Beurkundung vorgeschrieben, so Hermann Rennefahrt, Grundzüge der Bernischen Rechtsgeschichte, Bd. III, Bern 1932, 277.

²⁷¹ Gesetz vom 21. Mai 1828, die vollständige Entwicklung des neuen Pfandsystems betreffend, Artt. 5–8.

²⁷² § 1650 Sächs. BGB.

²⁷³ ALR I 14 §§ 221–226, 228, 229; II 1 §§ 341–344.

²⁷⁴ Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, München 1861, II Art. 869.

²⁷⁵ Mot. Gesetzbuch Bayern (Fn. 269) 261f.

²⁷⁶ CMBC IV 10 § 3 Nr. 1; hierzu u. zu den Vorläufern *Schuppenies*, Die Bürgschaft im bayerischen Landrecht (Fn. 158) 45.

²⁷⁷ CMBC IV 10 § 4 Nr. 1; dies wird von *Schuppenies*, a.a.O., nicht erwähnt. Die Regelung fußte auf dem bayerischen Landrecht von 1616 (Tit. 14 Art. 7). In der Oberpfalz hatte man zuvor eine Formpflicht für »Bürgern und Bauern« verlangt, was während der Entstehung des CMBC zu Diskussionen führte, vgl. Karl Philipp Zimmermann, Die Monita zum Entwurf des Codex Maximilianus Bavaricus Civilis (Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte, 6), 2008, 221ff.

²⁷⁸ So die Anm. *Kreittmayrs*, IV (Fn. 127) 468.

²⁷⁹ Codex Theresianus III 8 § II Nr. 21; hierzu im einzelnen Oskar Lehner, Senatus Consultum

nach kontroversen Debatten und zu dem Zweck, die Frauen rechtlich gleichzustellen²⁸⁰.

Im Ergebnis versuchten daher die meisten älteren Rechtsordnungen, der Gefährlichkeit der Bürgschaft durch Form oder Äquivalente rechtliche Warnleuchten entgegenzusetzen.

c) Andere europäische Lösungen seit 1900

Auch hinsichtlich der Formerfordernisse macht sich bei den kontinentaleuropäischen Rechten die gemeinsame römische Rechtstradition bemerkbar. Aber auch das englische »law of suretyship« wurde teils direkt, teils auch über das mittelalterliche »mercantile law«, welches mit dem »römischen Recht« in Berührung kam, von diesem beeinflusst²⁸¹.

In der Schweiz²⁸² gelten gestufte Formerfordernisse. Während für juristische Personen, Kommandit- und Kollektivgesellschaften der Grundsatz der einfachen Schriftlichkeit unter Angabe des zahlenmäßig bestimmten Höchstbetrages ausreicht, werden bei natürlichen Personen strengere Anforderungen gestellt. Die Bürgschaftserklärung bedarf hier der öffentlichen Beurkundung²⁸³. Wenn der Haftungsbetrag die Summe von 2000 Franken nicht übersteigt, so genügt die eigenschriftliche Angabe des zahlenmäßig bestimmten Haftungsbetrages und gegebenenfalls der solidarischen Haftung in der Bürgschaftsurkunde selbst²⁸⁴.

Österreich dehnt das Erfordernis der Schriftform²⁸⁵ der Bürgenverpflichtung nun auch auf das Kaufmannsrecht aus. Seit dem 01. 01. 2007 ist dort das »Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften« – kurz: Unternehmensgesetzbuch (UGB) – in Kraft getreten. Die alte Regelung, wonach die Bürgschaft eines Vollkaufmanns auch formlos erfolgen konnte, ist mit dem Wegfall der Unterscheidung zwischen »Voll- und »Minderkaufmann« hinfällig geworden.

In der ehemaligen DDR bedurfte es für die Entstehung der Bürgschaft ebenfalls der Schriftform²⁸⁶.

In Frankreich unterliegt die Bürgschaft zwar keiner speziellen Formvorschrift, dennoch ist diese aber unverzichtbar, da wegen der allgemeinen Beweisregel bei Verträgen, mit Ausnahme von Geschäften bis € 1.500.–, nur der Urkundenbeweis zugelassen ist²⁸⁷. Außer bei Handelsgeschäften muß zur Sicherung der vollen Be-

Velleianum – Die Wiederkehr der antiken Rechtsfigur im frühneuzeitlichen österreichischen Recht, ZRG (GA) 105 (1988) 285, 285f.; knapp Ursula Floßmann, Österreichische Privatrechtsgeschichte, 3. Aufl. 1996, 257f.

²⁸⁰ Darstellung der Debatten bei Lehner, ZRG (GA) 105 (1988) 286ff.; näheres unten Rn. 97ff.

²⁸¹ Zimmermann, Law of Obligations (Fn. 13) 144.

²⁸² Artt. 492–512 OR.

²⁸³ Diese muß den am Ort ihrer Vornahme geltenden Vorschriften entsprechen.

²⁸⁴ Art. 493 II OR.

²⁸⁵ § 1346 II AGBG.

²⁸⁶ § 450 I ZGB DDR.

²⁸⁷ Art. 1341 CC; zuletzt per Artt. 56, 59 des Dekrets no° 2004-836 vom 20. 08. 2004 von € 800.– auf € 1.500.– ab 01. 01. 2005 erhöht.

weiskraft zudem jedes einseitige Zahlungsverprechen in einer Urkunde festgehalten werden. Der sich Verpflichtende hat den Betrag in Buchstaben und Zahlen handschriftlich zu erklären und die Urkunde zu unterschreiben²⁸⁸.

Auch in **Italien** verlagert sich der Schutz des Erklärenden auf die prozessuale Ebene, indem nur auf dieser Ebene die Nichteinhaltung der Schriftform sanktioniert wird²⁸⁹.

In **England** entspricht der »contract of guarantee« der Bürgschaft, in dem eine Person (guarantor oder surety) rechtlich verbindlich verspricht, für die gegenwärtige oder zukünftige Schuld einer zweiten Person (principal debtor) aufzukommen.²⁹⁰ Die zentrale Formvorschrift im englischen Common Law für den »contract of guarantee« ist das Statute of Frauds, Section 4 (1677)²⁹¹, welches nicht nur die Form für den »contract of guarantee« vorgibt, sondern auch noch für andere Rechtsgeschäfte gilt²⁹². Diese fordert neben der schriftlichen Fassung des Vertrages auch die Unterschrift des Bürgen oder einer von ihm autorisierten Person. Es reicht dabei schon aus, wenn das Angebot seitens des »security provider« hinsichtlich der wesentlichen Punkte schriftlich festgehalten wird, die Annahme kann dann auch mündlich erfolgen (J Pereira Fernandes SA v. Mehta [2006] 1 WLR 1060 [HL]).²⁹³ In *Leroux vs. Brown*²⁹⁴ wurde entschieden, daß das Statute of Frauds nicht das materielle Recht beeinflußt, sondern lediglich den Erfolg einer Bürgschaftsklage ausschließt, wenn kein schriftlicher Beweis beigebracht werden kann.²⁹⁵ Ein Verstoß gegen diese Formvorschrift macht die Bürgschaft also nicht nichtig, sondern ähnlich wie im französischen und italienischen Recht lediglich prozessual nicht durchsetzbar. Dieser prozeßrechtlichen Beweisfunktion ist genüge getan, wenn der »contract of guarantee« noch nach Vertragsschluß schriftlich in einer *note* oder einem *memorandum* festgehalten wird.²⁹⁶

45 Zukünftige praktische Bedeutung könnte auch dem von der »Study Group on a European Civil Code« im Jahre 2007 publizierten Entwurf zur »Personal Security« zukommen.²⁹⁷ Diese Gruppe sichtet seit dem Jahre 1999 als Nachfolgeorganisation der »Commission on European Contract Law« die verschiedenen europäischen

²⁸⁸ Artt. 1326, 1347 CC.

²⁸⁹ Art. 2721 Codice civile.

²⁹⁰ Wolfgang Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht, 14.

²⁹¹ »...noe Action shall be brought...whereby to charge the Defendant upon any special promise to answer for the debt, default or miscarriages of another person...unless the Agreement upon which such Action shall be brought or some Memorandum or Note thereof shall be Writeing and signed by the partie to be charged therewith or some other person thereunto by him lawfully authorized«.

²⁹² Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 290) 25.

²⁹³ Drobnič (Hg.), Ulrich, Personal Security (PEL Pers. Sec.) in: Principles of European Law Volume IV, 418.

²⁹⁴ (1852) 12 C. B. 801, 824.

²⁹⁵ Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 290) 26.

²⁹⁶ Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 290) 28.

²⁹⁷ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) Foreword, p. VII-IX.

Rechte, macht Vorschläge und entwickelt Konzepte, mit dem Ziel, den Prozeß der Europäisierung des Zivilrechts voranzutreiben. Für abhängige persönliche Sicherheiten (Bürgschaften) gilt gemäß Artikel 4:105 ihres Entwurfs ein **Formerfordernis nur für Verbraucher**. Der Sicherungsvertrag ist in einem solchen Fall nur dann wirksam, wenn er schriftlich abgeschlossen wird und vom Sicherungsgeber unterzeichnet wird.²⁹⁸ Eine Ausnahme zu diesem Formerfordernis findet sich jedoch in Artikel 4:101 für den Fall, daß der Gläubiger ebenfalls ein Verbraucher ist oder ein Verbraucher als Sicherungsgeber in der Lage ist, einen maßgeblichen Einfluß auf den Schuldner auszuüben.²⁹⁹

2. Akzessorietät

a) BGB 1900

In den BGB-Beratungen stand der Grundsatz der Akzessorietät nicht in Frage, ihn besonders auszusprechen sei »überflüssig«³⁰⁰. Er spielte eine entscheidende Rolle in den dargestellten Abgrenzungsfragen zu verwandten Personalsicherheiten. Für verbleibende Einzelfragen gab der DresdE fünf Problemfelder vor:

(1) Nichtbestehen einer Hauptschuld: **Künftige und bedingte Verbindlichkeiten** 47 (Art. 929 DresdE³⁰¹). Einigkeit bestand darin, daß eine Verbürgung für eine unwirksame Hauptschuld auch dann unwirksam sei, wenn der Bürge sich wissentlich für eine Nichtschuld verbürgte³⁰². Eine Bürgschaft für künftige oder bedingte Verbindlichkeiten wurde dann als wirksam erachtet, wenn die Hauptschuld auflebte. Die erste Kommission hatte dabei anerkannte Phänomene in der Kreditwirtschaft im Blick, wie den Kontokorrent³⁰³ oder die Personalkaution in Amts- oder Dienstverhältnissen³⁰⁴. Eine Lockerung des Akzessorietätsfordernisses sah man darin nicht, sondern eine Übereinstimmung mit ihren »allgemeinen Grundsätzen«³⁰⁵. Zunächst war erwogen worden, auch »unbestimmte« Forderungen in der Liste aufzunehmen. Die zweite Kommission strich diesen Zusatz, da er mit Blick auf eine zahlenmäßig

²⁹⁸ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 55.

²⁹⁹ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 53f.

³⁰⁰ Mot., Bd. II, 659 (Mugdan, Bd. II, 368).

³⁰¹ Art. 929: Die Bürgschaft kann nur für eine gültige Verbindlichkeit übernommen werden. Diese kann eine künftige, bedingte oder unbestimmte sein.

³⁰² Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 466; Mot., Bd. II, 661 (Mugdan, Bd. II, 369).

³⁰³ Zur Geschichte des Kontokorrent vgl. Karl Otto Scherner, Wandlungen im Bild des Kontokorrents, in: Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart: FS für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, 1975, 171, 171 ff.

³⁰⁴ Mot., Bd. II, 669 (Mugdan, Bd. II, 373f.) Bis zum Beginn des 20. Jhs. waren Kauttionen insbes. der Beamten üblich, die bei Dienstvergehen verfielen, vgl. etwa ALR I 14 §§ 273–276, 322, 359ff.; II 20 §§ 448, 453f.

³⁰⁵ Prot., Bd. II, 2502 (Mugdan, Bd. II, 1020); vgl. auch Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 765–766, 461.

unbestimmte Forderung selbstverständlich, darüber hinausgehend aber unklar sei³⁰⁶.

- 48 (2) **Abweichung von der Hauptschuld** mit Blick auf Haftungssumme, Bedingungen, Nebenbestimmungen und Art der Leistung (Art. 931 DresdE³⁰⁷): *Windscheid* beantragte in der ersten Kommission die Aufnahme der Bestimmung: »Es kann ausgemacht werden, daß der Bürge zu einer geringeren oder einer größeren, einer weniger lästigen oder einer lästigeren, auch daß er zu einer Leistung anderer Art verpflichtet sein solle, als der Hauptschuldner«³⁰⁸. Seinem Lehrbuch zufolge bezweckte dies gegen Mißverständnisse im gemeinen Recht³⁰⁹ offenbar die Klarstellung, daß eine solche Vereinbarung nicht nichtig, sondern wirksam sei, jedoch als »Schenkungsversprechen, Entschädigungsversprechen, Schuldübernahme«³¹⁰. Die Kommission lehnte den Antrag ab, weil wegen Verstoßes gegen den Akzessorietätsgrundsatz gar keine Bürgschaft vorliege, die Wirksamkeit der alternativen Vertragstypen aber nicht im Bürgschaftsrecht zu regeln sei³¹¹. Der später gestrichene § 670 E I stellte klar: Hat der Bürge sich zu einer größeren oder zu einer beschwerlicheren Leistung verpflichtet, als zu welcher der Hauptschuldner verpflichtet ist, oder hat er eine Leistung, zu solcher der Hauptschuldner nur bedingt verpflichtet ist, unbedingt versprochen, so haftet er als Bürge nicht weiter, als der Hauptschuldner verpflichtet ist«.

- 49 (3) **Spätere Veränderung der Hauptschuld** durch Verschulden des Hauptschuldners, Verzug und andere Nebenansprüche (Art. 932 DresdE³¹²):

Entgegen der Formulierung des DresdE entschied sich die erste Kommission nicht für die Aufzählung von Ausnahmen zum Prinzip der Haftung für den Bestand der

³⁰⁶ Prot., Bd. II, 2502 (Mugdan, Bd. II, 1020).

³⁰⁷ Art. 931: Hat sich der Bürge zu einer größeren Leistung verpflichtet, als worauf die Hauptschuld gerichtet ist, so haftet er, als Bürge, nur bis zum Betrage der Hauptschuld. Bezüglich des Mehrbetrages ist die Verbindlichkeit des Bürgen als eine selbständige zu beurteilen.

Hat sich der Bürge für eine bedingte Schuld unbedingt oder hat er sich unter lästigeren Nebenbestimmungen verpflichtet, als der Hauptschuldner, so kann er entweder als Bürge nach Maßgabe der für die Hauptschuld geltenden Nebenbestimmungen, oder als selbständiger Schuldner nach Maßgabe der unbedingten oder sonst lästigeren Verpflichtung in Anspruch genommen werden.

Hat sich der Bürge zu einer Leistung anderer Art verpflichtet, als worauf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners gerichtet ist, so haftet er nur als selbständiger Schuldner.

³⁰⁸ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 465.

³⁰⁹ Vgl. *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 160 ff., 758 ff., 865.

³¹⁰ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) 9. Aufl. 1906, § 477 2. a. E.

³¹¹ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 466 f.

³¹² Art. 932: Hat sich Jemand für eine Schuld ohne Beifügung einer Beschränkung verbürgt, so erstreckt sich seine Haftung auf den ganzen Umfang der Hauptschuld zur Zeit der Bürgschaftsleistung, sowie auf Aenderungen, welche der Inhalt der Hauptschuld durch Verschuldung oder Verzug des Hauptschuldners erleidet, insbesondere auf Verzugszinsen, Schadenersatz und Kosten.

Auf andere Nebenansprüche, insbesondere versprochene Zinsen und Strafen, erstreckt sich die Bürgschaft, auch wenn ihr eine Beschränkung nicht beigefügt ist, nicht, es wäre denn, daß der Bürge die Haftung hierfür ausdrücklich übernommen hat oder die Uebernahme aus den Umständen erhellt. Letzteres ist insbesondere anzunehmen, wenn die Nebenansprüche zur Zeit der Bürgschaftsleistung bestanden haben und dem Bürgen bekannt gewesen sind.

Hauptschuld bei Bürgschaftsübernahme, sondern für den gegenteiligen Grundsatz der Haftung für den jeweiligen Bestand der Hauptschuld. Die Ausnahmen (Verschulden und Verzug des Hauptschuldners) von der Haftung für den übernommenen Bestand seien so zentral, daß sich fast in vollem Umfang das gegenteilige Prinzip rechtfertige³¹³. Wichtige Ausnahmen in der neuen Perspektive waren daher Rechtsgeschäfte zwischen Hauptschuldner und Gläubiger. Um Zweifel zu vermeiden, ob auch die Kosten der Rechtsverfolgung als solche Rechtsgeschäfte angesehen werden konnten, wurde klarstellend der heutige § 767 II eingefügt. Einschränkend wurde beantragt, die Kosten der Rechtsverfolgung dem Bürgen nur dann aufzuerlegen, »wenn er den Gläubiger nicht sofort befriedigt hat, nachdem er durch diesen von der beabsichtigten Verfolgung des Hauptschuldners in Kenntnis gesetzt war«. Der Antrag wurde jedoch abgelehnt. Eine solche Bestimmung sei für den Gläubiger eine lästige Verpflichtung, während dem Bürgen nur geringer Vorteil daraus erwachse, da er zumeist vor Kenntnis des Prozeßausgangs den Gläubiger nicht befriedigen wollen würde³¹⁴.

(4) Geltendmachung der Einreden des Hauptschuldners durch den Bürgen (Art. 937 DresdE³¹⁵). Das Grundprinzip, dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zustehen, wurde von der ersten Kommission »aus praktischen Rücksichten« und in Konsequenz der Akzessorietät nicht bezweifelt³¹⁶. Für die dogmatische Begründung setzte sich zunächst ein Vorschlag *Plancks* durch: »Soweit dem Hauptschuldner Einreden zustehen, haftet auch der Bürge nicht«. Der Bürge suche genau genommen nicht hinter den Einreden des Hauptschuldners Schutz, sondern mache die eigene Einwendung der Nichthaftung geltend³¹⁷. In der Redaktionsvorlage hieß es gleichwohl: »Der Bürge kann die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit aufgrund von Einreden verweigern, welche dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehen«³¹⁸, da dies »wohl zur Genüge« ausdrücke, daß der Bürge die Einreden nur zur Ablehnung seiner Haftung nutze. Die traditionelle³¹⁹ Ausnahme solcher Einreden, die dem Hauptschuldner nur persönlich zustehen, wie die Minderjährigkeit, wurde nicht übernommen, da ein nicht zu rechtfertigender Bruch mit dem Prinzip vorliege³²⁰. Eine Sonderregelung für Minderjährigkeit des Hauptschuldners

³¹³ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 469.

³¹⁴ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 468, 470.

³¹⁵ Art. 937: Der Bürge kann sich gegen den Gläubiger auch der Einreden bedienen, welche dem Hauptschuldner bezüglich der verbürgten Schuld zustehen, ausgenommen, wenn diese Einreden dem Hauptschuldner nur für seine Person zustehen oder wenn die Einreden die Aufhebung der Hauptschuld nur unter der Voraussetzung bewirken, daß sie von dem Hauptschuldner geltend gemacht werden, und der Gläubiger gegen diese Einreden durch die Bürgschaft sicher gestellt werden sollte.

Diese Bestimmung findet auch auf den Nachbürgen bezüglich der Einreden Anwendung, welche dem Hauptschuldner und dem Hauptbürgen in Ansehung der verbürgten Schuld zustehen.

³¹⁶ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 767–768, 770, 471.

³¹⁷ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 767–768, 770, 471.

³¹⁸ § 459 Redaktorenvorlage.

³¹⁹ Vgl. sogleich Rn. 52.

³²⁰ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 471.

und Verjährung der Hauptforderung wurde abgelehnt. von *Weber* hatte vorgeschlagen, für diesen Fall eine Garantiehaftung anzunehmen, wenn die Bürgschaft mit Blick auf dieses Risiko geleistet worden war oder der Bürge von den Umständen bei Vertragsschluß Kenntnis hatte³²¹. Durch diese Ausnahmen werde das Akzessorietätsprinzip erschüttert, ohne daß hierfür ein praktisches Bedürfnis erkennbar sei³²².

In der ersten Kommission hatte Einigkeit darüber bestanden, daß der Bürge **Gestaltungsrechte des Hauptschuldners** nicht selbst ausüben könne³²³. In der zweiten Kommission wurde dagegen vertreten, der Bürge stehe dem Hauptschuldner gleich, müsse also auch Gestaltungsrechte wie Rücktritt oder Anfechtung geltend machen können. Dies entsprach dem gemeinen Recht³²⁴. Die Gegenmeinung verwies darauf, daß dies auch zur Beseitigung eines ganzen Rechtsverhältnisses, nicht nur der Hauptverbindlichkeit führen könne. Auch sei der Bürge bei einer Anfechtung durch den Hauptschuldner nach seiner Zahlung nicht gefährdet, da er dann vom Gläubiger Rückerstattung aus ungerechtfertigter Bereicherung verlangen könne³²⁵. Es setzte sich eine vermittelnde Position durch, die für Aufrechnung und Anfechtung ein besonderes Leistungsverweigerungsrecht schuf (§ 770)³²⁶.

- 51 (5) **Irrtümer des Bürgen** (Art. 930 *DresdE*³²⁷). Eine besondere Regelung für Irrtümer über die Person des Schuldners wurde neben § 119 für entbehrlich gehalten³²⁸.

b) Lösungswege vor dem BGB

- 52 Die römischen Bürgschaftsstipulationen waren eng an die Hauptschuld gebunden, denn »ihr Schuldverhältnis ist eine Nebensache der Hauptverbindlichkeit und in einer Nebensache kann nicht mehr enthalten sein als in der Hauptsache«³²⁹. Zulässig war quantitativ eine Verbürgung für weniger, nicht für mehr als der Hauptschuldner, qualitativ unter besseren Bedingungen, jedoch nicht schlechter als der Hauptschuldner. Dem Bürgen standen die nicht an dessen Person gebundenen Einreden des Hauptschuldners zu³³⁰. Auch im Erlöschen war die Bürgschaft regelmäßig an die Hauptverbindlichkeit gebunden³³¹. Im einzelnen fanden sich freilich auch Ausnahmen, zudem war die Situation bei *fidepromissio*, *sponsio* und *fideiussio* nicht ein-

³²¹ *Jakobs/Schubert* (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 471.

³²² *Jakobs/Schubert* (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 471.

³²³ *Mot.*, Bd. II, 663 (*Mugdan*, Bd. II, 370).

³²⁴ Vgl. D. 16,2,4; ALR I 16 § 328; Art. 1294 CC.

³²⁵ *Prot.*, Bd. II, 2507 (*Mugdan*, Bd. II, 1021).

³²⁶ *Jakobs/Schubert* (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 77) §§ 767–768, 770, 477 u. §§ 771–773, 492.

³²⁷ Art. 930: Hat sich der Bürge über die Person des Schuldners geirrt, für dessen Verbindlichkeit er die Bürgschaft übernommen hat, so ist die Bürgschaft nichtig.

³²⁸ *Jakobs/Schubert* (Hg.), *Beratung Schuldverhältnisse III* (Fn. 77) §§ 765–766, 461.

³²⁹ Inst. 3,20,5, Übersetzung nach *Corpus Iuris Civilis*, Bd. 1: Institutionen, übersetzt von Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch u. Hans Hermann Seiler, 1990; ähnlich Inst. 3,126.

³³⁰ D. 46,1,32; 44,1,19; C. 4,30,12; hierzu *Paolo Frezza*, *Le garanzie delle obbligazioni*, Bd. I, *Le garanzie personali*, Padova 1962, 62 ff.

³³¹ Einzelheiten bei *Frezza*, *Le garanzie* (Fn. 330) 127.

heitlich. Ob man daraus den weitreichenden Schluß ziehen darf, daß die Bürgenverpflichtung über die genannten Fälle hinaus an den »jeweiligen Bestand« (§ 767) der Hauptverbindlichkeit gekoppelt war, wird in der Forschung bezweifelt³³². Im Mittelalter war die Lektüre dieser Quellen vor allem von durch die Novelle 99 aufgeworfenen schwierigen Abgrenzungsbemühungen zwischen Bürgschaft und gesamtschuldnerischer Haftung geprägt. Dies förderte die Neigung, Akzessorietät als leitendes Prinzip bei Abgrenzungsfragen der Bürgschaft zu verwandten Rechtsinstituten auszubauen. Zugleich blieb bis in den *Usus modernus* jedoch die römische Kasuistik entscheidender Anknüpfungspunkt der Diskussion. Fünf Problemfelder seien herausgegriffen:

(1) Fraglich waren die rechtlichen Anforderungen an das **Bestehen der Hauptverbindlichkeit**. Unstreitig und auch nach römischem Recht zulässig, war es möglich, sich für eine **künftige** Verbindlichkeit zu verbürgen, was erst im Fall des Entstehens der Hauptverbindlichkeit die Wirksamkeit der Bürgschaft begründete (sog. *Kreditbürgschaft*)³³³. Gleiches wurde für eine **bedingte** Verbindlichkeit angenommen. Nach einigen *Digestenstellen* war es auch möglich, eine *fideiussio* für eine *naturalis obligatio* einzugehen³³⁴. Im gemeinen Recht ergab sich daraus zunächst die Frage, ob der Bürge in diesem Fall dem Gläubiger die ja immer bestehenden **Einreden des Hauptschuldners** entgegenhalten könne. Grundsätzlich und generell galt für die Einredeproblematik, daß mit dem Vorliegen eines Einredetatbestandes eine gesicherte Rechtsposition des Bürgen bestand, die auch durch Verzicht des Hauptschuldners nicht beseitigt werden konnte³³⁵. Nach gemeinem, französischem und preußischem Recht gehörten zu den Rechten des Hauptschuldners, die übergingen, auch das Recht, gegenüber der Forderung des Gläubigers mit einer Gegenforderung des Hauptschuldners aufzurechnen³³⁶. Die *naturalis obligatio* ergab für die Einredefrage wichtige weitere Problemfelder und war damit der zentrale Ort der Einredenproblematik im gemeinen Recht. Die Probleme wurden lange im Rahmen der römischen Kasuistik diskutiert³³⁷. So sollte etwa das *SC Macedonianum* dem Bürgen zustehen,

³³² Vgl. *Werner Flume*, *Studien zur Akzessorietät der Bürgschaftsstipulationen*, 1932; *Francesco DeMartino*, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, Bd. I, Rom 1940, 109 ff.; *Jürgen Kühling*, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht*, Diss. Göttingen 1962, 4 ff., 38 ff.; *Robert Feenstra*, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement »verbis« en droit romain classique*, in: *Études offertes à Jean Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, 301 ff.; *ders.*, *Die Bürgschaft im Römischen Recht* (Fn. 4) 299 ff.; *Frezza*, *Le garanzie* (Fn. 330) 62 ff.; *Werner Flume*, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, 1990, 28 ff.

³³³ D. 46,1,6,2.; Vgl. *Girtanner*, *Bürgschaft* (Fn. 121) 105 ff.; *Windscheid/Kipp*, *Pandekten* (Fn. 82) § 477 Anm. 3.

³³⁴ D. 46,1,6,2; 46,1,7.

³³⁵ *Hasenbalg*, *Bürgschaft* (Fn. 140) 334.

³³⁶ D. 16,2,1,4 u. 5; ALR I 16 § 328; Art. 1294 CC.

³³⁷ Vgl. *Daniel Nettelbladt*, *Diss. exceptionem Scti Macedoniani etiam fideiussori competere*, Halle 1785; *Georg Adam Struve*, *Syntagma iuris civilis pars tertia et ultima*, 3. Aufl. Frankfurt/Leipzig 1738, Exerc. XLVII, Lib. XLVI, Tit. I (De fideiussoribus et mandatoribus, §§ 43 ff.); *Johannes Voet*, *Commentarius ad pandectas. In quo praetor Romani Juris principia ac controversias illustri-*

es sei denn, er hatte sich *donandi animo* verbürgt³³⁸. Nach D. 46,1,1,37 haftete nicht, wer sich ohne Kenntnis für eine verjährte Forderung verbürgt hatte³³⁹. Als allgemeiner Satz galt zudem, daß der Bürge generell sich nicht auf *exceptiones personae cohaerentes*, also die mit der Person des Hauptschuldners verbundenen Einreden, berufen könne³⁴⁰. 1784 versuchte Adolph Dietrich Weber³⁴¹ diese Entscheidungen unter »allgemeine Grundsätze« zu bündeln³⁴². Er unterschied bei Naturalobligationen zwischen Hauptverbindlichkeiten, deren Verbot im öffentlichen Interesse lag und solchen, bei denen die Nichtdurchsetzbarkeit den Schutz des Hauptschuldners betreffe. Nur im letzten Fall komme eine Haftung des Bürgen in Betracht. Weber folgte aus dem gesetzlichen Schutzziel in diesen Fällen, daß nicht nur ein Vorgehen des Gläubigers gegen den Hauptschuldner ausgeschlossen sei, sondern auch ein Regreß des Bürgen³⁴³. Sodann machte er die schwierigen Folgefragen deutlich: Wußte der Bürge bei Eingang der Bürgschaft von der Nichtdurchsetzbarkeit der Hauptforderung, so stellte sich die Frage nach der Rechtsnatur seines Vertrages. Im Raum standen Garantie, Schenkung und abstraktes Schuldversprechen, also erneut auch formpflichtige Geschäfte. Kannte der Bürge die Rechtsnatur der Hauptverbindlichkeit nicht, so lag ein Irrtum vor, dessen Behandlung zu klären war. Weber schloß eine Nichtigkeit des Bürgschaftsvertrages infolge Irrtums aus und berücksichtigte die Kenntnis auf der Einredenebene. Er stellte die Regel auf, daß der Bürge alle Einreden des Hauptschuldners, die dem Hauptschuldner nicht nur persönlich zustanden, gegen den Gläubiger vorbringen könne, es sei denn, er habe darauf verzichtet. Nicht vorbringen konnte der Bürge nach Weber insbesondere Minderjährigkeit, Unmündigkeit, Entmündigung oder ein Interzessionsverbot des Hauptschuldners³⁴⁴. Als zulässiges Vorbringen diskutierte er Verjährung der Hauptverbindlichkeit und Präklusion des Gläubigers im Konkurs des Hauptschuldners³⁴⁵.

54 Diese Lösung blieb im 19. Jahrhundert weitgehend herrschend, mit der Einschränkung, daß die dem Bürgen untersagten persönlichen Einreden des Hauptschuldners

ore, Jus etiam hodiernum, & praecipuae Fori Quaestiones excutiantur, Tom. II, Genf 1769, Lib. XLVI, Tit I [De fidejussoribus et mandatoribus]), §§ 14 ff. Johann Brunemann, Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, Tom. II, Editio novissima Genf 1762, Lib. XLVI, Tit. I, Ad L. Stipulatus (Nota 1: »Exceptiones reales, quae principali debitori competent, etiam fidejussoribus competent«) u. Ad L. Inter eas; Carl Friedrich Walch, Introductio in controversias iuris civilis, 3. Aufl. Jena 1791, Sec. III, Cap. IV, membr. 2., subsect. 2, § 13.

³³⁸ Nach D. 14,6,1,7 pr. und § 3; hierzu u. kritisch etwa Johann Laurentius Drechsler, De exceptione S. C. Macedonianum fidejussoribus filiorum familias deneganda, Diss. Altorfi 1758.

³³⁹ Hierzu Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 153 ff.

³⁴⁰ D. 44,1,7 pr.

³⁴¹ Adolph Dietrich Weber, Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, Leipzig 1784, §§ 112–118; mir lag die 5. Aufl. Leipzig 1825 vor.

³⁴² Weber, Systematische Entwicklung (Fn. 133) 434.

³⁴³ Weber, Systematische Entwicklung (Fn. 133) 436.

³⁴⁴ Zusammenstellung der Fälle bei Weber, Systematische Entwicklung (Fn. 133) § 66.

³⁴⁵ Vgl. Weber, Systematische Entwicklung (Fn. 133) § 115.

enger gefaßt wurden³⁴⁶. Während für den Fall des Nichtbestehens der Hauptschuld infolge Verbotes keine Bürgschaft bestand, aber, wenn der »Bürge« darum wußte, ein Schenkungsversprechen oder eine Garantie angenommen wurde³⁴⁷, lag bei einer nicht verbotenen, aber nicht vollstreckbaren Hauptforderung eine Bürgschaft vor. Auch das ALR ging davon aus, daß ein Irrtum des Bürgen über die Rechtsnatur der Hauptverbindlichkeit nicht beachtlich sei³⁴⁸. Im Gegenzug wurden dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners zugesprochen³⁴⁹. Dies galt, übereinstimmend ALR, ABGB und CC, aber nicht für Unwirksamkeitsgründe, die in der Person des Hauptschuldners begründet waren³⁵⁰. Während im preußischen, französischen und österreichischen Recht wie bei Weber die Minderjährigkeit des Hauptschuldners darunter fiel³⁵¹, verstand das gemeine Recht diesen Rechtsbegriff zumeist enger. Erneut wurde dabei kasuistisch und zumeist kontrovers diskutiert³⁵². Anhand der Römischen Quellen wurden genannt das *pactum de non petendo in personam*³⁵³, die Wohltat des Notbedarfs (*beneficium competentiae*)³⁵⁴, bei dem der Hauptschuldner nur auf das verpflichtet wurde, wozu er im Urteilszeitpunkt leistungsfähig war, ein Nachlaß eines Teils der Forderung³⁵⁵ oder, an diese Quellenstelle geknüpft, eine Stundung. Nach gemeinem Recht fehlte es in Fällen der Minderjährigkeit, Unmündigkeit oder der Interzessionsverbote folglich an einer Hauptverbindlichkeit und die Bürgschaft entfiel. Denkbar war nur eine Haftungsübernahme als Schenkung oder Garantie, während die genannten Partikularrechte hier Bürgschaftsrecht anwandten.

(2) Lange streitig blieb die Frage, ob eine Bürgschaft, die auf eine höhere Summe als die Hauptschuld eingegangen werde, insgesamt nichtig oder hinsichtlich der bestehenden Hauptschuld teilweise wirksam sei³⁵⁶. Entgegen der eindeutigen Aussage Ulpian in D. 46,1,8,7³⁵⁷, daß eine Bürgschaft nicht für eine höhere Summe als die Hauptschuld eingegangen werden könne, setzte sich gegen die mittelalterliche Les-

³⁴⁶ Vgl. Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 144 ff.; Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 381 ff.

³⁴⁷ Vgl. die Einigkeit bei den Beratungen zum DresdE, Prot-DresdE, Bd. V, 3435 ff.; Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 477 b) 4.

³⁴⁸ ALR I 14 § 255.

³⁴⁹ ALR I 14 § 310.

³⁵⁰ ALR I 14 § 254, § 1352 ABGB, Art. 2012 II CC. Dies gilt auch für die Vermutung der dann eintretenden Haftung als Selbstschuldner, die der BayE u. der HessE aufnahmen: HessE IV 2 Art. 857 II; BayE Art. 863.

³⁵¹ Art. 2012 II CC; zu § 1352 ABGB vgl. Moritz v. Stubenrauch, Commentar zum ABGB, Bd. II, 8. Aufl. Wien 1903, § 1352; zu Preußen Förster, Privatrecht (Fn. 168) 422 Fn. 29 (§ 144) (Bürge wird in diesem Fall Alleinschuldner).

³⁵² Vgl. Die Zusammenstellung bei Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 333 ff.; daneben Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 477 Fn. 7.

³⁵³ D. 2,14,1,22.

³⁵⁴ D. 42,1,24 pr.

³⁵⁵ D. 17,1,58,1.

³⁵⁶ Zu den Einzelheiten dieser verschlungenen Debatte Glück, Pandecten (Fn. 131) Bd. XIII, Erlangen 1811, 402 f. Fn. 28; Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 170 ff.

³⁵⁷ »Illud commune est in universis, qui pro aliis obligatur, quod, si fuerint in diuorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari«.

art im 17. Jahrhundert die Teilnichtigkeitlösung durch³⁵⁸, wobei von Einigen, infolge eines Vorschlags von *Alciat*³⁵⁹, schlicht ein »non« in den Text hineingelesen wurde. Im 18. Jahrhundert kippte der Streit erneut und nun wurde von vielen vollständige Nichtigkeit angenommen³⁶⁰. Dies ist vor dem Hintergrund der etwa gleichzeitig erfolgenden erneuten Ausdifferenzierung des *constitutum in debiti alieni* zu sehen³⁶¹. Es ging im Ergebnis also nicht um eine Nichtigkeit des Geschäfts, sondern um seine **dogmatische Zuordnung**. Insofern hatte die Differenz zwischen Gesamtnichtigkeit, die auch im gemeinen Recht des 19. Jahrhunderts häufig³⁶² vertreten wurde und Teilnichtigkeit in den älteren Kodifikationen³⁶³ keine nennenswerten praktischen Auswirkungen³⁶⁴. Die im Laufe des 19. Jahrhunderts sich zeigende Tendenz, das *constitutum in debiti alieni* aufzugeben³⁶⁵, führte in den deutschen Kodifikationsentwürfen dazu, daß klärend die Teilnichtigkeitslösung hervorgehoben wurde³⁶⁶.

56 (3) Auch die Frage der **qualitativ negativen Abweichung** wurde vom Streit um D. 46,1,8,7 miterfaßt, da hier allgemein von »in duriores causas« gesprochen wurde. Damit fielen Abweichungen von der Hauptschuld etwa in der Frage der Bedingtheit, der Leistungszeit oder des Leistungsortes mit in diesen Streit zusammen. Besondere Probleme bot die Abweichung vom Leistungsort, wegen zweier Fragmente zu dieser Frage³⁶⁷, die bereits den Glossatoren so große Auslegungsprobleme bereitet hatten,

³⁵⁸ Breite Sammlung der Argumente bei Voet, Commentarius ad pandectas (Fn. 337) Lib. XLVI, Tit. I, § 4; für Teilnichtigkeit daneben Stryk, Usus modernus (Fn. 124) Tom. V, Lib. XLVI, Tit. I (De fideiussoribus et mandatoribus), § 9; Berger, Oeconomia (Fn. 128) Lib. III, Tit. III., 10; G. A. Struve, Syntagma juris civilis (Fn. 337) Ex. XLVII, Lib. XLVI, Tit. I, § 40 (»Hodie vero communiter receptum esse«); Kreittmayr in seinen Anm. über den Codicem Maximilianum Bavaricum civilem, IV. Teil, 2. Aufl. München 1844, Kap. 10 § 9 2. (»Jure consuetudinario tam communi quam bavarico hingenen wenigstens quad Summam concurrentem besteht«); Wolff, Grundsätze des Natur- und Völkerrechts (Fn. 126) § 577; Pufendorf, De jure naturae et gentium (Fn. 155) Lib. V, Cap. X, § 9 (S. 691).

³⁵⁹ Andreas Alciat, Parerga iuris libri tres cum argumentis capitum in eosdem, Basiliae 1538, Cap. 17 I (S. 90).

³⁶⁰ Höpfner, Commentar Institutionen (Fn. 131) § 840; Glück, Pandecten (Fn. 131) Bd. XIII, Erlangen 1811, § 851; Johann Friedrich Ludwig Göschen, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht, Bd. II, Göttingen 1839, § 563 II 2; Puchta, Pandecten (Fn. 139) § 404.

³⁶¹ Vgl. o. Rn. 27.

³⁶² Die Frage blieb freilich umstritten, vgl. die Nennungen bei Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 179ff., 760ff., 854ff.

³⁶³ ALR I 14 § 258, hierzu klärend Franz Förster, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, 4. Aufl. hg. von Max Ernst Eccius, Bd. II, Berlin 1882, 422 (§ 144), Art. 2013 CC, hierzu Carl Salomo Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des französischen Civilrechts, 3. Aufl. 1927, § 423 a Fn. 6.

³⁶⁴ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 425: »Entscheidungen der Praxis über die Frage ... haben nicht gefunden werden können«.

³⁶⁵ Vgl. o. Rn. 26.

³⁶⁶ BayE II Art. 865 (»nur auf den Betrag der Hauptschuld ... wirksam«); HessE IV 2 § 590 (»insoweit, als sie den Betrag der verbürgten Schuld übersteigt, ungültig«), Art. 931 I DresdE (»haftet er, als Bürge, nur bis zum Betrage der Hauptschuld«).

³⁶⁷ D. 13,4,8 (Africanus) u. 10 (Paulus).

daß sie im 18. Jahrhundert unter die sieben *damnatae leges Pandectarum* oder *cruces Ictorum* gezählt wurden³⁶⁸. Kreittmayr beendete als einer der ersten die Debatten (»das eingebilddete große Kreuz hört wenigstens in unserer bayerischen Juristerei gänzlich auf«) und behandelte alle Fälle einer qualitativen Abweichung gleich, indem er die Wirksamkeit an den durch Auslegung zu ermittelnden Parteiwillen band³⁶⁹. Im gemeinen Recht gewann die **Auslegungslösung** ebenfalls zunehmend Anhänger. Dabei wurde die Bürgschaft jedoch wie bei der quantitativen Abweichung als teilnichtig behandelt und die Zusatzbedingungen getrennter Vereinbarung unterworfen³⁷⁰. Nach Verabschiedung des *constitutum in debiti alieni* blieben viele andere Lösungsmöglichkeiten. Die unbedingte Bürgschaft auf eine bedingte Schuld war nach Windscheid für den Fall des Bedingungsausfalles Schenkung, die Verkürzung der Zahlungsfrist des Hauptschuldners Schuldübernahme³⁷¹. Die gleiche Lösung fand sich durchweg in den Kodifikationen³⁷² und den deutschen Entwürfen im 19. Jahrhundert³⁷³. Eine **positive Abweichung** von der Hauptschuld, also eine Haftungserleichterung des Bürgen, konnte nach dem römischen Vorbild demgegenüber unstreitig vereinbart werden³⁷⁴.

(4) Eine weitere Frage war, für welche **Veränderungen der Hauptschuld nach Abschluß des Bürgschaftsvertrages** der Bürge einzustehen hatte. Im Corpus Iuris fanden sich Belege dafür, daß der Bürge für eine schuldhaft Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch den Hauptschuldner³⁷⁵ und für Verzugszinsen³⁷⁶ einzustehen hatte. Im gemeinen Recht entwickelte sich unter Bezugnahme auf D. 19,2,54 pr.³⁷⁷ der Versuch, dies einschränkend zu interpretieren. Paulus hatte in diesem

³⁶⁸ Cornelius van Eck, Commentatio Iuridica de septem damnatis Legibus Pandectarum seu Crucibus Ictorum, Diss. Halle 1766, Cap. 4 mit den verschiedenen Ansichten.

³⁶⁹ Kreittmayr, Anm. (Fn. 127) IV 10 § 9 1. a. E.

³⁷⁰ Vgl. hierzu Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 170ff.; Vangerow, Pandekten (Fn. 87) § 578 Anm. 1; Franz Samhaber, Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht, Erlangen 1861, 174f.; Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 179ff., 760ff., 854ff.; anders Glück, Pandecten (Fn. 131) 342ff.

³⁷¹ So Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 477 Fn. 23.

³⁷² ALR I 14 § 277; Art. 2013 III CC, zu diesen Normen Förster u. Zachariae, vgl. o. Fn. 363; § 1455 Sächs. BGB.

³⁷³ BayE II 865; HessE Art. 592 II; DresdE Art. 931 II.

³⁷⁴ D. 46,1,8,7; hierzu zeitgenössisch Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 235ff.; aus der Rspr. RGZ (v. 6. 7. 1895 – I 128/95) 35, 290ff.; OLG Dresden (v. 3. 2. 1891) SeuffA 47, 41, Nr. 26.

³⁷⁵ D. 46,1,58,1; 45,1,49, vgl. Frezza, Le garanzie (Fn. 330) 84ff.

³⁷⁶ D. 22,1,24,2.

³⁷⁷ Paulus libro quinto responsorum: Quaero, an fideiussor conductionis etiam in usuras non illatarum pensionum nomine teneatur nec prosint ei constitutiones, quibus cavetur eos, qui pro aliis pecuniam exsolvent, sortis solummodo damnum agnoscere oportere. Paulus respondit, si in omnem causam conductionis etiam fideiussor se obligavit, eum quoque exemplo coloni tardius illatarum per moram coloni pensionum praestare debere usuras: usurae enim in bonae fidei iudiciis, etsi non tam ex obligatione proficiantur, quam ex officio iudicis applicentur, tamen, cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fideiussisset: »in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse iubes?« vel ita: »indemnem me praestabis?«.

Fragment eine Haftung davon abhängig gemacht, daß sich der Bürge für die gesamte Verbindlichkeit (*»in omnem causam«*) erklärt habe³⁷⁸. Eine solche Erklärung wurde bei selbstschuldnerischer Bürgschaft angenommen³⁷⁹. Ansonsten mußte eine Auslegung diese erweiterte Haftungsübernahme ergeben. Hiervon geprägt zeigte sich neben dem CMBC³⁸⁰ und dem ABGB³⁸¹ insbesondere das ALR, das in dieser Frage eine ganze Reihe von Auslegungsregeln formulierte³⁸². Den umgekehrten Grundsatz, also eine vermutete Haftung für *mora* und *culpa* statuierten nach dem Vorbild *Pothiers*³⁸³ der Code Civil³⁸⁴ das Sächsische BGB³⁸⁵ und das Schweizer Obligationenrecht³⁸⁶. Im 19. Jahrhundert blieb die Lage im gemeinen Recht besonders für Verzugszinsen umstritten³⁸⁷, was zur wiederholten Beschäftigung der Gerichte mit dieser Frage führte³⁸⁸. Gegen Ende des Jahrhunderts gewann auch hier die Ansicht an Boden, daß eine Verbürgung *»in omnem causam«* vermutet werden müsse, da dies den Parteierwartungen im Kreditverkehr entspreche³⁸⁹.

Im historischen Überblick zeigt sich die Akzessorietätsdebatte damit in besonderem Maße geprägt von den bereits in den antiken Quellen erörterten Problemfeldern, wenn auch nicht durchweg von den dort vertretenen Lösungen.

c) Andere europäische Lösungen seit 1900

- 58 Der Grundsatz der Akzessorietät findet sich im Bürgschaftsrecht aller bisher besprochenen kontinentaleuropäischen Staaten.

³⁷⁸ So *Johann Brunemann*, Commentarius in quinquaginta libros pandectarum, Tom I, Editio novissima Genf 1762, Lib. XIX, Tit. II, Ad L. Quæro, Nota 2; *Stryk*, Usus modernus (Fn. 124) Tom. V, Lib. XLVI, Tit. I (De fideiussoribus et mandatoribus), § 11; *Lauterbach*, Collegium (Fn. 128) Lib. XLVI, Tit. I, § 31; *Augustin Leyser*, Meditationes ad Pandectas, Vol. VII, Halle 1772, Spec. DXXIV, V.

³⁷⁹ *Leyser*, Meditationes ad Pandectas (Fn. 378).

³⁸⁰ CMBC IV 10 § 9, hierzu *Kreittmayr*, Anm. (Fn. 127) 474 f.

³⁸¹ § 1353 ABGB.

³⁸² ALR I 14 §§ 259–276.

³⁸³ *Robert-Joseph Pothier*, Traité des obligations, Bd. I, Louvain 1827 (Paris, Orléans 1770), 274 (Nr. 374).

³⁸⁴ Art. 2016 CC.

³⁸⁵ §§ 1456 f. Sächs. BGB.

³⁸⁶ Art. 499 aOR.

³⁸⁷ Einerseits *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 477 Ziff. 3 (in omnem causam könne auch als stillschweigende Übernahme interpretiert werden); *Rudolph Frhr. v. Holzschuher*, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. III, 3. Aufl. Leipzig 1864, § 311 Nr. 5; andererseits gegen die Erstreckung auf Verzugszinsen: *Carl Wilhelm Wolff*, Zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841, 207 f.; *Carl Otto v. Madai*, Lehre von der Mora, Halle 1837, 419 f.; *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 267 ff.

³⁸⁸ *Hufnagel*, SeuffA 1, 223, Nr. 213; OAG Jena (v. 12. 3. 1846) SeuffA 3, 369, Nr. 325; SeuffA 20, 226; ROHGE (v. 2. 5. 1873 – I 303/73) 10, 52.

³⁸⁹ So *Dernburg*, Pandekten (Fn. 197) § 79 Fn. 2; *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 477 Fn. 26; älterer Streitstand bei *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 267.

In der Schweiz ist die Bürgschaft akzessorisch im Entstehen³⁹⁰, wobei jedoch bei Kenntnis bestimmter Wirksamkeitsmängel der Hauptschuld eine Haftung entstehen kann³⁹¹, in ihrem Fortbestand³⁹² und ihrem Umfang im Rahmen des Bürgschaftshöchstbetrages³⁹³. Der Bürge kann daher auch alle Einwendungen und Einreden des Hauptschuldners dem Gläubiger entgegenhalten³⁹⁴.

Auch in Österreich ist die Bürgschaft akzessorisch zur Hauptschuld in ihrer Entstehung³⁹⁵, ihrem Fortbestand³⁹⁶ und in ihrem Umfang³⁹⁷. Der Grundsatz der Akzessorietät wird jedoch bei Verbürgungen zugunsten Minderjähriger und Geschäftsunfähiger durchbrochen. Hier wird der Bürge infolge des Ausfalls des Hauptschuldners Alleinschuldner³⁹⁸.

In der DDR galt ebenfalls der Grundsatz der Akzessorietät. Das Vertragsverhältnis des Gläubigers zum Bürgen war von dem Vertragsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner abhängig und inhaltlich durch dieses bestimmt, wobei auch hier der Bürge sich auf Erfüllung, Stundung und Verjährung berufen konnte³⁹⁹.

Nur in Italien sind die Regeln über die Akzessorietät abdingbar, indem es eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Bürgenhaftung über den Rahmen der gesicherten Forderung hinaus zuläßt⁴⁰⁰. Ansonsten gelten auch dort die gleichen Prinzipien wie in den anderen Ländern. In Italien wie in allen angeführten Ländern mit Ausnahme Deutschlands kann sich der Bürge auf einen Mangel der Geschäftsfähigkeit des Schuldners nicht berufen. Er übernimmt somit bei Vertragsschluß quasi eine Garantie für die Geschäftsfähigkeit des Schuldners⁴⁰¹.

Gleiches gilt in Frankreich⁴⁰², wo die Bürgschaft bei einer Unwirksamkeit der Hauptschuld wegen Geschäftsunfähigkeit oder sonst persönlichen Gründen ebenfalls wirksam entsteht⁴⁰³.

Auch ansonsten ist die Bürgschaft in Frankreich akzessorisch sowohl hinsichtlich des Umfangs der Hauptschuld als auch des Fortbestands⁴⁰⁴ der Hauptschuld. Die

³⁹⁰ Art. 492 II OR.

³⁹¹ Art. 492 III OR.

³⁹² Art. 509 I OR.

³⁹³ Art. 499 OR.

³⁹⁴ Art. 492 II 502 OR.

³⁹⁵ § 1351 ABGB.

³⁹⁶ § 1363 ABGB.

³⁹⁷ §§ 1353, 1390 ABGB.

³⁹⁸ *Peter Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 1983, § 1352 Nr. 1 f.

³⁹⁹ Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR vom 19. Juni 1975, 2. Aufl. 1985, zu § 450 u. § 451.

⁴⁰⁰ U. das trotz der Vorschrift des Art. 1941 III Codice civile; vgl. Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1971, 37.

⁴⁰¹ Art. 1939 Codice civile.

⁴⁰² Vgl. zum französischen Bürgschaftsrecht vor der Gesetzesreform von 2006 Art. 2021 ff. CC a.F.

⁴⁰³ Vgl. Art. 2289 II, 2313 II CC.

⁴⁰⁴ Art. 2289 CC.

Bürgschaft verliert demnach ihre Wirksamkeit bei einer Leistung an Erfüllung Statt⁴⁰⁵, bei Aufrechnung⁴⁰⁶, bei Erlaß⁴⁰⁷, Konfusion⁴⁰⁸ und Novation⁴⁰⁹.

Im englischen Recht gilt gleichfalls das Prinzip der Akzessorietät, welches dort – anders als im kontinentalen Sprachgebrauch – auch »principle of dependency« genannt wird. Die Verpflichtung des Bürgen gilt als »co-extensive«⁴¹⁰ mit der des Schuldners, ist also vom Umfang der Hauptschuld begrenzt, entsteht nicht im Falle der Nichtigkeit der Hauptschuld und erlischt bei deren Erfüllung.

- 59 Der Entwurf der *Study Group on a European Civil Code* vermutet bei einer als Sicherheit eingegangenen Verpflichtung grundsätzlich das Vorliegen (Art. 2:101)⁴¹¹ einer streng akzessorisch ausgerichteten Bürgschaft. Ihre Gültigkeit, Bedingungen und Umfang hängen laut Artikel 2:102 von der Gültigkeit, den Bedingungen und dem Umfang der Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger ab⁴¹².

3. Subsidiarität

a) BGB 1900

- 60 Während der Beratungen des BGB zeigten sich wiederholt Zweifel an der Zulassung der Einrede der Vorausklage. In der ersten Kommission wurde beantragt, eine sofortige Inanspruchnahme des Bürgen grundsätzlich zuzulassen⁴¹³. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, daß der Gedanke der Subsidiarität der Bürgenhaftung dem deutschen Rechtsdenken fremd gewesen und folgerichtig der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage im modernen Rechtsverkehr »fast zur Regel geworden sei«. Zudem habe auch das ADHGB in Art. 281 II diese Einrede ausgeschlossen. Die Mehrheit der Kommission sprach sich gegen diesen Antrag aus, weil er angesichts der mit Ausnahme des ADHGB und der ABGB einhelligen Zulassung der Einrede im geltenden Recht »eine schwerwiegende Neuerung« enthalte, an die sich der Rechtsverkehr nicht gewöhnt habe. Damit wiederholten sich Debatten, die auch die Entstehungsgeschichte des von der Kommission zugrunde gelegten Art. 934 DresdE⁴¹⁴

⁴⁰⁵ Art. 2315 CC.

⁴⁰⁶ Art. 1294 CC.

⁴⁰⁷ Art. 1287 CC.

⁴⁰⁸ Art. 1031 CC.

⁴⁰⁹ Art. 1281 CC.

⁴¹⁰ PEL/Drobnig, Pers. Sec. (Fn. 293) 207.

⁴¹¹ PEL/Drobnig, Pers. Sec. (Fn. 293) 48.

⁴¹² PEL/Drobnig, Pers. Sec. (Fn. 293) 48.

⁴¹³ »Der Gläubiger kann, wenn die Verfallszeit der verbürgten Schuld eingetreten ist, den Bürgen auch ohne vorherige Ausklagung des Hauptschuldners in Anspruch nehmen«, *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 771–773, 482; ähnliche Zweifel auch in der zweiten Kommission, vgl. Prot., Bd. II, 2515 (Mugdan, Bd. II, 1024).

⁴¹⁴ »Der Bürge kann, wenn er vor dem Hauptschuldner von dem Gläubiger in Anspruch genommen wird, verlangen, daß dieser zuvor den Hauptschuldner ausklage (Einrede der Vorausklage). Diese Einrede steht dem Bürgen nicht zu, wenn er auf dieselbe verzichtet, insbesondere, wenn der

geprägt hatten⁴¹⁵. Hier war zusätzlich auf die Prozeßrisiken des Gläubigers hingewiesen worden, dem der Bürge zu leicht entgegenhalten könne, nicht hinreichend vollstreckt zu haben. Statt der Vorausklage genüge, wie in § 1355 ABGB statuiert und auch in den Beratungen zu Art. 281 ADHGB erwogen⁴¹⁶, eine Mahnung des Hauptschuldners. Für die Einschätzung, daß die Einrede der Vorausklage heute »abgestorben« sei, wurde neben dem Verweis auf den regelmäßigen Verzicht auch Art. 2023 CC angeführt, der die Geltendmachung der Einrede durch den Bürgen davon abhängig machte, daß der Bürge die Solvenz des Hauptschuldners nachweist und die Prozeßkosten vorschießt. Auch hier argumentierte die Gegenmeinung mit der überwiegenden rechtlichen Zulassung der Einrede, mit dem römischen Recht und mit einer Gewöhnung des Rechtsverkehrs an den Grundsatz der Subsidiarität. Von Anfang an traf der Grundsatz der Subsidiarität damit auf Widerstände. Nach Erscheinen des ersten Entwurfs trat zuletzt *Joseph Unger* in einer längeren Abhandlung dafür ein, den Grundsatz der Subsidiarität nicht einfach dem bestehenden Recht zu entnehmen, sondern einer »unbefangenen Prüfung« zu unterwerfen – mithin (nach österreichischem Vorbild) abzuschaffen⁴¹⁷.

Es verwundert vor diesem Diskussionshintergrund nicht, daß nicht die Möglichkeit des ex- oder impliziten⁴¹⁸ Verzichts auf die Einrede der Vorausklage in den BGB-Debatten Kontroversen hervorrief, sondern lediglich die Frage, in welchen Fällen der Gläubiger auch ohne Verzicht und ohne Klage auf den Bürgen zugreifen konnte. Art. 934 DresdE hatte als Gesprächsgrundlage aufgezählt: (1) Schwierigkeiten der Klageerhebung infolge unbekanntem Wohnorts oder Wechsel des Wohnorts, (2) Konkurs des Hauptschuldners, (3) Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners. Nr. 2 blieb unbeanstandet. Die erste Kommission hielt bei Nr. 1 eine Beschränkung auf »Thatsachen, welche nach Übernahme der Bürgschaft eingetreten seien« für richtig, da jedenfalls bei vorheriger Kenntnis der Wohnsitzprobleme ein Verzicht angenommen werden könne⁴¹⁹. Nr. 3 wurde dahingehend korrigiert, daß nicht die »Zahlungsunfähigkeit«, sondern das »Scheitern der Zwangsvollstreckung« entschei-

Bürge die Verbindlichkeit als Hauptschuldner oder Selbstschuldner (Selbstzahler) oder mit dem Versprechen, zur Verfallzeit sofort zu zahlen, übernommen hat, ingleichen, wenn die Ausklagung des Hauptschuldners wegen Unbekanntschaft oder Wechsels des Wohnsitzes desselben erhebliche Schwierigkeiten hat, oder wenn der Hauptschuldner in Concurs verfallen oder sonst zahlungsunfähig ist«.

⁴¹⁵ Das Folgende in: *Protocolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes, CCXXXIII–CCLIX, Dresden 1865, 3422 ff.* Bezugnahme auch in *v. Kübel*, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 433.

⁴¹⁶ *I. Lutz*, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Bd. II, Würzburg 1858, 500.

⁴¹⁷ *Joseph Unger*, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurfe, *JhJb* 29 (1890) 1, 1 ff.

⁴¹⁸ Durch Verpflichtung als Selbstschuldner oder Selbstzahler, Versprechen der Zahlung bei Verfallszeit, »sammtverbindliche« Verbürgung, vgl. *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) §§ 771–773, 484; Prot., Bd. II, 2529 (Mugdan, Bd. II, 1026).

⁴¹⁹ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 771–773, 485.

dend sei⁴²⁰. »Zahlungsunfähigkeit« war durch § 102 KO entgegen der alten gemeinrechtlichen Voraussetzung der »Vermögensunzulänglichkeit« auch außerhalb des Kaufrechts zur Voraussetzung des Konkurses gemacht worden⁴²¹. Damit wäre Nr. 3 weitgehend in Nr. 2 aufgegangen. Zudem waren angesichts der Entscheidung der KO dafür, die Beurteilung des Merkmals der Zahlungsunfähigkeit dem freien richterlichen Ermessen zu überlassen⁴²², schwierige Vorwegrechtsstreite zu befürchten. Schließlich sollte der Fall ausgeschlossen werden, daß trotz erfolgter Zwangsvollstreckung der Bürge sich darauf berief, daß der Hauptschuldner inzwischen wieder zahlungsfähig geworden sei⁴²³. In Parallele zu § 2 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879⁴²⁴ einigte man sich daher auf die Formulierung: »wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners zur Befriedigung des Gläubigers nicht führen würde«.

62 In der Gegenperspektive war die Frage zu konkretisieren, in welchen Fällen der Grundsatz der Subsidiarität streng zu beachten war. Einigkeit bestand darüber, daß für eine »Vorausklage« nicht eine Verurteilung, sondern »der ohne Erfolg versuchte Zwang zur Erfüllung« erforderlich sei⁴²⁵. Die erste Kommission erwog zunächst, nach dem Vorbild von Art. 935 DresdE⁴²⁶ und anderen Kodifikationen⁴²⁷ klarzustellen, daß die Schadlosbürgschaft des gemeinen Rechts (*fideiussio indemnitas*) selbst bei Konkurs oder Abwesenheit des Hauptschuldners eine Vorausklage erfordere. Man entschied jedoch gegen eine solche Bestimmung, weil ein vertraglich festgelegter Umfang der Vorausklageverpflichtung durch Auslegung im konkreten Fall festgestellt werden müsse und sich einer generellen gesetzlichen Regel entziehe⁴²⁸.

63 In der Redaktionsvorlage wurde präzisierend zudem die Urfassung des späteren § 772 hinzugefügt⁴²⁹. § 772 II bezweckte die Klarstellung, daß der Besitz einer ver-

⁴²⁰ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 771–773, 485 f.

⁴²¹ Zu der Hintergrunddebatte: Entwurf einer Konkursordnung, nebst Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und Entwurf des Einführungsgesetzes, Bd. II, Berlin 1875, 310 ff.

⁴²² Vgl. Carl Hahn, Die gesammten Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, 293.

⁴²³ Mot., Bd. II, 672 (Mugdan, Bd. II, 376).

⁴²⁴ RGBl., S. 277.

⁴²⁵ Mot., Bd. II, 669 (Mugdan, Bd. II, 374).

⁴²⁶ Art. 935 DresdE: »Hat der Bürge nur für den Betrag einer Schuld einzustehen versprochen, welchen der Gläubiger bei Geltendmachung derselben gegen den Hauptschuldner einbüßen werde (Schadlosbürge), so muß der Gläubiger den Hauptschuldner vor dem Bürgen selbst dann ausklagen, wenn dies wegen Unbekanntheit oder Wechsels des Wohnsitzes des Hauptschuldners erhebliche Schwierigkeiten hat oder wenn der Hauptschuldner in Concurs verfallen ist«.

⁴²⁷ ALR I 14 § 309; § 1463 Sächs. BGB.

⁴²⁸ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 771–773, 487.

⁴²⁹ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77), §§ 771–773, 489: »Die Ausklagung ist als erfolgt anzusehen, wenn bei einer Geldforderung die Zwangsvollstreckung am Wohnsitz und in Ermangelung eines solchen am Aufenthaltsorte des Hauptschuldners in das bewegliche Vermögen mittels Abpfändung von Sachen, bei einer anderen Forderung eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolglos geblieben ist. Hat jedoch der Gläubiger an beweglichen Sachen des Hauptschuldners ein Pfandrecht, so muß er aus diesen Sachen zuvor seine Befriedigung suchen«. Die erste Kommission hatte diese Grundsätze noch als selbstverständlich vorausgesetzt, vgl. v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 441.

wertbaren Sache und ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht daran eine Zwangsvollstreckung zuließen. Für diesen Fall sollten § 773 Nr. 2 und 4 ausgeschlossen werden. Dies sollte bei § 773 Nr. 3 nur dann gelten, wenn ein Absonderungsrecht vorlag, was beim Zurückbehaltungsrecht wegen § 49 Nr. 1, 3 und 4 KO fraglich war. Da die Verwertung der Sache im Konkurs wegen möglicher Rechte des Konkursverwalters und anderer Vollstreckungshemmnisse nicht sicher sei, sprachen sich immerhin acht Kommissionsmitglieder gegen diese Bestimmung aus. Es entschied der Stichtscheid des Vorsitzenden⁴³⁰.

In diesem Kontext wurde auch die dann in § 770 II verwiesene Möglichkeit beschlossen, eine Aufrechnung durch den Gläubiger zu verlangen. Die Gegenansicht, daß ein Aufrechnungszwang die Rechte des Gläubigers übermäßig schmälere, konnte sich nicht durchsetzen⁴³¹.

b) Lösungswege vor dem BGB

Die in den BGB-Debatten auftauchenden Zweifel über den Wert des Grundsatzes der Subsidiarität durchziehen das europäische Privatrecht, seit dieser Grundsatz im Verlaufe der Rezeption herrschend geworden war. Grundlage war Justinians Novelle 4 Kap. 1 aus dem Jahr 535⁴³². Nach klassischem römischem Recht schloß die erfolglose Klage gegen Hauptschuldner oder Bürgen eine spätere Klage gegen den bisher unverklagten der Beiden aus (sog. Konsumtionskonkurrenz). Dabei gebot die Sitte dem Gläubiger, einen solventen Hauptschuldner vor dem Bürgen zu verklagen⁴³³. Eine Bürgenhaftung war also nur zu befürchten, wenn entweder bereits außerprozessual feststand, daß der Hauptschuldner zahlungsunfähig war oder der Klageverbrauch durch prozessuale Umgehungen verhindert worden war⁴³⁴. Besondere Bedeutung kam dabei der Schadlosbürgschaft (*fideiussio indemnitas*) zu, bei der sich der Gläubiger vom Bürgen nur den Betrag versprechen ließ, den er nicht eintreiben konnte. Justinian beseitigte die Konsumtionskonkurrenz⁴³⁵, so daß der Bürge grundsätzlich erst durch Befriedigung des Gläubigers frei wurde (Solutionskonkurrenz)⁴³⁶. Im Gegenzug zu dieser Haftungserweiterung gewährte er dem Bürgen das *beneficium excussionis* bzw. *ordinis*, die heutige Einrede der Vorausklage.

Die Rezeption des römisch-oberitalienischen Rechts führte dazu, daß die Subsidiarität ein allgemeiner Grundsatz der Bürgschaft wurde. Vor dem Kontakt mit dem

⁴³⁰ Prot., Bd. II, 2528 (Mugdan, Bd. II, 1025 f.).

⁴³¹ Prot., Bd. II, 2517 (Mugdan, Bd. II, 1024 f.).

⁴³² Zum folgenden Filippo Briguglio, *Fideiussoribus succurri solet*, Mailand 1999, 93; Kaser, Das römische Privatrecht II (Fn. 3) 459; Kaser/Knütel, *Römisches Privatrecht* (Fn. 123) § 57 Rn. 17 ff.

⁴³³ Eine solche Klage galt als Persönlichkeitsverletzung, zog also die *actio iniuria* nach sich, D. 47,10,19.

⁴³⁴ Häufig ließ sich der Gläubiger vom Bürgen beauftragen, den Hauptschuldner zu verklagen. Fiel er mit der Klage aus, verlangte er vom Bürgen über eine *actio mandati contraria* Aufwendungsersatz, D. 17,1,22,2; Inst. 3,26,2.

⁴³⁵ C. 8,40,28 pr.

⁴³⁶ Vgl. Zimmermann, *Law of Obligations* (Fn. 13) 125 ff.

römisch-oberitalienischen Recht fand sich eine solche Einrede in der deutschen Rechtspraxis als ein allgemeiner Rechtssatz nicht⁴³⁷. Dies hat in der **deutschrechtlichen Forschung** dazu geführt, hier einen gefeierten Kernbestand deutschen Rechtsdenkens zu finden⁴³⁸ (»Bürgen muß man würgen«)⁴³⁹. Nach dieser Ansicht war im Gegenteil eine vorrangige Haftung des Bürgen Ausdruck des deutschrechtlichen Gedankens des Bürgen als Schutz und Schirm des Schuldners⁴⁴⁰. Diese Vorstellung ist zu schematisch. Nicht zufällig fand *Beyerle* Belege dafür, daß die »Vorwegbetreibung des vermögenden Schuldners durch Sitte und Anstand geboten« sei⁴⁴¹, wie *Rudolf Hübner* für die gegenteilige Aussage, »Sitte und Anstand« hätten geboten »vorweg den vermögenden Bürgen in Anspruch zu nehmen«⁴⁴². Zutreffend kritisierte bereits *Otto Stobbe*, daß es in dieser Frage »an einer gemeingültigen Auffassung« des älteren deutschen Rechts fehle⁴⁴³. Ein einheitliches und durchlaufendes Prinzip nachrangiger oder vorrangiger Haftung ist der bunten Vielfalt der Bürgschaftsformen im älteren Recht kaum zu entnehmen⁴⁴⁴.

Richtiger waren es wohl vor allem die Auseinandersetzung mit dem römischen Recht und der Einfluß der oberitalienischen Rechtspraxis, die in Deutschland deutlichere Einigkeit in dieser Frage schufen. Grundsätzlich setzte sich im gemeinen Recht wie in den Partikularrechten der Grundsatz der Subsidiarität spätestens im 18. Jahrhundert durch⁴⁴⁵. Nicht ganz einhellig wurde dabei beurteilt, ob die Subsidiarität, wie bei *Justinian* und der überwiegenden Ansicht im gemeinen Recht, eine Einrede gewährte oder von Amts wegen zu berücksichtigen war⁴⁴⁶. In beiden Fällen war jedoch anerkannt, daß die Subsidiarität durch **Ausnahmen** so stark einge-

⁴³⁷ Beispiele bei *Gunter Wesener*, Die Entwicklung des Bürgschaftsrechts in den altösterreichischen Ländern, in: *Les Sûretés Personelles* (Fn. 120) 674, 674 ff.; *Maier*, Bürgschaft (Fn. 28) 133 f.; *Eggert*, Bürgschaft (Fn. 28) 67 ff.

⁴³⁸ Etwa *Otto Peterka*, Zur deutschen Bürgschaft im Rezeptionszeitalter, FS Adolf Zycha zum 70. Geburtstag am 17. Oktober 1941, 1941, 370, 370.

⁴³⁹ So bereits *Johann Georg Estor*, Der Deutschen Rechtsgelahrtheit andrer Teil, Marburg 1758, § 4099.

⁴⁴⁰ Vor allem *Beyerle*, ZRG (GA) 47 (1927) 571; *Ekkehard Kaufmann*, Die Bürgschaft im Recht des Ingelheimer Oberhofs, ZRG (GA) 74 (1957) 205 ff. Eingebaut wurde diese zu schematische Vorstellung in die ebenfalls fragwürdige Lehre von der strengen Trennung zwischen Schuld u. Haftung, der Bürge haftet (vorrangig), der Schuldner schuldet (wenngleich nachrangig), vgl. *Otto v. Gierke*, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Breslau 1910, 57 ff.; ebenso noch *Klaus-Peter Rothhaus*, Redde und Schult in den Urteilen des Ingelheimer Oberhofes. Ein Beitrag zur Lehre von Schuld und Haftung, Diss. Frankfurt a. M. 1959.

⁴⁴¹ *Beyerle*, ZRG (GA) 47 (1927) 621.

⁴⁴² *Rudolf Hübner*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, 5. Aufl. 1930, 513.

⁴⁴³ *Otto Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. III, Berlin 1885, § 191, 307.

⁴⁴⁴ Zeitlich parallele Belege für primäre, solidarische u. subsidiäre Haftung finden sich bei *Eggert*, Bürgschaft (Fn. 28) 66 ff.

⁴⁴⁵ Der Versuch von *Georg Eduard Schmidt*, Die gemischten Einreden, Dresden/Leipzig 1839, 90 ff. das *beneficium excussionis* auszuweiten u. eine generelle Bedingtheit der Bürgschaft durchzusetzen, blieb Einzelfall u. fand schnell Widerspruch von *Leopold Pfeiffer*, Die prozessualische Natur der Einrede der Vorausklage. Ein Beitrag zur Theorie des gemeinrechtlichen Civil-Prozesses, Tübingen 1846, 39 ff.

⁴⁴⁶ Zusammenstellung des Streitstandes bei *Samuel Stryk*, Disputatio juridica de jure ex alterius

schränkt wurde, daß sie in der Praxis eine untergeordnete Rolle spielte. Sehr grundsätzlich schränkten der *Code civil* und vor allem das ABGB das *beneficium excussionis* ein. Der Code verlangte in Art. 2023 CC, daß der Bürge die Solvenz des Hauptschuldners anzeigt und die Kosten der Vorausklage zu seinem Risiko verauslagt. Das ABGB ließ in § 1355 anstelle der Vorausklage bereits eine Mahnung genügen.

Im gemeinen Recht und den sonstigen Partikularrechten stand vor allem die **Verzichtsmöglichkeit** der praktischen Bedeutung der Subsidiarität entgegen. In Oberitalien war der Einredecharakter des *beneficium excussionis* früh dazu genutzt worden, die Möglichkeit eines vorherigen Verzichts (§ 773 I Nr. 1) zu betonen⁴⁴⁷. In der oberitalienischen Notariatspraxis war eine solche Verzichtsklausel offenbar bereits im Spätmittelalter die Regel⁴⁴⁸. Sie war Teil der in der Gemeinrechtswissenschaft kontrovers diskutierten Rechtspraxis, in Notariatsurkunden Verzichtsklauseln für alle denkbaren Einreden aufzunehmen⁴⁴⁹. Die von der Rechtswissenschaft erhobene Forderung, die Einreden konkret zu benennen, zeigte sich etwa in deutschen Stadtrechten in der Vorschrift, den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage nur »ausdrücklich« zuzulassen⁴⁵⁰, was in der Praxis aber häufig unterlaufen wurde⁴⁵¹. Spätere Partikularrechte kannten durchweg eine Verzichtsmöglichkeit⁴⁵². Thematisiert wurden **Auslegungsprobleme**. Besonders umstritten war bereits seit dem Mittelalter die Frage, ob die Verbürgung als »Selbstschuldner« (*debitor principalis*) einen solchen Einredeverzicht beinhaltet⁴⁵³. Die Kodifikationen neigten daher in diesem Bereich zu Auslegungsregeln⁴⁵⁴. Der CMBC nannte als Verzicht auf die Einrede die Benennung des Bürgen als »Hauptschuldner« oder »Selbstzahler«⁴⁵⁵, das Schweizer Obligationenrecht (Art. 495) »solidarisch mit dem Hauptschuldner, Zahler, Selbstzahler, Selbstschuldner«, das ABGB (Art. 1357) »Bürge und Zahler«, der Bayerische Entwurf (Art. 874, ebenso Art. 934 DresdE) »Selbstzahler oder Selbstschuldner«.

persona permisso citra successionem vel cessionem, Leipzig 1698, Cap. V (Nota 20); vgl. auch *Leyser*, Meditationes (Fn. 378) Spec. DXXV, I.

⁴⁴⁷ *Accursius*, Corpus Iuris Civilis Iustiniani cum commentariis Accursii studio et opera Ioannis Fehi, Tomus V: Volumen Legum paruum, quod vocant. In quo haec insunt: Tres posteriores libri Codicis D. Iustiniani sacratissimi principis, Lyon 1627 ND Osnabrück 1966, Authenticorum collatio prima, Tit. IIII/Nov. IIII (De fideiussoribus et mandat. & c.), Cap. I (Glossa n, dort Nota b).

⁴⁴⁸ So etwa *Wilhelm Durantis*, Speculum iudiciale illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo Degli Ubaldi, Tomus II Basel 1574 ND 1975, Specul. lib. IV, Partic. I, Tit. De renunciacione (S. 96).

⁴⁴⁹ Hierzu *Hans Schlosser*, Die Rechts- und Einredeverzichtformel (renuntiationes) der deutschen Urkunden des Mittelalters vom 13. bis zum ausgehenden 15. Jahrhundert, 1963, 46 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. *Hoppe*, Bürgschaft (Fn. 28) 136 ff.

⁴⁵¹ *Hoppe*, Bürgschaft (Fn. 28) 138 f.

⁴⁵² CMBC IV 10 § 11 Nr. 1, hierzu *Schuppenies*, Bürgschaft (Fn. 158) 23 f.; ALR I 14 §§ 297, 302; Sächs. BGB § 1462; Art. 2021 CC; §§ 1355, 1357 ABGB; sonstige Verzichtsmöglichkeiten unterlagen »keinem Zweifels«, vgl. *Moritz v. Stubenrauch*, Commentar zum ABGB, Bd. II, 8. Aufl. Wien 1903, § 1356 2. c.

⁴⁵³ Zu den schwierigen u. hier nicht interessierenden dogmatischen Gründen für diesen Streit *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 209 ff.

⁴⁵⁴ Eine Aufnahme von Auslegungsregeln wurde auch für das BGB diskutiert, vgl. o. Fn. 418.

⁴⁵⁵ Vgl. Anm. zum CMBC IV 10 § 11 3.

67 Blickt man auf die Möglichkeiten einer Direktklage gegen den Bürgen ohne vorliegenden Verzicht, so zeigt sich, daß das gemeine Recht deutlich mehr Ausnahmen als das antike und auch das heutige Recht kannte. In der Tendenz wurde die Vorausklage immer dann für entbehrlich gehalten, wenn sie für den Gläubiger mit besonderen Erschwernissen verbunden war. Im 17. Jahrhundert zählte *Matthias Berlich* 91 Ausnahmen vom Vorausklageerfordernis auf⁴⁵⁶, die heute zumeist nicht mehr diskutiert werden. Dazu zählte ein Verzicht der Vorausklage bei eidlich eingegangener Bürgschaft, bei einem Hauptschuldner, der als »*princeps*« oder »*magnus dominus*« schwer zu belangen sei, bei Schenkungscharakter oder wirtschaftlichem Eigeninteresse des Bürgen. Lange ganz einhellig wurde auch unter Kaufleuten eine Vorausklage für entbehrlich gehalten⁴⁵⁷.

Mit Blick auf die heute in § 773 geregelten Fälle ergibt sich: Die im heutigen § 773 I Nr. 2 geregelte Ausnahme zur Subsidiarität läßt sich bis auf Nov. 4 zurückverfolgen. Als einzige Einschränkung des *beneficium*s hatte *Justinian* die Direktklage gegen den Bürgen bei Abwesenheit des Hauptschuldners wegen der darin liegenden Härte für den Gläubiger zugelassen⁴⁵⁸. Das gemeine Recht nahm eine Abwesenheit bereits an, wenn der Hauptschuldner infolge seines Wohnsitzes deutlich schwerer zu belangen war als der Bürge⁴⁵⁹. Dem folgte noch der *Dresde* in Art. 934⁴⁶⁰. Die erste Kommission wich insofern vom älteren Recht ab, als die Abwesenheit »nach«⁴⁶¹ Übernahme der Bürgschaft erfolgt und die Erfüllung »wesentlich« erschwert sein mußte.

Konkurs (Nr. 3) als Grund für einen Ausschluß der Subsidiarität war im gemeinen Recht zunächst einhellig anerkannt⁴⁶². Im 18. Jahrhundert hatte sich eine Kontroverse darum entwickelt, ob es dem Gläubiger zuzumuten sei, im Konkursverfahren wenigstens eine teilweise Befriedigung vorweg zu versuchen⁴⁶³. Zunächst forderten viele den Nachweis, daß voraussichtlich aus der Masse nichts erlangt würde werden können⁴⁶⁴. Die Rechtspraxis folgte dem nicht⁴⁶⁵. Ebenso hielten die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts das formelle Vorliegen eines Konkursverfahrens für ausreichend⁴⁶⁶.

⁴⁵⁶ *Matthias Berlich*, *Conclusiones practicabiles*, Jena 1651, Tom. II, c. 24.

⁴⁵⁷ *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 208.

⁴⁵⁸ »Si vero fideiussor quidem aut mandator aut qui constitutum suscepit adsit, principalem autem debitorem abesse contingat, durum est creditorem alio mittere, sum statim a fideiussore aut mandatore aut pecunia constitutae reo exigere possit«.

⁴⁵⁹ Etwa *Ulrich Zasius*, *Consulti clarissimi operum omnium*, Tom. I Lyon 1550 ND 1964, Tit. De rebus creditis si certum petetur et de conditione, l. Si ego, § Labeo (Nota 3, S. 834).

⁴⁶⁰ Vgl. o. Fn. 414.

⁴⁶¹ Zu den Gründen o. Fn. 62.

⁴⁶² Vgl. *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 229.

⁴⁶³ *Berger*, *Oeconomia* (Fn. 128), Lib. III, Tit. III, 12 (Nota 6); *Adolph Dietrich Weber*, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, 5. Aufl. Leipzig 1825, § 115 (Note 8).

⁴⁶⁴ *Thibaut*, § 950; *Glück*, *Pandecten* (Fn. 131) Bd. XVIII, Erlangen 1816, S. 383.

⁴⁶⁵ *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 233ff.

⁴⁶⁶ ALR I 14 §§ 300ff.; § 1356 ABGB; § 1462 Sächs. BGB; BayE Art. 875 Nr. 3, Art. 934 *Dresde*.

Durch den Austausch von »Zahlungsunfähigkeit« durch die Forderung, daß die Zwangsvollstreckung keinen Erfolg verspreche, näherten sich Nr. 4 und Nr. 3 stark an. Im gemeinen Recht hatte man beides im »zweifelloso«⁴⁶⁷ geltenden Grundsatz verbunden, daß eine Vorausklage entbehrlich sei, wenn sie keinen Erfolg verspreche⁴⁶⁸.

§ 772 beschäftigt sich mit den Modalitäten der Vorausklage. Der in den BGB-Beratungen auftauchende Streit darum, ob eine in Abs. 2 geforderte vorrangige Befriedigung durch Pfandverwertung zumutbar sei⁴⁶⁹, nahm Streitpunkte auf, die bereits die Glossatoren bewegt hatten⁴⁷⁰. Hier war vertreten worden, daß die regelmäßigen Schwierigkeiten eines Pfandverkaufes einer solchen Forderung entgegenstünden. Bezugspunkt war eine Stelle des *Papinian* (D. 46,1,51,4)⁴⁷¹ – freilich älter als Nov. 4 – die dem Gläubiger diese Last nicht auferlegte. Doch hatte sich diese Einschränkung im gemeinen Recht nicht durchgesetzt⁴⁷². Auch einige Kodifikationen verlangten die vorrangige Verwertung von Pfandrechten⁴⁷³.

Überblickend erweist sich der Grundsatz der Subsidiarität als ein Beispiel dafür, daß ein antiker Rechtssatz seit der Rezeption fast durchweg Widerspruch erfuhr. Die Geschichte der Subsidiarität ist eine Geschichte ihrer Einschränkungen.

c) Andere europäische Lösungen seit 1900

Auch in den meisten anderen kontinental-europäischen Privatrechtsordnungen ist die subsidiäre Bürgenhaftung ebenso wie im BGB als gesetzlicher Regelfall verankert worden. In Frankreich und Österreich ist die Subsidiarität in Art. 2298 CC⁴⁷⁴ bzw. § 1347 I ABGB⁴⁷⁵ als Grundsatz festgelegt, wengleich sie inhaltlich aber jeweils unterschiedlich ausgestaltet ist. Während nämlich in Österreich der Bürge nach § 1355 ABGB bereits in Anspruch genommen werden kann, »wenn der Hauptschuld-

⁴⁶⁷ *Windscheid/Kipp*, *Pandekten* (Fn. 82) § 478 Fn. 5.

⁴⁶⁸ Im einzelnen *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 205ff.

⁴⁶⁹ Vgl. o. Fn. 63.

⁴⁷⁰ *Accursius*, *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*, Tom. V (Fn. 447) Tit. IIII/Nov. IIII (De fideiussoribus et mandat. & c.), Cap. II; *Bartolus de Saxoferrato*, *Opera omnia*, Bd. V: *Institutiones, Novellae, Consilia, Tractatus*, Basel 1562 ND 2007, *Super authenticis collatio prima*, Tit. IIII (De fideiussoribus), Nota 14.

⁴⁷¹ »Creditor pignus distrahere non cogitur, si fideiussorem omisso pignore velit convenire«.

⁴⁷² Vgl. bereits *Bartolus* (Fn. 470).

⁴⁷³ ALR 14 §§ 292f.; Art. 494 OR.

⁴⁷⁴ Vgl. zum französischen Bürgschaftsrecht vor der Gesetzesreform von 2006 Artt. 2021 CCff. a. F.

⁴⁷⁵ Art. 2298 CC: »La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires«; § 1346 ABGB: »Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge, und das zwischen ihm und dem Gläubiger getroffene Uebereinkommen ein Bürgschaftsvertrag genannt. Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner, und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu«.

ner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Mahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllt hat«, verlangt das französische Recht in Art. 2298 CC die erfolglose Vollstreckung der Verbindlichkeit gegen den Hauptschuldner, die für den Bürgen sogar diverse, in Art. 2300 CC genannte Mitwirkungspflichten wie zum Beispiel den Vorschuß der Vollstreckungskosten begründet. Sowohl nach französischem als auch österreichischem Recht kann aber abweichend eine solidarische Bürgenhaftung vereinbart werden⁴⁷⁶.

Daneben hat auch das schweizerische Obligationenrecht die subsidiäre Haftung des Bürgen unter der Bezeichnung der »einfachen Bürgschaft« in Art. 495 I OR als gesetzlichen Regelfall aufgenommen, obwohl sich dennoch im realen Kreditverkehr die Solidarbürgschaft als das häufiger gewählte Sicherungsmittel durchgesetzt hat⁴⁷⁷.

70 Divergierend hinsichtlich der Strenge der Bürgenhaftung war die Rechtslage in der ehemaligen DDR. Dort fanden sich sowohl im Zivilgesetzbuch (ZGB DDR) als auch im Gesetz über Internationale Wirtschaftsverträge (GIW) – wenn auch nur vereinzelte – Regelungen zur Bürgschaft. § 450 I ZGB DDR⁴⁷⁸ verlangte im bürgerlichen Rechtsverkehr die erfolglose Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner, nach § 248 GIW genügte dagegen bereits die schriftliche Aufforderung an den Hauptschuldner, die geschuldete Leistung zu erbringen, bevor der Bürge in Anspruch genommen werden konnte. Nichtsdestotrotz wird aber ersichtlich, daß der Bürge auch in der DDR grundsätzlich subsidiär haftete, zumal der Geltungsbereich des GIW durch dessen § 1 I ohnehin auf internationale Verträge mit wirtschaftlicher Zweckgrundlage beschränkt war⁴⁷⁹.

71 Anders als im BGB und den eben genannten Rechtsordnungen gilt allerdings in Italien und England die solidarische Haftung des Bürgen als jeweiliger gesetzlicher Grundsatz. Art. 1944 I des ital. cod. civ. bestimmt, daß der Bürge mit dem Hauptschuldner gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Schuld verpflichtet ist, wobei sogar ausdrücklich auf die Vorschriften der Gesamtschuld verwiesen wird⁴⁸⁰. Nach Art. 1944 II cod. civ. kann aber abweichend ein »beneficio dell'escussione«, also die subsidiäre Haftung des Bürgen, vereinbart werden⁴⁸¹. In dieser Hinsicht zeigt das italienische Recht Ähnlichkeit zum französischen Recht, da der Bürge wegen

⁴⁷⁶ Art. 2298 CC (vgl. Fn. 475) bzw. § 1357 ABGB (Verpflichtung als sog. »Bürge und Zahler«).

⁴⁷⁷ Theo Guhl/Hans Merz/Max Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl. Zürich 1972, § 57 III 2 (496).

⁴⁷⁸ § 450 Abs. 1 ZGB DDR: »Eine Forderung kann dadurch gesichert werden, daß sich ein Dritter dem Gläubiger gegenüber als Bürge schriftlich verpflichtet, die Forderung zu erfüllen, wenn nach deren Fälligkeit der Schuldner nicht leistet und eine Vollstreckung gegen ihn erfolglos war (Bürgschaft)«.

⁴⁷⁹ Dietrich Maskow/Hellmut Wagner, Kommentar zum Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge – GIW, 1984, 64.

⁴⁸⁰ Art. 1944 I Codice civile: »Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito (1292 ss., 1410)«.

⁴⁸¹ Kerstin Brixius, Verbraucherrecht in Deutschland und Italien, 2001, 168. Von der Möglichkeit einer derartigen Vereinbarung wird allerdings in der Praxis kaum Gebrauch gemacht, vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Die Bürgschaft im Recht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften, 35.

Art. 1944 II cod. civ. auch durch seine Mitwirkung dem Gläubiger die Vollstreckung gegen den Hauptschuldner erleichtern muß.

Dem englischen Recht ist das *beneficium excussionis* bzw. die Einrede der Vorausklage fremd⁴⁸². Der Bürge haftet gemäß dem statute of frauds (section 4) dem Gläubiger gegenüber immer solidarisch mit dem Hauptschuldner zusammen. Ob der Bürge verlangen kann, daß der Gläubiger den Hauptschuldner nach Fälligkeit der Forderung noch einmal zur Zahlung auffordern muß, ist umstritten, wird aber von der herrschenden Meinung gerade mit Verweis auf den selbstschuldnerischen Charakter der Bürgschaft grundsätzlich abgelehnt⁴⁸³.

Der Entwurf der Study Group on a European Civil Code sieht ebenfalls generell die gesamtschuldnerische Haftung des Bürgen vor (Art. 2:105), sofern nicht im Sinne von Art. 2:106 I 1 etwas anderes zwischen den Parteien vereinbart wird.⁴⁸⁴ Hiervon ausgenommen ist lediglich die Patronatserklärung, in deren Rahmen der Erklärende stets subsidiär haften soll (Art. 2:106 I 2)⁴⁸⁵. Ob und wann der subsidiär einsethene Bürge konkret in Anspruch genommen werden kann, soll davon abhängen, ob der Gläubiger »appropriate attempts«, d. h. »angemessene Bemühungen«⁴⁸⁶ unternommen hat, vom Schuldner bzw. von dritten Sicherungsgebern Befriedigung zu erlangen. Was unter dem eher unbestimmten Begriff der »appropriate attempts« zu verstehen ist, wird erst bei der Kommentierung der Vorschriften erläutert⁴⁸⁷: So soll der Gläubiger zunächst die Zwangsvollstreckung (»execution«⁴⁸⁸) in das Vermögen des Schuldners betreiben und insbesondere ihm vom Schuldner selbst eingeräumte Sicherungsrechte vorrangig verwerten. Ebenso soll der Gläubiger sich vor Inanspruchnahme des subsidiären Bürgen an einen gegebenenfalls zusätzlich vorhandenen Solidarbürgen halten müssen, der mit der Eingehung der Solidarbürgschaft ja den Willen bekundet habe, jegliches Zahlungsverlangen in Ansehung der gesicherten Forderung zu erfüllen⁴⁸⁹.

Diese Pflichten entfallen allerdings nach Art. 2:106 III, »falls und soweit es offensichtlich unmöglich oder außerordentlich schwierig ist, Befriedigung von der jeweiligen Person zu erlangen«, insbesondere wenn gegen den Schuldner ein Insolvenz-

⁴⁸² Ulrich Brink/Wolfgang Habel, in: W. Hadding/U. H. Schneider (Hg.), Recht der Kreditsicherheiten in europäischen Ländern, Teil IV: England (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen Abt. B, 24), 1980, 72; Staudinger/Horn, 13. Bearb. 1997, vor §§ 765 ff. Rn. 469.

⁴⁸³ Brink/Habel, Kreditsicherheiten (Fn. 482) 72; Eine Ausnahme soll nur dann gemacht werden, wenn die Vollstreckung gegen den Hauptschuldner erfolgversprechend ist und der Bürge eine Garantie für die Prozesskosten übernimmt, vgl. Brink/Habel, Kreditsicherheiten (Fn. 482) 72.

⁴⁸⁴ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 49.

⁴⁸⁵ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 49.

⁴⁸⁶ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 49.

⁴⁸⁷ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 242.

⁴⁸⁸ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 49.

⁴⁸⁹ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 49: »If another security provider has assumed solidary liability this shows its willingness to answer any demand for payment (...). It is appropriate that a security provider who has assumed only a subsidiary liability should have to pay only if satisfaction cannot be obtained from a security provider of the »first rank«.

oder ähnliches Verfahren eröffnet worden bzw. mangels ausreichender Vermögensmasse gescheitert ist⁴⁹⁰.

4. Innenausgleich – Regreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner

a) Regelungsproblem

- 73 Zahlt der Bürge, so stellt sich die Frage, wer im Innenverhältnis zum Hauptschuldner die Kosten trägt. Dies wird sich häufig anhand des Innenverhältnisses zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bestimmen lassen. Nicht immer wird aber ein solcher direkter Rückgriffsanspruch bestehen. So fragt sich insbesondere, ob auch ein Bürge, der gegen den Willen oder das Interesse des Hauptschuldners gebürgt und gezahlt hat, beim Hauptschuldner Rückgriff nehmen darf.

Aus der Perspektive zwischen Gläubiger und Bürgen wird Letzterer verlangen, daß der Gläubiger, der ja seinerseits befriedigt wurde, verbleibende Vorteile an den Bürgen herausgibt. Neben Direktansprüche gegen den Hauptschuldner treten damit Ansprüche gegen den Gläubiger auf Abtretung der Hauptforderung. Dies ist für den Bürgen vor allem dann günstig, wenn er mit dieser Hauptforderung zusätzliche Sicherheiten erlangt. Der Gläubiger wird seinerseits einer Abtretung immer dann widersprechen wollen, wenn sie ihm Nachteile bringt. Umgekehrt wird der Bürge immer dann eine Haftung des Gläubigers verlangen, wenn dieser vorwerfbar eine Übertragung von Hauptforderung und Sicherheiten verhindert hat.

Geht man davon aus, daß der Gläubiger immer durch die Zahlung das von ihm Geforderte erlangt, besteht kein Grund mehr, den Bürgen noch Abtretung vom Gläubiger verlangen zu lassen. Damit drängt sich eine Legalzession im Zeitpunkt der Erfüllung auf.

- 74 Ein weiteres Problem stellt der Übergang der Hauptforderung im Verhältnis mehrerer Sicherungsgeber. Würde der zahlende Bürge die Hauptforderung in voller Höhe übertragen bekommen, könnte er von den Mitbürgen vollen Ersatz fordern, einen Schaden also im Ergebnis und entgegen gesamtschuldnerischen Grundsätzen abwälzen. Diese Problematik des heutigen § 774 II wird daher im Rahmen der Gesamtschuld kommentiert⁴⁹¹.

b) BGB 1900

- 75 Grundlage der Kommissionsberatungen⁴⁹² waren die Artt. 939, 940 DresdE⁴⁹³. Art. 939 stellte als Rechtsgrundverweis klar, daß dem zahlenden Bürgen Direkt-

⁴⁹⁰ PEL/Drobnig, Pers. Sec. (Fn. 293) 49.

⁴⁹¹ Vgl. HKK/Meier, §§ 420–432 I Rn. 77, 115 ff.

⁴⁹² Vgl. v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 452 ff., 456 ff.

⁴⁹³ Art. 939: Der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt hat, kann von dem Hauptschuldner, nach Maßgabe der Vorschriften über fremde Geschäftsführung mit oder ohne Auftrag, Ersatz des auf Tilgung der Schuld Verwendeten fordern.

ansprüche gegen den Hauptschuldner aus Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag zustanden. Art. 940 statuierte eine Legalzession zugunsten des zahlenden Bürgen. Mit Art. 939 war zunächst eine Basis für die in Art. 944 DresdE geregelten Ansprüche des Bürgen auf Befreiung klargestellt. Zudem war die Bedeutung der Legalzession in Art. 940 präzisiert: Da für den Regelfall Direktansprüche auch ohne *Cessio legis* bestanden, spielte Art. 940 zu Lasten des Hauptschuldners nur dann eine Rolle, wenn »ohne dessen Einwilligung und sogar gegen dessen Verbot« die Bürgschaft übernommen war oder die Hauptschuld etwa infolge zusätzlicher Sicherheiten günstiger war als der Direktanspruch.

In der ersten Kommission wurde Art. 939 DresdE gestrichen. Befürchtet wurde das Mißverständnis, die Vorschrift gewähre in jedem Fall einen Direktanspruch aus GoA, auch bei Nichtvorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einer *negotiorum gestio*⁴⁹⁴. Schon im gemeinen Recht war demgegenüber betont worden, daß die Absicherung des Gläubigers gegen die Insolvenz des Hauptschuldners, gleich dem in Handelsrecht angesiedelten Versicherungsvertrag, nicht Art. 939 DresdE unterfalle⁴⁹⁵.

Das Prinzip der Legalzession in Art. 940 wurde gebilligt⁴⁹⁶ und damit das gemeinrechtliche *beneficium cedendarum actionum* abgelehnt, damit nicht »alle die Kontroversen in das Gesetz wieder eingeführt werden, zu welchen die Lehre in dem gemeinen Rechte Anlaß gegeben« habe⁴⁹⁷.

Der Forderungsübergang wurde nicht davon abhängig gemacht, ob die Bürgschaft mit Einverständnis oder ohne Wissen des Hauptschuldners eingegangen worden war⁴⁹⁸. Damit unterstellte bereits die erste Kommission zugleich, daß die Zahlung des Bürgen nicht *solvendi causa* auf die Hauptschuld, sondern in Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung erfolgt sei⁴⁹⁹. Mit dieser Vermutung war der Fortbestand der Hauptschuld nach Zahlung durch den Bürgen sichergestellt. Windscheid vertrat, wie in seinem Lehrbuch⁵⁰⁰, die Ansicht, daß ein Forderungsübergang nur statfinde, wenn auch ein obligatorischer Direktanspruch gegeben sei. Dies wurde von der Kommission als zu weit gehend abgelehnt. Der Bürge werde ansonsten in den Fällen, in denen kein Anspruch aus Auftrag oder GoA vorliege, auf bereicherungsrechtliche Ansprüche verwiesen, die daran scheitern würden, daß die Bereicherung des Hauptschuldners willentlich erfolgt sei⁵⁰¹. Dies sei eine inakzeptable »Unbilligkeit und

Art. 940: Hat der Bürge in seiner Eigenschaft als solcher den Gläubiger befriedigt, so gehen auf ihn alle Rechte über, welche dem Gläubiger in Ansehung der verbürgten Schuld zustehen, ohne Unterschied, ob er die Bürgschaft im Einverständnisse mit dem Hauptschuldner oder ohne dessen Einwilligung oder sogar gegen dessen Verbot übernommen hat.

⁴⁹⁴ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 495.

⁴⁹⁵ Vgl. Schubert, Vorentwürfe SchR III (Fn. 210) 454.

⁴⁹⁶ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 496.

⁴⁹⁷ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 456 (aus den Diskussionen um den DresdE).

⁴⁹⁸ Vgl. Mot., Bd. II, 673 (Mugdan, Bd. II, 376).

⁴⁹⁹ Mot., Bd. II, 674 (Mugdan, Bd. II, 376).

⁵⁰⁰ Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 481 Anm. 7.

⁵⁰¹ Dabei wurde auf § 273 der Redaktorenvorlage verwiesen: »Derjenige, dessen Vermögen

Härte⁵⁰². Zugleich wurde aber darauf verwiesen, daß das Deckungsverhältnis dann Relevanz haben müsse, wenn sich aus diesem ergebe, daß dem Bürgen gegen den Hauptschuldner kein Anspruch zustehen könne. Als Beispiele wurden Schenkung und Zahlungspflicht gegenüber dem Hauptschuldner aus einem besonderen Rechtsgrund hervorgehoben⁵⁰³. Dieser Aspekt werde durch den Zusatz hinreichend erfaßt: »Vorbehalten bleiben die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen dem Bürgen und Hauptschuldner jeweils bestehenden Rechtsverhältnisse«⁵⁰⁴.

Klargestellt wurde zudem, daß der Übergang der Forderung dem Gläubiger nicht zum Nachteil gereichen dürfe⁵⁰⁵.

78 Bezüglich der Sicherheiten ging man von der Fassung des Art. 940 DresdE aus, demzufolge »alle Rechte (...), welche dem Gläubiger in Ansehung der verbürgten Schuld zustehen« mitübergehen sollten. Im übrigen wurde als Prinzip beschlossen: »der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, trete in die Rechte desselben gegen den Hauptschuldner« ein⁵⁰⁶. Vorgeschlagen wurde zudem die Fassung: »die Rechte, welche dem Gläubiger in Ansehung der Forderung zustehen, gehen auf den Bürgen über«⁵⁰⁷. Ob dies auch nichtakzessorische Sicherheiten erfassen sollte und welche damit gemeint waren, blieb unklar. Einigkeit bestand darin, daß auch Sicherheiten, die der Gläubiger nach der Vereinbarung mit dem Bürgen erlangt hatte, mit übergehen sollten. Dies sollte insbesondere auch spätere Bürgschaften mitumfassen⁵⁰⁸.

79 In den Motiven wurden weitere Grundsatzentscheidungen hervorgehoben, die nicht immer den Protokollen der Beratungen explizit zu entnehmen sind⁵⁰⁹. Der Bürge sei nicht verpflichtet, den Hauptschuldner vor seiner Zahlung zu benachrichtigen oder gar ein Einverständnis einzuholen⁵¹⁰. Für den Fall, daß der Bürge nach Zahlung eine Information des Hauptschuldners unterließ und dieser etwa nochmals an den Gläubiger zahlte, wurde eine ausdrückliche Vorschrift für entbehrlich gehalten, da dies nach allgemeinen Grundsätzen einen Schadensersatzanspruch nach sich ziehe⁵¹¹. Zahle der Bürge in Kenntnis einer rechtsvernichtenden Einwendung des Hauptschuldners an den Gläubiger, könne ihm dies der Hauptschuldner einredewe-

nicht kraft seines Willens oder nicht kraft seines rechtsgültigen Willens ein Anderer bereichert ist, kann, wenn hierzu ein rechtlicher Grund gefehlt hat, von dem Andern die Herausgabe der Bereicherung (die Zurückerstattung) fordern«.

⁵⁰² Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 497.

⁵⁰³ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 497.

⁵⁰⁴ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 496; vgl. heute § 774 I 3.

⁵⁰⁵ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 497; eingefügt in § 464 der Redaktionsvorlage, § 676 E I.

⁵⁰⁶ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 496.

⁵⁰⁷ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 496.

⁵⁰⁸ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) § 774, 497.

⁵⁰⁹ Zur eingeschränkten Bedeutung der Mot. der ersten Kommission vgl. Werner Schubert, in: Jakobs/Schubert (Hg.), Einführung, Biographien, Materialien, 49f.

⁵¹⁰ Mot., Bd. II, 675 (Mugdan, Bd. II, 377).

⁵¹¹ Mot., Bd. II, 675 (Mugdan, Bd. II, 377).

se (§§ 401, 412) bzw. im Rahmen eines Aufwendungsersatzanspruchs des Beauftragten als Vertragsverletzung entgegenhalten⁵¹².

c) Lösungswege vor dem BGB

aa) Vom *beneficium cedendarum actionum* zur Legalzession (Subrogation)

Im klassischen römischen Recht⁵¹³ war ein allgemeiner Regreßanspruch des Bürgen 80 bei Zahlung an den Gläubiger gegen den Hauptschuldner unbekannt. Lediglich für die *sponsio* wurde durch eine *actio depensi* ein Rückgriffsrecht gegeben, wenn der Hauptschuldner nicht binnen sechs Monaten das Geleistete erstattete⁵¹⁴. Ein Rückgriff gegen den Hauptschuldner mußte daher über dessen Rechtsbeziehung zum Bürgen begründet werden. In Betracht kam etwa die Ersatzklage des Beauftragten (*actio mandati contraria*) oder des interessegemäß Geschäftsführenden (*actio negotiorum gestorum contraria*)⁵¹⁵. Weitergehend wurde dem Bürgen jedoch schon in der Klassik eine *exceptio doli* für den Fall gewährt, daß der Gläubiger die Zahlungsaufforderung gegen den Bürgen nicht mit der Bereitschaft zur Abtretung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner verband⁵¹⁶. Zahle der Bürge vor Abtretung, stellte sich das Problem, daß eine Zahlung auf die Hauptschuld die abzutretende Forderung vernichtet hätte. Die Römischen Juristen schlugen daher die Annahme einer Fiktion vor. Sie fingierten, der Bürge kaufe mit seiner Zahlung zugleich die Hauptschuld und die Zahlung an den Gläubiger betreffe nur den Kaufpreis⁵¹⁷. Die kaiserliche Kanzlei schloß sich diesem Lösungsweg jedoch nicht an und neigte dazu, den Gläubiger zur Abtretung zu zwingen⁵¹⁸. Justinian gewährte daher dem Bürgen das Recht, die Abtretung der Forderung gegen den Hauptschuldner vom Gläubiger zu verlangen (*beneficium cedendarum actionum*)⁵¹⁹.

Im gemeinen Recht fanden diese Lösungen eine breite Diskussion. Dabei herrschte 81 die Tendenz, die Rechte des Bürgen gegenüber dem Gläubiger zu stärken. Anerkannt waren weiterhin direkte Ansprüche gegen den Schuldner aus einem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis, etwa Auftrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag. Noch die Kodifikationen des 19. Jahrhunderts stellten

⁵¹² Mot., Bd. II, 677 (Mugdan, Bd. II, 378).

⁵¹³ Vgl. Gunter Wesener, Die Durchsetzung von Regreßansprüchen im Römischen Recht, in: Labeo 11 (1965), 341, 341ff.; Giuseppe Provera, Riflessioni sul *beneficium cedendarum actionum*, in: Studi in onore di Cesare Sanfilippo, Bd. IV, 1983, 609, 609ff.; Frezza, Le garanzie delle obbligazioni (Fn. 330) 1.180ff.; Fritz Schulz, Rückgriff und Weitergriff, 1907, 16ff.; Dieter Medicus, Der fingierte Klagekauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses, in: FS für Max Kaser zum 70. Geburtstag, 1976, 391, 391ff.; Kaser, Römisches Privatrecht I (Fn. 3) 665; ders., Römisches Privatrecht II (Fn. 3) 460; Kaser/Knützel, Römisches Privatrecht (Fn. 123) 279; Zimmermann, Law of Obligations (Fn. 13) 132ff.

⁵¹⁴ Gai. inst. 3,127; 4,22.

⁵¹⁵ Gai. inst. 3,127; Inst. 3,20,6.

⁵¹⁶ D. 46,1,17.

⁵¹⁷ Hierzu Medicus, Klagekauf (Fn. 513) 392ff.

⁵¹⁸ C. 5,58,1; 8,40,11.

⁵¹⁹ November 4,1.

klar, daß unter den entsprechenden Voraussetzungen dem zahlenden Bürgen ein Direktanspruch gegen den Hauptschuldner aus Auftrag oder berechtigter auftragloser Geschäftsführung zustehe. Problematisch waren daher einerseits die seltenen Fälle, in denen gegen Verbot und Interesse des Hauptschuldners gebürgt worden war⁵²⁰. Wichtiger waren Konstellationen, in denen eine Abtretung des Anspruchs des Gläubigers für den Bürgen günstiger war, als ein Direktanspruch gegen den Hauptschuldner. Häufige Beispiele bildeten Fälle, in denen dem Gläubiger eine zweite Sicherheit, etwa eine Hypothek, bestellt worden war, die nur im Fall der Abtretung dem Bürgen nutzte⁵²¹.

Um eine Abtretung zu erzwingen, gewährte schon die Glosse dem Bürgen daher eine peremptorische Einrede der Arglist gegen den Zahlungsanspruch des Schuldners⁵²².

82

Neben der Abtretungslösung entwickelte sich langsam die Vorstellung einer Legalzession der Hauptforderung auf den Bürgen durch Zahlung an den Gläubiger. Die früher verbreitete Ansicht, dies habe seit jeher deutschem Rechtsdenken entsprochen, ist zweifelhaft⁵²³. In den Stadtrechtsrezeptionen tauchte eine solche Vorstellung erstmals für die moderne Zahlungsbürgschaft auf. Entgegen früherer Ansicht⁵²⁴ blieb dies gegenüber dem Abtretungsanspruch infolge des *beneficium cedendarum actionum* aber ein Ausnahmefall⁵²⁵, der vielleicht eher oberflächlichem Umgang mit dem römischen Recht als bewußter rechtspolitischer Veränderung entsprang. Im Gemeinen Recht wurde die Frage vor allem im Kontext des Problems virulent, ob auch nach Zahlung des Bürgen eine Abtretung noch verlangt werden könne. Während in der Literatur dies vielfach als unzulässig erachtet wurde⁵²⁶, neigten andere unter Berufung auf die entgegenstehende Gerichtspraxis zur Zulässigkeit einer Abtretung trotz erfolgter Zahlung des Bürgen⁵²⁷, wobei teilweise die antike Lösung genutzt wurde, die Zahlung des Bürgen als Zahlung auf einen stillschweigend vereinbarten Klagekauf zu betrachten⁵²⁸. Eine Reihe von Autoren ging nun darüber hinaus und gewährte auch ohne Abtretung eine *actio negotiorum gestorum utilis*, fingierte also eine Zession, was faktisch auf eine Legalzession hinauslief⁵²⁹. Offensiv hielt etwa

⁵²⁰ Vgl. zu diesem Problem im einzelnen unten Rn. 87.

⁵²¹ Vgl. den guten Überblick bei Höpfner, Theoretisch-practischer Commentar (Fn. 131) § 845.

⁵²² Umfangreiche Nachweise bringt Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 212 ff.

⁵²³ v. Gierke, Schuldrecht, Deutsches Privatrecht, Bd. III: Schuldrecht, 1917, 770, 784.

⁵²⁴ Stobbe, Handbuch III (Fn. 443) 317.

⁵²⁵ Eggert, Bürgschaft (Fn. 28) 97; Maier, Bürgschaft (Fn. 28) 180 f.; zu Hamburg vgl. Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 157 f.

⁵²⁶ Lauterbach, Collegium (Fn. 128) Lib. XLVI, Tit. I, § 55; Berger, Oeconomia (Fn. 128) Lib. III, Tit. III, 13 (Nota 2 m. w. N.).

⁵²⁷ Stryk, Usus modernus (Fn. 124) Tom. V, Lib. XLVI, Tit. I (De fideiussoribus et mandatoribus), § 27; Carpzov, Jurisprudentia forensis (Fn. 124) P. II, Const. XVII, Def. XVI mit Konsilienfundstellen.

⁵²⁸ Matthias Coler, De processibus executivis, Editio novissima Köln 1718, Pars I, Cap. X, Nota 424; Hieronymus von Treutler, Disputationes ad jus civile, Bd. II, Frankfurt 1618, 26, 4; Struve, Syntagma iuris civilis (Fn. 337) Ex. XLVII, Lib. XLVI, Tit. I, § 45.

⁵²⁹ Christian Thomasius, Scholien zu (u. in): U. Huber (Hg.), Praelectiones juris civilis, 4. Aufl.

Hommel dabei der *subtilitas juris Romani* die *aequitas* entgegen⁵³⁰. Auch bei Pufendorf tauchte eine Legalzessionslösung auf⁵³¹.

Deutlich behandelte 1756 Kreittmayr die römische Lösung als »*beneficio obsoleto*«. Im CMBC wurde die Gewährung eines Anspruchs »*brevi manu*, ohne daß er einer Cession hierzu mehr bedarf« kodifiziert. Gegen die älteren Bayerischen Rechte⁵³², die keine Legalzession kannten, argumentierte Kreittmayr, daß es die »größte Billigkeit« sei, daß der Bürge sich seines Schadens beim Hauptschuldner wieder erholen könne. Er wettete gegen den »auf bloßer römischer Subtilität« beruhenden unnötigen »*Circumflexus*« des bloßen Anspruchs auf Abtretung, der »ebenso gezwungen herauskommt, als jener, da man mit dem linken Arm über den Kopf nach dem rechten Ohrläppel langt«⁵³³. »Liebhaber der römischen Antiquitäten« verwies er auf Gegner seiner Lösung wie Lauterbach oder Stryk⁵³⁴. In der Folgezeit setzte sich die Legalzession in den Kodifikationen durch. In Preußen fand sich diese Lösung erstmals im Codex Fridericianum⁵³⁵, nachfolgend dann im Corpus juris Fridericiani⁵³⁶ und im ALR⁵³⁷. Für die Abtretung anderweitiger Sicherheiten für die Hauptschuld wurde daneben weiterhin die Forderung einer ausdrücklichen Abtretung weiterhin gestattet⁵³⁸. Auch im Code civil⁵³⁹ und dem ABGB⁵⁴⁰ und dem für

Frankfurt/Leipzig 1749, Inst. § 8; David Mevius, Jurisdictionis summi tribunalis regii quod est Vismariae in forma atque potestate ex pacis instrumento nec non administrata justitia per decisiones super causis praecipuis de anno 1633–1670, 3. Aufl. Frankfurt/Straßund 1681, P. II, Dec. 132/ P. IV, Dec. 295/ P. VI, Dec. 387; Berger, Oeconomia (Fn. 128) Lib. III, Tit. III, 14 (Nota 5).

⁵³⁰ Karl Ferdinand Hommel, Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvientium nec legibus decisarum, 4. Aufl. Bayreuth 1783–1787, o. 657.

⁵³¹ So stehen bei Pufendorf, De jure naturae et gentium (Fn. 155) Lib. V, Cap. X, § 11 Legalzession u. Überlassung nicht ganz klar nebeneinander.

⁵³² Schuppenies, Bürgschaft (Fn. 158) 120 ff.

⁵³³ Kreittmayr, Anm. (Fn. 127) 482.

⁵³⁴ Kreittmayr, Anm. (Fn. 127) 482 f.

⁵³⁵ IV 9 § 30.

⁵³⁶ II 26 § 122.

⁵³⁷ ALR I 14 § 338: Der Bürge tritt, soweit er den Gläubiger befriedigt hat, in alle Rechte desselben gegen den Hauptschuldner, ohne daß es dazu einer ausdrücklichen Zession bedarf.

⁵³⁸ ALR I 14 § 339; vgl. Christian Friedrich Koch, Kommentar zum ALR, Bd. II, 6. Aufl. Berlin 1879, 253 Fn. 56.

⁵³⁹ Art. 2029: La caution, qui a payé la dette est subrogée à tous des droits, qu'avait le créancier contre le débiteur.

⁵⁴⁰ Ob § 1358 ABGB eine Legalzession aussprechen sollte ist freilich nicht ganz deutlich. Der Wortlaut ist nicht eindeutig: »Wer die Schuld eines Anderen bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers, und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherungsmittel auszuliefern«. Zeiller kommentierte, »daß der Gläubiger seine sich auf die Hauptschuld beziehenden Rechte dem Bürgen, der doch immer nur eine fremde Schuld für den andern bezahlt hat, abtrete«, Franz v. Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Bd. IV, Wien 1813, 26 f. Einigkeit über die Legalzessionswirkung des § 1358 wurde erst im Verlaufe des 19. Jahrhunderts erzielt, vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Stubenrauch, Kommentar (Fn. 452) 755 Fn. 1 sowie Joseph Frhr. v. Schey, Das Regreßrecht bei Bezahlung fremder Schulden, Graz 1891.

das BGB als Vorbild dienenden Dresdner Entwurf eines Obligationenrechts⁵⁴¹ fand bei Zahlung des Bürgen eine *cessio legis* an ihn statt.

Der im gemeinen Recht eigentlich problematische Fall, in dem ein direkter Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner wegen einem entgegenstehendem Verbot scheiterte, also weder Auftrag noch Geschäftsführung ohne Auftrag Ansprüche brachten, blieb auch hier umstritten⁵⁴².

- 83 Im »heutigen Römischen Recht« des 19. Jahrhunderts⁵⁴³ spitzte sich die Problematik des Regresses wieder zu. *Mühlenbruch* sprach sich in seiner einflußreichen Monographie zur Zessionslehre gegen die Möglichkeit aus, nach Zahlung noch Abtretung verlangen zu können⁵⁴⁴. Dies fand vielfach Anerkennung⁵⁴⁵. *Jhering* wendete die Konstruktionsfragen ins Grundsätzliche: Entweder müsse der Lehrsatz, daß die Obligation durch Zahlung untergehe fallen oder man müsse einen Gesichtspunkt finden, der den Widerspruch zwischen der Zession nach Zahlung und dem allgemeinen Erlöschensbegriff beseitige⁵⁴⁶. *Hasenbalg* sah nur in einer gesetzgeberischen Entscheidung einen Ausweg aus dem Dilemma⁵⁴⁷. *Hartmann* schlug vor, ein Erlöschen deshalb nicht anzunehmen, weil die Hauptschuld zwei Zwecke beinhalte, Erfüllung gegenüber dem Gläubiger und Regreß für den Bürgen. Hinsichtlich des letzten Grundes liege noch keine Erfüllung vor⁵⁴⁸. *Scheurl* sah in der Verbürgung zugleich ein *mandatum qualificatum*, bezog die Zahlung daher auf die Erfüllung der Mandatsschuld⁵⁴⁹. Die Praxis neigte weiterhin dazu, auch ohne diese Konstruktionen nach Zahlung eine Abtretung zuzulassen und nur eine Leistung der Zessionsvaluta anzunehmen⁵⁵⁰.

bb) Verzicht

- 84 In der spätmittelalterlichen Kautelarpraxis zeigte sich die Tendenz, auf die Rechte des *beneficium cedendarum actionum* zu verzichten. Fast regelmäßig wurden schon

⁵⁴¹ Art. 940 DresdE.

⁵⁴² Hierzu im einzelnen unten Rn. 86.

⁵⁴³ Hierzu neben den im Folgenden Genannten *Alfred la Roche*, Der Regreß des Bürgen nach gemeinem Deutschen Rechte, Basel o. J. (ca. 1890).

⁵⁴⁴ *Christian Friedrich Mühlenbruch*, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl. Greifswald 1836, 445, 448.

⁵⁴⁵ *Thibaut*, System des Pandektenrechts, 6. Aufl. Jena 1823, § 943; *Göschen*, Vorlesungen II (Fn. 360) 28; *Heimbach*, Beneficium cedendarum actionum, Weiskes Rechtslexikon (Fn. 144) Bd. I, 871, 872; *Carl Friedrich Ferdinand Sintenis*, Das Practische gemeine Zivilrecht (Fn. 153) 845; *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 97; *Rudolph Frhr. v. Holzschuher*, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. III, Leipzig 1864, § 311 Nr. 15.

⁵⁴⁶ *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. II 2, Leipzig 1858, 359.

⁵⁴⁷ *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 414 ff., 419 ff., 422 Fn. 19.

⁵⁴⁸ *Gustav Hartmann*, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, Erlangen 1875, 46 ff.

⁵⁴⁹ *Scheurl*, Rez. Hartmann, Die Obligation, KritVj 18 (1876) 503, 503 ff.

⁵⁵⁰ OAG Kiel (v. 9. 3. 1853) SeuffA 7, 374, Nr. 313; OAG Rostock (v. 4. 4. 1863) SeuffA 17, Nr. 40; OAG München (v. 10. 12. 1867) SeuffA 22, 215, Nr. 142; a. A. OTR Stuttgart (v. 5. 6. 1857) SeuffA 12, 158, Nr. 117.

im 13. Jahrhundert in Urkunden Generalrenuntiationen aufgenommen, in denen auf »*omni beneficio et auxilio*« verzichtet wurde⁵⁵¹. Die Legistik versuchte, diese Praxis zurückzudrängen, wohl auch, weil damit die Anwendung des Römischen Rechts insgesamt bedroht war⁵⁵². Es setzte sich der Satz durch, daß ein allgemeiner Verzicht nicht binde, sondern auf jede Einrede speziell verzichtet werden müsse⁵⁵³. Auch der damit zunächst mögliche gesonderte Verzicht auf das *beneficium cedendarum actionum* bzw. die daraus abgeleitete *exceptio doli* wurde im *Usus modernus* eingeschränkt. Unter Anwendung des Grundsatzes, daß Verzichtformeln eng auszulegen seien⁵⁵⁴, wurde der Verzicht nur insofern für wirksam erachtet, als er eine Benachteiligung des Gläubigers ausschließen wolle. Der Gläubiger habe kein Interesse daran, daß der Bürge sein Recht verliere, eine Abtretung könne also trotz Verzichts immer dann gefordert werden, wenn der Gläubiger vollends befriedigt worden sei⁵⁵⁵. Im 19. Jahrhundert fand diese Einschränkung zunehmend Kritik. Nun wurde ein wirksamer Verzicht überwiegend zugelassen⁵⁵⁶.

cc) Übergang von Sicherheiten, die der Gläubiger nach der Bürgschaft erlangt hatte?

Im Römischen und gemeinen Recht war der Gläubiger verpflichtet, dem zahlenden Bürgen die Hauptschuld »vollständig«, also »mit allen dazu gehörigen Rechten« abzutreten⁵⁵⁷. Dies umfaßte vor allem akzessorische Sicherheiten, insbesondere Pfandrechte⁵⁵⁸. Gleiches galt für die meisten Kodifikationen⁵⁵⁹. Im preußischen Recht⁵⁶⁰ sprachen sich die Gesetzesrevisoren⁵⁶¹ mit späteren Stimmen in der Litera-

⁵⁵¹ Vgl. *Schlosser*, Die Rechts- und Einredeverzichtformeln (Fn. 449) 33 ff.

⁵⁵² So die These von *E. Meyrial*, Des renonciations au moyen âge et dans notre ancien droit, in: Nouvelle Revue historique de droit française et étranger 25 (1902) 649 ff., 683.

⁵⁵³ *Schlosser*, Die Rechts- und Einredeverzichtformeln (Fn. 449) 46 ff., 50.

⁵⁵⁴ *Schlosser*, Die Rechts- und Einredeverzichtformeln (Fn. 449) 46 ff., 50.

⁵⁵⁵ So *Carpzov*, Jurisprudentia forensis (Fn. 124) P. II, Const. XVII, Def. XVII; *Stryk*, Usus modernus (Fn. 124) Tom. V, Lib. XLVI, Tit. I (De fideiussoribus et mandatoribus), § 26; weitere Nennungen bei *Hering*, Tractatus de fideiussoribus (Fn. 124) Cap. XXVII, P. 3 (Notae 22 ff.); *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 251, vgl. auch 214, 249.

⁵⁵⁶ *Mühlenbruch*, Cession (Rn. 544) 414; ihm folgend *Heimbach*, Beneficium cedendarum actionum (Fn. 545) 873; *Sintenis*, Das Practische gemeine Civilrecht (Fn. 153) 845; im Ergebnis auch *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 463; weder zum ALR noch zum ABGB habe ich eine Erörterung der Thematik gefunden.

⁵⁵⁷ *Mühlenbruch*, Cession (Fn. 544) 418.

⁵⁵⁸ Etwa D. 46,1,13; 17,1,27,5; hierzu *Wesener*, Die Durchsetzung von Regreßansprüchen (Fn. 513) 346 ff.; zum 19. Jh. *Sintenis*, Das Practische gemeine Civilrecht (Fn. 153) 844; *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 443 ff.; einschränkend *Knorr*, Beiträge zur Lehre von der Bürgschaft und dem Pfandrechte, AcP 28 (1846) 167, 167 ff. (nur, wenn die Bürgschaft »im Bezug« auf diese Nebenrechte abgeschlossen worden sei).

⁵⁵⁹ Vgl. Art. 1251 CC; § 1358 ABGB; Art. 940 DresdE.

⁵⁶⁰ Vgl. ALR I 11 §§ 442–444 u. 16 §§ 46–50, die für einen Übergang auch später erworbener Sicherheiten sprechen.

⁵⁶¹ Vgl. Motive zu dem von den Deputierten vorgelegten Entwurf der Titel 14 u. 16 des ersten Theiles des Allgemeinen Landrechts, Berlin 1832, 48, abgedruckt in: *Werner Schubert/Jürgen Reg-*

tur⁵⁶² dafür aus, nur die Sicherheiten mit übergehen zu lassen, die zum Zeitpunkt der Bürgschaftseingehung bereits bestanden. Da der Bürge durch spätere Verträge nichts verlieren könne, so könne er auch nichts erwerben⁵⁶³. Dem hielt *Dernburg* mit der gemeinrechtlichen Regelung die Billigkeit entgegen, die fordere, daß der Gläubiger alle Rechte verliere⁵⁶⁴. Die Akzessorietät wurde nur genutzt, um die Nebenrechte an die Hauptschuld zu binden, »der Grund aber, weshalb der Gläubiger auch zur Abtretung des fraglichen Nebenrechts verpflichtet sein soll, ist allein die hervorgehobene Billigkeitsrücksicht«⁵⁶⁵. Nach *Mühlenbruch* konnte daher auch die Übertragung nicht akzessorischer Rechtspositionen gefordert werden. Beispielhaft nannte er das Recht auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitutio in integrum*) und die *actiones adiectitiae qualitatis*, besondere Klagen gegen den Geschäftsherrn aus Handlungen seiner Angestellten⁵⁶⁶.

dd) Abtretung der Hauptforderung auch ohne Direktanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner?

- 86 Im gemeinen Recht war umstritten, ob auch ohne Ansprüche im Deckungsverhältnis, also insbesondere dann, wenn ohne Fremdgeschäftsführungswillen und gegen Wille oder Interesse des Hauptschuldners gebürgt worden war, eine Übertragung der Hauptschuld vom Gläubiger gefordert werden dürfe. Im preußischen Recht wurden, anders als im Code civil, solche Ansprüche abgelehnt⁵⁶⁷. Im gemeinen Recht war vor allem *Windscheid*, explizit gegen die römischen Quellen, dieser Ansicht: Wenn der Bürge auf einen Regreß gegenüber dem Hauptschuldner verzichtet habe, seinerseits ihm gegenüber ersatzpflichtig sei oder gegen ein ausdrückliches Verbot des Hauptschuldners sich verbürgt habe, dürfe er sich keine Regreßforderung verschaffen⁵⁶⁸. Demgegenüber trennte die h.M. die beiden Rechtsbeziehungen. Da den

ge, Quellen zur preußischen Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts. Gesetzrevision (1825–1848) II. Abteilung, Bd. III: Obligationenrecht, Liechtenstein 1983, 794.

⁵⁶² *Franz Förster*, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts, Bd. II, 5. Aufl. Berlin 1887, 390 Anm. 100; *Koch*, Allgemeines Landrecht (Fn. 161) 253 Anm. 54; *W. Bornemann*, Systematische Darstellung des preußischen Civilrechts, Bd. III, Berlin 1843, 294 ff.; *Ludwig v. Rönne*, Ergänzungen und Erläuterungen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten, Bd. II, Berlin 1886, 174 f.

⁵⁶³ *Koch*, Allgemeines Landrecht (Fn. 161) 253 Anm. 54.

⁵⁶⁴ *Dernburg*, Lehrbuch des preußischen Privatrechts II (Fn. 182) § 245 Fn. 6.

⁵⁶⁵ *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 448.

⁵⁶⁶ *Mühlenbruch*, Cession (Fn. 544) 419.

⁵⁶⁷ ALR I 14 § 341, hierzu *Dernburg*, Preussisches Privatrecht II (Fn. 182) § 245 Fn. 9; anders zum CC: *Charles Aubry/Charles Frédéric Rau*, Cours de droit civil français, § 427 Fn. 2; Art. 940 Dresden. Vom Problembereich des Forderungsübergangs zu unterscheiden ist die Frage, ob dem Bürgen neben den durch die Legalzession erworbenen Rechten weitere Forderungen gegen den Hauptschuldner zustehen. Voraussetzung für solche Ansprüche ist regelmäßig das Vorliegen eines Auftragsverhältnisses oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag; der Fall einer Verbürgung gegen Willen oder Interesse des Schuldners wird also nicht erfaßt. Hierzu *Aubry*, a.a.O. § 428 Fn. 9–15; *Zachariae*, Französisches Civilrecht Französisches Privatrecht, 3. Aufl. 1827, Bd. I, § 426 Fn. 2; ähnlich auch § 1474 Sächs. BGB.

⁵⁶⁸ *Windscheid*, Pandekten 6. Aufl. 1887, § 481 Fn. 7.

Gläubiger das Deckungsverhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner nichts angehe, dürfe eine Abtretung auch nicht davon abhängig gemacht werden⁵⁶⁹. Im Deckungsverhältnis selbst wurde dem Hauptschuldner gegen den Regreß des Bürgen eine *exceptio doli* gewährt⁵⁷⁰.

ee) Kein Forderungsübergang bei Nachteilen für den Gläubiger

Dem Gläubiger verblieb das Recht, die Abtretung zu verweigern, wenn sie ihm, über den Verlust der Forderung hinaus, Nachteile brachte⁵⁷¹. Der Abtretungszwang wurde auf die Billigkeit gestützt: »Der dolus besteht hier ... nur darin, daß er [sc. der Kläger] sich weigert, den billigen Anspruch des Beklagten gegen einen Dritten durch eine Handlung zu unterstützen, wobei er selbst keinen Nachtheil leidet«⁵⁷². Dieser Aspekt fiel weg, wenn für den Gläubiger Nachteile zu erwarten waren. Auch ein anteiliger Eintritt des Bürgen in die Rechtsposition des Gläubigers wurde gemäß dem Grundsatz *nemo subrogat contra se*⁵⁷³ aus diesem Grund abgelehnt, wenn der Bürge nur teilweise zahlte⁵⁷⁴. Ausdrücklich bestimmt dies Art. 1252 CC. Bei kollidierenden Interessen billigte das OLG Köln dabei für das rheinisch-französische Recht dem Richter das Recht zu, eine Interessenabwägung nach billigem Ermessen vorzunehmen⁵⁷⁵.

ff) Verhinderung des Rückgriffs durch Verschulden des Gläubigers

Verhinderte der Gläubiger den Forderungsübergang, indem er etwa dem Hauptschuldner die Schuld erließ, wurde der Bürge schon im älteren Recht seiner Bürgschaftsverpflichtung ledig⁵⁷⁶. Gleiches galt, wenn der Gläubiger die Durchsetzung der Hauptschuld durch den Bürgen verhinderte, indem er zusätzliche Sicherheiten abgab⁵⁷⁷.

⁵⁶⁹ *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 306 f.; vgl. D. 17,1,12,1.

⁵⁷⁰ So *Arnolds*, Pandekten (Fn. 144) § 356 Fn. 3; *Dernburg*, Pandekten II (Fn. 197) § 80 Fn. 8.

⁵⁷¹ Zumeist unter Berufung auf C. 8,41,2.

⁵⁷² *Friedrich Carl v. Savigny*, Das Obligationenrecht, Bd. I, Berlin 1851, 242 Fn. q.

⁵⁷³ So ausdrücklich ROHGE (v. 12. 12. 1876 – I 1219/76) 21, 209, 213.

⁵⁷⁴ *Levin Goldschmidt*, Ueber den Einfluß von Theilzahlungen eines Solidarschuldners auf die Rechte des Gläubigers gegen andere Solidarschuldner, ZHR 14 (1870) 397, 397 ff., 417; *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 534; *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 452 ff.; *Heinrich Dernburg*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen Römischen Rechts, Bd. II, Leipzig 1864, 364, 367; *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 481 Anm. 8; RG (v. 1. 2. 1899 – I 424/98) SeuffA 54, 285, Nr. 150.

⁵⁷⁵ OLG Köln (v. 16. 11. 1880) Rheinische Annalen 71, Teil 1, 3.

⁵⁷⁶ *Hering*, Tractatus de fideiussoribus (Fn. 124) Cap. XX, § 15 (Notae 34 ff.); *Carpzov*, Jurisprudentia (Fn. 124) P. II, Const. XIX, Def. X; *Berger*, Oeconomia (Fn. 128) Lib. III, Tit. III, 17 (Nota 3); vgl. auch *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 248, 250; so auch im 19. Jh. einhellig: *Hasenbalg*, Bürgschaft (Fn. 140) 404 ff.; *Mühlenbruch*, Cession (Fn. 544) 437 Anm. sowie 441 f.; *Vangerow*, Pandekten (Fn. 87) § 578 Anm. 4; *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 82) § 478 Anm. Fn. 10; *Goldschmidt*, Theilzahlungen (Fn. 574) 423.

⁵⁷⁷ *Georg Mode*, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen Dritte Personen, Diss. Erlangen, Berlin 1896, 54 ff.; RG (v. 6. 7. 1896 – VI 94/1896) SeuffA 52, 280, Nr. 154.

d) Andere europäische Lösungen seit 1900

- 89 Der für eine fremde Verbindlichkeit haftende Bürge soll nach Möglichkeit vor einem eigenen Schaden geschützt werden. Insofern ist es ein einheitlicher Grundsatz der kontinentalen Rechtsordnungen, daß dem Bürgen nach dessen Tilgung der Hauptschuld ein Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner zusteht⁵⁷⁸.

Der Regreß kann zum einen in Gestalt eines Erstattungsanspruchs aufgrund des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner erfolgen. Alle hier untersuchten Rechtsordnungen haben diese Variante in ihr jeweiliges Bürgschaftsrecht aufgenommen, wobei der Rückgriff entweder ausdrücklich⁵⁷⁹ bzw. mittelbar unter dem Hinweis auf das zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehende persönliche Rechtsverhältnis⁵⁸⁰ gestattet wird. Für das englische Recht ordnet section 145 des Indian Contract Act beispielsweise an: »In every contract of guarantee there is an implied promise by the principal debtor to indemnify the surety; and the surety is entitled to recover from the principal debtor whatever sum he has rightfully paid under the guarantee, but, no sums which he has paid wrongfully«⁵⁸¹. Im Gegensatz zu den übrigen untersuchten Rechtsordnungen, bei denen das persönliche Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Hauptschuldner je nach den Umständen des Einzelfalles auf einem Auftrag, einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder der aus der Erfüllung einer fremden Schuld hervorgehenden Bereicherung beruhen kann⁵⁸², erkennt das englische Recht zumindest die Variante der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht an, so daß dort grundsätzlich eine wie auch immer erfolgte Absprache zwischen Bürge und Hauptschuldner erforderlich ist⁵⁸³. Anderenfalls steht dem Bürgen ein Erstattungsanspruch gegen den Hauptschuldner nicht zu⁵⁸⁴.

⁵⁷⁸ Andreas B. Schwarz, Garantievertrag und Bürgschaft, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Bd. III, 1931, 593, 612; ebenso die EG-Kommission, Bürgschaft im Recht der EG-Mitgliedstaaten (Fn. 481) 50; Wolfgang Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht (Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen: Abt. B, Rechtswissenschaft, 52), 1988, 79.

⁵⁷⁹ Art. 2305 I CC: »La caution qui a payé, a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur.«; Art. 1950 I ital. Codice civile: »Il fideiussore che ha pagato ha regresso contro il debitore principale (...)«; vgl. ebenso EG-Kommission, Bürgschaft im Recht der EG-Mitgliedstaaten (Fn. 481) 52.

⁵⁸⁰ Art. 507 III OR: »Vorbehalten bleiben die besonderen Ansprüche und Einreden aus dem zwischen Bürgen und Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnis.«; vgl. für das österreichische Recht Helmut Gamerith, in: P. Rummel (Hg.), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, Wien 1984, § 1358 Rn. 11.

⁵⁸¹ Der Wortlaut des Indian Contract Act ist im Internet unter <http://chddistrictcourts.gov.in/THE%20INDIAN%20CONTRACT%20ACT.pdf> vollständig einsehbar.

⁵⁸² EG-Kommission, Bürgschaft im Recht der EG-Mitgliedstaaten (Fn. 481) 53; Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 578) 65.

⁵⁸³ Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 578) 66.

⁵⁸⁴ Schwarz, Garantievertrag und Bürgschaft (Fn. 578) 612. Dieser Grundsatz ist allerdings in der jüngeren englischen Literatur zum Bürgschaftsrecht durch die Zulassung von Ausnahmefällen aufgeweicht worden, vgl. Berensmann, Bürgschaft und Garantievertrag (Fn. 578) 69ff.; ebenso Jens Kuhlmann, Rückgriffsgrundlagen bei Gesamtschuld, Bürgschaft und Schadensversicherung in

Neben dem Erwerb des Erstattungsanspruchs tritt der Bürge zugleich nach der Befriedigung des Gläubigers an dessen Stelle und erlangt die Forderung, soweit sie getilgt wurde, mitsamt den akzessorischen Sicherungsrechten sowie den Vorzugsrechten des Gläubigers (Subrogation). Anders also als nach der römisch-gemeinrechtlichen Tradition, nach der der Bürge den Gläubiger durch die einredeweise Geltendmachung des *beneficium cedendarum actionum* zur Abtretung von Forderung und Nebenrechten anhalten konnte⁵⁸⁵, vollzieht sich die Rechtsnachfolge bezogen auf das Bürgschaftsrecht in fast allen Ländern ipso iure im Wege der Legalzession⁵⁸⁶, auch wenn einige Gesetzbücher im allgemeinen zwischen vertraglicher und gesetzlicher Subrogation unterscheiden⁵⁸⁷. Die einzige Ausnahme bildet hier erneut das englische Recht, das dem Bürgen zwar das »right of subrogation« zugesteht, der Bürge aber diesen Zessionsanspruch gerade dem Gläubiger gegenüber geltend machen muß, sofern er nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet hat⁵⁸⁸. Im schweizerischen Recht ist ein solcher Verzicht gemäß Art. 492 IV OR wiederum unzulässig, was dem Bürgen zum Schutze seines Regreßanspruchs dienen soll⁵⁸⁹. Im Bürgschaftsrecht der ehemaligen DDR gehen die Vorschriften des ZGB DDR und des GIW inhaltlich auch im Hinblick auf den Regreß des Bürgen auseinander. Während nämlich § 451 II ZGB DDR den Regreß im privaten Bürgschaftsverkehr in Form der *cessio legis* regelte⁵⁹⁰, verlieh § 250 I GIW im Bereich der internationalen Verträge dem Bürgen einen Anspruch gegen den Schuldner auf Erstattung der gezahlten Summe⁵⁹¹.

Der Entwurf der Study Group on a European Civil Code regelt den Bürgenregreß in Art. 2:113. Danach ist vorgesehen, daß dem Bürgen nach Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung ein Erstattungsanspruch (»reimbursement«⁵⁹²) in Höhe der geleisteten Bürgschaftssumme gegen den Hauptschuldner zusteht (Art. 2:113 I 1). Zu-

Deutschland, England und Schweden (Berliner Juristische Universitätschriften / Zivilrecht, 48), 2005, 99ff.

⁵⁸⁵ Vgl. die ausführliche Darstellung von Girtanner, Bürgschaft (Fn. 121) 468ff. u. 533ff.; Schwarz, Garantievertrag und Bürgschaft (Fn. 578) 612.

⁵⁸⁶ Art. 2306 CC: »La caution qui a payé la dette, est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur«; Art. 1949 ital. Codice civile: »Il fideiussore che ha pagato il debito è surrogato nei diritti che il creditore aveva contro il debitore«; Art. 507 I ZGB: »Auf den Bürgen gehen in demselben Maße, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über. (...)«; § 1358 ABGB: »Wer eine fremde Schuld bezahlt, für die er persönlich oder mit bestimmten Vermögensstücken haftet, tritt in die Rechte des Gläubigers (...)«.

⁵⁸⁷ Z. B. Art. 1249 CC: »La subrogation dans les droits du créancier au profit d'une tierce personne qui le paie, est ou conventionnelle ou légale«.

⁵⁸⁸ Section 5 Mercantile Amendment Act (1856); Brink/Habel, Kreditsicherheiten (Fn. 482) 73; Schwarz, Garantievertrag und Bürgschaft (Fn. 578) 612f.

⁵⁸⁹ Guhl/Merz/Kummer, Schweizer Obligationenrecht (Fn. 477) § 57, 489.

⁵⁹⁰ § 451 II ZGB DDR: »Soweit ein Bürge die Forderung des Gläubigers erfüllt hat, geht die Forderung auf ihn über«; vgl. auch Ministerium der Justiz (Hg.), Kommentar zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975 und zum Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19. Juni 1975, 2. Aufl. 1985, § 451 Ziff. 2.

⁵⁹¹ Hadding, Bürgschaft und Garantie (Fn. 145) 666f.

⁵⁹² PEL/Drobnyg, Pers. Sec. (Fn. 293) 8.

gleich soll der Bürge aber auch im Wege der Legalzession bzw. Subrogation⁵⁹³ entsprechend seiner erbrachten Leistung den Zahlungsanspruch des Gläubigers gegen den Schuldner erwerben (Art. 2:113 I 2). Der Erstattungsanspruch und der Zahlungsanspruch kraft Legalzession stehen nach Art. 2:113 I 3 ausdrücklich nebeneinander, dem Bürgen wird also zwecks möglichst umfassender Schadloshaltung gestattet, beide Ansprüche kumulativ gegen den Schuldner geltend zu machen⁵⁹⁴. Vom Rechtsübergang durch Legalzession sind ebenso abhängige und unabhängige Sicherungsrechte des Gläubigers gegen den Schuldner umfaßt, gleichgültig ob sie persönlicher oder dinglicher Natur sind⁵⁹⁵. Eine vertragliche Beschränkung der Übertragbarkeit bzw. ihr kompletter Ausschluß durch den Schuldner ist dabei – wiederum aus Gründen des Bürgenschutzes – wirkungslos (Art. 2:113 III 1)⁵⁹⁶.

5. Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften

a) Problemstellung

- 92 Die Frage der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften hat sich in den letzten Jahren zu einem **Brennpunkt der Debatten** im Bürgschaftsrecht entwickelt⁵⁹⁷. Auffallend daran ist, daß diese Debatten **stark von historischen Argumenten** durchsetzt sind. Zwei Argumentationsmuster springen dabei ins Auge.
- 93 1. In seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 1993⁵⁹⁸ hat das Bundesverfassungsgericht selbst seinen Richtungswechsel als Korrektur der überzogenen Privatautonomie des 19. Jahrhunderts und des »unsozialen« BGB⁵⁹⁹ gedeutet⁶⁰⁰. Der »eisige Wind der Privatautonomie des 19. Jahrhunderts«, so *Heinrich Honsell*⁶⁰¹, sei gebändigt worden. Die Sittenwidrigkeitskontrolle ist damit ein Puzzlestein im großen Bild einer »**Materialisierung**« des liberalistischen Privatrechts im 20. Jahrhundert⁶⁰².
- 94 2. Mit Blick auf die europäische Rechtsvereinheitlichung wird dagegen eine längere Zeitachse genutzt, in der die römischen **Interzessionsverbote** als »**Ewigkeitsproblem**« der Rechtsgeschichte erscheinen. Es entsteht die Geschichte eines durchlaufenden Schutzes von Frauen vor Bürgschaften und ähnlichen Interzessionen.

⁵⁹³ Vgl. den Wortlaut der Fassungen romanisch geprägter Sprachen, z. B. französische, italienische oder spanische Fassung, in: PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 41, 62, 72.

⁵⁹⁴ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 304.

⁵⁹⁵ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 305.

⁵⁹⁶ PEL/Drobnič, Pers. Sec. (Fn. 293) 305.

⁵⁹⁷ Vgl. *Sibylle Kessel-Wulf*, in: J. v. Staudinger (Hg.), *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 2005, 422: »Die Meinungsvielfalt dazu war und ist kaum zu überschauen«.

⁵⁹⁸ BVerfG (v. 19. 10. 1993 – 1 BvR 567 u. 1044/89) JZ 1994, 408, 409f.

⁵⁹⁹ Vgl. zu diesem schiefen Bild *Tilman Reggen*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Jus Privatum, 60)*, 2001; *Sibylle Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert (Jus Privatum, 53)*, 2001.

⁶⁰⁰ Hierzu bereits *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 5ff.

⁶⁰¹ Vgl. *HKK/Haferkamp*, § 138 Rn. 6.

⁶⁰² Zu diesem Bild auch *HKK/Duvel/Haferkamp*, § 242 Rn. 21ff.; *HKK/Rückert*, vor § 1 Rn. 105.

Daraus entwickelt wird eine historisch begründete Systematik möglicher Schutztechniken, etwa Interzessionsverbote, Aufklärungs- und Beratungspflichten, das Erfordernis eidlichen Verzichts oder Anfechtungsrechte wegen *metus reverentialis* oder *metus maritalis*⁶⁰³.

Analysiert man die heutige **Judikatur** zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften, so zeigt sich, daß es ganz wesentlich um Angehörigenbürgschaften, insbesondere um Bürgschaften von **Ehefrauen für ihre Männer** geht⁶⁰⁴. Banken ziehen dabei auch mittellose Ehefrauen als Bürgen heran, um eine Vermögensverschiebung durch den insolvenzbedrohten Mann aufzufangen. Auch bei dieser Fallgruppe liegt nun eine lange Linienziehung nahe, da die *Authentica Si qua mulier* (Nov. 134, 8) *Justinians*, Bürgschaften von Ehefrauen für ihre Männer als unzulässig erklärt hatte⁶⁰⁵.

Beide Blickrichtungen führen zu **Verzerrungen**. Für Ehegattenbürgschaften erweist sich die Vorstellung, es gebe hier eine seit der Antike durchlaufende Schutzdiskussion ebenso als irreführend, wie das Feindbild einer Entfesselung der weiblichen Haftung im liberalistischen 19. Jahrhundert. Nimmt man nämlich die dabei üblicherweise ausgesparte familienrechtliche Perspektive hinzu, so läßt sich eine erhöhte Existenzgefährdung der Ehefrauen durch Privatautonomie schon deshalb nicht belegen, weil ohne Privatautonomie die Existenzgefährdung eher größer war. Vor dem BGB war die Mithaftung der Frau für Schulden ihres Mannes die Regel. Die *Authentica Si qua mulier* spielt für die Geschichte des Frauenschutzes eine marginale Rolle. An diesen Zuständen hat in Deutschland erst das BGB etwas geändert und Bürgschaften, nicht das Güterrecht als Haftungsgrundlage erzwungen. Erst mit dem Schutz des weiblichen Vermögens im Familienrecht mußten Bürgschaften die Haftungslücke schließen. Die Ehegattenbürgschaften in Deutschland sind als Massenphänomen daher ein Problem des 20. Jahrhunderts.

⁶⁰³ Vgl. etwa *Ulrike Mönich*, *Frauenschutz vor riskanten Geschäften* (Dissertationen zur Rechtsgeschichte, 10), 1999; *Wolfgang Ernst*, *Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutze des Verbrauchers als Interzedenten*, in: R. Zimmermann u. a. (Hg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, 395, 395ff.; *Nils Jansen*, *Seriösitätskontrollen existentiell belastender Versprechen. Rechtsvergleichung, Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik* in: R. Zimmermann (Hg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, 2007, dem ich an dieser Stelle für manchen Hinweis sehr danke, II 1; *Jacques du Plessis/Reinhard Zimmermann*, *The Relevance of Reverence. Undue Influence Civilian Style*, MJ 10 Nr. 4 (2003) 345ff.; *Sibylle Hofer*, *Vertragsfreiheit am Scheideweg*, 2006, 18ff.

⁶⁰⁴ Daneben sind gelegentlich volljährige Kinder betroffen; Haftung von Ehemännern für ihre Frauen taucht in der Rspr. nahezu nicht auf, vgl. die Auswertung der Judikatur bei *Mönich*, *Frauenschutz* (Fn. 603) 178; für England sind es bei Ehegattenbürgschaften zu 90% Frauen, die für ihre Männer bürgen, vgl. *Belinda Fehlberg*, *Sexually transmitted Debt: Surety Experience and English Law*, Oxford 1997, 3.

⁶⁰⁵ Vgl. im einzelnen sogleich Rn. 97.

b) Lösungen vor dem BGB

aa) Interzessionsverbote im gemeinen Recht

97 Ausgangspunkt der gemeinrechtlichen Überlegungen war ein Senatsbeschluss aus dem ersten Jahrhundert n. Chr., der nach seinem Antragsteller, dem Konsul Velleius, *Senatus Consultum Velleianum* benannt wurde⁶⁰⁶. Der Senat wies die Gerichte an, Gläubigern Ansprüche aus Darlehen oder Bürgschaft zu versagen, wenn Frauen diese für ihre Männer übernommen hatten. In der Folgezeit entwickelte die römische Rechtswissenschaft hieraus Fallgruppen, in denen das Eintreten (*intercedere*) für den Ehemann vor Gericht keine Ansprüche stützen konnte, die Interzessionsverbote. *Justinian* verschärfte diese Rechtslage durch eine Reihe von Bestimmungen. Während jede Interzession durch eine Frau einer besonderen Urkundsform bedurfte, wurden von *Justinian* Bürgschaften der Ehefrau für ihren Mann in Verschärfung des *SC Velleianum* in der berühmten *Authentica Si qua mulier* (Nov. 134, 8) für unzulässig erklärt⁶⁰⁷. Vermittelt durch einen ganzen Digestentitel zum *SC Velleianum* (D. 16,1) wurde die römische Regelung seit den Glossatoren⁶⁰⁸ im gemeinen Recht diskutiert. Bis ins 19. Jahrhundert entwickelte sich eine breite Kasuistik zur »Rechtswohlthat« des *SC Velleianum*, bei der die Bürgschaft für Angehörige, insbesondere Ehemänner nur ein Teilproblem darstellte⁶⁰⁹.

Generell zeigte sich eine Abneigung gegen die antiken Interzessionsverbote. Am weitesten ging mit einigen anderen *Christian Thomasius*⁶¹⁰, der, auch sonst um Herausstellung spezifisch »deutscher« Entwicklungen bemüht⁶¹¹, nachzuweisen suchte, daß das *SC Velleianum* in der Deutschen Praxis niemals Eingang gefunden habe. Überwiegend wurde stattdessen versucht, die Interzessionsverbote abzuschwächen. Antike Einschränkungen wurden durchweg übernommen, etwa der Grundsatz, daß Frauen nicht schutzwürdig seien, wenn sie einen Nutzen von der Bürgschaft hat-

⁶⁰⁶ Vgl. *Dieter Medicus*, Zur Geschichte des *Senatus Consultum Velleianum* (Forschungen zum Römischen Recht, 8), 1957; *Berthold Kupisch*, Die römische Frau im Geschäftsleben, in: FS für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, 1999, 659, 659ff.; *Mönnich*, Frauenschutz (Fn. 603); *Zimmermann*, Law of Obligations (Fn. 13) 145ff.

⁶⁰⁷ C. 4,29,22 u. 23,2 sowie Nov. 134,8 (es sei denn, das aufgenommene Geld wurde zum Nutzen der Ehefrau verwendet); hierzu *Hans Kreller*, Das Verbot der Fraueninterzession von Augustus bis Justinian, in: Anzeigen der Österreichischen Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, Wien 1956; *Antonio Diaz Bautista*, L'intercession des femmes dans la législation de Justinien, in: *Revue Internationale des Droits de l'antiquité* 30 (1983) 81ff.

⁶⁰⁸ Vgl. *Pierre de Tourtoulon*, Le Velleien chez les Glossateurs, in: *Études d'histoire juridique offertes à P.F. Girard par ses élèves*, Bd. I, Paris 1912, 417ff.; *Johannes E. Spruit*, Het Raets-besluit van Burgemeester Velleius, in: *Huldigingsbundel Paul van Warmelo*, Pretoria 1984, 197ff.

⁶⁰⁹ Überblick über das ältere gemeine Recht bei *Karl Ludwig Christoph Röslin*, Abhandlungen von besondern weiblichen Rechten, 2 Bände, Stuttgart 1775/79; hier Bd. II, 53–260; *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 258ff., 335ff.

⁶¹⁰ *Christian Thomasius*, *Dissertatio de usu exiguo Scti Velleiani in foris Germaniae*, Halle 1707; *Johann Peter von Ludewig*, *Differentiae iuris Romani et Germanici in Scto Velleiano exule*, Halle 1720; *Adolph Friedrich Trendelenburg*, *Dissertatio de intercessione feminarum secundum iura Slesvicensia et Holsatica*, Kiel 1776.

⁶¹¹ Vgl. *Klippel*, Deutsches Privatrecht (Fn. 20).

ten⁶¹². Als Ausweg wurde aber vor allem die Zerstörung der Vermutung geschäftlicher Unerfahrenheit von Frauen ermöglicht. Handelsfrauen wurden konsequent als nicht schutzwürdig erachtet⁶¹³. Sonstigen Frauen wurde weit stärker als im antiken Vorbild der Verzicht erleichtert⁶¹⁴. Bereits die frühneuzeitlichen Erörterungen des *SC Velleianum* drehten sich vor allem um die Frage, inwieweit die Frauen auf dieses *Beneficium* verzichten konnten. Schon *Justinian* hatte dies zugelassen, wenn die Frau nach zwei Jahren Bedenkzeit die Bürgschaft erneut vornahm⁶¹⁵. Im gemeinen Recht wurden die Verzichtsmöglichkeiten erweitert, zugleich aber strenge Anforderungen an die freie Willensbildung gestellt. Verlangt wurde, daß der Verzicht »gänzlich«, »freiwillig«, »gutwillig, ohne Zunöthigung« und »wohlbedächtlich« erfolgte⁶¹⁶. Zumeist wurde gefordert, daß der Verzicht schriftlich und vor Zeugen erfolgte⁶¹⁷. Im gemeinen Recht entwickelte sich eine breite Kasuistik von Aufklärungserfordernissen, teilweise mit gerichtlicher oder vormundschaftlicher Mitwirkung⁶¹⁸.

Für den Sonderfall der Ehegattenbürgschaft waren diese Lösungen problematisch, da *Justinian* hier einen Verzicht nicht gestattet hatte. Dennoch setzte sich auch hier die Verzichtsmöglichkeit durch, wobei überwiegend eidlicher Verzicht seine Warnfunktion entfalten sollte⁶¹⁹. Daneben wurde oftmals besondere Belehrung gefordert. Als unabhängige Instanz setzte Österreich seit 1710 auf eine Belehrung durch ein Gericht oder den Rat der Stadt⁶²⁰. Auch zugunsten der Ehefrau wurde dabei vermutet, daß sie aus Respekt gegenüber dem Ehemann, also nicht aus freiem Willen gehandelt hatte. Dies wurde als sog. *metus reverentialis* der Drohung gleich-

⁶¹² Nach D. 16,1,19,3; D. 16,1,13 pr.; D. 16,1,32 pr.; Beispiele bei *Lehner*, ZRG (GA) 105 (1988) 280 mit Anm. 72.

⁶¹³ Hierzu *Susanne Schötz*, Handelsfrauen im neuzeitlichen Leipzig: Gewerberecht und Lebenssituationen (16.–19. Jahrhundert), in: U. Gerhard (Hg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, 150, 150ff., 155; Überblick über die gemeinrechtliche Debatte bei *Glück*, *Pandecten* (Fn. 131) Bd. XV, Erlangen 1813, 33f.

⁶¹⁴ Signifikant etwa der Überblick in: *Johann Heinrich Zedler*, *Beneficium Senatus Consulti Velleiani*, *Grosses vollständiges Universal-Lexikon*, Bd. III, Halle/Leipzig 1733 ND Graz 1994, Sp. 1148ff., der nahezu ausschließlich den Verzicht auf den Schutz des *SC Velleianum* thematisiert. Zur älteren Lit. *Spruit*, Raets-besluit (Fn. 508) 201ff.; Überblick bei *Yvonne E. Kowolik*, Interzessionen von Nahbereichspersonen. Von Bürgschaften der Weiber, 2008, 46f.

⁶¹⁵ Hierzu *Medicus*, *Geschichte des SC Velleianum* (Fn. 506) 67f.

⁶¹⁶ So die Zusammenstellung bei *Lehner*, ZRG (GA) 105 (1988) 283.

⁶¹⁷ Detaillierte Nachweise bei *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 258ff.

⁶¹⁸ *Berger*, *Oeconomia* (Fn. 128) Lib. III Tit. 3 Th. 8 No 8 m. w. N.; teilweise wurde die Aufklärung bei eidlichem Verzicht für entbehrlich gehalten; hierzu Meinungsstand bei *Glück*, *Pandecten* (Fn. 131) Bd. XV, Erlangen 1813, 41f.; zum älteren Recht auch *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 272ff.

⁶¹⁹ Hierzu *Elisabeth Koch*, *Maior dignitas est in sexu virili. Das weibliche Geschlecht im Normensystem des 16. Jahrhunderts* (Ius Commune Sonderhefte 57), 1991, 71ff.; *Spruit*, Raets-besluit (Fn. 508) 201ff.; *Girtanner*, Bürgschaft (Fn. 121) 276ff.; eine der wenigen von mir gefundenen Entscheidungen in dieser Frage ist das Erkenntnis der Celleschen Kanzlei vom 4. 11. 1793, in: (Bülows und Hagemanns) *Practische Erörterungen aus allen Teilen der Rechtsgelehrsamkeit*, Bd. I, Hannover 1806, 182, 182ff. (Verzicht an Eides Statt genügt).

⁶²⁰ Das Gericht mußte dabei einen Hinweis auf die erfolgte Belehrung anfügen. Umfangreiche Nachweise bei *Lehner*, ZRG (GA) 105 (1988) 283f.

gestellt, so daß nur der Nachweis umfassender Aufklärung dem Gläubiger eine *exceptio metus* der Ehefrau ersparte⁶²¹. Noch das Sächsische BGB statuierte 1863 eine Belehrung der Ehefrau in Abwesenheit des Ehemannes durch ein Gericht⁶²².

bb) Weibliche Interzessionsfreiheit als Ausdruck eines sich wandelnden Frauenbildes

- 99 Seit dem 18. Jahrhundert bekam das *SC Velleianum* und die *Autentica Si qua mulier* eine semantische Bedeutung, als Symbol für ein überzogen patriarchalisches Frauenbild. In D. 16,1,2,2 hatte *Ulpian* das Schutzbedürfnis der Frau aus der »Schwäche ihres Geschlechts« (*sexus inbecillitatem*) gefolgert, was etwa in einer österreichischen Rechtsquelle als der »blödigkeit und weiblichen schwachheit halber« übersetzt wurde⁶²³. Immer wieder wurde das *SC Velleianum* ähnlich zu diffamierenden Grundsatzäußerungen zur Geschlechterfrage genutzt⁶²⁴. Vordenker der Frauenemanzipation sahen deshalb schon früh die Ambivalenz der Regelung und betonten weniger ihren Schutz-, als ihren **Bevormundungscharakter**⁶²⁵. So sah etwa *Theodor Gottlieb von Hippel* 1792 im *SC Velleianum* ein Mittel, das dazu beitrage, die Selbständigkeit der Frauen in geschäftlichen Dingen zu verhindern und so das weibliche Geschlecht »recht geflissentlich bis an sein Ende als ein Häuflein großer Kinder zu behandeln«⁶²⁶. Dem stand, etwa bei *Justus Möser*, weiterhin das Bild entgegen, daß »Frauenzimmer ... gegen Liebe und Freundschaft empfindlicher, und gegen ungestümes Andringen furchtsamer« seien⁶²⁷. Neben der rechtstechnischen erhielt das *SC Velleianum* somit seit dem 18. Jahrhundert auch eine symbolische Bedeutung,

⁶²¹ Hierzu die Nachweise bei *Jansen*, Seriositätskontrollen (Fn. 503) II 1; *du Plessis/Zimmermann*, MJ 10 Nr. 4 (2003) 345 ff. Die praktische Relevanz dieses Gedankens neben dem *SC Velleianum* ist unsicher.

⁶²² §§ 1650–1654; ähnlich der HessE u. BayE; hierzu u. mit umfangreichen weiteren Nennungen *Planck*, Vorentwurf, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Recht der Schuldverhältnisse, Teil III: Besonderer Teil II, 273 ff.

⁶²³ Vgl. hierzu *Lehner*, ZRG (GA) 105 (1988) 270 ff., 278 m. w. N.

⁶²⁴ *Kreittmayr* begründet seine strenge Beibehaltung der Lösung Justinians im CMBC mit einer Äußerung Gundlings: »Eine Gans bleibt eine Gans und ein Weib ein Weib, sie mag so groß und so vornehm sein als man immer will«: Anm. zum CMBC IV 10 §§ XXIII–XXVI 2. Bis zur Aufhebung des Rechtssatzes im Jahr 1871 war in Bayern daher Frauen jede Bürgschaft untersagt; vgl. Gesetz vom 14. 1. 1871 die Intercessionen betreffend, Gesetzblatt für das Königreich Bayern 1870/71, 133; vgl. *Schuppenies*, Bürgschaft (Fn. 158) 77 ff.

⁶²⁵ Dieser Streit setzt sich bis heute in der romanistischen Forschung fort. Hier ist seit *Paul Gide*, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2. Aufl. Paris 1885, 123 ff., 153 ff. umstritten, ob, wie früher überwiegend angenommen, Schutz oder eben doch Bevormundung der Frau Motiv des *SC Velleianum* war; hierzu *Medicus*, Geschichte des *SC Velleianum* (Fn. 506) 4 ff.; *Suzanne Dixon*, *Infirmis Sexus: Womanly Weakness in Roman Law*, TRG 52 (1984) 343 ff.; *Mönnich*, Frauenschutz (Fn. 603) 140 ff.

⁶²⁶ *Theodor Gottlieb von Hippel*, Über die bürgerliche Verbesserung der Weiber, Berlin 1792; hierzu *Stephan Meder*, Rechtsgeschichte, 2. Aufl. 2005, 75.

⁶²⁷ *Justus Möser*, Also sind die weiblichen Rechtswohlthaten nicht zu verachten (1775), in: *Justus Möser's sämtliche Werke*, 3. Teil, Berlin 1842, 77, 80; hierzu *Arne Duncker*, *Justus Möser – Ehe und Rechtsgeschichte*, in: W. Woesler (Hg.), *Möser-Forum* 3/1995–2001, 2001, 127, 127 ff.

die in den Bestrebungen, die Frau rechtlich gleichzustellen, nicht mehr vertretbar erschien. Um 1800 wurde dieser Übergang deutlich. Als Vorreiter brachte das ABGB 1811 den Frauen freie Geschäftsfähigkeit und schaffte Interzessionsverbote damit ab. Nachfolgende Gesetzgebungen rückten ebenfalls vom *SC Velleianum* ab⁶²⁸. Später immer wieder aufflackernde Versuche etwa im Zuge der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung von 1849 das *SC Velleianum* zu reaktivieren, konnten sich nicht mehr durchsetzen⁶²⁹. Die Gesetzgebungen gaben im Verlauf des 19. Jahrhunderts die Nichtigkeit der Ehegattenbürgschaft durchweg auf und suchten nach alternativen Schutzmechanismen zugunsten der Frau⁶³⁰. Das rheinische Recht, inkl. des Badischen Landrechts, folgte dem Code civil⁶³¹, bei dessen Beratungen das *SC Velleianum* ausdrücklich abgelehnt worden war⁶³². Während der Ehe war die Frau zwar der Zustimmung ihres Ehemannes unterworfen⁶³³, ansonsten jedoch in ihrer Geschäftsfähigkeit frei⁶³⁴. Mündliche Bürgschaften für eine höhere Summe als 75 Taler wurden freilich im Prozeß als Beweis nicht zugelassen⁶³⁵. Für Preußen wurden 1869 die noch im ALR⁶³⁶ vorgesehenen Interzessionsbeschränkungen für Ehefrauen aufgehoben⁶³⁷. Das ABGB machte 1811 die Frau bei Interzessionen erstmals unabhängig von männlicher Zustimmung, wenn bei der hier eingeführten Vermutung für Gütertrennung die Frau ihr Vermögen selbst verwaltete⁶³⁸. § 1349 statuierte: »Fremde Verbindlichkeiten kann ohne Unterschied des Geschlechts jedermann auf sich nehmen, dem die freie Verwaltung seines Vermögens zusteht«⁶³⁹.

⁶²⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *Planck*, Vorentwurf (Fn. 622) 272 ff.

⁶²⁹ Vgl. *August Weber*, Über die Anwendbarkeit der Velleianischen weiblichen Rechtswohlthaten im Wechselrecht und Wechselprozeß, *Archiv für Rechtswissenschaft* 3 (1855) 161 ff.; *E. Franck*, Die Anwendbarkeit der Grundsätze über Intercessionen der Frauenzimmer auf den Wechsel, *Archiv für Rechtswissenschaft* 9 (1862) 203 ff.

⁶³⁰ Zusammenstellung bei *Planck*, Vorentwurf (Fn. 622) 272 ff.; *Kowolik*, Interzessionen (Fn. 614) 51 ff.

⁶³¹ Hierzu im einzelnen *Zachariae*, *Französisches Civilrecht Französisches Privatrecht* (Fn. 567) § 81, III, § 472.

⁶³² Vgl. *Philippe Antoine Merlin*, *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence*, Bd. XXX, Brüssel 1828, Art. Sénatus-Consulte Velleïen, 347 ff., 360 ff.

⁶³³ Art. 217 CC.

⁶³⁴ Artt. 1124 f. CC.

⁶³⁵ Vgl. O. Rn. 41.

⁶³⁶ Das ALR forderte die Zuziehung eines Beistandes und den Abschluß der Bürgschaft vor Gericht, ALR II 1 §§ 341–344.

⁶³⁷ Gesetz vom 1. 12. 1869, *Preußische Gesetzsammlung*, 1169; zur schwierigen Auslegung dieses Gesetzes *Planck*, Vorentwurf (Fn. 622) 274 f.

⁶³⁸ Zu den Einzelheiten, insbes. zur »praesumptio Muciana«, die im Zweifel erworbenes Vermögen dem Mann zuordnete: *Ursula Floßmann*, Die beschränkte Grundrechtssubjektivität der Frau. Ein Beitrag zum österreichischen Gleichheitsdiskurs, in: U. Gerhard (Hg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts*, 1997, 293, 293 ff., insbes. 302 ff.

⁶³⁹ Hierzu *Lehner*, ZRG (GA) 105 (1988) 284 ff. Als Grenze blieb dem Ehemann lediglich die Möglichkeit, »der unordentlichen Wirtschaft seiner Gattin Einhalt« zu gebieten, § 1241 ABGB, aufgehoben 1978.

cc) Haftung der Ehefrau in familienrechtlicher Perspektive

100 Welche Bedeutung diese Entwicklungen für die Haftung der Ehefrau für die Schulden ihres Mannes hatte, wird nicht ohne einen Blick in die zeitgenössische familienrechtliche Situation der Ehefrau deutlich. Auch im gemeinen Recht war unstrittig, daß eine Berufung der Frau auf Interzessionsverbote nicht in Betracht kam, wenn sie in Gütergemeinschaft lebte, »weil nach der Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft die Frau schon an und für sich für alle von dem Ehemann contrahirten Schulden der Regel nach eben so, als für ihre eigenen haftet«⁶⁴⁰.

101 1874 debattierte der 12. Juristentag über die Frage, ob es wünschenswert sei, ein einheitliches Güterrecht im künftigen Gesetzbuch vorzulegen. Dies hing zunächst davon ab, welche Güterstände momentan in Deutschland üblich waren. *Richard Schröder*, der sich diese Frage seit Jahren »fast zur Lebensaufgabe gemacht« hatte⁶⁴¹, gestand 1874 freimütig zu, daß er vor seiner statistischen Untersuchung zur Verteilung der Güterstände in Deutschland »keine Ahnung« gehabt habe, »wie sich das Verhältnis herausstellen würde«⁶⁴². Wie wenig man hierüber wußte, war der Rechtswissenschaft erst 1859 in einem aufsehenerregenden Disput zwischen *Carl Friedrich Gerber* und *Paul Roth* bewußt geworden. *Roth* wagte gegen *Gerbers* Annahme eines vorherrschenden deutschen Güterstandes die These, es habe in Deutschland überhaupt kein einheitliches gemeinrechtliches Gütersystem gegeben, sondern lediglich zersplitterte Territorialregelungen und Gewohnheiten⁶⁴³. *Schröder*, der an dieser Debatte teilgenommen hatte⁶⁴⁴, legte 1874 nun erstmals eine genaue Auswertung vor. Das Ergebnis sorgte für Verblüffung. Nach *Schröders* Untersuchung zeigte sich, daß das Dotalsystem nirgends in Deutschland in Reinform übernommen worden war und damit eine Gütertrennung als Prinzip kaum vorkam⁶⁴⁵. *Planck*⁶⁴⁶ kam in der amtlichen Auswertung bei einer Bevölkerung von 42.727.600 auf knapp 3.000.000

⁶⁴⁰ Glück, Pandecten (Fn. 131) Bd. XV, Erlangen 1813, 341.

⁶⁴¹ So der Hamburger Handelsgerichtspräsident *Albrecht* in der Debatte vor dem 12. Deutschen Juristentag 1874, in: Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages, Bd. III: Stenographische Berichte, Berlin 1875, 47.

⁶⁴² *Schröder*, in: Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages III (Fn. 541) 371.

⁶⁴³ *Paul Roth*, Über Güterrecht und Gütergemeinschaft, Jahrbücher des gemeinen Rechts 3 (1859) 313, 313f.; zu dieser Debatte *Ernst Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III 2, 1910 ND Aalen, 897ff.; *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts (Fn. 599) 390f. überhaupt, 388ff. ausführlich zu den güterrechtlichen Debatten; zu *Roth*: *Sten Gagnér*, Zielsetzung und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft, 1975, jetzt wiederabgedruckt in: *ders.*, Abhandlungen zur europäischen Rechtsgeschichte (Bibliotheca Eruditorum, 29), 2004, 347ff.

⁶⁴⁴ *Richard Schröder*, Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, Bd. I, Stettin u. a. 1863, Bd. II 1868, Bd. III 1871; zu *Schröder Landsberg*, Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft III 2 (Fn. 643) 898, Noten 377.

⁶⁴⁵ *Richard Schröder*, Gutachten über die Gesetzgebungsfrage: Ist es wünschenswert und ausführbar, das eheliche Güterrecht für ganz Deutschland durch ein einheitliches Gesetz zu kodifizieren, und auf welcher Grundlage?, in: Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages 3 (Fn. 541) 29, 29ff.

⁶⁴⁶ Zahlen nach der amtlichen Auswertung bei *Werner Schubert* (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission, Familienrecht III, 1983, 5ff.; zur Schuldenhaftung im einzelnen vgl. *Paul Roth*, System des Deutschen Privatrechts, Bd. II, Tübingen 1881, 51, 143ff., 220f.

Einwohner, die nach zumeist regional angepaßtem römischem Dotalrecht lebten. Im Fall der Allgemeinen Gütergemeinschaft, nach der in Teilen Preußens und Bayerns sowie in Bremen und Hamburg etwa 11 Millionen Deutsche lebten, hatte der Gläubiger demgegenüber bei Schulden des Mannes unmittelbaren Zugriff auf das Vermögen der Frau. Beschränkt war die Mithaftung der Ehefrau im Fall der Errungenschaftsgemeinschaft, nach der in Süd- und Westdeutschland etwa 6, 9 Millionen Deutsche lebten. Hier war das mitgebrachte Vermögen der Frau sowie das, was die Frau durch Schenkung oder Erbschaft erlangte (sog. Einhandvermögen), vor dem Zugriff der Gläubiger geschützt. Kleiner noch war der geschützte Vermögensbereich der Ehefrau im Fall der Mobilargemeinschaft, nach der unter Geltung des rheinisch-französischen Rechts etwa 7, 1 Millionen Deutsche lebten.

Für die Frage, ob es für Gläubiger für die Mithaftung der Ehefrau notwendig war, eine Bürgschaft mit dieser abzuschließen, war folglich der eheliche Güterstand von ganz entscheidender Bedeutung. Die römischen Schutzregeln für Ehefrauen bezogen ihre praktische Relevanz vor allem daraus, daß das römische Dotalrecht den Gläubigern den direkten Zugriff auf das Vermögen der Ehefrau entzog. Dieses Dotalrecht faßte seit der Rezeption in Deutschland aber kaum Fuß. Auch sonst war Gütertrennung der ganz seltene Ausnahmefall. Neuere Darstellungen verweisen auf ein von Eheverträgen bisweilen überlagertes Nebeneinander von etwa 200 Güterrechtssystemen, die fast alle der Gütergemeinschaft viel näher standen als der Gütertrennung⁶⁴⁷.

Für das Problem der Ehegattenbürgschaft bedeutet das zunächst: Die Konstruktion eines historisch-kontinuierlichen Ehefrauenschutzes durch die römischen Interzessionsverbote resultiert aus einem verkürzten Blick auf die uns heute zentrale schuldrechtliche Situation. Nimmt man die familienrechtliche Perspektive hinzu, so zeigt sich, daß teilweise der Interzessionsschutz durch familienrechtliche Mithaftung völlig leer lief, und der verbleibende Bereich der möglichen Bürgenhaftung der Ehefrauen für ihre Ehemänner je nach Gütersystem sehr unterschiedlich sein konnte. Ein einheitliches Problem der Ehegattenbürgschaften gibt es nicht. Vielmehr muß das komplexe Zusammenspiel verschiedener Regelungsbereiche, zu denen etwa auch die Fragen der Geschäftsfähigkeit (Geschlechtsvormundschaft⁶⁴⁸) und des Konkurs- und Zwangsvollstreckungsrechts (etwa Vorzugsrechte im Konkurs⁶⁴⁹) gehören, am einzelnen Fall konkret rekonstruiert werden, um überhaupt zu verstehen,

⁶⁴⁷ Überblick über die verschiedenen Güterrechtssysteme bei *Stephan Buchholz*, Ehegüterrecht, in: H. Coing (Hg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Bd. III 2, 1982, 1663ff. Zusammenfassend in *ders.*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Frauen: zur Kritik des Ehegüterrechts, in: U. Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 671, 671f.; *Petra Malsbenden*, Die rechtliche Stellung der Frau im ehelichen Güterrecht vom ALR zum BGB (Europäische Hochschulschriften, 2/1083), 1991, 10ff.; *Werner Ogris*, Güterrecht, HRG, Bd. I, 1971, Sp. 1874, 1874ff.

⁶⁴⁸ Vgl. *Ernst Holthöfer*, Die Geschlechtsvormundschaft. Ein Überblick von der Antike bis ins 19. Jahrhundert, in: U. Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 390, 390ff. Zur Zunahme der Geschlechtsvormundschaft im 16. Jh. Beispiele bei *Maier*, Bürgschaft (Fn. 28) 211.

⁶⁴⁹ Vgl. *Stephan Buchholz*, Einzelgesetzgebung Deutschland, in: H. Coing (Hg.), Handbuch III 2 (Fn. 52) 1665.

in welchen Fällen Frauen der Gefahr einer Bürgschaftshaftung für ihren Mann ausgesetzt waren. Einfache Lösungen scheiden auch deshalb aus, weil keineswegs aus dem Fehlen des römischen Dotalrechts auf das Fehlen der römischen Interzessionsverbote für Ehefrauen geschlossen werden darf. Ein Beispiel für das schwierige Nebeneinander bietet das Hamburger Statut von 1603. Nach Hamburger Recht haftete das eingebrachte Gut der Frau den Gläubigern des Mannes und alles, was sie auch von Todes wegen während der Ehe erwarb. Seit 1753 wurde dies noch ausgedehnt auf voreheliche Schulden des Ehemannes, wenn dessen Konkurs in den ersten fünf Ehejahren erfolgte⁶⁵⁰. Auch durch Eheverträge konnten die Ehegatten diese Haftung nicht umgehen. Eine Bürgschaft der Frau diente demnach vor allem dem Zweck, auch Vermögen der Frau nach Auflösung des Güterstandes, das also insbesondere nach dem Tod des Ehemannes erworben wurde, als Haftungsmasse zu gewinnen. Zu Lebzeiten des Mannes stellte sich dabei das Zusatzproblem, daß die nur bei Handelsfrauen entbehrliche Zustimmung des Mannes wegen Interessenkonflikts hier ausgeschlossen war, also die Frau für den Abschluß der Bürgschaft eines besonders zu bestellenden Vormundes bedurfte⁶⁵¹. Nur in seltenen Sonderfällen kamen also Bürgschaften in Betracht⁶⁵². Nur für diese Fälle nahm die Hamburger Judikatur unter Rückgriff auf das gemeine Recht daher auch die Unzulässigkeit der Bürgschaft wegen Verstoßes gegen die *Authentica Si qua mulier an*⁶⁵³.

104 Drei ähnlich seltene Anwendungsfälle der *Authentica Si qua mulier* finden sich für die Gütergemeinschaft in der deutschrechtlichen Güterrechtsliteratur des 18. Jahrhunderts:

(1) Teilweise wurde vertreten, daß die Ehefrau nicht schon automatisch für vor Eheschließung gemachte Schulden des Mannes hafte⁶⁵⁴. (2) Frauen konnten sich für Schulden ihrer Männer verbürgen, wenn sie eine Direkthaftung aus Güterrecht durch Protest gegen die Vornahme der Hauptschuld durch den Ehemann ausgeschlossen hatten⁶⁵⁵. (3) Diskutiert wurde der Fall der Verbürgung der Frau ohne Einwilligung des Ehemannes für einen Dritten⁶⁵⁶.

105 Im ganzen zeigte sich dabei die Tendenz, die Ehefrauen weitgehend automatisch mithaften zu lassen, auch dann, wenn eigentlich geschützte Vermögensbereiche der Frau betroffen waren. So wurde bei der Errungenschaftsgemeinschaft seit dem 18. Jahrhundert von der h. M. eine subsidiäre anteilige Schuldenhaftung für Alleinschulden des Ehemannes auch auf das eigentlich geschützte Sondergut der Frau ausge-

⁶⁵⁰ Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 93.

⁶⁵¹ Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 91.

⁶⁵² Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 91 ff.; weitgehende Ablehnung der Interzessionsverbote attestiert für die Schweiz: Walliser, Das Bürgschaftsrecht in historischer Sicht (Fn. 25) 497 ff.; stärkerer Einfluß der römischen Regelung dagegen wohl in Österreich, vgl. Lehner, ZRG (GA) 105 (1988) 276 ff.

⁶⁵³ Hoppe, Bürgschaft (Fn. 28) 96.

⁶⁵⁴ So Wilhelm August Friedrich Danz, Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, Bd. VI, Stuttgart 1800, § 606, 414 ff.

⁶⁵⁵ Hierzu Karl Christoph Hofacker, Principia iuris civilis Romano-Germanici, Tom. I, Tübingen 1798, § 459; im einzelnen Benjamin Friedrich Pfizer, Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Ganntprozeß über das Vermögen ihrer Männer, I. Th., Stuttgart 1794, §§ 68 u. 69.

⁶⁵⁶ Pfizer, Rechte (Fn. 655) § 70.

dehnt⁶⁵⁷. Bei der Verwaltungsgemeinschaft neigten vor allem ältere Stadtrechte dazu, den Gläubigern auch den Zugriff auf das vom Ehemann eigentlich nur verwaltete Frauenvermögen zu ermöglichen. Daneben war die Vollstreckung in das Nießbrauchsrecht des Mannes am Frauenvermögen anerkannt⁶⁵⁸. Selbst bei voller Gütertrennung, also dem seltenen Fall des römischen Dotalrechts, räumte eine Reihe von Territorien den Gläubigern des Mannes gegenüber den Herausgabeansprüchen der Ehefrauen im Konkurs des Mannes ein Vorzugsrecht ein⁶⁵⁹.

Bürgschaften füllten in diesem Haftungssystem eine eher kleine Lücke, die durch die schwierigen Fragen um die römischen Interzessionsverbote noch zusätzlich verengt wurde. Bürgschaften waren für die meisten Fälle einer Mithaftung der Frau daher nicht notwendig.

c) Lösung des BGB

Schon 1861 hatte der zweite deutsche Juristentag gefordert, die Interzessionsbeschränkungen zugunsten von Frauen aufzuheben⁶⁶⁰. Die erste Kommission hatte bereits 1876 den Beschluß gefaßt, Bürgschaften von Frauen für ihre Ehemänner formfrei wirksam sein zu lassen⁶⁶¹. Ausgangspunkt der gesetzgeberischen Überlegungen war also Interzessionsfreiheit nach dem französischen, preußischen und österreichischen Vorbild. Nach dem Tode von Kübels im Jahr 1884 wurde der Dresdner Entwurf eines Obligationenrechts den Beratungen zugrundegelegt⁶⁶². Art. 928 DresdE, der die Frage der Interzessionsverbote für Ehefrauen der Landesgesetzgebung überlassen hatte, wurde jedoch konsequent gestrichen und das *SC Velleianum* damit explizit abgelehnt⁶⁶³. Argument war für die im Ausgangspunkt rechtsvergleichend arbeitende Kommission zunächst, daß die überwiegende Zahl der modernen Gesetzgebungen von Interzessionsverboten abgerückt war⁶⁶⁴. Planck begründete die Ablehnung inhaltlich zudem damit, daß das im *SC Velleianum* liegende Mißtrauensvotum gegen den Ehemann nicht dem sittlichen Wesen der Ehe entspreche. Die Ehe sei im Normalfall eine »auf gegenseitige Liebe und gegenseitiges Vertrauen«

106

⁶⁵⁷ Roth, System des Deutschen Privatrechts II (Fn. 546) 146 mit Nachweisen.

⁶⁵⁸ Roth, System des Deutschen Privatrechts II (Fn. 546) 222.

⁶⁵⁹ Vgl. Roth, System des Deutschen Privatrechts II (Fn. 546) 51 mit Nachweisen.

⁶⁶⁰ Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentages, Bd. II 2, Berlin 1862, 175 ff.

⁶⁶¹ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Allgemeiner Teil I (Fn. 209) §§ 125–129, 648 f.

⁶⁶² Vgl. Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Einführung, Biographien. Materialien, 1978, 43.

⁶⁶³ Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 460 f., 457.

⁶⁶⁴ Vgl. Sitzung der ersten Kommission vom 14. 9. 1883, Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457. Genaue Auswertung der Gesetzgebungen zu dieser Frage in Planck, Vorentwurf (Fn. 622) 272 ff.; auf dieser (meist übersehenen) Grundlage dann Mot., Bd. IV, 272 ff. (Mugdan, Bd. IV, 149 f.). Der zunächst nach dem zugrunde gelegten DresdE noch vorgesehene Vorbehalt zugunsten des Landesgesetzgebers wurde von der ersten Kommission gestrichen, vgl. Planck, Vorentwurf (Fn. 622) 414; genehmigt von der ersten Kommission, Jakobs/Schubert (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 461.

gerichtete Gemeinschaft und es sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, »ausnahmsweise vorkommende Mißverhältnisse« zugrunde zu legen⁶⁶⁵.

107 Für die Haftung der Ehefrau hatte dies solange keine einschneidende Bedeutung, als automatische Mithaftung der Frau weiter Normalfall war. Der zwölfte Deutsche Juristentag zog 1874 aus dem eingangs geschilderten Befund *Schröders*, das Deutsche Güterrecht laufe ganz überwiegend auf eine Gütergemeinschaft hinaus, zunächst den naheliegenden Schluß und sprach sich dafür aus, daß das Vermögen der Frau künftig reichseinheitlich für Schulden des Mannes mithaften solle⁶⁶⁶. Gegen diese, auch in den BGB-Beratungen von Germanisten wie *Otto von Gierke*⁶⁶⁷ geforderte Gütergemeinschaft lief die erstarkende Frauenbewegung Sturm⁶⁶⁸. Sogar unter Verzicht auf jede gegenseitige soziale Vermögensbindung sprach man sich hier für strenge Gütertrennung aus, da, so *Marianne Weber*, die bessere Sicherung der Frauen hinter der »Wahrung unserer Selbständigkeit als sittlich freie Persönlichkeiten« zurücktrete⁶⁶⁹. In der ersten Kommission setzte sich als Kompromiß bekanntlich die Verwaltungsgemeinschaft durch⁶⁷⁰. Vor allem *Planck* setzte sich dabei dafür ein, eine Mithaftung der Frau auszuschließen. Nachdem er anfangs eine eingeschränkte Haftung der Frau auf Vermögensteile, die der Verwaltung und Nutzung des Mannes unterworfen waren, noch befürwortet hatte⁶⁷¹, stellte er am 20. 10. 1875 den Antrag: »Die Frau haftet nicht für die Schulden des Mannes. Soweit dem Manne ein Recht zur Verfügung des Vermögens der Frau gesetzlich eingeräumt wird, bildet dieses Recht keinen Gegenstand der Zwangsvollstreckung für die Gläubiger des Mannes«⁶⁷². In der kontroversen Diskussion wies *von Pape* heillosig darauf hin,

⁶⁶⁵ *Planck*, Vorentwurf (Fn. 622) 427. Zu *Plancks* Eheverständnis *Klaus Schmid*, Die Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften im Bürgerlichen Gesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der sozialen Stellung der Frau, 1990, 744 ff.; präzisierend *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts (Fn. 599) 407 f., vgl. auch *dens.* 423.

⁶⁶⁶ Beschluß, in: Verhandlungen des zwölften deutschen Juristentages (Fn. 541) 80.

⁶⁶⁷ *Otto v. Gierke*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889, 407 ff.

⁶⁶⁸ Vgl. zu diesen Debatten: *Schmid*, Entstehung (Fn. 670) 134 ff.; *Christiane Berneike*, Die Frauenfrage ist Rechtsfrage. Die Juristinnen der deutschen Frauenbewegung und das Bürgerliche Gesetzbuch (Schriften zur Gleichstellung der Frau, 11), 1995; *Arne Duncker*, Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe. Persönliche Stellung von Frau und Mann im Recht der ehelichen Lebensgemeinschaft 1700–1914, 2003, 1023 ff.; *Jiro Rei Yashiki*, Emilie Kempin-Spyri (1853–1901). Eine Skizze des Lebens und Werkes der ersten promovierten Juristin Europas (2), *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* 34, 2006, 45 ff.

⁶⁶⁹ *Marianne Weber*, Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung, 1907, 486; hierzu *Bucholz*, Zur Kritik des Ehegüterrechts (Fn. 647) 677 ff.

⁶⁷⁰ Zusammenfassung bei *Schmid*, Entstehung der güterrechtlichen Vorschriften (Fn. 668) 62 ff.; daneben *Mark-Alexander Grimme*, Die Entwicklung der Emanzipation der Frau in der Familienrechtsgeschichte bis zum Gleichberechtigungsgesetz 1957 (Europäische Hochschulschriften II/3624), 2002, 89 ff.

⁶⁷¹ *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Familienrecht I, §§ 1297–1563, 1987, 361 f.

⁶⁷² *Jakobs/Schubert* (Hg.), Familienrecht I (Fn. 671) 375 f.

daß bei dieser Lösung die »Gefahr simulierter Verträge« bestehe, »durch welche die Frau den Gläubigern das Vermögen entzieht«⁶⁷³. Gleichwohl setzte sich *Planck* durch⁶⁷⁴, wohl auch deshalb, weil damit ein Kompromiß gegenüber den Forderungen der Frauenbewegung, generell Gütertrennung vorzusehen, gefunden war. Während der gesetzliche Güterstand des BGB von 1900, die Verwaltungsgemeinschaft⁶⁷⁵, für sonstige Güter auf eine Gütertrennung hinauslief, statuierte der in der zweiten Kommission angefügte⁶⁷⁶ § 1410 für das eingebrachte Gut der Frau: »Die Gläubiger des Mannes können nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen«.

108 Damit ergab sich die bemerkenswerte Konstellation, daß nunmehr erstmals in ganz Deutschland ein Gläubiger ohne Bürgschaft auf die schwer zu beweisende Konkursanfechtung verwiesen war, wenn er Vermögensverschiebungen auf die Ehefrau begegnen wollte. Nimmt man die inzwischen etablierte Praxis der Kreditgenossenschaften, grundsätzlich zwei Bürgen zu fordern⁶⁷⁷ hinzu, drohte die Ehegattenbürgschaft ein Massenphänomen zu werden.

109 Im Schuldrecht wurde man sich dieser Konsequenz offenbar erst kurz vor Schluß der Beratungen bewußt. Die Einführung der Schriftform für die Bürgschaft im Reichstag wurde explizit damit begründet, daß ansonsten Frauen völlig schutzlos stünden⁶⁷⁸. Gegenüber dem Vorschlag, die Bürgschaft der Schriftform zu unterwerfen, hatte *Planck* zunächst darauf verwiesen, daß Formvorschriften bei Ehegattenbürgschaften eine Beschränkung der weiblichen Geschäftsfähigkeit⁶⁷⁹ bewirken würden, die den Gleichstellungsbestrebungen des Entwurfs entgegenlaufen würden⁶⁸⁰. Während für Ehefrauen damit ein eher schwacher Schutz durch einfache Schriftform vorgesehen war, unterfielen Bürgschaften der Kinder gemäß §§ 1643 I, 1822 Nr. 10 strenger der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts⁶⁸¹. Diese Ansicht fand jedoch wohl auch mit Blick auf die neuen Gefahren nun vielfach Kritik⁶⁸². *Otto Bähr* meinte: »Wenn auch nicht viel, so wäre doch etwas Schutz gewonnen«⁶⁸³.

⁶⁷³ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Familienrecht I (Fn. 671) 376 f.

⁶⁷⁴ Vgl. § 1410: »Die Gläubiger des Mannes können nicht Befriedigung aus dem eingebrachten Gute verlangen«; 861 I 1 ZPO: »Das Recht, welches bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung dem Ehemann an dem eingebrachten Gute zusteht, ist der Pfändung nicht unterworfen« (beides aufgehoben 1958). Zu den Debatten *Reppen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts (Fn. 599) 428 ff.

⁶⁷⁵ Hierzu *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts (Fn. 599) 401 ff.

⁶⁷⁶ Prot., Bd. IV, 205 (Mugdan, Bd. IV, 782).

⁶⁷⁷ Hierzu der Bericht von *Julius Baron*, Norddeutsche Allgemeine Zeitung vom 3. 1. 1890, hier nach der Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1890/91, Bd. VI, 490.

⁶⁷⁸ Vgl. o. Rn. 38.

⁶⁷⁹ Zu diesem zentralen Aspekt *Reppen*, Soziale Aufgabe des Privatrechts (Fn. 599) 405 ff.

⁶⁸⁰ *Jakobs/Schubert* (Hg.), Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 77) 457.

⁶⁸¹ Der Antrag, dem Gewalthaber eine allgemeine Ermächtigung zum Abschluß derartiger Geschäfte des Kindes zu erteilen, wurde in der zweiten Kommission abgelehnt, vgl. Prot., Bd. IV, 567 (Mugdan, Bd. IV, 975).

⁶⁸² Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen (Fn. 677) Bd. II, 363 ff., Bd. VI, 490 ff.

⁶⁸³ *Otto Bähr*, Besprechung des ersten Entwurfs, *KritVj* 30 (1888) 405, 405; ebenso *Joseph Un-*

d) 20. Jahrhundert

110 Bald nach 1900 zeigte sich die gestiegene Bedeutung der Ehegattenbürgschaft. Friedrich Endemann wies bereits 1900 darauf hin, daß in der Rechtspraxis der in § 1410 vorgesehene Schutz des Vermögens der Ehefrau umgangen werde. »Darum besteht, wenn nicht die Zahlungsfähigkeit des Mannes klar erwiesen ist, der Gläubiger nach der Verkehrsübung darauf, daß die Frau den Darlehensschein ... mit unterschreibe«⁶⁸⁴. Die 1900 nur angedeuteten »Gefahren« meinte er schon 1908 genauer ausführen zu müssen: »die Erfahrung bestätigt, daß die Frau vielfach dem Zureden des Mannes unterliegt, für ihn Bürgschaft leistet oder seine Schulden mit übernimmt und damit häufig beim Vermögensverfall des Mannes ihr eigenes Gut miteinbußt«. Auch die Einflußnahmen des Gläubigers fanden nun deutlich Kritik: »Sehr häufig ist die Frau sich dieser Folgen der gemeinschaftlichen Verpflichtung ... durch »bloßes« Mitunterschreiben (»der Form wegen« sagt vielfach der Gläubiger, der ihr den Wechsel zur Mitunterschrift hinschiebt) nicht bewusst«. Endemanns Ausweg hieß **Aufklärung**: »Die heutige Frauenbewegung sollte mit der ersten Aufklärung und praktischen Unterweisung über diese Fragen beginnen«⁶⁸⁵. Dies war auch der Weg, den die Frauenbewegung beging, was bis 1914 an 130 Orten zur Gründung von **Rechtsschutzvereinen** oder sonstigen von Frauenvereinen getragenen Rechtsschutzstellen führte⁶⁸⁶.

111 Die **Rechtsprechung** zeigte bis in den Ersten Weltkrieg die Tendenz, Frauen vor den Gefahren der neuen Freiheit zu **schützen** und nutzte dafür das vorhandene gesetzliche Spektrum. 1911⁶⁸⁷ und erneut 1915 erklärte das Reichsgericht die von Endemann kritisierte Praxis, die Frau auf der Vertragsurkunde mitunterschreiben zu lassen, für formunwirksam, da dies einer persönlichen Erklärung nicht genüge⁶⁸⁸. Bereits zuvor hatte sich bei einigen Gerichten die Tendenz gezeigt, an die schriftliche Erklärung auch inhaltlich die Anforderung zu stellen, Ausdruck aufgeklärter und mündiger Entscheidung zu sein. Das OLG Hamburg wies der Erklärung, »das Vermögen der Frau haftet für die Schuld des Mannes mit, und zum Zeichen der Mithaftung trete die Frau dem Verträge durch ihre Unterschrift bei«, gar keine rechtliche Wirksamkeit bei⁶⁸⁹. Als nicht ausreichend zur Verhütung leichtsinniger Erklärungen wurden Formulierungen erachtet wie: »Ich verbürge mich für meinen Bruder X für die Summe von 700M« oder »Für meinen Schwager Y leiste ich Bürgschaft in

ger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft im Deutschen Entwurf, JhJb 29 (1890) 1, 28 Fn. 22; vgl. zu dieser Kritik bereits o. Rn. 38.

⁶⁸⁴ Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 7. Aufl. 1900, 747 Fn. 4.

⁶⁸⁵ Friedrich Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 2, 8. u. 9. Aufl. 1908, 375 f. mit Fn. 4.

⁶⁸⁶ Beatrix Geisel, Patriarchale Rechtsnormen »unterlaufen«. Die Rechtsschutzvereine der ersten deutschen Frauenbewegung, in: U. Gerhard (Hg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, 684, 684.

⁶⁸⁷ RG (v. 9. 11. 1911 – VI 602/10) Nachschlagewerk Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. VI 2, 1998, § 766 Nr. 47.

⁶⁸⁸ RG (v. 23. 2. 1915 – III 408/14) Das Recht 19 (1915) Nr. 1994.

⁶⁸⁹ OLG Hamburg (v. 14. 6. 1909) Soergel 1909, § 765 Nr. 2.

Höhe von 2500M«⁶⁹⁰. Besonderer Aufmerksamkeit wurden die Versuche zuteil, den Formschutz der Bürgschaft durch andere Personalsicherheiten zu **umgehen**. Das Reichsgericht löste schon 1902 die Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch, daß es auch für die kumulative Schuldübernahme Schriftform verlangte⁶⁹¹, da ansonsten die Umgehung von § 766 »die leichteste Sache von der Welt« sei⁶⁹². Nachdem diese Rechtsprechung kippte⁶⁹³ und die Formfreiheit des Schuldbeitritts anerkannt war, nutzte die Rechtsprechung die erhöhten Anforderungen an eine eigenständige Schuldbegründung zum Schutz von Ehefrauen. Das Reichsgericht hielt die mündliche Erklärung der Ehefrau, sie wolle dem Kläger das schulden, was ihr Mann aus Darlehen und Miete schulde, für eine formunwirksame Bürgschaft. Eine (formfrei wirksame) **kumulative Schuldübernahme** scheiterte daran, daß ein eigenes sachliches und wirtschaftliches Interesse der Ehefrau an der Zahlung ihres Mannes nicht vorgelegen habe⁶⁹⁴. Dieser Versuch, durch Kombination von Formpflicht der Bürgschaft und gesteigerten Ansprüchen an eine Eigenhaftung durch Schuldbeitritt oder Garantie Ehefrauen zu schützen, war kein Einzelfall⁶⁹⁵. Auch in anderen Begründungen wurde der Versuch der Gerichte deutlich, die bürgenden Ehefrauen zu schützen. Bereits unterschriebene Bürgschaften blieben unwirksam, wenn der Gläubiger sie im Hause der vermeintlichen Bürgin zurückließ⁶⁹⁶. § 138 kam vor allem aus dem Blickwinkel der Unerfahrenheit oder der Ausnutzung einer qualifizierten Notlage der Bürgin in Betracht. Das Reichsgericht erklärte 1907 eine Bürgschaft für wucherisch, bei der sich der Sohn des Darlehensschuldners für diesen verbürgte, um selbst infolge finanzieller Notlage vom gleichen Darlehensgeber einen Kredit zu erhalten⁶⁹⁷. Auch Verträge zwischen einer Tochter und ihrem Vater waren bei geschäftlicher Unerfahrenheit der Tochter sittenwidrig⁶⁹⁸. Für das Kammergericht genügte es (in einem Nichtbürgschaftsfall) freilich, wenn der geschäftserfahrene Ehemann der Frau beratend zur Seite stand⁶⁹⁹. Im einzigen Fall, der eine Ehegattenbürgschaft betraf, stellte das OLG Dresden in Vorwegnahme der aktuellen Rechtsprechungstendenzen auf die übermäßige Belastung der gering verdienenden Tochter ab⁷⁰⁰.

⁶⁹⁰ Jahrbuch des Deutschen Rechts 6 (1908) 279 ff.

⁶⁹¹ RGZ (v. 20. 3. 1902 – VI 409/01) 51, 121 ff.

⁶⁹² RGZ (v. 20. 3. 1902 – VI 409/01) 122.

⁶⁹³ Vgl. im einzelnen unten.

⁶⁹⁴ RG (v. 24. 1. 1911 – III 704/09) WarnRspr. 4 (1911) Nr. 171; hierzu Schlicht, Die kumulative Schuldübernahme (Fn. 110) 87.

⁶⁹⁵ Soergel 1909, § 765 Nr. 8: Ehefrau werde »dafür sorgen, daß der Ehemann zahlt«; Soergel 1911, § 765 Nr. 2: »Liefere Sie nur meinem Manne, ich komme für die Zahlung auf«.

⁶⁹⁶ So im viel diskutierten Fall Soergel 1906, § 766, 242 f.: Nach der Unterschrift hatte sich der Hauptschuldner im Nebenraum erschossen. Der Gläubiger vergaß in der Aufregung das Schriftstück.

⁶⁹⁷ RG (v. 12. 7. 1907 – III 26/07) Soergel 1907, § 138 Nr. 11.

⁶⁹⁸ RG (v. 31. 3. 1919 – IV 424/18) Soergel 1919, § 138 Nr. 44.

⁶⁹⁹ KG (v. 21. 2. 1912) Soergel 1912, § 138 Nr. 9.

⁷⁰⁰ Hierzu HKK/Haferkamp, § 138 Rn. 7.

112 Die **Literatur** versuchte zunächst, die verschiedenen Phänomene des Auftretens der Ehefrau beim Geschäftsabschluß des Ehemannes dogmatisch aufzuarbeiten⁷⁰¹. Zunehmend fand daneben der Schutz der Ehefrauen durch die Gerichte in der Literatur Kritik. Nur selten wurde eine Ausweitung der Formpflicht, etwa auch auf eine Mithaftung der Ehefrau aus § 427 gefordert⁷⁰². Überwiegend trat die Literatur, spätestens seit dem Ersten Weltkrieg, für eine **weitergehende Mithaftung der Frau** ein. *Leonhard* betonte das berechnete Interesse eines Mieters, im Nichtzahlensfall Zugriff auf die Möbel der Ehefrau nehmen zu können⁷⁰³. Zudem wurde darauf verwiesen, daß die Ehefrau ja typischerweise auch die Vorteile aus dem Geschäft des Mannes mit genieße⁷⁰⁴. Dies wurde besonders für Mietzinsforderungen betont⁷⁰⁵. Hintergrund dieser Widerstände war wohl nicht nur ein Blick auf schutzwürdige Gläubigerbelange, sondern oft auch ein Festhalten am traditionellen Bild der Ehe als sittlich geforderter Haftungsgemeinschaft. So nahm *Hans Reichel* im Zweifel formlos wirksame Schuldmitübernahme an, da die Eheleute »der moralischen Idee nach« eine Gütergemeinschaft bildeten⁷⁰⁶.

113 Etwa seit dem **Ersten Weltkrieg** nahm die Zahl der Urteile zu Ehegattenbürgschaften deutlich ab. Eine deutliche Richtungskorrektur der Rechtsprechung kann man darin wohl nicht sehen. Noch 1929 behandelte das OLG Kiel die Erklärung, »der Gläubiger werde sein Geld erhalten, so wahr es einen Gott im Himmel gebe« als formunwirksame Bürgschaft. Ein Schuldbeitritt erfordere ein eigenes sachliches Interesse der Ehefrau, was etwa gegeben sei, wenn diese das zusammengebrochene Geschäft des Mannes fortführen wolle⁷⁰⁷. Der zahlenmäßige Rückgang der Fälle spricht wohl eher dafür, daß sich die Bürgschaftspraxis insbesondere der Banken auf die, nach anfänglicher Unsicherheit inzwischen gefestigte Judikatur zur Ehegattenmithaftung eingestellt hatte⁷⁰⁸. Die Probleme in den 1980er Jahren⁷⁰⁹ spiegeln daher wohl auch erneute **Veränderungen in der Kreditpraxis**. 1916 gab *Schucany* einen Einblick in die Praxis der Bürgschaft von Ehefrauen: In der Praxis werde eine Mit-

⁷⁰¹ Vor allem *Emil Schucany*, Der Mitabschluß eines Schuldvertrages durch die Ehefrau des Vertragsschließenden nach schweizerischem und deutschem Recht, Aarau 1916.

⁷⁰² *Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 1 (Fn. 83) 424.

⁷⁰³ *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 765) § 352, 702.

⁷⁰⁴ *Walther Bindhardt*, Die Auslegung von Willenserklärungen, mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann, Diss. Marburg 1932, 35; *Hans Falkenstein*, Schuldbeitritt oder Schuldbeitritt. Unterbegriffe der kumulativen Schuldübernahme, Diss. Marburg 1931, 42.

⁷⁰⁵ *Staudinger/Werner*, 9. Aufl. 1929, Vorbem. zu §§ 414 ff. Anm. 2 b.

⁷⁰⁶ *Reichel*, Gruchot 61 (1917) 548 ff.; freilich ähnlich bereits *ders.*, Schuldmitübernahme (Fn. 208) 109 f.

⁷⁰⁷ OLG Kiel (v. 21. 2. 1929) SchIHA 1929, 227.

⁷⁰⁸ Ebenso, wie dies nach 1993 geschah, vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Praktische Umsetzung der Rechtsprechung in Deutschland – Einleitender Überblick, in: Drobniß u. a. (Hg.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten in Deutschland und in den Niederlanden, 2003, 15, 15.

⁷⁰⁹ Darstellung der einzelnen Entscheidungen bei *Norbert Haun*, Die Unwirksamkeit der Bürgschaftsübernahme wegen Sittenwidrigkeit (Bankrechtliche Sonderveröffentlichungen des Instituts für Bankwirtschaft und Bankrecht an der Universität zu Köln, 50), 1995, 29 ff.

haftung der Frau vor allem dann versucht, wenn es um eine Vorleistungspflicht des Gläubigers gehe. Fälle seien Miete, Pacht, Leihe, Darlehen und der Kreditkauf⁷¹⁰. Nur langsam verschob sich der Fokus der Diskussion vom Mietrecht⁷¹¹.

Mit dem **Übergang vom alten Abzahlungskauf zum modernen Konsumentenkredit** als Massengeschäft verschoben und vergrößerten sich die Probleme⁷¹². 1982 kam eine rechtssoziologische Pionierstudie für Konsumentenkredite zu dem Ergebnis, daß bei Konsumentenkrediten über 20.000 € in 81% der Fälle eine Mithaftung der Ehefrau vereinbart wird. Bei 20% aller Kredite wurden Bürgschaften vereinbart⁷¹³. Betroffenenorganisationen schätzen aktuell, daß hinter jedem zweiten in Deutschland vergebenen Kredit eine bürgende Ehefrau steht⁷¹⁴. Eher die Bürgschaftspraxis und weniger ein Richtungswechsel in der Judikatur dürfte auch dafür verantwortlich sein, daß § 138 vor den 1980er Jahren in der Bürgschaftsjudikatur kaum auftaucht. Das oft zitierte Urteil des OLG Dresden aus dem Jahr 1910 brachte ganz selbstverständlich die zentralen Aspekte der heutigen Rechtsprechung des BVerfG im **Fall einer Angehörigenbürgschaft als Begründung für § 138 vor**⁷¹⁵. Das damals veröffentlichte Urteil blieb in der Literatur unbeachtet, was wohl vor allem damit zu erklären ist, daß man diese Entscheidung für ganz unproblematisch hielt. In der Tat findet sich schon zu diesem Zeitpunkt eine weitgehende und konsequente Vertragskontrolle über § 138⁷¹⁶. Rücksprache bei älteren Bankangestellten ergab die Vermutung, daß derartige Bürgschaften früher nur in Anspruch genommen wurden, wenn die Ehefrau infolge einer **Vermögensverschiebung** durch den Mann als Ausfallschuldner genutzt wurde oder sonst jedenfalls vermögend war. Der heute so anstößige Fall, daß eine nicht leistungsfähige Bürgin dennoch in Anspruch genommen wird, würde dann konsequent zwischen 1916 und den 1980er Jahren in der Judikatur nicht auftauchen. Ein wissenschaftlicher Nachweis wäre hier freilich noch zu führen.

Die Ehegattenbürgschaft hat also eine eigene **Geschichte, die überwiegend im 20. Jahrhundert** spielt. Sie muß unterschieden werden vom sonstigen Interzessionschutz für Frauen, der außerhalb der Ehegattenbürgschaften und insbesondere im

⁷¹⁰ *Schucany*, Mitabschluß eines Schuldvertrages (Fn. 701) 9 ff., 15 ff.

⁷¹¹ *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 765) § 352, 702 u. die anderen Nennungen soeben Rn. 112.

⁷¹² Vgl. nur *Peter Derleder*, Zins als Rente. Zur neueren Geschichte, Theorie und Praxis des Verbraucherkreditrechts, KJ 1991, 276, 276 ff. (allerdings weitgehend ohne Nachweise); *ders.*, Rechtliche Grenzen der Verschuldung junger Erwachsener, in: FS für Johannes Bärman und Hermann Weitnauer, 1990, 273, 273 ff.

⁷¹³ Vgl. *Kurt Holzschek/Günter Hörmann/Jürgen Daviter*, Die Praxis des Konsumentenkredits in der Bundesrepublik Deutschland, 1982, 242, 231.

⁷¹⁴ So als Vertreterin der im Jahr 2000 in Berlin gegründeten »Initiative für bürgschaftsgeschädigte Frauen«: *Annette Schmedt*, Schulden für Andere durch Bürgschaften und Kreditmitunterschriften, in: U. Drobniß u. a. (Hg.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten (Fn. 708) 47, 47 ff.

⁷¹⁵ Vgl. hierzu bereits HKK/*Haferkamp*, § 138 Rn. 6 m. w. N.

⁷¹⁶ Vgl. die Fallzahlen in HKK/*Haferkamp*, § 138 Rn. 8.

Handelsrecht natürlich eine breite historische Bedeutung hatte⁷¹⁷. In Langfristperspektive spielte die Bürgschaft für eine Haftung der Frau im antiken Rom und im 20. Jahrhundert eine zentrale Rolle. Für die dazwischen liegende Zeit gilt: Die Frau haftete fast immer für Schulden ihres Mannes, selten jedoch aus Bürgschaft. Die Ausweitung der Ehegattenbürgschaft wurde forciert vom Kampf der Frauenbewegung um freie Geschäftsfähigkeit und Gütertrennung. Man forderte die Anerkennung der »freien, sittlichen Persönlichkeit« der Frau (*Marianne Weber*). Auch den entscheidungsprägenden Männern ging es bei diesen Debatten nicht erkennbar darum, dem männlichen Fuchs im weiblichen Hühnerstall nun freie Bahn zu verschaffen. Im Familienrecht wurde vielmehr gerade auch von männlicher Seite ein Bedürfnis nach Schutz des weiblichen Vermögens vor den Gläubigern des Mannes klar anerkannt. Wie man das im Schuldrecht ohne Bevormundung realisieren konnte, das war eben die bereits damals und noch heute drängende Frage.

e) Andere europäische Lösungen nach 1900

115 In europäischer Perspektive besteht heute durchweg Einigkeit darüber, daß die Ehefrau eines Schutzes bedarf. Verschiedene Wege wurden beschritten⁷¹⁸:

(1) Zunehmend wird auf den Aspekt der Existenzgefährdung abgestellt. Vereinzelt haben niederländische und französische Richter versucht, in diesen Fällen einen Irrtum der Bürgin zu unterstellen⁷¹⁹. Verbreiteter ist die Lösung der deutschen Rechtsprechung, die diesen Aspekt als zentrales Merkmal für die Annahme einer Sittenwidrigkeit der Bürgschaft ansieht. So hat Frankreich seit 1989 Verbraucherbürgschaften für unwirksam erklärt, deren Haftungshöhe außer Verhältnis zur Leistungsfähigkeit des Bürgen steht⁷²⁰. Die Niederlande nehmen ähnlich Sittenwidrigkeit bei einer unangemessenen Ausnutzung des Bürgen an⁷²¹. Auch der Österreichische OGH hat sich der Betrachtung des BVerfG angeschlossen⁷²². Art. 4:109

⁷¹⁷ Vgl. etwa zur Praxis des Bürgens für Verwandte in den Städten *Hüttemann*, Babenhausen (Fn. 33) 88; *Mückenheim*, Bürgschaft in Lübecker Ratsurteilen (Fn. 28) 129; zum Senatus Consultum Velleianum im Handelsrecht *Schötz*, Handelsfrauen (Fn. 613) 151 ff., 155.

⁷¹⁸ Zum Folgenden *Nils Jansen*, Seriositätskontrollen (Fn. 503); daneben *Christiana Fountoulakis*, Interzession naher Angehöriger, eine rechtsvergleichende Untersuchung im deutschen und angelsächsischen Rechtskreis (Abhandlungen aus dem Schweizer Recht, 695), Bern 2005; *Hein Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, Bd. I: Abschluß, Gültigkeit und Inhalt des Vertrages. Die Beteiligung Dritter am Vertrag, 1996, 132 ff.; *Filippo Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 2. Aufl. Wien 2003, 470 ff.

⁷¹⁹ *Henk J. Snijders*, Bürgschaft nach dem neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: U. Drobnig u. a. (Hg.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten (Fn. 708) 77, 87 ff.

⁷²⁰ Art. 341–4 Code de la consommation; vgl. zur Entwicklung auch *Patrick Brock*, Der Schutz der Verbraucher vor missbräuchlichen Klauseln im französischen Privatrecht, 1998, 5 ff.

⁷²¹ Art. 3:40; 3:44 IV BW; hierzu *Henk J. Snijders*, Bürgschaft nach dem neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Drobnig u. a. (Hg.), Neuere Entwicklungen im Recht der persönlichen Kreditsicherheiten (Fn. 708) 77, 81 ff.

⁷²² OGH (v. 27.3.1995 – 1 Ob 544/95) JBl 117, 651; hierzu *Thomas Rabl*, Die Bürgschaft, Wien 2000, 58 ff., 61.

PECL gestattet die Anfechtung dann, wenn eine Partei sich einen unangemessenen Vorteil verschafft hat. Die englische Rechtsprechung ist gegenüber einer allgemeinen Fairnesskontrolle in diesen Fällen dagegen weiterhin zurückhaltend⁷²³.

(2) Daneben erfreut sich die Aufklärungslösung weiterhin großer Beliebtheit. Das niederländische Recht läßt eine Anfechtung dann zu, wenn die Bank nicht ausreichend über die mit der Bürgschaft verbundenen finanziellen Risiken aufgeklärt hat⁷²⁴. Weiter noch geht die englische Rechtsprechung. Hier wird eine Anfechtung der Bürgschaft zugelassen, wenn sie infolge »undue influence« zustande gekommen ist⁷²⁵. Sanktioniert wird damit nicht eine unangemessene Belastung des Bürgen, sondern es wird mit der Vermutung einer gestörten Willensbildung infolge des Näheverhältnisses zum Hauptschuldner gearbeitet. Der Gläubiger kann diese Vermutung nur widerlegen, wenn er nachweist, daß der Bürgin in Abwesenheit des Hauptschuldners eine kompetente, anwaltliche Beratung über die Risiken zuteil wurde. Die englische Regelung steht damit in Einklang mit der älteren gemeinrechtlichen Tradition, die ebenfalls auf unabhängige und unbeeinflusste Beratung setzte⁷²⁶.

(3) Schutztechniken, die die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau beschränken, finden sich demgegenüber nicht mehr. 1977 wurde, nach durchaus kontroverser Diskussion, auch in Südafrika das *SC Velleianum* aufgehoben⁷²⁷. 1988 wurde § 177 III ZGB aufgehoben, wonach eine Ehefrau Dritten gegenüber eine gültige Verpflichtung zugunsten ihres Ehemannes nur mit Zustimmung der Vormundschaftsbehörde eingehen konnte⁷²⁸. Freilich muß bei Bürgschaften des Ehegatten in der Schweiz der andere Ehegatte weiterhin zustimmen⁷²⁹.

V. Bürgenschutz zwischen Kautelarjurisprudenz und Richterrecht – Tendenzen des Deutschen Bürgschaftsrechts nach 1900

Das BGB fügte die Bürgschaft in ein verzweigtes Netz von Sicherungsmöglichkeiten ein. Obwohl der Kreis der möglichen Verbindlichkeiten, für die eine Bürgschaft eingegangen werden kann, bewußt nicht auf Geldforderungen beschränkt wurde⁷³⁰, blieben in der Praxis Geldforderungen der fast ausschließliche Anwendungsbereich der Bürgschaft⁷³¹. Stundungskredite im privaten Bereich nutzten Bürgschaften nur

⁷²³ Vgl. die Nachweise bei *Fountoulakis*, Interzession naher Angehöriger (Fn. 718) 201 ff.

⁷²⁴ Art. 6:228 BW; vgl. *Snijders*, Bürgschaft (Fn. 719) 87 f.

⁷²⁵ Hierzu *Jansen*, Seriositätskontrollen (Fn. 503) II 3.

⁷²⁶ Vgl. o. Rn. 98.

⁷²⁷ Hierzu *Zimmermann*, Law of Obligations (Fn. 13) 151 Fn. 238.

⁷²⁸ Vgl. *Fountoulakis*, Interzession naher Angehöriger (Fn. 718) 8.

⁷²⁹ Art. 494 OR.

⁷³⁰ Vgl. o. Rn. 18.

⁷³¹ Vor allem die öffentliche Hand nutzte schon früh Bankbürgschaften zur Absicherung gegen Gewährleistungsfälle bei Werkleistungen oder Sachlieferungen, wobei die Bank dann für Vertragsstrafen oder Schadensersatzansprüche einzustehen hatte, vgl. etwa § 17 Nr. 2 VOB/B; zu dieser Praxis: *Hermann Herold*, Das Kreditgeschäft der Banken, 14. Aufl. 1959, 176; *Planck/Oegg*, BGB, 4. Aufl. 1928, § 765 Anm. 6 c.

ausnahmsweise als Sicherung. Die folgte zunächst aus alternativen gesetzlichen Schutzmechanismen. So wurden die Forderungen der Pächter, Werkunternehmer, Kommissionäre, Spediteure, Lagerhalter, Frachtführer, Verfrachter, Vermieter, Verpächter und Gastwirte durch (teilweise besitzlose) Pfandrechte dinglich gesichert⁷³². Arbeitnehmer, Ärzte und Apotheker erhielten einen Konkursvorzug gleich nach dinglich gesicherten Rechten⁷³³. Lediglich der Konkursvorzug des Warenlieferanten, den gemeines und französisches Recht kannten, wurde nicht übernommen⁷³⁴. Während die Reichsgesetzgebung, wohl in Frontstellung gegen das im 19. Jahrhundert perhorreszierte »Borgunwesen«, dem Stundungskredit einige Sicherungsformen zur Verfügung stellte, blieb der Geldkredit ohne gesetzliche Sicherung. Der gemeinrechtliche Konkursvorzug für das zinslose⁷³⁵ und das Wiederaufbaudarlehen⁷³⁶ wurde beseitigt. Einzig das *mandatum qualificatum* wurde in § 778 übernommen und gewährte Bürgenhaftung dessen, der jemand veranlaßte, einem Dritten Kredit zu gewähren.

119 Die Ausbildung der Kreditsicherungspraxis wurde im 20. Jahrhundert weitgehend der Kautelarpraxis überlassen. Bei Warenlieferanten setzten sich gegenüber der nicht insolvenzfesten Bürgschaftssicherung im 20. Jahrhundert der Eigentumsvorbehalt als dingliche Sicherung weitgehend durch⁷³⁷. **Hauptanwendungsfall** der Bürgschaft wurde damit der **Geldkredit**. Hier erwuchs der Bürgschaft mit der im BGB nicht vorgesehenen fiduziarischen Zession nach 1900 eine zunehmend beliebte Konkurrenzsicherung, wobei besonders Geldknappheit in wirtschaftlichen Krisenzeiten⁷³⁸ diese Entwicklung vorantrieb. Besonderer Beliebtheit erfreute sich bald die (stille) Sicherungsabtretung von Lohn- und Gehaltsansprüchen⁷³⁹.

120 Der immense Kapitalbedarf der aufstrebenden Wirtschaft hatte schon im 19. Jahrhundert die private Kreditvergabe weitgehend zugunsten von **Banken** verdrängt. Die private Bürgschaft ohne Bankbeteiligung spielte im 20. Jahrhundert eine abnehmende Rolle, etwa bei privaten Mietbürgschaften. Häufiger finden sich ohne Bankbeteiligung Versuche, Haftungsbegrenzungen etwa einer GmbH durch eine persönliche Bürgenhaftung zu umgehen⁷⁴⁰. Neben diesen Sonderfällen war es das Bankgewerbe, welches die Bürgschaftsgeschichte des 20. Jahrhunderts geprägt hat. Die ökonomische Bedeutung der Bürgschaft wurde daher zunächst durch die Spezialisierung der Kreditvermittler beeinflusst. Während neben den Hypothekenbanken

⁷³² §§ 590, 647, 397, 410, 421, 440, 623, 559, 585, 704; 369 HGB.

⁷³³ §§ 61 Nr. 1 u. 4 KO.

⁷³⁴ Vgl. *Otto Stobbe*, Zur Geschichte des älteren deutschen Konkursprozesses, Bonn 1888, 84 f.; Artt. 2101 Nr. 5, 2102 II Nr. 4 CC.; hierzu *Leiser*, Sicherheit (Fn. 157) 303 f.

⁷³⁵ D. 42, 5, 24, 2.

⁷³⁶ Kursächsische Prozessordnung von 1622, Kap. 43.

⁷³⁷ Eine genaue rechtstatsächliche Darstellung der ökonomischen Bedeutung der Bürgschaft im 20. Jh. fehlt. Die besten Überblicke bieten *Wolfgang Leiser*, Sicherheit (Fn. 157) u. *Hadding*, Bürgschaft (Fn. 145).

⁷³⁸ Vgl. die Ausführungen bei *Arwed Koch*, Kredit im Recht. Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis, 1925, 44.

⁷³⁹ Vgl. *Leiser*, Sicherheit (Fn. 157) 312 f.

⁷⁴⁰ Hierzu *Hadding*, Bürgschaft (Fn. 145) 586.

auch die Sparkassen infolge ihrer Statuten überwiegend Realkredite und durch Sicherungsübereignung⁷⁴¹ gesicherte Kredite vergaben,⁷⁴² fand sich auch weiterhin bei Genossenschaftsbanken eine gewisse Vorliebe für Bürgschaften⁷⁴³. Dies resultierte auch daraus, daß die Vermögenslage der Genossen infolge der Pflicht, ihren Geldverkehr über ihr Konto laufen zu lassen, den Genossenschaftsbanken bekannt war⁷⁴⁴. Daneben haben sich die sog. Haftungsinstitute auf Personalsicherheiten spezialisiert.

Nachdem im zunehmend entpersonalisierten Bankgeschäft des 20. Jahrhunderts Faktoren wie Verlässlichkeit und Reputation für die Annahme einer Bürgschaft stark an Bedeutung einbüßten, spielte die Bürgschaft vor allem dann eine Rolle, wenn wegen der Bonität der Bürgen ein Insolvenzrisiko vernachlässigt werden konnte.

Der Mittelstand bildete daher bereits um 1900 Kreditgarantiegemeinschaften, die dazu dienten, ausreichend insolvenz sichere Bürgschaften bereitzustellen⁷⁴⁵. Nach 1945 übernahm der Staat für diese Kreditgarantiegemeinschaften Rückbürgschaften⁷⁴⁶. Auch sonst war es zunehmend der Staat, der als Bürge auftrat. Nach dem ersten Weltkrieg und unter dem Druck der Inflation nahmen Bürgschaften der Öffentlichen Hand als Instrument staatlicher Wirtschaftsförderung zu, beispielhaft im Bereich des privaten Wohnungsbaus⁷⁴⁷. Auch während des Nationalsozialismus dienten Staatsbürgschaften diesem Zweck⁷⁴⁸, aber erst nach 1945 wurden Staatsbürgschaften systematisch eingesetzt, um staatliche Wirtschaftspolitik zu betreiben⁷⁴⁹, stärker nun auch mit Außenwirtschaftsbezug (Hermes etc.)⁷⁵⁰.

⁷⁴¹ Entgegen bis heute verbreiteter Irrtümer war die Sicherungsübereignung im 19. Jh. im gemeinen u. im französischen Recht fest verankert u. wurde von der Rspr. trotz des Schweigens des BGB auch nach 1900 nahezu bruchlos weiter akzeptiert; vgl. *Klaus Luig*, Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung, in: U. Falk (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter: zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 383, 383 ff.

⁷⁴² Vgl. o. Rn. 13 sowie die Zahlen bei *M. Seidel/J. Pfitzner*, Das Sparkassenwesen (Wiener Staatswissenschaftliche Studien, Bd. XIII Heft 3), Wien 1916, 74; zur Sparkassenentwicklung auch *Hellmuth Will*, Die deutschen Sparkassen. Entwicklung, Organisation, Bedeutung, 2. Aufl. 1942.

⁷⁴³ Vgl. die Zahlen bei *Hans Schönitz*, Der kleingewerbliche Kredit in Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Großherzogtums Baden, 1912, 272 f.

⁷⁴⁴ Vgl. *Leiser*, Sicherheit (Fn. 157) 310.

⁷⁴⁵ Beispiele bringt *H. G. Fischer*, Kreditgarantiegemeinschaften. Ein Beitrag zum Thema Mittelstandskredit, Diss. rer. pol. München 1959, 81 ff.

⁷⁴⁶ Vgl. *Eberhard Paal*, Entwicklungen und Entwicklungstendenzen in der Kreditsicherung, Diss. Münster 1972, 126.

⁷⁴⁷ Vgl. *Elisabeth Wessels*, Bürgschaft der Öffentlichen Hand in ihrer Bedeutung für die Finanzierung des Siedlungs- und Wohnungsbaus (= Reihe der Forschungsstelle für Siedlungs- und Wohnungswesen an der Universität Münster, 22), 1937 mit detailreicher Auswertung der Entwicklung seit 1924.

⁷⁴⁸ Vgl. die Zusammenstellung bei *A. Kruse*, Der Mittelstandskredit, 1941, 247 ff.

⁷⁴⁹ Hierzu *Paal*, Entwicklungen Kreditsicherung (Fn. 746) 81 ff.

⁷⁵⁰ Vgl. *Ernst Schallehn*, Garantien und Bürgschaften der Bundesrepublik Deutschland zur Förderung der Deutschen Ausfuhr, 1955.

Daneben waren es im 20. Jahrhundert vor allem Banken selbst, die im sog. Avalkreditgeschäft⁷⁵¹ als Bürgen auftraten⁷⁵². Häufige Fälle waren nach 1945 die Gewährleistung für Lieferungs- und Leistungsgeschäfte im Außenhandelsbereich⁷⁵³.

Kennzeichnend für die Entwicklung im 20. Jahrhundert ist damit zunächst eine Professionalisierung der Bürgschaftspraxis. Die Bearbeitung der gesetzlichen Rahmenbedingungen durch Rechtsabteilungen von Banken und anderen Kreditgebern förderte in verstärktem Maße die systematische Umgehung der gesetzgeberischen Konzeption. Zentrales Thema des Bürgschaftsrechts im 20. Jahrhundert wurde damit der Bürgenschutz. Träger der Entwicklung wurde dabei ganz weitgehend die Rechtsprechung. Die Rechtswissenschaft gab ihren Führungsanspruch vor allem dadurch auf, daß sie richterlicher Einzelfallwertung Vorrang vor Bindungen durch dogmatische Konstruktionen einräumte. Dies zeigt sich in der Abkehr von gesetzssystematischen Argumenten (1.), in Abgrenzungsfragen (2.), in der Klauselkontrolle (3.), in der flexiblen Handhabung des Formschutzes (4.), in den Durchbrechungen des Akzessorietätsgrundsatzes (5).

1. Abgrenzungsfragen

- 122 Bis in die dreißiger Jahre des 20. Jahrhunderts blieb die Stellung der Bürgschaft im Gesamtsystem des Privatrechts der Ort, um ihre Rechtsnatur zu bestimmen⁷⁵⁴. Dabei blieben zunächst überkommene Einordnungsversuche präsent.

Trotz der gesetzgeberischen Entscheidung, den gemeinrechtlichen Interzessionsbegriff nicht in das BGB zu übernehmen, bot § 1822 Ziff. 10 die Möglichkeit, an der Interzession als systematischem Haltepunkt der Bürgschaft festzuhalten. Bürgschaft war demnach »Übernahme einer fremden Schuld«⁷⁵⁵. Damit stellte sich die Frage nach der hilfsweisen Anwendbarkeit der §§ 414 ff. auf das Bürgschaftsrecht und umgekehrt, der §§ 765 ff. auf Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantie.

- 123 Kritiker dieser Ansicht wiesen darauf hin, daß damit die Nachrangigkeit der Bürgenschuld begrifflich nicht erfaßt werde und suchten einen anderen Ansatzpunkt. Weitnauers Vorschlag von 1908, Bürgschaft nicht als Haftung für den Schuldner,

⁷⁵¹ Als Kredit wird dabei nicht Kapital, sondern Kreditwürdigkeit überlassen (sog. Kreditleihe).

⁷⁵² Zur älteren Praxis Artwed Koch, Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse, 1931, 210 ff.; vgl. auch § 1 I 2 Nr. 8 Gesetz über das Kreditwesen.

⁷⁵³ So Claus Michael Müller, Die Bürgschaft. Eine betriebswirtschaftliche Analyse. Diss. rer. pol. Köln 1978, 69.

⁷⁵⁴ HKK/Hofer, vor §§ 433 ff. Rn. 15.

⁷⁵⁵ Kahlenbeck, Lehrbuch (Fn. 154) 331; ähnlich Paul Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse II 2, 5. Aufl. 1928, 1221; Bernhard Mathiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899, 640 (§ 131); Friedrich Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, 9. Aufl. 1903, 1193 (§ 191); W. Marwitz, Bürgschaft, Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, 1926, 855.

sondern für die Schuld, zu verstehen⁷⁵⁶, setzte sich nicht durch⁷⁵⁷. Mehr Anklang fand 1909 Hans Reichel, der vorschlug, Schuldbeitritt und Schuldübernahme als Unterfall der Interzession, die Bürgschaft dagegen als Unterfall des Garantievertrages (Kreditgarantie) zu verstehen⁷⁵⁸. Damit stand die Frage im Raum, ob die §§ 765 ff. auf die unregelte Garantie anwendbar seien⁷⁵⁹.

Hartnäckig hielt sich daneben die Ansicht, die Bürgschaft sei ein Unterfall der Gesamtschuld⁷⁶⁰. Vor allem Philipp Heck versuchte weiterhin, die Bürgschaft als Spezialfall einer ungleichartigen Gesamtschuld (Hilfsschuld) zu erfassen. Für Heck war dabei die Gesamtschuld eine zentrale Schnittstelle seines Systems⁷⁶¹. Für eine hilfsweise Anwendung der §§ 421 ff. im Bürgschaftsrecht sah Heck zwar »wenig Gelegenheit«, ausschließen wollte er es jedoch nicht⁷⁶². Verbunden mit dieser Einordnung war die Forderung, die Bürgschaft wie im Österreichischen Recht (§§ 1342 ff. ABGB) als Problem des Allgemeinen Schuldrechts zu betrachten⁷⁶³.

In den zwanziger Jahren veränderte sich der systematische Zugriff. Es mehrten sich die Versuche, die Bürgschaft neuen Oberbegriffen unterzuordnen und sich von den dogmatischen Strukturen des gemeinen Rechts abzukoppeln. Franz Leonhard faßte Bürgschaft, Vergleich, abstraktes Schuldversprechen, Anweisung und Wertpapierrecht als »Zweckbestimmte Geschäfte« zusammen⁷⁶⁴. Für diese Verträge sei typisch, daß nicht der Inhalt der Leistung, sondern der »Artzweck« gruppenbildendes Merkmal sei. Diesen »Zweck, der mit dem Rechtsgeschäft verfolgt wird«, verstand Leonhard in Abgrenzung zum wirtschaftlichen Zweck der Parteien und der rechtlichen causa der Bürgschaft als den vom Gesetz mit dieser Vertragsart verfolgten Zweck. Als Verträge, bei denen nicht der Leistungsinhalt gruppenbildend ist, standen damit die »Artzwecke« Sicherung (Bürgschaft), Klärung und Vereinfachung

⁷⁵⁶ Ähnlich bereits Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207) 158 u. passim: Der Bürge haftet für den Schuldner, nicht für die Schuld.

⁷⁵⁷ Ähnlich Ernst Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches vom 18. August 1896. Ein dogmatisches Lehrbuch, Bd. I, 1904, 504 (§ 147).

⁷⁵⁸ Reichel, Schuldmitübernahme (Fn. 208) 17 ff., 307; ebenso ders., Selbstschuld ausfallbürgschaft, AcP 135 (1932) 336, 337; insofern mißverständlich Staudinger/Horn, 1997, vor §§ 765 ff. Rn. 1.

⁷⁵⁹ Vgl. etwa Hans Schulze, Garantievertrag, in: F. Schlegelberger (Hg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht, Bd. III, 1931, 594, 594.

⁷⁶⁰ Vor allem Gottlieb Planck, in: ders. (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. II, 1./2. Aufl. 1900, 212 (§ 421 I a. E.); kritisch vor allem Lippmann, Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, AcP 111 (1914) 135, 139 ff.

⁷⁶¹ Vgl. hierzu Manfred Wolf, Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker (Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 80), 1996, 275 ff.

⁷⁶² Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 380, § 126.

⁷⁶³ So Heinrich Siber, Grundrisse zu Vorlesungen über deutsches bürgerliches Recht, Bd. II: Schuldrecht, 1931, § 28 III; Heinrich Titze, Bürgerliches Recht. Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1932, 140, dessen Buch 1948 in unverändertem Nachdruck erneut erschien.

⁷⁶⁴ Franz Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, Bd. II, 1931, 313 ff.

systematisch zusammen⁷⁶⁵. Systematische Argumente waren angesichts der unterschiedlichen »Artzwecke« abgeschnitten, was der seit Ende des 19. Jahrhunderts immer stärker zunehmenden Skepsis gegenüber systematischen Argumenten überhaupt, entsprach⁷⁶⁶. *Hugo Kreß* versuchte seit 1929, in ähnlicher Frontstellung gegen eine »abstrakte Methode«⁷⁶⁷, die »wirtschaftlichen Beziehungen und Interessen der Beteiligten in den Vordergrund« zu stellen⁷⁶⁸. In irgendwie »realem«, nichtempirischem Zugang versuchte er 1934 auch bei der Bürgschaft »dem Juristenspiegel ... die wirklichen Züge des Volksempfindens und der Wirtschaft« vorzuhalten⁷⁶⁹. Bürgschaft stand demnach neben Schuldversprechen und Schuldanerkennung bei den Verträgen auf »Abwicklung und Sicherung«. Dieser eigene Abschnitt trennte die Bürgschaft von Schuldbeitritt, Schuldübernahme und Garantie⁷⁷⁰ und verband sie mit Vergleich und Schuldversprechen bzw. -anerkennung.

125 Die methodische Nähe dieser Überlegungen von *Kreß* zu damals aktuellen⁷⁷¹ Bestrebungen der Interessenjurisprudenz sorgte dafür, daß sich sein Vorschlag nach 1933 nicht durchsetzte⁷⁷². *Kreß* unterfiel dem Vorwurf der nationalsozialistischen »Rechtserneuerung« gegen die Interessenjurisprudenz, für die politischen Umwertungsversuche nicht geeignet zu sein⁷⁷³. Politisch in günstigerem Licht erscheinen nun die bereits seit 1904⁷⁷⁴ diskutierten Versuche, die auf *Brinz*⁷⁷⁵ zurückgehende

⁷⁶⁵ Erläuterung seines Konzepts in *Franz Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. I, 1929, 321 ff.

⁷⁶⁶ Ein Beispiel bietet die Geschichte der Fiktion als Methodenargument, vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, »Methodenehrlichkeit? – die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: Zivil- und Wirtschaftsrecht im europäischen und globalen Kontext: FS für Norbert Horn zum 70. Geburtstag, 2007, 1077, 1077 ff.

⁷⁶⁷ Zur Kritik an der »Begriffsjurisprudenz« im 20. Jh.: *Haferkamp*, Puchta (Fn. 143) 78 ff.

⁷⁶⁸ *Hugo Kreß*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, 1929; Zitat nach Vorwort in *Hugo Kreß*, Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934, VI.

⁷⁶⁹ *Kreß*, Besonderes Schuldrecht (Fn. 768) VI.

⁷⁷⁰ Letztere wurde nur als Abgrenzungsproblem berührt, vgl. *Kreß*, Besonderes Schuldrecht (Fn. 768) 276.

⁷⁷¹ Vgl. etwa die Ansätze Müller-Erbachs, hierzu *Karlheinz Knauth*, Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie, 1968, 18 ff.; *Christian Nunn*, Rudolf Müller-Erbach. Von der realen Methode über die Interessenjurisprudenz zum kausalen Rechtsdenken, 1998, 185 ff.

⁷⁷² Auf dieser Ebene noch *Friedrich Otto Boltze*, Zeitgemäße Untersuchungen über das Verhältnis der Bürgschaft zum Garantievertrag, Diss. Erlangen 1933, der mit der Interessenlage argumentiert. Zugleich hier aber auch bereits deutlicher Fokus auf der zeitgenössischen Kreditpraxis, vgl. 42 ff.

⁷⁷³ Zur nationalsozialistischen Kritik an der Interessenjurisprudenz *Heinrich Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe. Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, 2001, 183 ff.

⁷⁷⁴ Ausgangspunkt war *Hermann Isay*, Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im jetzigen Recht, JhJb 48 (1904) 187, 187 ff. Während der BGB-Beratungen hatte die Lehre keine Rolle gespielt; hierzu *Bernhard Diestelkamp*, Die Lehre von Schuld und Haftung, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. VI, 1982, 26, 26 ff., 38 ff.

⁷⁷⁵ *Alois Brinz*, Der Begriff der obligatio, Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. I, 1874, 11, 11 ff.

und durch *Amira*⁷⁷⁶ der Germanistik dienstbar gemachte Lehre von »Schuld und Haftung« für das Verständnis der Bürgschaft nutzbar zu machen. Während die Lehre nach 1914 zunächst kaum noch Berücksichtigung gefunden hatte⁷⁷⁷, erlebte sie nach 1933 einen neuen Aufschwung⁷⁷⁸. Dies resultierte aus ihrer nationalen, gegen das »fremde« römische Recht gerichteten⁷⁷⁹ Semantik⁷⁸⁰. Systematisch wurde dabei Schuld als bloßes »Sollen« von der erzwingbaren Haftung als »Unterwerfung« von Personen oder Sachen getrennt⁷⁸¹. Folge waren Schulden ohne Haftung, wie etwa Naturalobligationen, und Haftungen ohne Schuld, wie Bürgschaft oder Grundschuld⁷⁸². Rechtshistorisch versuchte man damit unter anderem einen formfreien Schuldvertrag des Bürgen von einem formbedürftigen Haftungsgeschäft zu trennen⁷⁸³. Für das geltende Recht spielte die in der Lehre betonte Trennung des haftenden Vermögens von der Person des Schuldners bei haftenden Teilvermögen und Sondervermögen und bei Haftungsbeschränkungen eine Rolle⁷⁸⁴. Systematisch rückte die Bürgschaft damit in die Nähe zu Pfand und Grundpfandrechten. Direkte

⁷⁷⁶ *Karl v. Amira*, Nordgermanisches Obligationenrecht, Bd. I: Altschwedisches Obligationenrecht, Leipzig 1882, 22 ff.; Bd. II: Westnordisches Obligationenrecht, Leipzig 1895, 45 ff.; hierzu *Diestelkamp*, Schuld und Haftung (Fn. 774) 25 f.

⁷⁷⁷ 1928 resümierte *Otto Schreiber*, daß die auch von ihm vertretene Lehre inzwischen als überwunden betrachtet und nicht mehr behandelt werde, *ders.*, Haftung, in: F. Stier-Somlo (Hg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. III, 1928, 98, 98; im Ergebnis ablehnende Auseinandersetzungen finden sich etwa bei *Leonhard*, Allgemeines Schuldrecht (Fn. 765) 271.; *Titze*, Lehrbuch (Fn. 763) 4 f.; *Ludwig Enneccerus/Hans Carl Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, hier nach 15. Aufl. 1958, 11 ff.

⁷⁷⁸ Etwa: *Franz Arthur Müller-Eisert*, Schuld und Haftung im Strafrecht und im Privatrecht, 1941; *Julius Fedder*, Schuld und Haftung, 2. Aufl. 1942; *Rudolf Strohl*, Schuld und Haftung und ihre Bedeutung für die kommende Rechtsentwicklung, Diss. Breslau 1936; vgl. auch *HKK/Michaels*, vor § 241 Rn. 48.

⁷⁷⁹ Nach den Ursprüngen beim Romanisten *Brinz* wurde die »deutschrechtliche« Bedeutung dieser Unterscheidung erstmals hervorgehoben bei *Paul Puntchart*, Schuldvertrag und Treuegelöbnis des sächsischen Rechts im Mittelalter – ein Beitrag zur Grundauffassung der altheutschen Obligation, Leipzig 1896; hierzu *Diestelkamp*, Schuld und Haftung (Fn. 774) 25 f.; die Quellenmäßigkeit dieser Unterscheidung wird inzwischen stark bezweifelt, vgl. die Beiträge von *Werner Ogris*, Schuld und Haftung, HRG, Bd. IV, 1990, Sp. 1505, 1505 ff. u. *Stefan Christian Saar*, Schuld, in: J. Hoops (Hg.), Reallexikon der Germanischen Altertumskunde, Bd. XXVII, 2004, 363, 366 f.

⁷⁸⁰ Zur ideologischen Bedeutung des Germanentums für die nationalsozialistische »Rechtserneuerung« vgl. *Andrea Numweiler*, Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung im »Dritten Reich« (Fundamenta Juridica, 31), 1996, sowie die Beiträge in: *Joachim Rückert/Dietmar Willoweit*, Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, 12), 1995.

⁷⁸¹ Hierzu, *Diestelkamp*, Schuld und Haftung (Fn. 774) 21 ff.; *Coing*, Europäisches Privatrecht II (Fn. 21) 432 f.; *Stefan Christian Saar*, Schuld (Fn. 779); *Werner Ogris*, Schuld und Haftung (Fn. 779).

⁷⁸² v. *Gierke*, Schuldrecht (Fn. 523) 774 f.

⁷⁸³ *Otto v. Gierke*, Grundzüge des deutschen Privatrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1915, 266.

⁷⁸⁴ Vgl. die Ansätze bei *Isay*, JhJb 48 (1904) 187 ff.

rechtliche Folgerungen resultierten daraus etwa bei *von Gierke* aber nicht⁷⁸⁵. Schuld und Haftung blieben **bloße Ordnungsbegriffe**⁷⁸⁶.

Nach 1933 wurde versucht, die Trennung der Haftung von der Schuld als Perspektivwechsel zu verstehen: Die Abkehr vom *vinculum juris* ermögliche es, gegenüber der Orientierung an den Einzelinteressen eine »genügende Berücksichtigung der Gemeinschaft« herauszustellen⁷⁸⁷. Dies blieb jedoch Einzelfall⁷⁸⁸. Von Seiten der »Rechtserneuerer« fanden die Ansätze zu Schuld und Haftung vielmehr bald Kritik, da sie nicht mehr »als neue Formulierungen«⁷⁸⁹ gebracht hätten⁷⁹⁰. Nach 1933 sollte mit dem »Kampf« gegen das Pandektensystem⁷⁹¹ aber auch inhaltlich das Privatrecht verändert werden⁷⁹². Das BGB wurde unter Verzicht auf Allgemeine Teile in »Lebensbereiche« aufgespalten (»Familie«, »Familienerbe«, »Vertrag und Unrecht«, »Ware und Geld«)⁷⁹³. *Franz Wieacker* unterwarf in seinem Systementwurf von 1941 die Bürgschaft als »Sicherungsgeschäft« mit der (alten) Unterteilung in Persönliche Sicherheiten (Bürgschaft, Schuldbeitritt, Garantievertrag) und Sachsicherungen dem Oberbegriff »Geld- und Kreditgeschäfte«. In Anlehnung an die in der neuen Studienordnung für die Bürgschaft genutzte Untergliederung »Ware und Geld«⁷⁹⁴, zielte *Wieacker* darauf ab, diesen »Ausschnitt des Geldkreislaufs als die einer entwickelten

⁷⁸⁵ Vgl. zu *Otto v. Gierkes* Gesetzestreue *HKK/DuVe/Haferkamp*, § 242 Rn. 85; *Susanne Pfeifer-Munz*, Soziales Recht ist deutsches Recht (Zürcher Studien zur Rechtsgeschichte, 2), 1979, 21.

⁷⁸⁶ So etwa in *Claudius Frhr. von Schwerin*, Schuld und Haftung im geltenden Recht, 1911; *Heinz Eduard Klann*, Interzession, insbesondere Schuldbeitritt und Bürgschaft, eine systematische Darstellung auf Grundlage der Lehre von Schuld und Haftung, Diss. Marburg 1913; *Otto Schreiber*, Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, Bd. I, 1914, 19 ff.

⁷⁸⁷ *Strehl*, Schuld und Haftung (Fn. 778) 32.

⁷⁸⁸ Trotz ideologischem Eingangsbekenntnis (7) brachte die Nutzung von Schuld u. Haftung durch *Fedder*, Schuld und Haftung (Fn. 778) keine erkennbaren Auswirkungen auf das Bürgschaftsrecht (134 ff.).

⁷⁸⁹ So rückblickend *Heinrich Stoll/Wilhelm Felgentraeger*, Vertrag und Unrecht, 1. Halbbd., 4. Aufl. 1944, 149.

⁷⁹⁰ Daneben wurde rechtshistorisch die Quellenmäßigkeit bezweifelt, vgl. *Franz Leiser*, Kritisches zur Lehre von Schuld und Haftung im ältesten Schuldrecht, *KritVJ* 62 (1933) 346, 346 ff.

⁷⁹¹ *Karl August Eckhardt*, Das Studium der Rechtswissenschaft, 1935, 7.

⁷⁹² Orientierungspunkt waren dabei die lebhaften Diskussionen um die neue Studienordnung 1935, vgl. *Ralf Frassek*, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, *ZRG (GA)* 111 (1994) 564, 564 ff.; *ders.*, Steter Tropfen höhlt den Stein – Juristenausbildung im Nationalsozialismus und danach, *ZRG (GA)* 117 (2000) 294, 294 ff.

⁷⁹³ Zu dieser Programmatik *Ralf Frassek*, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von *Karl Larenz* (1903–1993) (*Fundamenta Juridica*, 29), 51 ff.

⁷⁹⁴ Vgl. *Eckhardt*, Studium (Fn. 791) 28 f. Die Vorlesung umfaßte im einzigen Lehrbuch hierzu von *Heinrich Lange*, *Boden, Ware und Geld*, Bd. III: Ware und Geld, 1943, 2 f. die einzelnen Schuldverträge u. das Fahrnis-Sachenrecht. *Lange* hatte sich freilich sehr kritisch gegen die Veränderungen ausgesprochen, vgl. *Wilhelm Wolf*, Vom alten zum neuen Privatrecht. Das Konzept der normgestützten Kollektivierung in den zivilrechtlichen Arbeiten *Heinrich Langes*, 1998, 40 ff. Die Bürgschaftsproblematik wird von *Wolf* nicht untersucht.

Wirtschaft unerläßliche Hilfsordnung für den Leistungskreislauf«⁷⁹⁵ herauszuheben⁷⁹⁶. Die Bürgschaft wurde damit begrifflich-systematischen Zusammenhängen entzogen und als volkswirtschaftliches Instrument im Rahmen der Wirtschaftspolitik des NS-Staates betrachtet. An die Stelle ihres »Begriffs« und ihrer systematischen Stellung im Gesetzgebungsgefüge trat ihre wirtschaftlich-politische »Funktion«⁷⁹⁷. Dies bedeutete eine radikale Abkehr von den älteren, am Gesetzgeberwillen orientierten Zugängen. Inhaltlich bedeutete dies auch für die Bürgschaft die Unterwerfung unter den »Gemeinschaftsgedanken«. Im Systementwurf von *Franz Wieacker* für eine »Neugestaltung des volksgenössischen Rechts« führte sein Ziel »das für uns gültige Verhältnis zwischen Gesetz und völkischer Wirklichkeit zutreffend« auszudrücken⁷⁹⁸, daher auch zu einer für den Bürgschaftsvertrag geltenden »gesamtvölkische[n] Bedingung der Vertragsgeltung«. Jenseits dieser zeittypischen⁷⁹⁹ Öffnung des Bürgschaftsrechts für die situativen Eingriffsinteressen des NS-Staates blieben die konkret dogmatischen Auswirkungen nach 1933 auf das Bürgschaftsrecht aber gering⁸⁰⁰.

Nach 1945 blieb der Blick auf die wirtschaftliche Funktion der Bürgschaft herrschend, der vor 1933 vereinzelt, etwa bei *Kreß*, und nach 1933, offen ideologisch gefaßt, allgemein das Feld bestimmt hatte. *Josef Esser* rubrizierte 1949 zusammen mit Darlehen, Schuldversprechen, Anweisung und Inhaberschuldverschreibung, ähnlich *Wieacker* 1941, die Bürgschaft unter »Kredit- und Kreditsicherungsgeschäfte«⁸⁰¹. *Larenz* faßte 1956 die gleichen Rechtsinstitute unter »Sicherung und Bestärkung einer Schuld« zusammen⁸⁰².

Ausschlaggebend für diese Systematisierungen waren, so *Esser*, »Wirklichkeit und Ziele des Soziallebens«⁸⁰³. Die »dogmatische Natur« der Bürgschaft rückte in den Hintergrund. Weder Gesamtschuld, noch Garantie, noch Interzession wurden als

⁷⁹⁵ *Franz Wieacker*, Zum System des deutschen Vermögensrechts. Erwägungen und Vorschläge, 1941, 54.

⁷⁹⁶ Ganz ähnlich der Aufbau von *Lange*, *Boden, Ware, Geld III* (Fn. 794).

⁷⁹⁷ Vgl. zur Parallele bei § 242 *HKK/DuVe/Haferkamp*, § 242 Rn. 71.

⁷⁹⁸ *Wieacker*, System (Fn. 795) Vorwort u. 6.

⁷⁹⁹ Vgl. *Michael Stolleis*, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974; *Peter Thoss*, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, 1968.

⁸⁰⁰ Keine erkennbaren Auswirkungen etwa im Bürgschaftsteil des Lehrbuchs von *Lange*, *Boden, Ware, Geld III* (Fn. 794) 198 ff.; zu den Akademiedebatten vgl. unten Rn. 140.

⁸⁰¹ *Josef Esser*, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Aufl. 1949, 341 ff. Bei *Wolfgang Fikentscher*, Das Schuldrecht, 1965, 481 ff. führte die Addition von Leibrente u. Spiel, Wette, Differenzgeschäft 1965 zum Verlust dieser Funktionseinheit. Er faßte diese Geschäfte daher unter »besondere Versprechen« zusammen.

⁸⁰² *Karl Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, 4. Aufl. 1960, 271 ff.

⁸⁰³ *Esser*, Lehrbuch (Fn. 801) VII; zu *Essers* methodischen Wandlungen *Monika Frommel*, Die Rezeption der Hermeneutik bei *Karl Larenz* und *Josef Esser* (Münchener Universitätschriften, Juristische Fakultät, Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 197), 1981, 207 ff.; *Birgit Schäfer*, Methode und Zivilrecht bei *Josef Esser* (geb. 1910), in: *J. Rückert* (Hg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik seit *Savigny*, 1997, 203 ff.; *Hans-Peter Haferkamp*, Die juristische Fiktion im Wandel der Zeiten, in: *FS Horn* (Fn. 766), 1077 ff., 1082 f., 1087 f.

Hilfsmittel zur Ausgestaltung des Bürgschaftsrechts bemüht, sondern lieber mit wertgeladener »Wirklichkeit« argumentiert. Am deutlichsten wurde diese Abkehr vom traditionell dogmatischen Blick in der Kommentierung von *Norbert Reich* im Alternativkommentar 1979. Hier wird die Einführung ins Bürgschaftsrecht von einem großen Abschnitt zur »Ökonomischen Bedeutung und rechtlichen Erscheinungsform« der Bürgschaft dominiert⁸⁰⁴. Deutlich wurde dieser Übergang auch im Staudinger-Kommentar. Die vom Praktiker *Franz Brändl* verfaßte und ganz traditionell gefaßte Kommentierung von 1959 begann noch mit »Stellung im Rechtssystem«⁸⁰⁵. *Norbert Horn* setzte an den Beginn seiner Kommentierung 1986 einen Abschnitt zur »wirtschaftliche[n] Funktion der Bürgschaft«⁸⁰⁶. »Funktionen« in der »Wirklichkeit« erwiesen sich als Möglichkeit, den gesetzgeberischen Willen und die konstruktiv-dogmatische Einbindung der Bürgschaft in juristische Denktraditionen höflich-unpolitisch zu korrigieren.

2. Richterliche Konkretisierung

27 Die lange überwiegend diskutierten Abgrenzungen zu formpflichtigen Verträgen wie Schuldversprechen und Schenkung verschoben sich durch die seitens der Reichstagskommission eingeführte Formpflicht zu spät, um noch vertiefte Abgrenzungsdiskussion zur nun drängenden Konkurrenz von Garantie, Schuldübernahme und Schuldbeitritt zu ermöglichen. Bald nach 1900 entwickelten sich daher lebhaft Debatten zu den neuen Abgrenzungsproblemen. Zwei Abgrenzungsprobleme blieben weiterhin im Brennpunkt der Debatten: die Abgrenzung der Bürgschaft zur Garantie und zum Schuldbeitritt.

a) Bürgschaft und Schuldbeitritt

28 Der Antrag, nach der Bürgschaft auch die Schuldübernahme der Formpflicht zu unterwerfen, wurde im Reichstag abgelehnt⁸⁰⁷. Es lag nahe, dies nur auf die »privative« Schuldübernahme in §§ 414 ff. zu beziehen, nicht auf die unregelte »kumulative« Schuldübernahme, den Schuldbeitritt. Die ersten Stellungnahmen zum Abgrenzungsproblem zwischen Schuldbeitritt und Bürgschaft gingen daher davon aus, daß nur letztere der Schriftform unterfalle⁸⁰⁸. Zu befürchten war, daß die Rechtspraxis

⁸⁰⁴ AnwK/Reich, Einführung zu §§ 765 ff. Rn. 1–13.

⁸⁰⁵ Staudinger/Brändl, 11. Aufl. 1959, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rn. 1.

⁸⁰⁶ Staudinger/Horn, 12. Aufl. 1986, Vorbem. zu §§ 765 ff. Rn. 2.

⁸⁰⁷ Vgl. im einzelnen sogleich Rn. 129.

⁸⁰⁸ *Heinrich Dernburg*, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Bd. II 1, 1./2. Aufl. Halle 1899, § 155; *Konrad Cosack*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl. 1927, 738, 740 IV (§ 222); *Ludwig Enneccerus/Heinrich Otto Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 3. Aufl. 1908, 1061 (§ 417); *Gottlieb Planck*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetzen, Bd. II 1, 4. Aufl. 1914, 598 (§ 414); OLG Celle (v. 28. 11. 1901) OLG-Rspr. 4 (1902) 53, Nr. 19.

versuchen würde, die Formpflicht der Bürgschaft durch Schuldbeitritte zu umgehen. Andere Unterschiede zwischen beiden Rechtsinstituten fielen demgegenüber weniger ins Gewicht. So wurde der Beitretende gemäß § 425 I weniger geschützt, als der streng akzessorisch haftende Bürge. Auch in der Beweislast konnten sich Differenzen ergeben⁸⁰⁹.

Zwar war dogmatisch der Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten unstrittig: Nur die Bürgschaft war akzessorisch, der Schuldbeitritt eigenständige Gesamtschuld. Hieraus folgte auch der unterschiedliche Durchgriff auf bestehende Einreden des Hauptschuldners (§§ 425 I vs. 768 I 1)⁸¹⁰. In praxi war die Abgrenzung aber schwierig. Die Frage stieß daher bald auf erhebliches Interesse⁸¹¹. Die verbreitete systematische Einordnung von Schuldbeitritt und Bürgschaft unter die Interzession legte eine weitgehende rechtliche Gleichbehandlung beider Institute nahe⁸¹². 1902 versuchte der VI. Senat des RG⁸¹³, auf diesem Wege das Problem zu beenden. Er meinte, wegen »größter Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft« sei es erforderlich, auch den Schuldbeitritt der Formpflicht des § 766 zu unterwerfen, da sonst »die Umgehung der Vorschrift die leichteste Sache von der Welt« sei⁸¹⁴. Dieses Urteil stieß in der Literatur⁸¹⁵ und sogar bei Untergerichten⁸¹⁶ weitgehend auf Ab-

⁸⁰⁹ Vgl. *Martin Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt. Versuch einer Deutung eines Strukturbegriffs durch Unterscheidung von drei Fallgruppen, 1994, 116 ff.

⁸¹⁰ Vgl. etwa *Cosack*, Lehrbuch (Fn. 808) 732.

⁸¹¹ *Hans Brattig*, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft, Diss. Leipzig 1907; *Rudolf Wolf*, Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft, Diss. Würzburg 1908; *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207); *Reichel*, Schuldmitübernahme (Fn. 208); *ders.*, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, AcP 104 (1909) 1, 1 ff.; *ders.*, Formstrenge Bürgschaft und formfreie Schuldmitübernahme, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 6 (1910) 125, 125 ff.; *ders.*, Bürgschaft oder Schuldmitübernahme, Gruchot 61 (1917) 548, 548 ff.

⁸¹² Deutlich in diesem Sinne noch *Alfred Manigk*, Schuldübernahme, in: F. Stier-Somlo (Hg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. V, 1928, 370, 372; zutreffende Einschätzung der Entwicklung insofern bei *Knut Wolfgang Nörr/Robert Scheying/Wolfgang Pöggeler*, Sukzessionen. Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 1999, § 29 II. 1.

⁸¹³ Nachzeichnung dieser Rspr. bei *Schlicht*, Kumulative Schuldübernahme (Fn. 110) 77 ff.

⁸¹⁴ RGZ (v. 20. 3. 1902 – VI 409/01) 51, 121 ff.

⁸¹⁵ *Hermann Staub*, DJZ 1903, 18, 19; *Hellbach*, Die sogenannte kumulative Schuldübernahme, Das Recht 1903, 335, 335; *Albert David*, Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder als ein Schenkungsversprechen angesehen werden?, Das Recht 1903, 356, 356; *Eduard Silbermann*, Ist zur Gültigkeit der sogenannten kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich?, SeuffBl 68 (1903) 365, 365 f.; *Eugen Josef*, Bedarf die sog. »kumulative Schuldübernahme« der Schriftform?, DJZ 1903, 422, 422; *Enneccerus/Lehmann*, Lehrbuch I (Fn. 808) 783 (§ 308 III 2 b); *Cosack*, Lehrbuch (Fn. 808) 740 (§ 222); *Heinrich Dernburg*, Bürgerliches Recht Bd. II 1, 4. Aufl. 1909, 431 ff. (§ 156) Anm. 4 u. Bd. II 2, 4. Aufl. 1915, 419 (§ 285) Anm. 12; *Oertmann*, Schuldverhältnisse II 1 (Fn. 755) 470 (Vorbem. zu § 414 Anm. 6 a); *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207) 553; *Reichel*, Schuldmitübernahme (Fn. 208) 201; für das RG dagegen etwa *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch II 1 (Fn. 808) 596 (Vorbem. zu Abschnitt V Anm. 2 a ß); *Josef Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1, 1906, 424 (§ 157 I 2).

⁸¹⁶ OLG Köln (v. 19. 2. 1903) Puchelts Zeitschrift für französisches Zivilrecht 35, 466; LG Halle (v. 9. 10. 1902) Naumburger Anwaltszeitung 1903, 88; *Birkenbihl*, Bedarf die sogenannte kumula-

lehnung. Vorgeschlagen wurde vielmehr, jede formnichtige Bürgschaft in einen formfreien Schuldbeitritt gemäß § 140 umzudeuten⁸¹⁷. 1904 beugte sich der VI. Senat des RG und erkannte an, daß es Fälle geben könne, in denen formfrei ein zweiter Gesamtschuldner hinzutrete⁸¹⁸. 1905 wurde erstmals ein formfreier Schuldbeitritt angenommen⁸¹⁹. Dogmatisch versuchte der VI. Senat dabei zunächst, das Abgrenzungsproblem dadurch zu entschärfen, daß er die Bürgschaft zur Regel und den Schuldbeitritt zur seltenen Ausnahme erklärte⁸²⁰. Präziser meinte der zweite Senat 1906, der Schuldner müsse für den Schuldbeitritt eine eigene Verbindlichkeit übernehmen wollen. Dies könne daraus gefolgert werden, daß der Dritte »ausschließlich oder überwiegend aus eigenem Interesse« eingetreten sei⁸²¹. Dies wurde als nicht besonders trennscharf empfunden und so klagte 1910 *Friedrich Endemann*: »der Verkehr wird künftig nur noch die kumulative Schuldübernahme oder sonstige Interzessionen kennen, für die das RG leider die Formfreiheit proklamiert hat«⁸²². Im Versuch, nicht die »Mitübernahme zu dem Hanfe zu machen, aus dem wir § 766 einen Strick drehen«⁸²³, entwickelte die Judikatur die sog. *Interessentheorie* mit einem Bündel von Indizien. So müßten die wirtschaftlichen Vorteile des Hauptvertrages dem Beitretenden ganz oder überwiegend unmittelbar zugute kommen⁸²⁴, rein persönliches, familiäres Interesse sei dafür nicht ausreichend⁸²⁵. Die Übernahme der Haftung für einen Forderungsausfall sei Ausfallbürgschaft, nicht Schuldbeitritt⁸²⁶. Sei ein materielles Eigeninteresse nicht nachweisbar, so sei im Zweifel eine Bürgschaft anzunehmen⁸²⁷.

In der Literatur fand dies überwiegend Zustimmung. Auch hier neigte man zur Aufstellung von Indizien für ein Eigeninteresse des Beitretenden⁸²⁸. Auch andere Abgrenzungskriterien wurden jedoch vorgeschlagen. *Wiensteins Wortlauttheorie*⁸²⁹ stellte auf den Wortlaut ab und unterschied Ausdrücke wie »einstehen«, »auf-

tive Schuldübernahme der Schriftform?, Das Recht 1903, 286, 286 ff. (mit Hinweis auf unveröffentlichte Urteile des OLG Frankfurt).

⁸¹⁷ So der Bericht von *Reichel*, Formstrenge Bürgschaft (Fn. 811) 126 (allerdings ohne Nachweis).

⁸¹⁸ RGZ (v. 14. 11. 1904 – VI 12/04) 59, 232.

⁸¹⁹ RG (v. 30. 1. 1905 – IV 438/04 [unveröffentlicht]), hierzu *Schlicht*, Kumulative Schuldübernahme (Fn. 110) 79.

⁸²⁰ Ebenso noch RG (v. 19. 2. 1906 – VI 214/215/05) W. Schubert, H.P. Glöckner (Hg.), Nachschlagewerk des Reichsgerichts. Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. V 2 (§§ 320–432), 1997, § 414 Nr. 5.

⁸²¹ RGZ (v. 23. 11. 1906 – II 200/06) 64, 318.

⁸²² *Endemann*, Der zehnte Jahrestag des neuen bürgerlichen Rechts, DJZ 15 (1910) 18, 22.

⁸²³ *Reichel*, Formstrenge Bürgschaft (Fn. 811) 127.

⁸²⁴ RGZ (v. 3. 5. 1909 – VI 250/08) 71, 113 (118).

⁸²⁵ RGZ (v. 28. 9. 1917 – III 150/17) 90, 415 (418).

⁸²⁶ OLG Hamburg (v. 12. 01. 1934 – Bf.W 609/33) *Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitung* 1934 B, 207f.

⁸²⁷ RGZ (v. 3. 5. 1909 – VI 250/08) 71, 113 (118); (v. 28. 9. 1917 – III 150/17) 90, 415 (417).

⁸²⁸ So etwa *Reichel*, Schuldmitübernahme (Fn. 208) 251ff., 185ff.; *ders.*, Bürgschaft oder Schuldmitübernahme (Fn. 811) 548ff.

⁸²⁹ *Wienstein*, Das Erfüllungsversprechen, Gruchot 53 (1909) 555, 559ff.; ähnlich *Fritz Götz*, Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme, 1914, 43; dagegen wurde darauf verwiesen, daß die

kommen« (Bürgschaft) und »erfüllen«, »zahlen« (Schuldbeitritt). Wolf fragte nach den Erwartungen der Vertragsparteien bei Vertragsschluß: Bürgschaft sei anzunehmen, wenn der Eintretende bei Vertragsschluß angenommen oder zumindest gehofft habe, nicht zahlen zu müssen, Schuldübernahme bei sicherer Kenntnis der Einstandspflicht⁸³⁰. *Westerkamp* unterschied danach, ob Vertrauen in die Leistungsfähigkeit des Hauptschuldners vorliege (Bürgschaft) oder nicht (Schuldbeitritt)⁸³¹. Mit der Lehre von *Schuld und Haftung* wurde zwischen bloßer Haftung (Bürgschaft) und Schuld (Schuldbeitritt) unterschieden⁸³². Von der Rechtsfolge her argumentierte die *Rückgriffstheorie*: Der Bürge wolle bei Zahlung Übergang der Forderung auf sich selbst (§ 774), der Beitretende nicht⁸³³. Die *Minimaltheorie* nahm an, daß im Zweifel die geringere Belastung vom Interzedenten gewollt sei. Diese wurde freilich teilweise in der Bürgschaft⁸³⁴, teilweise im Schuldbeitritt erblickt⁸³⁵.

In den dreißiger Jahren belebte sich die Debatte erneut⁸³⁶. *Hubernagel* unterschied mit Blick auf die Warnfunktion der Schriftform zwischen »virtueller« Haftung, bei der die berechtigte Hoffnung auf Nichtzahlung für Bürgschaft spreche und »aktueller«, also sicher eintretender Haftung beim Schuldbeitritt⁸³⁷. *Münzel*, OLG Rat in Kassel, forderte hiergegen eine allgemeine Formpflicht, da die Versuche, die Formpflicht zu umgehen, dem »Individualismus der hinter uns liegenden Zeit« entsprächen. Dem nun vorherrschenden »Überwiegen des Gesamtwohles« entspräche der Ausbau des »erzieherischen Zweck[s] der Formvorschrift«⁸³⁸. Dieser rechtspolitische Vorstoß blieb in diesem Zusammenhang aber wohl Einzelfall⁸³⁹.

Differenzierung zwischen beiden Rechtsinstituten dem Rechtsverkehr weitgehend unbekannt sei, vgl. *Walter Bindhardt*, Die Auslegung von Willenserklärungen, mit denen Bürgschaft oder Schuldbeitritt gemeint sein kann, 1932, 41 ff.; *Oskar Henrich*, Ein Beitrag zur Dogmatik und Abgrenzung schuldrechtlicher Sicherungstatbestände insbesondere von Bürgschaft und Schuldbeitritt, Diss. Jena 1940, 37; *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207) 308.

⁸³⁰ *Rudolf Wolf*, Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft? Unter Berücksichtigung der Schriftform, 1908, 91.

⁸³¹ *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207) 101.

⁸³² *Rudolf Mark*, Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme, JW 1915, 311, 311; *Isay*, JbJb 48 (1904) 198; v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht III (Fn. 523) 13 ff.; OLG Hamburg (v. 24. 2. 1927 – II 649/26) *Hanseatische Gerichtszeitung* 1927, 84.

⁸³³ *Heinrich Siber*, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, 238; *Lippmann*, Bürgschaft (Fn. 760) 329; gegen die Unterscheidung spricht offenbar die Rückgriffsmöglichkeit des § 426.

⁸³⁴ *Erwin Riezler*, Rez. von *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, ZHR 68 (1910) 275, 278.

⁸³⁵ *Westerkamp*, Bürgschaft und Schuldbeitritt (Fn. 207) 294; *Rudolf Stamm*, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897, 207.

⁸³⁶ *Rudolf Bauer-Mengelberg*, Bürgschaft, Schuldübernahme und Garantievertrag, 1930; *Bindhardt*, Die Auslegung von Willenserklärungen (Fn. 704); *Gerhard Hubernagel*, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt, DGWR 1936, 409, 409 ff.; *Münzel*, Die Abgrenzung von Bürgschaft und Schuldbeitritt, DGWR 1937, 94, 94 ff.; *Günther Weigel*, Der Schuldbeitritt, 1941.

⁸³⁷ *Hubernagel*, Abgrenzung (Fn. 836) 410 ff.

⁸³⁸ *Münzel*, DGWR 1937, 96; zu den Formdebatten während des Nationalsozialismus vgl. die zentrale Schrift von *Karl Heldrich*, Die Form des Vertrages, AcP 147 (1941) 89, 89 ff. (Form u. a. mit staatlicher Kontrollfunktion); knapp hierzu *HKK/Meyer-Pritzel*, §§ 125–129 Rn. 27.

⁸³⁹ Keine nationalsozialistischen Tendenzen finden sich in *Weigel*, Schuldbeitritt (Fn. 836); zur unklaren Diskussionslage in der Akademie für Deutsches Recht o. Fn. 244.

- 131 Die Rechtsprechung hielt demgegenüber auch nach 1945 grundsätzlich an der **Interessentheorie** fest⁸⁴⁰. Stärker als das Reichsgericht hat der BGH der objektiven Interessenbestimmung jedoch die **Auslegung** der Willenserklärungen vorgeschaltet⁸⁴¹. So wurde gefragt, ob mit der Zahlungszusage eine selbständige oder angelehnte Schuld begründet werden sollte⁸⁴². Nur bei verbleibenden Zweifeln wird auf die Interessenbestimmung zurückgegriffen⁸⁴³. Der Wertungsspielraum der Judikatur ist damit freilich keineswegs geringer geworden.

b) Bürgschaft und Garantie

- 132 Bereits im gemeinen Recht hatten sich Abgrenzungsprobleme zwischen Bürgschaft und (sonstiger) Garantie gestellt. Einigkeit bestand, daß das Merkmal der Akzessorietät beide Rechtsinstitute voneinander trenne⁸⁴⁴. Übergangsphänomene stellten sich freilich in großer Zahl. So wurde diskutiert, wie eine Verbürgung für eine **ungültige Forderung**, in Erwartung des **Wegfalls der Hauptforderung** oder unter **härteren Bedingungen** als der Hauptschuldner wirksam sei⁸⁴⁵. Eipe derartige Vereinbarung war nach einhelliger Ansicht im 19. Jahrhundert nicht nichtig, fraglich war jedoch, ob es eine Bürgschaft oder eine Garantie sei⁸⁴⁶. Dies hatte zwar keine Fragen der **Formbedürftigkeit** zur Folge, da beide Geschäfte zumeist formlos wirksam waren⁸⁴⁷, doch gab etwa die Frage des Regreßrechts des Interzedenten dem Problem eine praktische Dimension. Nachdem die Bürgschaft der Formpflicht unterworfen worden war⁸⁴⁸, verschärfte sich das Abgrenzungsproblem, als der VI. Senat des Reichsgerichts 1905 eine analoge Anwendung von § 766 auf den Garantievertrag ablehnte⁸⁴⁹. Auch Erwägungen in der Literatur, über § 780 den Garantievertrag der Schriftform zu unterwerfen⁸⁵⁰, setzten sich nicht durch.

⁸⁴⁰ BGH (v. 25. 9. 1980 – VII 301/79) NJW 1981, 47, 47.

⁸⁴¹ BGH (v. 28. 3. 1962 – VIII 250/61) MDR 1962, 567; BGH (v. 25. 9. 1968 – VIII 164/66) NJW 1968, 2332, 2332.

⁸⁴² BGH (v. 19. 9. 1985 – VII 338/84) NJW 1986, 580, 580; OLG Hamm (v. 15. 1. 1988 – 20 U 195/87) NJW 1988, 3022, 3022.

⁸⁴³ Vgl. etwa BGH (v. 19. 9. 1985 – VII 338/84) NJW 1986, 580, 580.

⁸⁴⁴ Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 412 2.; Dernburg, Bürgerliches Recht II 1 (Fn. 808) 362 (§ 292).

⁸⁴⁵ Vgl. bereits o. Rn. 34 sowie Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 477 Fn. 10, 22. Dies war hochumstritten, insofern, auch mit Blick auf die Interpretation Stammers, mißverständlich Hadding, Bürgschaft und Garantie (Fn. 145) 685.

⁸⁴⁶ Arndts, Pandekten (Fn. 144) § 352; Georg Bruns, in: F. v. Holtzendorff (Hg.), Encyclopädie der Rechtswissenschaft in systematischer und alphabetischer Bearbeitung, Bd. I, 3. Aufl. 1877, 432; Hasenbalg, Bürgschaft (Fn. 140) 99ff., 117ff.; Windscheid/Kipp, Pandekten (Fn. 82) § 477 Fn. 10.

⁸⁴⁷ Vgl. näher unten Rn. 137.

⁸⁴⁸ Hierzu im einzelnen o. Rn. 37.

⁸⁴⁹ RGZ (v. 29. 6. 1905 – VI 531/04) 61, 157.

⁸⁵⁰ Hierzu Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Privatrecht einen besonders gearteten Garantievertrag, ArchBürgR 31 (1908) 10, 10f.; Max Rümelin, Rez. Klingmüller, Das Schuldverprechen und Schuldanerkenntnis, KritVj 47 (1907) 105, 105ff.

Grundlegend für die späteren Abgrenzungsversuche wurde eine Abhandlung **Rudolf Stammers** aus dem Jahr 1886. *Stammer* nahm einen Garantievertrag an, wenn »Jemand einer auf Vermögenserwerb gerichteten Unternehmung eines Anderen dadurch Unterstützung und Förderung angedeihen läßt, daß er unentgeltlich das Risiko, das mit derselben verbunden ist, ganz oder in bestimmter Begrenzung vertragsmäßig übernimmt«⁸⁵¹. Das heute schwer verständliche Erfordernis der Unentgeltlichkeit rückte das primäre Eigeninteresse des Garanten, den Versprechensempfänger zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen (Animation), in den Vordergrund, wobei *Stammer* offenbar staatliche Garantien im Eisenbahnbau besonders im Blick hatte⁸⁵². In der Literatur setzte sich Unentgeltlichkeit als Abgrenzungsmerkmal nicht durch⁸⁵³, wobei besonders die Praxisferne dieser Vorstellung einer generellen Unentgeltlichkeit gerügt wurde⁸⁵⁴. Anerkennung fand lediglich der dahinter stehende Gedanke einer Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Garantie⁸⁵⁵.

Die Ermittlung eines auf akzessorische oder losgelöste Einstandspflicht gerichteten **Parteiwillens** wurde früh als problematisch herausgestellt⁸⁵⁶. *Oertmann* fragte: »Aber wann ist dem so?«⁸⁵⁷. *Stammer* hatte den »Zweck des Garantievertrages« betont und dabei besonders auf das eigene »Interesse« des Garanten an der Unternehmung des Versprechensempfängers abgestellt⁸⁵⁸. Die Judikatur⁸⁵⁹ schloß sich dem zunächst an und forderte ein **eigenes wirtschaftliches Interesse** des Garanten an der Erfüllung des Hauptvertrages⁸⁶⁰. Nach Vorläufern in den dreißiger Jahren⁸⁶¹, ließ die Rechtsprechung nach 1945 dieses Kriterium aber wieder fallen, da die gewerbliche Bürgschaftsgewährung der Bankenpraxis gleichermaßen ein wirtschaftliches Eigeninteresse beinhaltet⁸⁶².

⁸⁵¹ *Stammer*, Der Garantievertrag (Fn. 150) 1.

⁸⁵² *Stammer*, Der Garantievertrag (Fn. 150) 50ff. Zum Eisenbahnbau ebd., 84ff.; dazu auch *Joseph Unger*, Handeln auf fremde Gefahr, JbJb 33 (1894) 301, 301.

⁸⁵³ Vgl. etwa *Wienstein*, ArchBürgR 31 (1908) 5ff.; *Konrad Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1895, 550; *Dernburg*, Schuldverhältnisse II (Fn. 85) 411.

⁸⁵⁴ *Johann Alfred Meyer*, Die Dividenden- und Zinsgarantien bei Aktiengesellschaften, 1915, 7; *Edwin Guggenheim*, Der Garantievertrag, 1917, 16.

⁸⁵⁵ Vgl. *Hadding*, Bürgschaft und Garantie (Fn. 145) 685.

⁸⁵⁶ *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch, 1./2. Aufl. 1900, Vorbem. III zu §§ 765ff.; *Oertmann*, Schuldverhältnisse II (Fn. 755) 1222.

⁸⁵⁷ *Oertmann*, Schuldverhältnisse II (Fn. 755) 1222.

⁸⁵⁸ *Stammer*, Der Garantievertrag (Fn. 150).

⁸⁵⁹ Überblick bei: *Ernst Rieck*, Die Bürgschaft in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Köln 1933, 61ff.; *Wolfgang Dudenhausen*, Bürgschaft und Garantievertrag unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis, 1936, 20ff.

⁸⁶⁰ RG (v. 13. 4. 1916 – VI 54/16) JW 1916, 905; RGZ (v. 28. 9. 1917 – III 150/17) 90, 415 (418).

⁸⁶¹ OLG Hamburg (v. 12. 1. 1934 – IV 609/33) JW 1934, 1924f. unter Hinweis auf eine abweichende Verkehrsanschauung.

⁸⁶² BGH BB 1964, 193; hierzu: *Clemens Pleyer*, Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM Sonderbeilage 1973/2, 7f.; *Beat Klemer*, Bankgarantie. Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantieggeschäfts, 3. Aufl. Zürich 1973, 60ff.; *Staub/Canaris*, Bankvertragsrecht, HGB, Bd. V, 4. Aufl. 2005, 1124, 1124.

Auch andere Abgrenzungsversuche setzten sich nicht durch. Dies gilt für *Oertmanns* Vorschlag zwischen persönlicher Garantie für die Person des Schuldners (Bürgschaft) und sachlicher Garantie für den Ausfall des Gläubigers (Garantie) zu unterscheiden⁸⁶³ oder den Vorschlag von *Boetius*, danach zu differenzieren, ob der Vertrag gläubiger- (Bürgschaft) oder schuldnerbezogen (Garantie) sei⁸⁶⁴.

- 135 Damit blieb die Akzessorietät entscheidendes Abgrenzungskriterium⁸⁶⁵. Stärker als das Reichsgericht⁸⁶⁶ und die ältere Literatur⁸⁶⁷ gab der BGH vor allem mit Blick auf eine sich festigende Bankenpraxis daneben dem Wortlaut der Vereinbarung indizielles Gewicht⁸⁶⁸. Zudem hielt sich »im Hinblick auf § 766 BGB«⁸⁶⁹ im Zweifel die Vermutung für eine Bürgschaft⁸⁷⁰. Insgesamt gilt weiterhin: »Die Auslegungskriterien sind unsicher«⁸⁷¹.

3. Klauselkontrolle

- 136 Ganz einhellig gingen Literatur und Rechtsprechung im 20. Jahrhundert davon aus, daß § 774 I 1 nicht zwingender Natur, mithin vertraglich ausgeschlossen oder eingeschränkt werden könne⁸⁷². Die Bankpraxis neigte seit 1900 zunehmend dazu, insgesamt die »§§ 767 ff. BGB in den meisten und wirtschaftlich gewichtigen Fällen praktisch beiseite zu schieben«⁸⁷³. Da dies zumeist durch Vertragsformulare geschah, stellte sich mit der Intensivierung der AGB-Kontrolle die Frage der Zulässigkeit formularmäßiger Abbedingungen im Lichte von § 242. Die Rechtsprechung ließ Abbedingungen von § 774 in Bürgschaftsformularen grundsätzlich **unbeanstandet**⁸⁷⁴. Diskussion fand die verbreitete Klausel, derzufolge der Forderungsübergang hinaus-

⁸⁶³ *Oertmann*, Schuldverhältnisse II (Fn. 755) 1222.

⁸⁶⁴ *Jan Boetius*, Der Garantievertrag, Diss. München 1966, 36 ff.; ähnlich *Kübler*, Feststellung und Garantie, 1967, 177.

⁸⁶⁵ Vgl. die Zusammenstellungen bei *Hadding*, Bürgschaft und Garantie (Fn. 145) 702 ff.; *Staub/Canaris*, Bankvertragsrecht (Fn. 862) 1124; weitere Auslegungskriterien bei *Helmut Koziol*, Der Garantievertrag, Wien 1981, 10 ff.

⁸⁶⁶ Auch hier spielte der Wortlaut als Auslegungsargument natürlich eine Rolle, vgl. RGZ (v. 28. 9. 1917 – III 150/17) 90, 415, 417.

⁸⁶⁷ Vgl. etwa *Wienstein*, Garantievertrag (Fn. 850) 18, der anders als beim Schuldbeitritt für die Garantie dem Wortlautargument keine große Bedeutung zusprach.

⁸⁶⁸ BGH (v. 28. 10. 1954 – IV 122/54) WM 1955, 265 f.; BGH (v. 5. 3. 1975 – VII 202/73) WM 1975, 348 (349).

⁸⁶⁹ BGH (v. 8. 3. 1967 – VIII 285/64) WM 1967, 341, 342.

⁸⁷⁰ So BGH (v. 19. 9. 1985 – VII 338/34) WM 1985, 1417, 1418 ähnlich bereits RGZ (v. 28. 9. 1917 – III 150/17) 90, 415, 417.

⁸⁷¹ *Norbert Horn*, Bürgschaften und Garantien, 8. Aufl. 2001, Rn. 21; ebenso *Dietrich Reinicke/Klaus Tiedke*, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 619.

⁸⁷² RG (v. 2. 7. 1917 – VI 151/17) LZ 1918, 206; RGZ 148, 65; *Dernburg*, Bürgerliches Recht (Fn. 1) § 289 Anm. 3; *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch II 2 (Fn. 808) 4. Aufl. 1928, 1453 (§ 774 2 e); *Soergel/Mühl*, § 774, Rn. 1; *Staudinger/Horn*, § 774 Rn. 24.

⁸⁷³ *Hadding* (Fn. 145) 674.

⁸⁷⁴ BGHZ (v. 30. 10. 1984 – IX 92/83) 92, 374 ff., 382 (Globalbürgschaft).

geschoben wird, bis die Bank »wegen ihrer sämtlichen Ansprüche [sc. gegen den Hauptschuldner] vollständig befriedigt ist«. Schon das RG⁸⁷⁵ und ihm nachfolgend der BGH⁸⁷⁶ ließen diese Klausel unbeanstandet. Da dadurch der Forderungsübergang auch an die Erfüllung nicht verbürgter Forderungen gebunden wurde, erntete dies nach der Einführung von § 9 III 2 AGBG (heute § 307 II 2) Kritik, weil der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung mit dieser Klausel unvereinbar sei⁸⁷⁷. Für den Fall, daß der Gläubiger zu erkennen gibt, daß er sich aus der Bürgschaftssumme befriedigt hat, geht inzwischen auch die Rechtsprechung von einem Forderungsübergang trotz besagter Klausel aus⁸⁷⁸.

4. § 766 und Billigkeit

Die Formvorschrift des § 766 S. 1 führte zu einer Verschiebung der Abgrenzungsprobleme vom abstrakten Schuldversprechen und Schenkungsversprechen hin zu Schuldbeitritt und Garantievertrag⁸⁷⁹. In der Praxis dominierte im 20. Jahrhundert daher der Versuch, die formbedürftige Bürgschaft insbesondere durch Garantien zu umgehen⁸⁸⁰. Forderungen, das Problem dadurch zu beseitigen, daß man funktionale Äquivalente ebenfalls der Formpflicht zu unterwerfen habe, konnten sich nicht durchsetzen. Dies wurde bereits gezeigt⁸⁸¹. Die praktische Bedeutung der Formvorschrift blieb damit groß⁸⁸², aber eher wegen der mannigfachen Umgehung, als wegen eines effektiven Bürgenschutzes⁸⁸³.

Die Ansicht, wegen dieser Abgrenzungsprobleme die Formpflicht der Bürgschaft lieber auch fallenzulassen, wurde auch *de lege ferenda* nach 1900 gleichwohl nicht vertreten. *Reichels* grundsätzliche Bedenken gegen die Formzwecke des § 766 blieben Einzelfall⁸⁸⁴. Die 1939 von *Karl Heldrich* in der Akademie für Deutsches Recht gemachten Vorschläge, die Formvorschriften einem generellen Gemeinschaftsvorrang zu unterwerfen, wurden nicht konkret auf § 766 bezogen⁸⁸⁵. Rechtspolitisch gilt

⁸⁷⁵ RG (v. 2. 7. 1917 – VI 151/17) Nachschlagewerk des Reichsgerichts, Bd. VI 2: §§ 611–811, § 774 Nr. 29.

⁸⁷⁶ BGH (v. 17.12.59 – VII 194/58) WM 1960, 371 ff.; OLG Celle (v. 2. 10. 1980) ZIP 1980, 1077 f.

⁸⁷⁷ *Brandner*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hg.), AGB-Gesetz: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4. Aufl. 1982, Anh. §§ 9–11 Rn. 261; *Norbert Horn*, Anmerkung zum BGH Urteil vom 30. 10. 1984 (IX 92/83) EWIR 1985, 85, 86; *Staudinger/Horn*, § 774 Rn. 24.

⁸⁷⁸ BGHZ (v. 13. 6. 1981 – II 256/79) 81, 252.

⁸⁷⁹ Vgl. o. Rn. 38.

⁸⁸⁰ Vgl. Rn. 134.

⁸⁸¹ Vgl. Rn. 38.

⁸⁸² *Josef Esser/Hans-Leo Weyers*, Bd. II 1: Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. 1999, § 40 II 1.

⁸⁸³ Zutreffend insofern *Ludwig Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, 213.

⁸⁸⁴ *Reichel*, Schuldmitübernahme (Fn. 208) 211 ff.

⁸⁸⁵ *Karl Heldrich*, Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referats, AcP 147 (1941) 89, 89 ff., 92 f.: Überwachung im Sinne des Gemeinschaftsinteresses

die Vorschrift noch immer als geglückt⁸⁸⁶, was gesetzgeberisch zuletzt durch den Ausschluß der elektronischen Form (§ 766 S. 2 n.F. entgegen § 126 III), um der Warnfunktion der Form der Bürgschaftserklärung genüge zu tun, unterstrichen wurde⁸⁸⁷.

Freilich wurde diese Einigkeit im Grundsatz flankiert von der allgemeinen Tendenz im 20. Jahrhundert, die Formvorschriften für allerlei **Billigkeitserwägungen** zu öffnen⁸⁸⁸. Zwar konnte sich eine analoge Ausdehnung der Heilungsmöglichkeit des § 766 S. 2 a. F. nicht durchsetzen⁸⁸⁹, doch wurde seit den 1930er Jahren zunehmend § 242 für Einschränkungen genutzt. 1938 wendete das Reichsgericht erstmals **Sieberts** Lehre von der Unzulässigkeit der Rechtsausübung⁸⁹⁰ an, um eine formnichtige Bürgschaft als wirksam zu behandeln, da das Lossagen der Partei vom Vertrag »mit dem bisher von der Partei beobachteten Verhalten nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar ist und daher gegen Treu und Glauben verstoßen würde«⁸⁹¹. Für Fälle, in denen der durch die Formnichtigkeit Begünstigte bereits Vorteile erlangt hatte, wurden nach 1945 eine Vertrauenshaftung⁸⁹², die ausdehnende Anwendung von § 350 HGB⁸⁹³ und eine teleologische Reduktion des § 766⁸⁹⁴ vertreten.

139 Früh bereits wurde das Praxisproblem der **Blankobürgschaft** in der Rechtsprechung sichtbar. Bereits 1904 erklärte das Reichsgericht eine unterschriebene Urkunde, die den Namen des Gläubigers noch nicht enthielt, für ausreichend⁸⁹⁵. Die spätere Rechtsprechung hat sogar den Extremfall einer Unterschrift auf leerem Blatt für ausreichend gehalten⁸⁹⁶. Kontrovers diskutiert wurde die Frage, ob die abredewidrige Ausfüllung des Blanketts zur Anfechtung berechtigen sollte. Hier neigte die ältere Ansicht⁸⁹⁷ dazu, eine solche Anfechtung als Erklärungsirrtum zuzulassen. Demgegenüber setzte sich inzwischen **Canaris** mit seinem Vorschlag durch, hier eine Anfechtung auszuschließen und den Bürgen analog §§ 172 f. an der Bürgschaft festzuhalten⁸⁹⁸.

u. Erschwerung des Vertragsschlusses im Interesse der Gemeinschaft; zu den Bürgschaftsberatungen in der Akademie unten Rn. 140.

⁸⁸⁶ *Hadding*, Bürgschaft und Garantie (Fn. 145) 677.

⁸⁸⁷ Eingefügt durch das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13. 7. 2001, BGBl. I S. 1542.

⁸⁸⁸ Hierzu *HKK/Meyer-Pritzl*, §§ 125–129 Rn. 33 ff.

⁸⁸⁹ Vgl. *HKK/Meyer-Pritzl*, §§ 125–129 Rn. 30 ff.

⁸⁹⁰ Hierzu *HKK/DuVe/Haferkamp*, § 242 Rn. 76.

⁸⁹¹ RG (v. 22. 1. 1936 – VI 226/37) ZAkDR 1938, 853 f. (= JW 1938, 1023).

⁸⁹² *Claus-Wilhelm Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, 309 ff.

⁸⁹³ *Karsten Schmidt*, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden Gesellschafters. Stellungnahme zu BGH (v. 12. 5. 1986 – II 225/85) ZIP 1986, 1510 ff.

⁸⁹⁴ *Peter Bydliński*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts- und Wertpapierrecht, Wien 1991, 24 ff.

⁸⁹⁵ RGZ (v. 18. 2. 1904 – VI 172/03) 57, 66.

⁸⁹⁶ OLG Düsseldorf (v. 29. 10. 1976 – 16 U 63/76) MDR 1977, 754.

⁸⁹⁷ Vgl. *Staudinger/Brändl*, 10/11. Aufl., § 766 Rn. 8; *Planck/Planck*, Kommentar II 2 (Fn. 808) 1419 (§ 766 2 b β) m. w. N.

⁸⁹⁸ *Canaris*, Vertrauenshaftung (Fn. 892) 54 ff.; *Staudinger/Horn*, § 766 Rn. 46.

5. »Auflockerung der Akzessorietät«

140 1941 sah *Eugen Ulmer* in seinem Akademie-Vortrag die »Auflockerung der Akzessorietät« als ein zentrales Petikum der künftigen Bürgschaftsrechtsgestaltung⁸⁹⁹. Die Frage war 1936 an politisch heiklen Fällen erörtert worden, die durch die zwangsweise und liquidationslose Auflösung und Enteignung politisch unliebsamer Vereinigungen entstanden waren. Dabei stellte sich die Frage, ob mit der Auflösung dieser Vereine, also mit Wegfall des Hauptschuldners, auch die für dessen Schulden bestellten Bürgschaften erlöschen sollten⁹⁰⁰. Heikel war daran die Rechtsfolge des § 774, da damit die Haftung des staatlichen Vermögensübernehmers für die auf den zahlenden Bürgen übergegangene Hauptschuld im Raum stand. Da der Staat nur die Aktiva übernahm, war dies der einzig denkbare Fall einer staatlichen Haftung für Altschulden. Das Reichsgericht sah 1935 infolge ihrer Akzessorietät die Bürgschaft mit Wegfall des Hauptschuldners als erloschen an⁹⁰¹. Der Berliner Rechtsanwalt *Wilhelm Schütz* hielt dieser »strengen (ich möchte den Ausdruck vermeiden: formalen)« Rechtsauffassung das »Rechtsgefühl des Volkes« entgegen⁹⁰² und sah darin eine unangemessene Bestrafung der Gläubiger, denen die Förderung staatsfeindlicher Zwecke meist gleichermaßen unbekannt gewesen sei, wie dem Bürgen, den man nun zu Unrecht bevorteile⁹⁰³.

Die hier deutlich werdende Tendenz, die Akzessorietät für Billigkeitswertungen zu öffnen, zeigte sich bald auch in der Rechtsprechung. Vorläufer hatten sich bereits in Weimar gezeigt, als die Rechtsprechung, getreu ihrer sonstigen Linie, die Bürgenhaftung an eine aufgewertete Hauptforderung anpaßte⁹⁰⁴. 1940 ließ das Reichsgericht einen Bürgen für eine erloschene Unterhaltspflicht weiter haften, weil dies dem Sinn des fraglichen Vertrages entspreche und »weil anders nicht zum richtigen Recht zu gelangen ist«⁹⁰⁵. Nach 1945 ließ der BGH zudem eine teilweise **Abdingbarkeit** der Akzessorietät ohne Verlust des Bürgschaftscharakters zu. 1936 hatte das RG zuletzt

⁸⁹⁹ Vgl. *Werner Schubert* (Hg.), Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988, 157. Der Inhalt des von Furler im Ausschuß für Geld- u. Sicherungsgeschäfte vor der Akademie für Deutsches Recht gehaltenen Referates ist nicht bekannt; vgl. *Werner Schubert/Werner Schmid/Jürgen Regge* (Hg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, 1993, XXX.

⁹⁰⁰ Vgl. neben der sogleich genannten Entscheidung des RG OLG München, JW 1936, 2007; KG JW 1936, 2342; aus der Lit.: *Theodor Süß*, Schulden ohne Schuldner und Bürgschaft für haftungsfreie Schulden, ZAkDR 1937, 335, 335 ff.

⁹⁰¹ RG (vom 20. 5. 1935 – VI 43/35) JW 1935, 2665 (= RGZ 148, 65); RGZ (v. 8. 2. 1937 – VI 291/26) 153, 338 f.

⁹⁰² *Wilhelm Schütz*, Zum Bürgschaftsrecht, ZAkDR 1938, 156, 156.

⁹⁰³ Der Gesetzgeber gab diesem Druck nach u. gewährte ab 1937 den Gläubigern eine Staatshaftung in Höhe des übernommenen Vermögens, vgl. Gesetz über die Gewährung von Entschädigungen bei der Einziehung und dem Übergang von Vermögen vom 9. 12. 1937, RGBl. I, S. 1333; hierzu *Süß*, ZAkDR 1937, 335 ff.

⁹⁰⁴ RGZ (v. 3. 5. 1926 – IV 673/25) 113, 318, 320; (v. 5. 11. 1931 – VIII 227/31) 134, 126, 129 f.; (v. 20. 5. 1935 – VI 43/35) 148, 65, 67; (v. 8. 2. 1937 – VI 291/36) 153, 338, 343; (v. 14. 3. 1940 – IV 260/39) 163, 91, 99.

⁹⁰⁵ RGZ (v. 14. 3. 1940 – IV 260/39) 91 ff., 99.

in der traditionell gemeinrechtlichen Lösung eine Abweichung von der Akzessorität für einzelne Hauptforderungen dem Parteiwillen zugestanden und die Sicherung dann anteilig als selbständiges Schuldversprechen ausgelegt⁹⁰⁶. 1952 meinte der BGH dagegen: »Angesichts der das bürgerliche Recht beherrschenden Vertragsfreiheit kann aber dieser Grundsatz der dauernden Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld in einzelnen Beziehungen durchbrochen werden, ohne daß deshalb die Rechtsnatur der Bürgschaft zu entfallen braucht«⁹⁰⁷. Abweichungen durch AGB verstoßen aber nach Ansicht der Rechtsprechung gegen den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung (§ 307 II 1)⁹⁰⁸.

142 Ein Beispiel für die hier deutlich werdende schrittweise Abkehr vom strengen Akzessorietätsgrundsatz bietet die Haftung des Bürgen für bereicherungsrechtliche Ansprüche des Gläubigers. Nach 1900 tauchte im Rahmen sittenwidriger Kreditverträge die Frage auf, ob eine Bürgschaft auch den infolge Wegfalls der Hauptschuld bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruch des Gläubigers decke. Im gemeinen Recht galt der Grundsatz, daß die Forderung im Bürgschaftsvertrag genau bezeichnet werden mußte⁹⁰⁹. Ob der Bürge auch aus einem anderen Schuldgrund haftete, wurde subjektiv bestimmt. Zwar führte der Wegfall der Hauptschuld in jedem Fall zum Erlöschen der Bürgschaft. Für den Fall, daß der Bürge die Nichtigkeit kannte, wurde jedoch eine nicht akzessorische Garantiehaftung angenommen⁹¹⁰. Während der BGB-Beratungen wurde in diesem Zusammenhang auch explizit ein Kondiktionsanspruch genannt⁹¹¹. Ohne Kenntnis des Bürgen von der Nichtigkeit entfiel damit eine Haftung auch als Garant.

143 Nach 1900 wurde vom Erfordernis der Kenntnis zunehmend Abstand genommen. 1906 verlangte das RG noch eine gesonderte Haftungserklärung des Bürgen für eine sittenwidrige Hauptforderung⁹¹². 1917 ging der VI. Senat erstmals einen anderen Weg: Er trennte zwischen dem sittenwidrigen Kreditvertrag insgesamt und den einzelnen Darlehensverträgen, welche »wegen ihrer Natur als Realverträge dem Kreditvertrag gegenüber selbständig sind und so eine genügende Grundlage für eine Bürgschaft abgeben«⁹¹³. Mit der endgültigen Abkehr von der älteren Realvertragstheorie⁹¹⁴ entfiel seit den 1950er Jahren⁹¹⁵ die Möglichkeit, neben der konsensualen Einigung weitere Vertragsgrundlagen zu konstruieren⁹¹⁶. Nun wurde teilweise vertreten, daß der Bereicherungsanspruch kein anderer Anspruch sei als der Darlehens-

⁹⁰⁶ RGZ 153, 339 (vgl. Fn. 904).

⁹⁰⁷ BGH (v. 13. 11. 1952 – IV ZR 72/52) LM § 767 Nr. 2.

⁹⁰⁸ BGHZ (v. 19. 9. 1985 – III 214/83) 95, 350, 356 (zu § 9 AGBG).

⁹⁰⁹ Hierzu u. zu den Ausnahmen v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 417.

⁹¹⁰ Vgl. o. Rn. 53.

⁹¹¹ v. Kübel, Vorlage »Bürgschaft und Kreditauftrag« (Fn. 79) 418 f.

⁹¹² RG (v. 11. 4. 1906 – VI 305/05) E 63, 146.

⁹¹³ RG (v. 22. 1. 1917 – VI 386/16) Nachschlagewerk § 767 Nr. 18.

⁹¹⁴ Vgl. HKK/Lammel, §§ 488–512 Rn. 14 ff.

⁹¹⁵ Vgl. noch Ludwig Enneccerus/Heinrich Otto Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl. 1958, 592.

⁹¹⁶ Vgl. aber noch RG (v. 17. 2. 1930 – VIII 527/29) HRR 1930, Nr. 971.

rückzahlungsanspruch, sondern nur eine andere Anspruchsgrundlage⁹¹⁷. Damit wurde freilich nicht nur die Anspruchsgrundlage, sondern das Rechtsverhältnis insgesamt als unbeachtlich erachtet. Der Unterschied zwischen § 607 I (a. F.) und § 812, so *Canaris*, sei Laien nicht bekannt. In ihrer wirtschaftlichen Perspektive gehe es nur um Rückzahlung des Geldes⁹¹⁸. Die h. M. hält demgegenüber weiterhin daran fest, daß es sich hier um eine Auslegungsfrage handle⁹¹⁹. Auch in dieser Perspektive wurde der Parteiwille aber zunehmend durch objektive Wertungen unterlaufen. Unterschieden wird, ob der Nichtigkeitsgrund der Sphäre des Schuldners oder des Gläubigers entstammt⁹²⁰ und, kasuistisch und in konkreter Einzelfallprüfung, ob »Schutzwürdigkeit« des Bürgen oder des Gläubigers besteht⁹²¹.

VI. Bilanz und Ausblick

Der historische Längsschnitt zeigte zunächst, daß die Bürgschaftsgeschichte ohne Einblicke in die Wirtschafts- und Sozialgeschichte des jeweiligen Kontexts nicht adäquat verstehbar ist. Historische Argumente sind dadurch in besonderem Maße dem Einwand der Einzigartigkeit des historischen Befundes ausgesetzt. Überhaupt dominieren im Rückblick zunächst die Zäsuren.

Der Bürgenschutz ist ein durchlaufendes Thema der Bürgschaftsgeschichte. Gleichwohl hängt die heutige Problematik eng mit dem professionellen Vertragsmanagement der modernen Bankenpraxis zusammen. Die Zuspitzung durch Vertragsformulare und AGB setzte erst um 1880 ein. Die ebenfalls durchlaufende Abgrenzungsproblematik zu verwandten Rechtsinstituten und die darin liegende Umgebungsgefahr hat ebenfalls erst durch das BGB die aktuelle Dimension bekommen. Die Einführung der Formpflicht durch das BGB brach mit der gemeinrechtlichen Diskussion. Hatte man zuvor zu formpflichtigen Geschäften wie der Schenkung oder abstrakten Schuldversprechen abgegrenzt, so traten nun mit Garantie und Schuldbeitritt funktionale Äquivalente in Konkurrenz, deren Abgrenzungen zuvor mangels praktischer Relevanz nicht vertieft worden waren.

Zwei historische Großdeutungen werden häufig auch mit Blick auf das Bürgschaftsrecht herangezogen. Beide kreisen um den schillernden Terminus »Materiali-

⁹¹⁷ Begründet durch Arthur Nikisch, *Zur Lehre vom Streitgegenstand im Zivilrecht*, AcP 154 (1955) 281, 281 ff.; *Apostolos Georgiades*, *Die Anspruchskonkurrenz im Zivilrecht und Zivilprozeßrecht*, 1968; ihm folgend Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl. 1989, 266 ff.; *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, *Lehrbuch des Schuldrechts II 2*, 13. Aufl. 1994, 12; ähnlich MüKo/Pecher, § 767 Rn. 2; zur traditionellen, an der Bestimmtheit der actio noch immer ausgerichteten Lehre Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II* (Fn. 777) 1361 ff.; HKK/Hermann, §§ 194–225 Rn. 19 f.

⁹¹⁸ So *Canaris* in: *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II 2* (Fn. 917) 12.

⁹¹⁹ BGH (v. 12. 2. 1987 – III 178/85) NJW 1987, 2077, 2077; (v. 4. 11. 1999 – IX 320/98) NJW 2000, 512, 512; (v. 15. 3. 2001 – IX 273/98) NJW 2001, 1860, 1860, sowie die nachfolgenden Nennungen.

⁹²⁰ So MüKo/Pecher, 3. Aufl., § 767 Rn. 23; ähnlich MüKo/Habersack, 4. Aufl., § 765 Rn. 62.

⁹²¹ Staudinger/Horn, § 765 Rn. 83 f.

sierung⁹²². Bei Franz Wieacker⁹²³, Jürgen Habermas⁹²⁴ und auch Claus Wilhelm Canaris⁹²⁵ wird unter diesem Begriff der Übergang von einem formalen, prozeduralen Vertragsmodell, daß die Vertragsethik der Parteiverhandlung übergibt (19. und beginnendes 20. Jahrhundert), zu einer materialen, ethischen Vertragskontrolle durch die Judikatur (zumeist seit Weimar angenommen) thematisiert. Als Beispiel wird meist auf die Rechtsprechung des BVerfG zur Angehörigenbürgschaft verwiesen⁹²⁶. Der Blick ins 19. Jahrhundert zeigte freilich gerade nicht die Auslieferung der Ehefrauen an eine schrankenlose Vertragsfreiheit. Die Mithaftung wurde vielmehr familienrechtlich begründet, zunächst mit der Vorstellung einer sittlich fundierten Haftungsgemeinschaft der Ehegatten, später durch die Forderung der Frauenbewegung nach rechtlicher Gleichstellung. Dabei geriet die Schutzbedürftigkeit gerade dieser Bürgen zu keinem Zeitpunkt aus dem Blick. Überhaupt ließ sich ein Rückgang der Versuche, den Bürgen zu schützen, im 19. Jahrhundert nicht feststellen. Das deckt sich mit neueren Untersuchungen, die darauf verweisen, daß im 19. Jahrhundert schrankenlose Vertragsfreiheit von nahezu niemandem vertreten wurde⁹²⁷. Schief an dem Bild ist also wohl weniger die Feststellung, daß der Schutz des Bürgen ein zentrales Thema des Bürgschaftsrechts im 20. Jahrhundert war, als die systematische Antithetik zum 19. Jahrhundert. Im einzelnen ist freilich noch einiges offen. Zweifel sind aber angebracht. Vor allem bedarf es einer genaueren Rechtsprechungsanalyse, die hier nur teilweise geleistet werden konnte.

146 «Materialisierung» wird in anderem Begriffsverständnis in methodischer Hinsicht zur Abgrenzung des 20. Jahrhunderts vom älteren Recht herangezogen. Max Weber warnte in diesem Sinne bereits 1902 vor Rationalitätsverlusten infolge zunehmender Ersetzung traditioneller Dogmatik durch richterliche Billigkeitserwägungen. Er plädierte für die rechtsdogmatische Form als richterliche Bindung und (ein Zitat Jherings aufgreifend) als »Zwillingschwester der Freiheit«⁹²⁸. Auch wenn im heutigen Zugang die Argumentationstechnik im gemeinen Recht »begrifflicher« erscheint als die heutige, zeigte doch gerade die konkrete Diskussionslage zu einzelnen Problemkreisen, daß die bunte und lebendige Wissenschaftslandschaft des 19. Jahrhunderts, angesichts vielfach unpräziser und widersprüchlicher Quellen große Schwierigkeiten

⁹²² Zutreffende Kritik bei HKK/Rückert, vor § 1 Rn. 105 mit Fn. 369

⁹²³ Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1952, 18.

⁹²⁴ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, 1992, 472 ff.

⁹²⁵ Claus Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner Materialisierung, AcP 200 (2000) 277, 277 ff.

⁹²⁶ Canaris, Wandlungen (Fn. 925) 296 ff.

⁹²⁷ Klarend Hofer, Freiheit ohne Grenzen (Fn. 228) 275 ff.; Joachim Rückert, Natürliche Freiheit – Historische Freiheit – Vertragsfreiheit, in: F. Kervégan/H. Mohnhaupt (Hg.), Recht zwischen Natur und Geschichte (Ius Commune Sonderhefte, 100), Frankfurt a.M. 1997, 305, 305 ff.; ders., Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: D. Klippel (Hg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert (Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit, 1), Goldbach 1997, 135, 135 ff.

⁹²⁸ Max Weber, Rez. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches, Archiv für soziale Gesetzgebung 17, 1902, 723; später dann ders., Wirtschaft und Gesellschaft, 6. Aufl. 1976, Kap. VII, § 8.

hatte, einheitliche Lösungen zu präsentieren. Dies zeigte etwa die Betrachtung des Bürgschafts begriffs, der Abgrenzungsfragen oder der Rückgriffsproblematik⁹²⁹. Die durchlaufende Polemik gegen begrifflich-systematisches Denken, der das BGB seit seiner Entstehungszeit ausgesetzt war⁹³⁰, förderte auch im Bürgschaftsrecht die Tendenz, dem Richter weitgehend freie Wertung zuzubilligen. Dies zeigte etwa die Diskussion um die systematische Stellung der Bürgschaft oder die Behandlung der Abgrenzungsfragen zu verwandten Rechtsinstituten. Die verschobenen Sprachebenen, früher »wissenschaftlich« um Präzision bemüht, heute »wertend« um Einzelfallgerechtigkeit bemüht, spiegeln gewandelte Leitbilder: früher die Suche nach Sicherheit vor dem Hintergrund eines hohen Deutungsspielraums der Quellen, heute Suche nach Freiheit angesichts einer engeren Bindungsintensität der Gesetze. Ob in der Sache die Freiheit – insbesondere der Judikatur – heute groß und früher klein war, ist sehr zweifelhaft. Blickt man nur auf das 20. Jahrhundert, so ist freilich nicht zu übersehen, daß besonders in den Jahren nach 1933⁹³¹ der Ruf nach richterlicher »Wertung« immer lauter geworden ist. Bürgschaftsrecht ist heute weitgehend Richterrecht. Für die Europäische Rechtsangleichung ist das keine unpassende Entwicklung.

⁹²⁹ Wie groß die Freiheit rechtlicher Argumentation im gemeinen Recht war, macht bereits um 1900 die sofort einsetzende Angst vor den »Gefängniszellen« des BGB deutlich, vgl. HKK/Zimmermann, vor § 1 Rn. 13 ff.

⁹³⁰ Vgl. HKK/Rückert, vor § 1 Rn. 95–97.

⁹³¹ Zu den Ursprüngen der »Wertungsjurisprudenz« klarend nun Joachim Rückert, Vom »Freirecht« zur freien »Wertungsjurisprudenz« – eine Geschichte voller Legenden, ZRG (GA) 125 (2008) 199, 199 ff.; vgl. auch Haferkamp, Fiktion (Fn. 766).